Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AKTUÁLNÍ OTÁZKY SOUDNÍHO PŘEZKUMU

CONTEMPORARY QUESTIONS OF JUDICIAL REVIEW

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE ROMANIAN FISCAL – ADMINISTRATIVE SOLICITOR'S OFFICE

OCTAVIA - MARIA CILIBIU

University „Constantin Brancusi" of Targu Jiu, Romania, Faculty of Juridical Sciences

Abstract
The fiscal-administrative solicitor's office represents the activity of solving litigations between the contributor and the Fiscal Administration, litigations which have the purpose to cancel totally or partly a fiscal-administrative document, document through which the contributor considers himself-herself to be deprived of a right or legitimate lawful interest.

Key words
Fiscal-administrative solicitor's office; fiscal-administrative document; litigations.

In the judicial literature from our count, the fiscal-administrative solicitor's office was defined as being „all the rules about the development of the litigations which are dealing with the documents and the effects of administrative documents of fiscal nature done by the public power"[1] or by a more recent definition, the fiscal-administrative solicitor's office represents „the assembly of the stages of appeal against the imposition documents through which it is requested the reduction or cancellation of duties, taxes, contributions to special founds, penalties for late payment penalties or fees or other sums of money established and put into effect by the central or local fiscal authorities, authorized by law, to fulfill control or imposition document, which are solved according to a special procedure by the administrative authorities or/and by trial courts"[2]. The fiscal-administrative solicitor's office also defined as being „the assembly of litigations between public administration and those who are administrated, generated by documents of imposition"[3] or by another definition, fiscal solicitor's office is seen as „a derived way of defense for human rights which represents procedurally, the assembly of actions and stages of appeal which solves through the judicial authority of the state with legal power of truth, all litigations which derive from the imposition process and which put face to face the contributor (physical or juridical person) and the fiscal

[1] Teodor Al. Bălan, *Contenciosul fiscal*, Bucureşti, 1935, p. 15

[2] Constantin D. Popa, *Noţiunea, natura juridică şi importanţa contenciosului fiscal*, în R. D. C. nr. 7-8/2001, p. 302.

[3] Emil Bălan, D*rept financiar*, Ediţia a III-a, Editura All Beck, Bucureşti, 2004, p. 237.

administrative institutions of the state"[4]. Materially, the fiscal-administrative solicitor's office denotes the litigations between contributors and fiscal-administrative institutions, litigations came from breaking the legitimate rights and interests of contributors and which are governed by a judicial regime of public rights. Formally, the fiscal-administrative solicitor's office could be defined as being three-dimensional such as: functional, procedural and organic-institutional. Thus functionally, the fiscal-administrative solicitor's office represents the activity of solving witch legal power of truth, all litigations between contributors and fiscal-administrative institutions. Procedurally, the fiscal-administrative solicitor's office represents the assembly of judicial norms which controls the procedure of solving the litigations used between contributors and fiscal administrative institutions. For the present moment the judicial norms which controls the solving procedure of litigation issued between contributors and fiscal institutions is regulated by the Code of fiscal procedure, with its subsequent modifications and supplements and Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office with its subsequent modifications and supplements solicitor's office. Institutionally, the fiscal-administrative solicitor's office represents the assembly of the institutions competent to solve the litigations between contributors and the fiscal-administrative institutions. The fiscal solicitor's office is viable only trough the means offered to the justice people, the state and private people who reveal their rights as it is affirmed in the French juridical literature solicitor's office[5]. In our opinion, the fiscal-administrative solicitor's office represents the activity of solving the litigations between contributors and fiscal administration, litigations which have the purpose to cancel totally or partially a fiscal-administrative document, document trough which the contributors considers himself to be harmed for a legitimate interest or law legally recognized. The fiscal-administrative solicitor's office is a species of the administrative solicitor's office. The special characteristic of fiscal administrative solicitor's office is issued from its different regulations such as the regulation of administrative phase by G.O. no 92/2003 about the Code of fiscal procedure republished, as well as by the recognition of the fiscal administrative solicitor's office as being part of the administrative solicitor's office by Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office. As for the jurisdictional phase, both in the case of administrative solicitor's office and fiscal administrative solicitor's office, this is regulated by Law no. 544/2004 about the administrative solicitor's office, with its subsequent modification and supplements. Also, the defendant in the fiscal-administrative solicitor's office is a fiscal administrative institution which belongs to the public administration and petitioners are contributors who are citizen or those administrated. Only

[4] Constantin D. Popa, op. cit., p. 302.

[5] Bernard Hatoux**,** *Le contentieux fiscal judiciaire,* en Revue francaise de finances publiques no. 17/1987, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 71

that, they are a special category and namely those who owe duties, taxes and others contributions to the budget.

In addition to all these, the document which is the object of litigations in the fiscal administrative solicitor's office is a fiscal-administrative document which is a species of the administrative document. Art. 10 from Law no. 554/2004 has introduced for the first provisions about the material competence of juridical instances regarding the litigations about duties, taxes, contribution, customs debts and their accessories. The fiscal administrative solicitor's office is performed in two phases: administrative phase (financial appeal) and jurisdictional phase. The Code of fiscal procedure reveals in the field of fiscal administrative solicitor's office in art. 205 align. 1 that „against the title of claim and against other fiscal-administrative documents it might be formulated an appeal according to law" and art. 218 „the decisions issue to solved the appeal can be the challenged by the contestant or other people introduced in the solving procedure of the challenge to the trial instance of administrative solicitor's office competent under the conditions of law." As for the administrative phase, after a real long time it was managed in our country to publish a packet of norms for the fiscal-administrative procedure by adopting G.O. no. 92/2003 about the Code of fiscal procedure. The fiscal challenge is a preliminary administrative procedure which id differently regulated from the preliminary procedure regulated by Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office. Having a different regulation from the preliminary procedure prevailed by the Law of administrative solicitor's office we consider this financial challenge as being a special preliminary procedure. The fiscal administrative documents cannot be challenged to the instance of administrative solicitor's office without fulfilling the preliminary administrative procedure. According to the disposals of art. 207 align. 1 from the Code of fiscal procedure, the deadline to submit a challenge is of 30 days from the date of communicating the fiscal administrative document under the penalty of decadence. This deadline is a line of decadence and not of recommendation. By exception, the fiscal-administrative document does not contains provisions about the possibility of being challenged, the challenged deadline or the institutions to which is submitted the challenge, the challenge deadline is of three months from the communication of the fiscal administrative document. The solving procedure of challenges involves documents and operations about checking the rightful reasons which were the source of issuing the challenged fiscal administrative document, demanding the point of view of Specialty Directions from the Ministry or of other institutions or authorities, the administration of new evidences. According to disposals from art 214, from the Code of fiscal procedure, the procedure of solving a challenge can be suspended if demanded by fiscal institutions or asked by the contestant. Thus, according to disposals of art 214 align. 1 is the first case the competent solving organ can suspend by motivated decision the solving of the cause in the following cases:

a) the organ which performed the control activity has modified the legal organs about the existence of evidence for committing a criminal offence whose conclusion would have a decisive relation to the solving which is going to be given to the administrative procedure;

b) the solving of the cause depends totally or partially on the existence or non-existence of the right which makes the object of another judgment.

The suspension of solving the challenge formulated against the fiscal-administrative document has no effect on the execution of the fiscal administrative document.

According to disposals of art 215 align. 1 from the Code of fiscal procedure, the instruction of the challenge on the administrative way of appeal does not suspend the execution of the fiscal administrative document.

The competent institution will solve the challenge by decision or disposal the decision will be issued by the competent solving institution of the National Agency of Financial Administration and it is final and conclusive in the system of the administrative ways of appeal. The decision of solving the appeal is issued under a written from and it must have three parts: the preamble, the accounts and the purview.

The solutions for a financial appeal could be appeal admission totally a partially or the refusal of the appeal.

The decisions taken to solve appeals can be challenge in the instance of administrative solicitor's office which in competent for 6 months from the date of receiving the answer to the preliminary complaint or form the expiring date of the legal term to solve the demand according to disposals of art 11 from Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office, the jurisdictional phase.

As for the object of action in the fiscal administrative solicitor's office, this is represented by the decisions and disposals issued after solving the appeals against fiscal administrative-documents.

In practice for many times action is introduced in the fiscal administrative solicitor's office against the decisions of imposition and not against the decision issued to solve fiscal appeals. The Supreme Instance pronounced that the decision of imposition as a fiscal administrative document as well as the documents which were its, basis they can and would be challenged in the procedure of administrative appeal regulate at art. 205 and the following ones from the Code of fiscal procedure, and that at the instance of administrative solicitor's office it can be challenged according to art. 218 from the Code of fiscal procedure only the decision given by the fiscal competent institution in solving the appeal against the fiscal administrative

document of imposition[6], being impossible to challenge the fiscal administrative document directly in front of the competent instance of judgment[7].

On the other hand, The Supreme Court of Justice and Cassation established that according to art. 118 align. 2, from the Code of fiscal procedure (present art. 218 align. 2 after republishing) united to art. 8 from the Law of administrative solicitor's office can form the object of action in administrative court, the decision passed in solving the appeal against the financial administrative document but not directly, the fiscal administrative document[8].

We consider that the object of action in the fiscal administrative solicitor's office is the decision or disposal of solving the fiscal appeal and indirectly the fiscal administrative document which was the object of fiscal appeal.

According to disposals of art 2 align. 1 lit. g from Law no. 554/2004 the law term „instance of administrative solicitor's office means " section of fiscal and administrative solicitor's office of the Supreme Court of Justice and Cassation, sections of fiscal and administrative solicitor's office of the courts of appeals and fiscal-administrative court houses.

The judicial procedure in terms of administrative solicitor's office is regularly submitted to the double degree of jurisdiction, fond and appeal trees representing an exception to the rule of triple level of jurisdiction which characterizes most of the litigations belonging to common civil procedure[9]. Also, in the field of fiscal administrative solicitor's office the judicial procedure is submitted to 2 levels of jurisdiction: the fond and the appeal.

The material competent of the trial courts is established by the disposals of art. 10 from Law no. 554/2004 such as:

- the fiscal administrative court houses judge mainly the litigation about the administrative documents issued or completed by the local and county

---

[6] Decision no. 1077 of 26th of February 2009 of the Supreme Court of Justice and Cassation Section of financial and administrative solicitor's office, www.scj.ro

[7]Decision no. 782 of 13th of February 2009 of the Supreme Court of Justice and Cassation Section of financial and administrative solicitor's office, www.scj.ro

[8] Decision no. 3986 of 15th of November 2006 of the Supreme Court of Justice and Cassation Section of financial and administrative solicitor's office în *Jurisprudența Secției de contencios administrativ şi fiscal, sem II, 2007,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2008, p. 291-296

[9] Verginia Verdinaş, *Drept administrativ*, Ediția a – II- a revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2006, p. 166.

public authorities as well as those about taxes and duties, contributions, customs debts as well as their accessories no more than 500.000 lei. Till these will be set up their competence is given to the financial administrative court sections from the court- houses.

- the sections of fiscal-administrative solicitor's office from the courts of appeals judge after all the litigations about administrative documents issued or completed by central public authorities as well as those regarding the taxes and duties, contributions, customs, duties as well as their accessories no more than 500.000 lei.

As revealed in disposals of art. 10 from Law no. 554/2004 the underlying material competence of the instances of fiscal-administrative solicitor's office established according to two criteria such as the place occurred by the issuing public authority inside the public administration and the sum of taxes, duties, contributions, customs debts and also accessories.

In this direction, the Supreme Instance passed itself when in an action in has been demanded to cancel an administrative document issued by a central administrative authority for customs debts no more than 5 billion lei (Rol), The Supreme Court of Justice and Cassation enacting that, art. 10 (align. 1) from Law no. 554/2004 estabilishing the material competence of the trial court both related to the criterion of the issued institution of the challenged document, as well as related to the criterion the amount of litigation. In this case we must take into consideration the criterion of value having no importance if the document is issued by a central authority.

It would have priority the criterion of establishing the competence according to the public authority which has issued the challenged document (central or local) only in the case in which the litigation would not be about taxes, duties, contributions, customs debts and their accessories[10].

Also, on the other hand, it has been established and truly that the action formulate don the basis of art. 1 regarding art. 2 align. 11 letter h[11] „from the Law of administrative solicitor's office which demands the General Direction of Administration of Main Contributors to issue the centralized fiscal certificate it is under the competence of the Court of Appeal according to art. 10 align. 1 second thesis from the same law because that direction is central public authority related to the stipulations of G.D. no. 208/2005 about the organization and working of the Ministry of Public Finances and

---

[10] Decision no. 3903 of 9th of November 2006 of the Supreme Court of Justice and Cassation Section of financial and administrative solicitor's office în *Jurisprudența Secției de contencios administrativ şi fiscal, sem II, 2006,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 73-74.

[11] Letter h became letter i after the modification of the Law of administrative solicitor's office bz Law no. 262/2007.

The Agency of Financial Administration[12], and the object of the litigation is not to be estimated in money to establish the competence related to the criterion of value stipulated by art. 10 align. 1 from the law[13].

The appeal can be solved as following:

- the appeal against sentences passed by fiscal administration court houses is judged by the fiscal and administrative solicitor's office of the courts of appeals.

- the appeal against sentences passed by the sections of fiscal and administrative solicitor's office of the court of appeal is judged by the sections of fiscal and administrative solicitor's office of the Supreme Court of Justice and Cassation if the social organic law does not stipulate something else.

As for the territorial competence, according to disposals of art 10 align. 3 from the law of administrative solicitor's office the petitioner can address to the instance from his residence or from the respondent's residence if the petitioner choose the instance from the respondent's residence it cannot be invoked the exception of territorial incompetence.

The legislator wanted to express the fact that once the petitioner expressed his /her option regarding the choice for the competent territorial instance, this choice is decisive (electa una via non datur recursus ad alteram)[14].

This competence has an alternative[15] feature the petitioner has the possibility to choose the instance from his residence or form the respondent's residence.

Legal disposals about administration solicitor's office in the field of the competence for the judging territorial instance departs from the rule of

---

[12] G.D. no. 208/2005 by G.D. no. 495/2009 annuled on its turm by G.D. no 109/2009 about the organisation and functioning of the National Agency of Financial Administration published în the Official Monitor of Romania Part 1 no. 126 from 02.03.2009

[13] Decision no. 1272 of 9th of February 2007 of the Supreme Court of Justice and Cassation Section of financial and administrative solicitor's office în *Jurisprudența Secției de contencios administrativ şi fiscal, sem I, 2007,* Editura Hamangiu, Bucureşti, 2007, p. 20-24

[14] Adria Fanu Moca, *Acțiunea în contencios administrativ împotriva deciziei de soluționare a contestației împotriva actelor administrative fiscale*, în Curierul fiscal nr. 3/2006, p. 26.

[15] Verginia Vedinaş, *Drept administrativ*, Ediția a – II- a revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2006, p. 172.

common right in this field, whereas the judging competence belong to the instance of the respondent's residence[16].

By establishing this rule with departing feature from the common rule of territorial competence established by the Code of civil procedure they tried to protect the petitioner[17].

The deadline to notify the instance of administrative solicitor's office is of 6 months which starts to flow from the date of communicating the answer to the fiscal appeal, the date of communicating the unjustified refusal for solving the petition, the expiring date of the solving, term for the financial appeal, respectively the expiring date for the legal term of solving the appeal, the expiring term of 30 days since the sent of the administrative document issued to solve favorably the petition or, if it's the case, of the fiscal appeal. The term of 6 month is a tern of prescription.

For solid reasons, in the case of individual administrative document, the demand can be introduced after the term of 6 months, but no later them one year after communicating the document or information, the date of introducing the demand, by case, if the expiring term is of one year.

In domain of suspension for the fiscal administrative document, the judicial suspension is operated. We can appreciate that the judicial suspension has an optional feature because the instance of judgment decides whether it will grant or not the suspension demanded by the contributor.

Art. 215 align. 2 from the Code of fiscal procedure stipulate the contributor's right to demand the suspension of the fiscal-administrative document on the basis of the Law of the administrative solicitor's office no. 554/2004.

The competent instance can suspend the execution, i fit is handed in a bail of no more than 20 years from the amount of the contested sum, and in the case of the demands whose object is not to be evaluated in money, a bail no more than 2000 lei.

The legal text establishes only the maximum limit of the sum of money owed with bail title, without establishing a minimum limit for the harmed person to exercise his/her right to ask the suspension of the fiscal administrative document.

---

[16] Art. 5 from the Code of civile procedure stipulates: The demand is made to the instance of the rependent's residence. If the rependent has residence abroad or the from his country's residence and if he does not have a known residence, to the residence's instance or the repredent's residence.

[17] Rodica Narcisa Petresu, *Drept administrativ*, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2009, p. 489-490.

Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office stipulates the possibility to suspend the administrative document also before the notification of the judgment instance, with action in canceling action of the administrative document.

By corroborating the disposals of the two normative documents, it results that the fiscal administrative document can be suspended if the contributor demand, either before notifying the judgment instance with canceling the fiscal administrative document, or together with the action of canceling the fiscal administrative document the instance being able to suspend the execution of the document if a bail is laid down the demand addressed to the instance are judged urgently and mainly in public meeting, in the panel established by law.

The decision are written and motivated in no more than 30 days after passing the sentence.

By admitting the action in the fiscal administrative solicitor's office the judging instance can cancel totally or partially the decision given to solve the fiscal appeal and implicitly the fiscal administrative document contested by fiscal appeal.

The action in the fiscal administrative solicitor's office has a general rule at least two demanding heads: one which aims to cancel the solving decision of the appeal and another, which aims to cancel the fiscal administrative document in which the fiscal obligations were established[18]. Also, according to disposals of art 18 align. 3 from Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office, in the case of compensations for the moral[19] and material damaged, if the petitions has notified it.

Asking for compensations can also be made by a separate action, subsequent to the action of cancelled the fiscal administrative document, because the harmed person in his/her legitimate right or interest did not know the extent of the compensations on the date of intending action in cancellation.

The competent instance, to solve these demand of compensation are the instance of administrative solicitor's office, as it is stipulated by art. 19 align. 2 from Law of administrative solicitor's office.

According to disposals of art 20 align. 1 from Law no. 554/2004 about administrative solicitor's office, the decision pronounced in first instance

---

[18] Adrian Fanu Moca, *Contenciosul fiscal*, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006, p. 265.

[19] Law no 29/1990 about administrative solicitor's office was the first law of the administrative solicitor's office which regulated deliberately the responsibility of the denounced administrative for moral damages too.

cam be challenged with appeal, in terms of 15 days from the communication. The appeal in this case is not limited to the cassation reasons stipulated in art. 304 from the Code of civil procedure the instance being able to examined the cause under all the aspects [20].

According to disposals of art 21 align. 1 from Low no. 554/2004, against decisive and irrevocable solutions pronounced by the instances of administrative solicitor's office can be exercised by the ways of appeal stipulated in the Code of civil procedure and namely the canceling appeal and revision.

The fiscal administrative solicitor's office installed by the Code of fiscal procedure is a solicitor's office of full jurisdiction, meaning that the petitioner can demand, and the instance can ask the cancellation totally or partially of a fiscal administrative document, the issuing of the document by the denouncing authority when it establishes that the law offers the contributor this right and the repairing of the damages by granting material and/or moral compensations.

Literature:

- E. Bălan, Drept financiar, Ediția a III-a, Editura All Beck, Bucureşti, 2004, ISBN: 973-655-542-9.
- T. Al. Bălan, Contenciosul fiscal, Bucureşti, 1935.
- B. Hatoux, Le contentieux fiscal judiciaire, en Revue francaise de finances publiques no. 17/1987, L.G.D.J., Paris, 1987, p. 71
- A. Fanu Moca, Contrnciosul fiscal, Editura C. H. Beck, Bucureşti, 2006, ISBN: (10) 973-655-976-9; ISBN: (13) 978-973-655-976-1;
- A. Fanu Moca, Acțiunea în contencios administrativ împotriva deciziei de soluționare a contestației împotriva actelor administrative fiscale, în Curierul fiscal nr. 3/2006.
- R. N. Petresu, Drept administrativ, Editura Hamangiu, Bucureşti, 2009, ISBN: 978-606-522-140-6.

[20] Adrian Fanu Moca, *Acțiunea în contencios administrativ împotriva deciziei de soluționare a contestației împotriva actelor administrative fiscale*, în Curierul fiscal nr. 3/2006, p. 28.

- C. D. Popa, Noțiunea, natura juridică şi importanța contenciosului fiscal, în R. D. C. nr. 7-8/200.

- V. Verdinaş, Drept administrativ, Ediția a – II- a revăzută şi adăugită, Editura Universul Juridic, Bucureşti, 2006, ISBN: (10) 973-8929-55-5; ISBN: (13) 978-973-8929-55-5;

Contact – email
taviamara@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUDNÍ PŘEZKUM PŘEDPISŮ ZÁJMOVÉ SAMOSPRÁVY

KATEŘINA ČERVENÁ - ŠÁRKA LIPERTOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá možnostmi soudního přezkumu předpisů profesních samospráv. Autorky si nejprve pokládají otázku, zda-li jsou předpisy zájmových samospráv předpisy právními. Následně je proveden rozbor možností soudního přezkumu stavovských předpisů, jak pokud by se potvrdilo, že se jedná o předpis právní, tak by byla přijata teze, že stavovské předpisy právními předpisy nejsou.

Key words in original language
Zájmová samospráva; právní předpis; soudní přezkum.

Abstract
The paper deals with possibilities of judicial review of laws of self-professional government. The authors first consider the question whether the rules are of interest laws and government regulations. Subsequently analyzed the possibility of judicial review of the professional rules, how should it be confirmed that this is a legal prescription, it would be accepted thesis that the rules of professional conduct are not law.

Key words
Professional self-governance; legal norm; judicial review.

Stát je sice zdrojem veškeré veřejné moci na svém území, z toho však neplyne nutně, že by ji také musel vždy vykonávat sám svými orgány. Právě naopak. V moderním státě je zcela běžné a žádoucí, aby stát svěřil část svých pravomocí jiným subjektům veřejné správy. Subjektem (nositelem) veřejné správy se tak kromě státu stávají i další státem aprobované a od něj odlišné veřejnoprávní korporace. Popsaný princip decentralizace pak splývá s pojmem samosprávy v právním smyslu.1 Zejména v organizačním pojetí veřejné správy2 má základ členění samosprávy na samosprávu územní (teritoriální) či zájmovou (profesní).

Posláním samosprávy je v první řadě realizace vlastní samosprávné moci. Tato samosprávná moc se vyskytuje nejen ve formě výkonu státních (případně vlastních) aktů, ale také ve formě vydávání předpisů, což také

1 Srov. definici in. Matějka, J.: Principy organisace veřejné správy, Knihovna Sborníku věd právních a státních, Praha 1938, str. 40.

2 Veřejná správa jako souhrn institucí.

odpovídá jejímu postavení v moderním státě.3 O předpisech, které regulují chování subjektů podrobených samosprávě, mluvíme nejčastěji jako o tzv. stavovských předpisech, i když je tak zvláštní zákony obvykle nenazývají.

Právě na tyto stavovské předpisy, konkrétně na jejich soudní přezkum, je zaměřen náš příspěvek.4 Toto téma je jak soudy tak na akademické půdě řešeno velmi sporadicky a s poměrně zásadními rozpory. Zůstává tak řada nedořešených otázek, které by si zasloužily větší pozornost odborné veřejnosti, proto bychom na některé z nich ve svém příspěvku rády upozornily.

1. POVAHA STAVOVSKÝCH PŘEDPISŮ

První zásadní otázkou, kterou si musíme položit, pokud uvažujeme o soudním přezkumu stavovských předpisů, je otázka jejich právní povahy. Jsou stavovské předpisy předpisy právními nebo ne? Na tom bude samozřejmě závislý také režim jejich soudního přezkumu. Teprve po vyřešení tohoto problému, bude možno poskytnout odpovědi také na to, kdo je příslušný přezkoumávat zákonnost, a kdo je případně příslušný k jejich rušení. Již na povahu stavovských předpisů se názory odborníků liší. Podle jedněch se o právní předpisy jedná, jiní to zásadně odmítají.5

Zásadní argumenty, které odmítají, že stavovské předpisy jsou právní předpisy lze shrnout tak, že

- za právní předpis může být považován jen takový předpis, který má státem uznanou formu. Všechny „uznané" prameny práva (právní předpisy) tak stanoví Ústava a v souladu s Ústavou běžný zákon. Konkrétní formu právního předpisu nemusí Ústava výslovně stanovit (srov. např. čl. 79 odst. 3), může ji upravovat až běžný zákon. V této souvislosti je nutné zmínit také článek 79 odst. 3 Ústavy: „Ministerstva, jiné správní úřady a orgány územní samosprávy mohou na základě a v mezích zákona vydávat právní předpisy, jsou-li k tomu zákonem zmocněny." Z článku je patrné, že Ústava vůbec nepočítá se zájmovými samosprávami jako se subjekty, které právní předpisy vydávají.

3 Blíže Kadečka, S.: kapitoly ze správního práva III. – Organisace veřejné správy, Aspi 2003.

4 Kvůli své značné specifičnosti se v příspěvku nezabýváme předpisy vysokoškolské samosprávy a předpisy profesních komor (např. Hospodářská a Agrární komora).

5 Nejpodrobněji se povahou stavovských předpisů zabývá prof. Sládeček (Sládeček, V.: Ještě k povaze předpisů zájmové samosprávy. Právní rozhledy, 2008, č. 4, s. 130 – 137), který ve svém článku shrnuje jednotlivé názory na povahu stavovských předpisů a sám odmítá.

- dále musí být právní předpis v souladu se zákonem publikován, což je podmínkou jeho platnosti.

- a také první předpis musí být státem (státním orgánem) vynutitelný.

Na podporu těchto argumentů je často používána judikatura soudů. Ta však, zdá se podle toho, jak je jí argumentováno, není jednoznačná.

2. STAVOVSKÉ PŘEDPISY JAKO PŘEDPISY PRÁVNÍ

V jednom ze svých usnesení6 se k charakteru předpisů zájmových samospráv vyslovil také Ústavní soud. Ten (avšak bez jakéhokoliv dalšího vysvětlení) konstatoval, že stavovské předpisy „splňují veškeré charakteristické prvky normativních právních aktů jako pramenů práva“. K samotnému zrušení stavovských předpisů jako předpisů právních (k čemuž by ho zmocňoval čl. 87 odst. 1 písm. b) Ústavy), se však Ústavní soud dosud nedostal. Většinou proto, že návrhy na jejich přezkum byly spojeny s rozhodnutími komor o bagatelních částkách. Ústavní soud proto tyto návrhy jako zjevně neopodstatněné usnesením odmítl7 a vzhledem k akcesorické povaze8 řízení o návrhu na zrušení právního předpisu tak Ústavní soud ani žádný stavovský předpis nezrušil.

Stavovské předpisy jako předpisy právní však nebudou přezkoumatelné pouze Ústavním soudem. Na základě čl. 95 odst. 1 Ústavy je každý soudce „při rozhodování vázán zákonem nebo mezinárodní smlouvou, která je součástí právního řádu“ a zároveň je „oprávněn posoudit soulad jiného právního předpisu se zákonem nebo s takovou mezinárodní smlouvou“. S účinky inter partes je tak soudce obecného soudu oprávněn rozhodnout o neaplikovatelnosti „jiného právního předpisu“, pokud dojde k tomu, že není v souladu se zákonem.9

Nejvyšší správní soud konstatoval10, že soudy ve správním soudnictví takto posuzují stavovské předpisy zcela běžně v rámci přezkumu rozhodnutí (jako individuálního aktu aplikace stavovského předpisu) podle § 65 soudního řádu správního.11 K posuzování zákonnosti tak dochází např. v rámci přezkumu rozhodnutí o disciplinárních deliktech nebo v případech

---

6 Usnesení Ústavního soudu ze dne 2. prosince 2008, sp. zn. IV. ÚS 1373/07.

7 Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Aps 2/2007, ze dne 12. března 2009.

8 Pl.ÚS 51/05 ze dne 03.03.2009

9 III. ÚS 274/01 ze dne 01.11.2001

10 Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Aps 2/2007, ze dne 12. března 2009.

11 Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní.

rozhodnutí v oblasti ochrany hospodářské soutěže.12 Vedle toho však Nejvyšší správní soud potvrdil13, že k přezkumu stavovských předpisů může dojít také v rámci zjišťování, zda došlo k nezákonnému zásahu podle § 82 soudního řádu správního. Nejvyšší správní soud totiž vyvodil, že soudní ochrana je poskytována také vztahům, které vzniknou v důsledku aplikace stavovského předpisu (aniž by došlo k vydání rozhodnutí), protože se jedná o vztahy ve veřejné správě. A těm je soudní ochrana poskytována.

Otázkou stále zůstává, jestli může být zákonnost stavovských předpisů přezkoumávána také soudy civilními. Bez jejich hlubšího zkoumání je odkazováno na rozhodnutí Nejvyššího soudu a vyvozováno, že soudy v občanském soudním řízení nemohou být pravomocné k přezkoumávání zákonnosti stavovských předpisů.14 S tímto názorem však není možno souhlasit. Je pravda, že Nejvyšší soud již vícekrát rozhodl, že civilní soudy nejsou příslušné rozhodovat o zákonnosti předpisů samospráv, to však neznamená, že by nemohly být příslušné z podstaty věci. Článek 95 odst. 1 Ústavy nespecifikuje soud, který by byl příslušný k posouzení zákonnosti předpisů. Bude to záviset na věci, v rámci které bude předběžně zkoumat zákonnost stavovského předpisu. Pokud stavovský předpis bude zakládat soukromoprávní nárok, budou k řešení sporu příslušné civilní soudy. Potom i tzv. předběžná otázka spočívající v hodnocení zákonnosti stavovských předpisů bude řešena v občanském soudním řízení. Doposud však byly před Nejvyšším soudem řešeny pouze otázky, u kterých ze stavovského předpisu nevyplýval civilní nárok, proto ani nebyly příslušné civilní soudy. Nebylo tak rozhodováno ani o zákonnosti stavovských předpisů.

3. RUŠENÍ STAVOVSKÝCH PŘEDPISŮ JAKO PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

Někteří autoři15 bez dalšího uvádějí, že zjistí-li soud, že předpis zájmové samosprávy je nezákonný, tak jej zruší. Jedná se o přílišné zjednodušení problému, které vzniklo na základě publikace právní věty ve sbírce Nejvyššího správního soudu bez uvedení konkrétních okolností případů. Část rozsudku Městského soudu v Praze, který byl publikován pod č. 90/2004 ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu zní: „Profesní komora je veřejnoprávní korporací vykonávající veřejnou správu a další činnosti. Vykonává-li veřejnou správu, může ji vykonávat jen v případech a

12 K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 10. 2009, č. j. 7 Afs 86/2007,dostupný na www. nssoud.cz.

13 Rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 Aps 2/2007, ze dne 12. března 2009.

14 Koudelka, Z.: Právní předpisy samosprávy – 2. aktualizované a přepracované vydání, Linde Praha, 2008

15 Koudelka, Z.: Právní předpisy samosprávy – 2. aktualizované a přepracované vydání, Linde Praha, 2008, s. 290

v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví (čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky). Povinnosti pak mohou být ukládány toliko na základě zákona a v jeho mezích a jen při zachování základních práv a svobod (čl. 4 odst. 1 Listiny základních práv a svobod). Neodpovídají-li předpisy profesních komor této zásadě, soud je zruší.“16

Zavádějící je poslední věta, ze které by se dalo na první pohled usuzovat, že všechny soudy jsou oprávněné k rušení stavovských předpisů vždy, jakmile zjistí jejich nesoulad se zákonem. K takovému závěru však nemůže dojít, pokud víme, že v daném případě, Městský soud v Praze rozhodoval17 o zákonnosti stavovského předpisu komory auditorů na návrh ministra financí na základě výslovného zmocnění zákona o auditorech18 v ustanovení § 36 odst. 2: „Má-li ministr financí za to, že některé ustanovení profesního předpisu Komory je v rozporu se zákonem, je oprávněn podat ve lhůtě 2 měsíců od jeho přijetí návrh na jeho zrušení soudem.“

Nelze tedy dovozovat, že soudy mohou rušit stavovské předpisy při každém zjištění jejich nesouladu se zákonem. Nemohou. Soudy mohou stavovské předpisy rušit, jen pokud jsou k tomu zmocněny v zákoně o příslušné komoře. Žádné obecné zákonné zmocnění k rušení stavovských předpisů neexistuje. Z dikce ustanovení § 64 odst. 319 zákona o Ústavním soudu dokonce vyplývá, že soudy nejsou zmocněny ani k tomu, aby předložily návrh na zrušení stavovského předpisu k Ústavnímu soudu. Předpis zájmové samosprávy bude v případě, že jej soud označí za nezákonný, pouze neaplikován. Zrušit stavovský předpis jako předpis právní by tedy bez výslovného zmocnění ve zvláštním zákoně mohl jen Ústavní soud na základě čl. 87 odst. 1 písm. b) Ústavy20. Jak již ale bylo zmíněno, k této situaci zatím nedošlo.

16 Podle rozsudku Městského soudu v Praze ze dne 2. 4. 2003, čj. 28 Ca 152/2001-58. Publikováno ve sbírce č. 2/2004 pod číslem 90.

17 Viz Koudelka, Z.: Právní předpisy samosprávy – 2. aktualizované a přepracované vydání, Linde Praha, 2008, s. 290

18 Zákon č. 254/2000 Sb., o auditorech

19 § 64 odst. 3 zákona o Ústavním soudu: „Návrh na zrušení zákona nebo jeho jednotlivých ustanovení je oprávněn podat též soud v souvislosti se svou rozhodovací činností podle čl. 95 odst. 2 Ústavy.“

20 Čl. 87 odst. 1 písm. b) Ústavy: „Ústavní soud rozhoduje o zrušení jiných právních předpisů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu s ústavním pořádkem nebo zákonem.“

4. STAVOVSKÝ PŘEDPIS JAKO PŘEDPISY NEPRÁVNÍ

Přijmeme-li názor, že stavovské předpisy nejsou právními předpisy, nezbývá, než si položit otázku, kdo může přezkoumávat a rušit tyto předpisy.

Možnost soudního přezkumu je výslovně stanovena jen v některých zákonech o komorách. V tom případě jsou stavovské předpisy soudem přezkoumány obvykle na návrh příslušného ministra. Takový přezkum umožňuje např. zákon o advokacii21, zákon o soudních exekutorech22, zákon o komoře veterinárních lékařů23, nebo již zmíněný zákon o auditorech24. Naproti tomu zákon o notářích, zákon o výkonu povolání autorizovaných architektů nebo zákon o ČLK, žádnou takovou úpravu neobsahuje. Otázkou je, jak a jestli vůbec by mohly soudy přezkoumávat předpisy komor, v nichž není tato zvláštní úprava.

5. ZÁVĚREM

Na závěr si tedy dovolujeme shrnout nejdůležitější otázky, které se vztahují k soudnímu přezkumu předpisů zájmové samosprávy. Jakou povahu mají stavovské předpisy? Jsou to předpisy právní nebo ne? Pokud se jedná o předpisy právní, mohou v rámci posuzování podle čl. 95 Ústavy posuzovat jejich zákonnost také civilní soudy? Pokud by stavovské předpisy nebyly kvalifikovány jako předpisy právní, v jakém režimu (a jestli vůbec) je bude přezkoumávat soud, pokud k tomu nebude výslovně zmocněn v zákonech o jednotlivých komorách?

Literature:

- Kadečka, S.: Kapitoly ze správního práva III. – Organisace veřejné správy, Aspi 2003, Praha
- Koudelka, Z.: Právní předpisy samosprávy – 2. aktualizované a přepracované vydání, Linde Praha, 2008, 2. vydání, 352 stran, ISBN 978-80-7201-690-7
- Matějka, J.: Principy organisace veřejné správy, Knihovna Sborníku věd právních a státních, Praha 1938

---

21 § 50 zákona č. 85/1996 Sb., o advokacii.

22 § 8a zákona č. č. 120/2001 Sb., o soudních exekutorech a exekuční činnosti.

23 § 19 zákona č. 381/1991 Sb., o Komoře veterinárních lékařů.

24 § 36 zákona č. 254/2000 Sb., o auditorech.

- Sládeček, V.: Ještě k povaze předpisů zájmové samosprávy. Právní rozhledy, 2008, č. 4, s. 130 – 137

Contact – email
Katerina.cervena@centrum.cz - sarka.lipertova@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUDNÍ PŘEZKUM ZJEVNĚ NEDŮVODNÝCH ŽÁDOSTÍ PODLE § 16 ZÁKONA O AZYLU

JANA FILIPOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zaměřuje na problematiku zjevně nedůvodných žádostí o mezinárodní ochranu podle § 16 zákona o azylu, které jsou projednávány ve zkráceném řízení. Nejprve se zabývá podstatou a postavením tohoto institutu v rámci zákona o azylu. Rozebírá povahu rozhodnutí o zamítnutí žádosti jako nedůvodné a jeho důsledky v aplikační praxi. Následně se příspěvek věnuje jednotlivým typům zjevně nedůvodných žádostí, a to z hlediska jejich interpretace a aplikace. Pozornost je taktéž věnována rozhodovací činnosti Nejvyššího správního soudu.

Key words in original language
Mezinárodní ochrana; zjevně nedůvodná žádost o mezinárodní ochranu; azyl; doplňková ochrana; soudní přezkum; non-refoulement.

Abstract
The article focuses on the issue of manifestly unfounded claims for international protection under § 16 of the Asylum Act, approved under the accelerated procedure. First it deals with the nature and status of this institute within the Asylum Act. The article discusses the nature of the decision rejecting the application as manifestly unfounded and its consequences in the practice application. Subsequently, the contribution focuses on particular types of manifestly unfounded claims, in terms of their interpretation and application. The attention is also paid to the decision making activities of the Supreme Administrative Court.

Key words
International Protection; Manifestly Unfounded Claim for International Protection; Asylum; Subsidiary Protection; Judicial Review; Non-refoulement.

1. ÚVOD

Azylové řízení jakožto zvláštní správní řízení se od správního řízení obecného odlišuje nejenom svým předmětem a posláním, tj. ochranou před pronásledováním, ale taktéž i specifiky a restrikcí soudního přezkumu. Azylovou politiku a azylové právo České republiky nelze chápat jako izolovaný samostatný systém založený pouze na zákoně o azylu1, nýbrž

[1] Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu).

jako součást celého evropského azylového systému. Je úzce spjata a ovlivňována komunitárním právem, a proto musí být azylový zákon a jeho jednotlivá ustanovení vykládána eurokonformním způsobem. Stále více restriktivní standardy přístupu k osobám žádajícím v jednotlivých zemích Evropské unie o ochranu před pronásledováním či jinými, právními normami specifikovanými, závažnými zásahy do tělesné a osobní integrity jedince jsou formovány tzv. kvalifikační[2] a procedurální[3] směrnicí. Pro záruku spravedlivého řízení o mezinárodní ochraně je nutné najít rovnováhu mezi dvěma zájmy. Na straně jedné to je zájem humanitární, spojený se závazkem dodržování mezinárodního práva skrze poskytování právní ochrany potřebným, předem vymezeným, osobám a na straně druhé zájmem o rychlé a efektivní řízení, jež nebude zneužíváno ekonomickými migranty a obdobnými skupinami osob. Tématem tohoto příspěvku jsou zjevně nedůvodné žádosti o udělení mezinárodní ochrany, které lze považovat právě za jedno z restriktivních opatření současného azylového systému.

2. PODSTATA A VÝVOJ INSTITUTU ZJEVNĚ NEDŮVODNÝCH ŽÁDOSTÍ

Obdoba popisovaného institutu se objevila již v zákoně o uprchlících[4], který v § 11 odst. 3 taxativním způsobem vymezil situace, kdy je třeba na žádost pohlížet jako na zřejmě neodůvodněnou[5]. V zákoně o azylu jsou jednotlivé typy zjevně nedůvodných žádostí vymezeny taktéž konečným výčtem v § 16 odst. 1 a odst. 2. V současném zákoně se úprava zjevně nedůvodných žádosti vyskytuje již od jeho vzniku, přičemž postupnými novelizacemi se měnily, ovšem nikterak zásadně, důvody, díky nimž lze žádost označit za

---

[2] Směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany.

[3] Směrnice Rady č. 2005/85/ES ze dne 1. prosince 2005 o minimálních normách pro řízení v členských státech o přiznávání a odnímání postavení uprchlíka.

[4] Zákon č. 498/1990 Sb., o uprchlících, ve znění pozdějších předpisů (zrušen k 1. 1. 2000).

[5] a) Žadatel neposkytoval spolupráci ke spolehlivému zjištění jeho totožnosti, zvláště jeho státního občanství, nebo, nemá-li žádné státní občanství, jeho posledního stálého pobytu,

b) Žadatel byl občanem státu nebo, neměl-li žádné státní občanství, měl poslední stálý pobyt na území státu, kde mu na základě obecně známých skutečností nehrozí pronásledování,

c) ministerstvu vnitra jsou známy důvody uvedené v § 4 (např. kdy dobrovolně znovu pobývá ve státě, který opustil z odůvodněného strachu před pronásledováním, dobrovolně znovu přijme ochranu státu, jehož státní občanství má a nebo spáchal trestný čin proti míru, proti lidskosti nebo válečný zločin či jiný zvlášť závažný úmyslný trestný čin),

d) žadatel odůvodňuje žádost pouze hospodářskou nouzí

zjevně nedůvodnou[6]. V rámci legislativních změn lze například zmínit opakované žádosti o mezinárodní ochranu, které byly do 20. 12. 2007 považovány za zjevně nedůvodné, avšak posléze byly označeny přímo za nepřípustné ve smyslu § 10a písm. e) zákona o azylu. Taktéž možnost tzv. vnitřního přesídlení (ochrany) byla do téže doby považována za důvod pro odmítnutí žádosti na základě § 16. Nynější znění zákona stanoví, že obava z pronásledování nebo hrozba vážné újmy se nepovažuje za pronásledování, může-li cizinec nalézt účinnou ochranu v jiné části státu, pokud se tato obava nebo hrozba zřejmě vztahuje pouze na část území státu.

Řízení o zjevně nedůvodné žádosti probíhající ve zkráceném řízení je zvláštním typem řízení o mezinárodní ochraně, částečně připomínající institut nepřijatelnosti kasačních stížností; obdobně se v něm totiž rozhoduje o připuštění žádosti do „klasického" řízení, v němž bude žádost posuzována nezkráceným a věcně neomezených způsobem. Zjevně nedůvodnou žádost lze chápat jako zastřešující pojem pro kategorii případů umožňujících vnitřní diferenciaci žádostí, při kterých se žádost o mezinárodní ochranu za předem stanovených předpokladů neprojednává podle § 12 až 14 zákona o azylu. Hlavním smyslem zkráceného řízení tedy je, aby již v prvopočátcích řízení bylo možné filtrovat žádosti, u nichž je vysoká pravděpodobnost, že jsou podávány osobou, které nemohou získat ochranu z důvodů předpokládaných zákonem o azylu od těch, kde taková možnost existuje; selekce žádostí umožňuje věnovat řádný prostor žadatelům, kteří, byť třeba účelově, tvrdí, že byli v zemi původu pronásledováni či jim v ní hrozí nebezpečí vážné újmy. Nedůvodnost žádosti přitom musí být zřejmá. Základním charakteristickým znakem tohoto institutu je jednak jeho zkrácená délka a jednak fakt, že by nemělo docházet k věcnému přezkumu žádosti cizince z hlediska azylově relevantních důvodů (proto, že v podstatě ani není co přezkoumávat). Není proto na místě zkrácené řízení o mezinárodní ochraně rozčleňovat na tradiční dělení na řízení o azylu a řízení o doplňkové ochraně. Vymezujícím prvkem oproti nezkrácenému řízení je jeho délka. Zatímco v klasickém řízení má být rozhodnutí vydáno do devadesáti dnů[7], přičemž tuto lhůtu lze prodloužit, rozhodnutí o zjevně nedůvodné žádosti musí správní orgán (Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky) vydat v podstatně kratší lhůtě, a to do třiceti dnů[8,9]. Pokud žadatelův příběh naplňuje podmínky pro konání

[6] Celý zákon o azylu byl již dvacetkrát novelizován, samotné ustanovení § 16 bylo méně či více výrazně změněno sedmkrát.

[7] V praxi ovšem nejsou výjimkou ani správní řízení, jejichž délka se pohybuje v řádu měsíců. Lhůta pro vydání rozhodnutí na základě § 71 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu přitom činí třicet dnů. Pro vydání rozhodnutí ve věci mezinárodní ochrany je nastavena lhůta trojnásobně delší. V tomto druhu řízení totiž může být obtížné shromáždit a posléze správně vyhodnotit všechny relevantní důkazy, a proto je takto určená delší doba žádoucí.

[8] Podle slovenského azylového zákona (č. 480/2002 Z. z.) lze rozhodnutí o zjevně neopodstatněné žádosti vydat do 60 dnů.

zkráceného řízení, avšak správní orgán nestihne rozhodnutí vydat v zákonem stanovené době, je třeba jeho žádost zamítnout v klasickém řízení podle § 12 (resp. i podle § 13 až § 14b) zákona o azylu10.

Zakotvení institutu zjevně nedůvodných žádostí do českého azylového práva lze na jednu stranu vnímat jako jeden z restriktivních nástrojů azylové politiky, kdy žadatelé nemohou bezdůvodně zneužívat výhody spjaté s účastenstvím v azylovém řízení11 a na druhou stranu též jako způsob, jak se efektivně a rychle vypořádat s žádostmi osob, které v České republice nehledají ochranu. Zkrácené řízení je odpovědí na početnou skupinu žádostí12, které nenalézají své odůvodnění v azylově relevantních důvodech a kterým Česká republika čelila v minulých letech. Na daný institut je třeba nahlížet pozitivně i z toho důvodu, že rychlé „vypořádání se" s tzv. pretendenty azylu, resp. mezinárodní ochrany13, pomáhá zlepšit negativní pohled veřejnosti na azylanty a institut azylu obecně. Funkci tohoto institutu lze tudíž chápat jako psychologickou, a to vzhledem k samotnému žadateli a současně jako sociální vůči společnosti. Nelze přitom odhlédnout ani od faktu, že projednání žádosti ve zkráceném řízení má i pozitivní ekonomické dopady, a to vzhledem k ušetření nákladů na pobyt cizince.

3. K NĚKTERÝM ASPEKTŮM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ O ZJEVNĚ NEDŮVODNÉ ŽÁDOSTI

Zákon o azylu vymezuje taxativním způsobem důvody, při jejichž naplnění řízení proběhne ve zkrácené formě. Z dikce ustanovení § 16 zákona o azylu přitom plyne, že správní orgán nemá možnost správního uvážení, zda vést klasické či zkrácené řízení. Musí se ovšem řídit zásadou, aby věc byla projednána podle platných předpisů. To znamená, že žádost o mezinárodní ochranu může zamítnout jako zjevně nedůvodnou jen tehdy, pokud pro to budou skutečně splněny všechny podmínky. Postup dle § 16 přitom není porušením zásady rovného přístupu k účastníkům řízení, a to z důvodu, že začátek řízení o mezinárodní ochraně je pro všechny žadatele stejný.

---

[9] Je třeba vyjít z toho, že již od počátku správního řízení jsou zde jasné důkazní prostředky a tudíž jsou naplněny předpoklady pro postup dle §16 zákona o azylu. Správní orgán proto nepotřebuje mít pro řádné zjištění skutkového stavu k dispozici lhůtu devadesáti dnů.

[10] Lhůta třiceti dnů byla do zákona přidána až od 1. 2. 2002. Do této doby bylo možné zjevně nedůvodnou žádost zamítnout v klasické devadesáti denní lhůtě.

[11] Zejména možnost legálního pobytu na území republiky, možnost ubytování v pobytovém středisku a finančních příspěvků.

[12] Kupříkladu po výrazném zpřísnění cizineckého zákona čelila Česká republika vysokému počtu žádostí z řad ukrajinských, ale taktéž i moldavských a ruských občanů, kteří na našem území pracovali. Dnes je obdobná situace u mongolských a vietnamských občanů a osob pocházejících z oblasti středního východu.

[13] Zejména s ekonomickými migranty.

Jeho následný průběh je již v dispozici samotného subjektu, v jehož zájmu je, aby vylíčil všechny relevantní důvody, které ho vedly k opuštění země a tím tak umožnil projednání své žádosti v plném rozsahu. Řízení o mezinárodní ochraně je totiž primárně založeno na tom, co uvede žadatel do žádosti o mezinárodní ochranu a při následném pohovoru. Je to tedy sám žadatel, kdo rozsahem a obsahem svého tvrzení utváří rámec zjišťování skutkového stavu. Jestliže žadatel neuplatnění právně relevantní důvody pro udělení azylu, správní orgán nemá povinnost si je domýšlet. Tento institut by měl být aplikován pouze tehdy, je-li s ohledem na § 3 správního řádu[14] dostatečně zjištěn skutkový stav věci, který opravňuje rozhodnout ve zkráceném řízen[15]í. Jinak řečeno, žádost může být zamítnuta jako zjevně nedůvodná jen tehdy, podaří-li se správnímu orgánu i ve zkrácené lhůtě třiceti dnů shromáždit tolik potřebných informací, kolik je jich třeba k tomuto procesnímu úkonu. V případě, že z žádosti a pohovoru nebude postaveno na jisto, že žádost je zjevně nedůvodná, je namístě postupovat dle zásady in dubio pro reo a žadatelovu žádost posoudit plnohodnotným způsobem. Azylově rozhodné skutečnosti ve smyslu § 12 musí zjišťovat jen tehdy, pokud žadatel alespoň tvrdí, že existují důvody v tomto ustanovení uvedené16. Nezná-li žadatel obsah pojmu azyl, nemusí vědět, co přesně před správním orgánem vypovědět, a proto vyskytne-li se během pohovoru určitá azylově relevantní okolnost, je povinností správního orgánu vést pohovor takovým směrem, aby jeho výsledek byl dostatečně konkrétní pro potřeby udělení jedné z forem mezinárodní ochrany. Správní orgán je dále povinen zajistit k dané žádosti o mezinárodní ochranu maximální možné množství důkazů, a to jak těch, které vyvracejí tvrzení žadatele, tak těch, co je podporují; má přitom nepochybně snadnější přístup k objektivně zjistitelným a ověřitelným informacím. Podstatné je rovněž chování žadatele a celková věrohodnost (potažmo uvěřitelnost) jeho tvrzení17.

4. VÝCHODISKA SOUDNÍHO PŘEZKUMU ZJEVNĚ NEDŮVODNÝCH ŽÁDOSTÍ

Jedním z předpokladů existence materiálního právního státu je garance a realizace práva na spravedlivý proces a možnosti domáhat se ochrany před nezávislým soudem. Neúspěšný žadatel o mezinárodní ochranu je nepochybně aktivně legitimován ve smyslu § 65 odst. 1 soudního řádu

[14] Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

[15] Zásada tzv. materiální pravdy má v řízení o udělení jedné z forem mezinárodní ochrany svá specifika, jelikož se obvykle nedostává důkazů, které prokazují věrohodnost tvrzení žadatele.

[16] Viz rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 11. 2003, čj. 2 Azs 27/2003-59 a ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Azs 47/2003-130. Všechna rozhodnutí jsou dostupná na www.nssoud.cz.

[17] Na žadatele není možné pohlížet jako na věrohodného, mění-li v průběhu řízení podstatným způsobem svá tvrzení či si v nich rozporuje.

správního[18] k podání žaloby proti rozhodnutí správního orgánu. Ačkoliv byla žádost stěžovatele posouzena jako zjevně nedůvodná a stěžovatel je tedy považován za osobu, která nesplňuje podmínky pro řádné a plnohodnotné azylového řízení, nelze mu za žádných okolností odepřít právo na využití opravného prostředku. České azylové řízení je jednoinstanční (nelze podat rozklad k ministrovi vnitra, jak tomu bylo v minulosti), a proto je této povinnosti dostáno až ve fázi soudního přezkoumávání ovládaného dispoziční zásadou. Tím, že není možné podat opravný prostředek v režimu správního řízení, musí se krajské soudy zabývat i jednoduchými případy, založenými pouze na procesních pochybeních. Hlavním smyslem soudního přezkumu zjevně nedůvodných žádostí je to, aby soud posoudil, zda aplikace § 16 zákona o azylu byla uskutečněna za zákonem daných podmínek, a to za současného dodržení všech procedurálních záruk. Soud by se měl zabývat zejména tím, zda byl žadateli poskytnut dostatečný prostor pro sdělení všech důvodů, ze kterých opustil zemi původu.

Na aplikační správní praxi má velký vliv (nebo by alespoň měla mít) judikatura správních soudů, zejména Nejvyššího správního soudu, který skrze svou integrační funkci dohlíží nejenom na sjednocování a zákonnost judikatury a poskytuje tak vodítko k výkladu azylového zákona, ale taktéž, což je velice důležité, na eurokonformní výklad vnitrostátních azylových právních norem. Vliv judikatury lze vnímat zejména v několika směrech, a sice v tom, že vytváří pomocné vodítko při interpretaci neurčitých pojmů (např. důvod hodný zvláštního zřetele), vymezuje rámec pro rozsah přezkumu správního uvážení a dále pomáhá překlenout situace, které nejsou zákonem buď vůbec řešeny a nebo jsou upraveny nedostatečně. Zavedením institutu nepřijatelnosti kasační stížnosti došlo k posílení adjudikační funkce kasačního soudu. Ve své rozhodovací činnosti se zaměřuje zejména na konkrétní ustanovení předpisu a problémy daného případu a poskytuje jen odpovědi na konkrétní námitky stěžovatele. Činí tak buď skrze odkazy na dosavadní judikaturu, načež je kasační stížnost usnesením odmítnuta pro nepřijatelnost, tedy z důvodu, že žádost svým významem podstatně nepřesahuje vlastní zájmy stěžovatele, anebo soud sice rozhodne formou rozsudku, avšak se k věci opět vyjádří pouze ad hoc. Podstatně menší počet rozhodnutí se vyjadřuje ke sporným otázkám azylové materie s rozsahem i na následující případy.

Soudní přezkum rozhodnutí ve věcech mezinárodní ochrany není rozhodně shodný jako přezkum jiných rozhodnutí vydaných správními orgány. To, co plně odlišuje soudní přezkum rozhodnutí vydaných na základě zákona o azylu od jiných rozhodnutí, jež jsou připuštěna k přezkumu ve správním

[18] Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále též „s. ř. s.“).

soudnictví, je institut tzv. nepřijatelnosti kasační stížnosti19 (§ 104a s. ř. s.), o němž rozhoduje Nejvyšší správní soud. Pro procesní stránku soudního přezkumu nejenom zjevně nedůvodných žádostí se stala zásadní novelizace azylového zákona provedená zákonem č. 350/2005 Sb. Mimo to, že zavedla právě institut tzv. nepřijatelnosti, ovlivnila i přístup k přiznávání odkladného účinku opravným prostředkům (žalob a kasačních stížností). Suspenzivní účinek má svůj nepopiratelný význam zejména z hlediska práva na spravedlivý proces. Primárním smyslem tohoto institutu je pozastavení výkonu správního rozhodnutí, což v rámci azylového řízení prakticky znamená možnost zákonného setrvání na území republiky do doby rozhodnutí o žalobě nebo kasační stížnosti a současně nemožnost navrátit cizince do státu, ve kterém by mu mohlo hrozit pronásledování či vážná újma; takto je zajišťována mezinárodně právní zásada non-refoulement20 ve smyslu čl. 33 Úmluvy o právním postavení uprchlíků21. Na druhou stranu pak nepřiznání odkladného účinku znamená pro žadatele povinnost vycestovat z území republiky. Suspenzivní účinek je přiznán azylovým žalobám a kasačním stížnostem s výjimkou žalob proti rozhodnutí podle § 16 odst. 1 písm. d) a e), tedy v případech vztahujících se ke konceptu bezpečné země a dále při existenci více občanství žadatele. V těchto případech pak připadá v úvahu postup dle § 73 odst. 2 s. ř. s.22 Zajímavé ovšem je, že podá-li žadatel vůči rozhodnutí založenému na základě § 16 odst. 1 písm. d) a e) zákona o azylu kasační stížnost, je jí odkladný účinek přiznán opětovně přímo zákonem.

Jak již bylo řečeno, zkrácené řízení se od klasického řízení o mezinárodní ochraně mimo jiné odlišuje lhůtami. Neliší se ovšem pouze lhůtou, do kdy musí správní orgán rozhodnout, ale taktéž i lhůtou, kterou disponuje neúspěšný žadatel pro podání opravného prostředku k soudu. Zatímco v rámci běžného řízení o mezinárodní ochraně lze podat žalobu proti rozhodnutí ministerstva ve lhůtě patnácti dnů ode dne doručení rozhodnutí, v případě zamítnutí žádosti postupem dle § 16 je to pouhých sedm dnů. Vzhledem k tomu, že lhůta pro podání žaloby podle soudního řádu správního jakožto lex generalis činí dva měsíce, je i patnáctidenní lhůta

[19] Tento institut je výjimečný, jelikož se uplatňuje toliko v řízení ve věcech mezinárodní ochraně. Byl přijat zejména jako administrativní nástroj proti velkému nápadu nedůvodných „azylových“ kasačních stížností.

[20] Daná zásada je spjata s pravidlem aplikační přednosti mezinárodního práva, a to za předpokladu, že cizinec by mohl spadat do definice uprchlíka dle čl. 1 této Úmluvy.

[21] Žádný smluvní stát Úmluvy nemůže vyhostit nebo vrátit uprchlíka na hranice zemí, ve kterých by jeho život či osobní svoboda byly ohroženy na základě jeho rasy, náboženství, národnosti, příslušnosti k určité společenské vrstvě či politického přesvědčení.

[22] Možnost tohoto postupu byla osvědčena rozhodnutím Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 1. 2009, čj. 9 Azs 1/2009–40.

nedůvodně krátká. O to více toto platí v případě lhůty sedmidenní.23 Takto krátké lhůty jsou velmi restriktivní a lze je chápat rovněž tak, že zákonodárce přistupuje k žadatelům již předem jako k jistým pretendentům azylu, jejichž právo na řádný soudní přezkum je v podstatě proklamativní a zbytečný. Žadatelé zpravidla neovládají český jazyk a ani se neorientují v právním řádu, a proto je díky takto nastavené krátké lhůtě možné, že snadno promeškají lhůtu pro podání žaloby, potažmo pro žádost o ustanovení právního zástupce. Právní řád by ke každému měl přistupovat nediskriminačním způsobem a již předem jej neomezovat v bezproblémovém přístupu k soudu. Zakotvením krátkých lhůt vůči osobám, jež hledají v České republice ochranu, lze mít za to, že tomu tak není. Ačkoliv soud většinou rozhodne o správnosti postupu správního orgánu, nelze k žadatelům již předem přistupovat takto omezujícím způsobem. Je rovněž pravdou, že náklady na pobyt pretendentů azylu jdou bezdůvodně na vrub státu, avšak k jejich snížení by mělo docházet především tím, že soudy rozhodují o žalobách ve věci mezinárodní ochraně přednostně.24

Lze se setkat s názory,25 že by bylo vhodné rozšířit nepřípustnost kasačních stížností i na případy, kdy bude správním orgánem rozhodnuto o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné. Je sice pravdou, že i jednostupňová soudní ochrana vyhovuje požadavkům čl. 39 procedurální směrnice a rovněž čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a soudní opravný prostředek by bylo možno považovat za nadbytečný, přesto s tímto názorem nelze souhlasit. Jakákoliv další restrikce by ještě zvýšila rozdíly mezi soudním přezkumem rozhodnutí ve věcech mezinárodní ochrany a zbytkem správních rozhodnutí přezkoumávaných postupem dle II. hlavy, dílu I soudního řádu správního26. Přezkum těchto rozhodnutí je již značně limitován institutem nepřijatelnosti kasační stížnosti, který dostatečně umožňuje se vypořádat s neopodstatněnými a nezávažnými případy. Tímto přístupem by byl z možnosti podání kasační stížnosti vyloučen i samotný správní orgán. Soudní praxe ukázala, že rozhodovací praxe jednotlivých krajských soudů (ale i správních orgánů), není vždy jednotná, a proto nelze opomenout význam sjednocování judikatury Nejvyšším správním soudem. Oprávnění podat kasační stížnost i proti rozhodnutí o zjevně nedůvodné žádosti má své opodstatnění27, přičemž právě institut nepřijatelnosti působí

---

[23] Ústavní soud nedávno obdržel návrh Nejvyššího správního soudu (usnesení ze dne 25. 6. 2009, čj. 1 Azs 72/2008-48) na zrušení § 32 odst. 2 písm. a zákona o azylu, a to pro rozpor s čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.

[24] Viz § 56 odst. 2 s. ř. s.

[25] Viz Hluštík, P.: Správní soudnictví ve vztahu k cizincům v ČR - aplikační praxe. 2009. 175 s. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Jana Jurníková. Dostupné také z IS MU: <http://is.muni.cz/th/11183/pravf_d/disertacni_prace.doc>.

[26] Řízení o žalobách proti rozhodnutí správního orgánu dle 65 - § 78 s. ř. s.

[27] Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2009, čj. 1 Azs 107/2008–78.

jako dostatečná záruka toho, že kasační soud nebude zahlcen neopodstatněnými a nezávažnými případy. Současně je takto zachována možnost žadatele podat opravný prostředek ve správním soudnictví alespoň v částečné míře jako je tomu u jiných typů správních rozhodnutí.

5. VZTAH § 16 K § 12 A § 14A ZÁKONA O AZYLU

Pro danou problematiku je zásadní vymezení vztahu zjevně nedůvodných žádostí upravených § 16 k dalším důležitým ustanovením zákona o azylu. Pro judikaturu ve věci mezinárodní ochrany je typické, že se často vyjadřuje ke vztahům mezi jednotlivými ustanoveními zákona o azylu[28]. Z ustanovení § 16 výslovně neplyne jeho vztah k § 12 až § 14b, § 28 a potažmo ani k již zrušenému § 91. Musel být proto dovozován interpretací zákona jako celku, a to za výrazného přispění soudní judikatury. V rozhodovací činnosti Nejvyššího správního soudu došlo v tomto směru k výraznému judikatornímu posunu. Prvotní přístup spočíval v úvahách, že ustanovení § 2829 azylového zákona nutno vykládat v tom směru, že správní orgán v rozhodnutí uvede, zda se na cizince vztahuje překážka vycestování[30] podle § 91 tehdy, pokud rozhodne o neudělení nebo odnětí azylu. Rozhodnutí o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné nebylo považováno ani za rozhodnutí o neudělení azylu a ani za rozhodnutí o odnětí azylu, a proto kasační soud dříve opakovaně judikoval, že v takových případech je výrok o neexistenci překážek vycestování ve smyslu ustanovení § 91 zákona o azylu výrokem nadbytečným. Za rozhodnutí o neudělení azylu totiž považoval pouze takové rozhodnutí, kterými správní orgán rozhodl o neudělení azylu pro nesplnění podmínek uvedených v ustanovení § 12 až § 14 zákona o azylu, a to až po věcném posouzení důvodů tvrzených žadatelem.

Základní východisko současné aplikační praxe v přístupu k zjevně nedůvodným žádostem představuje premisa, že i rozhodnutí podle § 16 je rozhodnutím, jímž se rozhoduje o azylu. Rozšířený senát[31] překonal dosavadní striktní jazykový výklad § 28 zákona o azylu a vyslovil, že

---

[28] Molek, P.: Judikatura Nejvyššího správního soudu: věci azylové II. Soudní rozhledy, 2006, č. 6, s. 215-223, ISSN 1211-4405.

[29] (1) Mezinárodní ochrana se udělí ve formě azylu nebo doplňkové ochrany; shledá-li ministerstvo při svém rozhodování, že jsou naplněny důvody pro udělení azylu podle § 12, 13 nebo 14, udělí azyl přednostně.

(2) Neshledá-li ministerstvo důvody k udělení ani jedné z forem mezinárodní ochrany, odůvodní své rozhodnutí ve vztahu k oběma formám mezinárodní ochrany.

[30] Institut překážek vycestování je odrazem čl. 33 Úmluvy, tedy zásadou non-refoulement.

[31] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 1. 2009, čj. 1 Azs 96/2006-80.

„ustanovení § 28 zákona o azylu, ve znění účinném do 31. 8. 200632, je nutno vyložit tak, že pojem rozhodnutí „o neudělení nebo odnětí azylu" zahrnuje také rozhodnutí o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné (§ 16 zákona). V tomto případě je správní orgán povinen rozhodnout též o překážce vycestování". Tímto právním závěrem byla zvrácena dosavadní judikatura správních soudů33, podle níž nebyl správní orgán při vydání rozhodnutí o zamítnutí žádosti o azyl jako zjevně nedůvodné povinen rozhodnout výrokem o překážkách vycestování dle § 91. S ohledem na skutečnost, že institut překážek vycestování byl ze zákona o azylu od 1. 9. 2006 vypuštěn, mohlo vzniknout neakceptovatelné vakuum ve vztahu k zásadě non-refoulement. Nejvyšší správní soud proto následující rozhodovací činností zcela správně dovodil,34 že i po předmětné novele, by správnímu orgánu měla i nadále zůstat povinnost zabývat se dodržením zásady non-refoulement. To v praxi znamená, že se musí vyrovnat s otázkou možného udělení doplňkové ochrany (§ 14a a § 14b). Důkazní břemeno přitom převážně stíhá správní orgán v tom smyslu, že vždy a sám z úřední povinnosti musí zjistit (ze zpráv o zemi původu a jemu dostupných databází), zda skutečně žadateli nehrozí závažná újma v případě návratu do země původu. V případě závažné újmy podle § 14a odst. 2 písm. a) a b) zákona o azylu, je správní orgán povinen se jí zabývat, je-li žadatelem o mezinárodní ochranu namítána, nebo vyjde-li najevo jinak v průběhu řízení. Pokud žadatel v tomto ohledu nic netvrdí a v průběhu řízení se žádná informace o možné vážné újmě ani neobjeví, nemusí její případnou existenci správní orgán sám vyhledávat, avšak musí v odůvodnění svého rozhodnutí uvést, že hrozba vážné újmy nebyla v řízení tvrzena a ani nevyšla najevo. Posouzení této mezinárodněprávní zásady sice nemusí být vtěleno do výroku rozhodnutí o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné, avšak správní orgán má povinnost se s ní vyrovnat v rámci odůvodnění svého rozhodnutí.

Lze tak shrnout, že rozhoduje-li správní orgán postupem dle § 16 zákona o azylu, rozhoduje o neudělení azylu. Ve výroku nemůže současně

---

[32] Pokud bude rozhodnuto o neudělení nebo odnětí azylu, ministerstvo v rozhodnutí uvede, zda se na cizince vztahuje překážka vycestování (§ 91).

[33] Např. podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2004, čj. 2 Azs 14/2004-47, je posouzení situace v zemi původu pro rozhodnutí podle ustanovení § 16 odst. 1 písm. e) zákona č. 325/1999 Sb., o azylu, ve znění zákona č. 2/2002 Sb., zcela nerozhodné. Obdobně také rozhodnutí ze dne 9. 9. 2004 čj. 4 Azs 147/2004-41, dle kterého rozhodnutí o zamítnutí žádosti o udělení azylu jako zjevně nedůvodné podle § 16 odst. 1 písm. g) zákona o azylu, nelze považovat za rozhodnutí o neudělení azylu ve smyslu § 28 tohoto zákona. Za takové lze považovat pouze rozhodnutí, kterým Ministerstvo vnitra rozhodne o neudělení azylu pro nesplnění podmínek uvedených v ustanovení § 12, § 13 a § 14 téhož zákona po věcném posouzení důvodů tvrzených žadatelem o azyl.

[34] Za pozornost stojí zejména rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 2. 2009, čj. 1 Azs 107/2008-78.

rozhodnout o (ne)udělení azylu podle § 12, § 13 a § 14 zákona o azylu35. Pro vetší záruku dodržení všech subjektivních práv žadatelů lze ovšem doporučit, aby správní orgán rozhodující postupem podle § 16 odst. 1 a odst. 2 v odůvodnění rozhodnutí alespoň okrajově (jako obiter dictum) uvedl, proč tvrzené potíže žadatele (jsou-li nějaké) nelze považovat za pronásledování36, byť se to může jevit jako nadbytečné. Pokud správní orgán rozhodl o žádosti jako zjevně nedůvodné a přitom opomenul svou povinnost vyjádřit se k existenci nebezpečí vážné újmy, zatíží své rozhodnutí nepřezkoumatelností pro nedostatek důvodů ve smyslu § 76 odst. 1 písm. a) s. ř. s.

6. K JEDNOTLIVÝM TYPŮM ZJEVNĚ NEDŮVODNÝCH ŽÁDOSTÍ

Pojednávat o konkrétních aspektech řízení o mezinárodně ochraně a jejich dopadu do soudního přezkumu vždy znamená zabývat se jak procesními aspekty soudního správního řízení, tak i hmotně právní stránkou věci. Zjevně nedůvodné žádosti sice nebyly do českého právního řádu zavedeny v rámci transpozice komunitárních předpisů, přesto je tento institut komunitárním právem ovlivněn. Ostatně zákon o azylu byl přijat s cílem přiblížení mezinárodním normám a evropským standardům. Komunitární podklad pro takovýto způsob řízení představuje čl. 28 odst. 2 procedurální směrnice,37 který žádosti v tomto směru, spíše teoreticky, rozlišuje na nedůvodné a zjevně nedůvodné. Jednotlivé typy nedůvodných žádostí vymezuje čl. 23 odst. 4 procedurální směrnice, který vyjmenovává patnáct důvodů,38 u kterých mohou členské státy stanovit, že v případě jejich

---

[35] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 10. 2. 2004, čj. 4 Azs 35/2003-71, ze dne 4. 12. 2003, čj. 2 Azs 47/2003-130 nebo ze dne 2. 3. 2005, čj. 3 Azs 77/2004-86.

[36] Toto ovšem neplatí pro zjevně nedůvodné žádosti založené na ustanovení § 16 odst. 1 písm. f) zákona o azylu, jelikož již z jeho podstaty vyplývá, že správní orgán tyto otázky musí zkoumat.

[37] V případech uvedených v čl. 23 odst. 4 písm. b) a v případech nedůvodných žádostí o azyl, na které se vztahuje některá z okolností uvedených v čl. 23 odst. 4 písm. a) a c) až o), mohou členské státy považovat žádost za zjevně nedůvodnou, je-li to stanoveno vnitrostátními právními předpisy.

[38] Hemme Batjes. In: European Asylum Law and International Law, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publisher, 2006, str. 334 - 336 rozděluje tyto případy do pěti kategorií: 1) zjevně nedůvodné žádosti v užším slova smyslu (čl. 23 odst. 4 písm. a), b), g) a j) procedurální směrnice); 2) žadatel pochází z bezpečné země původu a nebo bezpečné třetí země (čl. 23 odst. 4 písm. c) téhož předpisu); 3) žadatel nespolupracuje nebo se snaží rozhodující orgány uvést v omyl či podvést (čl. 23 odst. 4 písm. d), e), f), i), k) a l) téhož předpisu); 4) žadatel představuje hrozbu pro bezpečnost státu nebo veřejný pořádek (čl. 23 odst. 4 písm. m) směrnice); 5) následná žádost nebo žádost podaná nezletilou osobou, pokud byla zamítnuta žádost rodičů a pokud nepředkládá žádné nové údaje (čl. 23 odst. 4 písm. h) a o) téhož předpisu). Dostupný též z: http://books.google.com/books?id=4jSYDSY7qjgC&pg=PA77&lpg=PA77&dq=European+Asylum+Law+and+International+Law&source=bl&ots=PUgUwYBfak&sig=BXQ7jMaYloSY3jgYzTivp8kdVHg&hl=cs&ei=a8HkSsjMGcaM_Ab-

existence se řízení o mezinárodní ochraně v souladu se základními zásadami a zárukami upřednostní nebo urychlí39.

Současné znění zákona o azylu rozeznává celkem devět možných situací, kdy se žádost40 projedná ve zkráceném řízení. Lze je dělit podle mnohých kritérií. Zjevně nedůvodné žádosti je možné členit například podle toho, zda je zjevná nedůvodnost zapříčiněna objektivními kritérii bez vlivu osoby (státní příslušnost, potažmo původ cizince) a nebo naopak, samotným aktivním i pasivním jednáním žadatele. Jednotlivé důvody se mohou v rámci jednoho případu prolínat, správní orgán by se měl nejlépe zabývat všemi. Na rozhodující orgán je třeba klást zvýšené požadavky, aby vždy spravedlivě a rozumně, do důsledků zvážil všechny žadatelem uváděné skutečnosti a další okolnosti případu, jelikož opuštění území republiky, ať na základě vyhoštění či výjezdního příkazu, je úkonem nevratným, kterým může dojít k nenahraditelné újmě ohrožením cizince na životě, zdraví či jeho osobní svobodě.

Do první kategorie zjevně nedůvodných žádosti je možno zařadit případy, kdy se způsob posouzení žádosti odvíjí od země původu žadatele, tedy od objektivního kritéria, jež osoba svým jednáním před správním orgánem nemůže ovlivnit. Tyto podmínky lze nalézt v § 16 odst. 1 písm. d) a e) zákona o azylu. Jako zjevně nedůvodnou posoudí správní orgán takovou žádost, kdy cizinec přichází ze státu, který Česká republika považuje za třetí bezpečnou zemi nebo bezpečnou zemi původu a nebo, kdy má více než jedno státní občanství a nevyužil ochrany některého ze států, jehož občanství má. V těchto případech lze mít za to, že samotný původ osoby poskytuje dostatečné záruky toho, že žadatel nebyl pronásledován či vystaven hrozbě jiné vážné újmy. Na druhou stranu, absolutní a automatické odmítnutí projednání žádosti z důvodu původu osoby by bylo v rozporu s mezinárodními úmluvami. Vždy totiž mohou nastat excesy z demokratického fungování státu, a proto zákonodárce naprosto správně poskytnul žadateli prostor, aby prokázal, že právě v jeho případě k takovému vybočení došlo. Žádost tedy nelze posoudit v režimu § 16,

---

t520Cg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=6&ved=0CB0Q6AEwBQ#v=onepage&q=&f=false

K tomu blížeji viz též Kosař, D.: Zjevně nedůvodné žádosti o azyl (mezinárodní ochranu) a jejich soudní přezkum. In: Dalibor Jílek [et al.].: Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006, 214 s.

[39] Jako jeden z možných důvodů rozeznává procedurální směrnice odmítnutí splnění povinnosti nechat si odebrat otisky prstů, zatímco česká právní úprava na takové jednání pohlíží jako přestupek, jenž lze sankcionovat peněžní pokutou. Český azylový zákon nezařadil do § 16 ani případy, kdy žadatel představuje hrozbu pro bezpečnost státu nebo veřejný pořádek členského státu.

[40] Pro zajímavost lze uvést že slovenský azylový zákon (č. 480/2002 Z. z.) rozeznává v § 12 celkem 13 důvodů pro posouzení žádosti jako zjevně neopodstatněné.

pokud bude prokázáno (z dikce tohoto ustanovení lze dovodit, že důkazní břemeno neleží toliko na žadateli), že v konkrétním případě nelze určitou zemi považovat za bezpečnou a nebo, že cizinec nemohl z důvodů uvedených v § 12 nebo § 14a využít ochrany země svého druhého občanství. Již z žádosti o mezinárodní ochranu, resp. z pozdějšího pohovoru musí vyplynout, že zde existují důvody pro posouzení žadatelova případu v klasickém řízení. Na odůvodnění o zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné jsou kladeny výrazně nižší požadavky než na klasické rozhodnutí, nicméně pokud je žádost zamítána na základě § 16 odst. 1 písm. d) a e), správní orgán by se měl vypořádat i s otázkou, že se právě v tomto konkrétním případě nejednalo o exces a že tedy na něj nelze aplikovat § 12 až § 14 zákona o azylu. Tím by se rozhodnutí ovšem částečně přiblížilo odůvodnění klasického rozhodnutí.

Jako druhou kategorii zjevně nedůvodných žádostí lze označit skupinu případů, kdy žadatel se správním orgánem řádně nespolupracuje či mu zatajuje skutečnosti důležité pro jeho rozhodování. S těmito případy počítá § 16 odst. 1 v písmenech b) a h). Zkrácené řízení se uskutečnění za situace, kdy cizinec bez vážného důvodu uvádí nesprávné údaje o své totožnosti nebo státním občanství nebo tyto údaje odmítá uvést a dále za předpokladu, že s cílem ztížit zjištění skutečného stavu věci zničil, poškodil nebo zatajil svůj cestovní doklad či jinou důležitou listinu anebo s tímto cílem předložil padělaný nebo pozměněný cestovní doklad či jinou důležitou listinu. Ve své podstatě je projednání žádosti ve zkrácené lhůtě jakousi pomyslnou sankcí za to, že cizinec úmyslně ztěžuje či dokonce znemožňuje, aby byl plně zjištěn skutkový stav[41]. Přitom původ a identita žadatele je základním a nosným prvkem zákonného a spravedlivého rozhodnutí, jelikož pouze za předpokladu, že správní orgán zná zemi a oblast původu žadatele, může ověřit (nebo si alespoň udělat úsudek), zda jím popsaný příběh se mohl udát tak, jak tvrdí. Neméně důležitá je znalost skutečné identity žadatele42 - časté jsou případy, kdy cizinec přijíždí bez dokladů či s doklady se změněnou identitou. Jak kupříkladu uvedl Nejvyšší správní soud43, „jedním ze základních předpokladů pro posouzení, zda jsou v případě žadatele o azyl splněny podmínky ustanovení § 12 zákona o azylu, je správné zjištění jeho státního občanství…Skutečnost, že žadateli o azyl byly odepřeny služby, které se normálně poskytují státním příslušníkům (zde vydání cestovního dokladu), může představovat odepření ochrany země původu, což může posílit obavy žadatele z pronásledování, a správní orgán proto musí tuto skutečnost při posuzování žádosti o azyl řádně posoudit.“ Dále je pak v tomto směru podstatný i rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 27. 11. 1998, čj. 5 A 517/96-39, podle něhož je nutno v situacích, ve kterých je

[41] Zásadu vyšetřovací lze v případě řízení o mezinárodní ochraně vykládat vůči správnímu orgánu méně striktněji než je obvyklé v jiných odvětvích správního práva.

[42] Existují totiž stále země, kde je právní statut jednotlivce ovlivněn jeho původem.

[43] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2005, čj. 7 Azs 71/2005-61.

„žadatelem osoba, která není občanem státu, v němž žila, nutno rovněž zkoumat, jaké je v něm postavení osob bez státní příslušnosti a jak tento stát garantuje a v praxi zajišťuje ochranu osob na jeho území žijících." Proto je naprosto správné, že v případech, kdy žadatel neposkytne dostatečnou součinnost ke zjištění své identity či ji předstírá, aby bylo o jeho žádosti rozhodnuto ve zkráceném řízení. Zjištění, že žadatel falešnými doklady předstírá jinou identitu, může trvat delší dobu než požadovaných třicet dní. Jsou-li tudíž tyto údaje zjištěny později, je třeba žádost zamítnout v klasickém řízení, s tím, že na obsah odůvodnění zamítavého rozhodnutí budou kladeny podstatně vyšší nároky. Jiným aspektem těchto typů žádostí je fakt, že běžně nastávají situace, kdy žadatel nemá doklad prokazující jeho totožnost[44]. Neexistence těchto dokladů nemůže bez dalšího znamenat možnost zamítnout žádost jako zjevně nedůvodnou. Vždy, s ohledem na konkrétní okolnosti případu a věrohodnost[45] žadatele, je nutno posoudit důvod, proč cizinec nemůže svou totožnost deklarovat pravými a nikterak nepozměněnými doklady. Z jednání žadatele by měl tak být patrný úmysl uvést správní orgán v omyl. Teprve poté, kupříkladu v situacích, kdy cizinec tvrdí, že pochází z nějaké konfliktní oblasti, ačkoliv tomu tak není, lze přistoupit k zamítnutí žádosti jako zjevně nedůvodné.

Následující skupinu zjevně nedůvodných žádostí tvoří situace popsané pod písmenem f) a g). Vztahují se k samotným tvrzením žadatele a skutečnostem, pro něž žádá ochranu České republiky. Žádost bude zamítnuta v zkráceném řízení i tehdy, uvádí-li stěžovatel skutečnosti zjevně nevěrohodné a nebo neuvádí skutečnosti svědčící o tom, že by mohl být vystaven pronásledování z důvodů uvedených v § 12 nebo že mu hrozí vážná újma podle § 14a. I tato dvě ustanovení lze chápat jako problematická, jelikož hranice mezi důvody pro zkrácené a pro klasické řízení je zde úzká. Azylové řízení je postaveno a priori na výpovědi žadatele, přičemž předmětem posuzování je i jeho věrohodnost, která je častým důvodem pro odmítnutí žádosti i v nezkráceném řízení. Pokud jsou ovšem výpovědi žadatele natolik nevěrohodné či protichůdné, lze cizincovu žádost posoudit jako zjevně nedůvodnou. Týž procesní postup lze zvolit i za situace, kdy žadatel ani v minimálním rozsahu neuvedl žádný důvod, jenž by poukázal na situace, s nimiž počítá § 12 zákona o azylu. Správní orgán musí s velkou opatrností vyhodnotit obsah tvrzení žadatele tak, aby zejména s ohledem na právo na spravedlivý proces mohl najisto provést řízení ve zkrácené formě. Pro § 16 odst. 1 písm. f) zákona je charakteristické, že správní orgán současně (a nikoliv až posléze) posuzuje možnost existence hrozby vážné újmy ve smyslu § 14a zákona o azylu. Není tedy možné, aby

[44] Ať z důvodu, že jej ztratil, musel odevzdat převaděči či jej nikdy nevlastnil.

[45] Na tomto místě lze odkázat na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne ze dne 18. 1. 2006, čj. 6 Azs 386/2004-40, ze dne 30. 9. 2008, čj. 5 Azs 66/2008-70 a nebo ze dne 21. 12. 2005, čj. 6 Azs 235/2004-57, ve kterých se tento soud zabýval posuzováním věrohodnosti žadatelovy výpovědi.

správní orgán konstatoval, že žádost je zjevně nedůvodná, aniž by žádost posoudil i z hlediska doplňkové ochrany.

Další druh zjevně nedůvodných žádostí vymezených v prvním odstavci § 16 zákona o azylu lze nalézt pod písmeny a) a c). Vztahuje se k životní situaci žadatele, který se pouze snaží uniknout ze špatné ekonomické situace v zemi původu a nebo žádá o udělení mezinárodní ochrany pouze proto, aby unikl situaci všeobecné nouze. Tato ustanovení nemají svůj přesný předobraz v procedurální směrnici, pouze obecněji jsou popsána pod písmenem a) odst. 4 čl. 23 procedurální směrnice.46 Co se týče všeobecné nouze, jedná se o typický neurčitý pojem. Je tudíž pouze na správním orgánu, jak přistoupí k jeho interpretaci. Navíc se může často překrývat s ekonomickou situací žadatele, avšak všeobecná nouze by měla být pojmem širším. Není jednoduché vyvodit, na jaké situace lze toto ustanovení aplikovat. Výslovně z něj neplyne, že by se žadatel musel s nouzí potýkat jen v zemi původu, ačkoliv to je patrně úmysl zákonodárce. Nouze by se neměla vztahovat pouze k situaci samotného žadatele, nýbrž obecně k podmínkám života v celé zemi či oblasti.47 O aplikačním úskalí těchto norem bude pojednáno níže.

Poslední a velmi často aplikovanou skupinu zjevně nedůvodných žádostí vymezil zákonodárce v samostatném druhém odstavci § 16,48 dle kterého se jako zjevně nedůvodná zamítne i taková žádost, je-li z postupu žadatele patrné, že ji podal s cílem vyhnout se hrozícímu vyhoštění, vydání nebo předání k trestnímu stíhání do ciziny, ačkoliv mohl požádat o udělení mezinárodní ochrany dříve, a pokud žadatel neprokáže opak. „Patrné“ neznamená postavené na jisto, a proto podání žádosti po rozhodnutí o vyhoštění, vydání či předání nelze pojímat kategoricky jako pouhou snahu o vyhnutí se vyhoštění z území republiky. Ačkoliv je vstup do řízení o mezinárodní ochraně po nařízení vyhoštění velmi často toliko účelový, nelze žádost jednoduše a automaticky odmítnout. Mohou totiž nastat situace, kdy sice cizinci hrozí vyhoštění, nicméně prokáže odůvodněný strach z návratu do vlasti. To samé lze říci i o podání žádosti ve vydávací vazbě. Je totiž možné, že žádost státních orgánů země původu o vydání může být sám o sobě důvodem zakládajícím nárok na udělení mezinárodní

---

[46] Žadatel při podávání své žádosti a jejím zdůvodňování uvedl pouze skutečnosti, které nejsou důležité nebo mají jen malý význam pro posouzení toho, zda může být uznán za uprchlíka podle kvalifikační směrnice.

[47] Např. situace, která nastala v Iráku po zhroucení režimu prezidenta Saddáma Husajna.

[48] Konsorcium nevládních organizací pracujících s uprchlíky v ČR toto ustanovení dokonce označilo jako za naprosto rezignující na principy mezinárodního práva, zejména na princip non-refoulement, a to právě u těch osob, které jsou při nuceném návratu do země původu zvlášť ohroženy, neboť jsou vydávány státním orgánům, z jejichž strany mohly být potenciálně pronásledovány. In: Připomínky k azylovému zákonu, s. 28.

ochrany[49]. Další část tohoto ustanovení, která často činí v aplikační praxi potíže je pojem „dříve“. Lze na něj opět nazírat jako na neurčitý pojem, který musí být vykládán vzhledem k okolnostem každého případu, tedy k době, která uplyne od příjezdu na území do podání žádosti o mezinárodní ochranu, resp. do doby udělení správního vyhoštění či zajištění. Nejvyšší správní soud se k uvedenému vyjádřil takto: „požádá-li cizí státní příslušník o azyl až po poměrně dlouhé době strávené v České republice za situace, kdy jiné možnosti úpravy a obnovy legálnosti pobytu na tomto území jsou vyčerpány, ztíženy nebo omezeny, jedná se přinejmenším o nepřímý důkaz toho, že situaci ve své domovské zemi, pokud jde o důvody, pro něž lze azyl udělit, ve skutečnosti nepociťoval natolik palčivě[50].“ Ustanovení § 16 odst. 2 by tedy nemělo být aplikováno (nebo aplikováno s opatrností) v případech, kdy je cizinci téměř ihned po nelegálním příjezdu do České republiky uděleno správní vyhoštění. Na toto rozhodnutí reagoval soud ve svém dalším rozhodnutí,[51] v němž konstatoval, že „právní závěry vyslovené v tomto (výše uvedeném) rozhodnutí není možné na souzený případ aplikovat. Pojem „poměrně dlouhá doba“ je pojmem neurčitým, a proto je k němu nutno přistupovat tak, aby jeho interpretací nebyl vytvářen neodůvodněný nepoměr mezi osobami, které se na našem území zdržují nelegálně několik měsíců či dokonce let, a to převážně z ekonomických (pracovních) důvodů a těmi, které se na našem území nachází v řádu dnů, zvláště pak tehdy, směřovaly-li jejich kroky k podání žádosti o mezinárodní ochranu. Tomu se tak bezpochyby stalo i v posuzované věci, jelikož stěžovatel podal žádost čtvrtý den po příjezdu do země. Cílem jeho konání bylo s největší pravděpodobností právě podání žádosti o mezinárodní ochranu, což potvrzuje skutečnost, že stěžovatel byl cizineckou policií zadržen ve Vyšních Lhotách, tedy v místě, kde se nachází přijímací středisko.“

Pro posuzování zjevné nedůvodnosti dle § 16 odst. 1 písm. a) a c) je zásadní a zároveň problematické slovo „pouze“. Je tak otázkou, zda žadatel musí uvádět výlučně ekonomické důvody a žádné jiné a nebo musí z pohovoru vyplynout, že jediným motivem žádosti je nepříznivá ekonomická situace, přičemž jiné důvody, které cizinec popisuje, jsou nevěrohodné nebo nerelevantní. Nejvyšší správní soud ve svých rozhodnutích apeluje na správní orgány a krajské soudy, aby k aplikaci tohoto pojmu přistupovaly eurokonformním způsobem.[52] To platí obzvláště i k výkladu § 16 odst. 2, v jehož znění pojem pouze není obsažen. Toto ustanovení má ovšem předobraz v čl. 24 odst. 4 písm. j) procedurální směrnice, která konání

[49] K tomu dále viz Připomínky k azylovému zákonu. Konsorcium nevládních organizací pracujících s uprchlíky v ČR, 2007, s. 27-28.

[50] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 1. 2005, čj. 3 Azs 119/2004-50.

[51] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 3. 2009, čj. 8 Afs 5/2009-58.

[52] Srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 8. 2008, čj. 5 Azs 24/2008-48.

zkráceného řízení váže mimo jiné i na skutečnost, že žadatel podává žádost pouze proto, aby pozdržel nebo zmařil výkon dřívějšího anebo blížícího se rozhodnutí, které by vedlo k jeho vyhoštění. Kasační soud vychází z vyvratitelné domněnky, že žadatel může prokázat, že žádost nemohl podat dříve nebo že k žádosti není pouze účelově motivován snahou vyhnout se hrozícímu vyhoštění či vydání. Ačkoliv jsou důvody podání žádosti v těchto situacích většinou skutečně účelové, musí být žadateli zachováno právo prokázat opak. Vyslovil proto, že i toto ustanovení zákona o azylu je nutno vykládat tak, jako by v něm slovo „pouze" bylo obsaženo. Nejvyšší správní soud zavedl třístupňový test s tím, že aplikace § 16 odst. 2 je podmíněna pouze kumulativním splněním všech tří podmínek. První podmínkou je hrozící vyhoštění, vydání nebo předání k trestnímu stíhání do ciziny. Nejenom z gramatického výkladu lze dovodit, že podmínka je splněna okamžikem hrozícího vyhoštění, vydání či předání a není vázána na existenci autoritativního rozhodnutí. Dále je pak nutno zkoumat, zda žadatel mohl požádat o udělení mezinárodní ochrany „dříve"; a nakonec, zda je z postupu žadatele patrné, že žádost o mezinárodní ochranu podal „pouze" s cílem vyhnout se tomuto hrozícímu vyhoštění, vydání nebo předání k trestnímu stíhání do ciziny. Lze připomenout, že i v případě, kdy správní orgán dospěje k závěru, že byly splněny všechny tři podmínky, nemůže rezignovat na svou povinnost zkoumat, zda žadateli nehrozí při návratu do země původu závažná újma ve smyslu § 14a odst. 2 zákona o azylu.

Předmětem posuzování kasačního soudu byl v popisovaném případě sice § 16 odst. 2, avšak závěry zde vyslovené je třeba vztáhnout i na § 16 odst. 1 písm. a) a c). Nezřídka se stává, že žádost je zjevně podmíněna špatnou ekonomickou situací v zemi původu, ale žadatel současně uvádí i další okolnosti, které třeba nejsou založeny na pravdě nebo opětovně souvisí s jeho ekonomickou situací (problémy s lichváři či vyděrači), avšak lze je posuzovat v režimu § 12 zákona o azylu[53]. Správní orgán musí proto velmi pečlivě uvážit, v jakém typu řízení žádost posoudí. Nelze totiž opomenout situace, kdy tíživá ekonomická situace projevující se např. v nemožnosti získat práci v zemi původu může být podřaditelná pod § 12 odst. 2 zákona o azylu. V takovém případě je pak třeba žádost posoudit v klasickém nezkráceném řízení. Rozhodne-li se pro postup dle § 16, je přinejmenším vhodné, aby se alespoň v minimálním rozsahu zmínil o konkrétních důvodech, jež stěžovatel sdělil v žádosti a pohovoru. Žadatel by měl být s žádostí úspěšný, pokud bude prokázána přímá souvislost mezi pronásledováním a jeho ekonomickou úrovní. Obdobné lze uvést i k § 16 odst. 2 zákona. I pokud žadateli hrozí vyhoštění či vydání, avšak přesvědčivým způsobem uvádí, že mu v zemi původu hrozí pronásledování z azylově relevantních důvodů nebo skutečné nebezpečí vážné újmy, je

[53] Pronásledování soukromými osobami lze za určitých okolností považovat za pronásledování, zejména pokud je podporováno nebo trpěno státními orgány. I ekonomická nouze může být zapříčiněna rasou, pohlavím, náboženstvím, národností, příslušnosti k určité sociální skupině nebo zastáváním určitých politických názorů.

správní orgán povinen se zabývat i jeho tvrzeními ve smyslu § 12 a § 14a a nikoliv dle § 16 zákona o azylu.

Zákon o azylu v ustanovení § 16 odst. 1 písm. d) a e) a dále v odst. 2 konstruuje zjevnou nedůvodnost jako vyvratitelnou právní domněnku, z čehož vyplývá, že je připuštěn důkaz opaku a nevnímá ji jako další vylučující klauzuli, jež jsou jinak taxativně vymezeny v čl. 12 a 17 kvalifikační směrnice a v zákoně o azylu pak v § 15 a § 15a. Azylový zákon používá v tomto směru různé pojmy: „nebude-li prokázáno“ (§ 16 odst. písm. d), „pokud žadatel neprokáže“ (§ 16 odst. písm. e) a § 16 odst. 2). Z konstrukce tohoto ustanovení vyplývá, že v případě prvém, pochází-li žadatel ze třetí bezpečné země nebo bezpečné země původu, neleží, oproti zbylým případům, důkazní břemeno pouze na něm. Je-li takto výslovně umožněn důkaz opaku, musí být žadateli poskytnut prostor k prokázání, že v jeho případě nelze § 16 aplikovat. Je ovšem otázkou, nakolik současná praxe přistupuje k individuálnímu posouzení takovýchto žadatelů. Jiným aspektem věci je skutečnost, že žadatelé často neznají obsah § 16 a netuší, že jejich žádost je posuzována jako zjevně nedůvodná a tudíž, že k tomu, aby unesli své důkazní břemeno, je třeba, aby vyvrátili dané domněnky.

7. ZÁVĚR

Zakotvení institutu zjevně nedůvodných žádostí do azylového zákona má své opodstatnění. Tento institut umožňuje urychlení řízení a současně rychlou filtraci žádostí o mezinárodní ochranu, které již na první pohled nemohou být úspěšné. Rozhodovací praxe správních orgánů ukázala, že tento institut není často vykládán způsobem, jenž vyžaduje komunitární právo. Podle mého názoru by bylo přinejmenším vhodné doplnit znění § 16 odst. 2 zákona o azylu o slovo „pouze“, aby odpovídalo svému předobrazu, tedy procedurální směrnici. Eurokonformní výklad této normy, jež zavedl Nejvyšší správní soud je sice důležitý, nicméně pro zaručení plné právní jistoty účastníka řízení nepostačí. Během řízení o mezinárodní ochraně by měla být aplikována zásada „v případě pochybností ve prospěch žadatele“, kterou by měl správní orgán zohlednit zejména v situacích důkazní nouze, kdy rozhoduje o tom, zda udělit jednu z forem mezinárodní ochrany. Správní orgán by měl dle mého názoru tuto zásadu uplatnit i v případech, kdy rozhoduje o tom, zda žádost posoudí jako zjevně nedůvodnou postupem podle § 16 zákona o azylu a nebo v klasickém řízení, ve kterém se bude zabývat i azylově relevantními důvody. K aplikaci popisovaného institutu by mělo být přistoupeno jen tehdy, budou-li proto k tomu splněny předpoklady, a to s ohledem na zásadu materiální pravdy. Na chápání tohoto institutu má zásadní a velice důležitý vliv judikatura Nejvyššího správního soudu, který vystupuje jako jakýsi abstraktní dohlížitel na dodržování všech práv žadatelů. Díky postupnému posunu v jeho rozhodovací praxi došlo k rozšíření procesní ochrany a standardu práv žadatelů, jejichž žádost byla posouzena jako zjevně nedůvodná.

Literature:

- Kosař, D.: Zjevně nedůvodné žádosti o azyl (mezinárodní ochranu) a jejich soudní přezkum. In: Dalibor Jílek [et al.].: Společný evropský azylový systém: procedurální směrnice. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006, 214 s., ISBN 80-210-4058-0
- Molek, P.: Judikatura Nejvyššího správního soudu: věci azylové II. Soudní rozhledy, 2006, č. 6, s. 215-223, ISSN 1211-4405
- Jurníková, J. [et al.].: Správní právo. Zvláštní část. 6. dopl. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2004. s. 45 – 46, ISBN 9788021048478
- Battjes, H.: European asylum law and international law. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2006. 688 s. Dostupné také z http://books.google.com/books?id=4jSYDSY7qjgC&pg=PA77&lpg=PA77&dq=European+Asylum+Law+and+International+Law&source=bl&ots=PUgUwYBfak&sig=BXQ7jMaYloSY3jgYzTivp8kdVHg&hl=cs&ei=a8HkSsjMGcaM_Ab-#v=onepage&q=unfounded&f=false. ISBN 9004150870.
- Připomínky UNHCR k návrhu směrnice Evropského parlamentu a Rady, kterou se stanoví minimální standardy pro přijímání žadatelů o azyl (přepracované znění) (KOM (2008) 815, v konečném znění, 3. prosinec 2008)
- Připomínky k azylovému zákonu. Konsorcium nevládních organizací pracujících s uprchlíky v ČR, 2007, 51 s.
- Sněmovní tisk č. 882: Stanovisko odborné skupiny z katedry mezinárodního a evropského práva PrF MU v Brně k vládnímu návrhu novely zákona o azylu a Policii ČR
- Hluštík, P.: Správní soudnictví ve vztahu k cizincům v ČR - aplikační praxe. 2009. 175 s. Disertační práce. Masarykova univerzita, Právnická fakulta. Vedoucí práce Jana Jurníková. Dostupné také z IS MU: <http://is.muni.cz/th/11183/pravf_d/disertacni_prace.doc>.

Contact – email
102839@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ŠPECIFIKÁ PRIESKUMU ROZHODNUTÍ ORGÁNOV VEREJNEJ MOCI ÚSTAVNÝM SÚDOM SLOVENSKEJ REPUBLIKY

ĽUDMILA GAJDOŠÍKOVÁ

Ústavný súd Slovenskej republiky

Abstract in original language
Príspevok sa venuje otázkam preskúmavania rozhodnutí orgánov verejnej moci Ústavným súdom Slovenskej republiky. Zaoberá sa ústavnými limitmi preskúmania rozhodnutí orgánov verejnej moci, predovšetkým v rámci konania o sťažnostiach fyzických osôb a právnických osôb. Základným kritériom tohto prieskumu je posudzovanie ústavnosti rozhodnutia orgánu verejnej moci a poskytnutie ochrany základných práv a slobôd Ústavný súd Slovenskej republiky nie je ďalšou inštanciou v systéme všeobecných súdov, preto rozsah jeho zásahov do rozhodnutí je v zásade zdržanlivý a rešpektuje skutočnosť, že jeho právomoc je subsidiárna.

Key words in original language
Rozhodnutie orgánu verejnej moci; preskúmavanie ústavnosti rozhodnutí; subsidiárna právomoc ústavného súdu; ochrana základných práv a slobôd.

Abstract
The contribution deals with the review of decisions of public bodies by the Constitutional Court of the Slovak Republic. It focuses on the constitutional limits of this review, first of all within the proceedings concerning the complaints of natural and legal persons. The basic criteria of this research is the review of the constitutionality of a decision of a public body and the offer of protection of fundamental rights and freedoms. The Constitutional Court of the Slovak Republic is not the next one instance in the court system, that is why the extent of its interference into the decisions is basically restrained and it respects the fact that its competence is of a subsidiary nature.

Key words
Decision of a public body; constitutional review; subsidiary competence of the constitutional court; protection of fundamental rights and freedoms.

1.

Súdny prieskum rozhodnutí orgánov verejnej moci Ústavným súdom Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) sa uplatňuje predovšetkým v konaní o sťažnostiach podľa čl. 127 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len „ústava“), t. j. v konaní o sťažnostiach, prostredníctvom ktorých sa fyzické osoby a právnické osoby dovolávajú na ústavnom súde ochrany svojich základných práv a slobôd.

Špecifiká súdneho prieskumu rozhodnutí orgánov verejnej moci ústavným súdom majú tieto ústavné limity:

1. Ústavný súd je nezávislým súdnym orgánom ochrany ústavnosti. Znamená to, že predmetom jeho prieskumu je v zásade „ústavnosť" napadnutých rozhodnutí (nie aj zákonnosť) a poskytnutie ochrany základných práv a slobôd sťažovateľom (treba však abstrahovať od tej právomoci ústavného súdu, ktorá sa týka právomoci ústavného súdu preskúmavať zákonnosť volieb, disciplinárnych konaní proti ústavou ustanovenému okruhu osôb a preskúmavania rozhodnutí vo veciach ochrany verejného záujmu a zamedzenia rozporu záujmov). Popri preskúmavaní rozhodnutí orgánov verejnej moci, táto právomoc sa vzťahuje aj na preskúmavanie opatrení alebo iných zásahov orgánov verejnej moci.

Uplatnenie ochrany základných práv a slobôd na základe sťažností sťažovateľa podľa čl. 127 ods. 1 ústavy smerujúcich proti orgánom verejnej moci sa týka najmä dožadovania sa ochrany základných práv a slobôd, ktorých porušenie sťažovatelia namietajú rozhodnutiami orgánov verejnej moci, ktoré v konaní pred ústavným súdom zastupuje najmä všeobecné súdy. Vzhľadom na hierarchické usporiadanie sústavy všeobecných súdov a subsidiárnu právomoc ústavného súdu ide najmä o rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej len „najvyšší súd"), nie je však vylúčené ani preskúmavanie rozhodnutí krajských súdov, a to spravidla v prípadoch, v ktorých je vylúčené dovolanie (popri správnom súdnictve ide najmä o veci upravené zákonom o rodine okrem rozsudku o obmedzení alebo pozbavení rodičovských práv a povinností, alebo o pozastavení ich výkonu, o priznaní rodičovských práv a povinností maloletému rodičovi dieťaťa, o určení rodičovstva, o zapretí rodičovstva alebo o osvojení(§ 238 ods. 4 OSP).

Čo sa týka dovolacieho konania, je potrebné poukázať na právnu úpravu možnosti neprípustnosti dovolania v prípadoch „bagateľnej veci" podľa § 238 ods. 5 OSP, podľa ktorého „dovolanie nie je prípustné vo veciach, v ktorých bolo napadnuté právoplatné rozhodnutie odvolacieho súdu o peňažnom plnení neprevyšujúcom trojnásobok minimálnej mzdy a v obchodných veciach desaťnásobok minimálnej mzdy, pričom na príslušenstvo sa neprihliada. Ak je predmetom dovolacieho konania len príslušenstvo pohľadávky, dovolanie nie je prípustné, ak výška príslušenstva v čase začatia dovolacieho konania neprevyšuje sumu podľa prvej vety. Na určenie minimálnej mzdy je rozhodujúci deň podania návrhu na prvostupňovom súde.". Naproti tomu ústavný súd takúto právomoc nemá.

Dôvody, ktoré vedú sťažovateľa k podaniu sťažností proti rozhodnutiam orgánov verejnej moci spočívajú najčastejšie

- v absencii dostatočného odôvodnenia rozhodnutia orgánu verejnej moci; v tejto súvislosti treba upozorniť na § 219 ods. 2 OSP, podľa ktorého

odvolací súd sa môže stotožniť s odôvodnením súdu prvého stupňa, a preto sa môže len na toto odôvodnenie odvolať, alebo môže navyše uviesť ešte ďalšie skutočnosti na jeho podporu,

- v arbitrárnosti rozhodnutí ,

- vo formalistickom prístupe k rozhodovaniu,

- v nepreskúmateľnosti rozhodnutí v dôsledku procesných pochybení,

- v ústavne neakceptovateľného posúdenia veci.

2. Ústavný súd uplatňuje svoju právomoc subsidiárne, t. j., ak ochranu základných práv a slobôd poskytuje len vtedy, ak ju neposkytuje iný súd.

Predpokladom a podmienkou uplatnenia ochrany základných práv a slobôd sťažovateľa na súde je vyčerpanie právnych prostriedkov, ktoré mu zákon na ochranu jeho základných práv alebo slobôd účinne poskytuje a na ktorých použitie je sťažovateľ oprávnený podľa osobitných predpisov (§ 53 ods. 1 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov -ďalej len „zákon o ústavnom súde“). Ide najmä o

- opravné právne prostriedky podľa OSP a TP,

- právne prostriedky, ktoré má sťažovateľ k dispozícii podľa zákona č. 153/2001 Z. z. o prokuratúre v znení neskorších predpisov,

- právne prostriedky, ktoré má sťažovateľ k dispozícii podľa zákona č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (v prípade namietania zbytočných prieťahov v konaní a porušenia základného práva podľa čl. 48 ods. 2 ústavy).

3. Ústavný súd nie je ďalšou inštanciou v systéme súdnictva Slovenskej republiky.

Vychádzajúc z uvedeného ústavný súd „nevstupuje“ do rozhodnutí orgánov verejnej moci v prípadoch, ak právny názor orgánov verejnej moci je ústavne akceptovateľný. Ústavný súd riešil už aj prípad kolízie dvoch právnych názorov konajúcich súdov, ktoré obidva boli podľa názoru ústavného súdu ústavne akceptovateľné. V tomto prípade neuplatnil ústavný súd prílišný aktivizmus, naopak riadil sa pravidlom zdržanlivosti, rešpektujúc princíp právnej istoty.

4. Konanie na ústavnom súde je jednoinštatnčné, t. j. proti rozhodnutiam ústavného súdu nemožno podať opravný prostriedok. Neznamená to však, že sa fyzická osoba alebo právnická osoba nemôže obrátiť na ústavný súd so sťažnosťou týkajúcou sa tej istej veci znova – novou sťažnosťou, ale iba v niektorých prípadoch, ktoré nespadajú medzi veci upravené v § 24 zákona o ústavnom súde. Možnosť obrátiť sa na ústavný súd novou sťažnosťou má fyzická osoba alebo právnická osoba, ktorej sťažnosť bola odmietnutá pre nesplnenie zákonom predpísaných náležitostí, ak svoju novú sťažnosť upraví a odstráni nedostatky v náležitostiach predchádzajúcej sťažnosti v súlade s požiadavkami ustanovenými zákonom o ústavnom súde(§20 a § 50) alebo v prípade nevyužitia účinných právnych prostriedkov, ktoré mala k dispozícii podľa osobitných zákonov tak, ako to vyžaduje §53 ods. 1 zákona o ústavnom súde, za podmienky, že tento nedostatok odstráni.

5. Možnosť domáhať sa prieskumu rozhodnutia orgánu verejnej moci je časovo limitovaná: týmto časovým limitom je uplynutie dvoch mesiacov od nadobudnutia právoplatnosti rozhodnutia orgánu verejnej moci.

Časový limit na podanie sťažnosti proti právoplatným rozhodnutiam orgánu verejnej moci je nielen určitým „sitom“ prístupu k súdu, súčasne rešpektuje význam právnej istoty v nadobudnutých právach a nárokoch poskytnutých orgánmi verejnej moci.

V súvislosti s ustanovenou dvojmesačnou lehotou v § 53 ods. 3 zákona o ústavnom súde možno diskutovať (opomenúc v tomto momente sťažnosti na zbytočné prieťahy v konaní), kedy začína plynúť sťažovateľovi dvojmesačná lehota na podanie sťažnosti ústavnému súdu v prípade, keď dovolanie bolo odmietnuté, t. j. dovolací súd neuznal prípustnosť dovolania.

6. V rámci „preskúmavania“ rozhodnutí orgánov verejnej moci ústavný súd, aplikujúc v súlade s § 31a zákona o ústavnom súde primerané použitie Občianskeho súdneho poriadku (ďalej len „OSP“) alebo Trestného poriadku (ďalej len „TP“) môže rozhodnúť o dočasnom opatrení a odložiť vykonateľnosť napadnutého právoplatného rozhodnutia, ak to nie je v rozpore s dôležitým verejným záujmom a ak by výkon napadnutého rozhodnutia neznamenal pre sťažovateľa väčšiu ujmu, než aká môže vzniknúť iným osobám pri odložení jeho vykonateľnosti; najmä ak uloží orgán, ktorý podľa sťažovateľa porušil jeho základné práva alebo slobody, aby sa dočasne zdržal vykonania právoplatného rozhodnutia. Toto dočasné opatrenie zaniká najneskoršie právoplatnosťou rozhodnutia vo veci samej, ak ústavný súd nerozhodne o jeho skoršom zrušení, a to môže urobiť ústavný súd aj bez návrhu, ak pominú dôvody, pre ktoré sa dočasné opatrenie nariadilo.

Ďalším rozhodnutím ústavného súdu, ktoré nadväzuje (môže nadväzovať) po jeho rozhodnutí o porušení základných práv a slobôd sťažovateľa napadnutým rozhodnutím orgánu verejnej moci, je zrušenie takéhoto rozhodnutia, ako aj prikázanie, aby ten, kto porušil práva a slobody podľa čl. 127 ods.1 ústavy obnovil stav pred porušením (čl. 127 ods. 2 ústavy).

Dočasné opatrenia v podobe pozastavenia/odloženia vykonateľnosti rozhodnutí napadnutých právnych predpisov sú síce ústavou dovolenou možnosťou dočasne riešiť signalizujúcu „protiústavnosť" rozhodnutia a nie sú využívané často, resp. nevyhovuje sa všetkým návrhom na rozhodnutie.

- Asi najvýznamnejší dopad uplatnenia týchto právomoci bol vo veciach

- II. ÚS 5/03, kde ústavný súd odložil vykonateľnosť uznesenia Súdnej rady Slovenskej republiky č. 74 z 20. decembra 2002 o schválení návrhu predložiť prezidentovi Slovenskej republiky na vymenovanie predsedu Najvyššieho súdu Slovenskej republiky,

- IV. ÚS 331/08 vo veci vydania/nevydania sťažovateľa, ktorý sa nachádzal vo vydávacej väzbe a možného porušenia čl. 16 ods. 2 ústavy a čl. 3 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd, kde ústavný súd odložil vykonateľnosť uznesenia najvyššieho súdu, ktoré vo svojich dôsledkoch znamenalo, že do právoplatného rozhodnutia ústavného súdu vo veci samej minister spravodlivosti Slovenskej republiky nemohol podľa §510 ods. 1 TP povoliť vydanie sťažovateľa do cudziny.

7. Z právomoci súdu nesmie byť vylúčené preskúmanie rozhodnutí týkajúcich sa základných práv a slobôd (čl. 46 ods. 2 ústavy).

Pokiaľ všeobecný súd takúto ochranu sťažovateľa neposkytne, je ju povinný poskytnúť ústavný súd. Bolo to napr. vo veci II. ÚS 50/01 týkajúcej sa pracovného vzťahu sťažovateľa, kde konajúci súd zastavenie konania založil na formálnoprávnom označení druhu rozhodnutia správneho orgánu, a nie na výsledku jeho posúdenia, či sa toto rozhodnutie svojím obsahom nedotýka niektorého zo základných práv alebo slobôd. Podľa vysloveného právneho názoru ústavného súdu v tejto veci základnému právu podľa čl. 46 ods. 2 ústavy zodpovedá len taký prístup súdu, v rámci ktorého sa zohľadňuje nielen druh rozhodnutia predloženého na súdne preskúmavanie, ale berie do úvahy aj zistenie, či sa toto rozhodnutie svojím obsahom nedotýka niektorého zo základných práv a slobôd.

8. Domáhať sa ochrany základných práv a slobôd uvedených v čl. 51 ods. 1 ústavy možno len v medziach, ktoré tieto ustanovenia vykonávajú.

Z uvedeného princípu vychádza ústavný súd vo veciach správneho súdnictva, kde rešpektuje vylúčenie dovolania v správnom súdnictve a rovnako v rodinnoprávnych veciach upravených v § 238 OSP .

9. Výsledkom preskúmavania ústavnosti a zákonnosti volieb (voľby prezidenta Slovenskej republiky, volieb poslancov Národnej rady Slovenskej republiky, orgánov územnej samosprávy , tak VÚC ako aj obce

a poslancov Európskeho parlamentu) môže byť zrušenie rozhodnutia volebnej komisie (a vyhlásenie za zvoleného toho, kto bol riadne zvolený - § 63 ods. 1 písm. c) zákona o ústavnom súde).

Konanie vo volebných veciach nie je typicky „ústavnou agendou“, o čom svedčí osobitná právna úprava tohto konania, počnúc výberom - ustanovením aktívne legitimovaných osôb na podanie (volebnej) sťažnosti, končiac obsahom rozhodnutí, v rámci ktorých možno nielenže zrušiť rozhodnutie volebnej komisie, ale zároveň určiť, ktorý z kandidátov bude/je považovaný za zvoleného.

10. Výsledkom konania o preskúmaní rozhodnutí vo veci ochrany verejného záujmu a zamedzenia rozporu záujmov podľa ústavného zákona č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov v znení ústavného zákona č. 545/2005 Z. z. sú len dve možnosti: potvrdenie takéhoto rozhodnutia ústavným súdom alebo jeho zrušenie (§ 73b ods. 3 zákona o ústavnom súde).

Konanie o preskúmaní rozhodnutí vo veci ochrany verejného záujmu a zamedzenia rozporu záujmov (konanie o konflikte záujmov) má typické črty správneho konania, a preto celý postup/konanie ústavného súdu by malo byť podľa môjho názoru prispôsobené podstate/zmyslu toho konania podčiarkujúc, že ide o atypickú agendu ústavného súdu, prekračujúcu limity „klasickej“ právomoci ústavného súdu (PLz. ÚS 1//07).

2.

S výnimkou volebných vecí, ktoré sú podľa čl.131 ods. 1 ústavy „plenárnou vecou“, sú všetky vyššie právomoci uplatňované ústavným súdom „senátnymi vecami“. Vzhľadom na túto skutočnosť môže dôjsť k odchylným právnym názorom v súvislosti s rozhodovacou činnosťou jednotlivých senátov. V tomto prípade podľa § 6 zákona o ústavnom súde senát, ktorý v súvislosti so svojou rozhodovacou činnosťou dospeje k právnemu názoru odchylnému od právneho názoru vydaného už v rozhodnutí niektorého zo senátov, predloží plénu ústavného súdu návrh na zjednotenie odchylných právnych názorov, ktoré rozhodovali o zjednotení odchylných právnych názorov uznesením. Senát/senáty sú v ďalšom konaní viazané uznesením pléna ústavného súdu.

Odchylné názory zjednocoval ústavný súd dosiaľ vo veciach

PLz. ÚS 1/06 - zjednocovanie sa týkalo hmotnoprávnych účinkov nálezu č. k. PL. ÚS 38/03-89. Ústavný súd uviedol tak svoje stanovisko.

„1. Hmotnoprávne účinky nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky č. k. PL. ÚS 38/03-89 zo 17. mája 2004 o nesúlade § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových

a občianskych zdravotných poisťovní v znení zákona č. 138/2003 Z. z. s čl. 20 ods. 1 druhou vetou v spojení s čl. 13 ods. 3 a 4 Ústavy Slovenskej republiky uverejneného v Zbierke zákonov Slovenskej republiky pred právoplatným skončením konania pred všeobecným súdom (15. júla 2004), v ktorom sa má aplikovať § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní v znení zákona č. 138/2003 Z. z., nastávajú pre všetkých účastníkov tohto konania ex tunc.

2. Stratou účinnosti a následne platnosti § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní v znení zákona č. 138/2003 Z. z. na základe nálezu Ústavného súdu Slovenskej republiky č. k. PL. ÚS 38/03-89 zo 17. mája 2004 o nesúlade § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní v znení zákona č. 138/2003 Z. z. s čl. 20 ods. 1 druhou vetou v spojení s čl. 13 ods. 3 a 4 Ústavy Slovenskej republiky, uverejneného v Zbierke zákonov Slovenskej republiky 15. júla 2004, sa obnovuje znenie § 38 ods. 4 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 273/1994 Z. z. o zdravotnom poistení, financovaní zdravotného poistenia, o zriadení Všeobecnej zdravotnej poisťovne a o zriaďovaní rezortných, odvetvových, podnikových a občianskych zdravotných poisťovní platné a účinné do nadobudnutia účinnosti zákona č. 138/2003 Z. z., t. j. do 1. júna 2003.“.

2. PLz. ÚS 1/07 - zjednocovanie sa týkalo aplikácie čl. 9 a nasl. ústavného zákona č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcie verejných funkcionárov v znení ústavného zákona č. 545/2005 Z. z. s týmto záverom:

„Na konanie o návrhoch vo veciach ochrany verejného záujmu a zamedzenia rozporu záujmov podľa čl. 9 a nasl. ústavného zákona č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov v znení ústavného zákona č. 545/2005 Z. z. sa vzťahuje § 25 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 38/1993 Z. z. o organizácii Ústavného súdu Slovenskej republiky, o konaní pred ním a o postavení jeho sudcov v znení neskorších predpisov, podľa ktorého sa každý návrh predbežne prerokuje.“.

3. PLz. ÚS 1/08 - zjednocovanie sa týkalo prípustnosti opravného prostriedku proti rozhodnutiu vyššieho súdneho úradníka s týmto stanoviskom:

„Vyšší súdny úradník je podľa § 2 zákona č. 549/2003 Z. z. o súdnych úradníkoch v znení neskorších predpisov štátnym zamestnancom. Proti každému rozhodnutiu vyššieho súdneho úradníka vydanému v súdnom konaní je v zmysle čl. 142 ods. 2 poslednej vety Ústavy Slovenskej republiky vždy prípustný opravný prostriedok, o ktorom vždy rozhoduje sudca, a to aj vtedy, ak osobitný zákon odvolanie alebo iný opravný prostriedok nepripúšťa.“.

4. PLz. ÚS 2/08 - zjednocovanie sa týkalo možného vyslovenia porušenia základného práva podľa čl. 20 ods. 1 v organickom spojení s vyslovením porušenia základného práva podľa čl. 48 ods. 2 ústavy a čl. 6 ods. 1 dohovoru s týmto stanoviskom:

„Ak sťažovateľ namieta sťažnosťou podľa čl. 127 Ústavy Slovenskej republiky porušenie svojho základného práva podľa čl. 20 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, prípadne iného Ústavou Slovenskej republiky chráneného práva hmotného charakteru v nadväznosti, resp. v organickom spojení s porušením základného práva na prerokovanie veci bez zbytočných prieťahov podľa čl. 48 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky a práva na prejednanie jeho záležitosti v primeranej lehote podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd po právoplatnom skončení napadnutého súdneho konania, tak pri predbežnom prerokovaní takejto sťažnosti ako dôvod jej odmietnutia ako celku možno uplatniť ustálený právny názor Ústavného súdu Slovenskej republiky, podľa ktorého Ústavný súd Slovenskej republiky poskytuje ochranu základnému právu na prerokovanie veci bez zbytočných prieťahov podľa čl. 48 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, ako aj právu na prejednanie záležitosti v primeranej lehote podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd len vtedy, ak bola sťažnosť pred Ústavným súdom Slovenskej republiky uplatnená v čase, keď k namietanému porušeniu označeného práva ešte mohlo dochádzať alebo porušenie v tom čase ešte mohlo trvať (m. m. I. ÚS 34/99, III. ÚS 20/00, II. ÚS 204/03, IV. ÚS 102/05).“.

5. PLz. ÚS 1/09 - zjednocovanie sa týkalo určenia, komu patrí katastrálne územie Tatranskej Štrby (obci Štrba alebo mestu Vysoké Tatry) na základe prvej zmeny katastrálnej hranice v rozhodnom období s týmto znením záveru:

„Prvá zmena hranice katastrálneho územia obce Štrba tak, že z jej katastrálneho územia bolo odčlenené územie Tatranskej Štrby v prospech územia mesta Vysoké Tatry, bola vykonaná v rozhodnom období od 1. januára 1948 do 31. decembra 1989 [§ 52 ods. 1 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 162/1995 Z. z. o katastri nehnuteľností a o zápise vlastníckych a iných práv k nehnuteľnostiam (katastrálny zákon) v znení platnom do 31. decembra 2001], a to bez súhlasu obyvateľov obce, a preto nie je dôvod na prinavrátenie územia Tatranskej Štrby mestu Vysoké Tatry, ktoré mu bolo odňaté na základe uznesenia pléna Okresného národného výboru Poprad č. 90 z 23. marca 1976.“.

6. PLz. ÚS 2/09 - zjednocovanie sa týkalo posúdenia splnenia podmienok vydania/nevydania sťažovateľa, ktorý sa nachádzal vo vydávacej väzbe z dôvodu možného porušenia čl. 16 ods. 2 ústavy a čl. 3 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd (ďalej len „dohovor"), pričom tento návrh sa zamietol, t. j. nezískal väčšinu.

7. PLz. ÚS 3/09 - zjednocovanie sa týkalo otázky, či správcovi konkurznej podstaty sa pripočítava daň z pridanej hodnoty, a to s týmto stanoviskom:

„Ak správca konkurznej podstaty bol v čase rozhodovania súdu podľa zákona č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení platnom a účinnom v čase tohto rozhodovania zdaniteľnou osobou, potom otázku, či sa k odmene správcu pripočítava daň z pridanej hodnoty (napriek tomu, že vyhláška jednoznačne ustanovuje, že sa odmena o daň z pridanej hodnoty nezvyšuje alebo túto otázku vôbec neupravuje), treba riešiť spôsobom, ktorý je v súlade so zmyslom a účelom inštitútu dane z pridanej hodnoty upraveným tak v zákone č. 222/2004 Z. z. o dani z pridanej hodnoty v znení neskorších predpisov, ako aj v Smernici Rady 2006/112/ES z 28. novembra 2006 o spoločnom systéme dane z pridanej hodnoty, a v súlade s hierarchickým usporiadaním právnych noriem podľa stupňa ich právnej sily, teda v súlade so zásadou prednostnej aplikácie právnej normy vyššieho stupňa právnej sily pred právnou normou nižšieho stupňa právnej sily. Ak konajúci súd takto nepostupuje, dopustí sa tým porušenia základného práva sťažovateľa na súdnu ochranu podľa čl. 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, ako aj jeho práva na spravodlivé prejednanie jeho záležitosti podľa čl. 6 ods. 1 Dohovoru o ochrane ľudských práv a základných slobôd a v spojitosti s nimi aj porušenia základného práva garantovaného v čl. 20 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky", zamieta.".

3.

Niektoré závery:

- Prieskum rozhodnutí orgánov verejnej moci ústavným súdom je špecifický.

- Kvalitatívnym meradlom rozhodovacej právomoci ústavného súdu je posudzovanie ústavnosti rozhodnutia orgánu verejnej moci.

- K zrušovaniu rozhodnutí orgánov verejnej moci ústavný súd pristupuje primerane zdržanlivo.

- Vyslovenie porušenia základných práv sťažovateľa v napadnutých rozhodnutiach orgánov verejnej moci sa obmedzuje spravidla len na vyslovenie porušenia tých základných práv a slobôd, ktoré nie sú už týmito orgánmi reparovateľné.

Literature:

- Judikatúra Ústavného súdu Slovenskej republiky

Contact – email

gajdosik@concourt.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PŘEZKUM ROZHODNUTÍ VE VĚCECH KÁRNÝCH ŘÍZENÍ SOUDCŮ A STÁTNÍCH ZÁSTUPCŮ

PETR HLUŠTÍK

Vysoká škola báňská, Technická univerzita v Ostravě

Abstract in original language
Zákonem č. 314/2008 Sb. došlo ke zcela zásadní změně v systému kárných řízení ve věcech soudců a státních zástupců. Tímto zákonem došlo jednak k přesunu rozhodování v těchto věcech na k tomu specielně zřízené šestičlenné senáty Nej|vyššího správního soudu a jednak k zavedení rozhodování v jedné instanci. Příspěvek se zabývá především posledně jmenovanou změnou, tedy, aspekty nemožnosti řádného opravného prostředku proti rozhodnutí v těchto věcech s přihlédnutím k důvodům, jež vedly zákonodárce k přijetí nové úpravy.

Key words in original language
Kárné řízení; Soudce; Státní zástupce; Nejvyšší správní soud.

Abstract
The Act No. 314/2008 Coll. had made a vital change in the system of disciplinary proceedings in cases of judges and prosecutors. This Act firstly moved decision-making in these matters on to the specially created six-member Chamber of the Supreme Administrative Court and, secondly, established decision-making in one instance. The contribution mainly deals with the latter change, therefore, aspects of the impossibility of an appeal against the decision in these matters with regard to the reasons which led the legislature to adopt the new arrangements.

Key words
Disciplinary proceedings; Judge; Prosecutor; Supreme Administrative Court.

Na následujících řádcích se hodlám zabývat zcela zásadní změnou postavení soudců a státních zástupců z hlediska jejich kárné odpovědnosti, a to především v souvislosti s přijetím zákona č. 314/2008 Sb. Tímto zákonem účinným od 1.10.2008 došlo k několika novelizacím mj. zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích, zákona č.283/1993 Sb., o státním zastupitelství a především pak zákona č. 7/2002 Sb., o řízení ve věcech soudců a státních zástupců.

Nejprve upozorním na jednotlivé novoty, mající dle mého podstatný vliv na celou problematiku.

Za změny nejvýznamnější lze bezpochyby považovat zavedení omezeného funkčního období funkcionářů soudů, tj. jejich předsedů a místopředsedů, možnost dočasně zprostit funkce soudce nebo funkcionáře soudu ministrem

spravedlnosti, je-li s ním vedeno kárné řízení, jehož důsledkem může být odvolání z funkce. Ne nepodstatnou změnou je též to, že v případě, že soudce se dopustí přestupku, nemůže již dle nové právní úpravy požadovat projednání jeho jednání v kárném řízení před kárným soudem, ale nadále se postupuje (i z hlediska procesního postupu) v režimu zákona o přestupcích.

Zcela převratnou změnou, která mě jako autora vedla k napsání těchto řádek, je zavedení jednoinstančního systému kárného řízení, a to nově před šestičlenným kárným senátem u Nejvyššího správního soudu**.** Tento senát je složen ze tří soudců a tří přísedících, přičemž předseda senátu je soudcem Nejvyššího správního soudu (v případě, že jde o soudce, který rozhoduje ve správním řízení, je jím soudce Nejvyššího soudu), zástupcem je soudce Nejvyššího soudu a další člen senátu z řad soudců je soudcem vrchního, krajského nebo okresního soudu (z řad soudců navržených předsedy jednotlivých soudů). Přísedícími jsou vždy jeden státní zástupce, jeden advokát a jiná osoba vykonávající jiné právnické povolání; tito přísedící byli navrhováni nejvyšším státním zástupcem, předsedou České advokátní komory a děkany právnických fakult. Funkční období kárného senátu bylo stanoveno jako pětileté.

Podstatnou změnou je také rozšíření osob, oprávněných k podání kárného návrhu, neboť nově je kárným žalobcem také prezident republiky, ministr spravedlnosti a veřejný ochránce práv.

Bez zajímavosti není ani zavedení tzv. institutu „třikrát a dost“. Tento institut je zakotven v ustanovení § 91 písm. c) zákona č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích jako možnost zahájit řízení o způsobilosti k výkonu soudcovské funkce se soudcem, který byl v posledních pěti letech uznán nejméně třikrát pravomocně vinným kárným proviněním, jestliže tato skutečnost zpochybňuje důvěryhodnost jeho dalšího setrvání v soudcovské funkci. Aby bylo možné zahájit toto řízení, musí být kumulativně splněny obě uvedené podmínky. Dospěje-li kárný soud k závěru, že soudce není způsobilý k výkonu funkce, soudcovská funkce zaniká dnem právní moci takového rozhodnutí.

V neposlední řadě po velkých debatách bylo zavedeno omezené funkční období funkcionářů soudů, a to na 7 let u předsedů a místopředsedů okresního soudu, krajského soudu a vrchního soudu a na 10 let u předsedů Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu. Nevylučuje se však možnost, aby předseda nebo místopředseda soudu byl po uplynutí svého funkčního období opětovně jmenován, a to za předpokladu, že po dobu výkonu své funkce nebyl shledán odpovědným za kárné provinění a současně nebyl po dobu výkonu funkce pravomocně odsouzen za trestný čin. Přechodná ustanovení byla nastavena podle toho, kdy byli jednotliví funkcionáři jmenováni do své funkce, aby docházelo k postupnému obměňování.

Významnou změnou, která byla doplněna do původního vládního návrhu v ústavně právním výboru je úprava jmenování funkcionářů soudů, a to tak, že:

- předsedu a místopředsedy Nejvyššího soudu a Nejvyššího správního soudu jmenuje prezident republiky
- předsedu vrchního soudu jmenuje na návrh ministra spravedlnosti prezident republiky a místopředsedu jmenuje na návrh předsedy tohoto soudu ministr spravedlnosti
- předsedu krajského soudu jmenuje na návrh ministra spravedlnosti prezident republiky a místopředsedu jmenuje na návrh předsedy tohoto soudu ministr spravedlnosti
- předsedu okresního soudu jmenuje na návrh předsedy krajského soudu ministr spravedlnosti a místopředsedu jmenuje na návrh předsedy tohoto soudu ministr spravedlnosti.

Z pohledu „převratnosti" změn je třeba zejména vypíchnout právě **jednoinstanční** kárné řízení, tedy řízení vedené pouze před popsaným kárným soudem **bez možnosti bránit se jakýmkoli řádným (a dokonce ani mimořádným) opravným prostředkem[1].**

Mým cílem je zabývat se tím, co vedlo zákonodárce k přijetí takto přísné úpravy a zhodnotit, zda z hlediska ústavních práv kárně obviněného soudce či státního zástupce je přednesená právní úprava konformní.

Pokud se týče úmyslu a cíle zákonodárce při přijetí úpravy, vede logická úvaha nahlédnout do důvodové zprávy k návrhu předmětného zákona; nutno konstatovat, že z této zprávy ani pečlivý čtenář nezjistí téměř žádnou relevantní informaci k otázce nemožnosti podání opravného prostředku, vyjma té, že dle předkladatele navrhovaná úprava není v rozporu s ústavním pořádkem. O úmyslu zákonodárce se tak lze pouze dohadovat, nicméně období, v němž byla právní úprava přijímána, s přihlédnutím k několika mediálním kauzám týkajících se soudců, vede téměř neomylně k závěru, že podtext navrhovaných změn byl předně politický, vedený snahou v rámci „očištění" justice nasbírat politické body s poukazem na to, že takto nebude možné, aby soudci sami své kolegy v rámci kárného řízení tak říkajíc „podrželi".

Z tohoto pohledu pak však není bez zajímavosti, že ačkoli Parlamentem ČR navrhovaný zákon téměř bez problémů prošel, již nedlouho po jeho přijetí část zákonodárců, a to senátoři Senátu ČR iniciovali u Ústavního soudu ČR zrušení části či celého zákona č. 314/2008[2].

[1] Viz ust. § 21 zákona č. 7/2002 Sb.

[2] Viz řízení vedené u Ústavního soudu ČR pod sp. zn. Pl ÚS 39/08

Jak tedy hodnotit zákonem zakotvenou nemožnost obrany kárně obviněného soudce či státního zástupce formou opravného prostředku proti rozhodnutí kárného senátu?

Obecně vzato, s ohledem na skutečnost, že na řízení ve věcech soudců a státních zástupců se použije přiměřeně trestní řád[3], pak s přihlédnutím k čl. 6 odst. 3 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod[4] nelze primárně konstatovat, že by pouhá nemožnost opravného prostředku v kárném řízení byla v rozporu s právem na spravedlivý proces zakotveným v čl 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod.

Nicméně, na celou problematiku je třeba podívat se komplexně, a to ve spojení s právem na **rovný** přístup k veřejným funkcím stanoveným čl. 21 odst. 4 Listiny základních práv a svobod; problém totiž dle mého soudu nastává ve chvíli, kdy kárný senát, shledá-li kárně obviněného vinným z určitého kárného provinění, přistoupí k nejpřísnější sankci, a to k odvolání z funkce (soudce či státního zástupce). V tomto momentě totiž nastává situace, kdy při rozhodnutí s tak zcela zásadními a závažnými důsledky do sféry osobních práv jednotlivce neexistuje právem garantovaný prostředek, kterak (alespoň v rámci řádných opravných prostředků) přezkoumat správnost věcného rozhodnutí kárného senátu. Ano, v úvahu připadá samozřejmě podání ústavní stížnosti kárně odsouzeným, nicméně, tímto se v této oblasti vrací Ústavnímu soudu tolikrát kritizovaná a nechtěná úloha instituce, která v rámci posuzování kritérií porušení ústavních práv jednotlivce přistupuje k přezkumu rozhodnutí, u kterého je zákonem vyloučena možnost přezkumu obecnými soudy.

Nabízí se zde srovnání s některými řízeními u Ústavního soudu, vyvolanými stížnostmi proti rozhodnutí obecných soudů v rámci občanského řízení sporného v situaci, kdy se dle o.s.ř. jednalo o tzv. bagatelní věc[5]. Ústavní soud v takových případech již vícekráte judikoval, že není úkolem Ústavního soudu přezkoumávat rozhodnutí v bagatelních věcech, nicméně, zcela mimořádně může Ústavní soud přistoupit k přezkumu těchto rozhodnutí za situace, kdy bude dán zcela jednoznačný ústavní rozměr porušení práv stěžovatele, zejm. v situaci, kdy soudem v napadeném rozhodnutí není vůbec respektována či je opomíjena ustálená judikatura v řešené otázce[6].

---

[3] Viz ust. § 25 zákona č. 7/2002 Sb.

[4] Viz Sdělení FMZV č. 209/1992 Sb.

[5] Tzn. řízení o věci, jejímž předmětem je peněžité plnění nepřesahující 2.000,- Kč, nepřihlížeje při tom k příslušenství a nákladům řízení (viz ust. § 202 odst. 2 o.s.ř.)

[6] Viz např. Nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. I. ÚS 3143/08

Jinými slovy, v naznačeném kontextu, mínil zákonodárce dát novou úpravou najevo, že rozhodnutí v kárném řízení je svou povahou de facto bagatelní z hlediska předmětu tohoto řízení, a to bez ohledu na konečné rozhodnutí? Pokud ano, je takováto úvaha zcela nepřípustná; soudce či státní zástupce, je-li projednáváno jeho tvrzené kárné provinění, má dle mého mít již z povahy projednávané věci právo na řádné přezkoumání závěrů kárného senátu, a to minimálně tehdy, je-li mu ukládána sankce spočívající v odvolání z funkce. V takovém případě totiž může vyvstat otázka, zda nemožnost obrany nemá vliv také na shora zmiňované právo kárně obviněného na rovný přístup k veřejné funkci; jinými slovy je nutné, aby kárně obviněný měl právo na to, aby závěr o tom, zda je či není způsobilý k výkonu veřejné funkce byl přezkoumatelný. Aniž bych chtěl jakkoli pochybovat o základech, na nichž je postaveno ustavení kárných senátů, přeci jen, je shora uvedeným způsobem složený kárný senát opravdu schopen zcela bez výjimky posoudit míru kárné odpovědnosti kárně obviněného se všemi jeho důsledky?

Zcela z nedávné doby se ihned nabízí příklad – v řízení vedeném u Nejvyššího správního soudu jako soudu kárného ve věci sp. zn. 12 Ksz 2/2008 rozhodl tento dne 29.9.2009 o tom, že kárně obviněná státní zástupkyně Nejvyššího státního zastupitelství *„v rozporu s povinností státního zástupce uloženou v § 24 odst. 2 zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ve znění zákona 14/2002 Sb., vystříhat se ve svém osobním životě i při výkonu svých politických práv všeho, co by mohlo ohrozit vážnost funkce státního zástupce nebo vážnost státního zastupitelství anebo ohrozit důvěru v nestranný výkon působnosti státního zastupitelství nebo státního zástupce, v rozhovoru, který jako státní zástupkyně Nejvyššího státního zastupitelství poskytla redaktorovi deníku Mladá fronta DNES J. K. dne 7. 11. 2008 v budově Nejvyššího státního zastupitelství v Brně, ulice Jezuitská č. 4, a jehož částečný obsah byl v tomto deníku dne 13. 11. 2008 uveřejněn pod nadpisy „Státní zástupkyně se přátelila s rodinou mafiána“ a „Splácím dům, proto teď nemůžu rezignovat“, zdůvodnila svoje setrvávání ve funkci státní zástupkyně Nejvyššího státního zastupitelství potřebou splácet hypotéku, ačkoliv připustila, že její v minulosti uskutečňované přátelské kontakty s osobami, které jsou veřejně označovány za příslušníky kriminálního prostředí, mohou v současnosti ve veřejnosti vzbudit pochybnosti o důvěryhodnosti státního zástupce a jeho nestrannosti, přičemž v souvislosti s možností odvolání z funkce státní zástupkyně uvedla: „Budu muset dělat všechno pro to, aby to bylo co nejdéle, abych toho splatila co nejvíc*“, čímž zaviněně porušila povinnost státního zástupce a uložil jí za to kárné opatření odvolání z funkce. Ačkoli nechci nijak obhajovat jednání uvedené státní zástupkyně, je minimálně na povážlenou, zda popsaným jednáním skutečně narušila důvěru v justici takovým způsobem, aby sankce za popsané jednání byla pouze odvolání z funkce. Jak je potom možné, že jednání některých současných soudců či státních zástupců v kauze známé v médiích jako tzv. „justiční mafie“ je ponecháno de facto bez povšimnutí, ačkoli tento případ daleko více a déle nabourává důvěru v justici ze strany veřejnosti (o případu „Čunek“ nemluvě). Právě

případ odvolané státní zástupkyně Nejvyššího státního zastupitelství je dle mého ukázkou toho, že neexistence možnosti bránit se v takovém případě proti rozhodnutí kárného senátu může být v konečném důsledku v popsaném kontextu v rozporu s právem na spravedlivý proces.

Jaké se tedy nabízí řešení? Dá se předpokládat, že vodítkem bude především rozhodnutí Ústavního soudu, ať už v řízení vedeném pod sp. zn. Pl ÚS 39/08, či v řízení zahájeném k návrhu Nejvyššího správního soudu z popudu kárně obviněného soudce[7]. Minimálním řešením by dle mého bylo upravit již tak nešťastnou právní úpravu alespoň v tom smyslu tak, že pro případ, kdy bude kárným soudem uloženo nepřísnější kárné opatření – odvolání z funkce soudce či státního zástupce, bude připuštěn opravný prostředek, o němž by v druhé instanci rozhodoval k tomu zřízený odvolací senát, složený však výhradně ze soudců Nejvyššího a Nejvyššího správního soudu, resp. státních zástupců Nejvyššího státního zastupitelství (bez laického prvku), který by mohl rozhodovat o jemu předložené věci pouze v rámci kasačního přezkumu (tedy bez možnosti ve věci sám rozhodnout meritorně změnou původního rozhodnutí).

Bude tedy minimálně zajímavé sledovat, kterým směrem se na základě podaných návrhů u Ústavního soudu bude ubírat přednesená problematika; nezbývá však než doufat, že vstříc spravedlnosti.

Literature:

- zákon č. 6/2002 Sb., o soudech a soudcích
- zákon č. 7/2002 Sb., o řízení ve věcech soudc a státních zástupců
- zákon č. 314/2008 Sb.
- Ústava České republiky
- Listina základních práv a svobod
- Úmluva o oschraně lidských práv a základních svobod
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ČR ve věci sp. zn. 12 Ksz 2/2008 ze dne 29.9.2009
- Nález Ústavního soudu ve věci sp. zn. I. ÚS 3143/08
- www.nssoud.cz
- www.concourt.cz

[7] blíže viz také http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=art&art_id=394

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
petr.hlustik@vsb.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KONCEPTUÁLNÍ ZMĚNY V DOVOLÁNÍ (DOVOLACÍM ŘÍZENÍ) JAKO JEDNOHO Z NÁSTROJŮ SOUDNÍHO PŘEZKUMU AKTŮ VYDANÝCH SUBJEKTY VEŘEJNÉ SPRÁVY

JOSEF CHÝLE

Masarykova univerzita, Právnická fakulta - Nejvyšší soud České republiky

Abstract in original language
Cílem příspěvku je poukázat na skutečnost, že se otázkami spojenými se soudní kontrolou činnosti orgánů veřejné správy nezabývají toliko správní soudy (potažmo Ústavní soud), ale rovněž i soudy civilní. Vrcholným soudním orgánem v rámci civilního soudnictví je Nejvyšší soud České republiky, jenž se v rozhodnutích o dovolání zabývá též shora uvedenou problematikou. Vzhledem k tomu, že dovolací řízení bylo zák. č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, podstatně dotčeno, analyzuje autor příspěvku tyto změny a zabývá se cíli, účelem a důvody těchto přijatých změn.

Key words in original language
Dovolání; soudní kontrola.

Abstract
Purpose of this paper is to advert to the fact, that the broad issue related to the judicial scrutiny of the activities in the public service is not only related to the administrative courts (and the Constitutional Court), but in certain sense also to the civil courts. The supreme judicial authority in the civil system of justice, that considers the mentioned issue is The Supreme Court of the Czech Republic. The procedure of the appellate review was lately substantially changed by the Act. No. 7 / 2009 Coll. amending the Act No. 99/1963 Coll., therefore the author analyzes in his contribution the basic changes, purpose and reasons for the adopted amendments.

Key words
Appellate review; Judicial control.

Kontrola prováděná soudními orgány je ústavně zakotveným právem sloužícím k ochraně před nezákonnými zásahy výkonné moci. Jde tedy o formu kontroly vykonávanou soudy vztahující se na úsek výkonu veřejné správy. Soudnictví je v moderním státě funkcí státu, ale odlišnost mezi ním a správou vykonávanou státem je markantní. Soudy vytváří zvláštní soustavu orgánů oddělenou od ostatních a současně nevykonávají jejich funkce. V kontrastu k správní činnosti je základním měřítkem pro rozhodovací činnost soudů zákon (tzv. revisio in iure), zatímco správní

orgány zohledňují při své činnosti i další prvky jako efektivnost, hospodárnost, účelnost atd.[1]

Hlava čtvrtá Ústavy ČR[2] upravuje moc soudní jako samostatný ústavní prvek. Aktivní procesní legitimace se týká v první řadě článku 90, jenž obsahuje jakési základní minimum soudní činnosti. Stanovuje, že právě „soudy jsou povolány především k tomu, aby zákonem stanoveným způsobem poskytovaly ochranu právům". Tato citace ozřejmuje dva základní úkoly soudů: dílem poskytují zákonem stanoveným způsobem ochranu právům, která je realizována primárně v procesu rozhodování o právech, povinnostech a právem chráněných zájmech oprávněných subjektů[3]. Dílem pak jde taktéž o úkol přezkoumávat zákonnost rozhodnutí jiných orgánů, pokud tak stanoví zákon.[4] Výše uvedená dikce článku používá slovo „především", s jehož pomocí dokážeme identifikovat, že zákonodárce předvídá i další činnosti, kterými se soudy mají zabývat. Pro jejich poznání však musíme využít celou řadu zákonů. Článek 90 Ústavy ČR tak neztělesňuje překážku pro přístup k obecným soudům u žalob, jejichž navrhovatelé opírají svou žalobní aktivní procesní legitimaci o ochranu konkrétního subjektivního práva. Přirozenou podmínkou výkonu tohoto práva je zákonné zmocnění.[5]

Soudnictví je prováděním zákonů a jiných právních předpisů osobami, které jsou vázány jen zákony, jinak jsou při své rozhodovací činnosti nezávislé, a jejich nezávislost je zabezpečena ústavně. Veřejná správa je naopak prováděním zákonů nebo jiných činností ve veřejném zájmu osobami, které nejsou nezávislé na ostatních mocích. Veřejná správa je nepřetržitou činností směřující k naplnění svěřených cílů a úkolů, kdežto výkon soudnictví je spojen se současným stavem. V rámci státní správy existují vzájemné vazby na základě nadřízenosti a podřízenosti, na rozdíl od nezávislé soudní moci. Veřejnou správu tedy v žádném případě není možné ztotožňovat s mocí soudní či naopak zdůrazňovat silnější postavení jednoho institutu na úkor druhého. Veřejná správa plní primárně odlišné úkoly než soudy, zajišťuje realizaci stanovených úkolů.[6]

---

[1] Filip, J. In Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J. Základy státovědy. 2. vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 277.

[2] Hlava čtvrtá Ústavy ČR zahrnuje články 81 až 96.

[3] Těmi jsou fyzické a právnické osoby a stát, pokud zákonný předpis nestanoví něco jiného.

[4] Pavlíček, V., Hřebejk, J. Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. I. díl. 2. vydání. Praha: Linde, 1994, s. 310.

[5] Tamtéž.

[6] Stejně chápe vztah veřejné správy a soudnictví i P. Průcha, srovnej Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 6. doplněné a aktualizované vydání. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2003, s. 265.

Protože většině laické i odborné veřejnosti při zmínce o soudním přezkumu aktů orgánů veřejné správy přijde na mysl (a nikoli neoprávněně) toliko správní a ústavní soudnictví, zaměřil jsem se ve svém příspěvku v sekci „Aktuální otázky soudního přezkumu“, vedené Katedrou správní vědy a správního práva Právnické fakulty Masarykovy univerzity, na nejnovější problémy spojené s novou úpravou mimořádného opravného prostředku civilního soudnictví, tj. dovolání.

Nejvyšší soud České republiky jako soud dovolací (§ 10a zák. č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád – dále též jen „o. s. ř.“) velmi často řeší otázky spojené s přezkumem aktů veřejné správy. Judikatura dovolacího soudu v této věci je velmi obsáhlá; jednou z nejčastěji řešených problematik je postavení starosty, zastupitelstva rady obce apod. v návaznosti na platnost (popř. neplatnost) jimi vydaných aktů.

Tak tomu je, chceme-li shora uvedená tvrzení podložit aktuálními argumenty, např. v rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky ze dne 20. května 2009, sp. zn. 30 Cdo 3049/2007, v němž dovolacímu přezkumu byl podroben právní názor odvolacího soudu, že starosta obce podepsavší za obec coby smluvní stranu právní úkon bez předchozího rozhodnutí orgánu obce (v tomto případě rady žalovaného) mohl platně takový úkon učinit s tím, že teprve rozhodnutím příslušného orgánu obce je daný právní úkon uzavřen. Tento názor odvolacího soudu neshledal dovolací soud v souladu s hmotným právem a dosavadní judikaturou Nejvyššího soudu České republiky, poněvadž již ve svých předchozích rozhodnutích vysvětlil, že právní úkon starosty vyžadující schválení zastupitelstvem obce (a obdobně obecní radou) provedený bez takového předchozího schválení je od počátku neplatný (srov. např. rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 14. 6. 2006, sp. zn. 30 Cdo 3130/2005, publikovaný v časopise Právní rozhledy č. 21/2006 na str. 792). Dovolací soud tak vycházel z právní úpravy obecního zřízení upraveného zákonem č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), jenž v ustanovení § 102 odst. 2 stanoví pravomoci, které jsou radě vyhrazeny, přičemž v rámci písm. m) zmíněného ustanovení je radě vyhrazeno i rozhodování o uzavírání nájemních smluv, a v rámci třetího odstavce téhož zákonného ustanovení je upraveno, že rada obce zabezpečuje rozhodování ostatních záležitostí patřících do samostatné působnosti obce, pokud nejsou vyhrazeny zastupitelstvu obce nebo pokud si je zastupitelstvo obce nevyhradilo. V důsledku novelizace obecního zřízení zákonem č. 313/2002 Sb., účinného od 1. 1. 2003, kterou ovšem na posuzovaný případ použít nelze, bylo obecní radě umožněno, aby svou působnost stran rozhodování o uzavírání nájemních smluv a smluv o výpůjčce (zcela nebo zčásti) svěřila příslušnému odboru obecního úřadu nebo příspěvkové organizaci.

Tento závěr vychází z názoru, že samotné rozhodnutí zastupitelstva obce nebo rady ještě nepředstavuje právní úkon, jakožto projev vůle obce směřující ke vzniku, změně nebo zániku těch práv nebo povinností, které právními předpisy s takovým projevem vůle spojují, neboť usnesení příslušného orgánu obce totiž představuje materiálně právní podmínku pro

vyjádření projevu vůle obce, který se stává perfektním (formálně navenek vyjádřeným) teprve v případě podpisu příslušné smlouvy, starostou, případně (za podmínek zákonem o obcích stanovených) místostarostou (srov. § 103 odst. 1, 6, § 104 cit. zák., v platném znění), není-li v souladu zákonem – v důsledku novelizace obecního zřízení s účinností od 1. 1. 2003 – příslušná působnost zcela nebo zčásti svěřena příslušnému odboru obecního úřadu nebo příspěvkové organizaci obce. Starosta obce přitom nemá povahu statutárního orgánu, jakkoliv obec navenek zastupuje a na podkladě předchozího rozhodnutí orgánu obce vyjadřuje vůli obce navenek. Tyto právní vývody dovolací soud podpořil odkazy na judikaturu Ústavního soudu, dle které starosta obce nemá povahu statutárního orgánu, jakkoliv obec navenek zastupuje a na podkladě předchozího rozhodnutí orgánu obce vyjadřuje vůli obce navenek. Na druhé straně starosta obce podle dřívější ani současné úpravy nemohl a nemůže vytvářet sám vůli obce, ale pouze a mohl a může tuto vůli navenek sdělovat a projevovat (srov. nález Ústavního soudu České republiky ze dne 12. 4. 2001, sp. zn. IV. ÚS 576/2000), sp. zn. II. ÚS 87/04 [srov. např. rozsudky Nejvyššího soudu České republiky ze dne 20. 1. 2004, sp. zn. 31 Cdo 1895/2002, (usnesení) ze dne 11.8. 2004, sp. zn. 33 Odo 742/2004, ze dne 14. 6. 2006, sp. zn. 30 Cdo 3130/2005, ze dne 23. 5. 2007, sp. zn. 29 Cdo 507/2007, ze dne 19. 12. 2007, sp. zn. 26 Cdo 350/2007).

Z uvedeného je zřejmé, že rovněž civilní soudy, resp. Nejvyšší soud ČR jako soud dovolací se často musí zabývat přezkumem právních úkonů učiněných orgány veřejné správy. Právě dovolací řízení doznalo díky souhrnné novele provedené zákonem ze dne 11. prosince 2008, č. 7/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, celou řadu významných změn. Tato novela patří k dalším dvěma novelám (zák. č. 30/2000 Sb. a 59/2005 Sb.), jež za poslední roky podstatně změnily ustanovení týkající se dovolacího řízení.

Zákonem č. 7/2009 Sb. bylo modifikováno především jedno z nejvýznamnějších ustanovení občanského soudního řádu týkající se otázky přípustnosti podaného dovolání. Jednak – jak uvádí důvodová zpráva k uvedenému zákonu, bylo zpřesněno vymezení pojmu „rozhodnutí odvolacího soudu, které má po právní stránce zásadní význam“ tak, že jde o „rozhodnutí, řešící právní otázku, která je soudy“, a nikoliv jen odvolacími soudy či dovolacím soudem, „rozhodována rozdílně“. Dle této formulace má být zaručeno, že dovolání splňující základní náležitosti dle §§ 240, 241 a 241a o. s. ř. (včas podané, dovolatelem je účastník řízení, zastoupený advokátem, jímž bylo dovolání sepsáno /nejde-li o výjimky dle § 241 odst. 2, 3 a 4 o. s. ř./, rozsah a dovolací důvody a další náležitosti) bude přípustné vždy, má-li být dovoláním zpochybněná právní otázka, řešená odvolacím soudem, posouzena Nejvyšším soudem ČR jinak. Důvodová zpráva k předmětné novele hovoří o tom, že tímto ustanovením je účastníkům řízení „dáváno více práv“. V tomto případě je nutno poukázat na fakt, že jde spíše o zpřesnění textu týkajícího se přípustnosti dovolání a nikoli o

obsahově významnou změnu. Dovolání proti rozsudku odvolacího soudu a proti usnesení odvolacího soudu, jimiž bylo potvrzeno rozhodnutí soudu prvního stupně, bylo dle občanského soudního řádu platného před novelou 7/2009 Sb. dle § 237 odst. 1 písm. c) přípustné tehdy, jestliže dovolání nebylo přípustné dle jiného ustanovení o. s. ř. (tj. dle § 237 odst. 1 písm. b/) a dovolací soud dospěl k závěru, že napadené rozhodnutí má ve věci samé po právní stránce zásadní význam. Rozhodnutím zásadního právního významu se dle § 237 odst. 3 o. s. ř. platného před uvedenou novelou se rozumělo zejména takové rozhodnutí odvolacího soudu, které řešilo právní otázku, která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo která byla odvolacími soudy nebo dovolacím soudem rozhodována rozdílně, nebo které řešilo právní otázku v rozporu s hmotným právem. Z toho je zřejmé, že měl-li Nejvyšší soud ČR za to, že v dovolání zpochybněný právní názor odvolacího soudu či nastolená otázka musí být vyřešen jinak, bylo možné dovodit přípustnost takového dovolání bez ohledu na to, zda touto otázkou byl zpochybněn názor odvolacího soudu či soudu prvního stupně, poněvadž ztotožnil-li se odvolací soud s názorem soudu prvního stupně a jeho názor je mylný, pak byl lichý i názor odvolacího soudu, jenž se s takovým právním závěrem soudu prvního stupně ztotožnil. Dovolání bylo proti takovému rozhodnutí přípustné dle § 237 odst. 1 písm. c) o. s. ř.

Posuzování přípustnosti dovolání se týká ještě i další změna. Jde o případy, kdy je rozhodováno o věcech, u nichž výše peněžitého plnění dosahuje přesně stanovených částek, přičemž k příslušenství pohledávky se přitom, není-li – stručně řečeno - předmětem samostatného soudního řízení, nepřihlíží. Zatímco do předmětné novely tento jakýsi minimální peněžitý strop ve věcech, v nichž dovoláním dotčeným výrokem bylo rozhodnuto o peněžitém plnění, činil částku 20.000,- Kč a v obchodních věcech 50.000,- Kč (k příslušenství pohledávky se – jak již shora uvedeno - přitom nepřihlíží), činí výše peněžitého plnění pro možnost podání dovolání nyní 50.000,- Kč a 100.000,- Kč v obchodních věcech, neboť předchozí výše byla v současné době nepřiměřeně nízká a dovolacímu přezkumu otevírala nepřiměřené množství kauz, v nichž šlo o peněžité plnění poměrně (za současných podmínek) zanedbatelné výše, což zejména množstvím napadených věcí nepřiměřeně zatěžovalo rychlost rozhodování dovolacího soudu v ostatních věcech.

Další významnou změnou je okruh rozhodnutí, které lze dovoláním napadnout. Dovolání proti rozhodnutí odvolacího soudu ve věcech výkonu rozhodnutí, jež bylo dle § 238a odst. 1 písm. c) o. s. ř. přípustné (podrobíme-li tuto problematiku historickému srovnání, pak je nutno uvést, že přípustnost rozhodnutí zabývajících se výkonem rozhodnutí není příliš starou věcí, neboť byla do právního řádu České republiky zavedena novelou občanského soudního řádu provedenou zákonem č. 30/2000 Sb.), není již dle občanského soudního řádu po novele 7/2009 Sb. přípustné. Vzhledem k tomu, že počet dovolání, jež směřovaly proti rozhodnutím odvolacího soudu, jimiž bylo potvrzeno nebo změněno rozhodnutí soudu prvního stupně o návrhu na nařízení výkonu rozhodnutí nebo exekuce, byl neúměrně

vysoký, a dovolání v těchto věcech povinnými byly podávány často pouze s úmyslem oddálit provedení výkonu rozhodnutí či exekuce tím, že procesní spis musí být předložen dovolacímu soudu, což bránilo bezodkladnému výkonu po jeho pravomocném nařízení, a k tomu, že velký počet těchto dovolání byl odmítán pro nepřípustnost, neboť v rozhodnutích soudů nižších instancí nebyla řešena otázka, jež by měla po právní stránce zásadní význam, došlo k vyloučení přípustnosti dovolání ve věcech nařízení výkonu rozhodnutí a exekuce. Je nutno zdůraznit, že účastníkům řízení nebyl tímto postupem odňat nástroj účinné právní ochrany, neboť je jim i nadále ponechána ochrana proti vadám vykonávaného rozhodnutí či exekučního titulu prostřednictvím žaloby pro zmatečnost.

Občanský soudní řád ve znění zákona č. 7/2009 Sb. významně zasáhl i do možnosti podat dovolání proti rozhodnutí procesní povahy, jež jsou mj. vyjmenovány v ust. § 239 o. s. ř. Přípustnost těchto dovolání byla zúžena s odůvodněním, že „není důvodu, pro který by přípustnost dovolání proti rozhodnutím odvolacího soudu procesní povahy měla být nastavena šířeji, nežli proti rozhodnutím ve věci samé“[7]. V postupech upravených v těchto procesních rozhodnutích se prosazuje ustálený výklad soudů. Přípustnost dovolání by tak měla být vázána zejména na případy, kdy má být předmětná procesní otázka řešena dovolacím soudem jinak, nežli jak učinil odvolací soud. Proto byla přijata nová formulace ust. § 239 o. s. ř., že „jestliže dovolací soud dospěje k závěru, že napadené rozhodnutí má po právní stránce zásadní význam (§ 237 odst. 3), je dovolání přípustné proti usnesení odvolacího soudu, jímž bylo a) rozhodnutí soudu prvního stupně zrušeno a řízení zastaveno, popřípadě věc byla postoupena orgánu, do jehož pravomoci náleží, b) v průběhu odvolacího řízení rozhodnuto o tom, kdo je procesním nástupcem účastníka, o zastavení řízení podle § 107 odst. 5, o vstupu do řízení na místo dosavadního účastníka (§ 107a), o přistoupení dalšího účastníka (§ 92 odst. 1) a o záměně účastníka (§ 92 odst. 2). Dovolání je rovněž přípustné proti usnesení odvolacího soudu, kterým bylo a) potvrzeno usnesení soudu prvního stupně o zastavení řízení podle § 104 odst. 1, b) potvrzeno nebo změněno usnesení soudu prvního stupně, jímž bylo rozhodnuto o tom, kdo je procesním nástupcem účastníka, o zastavení řízení podle § 107 odst. 5, o vstupu do řízení na místo dosavadního účastníka (§ 107a), o přistoupení dalšího účastníka (§ 92 odst. 1) a o záměně účastníka (§ 92 odst. 2). Dovolání je též přípustné proti usnesení odvolacího soudu, kterým bylo potvrzeno usnesení soudu prvního stupně o odmítnutí návrhu (žaloby); to neplatí, jestliže byl odmítnut návrh na předběžné opatření (§ 75a a 75b) nebo návrh na zajištění předmětu důkazního prostředku ve věcech týkajících se práv z duševního vlastnictví (§ 78d). Ustanovení § 237 odst. 1 a 3 platí obdobně".

Tato novela upravila mimo jiné dále i možnost stručného odůvodnění rozhodnutí (jde toliko o usnesení) dovolacího soudu, jímž bylo dovolání

[7] Důvodová zpráva k zák. č. 7/2009 Sb. ze dne 25. února 2008.

odmítnuto nebo jímž bylo dovolací řízení zastaveno, a to tak, že dovolací soud pouze stručně vyloží důvody, pro které je dovolání opožděné, nepřípustné, zjevně bezdůvodné nebo trpí vadami, jež brání pokračování v dovolacím řízení, nebo pro které muselo být dovolací řízení zastaveno (konkrétně jde o ustanovení § 243c odst. 2 o. s. ř.). Zde je nutné upozornit na fakt, že tohoto ustanovení se netýkala „generální" účinnost zák. č. 7/2009 Sb. (od 1. července 2009 – při aplikaci nových ustanovení o. s. ř. ve znění účinném od 1. 7. 2009 je nutno však vycházet z přechodných ustanovení uvedených v bodě 12, čl. II, dle kterých dovolání proti rozhodnutím odvolacího soudu vyhlášeným /vydaným/ přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona se projednají a rozhodnou podle dosavadních právních předpisů, přičemž je nutno upozornit na to, že užití nového ustanovení § 243c odst. 2 o. s. ř. týkající se možnosti zkrácení odůvodnění rozhodnutí dovolacího soudu bylo účinné již od počátku letošního roku), neboť užití nového ustanovení § 243c odst. 2 o. s. ř. týkající se možnosti zkrácení odůvodnění rozhodnutí dovolacího soudu bylo účinné již od počátku letošního roku, čehož dovolací soud ve svých rozhodnutích již v první polovině roku hojně využíval (viz např. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 15. října 2009, sp. zn. 28 Cdo 3985/2009, dále ze dne 27. října 2009, sp. zn. 22 Cdo 2176/2007, či ze dne 19. listopadu 2009, sp. zn. 20 Cdo 4072/2007)[8].

Protože Nejvyšší soud České republiky podle ust. § 242 odst. 2 věty druhé o. s. ř. přihlíží, je-li dovolání přípustné, z úřední povinnosti k vadám uvedeným v § 229 odst. 1, § 229 odst. 2 písm. a) a b) a § 229 odst. 3, jakož i k jiným vadám řízení, které mohly mít za následek nesprávné rozhodnutí ve věci, i když nebyly v dovolání uplatněny, je nutno upozornit rovněž na – v odborných publikacích málo zmiňovanou - vazbu novelou dotčeného ustanovení § 229 odst. 1 o. s. ř., do kterého byl přidán jeden nový tzv. zmatečnostní důvod, a to když účastníku byl ustanoven opatrovník, ačkoliv pro to nebyly splněny předpoklady, na dovolací řízení. Rovněž tuto skutečnost bude muset dovolací soud z procesního spisu zkoumat v případě, že dovolání je přípustné, a to i když dovolatel v dovolání na skutečnost, že účastníku byl ustanoven opatrovník, ačkoliv pro to nebyly splněny předpoklady, neupozornil.

Protože novela občanského soudního řádu, zák. č. 7/2009 Sb., přinesla významné změny (nejen) občanského soudního řízení (mezi nejvýznamnější a nejdiskutovanější patří nová úprava systému doručování, zjednodušení systému protokolace, efektivní obrana proti průtahům v řízení, omezení rozsahu odůvodnění rozhodnutí soudů, posílení postavení notářů jako soudních komisařů), přičemž k nejdůležitějším patří zásada koncentrace řízení v rámci přípravy jednání i v přípravném jednání, což přináší

[8] Rozhodnutí dovolacího soudu je možné nalézt v elektronické anonymizované podobě na internetových stránkách Nejvyššího soudu ČR www.nsoud.cz, konkrétně v sekci „rozhodnutí" na adrese www.nsoud.cz/rozhod.php.

samozřejmě procesní důsledky pro účastníky řízení a pro dovolací řízení, v němž bude důsledně zkoumáno, jak postupovaly soudy obou stupňů při výkladu těchto nových ustanovení.

Pokusím-li se o jakýsi stručný závěr, bude jím asi jediné tvrzení: správní soudnictví je sice velmi významným a nezastupitelným prvkem při výkonu kontroly veřejné správy, avšak nikoli jediným, jak by se mohlo z témat příspěvků na konferencích týkajících se soudní kontroly činnosti orgánů veřejné správy jevit. Jde bezesporu o progresivní prostředek ochrany subjektivních veřejných práv. Je však více než jisté, že studium jen jednoho typu soudnictví (správního) neumožní širokou diskusi o relevantní soudní kontrole činnosti orgánů veřejné správy, na což jsem se mimo jiné snažil tímto příspěvkem též poukázat.

Literature:

- Důvodová zpráva k zák. č. 7/2009 Sb. ze dne 25. února 2008.
- Filip, J. In Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J.: Základy státovědy. 2. vydání., Brno: Masarykova univerzita, 2004, s. 277.
- Pavlíček, V., Hřebejk, J.: Ústava a ústavní řád České republiky. Komentář. I. díl. 2. vydání, Praha: Linde, 1994, s. 310.
- Průcha, P.: Správní právo. Obecná část. 6. doplněné a aktualizované vydání, Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2003, s. 265.

Contact – email

JosefChyle@nsoud.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SPRÁVNÍ SOUDNICTVÍ: ODKLADNÝ EFEKT KASAČNÍ STÍŽNOSTI

PETR KOLMAN

Právnická fakulta MU, Brno, Czech republic

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o problematice kasační stížnosti, kterou rozumíme mimořádný (nikoliv tedy řádný) opravný prostředek proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu ve správním soudnictví.

Tímto prostředkem se účastník řízení, z něhož toto rozhodnutí vzešlo, nebo osoba zúčastněná na řízení domáhá zrušení soudního rozhodnutí.

Key words in original language
Správní právo procesní; správní soudnictví; kasační stížnost; veřejná správa.

Abstract
Cassation complaints outstanding understand (ie not ordinary) appeal against the final decision of the regional court in the administrative judiciary.
This means the party from which this decision arose, or person interested in the proceedings seeking the annulment of judicial decisions.

Key words
Public Administration; Administrative Law; Basic Territorial Entity; suspendingeffect.

Kasační stížností rozumíme mimořádný (nikoliv tedy řádný) opravný prostředek proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu (přirozeně i Městského soudu v Praze) ve správním soudnictví.

Tímto prostředkem se účastník řízení, z něhož toto rozhodnutí vzešlo, nebo osoba zúčastněná na řízení domáhá zrušení soudního rozhodnutí.

Teorie správního práva i soudní řád správní souhrnně nazývá osobu oprávněnou podat kasační stížnost za tzv. stěžovatele.[1] Kasační stížnost je relativně „hodně otevřený“ mimořádný opravný instrument , za pomoci kterého se je možno domáhat nápravy , jak v hmotně-právních věcech , tak nápravy chybného procesu.

Kasační stížnost je primárně přípustná proti každému takovému rozhodnutí, není-li zákonem stanoveno jinak.

[1] Což zde nemá samozřejmě pejorativní nádech

Kdy tedy kasační stížnost možno či nemožno podat?

Pětici relevantních důvodů pro podání kasační stížnosti můžeme ve stručnosti označit jako : a) nezákonnost b) vady řízení c) zmatečnost řízení d) nepřezkoumatelnost e) nezákonnost II (rozhodnutí o odmítnutí návrhu nebo o zastavení řízení)

Kasační stížnost tedy je možno podat pouze z důvodu tvrzené

a) nezákonnosti spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení,

b) vady řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž správní orgán v napadeném rozhodnutí vycházel, nemá oporu ve spisech nebo je s nimi v rozporu, nebo že při jejím zjišťování byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost, a pro tuto důvodně vytýkanou vadu soud, který ve věci rozhodoval, napadené rozhodnutí správního orgánu měl zrušit; za takovou vadu řízení se považuje i nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu pro nesrozumitelnost,

c) zmatečnosti řízení před soudem spočívající v tom, že chyběly podmínky řízení, ve věci rozhodoval vyloučený soudce nebo byl soud nesprávně obsazen, popřípadě bylo rozhodnuto v neprospěch účastníka v důsledku trestného činu soudce,

d) nepřezkoumatelnosti spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé,

e) nezákonnosti rozhodnutí o odmítnutí návrhu nebo o zastavení řízení.[2]

se užije přiměřeně také pro důvody kasační stížnosti směřující proti rozhodnutí krajského soudu o pořádkové pokutě.

Kasační stížnost může být podána jak pouze z jednoho výše citovaného důvodu, tak i z více důvodů současně (tzv. kumulativně), což v správně-soudní praxi není žádná vzácnost[3].

V jakých případech kasační stížnost ex lege nemožno podat?

---

[2] Těchto důvodů se užije **přiměřeně** také pro důvody kasační stížnosti směřující proti rozhodnutí krajského soudu *o pořádkové pokutě. – viz. ustanov. § 103 odst.2 SŘS*

[3] Srov. Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M.: Soudní řád správní. Komentář. 1.vydání. Praha: C.H.Beck, 2004, s.264

Kasační stížnost je zcela nepřípustná ve věcech volebních a ve věcech místního referenda.

Dále pak, nemožno realizovat, kasační stížnost, která směřuje jen proti výroku o nákladech řízení nebo proti důvodům rozhodnutí soudu. Kasační stížnost je rovněž nepřípustná proti rozhodnutí,

a) jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem. Pozor, toto neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu

b) jímž se pouze upravuje vedení řízení, nebo

c) které je podle své povahy dočasné.

Kasační stížnost není přípustná, opírá-li se jen o jiné důvody, než které jsou uvedeny v § 103 SŘS nebo o důvody, které stěžovatel neuplatnil v řízení před soudem, jehož rozhodnutí má být přezkoumáno, ač tak učinit mohl.

Připomeňme si, že kasační stížnost musí být podána do dvou týdnů po doručení rozhodnutí, a bylo-li vydáno opravné usnesení, běží tato lhůta znovu od doručení tohoto usnesení. Osobě, která tvrdí, že o ní soud nesprávně vyslovil, že není osobou zúčastněnou na řízení, a osobě, která práva osoby zúčastněné na řízení uplatnila teprve po vydání napadeného rozhodnutí, běží lhůta k podání kasační stížnosti ode dne doručení rozhodnutí poslednímu z účastníků. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout.

Nemá-li kasační stížnost všechny náležitosti již při jejím podání, musí být tyto náležitosti doplněny ve lhůtě jednoho měsíce od doručení usnesení, kterým byl stěžovatel vyzván k doplnění podání. Jen v této lhůtě může stěžovatel rozšířit kasační stížnost na výroky dosud nenapadené a rozšířit její důvody. Tuto lhůtu může soud na včasnou žádost stěžovatele z vážných důvodů prodloužit, nejdéle však o další měsíc.

Kde se kasační stížnost podává?

Kasační stížnost se podává u soudu, který napadené rozhodnutí vydal. Pro stěžovatele je komfortní, že lhůta je zachována, i když byla kasační stížnost podána nesprávně u Nejvyššího správního soudu a nikoliv u soudu krajského.[4]

Odkladný účinek

[4] Nad rámec tohoto článku pro zajímavost uveďme že Ústava ČR ani LZPS nárok na vícestupňové soudnictví jako základní lidské právo negarantují.

Nyní se již budeme věnovat vlastnímu tématu odkladného (suspensivního) účinku kasační stížnosti.

Kasační stížnost ex lege primárně nemá suspensivní účinek. Samotné podání kasační stížnosti tedy nevyvolává oddálení právních následků způsobených pravomocným rozhodnutím krajského „správního" soudu.

V odůvodněných případech může Nejvyšší správní soud ČR odkladný účinek přiznat. Děje se tak výlučně na návrh stěžovatele. Pokud NSS ČR odkladný účinek opravdu přizná , tak se až do zrušení tohoto opatření nebo až do rozhodnutí o kasační stížnosti pozastavují účinky „krajského soudního" rozhodnutí. Takže se podle takového soudního rozhodnutí nemůže postupovat![5]

V jakých případech NSS přizná odkladný účinek? Ustanovení § 107 SŘS zde expressis verbis odkazuje na použití § 73 odst. 2 až 4 SŘS. Na základě splnění těchto podmínek, soud na návrh žalobce po vyjádření žalovaného usnesením přizná žalobě odkladný účinek, jestliže by výkon nebo jiné právní následky rozhodnutí znamenaly pro žalobce nenahraditelnou újmu, přiznání odkladného účinku se nedotkne nepřiměřeným způsobem nabytých práv třetích osob a není v rozporu s veřejným zájmem. Zde si podtrhněme, že se musí jednat o závažnou nenahraditelnou újmu, nikoliv nějakou ztrátu bagatelní či posléze napravitelnou. Nepostačuje také pouze hrozba újmy![6]

A conto veřejného zájmu musíme říci , že v českém právním řádu (stejně jako v právních řádech jiných zemí) není pojem veřejný zájem přímo definován, nicméně si ho zde můžeme volně interpretovat tak, že soudem přiznaný suspenzivní účinek nesmí být v neprospěch obecných zájmů. Především, při vědomí výstižné středoevropské lidové moudrosti, že o peníze, jde až v první řadě, hlavní důraz by měl být kladen na skutečnost , aby výsledný stav nebyl v neprospěch veřejných financí . P.Mates mj. vymezuje veřejný zájem , jako zájem na zajištění výhody a prospěchu, a to nejen hmotného a finančního pro větší část společnosti a je opakem zájmu soukromého.[7] Zde bych si pln akademické zdvořilosti dovolil parciálně s P.Matesem nesouhlasit s jeho tvrzením, že musí jít vždy o opak zájmu soukromého – mám za to. že veřejný zájem je primárně odlišný (nezávislý) na zájmu soukromém a s tímto privátním zájmem může být jak v souladu,

---

[5] Srov. Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M.: Soudní řád správní. Komentář. 1.vydání. Praha: C.H.Beck, 2004, s.282

[6] Taktéž Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M.:op.cit. výše, s.282

[7] Viz. : Mates, P.: in Veřejnoprávní smlouvy podle obecního zřízení, Právní forum 7/2006, ASPI Praha, 2006, s.258

tak v větším či menším rozporu a také může být k němu i v zcela neutrální pozici.

Jak jsme již zmiňovali výše, přiznáním suspenzivního účinku se pozastavují do skončení řízení před soudem účinky napadeného rozhodnutí.

Může NSS zrušit již jednou přiznaný odkladný účinek kasační stížnosti?

Dle ustanovení § 73 odst. 4 SŘS, které se u kasační stížnosti použije přiměřeně, usnesení o přiznání odkladného účinku může soud i bez návrhu usnesením zrušit, ukáže-li se v průběhu řízení, že pro přiznání odkladného účinku nebyly důvody, nebo že tyto důvody v mezidobí odpadly.

Odkladný účinek podle § 107 soudního řádu správního může být v řízení o kasační stížnosti přiznán a působit nejen ve vztahu k přezkoumávanému rozhodnutí krajského soudu (či jeho části), ale i přímo ve vztahu ke správnímu rozhodnutí (či jeho části), k jehož přezkumu se dotyčné řízení před krajským soudem vedlo.[8]

Pro informační komplexnost k problematice suspensivního účinku kasační stížnosti poukažme na zvláštní právní úpravu v oblasti azylové, kde zákon č.325/1999 Sb., o azylu v ustanovení § 32 odst.5 stanoví, že podání kasační stížnosti proti rozhodnutí krajského soudu o žalobě proti rozhodnutí ministerstva vnitra ve věci mezinárodní ochrany podle § 32 odstavců 1 a 2 zákona o azylu [9] má odkladný účinek. Tedy jinak řečeno , v tomto případě samo podání kasační stížnosti má podle ustanovení § 32 odst. 5 zákona o azylu suspensivní účinek.

Někdy se stává, že kasační stěžovatelé odůvodňují své žádosti o přiznání odkladného účinku kasační stížnosti tak, že za situace, kdy se zmínění stěžovatelé (a třeba ani jejich nadřízené orgány) neztotožňují s právním názorem krajského „administrativního“ soudu, žádají o přiznání odkladného účinku kasační stížnosti za účelem jednotného postupu v obdobných

---

[8] Viz. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 12. 2005, čj. 2 Afs 77/2005 96

[9] § 32 odst. 1) Žalobu proti rozhodnutí ministerstva ve věci mezinárodní ochrany 1a) lze podat ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení rozhodnutí. § 32 odst. 2) Ve lhůtě 7 dnů ode dne doručení rozhodnutí lze podat žalobu proti rozhodnutí o žádosti o udělení mezinárodní ochrany

a) jímž se tato žádost zamítá jako zjevně nedůvodná,

b) které bylo doručeno v době, kdy žadatel o udělení mezinárodní ochrany byl umístěn v přijímacím středisku v tranzitním prostoru mezinárodního letiště,

c) podané v zařízení pro zajištění cizinců, nebo 3)

d) jímž bylo řízení o udělení mezinárodní ochrany zastaveno z důvodu nepřípustnosti žádosti o udělení mezinárodní ochrany.

případech do rozhodnutí o kasační stížnosti. Po interpretaci soudního řádu správního zastávám názor, že toto není relevantní důvod pro přiznání suspensivního účinku.

K obdobnému závěru dospěl i NSS který např. judikoval:

„Zájem na jednotném postupu v obdobných případech do rozhodnutí o kasační stížnosti" není s ohledem na přiměřené použití § 73 odst. 2 až 4 s. ř. s. sám o sobě důvodem, pro který by bylo možno ve smyslu § 107 s. ř. s. přiznat na návrh stěžovatele odkladný účinek kasační stížnosti.[10]

Dle mého stanoviska by NSS v tomto přístupu měl pokračovat a z citovaného důvodu nadále nepřiznávat suspensivní účinek kasačních stížností. Přiznání odkladného účinku musí být vyhrazeno pro ojedinělé případy, které zákonodárce striktně vymezil v SŘS.

Podívejme se na další již řešené kauzy , ve kterých NSS ČR shledal, že v nich obsažené argumenty nejsou důvodem pro přiznání odkladného účinku kasační stížnosti.

Dle judikatury NSS tak např. posudek zdravotnického zařízení o způsobilosti k práci (§ 21 zákona č. 20/1966 Sb. , o péči o zdraví lidu), vydaný v rámci výkonu péče o zdraví, jenž na základě posouzení zdravotního stavu vysloví, že zaměstnanec pozbyl dlouhodobě způsobilost konat dále dosavadní práci, neznamená svými účinky nenahraditelnou újmu, kterou vyžaduje § 73 odst. 2 s. ř. s. (ve spojení s § 107 s. ř. s.) jako jednu z podmínek pro možnost soudu přiznat kasační stížnosti odkladný účinek.[11]

V lednu 2005 NSS judikoval, že tvrzená újma spočívající v ohrožení veřejného zájmu na řádném stanovení a vybírání daní a ve zkrácení státního rozpočtu v souvislosti s vracením přeplatku na dani jako důsledku pravomocného rozhodnutí krajského soudu, kterým bylo zrušeno rozhodnutí odvolacího orgánu v daňové věci, není důvodem pro přiznání odkladného účinku kasační stížnosti (§ 73 odst. 2 s. ř. s. přiměřeně použitý podle § 107 s. ř. s.).[12]

Z důvodu značně omezeného místa, zde přirozeně nemůžeme uvádět všechny relevantní judikáty NSS, avšak mám za to, že přiznávání

---

[10] Viz. blíže usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 12. 2004, čj. 4 As 52/2004-70

[11] Věc: Jiří S. proti Krajskému úřadu Moravskoslezského kraje o uznání zdravotní způsobilosti pro výkon povolání, o kasační stížnosti žalobce. – NSS ČR – SJS 1068/2007 6 Ads 76/2006-90

[12] Věc: Zdeňka P. proti Finančnímu ředitelství v Plzni o daň darovací, o návrhu žalovaného na přiznání odkladného účinku kasační stížnosti. – SJS 982/2006 1 Afs 106/2004 - 49

odkladného účinku u kasačních stížností by mělo být nadále (z důvodu právní jistoty) velice uvážlivé a na pomyslné stupnici četnosti by se, dle mého soudu, mělo pohybovat spíše směrem k nižšímu počtu než k „masovosti“ přiznávání, a to samozřejmě při důsledném dodržování všech relevantních legálních kritérií stanovených soudním řádem správním.

Literature:

- Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M.: Soudní řád správní. Komentář. 1.vydání. Praha: C.H.Beck, 2004, s.264
- Mates, P.: in Veřejnoprávní smlouvy podle obecního zřízení, Právní forum 7/2006, ASPI Praha, 2006,

Contact – email

kolman@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PŘEZKUM PODLIMITNÍCH VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

ROBERT KRČ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Článek se zabývá přezkumem podlimitních veřejných zakázek (konkrétně veřejných zakázek malého rozsahu) z podnětu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže z pohledu nejnovějšího rozsudku Krajského soudu v Brně.

Key words in original language
Veřejná zakázka; podlimitní veřejná zakázka; přezkum veřejných zakázek; přezkum podlimitních veřejných zakázek; zakázka malého rozsahu.

Abstract
The article deals with the review of underthreshold public contracts by ex officio initiative of the Czech Office for the Protection of Competition taking into account the recent judgement of Brno's Regional Court.

Key words
Public contract; Underthershold public contract; review of public contract; review of underthreshold public contract; small scale public contract.

1. PŘEZKUM PODLIMITNÍCH VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK NA ZÁKLADĚ NÁVRHU DODAVATELE

Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, obsahuje jednak závazný postup pro zadávání veřejných zakázek, tak i možnost přezkoumat postup zadavatele, přičemž přezkum veřejných zakázek zajišťuje, aby postupy při zadávaní veřejných zakázek stanovené zákonem o veřejných zakázkách byly skutečně dodržovány (námitkové a na něj navazující přezkumné řízení je obsaženo v hlavě páté § 110-124 zákona o veřejných zakázkách).

Stěžovatel (dodavatel) může dle zákona podat námitky (námitky jsou předpokladem podání návrhu k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže), a to jak u podlimitních, tak i u nadlimitních veřejných zakázek. Z definice podlimitní veřejné zakázky dle §12 zákona vyplývá, že stěžovatel nemůže podat námitky u zakázek malého rozsahu, což prakticky znamená, že nelze podat námitky u veřejné zakázky do 2 mil. Kč (dodávky a služby) a u zakázek na stavební práce do 6 mil. Kč. Důvodem je, že podlimitní zakázky jsou definovány jako ty veřejné zakázky, které přesahují 2 mil. Kč (u stavebních zakázek 6 mil.), avšak nedosahují limitů určených pro nadlimitní zakázky (§ 12 odst. 5).

Předmětem sporu a tedy i tohoto článku je, zda má Úřad pro ochranu hospodářské soutěže možnost zahájit správní řízení ex offo u zakázek malého rozsahu.

2. PŘEZKUM ZAKÁZEK MALÉHO ROZSAHU EX OFFO - ROZHODNUTÍ ÚOHS

Dle předmětného rozhodnutí[1] ÚOHS nemá příslušnost přezkoumávat zakázky malého rozsahu. ÚOHS argumentuje tím, že podle § 18 odst. 3 zákona není zadavatel povinen zakázky malého rozsahu zadávat podle zákona, je však povinen dodržovat zásady uvedené v § 6 zákona. Z uvedeného je dále na základě jazykového výkladu vyvozováno, že u zakázek malého rozsahu se nejedná o "zadávání" veřejné zakázky, což nekoreluje s pravomocí Úřadu stanovenou 112 odst. 2 zákona. V uvedeném ustanovení je stanoveno, že Úřad rozhoduje o tom, zda zadavatel při "zadávání" veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, a kontroluje úkony zadavatele při "zadávání" veřejných zakázek.

3. ROZSUDEK KRAJSKÉHO SOUDU

Předmětný rozsudek Krajského soudu v Brně[2] uvedenou konstrukci nepřijímá, a tvrdí, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže má pravomoc přezkoumávat zakázky malého rozsahu ex offo, přičemž zejména k problematice uvádí:

ÚOHS přezkoumává nejen konkrétní splnění povinností úkonů zadavatele dle zákona, ale to zda je postup zadavatele v souladu se základními zásadami(viz § 112 odst. 1 zákona)

- věcná příslušnost je dána za podmínky zadávání veřejným zadavatelem, s tím, že ÚOHS přezkoumává toliko základní zásady

- porušení zásad může být i správním deliktem dle § 120 zákona

- povinnost zadávání zakázek malého rozsahu dle zásad musí být kontrolovatelné, v opačném případě by se mohlo jednat o denegatio iustitiae

4. ZÁVĚR

Uvedená problematika je dosti závážná vzhledem k tomu, že zakázek malého rozsahu je zadáváno obrovské množství. Dle informací autora je vůči uvedenému rozsudku Krajského soudu podána kasační stížnost k

[1] Rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 15.2.2008, sp. zn R163/2007

[2] Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 11.8.2009, sp. zn. 62 CA 30/2008

Nejvyššímu správnímu soudu, který jistě uvedený výkladový problém rozřeší.

Literature:

- Krč., R. a kol., Zákon o veřejných zakázkách a koncesní zákon s komentářem 2. podstatně přepracované a doplněné vydání, Praha, LINDE PRAHA, a. s., 701 s., ISBN 978-80-7201-711-9

Contact – email

6465@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUDNÍ PŘEZKUM VE VĚCECH OCHRANY VEŘEJNÉHO ZDRAVÍ

IVO KRÝSA

Právnická fakulta, Masarykova universita, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o aktuálních rozsudcích správních soudů, zejména Nejvyššího správního soudu, na úseku ochrany veřejného zdraví. Cílem příspěvku je shrnutí současných názorů Nejvyššího správního soudu v této oblasti.

Key words in original language
Ochrana veřejného zdraví; hluk; očkování; Nejvyšší správní soud

Abstract
The paper describes the actual judgments of administrative courts, especially the Supreme Administrative Court, in the field of public health protection. The purpose of this paper is to summarize the current views of the Supreme Administrative Court in this area.

Key words
Public Health Protection; Noise; Vaccination; Supreme Administrative Court

Oblast ochrany veřejného zdraví je právní materie obsažená v zákoně o ochraně veřejného zdraví[1] (dále též jen "ZOVZ") a v širším pojetí pak do ní můžeme zahrnovat i další právní předpisy, které upravují působnost a pravomoc orgánů ochrany veřejného zdraví.

Jelikož se jedná o oblast poměrně mladou, je i judikatura správních soudů na tomto úseku relativně mladá a prozatím ne příliš početná. Z hlediska projednávané problematiky se dosud jedná o správní žaloby podané ve věcech rozhodnutí orgánů ochrany veřejného zdraví, týkajících se porušení právních povinností na úseku dodržování hygienických limitů hluku a na úseku podrobení se povinnému očkování proti stanovených druhům infekčních onemocnění. Zcela převažující je však problematika týkající se hluku. V následujícím textu se budeme zabývat právními názory Nejvyššího správní soudu, které zaujal při řešení kasačních stížností na sledovaném úseku.

[1] Zákon č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

1. K OTÁZCE VALIDITY PROTOKOLU O MĚŘENÍ HLUKU JAKO DŮKAZU VE SPRÁVNÍM ŘÍZENÍ[2]

Krajská hygienická stanice uložila pořadateli veřejné produkce hudby jako účastníkovi řízení pokutu podle § 92 ZOVZ ve výši 500 tisíc Kč za porušení povinností spočívajících v tom, že nezajistil, aby hluk z jím pořádané veřejné produkce hudby nepřekročil hygienické limity hluku stanovené v tehdy platném nařízení vlády č. 502/2000 Sb. K odvolání účastníka řízení byla Ministerstvem zdravotnictvím stanovená výše pokuty snížena na 300 tisíc Kč.

V žalobě podané k Městskému soudu v Praze a následně v kasační stížnosti podané k Nejvyššímu správnímu soudu žalobce (stěžovatel) mj. namítal, že protokol o měření není důkazem, který by prokazoval porušení zákonných povinností stěžovatelem. Zdravotní ústav se sídlem v Praze podle stěžovatele prováděl měření ve značné vzdálenosti od místa konání veřejné hudební produkce - stadionu SK Slavia Praha, a takovéto měření proto není reprezentativní. Toho by bylo podle stěžovatele dosaženo, jedině pokud by bylo provedeno přímo v místě konání koncertu. Navíc místa zvolená k měření jsou podle stěžovatele velmi frekventovaná s mnoha dalšími zdroji hluku (např. silnice s projíždějícími kamiony, tramvajová trať, konečná smyčka tramvaje, železniční trať).

- V této souvislosti je třeba uvést, že otázka způsobu provádění státní kontroly (státního zdravotního dozoru) nad dodržováním hygienických limitů hluku je v této souvislosti velmi významná především vzhledem k tomu, že orgány ochrany veřejného zdraví nejsou zejména přístrojově vybaveny k tomu, aby vlastními zaměstnanci takovou kontrolu provedly Přitom sama podstata, průběh a výsledky provedeného měření hladin akustického tlaku jsou zcela určující pro kontrolní zjištění správního úřadu, které bude zaznamenáno v protokole o státní kontrole. K měření jsou orgány ochrany veřejného zdraví na základě zákonného zmocnění v § 88 odst. 6 ZOVZ oprávněny si přizvat zaměstnance zdravotního ústavu. Zdravotní ústav je jinak zdravotnické zařízení, které je zřízeno k plnění odborných úkolů na úseku ochrany veřejného zdraví (viz § 86 odst. 2 ZOVZ) a jeho zaměstnanci mají postavení kontrolních zaměstnanců jen pro provádění konkrétního kontrolního úkonu a jen v rozsahu pověření daného jim příslušným orgánem ochrany veřejného zdraví.

Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že protokol o měření akustického tlaku pozadí, z nějž vycházelo Ministerstvo zdravotnictví (žalovaný), je důkazem prokazujícím překročení limitů hluku v chráněném venkovním prostoru staveb. Nejvyšší správní soud v této souvislosti odkázal na rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 31. 3. 2006, č. j. 9 Ca

[2] Podle rozsudku Nejvyššího správní soudu ze dne 22.12.2008, čj. 4 Ads 50/2008 - 84, www.nssoud.cz.

39/2004-34, ve kterém je uvedeno: *Protokol o měření hluku pořízený pracovníky zdravotního ústavu (zkušební laboratoře akreditované k provádění takového měření) za účasti pracovníka Krajské hygienické stanice je protokolem o kontrolních zjištěních a je řádným podkladem pro uložení pokuty dle § 92 odst. 1 zákona č. 258/2000 Sb., o ochraně veřejného zdraví a o změně některých souvisejících zákonů, osobě, která je zdrojem hluku.* Tento závěr pak Nejvyšší správní soud zopakoval ještě v dalších svých rozsudcích[3].

Za důležitý moment je zde třeba pokládat to, že Nejvyšší správní soud podmínil provedení měření hluku zdravotním ústavem účastí pracovníka krajské hygienické stanice jako kontrolního orgánu odpovědného za provedení státního zdravotního dozoru. Tato podmínka totiž v zákoně o ochraně veřejného zdraví explicite vyjádřena není.

V této souvislosti dále Nejvyšší správní soud uvedl, že při hodnocení výsledků měření je možné odkázat na resortní předpis (závazný pouze pro podřízené správní úřady organizace), zde na metodický návod pro měření a hodnocení hluku v mimopracovním prostředí, vydaný hlavním hygienikem pod č. j. HEM-300-11.12.01-34065, který stanoví pravidla pro měření a hodnocení hluku pozadí.

2. K VYMEZENÍ POJMU PROVOZOVNA SLUŽEB PODLE § 32 ZOVZ[4]

Krajská hygienická stanice uložila právnické osobě provozující prodejnu potravin A. jako účastníkovi řízení pokutu podle § 92 ZOVZ ve výši 150 tisíc Kč za porušení povinností spočívajících v tom, že nezajistila, aby hluk z jí provozované provozovny služeb nepřekračoval hygienické limity hluku stanovené v tehdy platném nařízení vlády č. 502/2000 Sb.. K odvolání účastníka řízení bylo Ministerstvem zdravotnictví rozhodnutí co do výše uložené pokuty a skutkové podstaty správního deliktu potvrzeno.

V žalobě podané k Městskému soudu v Praze a následně v kasační stížnosti podané k Nejvyššímu správnímu soudu žalobce (stěžovatel) mj. namítal, že se Městský soud v Praze dostatečně nevypořádal s námitkou stěžovatele, že neprovozoval žádnou provozovnu služeb, nýbrž prodejnu potravin a jiných výrobků. Žalobce (stěžovatel) tedy rozporoval závěr, k němuž dospěly správní orgány obou stupňů a správní soud I. stupně, tedy že z hlediska dodržování hygienických limitů hluku je prodejnu potravin třeba

[3] Rozsudek Nejvyššího správní soudu ze dne 12. března 2009 čj. 3 Ads 135/2008 - 77, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 27. května 2009 čj. 4 Ads 21/2008 - 125, www.nssoud.cz.

[4] Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 12. března 2009 čj. 3 Ads 135/2008 - 77, www.nssoud.cz.

posuzovat jako provozovnu služeb ve smyslu § 32 ZOVZ jakožto speciálního ustanovení ve vztahu k obecnému § 30 ZOVZ.

Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku především vycházel z té skutečnosti, že zákon o ochraně veřejného zdraví pojem provozovna služeb nevymezuje a je tedy namístě, že žalovaný provedl výklad tohoto pojmu. S právním názorem Ministerstva zdravotnictví jako odvolacího správního úřadu se Nejvyšší správní soud ztotožnil, neboť z obecné dikce ustanovení § 32 ZOVZ je zřejmé, že cílem zákonodárce bylo regulovat veškerou podnikatelskou činnost prováděnou v provozovně. Nejvyšší správní soud rovněž podotkl, že ani zákon o ochraně spotřebitele[5] mezi prodejem výrobků a poskytováním služeb nerozlišuje.

3. K VYMEZENI POJMU VEŘEJNÁ PRODUKCE HUDBY[6]

V posuzovaném případě uložil Městský hygienik v Praze provozovateli bistra podle § 92 ZOVZ pokutu ve výši 35 tisíc Kč za správní delikt, jehož se dopustil tím, že jako pořadatel veřejné produkce hudby jednak porušil pravomocný zákaz činnosti pořádání jakýchkoli hudebních produkcí v provozovně v noční době a jednak nezajistil, aby hluk z jím pořádané hudební produkce nepřekročil hygienické limity upravené v té době platným nařízením vlády č. 502/2000 Sb. Toto rozhodnutí bylo v odvolacím řízení potvrzeno rozhodnutím Hygienika hlavního města Prahy

V žalobě podané k Městskému soudu v Praze a následně v kasační stížnosti podané k Nejvyššímu správnímu soudu žalobce (stěžovatel) mj. namítal, že reprodukovanou hudbu (puštěné rádio či radiomagnetofon) a hlasitý hovor nelze považovat za hudební produkci. Rovněž v případě hlášení policie ze dne nelze za výrazné porušení rozhodnutí městského hygienika považovat zjištění zvuku kytary a to zvláště v situaci, kdy stěžovatel nebyl v provozovně přítomen.

Nejvyšší správní soud k otázce výkladu pojmu *veřejná produkce hudby* uvedl, že sice lze pochybovat o tom, zda reprodukovaná hudba, je hudební produkcí, nicméně „živou“ hru na hudební nástroje doprovázenou zpěvem, je nutno považovat za hudební produkci.

Veřejná produkce hudby není v zákoně o ochraně veřejného zdraví definována. Zákon ve svém § 32 uvádí pouze příkladmý výčet akcí, které se mají pokládat za veřejnou produkci hudby. V tomto výčtu jsou uvedeny: koncert, taneční zábava, artistická produkce s hudbou. Z vysloveného právního názoru Nejvyššího správního soudu lze tedy dovodit**,** že v případě reprodukované hudby by se o veřejnou produkci hudby jednat nemělo a

[5] Zákon č. 634/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů.

[6] Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. ledna 2009, čj. 4 Ads 19/2008 - 188, www.nssoud.cz

zdroj takového hluku, pokud se nachází v provozovně, jiné stavbě či prostoru, který je předmětem státního zdravotního dozoru, by mohl být nejvýše posuzován svým hlukovým příspěvkem v rámci zjištění a zhodnocení celkového hluku z daného prostoru podle § 30 ZOVZ (objekty, jejichž provozem vzniká hluk) nebo § 32 ZOVZ (provozovny služeb).

4. K OTÁZCE CHARAKTERU POZASTAVENÍ VÝKONU ČINNOSTI, KTEROU BYLY PORUŠENY POVINNOSTI V OCHRANĚ VEŘEJNÉHO ZDRAVÍ[7]

Rozhodnutím krajské hygienické stanice, změněné v odvolání rozhodnutím Ministerstva zdravotnictví bylo rozhodnuto o tom, že žalobci se pozastavuje výkon činnosti, spočívající v užívání sportovního hřiště k pořádání veřejných produkcí hudby v noční době, jak vlastníkem, tak třetími osobami, a to do doby odstranění závady, spočívající v překračování hygienických limitů hluku pro noční dobu v chráněném venkovním prostoru stavby a v chráněném vnitřním prostoru stavby rodinného domu v obci K.L.

Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce žalobu, v níž namítal řadu pochybení žalovaného a mj. také konstatoval, že vydané rozhodnutí odporuje normativnímu textu § 84 odst. 1 písm. b) ZOVZ zákona o ochraně veřejného zdraví, který dle jeho názoru umožňuje bezprostřední zákrok vůči osobě, jež porušení povinnosti způsobila, nikoliv pozastavení výkonu činnosti pro futuro. Žalobce v žalobě zdůraznil, že porušení povinnosti nebylo způsobeno užíváním sportovního hřiště, ale provozováním hudební produkce nad stanovené hygienické limity. Správní orgán měl tedy správně pozastavit pouze veřejnou hudební produkci, při níž byly povinnosti porušeny. Žalobce dále v této souvislosti namítal omezení svého vlastnického práva, aniž byly splněny podmínky čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, neboť na základě § 84 odst. 1 písm. b) ZOVZ nelze pozastavit výkon vlastnického práva, když je zřejmé, že ne každou hudební produkcí dochází k porušení povinností podle zákona; k tíži žalobce přitom nemůže jít porušení povinností, jehož se dopustila jiná osoba. Tuto námitku pak žalobce (stěžovatel) uplatnil i v podané kasační stížnosti. Stěžovatel doplnil, že nemůže jít k jeho tíži porušení povinností, kterého se při hudební produkci dopustila jiná osoba, pokud on se žádného porušení povinností nedopustil. Stěžovatel dále namítal nesprávnou aplikaci § 84 odst. 1 písm. b) ZOVZ ve vztahu k § 30 téhož zákona, neboť stěžovatel není provozovatelem dalších objektů ve smyslu tohoto ustanovení, jejichž provozem vzniká hluk. Provozovatelem příležitostných kulturních a společenských akcí jsou zpravidla jiné subjekty než stěžovatel, tuto činnost je proto nutné posuzovat ve vztahu k § 32 ZOVZ a nikoliv k § 30 tohoto zákona.

[7] Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. května 2009, čj. 4 Ads 21/2008 - 125, www.nssoud.cz.

Nejvyšší správní soud interpretoval institut pozastavení výkonu činnosti podle § 84 odst. 1 písm. b) ZOVZ tak, že představuje preventivní opatření, nikoliv sankci, a ve veřejném zájmu umožňuje i pro futuro pozastavit výkon činnosti, při které byly porušeny povinnosti stanovené zákonem o ochraně veřejného zdraví. Nejvyšší správní soud se ztotožnil s názorem žalovaného Ministerstva zdravotnictví, že smyslem tohoto ustanovení je v souladu s čl. 31 a 35 Listiny základních práv a svobod chránit zdraví a zdravé životní podmínky osob před nadměrnou hlukovou zátěží. V zájmu ochrany zdraví lze podle názoru Nejvyššího správního soudu pozastavit výkon činnosti užívání objektu (zde: sportovního hřiště) k veřejným produkcím hudby, pokud skutková zjištění dávají dostatečný podklad pro závěr, že takové opatření je nezbytné, efektivní a jeho uložení splní svůj účel.

Obecně k institutu pozastavení výkonu činnosti, který může být použit i pro jiné případy než je porušení povinností na úseku dodržování hygienických limitů hluku, Nejvyšší správní soud poznamenal, že pozastavení výkonu činnosti představuje významné omezení vlastnického práva, a proto by mělo být užíváno jen výjimečně a v odůvodněných případech, kdy jiné prostředky ochrany zdraví osob selhávají.

5. KE VZTAHU MEZI § 27 ZÁKONA O PROVOZU NA POZEMNÍCH KOMUNIKACÍCH A § 30 ODST. 1 ZÁKONA O OCHRANĚ VEŘEJNÉHO ZDRAVÍ[8]

Rozhodnutím Ministerstva zdravotnictví bylo potvrzeno rozhodnutí krajské hygienické stanice, kterým byla k žádosti Správy silnic Moravskoslezského kraje zamítnuta její žádost o vydání časově omezeného povolení provozování zdrojů hluku - vymezených úseků silnic ve správě účastníka řízení.

Žalobkyně (stěžovatelka) uplatnila v žalobě před městským soudem stejně jako v kasační stížnosti před Nejvyšším správním soudem mj. námitku, že zákon o provozu na pozemních komunikacích je tím zákonem, který upravuje právní vztahy vlastníků a uživatelů pozemních komunikací, výkon státní správy ve věcech pozemních komunikací a je tedy speciálním právním předpisem upravujícím státní správu na úseku pozemních komunikací. Naproti tomu zákon o ochraně veřejného zdraví je předpisem, který upravuje práva a povinnosti fyzických a právnických osob v oblasti ochrany a podpory veřejného zdraví, soustavu orgánů ochrany veřejného zdraví, jejich působnost a pravomoc. Kolize obou právních předpisů je dána ustanovením § 31 zákona o ochraně veřejného zdraví, který přikazuje vlastníku komunikace ovlivnit provoz na pozemní komunikaci tak, aby

[8] Podle rozsudku Nejvyššího správní soudu ze dne 15. března 2007, čj. 1 As 7/2006 - 56, www.nssoud.cz.

nevznikal nadlimitní hluk, který by mohl poškodit zájmy fyzických a právnických osob. Tato povinnost vlastníka či správce pozemní komunikace však není zakotvena v zákoně o provozu na pozemních komunikacích. Jedná se o odpovědnost za provoz na pozemní komunikaci, kterou nemůže vlastník ani správce žádným způsobem ovlivnit, když k ní nemá žádnou pravomoc danou speciální předpisem. Zejména však v žádném ustanovení tohoto zákona není zakotvena povinnost či odpovědnost vlastníka (popř. správce) pozemní komunikace za provoz, který na pozemní komunikaci provozují její uživatelé.

Nejvyšší správní soud se k namítané kolizi uvedených právních předpisů ztotožnil s právním názorem, který před ním učinil městský soud, a shodně s ním konstatoval, že zákon o ochraně veřejného zdraví upravuje v § 30 podmínky provozu na pozemních komunikacích a je tedy normou veřejnoprávní, zatímco ustanovení § 27 zákona o provozu na pozemních komunikacích upravuje odpovědnost za škody, která je jinak upravena občanským zákoníkem, a upravuje tedy vztahy soukromoprávní. Z tohoto důvodu nemůže jít ani o vztah speciálního a obecného právního předpisu.

6. K SOULADU INSTITUTU POVINNÉHO OČKOVÁNÍ S ÚMLUVOU O LIDSKÝCH PRÁVECH A BIOMEDICÍNĚ[9]

Rozhodnutím Ministerstva zdravotnictví bylo zamítnuto odvolání účastníka řízení proti rozhodnutí krajské hygienické stanice, kterým mu uložila pokutu za přestupek na úseku zdravotnictví, kterého se dopustil z nedbalosti tím, že se ve stanoveném termínu nedostavil do zdravotnického zařízení se svými nezletilými dětmi k pravidelnému očkování proti přenosné dětské obrně a virové hepatitidě B. Žalobu proti tomuto rozhodnutí Městský soud v Praze zamítl.

Kasační stížnost podanou k Nejvyššímu správnímu soudu vystavěl stěžovatel zejména na namítaném rozporu s čl. 5 a čl. 6 Úmluvy o lidských právech a biomedicíně (dále též jen „Úmluva“), která má přednost před zákonem o ochraně veřejného zdraví. Pokud tedy podle čl. 5 Úmluvy je možné jakýkoliv zákrok v oblasti péče o zdraví provést pouze za podmínky, že k němu dotčená osoba poskytla svobodný a informovaný souhlas, a pokud Úmluva má přednost před zákonem, lze předmětné očkování provést pouze se souhlasem dotčených osob, resp. v souladu s čl. 6 odst. 2 Úmluvy v případě nezletilců se souhlasem jejich zákonných zástupců. Stěžovatel dovodil, že pokud neposkytl svobodný a informovaný souhlas ani žádné svolení s tím, aby jeho nezletilé děti byly očkovány, nemohl být tento zdravotní výkon proveden ČR.

[9] Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 28. února 2006, čj. 5 As 17/2005 - 66, www.nssoud.cz.

Nejvyšší správní soud se neztotožnil s argumentací stěžovatele, když odkázal na čl. 26 Úmluvy, který stanoví, že žádná omezení nelze uplatnit na výkon práv a ochranných ustanovení v této Úmluvě kromě těch, která stanoví zákon a která jsou nezbytná v demokratické společnosti v zájmu bezpečnosti veřejnosti, předcházení trestné činnosti, ochrany veřejného zdraví nebo ochrany práv a svobod jiných.

Ukládá-li tedy citovaný zákon o ochraně veřejného zdraví v § 46 odst. 1 fyzické osobě povinnost podrobit se, v prováděcím právním předpisu upravených případech a termínech, stanovenému druhu pravidelného očkování a v odst. 2 odpovědnost zákonného zástupce za splnění povinnosti podle odst. 1 u osoby, která nedovršila patnáctý rok věku, činí tak z důvodu ochrany veřejného zdraví. Úmluva v čl. 26 bodu 1 připouští uplatnění omezení na výkon práv a ochranných ustanovení v ní obsažených, která jsou stanovena zákonem a která jsou, mimo jiné, v zájmu ochrany veřejného zdraví nebo ochrany práv a svobod jiných. Povinnost podrobit se ve stanovených případech pravidelnému očkování je stanovena zákonem, přičemž na základě jeho zmocnění podle § 108 odst. 1 příslušný orgán, Ministerstvo zdravotnictví, vydal prováděcí předpis - vyhlášku č. 439/2000 Sb., o očkování proti infekčním nemocem. Za této situace nelze dojít k závěru, že Úmluva stanoví něco jiného než zákon, protože Úmluva úpravu obsaženou v zákoně nevylučuje, ale naopak ji připouští. Postupovaly-li správní orgány ve věci stěžovatele podle zákona o ochraně veřejného zdraví, nelze jejich postupu vytýkat nezákonnost. K takovému závěru dospěl již městský soud a Nejvyšší správní soud s jeho závěrem souhlasí. Rozhodnutí městského soudu není v rozporu s čl. 5 a 6 Úmluvy ani čl. 10 Ústavy, ani čl. 15 odst. 1 a čl. 16 odst. 1 Listiny. Pokud má stěžovatel za to, že zákonem stanovenou povinností podrobit se pravidelnému očkování a zákonem stanovenou odpovědností zákonného zástupce za splnění této povinnosti u osob, které nedovršily patnáctý rok svého věku, bylo zasaženo do jeho svobody myšlení, svědomí a náboženského vyznání zaručených v čl. 15 Listiny a do jeho práva je projevovat (čl. 16 Listiny), pak má Nejvyšší správní soud za to, že tomu tak není, protože nedošlo k zásahu do jeho práva na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání. Došlo jen k omezení výkonu tohoto práva v souladu s čl. 16 odst. 4 Listiny v uvedeném rozsahu na základě zákona, který sleduje vyšší cíle, a to ochranu veřejného zdraví, a je v souladu s čl. 31 Listiny, podle jehož věty prvé každý má právo na ochranu zdraví, tedy i stěžovatel a jeho děti, takže použitý zákon chrání i je.

7. SHRNUTÍ

Cílem příspěvku bylo poskytnout výběrový přehled relevantní judikatury správních soudů na úseku ochrany veřejného zdraví v posledních 5 letech. Snahou autora bylo vybrat aktuální judikaturu reflektující současně platnou právní úpravu. Některé judikáty, byť by byly obsahově zajímavé, zmíněny nejsou, neboť v nich obsažené právní hodnocení dopadá na již neplatnou právní úpravu. Na předložených případech je zřetelně viditelný význam rozhodovací činnosti správních soudů, které svoji interpretační činnosti poskytují užitečné quasi precedenty pro následné rozhodování správních

úřadů. Aby právní názory správních soudů, zejména tedy Nejvyššího správního soudu, byly aplikovatelné i na budoucí rozhodování správních úřadů, je žádoucí a potřebné zachovat co největší stabilitu právní úpravy. Řešením by neměla být změna právní úpravy vždy, když se zdá, že by mohla odstranit pochybnosti ve výkladu určitého ustanovení právního předpisu. Výsledkem obvykle není zjasnění obsahu právní normy, neboť i tento obsah bude stále předmětem výkladu a obsah normy samotné nemůže předběhnout její budoucí interpretace[10]. Autor se domnívá, že je pro každodenní činnost správní úřadů cennější snad možná méně dokonalá, leč stabilní právní úprava s navazující bohatou judikaturou než stále úpravy právních norem, sledujících zdánlivou a nedostižnou dokonalost, k nimž však existující judikatura nebude nikdy aktuální.

Literature:

- Holländer Pavel. *Ústavněprávní argumentace*. 1. vyd. Praha: LINDE, 1993, ISBN 80-86131-37-8.

Contact – email

ivo.krysa@khsstc.cz

[10] Blíže k tomu HOLLÄNDER Pavel. *Ústavněprávní argumentace*. 1. vyd. Praha: LINDE, 1993, ISBN 80-86131-37-8, str. 11.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUDNÍ PŘEZKOUMATELNOST ROZHODNUTÍ ZALOŽENÁ VNITŘNÍM PŘEDPISEM VYSOKÉ ŠKOLY

VERONIKA KUDROVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá možností soudní přezkoumatelnosti rozhodnutí, k němuž není založena pravomoc výslovně zákonem o vysokých školách, ani jiným zákonem, ale vnitřním předpisem vysoké školy. Rozděluje faktická rozhodnutí vysokých škol směřující vůči studentům podle jejich právního titulu a komentuje legalitu zakotvení rozhodovací pravomoci vysoké školy ve vnitřním předpise. Dále porovnává, do jaké míry platí klíčové prvky pro konstrukci soudní přezkoumatelnosti rozhodnutí podle zákona o vysokých školách stanovené rozhodovací praxí Nejvyššího správního soudu České republiky též pro rozhodnutí založená vnitřním předpisem, a vyrovnává se i otázkou soudní přezkoumatelnosti rozhodnutí, které postrádá jakýkoli zákonný podklad.

Key words in original language
Správní právo; rozhodnutí; rozhodnutí v materiálním smyslu; soudní přezkum; vnitřní předpis; vysoká škola.

Abstract
The contribution concerns with the judicial review of decisions of public higher education institutions which are not expressly specified by the act no. 111/1998 Col. on Higher Education Institutions or any other act of the Czech Republic. It deals with the decisions applicable to students based on internal regulations of higher education institutions. It divides factual decisions of higher education institution by its title, while comments legality of setting up the decision making power by an internal regulation. Thereinafter the contribution compares how the decisions based on internal regulations comply with of the judicial review by administrative courts laid previously down by the Supreme Administrative Court of the Czech Republic. It also deals with the question of judicial review of decisions failing in legal title at all.

Key words
Administrative law; decision; material substance of decision; judicial review; internal regulation; higher education institution.

1. ÚVOD

Možnost podřízeného subjektu domáhat se (po vyčerpání řádných opravných prostředků) soudního přezkumu rozhodnutí orgánu veřejné správy v případě, že se jím cítí zkrácen na svých právech, je veřejným subjektivním právem zakotveným Listinou základních práv a svobod a dále

konkretizovaným soudním řádem správním. Není proto překvapením, že navzdory úvodnímu tápání Ústavního soudu[1], došlo v posledních letech ke sjednocení a stabilizaci judikatury konstatující soudní přezkoumatelnost rozhodnutí o právech a povinnostech studentů mající svůj původ v zákoně o vysokých školách.

Daná přezkoumatelnost byla konstatována výslovně pro rozhodnutí o (ne)přijetí ke studiu na vysoké škole a pro rozhodnutí, jímž byl studentovi vyměřen poplatek související se studiem. Z argumentace Nejvyššího správního soudu a Ústavního soudu[2] lze však dovodit, že judikatura dopadá

---

[1] Srov. usnesení I. ÚS 667/2000, v němž Ústavní soud vyjádřil právní názor, dle něhož je správné konstatování, že rozhodnutí o nepřijetí ke studiu na vysoké škole nepodléhá soudnímu přezkumu v rámci správního soudnictví, či: „Rozhodování o přijetí na vysokou školu je ponecháno volné úvaze. Soud by ani objektivně nemohl zjistit, zda odborné znalosti uchazečů byly objektivně posouzeny, a tudíž přezkumná funkce soudu by zde byla čistě formální.“.

[2] Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 37/2006 – 63: „Předně lze konstatovat, že rektor veřejné vysoké školy v dané věci rozhoduje v postavení orgánu veřejné správy, jak ho chápe čl. 36 odst. 2 Listiny a autenticky pak definuje § 4 odst. 1 s. ř. s. Soudní řád správní stanoví, že z rozhodování soudů ve správním soudnictví jsou vyloučeny věci, o nichž to stanoví tento nebo zvláštní zákon. Avšak ani soudní řád správní, ani zákon o vysokých školách ani jiný zvláštní zákon rozhodování podle § 50 zákona o vysokých školách ze soudního přezkumu nevylučuje a tudíž je proti rozhodnutí rektora v souladu s ustanovením čl. 36 odst. 2 Listiny přípustná žaloba ve správním soudnictví.“

Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 50/2004 – 64: „Podle § 4 odst. 1 písm. a) s. ř. s. soudy ve správním soudnictví rozhodují o žalobách proti rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné, orgánem územního samosprávného celku, jakož i fyzickou nebo právnickou osobou nebo jiným orgánem, pokud jim bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech v oblasti veřejné správy (dále jen „správní orgán“). Podle § 65 odst. 1 s. ř. s. kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva nebo povinnosti (dále jen „rozhodnutí“), může se žalobou domáhat zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví li tento nebo zvláštní zákon jinak. O rozhodnutí v oboru veřejné správy jde tam, kde je pro druhou stranu právního vztahu autoritativně, mocensky („vrchnostensky“) určováno co je právem a co povinností a přičemž účastníci takového vztahu nemají v tomto vztahu rovné postavení. Podle § 2 odst. 2 zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách), vysoká škola je právnickou osobou. Podle § 6 odst. 1 písm. e) téhož zákona do samostatné působnosti veřejné školy patří rozhodování o právech a povinnostech studentů. Podle § 58 odst. 3 tohoto zákona (ve znění účinném v době vydání úkonu napadeného žalobou) studuje li student déle, než je standardní doba studia zvětšená o jeden rok v bakalářském nebo magisterském studijním programu, stanoví mu veřejná vysoká škola poplatek za studium, který činí za každý další započatý měsíc studia nejméně jednu čtvrtinu základu; do doby studia se započte též doba předchozího studia v bakalářských a magisterských studijních programech, které nebylo řádně ukončeno podle § 45 odst. 3 nebo § 46 odst. 3.“

Či Usnesení III. ÚS 2988/08: „O rozhodnutí v oblasti veřejné správy jde tam, kde je pro druhou stranu právního vztahu autoritativně, mocensky (vrchnostensky) určováno, co je právem a co povinností, přičemž účastníci takového vztahu nemají v tomto vztahu rovné postavení. Děkan fakulty nebo rektor vysoké školy, který rozhoduje o (ne)přijetí na vysokou školu, má postavení správního úřadu a jeho vrchnostenské akty mají povahu

obecně na všechny vrchnostenské akty vysokých škol mající povahu správních rozhodnutí dotýkajících se subjektivních práv a povinností fyzických osob, které vydává vysoká škola v postavení správního úřadu.

Působení vysoké školy v postavení správního úřadu ve věci rozhodování o (ne)přijetí ke studiu či o vyměření poplatku spojeného se studiem vyplývá ze zákona č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách) (dále též jen „zákon"), a to konkrétně z § 6 odst. 1 písm. b) a e)[3] konkretizovaného § 50 a 58. Zákon ovšem v § 68 rozeznává i rozhodnutí, jimiž vysoká škola autoritativně stanovuje práva a povinnosti studentům, a to v postavení správního úřadu.

Přestože zákon o vysokých školách, výlučný právní předpis zákonné síly upravující hmotněprávní veřejnoprávní vztahy mezi vysokou školou a jejími studenty, výslovně rozeznává deset typů rozhodnutí o právech a povinnostech studentů[4], v praxi dochází též k rozhodování o dalších věcech, zákonem výslovně neupravených. S ohledem na další popis je praktické rozdělit posledně jmenovaná rozhodnutí na rozhodnutí mající svůj původ ve vnitřním předpise vysoké školy a rozhodnutí, která v něm svůj původ nemají.

Příspěvek se zabývá otázkou soudní přezkoumatelnosti rozhodnutí vysokých škol nemajících své výslovné zakotvení v zákoně o vysokých školách. Nezabývá se rozhodnutími o právech a povinnostech akademických pracovníků dle § 71 (jmenování docentem) či § 73 (jmenování profesorem) zákona, a to s ohledem na skutečnost, že jejich právní povaha zatím není vyjasněna mezi českými soudy ani odbornou veřejností.[5]

---

správních rozhodnutí dotýkajících se subjektivních práv a povinností fyzických osob. Řízení o přijetí na vysokou školu je typickým druhem správního řízení, které se však řídí zvláštními předpisy, konkrétně zákonem zákon o vysokých školách."

[3] Do samosprávné působnosti veřejné vysoké školy patří zejména: b) určování počtu přijímaných uchazečů o studium, podmínek pro přijetí ke studiu a rozhodování v přijímacím řízení, e) rozhodování o právech a povinnostech studentů…

Autorka si je vědoma, že § 6 upravuje postavení veřejných vysokých škol a státních vysokých škol. Ze systematického výkladu zákona ovšem vyplývá, že samosprávné působení v daných oblastech se týká též vysokých škol soukromých.

[4] Srov. §§ 50 a 68 zákona o vysokých školách.

[5] Srov. usnesení III. ÚS 19/96: „I za předpokladu, že by se v případě jmenování někoho docentem jednalo o správní rozhodnutí (což je sporné),…"

2. ROZHODNUTÍ MAJÍCÍ SVŮJ PŮVOD VE VNITŘNÍM PŘEDPISE VYSOKÉ ŠKOLY

Vnitřní předpisy vysokých škol jsou podzákonnými právními předpisy[6] odvozenými od zákona o vysokých školách. Je zřejmé, že zmocnění k jejich vydání, je, stejně jako v případě zmocnění k vydání celé řady jiné podzákonné úpravy, důsledkem nemožnosti provést veškerou potřebnou právní úpravu na úrovni zákonné. V případě vysokých škol se do zmocnění k prováděcí úpravě promítá též aspekt samosprávný.

Zákonná zmocnění k prováděcí úpravě jsou většinou velmi konkrétní, a to nejen v tom, jaké otázky mají být na podzákonné úrovni upraveny, ale často též ve způsobu, jakým mají být upraveny. Zákon o vysokých školách a některá jím svěřená zmocnění, tuto konkrétnost respektující důraz na princip zákonnosti postrádají. Lze jen odhadovat, zda je to dáno představami zákonodárce o vhodnosti udělení maximální míry autonomie samosprávě vysokých škol, či zda je přijaté řešení výsledkem nedokonalé koncepčnosti zákona o vysokých školách. Skutečností zůstává, že zákon o vysokých školách svěřil (uložil) vysokým školám provést právní úpravu řady oblastí souvisejících s jejími činnostmi, aniž by jim poskytl informaci o tom, které konkrétní právní vztahy mají takto upravit, či návod, jak je upravit.[7] Vysokým školám tím vznikl dostatečně široký prostor pro provedení jakékoli úpravy, která nenaráží na zákonné či ústavní limity, což může do jisté míry připomínat konstrukci právní zásady, podle níž „vše je dovoleno, co není výslovně zakázáno“. V tomto směru, totiž ve smyslu šíře aprobovaného chování vysokých škol, lze jejich postavení přirovnat k postavení soukromoprávních subjektů. Zda to neodporuje ústavním principům, není zřejmé, zkoumání ústavnosti zákonného zmocnění nicméně není předmětem tohoto příspěvku.

Předmětem tohoto příspěvku je ovšem zkoumání, do jaké míry lze rozhodnutí mající svůj původ ve vnitřním předpise považovat za rozhodnutí mající svůj původ v zákoně o vysokých školách.

Přes výše naznačenou výhradu nedává zákon vysokým školám plnou libovůli v jejich působnosti ani pravomoci. V § 6 odst. 1 písm. e) sice zakotvuje obecnou pravomoc k rozhodování o právech a povinnostech studentů, působnost ovšem nepřímo stanoví právě v naznačení oblasti, v níž

---

[6] Autorka si je vědoma nejednotného názoru právní teorie na právní povahu vnitřních předpisů zájmových samospráv. Srov. Koudelka, Z. Právní předpisy samosprávy. Praha: Linde Praha a. s., 2008, s. 299 – 301. a Dvořáček, D. Právní povaha předpisů zájmové samosprávy. Právní rozhledy. 2006, č. 24, s. 882 - 887. Přes zatím nevyjasněnou trhlinu spočívající v teritoriální působnosti vnitřního předpisu se autorka přiklání k názoru, že vnitřní předpisy vysokých škol jsou právními předpisy.

[7] Zákon o vysokých školách se v řadě případů omezil na zakotvení názvu vnitřního předpisu, který je vysoká škola povinna vydat.

může vysoká škola provést úpravu vnitřním předpisem. Stanoví tak velmi obecně, v zásadě pojmenováním jednotlivých vnitřních předpisů, které je vysoká škola povinna přijmout.

S ohledem na vydávání vnitřních předpisů vysokých škol (a jejich součástí) na základě zákona a také s ohledem na zákonem jasně stanovené formální požadavky zejména na proceduru jejich přijímání, lze mít za to, že působnost vykonávaná na základě vnitřního předpisu je de facto působností vykonávanou na základě zákona (neboť na základě zákona je předpis vydán). Dále lze mít též za to, že zákon o vysokých školách nebrání vysoké škole rozšířit okruh činěných rozhodnutí, když existenci jiných než zákonem vyjmenovaných rozhodnutí mlčky připouští.[8]

Z uvedeného plyne, že rozhodovací pravomoc vysokých škol založenou vnitřními předpisy v rámci svěřené působnosti lze považovat za pravomoc založenou zákonem o vysokých školách. Proto též rozhodnutí učiněné na základě vnitřního předpisu vysoké školy lze považovat za rozhodnutí učiněné na základě zákona o vysokých školách, byť jej zákon sám výslovně neuvádí.

Z toho konečně vyplývá, že právním základem pro soudní přezkoumatelnost rozhodnutí o právech a povinnostech studentů majících svůj původ až ve vnitřních předpisech vysoké školy, je stejně jako v případě rozhodnutí založených již samotným zákonem o vysokých školách, skutečnost, že jde o vrchnostenské akty vysokých škol mající povahu správních rozhodnutí dotýkajících se subjektivních práv a povinností fyzických osob, které vydává vysoká škola v postavení správního úřadu.

2.1 ROZHODNUTÍ, KTERÁ NEMAJÍ PŮVOD V ZÁKONĚ O VYSOKÝCH ŠKOLÁCH ANI VE VNITŘNÍM PŘEDPISE VYSOKÉ ŠKOLY

V předchozí kapitole byl proveden rozbor rozhodnutí vysoké školy založeného vnitřním předpisem ve vztahu k jeho původu v zákoně o vysokých školách. Co bylo řečeno o působnosti a pravomoci vycházející ze zákona, lze ovšem vztáhnout i na problematiku této kapitoly, a to ve vztahu k zákonnosti rozhodnutí ze zákona neodvozeného. Své místo zde totiž nachází výhrada ústavní maximy, dle níž může veřejná moc činit jen to, co jí zákon umožňuje.

Pokud zákon o vysokých školách neumožňuje vysoké škole uplatňovat svěřenou pravomoc v rámci určité působnosti, resp. pokud vysoká škola pravomoc uplatňuje mimo svou působnost, je třeba na takové rozhodování nahlížet nejen jako na rozhodování nevycházející ze zákona o vysokých

[8] Srov. § 68 odst. 3.

školách, ale též jako na rozhodování mimo zákon (nejen o vysokých školách) stojící, tedy nezákonné.

Otázkou může být, zda rozhodnutí nelegitimizuje samotný fakt, že jde o rozhodování v rámci svěřené pravomoci v souvislosti se skutečností, že jde o pravomoc v otázkách samosprávných.

Takovou myšlenku nelze přijmout. Vysoké školy jsou institucemi, které v souladu s demokratickými principy umožňují přístup k vysokoškolskému vzdělání. Nejsou hospodářskými subjekty obchodujícími se statky, jejichž existence je výsledkem ekonomického prostředí, ale subjekty disponujícími státní licencí k udělování vysokoškolské kvalifikace. Ze zřejmých důvodů tedy pro právní vztahy mezi jimi a subjekty, které vysokoškolské vzdělání „konzumují", neplatí vztahy soukromoprávní, typické rovným postavením subjektů a konsenzuálním základem, ale naopak vztahy veřejnoprávní, v nichž se, stejně jako v ostatních oblastech, významně projevuje mocenské postavení vysoké školy vůči podřízenému subjektu.

Nelze připustit představu, že vysoká škola je oprávněna k nastavení jakýchkoli pravidel, která považuje za vhodná, a to ani s odůvodněním, že student má možnost se pravidlům nepodrobit tím, že na dané vysoké škole nebude studovat. Účelem, za nímž byly státní a zejména veřejné vysoké školy zřízeny, je umožnění realizace práva na bezplatné vysokoškolské vzdělání. Právo na placené vzdělání je pak realizováno soukromými vysokými školami. Všechny typy vysokých škol mohou svou vzdělávací činnost uskutečňovat pouze na základě udělení akreditace (státního souhlasu s uskutečňováním studijního programu) a v souladu se zákonem o vysokých školách. Občanovi české republiky není státem garantována jiná možnost získání vysokoškolského vzdělání než právě na některé z akreditovaných vysokých škol. Ten se tak při realizaci svého ústavně zaručeného veřejného práva na vzdělání může obrátit toliko na vysoké školy působící podle zákona o vysokých školách, a to s vědomím podřízeného postavení vůči daným vysokým školám. Vyvážením této jejich mocenské převahy nutně musí být soubor hmotných a procesních práv jednotlivce, který musí platit za všech okolností – nejen v právních situacích definovaných zákonem.

Vzhledem k tomu tedy rozhodnutí vysoké školy, které nemá svůj původ (přímo či nepřímo) v zákoně o vysokých školách, není možné považovat za zákonné.

Je možno jej vyloučit ze soudního přezkumu?

Nabízí se porovnání s výše uvedenými podmínkami soudního přezkumu a konstatování, že nezákonné rozhodnutí vysoké školy z důvodu chybějící působnosti není soudně přezkoumatelné, neboť nesplňuje podmínku vydání vysokou školou v postavení správního úřadu. Není-li vysoká škola oprávněna v dané věci rozhodnout, tím spíše nemůže v dané věci být v postavení správního orgánu.

Proti tomu lze ovšem uvést, že postavení správního orgánu pokud jde o možnou újmu na právech soukromých osob nelze odvozovat pouze od dostatku právně zakotvené pravomoci a působnosti, ale i též od faktické možnosti uplatnění, resp. vynucení veřejné moci. Učiní-li tedy vysoká škola rozhodnutí, které je způsobilé vyvolat právní účinky, což s ohledem na vnitřní uspořádání vztahů většinou je, je třeba posuzovat její postavení jako postavení správního úřadu.

Důležité tedy pro soudní přezkum není, zda je fakticky rozhodující subjekt nadán právním titulem pro rozhodování v konkrétní věci, či dokonce zda má rozhodnutí patřičnou formu, ale toliko zda je daný akt možné charakterizovat jako rozhodnutí v materiálním slova smyslu tak, jak jej definuje § 65 a následující zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního.[9]

Právě působnost a pravomoc rozhodujícího orgánu patří mezi podstatné náležitosti rozhodnutí, jež jsou významným předmětem soudního zkoumání, stejně jako formální požadavky.

Opačný názor – že by byla přezkoumatelná jen taková rozhodnutí, která netrpí formálními vadami či jimi trpí jen nepatrně – je nepřípustný. Jeho aplikace do praxe by vedla legalizování situace, kdy by správní orgány mohly rozhodovat o čemkoli, o komkoli a jakýmkoli způsobem, aniž by proti jejich jednostrannému rozhodování existovaly legální opravné prostředky. Tím by došlo k podstatnému zásahu do ústavně zaručených práv jednotlivce, neboť jeho právní ochrana před zásahem moci veřejné by byla zúžena o oblast, v níž je potencionální hrozba zneužití státní moci největší, totiž o oblast svévolného mocenského upravování právního postavení jednotlivců.

3. ZÁVĚR

Ačkoli lze mezi individuálními akty (orgánů) vysokých škol rozlišit několik skupin v závislosti na jejich legálním podkladu, z pohledu soudní přezkoumatelnosti je toto rozdělení irelevantní. Pro funkci soudního přezkumu spočívající v ochraně jednotlivce před neoprávněným zásahem moci veřejné je podstatné toliko, zda došlo k autoritativnímu stanovení jeho práv a povinností, které je popřípadě vynutitelné. Pakliže ano, tedy bylo vydáno rozhodnutí v materiálním slova smyslu tak, jak jej definuje soudní řád správní, je nezbytné konstatovat jeho soudní přezkoumatelnost.

Literature:

- Usnesení I. ÚS 667/2000.

[9] Akt správního orgánu, jímž jsou soukromému subjektu zakládána, měněna, rušena nebo závazně určena jeho práva a povinnosti.

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 37/2006-63
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 50/2004 – 64
- Usnesení III. ÚS 2988/08
- Zákon č. 111/1998 Sb., o vysokých školách a o změně a doplnění dalších zákonů (zákon o vysokých školách)
- Usnesení III.ÚS 19/96
- Koudelka, Z. Právní předpisy samosprávy. Praha: Linde Praha a. s., 2008, s. 299 – 301.
- Dvořáček, D. Právní povaha předpisů zájmové samosprávy. Právní rozhledy. 2006, č. 24, s. 882 - 887.
- Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní

Contact – email
veronikakudrova@gmai.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SÚDNY PRIESKUM VO VZŤAHU K INŠTITÚTOM NA ZABEZPEČENIE A ÚČELY SPRÁVNEHO KONANIA

BERNARD PEKÁR

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislavě, Slovensko

Abstract in original language
Predmetom môjho príspevku sú úvahy de lege ferenda vo vzťahu k inštitútom slúžiacim na zabezpečenie priebehu a účel správneho konania.

Východiskom bol súčasná právna úprava, právno-aplikačná prax, koncentrujúca v sebe aj zodpovedajúcu súdnu judikatúru. Taktiež som sa vzhľadom na rovnakú, resp. podobnú východiskovú situáciu zaoberal aj komparáciou právnej úpravy SR a ČR, aj vzhľadom na východiská a potreby revízie minulej právnej úpravy v ČR.

Osobitne som sa pri jednotlivých inštitútoch zaoberal aj súčasným a budúcim možným rozsahom diskrečnej právomoci správnych orgánov, ktorými disponujú pri aplikácii jednotlivých inštitútov.

Key words in original language
Súdny prezkum.

Abstract
The object of the article are reflections about future possible legal regulation of administrative procedure concerning legal institute of assecuration and aim of administrative procedure.

Key words
Judicial examination.

Predvolanie

Súčasná právna úprava inštitútu predvolania je pomerne strohá. Stanovuje okruh osôb, ktoré správny orgán predvolá na príslušný úkon (osoby, ktorých osobná účasť je pri prejednávaní veci nevyhnutná) a vyjadruje požiadavky obsahovej náležitosti predvolania v tom zmysle, že správny orgán upozorní na právne následky nedostavenia sa. Pokiaľ je v správnom konaní nutná osobná účasť osoby na vykonanie úkonu v konkrétnej veci, správny orgán takúto osobu predvolá.

Nedostavenie sa danej osoby na predvolanie môže mať vážne dôsledky najmä v zmysle ustanovenia § 33 ods. 1 (klásť otázky, navrhovať dôkazy), taktiež § 45 (Poriadkové opatrenie) pri opakovanom nedostavení sa bez náležitého ospravedlnenia § 42 (predvedenie), považujem za potrebné minimálne precizovanie v súčasnej právnej úpravy.

Predvolanie by malo mať písomnú formu, s alternatívou upovedomenia o termíne predvolania priamo na predchádzajúcom úkone osobe prítomnej, ktoré bude zápisnične deklarovateľné. Doručenie by malo byť do vlastných rúk, dokonca vzhľadom na vyššie uvedené možné dôsledky, je na mieste úvaha aj o vylúčení náhradného doručenia. V tejto súvislosti však prípadné možné marenie správneho konania treba alternovať iným spoľahlivým mechanizmom doručovania.

Na druhej strane za účelom maximálneho zabezpečenia práv predvolávaných osôb, by mal byť pri jednotlivých procesných úkonoch (po vzore trestného poriadku) stanovený maximálny časový predstih upovedomenia o danom procesnom úkone. Alternatívou môže byť všeobecná úprava ako je v Českom správním řáde, kedy predvolať osobu by sa malo v dostatočnom, spravidla najmenej päť-dňovom predstihu.

Aby predvolanie splnilo svoj účel považujem za adekvátne, aby právna úprava reglementovala aj požiadavku na to, kto, kde, kam, v akej veci a z akého dôvodu v zmysle, ktorého ustanovenia správneho poriadku, v akom procesnom postavení sa má dostaviť, a aké doklady má zo sebou priniesť. Upozornenie na prípadné právne dôsledky nedostavenia sa obsiahnuté aj v súčasnej právnej úprave je na mieste priamo v rámci právnej úpravy inštitútu predvolania, doplniť aj tzv. exkulpačné dôvody, ktorými sú závažné dôvody a ich bezodkladné uvedenie. Po vzore českej právnej úpravy považujem za prínosné aj priame vyjadrenie povinnosti predvolanej osoby dostaviť sa včas na uvedené miesto.

Pre prípad zastúpenia, resp. absencie právnej úpravy požiadavku doručovania do vlastných rúk, je na mieste požiadavka úpravy upozornenia na potrebu osobnej účasti účastníka na danom úkone. Na zváženie je aj povinnosť predbežného poučenia o procesných právach danej osoby. To najmä z dôvodov hospodárnosti, napr. pri potrebe predloženia zodpovedajúcich dokladov (napr. pri uplatnení svedočného).

V praxi spornou môže byť otázka náhradného doručenia a fikcie doručenia, ako aj odopretie doručenia, to najmä vo vzťahu k následkom nedostavenia sa na príslušný procesný úkon. V tomto smere je na mieste ako som už uviedol požiadavka výslovnej právnej úpravy.

Predvedenie

Súčasná právna úprava inštitútu predvedenia obsiahnutá v ustanovení § 42 Správneho poriadku, je koncipovaná vo vzťahu k účastníkom konania a svedkom, ktorých možno v prípade, že boli opakovane predvolávaní a bez náležitého ospravedlnenia alebo záväzných dôvodov sa na správny orgán nedostavili predviesť, to za súčasnej podmienky nemožnosti uskutočnenia konania bez ich osobnej účasti. Predvedenie pritom podľa ods. 2 citovaného ustanovenia môže realizovať len policajný zbor na základe písomnej žiadosti správneho orgánu.

Vzhľadom na skutočnosť, že tento právny inštitút predstavuje podľa môjho názoru už relatívne možné vážne obmedzenie základných ľudských práv a osôb a je pri súčasnej právnej úprave teoreticky možné jeho zneužitie, je na mieste úvaha o spresnení súčasnej právnej úpravy. Primárne ako potrebné považujem už uvedené modifikácie vo vzťahu k inštitútu predvolania. Pri predvedení je po vzore českej právnej úpravy otázna možná úprava – vydanie rozhodnutia na základe, ktorého bude účastník alebo svedok predvedený. Je predpoklad, že v rámci jeho odôvodnenia budú bližšie zrejmé okolnosti, prečo k predvedeniu došlo. Následne prípadná absencia bude zakladať možnosť súdneho prieskumu s tým, že „súd zruší napadnuté rozhodnutie správneho orgánu a podľa okolností aj rozhodnutie správneho orgánu prvého stupňa a vráti vec žalovanému správnemu orgánu na ďalšie konanie“.1

Aby nedošlo k zmareniu zabezpečenia účasti danej osoby, bola by na úvahe správneho orgánu možnosť vylúčenia odkladného účinku opravného prostriedku voči tomuto rozhodnutiu.

Doručenie by mohlo byť uskutočnené subjektom, ktorý súčasne vykoná predvedenie. Tu sa opätovne vrátim k inštitútu predvolania, kde by som minimálne zvažoval pri doručovaní do vlastných rúk, vylúčenie fikcie doručenia. To by sa však nevzťahovalo na prípad odopretia poučenia.2

Vydanie takéhoto rozhodnutia by zreteľnejším spôsobom poskytovalo ochranu predvádzanej osoby voči zneužitiu tohto inštitútu. Minimálne vo vzťahu k zodpovednosti za škodu spôsobenú nie už nesprávnym úradným postupom, ale nesprávnym rozhodnutím.

Čo sa týka alternatívneho naplnenia exkulpačných dôvodov - náležité ospravedlnenia a závažných dôvodov, ponechal by som aj naďalej tieto skutočnosti na správnej úvahe správneho orgánu. Predpokladom závažných dôvodov je zrejme pritom ich vedomosť správnym orgánom. Teoreticko-praktický problém môže byť ich ozrejmenie predvádzanou osobou pri, resp. po bezprostrednom predvedení. To vo vzťahu k samotnej realizácii procesného úkonu, na ktorý bola osoba predvedená, aj napriek existencii závažných dôvodov, je pri nedostavení sa na predvolanie. Tu je na mieste úvaha či možno takýto úkon realizovať ak bola osoba takto predvedená, aj keď o dôvodoch tomu brániacich sa správny orgán dozvedel až následne. Ďalej by som poukázal na úpravu možného predvolania navrhovateľa v

1 Martvoň, A.: In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, Tomus XXV, Bratislava: Univerzita Komenského, 2007, s. 255

2 Pozri tamtiež Martvoň, A.: In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, Tomus XXV, Bratislava: Univerzita Komenského, 2007, s. 255

konaní začatom na jeho návrh, s tým že tu prichádza do úvahy práve možné zastavenie správneho konania pre nedostatok jeho súčinnosti.

Na opačnej strane by som však navrhoval uváženie možnosti rozšírenia okruhu predvádzaných osôb, po vzore jedného z predpokladaných návrhov nového správneho poriadku.

Jedná sa o osobu napr. účastníka, svedka, znalca, resp. iné osoby. Po vzore českej právnej úpravy inštitútu predvolania (vylúčenie fikcie doručenia do vlastných rúk, precizovanie, náležitosti predvolania, atď.) v záujme rýchlosti, konanie by mohlo dôjsť k vypusteniu potreby opakovanej výzvy. Vo vzťahu k ods. 2 § 42 správneho poriadku je na mieste rozšírenie okruhu subjektov realizujúcich predvedenie aj o iné ozbrojené zbory, za predpokladu súčasnej právnej úpravy v osobitných predpisoch, v konaniach pred orgánmi obcí aj o obecnú políciu.

Predbežné opatrenie

Súčasná právna úprava je obsiahnutá v ustanovení § 43 správneho poriadku. V jej zmysle správny orgán môže v nevyhnutnom rozsahu na zabezpečenie jej účelu uložiť účastníkom konania, aby niečo vykonali, niečoho sa zdržali alebo niečo strpeli, alebo nariadiť zabezpečenie vecí, ktoré sa majú zničiť, urobiť nepotrebnými, alebo ktoré sú potrebné na vykonanie dôkazov.

Vo vzťahu k možnostiam, kedy môže správny orgán vydať predbežné opatrenie je na mieste aj po vzore českej právnej úpravy a napr. aj O.s.p.. zvýšenie rozsahu správnej úvahy správneho orgánu. Mám zato, že premietnutie zabezpečenia účelu správneho konania do dočasnej úpravy pomerov účastníkov konania, resp. prípadu ohrozenia výkonu rozhodnutia je dostatočné s tým, že predbežným opatrením možno aj inej osobe ako účastníkovi prikázať, aby niečo konala, niečoho sa zdržala alebo strpela, alebo zaistiť vec, ktorá môže byť dôkazným prostriedkom alebo predmetom exekúcie.

Táto modifikácia určitým spôsobom spolu s ďalej uvedeným môže eliminovať možnosť zneužitia diskrečnej právomoci s vydaním predbežného opatrenia. Za prínosné považujem aj zakotvenie povinnosti rozhodnúť o návrhu účastníka na vydanie predbežného opatrenia formou uznesenia v určitej zákonom stanovenej lehote, voči ktorému sú prípustné opravné prostriedky. V prípade vydania predbežného opatrenia je na mieste jeho predbežná vykonateľnosť tak, ako v súčasnej právnej úprave. V súčasnosti by som platnú právnu úpravu doplnil aj o to, komu sa rozhodnutie o vydaní, resp. zamietnutí návrhu na jeho vydanie oznamuje a kto môže voči takémuto rozhodnutiu podať opravný prostriedok.

Právnu úpravu konania o vydaní predbežného opatrenia navrhujem ďalej koncipovať ako úpravu relatívne osobitného konania, ktoré bude síce súčasťou konania vo veci samej, ale súčasťou paralelnou.

Naopak nepovažujem za adekvátne upraviť možnosť vydania predbežného opatrenia pred začatím konania vo veci samej po vzore Občianskeho súdneho poriadku. Koncepciu uvedeného paralelného pridruženého konania, by som koncipoval so všetkými dôsledkami, z toho vyplývajúcimi, vrátane možnosti súdneho prieskumu takéhoto rozhodnutia (to vzhľadom na možný závažný zásah do individuálnych práv a právom chránených záujmov), ako aj atribútov možnej náhrady škody za nezákonné rozhodovanie.

Záverom čo sa týka zániku účinkov predbežného opatrenia, okrem jeho zrušenia správnym orgánom, tieto by mali zaniknúť až vykonateľnosťou rozhodnutia vo veci, resp. až v lehote neskoršej (aby nedošlo k zmareniu účelu rozhodnutia), resp. ak rozhodnutie nadobudne iné účinky (zastavenie konania a pod.).

Vo vzťahu k súdnemu prieskumu mám zato, že je na mieste úvaha o modifikácii všeobecného ust. § 248 písm. a/ O.S.P., vzhľadom na možný závažný zásah do práv a právom chránených záujmov povinného. V tomto zmysle by mal byť možný súdny prieskum rozhodnutí správneho orgánu ak aj nie vo všeobecnosti, tak v jednotlivých konkrétnych prípadoch.

Poriadkové opatrenia

Právna úprava poriadkových opatrení aktuálne upravená v ustanovení §45 správneho poriadku má možno povedať dvojjedinný charakter.

Toto ustanovenie upravuje jednak inštitút poriadkovej pokuty ako aj inštitút vykázania z miesta pojednávania. Aj keď oba inštitúty predstavujú sankcie za spáchanie správnych poriadkových deliktov, minimálne v zmysle ďalej uvedeného, mám za to, že je namieste ich do určitej miery odlišná procesná právna úprava. Inak povedané predmetom uvedeného ustanovenia je konanie fyzických osôb, resp. aj právnických osôb, ktoré spočíva v tom, že povinný subjekt si nesplnil, resp. porušil procesnú povinnosť stanovenú mu zákonom. Správny orgán potom následne vynucuje, aby došlo k splneniu tejto povinnosti, a to zákonom stanoveným spôsobom. V rámci celého konania sa prejavuje zásada oportunity (samotné začatie a priebeh v prípade poriadkovej pokuty aj jej odpustenie upravené v odseku 3 cit. zákona).

Úvodom som uviedol, že je na mieste úvaha okrem iného aj po vzore českej právnej úpravy na čiastočné rozdelenie v súčasnosti spoločnej právnej úpravy týchto inštitútov. Minimálne je však potrebné precizovať ich právnu úpravu a teda eliminovať rozsah a obsah voľnosti správneho uváženia správneho orgánu. V tomto smere je potrebné sa zamerať najmä na ich procesno-právnu (tým mám na mysli materiálnu stránku, ktorej dôsledkom je zmenšenie predmetu vlastníckeho práva povinného, resp. možnosť zásadným spôsobom determinovať procesné práva účastníkov konania) je vykázaním z miesta pojednávania a konaním v jeho neprítomnosti.

1.Poriadková pokuta

Jej právna úprava upravuje možnosť aj opakovaného uloženia až do výšky 116 Eur tomu, kto „akokoľvek“ sťažuje postup konania, pričom demonštratívne uvádza :

- nedostavenie sa na výzvy správneho orgánu bez záväzných dôvodov

- rušenie poriadku aj napriek predchádzajúcim napomenutiam

- bezdôvodné odmietanie svedeckej výpovede, predloženie listiny lebo vykonanie obhliadky.

Písomné predvolanie – už uvedené pri predvolaní.

Vo vzťahu k návrhu de lege ferenda, by som navrhol po vzore českej právnej úpravy, možnosť uloženia poriadkovej pokuty len pri závažnom sťažení konania. Taktiež ako prínosné vidím explicitné zakomponovanie zásady proporcionality do tohto ustanovenia, ktorá rieši vzťah výšky pokuty, a to aj opakovanej k závažnosti porušenej povinnosti. Čo sa týka procesných aspektov, je na mieste výslovná úprava nemožnosti vylúčenia odkladného účinku rozhodnutia o poriadkovej pokute, resp. okruhu účastníkov a to, že vydanie rozhodnutia je prvým úkonom konania, resp. nezávislosti jednotlivých konaní na právoplatnosti predchádzajúcich rozhodnutí.

Čo sa týka možnosti odpustenia uloženej pokuty preferoval by som takúto možnosť aj vo vzťahu k neprávoplatným rozhodnutiam. Pri tom mám zato, že k zrušeniu takéhoto rozhodnutia nedochádza, len sa modifikuje jeho obsah. Na strane druhej za prínosné považujem aj zvýšenie hornej hranice poriadkovej pokuty a jej unifikovanie z ostatnými procesnými kódexami, na výšku 1.665,-€.

Po vzore českej právnej úpravy je adekvátna možnosť uloženia aj za hrubo urážlivé podanie, a to ak sa urážlivo správa voči správnemu orgánu aj voči osobám prítomným bez ohľadu na jeho formu.

Vo vzťahu k príkladmo uvedenému konaniu – rušeniu poriadku napriek predchádzajúcemu napomenutiu, za ktoré možno pokutu uložiť, je tiež na mieste upraviť časovú, resp. aj vecnú bezprostrednosť napomenutia.

Doplnil by som taktiež príkladné uvedenie sťaženia, resp. marenia konania, napr. o prípady predloženia sfalšovanej, resp. pozmenenej listiny, poskytnutie nepravdivého údaju alebo informácie uvedenie nepravdivých neúplných údajov v čestnom vyhlásení.

Vo vzťahu k prípadnému súdnemu prieskumu rozhodnutia o uložení poriadkovej pokuty, považujem za prínosnú explicitnú právnu úpravu, ktorá bude tvoriť nadväznosť k ust. § 250 ods. 2 zákona č. 99/1963 Zb.

2.Vykázanie z miesta pojednávania

V zmysle § 45 ods. 2 možno takto naložiť s tým, kto hrubo ruší poriadok, s tým, že následne možno konať v jeho neprítomnosti.

Aj v tomto prípade sa jedná o možné zásadné ovplyvnenie procesných práv prítomných osôb, najmä teda účastníkov konania. Primárne tiež po vzore českej právnej úpravy je namieste zakomponovanie neprístojného chovania vo vzťahu k rušeniu poriadku. Súčasná právna úprava reglementuje tento úkon ako úkon operatívnej povahy deklaratívne zaznamenaného v zápisnici. Mám aj vzhľadom na uvedené účinky a následky tohto úkonu za to, že je na mieste procesné zakotvenie tohto úkonu, ako rozhodnutia vyhlasovaného ústne s možnosťou využitia opravného prostriedku, ktorého odkladný účinok bude vylúčený. Podstatným je ale podľa mňa poučenie v jeho rámci, o následkoch neuposlúchnutia. Súčasťou tohto ustanovenia by potom mal byť aj nútený výkon tohto rozhodnutia so zákonnou delegáciou subjektom, ktoré sú oprávnené ho realizovať. Dôležité je obmedzenie aplikácie tohto inštitútu na osoby vlastníkov, resp. oprávnených užívateľov priestorov, kde sa úkon koná.

Literature:

- Zákon č. 500/2004 Sb. Správní řád ve znění pozdějších
- Zákon č. 301/2005 Z.z. Trestný poriadok v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov
- Martvoň, A.: In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae, Tomus XXV, Bratislava:
- Univerzita Komenského, 2007

Contact – email

akpekar@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NĚKOLIK POZNÁMEK K ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU ZÁVADOU VE SJÍZDNOSTI A SCHŮDNOSTI POZEMNÍ KOMUNIKACE

PETR POSPÍŠIL

Krajský úřad Moravskoslezského kraje a Právnická fakulta Masarykovy univerzity, Česká republika

Abstract in original language
Předmětem předkládaného příspěvku je aktuálně diskutovaná otázka odpovědnosti za škody způsobené závadou ve sjízdnosti a schůdnosti pozemní komunikace. Na základě nálezu Ústavního soudu č. I.ÚS 2729/08 ze dne 2. 7. 2009 je potvrzena objektivní odpovědnost kraje jako vlastníka pozemní komunikace za škodu vzniklou závadou ve sjízdnosti. Aktuální právní předpisy neobsahují žádné ustanovení, které by zakotvovalo odpovědnost správce silnice (příspěvkové organizace) za škodou vzniklou závadou ve sjízdnosti. Specifická situace nastává u odpovědnosti za škody vzniklé v důsledku závady ve schůdnosti pozemní komunikace. Za škody, jejichž příčinou byla závada ve schůdnosti průjezdního úseku silnice totiž neodpovídá vlastník silnice, nýbrž vlastník místní komunikace. V předkládaném příspěvku je tato situace rozebírána na podkladě konkrétního případu z praxe Moravskoslezského kraje, který byl řešen příslušnými soudy.

Key words in original language
Odpovědnost; škoda; pozemní komunikace; sjízdnost; schůdnost; průjezdní úsek; kraj; příspěvková organizace.

Abstract
The subject of proposed contribution is at present discussed question of liability for harm done by the defect of trafficabillity for vehicles and pedestrians on the road. There is confirmed the liabaility of region as the owner of the way for harm done by the defect of trafficabillity for vehicles on the basis of the decision nr. I.ÚS 2729/08 of Czech Constituional Court. There cannot be found the liability of allowance organization for harm done by the defect of trafficabillity for vehicles in the Czech law. There is a different situation as to the liability for harm done by the defect of trafficabillity for pedestrians on the road in the developed area of the city. The owner of the way is not responsible for harm done by the defect of trafficabillity for pedestrians on the road in the developed area of the city because Czech law shifts the responsibility to the owner of the village road (municipality). The situation is discussed on the basis of real case from Moravian-Silesian region in the proposed contribution.

Key words
Liability; defect; road; way; trafficabillity for vehicles; trafficabillity for pedestrians; developed area of the city; region; allowance organization.

1. ÚVODEM

Konferenční sekce, v níž zde dnes jednáme je nazvána „Aktuální otázky soudního přezkumu“. Vzhledem k tomuto názvu sekce i s ohledem na to, že tuto sekci zastřešuje katedra správní vědy a správního práva zdejší právnické fakulty, je jistě pochopitelné, že většina příspěvků, jak lze koneckonců dovodit již z programu, je věnována problematice správního soudnictví. V závorce anotace obsahu této sekce je nicméně (a pro mne naštěstí) naznačeno, že lze v příspěvku hranice správního soudnictví překročit, což ve svém příspěvku učiním.

Územní samosprávné celky vedle typických správních činností jako je rozhodování ve správním řízení (zpravidla v přenesené působnosti) nebo vydávání právních předpisů (v samostatné i přenesené působnosti), což jsou činnosti, jejichž výstupy jsou také nejčastěji předmětem soudního přezkumu v rámci správního soudnictví, plní v samostatné působnosti celou řadu úkolů[1], z nichž lze jistě mezi nejdůležitější řadit hospodaření s vlastním majetkem. Právě vlastnictví majetku a nakládání s ním přináší v praxi územních samosprávných celků často problémy, jež jsou v konečném důsledku řešeny soudně. Může se jednat např. o spory týkající se vlastnictví nemovitostí (např. uplatňování historických restitučních nároků) nebo spory související s odpovědností spojenou s vlastnictvím majetku. V těchto případech pak přirozeně nejsou aplikovány postupy správního soudnictví nýbrž se kraj či obec stává účastníkem klasických občanskoprávních řízení.

Skutečnost, že téma mého příspěvku poněkud vybočuje z mantinelů zadání této sekce zjevně pochopili i organizátoři této konference, kteří jej zařadili na samý konec programu, což jim ovšem v žádném případě nezazlívám.

2. CÍLE PŘÍSPĚVKU

V předkládaném příspěvku bych rád upozornil na aktuální soudní rozhodnutí týkající se odpovědnosti územního samosprávného celku za škody způsobené závadou ve sjízdnosti nebo ve schůdnosti pozemní komunikace[2]. Již v úvodu však podotýkám, že se nebudu věnovat značně medializované a kontroverzní povinnosti obcí zajišťovat údržbu chodníků. Domnívám se, že dále uvedená soudní rozhodnutí obsahují důležité závěry, jež mohou významně ovlivnit rozhodování orgánů územních

[1] srov. Roubínková D. Management obcí: organizační struktura a nositelé řídících rozhodnutí, Karlovarská právní revue 2007, č. 1, str. 72: *Veřejná správa je pak pozitivně definována jako výkon činností ve veřejném zájmu,kterými jsou uskutečňovány a vykonávány veřejné záležitosti, a to těmi, kteří tyto činnosti uskutečňují jako právem stanovenou povinnost, a to v mezích stanovených zákonem.*

[2] srov. Průcha P., Pomahač R. Lexikon – Správní právo, Nakladatelství Jiří Motloch – Sagit, Ostrava, 2003, heslo „Pozemní komunikace“, str. 332: *Pozemními komunikacemi se rozumí dopravní komunikace, které slouží dopravě silničními a jinými vozidly, a které případně slouží i chodcům.*

samosprávných celků o záležitostech souvisejících s vlastnictvím pozemních komunikací. Rovněž jsou pro obce a kraje níže zmíněná soudní rozhodnutí významná z hlediska vztahu zřizovatele k příspěvkovým organizacím a vymezení majetkových práv, jimiž příspěvková organizace disponuje.

3. SPOLEČNÝ PRÁVNÍ ZÁKLAD

Právní úprava odpovědnosti za případnou škodu vzniklou uživateli dálnice, silnice či místní komunikace je předmětem úpravy zákona č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o pozemních komunikacích“). Tento zákon upravuje kategorizaci pozemních komunikací, jejich stavbu, podmínky užívání a jejich ochranu, práva a povinnosti vlastníků pozemních komunikací a jejich uživatelů a výkon státní správy ve věcech pozemních komunikací příslušnými silničními správními úřady.

V souladu s ust. § 2 zákona o pozemních komunikacích je pozemní komunikace dopravní cesta určená k užití silničními a jinými vozidly a chodci, včetně pevných zařízení nutných pro zajištění tohoto užití a jeho bezpečnosti. Pozemní komunikace se dělí na dálnice, silnice, místní komunikace a účelové komunikace.

Dle ust. § 5 zákona o pozemních komunikacích je silnice veřejně přístupná pozemní komunikace určená k užití silničními a jinými vozidly a chodci. Silnice tvoří silniční síť. Silnice se podle svého určení a dopravního významu rozdělují na silnice I. třídy, které jsou určeny zejména pro dálkovou a mezistátní dopravu, silnice II. třídy, které jsou určeny pro dopravu mezi okresy, a silnice III. třídy, které jsou určeny k vzájemnému spojení obcí nebo jejich napojení na ostatní pozemní komunikace.

Místní komunikace je, ve smyslu ust. § 6 zákona o pozemních komunikacích veřejně přístupná pozemní komunikace, která slouží převážně místní dopravě na území obce.

Jak stanoví ust. § 8 zákona o pozemních komunikacích, dálnice a silnice mohou vést územím zastavěným nebo zastavitelným (dále jen "průjezdní úsek dálnice" nebo "průjezdní úsek silnice"), pokud se tím převádí převážně průjezdná doprava tímto územím.

V souladu s ust. § 9 zákona o pozemních komunikacích je vlastníkem dálnic a silnic I. třídy stát, vlastníkem silnic II. a III. třídy je kraj, na jehož území se silnice nacházejí, a vlastníkem místních komunikací je obec, na jejímž území se místní komunikace nacházejí. Vlastníkem účelových komunikací je právnická nebo fyzická osoba.

Zákon o pozemních komunikacích definuje ve svém ust. § 26 pojem sjízdnosti. Dálnice, silnice a místní komunikace jsou sjízdné, jestliže umožňují bezpečný pohyb silničních a jiných vozidel přizpůsobený

stavebnímu stavu a dopravně technickému stavu těchto pozemních komunikací a povětrnostním situacím a jejich důsledkům. Závadou ve sjízdnosti se rozumí taková změna ve sjízdnosti dálnice, silnice nebo místní komunikace, kterou nemůže řidič vozidla předvídat při pohybu vozidla přizpůsobeném stavebnímu stavu a dopravně technickému stavu těchto pozemních komunikací a povětrnostním situacím a jejich důsledkům.

Rovněž je v ust. § 26 zákona o pozemních komunikacích definován pojem schůdnosti. V zastavěném území obce jsou místní komunikace a průjezdní úsek silnice schůdné, jestliže umožňují bezpečný pohyb chodců, kterým je pohyb přizpůsobený stavebnímu stavu a dopravně technickému stavu těchto komunikací a povětrnostním situacím a jejich důsledkům. Závadou ve schůdnosti se rozumí taková změna ve schůdnosti pozemní komunikace, kterou nemůže chodec předvídat při pohybu přizpůsobeném stavebnímu stavu a dopravně technickému stavu a povětrnostním situacím a jejich důsledkům.

Z hlediska řešené problematiky jsou pak klíčová ustanovení zákona o pozemních komunikacích týkající se přímo odpovědnosti za škody způsobené v důsledku závad na pozemních komunikacích. V souladu s ust. § 27 odst. 2 zákona o pozemních komunikacích vlastník dálnice, silnice nebo místní komunikace odpovídá za škody vzniklé uživatelům těchto pozemních komunikací, jejichž příčinou byla závada ve sjízdnosti, pokud neprokáže, že nebylo v mezích jeho možností tuto závadu odstranit, u závady způsobené povětrnostními situacemi a jejich důsledky takovou závadu zmírnit, ani na ni předepsaným způsobem upozornit. Podle odstavce 3 téhož zákonného ustanovení pak vlastník místní komunikace odpovídá s výjimkou případů uvedených v odstavci 4 za škody, jejichž příčinou byla závada ve schůdnosti místní komunikace nebo průjezdního úseku silnice, pokud neprokáže, že nebylo v mezích jeho možností tuto závadu odstranit, u závady způsobené povětrnostními situacemi a jejich důsledky takovou závadu zmírnit, ani na ni předepsaným způsobem upozornit.

4. K PROBLEMATICE ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU ZÁVADOU VE SJÍZDNOSTI

Na základě ústavní stížnosti Pardubického kraje se Ústavní soud zabýval konkrétním případem odpovědnosti za škodu vzniklou na vozidle v důsledku závady ve sjízdnosti způsobené nedostatečnou údržbou silnice III. třídy. Poškozený žaloval současně Pardubický kraj jako vlastníka pozemní komunikace a rovněž Správu a údržbu silnic Pardubického kraje, příspěvkovou organizaci, jako jejího správce.

V dané věci v první instanci rozhodl Okresní soud v Pardubicích tak, že je dána pasivní legitimace obou žalovaných, tedy Pardubického kraje jako vlastníka silnice a příspěvkové organizace z toho titulu, že byla krajem zřízena za účelem zajištění správy a údržby silnic II. a III. třídy.

V odvolacím řízení rozhodl Krajský soud v Hradci Králové – pobočka v Pardubicích tak, že uznal odpovědným za vzniklou škodu pouze Pardubický kraj jako vlastníka pozemní komunikace. Krajský soud prohlásil, že v souzené věci je nárok žalobce nárokem na náhradu škody dle zvláštního právního předpisu - zákona o pozemních komunikacích. Ten v § 27 odst. 2 zakotvuje objektivní odpovědnost vlastníka silnice za vzniklou škodu, jejíž příčinou byla závada ve sjízdnosti. Škoda vznikla na silnici III. třídy na území Pardubického kraje, který je jejím vlastníkem podle ust. § 9 odst. 1 zákona o pozemních komunikacích. Krajský soud mj. upozornil na to, že oproti předchozí právní úpravě, kdy byl odpovědným subjektem správce silnice[3] (srov. ust. § 9a zákona č. 135/1961 Sb., o pozemních komunikacích, účinného do 31. 3. 1997), je nyní jednoznačně dána odpovědnost vlastníka silnice. Aktuální právní předpis neobsahuje žádné ustanovení, které by zakotvovalo odpovědnost správce (tj. příspěvkové organizace) za škodou vzniklou závadou ve sjízdnosti. Krajský soud proto věc uzavřel s tím, že "při absenci jiné právní úpravy (obsahující odpovědnost správce) nelze po poškozeném požadovat, aby svůj nárok uplatňoval u jiného subjektu, než u zákonem označeného škůdce - tj. vlastníka silnice, neboť se jedná o odpovědnostní vztah, jehož účastníci jsou definováni zákonem".

Rozsudek krajského soudu napadl Pardubický kraj ústavní stížností, v níž především tvrdil, že v souzené věci není pasivně legitimován. Dle argumentace Pardubického kraje může být pasivně legitimovanou pouze příspěvková organizace, která byla zřízena za účelem zajištění správy a údržby silnic II. a III. třídy v majetku kraje. Příspěvková organizace je právnická osoba, která vyvíjí hospodářskou činnost bez majetkové samostatnosti; zřizovatelem je příspěvkovým organizacím předáván majetek ve vlastnictví zřizovatele do správy k jejich vlastnímu hospodářskému využití a současně vymezena taková majetková práva, jež příspěvkové organizaci umožní, aby svěřený majetek spravovala pro hlavní účel, k němuž byla zřízena.

Ústavní soud argumentaci Pardubického kraje neakceptoval, v zásadě se ztotožnil s rozhodnutím krajského soudu včetně jeho odůvodnění a vydal ve věci usnesení č. I. ÚS 2729/08. Potvrdil tak závěr, že v daném případě jde o zvláštním zákonem zakotvenou objektivní odpovědnost vlastníka silnice, za vzniklou škodu, kterou nelze přenést na příspěvkovou organizaci jako správce silnice, která je mj. zřízena za účelem údržby silnic ve vlastnictví kraje.

Uvedené usnesení Ústavního soudu představuje klíčové a v podstatě precedentní rozhodnutí. Doposud bylo v obdobných případech kraji

[3] srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 7. 6. 2000 sp. zn. 25 Cdo 1697/98: *Jestliže příčinou vzniklé škody byla závada ve sjízdnosti, odpovědnost správce komunikace je založena bez ohledu na to, zda uživatelem komunikace byl chodec nebo řidič.*

zastáváno stanovisko prezentované Pardubickým krajem a kraje namítaly právě nedostatek své pasivní legitimace v záležitostech náhrady škody způsobené závadou ve sjízdnosti jimi vlastněných silnic. S ohledem na popsané rozhodnutí Ústavního soudu je namístě, aby kraje počítaly s možnou povinností náhrad takovýchto škod při sjednávání svých pojistných smluv.

K dosud uvedenému ještě považuji za nutné poukázat na skutečnost, že s účinností od 1. dubna 2009 je novelizací zákona č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 250/2000 Sb.“) jednoznačně umožněno vlastnictví majetku příspěvkovými organizacemi.[4] Do svého vlastnictví může nyní příspěvková organizace nabýt pouze majetek potřebný k výkonu činnosti, pro kterou byla zřízena, a to mj. bezúplatným převodem od svého zřizovatele. Domnívám se však, že v případě silnic II. a III. třídy je takový převod vlastnictví na příspěvkovou organizaci vyloučen, když vlastnictví kraje je stanoveno přímo zákonem o pozemních komunikacích a tento takový převod vlastnictví neumožňuje.

5. K PROBLEMATICE ODPOVĚDNOSTI ZA ŠKODU ZPŮSOBENOU ZÁVADOU VE SCHŮDNOSTI

Moravskoslezský kraj a Správa silnic Moravskoslezského kraje, příspěvková organizace byli společně žalováni nezletilým AS o náhradu škody ve výši 10.000.000,-- Kč za ztížení společenského uplatnění žalobce. Ke ztížení společenského uplatnění žalobce mělo dojít v důsledku porušení povinnosti údržby vozovky silnice ze strany žalovaných. Matka žalobce měla dne 7. 1. 2002, kdy byla v 5. měsíci těhotenství, uklouznout na neošetřeném průjezdním úseku silnice a v důsledku pádu pak mělo dojít k předčasnému porodu a trvalému zdravotnímu postižení žalobce.

V žalobě byla označena lokalita, kde mělo dojít k porušení povinnosti údržby vozovky silnice jako pozemek přímo v zastavěném území obce Víno, na kterém je umístěna stavba silnice III. třídy č. III/45723 Slezské Rudoltice – Víno. Vlastníkem pozemku i na něm umístěné stavby silnice III. třídy je Moravskoslezský kraj. Z hlediska hospodaření s majetkem kraje se jedná o nemovitosti svěřené na základě usnesení zastupitelstva

[4] V předchozím období byla otázka vlastnické způsobilosti příspěvkových organizací předmětem široké odborné diskuse. Ze širokého spektra prezentovaných názorů k této otázce lze zmínit např. názor H. Neumannové: „*Výkladem ad absurdum tedy dospějeme k závěru, že příspěvková organizace není subjektem vlastnického práva. Vlastnické právo příspěvkových organizací by postrádalo jakýkoliv smysl, nebudeme-li za takový smysl považovat skutečnost, že příspěvková organizace územního samosprávného celku by mohla majetek ve svém vlastnictví daňově odepisovat, což u majetku ve správě příspěvkové organizace není podle současné úpravy možné.*“ Srov. Neumannová H. Vlastnické právo příspěvkových organizací, Právní rádce 10/2003, str. 72 a násl.

Moravskoslezského kraje organizaci Správa silnic Moravskoslezského kraje. Hlavním předmětem činnosti této organizace je zajišťovat v rozsahu stanoveném zřizovatelem výkon vlastnických práv Moravskoslezského kraje k silnicím II. a III. třídy včetně jejích součástí a příslušenství, k silničním pozemkům silnic II. a III. třídy a k ostatnímu majetku svěřenému zřizovatelem.

Prvotním záměrem Moravskoslezského kraje bylo argumentovat v dané věci tím, že není dána jeho pasivní legitimace ve sporu z důvodů popsaných výše u kauzy Pardubického kraje řešené Ústavním soudem. Po bližším seznámení se s podstatou problému bylo od této argumentace ustoupeno vzhledem k tomu, že převážil názor, že v tomto případě není dána pasivní legitimace Moravskoslezského kraje ani Správy silnic Moravskoslezského kraje.

Účastníci sporu před Krajským soudem učinili nesporným, že k pádu matky žalobce došlo na silnici III. třídy, která je ve vlastnictví Moravskoslezského kraje, a to v prostoru za dopravní značkou označující počátek obce Víno. Argumentace Moravskoslezského kraje i příspěvkové organizace vyšla ze zákona o pozemních komunikacích a opřela se o to, že k pádu matky žalovaného došlo v průjezdním úseku silnice III. třídy v zastavěném území obce. Odpovědnost kraje jako vlastníka silnice je zákonem o pozemních komunikacích výslovně omezena pouze na škody vzniklé závadou ve sjízdnosti. Kraji přísluší zajišťování sjízdnosti silnice (včetně průjezdního úseku), aby zajistil možnost dopravy mezi jednotlivými obcemi v kraji, a tato povinnost byla i v daném období na předmětné silnici plněna činností Správy silnic Moravskoslezského kraje, příspěvková organizace. Za případnou škodu žalobce, která by vznikla v důsledku závady ve schůdnosti průjezdního úseku silnice, dle zákona o pozemních komunikacích odpovídá vlastník místní komunikace, tedy obec.

Ve věci rozhodující Krajský soud v Ostravě se ztotožnil s argumentací žalovaných a z důvodu absence pasivní legitimace u obou žalovaných žalobu zamítl. Proti tomuto rozhodnutí podal žalobce odvolání, v němž napadl rozhodnutí z důvodu nesprávného posouzení věci po právní stránce. Podle žalobce Krajský soud v Ostravě nesprávně vyhodnotil právě otázku pasivní legitimace žalovaných, když dospěl k závěru, že za újmu způsobenou následkem neschůdnosti místní komunikace odpovídá obec jako vlastník místní komunikace. Tento názor žalobce považuje za nesprávný a rozporný s tvrzením samotného prvoinstančního soudu, který považuje za prokázané, že vlastníkem pozemku i na něm postavené silnice je Moravskoslezský kraj. Následně však prvoinstanční soud dovozuje z ust. § 9 odst. 1 zákona pozemních komunikacích, že vlastníkem této místní komunikace je obec a tato obec tedy odpovídá za škody způsobené ve schůdnosti komunikace. Jak dovozuje v odvolání žalobce, obec však vlastníkem místní komunikace není a vlastníkem místní komunikace je, dle jeho mínění, Moravskoslezský kraj. Žalobce se domnívá, že v daném případě je tedy rozhodné, kdo je vlastníkem místní komunikace a nikoliv, kdo by jím měl být.

Vrchní soud v Olomouci, který rozhodoval ve věci v odvolacím řízení, se s argumentací žalobce neztotožnil a napadené rozhodnutí Krajského soudu v Ostravě potvrdil. V odůvodnění svého rozhodnutí odvolací soud zdůraznil, že nelze vycházet v dané věci z ust. § 27 odst. 2 zákona o pozemních komunikacích, neboť nejde o sjízdnost, ale schůdnost silnice a nelze vycházet ani z ust. § 27 odst. 4 tohoto zákona, neboť pád matky žalobce se udál na silnici a nikoliv na chodníku. Naopak je podle Vrchního soudu v Olomouci nutno důsledně vycházet z ust. § 27 odst. 3 zákona o pozemních komunikacích, které upravuje odpovědnost za schůdnost průjezdního úseku silnice, a to tak, že zakotvuje výjimku, kdy vlastník silnice za škody, jejichž příčinou byla závada ve schůdnosti neodpovídá, a na místo něho odpovídá vlastník místní komunikace, kterým je ve smyslu ust. § 9 odst. 1 zákona o pozemních komunikacích obec.

Výše jsem již zmínil zákonné zakotvení toho, že silnice III. třídy jsou primárně určeny k zajištění spojení mezi obcemi nebo jejich napojení na ostatní pozemní komunikace. Mám zato, že takto vymezenému účelu silnic III. třídy odpovídá zákonné nastavení odpovědnosti za vady v jejich schůdnosti. Jednoduše řečeno, kraj jako vlastník silnic III. třídy má zajistit jejich sjízdnost a tím spojení mezi obcemi. Bezpečný pohyb chodců (převážně svých občanů) v zastavěném území obce má pak logicky zajistit obec sama, ať už výstavbou a zajištěním schůdnosti chodníků nebo zajištěním schůdnosti místních komunikací i průjezdních úseků silnic. Proto má také obec jako vlastník místní komunikace odpovídat za škody způsobené závadou ve schůdnosti průjezdního úseku silnice. Nastíněná soudní rozhodnutí tomuto principu odpovídají.

Dlužno podotknout, že prezentovaná soudní rozhodnutí a princip odpovědnosti za škody způsobené závadou ve schůdnosti průjezdního úseku silnice jsou nepochybně příznivá pro kraje, mohou však představovat zásadní problém pro obec. V popisovaném případě se soudy kromě popisované otázky „pasivní legitimace“ vyjádřily také k tomu, že nelze dospět k závěru, že průjezdní úsek silnice, na němž došlo k pádu žalobcovy matky, trpěl závadou ve schůdnosti ve smyslu ust. § 26 odst. 7 zákona o pozemních komunikacích, neboť v daném případě nedošlo ve schůdnosti průjezdního úseku silnice ke změně, kterou chodec nemohl předvídat. Nedošlo tak – naštěstí pro obec - k tomu, že by byla povinována náhradu škody žalobci uhradit. Jiné obce, v jiných případech pochopitelně takové štěstí mít nemusí.

6. ZÁVĚR

Ve svém příspěvku jsem se pokusil na konkrétních případech poukázat na problémy, s nimž se mohou kraje a obce setkat v souvislosti se specifickou právní úpravou odpovědnosti za škody způsobené závadami ve sjízdnosti či schůdnosti pozemní komunikace.

Z prvního popisovaného případu vyplývá, že kraj jako vlastník komunikace se nemůže zprostit své odpovědnosti za vady ve sjízdnosti silnice tím, že

správou a údržbou silnic pověří jiný subjekt – např. vlastní příspěvkovou organizaci.

Druhý z popisovaných případů se věnuje výjimečnému zákonnému nastavení odpovědnosti za škody způsobené v důsledku závady ve schůdnosti průjezdního úseku silnice. Je zde totiž prolomen obecný princip odpovědnosti vlastníka za škodu a uzákoněn stav, kdy za takovou škodu odpovídá osoba bez vlastnického vztahu k silnici – obec, jako zákonem stanovený vlastník místní komunikace.

Literature:

- Roubínková D. Management obcí: organizační struktura a nositelé řídících rozhodnutí, Karlovarská právní revue 2007, č. 1
- Průcha P., Pomahač R. Lexikon – Správní právo, Nakladatelství Jiří Motloch – Sagit, Ostrava, 2003
- Neumannová H. Vlastnické právo příspěvkových organizací, Právní rádce 2003, č. 10

Contact – email

petr.pospisil@kr-moravskoslezsky.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

POJEM ROZHODNUTÍ PODLE JUDIKATURY ROZŠÍŘENÉHO SENÁTU NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU

LUKÁŠ POTĚŠIL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá pojmem "rozhodnutí", jak jej podává relevantní judikatura rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, která vychází z tzv. materiálního pojetí rozhodnutí.

Key words in original language
Správní soudnictví, rozhodnutí, rozšířený senát Nejvyššího správního soudu

Abstract
This entry deals with the concept of a decision under the extended bench of Supreme Administrative Court. Mentioned are some very important decisions from the sphere of the administrative justice.

Key words
Administrative justice; decision; extended bench of Supreme Administrative Court

Správní soudnictví, jehož judikatorní činností se tento příspěvek zabývá, představuje bezesporu jeden z účinných nástrojů ochrany subjektivních práv jednotlivců. Ostatně podle § 2 zákona č. 150/2002 Sb., soudního řádu správního, ve znění pozdějších předpisů (dále též "s. ř. s.") je ochrana práv základním účelem správního soudnictví a rovněž představuje realizaci čl. 36 Listiny základních práv a svobod. Podle čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod má každý, kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen rozhodnutím orgánu veřejné správy, právo obrátit se na soud, aby přezkoumal zákonnost takového rozhodnutí.

Z hlediska jednotlivých forem činnosti veřejné správy, jak je více či méně vyčerpávajícím způsobem definuje teorie správního práva,[1] můžeme za tu nejčastější a jistě i co do důsledků nejzávažnější, označit (individuální) správní akty. Z nich mají ty nejzávažnější důsledky správní akty označované jako rozhodnutí. Veřejná správa, potažmo rozhodnutí správních orgánů, doprovází existenci právních subjektů a podmiňuje, nebo naopak následuje,

[1] Srov. kupř. Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 264 - 267; Hendrych. D a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 173 -175.

jejich konkrétní aktivity. Protože ve veřejné správě při vydávání rozhodnutí dochází k rozhodování o právech a povinnostech mocensky podřazených subjektů, je třeba zaručit ochranu jejich práv a současně vytvořit paletu prostředků, které napomáhají upevňovat stěžejní zásadu zákonnosti a posilovat důvěru ve veřejnou správu. Tím je mimo sféru veřejné správy samotné rovněž správní soudnictví.

Ustanovení § 4 odst. 1 písm. a) s. ř. s. zakládá pravomoc soudům ve správním soudnictví rozhodovat o žalobách proti rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy tzv. správními orgány. Právě tato agenda, resp. řízení o žalobě proti rozhodnutí, představuje stěžejní činnost správních soudů. Zbývající agendy, jako je ochrana před nečinností a nezákonným zásahem jsou převážně okrajové. Přes jejich menší množství však bezesporu své místo a význam ve správním soudnictví mají.[2] Ostatně skutečnost, že správní soudnictví do 31. 12. 2002 bylo zaměřeno na přezkum zákonnosti (toliko) rozhodnutí, bylo terčem jistě oprávněné kritiky, zejména ze strany Ústavního soudu.[3]

Jestliže řízení o žalobě proti rozhodnutí správních orgánů představuje stěžejní náplň činnosti soudů působících ve správním soudnictví, je třeba blíže se zaměřit na klíčový pojem "rozhodnutí". Předmětem tohoto příspěvku není porovnání tohoto institutu mezi správním řádem (zákon č. 500/2004 Sb.) a soudním řádem správním. Pro účely tohoto příspěvku je proto rozhodující, jak pojem rozhodnutí pojímá právě soudní řád správní.

Podle § 65 odst. 1 s. ř. s. je každý, kdo tvrdí, že byl na svých (hmotných) právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, oprávněn domáhat se jeho soudního přezkumu. Tímto ustanovením je, vedle založení aktivní žalobní legitimace, též definován pro účely správního soudnictví pojem "rozhodnutí".

Ve smyslu judikatury, zejména Nejvyššího správního soudu, zvítězila preference tzv. materiálního pojetí rozhodnutí, jako aktu přezkoumávaného ve správním soudnictví. Podle jejích závěrů[4] "*pojem „rozhodnutí“ ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. je třeba chápat v materiálním smyslu jako jakýkoliv individuální právní akt vydaný orgánem veřejné moci z pozice*

[2] Vzájemným vztahům žaloby proti rozhodnutí a žaloby proti nezákonnému zásahu se věnuje rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 8. 2005, č.j. 2 Aps 3/2004-42, publikovaný pod č. 720/2005 Sb. NSS.

[3] Srov. derogační nález Ústavního soudu ze dne 27. 6. 2001, publikovaný pod č. 276/2001 Sb.

[4] Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 5. 2006, č.j. 1 Afs 147/2005-107, publikovaný pod č. 923/2006 Sb. NSS.

jeho vrchnostenského postavení. Námitky, že rozhodnutí nemělo příslušnou formu a nebylo vydáno v žádném řízení, je nutno odmítnout již proto, že potřeba soudního přezkumu faktických správních rozhodnutí je ještě intenzivnější právě tam, kde správní orgán nepostupuje předem stanoveným a předvídatelným způsobem podle příslušného procesního předpisu."

Je však na konkrétním posouzením příslušného správního soudu, resp. konkrétního soudce, zda žalobou napadený úkon správního orgánu obstojí z hlediska vymezení rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s. ř. s. To je dáno výše zmíněnou odlišností pojmu rozhodnutí ve sféře veřejné správy a správního soudnictví. Protože v našem právním řádu celá řada úkonů, navíc rozličně pojmenovaných, což jistě nepřispívá k přehlednosti a jasnosti, nese znaky rozhodnutí ve sféře veřejné správy, nemusí je mít v oblasti správního soudnictví. To ostatně platí i naopak. Je proto na správních soudech, aby svou judikatorní činnosti stanovily kritéria pojmu rozhodnutí. Základní kritérium v podobě jeho materiálního pojetí bylo přiblíženo shora.

Může se však stát, že dříve či později dojde k judikatorním rozporům a nejasnostem. Protože je integrální součástí konceptu právního státu též princip právní jistoty a legitimního očekávání, je rozporná a nejednotná praxe nežádoucí. Rozpory v judikatuře (krajských) správních soudů přísluší odstraňovat Nejvyššímu správnímu soudu (srov. § 12 s. ř. s.) v rámci řízení o kasačních stížnostech, případně ještě publikací dotčených judikátu ve Sbírce rozhodnutí (tzv. Sb. NSS). Případně judikatorní rozpory u Nejvyššího správního soudu přísluší řešit podle § 17 odst. 1 s. ř. s. rozšířenému senátu Nejvyššího správního soudu.

Níže se proto zaměřím na přiblížení některých rozhodnutí rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu, která se věnují stěžejnímu pojmu rozhodnutí, jak je stanoven v § 65 odst. 1 s. ř. s. Tyto judikáty jsou významné nejen z toho důvodů, že sjednocují dosud nejednotnou praxi, ale i z toho důvodu, že napomáhají rozvíjet koncept materiálního pojetí rozhodnutí. Není jistě bez zajímavosti, že mnohé závěry rozšířeného senátu popírají dosud zavedenou a dlouhodobou praxi pocházející ještě z doby činnosti vrchních soudů na úseku správního soudnictví.

Podle usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu[5] "*souhlasné nebo nesouhlasné stanovisko orgánu ochrany přírody k umisťování nebo povolování staveb, jakož i k jiným činnostem, které by mohly snížit nebo změnit krajinný ráz, je rozhodnutím vydávaným ve správním řízení vedeném tímto orgánem z vlastního podnětu, z podnětu jiného správního orgánu nebo na návrh účastníka řízení.*" Tento závěr byl zaujat s ohledem na smysl a účel institutu ochrany krajinného rázu, kdy byl současně popřen názor, že rozhodnutí (souhlas) se vydává pouze v těch případech, kdy po předběžném

[5] Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č.j. 6 A 97/2001-39, publikované pod č. 499/2005 Sb. NSS.

posouzení správní orgán dospěje k závěru, že může dojít k zásahu do krajinného rázu. Další argument představovala skutečnost, že vydání rozhodnutí je vázáno na předchozí uvážení správního orgánu, které je tímto postaveno mimo dosah kontroly. Slabinou těchto závěrů však je, že dochází k "dílčení" procesu, zejména na úseku stavebního zákona, kdy je k realizaci určitého záměru třeba získat celou řadu "podkladových" úkonů a rozhodnutí. Tento negativní aspekt lze v podstatě nalézt u všech níže zmiňovaných judikátů.

Rozšířený senát[6] v dalším rozhodnutí dospěl k závěru, že "*právo na zvolení místa trvalého pobytu je veřejným subjektivním právem, proti jehož porušení rozhodnutím správního orgánu se může občan dovolat ochrany postupem podle § 65 a násl. s. ř. s. před správním soudem. Nedílnou součástí práva na zvolení místa trvalého pobytu je také právo na to, aby na zvolené adrese místa trvalého pobytu nebyly evidovány osoby, které pro to nesplňují nebo přestaly splňovat zákonné podmínky*." Základním argumentačním nedostatkem tohoto rozhodnutí je skutečnost, že dovozuje existenci zmíněného veřejného subjektivního práva nikoliv přímo z textu právního předpisu, jak by se dalo očekávat, nýbrž nepřímo z možného dotčení na jiných, více či méně souvisejících právech, která jsou předmětem soudní ochrany samostatně. Teorie v takovém případě pojednává o reflexu objektivního práva. Rozšířený senát v tomto rozhodnutí vyšel z potřeby poskytnutí ochrany spíše potencionálně dotčeným souvisejícím veřejným subjektivním právům.

Otázce soudní ochrany v případě nařízení obnovy řízení se věnuje další judikát.[7] Podle jeho závěrů "*žaloba proti rozhodnutí, jímž byla správním orgánem z moci úřední nařízena obnova řízení, je přípustná, jde-li o rozhodnutí ve smyslu § 65 s. ř. s. Takový případ nastává např. tam, kde je s rozhodnutím o nařízení obnovy řízení spojen odkladný účinek.*" Možnost žalobní legitimace je však zúžena na případy, kdy je s nařízením obnovy spojen odkladný účinek. V opačném případě zásah do práv nenastává. Judikát tak má vlastně omezený dosah a je třeba jeho závěry posuzovat v každém konkrétním případě. Rozšířený senát se však ne dostatečně vypořádal s možností soudní ochrany až v rámci rozhodnutí ve věci samé, vydanému v následujícím řízení obnoveném.

Obdobné závěry lze nalézt i v dalším rozhodnutí.[8] V něm se rozšířený senát zabýval přezkumným (mimoodvolacím) řízení. Dospěl k závěru, že

---

[6] Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 6. 2. 2007, č.j. 2 As 64/2005-108, publikované pod č. 1016/2007 Sb. NSS.

[7] Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 6. 2007, č.j. 5 As 13/2006-46, publikované pod č. 1427/2008 Sb. NSS.

[8] Srov. rozsudek rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 28. 7. 2007, č.j. 4 As 31/2006-73, publikovaný pod č. 1513/2008 Sb. NSS.

"*rozhodnutí správních orgánů, jimiž byla mimo odvolací řízení zrušena nebo změněna pravomocná rozhodnutí ve správním řízení, jsou rozhodnutími ve smyslu § 65 s. ř. s., a podléhají soudnímu přezkumu, neboť tato rozhodnutí zasahují do existujících hmotných práv fyzických nebo právnických osob, nabytých v původním pravomocně skončeném správním řízení*." Tímto rozhodnutím může dojít ke zrušení všech práv, jež byla původně v řízení nabyta. Soud preferoval řešení, že namísto poskytnutí soudní ochrany následně, kdy o věci bude rozhodováno znovu, je třeba vycházet z toho, že rozhodnutí v rámci přezkumného řízení je s to způsobilé zasáhnout do subjektivních práv účastníků. Na druhou stranu je třeba uvést, že předmětem případného soudního přezkumu bude toliko otázka naplnění zákonných podmínek pro konání přezkumného řízení a jeho průběh. Přesto lze tento judikát a jeho závěry přijmout.

Přelomovým je usnesení rozšířeného senátu[9] ve věci závazných stanovisek, byť se vztahuje k předešlé právní úpravě. Podle něj "*závazné stanovisko, jako je kupříkladu souhlas (či nesouhlas) orgánu ochrany přírody a krajiny k povolení stavby, je správním rozhodnutím ve smyslu § 65 odst. 1 s. ř. s. Podléhá samostatnému přezkumu ve správním soudnictví.*" Stěžejním argumentem je, že soudní ochranu za stávajícího stavu nicméně možné poskytnout v režimu § 75 odst. 2 s. ř. s. V daném případě je patrný evidentní rozpor mezi koncepcí rozhodnutí podle správního řádu a soudního řádu správního. Jestliže závazná stanoviska nejsou vydávána ve správním řízení a nejsou správními rozhodnutími podle správního řádu, nemohou se dotknout práv či povinností (srov. § 9 a § 67 správního řádu). Pokud jsou však způsobilá být z téhož důvodu předmětem soudního přezkumu (srov. § 65 s. ř. s.), musí mít charakter rozhodnutí i podle správního řádu. Rozšířený senát nakonec zvolil řešení, které opět štěpí právní režim správního řízení do několika úseků s možností samostatného soudního přezkumu. Tím sice je zabezpečena vyšší míra ochrany práv účastníků, nicméně na úkor rychlosti vyřizování věci veřejnou správou. Kromě toho toto rozhodnutí znamená zásadní odklon od do té doby zastávané teorie subsumpce správních aktů ve prospěch jejich řetězení. Současně pomíjí stávající (novou) právní úpravu, která výslovně závazná stanoviska označuje za non-rozhodnutí (srov. § 149 správního řádu) a jejich procesní režim je upraven v části čtvrté správního řádu. Ačkoliv závazná stanoviska mají významný vliv na výrokovou část rozhodnutí o věci samé, nemají charakter rozhodnutí, pročež je obtížné je jako samostatná rozhodnutí přezkoumávat.

Jak vyplývá ze shora uvedeného, judikatura Nejvyššího správního soudu, potažmo jeho rozšířeného senátu pléduje pro co nejširší možnost soudního přezkumu a soudní kontroly. Z hlediska ochrany práv účastníků je to jistě pozitivní. Na druhou stranu, s ohledem na subsidiaritu správního soudnictví je třeba si klást otázku, zda správní soudnictví v současné době spíše

[9] Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, č.j. 8 As 47/2005-86, publikováno pod č. 1764/2009 Sb. NSS.

nenahrazuje tu část kontroly veřejné správy, která by spíše příslušela nadřízeným správním orgánům. Současně je třeba položit si otázku, zda poskytnutí soudní ochrany v co nejranějším stádiu řízení, nebude mít obdobně negativní následky, jako je ponechání soudní kontroly a soudní ochrany až k vlastnímu finálnímu meritornímu rozhodnutí. Obě cesty jsou extrémní. Vyvolávají celou řadu otázek. Pokud je soudní ochrana poskytována v co nejranějším stádiu a co nejdříve, kdy je to možné, i s ohledem na subsidiaritu správního soudnictví by bylo vhodné, aby soudní přezkum byl reflektován v souvislosti s průběhem rozhodovacího procesu ve veřejné správě, který je vázán lhůtami. Řešením by mohlo být kupř. přiznávání odkladného účinku žalobám, případně pozastavení probíhajícího rozhodovacího procesu, což by zase mohlo být vnímáno jako nežádoucí prvek. Nicméně je třeba, aby soudní přezkum, bez ohledu na skutečnost, kdy k němu dojde, byl skutečně efektivním soudním přezkumem.

Literature:

- Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7., doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, s. 264 - 267, ISBN 978-210-4276-6

- Hendrych. D a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 173 -175, ISBN 80-7179-442-2

- Vopálka, V. a kol. Soudní řád správní. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, 338 s. ISBN 80-7179-864-9

Contact – email

LPotesil@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AKTUÁLNÍ OTÁZKY ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍMI SOUDY

PETR PRŮCHA

Masarykova Univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
Správní soudnictví; soudní kontrola; veřejná správa.

Abstract
N/A

Key words
Administrative Justice; administrative judiciary system; public administration.

1. ÚVODNÍ POZNÁMKA

Ve svém následujícím příspěvku chci, alespoň tezovitě, poukázat na některé po mém soudu aktuální otázky současného režimu naší právní úpravy řízení před správními soudy. Mám přitom na mysli otázky, které se problematiky řízení před správními soudy týkají obecněji, a to ve spojení s jeho posláním, koncipováním a funkcemi, a které lze označit nejen jako otázky k prezentaci a úvaze, ale současně také jako otázky, na jejichž konci lze vysledovat skutečné otazníky. Jmenovitě se tak chci zamyslet nad tím, zda je správní soudnictví v našem pojetí spíše „kontrolou“, nebo spíše „rozhodováním ve věci“, dále ve spojení s tím i nad dalšími doprovodnými otázkami, a to, jak je to se subsidiaritou soudního přezkumu, a také, zda je pro danou úpravu adekvátní režim subsidiarity občanského soudního řádu.

Je správní soudnictví v našem pojetí spíše kontrolou, nebo je spíše rozhodováním ve věci ?

Správní soudnictví je v našich podmínkách zpravidla označováno za soudní formu kontroly veřejné správy, nicméně se správním soudnictvím je stejně tak spojována představa o nápravném rozhodování, kdy je příp. pochybení rozhodnutí orgánů veřejné správy zhojeno rozhodnutím soudu. Již z tohoto stručného a také zjednodušeného konstatování je zřejmé, že položená otázka, tedy zda je správní soudnictví v našem pojetí spíše kontrolou, nebo spíše rozhodováním ve věci, je otázkou legitimní.

Nejprve se nabízí uvést několik obecnějších poznámek.

Kontrola je obvykle vnímána jako proces či procedura, která slouží ke zjištění, zda sledovaný stav odpovídá stavu předpokládanému či jinak

očekávanému, a pro případ zjištění nesouladu je její výsledek slouží ke zjednání nápravy. Pokud kontrola končí zjištěním, příp. návrhem nápravy, hovoří se obvykle o kontrole v užším slova smyslu (vyjadřující kontrolní funkci), pokud však kontrola sama vyúsťuje ve vlastní zjednání nápravy, tj. po zjištění nesouladu pokračuje“ a končí nápravným opatřením, potom se hovoří o kontrole v širším smyslu (ke kontrolní funkci přistupuje funkce nápravná, která na úseku kontroly rozhodování má povahu nápravné rozhodovací funkce).

Kontrola veřejné správy vykonávaná soudy vyjadřuje ústavně zakotvené právo na soudní ochranu.[1]

Veřejná správa a soudnictví představují ve smyslu stávající koncepce dělby moci, státního mechanismu a ústavně provedeného členění na jeho složky samostatné, vzájemně oddělené a na sobě bezprostředně nezávislé organizační systémy s vlastní strukturou a posláním. Zjednodušeně řečeno veřejná správa má „spravovat“, tj. realizovat výkonnou moc podzákonným a nařizovacím způsobem za účelem prosazení a ochrany veřejných zájmů, zatímco soudy mají „soudit“, tj. nalézat právo. To však na druhé straně nevylučuje, aby vztahům mezi subjekty a objekty veřejné správy byla poskytována, do jisté míry obdobně jako jiným právním vztahům, soudní ochrana.

Při koncipování správního soudnictví[2] se zpravidla hledá odpověď na definování a naplnění podstaty a funkce správního soudnictví, přičemž nelze jinak než vyjít z podstaty a funkcí veřejné správy a současně z podstaty a funkcí soudnictví, a usilovat o optimální doplnění jedněch druhými.

Těžiště problému soudní kontroly veřejné správy nepochybně spočívá v odpovídajícím vymezení vztahu veřejné správy a soudnictví. Vyjdeme-li z toho, že posláním soudní činnosti je zjednodušeně řečeno poskytnutí ochrany tam, kde bylo právní postavení subjektů narušeno, logicky s vyústěním v meritorní nápravu, je otázkou, zda při soudní kontrole podřaditelných postupů veřejné správy, v nichž takové porušení práva přichází v úvahu, soudy mají svými rozhodnutími nahrazovat rozhodnutí správních orgánů. Přitom soudní kontrolou nemůže být dotčena ochrana, kterou je možné a nakonec i žádoucí poskytovat ze strany orgánů veřejné správy.

---

[1] viz čl. 36 odst. 2 Listiny základních práv a svobod, č. 2/1993 Sb.

[2] Tento příspěvek se zaměřuje na „správní soudnictví“ v užším, resp. organizačním slova smyslu, tj. na soudnictví příslušející toliko správním soudům. Tzn., že se nezabývá soudním přezkoumávání správních aktů a procedur jim předcházejícím, které je svěřeno obecným soudů a Ústavnímu soudu, jež lze zahrnout do „správního soudnictví“ v širším , resp. funkčním slova smyslu.

Je zřejmé, že jak v situaci, kdy by správní soudy zjednávaly nápravu tak, že by vadná rozhodnutí „toliko" rušily a vracely správním orgánům se závazným právním názorem, tak potom v situaci, kdy by soudy měly svojí meritorní rozhodovací činností nahrazovat (jako „další stupeň") předchozí rozhodnutí správních orgánů, vždy půjde o soudnictví specifické tím, že se vyznačuje obsahovým vztahem ke správě.[3] Pro funkci správního soudnictví by to potom mělo znamenat především to, že bude poskytovat soudní ochranu veřejným subjektivním právům, majícím v příslušných souvislostech svůj původ v reálných výstupech činnosti orgánů veřejné správy, popř. i v jiných projevech či dopadech jejich chodu, a to způsoby, které se budou jevit nejadekvátnější.

Správní soudnictví je přitom charakteristické tím, že již při svém kvalifikovaném zrodu (tady máme na mysli kontinentálně evropský půdorys) a dále po celý jeho následný vývoj až do současnosti, byla a je daná otázka právě tou otázkou, jejímž řešením se jednotlivé systémy správního soudnictví od sebe odlišovaly, a to nejen posláním a funkcemi, ale i organizačně. I když základem správního soudnictví vždy byla a i nadále je poskytování soudní ochrany veřejným subjektivním právům, v různém rozsahu k němu také patřilo a i v současnosti patří poskytování ochrany ve spojení s právem objektivním. V současné Evropě tak neexistuje jediný, resp. jednotný systém, správního soudnictví. Nicméně na straně druhé, přes rozdílné přístupy ke správnímu soudnictví tak, jak se v historii postupně konstituovaly a dále v průběhu vývoje dotvářely resp. modifikovaly[4], je nesporné, že správní soudnictví je co do své podstaty a funkce nezastupitelné. Soudní kontrola veřejné správy pak, či tak, musí také zaujímat speciální postavení.

Dosavadní praxe soudní kontroly veřejné správy v zemích, v nichž je výrazněji rozvinuta, se zásadně ubírá třemi základními směry. Buďto

- "správní soudnictví" přísluší nezávislým správním úřadům, nebo

- jsou zřizovány samostatné speciální správní soudy, které jsou nezávislé jak na veřejné správě, tak na soustavě obecných soudů, nebo

[3] viz blíže např. Merkl, A.: Obecné právo správní, II. díl, Praha-Brno, 1932, str. 219 a násl.

[4] To platí i pro z dnešního pohledu nejvyspělejší režimy správního soudnictví, jako je anglický, francouzský, německý (ve své době nejvýrazněji formovaný v důsledku "sporů" O.Bähra a R.Gneista, jejichž názory nesporně ovlivnily i úvahy a přístupy ke správnímu soudnictví v jiných zemích) a rakouský.

- je soudní kontrola veřejné správy svěřována obecným soudům.[5]

Známé a také praktikované modely správního soudnictví přitom umožňují nejen předmětovou, ale současně často i institucionální, a souběžně s tím i procesní, diferenciaci mezi tzv. obecným soudnictvím a tzv. veřejnoprávním soudnictvím, resp. soudnictvím "veřejného práva". Tato institucionálně rozdílná orientace "správního soudnictví" potom souvisí ve značné míře s chápáním shora připomínané podstaty a funkce správního soudnictví.

Zjednodušeně řečeno, tam, kde je preferována kontrolní funkce správního soudnictví (tj. vadné správní akty rušit a vracet správním orgánům k novému projednání), je správní soudnictví obvykle zabezpečováno obecnými soudy (podle zásady, že soudy nemají nahrazovat správu, ale právo nalézat). Naproti tomu tam, kde je preferována rozhodovací funkce správního soudnictví (soudy v jistém smyslu završují předchozí rozhodování správy svými nápravnými rozhodnutími v meritu věci, jako posledními v řadě), je správní soudnictví obvykle vykonáváno nezávislými správními úřady, nebo samostatnými speciálními správními soudy (správní soudnictví je vnímáno jako další přezkumná a opravná instance). Nicméně toto neplatí obecně a v režimech správního soudnictví v jednotlivých státech se projevovaly a projevují i opačné přístupy, či přístupy tzv. křížem.

Přirozeně, že odpovídající naplnění podstaty a funkce správního soudnictví je vždy možné jen za předpokladu konstituování správního soudnictví na principu tzv. plné jurisdikce, a i tady lze říci, že pohledy na tzv. plnou jurisdikci se mohou nejrůznějším způsobem a lišit, a v praxi se také liší. Opět zjednodušeně vyjádřeno lze konstatovat, že tam, kde je preferována kontrolní funkce správního soudnictví, je plná jurisdikce zpravidla spatřována v možnosti vracet se ke zjištěnému skutkovému stavu a doplňovat dokazování, zatímco tam, kde je preferována rozhodovací funkce správního soudnictví je plná jurisdikce vnímatelná šířeji (dalo by se hovořit o „plné“ či „pravé“ jurisdikci), jako proces zahrnující navíc i možnost nápravného rozhodnutí v meritu věci. Krom toho potom v obou rovinách ještě platí, že soudy mohou mít zákonem uloženo přezkoumávané akty či stavy posuzovat podle skutkového stavu, který existoval v době aktivity (příp. i nečinnosti) správního orgánu, nebo podle skutkového (ale příp. i právního) stavu ke dni svého rozhodnutí) tj. rozhodnutí soudu.

---

[5] Charakteristice a rozboru předmětného zaměření správního soudnictví v uvedených směrech, včetně geneze, vzájemného ovlivňování, výhod a nevýhod, se dostatečně věnuje naše dnes již rozsáhlejší a také snadno dostupná literatura. Stále nejkomplexněji to platí o pracech J.Macura – Macur,J.: Správní soudnictví, UJEP Brno, 1986, Macur,J.: Správní soudnictví a jeho uplatnění v současné době, MU Brno, 1992. Návazně se monograficky předmětnou problematikou zabývá Mazanec,M.: Správní soudnictví, Linde Praha, 1996, a dále je za zřetelehodnou třeba označit a neopomenout již svým posláním srovnávací monografii - Pomahač,R., Pítrová,L.: Evropské správní soudnictví, C.H.Beck Praha, 1998

Správní soudnictví na straně druhé, a to v obou představitelných případech (preference jedné nebo druhé dovoditelné funkce) má společného jmenovatele v opodstatněnosti soudního přezkumu aktů veřejné správy. Ta vyplývá především z řady odlišností vlastního soudního přezkoumání od stávajícího pojetí přezkumného řízení prováděného samotnými správními orgány. Zatímco na správní přezkum s výjimkou převážných případů řádných opravných prostředků a při splnění předepsaných podmínek též u obnovy řízení, není obecně právní nárok (typicky u mimořádného opravného prostředku, směřujícího k posouzení zákonnosti správních rozhodnutí), na soudní projednání zákonnosti rozhodnutí správního orgánu je, s určitými výjimkami, nárok vždy. To je pokud jde o systém veřejné správy, dáno především tím, že oprávněnost takového podnětu posuzuje sám orgán veřejné správy zpravidla výše postavený a je vybaven pravomocí kvalifikovat takový podnět jako neopodstatněný a přezkum vůbec nezahájit. Přezkumná činnost orgánů veřejné správy je tak z hlediska poskytování právní ochrany porušeným subjektivním právům již z tohoto důvodu, v porovnání s možnostmi soudní ochrany, méně komfortní. Činnost orgánů veřejné správy ve sledované oblasti navíc postrádá jednotný přístup, s ohledem na značnou členitost veřejné a v jejím rámci zejména státní správy, je poznamenána resortismem a reálně zde přichází v úvahu rozdílnost názorů jednotlivých ústředních orgánů státní správy. Posláním správního soudnictví je tak, vedle kultivace, i sjednocování právních názorů při rozhodování veřejné správy.

Soudní přezkoumávání postupů a aktů veřejné správy má tedy v systému záruk zákonnosti ve veřejné správě nejen své opodstatnění, ale také by v něm mělo zaujímat speciální postavení, což vyplývá již z obecné podstaty a zaměření veřejné správy a obecné podstaty a zaměření soudnictví.

A nyní připomeňme, jak se s předmětnou otázkou vypořádala naše aktuální právní úprava správního soudnictví.

Stávající úprava správního soudnictví je, jak je všeobecně známo, obsažena v zákoně č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů.[6]

[6] Na tomto místě se sluší poznamenat, že zatímco předchozí právní úprava správního soudnictví (obsažená v tzv. občanském soudním řádu a zrušená Nálezem Ústavního soudu č. 276/2001 Sb. s účinností k 31.12.2002) vycházela z jeho tzv. funkční varianty, tzn. režimu či pojetí, kdy rozhodnutí orgánů veřejné správy přezkoumávaly tzv. obecné soudy, soudní řád správní staví na "aktivování" ústavně právního záměru zřízení Nejvyššího správního soudu, a tím položení základu tzv. organizační variantě správního soudnictví. K tomu viz ust. čl. 91 Ústavy České republiky, jenž stanoví, že působnost a organizaci Nejvyššího správního soudu stanoví zákon. Současně Ústava České republiky v čl. 87 odst. 2 výslovně uvádí, že "zákon může stanovit, že namísto Ústavního soudu rozhoduje

Z "organizačního" hlediska se v zákoně počítá s tím, že zásadně ve správním soudnictví rozhodují krajské soudy, a to prostřednictvím tzv. specializovaných senátů. Nejvyššímu správnímu soudu přitom přísluší zajišťování jednoty a zákonnosti rozhodování tím, že se usnáší na tzv. zásadních usneseních či na tzv. stanoviscích, jakož i to, že rozhoduje o kasačních stížnostech ve stanovených případech, a dále rozhoduje ještě v některých dalších případech stanovených zákonem.[7]

Z hlediska obsahového, či předmětového, přinesla předmětná zákonná úprava režim přezkoumávání těch rozhodnutí správních orgánů, která podléhají úpravě v čl. 6 odst. 1 (evropské) Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (ČR k ní přistoupila v rámci svého členství v RE, a publikovala ji pod č. 209/1992 Sb.), tzv. v plné jurisdikci.

Za daného stavu věci naše soudy ve správním soudnictví podle aktuálně platné právní úpravy rozhodují o:

- žalobách proti rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy orgánem moci výkonné, orgánem územního samosprávného celku, jakož i fyzickou nebo právnickou osobou nebo jiným orgánem, pokud jim bylo svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob v oblasti veřejné správy,

- ochraně proti nečinnosti správního orgánu,

- ochraně před nezákonným zásahem správního orgánu,

- kompetenčních žalobách.

- Mimo to soudům ve správním soudnictví přísluší rozhodovat ještě

- ve věcech volebních a věcech místního referenda,

- ve věcech politických stran a politických hnutí,

Nejvyšší správní soud a) o zrušení právních předpisů nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu se zákonem, b) spory o rozsah kompetencí státních orgánů a orgánů územní samosprávy, nepřísluší-li podle zákona jinému orgánu."

[7] To koresponduje koncepci, v jejímž smyslu „řádné“ správní soudnictví probíhá před jedinou soudní instancí. V zájmu sjednocení rozhodování je potom zakládána i možnost podání *kasační stížnosti*, jako mimořádného opravného prostředku z důvodů porušení zákonnosti při rozhodování soudu. Specifické postavení má i institut *obnovy řízení*, a to rovněž jako mimořádného opravného prostředku.

- o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí pro rozpor se zákonem.

Co však daná zákonná úprava, vzdor ústavně právně podpořenému legitimnímu očekávání nezahrnuje, je rozhodování o zrušení právních předpisů (s povahou normativních správních aktů) nebo jejich jednotlivých ustanovení, jsou-li v rozporu se zákonem. Tyto případy soudní kontroly veřejné správy tak zůstaly ponechány ústavnímu soudnictví.

Mimo to je třeba poznamenat, že tzv. zvláštní zákony založily kárnou pravomoc Nejvyššího správního soudu ve věcech soudců, státních zástupců a exekutorů, což však již vybočuje z věcného rámce vlastního správního soudnictví.

Bližší pohled na danou úpravu ukazuje, že z pohledu sledované otázky, není její přístup jednotný, spíše naopak.

V případě **řízení o žalobách proti rozhodnutím správních orgánů** obecně platí, že správní soudnictví je v této oblasti, resp. na tomto úseku činnosti veřejné správy, ovládáno kontrolní funkcí.

Pro toto řízení platí, že nedojde-li k odmítnutí žaloby, soud jedná ve věci, přičemž za určitých podmínek může rozhodovat i bez nařízení jednání (to platí zejména tehdy, jestliže to účastníci shodně navrhli, nebo jestliže s takovým postupem souhlasí). Soud přitom napadené rozhodnutí přezkoumává v mezích uvedených žalobních bodů, je oprávněn příp. doplnit i dokazování a podle zjištěného výsledku může žalobu zamítnout, nebo přezkoumávané rozhodnutí zrušit a věc vrátit žalovanému správnímu orgánu k dalšímu řízení a novému rozhodnutí. Při přezkoumávání rozhodnutí vychází soud ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu při vydání přezkoumávaného rozhodnutí. Důvodem pro zrušení napadeného rozhodnutí může být buďto nezákonnost rozhodnutí nebo vady řízení, v němž bylo předmětné rozhodnutí vydáno. Pro nezákonnost přitom soud napadené rozhodnutí zruší i tehdy, pokud zjistí, že správní orgán překročil zákonem stanovené meze správního uvážení, nebo tyto meze tzv. zneužil. Když soud napadené rozhodnutí zrušuje, může podle okolností zrušit i rozhodnutí správního orgánu nižšího stupně, které mu předcházelo. Právním názorem, který vysloví soud ve zrušujícím rozsudku (soud může vyslovit i nicotnost rozhodnutí), je správní orgán v dalším řízení vázán.

Výjimkou, z pohledu sledované otázky je však případ, kdy se ve správním soudnictví rozhoduje o žalobě proti rozhodnutí, jímž správní orgán uložil trest za přestupek nebo za jiný správní delikt. V takovém případě může soud, nejsou-li důvody pro zrušení rozhodnutí, ale trest byl uložen ve zjevně nepřiměřené výši, upustit od něj nebo jej snížit v mezích jeho zákonného rozpětí. Podmínkou přitom je, že takové řešení navrhne sám žalobce. V tomto případě je správní soudnictví ovládáno rozhodovací funkcí.

V celém rozsahu přitom pro toto řízení platí, že soudní přezkum je subsidiární, a jeho použití přichází v úvahu až po marném sjednávání nápravy v samotné veřejné správě.

V režimu řízení o ochraně proti nečinnosti správního orgánu se z pohledu sledované otázky projevuje specifická situace. Předepsaný postup totiž na straně jedné potvrzuje a podporuje kontrolní funkci správního soudnictví, na straně druhé je však modifikován prvky rozhodovací funkce správního soudnictví.

To souvisí s tím, že předmětné řízení přichází v úvahu na základě podané žaloby toho, kdo bezvýsledně vyčerpal prostředky, které procesní předpis platný pro řízení před správními orgány stanoví k jeho ochraně před nečinností správního oránu. Takový subjekt se může domáhat toho, aby soud uložil správnímu orgánu povinnost vydat rozhodnutí ve věci samé, nebo osvědčení. Žalovaným je přitom správní orgán, který podle žalobního tvrzení má povinnost vydat rozhodnutí nebo osvědčení.

Lhůta pro podání žaloby je jednoroční, žalobu lze tedy podat nejpozději do jednoho roku ode dne, kdy ve věci v níž se žalobce domáhá ochrany, marně uplynula lhůta pro vydání předmětného rozhodnutí či osvědčení.

Příslušný krajský soud, který ve věci rozhoduje, však vychází ze skutkového stavu zjištěného ke dni svého rozhodnutí. Pokud soud shledá žalobu důvodnou, uloží příslušnému správnímu orgánu povinnost vydat rozhodnutí nebo osvědčení a stanoví k tomu přiměřenou lhůtu. V opačném případě soud žalobu zamítne.

Tzn., že kontrolní funkce správního soudnictví j v tomto režimu beze zbytku naplněna jen potud, pokud ke dni rozhodnutí soudu nečinnost správního orgánu trvá. V případě opačném se význam kontrolní funkce vytrácí, neb i když byl původně správní orgán nečinný, avšak ke dni rozhodnutí soudu již činný je, soud mu nic nevytýká (neb již není co ukládat k nápravě) a soud svým zamítavým rozhodnutím fakticky nečinnost (její neexistenci) reflektuje meritorně.

I v tomto řízení platí, že soudní přezkum je koncipován jako subsidiární, neb od nabytí účinnosti nového správního řádu (zákon č. 500/2004 Sb.) je povinností žalobce před podáním žaloby vyčerpat prostředky, které procesní předpis platný pro řízení před správními orgány stanoví k jeho ochraně před nečinností správního oránu (v době přijetí a nabytí účinnosti soudního řádu správního tomu tak nebylo, neb platil předchozí správní řád, který s ničím takovým nepočítal).

Do jisté míry obdobná, jako bezprostředně výše popsaná, je i situace v případě režimu řízení o ochraně před nezákonným zásahem správního orgánu. To přichází v úvahu na základě podané žaloby toho, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu, který není rozhodnutím. Takový subjekt se

může domáhat ochrany proti takovému zásahu, pokud takový zásah trvá, nebo pokud trvají jeho důsledky, anebo pokud hrozí opakování takového zásahu. Žalovaným je přitom správní orgán, který podle žalobního tvrzení provedl předmětný nezákonný zásah.

Lhůta pro podání žaloby je dvouměsíční, žalobu lze tedy podat nejpozději do dvou měsíců ode dne, kdy se žalobce dozvěděl o nezákonném zásahu. Nejpozději lze přitom žalobu podat do dvou let od okamžiku, kdy k nezákonnému zásahu došlo.

Příslušný krajský soud, který ve věci rozhoduje, vychází ze skutkového stavu zjištěného ke dni svého rozhodnutí. Pokud soud shledá žalobu důvodnou, zakáže příslušnému správnímu orgánu, aby v porušování žalobcova práva pokračoval, a přikáže aby, pokud je to možné, obnovil stav, který tu byl před nezákonným zásahem. V opačném případě soud žalobu zamítne. Tzn., že i v tomto případě je soudní přezkum charakteristický kontrolní funkcí, modifikovanou však funkcí rozhodovací.

Čím se však toto rozhodování od bezprostředně výše charakterizovaného rozhodování liší je, přístup k soudní ochraně před nezákonným zásahem není podmíněn vyčerpáním procesních prostředků k ochraně v režimu správního procesu, soudní přezkum tak není koncipován jako subsidiární, vlastní rozhodnutí soudu tak v jistém smyslu poskytuje primární ochranu, a i tímto se tento „soudní přezkum“ dále výrazně blíží režimu rozhodovací funkce.

Stejně tak obdobná se jeví i situace v případě řízení o kompetenčních žalobách. Toto řízení přichází v úvahu u tzv. kladných nebo záporných kompetenčních sporů, jejichž stranami jsou správní úřad a orgán územní nebo zájmové samosprávy, nebo orgány územní, zájmové nebo profesní samosprávy, anebo ústřední správní úřady navzájem. Žalobu je oprávněn podat správní orgán, který si v kladném kompetenčním sporu osobuje pravomoc vydat rozhodnutí a popírá pravomoc správního orgánu, který ve věci vede řízení, nebo, který již ve věci rozhodl. V záporném kompetenčním sporu je potom žalobu oprávněn podat orgán, který popírá svou pravomoc vést o věci řízení a rozhodovat, a který současně tvrdí, že tato pravomoc přísluší jinému správnímu orgánu, jenž tuto pravomoc popřel. Žalobu je oprávněn podat i ten, o jehož právech či povinnostech bylo či mělo být rozhodováno v řízení před správním orgánem. K řízení o kompetenčních žalobách je příslušný Nejvyšší správní soud.[8]

[8] V této souvislosti platná právní úprava inspiruje k následujícímu zamyšlení: Nejvyšší správní soud je příslušný mj. k řešení kompetenčních sporů mezi „ústředními správními úřady navzájem“, přičemž Nejvyšší správní soud sám podléhá Ministerstvu spravedlnosti jako ústřednímu orgánu státní správy, resp. ústřednímu správnímu úřadu. Tato skutečnost logicky klade značné nároky na zajištění takových vzájemných vztahů Nejvyššího správního soudu a Ministerstva spravedlnosti, které budou garantovat nezbytnou nezávislost Nejvyššího správního soudu.

Lhůta pro podání žaloby není stanovena.

Soud vychází ze skutkového, a dokonce i právního, stavu, který je tu v době jeho rozhodování. Pokud soud shledá žalobu důvodnou, určí, který ze správních orgánů má řízení provést a rozhodnutí vydat. Jinak žalobu odmítne, příp. zastaví řízení nebo rozhodne o postoupení věci. Tzn., že i tady není vždy předmětem posuzování soudem stav, který byl impulsem k podání žaloby, ale v příslušných případech je naopak rozhodujícím předmětem zájmu soudu stav, který již (přesto, že tomu ve stádiu podání žaloby mohlo být a zpravidla také bylo jinak) nápravu nevyžaduje.

Současně platí, že s ohledem na dikci § 133 správního řádu, rozhodování soudu o kompetenčních žalobách subsidiární jen částečně, a to jen v případě tzv. pozitivních kompetenčních konfliktů. Naproti tomu v případě tzv. negativních kompetenčních konfliktů režim správního řádu s jejich řešením nepočítá, a naopak s (již) jejich „primárním“ řešením odkazuje na soud. V takových případech soud správu toliko nekontroluje, ale dané otázky přímo rozhoduje.

Řízení ve věcech volebních je vnitřně diferencované soudní řízení, jehož posláním je poskytovat ochranu ve věcech seznamu voličů, dále ve věcech registrace kandidátních listin nebo přihlášek k registraci, jakož i ve věcech neplatnosti voleb a hlasování, a stejně tak i ve věcech zániku mandátu.

Dané řízení se týká jak voleb do zastupitelstev územních samosprávných celků, tak voleb do Parlamentu české republiky, tak i voleb do Evropského parlamentu.

Lhůty pro podání návrhů vyplývají z jednotlivých volebních zákonů. Zákonná úprava správního soudnictví v těchto případech stanoví lhůty pro rozhodnutí soudu, a to diferencovaně od tří do dvaceti dnů.

Soud přitom rozhoduje v intencích jednotlivých návrhů, a to s ohledem na požadovanou ochranu a důvodnost návrhu.

Z povahy věci platí, že soud vychází ze skutkového i právního stavu, který byl v době, kdy nastal stav či situace, které jsou předmětem přezkoumání.

Pro tento výrazně strukturovaný režim soudního přezkumu dílem platí, že jde o uplatnění kontrolní funkce, dílem o uplatnění funkce rozhodovací. Projevem uplatnění rozhodovací funkce je rozhodnutí, jímž by příp. byla vyslovena neplatnost voleb či neplatnost hlasování.

Pokud jde o otázku, nakolik je takový soudní přezkum subsidiární, k tomu je třeba poznamenat, že právní úprava se i v tomto směru staví k dané otázce diferencovaně.

Pokud jde o řízení ve věcech politických stran a politických hnutí, toto přichází v úvahu v případě návrhu na rozpuštění politické strany nebo politického hnutí, či pozastavení nebo znovuobnovení jejich činnosti, a dále v případě návrhu na určení, že návrh na registraci, popř. návrh na registraci změny stanov nemá nedostatky.

Bližší podmínky pro podání předmětných návrhů a pro posouzení opodstatněnosti v úvahu přicházejících návrhů vyplývají ze zákona o sdružování v politických stranách a v politických hnutích.

V případech návrhů na rozpuštění politické strany, atd., je k rozhodování příslušný Nejvyšší správní soud, v případech návrhů ve věcech registrace je k řízení příslušný krajský soud. Přitom v případech návrhů na rozpuštění politické strany, atd. se rozhoduje podle skutkového stavu, který je tu v době rozhodnutí. Tzn., že pokud by případně soud shledal podmínky pro pozastavení činnosti, či pro rozpuštění politické strany či hnutí, stejně tak pro znovuobnovení jejich činnosti, nebude se v pravém slova smyslu jednat o kontrolu, nýbrž půjde o meritorní rozhodování soudu. To tím spíše, že toto rozhodování není v žádném slova smyslu subsidiární ve vztahu k veřejné správě na daném úseku.

Řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části je podmíněno návrhem na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí ze strany toho, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy[9], vydaným správním orgánem, zkrácen. Pokud je podle zákona podatel současně oprávněn ve věci, ve které bylo opatření obecné povahy užito, podat ve správním soudnictví žalobu nebo jiný návrh, může navrhnout zrušení opatření obecné povahy jen společně s takovým návrhem.[10] Specifikem tohoto řízení je, že v něm nepřichází v úvahu účast tzv. osob zúčastněných na řízení. Pokud jde o odpůrce, tím je v předmětném řízení ten, kdo vydal opatření obecné povahy, jehož zrušení nebo zrušení jeho části je navrhováno.

Právní úprava výslovně stanoví, že návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí, vydaného obcí nebo krajem, může podat též Ministerstvo

---

[9] k tomu viz ust. § 171 a násl. zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

[10] V takovém případě se žaloba nebo jiný návrh nebude podávat k Nejvyššímu správnímu soudu, který je jinak příslušný k soudnímu přezkoumání opatření obecné povahy, ale k příslušnému krajskému soudu a ten potom za užití § 48, odst. 2, písm. e) zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů, cestou senátu nebo samosoudce, který má o návrhu rozhodnout, dospěje-li k závěru, že opatření obecné povahy nebo jeho část, jehož bylo ve věci použito, je v rozporu se zákonem, podá Nejvyššímu správnímu soudu návrh na jeho zrušení.

vnitra, návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí, vydaného krajem, může podat též obec.

K řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí je příslušný Nejvyšší správní soud, který při rozhodování posuzuje soulad opatření obecné povahy a řízení které jeho vydání předcházelo se zákonem. Soud přitom není vázán právními důvody návrhu. Pokud soud dospěje k závěru, že opatření obecné povahy nebo jeho části je v rozporu se zákonem, nebo že ten, kdo je vydal, překročil meze své působnosti a pravomoci, anebo že opatření obecné povahy nebylo vydáno zákonem stanoveným způsobem, opatření obecné povahy nebo jeho část zruší dnem, který v rozsudku určí. Přitom platí, že práva a povinnosti z právních vztahů vzniklých před zrušením opatření obecné povahy nebo jeho části zůstávají nedotčena.V případě, že soud zjistí, že návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části není důvodný, soud jej zamítne. Ve věci návrhu na zrušení opatření obecné povahy se rozhoduje rozsudkem, zákon stanoví pro toto rozhodnutí lhůtu (svou povahou pořádkovou) 30ti dnů.

Ze souvislostí textu právní úpravy je třeba dovodit, že soud vychází ze skutkového a právního stavu, který tu byl v době rozhodování správního orgánu při vydání přezkoumávaného opatření obecné povahy. Soudní přezkoumávání opatření obecné povahy přitom není koncipováno jako subsidiární, neb podmínkou pro podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí není předchozí uplatnění nějakých opravných prostředků ve veřejné správě. V dané skupině případů se tak jedná o uplatnění kontrolní funkce správního soudnictví, avšak bez podmínky předchozího vyčerpání prostředků možné nápravy před správními orgány. Vlastní kontrolní rozhodnutí soudu tak v jistém smyslu poskytuje primární ochranu.

Výše uvedený průřezový pohled na aktuální stav právní stav našeho režimu správního soudnictví tedy ukazuje, že z pohledu svého poslání a zejména pak z pohledu konkrétních funkcí na jednotlivých úsecích soudního přezkoumávání, je výrazně vnitřně diferencován. Staví dílem na funkci kontrolní (ve smyslu kontroly v tzv. užším slova smyslu), dílem na funkci rozhodovací (ve smyslu kontroly v tzv. širším slova smyslu), přičemž, ač v režimu plné jurisdikce, je režim správního soudnictví vnitřně diferencován i pokud jde o režim či požadavek subsidiarity.

Na shora položenou otázku, tj., **zda je správní soudnictví v našem pojetí spíše kontrolou, nebo je spíše rozhodováním ve věci**, tak z pohledu platné právní úpravy jednoznačně dát nelze. Nutně se tak vtírá otázka jiná (pro tento příspěvek nevytčená), zda je daný diferencovaný systém pro jednotlivé úseky rozhodování adekvátní. Rámcově lze zřejmě odpovědět kladně, i když bližší či detailnější pohled, který by však již přesahoval rámec tohoto příspěvku, by zřejmě mohl dospět také diferencovaným závěrům. To přinejmenším ve spojení s diferencovaným režimem subsidiarity správního soudnictví.

Nicméně, co v rámci tohoto příspěvku třeba, byť toliko několikaslovnou poznámkou, ještě zmínit je, je otázka, zda je pro danou úpravu adekvátní režim subsidiarity občanského soudního řádu. Soudní řád správní je (a to zcela odůvodněně) specifickým procesním předpisem pro rozhodování správních soudů, nicméně z procesní opatrnosti počítá se subsidiaritou dalšího procesního předpisu, a to jmenovitě – jak bylo připomenuto – se subsidiaritou občanského soudního řád (viz § 64 s.ř.s.). Kloní se tak k civilistickému soudnímu prostředí[11], což odpovídá takovému pojetí správního soudnictví, kdy je toto soudnictví převážně kontrolou rozhodování ve vztahu k přezkoumávaným postupům a výsledným aktům veřejné správy. S ohledem to, že jak bylo výše popsáno, správní soudy v našich podmínkách určitým dílem plní také ve své podstatě „meritorní" rozhodovací funkci v otázkách „správy", je potom k úvaze a zamyšlení, zda by pro tyto případy a situace neměl být subsidiární spíše správní řád, který je v současné době navíc již poměrně podrobně pojatým a propracovaným procesním právním předpisem.

Závěrečná poznámka

Zcela na závěr chci poznamenat, že smyslem a cílem tohoto příspěvku bylo poukázat na vybrané aktuální otázky našeho stávajícího režimu řízení před správními soudy, které v odborné literatuře z posledního období (pokud je mi známo) nejsou připomínány a ani jinak akcentovány, byť pro jsou pro jeho fungování podstatné. Povede-li tento diskusní příspěvek k zamyšlení alespoň u některých jeho čtenářů, budu jeho účel považovat za splněný.

Contact – email
petr.prucha@law.muni.cz

[11] Výjimkou jsou případy zvláštními zákony založené kárné pravomoci Nejvyššího správního soudu ve věcech soudců, státních zástupců a exekutorů, kde je odkazováno na použití trestního řádu.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUDNÍ PŘEZKUM VE VĚCECH MÍSTNÍHO REFERENDA

FILIP RIGEL

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language
Místní referendum je nejrozšířenějším a nejdůležitějším nástrojem přímé demokracie v České republice. Soudní přezkum místního referenda je zaručen prostřednictvím soudního řádu správního. Návrhem se u soudu lze domáhat: určení, že návrh na konání místního referenda nemá nedostatky, vyhlášení místního referenda, vyslovení neplatnosti rozhodnutí přijatého v místním referendu nebo vyslovení neplatnosti hlasování v místním referendu.

Key words in original language
Místní referendum, soudní přezkum

Abstract
Local referendum is the most widespread and the most important form of direct democracy in the Czech Republic. Judicial review of local referendum is guaranteed by the Code of Administrative Justice. It is possible by a petition to the court to seek: determination that the proposal for holding a local referendum has no faults, announcement of a local referendum, declaration of the decision made in a local referendum being invalid or declaration of the vote made in a local referendum being invalid.

Key words
Local Referendum, Judicial Review

1. OBECNÉ ÚVAHY

Soudní kontrola politických procesů obecně musí oscilovat někde mezi tezí, že politické rozhodnutí (nadto přímo vzešlé z vůle občanů) by nemělo být soudně přezkoumatelné vůbec, a stanoviskem, že soudní kontrola politických procesů má být zcela detailní. Jeden extrém může vést až k hrozbě neexistence ochrany zfalšovaného hlasování, druhý vlastně rozhodnutí občanů de facto nahrazuje rozhodnutím soudu.

Vznik volebního soudnictví je spojován bezprostředně s konstituováním samotného zastupitelského principu. Zprvu se ujala praxe, že volený orgán sám ověřoval správnost mandátu svých členů. V důsledku přílišné politizace tohoto řízení však dochází k přesunu této agendy na nezávislé soudy.[1] Zde

[1] Blíže viz GLÜCKSELIG, R.: *Soudní přezkum volební kampaně*. In ŠIMÍČEK, V. (ed.): *Volební kampaň v České republice*. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 94 an.

můžeme spatřovat prvopočátky volebního soudnictví. Soudnictví ve věcech místního referenda má s volebním soudnictvím mnoho styčných ploch. Důkazem budiž i to, že je soudní řád správní[2] obě spojuje do jednoho typu řízení (soudnictví ve věcech volebních a ve věcech místního referenda podle části první hlavy druhé dílu čtvrtého tohoto zákona). Po celé Evropě je obvyklé, že k řízení ve věcech místního referenda jsou příslušné tytéž soudy jako ve věcech (místních) voleb (půjde o soudy obecné, správní či zvláštní volební, v některých případech ovšem i soudy ústavní).

Soudní kontrola místního referenda může být prováděna až po konání místního referenda, pak můžeme mluvit o kontrole následné (jde o věci vyslovení neplatnosti hlasování či přijatého rozhodnutí). Krom kontroly následné existuje též kontrola předběžná (řízení ve věcech seznamů, ochrana návrhu přípravného výboru), tedy taková, dojde-li k soudní ingerenci ještě před tím, než je místní referendum vůbec vyhlášeno. Za určitých okolností se řízení může dostat i před Ústavní soud.

2. ŘÍZENÍ PŘED SPRÁVNÍMI SOUDY

Řízení ve věcech místního referenda (spolu s řízením ve věcech volebních) spadá do rámce správního soudnictví (§ 88 – § 93 ve spojení s § 2 soudního řádu správního). K řízení jsou věcně příslušné krajské soudy, místně soudy, v jejichž obvodu působnosti se nachází obec či statutární město ve smyslu legislativních zkratek zakotvených v § 1 zákona o místním referendu,[3] na jejichž území se má referendum konat (resp. se již konalo).

Pro řízení platí některé společné znaky. Jedním z nich je zvýšená tvrdost v případech, kdy je některý z návrhů podán u věcně nebo místně nepříslušného soudu. Takový návrh je pak podle § 92 soudního řádu správního nepřípustný. Je tomu tak proto, že právě ve věcech místního referenda a věcech volebních nabývá kardinální důležitosti rychlost řízení, která je první podmínkou jeho účinnosti. Také proto jsou stanoveny krátké lhůty pro podání návrhu (§ 57 odst. 2, § 58 odst. 2 zákona o místním referendu) i pro rozhodnutí soudu (§ 91a odst. 3 soudního řádu správního – do 30 dnů). Lhůty k podání návrhu nelze v souladu s § 93 odst. 3 soudního řádu správního prominout.[4] Návrh na zahájení řízení (a úkony, jimiž se disponuje řízením nebo jeho předmětem) může být učiněn pouze písemně nebo ústně do protokolu.[5]

---

[2] Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní.

[3] Zákon č. 22/2004 Sb., o místním referendu a o změně některých zákonů.

[4] Usnesení Krajského soudu v Praze ze dne 5. 9. 2006, č. j. 44 Ca 118/2006-52, muselo odmítnout návrh podaný o jediný den později (případ referenda v Čelákovicích).

[5] Usnesením Krajského soudu v Ostravě ze dne 5. 5. 2005, č. j. 22 Ca 116/2005-35, byl odmítnut návrh na vyhlášení místního referenda v Přerově, neboť k jinak včas podanému faxovému podání nebylo možno přihlédnout (nesplňuje náležitost formy úkonu),

Žádný z účastníků nemá právo na náhradu nákladů řízení, což v pravém smyslu slova vystihuje veřejný charakter věci a vylučuje postup podle § 60 soudního řádu správního.[6] Usnesení soud doručí účastníkům a vyvěsí je na úřední desce soudu. Usnesení nabývá právní moci dnem vyvěšení. To je výrazná odlišnost proti zásadě upravené v § 55 odst. 5 ve spojení s § 54 odst. 5 soudního řádu správního o nabytí právní moci rozhodnutí (v případě místního referenda vždy usnesení) jeho doručením účastníkům řízení. V daném případě právní moc nastává dnem vyvěšení, což zavírá prostor potížím či obstrukcím při doručování rozhodnutí a zároveň usnadňuje to, aby se s rozhodnutím seznámila široká veřejnost.

Řízení ve věcech místního referenda může za určitých okolností skončit soudním vyhlášením místního referenda (nikoliv vrácením věci k dalšímu řízení). To je další zvláštní prvek referendového soudnictví, neboť jde o významnou výjimku z kasačního principu, který jinak ovládá soudnictví správní. Rozhodnutí soudu tak nahrazuje absentující rozhodnutí zastupitelstva.

Podle § 104 odst. 1 soudního řádu správního je kasační stížnost ve věcech místního referenda (a věcech volebních) nepřípustná. Ustanovení o nepřípustnosti kasační stížnosti ve věcech místního referenda bylo do soudního řádu správního vtěleno zákonem o místním referendu. V době od 1. 1. 2003 (účinnost soudního řádu správního) do 1. 2. 2004 (účinnost stávajícího zákona o místním referendu) tedy bylo možné kasační stížnosti podat i ve věcech místního referenda. Právě v uvedené době bylo vydáno jediné rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, které se bezprostředně týká problematiky místního referenda.[7] S ohledem na skutečnost, že kasační stížnost je ve věcech místního referendu nepřípustná, nemůže Nejvyšší správní soud hrát plně roli sjednotitele judikatury na daném poli.

---

rozhodující písemné podání (obsahově shodné s tím faxovým) pak došlo po lhůtě. Přísnost formálních náležitostí je dána právě nezbytností vést řízení rychle a též rychle rozhodnout. Podle § 53 zákona o místním referendu jsou navíc lhůty v něm obsažené hmotněprávní.

[6] VOPÁLKA, V., MIKULE, V., ŠIMŮNKOVÁ, V., ŠOLÍN, M.: *Soudní řád správní: komentář.* 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 240.

[7] Nejvyšší správní soud v něm však vyslovil závěr, že proti rozhodnutí zastupitelstva o nevyhlášení místního referenda nebylo možno za účinnosti předchozího zákona č. 298/1992 Sb., o místním referendu, brojit žalobou ve správním soudnictví (tentýž závěr plyne též z usnesení Krajského soudu v Ostravě ze dne 18. 12. 2003, č. j. 22 Ca 391/2003, či usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 4. 9. 2003, č. j. 29 Ca 285/2001-30). Tím byla tedy zcela relativizována možnost podávat v předmětných věcech kasační stížnosti v inkriminované době. Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 9. 2004, č. j. 2 As 22/2004-68. Kuriozitou je skutečnost, že číslo nápadu agendy As a rok spisové značky uvedeného rozhodnutí je shodou okolností totožné s číslem, pod nímž byl publikován stávající zákon o místním referendu.

2.1 OCHRANA VE VĚCECH SEZNAMU OPRÁVNĚNÝCH OSOB

I bez výslovného ustanovení zákona o místním referendu a soudního řádu správního se domnívám, že úpravu o řízení ve věcech seznamu voličů lze analogicky vztáhnout i na řízení ve věcech seznamů oprávněných osob, který je od seznamu voličů odvozen.

Každý volič (oprávněná osoba) si může podle § 28 odst. 2 věta třetí zákona o volbách do zastupitelstev obcí[8] na obecním úřadě [ve smyslu legislativní zkratky dle § 6 písm. g) tohoto zákona, která je ovšem shodná s legislativní zkratkou podle zákona o místním referendu] ověřit, zda je zapsán v seznamu a může požadovat doplnění údajů nebo provedení oprav. Může tak pochopitelně činit pouze ve věci svých vlastních údajů, neboť je potřeba brát ohled na ochranu před nedovoleným zveřejňováním nebo jiným zneužíváním osobních údajů (čl. 10 odst. 3 Listiny základních práv a svobod). Nebude-li mu do dvou dnů vyhověno, může se na základě § 59 odst. 1 zákona o volbách do zastupitelstev obcí ve věcech chyb a nedostatků v seznamech domáhat rozhodnutí soudu.

Řízení ve věcech seznamů voličů (v našem případě z nich vzešlých seznamů oprávněných osob) upravuje § 88 soudního řádu správního. Účastníkem řízení je navrhovatel a správní orgán, u nějž se navrhovatel domáhá změny či doplnění seznamu. Soud musí bez jednání rozhodnout usnesením v časovém limitu tří kalendářních (nikoliv pracovních)[9] dnů ode dne, kdy návrh došel soudu, neboť hrozí nebezpečí prodlení. Ani ve věcech opravy chyb v seznamech není vyloučena, dokud soud nerozhodl, možnost předvídaná v § 62 odst. 1 soudního řádu správního, a to vyhovění navrhovateli odpůrcem (příslušným správním orgánem) za předpokladu, že tak nebudou dotčena práva třetích osob.[10]

2.2 OCHRANA NÁVRHU PŘÍPRAVNÉHO VÝBORU

Má-li se místní referendum konat na návrh přípravného výboru, avšak lokální politické reprezentaci, která kontroluje jeho vyhlášení, se nehodí, lze si docela dobře představit, že bude projevovat snahu, jak místní referendum co možná nejvíce oddálit či dokonce mu zcela zabránit. Ochrana před nečinností obecního úřadu či magistrátu statutárního města ve smyslu legislativní zkratky je zakotvena v ustanovení § 12 odst. 3 zákona o místním referendu, které zavádí nevyvratitelnou domněnku bezvadnosti návrhu po marném uplynutí třicetidenní lhůty (tedy pokud nebude úřad konat). Ochrana proti nesprávné činnosti obecního úřadu nebo magistrátu

---

[8] Zákon č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů.

[9] VOPÁLKA, V., MIKULE, V., ŠIMŮNKOVÁ, V., ŠOLÍN, M.: *Soudní řád správní: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 219.

[10] IBIDEM.

statutárního města ve smyslu legislativních zkratek je pak svěřena soudu. Stejně je upravena ochrana proti nečinnosti či vadné činnosti zastupitelstva. Ochrana před nečinností rady, která působí jako předkladatel návrhu přípravného výboru zastupitelstvu, zákonem o místním referendu explicitně zakotvena není. Domnívám se však, že na tento případ pamatuje přímo § 91a odst. 1 písm. b) soudního řádu správního, který stanoví možnost domáhat se vyhlášení místního referenda, neboť nekoná-li rada, tak jak má, pak nebude patrně konat ani zastupitelstvo, jelikož mu návrh není radou předložen. Nečinnost rady je tak i nečinností zastupitelstva, na níž pamatováno je.

Soudní ochranu návrhu přípravného výboru upravuje § 57 odst. 1 zákona o místním referendu. Přípravný výbor tak má právo domáhat se této ochrany u soudu v případě, že:

- nesouhlasí s výzvou obecního úřadu nebo magistrátu statutárního města ve smyslu legislativních zkratek k odstranění vad návrhu přípravného výboru podle § 12 odst. 2 zákona o místním referendu, nebo pokud

- zastupitelstvo nerozhodlo o návrhu přípravného výboru postupem podle § 13 odst. 1 písm. a) zákona o místním referendu (jde o speciální případ ochrany proti nečinnosti správního orgánu) nebo rozhodlo o tom, že referendum nevyhlásí podle § 13 odst. 1 písm. b) téhož zákona.

Přípravný výbor musí svůj návrh ve věci místního referenda podat nejpozději:

- do 10 dnů od doručení písemné výzvy k odstranění vad návrhu přípravného výboru nebo

- do 20 dnů od jednání zastupitelstva obce nebo statutárního města ve smyslu legislativních zkratek, na němž měl být návrh přípravného výboru projednán či na němž bylo rozhodnuto, že místní referendum nebude vyhlášeno.

Josef Vedral si všímá skutečnosti, že pro navrhovatele místního referenda bude schůdnější a rychlejší nikoliv napadat u soudu nejprve postup obecního úřadu nebo magistrátu statutárního města ve smyslu legislativních zkratek, ale rovnou nečinnost zastupitelstva, nerozhodne-li o vyhlášení místního referenda na svém nejbližším zasedání následujícím po podání návrhu přípravným výborem. Podání žaloby proti postupu zastupitelstva, které může vyústit v rozhodnutí soudu nahrazující rozhodnutí zastupitelstva o vyhlášení místního referenda, není totiž podmíněno předchozím podáním

žaloby proti postupu obecního úřadu nebo magistrátu statutárního města ve smyslu legislativních zkratek a kladným rozhodnutím o této otázce.[11]

Účastníky řízení ve věcech ochrany návrhu přípravného výboru [§ 91a odst. 1 písm. a) až b) soudního řádu správního] jsou přípravný výbor a příslušná obec, městská část nebo městský obvod územně členěného statutárního města, městská část hlavního města Prahy nebo hlavní město Praha (§ 91a odst. 2 soudního řádu správního). Mluvou zákona o místním referendu tak účastníkem řízení může být obec i statutární město ve smyslu legislativních zkratek. Městské části a obvody statutárních měst přitom nedisponují právní subjektivitou.[12] Jejich procesní způsobilost je však dána samotným soudním řádem správním, takže o ní nelze mít pochyb. Ostatně stejné je v tomto smyslu i postavení přípravného výboru, který rovněž není nadán právní subjektivitou (úkony za něj činí zmocněnec, z hlediska procesního však je účastníkem řízení přípravný výbor jako celek).

Soud v řízení o přezkumu vad návrhu přípravného výboru, které určil obecní úřad nebo magistrát statutárního města ve smyslu legislativní zkratky, stanoví, zda návrh na konání místního referenda má nedostatky (pak návrh mu učiněný zamítne), či je jich prost (pak to vysloví). V tomto případě soud přezkoumává všechny formální náležitosti návrhu, neboť zjišťuje správnost počínání obecního úřadu nebo magistrátu statutárního města podle legislativní zkratky. Jak správně uvedl Krajský soud v Hradci Králové ve svém usnesení ze dne 22. 6. 2007, č. j. 30 Ca 85/2007-26, návrh na vyslovení bezvadnosti nelze podat před uplynutím lhůty uvedené v § 12 odst. 1 zákona o místním referendu. V opačném případě by návrh soudu musel být odmítnut jako předčasný. Stejně tak nelze takový návrh podat v situaci, kdy příslušný úřad nevyzve zmocněnce k odstranění nedostatku náležitostí návrhu na vyhlášení místního referenda podle § 12 odst. 2 zákona o místním referendu. Není-li bezvadnost návrhu na vyhlášení místního referenda zpochybněna, soud návrh na určení, že tento návrh nemá nedostatky, odmítne podle § 46 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního, jak uvedl Krajský soud v Plzni ve svém usnesení ze dne 10. 7. 2006, č. j. 30 Ca 59/2006-48, publikovaném pod č. 964/2006 Sb. NSS.

V případě řízení o vyhlášení místního referenda může soud rozhodnout buď o zamítnutí návrhu, nebo o vyhlášení místního referenda. Vyhlásí-li soud místní referendum, potom rozhodnutí soudu nahrazuje rozhodnutí

---

[11] VEDRAL, J.: *K jednomu rozhodnutí Ústavního soudu o místním referendu*. Správní právo, 2005, č. 4, s. 219–220.

[12] Celkem jasně to říká § 134 odst. 1 zákona o obcích (*městské části a obvody jednají za statutární město*…). Právní subjektivitu naopak mají městské části hlavního města Prahy, dovodit ji můžeme ze znění § 3 odst. 2 zákona o hlavním městě Praze (městské části *vystupují v právních vztazích svým jménem*…). Blíže především EXNER, J.: *Obce, města, městské části. O místní veřejné správě a její dekoncentraci statutárními vyhláškami v územně členěných městech*. 1. vyd. Praha: Libri, 2004, s. 179–181 a 233–234.

zastupitelstva, jak plyne z § 57 odst. 3 zákona o místním referendu. Tady soud přezkoumává již toliko skutečnost, zda lze o dané otázce místní referendum konat, a nezabývá se formalitami návrhu, jelikož posuzuje (ne)počínání zastupitelstva, jemuž posuzování formalit nepřísluší.[13]

Soudy ovšem v této věci nerozhodují jednotně. Excesem je usnesení Krajského soudu v Brně ze dne 14. 10. 2009, č. j. 31 Ca 147/2009-67, v němž je uvedeno, že soud komplexně posuzuje celý proces předcházející rozhodnutí o vyhlášení či nevyhlášení referenda. Naopak Krajský soud v Plzni v usnesení ze dne 26. 10. 2005, č. j. 30 Ca 73/2005-50, dovodil, že nejprve příslušný úřad posuzuje to, zda předložený návrh přípravného výboru je bezvadný nebo má nedostatky, a poté příslušné zastupitelstvo posuzuje to, zda o navržené otázce lze nebo nelze konat místní referendum. Příslušný úřad se tedy zabývá zejména tím, zda návrh přípravného výboru (včetně přílohy) má náležitosti stanovené podle § 10 a § 11 zákona o místním referendu a obsahuje správné a úplné údaje, kdežto příslušné zastupitelstvo zkoumá především to, zda ohledně navržené otázky není dán některý z důvodů nepřípustnosti konání místního referenda podle § 7 zákona o místním referendu. Je tudíž třeba rozlišovat mezi nedostatky návrhu přípravného výboru a podpisových listin a důvody nepřípustnosti konání místního referenda. Tato diferenciace, jak sám Krajský soud v Plzni připouští, může být provázena určitými obtížemi. Vzhledem k právu na spravedlivý proces je však třeba chápat limitní případy spíše za nedostatky návrhu přípravného výboru a podpisových listin než za důvody nepřípustnosti konání místního referenda. K témuž závěru dospěl i Krajský soud v Brně ve svém usnesení ze dne 25. 6. 2004, č. j. 30 Ca 154/2004-59.

Krajský soud v Plzni v usnesení ze dne 10. 7. 2006, č. j. 30 Ca 59/2006-48, publikovaném pod č. 964/2006 Sb. NSS, sice respektuje odlišné postavení zastupitelstva a obecního úřadu (resp. magistrátu statutárního města ve smyslu legislativních zkratek) v procesu přezkumu návrhu přípravného výboru, ale dospívá k závěru, že soubor výrazů užitých v ustanovení § 13 odst. 1 písm. a) zákona o místním referendu, tj. „o navržené otázce nelze místní referendum konat“, je třeba vyložit extenzivně. Zastupitelstvo tak neposuzuje otázku jen striktně z pohledu § 7 zákona o místním referendu (který stanoví, v jakých případech je konání místního referenda nepřípustné, tedy např. o místních poplatcích, odvolání starosty, schválení obecně

[13] Proceduru přezkoumávání návrhu na vyhlášení místního referenda upravuje § 12 zákona o místním referendu. Podle jeho odst. 2 platí, že nemá-li návrh přípravného výboru stanovené náležitosti nebo obsahuje-li nesprávné nebo neúplné údaje, obecní úřad nebo magistrát statutárního města (ve smyslu legislativních zkratek) neprodleně písemně vyzve zmocněnce přípravného výboru, aby takové nedostatky ve stanovené lhůtě odstranil. Z odst. 3 plyne, že nedojde-li k vyrozumění o absenci vad (eventuálně není-li zmocněnec vyzván k jejich odstranění), považuje se takový návrh přípravného výboru po uplynutí lhůty 30 dnů od jeho podání za bezvadný. Bezvadný návrh musí být předložen k projednání zastupitelstvu na jeho nejbližším zasedání, které v souladu s § 13 odst. 1 usnesením rozhodne o vyhlášení místního referenda, anebo o tom, že místní referendum nevyhlásí, jestliže o navržené otázce nelze místní referendum konat.

závazné vyhlášky obce atd.), ale také z pohledu § 6, který říká, že v místním referendu se rozhoduje o věcech, jež patří do samostatné působnosti obce, a rovněž z pohledu § 1 zákona o místním referendu, jenž kogentně vymezuje, kde lze místní referendum konat.

Výklad provedený Krajským soudem v Plzni v posledním případě považuji za nejpřesnější. Zastupitelstvo skutečně neposuzuje izolovaně pouze otázku, nýbrž to, zda ve věci vůbec lze místní referendum konat (tedy v podstatě otázku, zda by referendum mohlo vyhlásit samo z vlastní iniciativy). Jistě totiž nelze připustit situaci, kdy by zastupitelstvo muselo vyhlásit místní referendum tam, kde jej nelze konat. Nevyvratitelná právní domněnka[14] bezvadnosti návrhu přípravného výboru ve smyslu § 12 odst. 3 zákona o místním referendu tak dopadá jen na vady zhojitelné – jako např. na situaci, kdy chybí dostatečné množství podpisů na listině, která je přílohou návrhu. Pokud na tuto vadu neupozorní obecní úřad či magistrát statutárního města ve smyslu legislativních zkratek, pak kvůli ní již zastupitelstvo nemůže odmítnout vyhlášení místního referenda. Naopak je-li vada takové intenzity, že ani zastupitelstvo samo z vlastního popudu by nemohlo místní referendum vyhlásit, nemůže jej vyhlásit ani na návrh přípravného výboru – a to skutečně ani tehdy, kdy obecní úřad nebo magistrát statutárního města ve smyslu legislativních zkratek nevyrozumí zmocněnce o tom, že návrh přípravného výboru nemá nedostatky, nebo ho nevyzve k jejich odstranění ve lhůtě 30 dnů od jeho podání.

Soud vždy rozhodne usnesením do 30 dnů, jednání není třeba nařizovat, jelikož soud vychází především z listinných důkazů. Dospěje-li soud k názoru, že jednání je potřebné, pak je nařídit smí (rozdílně od řízení ve věcech seznamů).

Jsem dále toho názoru, že soud přímo místní referendum vyhlašuje (dá-li navrhovateli za pravdu), nikoliv toho názoru, že soud uloží zastupitelstvu povinnost místní referendum vyhlásit. Dikce § 57 odst. 3 zákona je v tomto směru jasná (rozhodnutí soudu … nahrazuje rozhodnutí zastupitelstva…).

---

[14] NAHODIL, T., ŘÍČKA, T.: *Místní referendum v České republice. Zákon o místním referendu s poznámkami*. 1. vyd. Praha: Linde, 2004, s. 38 tvrdí, že se jedná o právní fikci. Fikcí však rozumíme takovou právní konstrukci, kdy je známo, že fingovaná skutečnost neexistuje (nebo dokonce ani nemůže existovat), nicméně se k ní přihlíží z praktických důvodů či z důvodů právní jistoty, jako by existovala – podrobně srov. např. KNAPPOVÁ, M., ŠVESTKA, J., et al.: *Občanské právo hmotné. Svazek I.* 3. vyd. Praha: ASPI, 2002, s. 151–152. V našem případě by tedy fikcí byla konstrukce, která by stanovila, že se po uplynutí třicetidenní lhůty považuje za doručené písemné oznámení ze strany obecního úřadu či magistrátu statutárního města (ve smyslu legislativní zkratky) o tom, že návrh je bezvadný, ačkoliv by toto doručeno nebylo. Zákon však neupravuje fikci doručení, nýbrž stanoví, že se jako na bezvadný pohlíží na samotný návrh přípravného výboru (a ten skutečně bez vad být může). Jedná se tedy o nevyvratitelnou právní domněnku. Nesprávně tuto konstrukci za fikci označuje též Ústavní soud v nálezu ze dne 9. 2. 2005, sp. zn. IV. ÚS 223/04, Sb. n. u. ÚS, Svazek č. 36, nález č. 27; nebo VEDRAL, J.: *K novému zákonu o místním referendu*. Právní zpravodaj, 2004, č. 3, s. 12.

Jinak ovšem hovoří zákon o obcích,[15] který upravuje postup v případě, že zastupitelstvo (nebo jiný orgán obce) nebude postupovat v souladu s rozhodnutím soudu o povinnosti vyhlásit místní referendum (§ 89 odst. 2 zákona o obcích, podobné ustanovení obsahuje i § 67 odst. 2 a § 92 odst. 4 zákona o hlavním městě Praze).[16] Stojíme-li na stanovisku, že rozhodnutí soudu nahrazuje rozhodnutí zastupitelstva, může pak vůbec zastupitelstvo nepostupovat v souladu s rozhodnutím soudu o vyhlášení místního referenda, když už je vlastně (podle našeho názoru) místní referendum vyhlášeno? Soudy, pokud místní referendum vyhlašují, nepostupují jednotně, pokud jde o to, zda zároveň s vyhlášením referenda stanoví i den jeho konání.[17] Pokud soud den konání místního referenda nevyhlásí, musí tak učinit zastupitelstvo. I pokud soud den vyhlásí, je třeba ještě stanovit konkrétní časové rozpětí jeho konání. Součinnost zastupitelstva tak bývá potřebná i po rozhodnutí soudu.

Dikci § 89 odst. 2 zákona o obcích tak musíme přeložit (namísto „nebude postupovat v souladu s rozhodnutím soudu o povinnosti vyhlásit místní referendum“ na „nebude postupovat v souladu s rozhodnutím soudu o vyhlášení místního referenda“). Neposkytne-li zastupitelstvo po rozhodnutí soudu součinnost, pak Ministerstvo vnitra (v případě městské části hlavního města Prahy primátor hlavního města Prahy) vyzve podle § 89 odst. 2 zákona o obcích (resp. § 67 odst. 2 či § 92 odst. 4 zákona o hlavním městě Praze) příslušné zastupitelstvo, aby do 2 měsíců zjednalo nápravu. Jestliže tak zastupitelstvo v této lhůtě neučiní, Ministerstvo vnitra (resp. zastupitelstvo hlavního města Prahy v případě pražské městské části) je rozpustí. Proti tomuto rozhodnutí může územní samosprávný celek podat žalobu k soudu podle § 67 písm. b) soudního řádu správního.

2.3 VYSLOVENÍ NEPLATNOSTI HLASOVÁNÍ ČI PŘIJATÉHO ROZHODNUTÍ

Ustanovení § 58 odst. 1 zákona o místním referendu říká, že návrh na vyslovení neplatnosti hlasování nebo neplatnosti rozhodnutí v místním referendu může podat u soudu každá oprávněná osoba nebo přípravný výbor, mají-li za to, že:

- došlo k takovému porušení ustanovení zákona o místním referendu, které mohlo ovlivnit jeho výsledek,

---

[15] Zákon č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení).

[16] Zákon č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze.

[17] Den konání vyhlásil Krajský soud v Hradci Králové v usnesení ze dne 24. 11. 2008, č. j. 30 Ca 173/2008-64, publikovaném pod č. 1818/2009 Sb. NSS, naopak nevyhlásil Krajský soud v Brně v usnesení ze dne 3. 9. 2007, č. j. 29 Ca 152/2007-83.

- bylo konáno místní referendum o věci, která nepatří do samostatné působnosti obce nebo statutárního města ve smyslu legislativních zkratek, nebo

- bylo konáno místní referendum o věci, o níž nelze místní referendum konat.

Znění § 58 odst. 1 zákona o místním referendu mísí dva různé typy řízení ve věcech místního referenda. Jednak řízení, které vyústí (bude-li návrhu vyhověno) ve vyslovení neplatnosti rozhodnutí přijatého v místním referendu [§ 91a odst. 1 písm. c) soudního řádu správního], jednak řízení, které může skončit vyslovením neplatnosti hlasování v místním referendu [§91a odst. 1 písm. d) soudního řádu správního]. Domnívám se, že návrhu na vyslovení neplatnosti rozhodnutí v místním referendu bude vyhověno, pokud se referendum konalo o nepřípustné otázce, zatímco neplatnost hlasování by měla být vyslovena tehdy, došlo-li závažným způsobem k porušení ustanovení o průběhu hlasování v nejširším slova smyslu (především část první hlava pátá zákona o místním referendu).[18]

Soud pochopitelně v případě podání jakéhokoliv návrhu musí nejprve zkoumat, zda jsou splněny podmínky řízení. Krajský soud v Brně ve svých usneseních ze dne 12. 11. 2004, č. j. 30 Ca 247/2004-34, č. j. 29 Ca 250/2004-22, dospěl k závěru, že jednou z podmínek řízení o vyslovení neplatnosti hlasování v místním referendu je platnost rozhodnutí přijatého v místním referendu. Je-li rozhodnutí přijaté v místním referendu neplatné již proto, že se k němu nedostavilo dostatečné množství oprávněných osob (jak tomu bylo v posuzovaném případě místního referenda v Brně), pak dle názoru krajského soudu nemá smysl vést řízení o vyslovení neplatnosti hlasování, jestliže výsledek tohoto hlasování je přímo ze zákona o místním referendu (§ 48) prohlášen za neplatný z důvodu účasti nedostatečného počtu oprávněných osob. Takovéto neplatné rozhodnutí nemá žádné právní následky. Krajský soud v Brně proto podané návrhy na vyslovení neplatnosti hlasování odmítl s poukazem na § 46 odst. 1 písm. a) soudního řádu správního.

Ačkoliv se mohou uvedené závěry Krajského soudu v Brně zdát jako logické, správné nejsou. Soud totiž naprosto pominul právě rozdíl mezi tím, domáhá-li se navrhovatel vyslovení neplatnosti hlasování [§ 91a odst. 1 písm. d) soudního řádu správního], anebo domáhá-li se, aby byla vyslovena neplatnost rozhodnutí přijatého v místním referendu [§ 91a odst. 1 písm. c) soudního řádu správního]. Jen v druhém případě by snad bylo možné krajskému soudu přisvědčit. Je-li rozhodnutí v místním referendu neplatné

[18] Zkušenosti z komunálních voleb ukazují, že patrně nejčastějším prohřeškem proti zásadám správného hlasování je použití neorazítkovaných úředních obálek. Kvůli tomu byla vyslovena neplatnost hlasování v jednom okrsku v Brně-Králově poli při komunálních volbách v roce 2006 apod. Stejná potíž je při místním referendu velmi lehce představitelná.

ex lege z důvodu A, již není potřeba, aby totéž vyslovil i krajský soud z důvodu B. V souzeném případě se ale nejednalo o návrh na vyslovení neplatnosti rozhodnutí v místním referendu (to by připadalo v úvahu tehdy, konalo-li by se referendum ve věci, o níž se konat nesmí), nýbrž o návrh na vyslovení neplatnosti hlasování. A tento návrh je třeba vždy zkoumat z toho hlediska, zda došlo k takovému porušení zákona (zejména v pasážích o průběhu hlasování), které mohlo ovlivnit výsledek referenda. Může se tedy jednat o pochybení, které mohlo ovlivnit to, že se oprávněné osoby v referendu vyslovily pro tu či onu nabízenou odpověď, ale také to, že se k místnímu referendu (ne)mohl dostavit dostatečný počet oprávněných osob. Uveďme jako příklad situaci, kdy je oprávněným osobám bráněno, aby mohly v místním referendu hlasovat (např. nejsou některým jedincům či skupinám vydávány hlasovací lístky, některé oprávněné osoby nejsou vpuštěny do hlasovací místnosti, eventuálně místní referendum nebylo náležitě vyhlášeno a ne každý se tak o něm mohl dozvědět). V takových případech by měla být neplatnost hlasování v místním referendu vyslovena i tehdy, pokud bylo rozhodnutí neplatné pro malou účast (neboť právě ona malá účast mohla být způsobena pochybením při referendovém procesu). Svým postojem ovšem Krajský soud v Brně odmítl pomocí soudního přezkumu bránit se takovémuto typu pochybení během místního referenda.

Pro soudní přezkum hlasování v místním referendu je důležitá obecně respektovaná zásada, která zakotvuje právní domněnku, byť vyvratitelnou, že výsledek hlasování odpovídá vůli oprávněných osob. Další zásadou je to, že právní úprava procesního postupu ověřování referenda je založena buď na objektivní příčinné souvislosti mezi vadou hlasovacího procesu a samotným výsledkem hlasování, anebo alespoň na kauzálním nexu potenciálního charakteru. Mělo by tedy platit, že rozhodnutí oprávněných osob (jakožto jakéhosi lokálního suveréna) má být změněno jen potud, kdy dojde k takovým závadám v průběhu místního referenda, že vady způsobily nebo alespoň mohly prokazatelně způsobit to, že by bývaly oprávněné osoby rozhodly jinak, nebylo by bývalo takových chyb. Pokud shrneme shora uvedené a opřeme-li se o judikaturu,[19] zvíme, že pro vyhovění návrhu na vyslovení neplatnosti hlasování bude třeba kumulativní naplnění tří podmínek, jimiž jsou:

- protizákonnost (tj. porušení některých ustanovení zákona o místním referendu),

- vztah mezi protizákonností a výsledkem místního referenda a

[19] Jde pochopitelně o judikaturu ve věcech volebních – dobře poslouží i pro naše účely, pakliže ji přeložíme z jazyka volebního do jazyka místního referenda – srov. např. usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 2. 7. 2004, č. j. Vol 6/2004-12, publikované pod č. 354/2004 Sb. NSS, které se týkalo voleb do Evropského parlamentu.

- zásadní intenzita zmíněné protizákonnosti, která ve svém důsledku musí přinejmenším významně zpochybňovat daný výsledek místního referenda.

Soudnictví ve věcech místního referenda v ČR přitom nezná absolutní vady hlasovacího procesu, čili takové porušení ustanovení zákona o místním referendu, které by automaticky vedlo k vyslovení neplatnosti hlasování. Všechny zjištěné eventuální vady v průběhu místního referenda je tedy nutno pokaždé poměřovat v tom smyslu, jaký vliv na výsledek hlasování měly či mít mohly. Výše uváděné principy vycházejí spíše z principů volebního soudnictví, avšak domnívám se, že je lze stejně dobře naroubovat na právní úpravu kontroly místního referenda.

Je-li vyslovena neplatnost hlasování ve volbách, pak jsou vypsány volby nové. Je-li ovšem vyslovena neplatnost hlasování v místním referendu, je další postup obestřen tajemstvím. Jisté je jen to, že nelze na tento případ aplikovat dvouleté moratorium na opakování referenda v dané věci, neboť § 7 písm. h) zákona o místním referendu zakazuje podání návrhu na konání místního referenda po dobu 24 měsíců jen od platného rozhodnutí v místním referendu. Jak si tedy dále počínat, je-li hlasování v místním referendu soudně prohlášeno za neplatné? Má se v takovém případě hlasování opakovat automaticky, nebo je potřeba dalšího usnesení zastupitelstva? Přikláním se k druhé variantě, ovšem je třeba dodat, že na příslušné usnesení zastupitelstva, bylo-li místní referendum konáno z podnětu přípravného výboru, je stále právní nárok, neboť vyslovením neplatnosti hlasování soudem dochází k tomu, že nárok na vyhlášení místního referenda stále nebyl saturován.

Návrh na vyslovení neplatnosti hlasování nebo neplatnosti rozhodnutí v místním referendu je třeba podat nejpozději do 10 dnů po vyhlášení výsledků hlasování. Účastníky řízení jsou přípravný výbor nebo jakákoliv osoba oprávněná hlasovat v místním referendu, příslušná obec nebo statutární město podle legislativních zkratek. Soud rozhodne usnesením do 30 dnů, jednání není třeba nařizovat, neboť soud vychází především z listin.

3. ŘÍZENÍ PŘED ÚSTAVNÍM SOUDEM

V některých evropských zemích mohou být ústavní tribunály řádnou součástí přezkumu místních referend. Např. v Maďarsku je soudní ochrana proti odmítnutí vyhlásit místní referendum, porušení právních předpisů při jeho konání nebo proti nelegálnímu odmítnutí projednat lidovou iniciativu svěřena ústavnímu soudu.[20] V Portugalsku je zakotvena preventivní kontrola místního referenda. Otázku navrženou k rozhodnutí v místním referendu posuzuje ústavní soud, měřítkem mu je ústavnost a zákonnost otázky, teprve

[20] SVOBODA, K.: *Místní samospráva v Maďarsku*. Moderní obec, 2000, č. 7, s. 19.

po kladném stanovisku soudu se smí místní referendum konat. Většina navržených referend přitom před soudem neobstojí.[21]

V České republice je však řízení před Ústavním soudem, které se problematiky místního referenda dotýká, myslitelné až jako krajní prostředek ochrany. Vzhledem k nepřípustnosti kasační stížnosti však lze proti rozhodnutím soudů ve správním soudnictví ve věcech místního referenda podat ústavní stížnost přímo. Domnívám se, že v takovém případě by eventuální ústavní stížnost měla být přijata mimo pořadí (§ 39 zákona o Ústavním soudu),[22] neboť věc s největší pravděpodobností bude naléhavá.[23]

Otázkou, kterou je třeba se v takovém případě zabývat, je věc procesní způsobilosti přípravného výboru před Ústavním soudem. Přípravný výbor je toliko sdružením fyzických osob na čele se zmocněncem, není však právnickou osobou, byť mu soudní řád správní ve svém § 91a přiznává procesní způsobilost, totéž potvrzuje i znění § 9 odst. 2 písm. c) až d), § 57 a § 58 zákona o místním referendu. Jinak se na první pohled může jevit procesní způsobilost k podání ústavní stížnosti. Podle § 72 odst. 1 písm. a) zákona o Ústavním soudu může ústavní stížnost podat pouze fyzická nebo právnická osoba, tvrdí-li, že pravomocným rozhodnutím v řízení, jehož byla účastníkem, bylo porušeno její základní právo nebo svoboda zaručené ústavním pořádkem. Doslovným výkladem by mohlo dojít k paradoxní anomálii – tj. k tomu, že přípravný výbor je nadán právem obrátit se za účelem ochrany svého návrhu ke krajskému soudu, nikoliv však se již obrátit s případnou ústavní stížností na Ústavní soud. Vzhledem k tomu, že v této věci rozhoduje krajský soud jako první, ale rovněž i poslední instance, byla by nemožnost jakkoliv se dále právní cestou bránit proti případné neústavnosti rozhodnutí krajského soudu sama o sobě rozporná s Ústavou.

Záležitost procesní způsobilosti přípravného výboru již měl Ústavní soud možnost řešit jakožto předběžnou otázku ve svém nálezu ze dne 9. 2. 2005, sp. zn. IV. ÚS 223/04, Sb. n. u. ÚS, Svazek č. 36, nález č. 27. Ústavní stížnost v této věci neodmítl, nýbrž věcně prozkoumal, neboť dospěl k závěru, že přípravný výbor je oprávněn ke všem procesním úkonům, které jsou spojeny s místním referendem, tedy nikoli toliko k takovým, jež výslovně zakotvuje zákon o místním referendu. „Je tudíž oprávněn i k podání ústavní stížnosti, má-li za to, že v průběhu soudního přezkumu

---

[21] EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION): *Replies to the Questionnaire on the Use of Referendums* [stav ke dni 17. 11. 2009]. Dostupný z http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-EL(2004)011prov-bil.asp.

[22] Zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu.

[23] *Naléhavost* je neurčitý pojem. Usnesení podle § 39 je tak opatřením výjimečným. Jako důvod přednostního projednání věci byly např. uznány blížící se senátní volby. Blíže FILIP, J., HOLLÄNDER, P., ŠIMÍČEK, V.: *Zákon o Ústavním soudu: komentář*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001, s. 140–143 a judikatura tam uvedená.

rozhodnutí zastupitelstva místní referendum nevyhlásit byla porušena ústavně zaručená základní práva a svobody. Nadmíru striktní a v důsledku toho i formalistický výklad zákona o Ústavním soudu vylučující z přezkumu ústavnosti rozhodnutí obecného soudu s odkazem na neoprávněnost přípravného výboru tento přezkum Ústavnímu soudu navrhnout by (…) byl rozporným s ustanovením Čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy," uvedl k tomu dále Ústavní soud.

4. SOUHRN

Skutečnost, že soudy nemají příležitost příliš často se zabývat návrhy proti výsledku hlasování či přijatého rozhodnutí v místním referendu (volební judikatura je v tomto smyslu nespočetně bohatší), se může jevit jako překvapivá z toho pohledu, že místní referenda nejsou rozhodně jevem zřídkavým, často přitahují (byť někdy jen lokální) mediální pozornost a vzbuzují vášně. Vysvětlení tak bude asi možné najít v tom, že velmi hojná jsou referenda demonstrativního rázu, kdy se naprostá převaha hlasujících (či v některých případech dokonce zcela všichni) vyjádří pro tu či onu odpověď. A kde není navrhovatel (který se obvykle rekrutuje z poraženého tábora), není ani soudce. Jiným případem je ovšem judikatura ve věcech ochrany návrhu přípravného výboru, kde se již množství rozhodnutí za uplynulých téměř 6 let (od nabytí účinnosti zákona o místním referendu) počítá na desítky.

Negativním jevem je to, že je možné pozorovat významně odlišná právní posouzení skutkově shodných či podobných věcí i rozdílný výklad některých ustanovení zákona o místním referendu mezi krajskými soudy, ne zcela raritně dokonce i v rámci jednoho krajského soudu. Přímo se tak nabízí otázka, zda by přeci jen neměla být kasační stížnost přípustná i ve věcech místního referenda. Přes výše řečené se ale domnívám, že stávající nepřípustnost kasační stížnost ve věcech místního referenda přináší více výhod než nevýhod a cesty ke sjednocení judikatury mohou vést i jinudy. V případě místního referenda je totiž mimořádně důležitá rychlost, s jakou bude rozhodnuto (i proto zákon stanoví lhůty pro soudní rozhodnutí). Kasační princip ovšem může vést k celkovému prodloužení řízení, a tedy je ve věcech místního referenda nevhodný. Přípustnost kasační stížnosti ve věcech místního referenda by se také mohla jevit jako nekoncepční tehdy, pokud by v případě věcí volebních i nadále zůstala nepřípustnou (ač takový stav jistou dobu panoval), jelikož – jak již řečeno výše – má volební i referendové soudnictví k sobě mimořádně blízko.

Určité ustálení judikatury a zvýšení její kvality tak může přinést čas, bude-li naplněno několik podmínek. Především je potřeba, aby se ustálila i sama právní úprava místního referenda. Pokud tomu tak bude, může ke konsolidaci rozhodování přispět hned několik aktérů. Svoji úlohu může sehrát akademická obec, bude-li v odborných časopisech publikovat své komentáře k soudním rozhodnutím souvisejícím se studovanou problematikou. Nezpochybnitelná může být i role Ústavního soudu, neboť ústavní stížnost nastupuje jako krajní prostředek ochrany ústavnosti hned

proti rozhodnutím krajských soudů.[24] A konečně přispět může přes nepřípustnost kasační stížnosti i Nejvyšší správní soud tím, že vybraná rozhodnutí krajských soudů zařadí do Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu v souladu s § 22 soudního řádu správního.

Literature:

- Exner, J.: Obce, města, městské části. O místní veřejné správě a její dekoncentraci statutárními vyhláškami v územně členěných městech. 1. vyd. Praha: Libri, 2004

- Filip, J., Holländer, P., Šimíček, V.: Zákon o Ústavním soudu: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2001

- Glückselig, R.: Soudní přezkum volební kampaně. In Šimíček, V. (ed.): Volební kampaň v České republice. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2000

- Knappová, M., Švestka, J., et al.: Občanské právo hmotné. Svazek I. 3. vyd. Praha: ASPI, 2002

- Nahodil, T., Říčka, T.: Místní referendum v České republice. Zákon o místním referendu s poznámkami. 1. vyd. Praha: Linde, 2004

- Svoboda, K.: Místní samospráva v Maďarsku. Moderní obec, 2000, č. 7

- Varvařovský, P.: Místní referendum v judikatuře Ústavního soudu. Právní fórum, 2007, č. 7

- Vedral, J.: K jednomu rozhodnutí Ústavního soudu o místním referendu. Správní právo, 2005, č. 4

- Vedral, J.: K novému zákonu o místním referendu. Právní zpravodaj, 2004, č. 3

- Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M.: Soudní řád správní: komentář. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2004

Contact – email

filip@rigel.cz

[24] Judikaturu Ústavního soudu popisuje VARVAŘOVSKÝ, P.: *Místní referendum v judikatuře Ústavního soudu*. Právní fórum, 2007, č. 7, s. 115–118.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AKTUÁLNÍ OTÁZKY SOUDNÍHO PŘEZKUMU V OBLASTI VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

ANDREA SCHELLEOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Článek se zaobírá aktuální judikaturou vztahující se k oblasti veřejných zakázek. V poslední době byla vydána řada průlomových judikátů jak Krajským soudem v Brně, tak i Nejvyšším správním soudem, které řeší zejména výkladové problémy z hlediska aplikace příslušných právních předpisů.

Key words in original language
Veřejná zakázka; zadavatel; zákon; Úřad pro ochranu hospodářské soutěže; dohled; dodavatel; zadávací řízení; přezkumné řízení; směrnice.

Abstract
The article deals with current questions within the judicial review concerning the public procurement issues. Lately there were issued many important judgements by Regional Court in Brno and Supreme Administrative Court dealing with interpretational inconsistences of appropriate legal regulations.

Key words
Public contract; contracting body; The Office for the Protection of competition; supervision; suplier; award procedure; proceeding on the review; direction.

1. ÚVOD

Zadávání veřejných zakázek je čím dál více sledovanou oblastí a i v rámci medializace se dostalo toto téma velice do popředí. V rámci zadávání veřejných zakázek dochází k přerozdělování velkého množství veřejných prostředků, a proto je třeba důsledného dohledu nad dodržování veškerých pravidel a postupů, které pro zadávání veřejných zakázek vyplývají z příslušných právních úprav. Vzhledem k tomu, že dohledem nad zadáváním veřejných zakázek je ze zákona pověřen Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, je zajímavé sledovat jeho rozhodovací činnost v souladu se soudním přezkumem jeho rozhodnutí. Pro svůj článek jsem se rozhodla vybrat 4 aktuální judikáty Krajského soudu v Brně, který přezkoumává rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (a rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže). Tyto judikáty řeší výkladové problémy zákona, přičemž jejich výklad je uveden v komparaci s rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, aby byly vyzdviženy rozdíly v právních názorech jednotlivých institucí. Dále jsem se rozhodla uvést i jeden judikát Nejvyššího správního soudu, který se

zaobírá procesní otázkou náležitostí odůvodnění správního rozhodnutí (rozsudku Krajského soudu v Brně), přičemž dává obecný návod, pro to, jakým způsobem má být odůvodnění zpracováno, aby splňovalo veškeré obsahové a formální náležitosti a naplňovalo tak znaky jeho přezkoumatelnosti.

2. NAD ROZSUDKY KRAJSKÉHO SOUDU V BRNĚ ZE DNE 23. 9. 2009 - SP. ZN. 62 CA 37/2008 A 62 CA 50/2008

Krajský soud v Brně zrušil dvě rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, kterým byla zastavena správní řízení o přezkumu úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek státním podnikem Lesy České republiky na poskytování pěstebních a těžebních činností v lesích ve vlastnictví státu.

Krajský soud dospěl odlišně od Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k závěru, že zadavatel (Lesy České republiky, s.p.) „nezákonně rozdělil dvě nadlimitní veřejné zakázky, které měl zadávat v režimu zákona o veřejných zakázkách, na větší počet dílčích veřejných zakázek (v prvním případě na 98 veřejných zakázek a ve druhém případě na 80 veřejných zakázek“).

Podle Krajského soudu v Brně měly být všechny veřejné zakázky, které byly ze strany zadavatele (Lesů ČR) zadávány samostatně z důvodu rozdílného místa plnění, zadávány jako jedna samostatná veřejná zakázka. Soud v uvedených rozsudcích dospěl k závěru, že rozdílné místo plnění, které bylo definováno na základě samostatných územních jednotek, není důvodem pro rozdělení veřejné zakázky, neboť územní ráz (krajinný) v rámci jednotlivých územních jednotek se neliší a některé územní jednotky spolu sesedí. Tyto důvody soud posuzoval z hlediska dodržení základních 3 hledisek, které musejí být splněny, pro to, aby mohla být veřejná zakázka zadávána jako jediná a nikoli více samostatných veřejných zakázek.

Posouzení otázky, zda se jedná o jednu veřejnou zakázku či více zakázek je v praxi v některých případech velice obtížné a ani právní úprava na tuto otázku nedává dostatečnou odpověď. Obecně platí zásada, že pro posouzení veřejné zakázky, jako jedné samotné zakázky, musejí být kumulativně splněna 3 hlediska: místní, funkční (věcná) a časová souvislost. V daném případě nebyla pře o splnění hlediska časové a věcného, neboť se z hlediska předmětu plnění a časového období veřejné zakázky shodovaly. Ovšem z hlediska místa plnění, zde došlo k nesouladu mezi názorem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (který zastával stejný názor jako zadavatel) a Krajského soudu v Brně.

Vzhledem k absenci právní úpravy je v tomto ohledu nutno vycházet z výkladu právních předpisů, stejně jako ze smyslu a účelu jednotlivých institutů, pro něž byly do právní úpravy zakomponovány. Současně je nutné zdůraznit, že posuzování každého případu v rámci splnění zákonných požadavků musí probíhat individuálně se zohledněním všech konkrétních okolností případu. Z hlediska argumentace soudu ohledně nerozdílnosti

v charakteru krajiny v rámci jednotlivých územních jednotek je nutné uvést, že takto postavená argumentace nemá svoji oporu ani v zákonně, ani v samotném průběhu zadávání (i v souvislosti s ostatními zadávacími řízeními, které byly zadávány zadavatelem dle územních jednotek). Soud vyjmul některé územní jednotky, které spolu přímo sousedily a u pár jednotek konstatoval přibližně stejnou rozlohu a charakterový ráz bez výrazných odlišností, přičemž na těchto tvrzeních de facto postavil celou svoji argumentaci ohledně místní souvislosti územních jednotek. Pokud by se místní souvislost měla určovat podle krajinného rázu, mohlo by dojít k tomu, že by zadavatelé byli nuceni zadávat veřejné zakázky v různých částech území republiky, avšak dle charakteru krajiny srovnatelném, jako jednu veřejnou zakázku (při splnění i dalších dvou hledisek).

Stejně je dosti kontroverzní argumentace soudu postavená na spolu sousedících pouze některých jednotkách, vzhledem ke skutečnému průběhu zadávacího řízení a současně taktéž i v kontextu s ostatními zadávacími řízení zadavatele, kde spolu v některých případech nesousedí vůbec žádné územní jednotky. Zadavatel by byl dle takovéhoto výkladu v případě každého zadávacího řízení nucen zadávat ty jednotky, které spolu sousedí společně, a ty které se nacházejí v jiných částech, by musel zadávat samostatně. Současně by byl nucen vyhodnocovat i krajinný ráz jednotlivých území, přičemž není zřejmé, v čem by soud považoval charakterové vlastnosti krajiny za odlišné a naopak. Takovýto postup by byl v rozporu se smyslem samotného zadávání předmětných veřejných zakázek. Současně by soud takovýmto postupem zavazoval Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (a soudní instance), aby posuzoval a vyhodnocoval krajinný ráz území, což mu jistě nepřísluší.

Proti shora uvedeným rozsudkům byly v současné době podány kasační stížnosti k Nejvyššímu správnímu soudu o nichž dosud nebylo rozhodnuto. Zásadním důvodem, pro něž nemůže Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

3. DEFINICE VEŘEJNÉ ZAKÁZKY DLE ROZSUDKU KRAJSKÉHO SOUDU V BRNĚ ZE DNE 18. 6. 2009, SP. ZN. 62 CA 33/2008

Ve shora uvedeném rozsudku soud potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ohledně splnění znaků veřejné zakázky z hlediska tzv. nepřímé úplatnosti. Tento judikát v návaznosti na rozhodnutí Úřadu je velice důležitý, zejména z toho důvodu, že zadavatelé se snaží obcházet základní definiční znaky veřejné zakázky, tak jak jsou uvedeny v zákoně, přičemž argumentují bezplatností předmětu zakázky a z toho následně dovozují, že se o veřejnou zakázku ve skutečnosti nejedná. V rozsudku je rozebírána problematika definice veřejné zakázky ve vztahu k její úplatnosti. V daném případě se jednalo o to, že zadavatel zadal veřejnou zakázku na stavební práce mimo režim zákona, neboť nespatřoval úplnost v protiplnění, které mu bylo poskytnuto ve formě převedení vlastnictví k jiným nemovitostem. Soud k této problematice uvádí mimo jiné následující skutečnosti.

Dle § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb, o veřejných zakázkách, v platném znění (dále jen „zákon č. 137/2006 Sb.“) je veřejnou zakázkou zakázka na dodávky, služby nebo stavební práce, jejímž zadavatelem je osoba uvedená v § 2 zákona č. 137/2006 Sb. a u níž předpokládaná cena předmětu veřejné zakázky přesáhne 2 000 000,- Kč. Podle § 6 odst. 2 téhož zákona se veřejná zakázka uskutečňuje za úplatu na základě písemné smlouvy s jedním nebo více vybranými uchazeči nebo zájemci. Podle § 9 odst. 1 písm. e) téhož zákona je veřejnou zakázkou na stavební práce veřejná zakázka na provedení jakýchkoli stavebních prací, které odpovídají požadavkům určeným zadavatelem, včetně stavebních prací pořizovaných s využitím zprostředkovatelských nebo podobných služeb poskytovaných zadavateli jinou osobou. Dle § 25 odst. 1 věty první téhož zákona je zadavatel povinen zadat nadlimitní i podlimitní veřejnou zakázku v zadávacím řízení, pokud tento zákon nestanoví jinak. Zákon následně upravuje jednotlivé typy zadávacích řízení a podmínky jejich využití.

Dle § 6 zákona č. 137/2006 Sb. je základním znakem každé veřejné zakázky úplatný smluvní vztah, jehož smluvními stranami jsou zadavatel na straně jedné a způsobem stanoveným v § 25 odst. 2 také vybraný dodavatel zboží, služeb nebo stavebních prací na straně druhé. Zákon následně upravuje postup zadavatel směřující k tomu, aby takový úplatný vztah vznikl. Na základě takového smluvního vztahu pak plnění zadavatele nejčastěji spočívá v platbě za protiplán uskutečňované druhou smluvní stranou, jež spočívá v dodávce zboží nebo v provádění určitých činností, včetně stavebních prací. Existence závazku zadavatele spočívajícího v přímém peněžitém plnění však není podmínkou toho, aby se jednalo o veřejnou zakázku. Úplatným smluvním vztahem podle § 6 odst. 1 zákona je i takový smluvní vztah, podle něhož nemá zadavatel přímo platit smluvenou peněžitou částku, ale poskytovat jiné, v penězích vyjádřitelné plnění. Formální označení právního úkonu, jímž dojde k založení závazkového vztahu, stejně jako jeho obsah z pohledu právních norem soukromého práva, tu není rozhodující. Úplatný charakter „celkového smluvního vztahu mezi zadavatelem a jinou osobu ve smyslu § 6 odst. 1 zákona může být založen i kombinací několika soukromoprávních úkonů, pokud z nich vyplyne zadavatelova povinnost poskytnout plnění, byť i v naturální formě, jež je vyjádřitelné v penězích a jež je svojí podstatou, se zohledněním kontextu všech práv a povinností zadavatele vyplývajících ze všech takto spolu souvisejících a na sebe navazujících soukromoprávních úkonů, zadavatelovým výdajem.

Soud tedy na základě shora uvedených skutečností uzavřel, že celkový smluvní vztah spočívající v provedení stavebních prací, kdy jako protiplnění sloužil převod vlastnictví k jiným nemovitostem, byl vztahem úplatným, založeným dvěma samostatnými, nicméně spolu souvisejícími a na sebe navazujícími soukromoprávními vztahy. Naturální plnění, jež bylo poskytnuto, přímo souviselo a bylo poskytováno oproti plnění, jehož předmět byl popsán ve smlouvě o dílo. Na danou problematiku neměla vliv ani skutečnost, že předmětné stavební práce byly poskytovány třetí osobou,

neboť tento vztah byl ze strany soudu definován jako tzv. kvazisprostředkující“.

Uvedený rozsudek je velice důležitým judikátem pro oblast veřejných zakázek, neboť právní úprava problematiku úplatnosti neřeší, přičemž na základě závěrů soudů je zřejmé, že úplatnost nespočívá jenom v peněžitém plnění, přičemž obejití povinnost zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení nelze ani na základě využití tzv. zprostředkovatelských služeb. Proti tomuto rozsudku nebyla podána kasační stížnost, a proto je tento právní názor již konečným.

4. PŘEZKOUMÁVÁNÍ POSTUPU HODNOTÍCÍ KOMISE ZE STRANY ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE DLE ROZSUDKU KRAJSKÉHO SOUDU V BRNĚ ZE DNE 4. 12. 2008, SP. ZN. 62 CA 41/2008

Tento judikát Krajského soudu taktéž potvrdil rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, přičemž se v tomto případě jednalo o vyřešení přezkumných pravomocí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v rámci přezkumu postupů hodnotící komise ustavené zadavatelem pro hodnocení jednotlivých podaných nabídek. Žalobce v tomto případě nesouhlasit s názorem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ohledně netransparentního způsobu hodnocení, kdy bylo konstatováno jednak nedodržení postupů stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci pro hodnocení nabídek, stejně jako absence zdůvodnění hodnocení v rámci zprávy o posouzení a hodnocení nabídek.

V otázce hodnocení jednotlivých nabídek žalobce uvedl, že pokud jde o pravomoci Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a jeho předsedy, tak jejich pravomoci sahají do úrovně těch zadavatelových činností, které vytváření prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila dané kritérium a v jaké kvalitě. Žalobce současně namítal, že pokud jde o hodnocení nabídek a to, jak členové hodnotící komise posuzovali a hodnotili jednotlivé nabídky nemůže podléhat dohledové činnosti, neboť jde nikoli o dodržení zákonem stanovených postupů, ale o myšlenkový proces odehrávající se ve sféře vědomí hodnotitelů. Žalobce tedy zastával názor, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (a potažmo i předseda Úřadu) nebyl oprávněn vstupovat do úvah hodnotící komise, a nebyl zmocněn, aby zastoupil zadavatele v jeho postavení, které mu vymezuje zákon.

Soud se v těchto otázkách ztotožnil s názorem Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže a svůj názorem postavil na následujících argumentačních bodech. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže v daném případě nenahrazoval hodnocení jednotlivými členy hodnotící komise, ani nevstupoval do jejich myšlenkových pochodů. Výkon dohledu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže na zadáváním veřejných zakázek upravuje § 112 zákona č. 137/2006 Sb., které obsahuje obecnou definici přezkumné činnosti, kterou je nutno aplikovat spolu s ustanovením § 6 téhož zákona, tj.

zásadami zadávacího řízení. Soud při svém rozhodování současně odkázal na svůj dřívější judikát ze dne 15. 12. 2006, sp. zn. 31 Ca 22/2005, z něhož vyplývá, že v otázkách přezkumu správního rozhodnutí, které je ovládáno zásadami správního uvážení, zákon vytváří kritéria, podle nichž a v jejich rámci se může skutečnin volba, včetně výběru a zjišťování těch skutečností konkrétního případu, které právní norma nepředpokládá, ale které správné orgán svým uvážením uzná za potřebné pro volbu svého rozhodnutí. Analogicky soud dovodil, že v případě přiměřeného použití tohoto právního názoru na daný případě je nepochybné, „že samotné rozhodnutí komise podléhá přezkumu pouze v tom směru, zda nevybočilo z mezí a hledisek stanovených zákonem, zda je v souladu s pravidly logického usuzování a zda premisy takového úsudku byly zjištěny řádným procesním postupem".

Na základě shora uvedených skutečností soud uzavřel, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže nepostupoval v rozporu se zásadami správního uvážení, protože se při svém přezkumu věnoval pouze obsahu jednotlivých dílčích hodnotících kritérií obsažených v zadávací dokumentaci. Netransparentnost a neurčitost jejich vymezení přitom nelze posuzovat jinak, než srovnáním obsahů jednotlivých nabídek.

Tímto judikátem bylo tedy potvrzeno, že Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jakožto orgán dohledu na zadáváním veřejných zakázek, může přezkoumávat postup hodnotící komise z hlediska dodržení zásad a stanovených postupů, stejně jako může přezkoumávat základní logické a matematické postupy hodnotící komise, aniž by tímto zasahoval nebo nahrazoval její funkci. Ani proti tomuto rozsudku nebyla podána kasační stížnost k Nevyššímu správnímu soudu.

5. PROCESNÍ JUDIKÁT NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU ZE DNE 8. 10. 2009, SP. ZN. 7 AFS 107/2009, VZTAHUJÍCÍ SE K NEPŘEZKOUMATELNOSTI ODŮVODNĚNÍ

Tento judikát byl vydán Nejvyšším správním soudem ve věci kasační stížnosti, která byla podána z kasačních důvodu uvedených v § 103 odst. 1 písm. a) a d) soudního řádu správního. Zásadním důvodem pro něž byla kasační stížnost ze strany Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže podána, byla nepřezkoumatelnost odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 5. 12. 2008, sp. zn. 62 Ca 47/2007, kterým bylo zrušeno rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže pro nedostatečné odůvodnění udělené pokuty. Pro uvedení tohoto judikátu jsem se rozhodla, protože tento případ byl svým způsobem paradoxní v tom smyslu, že Krajský soud v Brně zrušil rozhodnutí pro nedostatek důvodů, přičemž ve svém rozsudku neuvedl v podstatě žádné odůvodnění a vlastní závěry. Další paradox tohoto judikátu Krajského soudu byl taktéž v tom, že bylo zrušeno rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže z důvodu nedostatečného odůvodnění udělené pokuty, přičemž právě toto rozhodnutí Úřadu mělo jedno z nejpreciznějších odůvodnění sankce, neboť jím byla udělena nejvyšší sankce ve své době. Nejvyšší správní soud tedy vyhověl podané kasační stížnosti a zrušil rozsudek Krajského soudu v Brně z důvodu

nedostatečného odůvodnění a absence vlastního úvah soudu. K přezkoumatelnosti a obsahu odůvodnění pak uvedl mimo jiné následující skutečnosti, které se vztahují obecně k náležitostem odůvodnění správních rozhodnutí a uvedené závěry jsou tedy obecně aplikovatelné na všechna správní rozhodnutí.

K vymezení rozsahu přezkoumatelnosti soudních rozhodnutí přispěl Ústavní soud, který např. v nálezu ze dne 11. 4. 2007, sp. zn. I. ÚS 741/06 vyslovil, že odůvodnění rozhodnutí soudu jednajícího a rozhodujícího ve správním soudnictví, z něhož nelze zjistit, jakým způsobem postupoval soud při posuzování rozhodné skutečnosti, nevyhovuje zákonným požadavkům kladeným na obsah odůvodnění a v konečném důsledku takové rozhodnutí zasahuje do základních práv účastníka řízení, který má nárok na to, aby jeho věc byla spravedlivě posouzena. Ústavní soud rovněž v nálezu ze dne 17. 12. 2008, sp. zn. I. ÚS 1534/08 také konstatoval, že: „Soudy jsou povinny své rozhodnutí řádně odůvodnit; jsou povinny též vysvětlit, proč se určitou námitkou účastníka řízení nezabývaly (např. proto, že nebyla uplatněna v zákonem stanovené lhůtě). Pokud tak nepostupují, porušují právo na spravedlivý proces garantované čl. 36 odst. 1 Listiny“.

Podle konstantní judikatury Ústavního soudu (např. nález ze dne 20. 6. 1996, sp. zn. III. ÚS 84/94 a nález ze dne 26. 6. 1997, sp. zn. III. ÚS 94/97) také vyplývá, že jedním z principů představujícím součást práva na řádný proces, jakož i právního státu, je povinnost soudů své rozsudky odůvodnit. Ve správním soudnictví nachází tato zásada vyjádření v ustanovení § 54 odst. 2 s. ř. s. Z odůvodnění rozsudku musí vyplývat vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními závěry na straně druhé. Pokud by tomu tak nebylo, rozhodnutí by bylo nepřezkoumatelné, protože by nedávalo dostatečné záruky pro to, že nebylo vydáno v důsledku libovůle a způsobem porušujícím ústavně zaručené právo na spravedlivý proces. Také Nejvyšší správní soud ve svých rozsudcích vyslovil, že není-li z odůvodnění napadeného rozsudku krajského soudu zřejmé, proč soud nepovažoval za důvodnou právní argumentaci účastníka řízení v žalobě a proč žalobní námitky účastníka považuje za liché, mylné nebo vyvrácené, nutno pokládat takové rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů ve smyslu § 103 odst. 1 písm. d) s. ř. s. zejména tehdy, jde-li o právní argumentaci, na níž je postaven základ žaloby. Soud, který se vypořádává s takovou argumentací, ji nemůže jen pro nesprávnost odmítnout, ale musí také uvést, v čem konkrétně její nesprávnost spočívá (rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 7. 2005, č. j. 2 Afs 24/2005 - 44 a také rozsudek ze dne 29. 7. 2004, č. j. 4 As 5/2003 – 52). Obdobně v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 11. 2007, č. j. 1 Afs 53/2007 - 34, vyslovil kasační soud právní názor, že „je povinností soudu stranám sporu ozřejmit, jakými úsudky byl veden a k jakým závěrům dospěl.“ V této souvislosti lze také poukázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 1. 2008, č. j. 5 As 29/2007 - 64, v němž kasační soud konstatoval, že „jestliže je část odůvodnění rozsudku krajského soudu, v níž se měl krajský soud vyjádřit ke

skutkovým a právním otázkám vyplývajícím z uplatněných žalobních bodů, tvořena z valné části toliko pasážemi převzatými bez dalšího komentáře z publikovaného judikátu v jiné, skutkově i právně odlišné věci, aniž by krajský soud zároveň vyložil, jaký význam mají tyto převzaté závěry pro jeho rozhodnutí ve věci, je rozsudek krajského soudu nepřezkoumatelný pro nesrozumitelnost a nedostatek důvodů.“ Za nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost pak lze považovat zejména ta rozhodnutí, která postrádají základní zákonné náležitosti, z nichž nelze seznat, o jaké věci bylo rozhodováno či jak bylo rozhodnuto, která zkoumají správní úkon z jiných než žalobních důvodů (pokud by se nejednalo o případ zákonem předpokládaného přezkumu mimo rámec žalobních námitek), jejichž výrok je v rozporu s odůvodněním, která neobsahují vůbec právní závěry vyplývající z rozhodných skutkových okolností nebo jejichž důvody nejsou ve vztahu k výroku jednoznačné (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2003, č. j. 2 Azs 47/2003 – 130).

Vzhledem ke shora uvedenému tedy Nejvyšší správní soud dospěl k závěru, že Krajský soud v Brně nepostupoval při posuzování a rozhodování projednávané věci v souladu se shora uvedenou judikaturou. K tomuto následně uvedl, že správní soud při přezkoumávání žalobních námitek postupoval tak, že v odůvodnění napadeného rozsudku převážně jen odcitoval jednotlivé pasáže ze žalobcových podání a z vyjádření či rozhodnutí žalovaného správního orgánu, aniž by je ale sám vyhodnotil a posoudil zjištěné skutečnosti a právní otázky. Nejvyšší správní soud tedy uzavřel, že nemůže takové odůvodnění napadeného rozsudku akceptovat, neboť nesplňuje základní požadavky kvality právní argumentace, přehlednosti a srozumitelnosti, čímž se napadený rozsudek stal zcela nepřezkoumatelným.

V současné době Krajský soud Brně dosud ještě nevydal nový rozsudek, který musí být vydán v souladu se závěry Nejvyššího správního soudu.

6. ZÁVĚR

Vzhledem k tomu, že oblast veřejných zakázek je v současné době velice aktuálním tématem a spousta otázek v rámci právních úprav této oblasti není dostatečně objasněna, rozhodla jsem se příkladmo uvést některé judikáty, které pomohly k dořešení výkladových problémů, jednak zákona č. 137/2006 Sb., ale i zákona č. 500/2004 Sb, správní řád, v platném znění. Doufám, že tento článek bude přínosem nejen pro ty, kteří se oblastí veřejných zakázek aktivně zaobírají, ale bude přínosem i pro širší veřejnost, neboť závěry vyplývající z uvedených judikátů mohou být aplikovány i v rámci jiných právních otázek a odvětví.

Literature:

- Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění
- Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 8. 10. 2009, sp. zn. 7 afs 107/2009
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 18. 6. 2009, sp. zn. 62 Ca 33/2008
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 4. 12. 2008, sp. zn. 62 Ca 41/2008
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 62 Ca 37/2008
- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 62 Ca 50/2008

Contact – email
andrea.schelleova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KE KRITÉRIÍM SOUDNÍHO PŘEZKUMU SPRÁVNÍHO UVÁŽENÍ (ANEB PONĚKUD DISPROPORCIÁLNÍ ÚVAHA NAD DVĚMA SOUDNÍMI ROZHODNUTÍMI)

SOŇA SKULOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract
The paper presents a short reflection on the criteria of legality and (material) correctness which both dispose of legal nature and basis, and therefore should be respected by administrative authorities when deciding about rights and duties of individual persons, with the special inportance for the cases based on administrative decisions. The core of the reflection deals with the special requirements of the judicial review of such cases, and the full menaning of the criteria mentioned above in this context, which means the necessity of application of a special method and criteria, especially the comparison with the main principles of the correct administrative discrestion (proportionality, legitimate expectations, and some others), which has been illustrated on the comparison of a historical, but classic judgement from England, and one contemporary decision of the Czech administrative court.

Key words
Judicial review of administrative decisions; kriteria of the judicial review; justification of the judgement; legality; (material) correctness; the general principles of administrative law.

Motto:

„Discretio est discernere per legem, quid sit iustum.“

(Coke, 1608)

Úvodem

Jako motto své krátké úvahy nad současným nastavením kritérií soudního přezkoumání správního uvážení jsem uvedený citát slavného anglického právníka zvolila zcela záměrně, i když pochází z doby i lokace (co do právního systému) poněkud vzdálených.[1]

[1] Sir Edward Coke byl významným anglickým právníkem, a také soudcem na přelomu 16. a 17. Století. Bývá uváděn mezi těmi, kdo se zasloužili o omezení královských prerogativ a vyčení pravomoci soudů vůči státní moci. Citát pochází z prvního svazku (*Commentary upon Littleton*, 1608) jeho čtyřdílného, dnes již klasického díla nazvaného *Institutes of the Lawes of England* (citováno z Wikipedia /cit. 2009-10-11/. Dostupné z: http://en.wikipedia.org/wiki/Sir_Edward_Coke.

Cit. sentence je totiž ze zvoleného úhlu pohledu, tedy kritérií soudního přezkumu, postavena na spojení dvou klíčových maxim - zákonnosti a spravedlnosti, vztaženém k oblasti správního uvážení. V obecném významu v této myšlence nacházíme opodstatnění obecně lidské i praktické. Zákon, resp. legalita, by měly být vodítkem či korektivem pro nacházení (u veřejné správy) či posouzení, resp. přezkum (včetně soudního) spravedlnosti konkrétního zvoleného řešení dané věcí v rámci správní úvahy.

Otázkou však je, nakolik, a jakým způsobem, může být tato idea uplatněna pro současné naše podmínky a právní úpravu rozhodování správních orgánů, a jejich soudní přezkoumání. Spojení požadavků rozumnosti (reasonableness) a právnosti pro rozhodnutí správních orgánů, jakkoli anglické provenience, není pro naše současné podmínky požadavkem tak vzdáleným, jak by se mohlo jevit v pohledu tradičním, a to ještě poměrně nedávném.

1. INSPIRACE KOMPARATIVNÍ

K uvedeným obecnějším úvahám, resp. srovnání mě přiměla jistá podobnost skutková i právní dvou soudních kauz a rozhodnutí, u nichž shora uvedené požadavky na kvalitu rozhodování veřejné správy byly rozhodující, a jejichž řešení bylo v důsledku obdobné. Nikoliv však přístup obou soudů k posouzení podstatných nedostatků v postupu správních orgánů, resp. vyjádření rozhodných důvodů svého rozhodnutí.

Právě v této rovině spočívá základ mé úvahy, když jsou v ní koncentrovaně projeveny markanty odlišného přístupu soudů (v logice příslušných právních systémů), který je pak podle všeho výsledkem rozdílných cest, jež vedly k poskytnutí soudní ochrany. Pozoruhodný je prima facie několikasetletý časový odstup obou předmětných rozhodnutí, a také rozdílnost právních systémů, v nichž byly přijaty, z nichž jeden je tradiční anglický, druhý zdejší a současný, jak se také odrazily v nastavení soudní kontroly nad správním rozhodnutím přijatým v rámci správního uvážení.

Avšak v podstatě obdobný právní základ a východiska obou rozhodnutí lze pro současné zdejší podmínky přičíst do značné míry unifikačním, evropeizačním faktorům. Těm však zcela neodpovídají výslovně vyjádřené důvody, které zmíněné soudy k přijetí obdobných řešení vedly. Rozdílnost v uvedené otázce se stala hlavním motivem této úvahy.

První z uvedených judikátů, pocházející z roku 2008, najdeme ve Sbírce rozhodnutí Nejvyššího správního soudu[2]. Byl v něm řešen případ udělení veřejnoprávního povolení, a to na základě výjimky, k určité činnosti (zde

[2] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6.6.2008, sp.zn. 7 Ca 253/2007-84, č. 1745 Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu, částka 1/2009.

stavby domovní čistírny odpadních vod a vypouštění odpadních vod do vod pozemních) více osobám v obdobném postavení, ve stejné lokalitě, za stejných podmínek, jež však bylo kapacitně limitováno, což neumožňovalo vyhovět všem žadatelům, a rozhodnutím příslušného správního orgánu bylo vyhověnu pouze jednomu z nich. Jediným důvodem pro zamítnutí žádosti ostatních žadatelů, jež podali své žádosti (poněkud) později než žadatel úspěšný, byla právě uvedená omezená kapacita, která byla vyčerpána právě vydáním povolení, tedy udělením výjimky, prvnímu z více žadatelů[3].

Druhý z judikátů byl vydán v Anglii roku 1598 v tzv. Rookeově případu[4], kde tehdejší komisaři pro stoky uložili poplatky za opravu říčního břehu, přičemž touto povinností v celé výši zatížili pouze vlastníka nemovitosti bezprostředně přilehlé, namísto toho, aby tímto břemenem byli proporčně zatíženi všichni vlastníci, mající z opravy prospěch. Uložení poplatků bylo přitom v zákonem založené diskreční pravomoci komisařů[5]. Soud však takto uložený poplatek shledal nespravedlivým (zdůr. aut.), neboť slovy soudce Cokea, úvaha komisařů by měla být omezena a vázána zásadou rozumnosti („reason“) a práva.[6]

2. K VÝVOJI HLEDISEK A NÁROKŮ NA SPRÁVNÍ UVÁŽENÍ V PERSPEKTIVĚ PŘEZKUMU

Anglická tradice soudního přezkumu nad správní diskrecí prošla evidentně rozvojem dlouhodobým. Vedle tradice francouzské a německé stala se, ve zkratce řečeno, jedním z významných modelů nastavení soudního přezkumu správních (nejen) rozhodnutí v zemích náležejících do moderního Evropského správního prostoru.[7]

Pro naše podmínky není od věci uvažovat nad plnou akceptovatelností současných závěrů sira Wadea, že každá pravomoc má své právní limity,

---

[3] Kterým byl, zřejmě náhodou, starosta obce.

[4] (1598) 5 Co. Rep. 99b. Převzato z WADE, H.W.R., FORSYTH, C. S. *Administrative Law*. 9. Vydání. Oxford: Clarendon Press, 2004, str. 351.

[5] Zákon o stokách byl vydán v roce 1531.

[6] Dále uvádí, že pro diskreční pravomoc ...“*is a science or understanding to discern between falsity and truth, between wrong and right, between shadows and substance, between equity and colourable glosses and pretences, and not to do acording to their wills and private afections; for as one saith, talis discretio discretionem confundit.“* Srov. shora cit. dílo, str. 351, a také např. Sir Edward Coke, The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke, ed. Steve Sheppard (Indianapolis: Liberty Fund, 2003). Vol. 1. Chapter: Rooke’s Case. Dostupné z http://oll.libertyfund.org/title/911/106329 on 2009-12-06.

[7] K tomu srov. např. POMAHAČ, R., in HENDRYCH, D. et al. *Správní právo, obecná část*. 7. vydání. Praha: C.H.Beck. 2009.s.789-800.

kde by již pochybnosti být neměly[8], a dále nad výrokem, že soudy by přitom měly určovat linii těchto limitů, s cílem dosáhnout co nejvhodnější rovnováhy mezi efektivností veřejné správy a právní ochranou občanů.[9] Jak Wade dále uvádí, soudy vytvořily síť omezujících principů, jež vyžadují, aby pravomoci správy založené zákonem byly realizovány rozumně (resp. přiměřeně či logicky - v originále „reasonably" – pozn. aut.), v dobré víře, pouze pro řádné účely, a v souladu s duchem („spirit"), stejně jako i literou zákona, který pravomoc založil.[10]

Otázka aplikace uvedených kritérií či zásad v současné naší správní judikatuře je již strukturovanější, když některé jsou již vcelku zažitými, jako je tomu u principu proporcionality, jiné již méně. Není však cílem nyní podávat podrobný rozbor situace v aplikaci uvedených zásad.[11]

Shora zmíněná hlavní kritéria, jako je efektivnosti, rozumnost, soulad s účelem právní úpravy, nemluvě již o evropsky „zpevněném", již cit. principu proporcionality nebo také legitimního očekávání, náleží již do argumentaria správních soudů, i když, pokud jde o oblast přezkume ve správním soudnictví, pohybujeme se v dimenzi pouhých několika let.[12]

---

[8] Srov. k tomu judikaturu vylučující možnost existence tzv. absolutního správního uvážení, např. nález Ústavního soudu z 22.7.2009 sp.zn. III.ÚS 2556/07, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28.2.2007 sp.zn. 4 As 75/2006-52 , č.1194 Sb. NSS, částka 6/2007.

[9] Setkáváme se již příklady argumentace vedené v tomto duchu . Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního osudu ze dne 11.9.2008, sp.zn. 1 As 30/2008-49, č. 1746 Sbírky rozhodnutí Nejvyššího správního soudu (dále jen „Sb.NSS"): *„Pokud tedy správní orgány ve správním řízení pouze důsledně vyžadují plněnípovinností ze strany občanů, a nedbají přitom na ovhranu jejich zájmů, je výrtazem tohoto postupu přepjatý formalismus, jehož důsledkem je sofistikované zdůvodňování zjevné nespravedlnosti."* Dostupné z: http://www.nssoud.cz .

[10] Viz WADE, H.W.R., FORSYTH, C. S. , cit.dílo, str. 343 (překlad autorka).

Uvedené požadavkům či zásady nacházejí již take své uplatnění v některých novějších judikátech, zejménaN nejvyššího správního soudu.

[11] Ačkoliv za pozornost stojí, a pro naše poměry jeví se netradičně např. nastavení dobré víry jako východiska pro přístup k řešené věci na straně správního orgánu, když jsme uvyklí zásadě ochrany dobré víry na opačné straně, tedy na straně dotčené osoby. Nemuselo by být takové pojetí výkonu veřejné moci nepraktické, když zásada „pouhého" jednání ve veřejném zájmu nezdá se být vždy zcela dostačující, když pod tento značně široký deštník může se vejít leccos. Stejně tak by mohla být v oblasti ochrany veřejného zájmu praktickou jiná inspirace ze sféry soukromoprávní, a to stanovení požadavku, aby také veřejné subjekty jednaly „s péčí řádného hospodáře", vedle výslovně nastavených kritérií ze zákonné úpravy finanční kontroly.

[12] Na rozdíl od Ústavního soudu, který uvedenými principy poměrně často argumentoval již v předchozí dekádě.

Naznačený stav má své důvody zřejmě v relativní novosti této materie, která představuje postupně, a v posledních letech velmi intenzivně objevovaný (evropský“) kontinent nároků na kvalitu veřejné správy, a možno říci nové náplně rozsahu právní korektnosti veřejné správy, jež významně rozšířil rozsah soudního přezkumu správního uvážení.

Z uvedených důvodů se domnívám, že problémem hodným zamyšlení stává se nyní otázka systematičnosti, utříděnosti a určité ustálenosti v používání uvedených hledisek přezkumu, jakož i utřídění a stabilizace chápání jejich obsahu, působení a event. vzájemných vztahů. Nejde pouze o problém jakési teoretické puristiky. S ohledem na „sjednocovací“ úlohu Nejvyššího správního osudu vůči rozhodnutím soudů, i obdobnému působení vůči správním orgánům vyvstává problém velmi praktický a konkrétní, a navíc významný, pokud vezmeme v úvahu širší kultivující úlohu správních soudů v jejich působení vůči veřejné správě, a to zejména pro vztah veřejné správy k jednotlivým osobám.

Právě z těchto důvodů, resp. aspektů mě zaujaly zvolené kauzy, resp. jedna z nich vyvolala potřebu komparace s druhu, obdobnou, kdy při podobnosti skutkové stránky a výsledného řešení, lze shledat podstatné rozdíly v proklamovaných důvodech soudních rozhodnutí, a hlediscích zkoumání aplikace správního uvážení správním orgánem.

Důvody rozhodnutí v kauze ze staré Anglie kauzy spočívaly, jak již bylo shora zdůrazněno, v oblasti (požadavcích) spravedlnosti, rozumnosti (v současnosti obsahově blízké proporcionalitě), a souladnosti s právem.

3. KRITÉRIA ZÁKONNOSTI A SPRÁVNOSTI V SOUČASNÉM POJETÍ

Uvedená hlavní hlediska našla v našich podmínkách svůj obecný rámec v současném vyjádření kritérií pro přezkum rozhodnutí v rámci úpravy řádných opravných prostředků ve správním řádu [13,] a to zákonnosti a správnosti.[14] S výslovným požadavkem spravedlnosti se již i v našich podmínkách můžeme setkat v doktrině, a již také v judikatuře.[15]

Kritérium zákonnosti v posledních dvou dekádách, zejména pod vlivem evropeizace (chápané jak na úrovni ES/EU, tak také rady Evropy, zejména pod vlivem působení Evropské úmluvy od ochraně základních lidských práv a svobod, a judikatury Evropského soudu pro lidská práva) rozšířilo svůj

[13] Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění z.č.413/2005 Sb., z.č. 384/2008 Sb., z.č. 7/2009 Sb., z.č. 227/2009 Sb. (dále jen „správní řád“).

[14] Pro odvolací řízení v § 89 odst. 2, pro rozklad platí dle § 152 odst. 4 ustanovení o odvolání, nevylučuje –li to povaha věci, což v dané otázce nenastává.

[15] Srov. např. shora v pozn. č. 8 cit. rozsudek č.1746 Sb. NSS.

obsah, což někdy vede k označení tohoto principu „právností". Pro případy správního uvážení, jak je tomu ve sledovaných případech, vskutku nelze vystačit s konkrétními pravidly, záměrně neperfektnímu, ponechávajícími prostor pro vlastní, jak právně korektní, tak obsahově (i procesně) správné rozhodnutí. Nezbytná je aplikace obecných zásad (principů). Otázka správné volby relevantních zásad, a jejich správné aplikace na konkrétní případ správní úvahy jde tedy v mezích právnosti nad rámec klasické (tradiční) zákonnosti, tedy souladu s konkrétními a výslovně stanovenými pravidly.

Uvedená skutečnost odůvodňuje využití kritéria správnosti obecně. Prostor pro uplatnění správnosti, a nutnost jeho („správného") využití vyvstávají právě tehdy, kdy pro správní orgán vzniká v právním rámci aplikace práva povinnost požít volnosti ve svém uvažování, resp. rozhodnutí (ať již v otázkách hmotněprávních, nebo v otázkách vedení řízení).

Z tohoto důvodu se domnívám, že kritérium správnosti se projevuje jednak jako správnost materiální, resp. správnost věcná, tj. správnost rozhodnutí ve věci (zejména a především výrokové části rozhodnutí), která se uplatňuje pro rozhodnutí založená na správním uvážení.[16]

Ostatní oblasti uplatnění kritéria správnosti nemusejí mít již přímou souvislost s touto „klasickou" věcnou správností rozhodnutí. Může tomu tak být např. v případě aplikace neurčitých pojmů, kdy jde o činnost subsumpční, v níž prostor pro posouzení skutkového stavu nemusí být správně využit, a z toho pak vzejde věcně nesprávná úvaha, vyjádřená v rozhodnutí. Neurčité pojmy se však mohou projevovat také v jiných stádiích postupů správních orgánů.[17]

Správnost (korektnost) tedy kritetiálně působí také v oblasti postupů správních orgánů, ve stránce procesní, jež může a nemusí mít, jak již bylo shora uvedeno, přímou souvislost s tzv. věcnou správností rozhodnutí. Může však jimi být významně determinována, čímž dojde k naplnění podmínky, resp. znaku „podstatnosti"[18] vad řízení jako důvodu pro soudní přezkum ve smyslu § 78 odst. 1 s.ř.s.

---

[16] K tomu obdobně STAŠA, J. Zákonnost a věcná správnost rozhodnutí správního orgánu. In *Rada Európy a verejná správa*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity v Trnave, 2009. S.182-183. ISBN 978-80-8082-269-9.

[17] Např. při posuzování naplnění pojmů „závažné ztěžování postupu ve správním řízení" formou „rušení pořádku" dle § 62 odst. 1 správního řádu.

[18] Výslovně vyžaduje naplnění určité míry závažnosti procesních vad, které odůvodní obligatorní přezkum rozhodnutí odvolacím orgánem, a to tak, že musí jít o vady, o nichž lze *„mít důvodně za to, že mohly mít vliv na soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy, popřípadě na jeho správnost"*, když k ostatním vadím řízení se nepřihlíží (srov. § 89 odst. 2 správního řádu).

Uvedené další případy působení obecného požadavku na správnost nacházíme tam, kde se v určité míře uplatňuje vlastní úvaha (volnost) v postupu správního orgánu rovněž. Náleží sem správné a dostatečné zjištění skutkového základu[19], dále na ně navazující oblast volného hodnocení důkazů [20], jež zahrnuje také požadavek na logičnost, resp. objektivnost hodnocení skutkové stránky.

Požadavek uvedený na posledním, místě již explicitní výraz v zákoně (správním řádu) stanoven není, představuje však nezbytnou součást řádného procesu, a je projeven v zásadě rovnosti zbraní, resp. zásadě procesní rovnosti stran[21], nestranného přístupu správního orgánu[22], který obecně jedná vždy ve veřejném zájmu[23].

Další takovou oblastí, jež by měla dostát požadavku správnosti (když nemůže být regulována zcela přesně a konkrétně), je řádné odůvodnění správního rozhodnutí. Význam této, možno říci pro současné podmínky již zásady (zásada řádného odůvodnění), a to s ohledem na požadavky řádného (spravedlivého, fair) procesu. Zásada odůvodňovací je tradičně takto chápána, a to zejména s odkazem na čl.6 odst. 1 Evropské úmluvy, a to s nejužším vztahem k materiální rovině rozhodnutí na jedné straně, a k zárukám ochrany práv materiálních, a realizace práv procesních účastníků řízení na straně druhé. Řádné odůvodnění plní totiž nezastupitelnou úlohu zprostředkovatele obsahu rozhodnutí a jeho důvodů pro účastníky, a také možnosti dostatečného přezkumu jak zákonnosti, tak správnosti vydaného rozhodnutí. [24]

---

[19] Ve správním řádu vyjádřeno v obecné zásadě materiální pravdy (§ 3), a dále pro účely správního řízení zejména v § 50 odst. 2 a 3, upravujících opatřování podkladů a obecně povinnost zjistit relevantní okolnosti k vydání rozhodnutí (odst. 2 cit. ust.), a dále pak specificky z hlediska ochrany veřejného zájmu a ochrany práv osob, jimž má být uložena povinnost v řízení z moci úřední(odst. 3), a § 51 odst. 1 upravujícím rozsah dokazování, resp. důkazních prostředků.

[20] Viz § 50 odst. 4 správního řádu.

[21] Srov. § 7 odst. 1 správního řádu.

[22] Cit. ust., odst. 2.

[23] Ovšem vždy při zachování proporcionality. Srov. § 2 odst. 4 cit. zákona.

[24] K tomu srov. konstantní judikaturu Ústavního soudu ČR, např. nález ze dne 20. 6. 1996 sp. zn. III. ÚS 84/94 (č. 34, sv. 3, Sb. ÚS), nález ze dne 26. 6. 1997 sp. zn. III. ÚS 94/97 (č. 85, sv. 8, Sb. ÚS), dle níž jedním z principů, který představuje součást práva na řádný proces, jakož i právní stát a vylučuje libovůli při rozhodování je i povinnost rozhodnutí řádně odůvodňovat. Uvedené nálezy se výslovně vztahovaly na soudní rozsudky, avšak požadavek řádného odůvodnění se vztahuje také na rozhodnutí správních orgánů, pokud rozhodují o právech a povinnostech dotčených osob.

V tomto směru judikoval Nejvyšší správní soud, že *„Z odůvodnění … musí vyplývat vztah mezi skutkovými zjištěními a úvahami při hodnocení důkazů na straně jedné a právními*

Ve sledovaných souvislostech pojednání o kritériu správnosti není zřejmě od věci, že Nejvyšší správní soud již aplikoval kritérium „dobré a efektivní správy".[25]

Z oblasti obecného kritéria správnosti nelze opomenout také nutnost správné (řádné, dostatečné) interpretace příslušných ustanovení právní předpisů, včetně výkladu respektujícího relevantní zásady (principy) činnosti správních orgánů, které se na daný případ vztahují. [26]

Správní rozhodnutí se vždy dotýkají práv, zájmů nebo povinností konkrétních osob, a proto je nezbytné, zejména v případech se správním uvážením, vypořádat se se zásadami, které určují vztah veřejné moci a těchto osob, představovaných především principem proporcionality a principem předvídatelnosti, resp. legitimního očekávání.[27] V současné době, kdy jsou již výslovně založeny ve správním řádu, jak bude dále zmíněno, lze obtížně uvedené zásady přehlížet, minimálně jako vodítka interpretačního, nebádajícího k přijetí rozhodnutí věcně správného.

Všechny zmíněné součásti obecné správnosti se však již týkají celého spektra rozhodnutí správních orgánů, nikoliv pouze rozhodnutí založených na správním uvážení, a roviny nejen materiální, ale i procesní.

---

závěry na straně druhé. Pokud by tomu tak nebylo, rozhodnutí by bylo nepřezkoumatelné, neboť by nedávalo dostatečné záruky pro to, že nebylo vydáno v důsledku libovůle a způsobem porušujícím ústavně zaručené právo na spravedlivý proces." (srov. rozsudek z 18.7.2008 sp.zn. 2 As 63/2007, dostupný z http://www.nssoud.cz).

Obdobně je požadavek na uvedení důvodů rozhodnutí obsažen v Rezoluci Výboru ministrů RE č. (77)31, o ochraně jednotlivce ve vztahu ke správním aktům Srov. bod IV Rezoluce: "*Dotčená osoba má právo znát odůvodnění správního aktu, pokud je způsobilý dotknout se nepříznivě jejích práv, svobod a zájmů. Odůvodnění je buď součástí správního aktu, nebo bude písemně této osobě k její žádosti sděleno v přiměřené lhůtě.*" (překlad autorka). Nacházíme jej rovněž v " Kodexu principů dobré správy", zařazeném do Doporučení Výboru ministrů RE č.(2007)7: „*Každé individuální rozhodnutí musí být dostatečně zdůvodněno, s uvedením právního a skutkového základu, ze kterého vycházelo, pokud se dotýká práv jednotlivé osoby*." (čl. 17, odst. 2, Oddíl II cit. Doporučení).

[25] Srov. např. rozudek Nejvyššího správního soudu ze dne ze dne 11.9.2007 sp.zn. 5 As 37/2006-67.

[26] V tomto směru Nejvyšší správní soud poskytl dostatečná vodítka v případech, kdy na straně správního orgánu došlo k odchýlení se, resp. nenaplnění řádných aplikačních postupů, resp. potřebného spektra aplikačních metod. Srov. z novějších např. rozsudek ze dne 26. května 2009 sp.zn. 9 Ans 5/2009 – 117.

[27] V poslední době judikatura obohatila danou oblast také o definici pojmu „správní praxe zakládající legitimní očekávání", spolu se stanovením pravidel pro event. změny uvedené praxe, a také souvislost s úlohou interních předpisů. Srov. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21.7.2009, sp.zn. 6 Ads 88/2006-132. Je vhodné vedle toho připomenout poněkud nesystémově působící pojem „ustálená rozhodovací praxe", jak ji pro řešení vybraných (?) otázek zejména procesní povahy, ovšem nikoliv nepodstatných, zakládá úprava usnesení v § 76 odst. 2 správního řádu.

Vždy však jde o správnost právně předpokládanou, tedy oblast korektnosti právní, a právně, i když třeba „pouze" v rovině zásad a principů, upravenou. Jde o další dimenzi zákonnosti, pro kterou je z uvedených důvodů vskutku přiléhavým označení „právnost". Uvedené, z pohledu právní vázanosti správního orgánu, „volnější" (ale v právním státě nikdy zcela volné[28]) případy výkonu veřejné správy nemohou být vyloučeny ze soudního přezkumu, který je nastaven jako přezkum zákonnosti, ovšem pro případy porušení veřejných subjektivních práv dotčených osob, a za splnění obecné podmínek pro přezkum stanovených.

V otázce nastavení přezkumných kritérií správních soudů vůči rozhodnutím se správním uvážením bylo již učiněno mnohé, zejména pokud jde o nástin algoritmu takového přezkumu.[29]

---

[28] Viz např. judikáty uvedené v pozn. č. 7.

[29] Srov. z judikatury Nejvyššího správního soudu např. rozsudek 9.2. 2005 sp. zn. 5 A 131/2001-86, kde se uvádí, že: „Na soudu je, aby posoudil, zda …uvážení vychází z dostatečně zjištěného stavu věci, zda odpovídá zásadám logiky a je v souladu s účelem sledovaným tímto institutem.", nebo rozsudek ze dne 11.2.2005, sp. zn. 7 A 72/2001-5š, č. 576 Sb. NSS: *„Institut správního uvážení při své realizaci s ohledem na jeho možnou přezkoumatelnost ve správním soudnictví, ale i s ohledem na jeho srozumitelnost účastníkům řízení, vyžaduje, aby všechna v demonstrativním výčtu uvedená kritéria byla výslovně zmíněna a dostatečně odůvodněna, aby bylo uvedeno, které další, v demonstrativně uvedeném výčtu výslovně neuvedená kritéria byla vzata v úvahu, a pokud nikoliv, z jakého důvodu k nim správní orgán nepřihlížel."* Na uvedeném případě je zajímavé, že soudem nebylo shledáno ani překročení mezí, ani zneužití správního uvážení, ale jako důvod nezákonnosti uvedena vada řízení. V jiném rozsudku (ze dne 23.11.2006, sp. zn. 6 As 59/2004-117) sice nacházíme vyjádřenu nutnost respektovat stanovené procesní postupy, a také *„elementární právní principy správního rozhodování"*, avšak zároveň přežívající rezonanci dikce předchozí, zrušené úpravy správního soudnictví, která byla ve vztahu ke správnímu uvážení nastavena jako přezkum „nevybočení z mezí a hledisek stanovených zákonem" (srov. § 245 odst. 2 tehdejšího znění občanského soudního řádu, v jehož části páté byla úprava správního soudnictví zařazena), tedy v nastavení obsahově užší, pročež k posouzení právní nekorektnosti spočívající ve zneužití správního uvážení , jak zákon předpokládá, dojít nemohlo.

K tomu Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 30.11.2004 sp.zn. 3 As 24/2004-79 uvedl ke konkrétnímu případu udělování licence, kde lze shledat určité společné znaky, tedy také pro přezkum uvážení obecněji využitelné závěry, s rozebíranou kauzou, v níž se rozhodovalo o udělení výjimky v případě více žadatelů, v tom, že: *„Výrok o udělení licence je vždy spojen výrokem o zamítnutí žádostí ostatních žadatelů"*. Dále k postupu správního orgánu:*"Rozhodnutí musí obsahovat podrobné odůvodnění a dále kritéria, na jejichž základě byla jednomu z žadatelů udělena licence a žádosti ostatních žadatelů zamítnuty. Správní orgán tedy musí nejen popsat, proč a jaké kritéria pro své rozhodnutí zvolil a jakým způsobem tato kritéria naplnil úspěšný žadatel o licenci, ale musí rovněž podrobně pospat, proč tato kritéria nebyla naplněna ostatními žadateli, případně proč byla ostatními žadateli naplněna méně než úspěšným žadatelem. I když správní orgán není při svém rozhodování vázán přesnými kritérii stanovenými zákonem a rozhoduje v mezích volného správního uvážení, musí být jeho postup a rozhodnutí přezkoumatelné a musí být zřejmé, že z mezí a hledisek správního uvážení nevybočil. Proto i v těchto případech musí správní orgán respektovat jak stanovené procesní postupy (v to zahrnující rozhodnutí se všemi stanovenými náležitostmi), tak elementární právní principy správního rozhodování(princip*

Pokud však jde o nastavení a ustálenou, tedy nutně i s určitou mírou systematičností využívanou strukturou a obsahem hledisek pro přezkum rozhodnutí (ale třeba také i nečinnosti a jiných zásahů správních orgánů) založených na správním uvážení, jsou věci zatím tzv. v pohybu či vývoji, což bylo hlubším a dlouhodoběji pociťovaným motivem k sepsání této úvahy.

4. APLIKACE RELEVANTNÍCH HLEDISEK PŘEZKUMU SPRÁVNÍHO UVÁŽENÍ V KONKRÉTNÍM PŘÍPADĚ

Jak tedy z uvedených hledisek obstojí zvolené[30] soudní rozhodnutí současné ? Ve druhém (současném) sledovaném judikátu bylo použito, ve vztahu ke skutečným důvodům právní vadnosti rozhodnutí, hodnocení, že zvolený „postup není možným neboť je přímo ukázkou nedůvodného rozdílu v rozhodování u skutkově téměř totožných věcí“, s odkazem na § 2 odst. 4 správního řádu, a dále že v takovém případě „..musejí mít žadatelé rovné šance, a nelze bez hlubší analýzy vyhovět pouze jednomu z nich…“.

Sama o sobě skutečnost, že nebylo použito označení použité zásady (v daném případě tedy principu legitimního očekávání, resp. předvídatelnosti), hlubší problém nepůsobí, i když již uvedená zásada patří k zásadám v judikatuře poměrně zažitým. Tedy deficit lze spatřovat pouze v rovině míry naplnění efektu působení ustáleného používání v judikatuře pojmů v již zažitém, obvyklém významu a souvislostech.

Zřetelným nedostatkem odůvodnění je však skutečnost, že další zásady, jež byly pro posouzení případu určující, však na této úrovni již zmíněny, a což je hlavní, použity jako kritérium přezkumu použity nebyly.

Uvedená kritická připomínka totiž neplatí zcela, neboť v použité formulaci „bez hlubší analýzy“ lze vysledovat implicitní, as píše náznakem učiněnou souvislost s principem proporcionality, jež měl být v uvedeném případě rovněž aplikován.

---

právní jistota, princip rovnosti osob, o jejichž právech se jedná – s obdobným rozhodováním v obdobných případech, atd.). nezákonnost rozhodnutí tak může spočívat mj. právě v překročení nebo zneužití stanovených mezí správního uvážení správním orgánem (§ 78 odst.1 s.ř.s.), nebo může být způsobena jiným porušením procesních předpisů.“ K závěru jinak vskutku, ze sledovaných hledisek příkladného soudního rozhodnutí však dlužno podotknout, že v daném případě šlo zřejmě nikoliv o „překročení mezí“, ale o „zneužití“ správního uvážení, tedy jeho nesprávnému použití, resp. nesprávné aplikaci diskreční pravomoci správního orgánu, způsobené porušením (nerespektováním) v rozsudku uvedených základních principů správné úvahy.

[30] Nebylo záměrem autorky podrobovat srovnání, resp. analýze rozsudek náhodně zvolený. Pozornost zaslouží s ohledem na skutečnosti, že byl vybrán pro Sbírku rozhodnutí Nejvyššího právního soudu, a předpokládá se tedy zřejmě jeho obecnější účinek na rozhodování správních orgánů a soudů ve správním soudnictví. Otázka tedy stojí také tak, jakou informaci, resp. zkušenost předmětný rozsudek má přinést, a ve skutečnosti s ohledem na svůj obsah přináší.

V daném případě šlo zejména o princip proporcionality a jeho jednotlivé komponenty (ochrana oprávněných zájmů a práv dotčených osob nabytých v dobré víře, vyváženost zájmů jednotlivých zúčastněných osob, a také zájmu veřejného), jež by bylo lze očekávat, pokud jádro rozhodnutí spočívalo v udělení či neudělení výjimky spočívající v zásahu do konkrétního, zákonem chráněného zájmu z oblasti životního prostředí, a to ve vztahu k významným zájmům více účastníků, nacházejících se v obdobném postavení.

S ohledem na uvedené skutečnosti by se event. projevila nesprávnost úvahy správního orgánu, a to ať již při rozhodování o udělení výjimky prvému z žadatelů, jakož i zamítnutí žádostí ostatních jednotlivých žadatelů, došlých poněkud později. Správním orgánem totiž nebyl při jeho uvážení vzat v úvahu princip proporcionality, a ne zcela princip legitimního očekávání.[31]

Soud pak při přezkumu napadených rozhodnutí (s využitím podkladů z vyžádaného spisu ve věci prvé, úspěšné žádosti) ve značném rozsahu poskytl názor (návod), jak mělo být žádoucího řešení, resp. naplnění požadavku cit. „rovnosti šancí“, dosaženo po procesní stránce, a to eventuálně, buď spojením všech těchto obdobných a dle názoru soudu souvisejících věcí do společného řízení, nebo při volbě varianty jednotlivě vedených správních řízení pak uplatnit účastenstvích všech žadatelů ve všech těchto řízeních. Preciznost těchto procesních námětů ponechme stranou.

Po věcné stránce soud dospěl k závěru, že pokud nelze vyhovět všem žadatelům (resp. „pokud, jak ze spisu vyplývá, v dané lokalitě nelze akceptovat vypouštění vod ze šestnácti stejných čističek z důvodu ochrany významných vodních zdrojů podzemní vody“), pak dle jeho názoru „…nelze vydat povolení nikomu“. Uvedený názor soud vyslovil, i když předtím poznamenal, že „….soud rozhodně nemůže být odborným hodnotitelem věcné správnosti vydaného povolení či zamítavého rozhodnutí – to je otázka odborná, kterou především hodnotí příslušný specializovaný správní úřad“.

Jak je z bezprostředně shora uvedené citace zřejmé, uvedené stanovisko k rozsahu soudního přezkumu správního uvážení nebylo však zcela dodrženo, a minimálně v rámci obiter dicatum se do této stránky rozhodnutí

---

[31] Zcela mimo hru pak zůstal, a to i v rámci soudního přezkumu, obecný princip předvídatelnosti veřejné správy, event. také zásada veřejné správy jako služby (§ 4 správního řádu), když v rámci vstřícnost a výkonu dobré správy mohly být navozeny podmínky pro komplexní řešení uvedeného problému, jež se týká 16 žadatelů v dané lokalitě, a zároveň významného veřejného zájmu, konkrétně příslušné složky životního prostředí v intencích speciálního zákona). Správní orgán ve skutečnosti pouze mechanicky aplikoval příslušná procesní a hmotněprávní ustanovená, jak se konkrétně vztahoval na jednotlivé žádosti, jimiž se zabýval v pořadí daném časovou posloupností podání žádostí.

soud vstoupit odvážil, neboli předvídal výsledek volného uvážení správního orgánu.[32]

Zde jsme u jádra problému. Soud zcela jistě nemá, a ani nemůže být odborným (zdůr. aut.) hodnotitelem věcné správnosti rozhodnutí správního orgánu. Pokud však má naplnit zákonem vymezenou přezkumnou pravomoc vůči rozhodnutí správní orgánu založenému na správním uvážení, stanovenou § 78 odst. 1, věta druhá, soudního řádu správního, tedy nepřekročení zákonných mezí uvážení, nebo jeho nezneužití, pak jej věcná, neboli obsahová stránka rozhodnutí správního orgánu zajímat musí, a to v rozsahu shora uvedeném.[33]

Oblast správního uvážení (nikoliv vskutku expertního posouzení odborných otázek) neleží již mimo sféru soudního přezkumu, jako tomu bývalo ve dřevních dobách založení soudního přezkumu správních rozhodnutí. Správní soud sleduje dodržení oné, slovy anglického klasika formulované, „linie principů", jimiž je volná úvaha správního orgánu ovládána a limitována. Jak již je obecně přijímáno, a bylo judikováno nejprve Ústavním soudem, a již také Nejvyšším správním soudem, nejde pouze o ty z (pro konkrétní případ) relevantních zásad, které jsou výslovně zařazeny v tzv. „Základních zásadách činnosti správních orgánů" ve správním řádu, ale všech právně závazných principů, které se na daný případ vztahují, včetně zásad výslovně nevyjádřených. [34]

V našem případě o přezkum správního uvážení, a to v posuzování udělení výjimky, tedy věci nenárokové, neopřeného o přesná, nebo dokonce kvantifikovaná zákonná kritéria pro její udělení. Bylo by proto záhodno tuto okolnost v odůvodnění uvést (resp. dotčenou část odůvodnění rozsudku ponechat, pokud byla event. vypuštěna v rámci přípravy judikátu do Sbírky rozhodnutí).

---

[32] Dovolím si však poznamenat, že nastíněné" jediné možné řešení", tedy nevyhovění žádnému z žadatelů, není zcela bez pochybností, navozené již shora akcentovanou formulací „bez hlubší analýzy". Výsledkem takové potřebné analýzy může přece být event. zjištění, že z nějakého závažného subjektivního důvodu, nebo objektivní okolnosti si některý ze žadatelů výjimku legitimně zaslouží, resp. může mu být udělena.

[33] Porušením pravidel pro volné správní uvážení bylo dle názoru Nejvyššího správního soudu nerespektování principu oprávněného (legitimního) očekávání, a tím se stalo důvodem nezákonnosti rozhodnutí správního orgánu, v rozsudku ze dne 20.7.2006, sp.zn. 6 A 25/2002-59, č.950 Sb. NSS, přičemž soud zdůraznil ústavní a evropský základ a kontext uvedeného principu.

[34] Princip proporcionality svůj výraz a místo mezi zásadami ve správním řádu našel (srov. § 2 odst. 2-4 správního řádu), ale např. zásadu řádného odůvodnění, nebo transparentnosti (tj. srozumitelnosti úkonů a postupů veřejné správy vůči dotčeným osobám) je nutno z textu zákona dovodit, resp. opřít o jiné předpisy, či dokumenty, včetně rezolucí a doporučení Výboru ministrů Rady Evropy, nebo ve věcech podléhajících právu ES/EU opřít o obecně uznávané právní zásady a příslušnou judikaturu .

Rovněž pak by bylo namístě se vypořádat výslovně se zákonnými hledisky soudního přezkumu, a to nejen obecně zákonností a event. dotčením veřejných subjektivních práv, ale v daném případě také otázkou překročení mezí, nebo zneužití správní úvahy. Ve sledovaném případě nelze z publikovaného textu zjistit, k jakému z obou druhů pochybení v rámci diskrece správního orgánu mělo podle názoru soudu dojít, tedy zda o překročení mezí, nebo zneužití uvážení.

S ohledem na znaky případu, a dosavadní judikaturu, z níž jsme m.j. citovali[35], včetně zahraniční, lze usuzovat spíše na případ zneužití uvážení, tedy použití diskreční pravomoci nesprávným způsobem, konkrétně tím, že byly porušeny závazné principy správního uvážení.

Ve sledovaném případě soud svou přezkumnou pravomoc vůči volné úvaze správního orgánu uplatnil, jak jsme však již zmínili, pouze zčásti, a to nikoliv predikcí event. budoucího správného postupu a rozhodnutí správního orgánu, která šla naopak nad rámec přezkumné pravomoci, když již pomineme jeho shora zdůvodněnou zpochybnitelnost, resp. nedostatečnost. Správně však bylo identifikováno již zmíněné porušení zásady legitimního očekávání. Nikoliv však již nesprávností dalších, v rámci přezkumu proporcionality.

Za pozornost by v daném případě stálo rovněž zhodnocení správnosti procesní, resp. podstatných vad řízení, zejména v otázce dostatečnosti zjištění a posouzení skutkového stavu, včetně otázky faktické spojitosti, propojenosti jednotlivých projednávaných věcí, které teprve mohly vytvořit předpoklad pro uplatnění principů proporcionality a legitimního očekávání, jajko vodítek pro správnou aplikaci správní uvážení.

V celkovém, pohledu pak zkoumaný judikát, a nutno konstatovat, jako jeden z mnohých, a aniž bychom chtěli zpochybnit jeho obecně pozitivní vyznění a přínos, představuje příklad soudního rozhodnutí nikoliv nezákonného či věcně nesprávného, ale spíše neúplného, a nepostihujícího, resp. v některých ohledech nedostatečně pojmenujícího, v zákonném rámci a hlediscích soudního přezkumu, podstatu zkoumané věci a správního rozhodnutí ve všech hlavních aspektech.

5. ZÁVĚREM

Smyslem a účelem této úvahy bylo, s odrazem v inspirujícím rozsudku z Anglie 16. století zkoumajícím správní úvahu ve světle legality, rozumnosti a spravedlnosti, upozornit na současnou situaci, určité problémy, a také rezervy, zejména pokud jde o vytváření právě oné, anglickým klasikem formulované, sítě či linie principů a zásad, jež by měla být nastavena pro zachycení (právních) nesprávností vzniklých v oblasti

[35] Viz pozn. č. 28.

realizace diskreční pravomoci správních orgánů, jakož i příslušných algoritmů přezkumu rozhodnutí založených na diskreční pravomoci, včetně upozornění na vhodnost strukturace či nastavení nuancí uvedených algoritmů adekvátně jednotlivým formám správního uvážení (tj. v rozhodnutí, při nezákonném zásahu, při nečinnosti, v rámci přijímání opatření obecné povahy, atp.), a v jejich rámci pak jednotlivým druhům (právním podmínkám) uvážení (při udělování licence, výjimky, při omezení či odnětí oprávnění ať už jako sankce či obecně, při ukládání sankcí trestajících, atp.) [36]

V samém závěru hodí se pak zdůraznit, že v uvedené oblasti se již lze o mnohá kvalitní rozhodnutí, resp. právní závěry opřít, jak dokládají citace z judikatury. Tradice (konstantní judikatura) prochází procesem významného rozvoje a strukturace, a vůči správním orgánům stále jednoznačněji již pověstné linie a sítě požadavků a hledisek nastavuje a vymezuje. Pro účely účinnější kultivace veřejné správy je však záhodno volit pro širší publikaci případy, jež kvalitativní hranice v dané oblasti posunují (m.j. silou a

---

[36] Jako určitý precedent, jehož ve sledované kauze nebylo, ke škodě věci, využito, mohl v některých důležitých otázkách posloužit rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30.11.2004, sp. zn. 3 As 24/2004-79, č. 739/2006 Sb. NSS, částka 1/2006 (zde ovšem nepřesně avizován jako případ tzv. absolutního uvážení, když přitom v textu se uvádí pouze „volné správní uvážení"). V rozsudku (i když pouze obiter dictum) se uvádí ke konkrétnímu případu udělování (nenárokové) licence, kde lze shledat určité společné znaky s rozebíranou kauzou (kde se rozhodovalo o udělení výjimky v případě více žadatelů), a pro přezkum uvážení obecněji využitelné závěry: *„Výrok o udělení licence je vždy spojen výrokem o zamítnutí žádostí ostatních žadatelů"*. Dále soud k postupu správního orgánu:"*Rozhodnutí musí obsahovat podrobné odůvodnění a dále kritéria, na jejichž základě byla jednomu z žadatelů udělena licence a žádosti ostatních žadatelů zamítnuty. Správní orgán tedy musí nejen popsat, proč a jaké kritéria pro své rozhodnutí zvolil, a jakým způsobem tato kritéria naplnil úspěšný žadatel o licenci, ale musí rovněž podrobně popsat, proč tato kritéria nebyla naplněna ostatními žadateli, případně proč byla ostatními žadateli naplněna méně než úspěšným žadatelem. I když správní orgán není při svém rozhodování vázán přesnými kritérii stanovenými zákonem a rozhoduje v mezích volného správního uvážení, musí být jeho postup a rozhodnutí přezkoumatelné a musí být zřejmé, že z mezí a hledisek správního uvážení nevybočil. Proto i v těchto případech musí správní orgán respektovat jak stanovené procesní postupy (v to zahrnující rozhodnutí se všemi stanovenými náležitostmi), tak elementární právní principy správního rozhodování(princip právní jistoty, princip rovnosti osob, o jejichž právech se jedná – s obdobným rozhodováním v obdobných případech, atd.). Nezákonnost rozhodnutí tak může spočívat mj. právě v překročení nebo zneužití stanovených mezí správního uvážení správním orgánem (§ 78 odst.1 s.ř.s.), nebo může být způsobena jiným porušením procesních předpisů.*"

K závěru jinak vskutku, ze sledovaných hledisek, příkladného ošetření předmětné problematiky však dlužno podotknout, že v daném případě šlo zřejmě nikoliv o „překročení mezí" správního uvážení (a již vůbec ne z jejich „vybočení" dle již neplatné předchozí zákonné dikce), ale spíše o případ „zneužití" správního uvážení, tedy jeho nesprávného použití, resp. nesprávné aplikace diskreční pravomoci správního orgánu, způsobené porušením (nerespektováním) v rozsudku uvedených základních principů správné správní úvahy.

nerozporností právní argumentace), a to bez zbytečných úkroků stranou, žádoucími směry a v potřebných ohledech.

Tento příspěvek byl vypracován v rámci výzkumného záměru „Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004“ - MSM0021622405 (205)

Contact – email
sona.skulova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PROBLEMATIKA ELEKTRONICKÉ KOMUNIKACE V JUDIKATUŘE ČESKÝCH SOUDŮ

LENKA TUŠEROVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language
I přesto, že s účinností zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů dochází k zásadním změnám v koncepci elektronické komunikace ve veřejné správě, je třeba i nadále v celé řadě situací, které nespadají do působnosti uvedeného zákona, postupovat podle příslušných ustanovení správního řádu. Příspěvek se proto věnuje problematice elektronické komunikace ve veřejné správě a především pak otázce elektronických podání, a to na pozadí judikatury českých soudů.

Key words in original language
Elektronická komunikace; elektronický podpis; judikatura.

Abstract
Even though the Act No. 300/2008 Coll., on electronic operations and authorized conversion of documents, initiates some fundamental changes in the concept of electronic communication in public administration, in a wide range of situations that fall outside the scope of the Act should be followed the relevant provisions of the Administrative Procedure Act. This paper is therefore devoted to the issue of electronic communication in public administration and especially the issue of electronic filings, on the background of the judicature of Czech courts.

Key words
Electronic communication; electronic signature; case law.

I přesto, že s účinností zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o elektronických úkonech“), dochází k zásadním změnám v koncepci elektronické komunikace podle zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) je třeba i nadále v celé řadě situací, které nespadají do působnosti uvedeného zákona, postupovat podle příslušných ustanovení správního řádu.

Zatímco v případě elektronické komunikace ve směru od správního orgánu k jiným subjektům je třeba zohlednit ustanovení týkající se obsahu, formy a náležitostí rozhodnutí (ust. § 67 a násl. správního řádu) a doručování (ust. § 19 a násl. správního řádu), včetně institutu úřední desky a doručování veřejnou vyhláškou (ust. § 25 a 26 správního řádu), je základem pro elektronickou komunikaci v opačném směru, tj. od jiných subjektů, nejčastěji účastníků řízení, vůči správnímu orgánu, ust. § 37 správního řádu upravující problematiku podání.

Vzhledem ke skutečnosti, že k institutu podání podle ust. § 37 správního řádu lze v současné judikatuře správních soudů a nejenom nich, nalézt celou řadu rozhodnutí, která vytváří relativně komplexní (ucelený) náhled na tuto problematiku, a to na rozdíl od judikatury týkající se ostatních institutů, které spoluutvářejí elektronickou komunikaci ve veřejné správě, zaměříme se v dalším na tuto otázku.

Podání je v souladu s ust. § 37 odst. 1 správního řádu úkonem směřujícím vůči správnímu orgánu či spíše „obecnou formou úkonu účastníka řízení vůči správnímu orgánu“[1]. V obecné rovině je tedy lze charakterizovat jako projev vůle subjektu, který ho činí[2].

Předmětem rozhodovací činnosti soudů pak je převážně ust. § 37 odst. 4 správního řádu, které pro oblast veřejné správy stanoví požadavky na formu, v níž je možné podání učinit.

Forma právních úkonů je ve většině případů velmi důležitá a to proto, že se jí zdůrazňuje význam daného úkonu a dává se tak nejenom účastníkům daného právního vztahu, ale především třetím osobám najevo důležitost příslušného aktu[3]. Výběr příslušné formy bude záležet na okolnostech konkrétní situace, přednostně však bude potřebné vycházet z požadavků, které na danou situaci klade příslušná správní norma, tj. zda připouští, popř. přikazuje použití konkrétní formy právního úkonu.

Shora citované ust. § 37 odst. 4 správního řádu v této souvislosti stanoví, že podání je možno učinit písemně nebo ústně do protokolu anebo v elektronické podobě podepsané zaručeným elektronickým podpisem[4]. Za podmínky, že podání je do 5 dnů potvrzeno, popřípadě doplněno způsobem uvedeným ve větě první, je možno je učinit pomocí jiných technických prostředků, zejména prostřednictvím dálnopisu, telefaxu nebo veřejné datové sítě bez použití zaručeného elektronického podpisu. Přičemž podání, a to ať už je činěno jakýmkoliv způsobem se posuzuje podle svého skutečného obsahu a bez ohledu na to, jak je označeno[5].

---

[1] VEDRAL, J.: Správní řád - komentář. Praha : Polygon, 2006, s. 270.

[2] K tomu srovnej rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 9 As 90/2008.

[3] ŠVESTKA, J. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. 10. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006, s. 263.

[4] Správní řád v této souvislosti v poznámce pod čarou výslovně odkazuje na zákon č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu a o změně některých dalších zákonů (zákon o elektronickém podpisu), ve znění pozdějších předpisů (dále též „zákon o elektronickém podpisu“).

[5] Viz ust. § 37 odst. 1 správního řádu.

Předmětné ustanovení tedy stanoví několik forem, v nichž je možno učinit podání. Jednotlivé formy lze rozdělit do následujících kategorií. Jednak můžeme hovořit o kategorii klasických podání, která lze učinit písemně nebo ústně do protokolu. Druhou kategorii lze označit jako kvalifikovaná elektronická podání, jež tvoří podání v elektronické podobě podepsaná zaručeným elektronickým podpisem podle zákona o elektronickém podpisu. Třetí, poslední kategorii, tzv. prostých elektronických podání představují podání učiněná pomocí jiných technických prostředků, zejména prostřednictvím dálnopisu, telefaxu nebo veřejné datové sítě bez použití zaručeného elektronického podpisu, za podmínky, že budou do 5 dnů potvrzena, příp. doplněna způsoby uvedenými v předcházejících dvou kategoriích, tj. písemně, ústně do protokolu nebo v elektronické podobě podepsané zaručeným elektronickým podpisem.

Zatímco první dvě kategorie podání vyvolávají žádané procesní účinky bez dalšího a je možno k nim z tohoto pohledu přistupovat jako k rovnocenným formám komunikace, je nastoupení procesních účinků podání u kategorie tzv. prostých elektronických podání správním řádem podmíněno.

Ostatně skutečnost, že podání, které bylo učiněno v „prosté“ elektronické podobě bez uznávaného elektronického podpisu nemůže vyvolat žádné právní účinky, jestliže nebylo do tří dnů doplněno písemně nebo ústně do protokolu zdůraznil ve vztahu k právní úpravě obsažené v předchozím správním řádu[6] Nejvyšší správní soud v usnesení ze dne 1. 8. 2003, sp. zn. 2 A 1090/2002 – 17. U takového podání nelze podle názoru předmětného soudu proto ani odstraňovat vady postupem podle ust. § 19 odst. 3 předchozího správního řádu.

Stěžejním a zároveň legitimním důvodem tohoto nerovného přístupu je skutečnost, že shora uvedené formy tzv. prosté elektronické komunikace nejsou schopny zaručit, že odesílatel příslušné datové zprávy je skutečně tím, za koho se vydává, a že datová zpráva nebyla dodatečně pozměněna od doby svého podepsání, tak jak tomu je v případě zaručeného elektronické podpisu ve smyslu ust. § 2 písm. b) zákona o elektronickém podpisu. Ostatně k důvodnosti tohoto nerovného přístupu se v podobném směru vyjádřil i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 9 As 90/2008, ve kterém nejenom podrobně charakterizoval právní úpravu elektronických podání ve veřejné správě a její propojenost na institut elektronického podpisu upravený zákonem o elektronickém podpisu, ale předeslal rovněž změny, které s sebou přinese zákon o elektronických úkonech. Nejvyšší správní soud zejména zdůraznil, že „komunikace prostřednictvím internetu má totiž svá specifika, jež skýtají na jedné straně

[6] Podle ust. § 19 odst. 1 předchozího správního řádu, tj. zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 227/2000 Sb., lze podání učinit písemně nebo ústně do protokolu nebo v elektronické podobě podepsané elektronicky podle zvláštních předpisů. Lze je též učinit telegraficky; takové podání obsahující návrh ve věci je třeba písemně nebo ústně do protokolu doplnit nejpozději do 3 dnů.

nepopiratelné výhody, zejména snadnou dostupnost a rychlost, akcentované stěžovatelkou, na straně druhé také určitá rizika související s možností zneužití tohoto druhu komunikace, nehledě na již zmíněnou potřebu jednoznačné identifikace a autentizace osob v prostředí internetu. Ta by však měla být pro futuro dále podpořena a zajištěna zákonem č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, jenž vedle stávajícího institutu elektronického podpisu zavádí další v zásadě rovnocenný institut garantované elektronické komunikace s orgány veřejné moci, a sice institut datových stránek."

Ačkoliv se k podstatě a významu předmětných ustanovení Nejvyšší správní soud komplexně vyjádřil až v rozsudku ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 9 As 90/2008, ve kterém plynule navázal na závěr zaujatý týmž soudem v usnesení ze dne 1. 8. 2003, sp. zn. 2 A 1090/2002, ve vztahu k předchozímu správnímu řádu, lze rovněž před tímto datem nalézt, tentokráte však v judikatuře Ústavního soudu, zcela zásadní východiska týkající se formy podání a tedy i elektronické komunikace. V této souvislosti máme na mysli především nález Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2006, sp. zn. IV. ÚS 319/05, publikovaný pod č. 89/2006 Sb.n.u.US, který se sice primárně věnoval otázce, zda podání označené jako ústavní stížnost v elektronické podobě podepsané zaručeným elektronickým podpisem vydaným akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb, jež nebylo v zákonem stanovené lhůtě písemně doplněno, má procesní účinky a je tudíž návrhem na zahájení řízení, avšak jeho závěry jsou s ohledem na totožnou koncepci problematiky elektronických podání v jednotlivých procesních předpisech obecně použitelné.[7]

Při interpretaci příslušných ustanovení občanského soudního řádu použil Ústavní soud celou řadu metod výkladu, včetně výkladu jazykového a historicko-teleologického. V této souvislosti vycházel především z účelu zákona o elektronickém podpisu deklarovaném v jeho ust. § 1, z cíle směrnice Evropského parlamentu a Rady 1999/93/ES ze dne 13. prosince 1999 o zásadách Společenství pro elektronické podpisy (Úřední list ES z 19.

[7] Konkrétně se předmětný nález Ústavního soudu týkal výkladu ust. § 42 odst. 1 a 3 občanského soudního řádu, která bylo nezbytné přiměřeně použít s ohledem na absenci úpravy elektronického podání v zákoně č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů (viz ust. § 63 citovaného zákona). Podle ust. § 42 odst. 1 věty prvé občanského soudního řádu je podání možno učinit písemně, ústně do protokolu, v elektronické podobě, telegraficky nebo telefaxem. Podle ust. § 42 odst. 3 občanského soudního řádu podání obsahující návrh ve věci samé učiněné telegraficky je třeba písemně doplnit nejpozději do tří dnů, je-li písemné podání učiněno telefaxem nebo v elektronické podobě, je třeba v téže lhůtě jej doplnit předložením jeho originálu, případně písemným podáním shodného znění. K těmto podáním, pokud nebyla ve stanovené lhůtě doplněna, soud nepřihlíží. Stanoví-li to předseda senátu, je účastník povinen soudu předložit originál (písemné podání shodného znění) i jiných podání učiněných telefaxem.

1. 2000, L 13/12), z důvodové zprávy k zákonu o elektronickém podpisu[8], která v oddíle zaměřeném na odůvodnění hlavních principů návrhu zákona uvádí, že „hlavním principem navrhovaného zákona je zajistit, že datové zprávy nesmí být diskriminovány, tj. že nesmí existovat rozpor v zacházení mezi datovými zprávami a dokumenty na papíře“. Jakož i z historického vývoje ust. § 42 občanského soudního řádu upravujícího podání v elektronické podobě. Dovodil přitom, že úmyslem zákonodárce nebylo novelizací předmětných ustanovení občanského soudního řádu negovat použití elektronického podpisu jako institutu rovnocenného písemnému vlastnoručnímu podpisu, ale pouze rozšířit komunikaci se soudní mocí na možnost učinit podání v elektronické podobě i bez zaručeného elektronického podpisu.

Podle Ústavního soudu je rovněž „objektivně-teleologickým výkladem … nutno dojít k závěru, že původní účel této právní normy je i nadále zachován. Jejím cílem je i v současnosti usnadnit doručování podání prostřednictvím elektronické komunikace tak, aby byla v co největší míře zajištěna rovnost elektronických podání s podáními v písemné podobě na papíře. Z toho lze vyvodit, že výklad ustanovení § 42 odst. 1 věty prvé občanského soudního řádu po novele provedené zákonem o elektronickém podpisu je i nadále zachovatelný a podání v elektronické podobě splňující výše uvedené požadavky zákona o elektronickém podpisu je podáním rovnocenným s podáním v písemné podobě na papíře s vlastnoručním podpisem, zatímco elektronicky učiněné podání bez zaručeného elektronického podpisu je nutné do 3 dnů doplnit.“[9]

V neposlední řadě podpořil Ústavní soud svůj závěr v této věci systematickým výkladem, tj. v souvislosti s relevantními ustanoveními dalších procesních předpisů. Konkrétně připomněl ust. § 37 odst. 2 soudního řádu správního, ust. § 59 odst. 2 trestního řádu, ust. § 21 odst. 4 a 5 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků a také ust. § 37 odst. 4 správního řádu, všechny ve znění účinném k 3. 6. 2005.

Co je ovšem nezbytné zdůraznit, že zrovnoprávnění klasické formy komunikace s elektronickou formou komunikace přichází podle Ústavního soudu v úvahu jedině v těch případech, kdy je elektronické podání podepsané zaručeným elektronickým podpisem vydaným akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb, tj. uznávaným elektronickým podpisem ve smyslu ust. § 11 odst. 1 zákona o elektronickém podpisu, který má nejvyšší verifikační hodnotu a poskytuje proto dostatečnou jistotu, že

---

[8] Viz Důvodová zpráva k návrhu zákona o elektronickém podpisu ze dne 8. 11. 1999 [online]. PSP tisk 415/0, Obecná část, bod B) [cit. 7.1.09]. Dostupné z: < http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=415&CT1=0>.

[9] Z nálezu Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2006, sp. zn. IV. ÚS 319/05, publikovaný pod č. 89/2006 Sb.n.u.US.

podání vytvořila osoba, která je pod ním podepsána, je způsobilý vyvolat žádané procesní účinky bez písemného doplnění podání.

Jak je z výše uvedeného patrno, i přesto, že tedy v českém právním řádu neexistuje jednotná právní úprava, která by jednoznačně připouštěla elektronickou formu komunikace nebo jednoznačně zakazovala elektronickou formu komunikace ve všech případech lidského konání[10], můžeme konstatovat, že jednotlivé procesní předpisy směřují svou úpravou k jednotnému přístupu k elektronické formě komunikace, což dokládá i přístup zaujatý k této otázce Ústavním soudem. Provedený výklad měl však podle našeho názoru mnohem obecnější dopad, neboť jím dal Ústavní soud najevo, že komunikace sdělující závažné informace právní povahy formou netištěných zpráv by neměla narážet na překážky v právní oblasti, které by zabraňovaly jejich používání či by mohly vyvolat námitky ohledně jejich důkazní hodnoty[11].

V nálezu ze dne 17. 5. 2007, sp. zn. II. ÚS 218/06, publikovaném pod č. 82/2007 Sb.n.u.US, vztáhnul Ústavní soud shora předestřené závěry bez dalšího rovněž na případ, kdy elektronickému podání podepsanému zaručeným elektronickým podpisem nebyly přiznány účinky návrhu na zahájení řízení před obecnými soudy. Jmenovaný soud tak zcela logicky a oprávněně aplikoval své závěry rovněž na soudní řízení před obecnými soudy.[12]

O tom, že shora popsané nálezy Ústavního soudu a jeho závěry ohledně nediskriminačního přístupu k elektronickému podání podepsanému uznávaným elektronickým podpisem oproti písemnému podání podepsanému klasickým podpisem nebyly přijaty zcela bez výhrad svědčí například usnesení Nejvyššího soudu ze dne 11. 12. 2007, sp. zn 21 Cdo 2858/2007. Nejvyšší soud v něm označil právní názor Ústavního soudu v této otázce za „zjevně chybný a účelový“, avšak s ohledem na čl. 1 odst. 1

---

[10] K tomu srovnej Důvodová zpráva k návrhu zákona o elektronickém podpisu ze dne 8. 11. 1999 [online]. PSP tisk 415/0, Obecná část, bod A) [cit. 7.1.09]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=415&CT1=0>. Shodně též Dnem 1. 10. 2000 vstupuje v platnost Zákon o elektronickém podpisu [online]. Redakce epravo.cz [cit. 16. 2. 06]. Dostupné z: <http://www.epravo.cz/zpravodajstvi/riceova-by-mela-smlouvu-o-radaru-podepsat-v-praze-10-cervence-155.html?print>.

[11] Podobně též Důvodová zpráva k návrhu zákona o elektronickém podpisu ze dne 8. 11. 1999 [online]. PSP tisk 415/0, Obecná část, bod A) [cit. 7.1.09]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=3&CT=415&CT1=0>.

[12] Předmětný názor byl zopakován v celé řadě dalších na něj navazujících nálezů Ústavního soudu, v nichž stejně jako v tomto případě shledal uvedený soud postup obecných soudů v rozporu s právem na spravedlivý proces podle čl. 36 odst. 1 Listiny, když nepřiznaly elektronickému podání podepsanému zaručeným elektronickým podpisem účinky návrhu na zahájení řízení. Viz například nález Ústavního soudu ze dne 19. 4. 2007, sp. zn. II. ÚS 299/06, publikovaný pod č. 71/2007 Sb.n.u.US, nález ze dne 14. 8. 2008, sp. zn. III. ÚS 169/06, či nález ze dne 31. 3. 2009, sp. zn. I. ÚS 1180/08.

Ústavy, z něhož lze mimo jiné dovodit, že na svých právech nemůže být poškozen ten, kdo se na soud nebo jiný orgán veřejné moci obrací postupem, který vychází z důvěry v rozhodnutí vrcholného orgánu ochrany ústavnosti nebo vrcholného soudního orgánu, tj. v daném případě nález Ústavního soudu ze dne 24. 4. 2006, sp. zn. IV ÚS 319/2005, publikovaný pod č. 89/2006 Sb.n.u.US, názor aplikoval.

Nutno poznamenat, že veškeré možné pochybnosti týkající se rovnoprávnosti elektronického podání podepsaného zaručeným elektronickým podpisem a písemného podání podepsaného klasickým podpisem v řízení podle občanského soudního řádu definitivně odstranila novela občanského soudního řádu č. 123/2008 Sb., která s účinností od 1. 7. 2008 změnila do té doby poněkud nejednoznačné znění ust. § 42 občanského soudního řádu[13].

Zastavme se na tomto místě ještě jednou u ust. § 37 odst. 4 správního řádu, podle kterého je podání možno učinit písemně nebo ústně do protokolu anebo v elektronické podobě podepsané zaručeným elektronickým podpisem. Za podmínky, že podání je do 5 dnů potvrzeno, popřípadě doplněno způsobem uvedeným ve větě první, je možno je učinit pomocí jiných technických prostředků, zejména prostřednictvím dálnopisu, telefaxu nebo veřejné datové sítě bez použití zaručeného elektronického podpisu. A zaměřme se zejména na použitý pojem „potvrzeno“.

Podle mého názoru lze uvedený pojem vykládat dvěmi různými způsoby. Jednak jej lze chápat jako požadavek vůči účastníku řízení, který učinil podání elektronickou cestou bez uznávaného elektronického podpisu, aby toto své podání v zákonem stanovené lhůtě potvrdil, tj. příslušnému správnímu orgánu sdělil, že „trvá“ na předmětném podání. Je však možné jej vnímat i tak, že účastník řízení potvrdí své předchozí elektronické podání tím, že předloží písemné podání shodného obsahu, nebo jeho originál.

V této souvislosti stojí za připomenutí rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2007, sp. zn. 2 Afs 81/2006, publikovaný pod č. 1142/2007 Sb. NSS, věnující se problematice originálu podání, který má v případě prosté elektronické komunikace bez uznávaného elektronického podpisu zcela zásadní postavení. Předmětný soud se ve svém rozsudku sice zabýval výkladem ust. § 37 odst. 2 soudního řádu správního[14], citované ustanovení

---

[13] Ust. § 42 odst. 1 občanského soudního řádu bylo změněno tak, že: „Podání se činí v listinné nebo elektronické podobě prostřednictvím veřejné datové sítě, telegraficky nebo telefaxem.“ a dále byl doplněn odstavec 5, který zní: „V případě podání v elektronické podobě, opatřeného zaručeným elektronickým podpisem, založeným na kvalifikovaném certifikátu vydaném akreditovaným poskytovatelem certifikačních služeb, se nevyžaduje doplnění podání předložením jeho originálu podle odstavce 3.“

[14] Podle ust. § 37 odst. 2 soudního řádu správního podání obsahující úkon, jímž se disponuje řízením nebo jeho předmětem, lze provést písemně, ústně do protokolu, popřípadě v elektronické formě podepsané elektronicky podle zvláštního zákona. Bylo-li

však podobně jako ust. § 37 odst. 4 správního řádu upravuje formy, jimiž lze provést podání, včetně prosté elektronické formy bez uznávaného elektronického podpisu a níže rozvedené závěry Nejvyššího správního soudu tak lze podle mého názoru vztáhnout i na problematiku podání podle ust. § 37 správního řádu.

Nejvyšší správní soud konstatoval, že ust. § 37 odst. 2 soudního řádu správního nespecifikuje pojem originál ani neváže jeho existenci pouze na písemnou formu v listinné podobě. Při vymezení pojmu „originál" nelze vycházet ani z jiné právní úpravy, neboť citovaný pojem není v případě datových zpráv nikde definován. Z české právní úpravy tak podle Nejvyššího správního soudu není zcela zřejmé, co to je „originál" elektronického podání. Ostatně tato skutečnost byla již předmětem kritiky ze strany odborné veřejnosti[15], jak upozornil i jmenovaný soud. Nejvyšší správní soud v návaznosti na výše uvedené učinil úvahu, že „elektronické podání může být vyhotoveno následně po vyhotovení listinného podání (postupem, kdy je „naskenováno" listinné podání do elektronické verze obrázku), v tomto případě je „originálem" původní listinné podání. Ovšem elektronické podání může být vyhotoveno například také přímým vepsáním textu podání do těla e-mailu nebo do jeho přílohy např. ve formátu MS Word, OpenOffice Writer, PDF, aj. V tomto případě „pouze" neexistuje „originál" v listinné podobě, podle názoru Nejvyššího správního soudu, z toho však nelze dovodit, že vůbec neexistuje či nemůže existovat originál tohoto dokumentu. Objektivně-teleologickým výkladem, jehož úlohou je vystihnout smysl a účel právní normy v souvislosti s potřebami společnosti v aktuální situaci, v níž se má norma realizovat (v současnosti nelze přehlédnout především rychlý vývoj informačních technologií, který kromě jiného nabízí větší efektivitu veřejné správy, rychlejší komunikaci veřejné správy s občany, finanční úspory atd.), lze dojít k závěru, že pojem „originál" v sobě zahrnuje nejen původní vyhotovení v listinné podobě, nýbrž i původní vyhotovení elektronického podání s elektronickým podpisem splňující požadavky zákona o elektronickém podpisu."[16]

Na pozadí shora uvedeného lze konstatovat, že pokud podatel předloží příslušnému správnímu orgánu v zákonem stanovené lhůtě originál podání, tj. původní vyhotovení v listinné podobě, příp. původní vyhotovení elektronického podání, které však musí být podepsáno zaručeným elektronickým podpisem; nebo podání shodného obsahu, za které lze nejčastěji považovat vytisknutý dokument, jenž byl původně zaslán

---

takové podání učiněno v jiné formě, musí být do tří dnů potvrzeno písemným podáním shodného obsahu nebo musí být předložen jeho originál, jinak se k němu nepřihlíží.

[15] Srovnej např. LOEBL, Z. Právní úprava elektronické komunikace v České republice [online]. Právo a praxe ICT, říjen 2004/7 [cit. 30.1.07]. Dostupné z: <www.ceag.cz>.

[16] Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2007, sp. zn. 2 Afs 81/2006, publikovaného pod č. 1142/2007 Sb. NSS.

správnímu orgánu jako příloha e-mailu, aniž by byl podepsán zaručeným elektronickým podpisem či vytisknutý e-mail v případě, že text podání byl do něj včleněn, příp. neskenovaný dokument, který byl původně poslán prostřednictvím telefaxu, nastanou původně zamýšlené účinky podání ve smyslu ust. § 37 odst. 4 správního řádu.

Ostatně vždy je třeba při výkladu příslušných ustanovení nezbytné respektovat účel této úpravy, kterým je právě zrovnoprávnění podání učiněného v elektronické podobě za použití zaručeného elektronického podpisu vůči písemnému podání nebo podání učiněnému ústně do protokolu[17]. Opačný přístup spočívající v uplatňování výkladu právní normy nerespektující účel tohoto institutu, označovaný též jako tzv. přílišný formalismus, by byl v rozporu s principy spravedlnosti a mohl by vést k porušení základních práv a svobod (k tomu srovnej například nález Ústavního soudu ze dne 8. 7. 1999, sp. zn. III. ÚS 224/98, publikovaný pod č. 98/1999 Sb.n.u.ÚS, nebo nález téhož soudu ze dne 1. 11. 2006, sp. zn. IV. ÚS 110/06, publikovaný pod č. 202/2006 Sb.n.u.ÚS).

Zda bude v tomto nediskriminačním přístupu k elektronické komunikaci, který vychází ze smyslu a účelu příslušné právní úpravy, pokračováno či bude dokonce rozšířen, příp. bude následně upřednostněn vůči klasické formě komunikace a budeme tedy za několik málo let čelit diskriminaci klasické formy komunikace nelze nyní s jistotou říci. Budoucí vývoj totiž závisí nejenom na dalším rozvoji moderních informačních a komunikačních technologií, ale především na zájmu ze strany široké veřejnosti a veřejné správy o tuto formu komunikace.

Literature:

- PRŮCHA, P.: Správní právo. Obecná část. 7. doplněné a aktualizované vydání. Brno : Masarykova univerzita, 2007, 418 s., ISBN 978-80-210-4276-6
- ŠVESTKA, J. a kol.: Občanský zákoník. Komentář. 10. vyd. Praha : C. H. Beck, 2006, 1491 s., ISBN 80-7179-486-4
- VEDRAL, J.: Správní řád – komentář. Praha : Polygon, 2006, 1042 s., ISBN 80-7273-134-3

Contact – email

61184@mail.muni.cz

[17] Viz *Důvodová zpráva k návrhu správního řádu ze dne 4. 2. 2003* [online]. PSP tisk 201/0, Zvláštní část, k § 50 [cit. 7.11.09]. Dostupné z: <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=4&CT=201&CT1=0>.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNA ÚPRAVA SPRÁVNEHO SÚDNICTVA V ROZHODOVACEJ PRAXI ÚSTAVNÉHO SÚDU SLOVENSKEJ REPUBLIKY

MARTIN VERNARSKÝ

Univerzita P. J. Šafárika, Fakulta verejnej správy, Katedra verejnoprávnych disciplín, Slovenská republika

Abstract in original language
Príspevok sa zameriava na aktuálnu rozhodovaciu prax Ústavného súdu Slovenskej republiky v otázke vzťahu právnej úpravy občianskeho súdneho konania a konania v správnom súdnictve. Predmetom záujmu je pritom konkrétny problém možnosti využitia inštitútu dovolania ako mimoriadneho opravného prostriedku v konaní správnych súdov

Key words in original language
správne súdnictvo, Ústavný súd Slovenskej republiky, dovolanie

Abstract
The article focuses on actual decision making praxis of the Constitutional Court of the Slovak Republic on question of the relation between legal regulation of the civil procedure and of the procedure in the administrative justice. Especially the concrete problem of using the legal institute of appellate review as extraordinary remedy in the procedure of the administrative courts is analyzed.

Key words
Administrative justice, Constitutional Court of the Slovak Republic, appellate review

Správne súdnictvo predstavuje v súčasnom modernom štáte, ktorý má ambíciu byť aj štátom demokratickým a právnym, dôležitý nástroj presadzovania zákonnosti v procese realizácie normatívnych správnych aktov. Na pojmovú charakteristiku právneho inštitútu správneho súdnictva existujú rôzne názory[1], a to aj napriek tomu, že v právnickom slangu má o obsahu tohoto pojmu akosi prirodzene každý diskutujúci celkom jasno.

Z naznačeného základného definičného hľadiska je možné v prvom rade správne súdnictvo ponímať ako jednu z najdôležitejších foriem vonkajšej kontroly verejnej správy a ako záruku legality verejnej správy[2].

[1] pozri napr. Mikule, V.: Kontrola veřejné správy. In: Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část, 5., rozšířené vydání, Praha, C. H. Beck, 2003, s. 593

[2] Sobihard, J.: Vonkajšia kontrola verejnej správy. In: Machajová, J. a kol.: Všeobecné správne právo, Žilina: Poradca podnikateľa, s.r.o., 2007, s. 253

Zámerom príspevku však nie je analyzovať pojem správneho súdnictva, ale poukázať na niektoré trendy v rozhodovacej praxi Ústavného súdu Slovenskej republiky (ďalej len "Ústavný súd SR") majúce význam pre uplatňovanie právnej úpravy, ktorej predmetom je postup a rozhodovanie súdnych orgánov pri preskúmavaní zákonnosti vo verejnej správe. Pre dôslednú analýzu týchto trendov má ale nepochybne význam aj základný pojmový pohľad na správne súdnictvo.

Ústavný súd SR sa k problematike správneho súdnictva najčastejšie vyjadruje prostredníctvom uskutočňovania právomoci, ktorá mu vyplýva z čl. 127 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky (ďalej len "ústava") zakladajúceho právomoc rozhodovať o sťažnostiach fyzických osôb alebo právnických osôb, ak namietajú porušenie svojich základných práv alebo slobôd, alebo ľudských práv a základných slobôd vyplývajúcich z medzinárodnej zmluvy, ktorú Slovenská republika ratifikovala a bola vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, ak o ochrane týchto práv a slobôd nerozhoduje iný súd. Inými slovami, ide o rozhodovanie o tzv. ústavných sťažnostiach majúce charakter konkrétnej ochrany ústavnosti. Súčasťou okruhu prieskumu realizovaného Ústavným súdom SR sú aj rozhodnutia súdov vydané pri preskúmavaní zákonnosti rozhodnutí a postupov orgánov verejnej správy. Rozhodovacia činnosť Ústavného súdu SR má potom priamy dopad na spôsob aplikácie predovšetkým procesných pravidiel regulujúcich postup súdov pri prieskume právne relevantných aktivít orgánov verejnej správy.

Bez zaváhania možno konštatovať, že právna úprava správneho súdnictva je od roku 1991, kedy bola zakotvená do právneho poriadku vtedy ešte Českej a Slovenskej Federatívnej republiky, v nesutálom vývoji, ktorý je podľa môjho názoru charakterizovaný jej zdokonaľovaním a postupným rozširovaním prieskumu podliehajúceho okruhu aktivít verejnej správy[3]. Oba trendy je potrebné hodnotiť pozitívne, dôležité je však dodať, že sa jedná o trendy vo vývoji právnej úpravy, ktoré nemusia vždy nájsť potrebný odraz v jej aplikačnej konkretizácii. Naznačený vývoj právnej úpravy správneho súdnictva je neraz aktivizovaný i rozhodovacou praxou súdov, či už všeobecných, alebo aj Ústavného súdu SR. V príspevku chcem poukázať na niektoré vybrané smery, ktorých judikovaním Ústavný súd SR zorientúva v poslednom čase aplikáciu právnej úpravy správneho súdnictva, a tým vytvára i istý tlak na spôsob jej ďalšieho vývoja.

[3] Dôkazom tohoto trendu je napríklad skutočnosť, že okruh rozhodnutí orgánov verejnej správy nepodliehajúcich súdnemu prieskumu sa neustále zužoval. V súčasnosti už nepodliehajú súdnemu prieskumu len rozhodnutia uvedené v § 248 Občianskeho súdneho poriadku, prípadne rozhodnutia, pri ktorých súdny prieskum vylučujú osobitné zákony. K tomu pozri Molitoris, P.: Právo občana na súdny prieskum rozhodnutí v daňovom exekučnom konaní. In: Lovaš, L. (ed.): Teória a prax verejnej správy. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie organizovanej Fakultou verejnej správy UPJŠ v Košiciach v dňoch 27. - 28. 10. 2005, Košice, UPJŠ, 2005, s. 283 - 286

V Slovenskej republike je právna úprava správneho súdnictva ťažiskovo upravená v piatej časti Občianskeho súdneho poriadku majúcej svoju vlastnú systematiku, ktorá, prirodzene má následný dopad na aplikáciu konkrétnych ustanovení tejto časti s ohľadom na okolnosti prejednávaného prípadu. Dôležitý však je poznatok, že Občiansky súdny poriadok v piatej časti, konkrétne v ustanovení § 246c ods. 1 prvej vete zakotvuje primerané použitie prvej, tretej a štvrtej časti Občianskeho súdneho poriadku, ktoré sú primárne určené na aplikáciu pri rozhodovaní všeobecných súdov v civilných a obchodných veciach. V správnom súdnictve ako vecne príslušné rozhodujú krajské súdy a Najvyšší súd Slovenskej republiky (ďalej len "najvyšší súd"). Okresné súdy v súčasnosti nevykonávajú pôsobnosť vo veciach správneho súdnictva.

Príspevok je analýzou judikatúry Ústavného súdu SR majúcej význam pre právnu úpravu správneho súdnictva, ktorá sa týka problematiky opravných prostriedkov v správnom súdnictve, a to konkrétne mimoriadneho opravného prostriedku - dovolania.

Právna úprava správneho súdnictva sa z pohľadu možnosti podávania mimoriadnych opravných prostriedkov do dnešnej podoby dostala postupne, a to predovšetkým novelami Občianskeho súdneho poriadku vykonanými zákonmi č. 273/2007 Z. z. a č. 643/2007 Z. z. Pre posúdenie možnosti podať mimoriadny opravný prostriedok je ťažiskové ustanovenie § 246c ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku, ktorého tretia veta určuje, že proti rozhodnutiu najvyššieho súdu opravný prostriedok nie je prípustný. Toto ustanovenie je obsiahnuté v prvej hlave piatej časti Občianskeho súdneho poriadku, ktorá obsahuje pravidlá majúce povahu všeobecných predpisov vo vzťahu k jednotlivým typom konania v správnom súdnictve. Znamená to, že v žiadnom z týchto typov v prípade, ak rozhodne najvyšší súd ako vecne príslušný, nebude možné proti jeho rozhodnutiu podať opravný prostriedok a teda, prirodzene ani mimoriadny opravný prostriedok tak, ako ho predpokladá štvrtá časť Občianskeho súdneho poriadku.

Ústavný súd SR rozhodoval vo veci vedenej pod sp. zn. IV. ÚS 283/07 o ústavnej sťažnosti proti rozsudku najvyššieho súdu, ktorým tento 13. decembra 2006 odmietol ako neprípustné dovolanie podané proti rozsudku najvyššieho súdu ako súdu odvolacieho, ktorým bol potvrdený prvostupňový rozsudok krajského súdu. Krajský súd ním potvrdil rozhodnutie orgánu štátnej správy na úseku správy katastra nehnuteľností, ktorým bol zamietnutý návrh sťažovateľa na vklad vlastníckeho práva do katastra nehnuteľností. Podstatné je ešte uviesť, že v tomto prípade sa v správnom súdnictve rozhodovalo podľa tretej hlavy piatej časti Občianskeho súdneho poriadku, teda o opravnom prostriedku proti neprávoplatnému rozhodnutiu orgánu verejnej správy, pričom v tom čase účinné ustanovenie § 250s ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku explicitne zakotvovalo neprípustnosť obnovy konania, dovolania a mimoriadneho dovolania v konaní o opravnom prostriedku proti neprávoplatnému rozhodnutiu orgánu verejnej správy. Dovolanie bolo prípustné (s účinnosťou do 30. júna 2007) len vo veciach dôchodkového zabezpečenia. Najvyšší súd tak s poukazom

na uvedené ustanovenie i na § 246c ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku podané dovolanie odmietol z procesných dôvodov ako neprípustné.

Ústavný súd SR vychádzal pri rozhodovaní z názoru, že procesné pravidlo obsiahnuté v § 250s ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku "nemení nič na tom, že ak rozhodnutie odvolacieho súdu trpí niektorou vadou vymenovanou v písm. a) až g) § 237 OSP majúcou za následok tzv. zmätočnosť konania, možno proti každému takémuto rozhodnutiu podať dovolanie". Ústavný súd tak uzavrel, že "v danom prípade (bez ohľadu na osobitosť konania v správnom súdnictve) mal preto najvyšší súd povinnosť preskúmať, či napadnutý rozsudok odvolacieho súdu nebol vydaný v konaní postihnutom niektorou z procesných vád uvedených v § 237 OSP, a to zvlášť preto, že sťažovateľka v dovolaní takúto vadu, konkrétne odňatie možnosti konať pred súdom, namietala.". Následne Ústavný súd SR nálezom vyslovil porušenie základného práva na súdnu ochranu i práva na spravodlivé súdne konanie a napadnuté rozhodnutie najvyššieho súdu zrušil a vrátil vec na ďalšie konanie[4].

Z hľadiska logiky v uvažovaní nemožno v podstate predmetnému nálezu nič vyčítať. Bol riadne odôvodnený a argumenty vedúce k vysloveniu porušenia sťažovateľkou označených práv majú bezpochyby svoj racionálny základ. Dokonca ani skutočnosť, že ústavný súd v podstate týmto rozhodnutím akoby formálne nerešpektoval písaný text zákona výslovne vylučujúci možnosť podať proti rozhodnutiu najvyššieho súdu v správnom súdnictve opravný prostriedok (§ 246c ods. 1 a 250s ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku), by sama osebe nemusela vzbudzovať žiadne pochybnosti, keďže právny predpis je potrebné vykladať ako jeden celok, teda vo vzájomných súvislostiach medzi jednotlivými ustanoveniami obsahujúcimi právne normy. Pri takom výklade treba mať nepochybne na zreteli predovšetkým záujem ochrany základných práv a slobôd.

Na druhej strane však pozornosť vzbudí časť odôvodnenia nálezu, v ktorej Ústavný súd SR akoby do istej miery potiera osobitosti konania súdu v správnom súdnictve, keď prezentuje názor, že najvyšší súd mal "bez ohľadu na osobitosť konania v správnom súdnictve" povinnosť preskúmať danosť niektorého z dovolacích dôvodov podľa § 237 Občianskeho súdneho poriadku. Tento názor má už charakter koncepčný a usmerňuje interpretáciu ustanovení o správnom súdnictve spôsobom, ktorý je diskutovateľný.

---

[4] Podľa § 237 Občianskeho súdneho poriadku upravujúceho dovolanie ako mimoriadny opravný prostriedok v občianskom súdnom konaní je dovolanie prípustné proti každému rozhodnutiu odvolacieho súdu, ak sa rozhodlo vo veci, ktorá nepatrí do právomoci súdov, ak ten, kto v konaní vystupoval ako účastník, nemal spôsobilosť byť účastníkom konania, ak účastník konania nemal procesnú spôsobilosť a nebol riadne zastúpený, ak v tej istej veci sa už prv právoplatne rozhodlo alebo v tej istej veci sa už prv začalo konanie, ak sa nepodal návrh na začatie konania, hoci bol podľa zákona potrebný, ak účastníkovi konania sa odňala možnosť konať pred súdom, alebo ak rozhodoval vylúčený sudca alebo bol súd nesprávne obsadený, ibaže namiesto samoudcu rozhodoval senát.

Zrejme totiž práve osobitosti konania súdu v správnom súdnictve viedli zákonodarcu k veľmi jasnému a jednoznačnému vylúčeniu možnosti podávať mimoriadne opravné prostriedky v správnom súdnictve. Tento zámer bez akýchkoľvek pochybností vyplýva aj z dôvodových správ k príslušným novelám Občianskeho súdneho poriadku.

Správne súdnictvo predstavuje jeden z druhov kontroly verejnej správy, a je ťažké porovnávať ho z klasickým občianskym súdnym konaním, v ktorom súd nachádza právo medzi dvoma sporovými stranami. Napriek tomu, že procesný postup správneho súdnictva je upravený v Občianskom súdnom poriadku, správne súdnictvo nie je druhom občianskoprávneho súdnictva. Nie je to ani druh civilného procesu. Tento záver vyplýva z porovnania základnej funkcie občianskoprávneho súdnictva, ktorou je rozhodovanie súkromnoprávnych sporov, so základnou funkciou správneho súdnictva, ktorou je kontrola zákonnosti rozhodnutia, postupu alebo iného zásahu orgánu verejnej správy[5]. V správnom súdnictve súd preskúmava prejav vôle orgánu verejnej správy, ktorý je výrazom vrchnostenského pôsobenia na podriadené spravované subjekty. V občianskom súdnom konaní takýto prvok celkom absentuje, tu totiž dochádza k rozsúdeniu sporu, ktorý vznikol medzi dvoma subjektmi majúcimi rovné postavenie aj v tých právnych vzťahoch, z ktorých tento spor vznikol.

Uvedený zásadný obsahový rozdiel platí bezpochyby aj napriek dikcii § 7 ods. 2 Občianskeho súdneho poriadku, podľa ktorého v občianskom súdnom konaní súdy preskúmavajú aj zákonnosť rozhodnutí orgánov verejnej správy a zákonnosť rozhodnutí, opatrení a iných zásahov orgánov verejnej správy a rozhodujú o súlade všeobecne záväzných nariadení orgánov územnej samosprávy vo veciach územnej samosprávy so zákonom a pri plnení úloh štátnej správy aj s nariadením vlády a so všeobecne záväznými právnymi predpismi ministerstiev a ostatných ústredných orgánov štátnej správy, pokiaľ ich podľa zákona neprejednávajú a nerozhodujú o nich iné orgány.

Analyzovaný nález ústavného súdu sa na prvý pohľad skutočne môže javiť ako poskytujúci sťažovateľovi v pozícii účastníka konania v správnom súdnictve väčší rozsah práv a možností procesnej obrany. Na druhej strane formulácia právneho názoru Ústavného súdu SR otvára priestor pre uplatňovanie dovolania ako mimoriadneho opravného prostriedku nielen v konaní o opravnom prostriedku proti neprávoplatným rozhodnutiam orgánov verejnej správy, ale aj vo všetkých ostatných konaniach tvoriacich správne súdnictvo, v ktorých je možné podať odvolanie proti prvostupňovému rozhodnutiu. Ide tu hlavne o konanie podľa druhej hlavy piatej časti Občianskeho súdneho poriadku, teda o konanie o správnych žalobách proti právoplatným rozhodnutiam orgánov verejnej správy. Ústavný súd skúmaným nálezom celkom jednoznačne interpretoval problém

[5] Mazák, J. a kol.: Základy občianskeho procesného práva. Bratislava, Iura Edition, s.r.o., 2007, s. 461

aplikácie v § 246c ods. 1 prvej vete Občianskeho súdneho poriadku použitého výrazu "primerane" na posudzovaný prípad, ale aj na prípady, ktoré sa môžu vyskytnúť v budúcnosti.

Dôsledné rešpektovanie formulovaného právneho názoru Ústavného súdu SR v konaní o správnej žalobe by však zjavne viedlo k pomerne závažným zásahom do právnej istoty účastníkov takého konania. Treba vziať na zreteľ, že už konanie o správnej žalobe sa týka právoplatného rozhodnutia orgánu verejnej správy, teda rozhodnutia nastoľujúceho nie zanedbateľnú mieru právnej istoty. Následne rozhodnutia súdov v správnom súdnictve zasiahnu do stavu právnej istoty a po právoplatnom ukončení konania v správnom súdnictve by prípustnosť dovolania opätovne umožňovala zasiahnuť do už druhýkrát nastoleného stavu právnej istoty. Ak v týchto reláciách berieme do úvahy možnosť napadnúť dovolacie rozhodnutie najvyššieho súdu ústavnou sťažnosťou, opätovne by sa vytvoril priestor pre zásah i do právnej istoty nastolenej právoplatným dovolacím rozhodnutím. Domnievam sa, že takéto poskytovanie väčšieho rozsahu práv účastníkovi konania v správnom súdnictve už ide nad rámec iných požiadaviek vyplývajúcich z podstaty materiálneho chápania právneho štátu, keďže sa dotýka požiadavky právnej istoty, podľa mňa už v neakceptovateľnej miere.

Protiargumentom obraňujúcim prezentovaný právny názor Ústavného súdu SR môže byť poukaz na postupné zavádzanie reformačných prvkov do doteraz silným kasačným princípom ovládaného správneho súdnictva. Možnosť najvyššieho súdu ako súdu odvolacieho zmeniť prvostupňový rozsudok tak, že dôjde k zmene napadnutého rozhodnutia orgánu verejnej správy vyvoláva otázku, či potom rozhodnutie najvyššieho súdu ako súdu odvolacieho nenadobúda takú charakteristiku rozhodnutia súdu prvého stupňa, ktorá by si na základe potreby uplatnenia ústavno-procesného princípu dvojinštančnosti vyžadovala možnosť podať ďalší opravný prostriedok.

Tento protiargument však nijak nerieši závažný zásah do právnej istoty, ktorý už bol načrtnutý. Navyše pri tomto spôsobe aplikácie princípu dvojinštančnosti by bolo potrebné ďalší opravný prostriedok pripustť aj pri aktuálnej právnej úprave dovolania v občianskom súdnom konaní, pretože ustanovenie § 243b ods. 2 Občianskeho súdneho poriadku umožňuje dovolaciemu súdu rozhodnúť aj zmeňujúcim rozsudkom.

V prospech úplného vylúčenia možnosti podať dovolanie v správnom súdnictve hovorí aj podstata dovolacích dôvodov zakotvených v § 237 Občianskeho súdneho poriadku. Ide o veľmi závažné pochybenia v postupe alebo rozhodnutí odvolacieho súdu, ktoré bez akýchkoľvek pochybností výrazne atakujú ústavne zaručenú kvalitu súdneho konania. Preto v prípade výskytu takýchto vád v postupe alebo v rozhodnutí najvyššieho súdu ako súdu odvolacieho v správnom súdnictve má účastník konania stále možnosť využiť inštitút ústavnej sťažnosti a tak sa domôcť odstránenia vád zakladajúcich zmätočnosť.

Nakoniec k analyzovanej problematike je potrebné zdôrazniť, že existuje aj rozhodnutie Ústavného súdu SR, ktoré vychádza z diametrálne odlišného právneho názoru. Vo veci vedenej pod sp. zn. II. ÚS 87/09 Ústavný súd SR uznesením odmietol sťažnosť Ministerstva financií Slovenskej republiky (ďalej len "ministerstvo") podanú proti uzneseniu najvyššieho súdu, ktorým bolo o dovolaní ministerstva proti odvolaciemu rozhodnutiu najvyššieho súdu rozhodnuté tak, že konanie sa zastavilo s odôvodnením, že proti odvolaciemu rozsudku najvyššieho súdu vydanému v konaní o správnej žalobe dovolanie nie je prípustné.

Ústavný súd v uznesení, ktorým sťažnosť odmietol, poukázal na odlišnosť civilného súdnictva a správneho súdnictva, keďže "v civilnom dovolacom konaní dohliada najvyšší súd prostredníctvom inštitútu dovolania na procesnú čistotu a jednotnosť rozhodovania v súdnych konaniach, ktorých podstatou je v zásade spor o súkromné právo prerokúvaný od začiatku na všeobecnom súde, oproti tomu je správne súdnictvo preskúmavaním zákonnosti rozhodnutí orgánov verejnej správy, teda orgánov inej ako súdnej sústavy. Už správne súdnictvo je kontrolou inej sústavy, a tak zákonodarca nepovažoval za rozumné a účelné, aby kontrola verejnej správy bola ešte kontrolovaná prostredníctvom inštitútu dovolania. Okrem toho, správne súdnictvo nemusí byť zjednocované prostredníctvom dovolania, pretože druhostupňové rozhodovanie najvyššieho súdu v správnom súdnictve už túto funkciu plní. V danej súvislosti nesmie byť mätúce, že správne a civilné súdnictvo sú zhodou historických okolností obsiahnuté v jednom procesnom kódexe.".

Je teda zrejmé, že ani Ústavný súd SR nezastáva jednoznačné stanovisko k problému mimoriadnyh opravných prostriedkov v správnom súdnictve, jeho podstata však vyvoláva skôr potrebu prikloniť sa na stranu zákonodarcu, ktorý dovolanie aj iné opravné prostriedky v správnom súdnictve explicitne vylúčil.

Možno teda povedať, že problém analyzovaných rozhodnutí Ústavného súdu SR v značnej miere súvisí s otázkou primeranej aplikácie procesno-právnych noriem regulujúcich občianske súdne konanie na postup súdov v správnom súdnictve. V tomto bode nachádzajú rozhodnutia Ústavného súdu SR skúmané v tomto príspevku spoločného menovateľa. Ten naznačuje možnosť výhod plynúcich zo samostatnej právnej úpravy správneho súdnictva, ktorá by vyžadovala podporné alebo primerané použitie ustanovení o občianskom súdnom konaní na správne súdnictvo iba v minimálnej miere, alebo vôbec. Pritom nemusí dôjsť k vytvoreniu samostatnej sústavy správnych súdov. Samostatná právna úprava, po ktorej volajú aj správne kolégiá krajských súdov a najvyššieho súdu, by totiž mohla podstatne lepšie zohľadniť špecifiká správneho súdnictva tak, aby sa zabezpečila dôsledná ochrana verejných subjektívnych práv účastníkov správnych konaní, ale na druhej strane aby sa tiež zvýraznili hľadiská efektívnosti a hospodárnosti procesného postupu súdov v správnom súdnictve bez zbytočného predlžovania právnej neistoty v otázke úpravy administratívnych vzťahov.

Literature:

- Hendrych, D. a kol.: Správní právo. Obecná část, 5., rozšířené vydání. Praha, C. H. Beck, 2003, 832 s., ISBN 80-7179-671-9
- Lovaš, L. (ed.): Teória a prax verejnej správy. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie organizovanej Fakultou verejnej správy UPJŠ v Košiciach v dňoch 27. - 28. 10. 2005. Košice, UPJŠ, 2005, 320 s., ISBN 80-7097-637-3
- Machajová, J. a kol.: Všeobecné správne právo. Žilina, Poradca podnikateľa, s.r.o., 2007, 504 s., ISBN 978-80-88931-71-3
- Mazák, J. a kol.: Základy občianskeho procesného práva. Bratislava. Iura Edition, s.r.o., 2007, 835 s., ISBN 978-80-8078-145-3

Contact – email

martin.vernarsky@upjs.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUDNÍM PŘEZKUM ROZHODNUTÍ STRÁŽNÍKA OBECNÍ POLICIE O ODSTRANĚNÍ VOZIDLA

PAVEL VETEŠNÍK

Policejní akademie České republiky

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá aktuální otázkou soudního přezkumu rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla. Autor příspěvku nejdříve vysvětlí zákonná ustanovení obsahující oprávnění strážníka obecní policie rozhodnout o odstranění vozidla z pozemní komunikace a následně vysvětlí pojem „rozhodnutí o odstranění vozidla“ ve smyslu příslušných ustanovení soudního řádu správního a ve světle judikatury správních soudů České republiky. Příspěvek dále poukazuje na konkrétní případ soudního přezkumu rozhodnutí o odstranění vozidla správními soudy České republiky a taktéž Ústavním soudem České republiky.

Key words in original language
Rozhodnutí, strážník obecní policie, odstranění vozidla, nezákonný zásah, nesprávný úřední postup.

Abstract
The article focuses on the topical question of judicial review of a decision of a police officer of the community police on removal of a vehicle. First of all the author of the article explains legal provisions that stipulate authorization of a police officer of the community police „to take a decision on removal of a vehicle“ within the meaning of applicable provisions of the rules of the administrative court and in the light of the practice of administrative courts of the Czech Republic. The article further adverts to a particular case of judicial review of a decision on removal of a vehicle by administrative courts of the Czech Republic and also by the Constitutional court of the Czech Republic.

Key words
A decision, a police officer of the community police, removal of a vehicle, unlawful intervention, unjust official procedure.

Pravděpodobně se snad každý setkal s nepopulární činností strážníků obecních a městských policií, s odstraňováním vozidel z pozemních komunikací. Zákonné oprávnění k rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla z pozemní komunikace je stanoveno v zákoně č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o silničním provozu“). Jedním z důvodů uplatnění tohoto oprávnění je situace, kdy vozidlo tvoří překážku provozu na pozemní komunikaci, a druhým důvodem je situace, kdy vozidlo neoprávněně stojí na vyhrazeném parkovišti. Cílem tohoto příspěvku však není zkoumání zákonných důvodů

směřujících k možnosti uplatnění tohoto oprávnění ze strany strážníka obecní policie, ačkoliv se jistě může jednat o zajímavé téma, ale o vysvětlení možnosti nápravy v případě, kdy k odstranění vozidla došlo v rozporu se zákonem.

Vzhledem ke skutečnosti, že zákon o silničním provozu užívá termín „rozhoduje“, je nejdříve důležité posouzení charakteru rozhodnutí strážníka obecní policie k odstranění vozidla, a to z pohledu toho, zda toto rozhodnutí je úkonem, který je nutno považovat za rozhodnutí, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují práva a povinnosti, nebo je úkonem, který je nutno považovat za zásah, pokyn nebo donucení správního orgánu. V prvém případě by totiž bylo nezbytné, aby se případný žalobce svých práv domáhal postupem podle ustanovení § 65 a násl. zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „soudní řád správní“), žalobou proti rozhodnutí správního orgánu (*Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva nebo povinnosti, (dále jen "rozhodnutí"), může se žalobou domáhat zrušení takového rozhodnutí, popřípadě vyslovení jeho nicotnosti, nestanoví-li tento nebo zvláštní zákon jinak*.), ve druhém případě by bylo na místě, podat žalobu na ochranu před nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu podle ustanovení § 82 a násl. soudního řádu správního (*Každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením (dále jen "zásah") správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo, může se žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu, trvá-li takový zásah nebo jeho důsledky anebo hrozí-li jeho opakování*.).

Jednou z prvních žalob v této věci byla žaloba fyzické osoby proti hlavnímu městu Praze v roce 2004. V případě zásahu obecní policie je totiž žalovaným ve smyslu ustanovení § 83 soudního řádu správního obec. Žalobce se domáhal ochrany před nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu ve smyslu ustanovení § 82 a násl. soudního řádu správního. Městský soud v Praze při svém rozhodování neměl k dispozici žádnou soudní judikaturu, kterou by bylo možno k řešení výše uvedené otázky použít. Nebylo možné ani vycházet z nálezu Ústavního soudu ČR III. ÚS 150/03 ze dne 6. 11. 2003, neboť uvedené rozhodnutí skutkově obdobnou otázku, a sice to, zda rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla má povahu správního rozhodnutí či zásahu správního orgánu, meritorně neřešilo, pouze poukázalo na to, že je zde prostor pro argumentaci pro tu či onu právní kvalifikaci se závěrem, že v obou případech je možná právní ochrana u správního soudu.

Při rozhodování tak Městský soud v Praze vycházel z následujících úvah. Předpokladem pro právní kvalifikaci určité právní skutečnosti jako úkonu správního orgánu dle ustanovení § 65 a násl. soudního řádu správního je skutečnost, že ke zkrácení došlo buď přímo tímto úkonem, respektive rozhodnutím dle legislativní zkratky, nebo v předcházejícím řízení. Je tedy

zřejmé, že předpokladem pro tento postup je skutečnost, že jde o tvrzená pochybení v rámci konkrétního, právními předpisy vymezeného, typu řízení. Dalším rozhodným předpokladem je existence formalizovaného rozhodnutí, kterým se uvedené řízení završuje. Naproti tomu v případě zásahu dle ustanovení § 82 a násl. soudního řádu správního, nezmiňuje v této souvislosti soudní řád správní existenci správního řízení, v rámci kterého by případně mělo k takovému zásahu dojít. Soudní řád správní rovněž výslovně uvádí, že zásah není rozhodnutím a lze dovodit, že uvedený zásah zpravidla není činěn ve formalizované formě a neobsahuje právním předpisem předepsané náležitosti. Rozhodnutí o odstranění vozidla nebylo vydáno ve správním řízení, šlo proto nepochybně o faktickou konkrétní činnost vyplývající z příslušných právních předpisů. Podkladem pro závěr o odstranění vozidla nebylo rovněž vydané formalizované rozhodnutí, ale faktické jednání strážníka obecní policie. Městský soud v Praze tak dospěl k závěru, že rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla je třeba z procesního hlediska považovat za zásah dle ustanovení § 82 soudního řádu správního. Výše uvedená konkrétní žaloba na ochranu před takovým zásahem tak byla na místě.

Výše uvedený názor v této žalobě potvrdil jak Nejvyšší správní soud ČR v řízení o kasační stížnosti, tak i Ústavní soud ČR následně ve svém nálezu.

Stejného názoru je i odborná veřejnost. V komentáři k soudnímu řádu správnímu jeho autoři posuzovali nález Ústavního soudu ČR III. ÚS 150/03 ze dne 6. 11. 2003 a dospěli k názoru, že v případě rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla dle ustanovení § 45 odst. 4 zákona o silničním provozu, jde o typický „bezprostřední zásah“, terminologií soudního řádu správního řečeno „pokyn“ (tedy zásah v širším smyslu), který má ovšem také majetkoprávní důsledky (povinnost provozovatele nahradit náklady na odstranění vozidla). Bezprostřední zásah je správní činností k odvracení nebezpečí, které bezprostředně ohrožuje právem chráněné zájmy. Veřejná správa fyzicky zasahuje do právních poměrů osob, které toto ohrožení vyvolaly, nebo třetích osob, a omezuje je v jejich právech.

Městský soud v Praze se však dále zabýval důvodností podané žaloby. Podle ustanovení § 82 a násl. soudního řádu správního každý, kdo tvrdí, že byl přímo zkrácen na svých právech nezákonným zásahem, pokynem nebo donucením správního orgánu, který není rozhodnutím, a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo, může se žalobou u soudu domáhat ochrany proti němu, trvá-li takový zásah nebo jeho důsledky anebo hrozí-li jeho opakování. Ochrana podle § 82 a násl. soudního řádu správního je tedy důvodná pouze tehdy, jsou-li, a to kumulativně, tedy zároveň, splněny následující podmínky: Žalobce musí být přímo (1. podmínka) zkrácen na svých právech (2. podmínka) nezákonným (3. podmínka) zásahem, pokynem nebo donucením („zásahem“ správního orgánu v širším smyslu) správního orgánu, které nejsou rozhodnutím (4. podmínka), a byl zaměřen přímo proti němu nebo v jeho důsledku bylo proti němu přímo zasaženo (5. podmínka), přičemž „zásah“ v širším smyslu nebo jeho důsledky musí trvat, nebo musí hrozit opakování „zásahu“

(6. podmínka). Není-li byť jen jediná z uvedených podmínek splněna, nelze ochranu podle § 82 a násl. soudního řádu správního poskytnout[1].

Subsidiární charakter ochrany poskytované podle § 82 a násl. soudního řádu správního s cílem pouze zamezit trvání nezákonného zásahu či odvrátit jeho bezprostřední hrozbu vyplývá rovněž z ustanovení § 85 soudního řádu správního, podle kterého je žaloba nepřípustná, lze-li se ochrany nebo nápravy domáhat jinými právními prostředky nebo domáhá-li se žalobce pouze určení, že zásah byl nezákonný. V souladu s ustanovením § 86 soudního řádu správního, zjistí-li soud, že po podání žaloby již zásah ani jeho důsledky netrvají a nehrozí opakování zásahu, zastaví řízení. Je tedy zřejmé, že cílem popsaného prostředku právní ochrany není „morální zadostiučinění" vyslovením nezákonnosti zásahu veřejné moci, ani nahrazení existujících prostředků ochrany. Cílem žaloby podle § 82 a násl. soudního řádu správního je ochrana práv subjektů dotčených zásahem veřejné moci, proti němuž neexistují jiné prostředky ochrany, a jehož působení do práv dotčeného subjektu trvá, či jehož opakování hrozí. Zákon nepočítá s ochranou před aktuálně neexistujícími zásahy, tj. zejména zásahy, ke kterým došlo v minulosti, ale ani před zásahy, které mohou teprve v budoucnu nastat, nejde-li o hrozbu opakování již učiněného zásahu.

V souzeném případě, s ohledem na skutečnost, že si žalobce odstraněné vozidlo vyzvedl z odtahového parkoviště po uhrazení příslušné částky stanovené právním předpisem obce, tak nebyla splněna výše uvedená 6. podmínka, tj. trvání zásahu či jeho důsledků, nebo hrozba jeho opakování. V době podání žaloby tak již samotný zásah netrval. Taktéž důsledky samotného zásahu již netrvaly, protože uhrazením příslušné částky takovým důsledkem není. Důsledkem zásahu ve smyslu ustanovení § 82 soudního řádu správního je pouze skutečnost, která je bezprostředním důsledkem zásahu. Jedním z kriterií, které je v tomto kontextu třeba vzít v úvahu, je rovněž existence jiných prostředků ochrany. Je-li charakter žaloby podle § 82 a násl. soudního řádu správního subsidiární, s cílem bezprostředně zamezit trvajícímu (alespoň ve svých důsledcích) nezákonnému zásahu, či zásahu již skončenému, ale hrozícímu opakováním, nepřichází tato ochrana v souladu s ustanovením § 85 soudního řádu správního v úvahu tam, kde existují jiné prostředky ochrany. Proto je třeba i u důsledků zásahu odlišit ty, které jsou přímým důsledkem nezákonného zásahu, jejichž odstranění nepřichází v úvahu za použití jiných prostředků ochrany a u nichž přichází v úvahu (možné) obnovení stavu před zásahem[2]. Žalobce má tak k dispozici jiné prostředky, jimiž se může domáhat nápravy, a to cestou civilního soudnictví.

[1] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2005, č. j. 2 Aps 1/2005 - 69

[2] § 87 odst. 2 soudního řádu správního

Třetím alternativním požadavkem 6. podmínky je skutečnost, že hrozí opakování zásahu. Obecně lze říci, že vždy je objektivně možné opakování něčeho, k čemu již v minulosti došlo. U tvrzené hrozby opakování proto musí být posouzeno, zda jde skutečně o hrozící opakování původního nezákonného zásahu, nebo o zásah, který sice může v mnohém vykazovat podobnost se zásahem původním, avšak ve skutečnosti jde o zásah nový, který nelze za opakování původního zásahu označit. Ačkoliv se jedná o teoretickou rovinu argumentace, nenašel soud souvislost s již odstraněným vozidlem a případným odstraněním stejného vozidla v budoucnosti.

Stejného názoru jsou i jiná rozhodnutí soudů[3], která konstatují, že předmětný zásah, spočívající v rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla, již netrvá či netrvají jeho důsledky nebo nehrozí jeho opakování. Zásah, kterým bylo konkrétní jednání strážníka městské policie, byl ukončen umístěním vozidla žalobce na odtahové parkoviště, kde policie předala vozidlo jinému subjektu a žalobce byl písemně informován o místě, kde je vozidlo umístěno k jeho vyzvednutí. Jediným a bezprostředním důsledkem zásahu tak bylo omezení možnosti žalobce jako vlastníka v užívání věci, tedy vozidlem přechodně disponovat. Skutečnost, že žalobce byl (je) nucen zaplatit náklady spojené s odstraněním vozidla a jeho umístěním na odtahovém parkovišti, není bezprostředním důsledkem zásahu, jehož předmětem bylo odstranění vozidla žalobce, nikoliv jeho finanční prostředky. Žalobce pak má k dispozici prostředky, jimiž se může domáhat soudní ochrany ve vztahu k jemu vzniklým nákladům, a to cestou civilního soudnictví. V případě, že by vozidlo žalobce bylo znovu v budoucnosti odstraněno, nejednalo by se o opakování zásahu, ale o zásah nový na původním zásahu zcela nezávislý.

Ačkoliv tedy došlo dle názoru Městského soudu v Praze k nezákonnému zásahu správního orgánu, musel podanou žalobu s odkazem na ustanovení § 87 odst. 3 soudního řádu správního zamítnout[4] (*Soud zamítne žalobu, není-li důvodná*).

Včasně podanou kasační stížností se žalobce domáhal zrušení výše uvedeného rozsudku Městského soudu v Praze, kterým byla zamítnuta jeho žaloba, jíž se domáhal ochrany před nezákonným zásahem. Nejvyšší správní soud však rozsudkem[5] kasační stížnost jako nedůvodnou zamítl. Plně se tak ztotožnil se závěry Městského soudu v Praze.

S tímto závěrem se však žalobce nespokojil a ústavní stížností napadl jak rozsudek Nejvyššího správního soudu, tak i rozsudek Městského soudu v Praze, přičemž tvrdil, že napadenými rozhodnutími byl porušen čl. 36 odst.

---

[3] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 1. 10. 2009, č. j. 10 Ca 78/2008 - 41

[4] Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 3. 5. 2005 č. j. 11 Ca 188/2004-56

[5] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 11. 2005, č. j. 8 Aps 1/2005 - 82

1 a 2 a čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod (dále jen "Listina"). Žalobce, respektive stěžovatel v ústavní stížnosti uvádí, že vydáním pokynu došlo k hrubému zásahu do jeho vlastnického práva, což vzhledem k napadeným rozhodnutím zůstalo - přes svou protiprávnost - bez odpovídající reakce, v důsledku čehož mu nebyla poskytnuta ochrana před nezákonným jednáním a nedošlo ke zjednání nápravy. Tím byla porušena premisa demokratického a ústavního pořádku dbalého státu, zakotvená v čl. 2 odst. 3 Ústavy České republiky (dále jen "Ústava") a čl. 2 odst. 2 Listiny. Soudy obou stupňů svým postupem porušily povinnost uloženou jim mj. v ustanovení § 82 a násl. soudního řádu správního, tj. poskytnout mu výslovně a řádným procesním způsobem ochranu před „zlovolným a účelovým“ zásahem do jeho práv (který stěžovatel v další části ústavní stížnosti označuje za „bezprecedentní prvoplánovité“ zneužití pravomoci veřejného činitele). Toto pochybení má ústavněprávní rozměr, neboť právo na soudní ochranu před zásahy orgánů veřejné moci náleží stěžovateli na základě čl. 36 odst. 1 a 2 Listiny. Argumentace stěžovatele byla založena na tom, že „protiprávní zásah a jeho důsledky nastaly, trvají a nelze je odestát“ a že i přes tuto skutečnost stěžovateli nebyla ze strany obecných soudů poskytnuta ochrana.

Ústavní soud se nejdříve ztotožnil s názorem Městského soudu v Praze, že rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla je třeba z procesního hlediska považovat za zásah dle ustanovení § 82 soudního řádu správního. Dále se ztotožnil s názorem Městského soudu v Praze, že nehrozí opakování zásahu správního orgánu v podobě rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla. Dle názoru Ústavního soudu je zákonem míněn hrozící (budoucí) nezákonný zásah, u něhož lze s pravděpodobností hraničící s jistotou předpokládat, že nastane, a jenž současně vykazuje bezprostřední věcnou, případně i místní a časovou souvislost se zásahem předchozím, tj. je dostatečně individualizován. K tomu lze snad jen poznamenat, že návrhové žádání v žalobě je formulováno ve smyslu ochrany proti zcela neurčité množině možných zásahů daného typu, což je samo o sobě potvrzením výše uvedených závěrů stran absence aktuálně hrozícího konkrétního zásahu. Ostatně si lze stěží představit, že by se vydáním rozhodnutí takového obsahu mohlo fakticky dosáhnout toho, že někdy v budoucnu nedojde k protiprávnímu odstranění vozidla stěžovatele. Dále se plně ztotožnil i s názorem, zda trvají důsledky předmětného zásahu. Dle názoru Ústavního soudu je třeba rozlišovat mezi důsledky protiprávního zásahu, jež lze napravit způsobem uvedeným v § 87 odst. 2 soudního řádu správního, tj. zákazem pokračovat v porušování a případně obnovením faktického a právního stavu před zásahem, a mezi důsledky ostatními, které takto napravit nelze. V nyní posuzované věci důsledkem předmětného zásahu bylo odstranění vozidla stěžovatele a jeho umístění na odtahové parkoviště, tedy omezení stěžovatele jako vlastníka v užívání věci. V případě takovéhoto důsledku si lze představit, že soud za účelem jeho nápravy taktéž přikáže správnímu orgánu vrátit stěžovateli jeho vozidlo. V kompetenci „správního“ soudu však není náprava tzv. ostatních důsledků protiprávního zásahu. Typicky zde půjde o vzniklou škodu (jež mohla

postiženému subjektu vzniknout např. právě tím, že musel zaplatit příslušný poplatek, aby mu vozidlo bylo vráceno). V takovém případě je nutno se příslušné nápravy domáhat zákonem předpokládaným způsobem, tedy u příslušného „civilního" soudu postupem podle zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů. Výše uvedené závěry se musí odrazit v interpretaci toho, co je míněno pod pojmem trvání důsledků nezákonného zásahu ve smyslu ustanovení § 82 soudního řádu správního. Dle názoru Ústavního soudu přitom nevznikají žádné pochybnosti o tom, že pod pojem nesprávný úřední postup, který obsahuje ustanovení § 13 odst. 1 zákona č. 82/1998 Sb., lze podřadit i nezákonný zásah ve smyslu § 82 soudního řádu správního. Ústavní soud je rovněž názoru, že předpokladem pro uplatnění náhrady škody způsobené nesprávným úředním postupem není kladné rozhodnutí vydané v řízení o ochraně před nezákonným zásahem podle § 82 a násl. soudního řádu správního (či v jiném obdobném řízení, jakým je řízení o ústavní stížnosti podle § 72 a násl. zákona o Ústavním soudu), a to na rozdíl od případu náhrady škody způsobené nezákonným rozhodnutím[6]. Z toho pak plyne, že „civilní" soud musí v příslušném řízení řešit otázku, zda úřední postup byl správný či nikoli, přičemž postupuje tak, jak ukládá ustanovení § 135 občanského soudního řádu.

Z výše uvedených důvodů byl Ústavní soud nucen podanou ústavní stížnost mimo ústní jednání bez přítomnosti účastníků podle ustanovení § 43 odst. 2 písm. a) zákona o Ústavním soudu jako návrh zjevně neopodstatněný odmítnout[7]. Na tomto závěru nic nezměnil ani pozdější nález Ústavního soudu ČR[8], který nepřehodnocoval právní závěry obsažené v nálezu Ústavního soudu ČR III. ÚS 150/03 ze dne 6. 11. 2003.

Cílem mého příspěvku tak bylo poukázat na konkrétní zásah správního orgánu, spočívající v rozhodnutí strážníka obecní policie o odstranění vozidla z pozemní komunikace, který ačkoliv by byl správním soudem shledán jako nezákonný, neposkytl by žalobci správní soud ochranu podle ustanovení § 82 soudního řádu správního, z důvodu faktické nemožnosti splnění 6. podmínky důvodnosti žaloby. Je proto otázkou, zda je ochrana cestou civilního soudnictví v této oblasti dostatečná.

---

[6] § 8 zákona č. 82/1998 Sb., o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem a o změně zákona České národní rady č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád)

[7] Nález Ústavního soudu ČR III. ÚS 130/06 ze dne 30. 7. 2008

[8] Nález Ústavního soudu ČR I. ÚS 413/07 ze dne 9. 10. 2007

Literature:

- Vopálka, V., Mikule, V., Šimůnková, V., Šolín, M. Správní řád soudní. Komentář. 1. vydání. Praha:C.H.Beck, 2004, 192 s. ISBN 80-7179-864-9
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, 260 s. ISBN 80-7179-442-2
- zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní
- zákon č. 361/2000 Sb., o provozu na pozemních komunikacích a o změnách některých zákonů
- Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 3. 5. 2005 č. j. 11 Ca 188/2004-56
- Rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 1. 10. 2009, č. j. 10 Ca 78/2008 - 41
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 3. 2005, čj. 2 Aps 1/2005 - 69, www.nssoud.cz,
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 11. 2005, čj. 8 Aps 1/2005 - 82, www.nssoud.cz,
- Nález Ústavního soudu ČR III. ÚS 150/03 ze dne 6. 11. 2003
- Nález Ústavního soudu ČR I. ÚS 413/07 ze dne 9. 10. 2007
- Nález Ústavního soudu ČR III. ÚS 130/06 ze dne 30. 7. 2008

Contact – email

vetesnik@mppraha.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AKTUÁLNÍ OTÁZKY ŘÍZENÍ PŘED NEJVYŠŠÍM SPRÁVNÍM SOUDEM A FENOMÉN EXTREMISMU

RADIM VIČAR

Fakulta ekonomiky a managementu, Univerzita obrany, Česká republika

Abstract in original language
Tento příspěvek se zabývá problematikou řízení před Nejvyšším správním soudem České republiky, zejména pokud jde o řízení, která souvisejí s politickými stranami a politickými hnutími a shromažďovacím právem. Článek poukazuje na to, že tyto druhy řízení můžou úzce souviset s fenoménem extremismu.

Key words in original language
Správní soudnictví; Fenomén extremismu; Nejvyšší správní soud České republiky.

Abstract
This contribution deals with proceedings before the Supreme Administrative Court of the Czech Republic, especially with proceedings relating to political parties or political movements and right to assemble. This paper point out, that these types of proceedings may have close relations with phenomenon of extremism.

Key words
Administrative justice; Phenomenon of extremism; The Supreme Administrative Court of the Czech Republic.

ÚVOD

Extremismus – fenomén, který je v současnosti předmětem diskuze v odborných kruzích, s projevy extremismu se setkáváme čím dál častěji přímo na ulicích či zprostředkovaně v médiích a jeho projevy jsou rozsáhle zkoumány.[1] Co se skrývá za tímto pojmem? Prvně můžeme uvést, že se jedná o pojem velmi nejednoznačný, ke kterému se váže celá řada definic, které se shodují v tom, že jde o krajně radikální, výstřední postoje.

[1] Univerzita obrany, Fakulta ekonomiky a managementu, katedra sociálních věd a práva, kde působím jako asistent, je zapsána v Seznamu ústavů kvalifikovaných pro znaleckou činnost, konkrétně v oboru znalecké činnosti Kriminalistika (se specializací na společenskou závadnost textů a zástupné symboly) a v oboru Sociální vědy (s rozsahem znaleckého oprávnění pro politologii k posuzování problematiky extremismu a terorismu). Jako znalec tuto činnost vykonává JUDr. PhDr. Ivo Svoboda, Ph.D.

Ministerstvo vnitra České republiky, využívá ve své koncepční činnosti následující pracovní definici:[2] „vyhraněné ideologické postoje, které vybočují z ústavních, zákonných norem, vyznačují se prvky netolerance, a útočí proti základním demokratickým ústavním principům, jak jsou definovány v českém ústavním pořádku“.

Mezi tyto principy zejména patří: úcta k právům a svobodám člověka a občana (čl. 1 Ústavy), svoboda a rovnost lidí v důstojnosti a právech, nezadatelnost, nezcizitelnost, nepromlčitelnost a nezrušitelnost základních práv a svobod bez rozdílu pohlaví, rasy, barvy pleti, jazyka, víry a náboženství, politického nebo jiného smýšlení, národního a sociálního původu, příslušnosti k národnosti nebo etnické menšině, majetku, rodu nebo jiného postavení (čl. 1, čl. 3 Listiny základních práv a svobod), svrchovaný, jednotný a demokratický právní stát (čl. 1 Ústavy), či ochrana menšin při rozhodování většiny (čl. 6 Ústavy).

Jednotlivé projevy extremismu lze zkoumat v rovině ústavněprávní (v souvislosti s porušováním základních práv a svobod a s aktivitami, které působí destruktivně ve stávajícím demokratickém politicko - ekonomický systému), trestněprávní (rasově motivovanou trestnou činnost, extremistická trestná činnost nebo trestná činnost s extremistickým podtextem, tedy formy trestné činnosti, o nichž je důvod se domnívat, že byly extremistickými postoji motivovány nebo ovlivněny) nebo rovině správněprávní, kterou především sleduje tento příspěvek.

1. NĚKOLIK POZNÁMEK K PRÁVU SHROMAŽĎOVACÍMU

Právo shromažďovací (the right of assembly) je podle čl. 19 Listiny základních práv a svobod zaručeno každému. Právo shromažďovací patří mezi práva politická a výkon tohoto práva slouží k využívání svobody projevu, vyjadřování postojů a stanovisek, výměně informací a názorů. Pojem shromáždění je chápán velice široce. Ať už jde o seskupení většího počtu jednotlivců na jednom místě či shromáždění neomezená na jedno místo (tedy především pouliční průvody, přehlídky a manifestace), soukromá i veřejně přístupná shromáždění, ústavní ochrany požívají pouze pokojná shromáždění.

Stěžejním správněprávním pramenem právní úpravy výkonu tohoto ústavně zaručeného práva je zákon č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, ve znění pozdějších předpisů. Tomuto zákonu jsou však podřízena jen některá shromáždění, především ta, která slouží k řešení veřejných a jiných společných záležitostí vyjádřením postojů a stanovisek, jak je uvedeno v § 1 odst. 2 tohoto zákona.

---

[2] Co je extremismus : Vymezení pojmů [online]. Ministerstvo vnitra České republiky, odbor bezpečnostní politiky, 2008, 7.10.2009 [cit. 2009-11-17]. Dostupný z WWW: <http://www.mvcr.cz/clanek/co-je-extremismus.aspx>.

Nutno podotknout, že legální definici „shromáždění“ zákon neobsahuje. Zákonodárce alespoň v § 2 negativně vymezil (a tím z působnosti vyloučil) některá shromáždění. Zákon se tak nepoužije shromáždění osob související s činností státních orgánů (např. vojenská cvičení); shromáždění související s poskytováním služeb (např. trhy, sportovní akce) a jiná shromáždění nesloužící účelu v § 1 odst. 2 (např. náhodné shromáždění osob při řešení mimořádné události).

Realizace shromažďovacího práva podle zákona o právu shromažďovacím stojí na principu oznamovacím. Tedy tzv. povinně oznamovaná shromáždění, kam bude patřit např. demonstrace proti politice státu, pouliční průvod či technoparty, jsou svolavatelem oznamována příslušnému správnímu orgánu. Ne na všechna shromáždění, která spadají do režimu tohoto zákona, se uplatní tato povinnost. Některá shromáždění, především soukromé povahy (shromáždění pořádané v obydlích osob, shromáždění jmenovitě pozvaných osob v uzavřených prostorách) či pořádaných církvemi nebo náboženskými společnostmi (procesí, poutě) se neoznamují.

V souvislosti s projevy extremismu bude zásadní především otázka zákazu a rozpuštění shromáždění. Pro zákaz shromáždění[3] je klíčové ustanovení § 10, které umožňuje zakázat shromáždění, jestliže by oznámený účel shromáždění směřoval např. k výzvě popírat nebo omezovat osobní, politická nebo jiná práva občanů pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení nebo k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti z těchto důvodů.

2. JUDIKATURA NEJVYŠŠÍHO SPRÁVNÍHO SOUDU VE VZTAHU K ZÁKAZU SHROMÁŽDĚNÍ S VAZBOU NA EXTREMISMUS

Z rozsudků Nejvyššího správního soudu k problematice výkonu práva shromažďovacího s vazbou na problematiku extremismu lze předně zmínit rozsudek ze dne 5. listopadu 2007, čj. 8 As 51/2007 - 67.

Nejvyšší správní soud se v tomto rozsudku o kasační stížnosti mimo jiné zabýval základními principy moderního demokratického státu. Při této příležitosti upozorňuje na to, že moderní demokracie, která představuje vládu většiny při respektování práv menšin, musí být připravena i ke konfrontaci s menšinovými názory, které jsou jí v daném okamžiku nepohodlné.

Nejvyšší správní soud poukázal na velmi liberálně a široce pojaté shromažďovací právo v české právní úpravě, jak vyplývá ze shromažďovacího zákona naplňujícího článek 19 Listiny základních práv a svobod a mezinárodní závazky České republiky, zejména článek 11 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

[3] K problematice výkonu práva shromažďovacího a k zákazu a rozpuštění shromáždění viz ČERNÝ, Petr. Zákaz shromáždění. *Právní rozhledy.* 2008, č. 5, s. 157-167.

Nejvyšší správní soud dále zdůraznil ústavní i zákonný princip, podle nějž právo shromáždění nepodléhá povolení. Jedná se o právo, jímž disponuje každý, které může být pouze výjimečně omezeno, a jehož výkon není podmíněn žádným předchozím souhlasem správního orgánu, nýbrž pouhým oznámením o využití práva adresovaným správnímu orgánu. Ve vztahu k omezení politických práv, jako např. práva shromažďovacího, Nejvyšší správní soud nabádá ke krajní obezřetnosti – nesmí vést ve svých důsledcích k postupnému rozdrobení shromažďovacího institutu a vytěsnění většině nepohodlné menšiny z veřejného diskurzu.

Důležitým závěrem Nejvyššího správního soudu je, že zákaz shromáždění nelze odůvodnit pouze odkazem na osobu svolavatele či osobu oprávněnou za svolavatele jednat. Soud vycházel z předpokladu, že i kdyby se jednalo o osoby přináležející k extremistickým skupinám, či projevující extremistické názory, nelze a priori vyloučit, že hodlají svého práva využít v zákonných mezích. Na druhé straně je nutné uvést, že přidají-li se k popsaným charakteristikám daných osob další skutečnosti, jako např. datum (den blízký výročí tzv. Křišťálové noci) a místo konání shromáždění (blízkost synagog), může být již důvod pro zákaz shromáždění dán.

Nejvyšší správní soud se dále vyslovil k otázce posuzování oznámeného účelu shromáždění správním orgánem, Tady soud dospěl k názoru, že správní orgán nemusí vycházet pouze z tohoto formálně oznámeného účelu shromáždění. Je to dáno především tím, že zkušenost ukazuje, že subjekty, jejichž cíle jsou v rozporu se základními principy demokracie, neodhalují tyto cíle dříve než při jejich realizaci. Formálně oznámený účel shromáždění pak může skrývat cíle a záměry, které se liší od těch proklamovaných.

Chce-li ovšem správní orgán zakázat shromáždění proto, že podle jeho názoru svolavatel zastírá oznámeným nezávadným účelem skutečný závadný účel shromáždění, musí takový závěr prokázat a nese v tomto směru důkazní břemeno.

Nejvyšší správní soud v tomto rozsudku také dává návod pro postup správních orgánů ve vztahu k zákazu shromáždění. Správní orgán by měl vždy vážit, zda je nutné přistoupit k zákazu shromáždění bez dalšího, nebo zda lze věc řešit např. změnou data či místa shromáždění. V případě, že má správní orgán pochybnosti o oznámeném účelu shromáždění, aniž by byl schopen prokázat důvodnost těchto pochybností, nezbude mu než je zohlednit pouze v připravenosti rozpustit shromáždění, odchýlí-li se od formálně deklarovaného účelu.

Dalším klíčovým rozsudkem Nejvyššího správního soudu je rozsudek čj. 2 As 17/2008 – 77 z 21. února 2008. V tomto řízení o kasační stížnosti se Nejvyšší správní soud zabýval rozhodnutím správního úřadu o zákazu shromáždění. Toto rozhodnutí bylo odůvodněno jednak tím, že svolavatel shromáždění je z minulosti znám jako jeden z hlavních organizátorů akcí příznivců skinheads, nacionalista a osoba pravidelně přispívající svými články na webové stránky hnutí Národní odpor. Navíc je datum konání

shromáždění spojeno s prvními transporty Židů do koncentračních táborů, den konání (sobota) je židovským svátkem a průvod je směrován tak, aby prošel kolem Velké synagogy.

Správní orgán dospěl k závěru, že účel předmětného shromáždění směřuje k výzvě k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti občanů pro jejich národnost, původ a náboženské vyznání, výrazně zasahuje do dopravní situace ve městě a ohrožuje zdraví účastníků a toto shromáždění zakázal, ovšem po marném uplynutí zákonné lhůty pro vyslovení zákazu.

Nejvyšší správní soud považuje umožnění konání shromáždění za jednu z forem realizace svobody projevu, musí být pravidlem a možnosti zákazu je třeba vykládat restriktivně. Proto také je logika zákona zjevně nastavena tak, že favorizuje svolavatele a naopak velmi omezuje správnímu úřadu volnost v tom, do kdy a z jakých důvodů může předem shromáždění zakázat. Soud dále s ohledem na respektování principu proporcionality konstatoval, že správní úřad má k dispozici možnosti, jak eliminovat shromáždění z důvodů zakotvených v čl. 19 odst. 2 Listiny základních práv a svobod; za tento přiměřený prostředek však určitě nepovažuje konstrukci, podle níž by bylo možno shromáždění zakázat i „dodatečně“, po uplynutí zákonné lhůty.

Nejvyšší správní soud posoudil dodatečný zákaz shromáždění jako nepřijatelný, nepředvídatelný, umožňující libovůli správního úřadu. Pokud správní úřad zjistí okolnosti, pro které mohl shromáždění zakázat, teprve poté, co marně uplynula lhůta, měl by postupovat podle ustanovení § 12 odst. 5 shromažďovacího zákona, tzn. rozpustit takové shromáždění, jestliže se podstatně odchýlilo od oznámeného účelu takovým způsobem, že v průběhu shromáždění nastaly okolnosti, které by odůvodnily jeho zákaz.

Konečně v rozsudku ze dne 31. srpna 2009, čj. 8 As 7/2008 - 116 se Nejvyšší správní soud vyslovil ke vztahu oznámeného účelu shromáždění s účelem skutečným a k možnosti zákazu shromáždění na základě nepřímých důkazů.

Nejvyšší správní soud se v tomto řízení o kasační stížnosti zabýval rozhodnutím správního orgánu, kterým tento zakázal shromáždění - pouliční průvod, neboť účel shromáždění směřuje k výzvě k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti občanů pro jejich národnost, původ a náboženské vyznání. Správní orgán svoje rozhodnutí opíral o skutečnost, že svolavatel zastíral oznámeným nezávadným účelem skutečný závadný účel shromáždění.

Nejvyšší správní soud poznamenal k shromažďovacímu zákonu, že zákonodárce předpokládal, že oznámený účel shromáždění bude vždy identický s účelem skutečným, v případě těchto ustanovení shromažďovacího zákona se jedná o nevědomou teleologickou mezeru. Přičemž v případě nevědomé mezery aktivita soudu obecně vyloučena není, u vědomé mezery v zákoně by její vyplnění soudem bylo vyloučeno.

Nejvyšší správní soud ve vztahu k soudnímu rozhodování uvádí, že byť nemá klasický precedenční charakter, zákon vykládá a popř. dotváří.

Ve vztahu k důkazům správního orgánu, které hovoří ve prospěch zákazu shromáždění, pak Nejvyšší správní soud poznamenává, že se správní orgán nemusí v případě zákazu shromáždění omezit na prokázání jeho účelu kombinací charakteristiky svolavatele, specifického místa a času shromáždění, a může skutečný účel shromáždění prokázat jakýmikoliv důkazy (získanými v souladu se zákonem), které budou s to tento účel prokázat. Řízení o zákazu shromáždění chápe jako řízení sui generis, i přes výluku z použití správního řádu (§ 16 shromažďovacího zákona), považuje ustanovení § 51 odst. 1 nového správního řádu za obecné pravidlo, které má svou relevanci. K provedení důkazů tak lze užít všech prostředků, které jsou vhodné ke zjištění stavu věci a které nejsou získány nebo provedeny v rozporu s právními předpisy.

V této souvislosti uvádí, že vyjádření dr. Z. Z. jsou odvozeným důkazem, není vyloučeno jejich použití jako důkazu, musí být ale zachována obezřetnosti při jejich hodnocení. Jeho důkazní síla je výrazně oslabena skutečností, že se tento důkaz opírá pouze o informace na internetu, jejichž hodnověrnost nebyla ověřena ani hodnocena.

K dalšímu hodnocení důkazů Nejvyšší správní soud doplnil, že pouze ze shody názvu stěžovatele a německého sdružení nelze dovodit spojitost mezi nimi ani jejich ideovou shodu. Na základě důkazů obstaraných žalovaným nelze mít za prokázané skutečnosti, z nichž žalovaný vyšel při svém rozhodování. Na základě těchto důkazů se lze domnívat, že existuje podobnost mezi stěžovatelem a německým sdružením stejného názvu (v německém překladu). Tato domněnka však nedospěla do podoby prokázané skutečnosti a prokázána nebyla ani neonacistická charakteristika německého sdružení.

Nejvyšší správní soud se vyslovil i k projevům protestů, směřujících proti státu (Izrael), mohou být moderní formou antisemitismu, jinými slovy, že mohou pouze zastírat projevy nesnášenlivosti směřující ve skutečnosti vůči židovskému etniku nebo náboženství. Na druhé straně však nelze připustit, aby tím byla vyloučena, nezávisle na její důvodnosti, jakákoliv legitimní kritika kteréhokoliv státu, včetně Izraele. Negativní projevy vůči státu Izrael mohou naznačovat antisemitské smýšlení, samy o sobě jej však neprokazují.

Nejvyšší správní soud podotýká, že obsah stěžovatelem přímo nekontrolovaných webových stránek může být relevantní např. tehdy, pokud by bylo prokázáno, že se na jeho vytvoření podílely osoby, ke kterým má stěžovatel konkrétní vazby a jejichž jednání mu lze přičíst. Podstatná může být např. i skutečnost, zda se stěžovatel od podobných informací distancuje apod. Nejvyšší správní soud proto dodává jen ke shora nastíněné výjimečné možnosti zakázat shromáždění na základě nepřímých důkazů, představovaných např. charakteristikou svolavatele, určitým způsobem významného místa a času shromáždění, že zmíněná kombinace umožňuje

zákaz shromáždění pouze v tom případě, vytvoří-li tyto důkazy v každém jednotlivém případě a v kontextu konkrétních skutečností uzavřenou a na sebe navazující soustavu důkazů, vedoucí k jedinému možnému závěru.

3. ŘÍZENÍ PŘED NEJVYŠŠÍM SPRÁVNÍM VE VĚCI ROZPUŠTĚNÍ POLITICKÉ STRANY S VAZBOU NA EXTREMISMUS

V září letošního roku byla znovuotevřena otázka rozpuštění Dělnické strany. Navrhovatelem, a tedy osobou aktivně legitimovanou k podání tohoto návrhu, je v souladu se zákonem č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích, v platném znění, vláda České republiky. Tato tak také učinila skrze svého předsedu a to k rukám věcně a funkčně příslušného soudu dle § 95 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen „s. ř. s.“) - Nejvyššího správního soudu.

Výjimečným momentem tohoto řízení je krátkost doby, která uplynula od podání posledního návrhu na rozpuštění stejného politického subjektu a i doby, která uplynula od zamítnutí tohoto návrhu rozsudkem č.j. Pst 1/2008 – 66. Nejvyššího správního soudu (ze dne 5. prosince 2008, resp. 4. března 2009). Vláda tehdy neunesla břemeno tvrzení a důkazní. Nicméně Nejvyšší správní soud rozhoduje podle skutkového stavu, který tu je v době rozhodnutí soudu (§ 96 s. ř. s.), z toho plyne, že dřívější zamítavé rozhodnutí o návrhu na rozpuštění politické strany nevylučuje podání jiného návrhu na rozpuštění stejné politické strany.

A navrhovatel právě tohoto ustanovení využívá a nepochybně precizněji a rozsáhleji dokumentuje činnost Dělnické strany, tedy subjektu, který skrze extremistické postoje a projevy svých představitelů a sympatizantů nadále útočí na demokratické základy České republiky.

Navrhovatel především argumentuje tím, že aktivity této strany, veřejné akce např. v Litvínově - Janově, Přerově a Šarišských Michalanech, jsou v rozporu s dobrými mravy a porušují veřejný pořádek (představují cílené svolávání protestních pochodů do lokalit, s větší koncentrací romského obyvatelstva či jinak obdobně specifických, účelem je vyvolat strach a případný konflikt s obyvateli těch míst).[4]

Navrhovatel se dále domnívá, že odkazování Dělnické strany na české národně-sociální hnutí je pouhou zástěrkou a že fakticky se Dělnická strana jak v propagované ideologii, tak zejména s ohledem na používanou symboliku, opírá o hitlerovský nacionální socialismus a moderní

[4] Více se touto problematikou zabývá např. SVOBODA, Ivo. Násilné projevy extremismu proti osobám sociálně vyloučeným a osobám v hmotné nouzi. In *Sborník z Česko - Slovenskej vedeckej konferencie „Sociálna a ekonomická núdza - bezpečnosť jedinca a společnosti.* Bratislava : VŠZaSV, 2009. ISBN 978-80-89271-63-4.

neonacismus. V této souvislosti poukazuje na velmi blízkou spolupráci s Národním odporem (neregistrovaná, radikální, neonacistická organizace), Autonomními nacionalisty (neonacistické uskupení se snahami o modernizaci neonacistického hnutí), apod. Zvláštní formou veřejných aktivit Dělnické strany je i zřízení Ochranných sborů.

Samotný program této strany se jeví také problematickým, zejména kvůli možné neslučitelnosti se základními principy fungování demokratického státu - zejména pokud se jedná o snižování úrovně lidských práv a svobod, byť jen pro některé skupiny občanů (dehumanizace vězeňského prostředí, Programové prohlášení homosexuality za pohlavní deviaci, či požadavky, které by ve svém důsledku vedly k odstranění rovnosti občanů).[5]

Navrhovatel dále uvádí nejdůležitější členy a kandidáty Dělnické strany, kteří jsou nějakým způsobem angažováni v aktivitách extremistických hnutí. Svůj návrh dále opírá i o symboliku používanou Dělnickou stranou, která má dokazovat ideologickou a taktickou spřízněnost strany s historickým nacionálním socialismem a novodobým nacionalismem.

Vláda České republiky, zastoupená advokátem JUDr. Tomášem Sokolem, opakovaně uvádí, že výše popsané skutky Dělnické strany již nevykazují znaky ojedinělosti a náhodnosti. Z jejich charakteru a četnosti lze jednoznačně dovodit záměr této strany programově a cíleně útočit na demokratické základy této země, její systém a v podstatě na všechny svobody, které tento stát skrze své zákony lidu garantuje. Má za to, že Dělnická strana činností a svými názory dlouhodobě nerespektuje základní demokratické principy a reálně ohrožuje a porušuje základní práva a svobody druhých a ve svém důsledku tak usiluje o odstranění základních náležitostí demokratického státu.

Nejvyššímu správnímu soudu bylo dne 12. listopadu 2009 doručeno vyjádření Dělnické strany k návrhu na rozpuštění, kde se zejména zdůrazňuje legální vznik této strany, bezproblémové zaregistrování této strany Ministerstvem vnitra, tj. stanovy Dělnické strany jsou v souladu s Ústavou České republiky a jinými zákony, možnost demokratických stran svobodně zaujímat postoje, které neodpovídají cílům momentálně vládnoucích sil ve státě, prosazovat své cíle veřejně apod.[6]

Nejvyšší správní tak v současnosti stojí před posouzením, zda rozpuštění Dělnické strany je zásahem, který je stanoven na základě zákona, zda tento

---

[5] V podrobnostech viz Zveřejněný návrh na rozpuštění Dělnické strany [online]. Nejvyšší správní soud České republiky, 2003 [cit. 2009-11-13]. WWW:< http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=art&art_id=404>.

[6] V podrobnostech viz Vyjádření Dělnické strany k návrhu na své rozpuštění [online]. Nejvyšší správní soud České republiky, 2003 [cit. 2009-11-13]. WWW:<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=art&art_id=409>.

zásah sleduje legitimní zájem a zda tento zásah je v demokratické společnosti nezbytný. V případě, že dospěje ke kladnému závěru, měl by vyhovět návrhu vlády, že se Dělnická strana rozpouští. V opačném případě by měl dojít k zamítavému stanovisku.

4. ZÁVĚR

Nejvyšší správní soud jako vrcholný soudní orgán ve věcech správního soudnictví má výjimečnou pozici v českém soudnictví. V rámci své rozhodovací činnosti se setkává s fenoménem extremismu především ve dvou případech: v souvislosti s uplatňováním práva shromažďovacího a práva sdružovacího.

Shromažďovací právo slouží k výkonu svobody projevu, nicméně ochrany požívají pouze pokojná shromáždění. Zakázat lze naopak ta shromáždění, pouliční průvody a manifestace, popírat nebo omezovat osobní, politická nebo jiná práva občanů pro jejich národnost, pohlaví, rasu, původ, politické nebo jiné smýšlení, náboženské vyznání a sociální postavení nebo k rozněcování nenávisti a nesnášenlivosti z těchto důvodů; dopouštět se násilí nebo hrubé neslušnosti; jinak porušovat ústavu a zákony. V prvním stupni rozhodují ve správním soudnictví krajské soudy v řízeních o žalobách proti rozhodnutím správních orgánů, které rozhodnou např. o zákazu shromáždění či pochodu extremistů. Nejvyšší správní soud pak následně rozhoduje v řízeních o kasačních stížnostech, která jsou opravným prostředkem proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu ve správním soudnictví.

Výjimečné a jedinečné postavení Nejvyššího správního soudu je zdůrazněno v otázkách zvláštního řízení ve věcech politických stran a politických hnutí, tj. že se politická strana (politické hnutí) rozpouští nebo se pozastavuje (či naopak obnovuje) jejich činnost. Aktuálním tématem je v současnosti rozpuštění Dělnické strany, tedy politické strany, která svými extremními programovými cíli a projevy leckdy nabádá k násilí, v některých ohledech nerespektuje pravidla demokracie a sleduje porušování uznávaných práv a svobod. Zbývá tedy odpovědět na klíčovou otázku, zda Vláda České republiky napodruhé unese v řízení před Nejvyšším správním soudem České republiky břemeno tvrzení a břemeno důkazní.

Literature:

- - Co je extremismus : Vymezení pojmů [online]. Ministerstvo vnitra České republiky, odbor bezpečnostní politiky, 2008, 7.10.2009 [cit. 2009-11-17]. Dostupný z WWW: <http://www.mvcr.cz/clanek/co-je-extremismus.aspx>.
- - Černý, Petr. Zákaz shromáždění. *Právní rozhledy.* 2008, č. 5, s. 157-167.

- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2007, čj. 8 As 51/2007 - 67 [online]. Nejvyšší správní soud ČR, 2003 [cit. 2009-11-10]. WWW:<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=anonymZneni&id=13566 &mark= >.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 2. 2008, čj. 2 As 17/2008 – 77 [online]. Nejvyšší správní soud ČR, 2003 [cit. 2009-11-11]. WWW:<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=anonymZneni&id=16516 &mark=>.
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2009, čj. 8 As 7/2008 - 116 [online]. Nejvyšší správní soud ČR, 2003 [cit. 2009-11-12]. WWW:< http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=anonymZneni&id=20683&mark=>.
- Svoboda, Ivo. Násilné projevy extremismu proti osobám sociálně vyloučeným a osobám v hmotné nouzi. In *Sborník z Česko - Slovenskej vedeckej konferencie „Sociálna a ekonomická núdza - bezpečnosť jedinca a společnosti.* Bratislava : VŠZaSV, 2009. ISBN 978-80-89271-63-4.
- Usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky.
- Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.
- Vyjádření Dělnické strany k návrhu na své rozpuštění [online]. Nejvyšší správní soud České republiky, 2003 [cit. 2009-11-13]. WWW:<http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=art&art_id=409>.
- Zákon č. 84/1990 Sb., o právu shromažďovacím, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích, v platném znění.
- Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, v platném znění.
- Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění.

- Zveřejněný návrh na rozpuštění Dělnické strany [online]. Nejvyšší správní soud České republiky, 2003 [cit. 2009-11-13]. WWW:< http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=art&art_id=404>.

Contact – email
radim.vicar@unob.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MEZINÁRODNÍ A EVROPSKÉ SOUDNICTVÍ A VYNUCOVÁNÍ PRÁVA

INTERNATIONAL AND EUROPEAN JUDICIARY AND LAW ENFORCEMENT

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

IMPOTENCY OF EU INSTITUTIONS REGARDING THE ENFORCEMENT OF STABILITY AND GROWTH PACT

DANIEL BACHO

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
Pakt růstu a stability; Evropská Měnová Unie.

Abstract
N/A

Key words
Stability an Growth Pact; European Monetary Union.

1. INTRODUCTION

There are not many issues in European law which would whip up so many controversial emotions among lawyers, politicians and especially economists at once. The Stability and Growth Pact (SGP) was criticized by many of them. Former President of The Commission Romano Prodi once stated: „I know very well, that the stability pact is stupid“[1]. Was Mr. Prodi wrong? Answer to this question will be one of the goals of this article. What I will discuss here is also the impotency and disability of EU institutions regarding the enforcement of SGP. I will bring brief legal and factual background of the problematic and then raise critical questions and remarks. This article is neither meant as an economic analysis nor political polemics.

2. OVERVIEW

The legal background of the Pact in based in the Art. 99 – 104 EC[2]. These provisions of the Treaty accent the price stability and fiscal co-ordination of the EMU. The system could not be based on autonomous fiscal policy of member states and the surveillance of their budgetary discipline is absolute necessity. Brief description of the rules and procedures will be given in following chapter. The provisions of the Treaty are complemented by secondary legislation and acts: Council Regulation 1466/97[3] on the

[1] Romano Prodi, Le Monde, 17th October 2002

[2] The Treaty establishing the European Community

[3] Council Regulation (EC) No 1466/97 of 7 July 1997 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies OJ L 209, 2.8.1997

preventive procedure of Art. 99 EC, Council Regulation 1467/97[4] on speeding up and clarifying the implementation of the Excessive deficit procedure (description will be given in following chapter) and legally binding Resolution of the European Council from 17 June 1997. The mentioned acts were amended in 2005 as an outcome of the reform of the Pact.

3. RULES OF THE PACT

The aim of this article is to criticise ineffectual enforcement of the Pact, hence I will not describe all the rules and procedures of the system and I will focus on its stumbling blocks.

The SGP is based on two dominating rules. Members' annual budget deficit shouldn't exceed 3% of the annual GDP and the amount of national debt shouldn't be higher than 60% of GDP or approaching that value. The basic idea came from German former prime-minister Theo Waigel in the middle of 90's. In mid 90's Germany was strong economy and monetary engine of the EU. The idea of surveillance on all participating states was the way how to ensure strict budgetary discipline among other members. How ironic could this fact seem will be clear in the end of this paper.

The process itself is monitored by the Commission and the ECOFIN[5]. All member states, those not participating in EMU included, have to forward regular reports and prognosis on the condition of their economy and measures connected with the fiscal policy. The Commission evaluates given data and if estimates that there is risk of real or potential breach of rules it is entitled to start the Excessive Deficit Procedure (EDP). EDP has tree stages. The process begins with the opinion of the Commission on the risk forwarded to the Council. The Council then brings decision on the recommendation from the Commission by its qualified majority to the delinquent state. If there is no significant change in the performance of the state, the decision will be made public. The idea behind this step was probably to cause serious pressure on the state involved. If member state persists to fail to fulfil the criteria, the ECOFIN may decide to give notice to the member state and claim regular reports on taken measures.

The third stage, as the most problematic part, consists of serious actions against the delinquent state. It can be requested to make non-interest deposit reaching up to 0,5 % of its GDP. This deposit can be lately turned into non-refundable payment as sanction for the gross breach of the rules. In the

[4] Council Regulation (EC) No 1467/97 of 7 July 1997 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure OJ L 209, 2.8.1997

[5] Council of Ministers of Economy

history of the Pact this procedure never arrived at this final stage. Was one of the reasons impotence of institutions to act or rather vague regulation of the procedure in the Treaty?

I will discuss the answers on following case, which is the best example that can be found in the development of the SGP.

4. GERMANY AND FRANCE IN THE ROLE OF OUTSIDERS OR WRECKERS?

In 2003 the Council found the deficits in Germany and France excessive and started the EDP with the recommendation. Both countries were given one year to resolve their problems and correct the deficit situation. In the end of the year 2003 the Commission issued a recommendation to the Council stating that both countries had not yet taken any significant actions to cut the deficit. The Commission proposed to give both countries notice under Art. 104(9) to adopt measures to adjust the situation and reduce their deficits by 1 % and 0, 8 % of GDP respectively. The Council proved to be highly political body and there was real political deal happening among some of bigger member states. Germany and France, following the approach "Scratch my back and I will scratch yours"[6], helped each other to avoid the award of legally binding decision requiring them to remedy unfavourable situation. This decision would probably bring the EDP to the last stage of sanctions and Germany and France were certainly aware of this fact. But what happened instead, was the adoption of spurious legal act called "conclusion". Therein The Council expressed contentment with the public commitment of France and Germany to improve the situation and recommended to correct the deficit until 2005. The ECOFIN decided to hold up EDP and issued its will to monitor further behaviour of touched member states. While the Maastricht Treaty says countries should treat economic policy as a matter of common concern[7], this was an example of extreme unilateralism.

The regulation of EMU a European law itself sustained significant defeat in this case. Considering that it was particularly Germany calling for strict fiscal rules in EMU the situation seems pretty ironic. This one was neither the first nor the only case of EDP that was started against a state. In 2002 there was recommendation issued by the ECOFIN against Ireland and Portugal having fiscal problems. The political pressure on those member states made them comply with the recommendation and tighten their fiscal policy, mainly at the costs of large budget cuts. This lay-out brings back to

[6] There is qualified majority in the Council needed to adopt decision applying EDP, the delinquent state excluded. Also Great Britain and Italy helped to form the blocking minority in the Council.

[7] In the consolidated version it is Art. 99 of the Treaty Establishing European Community

memory famous Orwell's quote that could be easily paraphrased:"All the states are equal, but some of them are more equal."

In that moment the EMU found itself in the same position it would have been if the act had never been in force. This case could serve as dangerous precedent regarding the decision process not only within EMU, but in more areas of European law. From that moment it became more obvious that anything Europe's big governments sew together, the same governments can split at the seams. Eye-opening lesson, isn't it?

5. THE ECJ INVOLVED

Obviously the Commission was not happy at all to see this outcome of the process. It raised a case in front of the ECJ and brought an action for annulment of the "conclusion" of ECOFIN. The Commission argued there was no legal basis for such legal act and challenged the Council for not adopting formal instruments recommended by the Commission. The Court in its judgement[8] agreed with the first argument, but there was great debate over the roles of both institutions regarding the decision making procedure within EDP and the outcome was the disagreement of the Court with the later issue[9].

Following the arguments of the Commission the 'conclusion' to hold up EDP against Germany and France was annulled by reason of lack of legal basis for such a decision. On the other hand the Court stressed the leading role of the Council in the procedure. It agreed with the Council's argument that it has no legal obligation to adopt any act[10]. The Court declared the right of discretion lying exclusively in the hands of the Council. The Council is the institution bearing the responsibility for enforcing budgetary discipline[11]. Did the ruling of the Court mean victory of one of the institutions? And which one should it be? The Judgement was presented by both institutions as their own victory. But, by my opinion, there was nothing to celebrate in the Commission.

The Court here missed an opportunity to rule actively and bring tighter and stricter interpretation of vague rules. There were still many unanswered questions regarding the role of both institutions in the enforcement procedure. The weakest point was still the vulnerability in the crossfire of

---

[8] Case C-27/04, Commission vs. Council, judgement of 13 July 2004

[9] More on analysis of the decision see D.Doukas, The Frailty of the Stability and Growth Pact and the European Court of Justice: Much Ado about Nothing?" (2005) 32 Legal Issues of Economic Integration (The Hague: Kluwer Law International) 293-312

[10] Above note 7, paras 32-24, *!

[11] Ibid., 7, paras 76-79

political influences and pressures[12]. The impotency of ECJ opened doors for wider discussion about the structural reform of the Pact, which seemed truly dead by then.

6. THE REFORM OF THE PACT

After above-discussed pathetic case of mightier member states' ignorance towards rules there was still a disagreement on the basic ideas and extent of the reformed Pact. There was rigour approach of smaller member states which had done rather well in consolidation of their fiscal policy in contrast with the laxity of big ones[13]. From today's perspective the statement of former vice-president of the Bundesbank Jűrgen Stark, that the status quo would be the best solution[14] seems a little short-sighted.

After long struggle above the outcome of the negotiation, on 23 and 24 March 2005 the reformed Pact was signed by the Council[15]. Existing legislation was amended by Council Regulation 1055/2005 and Council Regulation 1056/2005[16]. The fact that it was again the political organ deciding about the new document didn't bring any great hope for the change[17]. And so it was. The review of the Pact was not based on any change of the 3% and 60% basic rules, neither was there any comment about the enforcement procedure, which was the burning issue. On contrary, the application of these rules became more flexible. What changed was the exceptional excess of deficit. Since then the member state may breach the rule of the Pact temporarily if there is annual fall of GDP more than 2%. Next reformed provision was the interpretation of so-called "other relevant

---

[12] B. Dutzler, A.Hable,The ECJ and the Stability and Growth Pact – Just the beginning? (2005), EIoP Vol.9 Issue No.3, Page 15

[13] J.-V. Louis, The review of the stability and growth pact (20060 Common market law review 43: Page 85

[14] See the speech of Jűrgen Stark, former – vice president of the Bundesbank Manotsbericht, one of the main actors and negotiators of the reformed Pact, "Die Bűchse der Pandora", Jan. 2005, http [www.bundesbank.de/download/press/reden20050118_stark.pdf]

[15] See Presidency Conclusion of the Brussels European Council, endorsing the Report of the Council of 20 March 2005 on "Improving the implementation of the Stability and Growth Pact" Annex II

[16] Council Regulation (EC) No. 1055 of 27 June 2005 amending Regulation (EC) No. 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, O.J.2005, L174/1; Council Regulation (EC) No. 1056 of 27 June 2005 amending Regulation (EC) No. 1467/97 on speeding up and clarifying the implementation of the excessive deficit procedure, O.J. 2005, L 174/5

[17] See e.g. E.H.Buiter, How to reform the Stability and Growth pact, European Bank for Reconstruction and Development (2003)

factors" to be taken into account when assessing whether a deficit above 3% of GDP is excessive. In other words, if there is a reason to start Excessive Deficit Procedure. The old Pact referred to "other relevant factors" without specifying what these might be. By contrast, the new Pact provides an explicit and relatively long list of "other relevant factors" such as pension and structural reforms, investments for education, innovation and development. The immense will of bigger member states to make the Pact "highly equal" represents the incorporation of the expenses on unification of Germany, which happened more than 13 years before the Pact was reformed. (!!!). Do you think of G. Orwell once again now?

There were not only these ineffective changes brought by the reform. Member States are required to consolidate and strengthen their fiscal policy in periods of good economic growth. However, all the history of the system doesn't bring much confidence in such proclamations.

As a result of the reforms, member states have now wide room for manoeuvre when trying to escape EDP. The diction of excuses allows them to apply so-called creative accounting by hiding the majority of budgetary expenses behind so-called relevant factors. SGP became a public finance consolidation system during safe periods of economic growth. This idea is very much different from the one in the beginning of the process in 1997.

7. SOME CRITICAL REMARKS & CONCLUSION

The reform in 2005 was other example of impotency of EU institutions to make functionless rules stricter and enforceable if their personal interests are at stake. The Pact still suffers from vague and uncertain terms. Free rules and the absence of automatic enforcement procedure don't mark colourful future for the document and the system based whereon. In 2005 the EMU missed an opportunity to make the Pact work for every one of involved state equally without any preferences and favours. By my opinion, if SGP will not get rid of the system "being its own judge" there won't be a way how to ensure long-term stability and efficiency of the system.

There are recent fears we are facing here. There is still apparent lack of states' personal responsibility for the stability of common currency. This lack of stability could, under certain circumstances, provoke European Central Bank to tighten up fiscal policy, e.g. by increasing the interest rates. This kind of measures would, by implication, influence economic growth and that would be a contrario to the fundamental idea of the system, maintenance of the stability. The flexibility of the Pact is does not directly means arbitrariness of parties concerned, but to avoid that, there would have to be more serious sense of responsibility of all authorities[18].

[18] J.-V. Louis, The review of the stability and growth pact (20060 Common market law review 43: Page 106

SGP is directed to another crisis. The economies of member states are weakened by global recession. In the beginning of November 2009 there were 20 of 27 member states in breach of the Pact. In the case of Greece estimated budget deficit for next year reaches 12% of its annual GDP[19]. There is no space for calls for stricter rules and unfortunately it seems that will not ever be.

Finally, are we able to answer the question: Was Romano Prodi wrong saying that the Pact is stupid? He was indeed. But the stumbling block here is not the Pact itself, but the performance of member states while applying it.

Contact – email
badzgo@gmail.com

[19] Revised Greek deficit figures caused outrage. A. Willis EUobserver.eu; http://euobserver.com/9/28853

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOME THOUGHTS ON ENFORCEABILITY OF COMMISSION DECISIONS AND THE RATIFICATION OF THE LISBON TREATY

IGOR BLAHUŠIAK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Současná Evropská komise, která vykonávala funkci v období let 2004-2009, měla být od 1. listopadu 2009 nahrazena novou. Nicméně, s ohledem na nepředpokládané překážky v ratifikačním procesu Lisabonské smlouvy, této Komisi musí být prodlouženo funkční období, ve kterém, mezi jinými funkcemi, vydává mnoho právních aktů. Tento příspěvek se zaměří na prozkoumání možnosti, zda, a pokud ano, za jakých podmínek, tyto právní akty mohou narazit na obtíže v procesu jejich aplikace a vynucení, které vyplývají z výšeuvedeného.

Key words in original language
Evropská komise; Lisabonská smlouva; Rozhodnutí; Vynutitelnost.

Abstract
The Commission in charge for the 2004-2009 term should have been replaced by a new one as from the 1.11.2009. However, due to obstacles in the ratification process of the Lisbon Treaty, the "old" Commission has to serve a prolonged term, in which, among other functions, it produces a number of legal acts. This contribution aims to explore the possibility, whether, and if yes, under which conditions, these legal acts can face any legal difficulties in the process of their application and enforcement emanating from the aforementioned conditions.

Key words
European Commission; Lisbon Treaty; Decision; Enforceability.

1. INTRODUCTION: LISBON TREATY AS A LONG-WANTED CHILD

The Lisbon Treaty came into the existence after the rejection of former so-called Constitutional treaty. Its main political aim[1] is to modernise the functioning of the European Union and to make an end to the institutional crisis lasting for more than a decade.

After the creation of the European Union in 1993, a debate on democratic legitimacy emerged. Especially, a notion of so-called democratic deficit has

[1] See the *Preamble of the Lisbon Treaty*. OJ C 306, 17 December 2007, p. 1.

become widely-used, even though being rather obscure and indefinite.[2] The EU started to be labelled quite often as un-democratic, distant, technocratic and without popular legitimacy. These characteristics were felt as short-comings of the other-day institutional design. Also, at the 1992 Intergovernmental Conference (IGC), some major issues concerned the institutional design were not successfully resolved. Thus, necessary changes were to be passed at the subsequent IGC scheduled for 1996.

Nevertheless, revision by the Treaty of Amsterdam was still felt as inaccurate, non-ambitious and not meeting the expectations of both politicians and the public.[3] Moreover, a serious challenge of the biggest enlargement ever was lying ahead. For these reasons, yet another treaty revision had been planned.

Treaty of Nice was to meet almost the same expectations as the Treaty of Amsterdam. But, in the end, partial issues of the size of qualified majority and technical adjustments to enlargement became the most prominent. Once again, no revolutionary and distinct changes were passed.

Leaders agreed instead, even before entry to force of the Treaty of Nice (sic!), to hold another IGC in 2004. What was important, they also issued a quite detailed declaration, annexed to the Treaty of Nice that specified issues for further debate.[4] The perceived need for wider and deeper debate on the Future of the EU was transformed into concrete terms in the Laeken Declaration, which provided, inter alia, for the creation of the Convention on the Future of Europe.[5] This assembly was to present its recommendations

---

[2] See eg. Lord, Ch. *Assessing Democracy in a Contested Polity*. In: Journal of Common Market Studies, 2001, Vol. 39, No. 4, p. 645. See also Majone, G. *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*. In: European Law Journal, 1998, Vol. 4, No. 1, p. 16; [2] Pogge, T. W. *Creating Supra-National Institutions Democratically: Reflections on the European Union's "Democratic Deficit"*. In: The Journal of Political Philosophy, 1997, Vol. 5, No. 2, pp. 163-182; Moravcsik, A. *In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union*. In: Journal of Common Market Studies, 2002, Vol. 40, No. 4, pp. 603-24.

[3] See eg. Glen, C. M. *Re-Writing Maastricht: The Politics of the 1999 Inter-Governmental Conference*. In: Southeastern Policy Review, 2000, Vol. 27, No. 4, pp. 655-678.

[4] See Declaration Nr. 23 dealt with questions on future of the EU and called for deeper and wider debate on these issues. Clear distinction of competences between the EU and member states, legal position of the Charter of Fundamental Rights, overall simplification of the Treaties and the role of national parliaments were the most prominent domains of interest. See *Treaty of Nice Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts*. Official Journal C 80, 10 March 2001.

[5] This declaration, adopted at the meeting of the European Council on December, 14th-15th, 2001, posed 60 detailed questions on the future of the EU. It contained three parts – Europe at a crossroads, Challenges and reforms in renewed Union and Convening the Convention on the Future of Europe. A timetable for a new treaty had been established – the Convention was to present its conclusions after one-year deliberations in 2003. Then, in 2004, IGC would be convened to pass a new treaty. See *Laeken Declaration of 15*

to the European Council.[6] Then, the IGC in 2004 would be convened and the IGC would pass final decisions.

However, the actual outcome of the Convention was a draft of the European Constitution.[7] This draft[8] was to meet challenges of higher transparency, decision-making efficiency and efforts to get Union closer to its citizens. It was presented on 18 July 2003 at the meeting of the European Council in Rome. Although being a remarkable attempt from constitutional and juristic point of view, the text was not welcomed with fanfares.

After unsuccessful efforts of Italian and Irish presidencies, the text of the Constitution was finally adopted on 17 - 18 June 2004 in Rome. But the main challenge lied only ahead – in order to come into effect, the Treaty Establishing Constitution of Europe had to be ratified in all member states, pursuant to their respective national constitutional procedures.[9] Despite the overall atmosphere of latent dissent, the ratification process was started and ran almost smoothly till referenda in France and the Netherlands took place.[10] The citizens of these two founding countries rejected the project.

December 2001 on the future of the European Union. Available at [online] www.ena.lu, cit. 13 November 2009.

[6] This requirement for the form was not met. See below.

[7] Due to the fact that the Convention encountered many problems, especially with creation of controversial creation of permanent posts of president and ministry of foreign affairs, redefinition of qualified majority (QMV) according to the size of population and number of states and smaller Commission were introduced, the President of the Convention, Valerie Giscard d'Estaign attempted to solve emerged hostile situation by taking rather risky path – he presented a draft of the European Constitution. This document would have to be adopted as it stood; i. e. further deliberations of the IGC were ruled out. Not only it was closed, but it also substituted fully the existing Treaties. See e.g. Blahušiak, I. *Some Thoughts on the Process Leading to the Adoption of Lisbon Treaty*. In: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. – 5. 4. 2008 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička. 1. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2008, pp. 316-327.

[8] See *Draft Treaty Establishing Constitution for Europe*. Available at [online] http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf, cit. 18 November 2009.

[9] This procedure was to be successfully concluded by October, 2006. The draft treaty also contained rather obscure provision stating that if, by November, 1st, 2006, the Treaty would be ratified only by four fifths of member states, the matter will be delegated to the European Council for further deliberations. See Article IV-443, § 2 of the Treaty Establishing Constitution for Europe.

[10] 29 May 2005 in France and 1 June 2005 in the Netherlands. See eg. Walker, N. *Europe's Constitutional Engagement*. In: Ratio Juris, 2005, Vol. 18, No. 3, pp. 387-299.

Although a solid number of 18 ratifications have been collected, the EU fell into state of shock.[11] Various options, what to do after the reflection period is over, were taken into account.[12] Although this might have seemed to someone to be a healthy debate, situation was very close to the overall stalemate. British and Austrian presidencies showed rather weak efforts to revive problematic unwanted child. Indeed, at the beginning of 2007, almost nothing evidenced for Constitution (or changes encapsulated in it) to be adopted. But the contrary was true.

For a longer period, expectations on German presidency were voiced. Germany, headed by Chancellor A. Merkel, held presidency of the EU in the first half of 2007. As early as 17 January 2007 Chancellor Merkel claimed reflection period to be over. In following months, she toured all of the capitals of Member States and listened carefully to the leaders. Merkel's efforts have paid – at the meeting of the European Council in Brussels, on 21 - 23 June 2007 a rather surprising outcome for many was achieved. Leaders agreed on mandate for a new IGC that was to adopt new, so-called Reform Treaty.[13]

Following IGC was fast indeed and almost free of problems.[14] One could even say that the IGC, especially compared to Nice negotiations, was rather

---

[11] Luxemburg PM, Jean-Claude Juncker was the first one to call for reflection period for the EU. The EU was to be given a time to clarify and discuss further proceedings and, also, to give more time for ratification to member states that had not done so yet. See *Jean-Claude Juncker states that there will be a period for reflection and discussion but the process to ratify the Constitutional Treaty will continue with no renegotiation*. Available at at [online] http://www.eu2005.lu/en/actualites/communiques/2005/06/16jclj-ratif/index.html, cit. 20 November 2009.

[12] There were supporters of retaining of the draft Constitution, who proposed concluding ratification process of the existing draft (even not in all of the member states). Another group backed retaining only the first two parts of the draft; i. e. the Constitution in a narrow sense and the Charter of the Fundamental Rights. And, finally, there was a group that proposed "cherry-picking", meaning incremental implementation of some novelties introduced in the Constitution, with(out) need of revision of existing framework of the primary law. See for example Sarkozy's proposal of "Mini-Treaty" presented in autumn 2006 in Brussels. Sarkozy, N. *L'Europe de demain - Une nouvelle vision francaise.* Available at [online] http://www.friendsofeurope.org/download/Sarkozy_080906.pdf, 15 November 2009.

[13] Leaders had learned from the "Laeken adventure" – this time, the mandate was drafted very precisely and no strange formation was introduced. See *Brussels European Council 21/22 June 2007 – Conclusions.* Available at [online] www.eu2007.de/en/News/download_docs/Juni/0621-ER/010conclusions.pdf, cit. 15 November 2009.

[14] Poland stood for its reputation of the European trouble-maker – it asked for an opt-out for application of the Charter of Fundamental Rights and also for preservation of the so-called Ioannina compromise. Polish negotiators were successful and concessions to their demands were made. Rather generous opt-outs were given also to the Britain, which not only preserved its exclusion from the Schengen acquis, but also obtained the same opt-out as Poland. Italians received one additional MEP, Bulgarians can write "Euro" on banknotes in

"boring". Final text was approved by the European Council on 18 - 19 October 2007 and the celebration of signature of the new treaty was held in Lisbon on 17 December, 2007.[15] In the meantime, the Treaty was renamed consistently with established practice according to a place of signature, from the "Reform Treaty" to the "Lisbon Treaty".[16]

2. RATIFICATION PROCESS OF THE LISBON TREATY

However, the road for a new treaty was not blossomed. There was still a need to pass through the ratification process in all Member States. In contrast to the ratification process of the Constitution, the vast majority of member states chose the parliamentary way. Nevertheless, some problems emerged even though. The most problematic was situation in Ireland, Poland and the Czech Republic.

There were also proposals to hold popular vote in the Great Britain and Denmark, but the respective governments were reluctant to realize these proposals.[17] Also, a minor threat emerged in Slovakia, where the then political opposition threatened to water down the ratification. The government faced serious problems due to threat of opposition not to vote for the Treaty, if a draft Press Bill would be approved. Nevertheless, the Treaty was approved, thanks to support of the party representing Hungarian minority.[18]

Cyrillic, the French don't need to be feared of "free and undistorted competition" since this was on their demand left out from the preamble of new treaty and instead a social dimension has been accented. The Czech Republic was successful with its supposedly revolutionary proposal for procedure of reverse transfer of competences back from the Union level to the member states. Austria, with its demands to establish a firm proportion of foreign students at universities was not successful and the matter (to no surprise) was dropped. See e.g. Blahušiak, I. *Some Thoughts on the Process Leading to the Adoption of Lisbon Treaty*. In: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. – 5. 4. 2008 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička. 1. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2008, pp. 316-327.

[15] See *European leaders sign new EU treaty in Lisbon.* Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/european-leaders-sign-new-eu-treaty-lisbon/article-169112, cit. 19 November 2009.

[16] Hereinafter referred also as "the Treaty".

[17] See for Denmark eg. *Denmark rules out referendum on EU Treaty*. Available at [online]http://www.euractiv.com/en/future-eu/denmark-rules-referendum-eu-treaty/article-169046, cit. 20 November 2009. For the Great Britain see eg. David Cameron admits *Lisbon treaty referendum campaign is over*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/politics/2009/nov/04/david-cameron-referendum-campaign-over, cit. 19 November 2009.

[18] See e.g. *Slovakia, Poland ratify Lisbon Treaty*. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/slovakia-poland-ratify-lisbon-treaty/article-171547, cit. 18 November 2009.

Table 1 provides for more detailed overview on the ratification process of the Lisbon Treaty in the all of the Member States.

TABLE 1: RATIFICATION PROCESS OF THE LISBON TREATY

Country	**Procedure**	**Date of Ratification**
Austria	Parliamentary	13 May 2008
Belgium	Parliamentary	15 October 2008
Bulgaria	Parliamentary	28 April 2008
Cyprus	Parliamentary	26 August 2008
Czech Republic	Parliamentary	13 November 2009
Denmark	Parliamentary	29 May 2008
Estonia	Parliamentary	23 September 2008
Finland	Parliamentary	30 September 2008
France	Parliamentary	14 February 2008
Germany	Parliamentary	25 September 2009
Greece	Parliamentary	28 August 2008
Hungary	Parliamentary	6 February 2008
Ireland	Referendum	23 October 2009
Italy	Parliamentary	8 August 2008
Latvia	Parliamentary	16 June 2008
Lithuania	Parliamentary	26 August 2008
Luxemboug	Parliamentary	21 July 2008
Malta	Parliamentary	2 February 2008
Poland	Parliamentary	13 October 2009
Portugal	Parliamentary	17 June 2008
Romania	Parliamentary	11 March 2008
Slovakia	Parliamentary	24 June 2008

Slovenia	Parliamentary	24 April 2008
Spain	Parliamentary	8 October 2008
Sweden	Parliamentary	10 December 2008
The Netherlands	Parliamentary	12 September 2008
United Kingdom	Parliamentary	16 July 2008

Source: European Commission. Available at [online][http://europa.eu/lisbon_treaty/countries/index_en.htm#.

In the following subsections, attention will be focused on the three countries that were the last to ratify the Lisbon Treaty. Issues hindering or slowing down the ratification process will be described for each respective country.

2.1 IRELAND

As predictions and analyses were warning, the most problematic situation with the ratification of the Treaty was to emerge in Ireland, where, according to country's constitutional order, a referendum needed to be held. This, in the situation that the overall popular support for the Treaty was not certain,[19] raised particular concerns for meeting the "deadline" for collecting of all ratifications by the beginning of the year 2009.

Indeed, the popular support for the Treaty was not sufficient, as was shown in the referendum held on 12 June 2008. Irish voters rejected the Treaty, when only 46,6% voted for and the 53, 4% were against. Turnout was quite low, only 53,13 %.[20] The reasons for voting "no" were predominantly un-awareness of the precise content of Lisbon Treaty and fears of not sufficient protection of Irish identity and its military neutrality.[21]

Almost immediately, diplomatic attempts to "save" the ratification process of the Treaty started. Following the rejection of the Treaty in Ireland in last year's referendum and after consultations by the Irish Parliament to

[19] See *Irish 'yes' to Lisbon Treaty 'not certain'*. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/irish-lisbon-treaty-certain/article-170687, cit. 15 November 2009.

[20] Out of 3 million of elligible voters. See for more details *Referendum on The Lisbon Treaty (Twenty-Eighth Amendment of the Constitution Bill 2008) 12-June-2008.* Available at [online] http://www.referendum.ie/referendum/archive/display.asp?ballotid=78&page=0, cit. 17 November 2009.

[21] See Qvortrup, M. *Rebels without a Cause? The Irish Referendum on the Lisbon Treaty*. In: Political Quarterly, 2009, Vol. 80, No. 1, pp. 59-66. Also see Brugha C. M. *Why Ireland rejected the Lisbon Treaty*. In: Journal of Public Affairs, 2008, Vol. 8, No. 4, pp. 303-308.

determine the main areas of concern, the Irish government presented its requirements at the 11 - 12 December 2008 European Council.[22]

The Council agreed to retain number of Commissioners at the level provided for in the Treaty of Nice, as well as granting Ireland guarantees in the fields of taxation, military neutrality, ethical issues and workers' rights. Nevertheless, the precise legal form and scope of the guarantees was yet to be determined.

Following the March 2009 European Council, Irish Prime Minister Brian Cowen stated that "*the guarantees promised in December must be legally robust in order to reassure the public about the Treaty. Whilst I respect the fact that other Member States do not wish to re-ratify the Lisbon Treaty, I made it clear that for my part the legal guarantees will have to be attached to the EU Treaties at the next possible opportunity. Presuming that we reach a satisfactory outcome over the coming months, I believe we will have a good basis for consulting the Irish people again later this year*."[23]

This statement laid down the plan for concluding the ratification process of the Lisbon Treaty in Ireland. Although not very popular, the preferred solution came out to be a holding of new referendum on the matter, similarly to the situation that emerged in the ratification process of the Treaty of Nice in Ireland in 2001 and 2002.[24]

In the meantime, a lot changed in Ireland since the first referendum. An informational campaign of the government improved the general knowledge on the Treaty.[25] Also, economic crisis played a role as a catalyst of the moods in the Irish society; its impacts were considerable and the Irish started to realize the safeguarding economical role of the EU.[26]

---

[22] *Brussels European Council 11 and 12 December 2008: Presidency Conclusions*. Dostupné z [online] *www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/104692.pdf, cit. 27. 8. 2009.*

[23] See Europan Commission. *The Lisbon Treaty an Ireland*. Available at [online] http://ec.europa.eu/ireland/lisbon_treaty/lisbon_treaty_progress/index_en.htm, cit. 20 November 2009.

[24] Ireland held two referenda to ratify the Treaty of Nice. The first one in 2001 was not successful, thus a new one was held in 2002. See e.g. Gilland, K. *Ireland's second referendum on the Treaty of Nice, October 2002*. Available at [online] www.sussex.ac.uk/sei/documents/irelandno1.pdf, cit. 18 November 2009.

[25] See e.g. *Poll shows rise in Lisbon Treaty support.* Available at [online] http://www.rte.ie/news/2009/0918/eulisbon.html, cit. 19 November 2009.

[26] See e. g, *Ireland announces Lisbon referendum date.* Available at [online] http://euobserver.com/9/28429, cit. 16 November 2009.

At the European Council meeting on 18 - 19 June 2009, legal guarantees for Ireland were agreed, meant as incentives to gain the popular support in Ireland.[27] The Decision of the Heads of State or Government of the 27 Member Stated of the EU, Meeting within the European Council, on the Concerns of the Irish People on the Treaty of Lisbon and Solemn Declaration on Workers' Rights, Social Policy and other issues were annexed to the Conclusions of the aforementioned European Council meeting. [28] It reaffirmed the commitment of the European Council to see the Lisbon Treaty to enter into force by the end of 2009.

As for the precise guarantees given to the Irish, it stated that "*provided the Treaty of Lisbon enters into force, a decision would be taken, in accordance with the necessary legal procedures, to the effect that the Commission shall continue to include one national of each Member State*."[29] It also recognized other "concerns of the Irish people" relating to taxation policy, the right to life, education and the family, and Ireland's traditional policy of military neutrality, as well as a number of social issues, including workers' rights.

The aforementioned decision of the Heads of State or Government gives legal guarantee that matters it covers will be unaffected by the entry into force of the Treaty of Lisbon. From legal point of view, it is interesting to notice that "*content* [of the Decision] *is fully compatible with the Treaty of Lisbon and will not necessitate any ratification of that Treaty.* [T]*he Decision is legally binding and will take effect on the date of entry into force of the Treaty of Lisbon…*[A]*t the time of the conclusion of the next accession Treaty…the annexed Decision in a* [form of] *Protocol* [will] *be attached..to the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union*".[30]

From purely legal point of view, all of the guarantees, except for the decision not to reduce the Commission, have a form of so-called subsidiary treaty, adopted within the framework of the European Council. It will become binding on the same day as the Lisbon Treaty comes into force, i. e. 1 December 2009.

---

[27] The guarantees were used for the first time in 1992 after the first referendum on the Treaty on European Union in Denmark. Danish opt-out from the European Monetary System came into the existence precisely as a result of these guarantees. See for more details *Denmark: EMU opt-out clause*. Available at [online] http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/institutional_and_economic_framework/l25061_en.htm, cit. 13. 11. 2009.

[28] See *Brussels European Council 18 and 19 June 2009: Presidency Conclusions*. Available at [online] www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/108622.pdf, cit. 14 November 2009.

[29] Ibid.

[30] Ibid.

The guarantees in the area of right to life, family and education will have legal effects only within the Irish territory and will not in any case prejudice the legal position and relations within other countries. They do not alter the provisions of Lisbon Treaty, but rather constitute a basis for their interpretation in respect of Ireland.

The guarantees in the field of defence and security also can be perceived as an authentic interpretation in the terms of legal theory. Nevertheless, there is one substantial difference from the former group of guarantees - these latter will apply to all Member States of the EU.

The decision not to reduce the Commission will be dealt with separately, according to the required procedure. Although nowadays the decision constitutes merely a political obligation, it is well expected to create also legal obligations. Due to this hybrid nature, it can be attributed to the category of soft-law of the EU.[31]

In the light of these developments, the second referendum took place on 2 October 2009. At bigger turnout of 59 %, more than 2/3 of voters voted for the Treaty.[32] This outcome represented a kind of turning point in ratification process. of the Lisbon Treaty in the whole EU. Very swift reactions that were brought about by result of the second Irish referendum were not expected by many. Let us analyse the impact of the second referendum in Poland and in the Czech Republic.

2.2 POLAND

Situation in Poland with the ratification of the Lisbon Treaty after defeat of eurosceptical Prime Minister Jaroslaw Kaczynski in parliamentary elections in the autumn 2007 and his substitution by more Europe-oriented Donald Tusk was rather complicated. Although the parliamentary ratification was chosen and the fact that country's parliament was one of the first to ratify the Lisbon Treaty, overall process of ratification in Poland was somewhat difficult and in the end it ended the second latest.

Although defeated, J. Kaczynski threatened the ratification of the Treaty, seeking for additional legal guarantees to protect Poland's interests in the EU. Operating with Germanophobic and homophobic arguments and

[31] This is not said to mean that the decision will not be respected; in fact, that would be in author's point of view highly improbable, due to political sensitivity of the matter.

[32] For the Treaty voted 67, 1%, only 32. 9 % of voters were against. That represents more than 20 % swing to "yes" voters compared with 2008 vote. See for more details *Results received at the Central Count Centre for the Referendum on Treaty of Lisbon 2009*. Available at [online] http://www.referendum.ie/referendum/current/index.asp?ballotid=79, cit. 20 November 2009.

counting on fact that the votes of his party were crucial for ratification,[33] he managed to slightly delay the parliamentary phase of the process. However, a political compromise was finally struck in the spring 2008. It was agreed between to ratify the treaty by a parliamentary vote. In this atmosphere, both houses of the Polish parliament adopted the Treaty on 1 and 2 April 2008 respectively without any considerable hindering.[34]

However, Lech Kaczynski, President of Poland, stated almost immediately after the successful parliamentary ratification that he would not sign the Treaty and thus conclude the ratification process, until Prime Minister Tusk would not fulfil the political agreement guaranteeing that the terms that Poland had negotiated at the IGC 2007[35] could not be changed.

The issue then became a part of bigger struggle in the arena of domestic policy over the influence in the field of formation of Polish foreign policy between the Government and President. Thus, L. Kaczynski repeatedly promised to sign the Treaty and repeatedly broke his promises until he finally proclaimed the Treaty to be dead after June 2008 referendum in Ireland and stated that he would not be able to ratify it until the Treaty is approved by the Irish. Thus, a stalemate in ratification came into existence.

Situation altered quite radically after the October 2009 Irish referendum. Within days, L. Kaczynski invited President of the European Commission J. M. Barosso and President of the European Parliament Jerzy Buzek for a ratification ceremony. Stating that "*The fact that the Irish people changed their minds meant the revival of the treaty, and there are no longer any obstacles to its ratification,*"[36] he ratified the Treaty after year and half of

---

[33] For example, in March 2008, the Polish president Lech Kaczynski warned that ratification of the Treaty without an opt-out of the Charter could allow gay activists to force Poland to accept homosexual "marriage" or civil unions. See *Kaczynski twins threaten Polish ratification of Lisbon Treaty*. Available at [online] http://euobserver.com/9/25842, cit. 19 November 2009.

[34] The Lower House (Sejm) passed the Treaty on April, 1st, 2008 by 384 votes for, 56 against and 12 abstaining. The Upper House (Senate) did so one day after by 74 votes for, 17 against and 6 abstaining. See e. g. *Polish Parliament clears EU Treaty bill*. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/polish-parliament-clears-eu-treaty-bill/article-171267, cit. 20 November 2009.

[35] Represented by brothers Kaczynski and having negotiated and opt-out from the application of the EU Charter on Fundamental Rights.

[36] See *President of Poland signs Lisbon Treaty*. Available at [online] http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/poland/6290694/President-of-Poland-signs-Lisbon-Treaty.html, cit. 16 November 2009.

confusion and opposite statements, leaving the Czech Republic as the only Member State not having ratified the Lisbon Treaty.[37]

2.3 CZECH REPUBLIC

The Czech Republic was the last Member State to ratify the Lisbon Treaty. This situation was similar to the situation with ratification of the 2004 constitutional treaty, when the country was the only in the EU not to even decide if the ratification would be in a parliamentary way or by means of referendum.

Chamber of Deputies, the lower house of the Czech Parliament, started ratification process on 1 April 2008, by ordering the Treaty to be discussed in its committees for Constitutional and legal affairs, European affairs and Foreign affairs, which is not dissimilar procedure from the standard one.

The upper house of the Parliament, the Senate, however, opted for a non-standard procedure, by referring the Treaty to the Constitutional Court for inspection on its compatibility with the Constitution of the Czech Republic by its resolution from 24 April 2008.[38]

As a reaction, the Czech Constitutional Court declared on 26 November 2008[39] Articles selected by the complaining Members of the Senate of the Lisbon Treaty to be compatible with the Czech Constitution and thus opened way for parliamentary ratification. To be more precise, the Court stated that Articles 2/1, 4/2, 352/1 and 216 of the Treaty on Functioning of the EU and 2, 7, 48/6 and 48/7 of the Treaty on the European Union (after revision by the Lisbon Treaty), as well as the Charter of Fundamental Rights of the European Union are not in the violation of the Czech constitutional order.

Although this might have seemed to some as a clear-cut decision, the ratification process remained very slow, not only with President Klaus casting eurosceptic doubts, but also with uncertain support of ruling party of Civic Democrats needed for successful ratification. Doubts were also casted by the fact that the Constitutional Court had ruled only on the selected provisions and not the whole Treaty.

---

[37] L. Kaczynski's signature was seen by some as a move towards 2010 presidential campaign, when President tried to secure more support by pretending to be europhile. See *Vaclav Klaus flies Eurosceptic flag alone*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/oct/13/vaclav-klaus-lisbon-treaty, cit. 20 November 2009.

[38] Czech President was also a party to this proceedings.

[39] See *Decision Pl. ÚS. 19/08 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*. Available at [online] http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php.

Nevertheless, after political negotiations especially within the party of Civic Democrats, the Chamber of Deputies ratified the Treaty. By 125 votes for, 61 against, it approved the Treaty on 18 February 2009.[40] After some further delays, the upper house - Senate - had ratified the Treaty on 6 May 2009. Out 79 appearing on the vote, 59 voted for, 20 against, 5 abstained and 2 left the house.[41]

After this date, only Presidential signature was missing to complete the ratification process in the Czech Republic. Although there were some legal experts saying that President shall not delay his signature by any means, citing respective provisions of the Czech Constitution,[42] real progress was very slow.

The group of "defeated" Members of the Senate had further slowed down the ratification process, since they declared an intention to challenge the compatibility of the Treaty as whole with the Czech Constitution. This was welcomed move by President Klaus, who almost naturally declared its intention to wait for the second decision of the Constitutional Court.

Since the Czech Constitution provides for no limited time period within which the Members of the Senate should have filed their petition to the Court, they were able to considerably delay the whole process. The actual date of filling the Senators' petition to the Court was 29 September 2009, almost half a year since the ratification process in the both Houses of the Czech Parliament was successfully finished. Members of the Senate, represented by their colleague Jiří Obelfazer demanded the Court to clearly state "*whether the EU would still be an international organisation and not a certain "superstate" after the adoption of the Lisbon treaty*."[43]

It took another month for the Court to elaborate the final opinion on the compliance of the Treaty with the Czech Constitution as a whole. On 3

---

[40] See *Parlament České Republiky, Poslanecká sněmovna. 46. schůze, 11. hlasování, 18. 2. 2009, 09:47 Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evrop.unii*. Available at [online] http://www.psp.cz/sqw/hlasy.sqw?G=48969, cit. 18 November 2009.

[41] See Senát Parlamentu České Republiky. *181/ 6 - Vládní návrh, kterým se předkládá Parlamentu České republiky k vyslovení souhlasu s ratifikací Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství dát souhlas k ratifikaci*. Available at [online] http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasy?G=9887&O=7, cit. 18 November 2009.

[42] See e.g. *Rychetský v ČT ke Klausovi: Podpis smlouvy nebo vlastní stížnost*. Available at [online] http://www.ct24.cz/ceske-predsednictvi/lisabonska-smlouva/56473-rychetsky-v-ct-ke-klausovi-podpis-smlouvy-nebo-vlastni-stiznost/, cit. 21 November 2009.

[43] See *Czech senators file new complaint against Lisbon treaty*. Available at [online] http://www.ceskenoviny.cz/eu/zpravy/senatori-predlozili-novy-navrh-na-ustavni-prezkum-lisabonu/400038?id=400057, cit. 20 November 2009.

November 2009 it stated[44] that there is no variance between these two legal instruments and thus ruling out any factual reason for not concluding the ratification process in the Czech Republic. The Court declared that the Lisbon Treaty as a whole, Articles 7, 8, 9, 10/1, 13/1, 14/2, 17/1, 17/3, 19/1, 20, 21/2/h, 42/2, 47, 50/2 to 50/4 Treaty on the European Union (after revision by the Lisbon Treaty) and Articles 3, 78/3, 79/1 and 83 Treaty on Functioning of the EU are not in the violation of the constitutional order of the Czech Republic.

It also dismissed the proposals to inspect the compatibility of the Treaty on European Union and Treaty on European Community with the Czech Constitutional order.[45] It also dismissed similar claim for Art. 2, 4 and 216 Treaty on Functioning of the EU. Members of the Senate also wanted to proclaim the Decision of the Head of States and Governments in relation to the concerns of the Irish people adopted on June 18th and 19th, 2009, as an international treaty falling within the scope of Art. 10a of the Czech Constitution and thus needing further ratification. Finally the Court dismissed the claim to join the case with another case dealing with Rules of Procedure of the both Houses of Parliament.

In the meantime, European Council meeting in Brussels had agreed on legal guarantees for the Czech Republic, similar in form to those granted to Ireland. This was a response to the last demand of President Klaus, who asked for an opt-out in application of the Charter of Fundamental Rights of the EU within the territory of the Czech Republic.[46] Conclusions of 29 - 30 October 2009 European Council state on this matter that: "*Heads of State or Government have agreed that they shall, at the time of the conclusion of the next Accession Treaty and in accordance with their respective constitutional requirements, attach the Protocol…to the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. In this context, and with regard to legal application of the Treaty of Lisbon and its relation to*

---

[44] See *Nález sp. zn. Pl. ÚS 29/09 z 3. 11. 2009*. Available at [online] http://www.concourt.cz/clanek/GetFile?id=2150, cit. 18 November 2009.

[45] A terminology note: Complainants denoted the contested instruments as the Maastricht Treaty (for which the Court deduced that it should be the TEU in "Maastricht", i. e. 1992, version) and "Treaty of Rome" (for which the Court deduced more that it should be the TEC after the revision by the TEU in 1992). This is, in the most decent way to say, a very strange terminology showing lack of some elementary knowledge on the primary law of the EU.

[46] President Klaus demanded an opt-out from the Charter, saying he was attempting to shield the Czech Republic from property claims made by ethnic Germans expelled from the country after the WW II. See *Lisbon treaty turmoil as Czechs demand opt-out*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/world/2009/oct/09/eu-lisbon-treaty-czech-republic, cit. 17 November 2009; *EU grants Czech Republic Lisbon treaty concession*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/world/2009/oct/30/czech-republic-lisbon-treaty, cit. 17 November 2009.

legal systems of Member States, the European Council confirms that : a) The Treaty of Lisbon provides that "competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States" (Art. 5(2) TEU); b) The Charter is "addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law" (Art. 51(1) Charter)."[47]

Thus, enlarging the area of application of Protocol No 30 of the Lisbon Treaty on the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union to Poland and to the United Kingdom to the territory of Czech Republic has catered the last demand by President Klaus.

The effects of these decisions, strengthened by the result of October 2009 referendum in Ireland were seen almost immediately. Only 6 hours after the second ruling of the Czech Constitutional Court, President Klaus issued his proclamation. He stated that although expecting the decision of the Constitutional Court, he "*deeply disagrees*" with its contents and reasoning. He also challenged legal quality and form of the decision, stating that "*it is not a neutral legal analysis, but a biased political pledge for the Lisbon Treaty produced by its supporters*" and went on saying that this fact can be seen on "*not-fully-adequate confrontational style of elaborating and presentation of the decision*".[48] After final remark that "*the Czech Republic ceases to be a sovereign state*"[49] after entry of the Lisbon Treaty into force, he shortly announced that he had ratified the Treaty.[50]

3. CONSEQUENCES FOR THE DECISION MAKING PROCESS OF THE COMMISSION

As we have seen from the previous two sections of this contribution, Lisbon Treaty experienced not only a very long process of "birth" but also sometimes rather twisty process of its ratification. Due to the delays in Ireland, Poland and the Czech Republic, it was not possible to meet the date

---

[47] *Brussels European Council 29 - 30 October 2009. Presidency Conclusions*. Available at [online] www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/.../110889.pdf, cit. 14 November 2009.

[48] See *DOKUMENT: Prezident Klaus vysvětluje, proč podepsal Lisabon*. Available at [online] http://zpravy.idnes.cz/dokument-prezident-klaus-vysvetluje-proc-podepsal-lisabon-pqc-/domaci.asp?c=A091103_161503_domaci_kot, cit. 18 November 2009.

[49] Ibid.

[50] Jiří Obelfalzer did not give up his struggle against the Treaty, claiming that he would consider lodging a complaint with the European Court of Human Rights for failure of the Czech Republic to grant him a lawful proceedings in the Czech Constitutional Court. See *Trapnost s Lisabonem končí, radují se politici. Jiní hrozí Štrasburkem*. Available at [online] http://zpravy.idnes.cz/trapnost-s-lisabonem-konci-raduji-se-politici-jini-hrozi-strasburkem-1kf-/domaci.asp?c=A091103_101750_domaci_bar, cit. 20 November 2009.

of entry to force projected to the beginning of the year 2009. It was also not possible to conclude the process well ahead before end of the term of 2004-2009 Commission, set to the 31 October 2009. Thus, as a consequence of these delays, new Commission has not[51] been formed and some doubts are casted over its activities.

Some of these doubts are related to the question whether the enforceability of the Commission decisions is anyhow hindered as a result of the situation described above. In the next subsections, let us explore the possibility, whether, and if yes, under which conditions, these legal acts can face any legal difficulties in the process of their application and enforcement emanating from the aforementioned conditions.

3.1 RELEVANT PROVISION OF THE TREATY

From legal point of view, the situation when the "old" Commission is supposed to serve for a prolonged term is clear. Although not expressly provided for in the Treaties, primary law solves it by analogy. Article 5 Treaty on the European Union (after the revision by the Treaty of Nice; hereinafter referred to as "TEU") states that "*…[T]he Commission…shall exercise [its] powers under the conditions and for the purposes provided for, on the one hand, by the provisions of the Treaties establishing the European Communities and of the subsequent Treaties and Acts modifying and supplementing them and, on the other hand, by the other provisions of this Treaty*."[52] This is acknowledged also in the Article 7 Treaty Establishing the European Community (after the revision by the Treaty of Nice, hereinfater "TEC"): "*Each institution shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty*."[53]

Thus, even if the Commission should serve only for 5-years term only, as Article 214 TEC state in its first paragraph and the Treaties does not expressly state the procedure to be followed in the event of formation of a new Commission only after the expiry of mandate of the previous one, the situation that has been caused by the delays in the ratification process of the Lisbon Treaty does not pose any legal difficulties.

The primary law of the EU provides at two place for solution for similar situations when either the whole body of Commissioners is censured or a single Commissioner resigns or is compulsory retired. In the Article 214 TEC an exemption is made from the five years rule in the case if the motion

---

[51] At the time of writing, which is November 2009.

[52] Art. 5 Treaty on the European Union (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.

[53] Art. 7 Treaty Establishing the European Community (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.

of censure was adopted. Then, as the TEC provides, *"[The Commission] shall continue to deal with current business until [it is] replaced in accordance with Article 214. In this case, the term of office of the Members of the Commission appointed to replace them shall expire on the date on which the term of office of the Members of the Commission obliged to resign as a body would have expired*."[54]

Similarly, in the last paragraph of the Article 215 TEC provides for the situation when a single Commissioner is retired or resigns. Then, "*Members of the Commission shall remain in office until they have been replaced or until the Council has decided that the vacancy need not be filled.*"[55]

We can see a strong emphasis on continuity of work of Commission, that is to be achieved even in situations when it was censured or it is short of one or more regular members. Per analogiam it is possible to set out rules for the situation that was brought about in November 2009.

We can interpret the wording of abovementioned provisions of Article 215 TEC so that the Commission shall continue in its office. However, we shall not forget to read out the limitation set thereof, stating that the Commission shall deal only "*with current business*". This limitation is very important to be noted, in order identify any legal difficulties in enforcement of Commission decisions adopted in the period between expiry of term of office of the old Commission and forming of new one.

We can also set out the rules for appointment procedure in 2014. Article 215 TEC states that *"[T]he term of office of the Members of the Commission appointed to replace [the censured Commission] shall expire on the date on which the term of office of the Members of the Commission obliged to resign as a body would have expired.*"[56] Thus, if we per analogiam perceive the situation provided for in Article 215 TEC, the wording of this provision leave no room for any other interpretations but the one concluding that the term of Commission formed after the first Commission of President Barosso shall end in 2014, irrespectively when exactly it is formed.

From this brief analysis, we can conclude that there is no other limitation for adoption of Commission decisions than the fact they cannot be adopted outside the framework of "*current business*".

---

[54] Art. 214 Treaty Establishing the European Community (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.

[55] Art. 215 Treaty Establishing the European Community (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.

[56] Ibid.

3.2 CONSEQUENCIES OF THE "CURRENT BUSINESS" LIMITATION

If we intend to inspect consequences of the "*current business*" limitation, we have to analyze the procedure that can bring them about.

To think about any limitations to the enforceability of the decisions of the Commission, we can take a decision imposing a fine in the framework of the EC competition policy as the first example. In this case, the "*current business*" limitation is hardly probable to be invoked, since competition policy is falling within the ambit of "*current business*".

Another example could be adoption of a decision in a policy area, where the Commission had not acted acting before. This would be more probable case for application of the "*current business*" limitation. Let's inspect the possible procedure in this case.

Article 230 TEC states that (only) "*The Court of Justice shall review the legality of acts adopted…by the Commission…, other than recommendations and opinions...*"[57] It also determines that the Court *"…shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the European Parliament, the Council or the Commission on grounds of lack of competence, infringement of an essential procedural requirement, infringement of this Treaty or of any rule of law relating to its application, or misuse of powers*."[58] Also, any natural or legal person may institute proceedings against a decision addressed to them or against a decision which is of their direct and individual concern, even if addressed to another person(s).

This Article provides us with some substantial answers. Firstly, it determines, who can challenge a decision of the Commission. Only the Parliament, the Council and any concerned legal or natural person can proceed with their claim. It is rather improbable for the Commission to challenge its decisions themselves.

Another point is the grounds that these decisions can be challenged on. Convening with the "*current business*" limitation, the claims of lack of competence, infringement of either the Treaty or essential procedural requirement, as well as misuse of powers could be invoked.

We have thus a certain number of potential subjects that can hamper the enforceability of the Commission decisions for claiming them to be out of

[57] Art. 230 Treaty Establishing the European Community (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.

[58] Ibid.

"*current business*" and thus to fall into some or all of the reasons for annulation by the Court of Justice.

However, the last section of Article 230 TEC provides for a very stringent limitation. It sets out the foreclosure period of two months for the proceedings to be started. If an authorized subject fails to institute the proceedings under Art. 230 TEC "*within two months of the publication of the measure, or of its notification to the plaintiff, or, in the absence thereof, of the day on which it came to the knowledge of the latter, as the case may be*",[59] the Court has no power to declare a decision that would be challenged this way as void.

4. CONCLUSIONS

Thus, we can see that there really is a leeway for introduction of a new factual reason for challenging the legality of the decisions of the Commission, represented by using the "current business" limitation and Art. 230 TEC. If such a proceeding was incited and would be successful, it would hamper the enforceability of the Commission decisions. Nevertheless, if read the aforementioned Article to the end, we encounter a stringent limitation of 2 months, which makes the procedure above rather difficult to take and effectively minimalises number of such claims to the number located at the scale of numbers not very far away from zero.

Thus, we can conclude, that rather complicated ratification process of the Lisbon Treaty has had, at the time of writing, some not so positive consequences on the process of the formation of new Commission. Nevertheless, owing to the rules set out by the Treaties, this rather non-positive situation shall not have in short or even medium time-scale substantial implication to the functioning of the Commission by radically hampering enforceability of its decisions. These would be brought about probably in the situation when a new Commission would not be formed for a longer time period, which at the time of writing does not appear to be the case.

Literature:

Official documents

- Brussels European Council 21/22 June 2007 – Conclusions. Available at [online] www.eu2007.de/en/News/download_docs/Juni/0621-ER/010conclusions.pdf, cit. 15 November 2009.

[59] Ibid.

- Brussels European Council 11 and 12 December 2008: Presidency Conclusions. Dostupné z [online] www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/104692.pdf, cit. 27. 8. 2009.
- Brussels European Council 18 and 19 June 2009: Presidency Conclusions. Available at [online] www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/108622.pdf, cit. 14 November 2009.
- *Brussels European Council 29 - 30 October 2009. Presidency Conclusions*. Available at [online] www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/.../110889.pdf, cit. 14 November 2009.
- *Decision Pl. ÚS. 19/08 Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community*. Available at [online] http://angl.concourt.cz/angl_verze/doc/pl-19-08.php.
- *Draft Treaty Establishing Constitution for Europe*. Available at [online] http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.en03.pdf, cit. 18 November 2009.
- Laeken Declaration of 15 December 2001 on the future of the European Union. Available at [online] www.ena.lu, cit. 13 November 2009.
- *Nález sp. zn. Pl. ÚS 29/09 z 3. 11. 2009*. Available at [online] http://www.concourt.cz/clanek/GetFile?id=2150, cit. 18 November 2009.
- *Parlament České Republiky, Poslanecká sněmovna. 46. schůze, 11. hlasování, 18. 2. 2009, 09:47 Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evrop.unii*. Available at [online] http://www.psp.cz/sqw/hlasy.sqw?G=48969, cit. 18 November 2009.
- *Referendum on The Lisbon Treaty (Twenty-Eighth Amendment of the Constitution Bill 2008) 12-June-2008.* Available at [online] http://www.referendum.ie/referendum/archive/display.asp?ballotid=78&page=0, cit. 17 November 2009.

- *Results received at the Central Count Centre for the Referendum on Treaty of Lisbon 2009*. Available at [online] http://www.referendum.ie/referendum/current/index.asp?ballotid=79, cit. 20 November 2009.
- Senát Parlamentu České Republiky. *181/ 6 - Vládní návrh, kterým se předkládá Parlamentu České republiky k vyslovení souhlasu s ratifikací Lisabonská smlouva pozměňující Smlouvu o Evropské unii a Smlouvu o založení Evropského společenství dát souhlas k ratifikaci*. Available at [online] http://www.senat.cz/xqw/xervlet/pssenat/hlasy?G=9887&O=7, cit. 18 November 2009.
- *Treaty of Nice Amending the Treaty on European Union, The Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts*. Official Journal C 80, 10 March 2001, p. 1.
- Treaty Establishing Constitution for Europe. OJ C 310, 16 December 2004, p. 1.
- Treaty on the European Union (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.
- Treaty Establishing the European Community (after the revision by the Treaty of Nice). OJ C 321 E, 29 December 2006, p. 1.
- *Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007*. OJ C 306, 17 December 2007, p. 1.

Other sources

- Blahušiak, I. *Some Thoughts on the Process Leading to the Adoption of Lisbon Treaty*. In: Zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3. – 5. 4. 2008 v priestoroch ÚZ NR SR Častá – Papiernička. 1. vyd. Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, 2008, pp. 316-327.

- *Czech senators file new complaint against Lisbon treaty*. Available at [online] http://www.ceskenoviny.cz/eu/zpravy/senatori-predlozili-novy-navrh-na-ustavni-prezkum-lisabonu/400038?id=400057, cit. 20 November 2009.
- David Cameron admits *Lisbon treaty referendum campaign is over*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/politics/2009/nov/04/david-cameron-referendum-campaign-over, cit. 19 November 2009.
- *Denmark: EMU opt-out clause*. Available at [online] http://europa.eu/legislation_summaries/economic_and_monetary_affairs/institutional_and_economic_framework/l25061_en.htm, cit. 13. 11. 2009.
- *Denmark rules out referendum on EU Treaty*. Available at [online]http://www.euractiv.com/en/future-eu/denmark-rules-referendum-eu-treaty/article-169046, cit. 20 November 2009.
- *DOKUMENT: Prezident Klaus vysvětluje, proč podepsal Lisabon*. Available at [online] http://zpravy.idnes.cz/dokument-prezident-klaus-vysvetluje-proc-podepsal-lisabon-pqc-/domaci.asp?c=A091103_161503_domaci_kot, cit. 18 November 2009.
- Europan Commission. *The Lisbon Treaty an Ireland*. Available at [online] http://ec.europa.eu/ireland/lisbon_treaty/lisbon_treaty_progress/index_en.htm, cit. 20 November 2009.
- European leaders sign new EU treaty in Lisbon. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/european-leaders-sign-new-eu-treaty-lisbon/article-169112, cit. 19 November 2009.
- *EU grants Czech Republic Lisbon treaty concession*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/world/2009/oct/30/czech-republic-lisbon-treaty, cit. 17 November 2009.
- Gilland, K. *Ireland's second referendum on the Treaty of Nice, October 2002*. Available at [online] www.sussex.ac.uk/sei/documents/irelandno1.pdf, cit. 18 November 2009.

- Glen, C. M. *Re-Writing Maastricht: The Politics of the 1999 Inter-Governmental Conference*. In: Southeastern Policy Review, 2000, Vol. 27, No. 4, pp. 655-678.
- Ireland announces Lisbon referendum date. Available at [online] http://euobserver.com/9/28429, cit. 16 November 2009.
- Irish 'yes' to Lisbon Treaty 'not certain'. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/irish-lisbon-treaty-certain/article-170687, cit. 15 November 2009.
- *Jean-Claude Juncker states that there will be a period for reflection and discussion but the process to ratify the Constitutional Treaty will continue with no renegotiation*. Available at at [online] http://www.eu2005.lu/en/actualites/communiques/2005/06/16jclj-ratif/index.html, cit. 20 November 2009.
- *Kaczynski twins threaten Polish ratification of Lisbon Treaty*. Available at [online] http://euobserver.com/9/25842, cit. 19 November 2009.
- *Lisbon treaty turmoil as Czechs demand opt-out*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/world/2009/oct/09/eu-lisbon-treaty-czech-republic, cit. 17 November 2009.
- Lord, Ch. *Assessing Democracy in a Contested Polity*. In: Journal of Common Market Studies, 2001, Vol. 39, No. 4, p. 645.
- Majone, G. *Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards*. In: European Law Journal, 1998, Vol. 4, No. 1, p. 16.
- Moravcsik, A. *In Defence of the 'Democratic Deficit': Reassessing Legitimacy in the European Union*. In: Journal of Common Market Studies, 2002, Vol. 40, No. 4, pp. 603-24.
- Pogge, T. W. *Creating Supra-National Institutions Democratically: Reflections on the European Union's "Democratic Deficit"*. In: The Journal of Political Philosophy, 1997, Vol. 5, No. 2, pp. 163-182.

- *Polish Parliament clears EU Treaty bill*. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/polish-parliament-clears-eu-treaty-bill/article-171267, cit. 20 November 2009.
- *Poll shows rise in Lisbon Treaty support*. Available at [online] http://www.rte.ie/news/2009/0918/eulisbon.html, cit. 19 November 2009.
- *President of Poland signs Lisbon Treaty*. Available at [online] http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/poland/6290694/President-of-Poland-signs-Lisbon-Treaty.html, cit. 16 November 2009.
- Qvortrup, M. *Rebels without a Cause? The Irish Referendum on the Lisbon Treaty*. In: Political Quarterly, 2009, Vol. 80, No. 1, pp. 59-66. Also see Brugha C. M. *Why Ireland rejected the Lisbon Treaty*. In: Journal of Public Affairs, 2008, Vol. 8, No. 4, pp. 303-308.
- *Rychetský v ČT ke Klausovi: Podpis smlouvy nebo vlastní stížnost*. Available at [online] http://www.ct24.cz/ceske-predsednictvi/lisabonska-smlouva/56473-rychetsky-v-ct-ke-klausovi-podpis-smlouvy-nebo-vlastni-stiznost/, cit. 21 November 2009.
- Sarkozy, N. L'Europe de demain - Une nouvelle vision francaise. Available at [online] http://www.friendsofeurope.org/download/Sarkozy_080906.pdf, 15 November 2009.
- *Slovakia, Poland ratify Lisbon Treaty*. Available at [online] http://www.euractiv.com/en/future-eu/slovakia-poland-ratify-lisbon-treaty/article-171547, cit. 18 November 2009.
- *Trapnost s Lisabonem končí, radují se politici. Jiní hrozí Štrasburkem*. Available at [online] http://zpravy.idnes.cz/trapnost-s-lisabonem-konci-raduji-se-politici-jini-hrozi-strasburkem-1kf-/domaci.asp?c=A091103_101750_domaci_bar, cit. 20 November 2009.
- *Vaclav Klaus flies Eurosceptic flag alone*. Available at [online] http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2009/oct/13/vaclav-klaus-lisbon-treaty, cit. 20 November 2009.

- Walker, N. *Europe's Constitutional Engagement*. In: Ratio Juris, 2005, Vol. 18, No. 3, pp. 387-299.

Contact – email
blahusiak@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

REFERENCES FOR A PRELIMINARY RULING TO THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

ANA DANIELA BOBARU

University „Constantin Brâncuşi" of Târgu-Jiu, Romania

Abstract
References for a preliminary ruling are specific to Community law. Whilst the European Court of Justice is, by its very nature, the supreme guardian of Community legality, it is not the only judicial body empowered to apply Community law. That task also falls to national courts, in as much as they retain jurisdiction to review the administrative implementation of Community law, for which the authorities of the Member States are essentially responsible; many provisions of the Treaties and of secondary legislation - regulations, directives and decisions - directly confer individual rights on nationals of Member States, which national courts must uphold. National courts are thus by their nature the first guarantors of Community law. To ensure the effective and uniform application of Community legislation and to prevent divergent interpretations, national courts may, and sometimes must, turn to the Court of Justice and ask that it clarify a point concerning the interpretation of Community law, in order, for example, to ascertain whether their national legislation complies with that law. Petitions to the Court of Justice for a preliminary ruling are described in art.234 of the Treaty.

Key words
Community law; European Court of Justice; Community legality.

Preliminary action is the most significant action brought before the European Court of Justice, which ensures uniform application and interpretation of European law.

According to art.234 of the Treaty forming the European Community, if before a court of a Member State it is raise an issue of interpretation of Community law, that court can (and if it is a supreme court, whose decision can not be contested according to the national procedure is required) ask the European Court of Justice to rule by a decision of interpretation on EU rules. Therefore, to ensure uniform interpretation of Community law, a system of cooperation was preferred which stated that European Court of Justice has to be consulted by national courts when the latest have to apply a provision of Community law in a dispute with reference to them. They have

to know if this provision is valid or to specify the meaning that they intend to give it.[1]

Of particular importance to obtain a response from the European Court of Justice is the wording of a question affected by the national court. The questions raised by them have certain limits well established namely: questions must be in connection with the trial pending before them and they have to reffer to the interpretation or validity of EU rules, so no general or policy questions are to be made. In such cases the Luxembourg Court pointed out that the problem posed by national courts would not require clarification and recalls also the conditions on which this has to be form.

Interpretation or assessment of the validity of EU rules, amended by the European Court of Justice is required both by the mandatory court (and for all other courts that are called in the national remedies to adjudicate the same issue), and by other courts before which the text in question will be raised.[2] On the other hand, the EU court case is off the idea that the obligation to use the procedure is no preliminary question for the national court if the meaning of community is so clear, that it leaves no place to reasonable doubt or if the provision has formed the subject of the questions in the past and the European Court has already ruled.[3] Therefore, the national judge himself becomes the Community courts. After all, finding disability national law against the norm is not the attribute of Community European Court of Justice, but the seised national court. That is why there is a need of knowledge by the national judge of the acquis communautaire, which includes, as already noted, the positive rules of Community law and their interpretation by the European Court in Luxembourg.

---

[1] Jurisprudence has shown that different issues relevant for a preliminary ruling is based on a specific interpretation of another national law than that of their national courts, in connection with the interpretation chosen it is hypothetical, it is especially necessary to give reasons for decision reference to this issue. Thus, the issues to be sent are inadmissible in the situation that the national court gives no explanation of why they consider the interpretation invoked the only possible;

[2] On Matheus decision the European Court of Justice showed that a question on the possibility of accession of Spain, Portugal and Greece to the European community is not of its competence;

[3] Procedure of the prior actions of the validity of the Community legal nome is an incidental procedure. However, European Court of Justice on the validity of a Community legal rule will check in terms of form and drawbacks of the background material naturally in the context of all EU rules and under the proceding rule with respect for the hierarchy Community rules. In this hierarchy of rules first place is occupied by original law, the second place is the generally accepted principles of law of the Member States and third place is the public international law treaties concluded by the European community with other subjects of Public International Law. These three categories are followed by secondary Community law, within which there is also a hierarchy between the Community regulations and the execution, Fabian Gyula, European Court of Justice – Supranational Court of Justice, op.cit.page164.

The national court when deciding to address to the European Court a question, it will have to submit an application through a decision which will become the document instituting the Court and on its submission to the Registry Court that will mark the start of proceedings preliminary action. This decision has the character of a conclusion and can be linked to the conclusion that it has granted a new term or an expert in Romanian law.

As regards the formal requirements of that decision, because on Community level are not laid down such rules, courts are guided by their own procedural rules drafting sentences (France) or conclusions (Germany and England), the important issue being the decision to bring it from a national court, to include the question of the court and necessary reasons in fact and in law. It was noted that errors in forms are handled by the Court with great understanding, the following fact and substance of the question as it appears not even proceed to reformulate the question when it is too specific or too vague.

Question has been raised in practice which is the sanction for not recourse to the Court stated that such attitude of a court is a case of non-Community Treaties (the law), which can be repaired by means of an action under art.226 and art.227 of the Treaty. But, this action may be brought only by the Commission or a State Member of the Union. For ferenda law should be introduced an attack brought by parties to the dispute in the courts that decide ultimately and that refused referral to court, despite the fact there are arguments that this was necessary to resolve the dispute.

Court decision will be communicated directly to the Court of Justice, from the secretariat to the office or from graft to graft, and not through Ministry of Justice or other diplomatic channels, to improve cooperation between national courts and Community. Thus, the decision is sent to the Court in Luxembourg together with the entire file with or without an address written by the national court.

Since the national court is the one who reffers to the European Court, he may withdraw at any time this referral. If the national court decision to reffer to the Community is attacked by domestic remedies and the National Supreme Court suspended or revoked for reasons of illegality referral decision, the Court finds that the action has become obsolete and resolution. It should be noted that the onset of an appeal against the decision of the referral has no effect on dispute settlement proceedings before the European Court of Justice. Community is announced when the court registry after the national court that the appeal or appeal against the decision of referral have suspensive effect under national law, the Court suspends the process.

Regarding the interpretation and effect of Community law over national courts in preliminary rulings, the Treaty of Rome is silent, but the answer to this question was developed gradually by the Court. A preliminary ruling is mandatory for the national court that solicited it. Court of Justice ruled that the purpose of the preliminary ruling is to decide on the law and this

decision is binding fo national courts in the interpretation of Community provision and Community act in question. National Court which judges one appeal against the decision of the first national court requested preliminary interpretation is bound by the decision of the Court, when national courts are not bound by substantive decisions of the supreme court of the Member State concerning the interpretation of Community law. Even if the supreme court to obtain a preliminary ruling from the European Court of Justice, the court is required to fund the preliminary ruling, not the National Supreme Court decision.

In principle, the court's interpretation of Community law is applicable at the time of entry into force and apply also to existing legal relationship before the decision. A provision declared by the Court to be invalid, must be regarded as such upon entry into force. In any event, under the principle of certainty of legal relations and declare invalid when a Community measure has considerable economic and legal onerous, the Court limited the temporal effects of its decision.

Due to the particular features of national legal systems of Member States where there can prior actions, would create a Community law for each Member State in the interpretation and enforcement of valid legal rules created by the bodies. The base for preliminary action is the report of collaboration, mutual trust between the Community courts and national courts with mutual respect skills.

It has been observed in practice, however, an action reserved towards the European Court of Justice by the national judges for the purposes of its referral of questions of interpretation due to incorrect knowledge or ignorance of mechanism and purpose of preliminary action. Higher courts, including, have this attitude and refuse to have a compliance obligation to notify the European Court. Also in practice it was found that the courts sometimes complain that the Court's decision making process takes too much discretion on the wording, clarifying questions asked and shows that judicial dialogue between national courts and Community courts can be improved. Also to be noted that in respect of proceedings before the European Court it takes a long time, which means a delay to resolve the dispute before the national court, which involves the negative rise of economic, social and financial consequences. Some practitioners consider that even translation of the allegations in French, and all documents sent to the Community courts are an impediment when refers to the Court in Luxembourg.

It is known that to relieve the Court of high volume of activity in 1989 was established the Court of First Instance or the Court of First Instance, but the division of powers has not brought urgency regarding the procedure prior actions, the power to resolve, they remain still below monopoly Court which decides in this case at first and in the last.

In conclusion we must state that most of the mentoring decisions, establishing general principles in matters of law were taken during this procedure. Recall here the validity of direct and priority application of Community law, the responsibility of the office of Member States, fundamental rights, fundamental freedoms of the common market or treatment nondiscriminatory in labour industry in terms of sexuality.

Literature:

- Fabian Gyula, Curtea de Justiție Europeană - Instanță de Judecată Supranațională, monografie, Editura Rosetti, Bucureşti, 2002
- Mădălina Voican, Ruxandra Burdescu, Gheorghe Mocuța, Curți Internaționale de Justiție, Editura All Beck, Bucureşti, 2000
- Ion Filipescu, Augustin Fuerea, Drept internațional comunitar european, ediția a V-a, Editura Actami, Bucureşti, 2000
- Octavian Manolache, Tratat de drept comunitar, ediția a V-a, Editura CH Beck, Bucureşti, 2006

Contact – email

danielabobaru@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ODVOLACÍ MECHANIZMUS V MEDZINÁRODNEJ INVESTIČNEJ ARBITRÁŽI

IVAN CISÁR

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Investičná arbitráž je postavená na jednostupňovom konaní. V súčasnosti je možné vydaný nález zrušiť len za reštriktívne stanovených dôvodov, ale nie je možný jeho prieskum v rámci odvolania. Prebieha však diskusia, či nie je vhodné vytvoriť aj odvolací orgán v rámci systému investičnej arbitráže, ktorý by zamedzil rozporným rozhodnutiam, jednotnému výkladu ustanovení a tým zvýšil legitimitu celého systému. Tento príspevok sa snaží zhrnúť túto diskusiu a zároveň upozorniť aj na iné možnosti vývoja investičnej arbitráže.

Key words in original language
Investičná arbitráž; prieskum nálezu; odvolací mechanizmu.

Abstract
System of investment arbitration is a single-tiered system. Rendered award can be challenged and set aside only on strictly defined reasons. However, various governments and institutions are discussing the possibility to introduce appellate mechanism to the system of investment arbitration as a panacea to avoid inconsistent decisions, strength the common interpretation of legal concepts and to increase the legitimacy of the system. This contribution tries to summarize the discussion and draws attention to other possible means how to achieve desired goals.

Key words
Investment arbitration; review of award; appellate mechanism.

ÚVOD

Tento rok uplynulo 50 rokov od podpísania prvej dvojstrannej dohody o ochrane investícií, ktorá predpokladala riešenie sporov medzi štátom a zahraničným investorom prostredníctvom arbitráže. O necelých tridsať rokov neskôr bol podaný prvý návrh investora na zahájenie arbitráže proti štátu.[1] A od tohto okamihu sa investičná arbitráž rozvíjala a pribúdal počet arbitrážnych podaní.

1 MARSHALL, Fiona. *Defining New Institutional Options for Investor-State Dispute Settlement* [online]. [Winnipeg (Kanada)]: International Institute for Sustainable Development, september 2009[cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1174>. str. 1.

Investičná arbitráž vychádzala z predchádzajúcich právnych vzorov a bola nastavená ako jednostupňové konanie, ktoré bolo zakončené konečným rozhodnutím záväzným pre strany. S rozvíjajúcou sa rozhodovacou činnosťou sa začali vyskytovať aj prípady rozporných nálezov. A tak sa rozvinula diskusia o možnosti odvolania voči nálezom v investičnej arbitráži.

Tento príspevok sa pokúša zhrnúť súčasný stav investičnej arbitráže s poukázaním na súčasné možnosti prieskumu vydaných nálezov. Rozlišuje možnosti prieskumu nálezu vydaného v konaní vedenom Washingtonským strediskom pre riešenie sporov z investícií (ICSID) a nálezov vydaných mimo ICSID.

V ďalšej časti popisuje stav diskusie o odvolaní v investičnej arbitráži. Zameriava sa úpravu v investičných zmluvách uzatvorených Spojenými štátmi americkými, ktoré sú najväčším presadzovateľom myšlienky odvolania. Následne upozorňuje na iniciatívu Sekretariátu ICSID, ktorý sa pokúsil navrhnúť vytvorenie odvolacieho orgánu v rámci ICSID. V ďalších častiach sa pokúša zhrnúť dôvody pre umožnenie odvolania, ale aj nevýhody, ktoré by prinieslo a na záver aj ťažkosti pri vytváraní odvolacieho orgánu.

Posledná časť načrtáva iné možnosti, ako odstrániť nedostatky súčasnej investičnej arbitráže, ktoré viedli k úvahám o umožnení odvolania.

1. SÚČASNÉ MOŽNOSTI PRIESKUMU VYDANÝCH NÁLEZOV

1.1 MOŽNOSTI PRIESKUMU NÁLEZOV VYDANÝCH MEDZINÁRODNÝM STREDISKOM PRE RIEŠENIE SPOROV Z INVESTÍCIÍ (ICSID)

Rozhodcovský nález vydaný v rámci systému Dohovoru o riešení sporov z investícií medzi štátmi a občanmi druhých štátov (ďalej aj „Washingtonský dohovor“)[2] môže byť preskúmaný len taxatívne stanovenými spôsobmi. Arbitráž podľa Washingtonského dohovoru tvorí uzatvorený systém, takže nález nie je možné podrobiť iným opravným prostriedkom, ako tým, ktoré predvída samotný Washingtonský dohovor.[3]

---

2 420/1992 Sb.. *ICSID Convention, regulations and Rules* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, apríl 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.

3 čl. 53 ods. 1 Washingtonského dohovoru. YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 4.

Strana, či už ide o štát alebo investora, môže požiadať o výklad nálezu[4], revíziu nálezu[5] v prípade objavenia nových skutočností alebo podať návrh na zrušenie nálezu[6].

O výklade nálezu, alebo o rozsahu nálezu, rozhoduje pôvodný tribunál. Iba ak nie je možné opätovne zvolať pôvodný tribunál, ustanoví sa nový.

Rovnaký systém funguje aj pre prípad revízie nálezu. V tomto prípade sú strany ešte obmedzené čo do kvality novej skutočnosti, ktorá umožňuje revíziu nálezu, a čo do lehoty, v ktorej je možné návrh a revíziu podať. Aby bolo možné podať návrh na revíziu nálezu, musí sa objaviť skutočnosť, ktorá rozhodujúcim spôsobom ovplyvňuje nález. Zároveň strana, ktorá návrh podáva, nevedela o tejto skutočnosti počas pôvodného konania a svoju nevedomosť nespôsobila vlastnou nedbalosťou. Návrh na revíziu musí byť podaný do 90 dní od objavenia sa novej skutočnosti, maximálne však do troch rokov od vydania nálezu.

V prípade zrušovacieho konania o náleze už nerozhoduje pôvodný tribunál. Samotné zrušenie je povolené len z dôvodov taxatívne vymedzených. Tieto dôvody sa týkajú procesných vád na strane samotného tribunálu, takže je pochopiteľné, prečo o nich rozhoduje iný orgán. Nález je možné zrušiť len v prípade, ak nebol tribunál riadne ustanovený, tribunál zjavne prekročil svoju právomoc, na strane člena tribunálu sa vyskytla korupcia, počas konania došlo k závažnému porušeniu základných procesných pravidiel alebo nález nebol odôvodnený. Aj v tomto prípade je možnosť podať návrh na zrušenie obmedzená lehotami. Návrh je možné podať len do 120 dní od vydania nálezu, prípadne do 120 dní od zistenia, že nález bol ovplyvnený korupciou člena tribunálu.

Ako už bolo povedané, o zrušení nerozhoduje pôvodný tribunál. Za účelom posúdenia žiadosti na zrušenie nálezu sa zriadi trojčlenný ad hoc výbor. V prípade, ak výbor rozhodne o zrušení nálezu, spor môže byť opätovne predložený na rozhodnutie novému tribunálu.

Ani jedna z vyššie uvedených možností prieskumu nálezu neumožňuje vecný prieskum nálezu. Washingtonský dohovor sám vylučuje podrobiť nález odvolaniu. Takže v súčasnosti investičná arbitráž vedená v rámci Washingtonského dohovoru je len jednostupňová bez možnosti plnohodnotného odvolania.

1.2 MOŽNOSTI PRIESKUMU NÁLEZOV VYDANÝCH MIMO ICSID

4 čl. 50 Washingtonského dohovoru

5 čl. 51 Washingtonského dohovoru

6 čl. 52 Washingtonského dohovoru

Washingtonský dohovor, a systém investičnej arbitráže v rámci neho, nie je jediným spôsobom riešenia sporov medzi zahraničným investorom a štátom. V dvojstranných dohodách o ochrane investícií sa ako spôsob riešenia sporov medzi štátom a zahraničným investorom vyskytuje aj možnosť predložiť spor stálemu rozhodcovskému súdu[7] alebo tribunálu ad hoc[8].

V takomto prípade je rozhodcovský nález podrobený obdobnému režimu[9], ako je to pri náleze vydanom v rámci medzinárodnej obchodnej arbitráže. Takže o možnosti prípadného prieskumu vydaného nálezu bude rozhodovať národný právny poriadok v štáte vydania nálezu, prípadne v štáte, kde by mal byť nález vykonaný.

Môžeme povedať, že možnosti prieskumu vydaných nálezov sú v súčasnosti vo veľkej miere harmonizované. Podľa informácií na internetových stránkach UNCITRAL[10] približne 60 jurisdikcií prijalo modelový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži[11] (ďalej aj „modelový zákon UNCITRAL“) ako svoj domáci zákon a mnoho iných sa ním nechalo inšpirovať. Čo sa týka výkonu rozhodcovských nálezov, tak až 144 štátov[12] je zmluvnou stranou Dohovoru o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských nálezov[13] (ďalej aj „Newyorský dohovor“). Z týchto dôvodov sa obmedzím

---

7 Napr. dohoda medzi ČR a Velkou Britániou 646/1992 Sb.

8 Napr. dohoda medzi ČSFR a Holandskom 569/1992 Sb., dohoda medzi ČSFR a SRN 573/1992 Sb.

9 YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 6.

10 *Status 1985-UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration* [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html* >.

11 UNCITRAL. *1985-UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006* [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf* >.

12 *Status 1958-Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html* >.

13 *74/1959 Sb.. 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the "New York" Convention)* [online]. United Nations Commission on International Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>.

len na modelový zákon UNCITRAL a Newyorský dohovor pri posudzovaní možností prieskumu nálezov.

1.2.1 MODELOVÝ ZÁKON UNCITRAL

Modelový zákon umožňuje buď opravu a interpretáciu vydaného nálezu[14] alebo zrušenie nálezu.[15]

Tribunál, ktorý vydal nález, môže z vlastnej iniciatívy alebo na základe žiadosti jednej zo strán, ktorá o tom upovedomila druhú stranu, opraviť chyby v počtoch, prípadne preklepy. Taktiež môže na žiadosť strany, ktorá opätovne musela upovedomiť aj druhú stranu, interpretovať niektorú časť nálezu. Táto interpretácia sa potom stane súčasťou samotného nálezu. Opravu alebo interpretáciu je možní iniciovať v lehote 30 dní od vydania nálezu. V tomto prípade teda nejde o žiadny plnohodnotný prieskum nálezu, ale o kontrolu preklepov, prípadne len dovyjasnenie textu.

Modelový zákon nepripúšťa iný opravný prostriedok voči rozhodcovskému nálezu, ako je možnosť jeho zrušenia. A samotný návrh na zrušenie nálezu je možné podať len za taxatívne stanovených dôvodov. Týmito dôvodmi sú nespôsobilosť strany alebo neplatnosť arbitrážnej doložky, strana nebola riadne upovedomená o ustanovení rozhodcu alebo rozhodcovského konania, alebo nemohla v konaní riadne uplatniť svoje požiadavky, nález sa týka sporu, pre ktorý nebola uzatvorená rozhodcovská zmluva, alebo nález presahuje rozsah zmluvy, rozhodcovský tribunál nebol riadne ustanovený. O zrušení nálezu bude rozhodovať národný súd, nie medzinárodný orgán či tribunál. Tento súd môže zrušiť nález aj z vlastného podnetu, ak predmet sporu nie je možné rozhodnúť v arbitráži, prípadne rozhodnutie bolo v rozpore s verejným poriadkom krajiny, v ktorej je o zrušení nálezu rozhodované (t.j. v štáte, kde bol nález vydaný). Ani v tomto prípade nie je možné hovoriť o plnohodnotnom prieskume nálezu po vecnej stráne. Hoci sa vyskytli prípady, kedy niektoré súdy prostredníctvom verejného poriadku rozširovali rozsah prieskumu nálezu[16], nie je možné hovoriť o možnosti odvolania prostredníctvom tohto inštitútu. Samotné dôvody sa týkajú na jednej strane opäť procesných vád a na druhej samotných predpokladov arbitráže, nie vecnej stránky sporu.

Modelový zákon UNICTRAL tiež upravuje postup uznania a výkonu rozhodcovského nálezu. Tento postup a najmä dôvody prečo nie je možné

---

14 čl. 33 modelový zákon UNCITRAL.

15 čl. 34 modelový zákon UNCITRAL.

16 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >.str. 10.

nález vykonať sú obdobné ako v prípade New Yorkského dohovoru. Preto budú rozvedené nižšie.

1.2.2 NEWYORSKÝ DOHOVOR

Newyorský dohovor je významným úspechom v oblasti zjednávania unifikačných zmlúv. Vďaka vysokému počtu zmluvných strán je jedným z hlavných dôvodov obľuby medzinárodnej obchodnej arbitráže, keďže vydaný nález je možné pomerne jednoducho uznať a vykonať až v 144 krajinách, ktoré pokrývajú väčšinu medzinárodného obchodu.

Jeho rozšírenosť je aj jedným z faktorov, ktoré vedú strany i v sporoch v rámci zahraničných investícií k tomu, aby svoje spory riešili arbitrážou. I Washingtonský dohovor upravuje jednotne postup výkonu rozhodcovského nálezu v zmluvných štátoch.[17] Ak sa však strany rozhodnú, že svoj spor nepredložia ICSID, ale radšej využijú medzinárodnú arbitráž určenú primárne medzinárodnému obchodu, tak vydaný nález bude pomerne jednoducho vykonateľný vďaka Newyorskému dohovoru.

Dohovor upravuje v čl. V dôvody, prečo nie je možné rozhodcovský nález vykonať. Rozhodovanie o uznaní a výkone nálezu je poslednou možnosťou, kedy je možné uskutočniť nejaký prieskum nálezu. V tomto štádiu je možné nález nevykonať, a teda ho aj preskúmať, z obdobných dôvodov, ako je to pri jeho zrušení. Strana požadujúca neuznania a nevykonanie nálezu musí preukázať, že nález bol vydaný proti stane, ktorá nebola spôsobilá k jednaniu v arbitráži, prípadne rozhodcovská doložka bola neplatná, strane nebola riadne vyrozumená o ustanovení rozhodcu alebo nemohla z nejakých dôvodov uplatniť svoje požiadavky v konaní, nález sa týkal sporu, ktorý strany nepodrobili rozhodcovskej zmluve, alebo presahuje rozsah zmluvy, alebo zloženie tribunálu alebo vedenie konania nebolo v súlade s dohodou strán, či právom krajiny, kde konanie prebiehalo, alebo že nález nie je ešte pre strany záväzný, alebo bol zrušený alebo jeho výkon odložený v krajine vydania. Aj o uznaní a výkone bude rozhodovať národný súd. Opätovne má možnosť preskúmať nález aj z pohľadu arbitrability sporu podľa miesta uznania výkonu a podľa verejného poriadku.

Aj pri týchto dôvodoch, keďže ide o obdobné ako v predchádzajúcej časti, môžem zhrnúť, že ide o prieskum procesného postupu a predpokladov konania rozhodcovského konania, nie o plnohodnotný vecný prieskum.

1.2.3 ŠPECIFICKÉ MOŽNOSTI PRIESKUMU NÁLEZOV VYDANÝCH MIMO ICSID

Keďže medzinárodná arbitráž je založená na dohode strán, tak aj rozhodovanie o spore zahraničnej investície prostredníctvom tohto postupu, bude regulované primárne vôľou strán. Strany sa môžu dohodnúť na

17 čl. 53 – 55 Washingtonského dohovoru

špecifikách arbitrážneho postupu vo svojom konkrétnom prípade. Takže strany môžu doplniť svoju dohodu o arbitráži aj ustanovením, v ktorom si upravia prípadné odvolanie. A takto sa môže štát a zahraničný investor dohodnúť, že prvý nález bude možné predložiť na prieskum novému tribunálu, ktorý ho preskúma aj z vecnej stránky. Tým si strany pre konkrétny prípad vytvoria možnosť vlastného plnohodnotného odvolania.

Špecifická možnosť prieskumu je možná v prípade, ak sa strany dohodli, že svoj spor predložia Medzinárodnému rozhodcovskému súdu Medzinárodnej obchodnej komory v Paríži.[18] Jeho Pravidlá rozhodcovského konania (ďalej aj „Pravidlá MOK“)[19] upravujú špecifický prieskum pripravovaného nálezu ešte pred jeho samotným vyhlásením. Podľa čl. 27 Pravidiel MOK musí byť každý pripravovaný rozhodcovský nález pred jeho podpísaním rozhodcami predložený Súdu k prieskumu. Súd potom môže navrhnúť úpravy formy nálezu ale aj upozorniť tribunál na podstatné vecné body nálezu.[20] Avšak konečné rozhodnutie je na strane tribunálu. Tento postup je zameraný primárne na kontrolu formálnej stránky nálezu, ale aj samotné upozornenie k vecným bodom môže mať následný vplyv na rozhodnutie tribunálu. Nejde však samozrejme o plnohodnotný prieskum po vecnej stránke.

2. INICIATÍVY SMERUJÚCE K PLNOHODNOTNÉMU ODVOLANIU V MEDZINÁRODNEJ INVESTIČNEJ ARBITRÁŽI

2.1. MNOHOSTRANNÁ DOHODA O MEDZINÁRODNÝCH INVESTÍCIÁCH (MAI)

Prvé úvahy nad možnosťou odvolania v investičnej arbitráži sa objavili začiatkom 90. rokov minulého storočia.[21] Prvý pokus o jeho právne zakotvenie sa uskutočnil počas zjednávania Mnohostrannej dohody o medzinárodných investíciách na pôde OECD.

---

18 YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 14.

19 *Pravidlá rozhodcovského konania MOK*[online]. [Paríž (Francúzsko)]: International Cahmber of Commerce, 2009 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4093/index.html* >.

20 YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 15.

21 tamtiež. str. 8.

Jedna z delegácií počas vyjednávaní navrhla zaradenie odvolacieho mechanizmu do úpravy v MAI. Avšak vo výsledku sa štáty nedohodli na žiadnom právnom texte, ktorým by bol vložený do návrhu MAI. A zavedenie odvolacieho mechanizmu ostalo predmetom prípadnej zmeny dohovoru prostredníctvom dodatku.[22]

2.2 AKTIVITY SPOJENÝCH ŠTÁTOV AMERICKÝCH

Spojené štáty sú asi najaktívnejším štátom presadzujúcim zavedenie možnosti odvolania v medzinárodnej investičnej arbitráži.

Zriadenie odvolacieho mechanizmu sa stalo jedným zo základných cieľov americkej administratívy pri vyjednávaní zmlúv o ochrane investícií. Za účelom rozvoja mechanizmov na riešenie sporov medzi investorom a štátom majú americký vyjednávači presadzovať aj zriadenie odvolacieho orgánu, alebo obdobného mechanizmu, ktorý má zabezpečiť väčšiu vzájomnú súladnosť interpretácie ustanovení zmlúv o ochrane investícií.[23]

Táto inštrukcia sa následne pretavila do ustanovenia modelovej dvojstrannej zmluvy o ochrane investícií[24] (ďalej aj „modelová zmluva USA“). V ustanovení čl. 28 ods. 10 predvída zriadenie odvolacieho orgánu prostredníctvom mnohostranného dohovoru. V prípade, ak bude takáto dohoda prijatá, majú sa aj strany dvojstrannej dohody snažiť dosiahnuť dohodu, vďaka ktorej bude možné, aby takýto vzniknutý odvolací orgán preskúmaval aj rozhodnutia vydané na základe tejto dvojstrannej dohody.

Zároveň príloha D modelovej zmluvy USA predpokladá vytvorenie dvojstranného odvolacieho mechanizmu. Po troch rokoch od účinnosti zjednanej dvojstrannej dohody o ochrane investícií, majú strany rozhodnúť, či zriadia dvojstranný odvolací orgán alebo obdobný mechanizmus na prieskum nálezov vydaných na základe tejto dvojstrannej zmluvy.

Ustanovenia z čl. 28 ods. 10 a aj prílohy D modelovej zmluvy USA sa dostali napr. do zmluvy o voľnom obchode medzi Spojenými štátmi a

---

22 *Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) - Selected issues on dispute settlement (Note by the Chairman) DAFFE/MAI(98)12* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, 13. marec 1998 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9812e.pdf>.

23 *19 USC 3802, 2002 Trade Promotion Act, Section 2102 (b)(3)(G)(iv)* [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/html/PLAW-107publ210.htm* >.

24 US 2004 Model BIT [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <www.state.gov/documents/organization/117601.pdf >.

Chile[25], dohody o voľnom obchode medzi Spojenými štátmi a Singapurom[26], či dohode o voľnom obchode s Dominikánskou republikou a piatimi stredoamerickými krajinami (Kostarika, Salvador, Guatemala, Honduras a Nikaragua - CAFTA)[27], ale aj do ďalších.

Spojené štáty taktiež zahrnuli do dvojstranných dohovorov aj ustanovenie pripomínajúce predbežný prieskum nálezu podľa Pravidiel MOK v Paríži. V tomto prípade však návrh nálezu neposudzuje nestranný orgán, ale samotné strany, ktoré môžu predložiť tribunálu svoje pripomienky. Podľa ust. čl. 9 písm a) modelovej zmluvy USA, môže každá strana sporu požiadať, aby tribunál pred vydaním nálezu jeho návrh zaslal k pripomienkovaniu stranám. A tie majú 60 dní na to, aby návrh pripomienkovali. Následne má tribunál tieto pripomienky zvážiť a v lehote 45 dní uplynutia lehoty na pripomienkovanie vydať konečný nález.[28] Takéto ustanovenie sa následne objavilo v zmluvách o voľnom trhu medzi Spojenými štátmi a Chile, Marokom alebo CAFTA a Dominikánskou republikou.

2.3 NÁVRH SEKRETARIÁTU ICSID

Sekretariát publikoval 26. októbra 2004 svoj vlastný diskusný návrh[29] rozoberajúci možné zmeny arbitráže v rámci Washingtonského centra. Jedným z návrhov, ktorý sekretariát predniesol, je aj zriadenie odvolacieho orgánu v rámci systému ICSID.

Sekretariát odôvodnil potrebu vytvorenia takého orgánu tým, že už 20 krajín prostredníctvom dvojstranných zmlúv o ochrane investícií predvída vytvorenie odvolacieho orgánu, a zároveň sú tieto krajiny aj zmluvnými

---

25 čl. 10.19 ods. 10, príloha 10-H zmluvy o voľnom obchode medzi USA a Chile [online]. [cit. 14.novembra 2009].Dostupné na World Wide Web <hhttp://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-textt>.

26 čl. 15.19 ods. 10 zmluvy o voľnom obchode medzi USA a Singapurom [online]. [cit. 14.novembra 2009].Dostupné na World Wide Web <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta/final-text>.

27 čl. 10.20 ods. 10, príloha 10-F zmluvy o voľnom obchode medzi USA a CAFTA a Dominikánkou republikou [online]. [cit. 14.novembra 2009].Dostupné na World Wide Web <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>.

28 US model BIT čl. 9 písm. a)

29 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>.

stranami Washingtonského dohovoru.[30] Preto, ak by boli vytvorené samostatné odvolacie orgány mimo systém ISCID, došlo by k popretiu základných cieľov[31] vytvorenia odvolacieho mechanizmu, ako sú koherentnosť a konzistentnosť celého systému investičnej arbitráže. Zároveň, v záujme zachovania účinnosti a hospodárnosti, je vhodnejšie, ak bude vytvorený jeden odvolací orgán v rámci ISCID namiesto niekoľkých. Tento odvolací orgán by potom zastrešoval arbitráže vedené podľa rôznych pravidiel (podľa Washingtonského dohovoru, v rámci dodatkových pravidiel, mimo ICSID podľa pravidiel UNCITRAL alebo pred stálymi rozhodcovskými súdmi).[32]

Už samotný spôsob vytvorenia odvolacieho orgánu, tak ako ho navrhoval sekretariát, nie je bezrozporný. Podľa sekretariátu stačí, ak bude orgán vytvorený prostredníctvom rozhodnutia Správnej rady, ktorá prijme Pravidlá odvolacieho orgánu.[33] Týmto sa chce vyhnúť problémom, ktoré by spôsobila zmena Washingtonského dohovoru, ktorá by musela zmeniť čl. 53 ods. 1 zakazujúci odvolanie voči rozhodcovskému nálezu. Aby mohla byť taká zmena prijatá, bola by nutné ratifikácia všetkými zmluvnými štátmi.[34] Preto sekretariát navrhuje, aby možnosť podať odvolania bola umožnená vrámci jednotlivých dvojstranných dohovorov, čím by došlo k zmene pravidla medzi zmluvnými štátmi tejto dvojstrannej dohody v zmysle čl. 41 Viedenského dohovoru o zmluvnom práve.[35] Takto by sa obišla nutnosť meniť Washingtonský dohovor súhlasom všetkých zmluvných strán.[36]

---

30 tamtiež. str. 14.

31 K cieľom odvolacieho mechanizmu viď nasledujúcu časť.

32 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. str. 15-16.

33 tamtiež. Príloha str. 1.

34 Washingtonský dohovor k dňu 14. novembra 2009 podpísalo 156 štátov, z toho 144 ho aj ratifikovalo. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home>.

35 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. Príloha str. 2.

36 *South Centre Analytical Note – Developments on Discussions for the Improvement of the Framework for ICSID Arbitration and the Participation of Developing Countries*

Návrh sekretariátu počíta s tým, že odvolací orgán by sa skladal z 15 členov volených Správnou radou na základe návrhu generálneho sekretára. Funkčné obdobie členov by malo byť šesť rokov, s tým, že v rámci prvej voľby by 8 členov bolo zvolených len na 3 roky, čím by sa zabezpečila priebežná výmena členov. Každý člen odvolacieho orgánu by mal pochádzať z inej krajiny. Zároveň by mal byť každý člen uznávanou autoritou, ktorý prejavili odbornú znalosť z práva, medzinárodných investícií a zmlúv o ochrane investícií.[37]

Z členov odvolacieho orgánu by následne generálny sekretár menoval odvolací tribunál. Zásadne by mal mať tribunál troch členov, ale strany sporu sa môžu dohodnúť na inom počte. Členov odvolacieho tribunálu by vyberal odvolací orgán po konzultáciách so stranami sporu.[38]

Takto vytvorený tribunál by následne mohol preskúmať napadnutý nález z dôvodov, ktoré sú v súčasnosti uvedené v čl. 52 Washingtonského dohovoru. Taktiež bolo navrhnuté, aby mohol tento tribunál preskúmať nález aj zo stránky vecnej.[39] A vo výsledku by mohol pôvodný nález potvrdiť, zmeniť alebo zrušiť. Zároveň by mohol aj nález zrušiť z dôvodov uvedených v čl. 52. V prípade zrušeného nálezu, alebo v prípade, ak zmena nálezu nerieši spor medzi stranami, tie môžu predložiť spor novému tribunálu, prípadne ak to prikáže odvolací tribunál, tak by bol spor vrátený pôvodnému tribunálu. [40]

Čo sa týka nákladov odvolania (poplatky, výdavky tribunálu), tie by mala niesť zásadne strana podávajúca odvolanie. Následne môže tribunál rozhodnúť o náhrade nákladov. Strana domáhajúca sa prieskumu nálezu by mala zároveň poskytnúť bankovú záruku vo výške hodnoty nálezu.[41]

SC/TADP/AB/INV1 [online]. [Ženeva (Švajčiarsko)]: South Centre, február 2005 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.southcentre.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=245&Itemid=69>. str. 5.

37 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. str. 3.

38 tamtiež, str. 3-4.

39 tamtiež, str. 4.

40 tamtiež. Str. 5.

41 tamtiež, str. 6.

Sekretariát navrhuje, aby lehota na odvolanie bola stanovená medzi 60 až 120 dňami.[42]

Tento návrh žiadal zainteresovanú verejnosť, a samozrejme samotné zmluvné štátny Washingtonského dohovoru reprezentované Správnou radou, aby sa k nemu vyjadrili. Po ukončení stanoveného obdobia na zbieranie odpovedí, vydalo 12. mája 2005 ICSID ďalší pracovný dokument[43].

Problematika odvolacieho orgánu bola zhrnutá v jednom odstavci. Podľa tohto odstavca, ak by sa mal vytvoriť odvolací orgán, najvhodnejšie je, aby sa vytvoril jediný orgán v rámci ICSID miesto samostatných odvolacích orgánov založených jednotlivými zmluvami na ochranu investícií. V súčasnosti je však založenie takéhoto orgánu predčasné, aj s ohľadom na ťažkosti spomínané v návrhu sekretariátu. Avšak sekretariát má naďalej študovať túto problematiku.[44]

2.4 DÔVODY PRE VZNIK ODVOLACIEHO ORGÁNU

Obhajoba vzniku odvolacieho mechanizmu sa obecne zameriava na potrebu zjednocovania rozhodovacej činnosti jednotlivých arbitrážnych tribunálov. Tento argument zaznel počas rokovaní o mnohostrannom dohovore o ochrane investícií.[45] Taktiež je priamo spomínaný v americkom federálnom zákone dávajúcom inštrukciu pri zjednávaní zmlúv o ochrane investícií vytvárať aj odvolací mechanizmus.[46] Súladnosť a súdržnosť rozhodovania boli jednými zo základných argumentov, prečo aj Sekretariát ICSID prišiel so svojou iniciatívou.[47] Potreba zjednocovania rozhodnutí sa objavuje ako

---

42 tamteiž, str. 7.

43 *Working Paper of the ICSID Secretariat – Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations*[online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 12. máj 2005 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=25_1.pdf>.

44 tamtiež. str. 4.

45 *Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) - Selected issues on dispute settlement (Note by the Chairman) DAFFE/MAI(98)12* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, 13. marec 1998 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9812e.pdf>.

46 *19 USC 3802, 2002 Trade Promotion Act, Section 2102 (b)(3)(G)(iv)* [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/html/PLAW-107publ210.htm* >.

47 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes,

jeden z prvých argumentov za pri analyzovaní problematiky odvolania v investičnej arbitráži.[48]

Hoci sekretariát ICSID pripúšťa, že nejednotnosť rozhodnutí nie je obecným znakom rozhodovacej praxe tribunálov v systéme ICSID, upozorňuje na to, že so zväčšujúcou sa popularitou investičnej arbitráže, a tým aj väčším počtom rozhodnutí, sa môže dostaviť aj väčšia rozkolísanosť rozhodnutí.[49] K nejednotnosti rozhodovania prispieva aj nejednotnosť orgánov, ktoré rozhodujú. Spory z medzinárodných investícií môžu byť rozhodnuté či už v rámci systému ICSID, ale aj pred tribunálmi ad hoc či stálymi rozhodcovskými súdmi, ako sú MOK (ICC) či Arbitrážny inštitút Štokholmskej obchodnej komory (SCC). A ani samotný systém ICSID nie je jednotný, keď umožňuje spor predložiť nie len stranám Washingtonského dohovoru, ale aj v prípade nezmluvných štátov prejedná spor v rámci Dodatkových pravidiel.

Zjednocovaním výsledkov rozhodnutí sa zvýši právna istota účastníkov, ktorí budú môcť lepšie predvídať výsledky svojich sporov. Predvídateľnosti by malo prispieť aj to, že jednotlivé rozhodnutia budú lepšie odôvodnené odvolacím orgánom a následne aj „prvostupňovými tribunálmi“, keď tie budú vedieť, že ich rozhodnutia musia obstáť aj pred tribunálom odvolacím.[50] Väčšia predvídateľnosť má potom vo výsledku priniesť väčšiu atraktívnosť samotného systému investičnej arbitráže. Ten sa stane prijateľnejším pre väčší počet štátov a aj investorov, čo by následne malo

---

22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. str. 14.

48 GAR-OR, Noemi. The Concept of Appeal in International Dispute Sttlement. *The European Journal of International Law* [online]. 2008, no. 1 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/1/43*>. str. 3; TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str. 17.

49 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. str. 15.

50 BJORKLUN, Andrea K. *The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*. In WEILER, Todd ed. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ssrn.com/abstract=911627>. str. 514.

viesť k prilákaniu ďalších zahraničných investorov, ktorí budú radšej investovať v stabilnom a predvídateľnom prostredí.[51]

Odvolací orgán má prispieť aj k hľadaniu naozaj správneho výsledku v spore.[52] Odvolanie by malo umožniť odstrániť prípadné práve a faktické chyby v rozhodnutí.[53]

2.5 NEVÝHODY ODVOLACIEHO MECHANIZMUS

Obecne arbitráž, a v tomto konkrétnom prípade investičná arbitráž, je postavená na systéme jednokolového rozhodovania, kedy rozhodnutie tribunálu je pre strany záväzné. Tvorcovia Washingtonského dohovoru, či jednotlivých dvojstranných dohovorov o ochrane investícií, nadali prípadné rozhodcovské tribunály dôverou[54] a nepokladali za nutné podrobiť ich rozhodnutia následnej plnohodnotnej kontrole v odvolacom procese.

Zavedením odvolacieho procesu sa celý systém odkloní od konečnosti arbitrážnych rozhodnutí.[55] Je pravdepodobné, že miesto jedného rozhodnutia, budú vyžadované až dve, kým sa spor vyrieši. Štáty, ktoré neuspejú pred arbitrážnym tribunálom, budú z politických dôvodov, aby uspokojili domácu verejnosť (voličov), často siahať aj po možnosti odvolania, ak sa stane odvolanie súčasťou celého systému. A i ekonomicky silnejší investori môžu siahať po odvolaní, ak naopak rozhodnutie tribunálu nebude v ich prospech. Následne pravidelným podávaním odvolania sa minimalizuje právna hodnota „prvostupňových" rozhodnutí[56], a strany budú

---

51 tamtiež, str. 515.

52 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str. 27.

53 YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 12.

54 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str. 16.

55 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. str. 15.

56 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str. 16.

presúvať ťažisko sporu až pred odvolací orgán. Určitým ospravedlnením pre odklon od princípu konečnosti rozhodnutia je skutočnosť, že v investičnej arbitráži ide často o otázky verejného záujmu, kedy môže záujem nad vecne správnym rozhodnutím prevážiť nad snahou o konečné rozhodnutie.[57]

S odklonom od konečnosti arbitrážneho rozhodnutia ide ruka v ruke aj násobne dlhšia doba, kým sa dospeje ku právne záväznému rozhodnutiu. Už v súčasnosti nie je arbitráž takým rýchlym spôsobom riešenia sporov, ako sa obecne predpokladá[58], ale tým, že strany budú podávať odvolanie, tak sa nádej na rýchle riešenie sporu ešte oddiali. A nie je vylúčené, že niektorá zo strán môže využiť túto možnosť účelovo, aby vyvolala prieťahy[59], a tým odkladala výkon rozhodnutia[60]. Riziku časových prieťahov je možné predchádzať stanovením lehôt na rozhodnutie[61], avšak stanovenie časových limitov pôjde zase proti zabezpečeniu správneho rozhodnutia.

S časom úzko súvisia aj finančné náklady. Tým, že bude konanie dlhšie, stúpnu aj nároky na finančné, ale aj personálne, zdroje.[62] A v tomto prípade budú mať opäť výhodu ekonomicky silnejšie štáty ale aj ekonomicky silnejší investori. Takže zavedenie odvolania rovnako bude v neprospech

---

57 YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 13.

58 BJORKLUN, Andrea K. *The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*. In WEILER, Todd ed. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ssrn.com/abstract=911627>. str. 513.

59 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str.14.

60 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. str. 15.

61 YANNACA-SMALL, Katia. *Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview* [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf* >. str. 13.

62 BJORKLUN, Andrea K. *The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*. In WEILER, Todd ed. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ssrn.com/abstract=911627>.str. 513.

najmä rozvojových štátov, ktoré nemajú toľko zdrojov[63], ale taktiež aj v neprospech menších spoločností[64], ktoré majú predsa len obmedzenejšie zdroje, ako štáty so svojím administratívnym aparátom.

Zavedením odvolacieho orgánu sa nemusí vyriešiť ani problém nekonzistentných rozhodnutí. Jednotlivé rozhodnutia sú vydávané na základe hmotnoprávnych ustanovení zmlúv o ochrane investícií. A tieto ustanovenia, hoci sú obdobne formulované, sú používané v rôznom kontexte a zmluvné strany (štáty zjednávajúce tieto zmluvy) im dávajú odlišné obsahy. Takže rozhodnutia podľa jednej zmluvy nemusí byť také isté, aké by za rovnakej faktickej situácie boli podľa zmluvy inej.[65]

2.6 USTANOVENIE ODVOLACIEHO ORGÁNU

Problematiku ustanovenia odvolacieho orgánu uvádzal už Sekretariát vo svojom návrhu.[66] V súčasnosti bolo uzatvorených približne 2500[67] dvojstranných zmlúv o ochrane investícií, niekoľko mnohostranných dohovorov, medzi nimi napr. dohoda medzi CAFTA a Dominikánskou republikou a USA alebo Energetická charta, ktoré sa zaoberajú aj medzinárodnými investíciami. Roztrieštenosť právnej úpravy, kedy zmluvy používajú obdobné pojmy, ale pridávajú im niekedy viac, inokedy menej odlišné významy, je jedným z hlavných dôvodov, prečo nie je možné

63 *South Centre Analytical Note – Developments on Discussions for the Improvement of the Framework for ICSID Arbitration and the Participation of Developing Countries SC/TADP/AB/INV1* [online]. [Ženeva (Švajčiarsko)]: South Centre, február 2005 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.southcentre.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=245&Itemid=69>. str. 19.

64 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str.15.

65 LEGUM, Barton. *Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes.* In SAUVANT, Karl P. *Appeals mechanism in international investment disputes.* New York: Oxford University Press, 2008, str.235.

66 ICSID Secretariat. *Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration* [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>. príloha str. 1.

67 LEGUM, Barton. *Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes.* In SAUVANT, Karl P. *Appeals mechanism in international investment disputes.* New York: Oxford University Press, 2008, str. 234.

hovoriť vždy o súladnej rozhodovacej praxi.[68] Takže, aby mohol odvolací orgán naozaj zabezpečiť súladnosť judikatúry, je jedným z predpokladov to, že bude môcť preskúmavať rozhodnutia vydané na základe všetkých (alebo aspoň veľkej väčšiny) týchto zmlúv.

Okrem veľmi nereálnej možnosti zmeny a doplnenia všetkých týchto zmlúv, je tu možnosť vytvoriť odvolací orgán v rámci ICSID, tak ako to navrhoval jeho Sekretariát. Právne najčistejšou možnosťou by bola zmena Washingtonského dohovoru, ktorá by odstránila zákaz odvolania a poskytla právny základ pre vznik odvolacieho orgánu. A následne každý spor predložený ICSID by mohol byť podrobený aj odvolaniu. Takto by sa väčšine sporov z zahraničných investícií dala možnosť prieskumu v odvolaní.

Avšak, ako je nereálne dosiahnuť zmenu všetkých zmlúv o ochrane investícií, tak je veľmi náročné zaručiť, aby došlo k dohode na zmene a následnej ratifikácii tejto úpravy všetkými 156[69] zmluvnými stranami Washingtonského dohovoru. Možnosť, ktorú uvádza Sekretariát vo svojom návrhu, teda že založenie odvolacieho orgánu len zmenou pravidiel ICSID, ktorú môže uskutočniť Správna rada, je síce jednoduchšia, ale predsa len právne rozpornejšia. A stále tu ostáva nutnosť zmeny dvojstranných zmlúv o ochrane investícií, aby sa strany odchýlili od zákazu odvolania vo Washingtonskom dohovore. Takže len postupne by pribúdali zmluvy umožňujúce odvolanie (ako prvé by to boli niektoré zmluvy uzatvorené USA, ktoré odvolanie predvídajú už teraz).

I samotné ustanovenie odvolacieho orgánu v rámci ISCID vyvoláva námietky. Keďže ISCID je organizovaný ako súčasť Svetovej banky a jej prezident je predsedom Správnej rady, je namietaný konflikt záujmov. A aj niektoré ďalšie súčasti Skupiny Svetovej banky môžu mať finančné záujmy v sporoch prebiehajúcich pred ISCID. Takejto námietke by sa dalo vyhnúť, keby sa ISCID stalo nezávislou medzinárodnou organizáciou.[70]

---

68 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str.19.

69 Washingtonský dohovor k dňu 14. novembra 2009 podpísalo 156 štátov, z toho 144 ho aj ratifikovalo. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=ShowHome&pageName=MemberStates_Home>.

70 MANN, Howard, COSBEY, Aaton, PETERSON, Luke, MOLTKE, Konrad von. *Comments on ICSID Discussion Paper, "Possible Improvements o the Framework for ICSID Arbitration"* [online]. [Winnipeg (Kanada)]: International Institute for Sustainable Development, december 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=667>. str. 13.

Ďalšie problémy súvisia so samotným obsadením odvolacieho orgánu. Členovia odvolacieho orgánu budú mať veľkú možnosť ovplyvniť rozhodovaciu prax v takej citlivej oblasti ako sú zahraničné investície a ich ochrana. Návrh Sekretariátu obsahoval kritérium, ktoré je obdobné ako pri členoch odvolacieho orgánu WTO. Keďže tento model sa už osvedčil, bol by dobre použiteľný aj v prípade odvolacieho orgánu pre investičné spory.[71]

3. INÉ MOŽNOSTI VÝVOJA

Ako už bolo naznačené vyššie, zriadenie odvolacieho orgánu v rámci investičnej arbitráži nie je jednoduché a zatiaľ ani nepanuje obecná zhoda, že takýto orgán je vôbec nutné. Nevýhody jeho zriadenia sú stále veľmi podstatné, najmä predĺženie rozhodovania a oddialenie končeného rozhodnutia, a taktiež aj zvýšené náklady. Ani problém, ktorý rieši, teda nekonzistentnosť rozhodovacej praxe, nie je taký výrazný, ako by sa mohol zdať. A existujú iné možnosti ako ho riešiť.

Jednou z nich je zriadenie stáleho medzinárodného súdu, ktorý by sa zaoberal medzinárodnými investíciami.[72] Základným argumentom je, že aj v investičnej arbitráži ide o rozhodovanie obecne otázok verejného práva, a preto by si aj táto oblasť zaslúžila stály súd, ktorý by bol nezávislý a nestranný. Avšak aj v takomto prípade nastupujú obdobné argumenty, ako pri zriaďovaní odvolacieho orgánu. Bolo by nutné pozmeniť jednotlivé dvojstranné zmluvy o ochrane investícií, prípadne, čo by bolo asi vhodnejšie, úspešne uzavrieť mnohostrannú zmluvu o ochrane investícií, ktorá by zriadila takýto súd. Tým by vznikla obdobná situácia, ako napr. v prípade námorného práva, ktoré bolo kodifikované do jedného zmluvného celku a zároveň sa zriadil aj Medzinárodný súd pre námorné právo.[73]

Zaujímavou možnosťou, ktorá by si však taktiež vyžiadala vytvorenie stáleho orgánu, je systém obdobný predbežnej otázke[74] známej z

---

71 tamtiež, str. 14.

72 HARTEN, Gus Van. *A Case for an International Investmen Court*[online]. 16. júl 2008 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1153424*>.

73 LEGUM, Barton. *Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes.* In SAUVANT, Karl P. *Appeals mechanism in international investment disputes.* New York: Oxford University Press, 2008, str. 236.

74 TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. *Essays in Transnational Economic Law* [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <*http://ssrn.com/abstract=1413694* >. str. 44 a násl.; BJORKLUN, Andrea K. *The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*. In WEILER, Todd ed. *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law* [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ssrn.com/abstract=911627>. str. 513.

európskeho práva. V takomto prípade by sa zriadil stály orgán, ku ktorému by sa mohol obrátiť tribunál, prípadne aj strany sporu, podľa toho, ako by sa nastavili pravidlá, s výkladovou otázkou. Išlo by napríklad o výklad zásadnej otázky v práve medzinárodných investícií (výklad niektorého zo základných inštitútov) alebo v prípade, keď sú rôzne názory vyskytujúce sa v prechádzajúcich nálezoch.[75]

Ďalšou možnosťou sú samostatné odvolacie orgány, ktoré by sa vytvorili na základe jednotlivých zmlúv o ochrane investícií. Vďaka tomuto by možno časom vzrástla podpora pre odvolací orgán, a následne by sa jednoduchšie hľadal konsenzus pre jeho vytvorenie, ak by sa takéto orgán osvedčili. Avšak neriešili by hlavný dôvod, prečo sa vôbec uvažuje o vzniku odvolacieho orgánu. Ak by boli jednotlivé samostatné odvolacie orgány, tak by stále nedochádzalo k zjednocovaniu rozhodovacej praxe a vo výsledku by sa nič nezmenili oproti súčasnému stavu.

Podľa môjho názoru najjednoduchším spôsobom ako zabezpečiť súladný rozvoj rozhodovania vo veciach medzinárodných investícií, je naďalej prehlbovať použitie už vydaných rozhodnutí ako kvázi-precedensov či faktických precedensov.[76] Zavedenie záväzných precedensov v oblasti medzinárodného práva nie je možné. Neexistuje tu hierarchia rozhodovacích orgánov, takže nie je možné povedať, ktoré súdy či tribunály tvoria vyššiu inštanciu, ktorej rozhodnutia sú záväzné pre inštanciu nižšiu.[77] Argumentom proti právne záväznej povahe predchádzajúcich rozhodnutí v medzinárodnom práve je aj Štatút Medzinárodného súdneho dvora, podľa ktorého nie je súd viazaný svojimi rozhodnutiami, a tie sú záväzné len pre strany sporu (čl. 59). Zároveň podľa čl. 38 ods. 1 písm. d) sú rozhodnutia len podporným zdrojom poznania medzinárodného práva.[78] Avšak táto podporná rola umožňuje pôsobiť predchádzajúcim rozhodnutiam ako faktickým precedensom.

Už v súčasnosti tribunály sledujú rozhodnutia vydané inými tribunálmi a vo svojich rozhodnutiach na ne poukazujú, pričom sa snažia argumentačne

---

75 MARSHALL, Fiona. *Defining New Institutional Options for Investor-State Dispute Settlement* [online]. [Winnipeg (Kanada)]: International Institute for Sustainable Development, september 2009[cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1174>. str. 41.

76 HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan. Arbitrating foreign investment disputes. The Hague : Kluwer Law International, 2004. str. 199.

77 MARSHALL, Fiona. *Defining New Institutional Options for Investor-State Dispute Settlement* [online]. [Winnipeg (Kanada)]: International Institute for Sustainable Development, september 2009[cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1174>. str. 36.

78 tamtiež, str. 36.

vyrovnať s ich výsledkami.[79] Týmto spôsobom sa môžu vyrovnať aj s rôznymi interpretáciami obdobných pojmov použitých v rôznych zmluvách, na základe ktorých boli jednotlivé nálezy vydané. Využitie prechádzajúcich rozhodnutí ako faktických precedensov v investičných sporoch uľahčuje zvyšujúca sa verejnosť predchádzajúcich rozhodnutí. Rozhodnutia vydané v rámci ICSID či NAFTA sú vo veľkej miere zverejňované, takže je možné sa k ním bez väčšej námahy dostať. Určitým problémom sú rozhodnutia vydané pred stálymi rozhodcovskými súdmi, ktoré zachovávajú pravidlá medzinárodnej obchodnej arbitráže, kde rozhodnutia nie sú zásadne zverejňované.[80] Avšak v prípadoch sporov zo zahraničných investícií, ide o spory, kde je výrazne zastúpený verejný záujem. Zároveň v nich ide o prieskum vládnych aktov, takže je žiaduce, aby boli tieto nálezy verejne dostupné.[81] Širšia dostupnosť jednotlivých rozhodnutí umožní tribunálom zoznámiť sa s praxou v obdobných prípadoch, poskytne argumentačné nástroje právnym zástupcom strán a vo výsledku vyvolá tlak, aby v obdobných situáciách bolo rozhodované obdobne. Takto samoregulačnou činnosťou systému sa dospeje k súladnosti rozhodnutí.

ZÁVER

Hoci je zavedenie možnosti odvolania v investičnej arbitráži podporované mnohými pádnymi argumentami, nemyslím si, že nastal jeho čas. Investičná arbitráž predstavuje relatívne účinný a rýchly nástroj, ako riešiť spory z medzinárodných investícií. S jej rozšírením súvisí aj určitá nesúrodosť rozhodovacej praxe, avšak tá je prítomná v akomkoľvek právnom systéme. Samotná rozkolísanosť súvisí aj s roztrieštenosťou právnej úpravy regulujúcej vzájomné práva a povinnosti štátu a zahraničného investora. V takomto systéme jednoduché zavedenie odvolania nie je schopné priniesť želané výsledky. Naopak, aby malo odvolanie účinok zjednocovania rozhodovacej činnosti, bolo by nevyhnutné zjednotiť samotné pravidlá medzinárodných investícií.

Zavedenie odvolania by taktiež poprelo jednu z výhod investičnej arbitráže, a to jej je relatívna rýchlosť. Strany by museli čakať približne dva razy tak dlho, kým by sa ich spor definitívne vyriešil. Zároveň s tým by museli vynaložiť násobne viac prostriedkov, aby mohli viesť tak dlhé konanie. To môže vo svojom dôsledku odradiť najmä menších investorov od domáhania sa svojich práv a na druhej strane aj menšie štáty budú váhať, či prevezmú záväzky ochrany zahraničných investícií.

---

79 HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan. Arbitrating foreign investment disputes. The Hague : Kluwer Law International, 2004. str. 200.

80 tamtiež. str. 200.

81 tamtiež. str. 201.

Naopak existujú možnosti, ktoré sú taktiež schopné riešiť problém rozdielnej rozhodovacej praxe. Rozširujúca sa verejnosť vydaných nálezov umožňuje stranám dopredu zvážiť svoju pozíciu v spore na základe skúseností iných. Taktiež v následnom spore môžu strany využiť takto ponúkané argumenty pre svoje potreby. A v dôsledku to vyvoláva tlak na rozhodcovský tribunál, aby bral ohľad na predchádzajúce rozhodnutia a argumentačne sa s nimi vyrovnal. Takto vedená diskusia medzi rôznymi tribunálmi nakoniec povedie k čoraz väčšej koherentnosti vydávaných rozhodnutí za vynaloženia menších nákladov, ako by stálo zavedenie plnohodnotného odvolacieho mechanizmu pokrývajúceho väčšinu investičných sporov.

Literature:

- BJORKLUN, Andrea K. The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME. In WEILER, Todd ed. International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ssrn.com/abstract=911627>.
- GAR-OR, Noemi. The Concept of Appeal in International Dispute Sttlement. The European Journal of International Law [online]. 2008, no. 1 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ejil.oxfordjournals.org/cgi/content/abstract/19/1/43>.
- HORN, Norbert; KRÖLL, Stefan. Arbitrating foreign investment disputes. The Hague : Kluwer Law International, 2004. str. 200.
- LEGUM, Barton. Options to Establish an Appellate Mechanism for Investment Disputes. In SAUVANT, Karl P. Appeals mechanism in international investment disputes. New York: Oxford University Press, 2008.
- MANN, Howard, COSBEY, Aaton, PETERSON, Luke, MOLTKE, Konrad von. Comments on ICSID Discussion Paper, "Possible Improvements o the Framework for ICSID Arbitration" [online]. [Winnipeg (Kanada)]: International Institute for Sustainable Development, december 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=667>.

- MARSHALL, Fiona. Defining New Institutional Options for Investor-State Dispute Settlement [online]. [Winnipeg (Kanada)]: International Institute for Sustainable Development, september 2009[cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=1174>.
- TAMS, Christian J. An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure. Essays in Transnational Economic Law [online]. 2006, no. 57 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://ssrn.com/abstract=1413694 >.
- YANNACA-SMALL, Katia. Improving the System of Investor-State Dispute Settlement: An Overview [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, február 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <www.oecd.org/dataoecd/3/59/36052284.pdf >.
- ICSID Secretariat. Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 22. október 2004 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement14>.
- Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) - Selected issues on dispute settlement (Note by the Chairman) DAFFE/MAI(98)12 [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for Economic Co-operation and Development, 13. marec 1998 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9812e.pdf>.
- South Centre Analytical Note – Developments on Discussions for the Improvement of the Framework for ICSID Arbitration and the Participation of Developing Countries SC/TADP/AB/INV1 [online]. [Ženeva (Švajčiarsko)]: South Centre, február 2005 [cit. 14. novembra

2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.southcentre.org/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=245&Itemid=69>.

- Working Paper of the ICSID Secretariat – Suggested Changes to the ICSID Rules and Regulations[online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 12. máj 2005 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=25_1.pdf>.
- 9 USC 3802, 2002 Trade Promotion Act, Section 2102 (b)(3)(G)(iv) [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ210/html/PLAW-107publ210.htm >.
- zmluva o voľnom obchode medzi USA a CAFTA a Dominikánkou republikou [online]. [cit. 14.novembra 2009].Dostupné na World Wide Web <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text>.
- zmluva o voľnom obchode medzi USA a Singapurom [online]. [cit. 14.novembra 2009].Dostupné na World Wide Web <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/singapore-fta/final-text>.
- zmluva o voľnom obchode medzi USA a Chile [online]. [cit. 14.novembra 2009].Dostupné na World Wide Web <hhttp://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta/final-textt>.
- US 2004 Model BIT [online]. [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <www.state.gov/documents/organization/117601.pdf >.
- Negotiating Group on the Multilateral Agreement on Investment (MAI) - Selected issues on dispute settlement (Note by the Chairman) DAFFE/MAI(98)12 [online]. [Paríž (Francúzsko)]: Organisation for

Economic Co-operation and Development, 13. marec 1998 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9812e.pdf>.

- Pravidlá rozhodcovského konania MOK [online]. [Paríž (Francúzsko)]: International Cahmber of Commerce, 2009 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4093/index.html >.
- Status 1985-UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html >.
- UNCITRAL. 1985-UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006 [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf >.
- Status 1958-Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html >.
- 420/1992 Sb.. ICSID Convention, regulations and Rules [online]. [Washington (USA)]: International Centre for Settlement of Investment Disputes, apríl 2006 [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>.
- 74/1959 Sb.. 1958 Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (the “New York“ Convention) [online]. United Nations Commission on Internationa Trade Law [cit. 14. novembra 2009]. Dostupné na World Wide Web

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>.

Contact – email
cisar.ivan@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EUROPEAN LEGAL RELEVANCE IN MATTERS CONCERNING MINORITIES AND HUMAN RIGHTS

ADRIAN DUMITRU CRACIUNESCU

Faculty of Juridical Sciences, University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract
Throughout history minorities "problems" appeared practically in two cases:

1) In situations where atrocities were committed against certain minorities, which have aroused the disapproval of the international community; and

2) When the brutal intervention (enemy) of a country in favor of an ethnic or religious minority generated certain tensions which were amplified when the interventionist power under the protection of minorities umbrella has initiated territorial claims.

In the current stage of development of European law, three major principles have won the European community in issues concerning minorities and human rights:

a) Human rights issues within the competence of the EU Member State and its authority must be resolved without foreign interference, according to the general principle that each state is sovereign in its territory;

b) Citizens belonging to national minorities should enjoy equal rights with ethnic majority. In addition, they should ensure the maintenance of cultural identity, respecting them the traditions and the way of life, being unacceptable any attempt to assimilate with the majority population, according with the principle non-discrimination and unpersecution of any kind;

c) According to the principle of international cooperation of states on the rights of minorities is crucial that all EU Member States to adhere to a set of principles generally recognized corresponding to a particular standard recognized by the Council of Europe.

In Romania the idea of an autonomous community, basically territorial can not be reconciled with the provisions of Article 1 paragraph 1 of the Constitution, which consecrated the national, sovereign, independent, unitary and indivisible character of the Romanian state. In the meeting of experts in Geneva in 1991 for national minorities, the Romanian delegation presented a code of conduct of States for international cooperation on minority issues. The code also specifies that in their cooperation on these issues, Member States of the European Union will fully repeat the 10 principles of the Helsinki Final Act

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Key words
Minorities ; human rights ; European law ; autonomous community

1. GENERAL ASPECTS AND ELEMENTS OF HISTORICAL ORDER

Minority problem one of the main problems in terms of political and legal implications has contributed important subject of negotiations on an international level, even after the first medical conflagration. In peace treaties that concluded bilateral agreements or declarations, states have undertaken to protect rights of national minorities.

Minority problem one of the main problems in terms of political and legal implications has contributed important subject of negotiations on an international level, even after the first medical conflagration. In peace treaties that concluded bilateral agreements or declarations, states have undertaken to protect rights of national minorities. In all democratic constitutions in Central and Eastern Europe requires that each State Party shall ensure and guarantee the rights of minority groups and Czech ethnic. Constitution doesn't include a specific chapter on rights and freedoms, as they are contained in a stand-alone document" having constitutional power - Charter and fundamental freedoms-considered part of the constitutional order of the Czech Republic". In Slovakia there is an important part in the constitution that are mentioned in art. 43 are submitted rights and freedoms including the rights of minority and ethnic groups. Romanian Constitution enshrined in the "general principles - the right to identity" an important article (Article 6) which provides that: "The State recognizes and guarantees the right of persons belonging to national minorities to preserve, develop and express their ethnic, cultural, linguistic and religious, and in paragraph (2) is added as protection in the favor of the persons belonging add as protection for people belonging to national minorities "should conform with the principles of equality and discrimination in relation to other Romanian citizens. In the present communication we shall consider briefly the protection of ethnic identity in the context of international human rights documents and the discussions ongoing in the literature of international law in terms of minority rights. Literature has not succeeded in defining a scientificaly sens - the concept of minority legal - component of the international regime of protection of human rights. Given the multitude of interests of states in whose territories lives in this group & quot; definitions proposed in the literature of international law and in the UN or the Council of Europe documents are by definition because excellent highlight certain dimensions of the category of minorities. Over time I am aware of some necessary and useful operational definition "in approaching and solving a particular problem in a given time, is clearly influenced by the option or interests they have proposed committees". We believe that the more elaborate definition of the concept of minority has been given to the Council of Europe to draft an additional protocol to the Convention, European, Human Rights on the Rights of National Minorities, 1201 that the 1993 recommendation of the Parliamentary Assembly of the Europa Council. The

recommendation national minority expression refers to a group of people from one state: a) residing in the territory of that State and its citizens b) maintain old ties, solid and durable with the State c) feature ethnic, cultural, religious or linguistic characteristics d) sufficiently representative although they are less numerous than the general population of this state or it's region e) are animated by the will to keep together what form their common identity, especially culture, their traditions, religion and language. No one today can deny the existence of minority groups within a state or another and this appeared in international law that the extremes of the twentieth century, was concerned to protect the minority. In their evolution, minority problems have appeared practically in two cases:

1)in time periods that have been committed atrocities against certain minorities that have aroused the disapproval of the international community engage the country that use or encourage such practices in a climate of isolation and political criticism.

2)if the brutal intervention of a community majority in favor of ethnic, religious or sexual, generating tensions related exentuale territorial claims, under the umbrella idea of protection. At the beginning of the third millennium, international law enshrine three principles have won international community in matters concerning minorities and human rights: 1)The first principle advocate for the recognition of territorial sovereignty of each state, and human rights issues are the responsibility of the State as such and should be resolved without outside interference only by its authorities; 2)the second principle refers to the fact that citizens belonging to national minorities should not be discriminated against or persecuted, they must enjoy equal rights with citizens of the majority, and in addition are given maintenance of cultural identity, to have respect how life and traditions, find unacceptable any attempt to assimilate with the majority population; 3)principle of international cooperation of states in the field of minority rights is the third principle, which postulates that all states of the world firmly adhering to the set of generally recognized worldwide; Regarding the application of the principles enunciated in Romania do these specifications:

2. A REALISTIC AND OBJECTIVE EVALUATION OF ROMANIA'S POLICY OF NATIONAL MINORITIES IN THE FIRST DECADE OF XXI CENTURY.

In Romania, the idea of a community-in essence territorial autonomy consecrated the unitary and indivisible national state, sovereign and special independent. The disposition on minorities is in article 6 of the Constitution which stipulates that " The State recognizes and guarantees the right of persons belonging to national minorities the development and expression of their ethnic, cultural, linguistic and religious identity. According to lawyers politicians generally converge to consider the issue of minorities as very important in the life of the country to be solved in a political framework democratic. They insisted that minority issues to be resolved in the legal framework of sovereign nation states, respecting the integrity and

independence. On the other hand has been revealed and the idea of collective rights. Literature scientifically argued specifies that:"all human rights and freedoms are also both individual and collective. This is because the fundamental right is by nature subjective legal right and right is efficiency and subjective existence only in the context of the subject of legal relations with other subjects of law (judicial relationships) ... The man can not oppose the Company but neither should it melted. Relationship should be properly seen because otherwise there is a risk that an item be sacrificed. Yet individuality in the universal value of human rights put personality sa. That's why, whether it is human rights in general or the rights of Romanian citizens, the holder of the rights or freedoms is impossible to a community, a social group, but the person physics, man Roman citizen to those stipulated in the constitution. 2. Romanian Government to guard with each other state institutions to " respect for equal rights for all citizens and the rights of persons belonging to minorities, providing and guaranteeing the preservation of their ethnic, linguistic, cultural and religious. These rights are exercised with respect for unity and territorial integrity of Romania, in conditions of loyalty to the Romanian state, persons belonging to minorities" So, publications (magazines, newspapers, paper and publishing) in Hungarian, German, Serbian, Serbian, Bulgarian, Russian, French, Italian etc. with repertory theaters in the languages of the nationalities Hungarian, German, Jewish, universities and institutions teaching in Hungarian, German, Turkish, English counties with populations etc.

In the Geneva meetings of experts in matters of national minorities in 1991, the Romanian delegation submitted and discussed " the code of conduct of States in the field of international cooperation on minority issues, on which sets out a series of rules of conduct that must hold Member cooperation on minority issues that states must organize cooperation on minority issues. For the principle of cooperation in the field of minority rights in Romania's initiative was agreed that participating States will comply fully with the 10 princes of the Helsinki Final Act. Particularly interesting was the debate issues of national minorities and their legal status in the international conference " Central Europe and its national minorities' place in Bucharest on 15-16 September 1994, attended by specialists and politicians of the countries of Central . In this Parliamentary Seminar have expressed two main ways: a)reflected a prevailing opinion that should be granted " minority interests in a wide accompanied by administrative decentralization, but the bottom of a required loyalty to the national unit; b)A second perspective has focused idea that "minorities should be given as binding where a demand autonomy"; invoking the precedents set in Europe and presenting a series of conflict situations because " the majority did not would be paid by the obligations referred to minorities. Necessary to point out, within this international colloquium, the opinions expressed by representatives of ethnic minority Hungarian UDMR, Marko Bela held that " in fact in a united Europe all nations are minorities, and their naturally have created mechanisms to

protect minorities from majority. Laszlo Borbely, parliamentary UDMR determined to show a trend that some countries in the region to declare states of national minorities is considered as a real particular assimilation. It's true that during people's democratic regimes there were also trends, bulgarisation refer to ethnic Turks and Roma in Bulgaria even, but in Romania, Hungarian and Roma minority populations have remained intact, observing them the geographical habitat. It notorious that in Harghita county, 93% live population of ethnic Hungarians and the lands inhabited by the Székely, the majority population is of the same ethnicity. UDMR considered the concept of internal self-determination " harm the sovereignty of the state, demanding that in the domestic affairs of the Hungarian minority to decide its representatives. An opposite view was expressed by Academician Prof. Edouard Jonve who claimed that asserted that "the claims of the minority, the state is threatened. Minorities demand rights and powers belonging to the factual and legal people and then ask the question where the boundary between people and minorities? " Romanian point of view was presented at this seminar by the chief parliamentary diplomacy in that period Professor entitled Teodor Melescanu who expressed disagreement on minority problems by drawing borders within the existing " or minor changes to the latter, with reference to the plan as validation of the Balladur; would create a precedent dangerous " Romanian diplomacy DISCLAIMS concept of: "positive discriminate" which includes giving special rights to actually, liquidation discrimination by providing a "surplus" of minority rights. In international practice situations in which they were the majority ethnic minorities has additional advantages, but these provisions were not followed by a proportional increase their loyalty towards the gallant.

3. FRAMEWORK CONVENTION FOR THE PROTECTION OF NATIONAL MINORITIES

Protection of minorities was is and will be the chief concern of the Council of Europe adopted in 1994 Framework Convention for the Protection of National Minorities-prepared for the first intstrument international legal protection, rights of national minorities. The Convention in the spirit of decisions meeting Heads of State or Government of Vienna in October 1993, the protection of minorities, the rights and freedoms of persons belonging to minorities is part of the international protection of human rights and therefore constitutes an area of care international.

To assess, set and checked on the rights covered by the Framework Convention for the Protection of National Minorities are the fundamental rights of individuals and individual rights not colective. In time since the adoption and until present, the Convention has created a practice rights complaint individual and not collective because each statement of the trace that refers to "persons belonging to national minorities "During the discussions for drafting the document specifically designed to protect minorities were no controversy behind which were outlined two views: one that leaves states free to choose ways and means of implementing the

principles over who engaged in the Treaties and another that result of "creating an institutional tool, that an additional document to be such that a content to allow its use as a means of coercion of states, through legal means, by the international court. There appeared some confusion, which persist even now, due to misinterpretation regarding the content of the Recammendation that in 1201 the Assembly formulation of Art. 11 of the draft Protocol (R1211) states "in areas where the majority are persons belonging to national minorities have the right to dispose of the appropriate local government or local, or special status as historical and territorial situation and in accordance with specific legislation National State". Most trenchant position expressed a former general secretary of the EC Catherine Lalumiere who said that the idea of collective rights injuring individual rights, noting that in official documents of the Councils of Europe are submitted individual rights and not support the high group. We can see the above mentioned international officials that "by granting collective rights, is likely to abandon the right to vote (...) is essential to give the individual the right to choose the group in hand and to maintain the freedom to leave". A problem that led to fierce debate has circumscribed the right to identity the minorities. The Convention revealed that the right to identity of ethnic minority can not affect the political-legal status of territories states " Nothing in the present framework Convention or any act contrary to fundamental principles of international law, particularly the principle of ";sovereign equality, territorial integrity and political independence of states"-Established Article 21 of the Convention. It should be noted that the Convention establishes certain goals which member Contracting Parties undertake to comply with its laws and policies such as: equality before the law, adoption of measures for preservation and putting in a different culture their territory, protect religious identity, minority languages and traditions ensuring access to mass media, establishment of free cross-border relations and cooperation with persons lawfully staying in other states.

Literature:

- Victor Duculescu si Georgeta Duculescu, Justitia Europeană. Mecanisme, deziderate si perspective, Editura Lumina Lex Bucuresti 2002
- Drepturi ale persoanelor apartinand minoritatiilor nationale,I.R.D.O Bucuresti 1993

Contact – email

craciunesculaw@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRINCÍP/ZÁSADA ROVNOSTI A ZÁKAZU DISKRIMINÁCIE

JÁN ČIPKÁR

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovensko

Abstract in original language
Princíp rovnosti a zákazu diskriminácie. Predmetom tohto príspevku je poskytnutie analýzy súdneho vývoja koncepcie rovnosti a zákazu diskriminácie v komunitárnom práve. V ňom sa bližšie upriamujem na rozdielne prístupy k rovnosti a zákazu diskriminácie v oblasti spoločnej poľnohospodárskej politiky a diskriminácie na základe pohlavia. Ďalej rozvíjam problematiku rozširovania a obmedzenia rozsahu aplikácie zákazu diskriminácie na základe pohlavia. V texte sa tiež zaoberám problematikou diskriminácie transsexuálov a osôb s odlišnou sexuálnou orientáciou. Poslednú časť príspevku som venoval posúdeniu opodstatnenosti kritiky v súvislosti s rozhodnutím ESD vo veci Mangold.

Key words in original language
Princíp rovnosti a zákazu diskriminácie.

Abstract
The Principle of Equality and Non-Discrimination.This contribution provides an analysis of the judicial development of the concept of equality and non-discrimination in the community law. It takes closer look at differing approaches to equality and non-discrimination in the area of common agricultural policy and gender discrimination. It further elaborates the problematics of the extension and limits to the scope of application of the latter. In the last part of this paper I turn to consider the relevance of criticism given with regard to the decision of the Court of Justice in Mangold case.

Key words
The Principle of Equality and Non-Discrimination.

1. K PROBLEMATIKE KONCEPCIÍ ROVNOSTI A UPLATNENIA ZÁKAZU DISKRIMINÁCIE

Koncepcie rovnosti a zákazu diskriminácie boli a stále sú pre svoj komplexný charakter, mnohosť významov a rôznorodý spôsob uplatnenia v práve predmetom neutíchajúcich diskusií právnych teoretikov po celom svete.1 Za účelom lepšieho pochopenia ich postavenia v právnych

1 Tento príspevok Mgr. Jána Čipkára, interného dokdoranda Katedry teórie štátu a práva Právnickej fakulty v Košiciach (SR), predstavuje výstup z riešenia čiastkovej úlohy grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

poriadkoch európskeho právneho priestoru uvádzajú autori **Christopher McCrudden** a **Haris Kountouros** štyri základné a vzájomne prepojené prístupy v ich ponímaní.

Prvý prístup chápe rovnosť ako samostatný princíp všeobecného uplatnenia, tvoriaci súčasť ústavných garancií právnych poriadkov jednotlivých štátov. Predstavuje rozumnosť a jeho porušenie sa považuje za iracionálny jav. Tento prístup nachádza svoje vyjadrenie aj v určitých špecifických kontextoch, a to jednak v konkrétnych oblastiach práva, ako napr. v pracovnom práve, alebo sa môže viazať na status dotknutého subjektu, ako je pohlavie, rasa, náboženstvo, postihnutie a pod.2

Druhý prístup chápe rovnosť ako „ochranu cenených verejných dobier (prized public goods),“ vrátane ochrany verejných subjektívnych práv, akými sú základné práva a slobody. Na rozdiel od racionálneho prístupu, tento je založený na myšlienke, že „verejné dobrá“ patria v zásade každému bez rozdielu, pričom dôraz sa kladie skôr na ich rozdelenie, než na osobné charakteristiky adresátov.3

Kým v prípade druhého prístupu má porušenie rovnosti charakter svojvoľného odopretia dobier, ktoré by v princípe mali patriť všetkým, zásah do princípu rovnosti podľa **tretieho prístupu** znamená diskrimináciu nositeľov určitých charakteristík (ako rasa, pohlavie a pod.) tým, že sa na ne prihliadne v prípadoch, v ktorých je ich použitie neodôvodnené.

Podľa **štvrtého prístupu**, ktorý vníma rovnosť ako aktívnu podporu rovnosti možností medzi určitými skupinami nositeľov uvedených charakteristík, majú orgány verejnej moci viac než len povinnosť zabezpečiť neexistenciu diskriminácie, a to pozitívnymi krokmi presadzovať rovnosť možností.4

Rovnako **Xavier Groussot** v úvode svojho pojednania o princípe rovnosti poukazuje na dva základné modely koncepcie rovnosti, a to na rovnosť procesnú alebo formálnu, ktorá znamená rovnosť každého pred zákonom, spájajúcu sa s koncepciou rovnosti možností a rovnosť hmotnú, ktorá korešponduje s rovnosťou výsledkov, vzťahujúcu sa na samotný obsah práva a vnímanú ako celospoločenský cieľ.5 Viacerí významní autori však

---

2 McCrudden, Ch., Kountouros, H.: Human Rights and European Equality Law. SSRN, 2006, s. 2. http://papers.ssrn.com /sol3/ papers.cfm?abstract_id=899682 (1.9.2009)

3 McCrudden, Ch., Kountouros, H.: Human Rights and European Equality Law. SSRN, 2006, s. 3. http://papers.ssrn.com /sol3/ papers.cfm?abstract_id=899682 (1.9.2009)

4 McCrudden, Ch., Kountouros, H.: Human Rights and European Equality Law. SSRN, 2006, s. 4. http://papers.ssrn.com /sol3/ papers.cfm?abstract_id=899682 (1.9.2009)

5 Groussot, X.: General Principles of Community Law. Groningen: Europa Law Publishing 2006, s. 161

upozorňujú na to, že vzhľadom na množstvo rôznorodých funkcií a mnohorakých významov rovnosti ako právneho inštitútu, možno mať odôvodnenú pochybnosť o tom, či má vôbec koncepcia rovnosti nejaký materiálny obsah.6

Variabilita funkcií koncepcie rovnosti je vlastná nielen právnym poriadkom členských štátov, ale aj právnemu poriadku Spoločenstva, v ktorom pôsobí na viacerých úrovniach. Odvážim sa tvrdiť, že koncepcia rovnosti a zákazu diskriminácie predstavuje fundamentálnu ideu, z ktorej vyviera celý integračný proces Európskej únie. Veď napr. zákaz diskriminácie na základe štátnej príslušnosti je východiskovou požiadavkou a „stavebným kameňom" základnej slobody voľného pohybu v rámci vnútorného trhu. O tomto závere svedčí aj to, že v čl. 3 ods. 1 bod g) Zmluvy o ES sa uvádza ako jedna z aktivít Spoločenstva činnosť smerujúca k vytvoreniu systému zabezpečujúcemu nenarušovanie súťaže na vnútornom trhu. Myšlienka slobodnej hospodárskej súťaže a požiadavka, aby sa k porovnateľným výrobkom pristupovalo rovnako, je s koncepciou rovnosti neoddeliteľne spätá.

Uplatnenie zákazu diskriminácie na základe pohlavia v komunitárnom právnom poriadku, spolu s opatreniami zakazujúcimi diskrimináciu z dôvodu rasy či veku v posledných rokoch, svedčí o významnom posune v pojatí koncepcie rovnosti, ktorá sa tým stala súčasťou základných práv komunitárneho práva. Autori **Christopher McCrudden a Haris Kountouros** v tejto súvislosti hovoria o posune k tretiemu z vyššie spomínaných prístupov, a to k tzv. „status-based equality." 7 Výslovné zakotvenie koncepcie rovnosti, založenej na osobných charakteristikách, pôvodne „vytvarovanej" judikatúrou ESD, v Zmluve o ES alebo v antidiskriminačných smerniciach je podľa môjho názoru jedným z dôkazov správnosti postupu ESD pri formulovaní „materiálnej ústavy" Spoločenstva, čo v konečnom dôsledku spätne legitimizuje právotvornú činnosť súdu v tejto oblasti.

Ako som to už naznačil vyššie, koncepcia rovnosti nefunguje v komunitárnom práve len ako súčasť ochrany základných práv, ale pôsobí v ňom aj ako samostatná všeobecná právna zásada uznaná ESD, ktorá presahuje pozitívnu úpravu koncepcie rovnosti v Zmluve o ES.8 V zmysle

---

6 Tridimas, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006, s. 60

7 McCrudden, Ch., Kountouros, H.: Human Rights and European Equality Law. SSRN, 2006, s. 4. http://papers.ssrn.com /sol3/ papers.cfm?abstract_id=899682 (1.9.2009)

8 Ide napr. o čl. 12 Zmluvy o ES: „V rámci predmetu úpravy tejto zmluvy, bez toho, aby boli dotknuté jej zvláštne ustanovenia, je zakázaná diskriminácia z dôvodu štátnej príslušnosti. Rada môže postupom podľa článku 251 prijímať pravidlá zakazujúce takú diskrimináciu," čl. 34 (2) Zmluvy o ES, dotýkajúci sa oblasti spoločnej poľnohospodárskej politiky: „Spoločné regulovanie podľa odseku 1 môže zahŕňať všetky opatrenia potrebné k dosiahnutiu cieľov stanovených v článku 33, predovšetkým reguláciu cien, subvencovanie jej výroby, tak aj odbytu rôznych produktov,

ustálenej judikatúry ESD všeobecná právna zásada rovnosti predstavuje zákaz, aby sa k porovnateľným situáciám pristupovalo rozdielne, okrem prípadu, ak je tento rozdielny prístup objektívne odôvodnený.9 Súčasne vylučuje, aby sa v prípade neexistencie objektívneho dôvodu s rozdielnymi situáciami zaobchádzalo rovnako.10 V tejto súvislosti teda všeobecná právna zásada rovnosti, ktorej dodržiavanie podlieha preskúmavacej právomoci ESD, vedie komunitárne orgány k tomu, aby dôslednejšie zvážili záujmy dotknutých subjektov a svoj postup racionálne zdôvodnili, čo v konečnom dôsledku prispieva k zlepšeniu kvality komunitárnej právotvorby.

Bolo by však nesprávne zužovať rozsah uplatnenia uvedeného princípu len na opatrenia orgánov Spoločenstva. Orgány členských štátov sú všeobecnou právnou zásadou rovnosti tiež viazané, a to ako pri implementácii smerníc, tak aj vtedy, keď konajú v rozsahu pôsobnosti komunitárneho práva. Za určitých okolností sú dokonca záväzné aj pre fyzické a právnické osoby, a to predovšetkým v oblasti zákazu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, sexuálnej orientácie a zákazu nesúťažného konania.11

V nadväznosti na spomínané okruhy aplikácie všeobecnej právnej zásady rovnosti, považujem za potrebné poukázať na odlišnú úlohu skúmanej zásady v prípade, keď sa skúma súlad komunitárneho opatrenia s ňou a v prípade, keď je predmetom prieskumu ESD opatrenie členského štátu. Odlišnosti v tomto smere si všíma **Takis Tridimas** a uvádza, že v prvom prípade je aplikácia rovnosti spojená s využitím diskrečnej právomoci komunitárnych orgánov, pričom ESD sa vo väčšej miere zameriava na účel skúmaného opatrenia. V druhom prípade ESD aplikuje všeobecnú právnu

---

skladovacie a preklenovacie opatrenia a spoločné mechanizmy pre stabilizáciu dovozu alebo vývozu. Spoločná regulácia sa obmedzí na dosiahnutie cieľov určených v článku 33 a vylúči akúkoľvek diskrimináciu medzi výrobcami alebo spotrebiteľmi v rámci Spoločenstva," čl. 86 Zmluvy o ES: Čo sa týka verejných podnikov a podnikov, ktorým členské štáty priznávajú zvláštne alebo výlučné práva, tieto štáty neučinia ani nezachovajú opatrenia odporujúce pravidlám tejto zmluvy, predovšetkým pravidlám stanoveným v článkoch 12 a 81 až 89," čl. 141 (1) Zmluvy o ES : „Každý členský štát zaistí uplatnenie zásady rovnakého odmeňovania mužov a žien za rovnakú alebo rovnocennú prácu."

9 Pozri rozsudok ESD v spoj. prípadoch 117/76 a 16/77 Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. *v* Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG *v* Hauptzollamt Itzehoe [1977] ECR 1753, bod 7

10 Pozri rozsudok ESD vo veci 106/83 **Sermide SpA *v* Cassa Conguaglio Zucchero and others [1984] ECR 4209, bod 28**

11 Tridimas, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006, s. 75

zásadu ako nástroj integrácie a sústredí sa predovšetkým na účinky dotknutého opatrenia.12

V skutočnosti je však ponímanie rovnosti, resp. zákazu diskriminácie ako všeobecnej právnej zásady a jej úloh v komunitárnom poriadku závislé aj od mnohých iných faktorov, než len od pôvodu skúmaného opatrenia. Je potrebné brať na zreteľ predovšetkým ciele, ktoré toto opatrenie sleduje a kontext, v ktorom sa aplikuje. V nasledujúcom texte sa preto budem venovať aplikácii všeobecnej právnej zásady rovnosti v konkrétnych oblastiach komunitárneho práva. Predtým však považujem za dôležité zmieniť sa o dvoch základných typoch, resp. subkoncepciách diskriminácie, a to o diskriminácii priamej, ako aj o diskriminácii nepriamej, ktoré majú rovnako zásadný vplyv na aplikáciu skúmanej všeobecnej právnej zásady.

Priama diskriminácia má povahu diskriminácie de iure, t. j. dochádza k nej napr. vtedy, ak právny poriadok členského štátu výslovne a výlučne vyhradí výkon určitého povolania pre vlastných štátnych príslušníkov, alebo napr. vtedy, ak právny predpis odoprie ženám prístup ku konkrétnemu povolaniu. V prípade nepriamej diskriminácie ide o diskrimináciu de facto. To znamená, že nevyplýva výslovne zo žiadneho právneho predpisu, napriek tomu vyvoláva diskriminačné účinky. Najčastejšie sa prípady nepriamej diskriminácie objavujú v spojitosti s porušením rovnosti pohlaví alebo v súvislosti so zamestnancami pracujúcimi na čiastočný úväzok (zamestnanci pracujúci na čiastočný úväzok sú horšie platení ako zamestnanci na plný úväzok a zo štatistík vyplýva, že väčšinu zamestnancov na čiastočný úväzok tvoria ženy).13

Význam vyššie uvedeného rozlišovania sa prejavuje predovšetkým v dôvodoch ospravedlňujúcich diskriminačné zaobchádzanie. V prvom rade, zákaz priamej diskriminácie podlieha značne obmedzenému počtu výnimiek, obsiahnutých v rámci primárneho práva (napr. čl. 30, čl. 39 ods. 4 Zmluvy o ES) alebo sekundárneho práva (čl. 2 smernice č. 76/207/EHS).14 Ako výnimky vyplývajúce z práva Spoločenstva sa tieto interpretujú reštriktívne. V druhom rade, nepriamu diskrimináciu možno ospravedlniť

12 Tridimas, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006, s. 76

13 K tomu pozri rozsudok ESD vo veci C-237/94 John O'Flynn *v* Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, body 18 – 19

14 Smernica Rady 76/207 zo dňa 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky, 1976, Úradný vestník (L39), s. 40 - 42

dôvodmi, ktoré v rámci komunitárneho práva nie sú ani výslovne ani vyčerpávajúco stanovené.15

V súvislosti s rôznymi typmi diskriminácie sa vynára ešte jeden pojem, a to tzv. **obrátená diskriminácia**. Ide o diskrimináciu vlastných štátnych príslušníkov členským štátom vo vzťahu k cudzím štátnym príslušníkom. Diskriminácia v tomto zmysle nie je komunitárnym právom zakázaná. Aj keď s ohľadom na uvedené platí, že ESD nemôže rozhodnúť o neplatnosti právneho predpisu členského štátu, ktorý pôsobí diskriminačne voči svojim vlastným občanom, v judikatúre ESD sa možno stretnúť s prípadom, keď súd skúmal súlad národného diskriminačného opatrenia v kontexte základnej slobody voľného pohybu osôb a rozhodol o jeho neplatnosti.16

V prípade Kraus ESD síce konštatoval neplatnosť nemeckej legislatívy, podľa ktorej mohol držiteľ zahraničného vysokoškolského diplomu používať nemecký titul až po autorizácii diplomu nemeckým orgánom, avšak nie z dôvodu diskriminácie na základe štátnej príslušnosti, ale pre obmedzenie uplatnenia základnej slobody voľného pohybu držiteľa diplomu.17

2. ZÁKAZ DISKRIMINÁCIE V OBLASTI POĽNOHOSPODÁRSKEJ POLITIKY

Ako som už poznamenal v úvode, medzi všeobecnou zásadou rovnosti a myšlienkou slobodnej hospodárskej súťaže existuje pevná väzba. Jej základnou funkciou je zabezpečiť ochranu hospodárskej súťaže proti jej narušeniu. Vyvstáva však otázka, ako sa tá táto funkcia uplatní v oblasti spoločnej poľnohospodárskej politiky, ktorá je vo významnej miere založená na intervencii zo strany komunitárnych orgánov, ovplyvňujúcej prirodzené pôsobenie hospodárskych síl na vnútornom trhu.

Skutočnosť, že orgánom Spoločenstva bola zverená široká miera voľného uváženia v tejto oblasti, korešpondujúca s mierou ich politickej zodpovednosti za jej riadne fungovanie v zmysle článkov 34 a 37 Zmluvy o ES, má v zmysle judikatúry ESD zásadný vplyv na aplikáciu predmetnej všeobecnej právnej zásady. V nadväznosti na to ESD zastáva názor, že nakoľko komunitárne orgány pri svojich politických rozhodnutiach vychádzajú z komplexného vyhodnotenia ekonomickej situácie, ESD nemôže nahrádzať toto vyhodnotenie svojím vlastným posúdením, ale musí

15 Groussot, X.: General Principles of Community Law. Groningen: Europa Law Publishing 2006, s. 164

16 Rozsudok ESD vo veci 98/86 Mathot [1987] ECR 27

17 Rozsudok ESD vo veci C-19/92 Dieter Kraus *v* Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663

sa obmedziť len na skúmanie toho, či nie sú závery komunitárnych orgánov zjavne chybné a či nejde z ich strany o zneužitie právomoci, prípadne či ich postup jasným spôsobom neprekračuje hranice uváženia, ktorým disponujú.18 To znamená, že v prípade, ak sa komunitárne orgány rozhodnú znevýhodniť, resp. diskriminovať určitú skupinu subjektov, pôsobiacich v rámci vnútorného trhu, pretože si to podľa nich objektívne vyžaduje riadne fungovanie vnútorného trhu v oblasti spoločnej poľnohospodárskej politiky, súd tento postup zásadne nepovažuje za porušenie všeobecnej právnej zásady rovnosti, príp. zásady zákazu diskriminácie, a to aj napriek existencii podstatných rozdielov v prístupe k dotknutým skupinám subjektov trhu.

Aké aspekty sú však rozhodujúce pre stanovenie hranice medzi „prípustnou mierou diskriminácie“ a diskrimináciou, ktorá je v rozpore s komunitárnym právom?

Odpoveď na zásadnú otázku poskytuje ESD v rozsudku vo veci Royal Scholten Honig.19 V tomto prípade výrobcovia izoglukózy napadli platnosť nariadení Rady, na základe ktorých bolo pozastavené vyplácanie podpory pre producentov kukuričného škrobu, určeného na výrobu izoglukózy a namiesto neho bol zavedený systém poplatkov, zaťažujúcich výrobcov izoglukózy, a to za účelom odstránenia ich výhodného postavenia na trhu, ktoré títo požívali na úkor producentov cukru. Vo vzťahu k nariadeniu, ktoré pozastavilo vyplácanie podpory pre producentov kukuričného škrobu, ESD, poukazujúc na čl. 40 ods. 3 Zmluvy o ES (v súčasnosti čl. 34 Zmluvy o ES), v prvom kroku skúmal, či situácia izoglukózy je porovnateľná s postavením ostatných produktov výrobcov škrobu na trhu (v tejto súvislosti je pozoruhodné, že ESD namiesto statusu výrobcov v zmysle spomínaného článku, porovnával postavenie výrobkov). Súd zistil, že v prípade škrobu, resp. ostatných produktov získaných z izoglukózy na jednej strane a izoglukózy na strane druhej, nešlo o konkurenčné produkty, čo však naplatilo vo vzťahu k cukru a izoglukóze. Vzhľadom na túto skutočnosť, aj keď ESD pôvodne odkazoval na všeobecnú právnu zásadu rovnosti, uzavrel, že dotknuté nariadenie neporušilo pravidlo zákazu diskriminácie medzi producentmi, zakotvené v čl. 40 ods. 3 Zmluvy o ES.20

Vo vzťahu k zavedeniu systému poplatkov, zaťažujúcich výrobcov izoglukózy, súd opätovne zvažoval existenciu porovnateľnej situácie –

---

18 Pozri napr. rozsudok ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany *v* Council of the European Union [1994] ECR I-4973

19 Rozsudok ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

20 Pozri body 26, 27 a 32 rozsudku ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

tentokrát však skúmal vzťah izoglukózy a cukru. Poukázal na to, že Rada uznala v úvodnej časti dotknutého nariadenia, že izoglukóza predstavovala priamu náhradu tekutého cukru, a tiež to, že akékoľvek komunitárne opatrenie, dotýkajúce sa jedného druhu produktu, má nevyhnutne vplyv na iný druh. Na základe zistenia porovnateľného postavenia izoglukózy a cukru na trhu, ESD konštatoval, že k výrobcom cukru a výrobcom izoglukózy sa aj napriek tomu pristupovalo odlišne. Odlišnosť prístupu spočíval v tom, že povinnosť výrobcov izoglukózy platiť poplatky za jej výrobu sa týkala celej produkcie, kým výrobcovia cukru túto povinnosť mali až po prekročení stanovených kvót.21

ESD tiež podotkol, že tento systém poplatkov bol výhodný len pre výrobcov cukru. Vzhľadom na konštatovanie odlišného prístupu súdom bola predmetom skúmania otázka, či bol tento odôvodnený objektívnymi okolnosťami. Zo strany komunitárnych orgánov zaznel argument, že vzhľadom na to, že cena izoglukózy zvykla byť závislá na intervenčnej cene cukru, vyššia cena cukru (podľa komunitárnych orgánov o 15 percent vyššia ako cena cukru za bežných okolností) predstavovala teoretickú výhodu pre výrobcov izoglukózy v rozsahu 15 percent, ktorá výhoda zhruba zodpovedala piatim zúčtovacím jednotkám maximálneho poplatku.22 ESD tento argument zamietol, pretože podľa neho rovnaká výhoda by sa dala dosiahnuť výrobcom cukru s výhodne situovaným podnikom s moderným vybavením.23

Ďalej bolo namietané, že výška poplatku, ktorú museli znášať výrobcovia izoglukózy, korešpondovala s poplatkovým zaťažením výrobcov cukru vo vzťahu k celej produkcii, za predpokladu, že by sa zohľadnili množstvá cukru vyrobené nad rámec upravených kvót. Aj tento argument súd zamietol, a to z toho dôvodu, že výrobcovia cukru získavali od pestovateľov cukrovú repu za zníženú cenu, určenú na výrobu cukru nad rámec stanovených kvót a výrobcovia cukru mohli obmedziť výšku

21 Pozri bod 64 rozsudku ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

22 Pozri bod 69 rozsudku ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

23 Pozri bod 71 rozsudku ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

poplatkového zaťaženia tým, že by jednoducho znížili výrobu, inými slovami, že by dodržiavali komunitárnym právom povolené množstvá.24

Na druhej strane, vo vzťahu k izoglukóze ESD zvýraznil, že samotné obmedzenie výroby by nemalo žiadny dopad na výšku poplatku za jednotku váhy. Na základe uvedeného teda ESD konštatoval, že systém poplatkov za výrobu izoglukózy bol v rozpore so všeobecnou právnou zásadou rovnosti, ktorej špecifickým vyjadrením je zákaz diskriminácie v zmysle čl. 40 ods. 3 Zmluvy o ES.

Takis Tridimas v súvislosti so skúmaným rozhodnutím poukazuje na tri závery, ktoré je možné z neho vyvodiť. Prvý záver sa dotýka vzťahu medzi existujúcim výrobkom a novým produktom, ktorý bol uvedený na trh. Výrobcovia existujúceho produktu nepožívajú neobmedzené právo na ochranu pred konkurenciou, vyplývajúcou z uvedenia nového výrobku na trh, a to aj napriek prebytku zásob na relevantnom trhu. Druhý záver sa týka účelu opatrení, zameraných na regulovanie výroby. Hlavným zámerom sporného nariadenia bolo zabezpečiť spravodlivé rozdelenie bremien medzi výrobcov izoglukózy a cukru uložením povinnosti producentom izoglukózy podieľať sa na úhrade nákladov, vzniknutých v oblasti výroby cukru. Rozsudok naznačuje, že sa tento zámer musí uskutočniť na základe racionálnych kritérií a koherentného regulačného systému, ktorý podľa názoru ESD v danom prípade chýbal. Tretí záver spočíva v tom, že ESD pri zisťovaní materiálnej rovnosti podrobne skúma dôvody uplatnené komunitárnymi orgánmi a posudzuje účinky opatrenia na porovnávaných skupinách výrobcov.25

Vyššie uvedený prípad zreteľne ilustruje metodológiu ESD pri posudzovaní tvrdeného porušenia princípu rovnosti. V prvom rade súd skúma, či sa produkty alebo producenti, vo vzťahu ku ktorým malo dôjsť k diskriminácii, nachádzajú v porovnateľnom postavení. Ako to vyplýva zo spomínaného prípadu, zdá sa, že súd stotožňuje porovnateľné postavenie s konkurenčným postavením. Inými slovami, súd zvažuje, či skúmané produkty spĺňajú rovnakú funkciu, a teda či sú vzájomne zameniteľné. Napr. v prípade Walter Rau26 ESD odôvodnil nesplnenie podmienky vzájomnej zameniteľnosti masla a margarínu osobitosťou a dôležitosťou komunitárneho trhu s mliekom, ďalej tým, že oleje a tuky a margarín plnia v rámci organizácie trhu, pod ktorú spadajú odlišné funkcie a trh s tukmi a olejmi nie je

24 Pozri bod 80 rozsudku ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

25 Tridimas, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006, s. 81

26 Rozsudok ESD vo veci 261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke *v* De Smedt PVBA [1982] ECR-3961

ovplyvnený problémami, ktoré sú spojené s trhom s mliečnymi produktmi.27

V prípade záveru o zameniteľnosti produktov zásadne platí, že k obom sa musí pristupovať rovnako. Ak sa zistí, že výrobky, resp. výrobcovia sa v konkurenčnom postavení nenachádzajú (ako to bolo vo vyššie uvedenom prípade medzi škrobom a ostatnými produktmi zo škrobu, alebo v prípade medzi maslom a margarínom), ESD svoj prieskum súladu s princípom rovnosti ukončí. Naopak, zistenie porovnateľného postavenia (situácie) dotknutých výrobkov alebo výrobcov vedie súd k ďalšiemu skúmaniu, zameranému na hľadanie odpovede na otázku, či sa k dotknutým produktom, resp. producentom pristupovalo rozdielne.

V prípade Bananas28 musel ESD posúdiť súlad nariadenia Rady, ktorým došlo k založeniu spoločnej organizácie trhu s banánmi so všeobecnou právnou zásadou rovnosti. Navrhovateľ namietal nové rozdelenie tarifných kvót, ktoré podľa jeho názoru znevýhodňovalo obchodníkov podnikajúcich s banánmi pôvodom z tretích krajín, pretože malo za následok zníženie ich podielu na trhu, a to v prospech tých podnikateľov, ktorí obchodovali z banánmi vypestovanými v rámci Spoločenstva a krajín ACP (t. j. krajín Afriky, Karibiku a Pacifiku).

ESD v súvislosti so skúmaním odlišného prístupu najprv konštatoval, že spoločná organizácia trhu s banánmi zahŕňa podnikateľov, ktorí nie sú ani producenti ani konzumenti. Avšak v dôsledku všeobecnej povahy všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie, zákaz diskriminácie sa vzťahuje aj na ďalšie kategórie podnikateľov, ktorí podliehajú spoločnej organizácií trhu.29

Následne ESD posúdil, že predmetné nariadenie malo na uvedené kategórie podnikateľov odlišný dopad. Pre podnikateľov, ktorí boli obchodovali s banánmi z tretích krajín malo prijatie nového systému tarifných kvót za následok obmedzenie možností dovozu, kým podnikatelia obchodujúci s banánmi zo Spoločenstva a z krajín ACP mohli dovážať špecifikované množstvá banánov z tretích krajín.30

---

27 Pozri body 29 až 31 rozsudku ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited *v* Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037

28 Rozsudok ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany *v* Council of the European Union [1994] ECR I-4973

29 Pozri bod 68 rozsudku ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany *v* Council of the European Union [1994] ECR I-4973

30 Pozri bod 73 rozsudku ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany *v* Council of the European Union [1994] ECR I-4973

V prípade zistenia nerovnakého prístupu nastupuje tretí krok – skúmanie, či postup, spočívajúci v rozdielnom prístupe je odôvodnený objektívnymi okolnosťami. V tomto ohľade z vyššie uvedeného rozsudku vyplýva, že rozhodujúcim faktorom pre rozhodnutie súdu bolo neunesenie dôkazného bremena komunitárnymi orgánmi o danosti objektívnych okolností, nie nesplnenie povinnosti dotknutých výrobcov preukázať ich neexistenciu.31

Objektívne okolnosti môžu spočívať napr. v legitímnych cieľoch, o dosiahnutie ktorých sa komunitárne orgány v rámci politík Spoločenstva usilujú. Môžu spočívať tiež v snahe odstrániť osobitné ťažkosti v určitom hospodárskom odvetví. Rozdielnosť v prístupe medzi dvomi skupinami podnikateľov alebo produktov môže byť odôvodnená, ak je to potrebné na ochranu ich legitímnych očakávaní. Vo všeobecnosti je ale rozdielnosť prístupov akceptovaná v prípadoch, keď nie je založená na arbitrárnosti v tom zmysle, že prekračuje širokú diskrečnú právomoc komunitárnych orgánov. To isté platí v prípade, ak rozdielnosť prístupov spočíva v objektívnych rozdieloch, vyplývajúcich z hospodárskych okolností tvoriacich základ spoločnej organizácie trhu relevantných produktov.32 Vo vyššie spomenutom prípade Bananas ESD dospel k záveru, že nedošlo k porušeniu všeobecnej právnej zásady rovnosti, nakoľko spoločná organizácia trhu zabezpečila primerané rozdelenie rizík a výhod medzi rôzne kategórie obchodníkov.33

Uvedený prípad je príkladom toho, že v ekonomickej oblasti, všeobecná právna zásada rovnosti zakazuje iba opatrenia kladúce na obchodníkov väčšie riziká, ako sú tie, ktorých znášanie možno od obchodníkov rozumne očakávať vo svetle existujúcich hospodárskych podmienok. Vo všeobecnosti však možno vo vzťahu k požiadavke objektívneho odôvodnenia v prípade Bananas uzavrieť, že rozhodujúcim faktorom pre posúdenie rozporu dotknutého nariadenia so všeobecnou právnou zásadou rovnosti boli ciele smerujúce k dosiahnutiu spoločnej poľnohospodárskej politiky v oblasti trhu s banánmi, ktoré podľa ESD ospravedlňovali nerovnaký prístup komunitárnych orgánov.

Ako som už spomenul vyššie, komunitárne orgány za účelom dosiahnutia cieľov spoločnej poľnohospodárskej politiky disponujú širokou právomocou voľného uváženia. Prejavom tejto skutočnosti je rozsudok vo veci Wuidart,34 v ktorom ESD uviedol, že všade tam, kde je potrebné, aby

---

31 Pozri bod 95 rozsudku ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany *v* Council of the European Union [1994] ECR I-4973

32 Tridimas, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006, s. 84

33 Rozsudok ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany *v* Council of the European Union [1994] ECR I-4973, bod 74

34 Rozsudok ESD v spoj. prípadoch C-267/88 a C-285/88 Gustave Wuidart and others *v* Laiterie coopérative eupenoise société coopérative and others [1990] ECR I-435

komunitárna legislatíva pri prijímaní pravidiel vyhodnotila ich budúce účinky, ktoré nemožno presne predvídať, toto posúdenie je otvorené prieskumu len vtedy, ak sa javí ako zjavne nesprávne vo svetle poznatkov, ktoré sú k dispozícii v čase prijatia dotknutých opatrení.35

Je potrebné zdôrazniť, že všeobecná právna zásada rovnosti sa neaplikuje len na komunitárne opatrenia, ale aj na opatrenia členských štátov. V prípade Klensch 36 mal ESD odpovedať na otázku, či zákaz diskriminácie zakotvený v čl. 40 ods. 3 Zmluvy o ES bráni členskému štátu vo výbere určitého spôsobu implementácie komunitárneho právneho aktu, ak by tento viedol na území členského štátu k diskriminácii medzi výrobcami v rámci Spoločenstva. ESD analyzoval rozsah aplikácie skúmanej všeobecnej právnej zásady zakotvenej v uvedenom článku Zmluvy o ES a poukázal na to, že táto všeobecná právna zásada je len osobitným vyjadrením všeobecnej právnej zásady rovnosti, ktorá je jednou z fundamentálnych princípov komunitárneho práva.37 ESD rozhodol, že za stavu, keď rôzne ustanovenia nariadenia ponechávajú možnosť výberu spôsobu implementácie na členské štáty, tieto musia pritom rešpektovať všeobecnú právnu zásadu zákazu diskriminácie. Všeobecná právna zásada rovnosti je záväzná pre všetky členské štáty, pretože pokrýva všetky opatrenia vzťahujúce sa na spoločnú organizáciu poľnohospodárskych trhov.38

3. ZÁKAZ DISKRIMINÁCIE NA ZÁKLADE POHLAVIA A POZITÍVNA DISKRIMINÁCIA

V čl. 141 Zmluvy o ES je zakotvená zásada, podľa ktorej majú muži a ženy dostať rovnakú mzdu za rovnakú prácu. V zmysle judikatúry však ESD považuje uvedenú zásadu za súčasť omnoho širšej koncepcie rovnosti pohlaví, ktorá presahuje spomínaný článok, ako aj ustanovenia sekundárneho práva. Toto ponímanie všeobecnej právnej zásady rovnosti sa zrodilo v judikatúre ESD v spojitosti s rozhodovaním sporov, vzniknutých medzi komunitárnymi úradníkmi a ich zamestnávateľskými orgánmi. V kontexte príspevkov vyplácaných za presídlenie, ESD v prípade Sabbatini39 rozhodol, že nariadenia určené pre zamestnancov

35 Pozri bod 14 rozsudku ESD v spoj. prípadoch C-267/88 a C-285/88 Gustave Wuidart and others *v* Laiterie coopérative eupenoise société coopérative and others [1990] ECR I-435

36 Rozsudok ESD vo spoj. veciach 201/85 a 202/85 Marthe Klensch and others *v* Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture [1986] ECR 3477

37 Pozri bod 9 rozsudku ESD vo spoj. veciach 201/85 a 202/85 Marthe Klensch and others *v* Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture [1986] ECR 3477

38 Pozri bod 10 rozsudku ESD vo spoj. veciach 201/85 a 202/85 Marthe Klensch and others *v* Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture [1986] ECR 3477

39 Rozsudok ESD vo veci 20/71 Luisa Sabbatini, née Bertoni, *v* European Parliament [1972] ECR 345

komunitárnych orgánov nemôžu pristupovať k zamestnancom rôzne podľa toho, či ide o muža alebo o ženu, pretože zánik statusu presídlenca musí aj pre mužov aj pre ženy závisieť od rovnakých kritérií, bez ohľadu na pohlavie.

V polovici sedemdesiatych rokov bol ESD v prípade Airola40 postavený pred úlohu rozhodnúť o námietkach komunitárnej úradníčky, ktorá po uzavretí manželstva získala štátne občianstvo svojho manžela, čím podľa názoru komunitárneho orgánu stratila status presídlenca, a tým aj nárok na príspevok s týmto statusom spojený. Súd po tom, čo poznamenal, že právna úprava členských štátov neupravovala nadobudnutie manželkinho štátneho občianstva úradníkom, ESD konštatoval, že koncepcia štátneho občianstva musí byť interpretovaná takým spôsobom, aby sa zabránilo akémukoľvek neodôvodnenému rozdielu v zaobchádzaní medzi úradníkmi ženského a mužského pohlavia, ktorí sú v skutočnosti v porovnateľnom postavení a nesmie byť vymedzená štátnym občianstvom. Rovnosť v zaobchádzaní teda vyžadovala, aby bol status presídlenca dotknutej komunitárnej úradníčky aj napriek uzatvoreniu manželstva zachovaný.

Medzník v oblasti zrovnoprávnenia mužov v komunitárnom práve nastal v spojených prípadoch Razzouk.41 ESD rozhodol, že vdovec po úradníčke by mal mať v zásade rovnaké právo na dôchodok ako vdova po úradníkovi. V zmysle príslušných nariadení, upravujúcich vzťahy medzi komunitárnymi zamestnancami a ich zamestnávateľmi, vdova po úradníkovi získala dôchodok bez ohľadu na jej závislosť na manželovi alebo na svojich vlastných zdrojoch, kým vdovec po úradníčke mohol získať dôchodok iba za predpokladu, že nemal vlastný príjem a preukázal, že bol natrvalo neschopný si tento príjem pre svoje postihnutie alebo vážne ochorenie zabezpečiť a aj napriek naplneniu uvedených podmienok by výška dôchodku nedosahovala výšku dôchodku, ktorý by bol vyplácaný vdove po zosnulom úradníkovi. ESD v tejto veci odkázal na svoje skoršie rozhodnutia vo veciach Sabbatini a Airola a potvrdil, že rovnaké zaobchádzanie s oboma pohlaviami je jedným zo základných práv, ktorých dodržiavanie má ESD povinnosť zabezpečiť. ESD preto neostávalo nič iné, ako dotknuté nariadenie v rozpornej časti zrušiť. Navyše súd dodal, že je povinnosťou komunitárnych orgánoch, aby vykonali nevyhnutné opatrenia na zosúladenie právnej úpravy s rozhodnutím súdu, avšak kým sa tak stane, nárok navrhovateľa na dôchodok sa bude posudzovať na základe ustanovení vzťahujúcich sa na vdovy.

Podstatným aspektom všeobecnej právnej zásady rovnosti je však nielen to, že vylučuje aplikáciu opatrení, ktoré vedú k priamej diskriminácii na

40 Rozsudok ESD vo veci 21/74 Jeanne Airola *v* Commission of the European Communities [1975] ECR 221

41 Rozsudok ESD v spoj. veciach 75/82 a 117/82 C. Razzouk and A. Beydoun *v* Commission of the European Communities [1984] ECR 1509

základe pohlavia, ale tiež aplikáciu tých ustanovení, ktoré upravujú rozdielne zaobchádzanie medzi mužmi a ženami v súvislosti s výkonom zamestnania na základe iných kritérií než je pohlavie.42

Ako som už uviedol vyššie, komunitárne právo zakazuje nielen priamu, ale aj nepriamu diskrimináciu. Kým priama diskriminácia podlieha obmedzenému množstvu výnimiek, ktoré komunitárne právo explicitne stanovuje, v prípade nepriamej diskriminácie sa uplatnia objektívne dôvody, ktorých vyčerpávajúci zoznam nie je obsiahnutý v žiadnom z prameňov práva Spoločenstva.

Príkladom veci, v ktorej sa ESD zaoberal priamou diskrimináciou na základe pohlavia je rozsudok vo veci Kreil.43 Tento prípad sa týkal odmietnutia žiadosti uchádzačky o výkon dobrovoľnej služby v armáde so zameraním na údržbu elektroniky zbraní, pretože nemecké právo zakazovalo ženám slúžiacim v armáde prácu so zbraňami. Národný súd sa v tejto veci obrátil na ESD s otázkou, či smernica Rady č. 76/201/EHS,44 týkajúca sa implementácie všeobecnej právnej zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a so ženami v oblasti prístupu do zamestnania, odborného tréningu, postupu na vyššie pracovné miesta a pracovných podmienok, bráni aplikácii ustanovení nemeckého práva, ktoré zakazujú ženám pôsobiť na postoch v armáde, zahŕňajúcich styk so zbraňami. Nemecká vláda namietala, že otázky bezpečnosti nespadajú pod komunitárne právo, ale tvoria súčasť spoločnej zahraničnej a bezpečnostnej politiky, v ktorej si rozhodné slovo ponechali členské štáty.45 ESD v prvom rade poznamenal, že aj keď členské štáty prijmú vhodné opatrenia za účelom vnútornej a vonkajšej bezpečnosti, rozhodnutia dotýkajúce sa organizácie ich ozbrojených síl nespadajú úplne mimo rámec komunitárneho práva.46 Súd obzvlášť zdôraznil fakt, že výnimky zo zákazu

---

42 Pozri napr. rozsudok ESD v spoj. veci C-399/02, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 a C-78/93 Stadt Lengerich *v* Angelika Helmig and Waltraud Schmidt *v* Deutsche Angestellten-Krankenkasse and Elke Herzog *v* Arbeiter-Samariter-Bund Landverband Hamburg eV and Dagmar Lange *v* Bundesknappschaft Bochum and Angelika Kussfeld *v* Firma Detlef Bogdol GmbH and Ursula Ludewig *v* Kreis Segeberg [1994] ECR I-5727, bod 20

43 Rozsudok ESD vo veci C-285/98 Tanja Kreil *v* Federal Republic of Germany [2000] ECR I-69

44 Smernica Rady 76/207 zo dňa 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky, 1976, Úradný vestník (L39), s. 40 - 42

45 Rozsudok ESD vo veci C-285/98 Tanja Kreil *v* Federal Republic of Germany [2000] ECR I-69, body 11 a 12

46 Pozri bod 15 rozsudku ESD vo veci C-285/98 Tanja Kreil *v* Federal Republic of Germany [2000] ECR I-69

priamej diskriminácie sa nevzťahujú na ustanovenia Zmluvy o ES sociálneho charakteru, ktorých súčasť tvorí všeobecná právna zásada rovnakého zaobchádzania s mužmi a so ženami.47 ESD ďalej deklaroval, že uvedená právna zásada je všeobecne aplikovateľná, a že dotknutá smernica sa vzťahuje na zistený skutkový stav.48 Súd nakoniec namietanú nemeckú právnu úpravu obsiahnutú v čl. 12a Základného zákona vyhodnotil ako neprimeranú.

Je pozoruhodné, že v krátkom čase po tom, čo ESD vyniesol rozsudok vo veci, nemecký parlament schválil návrh na zmenu predmetného článku Základného zákona za účelom jeho zosúladenia s komunitárnym právom.49 Uvedené jasne nasvedčuje tomu, aký dopad majú všeobecné právne zásady komunitárneho práva na právne poriadky členských štátov. Inými slovami, porušenie princípu rovnosti môže viesť k novelizácii národného práva. V spomínanom prípade všeobecná právna zásada v podstate nepriamo prevážila dokonca nad ústavným článkom členského štátu.

K inému záveru ESD dospel v rozsudku vo veci Sirdar,50 ktorá sa rovnako týkala diskriminácie žiadateľky o službu v armáde, avšak tentoraz išlo o profesionálnu členku oddielu anglickej kráľovskej artilérie, ktorej bol ponúknutý prestup do oddielov kráľovského námorníctva. Ponuka však bola stiahnutá z dôvodu rozporu s pravidlom, ktoré vylučovalo, aby ženy boli členkami kráľovského námorníctva. Predtým, než sa ESD začal zaoberať otázkou, či odňatie možnosti ženám stať sa členkami vojenskej jednotky môže byť ospravedlnené výnimkami vyplývajúcimi zo smernice upravujúcej otázky rovnakého zaobchádzania, ESD potvrdil, že princíp rovnakého zaobchádzania nepodliehal žiadnej výnimke, ktorá by bola spojená s opatreniami organizácie vojenských síl, vydanými za účelom ochrany verejnej bezpečnosti.51

Čo sa týka rámca aplikácie komunitárneho práva, súd jednoznačne formuloval pravidlo, že národné opatrenia prijaté ozbrojenými silami spadajú pod pôsobnosť komunitárneho práva do tej miery, do akej majú

---

47 Pozri bod 16 rozsudku ESD vo veci C-285/98 Tanja Kreil *v* Federal Republic of Germany [2000] ECR I-69

48 Pozri body 18 a 19 rozsudku ESD vo veci C-285/98 Tanja Kreil *v* Federal Republic of Germany [2000] ECR I-69

49 Groussot, X.: General Principles of Community Law. Groningen: Europa Law Publishing 2006, s. 174

50 Rozsudok ESD vo veci C-273/97 Angela Maria Sirdar *v* The Army Board and Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403

51 Pozri bod 19 rozsudku ESD vo veci C-273/97 Angela Maria Sirdar *v* The Army Board and Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403

tieto opatrenia dopad na rovnosť pohlaví.52 Následne súd pristúpil k analýze dotknutej smernice a uviedol, že čl. 2 ods. 2 smernice 76/207/EHS musí byť interpretovaný reštriktívne, lebo išlo o ustanovenie upravujúce výnimky zo zákazu priamej diskriminácie.53

V súvislosti so zakotvením akejkoľvek výnimky zo základného práva súčasne zdôraznil požiadavku dodržania princípu proporcionality. V tomto ohľade princíp proporcionality vyžaduje, aby výnimky zo základného práva boli upravené len vo vhodnom a nevyhnutnom rozsahu, potrebnom na dosiahnutie sledovaného cieľa.54 ESD poznamenal, že dôvod neprijatia uchádzačky o členstvo vo vojenskom oddiele bolo pravidlo schopnosti spolupracovať (interoperability rule), ktorého cieľom bolo zabezpečiť efektivitu v boji. Uvedené pravidlo vychádzalo zo štruktúry a funkcie kráľovského námorníctva pôsobiť v prvých útočných líniách. Vzhľadom na to, že súd považoval spomínané opatrenie za primerané a ospravedlňujúce len výlučne mužské zloženie vojenskej jednotky, rozhodol, že sťažovateľkou namietaný postup nebol v rozpore s čl. 2 ods. 2 uvedenej smernice.55

Jednou z najproblematickejších otázok, ktoré ESD musel v súvislosti so skúmaným princípom riešiť, bol vzťah medzi všeobecnou právnou zásadou rovnakého zaobchádzania a pozitívnej diskriminácie. Právnym základom pre uplatnenie pozitívnej diskriminácie v pracovnej oblasti ako výnimky z princípu rovnosti sa po prijatí Amsterdamskej zmluvy stal čl. 141 ods. 4 Zmluvy o ES, podľa ktorého „s ohľadom na plné zabezpečenie rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami v pracovnom procese nebráni zásada rovnakého zaobchádzania žiadnemu členskému štátu zachovať alebo zaviesť opatrenie, poskytujúce osobitné výhody pre uľahčenie odbornej pracovnej činnosti menej zastúpeného pohlavia alebo za účelom predchádzania či kompenzácie nevýhod v profesijnej sfére“ (čl. 141 ods. 4 ZES).

Na úrovni sekundárneho komunitárneho práva však bola problematika pozitívnej diskriminácie v pracovnej oblasti upravená skôr, a to článkom 2 ods. 4 už niekoľkokrát spomenutej smernice Rady č. 76/207/EHS z 9. februára 1976, v ktorom sa uvádzajú tri výnimky zo zásady rovnakého zaobchádzania - prvá, ak je určujúcim faktorom pohlavie pracovníka, druhá,

---

52 Pozri bod 20 rozsudku ESD vo veci C-273/97 Angela Maria Sirdar *v* The Army Board and Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403

53 Pozri bod 23 rozsudku ESD vo veci C-273/97 Angela Maria Sirdar *v* The Army Board and Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403

54 Pozri bod 26 rozsudku ESD vo veci C-273/97 Angela Maria Sirdar *v* The Army Board and Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403

55 Pozri body 29-32 rozsudku ESD vo veci C-273/97 Angela Maria Sirdar *v* The Army Board and Secretary of State for Defence [1999] ECR I-7403

ak žena musí byť chránená, pokiaľ ide o tehotenstvo a materstvo a tretia, ak sa prijímajú opatrenia na podporu rovnakých príležitostí.

Práve vyššie uvedeným článkom a jeho vzťahom k všeobecnej právnej zásade zákazu diskriminácie sa ESD zaoberal v prípade Kalanke,56 v súvislosti s ktorým súd uviedol, že vnútroštátne predpisy, ktoré ženám zaručujú absolútnu a bezpodmienečnú prednosť pri vymedzovaní alebo postupe v zamestnaní, idú nad rámec presadzovania rovnosti príležitostí a prekračujú medze výnimky upravenej v čl. 2 ods. 4 smernice č. 76/207/EHS.57

V tomto ohľade je zaujímavé sledovať, akým spôsobom ESD vyriešil otázku vzťahu medzi materiálnou a formálnou koncepciou rovnosti. Ako som to už uviedol vyššie v rámci úvodnej časti tejto kapitoly, pod formálnou rovnosťou sa má predovšetkým na mysli tzv. rovnosť príležitostí, kým v prípade materiálnej rovnosti sa jedná o tzv. rovnosť výsledkov.

Podľa nemeckého práva, v prípade vymenovania (vrátane ustanovenia za štátneho zamestnanca alebo sudcu), ktoré sa neuskutočňovalo na účely zaškolenia, ženy, ktoré mali rovnakú kvalifikáciu ako muži uchádzajúci sa o to isté miesto, mali prednosť v prípade, ak sú nedostatočne zastúpené. Toto pravidlo sa uplatňovalo aj v prípade zaradenia do inej úradnej funkcie a povýšenia. V zmysle nemeckého práva o nedostatočné zastúpenie išlo vtedy, ak počet žien v jednotlivých mzdových, odmeňovacích a platových triedach v príslušnej skupine zamestnancov v rámci oddelenia nedosiahol najmenej polovicu z celkového počtu pracovníkov.58

Cieľom vnútroštátnej právnej úpravy bolo teda zabezpečenie rovnosti vo výsledku, predstavujúcej rovné rozdelenie pracovných miest medzi mužov a ženy na základe automatického uprednostňovania žien v odvetviach, v ktorých majú nedostatočné zastúpenie. Na druhej strane, čl. 2 ods. 4 dotknutej smernice ustanovoval ako prípustnú výnimku zo všeobecnej právnej zásady rovnakého zaobchádzania len opatrenia prijaté na podporu rovnakých príležitostí, t. j. opatrenia, ktoré aj keď sa javia ako diskriminačné, sú v skutočnosti zamerané na odstránenie alebo obmedzenie skutočných prípadov nerovnosti a poskytujú konkrétne výhody ženám v záujme zlepšenia ich schopnosti konkurovať na trhu práce a venovať sa kariére rovnoprávne s mužmi. Podľa názoru súdu sa systém zavedený

56 Rozsudok ESD vo veci C-450/93 Eckhard Kalanke *v* Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I- 3051

57 Pozri bod 22 rozsudku ESD vo veci C-450/93 Eckhard Kalanke *v* Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I- 3051

58 Pozri bod 5 rozsudku ESD vo veci C-450/93 Eckhard Kalanke *v* Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I- 3051

nemeckou právnou úpravou snažil „dosiahnuť rovnaké zastúpenie mužov a žien na všetkých stupňoch a úrovniach v rámci oddelenia," a nahradiť „rovnosť príležitostí, ktorú predpokladá čl. 2 ods. 4 výsledkom, ku ktorému sa dá dospieť len uplatnením takejto rovnosti príležitostí."59

Aký záver teda možno vyvodiť z vyššie uvedeného rozhodnutia? Zo skutočností uvádzaných súdom vyplýva, že je prípustné podporovať ženy s cieľom poskytnúť im rovnosť príležitostí ale je v rozpore so zásadou rovnosti, aby sa táto dosahovala prednostným zaobchádzaním. V súvislosti s týmto rozhodnutím však treba poukázať na fakt, že sa uvedené konštatovanie vzťahuje len na tie opatrenia členských štátov, ktoré garantujú ženám absolútnu a bezpodmienečnú prednosť.60

Vzhľadom na to, že sa rozsudok vo veci Kalanke stretol s pomerne veľkou nevôľou odbornej obce,61 ESD bol v nasledujúcom období nútený zmeniť svoj striktne zamietavý prístup ku koncepcii rovnosti výsledkov vo vzťahu k výnimke upravenej v čl. 2 ods. 4 predmetnej smernice. Stalo sa tak v súvislosti s rozhodovaním vo veci Marshall,62 v ktorej súd skúmal súlad nemeckého práva, upravujúceho otázky prijímania pracovníkov štátnej služby do služobného pomeru.

Rovnako ako v prípade Kalanke príslušné ustanovenie právneho predpisu stanovovalo vo vzťahu k povýšeniu prednosť žien pred mužskými kandidátmi s rovnakou kvalifikáciou, avšak s tým rozdielom, že toto pravidlo neplatilo absolútne, ale len vtedy, ak neexistovali osobitné dôvody na strane mužského kandidáta, ktoré prevážili v jeho prospech. ESD poukázal na to, že aj za podmienok, keď mužský a ženský kandidáti sú rovnako kvalifikovaní pre výkon štátnej služby, existuje tendencia uprednostňovať mužských kandidátov.63 Dôvody sú rôzne, majúce pôvod v predsudkoch a stereotypoch dotýkajúcich sa rolí a schopností žien v pracovnom a súkromnom živote (napr. menšia flexibilita žien v rámci pracovného času, spôsobená rodinnými povinnosťami, starostlivosťou

59 Pozri bod 23 rozsudku ESD vo veci C-450/93 Eckhard Kalanke *v* Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I- 3051

60 Porovnaj rozsudok ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143, bod 35

61 De Búrca, G., Craig, P. P.: EU Law, 4. vyd. Oxford: Oxford University Press 2008, s. 915

62 Rozsudok ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

63 Pozri bod 29 rozsudku ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

o domácnosť alebo neprítomnosťou v práci v dôsledku tehotenstva, narodenia dieťaťa a kojenia).64

Z vyššie uvedených dôvodov a zo samotnej skutočnosti, že mužský a ženský uchádzač majú rovnakú kvalifikáciu, nemožno vyvodiť záver o existencii rovnosti šancí.65 Na tomto základe ESD konštatoval, že opatrenie členského štátu, podľa ktorého majú byť ženskí uchádzači pre kariérny postup s rovnakou kvalifikáciou ako mužskí uchádzači uprednostňovaní v oblastiach s nízkym zastúpením ženských pracovníkov, s výnimkou, ak sú dané osobitné okolnosti na strane mužského kandidáta, spadá do pôsobnosti čl. 2 ods. 4 smernice, ak je toto opatrenie spôsobilé zmierniť dopad škodlivých následkov spoločenských postojov na ženské uchádzačky.66

Podľa ESD, na rozdiel od národnej právnej úpravy v prípade Kalanke, ustanovenie vnútroštátneho práva spadá do pôsobnosti čl. 2 ods. 4 smernice vtedy, ak v každom jednotlivom prípade poskytuje rovnako kvalifikovaným mužským kandidátom záruku, že uchádzači budú podrobení objektívnemu posúdeniu, ktoré zohľadní všetky kritériá týkajúce sa osoby kandidátov, a tiež záruku, že predmetná výnimka z pozitívnej diskriminácie žien v pracovnej oblasti preváži nad prednosťou poskytnutou ženským uchádzačom vtedy, keď jedno alebo viac kritérií preváži v prospech mužských uchádzačov.67 Súd uzavrel, že je na národných súdoch aby posúdili, či sú tieto podmienky a kritériá splnené.68

V porovnaní s rozsudkom vo veci Kalanke teda ESD akceptoval rovnosť výsledkov, čím rozšíril pôsobnosť výnimky upravenej v čl. 2 ods. 4 nad rámec rovnosti možností. Nemožno preto v plnej miere súhlasiť s tvrdením Daniely Lamačkovej o tom, že „ESD sa vo svojich rozhodnutiach opiera o vnímanie pozitívneho postupu ako rovnosti príležitostí.“69

---

64 Pozri bod 29 rozsudku ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

65 Pozri bod 30 rozsudku Pozri bod 29 rozsudku ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

66 Pozri bod 31 rozsudku Pozri bod 29 rozsudku ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

67 Pozri bod 35 rozsudku Pozri bod 29 rozsudku ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

68 Pozri bod 34 rozsudku Pozri bod 29 rozsudku ESD vo veci C-409/95 Hellmut Marschall *v* Land Nordrhein-Westfalen [1996] ECR I-2143

69 Lamačková, D.: Zákaz diskriminácie v Európskej únii. In: *Výber z rozhodnutí Súdneho dvora Európskych Spoločenstiev*. Bratislava: Iura Edition 2007, č. 1, s. 7

Na tomto mieste považujem za potrebné poznamenať, že po vynesení rozsudku vo veci Marschall došlo k prijatiu Amsterdamskej zmluvy, ktorá rozšírila čl. 141 Zmluvy o ES o už vyššie citovaný odsek 4. V ňom uvedená formulácia o možnosti „zachovať alebo zaviesť opatrenie, poskytujúce osobitné výhody pre uľahčenie odbornej pracovnej činnosti menej zastúpeného pohlavia alebo za účelom predchádzania či kompenzácie nevýhod v profesijnej sfére," podľa môjho názoru potvrdzuje závery vyššie uvedeného rozsudku o tom, že pozitívna diskriminácia, ktorá je v súlade s komunitárnym právom, sa nevyčerpáva len opatreniami sledujúcimi zabezpečenie rovnosti možností.

Spomínaný článok a rozsudok predznamenal koniec reštriktívnej interpretácie zákazu diskriminácie ESD, nakoľko táto bola dlho predmetom kritiky niektorých členských štátov a tento kritický postoj sa musel odraziť aj v Amsterdamskej zmluve. Zaujímavé je to, že kým vo väčšine prípadov býva zmena primárneho zmluvného komunitárneho práva potvrdením alebo „kodifikáciou" rozhodovacej praxe ESD, v tomto prípade naopak vyjadruje kritické reakcie členských štátov na reštriktívny postoj ESD k pozitívnej diskriminácii.70

V línií rozsudku Marschall71 pokračoval ESD aj v prípade Badeck.72 Súd v ňom posudzoval, či vnútroštátny právny predpis, podľa ktorého ak disponujú ženskí a mužskí uchádzači na miesto vo verejnej správe rovnakou kvalifikáciou, majú v zmysle stanovených kvót pre zastúpenie žien prednosť ženské kandidátky za predpokladu, že „dôvody väčšej právnej váhy" nevyžadujú niečo iné.73 Podľa ESD uvedené ustanovenie nepredstavovalo rozpor s komunitárnym právom, pretože bralo do úvahy aj iné faktory, než len nízke zastúpenie žien na určitých pozíciách vo verejnej správe.

Rozsudky vo veci Marschall a Badeck svedčia o tom, že ESD sa svojou rozhodovacou činnosťou nesnaží konkurovať členským štátom a zasahovať do národných koncepcií v oblasti politiky pozitívnej diskriminácie, práve naopak, podporuje členské štáty, aby si tieto určili vlastné sociálne

---

70 Pítrová, L., Pomahač, R.: Průvodce judikaturou evropského soudního dvora, 1. díl. Praha: Linde Praha 2000, s. 242

71 Pozri C-370/88 *Marschall* (13. 12. 1990)

72 Rozsudok ESD vo veci C-158/97 **Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] ECR I-1875**

73 Pozri bod 38 rozsudku ESD vo veci C-158/97 **Georg Badeck and Others, interveners: Hessische Ministerpräsident and Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] ECR I-1875**

a ekonomické ciele, ako aj prioritu medzi nimi. V tejto súvislosti vystupuje na úrovni komunitárneho práva princíp proporcionality, ktorý zohráva dôležitú úlohu pri zmierňovaní účinkov opatrení členských štátov v oblasti pozitívnej diskriminácie.

Rozsudok vo veci Lommers74 je vhodným príkladom pre štúdium vzťahu medzi princípom proporcionality a všeobecnou právnou zásadou zákazu diskriminácie.75 Holandské ministerstvo pôdohospodárstva umožnilo pre svojich pracovníkov využitie ním dotovaných voľných miest v škôlkach. Za účelom riešenia malého zastúpenia žien na ministerstve, boli tieto miesta vyhradené pre deti úradníčok, pričom deti úradníkov mužského pohlavia mohli dotované miesta využiť len v prípade núdze. ESD akceptoval, že cieľom uvedenej úpravy bolo zabezpečiť rovnosť možností ženám pri nástupe do zamestnania, a teda zlepšiť ich postavenie na trhu práce. Na druhej strane však poznamenal, že opatrenie, ktorého účelom je odstránenie faktickej nerovnosti, môže mať negatívny dopad v podobe návratu k tradičnému rozdeleniu rolí medzi mužmi a ženami.76 Preto ak je cieľom opatrenia členského štátu podpora rovnosti možnosti medzi mužmi a ženami a tento cieľ by bolo možné dosiahnuť rozšírením pôsobnosti dotknutého opatrenia aj na pracujúcich otcov, ich vylúčenie by bolo v rozpore s princípom proporcionality.77

Otázkou prípustnosti pozitívnej diskriminácie v pracovnej oblasti na základe opatrenia, prijatého za účelom zabezpečenia rovnosti podľa výsledkov, sa ESD zaoberal v prípade Abrahamsson.78 Opatrenie tentoraz uprednostňovalo uchádzačov pohlavia s menšinovým zastúpením, ktorí aj keď boli dostatočne kvalifikovaní, nedisponovali rovnakou kvalifikáciou ako uchádzači iného pohlavia. Neúspešní kandidáti o post profesora na katedre vied hydrosféry univerzity v Göteborgu pred príslušným národným orgánom namietali menovanie kandidátky, ktorá sa podľa názoru výberovej komisia pôvodne umiestnila vo výberovom konaní na treťom mieste, avšak vzhľadom na to, že uchádzačka, ktorá mala podľa komisie najlepšie kvalifikačné predpoklady svoju prihlášku stiahla a na druhom mieste sa

74 Rozsudok ESD vo veci C-476/99 H. Lommers *v* Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij [2002] ECR I-2891

75 Pozri bod 39 rozsudku ESD vo veci C-476/99 H. Lommers *v* Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij [2002] ECR I-2891

76 Pozri bod 41 rozsudku ESD vo veci C-476/99 H. Lommers *v* Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij [2002] ECR I-2891

77 Pozri bod 42 rozsudku ESD vo veci C-476/99 H. Lommers *v* Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij [2002] ECR I-2891

78 Rozsudok ESD vo veci C-407/98 Katarina Abrahamsson, Leif Anderson *v* Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I-5539

umiestnil mužský kandidát, bola to ona, kto nakoniec profesorské miesto na uvedenej katedre získal.

Podľa ESD uvedené vnútroštátne právo, upravujúce výberové konanie, nebolo založené na jasných a jednoznačných kritériách zameraných na predchádzanie alebo kompenzáciu nevýhod v oblasti profesionálnej kariéry členov menej zastúpeného pohlavia.79 Aj keď súd zdôraznil, že automatické uprednostnenie menej zastúpeného pohlavia nie je cieľom opatrenia, nedostatok objektívnosti pri posudzovaní špecifických situácii kandidátov spôsobuje ťažkosti pri preskúmaní správnosti výberu dovoleného čl. 2 ods. 4 smernice 76/207/EHS.80

Metóda výberu víťazného kandidáta bola totiž založená len na príslušnosti k menej zastúpenému pohlaviu, bez ohľadu na prednosti ostatných kandidátov. V dôsledku toho ESD považoval za nevyhnutné posúdiť prípustnosť predmetnej právnej úpravy z hľadiska čl. 141 ods. 4 Zmluvy o ES. Súd dospel k zisteniu, že metóda výberu kandidáta bola neproporcionálna vo vzťahu k sledovanému cieľu.81 Nakoniec uzavrel, že čl. 141 ods. 4 a smernica bráni tomu, aby bola prijatá taká národná právna úprava, o akú išlo v tomto prípade. Na tomto mieste považujem za potrebné poznamenať, že aj keď sa ESD venoval posúdeniu súladu právnej úpravy členského štátu s čl. 141 ods. 4 Zmluvy o ES (na rozdiel do rozsudku vo veci Badeck), súd nijakým spôsobom nevymedzil vzťah medzi príslušným článkom Zmluvy a ustanovením čl. 2 ods. 4 dotknutej smernice.

4. ZA HRANICAMI ZÁKAZU DISKRIMINÁCIE NA ZÁKLADE POHLAVIA - ROVNOSŤ AKO NEPÍSANÉ PRÁVO

Zásadný dopad na ponímanie všeobecnej právnej zásady rovnosti malo súdom formulované pravidlo vo veci Razzouk,82 podľa ktorého rovnosť na základe pohlavia je základným právom, a preto vo vzťahu medzi inštitúciami a ich zamestnancami nie sú požiadavky všeobecnej právnej zásady v žiadnom prípade limitované na tie, ktoré vyplývajú z čl. 141 Zmluvy o ES alebo zo smerníc prijatých v tejto oblasti. Vo svetle prístupu, podľa ktorého rovnosť pohlaví tvorí súčasť širšieho spektra základných práv, došlo k značnému rozšíreniu aplikácie tohto druhu rovnosti na

79 Pozri bod 50 rozsudku ESD vo veci C-407/98 Katarina Abrahamsson, Leif Anderson *v* Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I-5539

80 Pozri body 52 a 53 rozsudku ESD vo veci C-407/98 Katarina Abrahamsson, Leif Anderson *v* Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I-5539

81 Pozri bod 56 rozsudku ESD vo veci C-407/98 Katarina Abrahamsson, Leif Anderson *v* Elisabet Fogelqvist [2000] ECR I-5539

82 Rozsudok ESD v spoj. veci 75/82 a 117/82 C. Razzouk and A. Beydoun *v* Commission of the European Communities [1984] ECR 1509, bod 17

prípady, ktoré spadajú nielen mimo rámec diskriminácie na základe pohlavia.

Tento jav zreteľne ilustruje rozsudok ESD vo veci P. v S.[83] Navrhovateľka v konaní pred vnútroštátnym súdom bola pôvodne zamestnancom vzdelávacieho zariadenia, ktorý po roku pôsobenia u zamestnávateľa oznámil svojmu nadriadenému, že má v úmysle podstúpiť proces zmeny pohlavia. Tento proces, začínajúci obdobím, počas ktorého sa navrhovateľ správal a obliekal ako žena, vyústil do série chirurgických zákrokov menšieho rozsahu, vďaka ktorým mal navrhovateľ nadobudnúť fyzické znaky ženy. Skôr, než navrhovateľka stihla absolvovať konečnú operáciu, dostala od zamestnávateľa výpoveď. V nadväznosti na to podala na národný súd žalobu, pretože mala za to, že sa stala obeťou diskriminácie na základe pohlavia.

Vychádzajúc z predložených otázok položených národným súdom vo veci samej, ESD posudzoval, či s ohľadom na účel smernice č. 76/207/EHS čl. 5 ods. 1 uvedenej smernice, podľa ktorého uplatňovanie zásady rovnakého zaobchádzania, pokiaľ ide o pracovné podmienky, vrátane podmienok upravujúcich prepustenie znamená, že mužom aj ženám sa zaručia rovnaké podmienky bez diskriminácie z dôvodu pohlavia, vylučuje prepustenie transsexuála z dôvodu súvisiaceho s jeho alebo jej zmenou pohlavia. Inými slovami, súd bol nútený odpovedať na otázku, či môže všeobecná právna zásada presiahnuť ustanovenia komunitárneho právneho predpisu.

ESD s poukazom na rovnosť ako súčasť základných práv konštatoval, že pôsobnosť predmetnej smernice nemožno obmedziť na diskrimináciu založenú na skutočnosti, že osoba príslušníkom jedného alebo druhého pohlavia.[84]

Z hľadiska účelu a povahy práv, ktoré sa snaží zabezpečovať, je rozsah pôsobnosti smernice taký, aby sa vzťahoval aj na diskrimináciu založenú na zmene pohlavia dotknutej osoby, ako je to v tomto prípade. Podľa názoru súdu, takáto diskriminácia je v zásade, aj keď nie výlučne, založená na pohlaví dotknutej osoby, kde sa s osobou prepustenou z dôvodu, že on alebo ona zamýšľa podrobiť sa alebo sa už podrobila zmene pohlavia, zaobchádza nepriaznivo v porovnaní s osobami pohlavia, za príslušníka alebo príslušníčku ktorého sa osoba pokladala predtým, než podstúpila zmenu pohlavia.[85] Tolerovať takúto diskrimináciu, pokiaľ ide o túto osobu, by

---

83 Rozsudok ESD vo veci C-13/94 **P v S and Cornwall County Council** [1996] ECR I-2143

84 Pozri bod 20 rozsudku ESD vo veci C-13/94 **P v S and Cornwall County Council** [1996] ECR I-2143

85 Pozri bod 21 rozsudku ESD vo veci C-13/94 **P v S and Cornwall County Council** [1996] ECR I-2143

znamenalo nerešpektovať dôstojnosť a slobodu, na ktorú má on alebo ona nárok a ktoré je súd povinný chrániť.86

V súvislosti s vyššie uvedenými závermi súdu si možno všimnúť dva odlišné prístupy k rovnosti. Prístup v bode 21 rozsudku („s osobou...sa...zaobchádza nepriaznivo v porovnaní s osobami pohlavia, za príslušníka alebo príslušníčku ktorého sa osoba pokladala predtým, než podstúpila zmenu pohlavia“) korešponduje s koncepciou formálnej rovnosti. Základom pre zistenie, či došlo k porušeniu rovnosti z formálneho hľadiska, bolo porovnanie zaobchádzania s navrhovateľom so zaobchádzaním s inou osobou. Súd zamietol názor členského štátu, podľa ktorého sa prístup k navrhovateľovi mal porovnať s prístupom k transsexuálovi pôvodne ženského pohlavia a namiesto neho za účelom porovnania spôsobu zaobchádzania prijal pohlavie navrhovateľa pred jeho zmenou. Bod 22 však podľa môjho názoru naznačuje, že ESD svoj záver o diskriminácii navrhovateľa nezaložil na kritériu zaobchádzania s podobne alebo rovnako situovanou osobou, ale na rozpore s materiálnou rovnosťou, t. j. na tom, že prepustenie transsexuála z dôvodu súvisiaceho so zmenou pohlavia bolo v rozpore s jeho základným právom na ľudskú dôstojnosť.

Za zmienku stojí skutočnosť, že ESD pri svojom rozhodovaní v podstatnej miere vychádzal zo stanoviska generálneho advokáta Tesaura, ktorý v ňom uvádzal paralelu medzi znevýhodňujúcim zaobchádzaním so ženami a transsexuálmi. Podľa neho, tento jav je často spojený s negatívnym morálnym úsudkom, ktorý nemá nič spoločné s ich schopnosťami. Uviedol, že v tejto otázke sa žiada taká ochrana rovnosti ako základného práva, ktorú poskytujú ústavy najpokrokovejších krajín.87 Generálny advokát teda navrhol najprogresívnejšie riešenie, a to na základe teleologickej interpretácie, za účelom vyplnenia medzier v komunitárnom práve, a to odvodením všeobecných právnych zásad a cieľov sociálneho komunitárneho práva. Zdôraznil tiež myšlienku generálneho advokáta Trabucchiho, podľa ktorej komunitárne právo nie je len ekonomický systém, ale odzrkadľuje aj koncepciu sociálnej spravodlivosti a európskej integrácie.88

Odvážny prístup v prípade P. v S., založený na pokrokovej interpretácii základných práv, sa však v judikatúre ESD počas nasledujúcich rokov neuplatnil. Už v čase prijatia rozhodnutia v uvedenom prípade sa diskutovalo o tom, či pravidlo, podľa ktorého by sa transsexuáli nemali

86 Pozri bod 22 rozsudku ESD vo veci C-13/94 **P v S and Cornwall County Council** [1996] ECR I-2143

87 Pozri stanovisko Generálneho advokáta Tesaura vo veci C-13/94 **P v S and Cornwall County Council** zo dňa 14. decembra 2005

88 Pozri bod 24 stanoviska Generálneho advokáta Tesaura vo veci C-13/94 **P v S and Cornwall County Council** zo dňa 14. decembra 2005

znevýhodňovať v zamestnaní iba z dôvodu, že sú transsexuálmi, vzťahuje aj na osoby rovnakej sexuálnej orientácie.

Príležitosť na odstránenie tejto dilemy mal ESD v súvislosti s rozhodovaním vo veci Grant.89 Navrhovateľka vo veci samej bola zamestnankyňou prevádzkovateľa železníc, ktorá požiadala svojho zamestnávateľa o poskytnutie cestovných zliav pre svoju partnerku, opierajúc sa o ustanovenie pracovnej zmluvy, priznávajúce cestovné zľavy partnerom zamestnancov opačného pohlavia, a to za podmienky vyhlásenia, že zamestnanec a jeho partner žijú v zmysluplnom vzťahu už minimálne dva roky. Vzhľadom na to, že zamestnávateľ jej odmietol priznať požadovanú výhodu, z dôvodu, že v prípade osoby, ktorá nežije v manželskom zväzku, môžu byť cestovné zľavy poskytnuté len partnerom opačného pohlavia, navrhovateľka sa obrátila na národný súd so žalobou, tvrdiac, že konanie zamestnávateľa predstavuje diskrimináciu na základe pohlavia. Poukazovala najmä na skutočnosť, že jej mužskému predchodcovi v zamestnaní, ktorý vyhlásil, že žije so ženou v zmysluplnom vzťahu viac ako dva roky, boli poskytnuté výhody, ktoré jej boli odmietnuté. Opierala sa tiež o závery rozsudku P. v S., z ktorých podľa nej vyplývalo, že diskriminácia na základe sexuálnej orientácie spadala do pôsobnosti čl. 141 Zmluvy o ES a o to, že odopretie uvedených výhod nebolo objektívne odôvodnené.

Podľa ESD bola existencia „zmysluplného“ vzťahu s osobou opačného pohlavia po dobu minimálne dvoch rokov ako predpoklad vzniku nároku zamestnanca aplikovateľná nezávisle od pohlavia dotknutého zamestnanca. Cestovné zľavy sa totiž rovnakým spôsobom odmietnu zamestnancovi žijúcemu s osobou rovnakého pohlavia, ako aj zamestnankyni žijúcej s osobou rovnakého pohlavia, čo nezakladá diskrimináciu na základe pohlavia. Podľa ESD bolo potrebné zobrať do úvahy skutočnosť, že Spoločenstvo ku dňu rozhodovania neprijalo pravidlo, ktoré by smerovalo k zrovnoprávneniu postavenia osôb, majúcich vzťah s osobou rovnakého pohlavia, s heterosexuálnymi partnermi. Súd ďalej konštatoval, že vzťah takých osôb sa vo väčšine členských štátov považuje za rovnocenný trvalému heterosexuálnemu vzťahu len v súvislosti s obmedzeným množstvom práv alebo nie je predmetom žiadneho osobitného uznania.90

Na základe týchto okolností ESD uzavrel, že za aktuálneho stavu v rámci Spoločenstva nie sú trvalé vzťahy medzi dvoma osobami rovnakého pohlavia na úrovni vzťahov medzi osobami opačného pohlavia a komunitárne právo zamestnávateľov ich nenúti za považovať za

89 Rozsudok ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

90 Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

rovnocenné.91 Za týchto podmienok je len úlohou vnútroštátneho zákonodarcu prijať v prípade potreby opatrenia, spôsobilé ošetriť túto situáciu.92

Podľa ESD v prípade P. v S., na ktorý sa navrhovateľka odvolávala, bola diskriminácia založená najmä, ak nie výlučne, na pohlaví dotknutého zamestnanca. Súd mal za to, že záver o neprípustnosti tohto druhu diskriminácie z rovnakého dôvodu ako diskriminácia založená na príslušnosti osoby k určitému pohlaviu, sa obmedzuje len na prípad zmeny pohlavia zamestnanca a tento nemožno aplikovať na rozdielne zaobchádzanie založené na sexuálnej orientácii osoby.93 Inými slovami, ESD vyložil rozsudok vo veci P. v S. reštriktívne a uzavrel, že nerovnaké zaobchádzanie z titulu sexuálnej orientácie nemožno považovať za diskrimináciu na základe pohlavia.

Ani argument navrhovateľky o tom, že vo svetle niektorých ustanovení medzinárodného práva (konkrétne Medzinárodného dohovoru o občianskych a politických právach zo dňa 19. decembra 1966) by sa malo komunitárne právo interpretovať tak, že sa vzťahuje aj na diskrimináciu založenú na sexuálnej orientácii, nepadol na úrodnú pôdu. ESD síce uznal, že dohovor, ktorého sa navrhovateľka dovolávala, je súčasťou medzinárodných nástrojov, vzťahujúcich sa na ochranu ľudských práv, ktoré súd berie do úvahy pri aplikácii všeobecných princípov komunitárneho práva, avšak pripomenul, že rešpektovanie základných práv, ktoré tvoria integrálnu súčasť všeobecných právnych zásad, je podmienkou legality komunitárnych aktov, tieto práva nemôžu bez ďalšieho spôsobiť rozšírenie pôsobnosti ustanovení Zmluvy o ES nad rámec právomocí Spoločenstva.94

Na základe uvedeného konštatovania je zrejmé, že podľa ESD otázky sexuálnej orientácie spadajú mimo pôsobnosť komunitárneho práva a čl. 141 Zmluvy o ES nepredstavuje nástroj, ktorý by sa mal použiť ako právny základ pre právotvornú aktivitu ESD. Mám za to, že toto pravidlo možno vnímať ako ostrý protiklad k ambicióznemu prístupu súdu vo veci P. v S., v ktorej bola ochrana poskytnutá transsexuálom dokonca „poistená“ koncepciou nepísaných základných práv, a to následne po tom, čo súd konštatoval existenciu diskriminácie porovnaním stavu pred a po zmene

---

91 Pozri bod 35 rozsudku Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

92 Pozri bod 36 rozsudku Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

93 Pozri bod 42 rozsudku Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

94 Pozri body 43 až 45 rozsudku Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

pohlavia navrhovateľky, aj keď vlastne nebolo zrejmé, či sa navrhovateľka po absolvovaní operačných zákrokov skutočne stala ženou, resp. či ju súd za ženu považoval.

Zdržanlivý postoj ESD vo vzťahu k zákazu diskriminácie osôb s rovnakou sexuálnou orientáciou vnímam ako prejav politického pragmatizmu ESD, majúceho na zreteli potenciálne účinky rozhodnutia súdu v prípade poskytnutia ochrany osobám s rovnakou sexuálnou orientáciou cestou základného práva v rámci koncepcie ochrany proti diskriminácii na základe pohlavia. V rozhodnutí ESD možno badať aj výrazný dôraz na dynamický charakter všeobecných právnych zásad ako prameňa komunitárneho práva, a to v už vyššie uvedenej formulácii: „...komunitárne právo sa za aktuálneho stavu nevzťahuje na diskrimináciu na základe sexuálnej orientácie, o ktorú ide v tomto prípade.“95

Negatívne stanovisko ESD v tejto otázke do istej miery zmierňuje bod rozsudku, v ktorom akoby súd nabádal členské štáty k tomu, aby prijali vlastné právne úpravy v otázke zákazu tohto druhu diskriminácie a ošetrili to, čo nemohol ESD ošetriť svojím rozhodnutím.96 Podľa môjho názoru však nemožno poprieť to, že zo strany ESD došlo k zásadnému kroku späť v oblasti ochrany základných práv, a to najmä za stavu, keď podľa Generálneho advokáta Elmera samotný ESD v predchádzajúcej judikatúre potvrdil, že Zmluvu o ES nemožno vykladať na základe koncepcií morálky uplatňujúcich sa v jednotlivých členských štátoch.97

5. ROZSUDOK ESD VO VECI MANGOLD98

Vývoj judikatúry posledných rokov v oblasti diskriminácie sa stal predmetom horlivej diskusie odbornej verejnosti, ktorá prerástla rámec skúmaného princípu a dotkla sa problematiky celkového postavenia všeobecných právnych zásad ako prameňa komunitárneho práva a ich vplyvu jednak na rozdelenie kompetencií medzi Spoločenstvo a členské štáty, rovnako ako aj na rozdelenie právomocí podľa Zmluvy o ES medzi komunitárne orgány.99 Predovšetkým vo vzťahu k rozdeleniu kompetencií je zo strany odborníkov namietané, že ESD svojou právotvorbou založenou

95 Pozri bod 47 rozsudku Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

96 Pozri bod 36 rozsudku Pozri bod 32 rozsudku ESD vo veci C-249/96 **Lisa Jacqueline Grant *v* South-West Trains Ltd. [1998] I-621**

97 Raitio, J.: The Principle of Legal Certainty in EC Law. Dordrecht: Kluwer Law International 2003, s. 184

98 Rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold v Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981

99 Pozri napr. Herzog, R., Gerken L.: Stop the European Court of Justice http://www.cep.eu/HerzogEuGH-Webseite_eng.pdf

na odvolávaní sa na všeobecné právne zásady zbavuje členské štáty ich fundamentálnych kompetencií a v neprípustnej miere zasahuje do ich vnútroštátnych právnych poriadkov. Významným „katalyzátorom" protestov v tomto smere bol rozsudok ESD vo veci Mangold, dotýkajúci sa pracovného trhu a sociálnej politiky, ktoré tvoria jadro kompetencií členských štátov. Dôvod negatívnej reakcie na uvedený rozsudok spočíval v tom, že podľa ESD sa komunitárne právo má interpretovať tak, že odporuje ustanoveniu nemeckého pracovného práva.

Nemecká právna úprava obsahovala ustanovenie, ktoré dávalo zamestnávateľom možnosť bez obmedzení uzavierať zmluvy na dobu určitú s pracovníkmi vo veku 52 rokov a staršími, a to s cieľom podporiť ich profesionálne začlenenie. Navrhovateľ, ktorý uzavrel so svojím zamestnávateľom pracovnú zmluvu na dobu určitú v súlade s uvedenou právnou úpravou, mal za to, že obmedzenie platnosti zmluvy je v rozpore so smernicou Rady č. 2000/78/ES z 27. novembra 2000, ktorá ustanovuje všeobecný rámec pre rovnaké zaobchádzanie v zamestnaní a povolaní. Nesúlad s komunitárnym právom podľa neho spočíval v diskriminácii pracovníkov starších ako 52 rokov, s ktorými bolo možné na rozdiel od mladších pracovníkov uzatvoriť pracovnú zmluvu bez toho, aby bola naplnená podmienka existencie objektívneho dôvodu (napr. dočasná potreba výkonu práce, príp. nadväznosť ustanovenia určitej doby na vzdelávanie s cieľom umožniť nástup pracovníka do aktívneho pracovného života).

ESD v prvom kroku preveril, či predmetná vnútroštátna právna úprava spĺňa požiadavky princípu proporcionality. Uviedol, že pokiaľ ide o rozdielne zaobchádzanie založené na základe veku, čl. 6 ods. 1 uvedenej smernice ustanovuje, že členské štáty môžu ustanoviť, že takéto rozdiely v zaobchádzaní nie sú diskrimináciou, ak v kontexte vnútroštátnych právnych predpisov sú objektívne a primerane odôvodnené oprávneným cieľom vrátane zákonnej politiky zamestnanosti, trhu práce a cieľov odbornej prípravy a ak prostriedky na dosiahnutie cieľa sú primerané a nevyhnutné.100 Súd konštatoval, že právna úprava, ktorá za jediné kritérium pre uplatnenie pracovnej zmluvy na dobu určitú považuje vek pracovníka bez toho, aby bolo preukázané, že ustanovenie vekovej hranice ako takej, nezávisle od iných kritérií spojených s daným trhom práce a osobnou situáciou dotknutej osoby, je objektívne nevyhnutné na uskutočnenie cieľa profesionálneho začlenenia starších nezamestnaných pracovníkov, sa má považovať za úpravu, ktorá prekračuje rámec toho, čo je primerané a nevyhnutné na dosiahnutie sledovaného cieľa.101 Súd teda obvyklým postupom zistil rozpor nemeckého práva s princípom proporcionality.

---

100 Rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981, bod 58

101 Pozri bod 65 rozsudku ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981

V tomto bode by sa vec považovala za uzavretú, nebyť okolnosti, že v čase uzavretia pracovnej zmluvy ešte neuplynula lehota na prebratie uvedenej smernice. S prihliadnutím na skutočnosť, že v zmysle konštantnej judikatúry smernice nemajú horizontálny priamy účinok, sa javilo ako nepravdepodobné, že by konanie pred vnútroštátnym súdom skončilo v prospech navrhovateľa. ESD však bol iného názoru, ktorý založil na dvoch základných argumentoch.

Po prvé, ako to vyplýva z rozsudku, okolnosť, že v čase uzavretia zmluvy ešte neuplynula lehota na prebratie smernice, nemôže tvrdenie ESD o rozpore s princípom proporcionality spochybniť, pretože v zmysle skoršieho rozhodnutia súdu vo veci Inter-Environment,102 sa členské štáty musia počas lehoty na prebratie smernice zdržať prijímania opatrení, ktoré by mohli vážne ohroziť uskutočnenie cieľa ustanoveného danou smernicou.103

Po druhé, v zmysle bodu 74 rozsudku samotná smernica nezakotvovala zásadu rovnakého zaobchádzania v oblasti zamestnania a povolania. Podľa čl. 1 dotknutej smernice jej účelom je výlučne ustanovenie všeobecného rámca pre boj proti diskriminácii v zamestnaní a povolaní na základe náboženstva alebo viery, zdravotného postihnutia, veku alebo sexuálnej orientácie, pričom zásada zákazu týchto foriem diskriminácie má svoj pôvod v rôznych medzinárodných nástrojoch a ústavných tradíciách, ktoré sú spoločné všetkým členským štátom.104 Z týchto dôvodov ESD konštatoval, že zásadu diskriminácie na základe veku treba považovať za všeobecnú zásadu práva Spoločenstva, ktorej dodržiavanie nemôže závisieť od uplynutia lehoty poskytnutej členským štátom na prebratie smernice, ktorou sa má zaviesť všeobecný rámec boja proti diskriminácii na základe veku, najmä pokiaľ ide o zabezpečenie primeraných prostriedkov súdnej ochrany, dôkazné bremeno, ochranu proti represáliám, sociálny dialóg, pozitívnu činnosť a iné špecifické opatrenia na vykonanie takejto smernice.105

Generálny advokát Mazák vo svojom stanovisku vo veci Palacios106 vyjadril pochybnosť o správnosti a presvedčivosti vyššie uvedených

---

102 Rozsudok ESD vo veci C-129/96 **Inter-Environnement Wallonie ASBL *v* Région wallonne [1997] ECR I-7411**

103 Rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981, bod 67

104 Pozri bod 74 rozsudku ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981

105 Pozri bod 76 rozsudku ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981

106 Stanovisko Generálneho advokáta Mazáka vo veci C-411/05 Félix Palacios de la Villa *v* Cortefiel Servicios SA, doručené súdu dňa 15. februára 2007

dôvodov pri svojom konštatovaní o existencii všeobecnej zásady zákazu diskriminácie z dôvodu veku. V prvom rade poukázal na to, že rôzne medzinárodné dokumenty a ústavné tradície spoločné pre členské štáty, na ktoré sa ESD v rozsudku Mangold odvoláva síce uznávajú všeobecnú právnu zásadu rovnosti zaobchádzania, ale nie – okrem niekoľkých prípadov, ako napríklad fínska ústava – osobitnú zásadu diskriminácie z dôvodu veku ako takú.107

Možno vyššie uvedenú kritiku neexistencie právneho základu všeobecnej právnej zásady diskriminácie z dôvodu veku považovať za oprávnenú? Na prvý pohľad sa zdá, že áno – napr. Dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd spomínanú právnu zásadu neupravuje, aj keď nič nebráni tomu, aby táto bola odvodená zo všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie bez existencie objektívnych dôvodov v zmysle čl. 14 Dohovoru. Netreba však zabudnúť na čl. II-81 Zmluvy zakladajúcej Ústavu pre Európu, v ktorom sa uvádza nasledovné: „Je zakázaná akákoľvek diskriminácia z akéhokoľvek dôvodu ako je pohlavie, rasa, farba pleti, etnický a sociálny pôvod, genetické charakteristiky, jazyk, náboženstvo alebo viera, politický alebo iný názor, príslušnosť k národnostnej menšine, majetok, narodenie, postihnutie, vek alebo sexuálna orientácia.“ V tejto súvislosti však vzniká otázka, či vzhľadom na „osud“ uvedeného dokumentu, t. j. na neukončený ratifikačný proces, možno považovať odvolanie sa na základné právo, upravené v Zmluve zakladajúcej Ústavu pre Európu, za legitímne, inými slovami, či možno takéto právo zameniť za „ústavné tradície spoločné všetkým členským štátom.“ Mám za to, že odpoveď na položenú otázku musí byť kladná – dokument bol totiž prijatý a podpísaný vedúcimi zástupcami členských štátov Európskej únie.

Generálny advokát Mazák ďalej uviedol, že vyvodenie existencie zákazu diskriminácie z osobitného dôvodu zo všeobecnej zásady rovnosti považuje za nepresvedčivé, pričom v tejto súvislosti poukázal na bod 28 rozsudku ESD vo veci Cadman.108 Podľa môjho názoru však z uvedeného bodu rozsudku možno vyvodiť celkom odlišný záver, pretože tento hovorí: „Rovnako ako súd uviedol v rozsudku vo veci Defrenne v bode 12, tento princíp (pozn. – princíp rovnakého odmeňovania), ktorý je špecifickým vyjadrením všeobecnej právnej zásady rovnosti, ktorý zakazuje, aby sa s porovnateľnými situáciami zaobchádzalo rozdielne, ak nie je rozdielnosť objektívne odôvodnená, tvorí súčasť základov Spoločenstva.“ Som presvedčený, že ESD v tomto bode rozsudku len inými slovami vyjadril to, že rovnaké odmeňovanie, aj keď ide len o jedno z vyjadrení rovnosti, možno považovať za všeobecnú právnu zásadu komunitárneho práva. Rovnaký prístup použil ESD aj vo veci Mangold tým, že uznal zákaz diskriminácie na

107 Pozri bod 88 stanoviska Generálneho advokáta Mazáka vo veci C-411/05 Félix Palacios de la Villa *v* Cortefiel Servicios SA, doručené súdu dňa 15. februára 2007

108 Rozsudok ESD vo veci C-17/05 B.F. Cadman *v* Health & Safety Executive [2006] ECR I-9583

základe veku ako vyjadrenie všeobecnej zásady rovnosti za samostatnú všeobecnú právnu zásadu.

Generálny advokát v ďalšom texte svojho stanoviska vyjadril znepokojenie nad skutočnosťou, že „Súdny dvor neuznal, že smernica 2000/78 má horizontálny účinok, ale skôr preklenul jeho neexistenciu tým, že pripísal priamy účinok zodpovedajúcej všeobecnej právnej zásade práva."109 Podľa neho by mohla vzniknúť problematická situácia „ak by sa táto koncepcia obrátila prakticky hore nohami tým, že by sa všeobecnej právnej zásade práva Spoločenstva, ktorú – ako napr. v tejto veci – možno považovať za vyjadrenú v osobitnej právnej úprave Spoločenstva priznal taký stupeň samostatnosti, že by sa jej bolo možné dovolávať namiesto a nezávisle od tejto právnej úpravy."110 V zmysle bodu 138 jeho stanoviska by „taký prístup vyvolal nielen vážne pochybnosti vo vzťahu k právnej istote, ale tiež spochybnil rozdelenie kompetencií medzi Spoločenstvo a členské štáty a pridelenie právomocí Zmluvy vo všeobecnosti."

V podobnom duchu sa nesie aj stanovisko Generálneho advokáta Ruiz-Jarabo Colomer vo veci Michaeler111 zo dňa 24. januára 2008, ktorý súhlasí s vyššie uvedeným názorom generálneho advokáta Mazáka, pretože podľa neho vyššie uvedená aplikácia všeobecných právnych zásad „spôsobuje nielen nedostatok právnej istoty, ale aj deformuje charakter systému prameňov, čím mení typické komunitárne právne akty len na dekoratívne pravidlá, ktoré môžu byť poľahky nahradené všeobecnými právnymi zásadami."112

Podľa môjho názoru však vyššie uvedené názory vychádzajú z nesprávneho základu – z rozsudku v prípade Mangold vôbec nevyplýva, že by ESD priznal všeobecnej právnej zásade zákazu diskriminácie na základe veku horizontálny priamy účinok. ESD len uviedol nasledovné: „Vzhľadom na všetky predchádzajúce skutočnosti treba na druhú a tretiu otázku odpovedať tak, že právo Spoločenstva, najmä článok 6 ods. 1 smernice č. 2000/78, sa

---

109 Stanovisko Generálneho advokáta Mazáka vo veci C-411/05 Félix Palacios de la Villa *v* Cortefiel Servicios SA, doručené súdu dňa 15. februára 2007, bod 132

110 Pozri bod 132 stanoviska Generálneho advokáta Mazáka vo veci C-411/05 Félix Palacios de la Villa *v* Cortefiel Servicios SA, doručené súdu dňa 15. februára 2007

111 Stanovisko Generálneho advokáta Ruiz-Jarabo Colomer v spojenej veci C-55/07 a C-56/07 Othmar Michaeler Subito GmbH *v* Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (teraz Amt für sozialen Arbeitsschutz) Autonome Provinz Bozen a Ruth Volgger Othmar Michaeler Subito GmbH *v* Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (teraz Amt für sozialen Arbeitsschutz) Autonome Provinz Bozen, prednesené dňa 24.1.2008

112 Pozri bod 21 stanoviska Generálneho advokáta Ruiz-Jarabo Colomer v spojenej veci C-55/07 a C-56/07 Othmar Michaeler Subito GmbH *v* Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (teraz Amt für sozialen Arbeitsschutz) Autonome Provinz Bozen a Ruth Volgger Othmar Michaeler Subito GmbH *v* Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (teraz Amt für sozialen Arbeitsschutz) Autonome Provinz Bozen, prednesené dňa 24.1.2008

má vykladať tak, že odporuje takej vnútroštátnej úprave, aká je v spore vo veci samej, ktorá, okrem prípadov, keď existuje úzka väzba na predchádzajúcu pracovnú zmluvu na dobu neurčitú uzavretú s tým istým zamestnávateľom, umožňuje bez obmedzení uzavierať pracovné zmluvy na dobu určitú, ak pracovník dosiahol vek 52 rokov.“113

V nadväznosti na to ESD konštatoval, že „je na vnútroštátnom súde, aby zabezpečil plnú účinnosť všeobecnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku tým, že nebude aplikovať žiadne ustanovenie vnútroštátneho práva, ktoré je s ňou v rozpore, a to aj vtedy, ak lehota na prebratie smernice ešte neuplynula.“114

Nič vo vyššie citovanej formulácii záverov rozsudku nenaznačuje, že by sa medzi všeobecnou právnou zásadou a jednotlivcami vytváral priamy vzťah, a že je vnútroštátny súd povinný aplikovať všeobecnú právnu zásadu priamo namiesto odporujúcej vnútroštátnej právnej normy. Existujú predsa aj iné prostriedky a postupy, ktoré možno použiť za účelom dosiahnutia účinkov všeobecných právnych zásad vo vnútroštátnom právnom poriadku, a to okrem iného aj tie, ktoré ESD využil v skúmanom prípade: konformný výklad a vylúčenie aplikácie odporujúceho vnútroštátneho práva, nehovoriac o tzv. predbežnej dovolateľnosti komunitárneho práva podľa doktríny Inter-Environment, ktorú som spomenul vyššie.

Mám za to, že ESD využitím uvedených postupov poskytol navrhovateľovi vo veci samej minimálnu záruku, spočívajúcu v tom, že vzhľadom na to, že nie je možné očakávať účinnú aplikáciu komunitárnej smernice, je možné sa dovolávať všeobecnej právnej zásady zákazu diskriminácie na základe veku, vyjadrenej v čl. 1 dotknutej smernice, ale len s tým cieľom, aby bola vylúčená aplikácia nezlučiteľných vnútroštátnych právnych noriem.

ESD teda nepriznal všeobecnej právnej zásade priamy účinok v tom zmysle, že by táto právna zásada zakladala pre odporcu v konaní vo veci samej povinnosť nediskriminovať navrhovateľa vo veci samej s ohľadom na vek. Potvrdzuje to aj Martina Jánošíková, keď uvádza, že „slovenský súd, ak by bol v pozícii nemeckého súdu, ktorý položil predbežné otázky, a dostal by takú odpoveď, aká je obsiahnutá v rozsudku vo veci Mangold, by mal znova prerušiť konanie v zmysle čl. 144 ods. 2 Ústavy SR a podať návrh na ústavný súd na začatie konania o súlade právnych predpisov.“115

---

113 Rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981, bod 78

114 Pozri rozsudok ESD vo veci C-144/04 Werner Mangold *v* Rüdiger Helm [2005] ECR I-9981, bod 78

115 Jánošíková, M.: Poznámky k rozsudku „Mangold.“ In: *Výber z rozhodnutí Súdneho dvora Európskych spoločenstiev.* Bratislava: Iura Edition 2007, č. 1, s. 69

V súvislosti s chápaním inštitútu priameho účinku aktov komunitárneho práva zdieľam názor Denysa Simona o tom, že je potrebné prihliadať na existenciu rozličných foriem dovolateľnosti a k pôsobeniu záväzného účinku komunitárneho práva, ktoré nie je závislé len na štrukturálnom princípe priameho účinku komunitárneho práva v tradičnom zmysle slova, ale ktoré odráža aj štrukturálny princíp prednosti komunitárneho práva. Podľa Simona „vývoj vzťahov medzi komunitárnym právom a vnútroštátnymi právnymi poriadkami svedčí o tom, že sa obe kľúčové pojmy – priamy účinok a prednosť – spolu rozchádzajú, a že sa účinky komunitárneho práva pomaly a iste a bez akýchkoľvek ďalších prívlastkov sústreďujú okolo pojmu súdnej ochrany práv, ktorým sa rozumie schopnosť vnútroštátneho sudcu zabezpečiť účinnosť komunitárneho práva i súdnej ochrany jeho subjektov.“116 Simon dodáva, že „v závislosti na tom je možné dospieť nie k polarizácii, ale ku stupnici, ktorá začína minimálnou súdnou ochranou práv a končí posilnenou ochranou práv a v ktorej sa v porovnaní s tradičným delením založeným na pojme priamy účinok viac odráža súčasný stav judikatúry.“117

Aj keby však ESD rozsudkom vo veci Mangold priznal všeobecnej právnej zásade zákazu diskriminácie na základe veku priamy účinok v tradičnom ponímaní, nebolo by s ohľadom na predchádzajúcu judikatúru to nič prekvapivé ani výnimočné. Už v roku 1976 ESD v prípade Defrenne II konštatoval, že všeobecná právna zásada rovnakého odmeňovania mužov a žien sa vzťahuje nielen na činnosť orgánov verejnej moci, ale aj na kolektívne zmluvy, upravujúce prácu za mzdu, rovnako ako aj na zmluvy medzi jednotlivcami. V tomto duchu rozhodoval ESD aj v prípade Angonese.118 Navrhovateľ vo veci samej namietal rozhodnutie súkromnej banky, ktoré mu bránilo z dôvodu chýbajúceho jazykového osvedčenia v možnosti zúčastniť sa výberového konania na pracovné miesto v banke. Podľa neho bolo jazykové osvedčenie v rozpore so zákazom diskriminácie na základe štátnej príslušnosti podľa čl. 39 Zmluvy o ES. Berúc do úvahy dôležitosť uvedeného zákazu, ESD dospel k záveru, že sa tento vzťahuje aj na súkromné osoby.119

S poukazom na vyššie uvedené aspekty považujem dôvodenie ESD v rozsudku vo veci Mangold za presvedčivé, avšak s jednou podstatnou výhradou. Z textu rozsudku vôbec nie je zrejmé, v čom spočíva porušenie dotknutej všeobecnej právnej zásady. Vzhľadom na to, že v prípade

116 Simon, D.: Komunitární právní řád. Praha: ASPI, 2005, s. 357

117 Simon, D.: Komunitární právní řád. Praha: ASPI, 2005, s. 357

118 Rozsudok ESD vo veci C-281/98 Roman Angonese and Cassa di Risparmio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139

119 Pozri bod 36 rozsudku ESD vo veci C-281/98 Roman Angonese and Cassa di Risparmio di Bolzano SpA [2000] ECR I-4139

uvedenej smernice a všeobecnej právnej zásady nejde o identickú právnu úpravu, bolo namieste, aby sa ESD okrem uvedenia dôvodov inkompatibility vnútroštátnej právnej úpravy s čl. 6 ods. 1 smernice 2000/78, venoval aj tejto otázke.

Literature:

- De BÚRCA, G., CRAIG, P. P.: EU Law, 4. vyd. Oxford: Oxford University Press 2008
- GROUSSOT, X.: General Principles of Community Law. Groningen: Europa Law Publishing 2006
- JÁNOŠÍKOVÁ, M.: Poznámky k rozsudku „Mangold.“ In: Výber z rozhodnutí Súdneho dvora Európskych spoločenstiev. Bratislava: Iura Edition 2007, č. 1
- LAMAČKOVÁ, D.: Zákaz diskriminácie v Európskej únii. In: Výber z rozhodnutí Súdneho dvora Európskych Spoločenstiev. Bratislava: Iura Edition 2007, č. 1
- McCRUDDEN, CH., KOUNTOUROS, H.: Human Rights and European Equality Law. SSRN, 2006, s. 2. http://papers.ssrn.com /sol3/ papers.cfm?abstract_id=899682 (1.9.2009)
- PÍTROVÁ, L., POMAHAČ, R.: Průvodce judikaturou evropského soudního dvora, 1. díl. Praha: Linde Praha 2000
- RAITIO, J.: The Principle of Legal Certainty in EC Law. Dordrecht: Kluwer Law International 2003
- Rozsudok ESD v spoj. prípadoch 117/76 a 16/77 Albert Ruckdeschel & Co. and Hansa-Lagerhaus Ströh & Co. v Hauptzollamt Hamburg-St. Annen ; Diamalt AG v Hauptzollamt Itzehoe [1977] ECR 1753, bod 7
- Rozsudok ESD vo veci 106/83 Sermide SpA v Cassa Conguaglio Zucchero and others [1984] ECR 4209, bod 28
- Rozsudok ESD vo veci C-237/94 John O'Flynn v Adjudication Officer [1996] ECR I-2617, body 18 – 19
- Smernica Rady 76/207 zo dňa 9. februára 1976 o vykonávaní zásady rovnakého zaobchádzania s mužmi a ženami, pokiaľ ide o prístup k

zamestnaniu, odbornej príprave a postupu v zamestnaní a o pracovné podmienky, 1976, Úradný vestník (L39)

- Rozsudok ESD vo veci 98/86 Mathot [1987] ECR 27
- Rozsudok ESD vo veci C-19/92 Dieter Kraus v Land Baden-Württemberg [1993] ECR I-1663
- Rozsudok ESD vo veci C-280/93 Federal Republic of Germany v Council of the European Union [1994] ECR I-4973
- Rozsudok ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited v Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited v Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037
- Rozsudok ESD v spoj. prípadoch 103/77 a 145/77 Royal Scholten-Honig (Holdings) Limited v Intervention Board for Agricultural Produce; Tunnel Refineries Limited v Intervention Board for Agricultural Produce [1978] ECR 2037, body 26, 27 a 32
- Rozsudok ESD vo veci 261/81 Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA [1982] ECR-3961
- Rozsudok ESD v spoj. prípadoch C-267/88 a C-285/88 Gustave Wuidart and others v Laiterie coopérative eupenoise société coopérative and others [1990] ECR I-435
- Rozsudok ESD vo spoj. veciach 201/85 a 202/85 Marthe Klensch and others v Secrétaire d'État à l'Agriculture et à la Viticulture [1986] ECR 3477
- Rozsudok ESD vo veci 20/71 Luisa Sabbatini, née Bertoni, v European Parliament [1972] ECR 345
- Rozsudok ESD vo veci 21/74 Jeanne Airola v Commission of the European Communities [1975] ECR 221
- Rozsudok ESD v spoj. veciach 75/82 a 117/82 C. Razzouk and A. Beydoun v Commission of the European Communities [1984] ECR 1509
- SIMON, D.: Komunitární právní řád. Praha: ASPI, 2005

- TRIDIMAS, T.: General Principles of Community Law, 2. vyd. , Oxford: Oxford University Press 2006

Contact – email
jan.cipkar@atknet.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

UNIVERSAL PERIODIC REVIEW: EFFECTIVE MONITORING OF HUMAN RIGHTS STANDARDS?

MICHAL DAVALA

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Department of Law Approximation, Office of the Government of the Slovak Republic, Bratislava

Abstract in original language
Opisom štruktúry univerzálneho periodického hodnotenia Rady OSN pre ľudské práva sa autor pokúsi zodpovedať otázku, či môže toto nové hodnotenie slúžiť ako efektívna metóda kontroly ľudsko-právnych štandardov na univerzálnej úrovni. Rámec a charakter ľudsko-právneho preskúmania sú v tomto smere značne dôležité. Príspevok analyzuje pozadie univerzálneho periodického hodnotenia ako jednej z funkcií Rady pre ľudské práva, jeho postup a skorú prax.

Key words in original language
Rada OSN pre ľudské práva, univerzálne periodické hodnotenie, ľudské práva

Abstract
By describing the Universal Periodic Review of the United Nations Human Rights Council, author attempts to answer the question, whether this new review process could serve as an effective monitoring instrument of human rights standards at the universal level. The scope and character of the human rights scrutiny is of great importance in this regard. The contribution analyses background of the Universal Periodic Review as one function of the Human Rights Council, its procedure and early practice.

Key words
UN Human Rights Council, Universal Periodic Review, Human Rights

1. INTRODUCTION

The system of human rights protection at universal level can be divided into the treaty-based and charter-based one. For treaty as well as charter-based universal system certain level of dynamism is characteristic. With regard to treaty system the unification of treaty bodies and their procedures is discussed and steps towards unify monitoring treaty body are prepared.[1] The

[1] See Concept paper on the High Commissioner's proposal for a unified standing treaty body, HRI/MC/2006/2, 22 March 2006. For an analysis of possible method of achieving the reform of treaty bodies, see Michael Bowman, 'Towards a unified treaty body for

main reform of the charter-based universal system has been partly accomplished by creation of the Human Rights Council (Council).

The Council is from 2006 successor of the Commission on Human Right (Commission), which was the subsidiary body of the Economic and Social Council (ECOSOC) and operated from 1946. The new body is subsidiary organ of the General Assembly (GA).[2] This enables the Council to report directly to the General Assembly and bypass the ECOSOC, what was one of the aims of the Commission's reform.[3] Since GA will review the Council's status within five years, it is possible, that it will be promoted to the position of full United Nations (UN) organ in 2011. That would create three councils for the three principal areas of work of organization.[4] The Council has become "responsible for promoting universal respect for the protection of all human rights and fundamental freedoms for all, without distinction of any kind and in a fair and equal manner".[5]

2. HUMAN RIGHTS COUNCIL

The Council consists of forty-seven member-states elected directly and individually by secret ballot by the majority of the members of the GA.[6] It is slightly smaller than the Commission, but not expert body. Therefore, one can expect politicisation of the work in the future in geographic groups.[7] Members will serve for period of three years and will not be eligible for immediate re-election after two consecutive terms.[8] Membership is open to all UN member states and "contribution of candidates to the promotion and protection of human rights and their voluntary pledges and commitments" should be taken into account.[9] They should uphold the highest standards in

---

monitoring compliance with UN human rights conventions? Legal mechanisms for treaty reform' (2007) Human Rights Law Review 7 (1), pp 225-249.

[2] General Assembly Resolution 60/251,Human Rights Council, 15 March 2006 (A/RES/60/251), para 1.

[3] H. J. Steiner, P. Alston, R. Goodman, *International Human Rights in Context, Law, Politics, Morals* (OUP, Oxford 2007), 3rd edition, p 737.

[4] R Smith, Textbook on International Human Rights, Third edition (OUP, Oxford 2007), p 58.

[5] General Assembly Resolution 60/251, para 2.

[6] Ibid, para 7.

[7] The Council consists of 13 members from African States, 13 from Asian States, 6 from Eastern European States, 8 from Latin American and Caribbean States, and 7 from Western Europe and Other States. Ibid.

[8] General Assembly Resolution 60/251, para 2.

[9] Ibid, para 8.

the promotion and protection of human rights.[10] Taken into consideration the record of countries elected for the first period, it is clear that systematic violation of human rights did not disqualify states to be elected. However, some of the worst human rights offenders were not elected.[11] Safeguard against possibility to have the gross and systematic violator among the Council's members has been set up. Such a member may be suspended by two-thirds majority of GA members present and voting.[12] It will be interesting to observe, whether the Council will define what constitute gross and systematic violations of human rights. Some argued against explicit criteria limiting eligibility for membership, which could exclude states having doubts and reservations regarding human rights from necessary discussions about solid human rights consensus.[13]

Despite of original suggestion of UN Secretary General in 2005 to create smaller standing body[14], the Council does not have the permanent character. It meets regularly throughout the year for no fewer than three sessions per year for a total duration of no less than ten weeks.[15] This was welcomed as "a major step forward that will allow for more timely response to developing human rights situations".[16] It is also possible to hold special sessions, when needed, at the request of Council member with the support of one third of the Council membership.[17] That competence has been already utilised for twelve times until November 2009. No hesitation to use this tool might be the sign of capability to act promptly on situations which evoke international concerns. To compare with the Commission, which had this procedural instrument from 1990,[18] only five special sessions were held

---

[10] Ibid, para 9.

[11] F. J. Hampson, 'An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery' *Human Rights Law Review* 2007, 7(1), 7 – 27, p 14.

[12] General Assembly Resolution 60/251, para 8.

[13] N. Ghanea, 'From UN Commission on Human Rights to UN Human Rights Council: one step forwards or two steps sideways?' *International and Comparative Law Quarterly* 2006, 55 (3), 695 – 705, p 699.

[14] In larger freedom: towards development, security and human rights for all, Report of the Secretary General, General Assembly, 21 March 2005, A/59/2005, para 183.

[15] General Assembly Resolution 60/251, para 10.

[16] Human Rights Council: No More Business as Usual, Human Rights Watch, p 1; available at <http:// www.hrw.org /legacy/backgrounder/un/un0506/un0506.pdf > (accessed 10 June 2009).

[17] General Assembly Resolution 60/251, para 10.

[18] See ECOSOC Resolution 1990/48, 25 May 1990; ECOSOC Decision 1993/286: Procedure for special sessions of the Commission on Human Rights, 28 July 1993.

until its termination.[19] Novelty can be found in the 'Methods of Work' of the Council,[20] which poses the requirement of "results-oriented" special session. The outcomes should be practical, the implementation of which can be monitored and reported on the following regular session of the Council for possible follow-up decision.[21]

As successor of the Commission, the Council assumed all the Commission's mandates, mechanisms, functions and responsibilities in addition to the new ones.[22] In order to maintain a system of 'special procedures', expert advice and the complain procedure existed until 2006, the Council had additional temporary function; to review all assumed mandates, mechanisms, functions and responsibilities. The improvement and rationalisation could have been made, where necessary. This review process had to be completed within the on year time from 19 June 2006.[23] The working group has been created in order to achieve this goal.[24] After a few months of discussions in both the working groups to formulate agenda, programme of work, methods of work and rules of procedure and the working group to undertake the review, "it become obvious that, rather than striving to improve on what had been created under the Commission, the fight had become centred on how to preserve the protections offered by those mechanisms".[25] Finally, the Council adopted core framework for Special procedures, Complain procedure and Universal Periodic Review mechanism in scope of, so called,

---

[19] Available at <http://www2.ohchr.org/english/bodies/chr/special-sessions.htm> (accessed on 10 August 2009).

[20] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, (institution-building resolution), Part VI. Methods of Work.

[21] Ibid, D. Special sessions of the Council, para 128.

[22] Accordingly, the illustrative list of main functions includes: (a) to address situations of violations of human rights and make recommendations thereon; (b) to contribute towards the prevention of human rights violation; (c) to respond promptly to human rights emergencies; (d) to promote effective coordination and mainstreaming of human rights within UN; (e) to promote human rights education, learning, advisory services, technical assistance, and capacity-building; (f) to serve as a forum for dialogue on thematic issues on all human rights; (g) to make recommendations to the General Assembly for the development of international human rights law; (h) to make recommendations with regard to the promotion and protection of human rights; (i) to promote implementation of human rights obligations undertaken by states; (j) to follow-up to the human rights goals and commitments emanating from UN conferences and summits; (k) to undertake a universal periodic review; (l) to submit an annual report to the General Assembly. Ibid, paras 3 – 5.

[23] Ibid, para 6.

[24] Human Rights Council Decision 1/104, 30 June 2006, A/HRC/DEC/1/104.

[25] M. Abraham, Building the New Human Rights Council: Outcome and analysis of the institution-building year (Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva 2007), p 4.

'institutional building package' of 18 June 2007, which also includes Rules of Procedures, Agenda and already mentioned Methods of Work.[26] Main work has been accomplished, but specification of particular functions and configuration of competences has still taken place.

The review mechanism, complementing the reporting procedures before treaty bodies, was planed as measure that would help avoid the politicization and selectivity of the Commission's existing system.[27] The UN Secretary General accentuate requisite of "the notion of universal scrutiny". It is assumed, that if human rights screening of all UN member states is assessed by other member states, it can eliminate rebuke of double human rights standards. It would be irrelevant whether the country is small and without influential supporters; no one would be able to escape from a review.

3. CHARACTERISTIC OF UNIVERSAL PERIODIC REVIEW

Basic framework of the "Universal Periodic Review" (UPR) supported and approved by the GA requires the review of objective and reliable information of the fulfilment of human rights obligations and commitments in a manner which ensures universality of coverage and equal treatment with respect to all states.[28] One year after discussion on many proposals, the Council managed to adopt procedural requirements of the UPR.[29] Any hope for expert scrutiny of information has been dropped, since the UPR is explicitly "intergovernmental process".[30] However, it has to be conducted in "an objective, transparent, non-selective, constructive, non-confrontational and non-politicized manner".[31] It is cooperative mechanism where interactive dialogue plays major importance.[32] The country under review

---

[26] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1; Human Rights Council Resolution 5/2: Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/2.

[27] Explanatory note by the Secretary General, Addendum to the In larger freedom, Report of the Secretary General, General Assembly, 23 May 2005, A/59/2005/Add.1, paras 7 - 8.

[28] General Assembly resolution 60/251, 3 April 2006 (A/RES/60/251), para 5 (e).

[29] For analyses of preceding discussion see F. D. Gaer, 'A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body System' *Human Rights Law Review,* 2007, 7(1), 109 – 139.

[30] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 3 (d).

[31] Ibid, para 3 (g).

[32] Ibid, para 3 (b).

should be "fully involved", and "the level of development and specificities of countries" should be taken into account.[33] This general language, symptomatic of principles, will be used by some governments to excuse their pure human rights performance base, inter alia, on economical, political, religious or cultural grounds. It can be considered inappropriate for Human Rights Council to include such a formulation in its resolution, since "it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms."[34] There is nothing to indicate, that countries will not take particularities into account, but members of the Council should have minimal sympathy to it.

Moreover, the main UPR objective is the improvement of the human rights situation on the ground and not to justify low human rights status quo. Other objectives are: the fulfilment of the State's human rights obligations and commitments and assessment of positive developments and challenges faced by the State; the enhancement of the State's capacity and of technical assistance, in consultation with, and with the consent of, the State concerned; the sharing of best practice among States and other stakeholders; support for cooperation in the promotion and protection of human rights; the encouragement of full cooperation and engagement with the Council, other human rights bodies and the Office of the High Commissioner for Human Rights.[35]

The obligations reviewed periodically are those emerged from the UN Charter, the Universal Declaration on Human Rights, human rights instruments to which a state is party, voluntary pledges and commitments made by states, and from international humanitarian law. While reference to "specificities of the countries" taken into account could not have positive effect on 'soft law' development, to classify the Universal Declaration on Human Rights as basic document constituting the states' human rights obligation is, per se, very positive step towards its legal bindingness in international human rights law. From the broader international law perspective, the inclusion of "applicable international humanitarian law" could be also seen as quite constructive, since some countries still argue the mandate of charter-based human rights bodies to act in this area.[36]

---

[33] Ibid, para 3 (e), (l).

[34] Vienna Declaration and programme of Action, World Conference on Human Rights, 25 June 1993, General Assembly, A/CONF.157/23, para 5.

[35] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 4.

[36] See P. Alston, J. Morgan-Foster, W. Abresch, 'The Competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial

4. PROCEEDING

The UPR is conducted mainly in the Working Group on Universal Periodic Review (Working group), which consists of all the Council's member states. Forty-eight states will be review per year during three sessions of the Working group of two weeks each according to "order of review". The first states were chosen by the lots from each regional group. Alphabetical order should be applied beginning with those countries thus selected, unless other countries volunteer to be reviewed. In practice, firs states to be review in firs year of UPR in operation are the Council members and observers.[37]

Following phases of the UPR could be distinguished:

1. preparation of the information;

2. the review itself;

3. outcome document adopted by the Working group;

4. consideration and adoption of the UPR outcome by the Council;

5. follow-up by reviewed states on implementation the outcome.[38]

4.1 PREPARATION OF THE INFORMATION

Basis of the UPR is the review of objective information, that is: the national report; the compilation of information contained in the reports of treaty bodies, special procedures, and other UN documents; and the summary of credible and reliable information provided by other relevant stakeholders[39] The national report is prepared by state concerned and should not exceed 20 pages. States are encouraged to prepare the information through a broad consultation process at the national level with all relevant stakeholders. It is expected that countries will consult the national report at least with all non-governmental organisations (NGOs) at national level working in human

---

executions in the "war on terror"' *European Journal of International Law* 2008, 19 (1), 183 – 209.

[37] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, paras 5 - 12.

[38] Information and Guidelines for relevant stakeholders on the Universal Periodic Review mechanism, Office of the High Commissioner for Human Rights, July 2008, para 4; available at <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Documents/TechnicalGuide EN.pdf> (accessed on 10 July 2009).

[39] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 15.

rights field. In addition to this, other organisations belonging to civil society in the country can be regarded as "relevant" and should participate in the consultation process. In practice, some states restricted consultations only to NGOs (Netherlands, Slovakia), while others consulted also professional organisations of lawyers, judiciary or journalists (Tunisia) and members of civil society expert in human rights (United Kingdom).[40] Nevertheless, not only broad exchange of views is important. In attempt to present realistic picture of the country's human rights record, state concerned will need to take into account suggestions and information provided by relevant stakeholders. The national report should thus evolve as objective as possible.

To balance the national report, the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR) will present two sets of document; the compilation of information contained in UN documents and the summary of credible and reliable information. Both of them shall not exceed 10 pages. The compilation of information from the UN documents will contain the reports of treaty bodies, special procedures, including observations and comments by the State concerned, and other relevant official UN documents. The summary of credible and reliable information from relevant stakeholders may include NGOs, National Human Rights Institutions, human rights defenders, academic institutions ad research institutes, regional organization, as well as civil society representatives. Quite exact requirement for information submitted were adopted by the Council itself, e. g. to cover a maximum four-year time period, submitted no longer than five pages etc.[41] Since some states expressed strong opposition to the proposition that OHCHR should analyse the information[42], it should only summarize and compile them. Some degree of evaluation and analysis will be however necessary in the line to make compact summary of 10 pages, which will avoid duplication of information.

4.2 THE REVIEW ITSELF

Centre of the review itself is an "interactive dialogue" between the country review and members of the Council. During the interactive dialogue in the Working group as well as before adoption of outcome, states have opportunity to present replies to questions or issues. Review is facilitated

---

[40] See National Reports available at <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/Documentation.aspx>.

[41] See Human Rights Council Decision 6/102, 27 September 2007, A/HRC/DEC/6/102, Part I: General Guidelines for the preparation of information under the Universal Periodic Review; Information and Guidelines for relevant stakeholders on the Universal Periodic Review mechanism, OHCHR, July 2008.

[42] M. Abraham, Building the New Human Rights Council: Outcome and analysis of the institution-building year (Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva 2007), p 38.

by, so called, 'troika' – a group of three rapporteurs of the Council's members from different regional groups. 'Troika' prepares the report of the Working group and also transfers the question of the observer states or other stakeholders to the state under review.[43] Formal division of UPR process between the Working Group and the Council will release more time of the Council's plenary session for other agenda items. The lack of speaking and meeting time, which is essential for genuine and substantive dialog, had imposed serious restrictions on the ability of the Commission to function effectively.[44] Short time for NGOs caused that there was no guarantee for statements to be adequately listened to, discussed, or acted upon in the Commission's agenda.[45] Now, there is no guarantee for that either, but NGO's statements can be more focused on each country. Structure of UPR allows Council's members to meet outside Council's session. Each country will be reviewed for three hours in the working group.[46] NGOs and NHRI may attend the review in the Working group. It will allow them to raise issues they identify as important within particular state, in right forum.

4.3 OUTCOME ADOPTED BY THE WORKING GROUP

Working group adopts the report on country reviewed. Additional half an hour will be allocated for the adoption.[47] A content of the report is not specified. In practice, these reports include presentation by the state under review, summary of interactive dialogue and responses by the state, and conclusions and recommendations. The cooperative character is genuine in this regard. The report includes variety of recommendations made individually by states, thought recommendations do not express position of Working group as a whole. This approach forestalls its politicization.

---

[43] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, paras 18 – 21.

[44] A. J. Almeida, Backgrounder on the reform of the United Nations Commission on Human Rights (Rights and Democracy: International Centre for Human Rights and Democratic Development, Montreal, 2005), p 31.

[45] M. Abraham, A new chapter for human rights. A handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council (International Service for Human Rights and Friedrich Ebert Stiftung, Geneve 2006), p 93.

[46] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 22.

[47] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 23.

4.4 UPR OUTCOME ADOPTED BY THE COUNCIL

The role of the Council, sitting in plenary during the annual session, is restricted to adoption of final outcome in form of report. Up to one hour will be allocated for its consideration. The report has to include a summary of the proceeding, conclusions, recommendations, and the voluntary commitments of the state concerned. It may also include assessment of human rights situation in the country and sharing of best practices.[48] In practice, it includes also state's replies presented before the adoption of the outcome by the plenary to questions or issues that were not sufficiently addressed during the interactive dialogue in the Working Group. Members of the Council, observer states, NGOs and NHRI may express their views and make comments before outcome is adopted.[49]

There should be no accusation made that UPR will duplicate the reporting procedure before treaty bodies. Not only because it should, expressis verbis, represent an added value and complement other human rights mechanism,[50] but also because the UPR has different character and purpose.[51] Recommendations made under UPR will not create unify approach to state obligations, since UPR reference documents and legal duties vary significantly. Some states were already urged in UPR outcome to follow their human rights obligations within regional organizations, while others were urged to ratify even basic international instruments. The level of expertise of expert bodies can not be replaced by scrutiny of governments. Further, the examination of compliance with any norm contained in human rights treaties inside UPR should not occurs "in order to protect the integrity of the treaty procedures".[52] The UPR represents additional political pressure in order to implement expert recommendations of treaty bodies. This kind of pressure can be more useful in international arena than pure expert decisions. The UPR has, therefore, real potential to complement and follow-up work of expert treaty bodies.

---

[48] Ibid, paras 26 - 27.

[49] Ibid, paras 30 – 31.

[50] HRC Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 3 (f).

[51] For analysis of reporting procedure under ICCPR, see e. g. : D McGoldrick, *The Human Rights Committee, Its Role in the Developmnet of the International Covenant on Civil and Political Rights* (Clarendon Press, Oxford 1991), reprinted 2001, pp 62 – 119.

[52] F. J. Hampson, 'An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery' (2007) *Human Rights Law Review* 7(1), 7-27, p 17.

4.5 FOLLOW-UP

The UPR outcome contains all the recommendations included in the Working group's report. In other worlds, recommendations are included in the UPR outcome without voting about them rather than being formulated by sensitive and secrete political discussions. Recommendations without support of the state concerned are identified in the outcome. States make clear objections against such recommendations. No argument on voluntary or indirect agreement with obligations can be made. That means there is any kind of strict legal follow-up procedure. The legal character and force of obligations undertaken by states, if any, is more than unclear. It is stated, that UPR outcome "should be implemented primarily by the State concerned".[53] Unfortunately, follow-up process is formulated very weakly. It is only required that subsequent review focus, inter alia, on the implementation of the preceding outcome.[54] On the other hand, the Council may "decide if and when any specific follow-up is necessary". Moreover, it may address "cases of persistent non-cooperation with the mechanism" after exhausting all efforts to encourage a state to cooperate with the UPR.[55] This provision can be describe as "one of the most significant victories on the UPR",[56] even thought it is not apparent yet how will 'specific follow-up', or other action taken, look like. This possibility will come for the Council after the first round of UPR, when compliance with recommendations in UPR report will be reviewed. Since first cycle will take four years, from 2008 to 2011, it is not expected that the Council will consider any specific action before that time. It is, however, very important, that the Council has possibility and mandate to develop its practices or guidelines to deal with non-cooperative states.

5. CONCLUSION

The co-operational attitude is inclined to whole UPR. The international community is expected to assist states in implementing the recommendations and conclusions regarding capacity-building and technical assistance. The state concerned has to be consulted and has to consent with such assistance.[57] Furthermore, the Council requested the Secretary General to establish two UPR trust founds: one to facilitate the participation of

[53] Ibid, para 33.

[54] Ibid, para 34.

[55] Ibid, para 38.

[56] M. Abraham, Building the New Human Rights Council: Outcome and analysis of the institution-building year (Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva 2007), p 41.

[57] Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1, Part I: Universal Periodic Review Mechanism, para 36.

developing countries in the UPR and second to help countries implement recommendations emanating form the UPR.[58] This would allow countries' delegations to prepare adequately and answer the question more accurately during the interactive dialogue. Great difference could be seen in this regard during the first year in operation. Some state delegations participated in the discussion in Geneva consisted of up to thirty members, while other states were advocated only by one person. Many states have repeatedly stressed that not compliance with human rights obligations is not due to the lack of respect but due to the lack of financial and human resources. The UPR, therefore, represents mechanism which can practically assist countries.

To sum up, the UPR can be effective tool for monitoring of human rights standards, when state is willing to improve its human rights behaviour. For example, Bahrain – the very first country examined by UPR – decided to create participatory review processes to share good practice and experience on enhancing of human rights situation in other countries; to developed media and communication strategy to encourage awareness of civil society in follow-up; to develop and adopt action plan to implement UPR outcome.[59] Voluntary pledges could be good example how to use the review. It can be helpful mechanism even when state is willing but unable to change systematic approach to human rights because of technical and economical background. However, it is not strong mechanism in case of state that violates human rights deliberately. On the other hand, no country may ignore the UPR, since the voice of international society towards human rights is heard equally.

Literature:

- Abraham, M.: A New Chapter for Human Rights: A Handbook on Issues of Transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council (Friedrich-Ebert-Stiftung and International Service for Human Rights, Geneva 2006).
- Abraham, M.: Building the New Human Rights Council: Outcome and analysis of the institution-building year (Friedrich-Ebert-Stiftung, Geneva 2007).

[58] Human Rights Council Resolution 6/17: Establishment of funds for the universal periodic review mechanism of the Human Rights Council, 28 September 2007, A/HRC/RES/6/17.

[59] See National Report Submitted in accordance with paragraph 15 (A) of the Annex to Human Rights Council resolution 5/1 (Bahrain), Human Right Council, Working Group on the Universal Periodic Review, 11 March 2008, A/HRC/WG.6/1/BHR/1.

- Almeina, A. J.: Backgrounder on the reform of the United Nations Commission on Human Rights (Rights and Democracy: International Centre for Human Rights and Democratic Development, Montreal 2005).
- Alston, P., Morgan-Foster, J., Abresch, W.: The Competence of the UN Human Rights Council and its special procedures in relation to armed conflicts: extrajudicial executions in the "war on terror", European Journal of International Law 2008, 19 (1), 183 – 209.
- Bowman, M: Towards a unified treaty body for monitoring compliance with UN human rights conventions?, (2007) Human Rights Law Review 7(1), 225-249.
- Gaer, F. D.: A Voice Not an Echo: Universal Periodic Review and the UN Treaty Body Systém, Human Rights Law Review, 2007, 7(1), 109 – 139.
- Ghanea, N.: From UN Commission on Human Rights to UN Human Rights Council: one step forwards or two steps sideways?, International & Comparative Law Quarterly, 2006 55(3), 695-705.
- Hampson, F. J.: An Overview of the Reform of the UN Human Rights Machinery, (2007) Human Rights Law Review 7(1), 7-27.
- Smith, R.: Textbook on International Human Rights, Third edition (OUP, Oxford 2007).
- Steiner, H. J., Alston, P, Goodman, R.: International Human Rights in Context, Law, Morals, Third edition (OUP, Oxford 2007).

Documents

- General Assembly resolution 60/251, 15 March 2006 (A/RES/60/251).
- Human Rights Council Resolution 5/1: Institution-building of the United Nations Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/1.
- Human Rights Council Resolution 5/2: Code of Conduct for Special Procedures Mandate-holders of the Human Rights Council, 18 June 2007, A/HRC/RES/5/2.

- Human Rights Council Decision 1/102, 30 June 2006, A/HRC/DEC/1/102.
- Human Rights Council Decision 1/104, 30 June 2006, A/HRC/DEC/1/104.
- Human Rights Council Decision 6/102, 27 September 2007, A/HRC/DEC/6/102.
- In larger freedom: towards development, security and human rights for all, Report of the Secretary General, General Assembly, 21 March 2005, A/59/2005.
- Explanatory note by the Secretary General, Addendum to the In larger freedom, Report of the Secretary General, General Assembly, 23 May 2005, A/59/2005/Add.1.
- Human Rights Council: No More Business as Usual, Human Rights Watch; available at <http:// www.hrw.org/legacy/backgrounder/un/un 0506/un0506.pdf > (accessed 10 June 2009).
- ECOSOC Resolution 1990/48, 25 May 1990.
- Vienna Declaration and programme of Action, World Conference on Human Rights, 25 June 1993, General Assembly, A/CONF.157/23.
- Information and Guidelines for relevant stakeholders on the Universal Periodic Review mechanism, Office of the High Commissioner for Human Rights, July 2008.

Contact – email
davala05@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EUROPEAN NOTARIAT'S INTEGRATION IN THE EUROPEAN JUDICIAL NETWORK IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS

RALUCA NICOLITA DAVITOIU

Faculty of Juridical Sciences, University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract
The Council of the Notariats of the European Union confirms its intention to make a positive contribution to the construction of the European Judicial Area in civil matters. The main objective is to make procedures easier for citizens and businesses. The notariat's integration in the Network will help to achieve this objective and improve the functioning of the Network. Consequently, the Council of the Notariats of the European Union welcomes the European Commission's proposal to further integrate the legal professions in this network and, more specifically, the notariat as public officials, issuers of public documents that circulate in the European Union in the same way as judgements.

Key words
European integration; European notariat's integration; liberal professions.

A European Judicial Network (hereafter'Network') in civil and commercial matters was established following Council Decision No 2001/470/EC of 28 May 2001. Since its creation, this Network has been the subject of several assessment meetings. At the meetings of 13 December 2005 and 6 June 2006, the European Commission put on the agenda the possibility of integrating the professional services in the Network. The CNUE attended these meetings representing its 19 member notariats and wishes to respond to the European Commission's questions on the subject.

1. THE NOTARIAT'S PARTICIPATION IN THE NETWORK'S ACTIVITIES BRINGS ADDED VALUE FOR CITIZENS AND BUSINESSES.

In line with the objectives of the Hague Programme for freedom, security and justice and improved access to the law for citizens – particularly with regard to cross-border legal relations – the CNUE would be pleased to see the Network gradually being opened up to the legal professions[1]1, as initiated by the European Commission, and particularly to civil law notaries,

[1] Report on the application of Council Decision No 2001/470/EC establishing a European Judicial Network in civil and commercial matters, COM (2006)203 of 16 May 2006, point 4.2.

who are public officials, issuers of public documents that circulate in the European Union in the same way as judgements. Moreover, in his speech in Brussels on 26 April 2006, the Vice-President of the European Commission, Franco Frattini, specified that civil law notaries in particular could and should be further integrated into the activities of the Network to this end. The European notariat's participation in the Network can bring added value for citizens and businesses in Europe thanks to the delegation of judicial cooperation missions provided for by Community legislation In accordance with the objectives cited in Recital 6 of Decision 2001/470/EC of 28 May 2001 on the improvement, simplification and acceleration of effective judicial cooperation between the Member States, the notariat's participation in the Network's activities is of practical use in legal practice in the EU and will help the Network achieve its goals.

1. The notariat can contribute to simplifying procedures within the Network by using not only significant IT tools but also through close cross-border cooperation and pre-existing contacts. The notariat can help accelerate procedures within the network by having few intermediaries in cross-border contacts and through the use of new technologies (already widespread within the notariat). Finally, the notariat's participation in the Network could result in an improvement in the network and in judicial cooperation. The notariat's participation supports the quality of judicial cooperation in the Network, notably through better transposition of Community instruments. Moreover, an improvement in notarial services provided for citizens can be anticipated.

2. Furthermore, positive effects could result for example from enhanced and structured cooperation between notarial organisations in cross-border affairs. This would also allow the creation of new possibilities to improve civil law notaries' cooperation with other members of the Network, such as judges.

3. Extrajudicial procedures figure amongst the EU institutions' policy priorities in civil justice matters. The civil law notary acts as a public official and helps lessen the courts' workload by offering preventive justice. The notariat's future membership of the Network can fill the gap that currently exists within the Network in dispute prevention procedures and, because of its specific role, it will be able to simplify effective judicial cooperation between Member States. Recourse to alternative dispute resolution and the role of the civil law notary therein is worth special attention.

4. The notariat already carries out important tasks such as those mentioned in Regulations 2001/44/EC ('Brussels I') and 2004/805/EC (European Enforcement Order). With the progressive integration of the EU's policy in justice matters, it is possible that other tasks will be delegated to civil law notaries in order to use up the potential available to speed up and enhance judicial cooperation between Member States.

2. EXAMPLES OF THE NOTARIAT'S FIELDS OF ACTIVITIES WITHIN THE NETWORK

1. Article 3 of Decision 2001/470/EC of 28 May 2001 sets out the Network's missions and activities and states the activities in which the notariat's integration in the Network would be particularly beneficial, such as:

    a. the smooth operation of procedures having a cross-border impact and the facilitation of request for judicial cooperation between the Member States, in particular where no Community or international instrument is applicable;

        i. Settling successions

        ii. The trade register and company law

        iii. The land registers and real estate transfers

        iv. Family law, notably in the area of divorce and matrimonial property regimes

        v. Mediation procedures

    b. The effective and practical application of Community instruments or conventions in force between two or more Member Sates, such as:

        i. Regulation of 22 December 2000 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters ('Brussels I' Regulation No 2001/44/EC)

        ii. Regulation of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims ('European Enforcement Order' Regulation No 2004/805/EC).

3. LEGAL BASIS

1. Article 2 of Decision 2001/470/CE already offers two possibilities for the notariat's participation in the Network through identification or designation by the Member States:

    a. Article 2 paragraph 1(b) states that the Network shall be composed of central bodies and central authorities provided for in Community instruments or instruments of international law;

b. Article 2, paragraph 1(d) of Decision 2001/470/EC[2] is already a possible legal basis for the notariat's participation in the Network as a member.

2. As stated in the European Commission's report, the notariat and other legal professions have already been integrated into the Network by some Member States, such as:

   a. in France where the notariat has been designated as a 'central authority' within the meaning of Article 2, paragraph 1(b) of Decision 2001/470/EC[3]

   b. in the Czech Republic where the legal professions have been well integrated as members of the Network according to Article 2 paragraph 1(d). Through this creation, an 'interface' with the legal professions has been established within the national contact point.

4. DETAILED CNUE PROPOSALS

1. In practice, the notariat can contribute to the Network's activities in the following ways:

   a. Suggestions with a view to integrating the notariat in the Network

      i. Designate the notariat as a 'central authority' in the context of the competences of each notariat at national level in accordance with the Community instruments (e.g. 1972 Basel Convention; European Enforcement Order; Article 2 paragraph 1(b) of Decision 2001/470/EC);

      ii. Designate the notariat as 'another legal or administrative authority' in order to participate in the Network (Article 2, paragraph 1(d) of Decision 2001/470/EC);

      iii. Create direct access for the notariat to the Network's national contact points;

---

[2] The Network is composed of any other appropriate judicial or administrative authority with responsibilities for judicial cooperation in civil and commercial matters whose membership of the Network is considered to be useful by the Member State to which it belongs.

[3] The Conseil supérieur du notariat français is designated as a liaison body in the framework of the application of the Basel Convention of 16 May 1972 on the Establishment of a Scheme of Registration of Wills (see declaration relating to Article 3 of the abovementioned convention, deposited in the instrument of approval of 20 September 1974).

iv. Ensure access to the CIRCA Intranet for the person responsible from the national notariat;

The notariat's participation in meetings of the Network's members;

b. The notariat's commitment to implement the following measures:

i. The progressive setting up of a 'network of delegates for the Network' from national notarial organisations (interlocutors for the notariat) to begin coordinated cooperation and deal with cross-border legal questions; the beginning of a pilot project that could be extended progressively to all CNUE members;

ii. Add to the Network's website, for example European and national factsheets directly concerning the notariat;

iii. Ensure access to information on the national notarial organisations' websites in a language other than their respective national languages;

iv. Designate a contact person from the CNUE for cooperation with the European Commission.

5. CONCLUSIONS

The CNUE confirms its intention to make a positive contribution to the construction of the European Judicial Area in civil matters. The main objective is to make procedures easier for citizens and businesses. The notariat's integration in the Network will help to achieve this objective and improve the functioning of the Network. Consequently, the CNUE welcomes the European Commission's proposal to further integrate the legal professions in this network and, more specifically, the notariat as public officials, issuers of public documents that circulate in the European Union in the same way as judgements.

Contact – email
bnp_davitoiu@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY ON DECISION MAKING OF THE ECJ IN THE AREA OF FUNDAMENTAL RIGHTS PROTECTION

JAN JIRÁSEK

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá vlivem principu subsidiarity na rozhodovací činnost Soudního dvora Evropských společenství zvláště v oblasti ochrany základních práv. Soudní dvůr neplní svou funkci při kontrole dodržování tohoto principu v jeho užším smyslu jinými orgány EU a rovněž tento princip neaplikuje na svoji vlastní aktivistickou rozhodovací činnost. Při posuzování principu subsidiarity v jeho širším smyslu je zřejmé, že zatímco procedurální rovina tohoto principu – vyčerpání místních opravných prostředků – není v případě Soudního dvora aplikovatelná, jeho hmotněprávní rovina (včetně doktríny margin of appreciation) může jistou roli při ochraně základních práv Soudním dvorem hrát.

Key words in original language
Princip subsidiarity; Soudní dvůr Evropských společenství; ochrana základních práv.

Abstract
This contribution focuses on influence of the principle of subsidiarity on the decision making of the European Court of Justice (ECJ) especially in the area of fundamental rights protection. It is argued that the ECJ does not fulfill its function in controlling the observance of the principle in its narrow sense by other EU bodies and that the ECJ does not apply the principle to its own activist rulings. Considering the wide sense of the said principle, it is clear that while application of the procedural part of the principle – exhaustion of local remedies – is not possible in the case of the ECJ, the material part of this principle (including the margin of appreciation doctrine) may play certain role in protection of fundamental rights by the ECJ.

Key words
Principle of subsidiarity; European Court of Justice; fundamental rights protection.

1. INTRODUCTION

The principle of subsidiarity has been part of the European law since the beginning of the 90s. Its fundamental function has been to help with distribution of powers between the European Union and the Member States. Since its introduction, the principle has undergone a massive development in the foundation treaties and it was also included in the Charter of

Fundamental Rights of the European Union. I argue that this principle could influence the fundamental rights protection. Since the ECJ plays a central role in protection of fundamental rights in the EU, this contribution aims to examine the relationship between the principle of subsidiarity and the ECJ especially in this area.

2. THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

The general definition or description of the principle of subsidiarity has been submitted by number of authors. As an illustration it is worth to mention at least two of them. According to G. A. Bermann the subsidiarity expresses *"a preference for governance at the most local level consistent with achieving government's stated purposes"*. The principle of subsidiarity in this sense promotes a number of values, e. g. political liberty, flexibility or diversity.[1] Similarly, J. Finnis submits that in larger communities the decision-making process is estranged to those who will apply such decisions. There fore the larger communities should not appropriate functions which may be efficiently administered and executed by smaller units.[2] Apart of these definitions, one can not leave out of consideration the encyclical letter of pope Lev XIII *"Rerum novarum: On Capital and Labor"*[3] and the encyclical letter of pope Pius XI *"Quadragesimo Anno,"*[4] The formulations of principle of subsidiarity in these encyclical letters are operative even today. On the basis of two different views of the encyclical letters, it is theoretically possible to discern so-called positive and negative concept of subsidiarity. The positive concept corresponds to the possibility or even necessity of intervention by a larger (superior) community toward a smaller (inferior) one. The negative concept means a limitation of powers of the larger community toward the smaller one.

I argue that in the area of European law (including the field of fundamental rights) it is possible to generally discern the principle of subsidiarity in its

---

[1] Bermann, G. A.: Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States. Columbia Law Review, 1994, Vol. 94, No. 2, pp. 339 – 344.

[2] Finnis, J.: Natural Law and Natural Rights. Oxford: Clarendon Press, 1980, reprint 2003, pp. 147. Cited from Barinka, R.: Evropská úmluva o lidských právech a doktrína margin of appreciation. Doctoral thesis, 2007, available from http://is.muni.cz/th/9687/pravf_d/.

[3] Lev XIII.: Rerum Novarum. Encyclical Letter on Capital and Labor [cited 1. 11. 2009]. Available from http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum novarum_en. html.

[4] Pius XI.: Quadragesimo Anno: Encyclical Letter on Reconstruction of Social Order [cited 1. 11. 2009]. Available from http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html. For detailed analysis of development of the subsidiarity principle as a philosophical concept see Millon-Delsol, Ch.: L' État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondemements de l'histoire européenne. Paris : Preses Universitaires de France, 1992, pp. 15 – 60.

narrow sense and in its wide sense. The narrow meaning of the principle could be found in article 5 paragraph 2 of the Treaty Establishing the European Community (TEC) which states:

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.[5]

There is also a special Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality attached to TEC which states detailed conditions to be examined when assessing consistency of certain action with the principle of subsidiarity. The narrow meaning of the said principle is concerned with the non-exclusive competence of the Community (Union). I argue in a different place that the area of fundamental rights protection may be in its majority included in the non-exclusive competence of the Union.[6] It follows that most actions of the Union in the fundamental rights protection should be in principle subjected to the subsidiarity test.

The principle of subsidiarity in its wide sense could be found in the preamble of the Treaty on European Union (TEU):

"(…) Resolved to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as closely as possible to the citizen in accordance with the principle of subsidiarity (…)"[7]

Similar mentions are present also in The Charter of Fundamental Rights of the European Union. The wording of the TEU preamble seems to be clearly wider than the definition of the principle of subsidiarity in article 5 paragraph 2 TEC. In my opinion, the wide sense of the principle of subsidiarity in the European law is close to the general meaning of subsidiarity described above.[8] In the field of fundamental rights, however,

---

[5] The Lisbon Treaty moved the definition of subsidiarity principle into article 5 paragraph 3 of the Treaty on European Union. The wording of the definition was slightly changed (a regional level of governance was expressly mentioned), however this "cosmetic adjustment" will probably have no effect on the practical application of the principle.

[6] Jirásek, J.: Sekundární normotvorba EU v oblasti ochrany základních práv a princip subsidiarity, Právní rozhledy, Praha: C. H. Beck, Vol. 17, No. 12, 2009, pp. 435 – 436.

[7] The Lisbon Treaty did not amend or change the TEU preamble.

[8] C.f. Schilling, T.: Subsidiarity as a Rule nad a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously. Jean Monnet Working Paper, 1995 [cited 14. 11. 2009]. Available from http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/ 95/9510ind.html. Schilling discerns the subsidiarity in its narrow meaning in article 5 paragraph 2 TEC and in its wider meaning in the TEU preamble. It is however not entirely clear whether he identify the wider meaning of the principle in European law with the general sense of the principle (as defined e. g. in the above mentioned encyclical letters).

the wide reading of the principle in question has a special connotation which will be discussed in part four of this contribution.

3. THE ECJ AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN ITS NARROW SENSE

The narrow meaning of the principle of subsidiarity (as described in art. 5 paragraph 2 TEC) affects the ECJ in two ways. First, its task is to ensure that in the interpretation and application of the fundamental Treaties the law is observed (art. 220 TEC). This means inter alia that in the review procedure the ECJ must control whether the reviewed act has been adopted with due regard to the principle of subsidiarity. Second, the activist role of the ECJ raises an immodest question whether the principle of subsidiarity should be also applicable on its own decision making, i. e. whether the words "Community shall take action" in art. 5 par. 2 covers also the ECJ and its rulings. In the following parts of this contribution I shall examine both these issues with special regard to the fundamental rights protection.

3.1 THE ECJ AS A BODY ENFORCING THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY TOWARDS OTHER EU BODIES

It is true that inserting the subsidiarity principle into the founding Treaties was welcomed with great expectations, especially by opponents to federalization of the Union. However, it is also true that the ECJ did absolutely frustrate anyone who believed in some magic power of the said principle. Simply, although breach of this principle by legislative bodies of the Union has been pleaded several times before it, the ECJ has never annulled any act on the basis of disregarding the principle of subsidiarity, nor it has established any test that would specify steps to be taken by the ECJ when examining observance of the principle in question.

From comparative point of view it is true that similar provisions on subsidiarity contained in constitutions of federative states are treated by the constitutional courts with problems and timidity. However, last decade shows that some changes in this respect were undergone by the US Supreme Court[9] and the Constitutional Court of Germany. The case law of the last mentioned court on the subsidiarity issues even led the German Parliament to adopt a constitutional amendment which restricted the powers of the German Constitutional Court with respect to adjudication of the compliance of federal acts with the said principle.[10]

---

[9] Sander, F.: Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a Substantial Step towards EU Federalism. Columbia journal of European Law, Vol. 12, 2006, pp. 551 - 555.

[10] For overview and critics see Taylor, G.: Germany: A Slow death for Subsidiarity? International Journal of Constitutional Law, Vol. 7, 2009, pp. 139 - 154.

Some authors argue that the principle of subsidiarity is not justiciable since it is a political principle and requires assessment of issues which are better solved by the legislative bodies than by the judiciary.[11] I argue that the principle of subsidiarity is not more political than the principle of proportionality which is regularly used by courts. More over, it is not clear why the ECJ does not control at least formal compliance with the principle (i. e. each legal act must contain reasons that it is in accordance with the principle of subsidiarity). Further more, the Court can certainly (and without remarkable difficulties) seek to verify whether the EU institutions themselves really examined the possibility of alternative remedies at or below Member State level.[12] In my opinion, it is not sufficient if the EU legislator only states that the EU must act since it is better than individual actions by Member States.

The ECJ's attitude towards subsidiarity principle does not differ in any way in the area of fundamental rights protection. It is then inevitable to come to a conclusion that legislative and other EU acts concerning fundamental rights protection are not in fact subject to the principle of subsidiarity: the unification of fundamental rights in the EU level is therefore possible.

3.2 THE ECJ AS A BODY SUBJECTED TO THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY

The above mentioned wording of art. 5 par. 2 TEC would seem to be primarily addressed to institutions and bodies of the Union concerned with legislation or with issuing administrative decisions. However, this narrow interpretation of the said article blunts the effect of the principle of subsidiarity because of two important facts. First, as demonstrated above, there is no real control over adhering this principle by legislative and administrative bodies, since the ECJ has failed to do this. Second, it is a well-known truth that the ECJ often takes recourse to a wide reading of the foundation Treaties and of the secondary legislation and such interpretation itself may be in antagonism toward the subsidiarity principle.

G. A. Berman when examining the possible functions of subsidiarity in practice concludes that "[i]*f the Council or Commission may be presumed to observe the principle of subsidiarity in adopting legislation, then those who are called on to interpret that legislation – including the Court of Justice but more commonly the various Member State officials who administer and enforce it – should, in case of doubt, favor the interpretation that most respect that principle."*[13]

---

[11] Toth, A. G.: Is Subsidiarity Justiciable? European Law Review, Vol. 19, 1994, pp. 268 - 285.

[12] Bermann, *supra* note 1, pp. 391.

[13] Bermann, *supra* note 1, pp. 366 – 367.

From this point of view, the answer to the question whether the rulings of the ECJ should also observe the principle of subsidiarity seems to be in affirmative. Moreover, the wording of art. 5 par. 2 TEC does not eliminate such interpretation since it only talks about "action of the Community". I would presume that there could hardly be any objection against a thesis that decisions of the ECJ are "actions of the Community".

However, it is clear that the principle of subsidiarity can not be applied to the decision making of the ECJ in such a way that the Court may choose which case it will decide and which not. The application of the subsidiarity principle in the decisions of the ECJ must have its limitations. Since the main role of the said principle is to distribute powers between the Union and the Member States and since such division is not a question of individual case but must be applicable in general, the principle of subsidiarity should be observed by the Court when giving general interpretation of European law. Or more precisely, the ECJ should consider the said principle if it has to make a "political choice" in distribution of powers while interpreting European law.

It is also important to bear in mind that the ECJ plays a different role than the legislative and political bodies of the Union: the interpretation of the law has certain rules and limits which are usually not present in political decision-making. De Búrca points it nicely:

"The Court is not free in the same sense as other institutions to use law as an instrument of policy. But simply because it is distinct from other institutions, and does not have the same kind of active political agenda does not mean that the Court makes no active policy choices. Neither does it mean that Community law, and the Court as the agent which enforces that law, is simply an instrument for making political bargains stick and for crystallizing agreed policy aims."[14]

Unlike the legislative bodies of the Union, the ECJ does not have expressly specified duty to reason whether its decisions are in accordance with the subsidiarity principle (the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality only refers to "proposed Community legislation" and does not mention the judicial decisions). However, if the ECJ makes similar political choices to those, which are in the legislative level subjected to the subsidiarity scrutiny, there is no reason why the ECJ should not include in its decision a similar reasoning concerning the principle of subsidiarity.

It is presumably not surprising that in practice the ECJ does not feel the principle of subsidiarity as a limitation to its rulings. Moreover, it has no

[14] De Búrca, G.: The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor. Journal of Common Market Studies, Vol. 36, No. 2, 1998, pp. 232.

need to explain whether its ruling is in conformity with the said principle. As a striking example it is worth to mention the case *Factortame III*[15] in which the German government argued that the creation of a right in damages by judicial decision of the ECJ would be incompatible with the allocation of powers between the Community institutions and the Member States. The question of subsidiarity was there fore impliedly raised before the ECJ. The Court, however, fabricated on its own the conditions of the state liability without stating why these conditions could not be better determined by individual Member States.

Since the area of fundamental rights protection in EU level was in its entirety created by the ECJ without any basis in founding treaties, one could argue that the whole concept could be in breach of principle of subsidiarity. This however seems to be too simplifying. First, both courts - the ECJ and the Court of First instance - ruled that the principle of subsidiarity could not be applied retroactively (i. e. on actions of the EU adopted before 1993).[16] Second, in 60's and 70's the ECJ was under a great pressure put by constitutional courts of the Member States to create a sufficient protection of fundamental rights.

However, introduction of the principle of subsidiarity in the EU law seems to have no impact on the protection of human rights provided by the ECJ. More over, it is possible to conclude that the principle of subsidiarity did not prevent the ECJ in its activist case-law in the area of fundamental rights.[17]

This can be demonstrated by two cases connected with discrimination issues decided by the ECJ. In *P v S and Cornwall County Council*[18] the ECJ ruled against the discrimination against transsexuals although the founding treaties did not contain necessary power for the EU to act in this area. This was introduced only later in 1997 by the Amsterdam Treaty. In *Mangold*[19] the ECJ dealt with discrimination based on age. The time limit for implementation of a directive governing this matter did not expire yet in the time of the dispute. The Member States, therefore, treated this matter by themselves. More over, the directive in question empowered the Member States to unequal treatment under certain conditions. The ECJ however held that the principle not to be discriminated on the basis of age is one of the

---

[15] Case C-46/93 *Brasserie du Pêcheur* and case C-48/93 *Factortame* [1996] ECR I-1029.

[16] Case T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid* [1995] ECR II-289, paras. 330 and 331; cases C-36/97 and C-37/97 *Hilmar Kellinghusen* [1998] ECR I-6337, para. 35.

[17] Tridimas, T.: The General Principles of EU Law. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 184.

[18] Case C-13/94 *P v S and Cornwall County Council* [1996] ECR I-2143.

[19] Case C-144/04 *Mangold* [2005] ECR I-9981.

general principles of EU law. The Court left no room for Member States to deal with this issue differently.

4. THE ECJ AND THE PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY IN ITS WIDE SENSE

The principle of subsidiarity in its wide sense holds that international fundamental rights standards are best implemented at the lowest level of government.[20] The wide reading of subsidiarity principle has – especially in the field of fundamental rights protection – two dimensions: a procedural one and a material one. As I show in the next part, the procedural level of subsidiarity is not applicable to the proceedings before the ECJ. On the other side, the material level of subsidiarity can be found in the ECJ's case-law and it has an impact on its decisions.

4.1 THE PROCEDURAL LEVEL OF SUBSIDIARITY

If a fundamental right of a person is breached, such person should be protected in the first place by a local authority (court). If the breach is not remedied then it should be possible to appeal to higher state authorities whereas the highest authority is usually a supreme or constitutional court. Only if the national state did not provide an efficient remedy, the affected person can seek such remedy by an international fundamental rights body.

The procedural level of subsidiarity principle - which may be identified as a rule of exhaustion of local remedies before commencing an international dispute – is a part of customary international law and was explicitly recognized by the International Court of Justice in case *Interhandel*.[21] The rule was however predominantly developed in the area of international protection of fundamental rights: it can be found in different regional conventions on protection of fundamental rights which always state that the international protection of fundamental rights is subsidiary to the national protection. The subsidiarity principle is set forth in article 46 paragraph 1 of the American Convention on Human Rights[22] and is confirmed by the case law of the Commission and the Inter-American Court of Human Rights.[23] The exhaustion of local remedies rule is also (in a more relaxed manner)

---

[20] Carter, W. M.: Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication. Hamline Journal of Public Law and Policy, Vol. 30, 2008, pp. 319.

[21] Case *Interhadel* [1959] I. C. J. Reports pp. 6: *„The rule that local remedies must be exhausted before international proceedings may be instituted is a well-established rule of customary international law (…)“*.

[22] American Convention on Human Rights, O.A.S.Treaty Series No. 36, 1144 U.N.T.S. 123.

[23] E. g. case (preliminary objections) *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras* [1987] Series C, No. 1; case *Castillo-Páez vs. Peru* [1996] Series C, No. 24, and many others.

contained in article 56 of the African Charter on Human Rights and People's Rights[24] and is further elaborated by the case-law of the Commission;[25] the recently established court has not considered this rule yet. The most important (from the European point of view) is of course the principle of subsidiarity included in article 35 paragraph 1 of the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ("ECHR").[26] Accordingly, the case-law of the European Court of Human Rights accents the necessity of exhaustion of national remedies; nevertheless it also highlights the duty of the ECHR Member States to adopt such efficient remedies.[27]

Application of the procedural level of subsidiarity on the proceedings before the ECJ is, however, practically impossible. The ECJ, the Court of First Instance or the Civil Service Tribunal are clearly not international courts protecting individual fundamental rights in the extent and manner as the above mentioned regional courts of human rights. These European courts do not review decisions of national courts. They deal with interpretation of European law via preliminary questions, judicial review of acts of EU bodies and institutions, infringement proceedings with Member states and several other proceedings. In majority of these proceedings the European courts are the first (and sometimes the sole) instance: there are no national proceedings which precede the proceedings before the European courts and which are to be exhausted. Similarly in the preliminary question procedure the ECJ does not review decisions of the national courts, it only rules on interpretation or validity of European law without deciding on the merits. The local remedies exhaustion rule would be in all of these procedures in principle unrealizable.

4.2 THE MATERIAL LEVEL OF SUBSIDIARITY

According to the material level of subsidiarity in the wide sense (the subsidiarity "in content") the initial definition of the content of international

---

[24] African Charter on Human Rights and People's Rights, adopted 27th June 1981, OAU Doc. CAB/LEG/67/3 rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982).

[25] For example in the decision 59/91 was the complaint held admissible although the local remedies had not been exhausted, since the appeal of the complainant had been treated by national courts fruitlessly for 12 years. The African Commission on Human and People's Rights: Information sheet No. 3. Communication Procedure, Organisation of African Unity. [cited 23. 10. 2009]. Available from http://www.achpr.org/english/information_sheets/ACHPR%20inf.%20sheet%20no.3.doc.

[26] European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, adopted 4th November 1950, ETS No. 005, available from http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/005.htm.

[27] Case *Scordino and Others vs. Italy* (application No. 36813/97), paras. 140 – 149; Case *Nikolova and Velichkova vs. Bulgaria* (application No. 7888/03), para. 49.

fundamental rights should be reserved to national authorities.[28] Some authors argue that in the case-law of the ECJ in the field of fundamental rights it is possible to find certain aspects of this subsidiarity principle. For example, the Court relies on the constitutional traditions of the Member States when defining the content of fundamental rights. The ECJ also uses a stricter scrutiny when it reviews the acts of the EU institutions than when it reviews the acts of Member States implementing the European law or derogating from the treaties' obligations.[29] It is worth to mention that these aspects developed by the case-law were to certain degree adapted by the Charter of Fundamental Rights of the European Union.[30]

The material level of subsidiarity is however predominantly connected with the doctrine of margin of appreciation developed by the European Court of Human Rights.[31] The basic idea is that the Member States of the ECHR should be primary liable for observing the ECHR and they should maintain a certain margin of appreciation when regulating the society. The European Court of Human Rights should not act too actively and it should not set a uniform high standard of fundamental rights protection.

Unlike the European Court of Human Rights, the ECJ and the Court of First Instance do not have subsidiary role regarding the observation of law in the interpretation and application of the founding treaties (article 220 TEC). The observation of the law, however, covers also observation of the principle of subsidiarity. If this principle is interpreted in its wide sense, it is clear that the ECJ could apply the doctrine of margin of appreciation in the area of the fundamental rights protection.[32] This conclusion is to be derived also from the article 52 paragraph 3 of the Charter of Fundamental Rights of the EU:

In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention.

Since the European Court of Human Rights is the only body which can authoritatively interpret the ECHR and since this court applies the doctrine of margin of appreciation when interpreting the ECHR, the ECJ should

---

[28] Carter, *supra* note 20, pp. 326.

[29] Carozza, P. G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. The American Journal of International Law, Vol. 98, No. 38, 2003, pp. 54 - 56.

[30] See preamble and articles 52 paragraph 6 and 51 paragraph 1 of the Charter.

[31] For the first time introduced in the case *Handyside v United Kingdom* [1976] Series A 24.

[32] But see Peers, S.: Taking Rights Away? Limitations and Derogations. In: Peers, S., Ward, A. (eds): The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy. Oxford : Hart Publishing Co., 2004, pp. 168 – 169.

respect the interpretation made by the European Court of Human Rights. Therefore, the ECJ should use the margin of appreciation doctrine in the same manner as the European Court of Human Rights.

The margin of appreciation doctrine could have two important impacts on the decision making of the ECJ in the area of fundamental rights protection: on the one side, this doctrine could limit to a certain degree the ECJ in its activist case law; on the other side this doctrine could provide the ECJ with a certain room for judging sensible issues such as abortion[33] or same-sex marriages. Although the EU was and still is predominantly economic body, the ECJ has already dealt with both these sensible issues[34] and many similar ones may occur. If the ECJ tried to find a uniform solution to these issues, the Member States would probably not accept it.

Finally, it is worth to mention that the ECJ has already used the doctrine of margin of appreciation in several decisions.[35]

5. CONCLUSION

In conclusion, the introduction of the principle of subsidiarity in its narrow sense in the EU law had almost no impact on the decision making of the ECJ. The Court did not in fact control the observance of the said principle by other EU bodies and institutions nor did it apply the principle to its own decisions.

Regarding the principle of subsidiarity in its wide sense, it is clear that the procedural part of this principle is not applicable to the ECJ. The material part, however, could have significant effect on the ECJ's case law in the area of fundamental rights protection via the doctrine of margin of appreciation.

Literature:

- Bermann, G. A.: Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States. Columbia Law Review, 1994, Vol. 94, No. 2, pp. 331 – 456, ISSN: 0010-1958.

---

[33] For an interesting analysis of the abortion clause in the Irish constitution with respect to the EU actions and principle of subsidiarity see Moens, A. G.: The Subsidiarity Principle in European Community Law and the Irish Abortion Issue, IUS Gentium, Vol. 9, 2003, pp. 35 - 71.

[34] Case C-159/90 *SPUC v. Grogan* [1991] ECR I-4685; cases C-122/99 P a C-125/99 P *D. v. Council* [2001] ECR I-4319.

[35] Case C-274/99 P *Connoly* [2001] ECR I-1611, paras. 41 and 49; cases C-465/00, C-138/01 and C-139/01 *Österreichischer Rundfunk* [2003] ECR I-4989, para. 83; case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-5769, paras. 54 – 66; case C-145/04 *Spain v. United Kingdom* [2006] ECR I-7917, para. 94; cases C-402/05 P and C-415/05 P *Kadi* [2008] ECR I-6351, para. 360.

- Carozza, P. G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. The American Journal of International Law, Vol. 98, No. 38, 2003, pp. 38 - 79, ISSN 0002-9300.
- Carter, W. M.: Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication. Hamline Journal of Public Law and Policy, Vol. 30, 2008, pp. 319 - 333, ISSN 0736-1033.
- De Búrca, G.: The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor. Journal of Common Market Studies, Vol. 36, No. 2, 1998, pp. 217 - 235, ISSN 0021-9886.
- Finnis, J.: Natural Law and Natural Rights. Oxford: Clarendon Press, 1980, reprint 2003, pp. 147. Cited from Barinka, R.: Evropská úmluva o lidských právech a doktrína margin of appreciation. Doctoral thesis, 2007, available from http://is.muni.cz/th/9687/pravf_d/.
- Jirásek, J.: Sekundární normotvorba EU v oblasti ochrany základních práv a princip subsidiarity, Právní rozhledy, Praha: C. H. Beck, Vol. 17, No. 12, 2009, pp. 431 - 440, ISSN 1210-6410.
- Lev XIII.: Rerum Novarum. Encyclical Letter on Capital and Labor [cited 1. 11. 2009]. Available from http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/ encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_15051891_rerum novarum_en. html.
- Millon-Delsol, Ch.: L' État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'Etat: le principe de subsidiarité aux fondemements de l'histoire européenne. Paris : Preses Universitaires de France, 1992, pp. 234, ISBN 2-13-043974-8.
- Moens, A. G.: The Subsidiarity Principle in European Community Law and the Irish Abortion Issue, IUS Gentium, Vol. 9, 2003, pp. 35 - 71, ISSN 1534-6781.
- Peers, S.: Taking Rights Away? Limitations and Derogations. In: Peers, S., Ward, A. (eds): The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy. Oxford : Hart Publishing Co., 2004, pp. 141 - 182, ISBN 1-84113-449-X.

- Pius XI.: Quadragesimo Anno: Encyclical Letter on Reconstruction of Social Order [cited 1. 11. 2009]. Available from http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_pxi_enc_19310515_quadragesimo-anno_en.html.
- Sander, F.: Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a Substantial Step towards EU Federalism. Columbia journal of European Law, Vol. 12, 2006, pp. 517 - 571, ISSN 1076-6715.
- Schilling, T.: Subsidiarity as a Rule nad a Principle, or: Taking Subsidiarity Seriously. Jean Monnet Working Paper, 1995 [cited 14. 11. 2009]. Available from http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/95/9510ind.html.
- Taylor, G.: Germany: A Slow death for Subsidiarity? International Journal of Constitutional Law, Vol. 7, 2009, pp. 139 - 154, ISSN 1474-2640.
- Toth, A. G.: Is Subsidiarity Justiciable? European Law Review, Vol. 19, 1994, pp. 268 - 285, ISSN 0307-5400.
- Tridimas, T.: The General Principles of EU Law. 2nd Edition. New York: Oxford University Press, 2006, pp. 712, ISBN 978-0199227686.

Contact – email
jan.jirasek@nssoud.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SVOBODA VOLBY A VÝKONU POVOLÁNÍ VS. SVOBODA TELEVIZNÍHO A ROZHLASOVÉHO VYSÍLÁNÍ V JUDIKATUŘE EVROPSKÉHO SOUDNÍHO DVORA A EVROPSKÉHO SOUDU PRO LIDSKÁ PRÁVA

ONDŘEJ KÁBELA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek přibližuje na základě rozhodovací činnosti Evropského soudu pro lidská práva a Evropského soudního dvora vztah mezi ochranou práv obsažených v Evropské úmluvě o ochraně lidských práv a základních svoboda a tou, poskytovanou na úrovni Evropských společenství, a to na příkladu ochrany svobody projevu, resp. svobody televizního a rozhlasového vysílání (demokratický prvek) a svobody volby a výkonu povolání (ekonomický prvek)

Key words in original language
Svoboda televizního a rozhlasového vysílání; Volba a výkon povolání; Evropská úmluva o ochraně lidských práv; Evropský soud pro lidská práva; Evropský soudní dvůr.

Abstract
This paper deals, based on case law of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, with the relation between a protection of rights under the European Convention on Human Rights and that granted by the European Communities using as example broadcasting freedom (democratic element) and freedom of profession (economic element).

Key words
Freedom of broadcasting; Freedom of profession; European Convention on Human Rights; European Court of Human Rights; European Court of Justice.

1. ÚVOD

Ochrana základních práv a svobod člověka patří mezi fundamentální požadavky moderní demokratické společnosti. Tato základní práva, jejichž primární funkcí je ochrana před zásahy veřejné moci, jsou, jak již z jejich účelu vyplývá, namířena proti činnosti státních orgánů. Tento charakteristický prvek základních práv se však s ohledem na stále užší spolupráci a konečně integraci evropských států v podobě Evropských společenství, resp. Evropské unie začal poněkud stírat. Členské státy totiž přenesly v rámci svých integračních snah část svých pravomocí (nejen) na výše uvedené mezinárodní organizace. V této souvislosti tak vyvstala zákonitě otázka, do jaké míry jsou členské státy těchto mezinárodních organizací s ohledem na přenesení některých svých výsostných práv

zproštěny závazku dodržovat určitý standard ochrany základních práv a svobod. Tento je přitom zaručen řadou mezinárodních dohod. Mezi nejvýznamnější z nich bezesporu patří Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚOLPS) obsahující rozsáhlý, nikoliv však ucelený katalog základních práv a svobod. Určité nedostatky lze spatřit zejména v oblasti hospodářských práv. Tento stav tak kontrastuje se shora uvedenými integračními snahami států, jejichž hnacím motorem je právě ekonomická integrace založená na ochraně hospodářsky významných práv a svobod.

Cílem příspěvku je proto přiblížit vztah mezi mírou ochrany zajišťovanou EÚOLPS a tou, která je poskytována členskými státy, resp. orgány Evropských společenství. Jako "referenční vzorek" byly vybrány typicky demokraticky laděná svoboda projevu resp. její součást - svoboda televizního a rozhlasového vysílání, na jedné straně a svoboda volby a výkonu povolání, tj. svoboda s jednoznačným ekonomickým podtextem, na straně druhé. Analýza se přitom opírá zejména o rozhodovací činnost Evropského soudu pro lidská práva (ESLP) a jeho protějšku, Evropského soudního dvora (ESD).

2. EVROPSKÁ ÚMLUVA O OCHRANĚ LIDSKÝCH PRÁV A ZÁKLADNÍCH SVOBOD

EÚOLPS z roku 1953, jež vznikla na půdě Rady Evropy, přísluší s ohledem na její předmět úpravy zvláštní postavení mezi mezinárodními smlouvami. Společně se svými dodatkovými protokoly[1] ztělesňuje „*nejstarší smluvní úpravu svého druhu zaměřující se na regionální ochranu lidských práv*“.[2] Je tak poněkud s podivem, že takto významná úmluva neobsahuje žádné ustanovení, které by upřesňovalo její postavení v rámci národních právních řádů členských států Rady Evropy. Rovněž ESLP na této skutečnosti nic nezměnil. Na rozdíl od ESD[3] ESLP v průběhu své rozhodovací činnosti nedospěl k závěru, že by se EÚOLPS měla aplikovat přednostně, tj. bez ohledu na případnou odlišnou úpravu v národních právních řádech. Zůstává tak v diskreci členských států, aby vztah k EÚOLPS upravily. V této souvislosti je možné se setkat s celou šíří možné úpravy - postavením obyčejného zákona počínaje[4] a ústavním zákonem v případě Rakouska konče.

---

[1] EÚOLPS byla do dnešní doby doplněna celkem 14 dodatkovými protokoly, přičemž protokoly č. 10 a č. 14 doposud nenabyly účinnosti.

[2] Grabenwarter, Ch.: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2008, s. 1.

[3] ESD, rozsudek ze dne 15.07.1964 ve věci 6/64 (E.N.E.L.), Sb. 1964, s. 1251, 1269; ESD, rozsudek ze dne 17.12.1970 ve věci 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Sb. 1970, s. 1125, 1135.

[4] Např. Německo, Itálie či Švédsko.

2.1 EÚOLPS A MEZINÁRODNÍ ORGANIZACE

Poněkud složitější situace, než která panuje mezi EÚOLPS a národními právními řády, je možné vysledovat v případě vztahu EÚOLPS k mezinárodním organizacím. Tyto sice s ohledem na stávající znění EÚOLPS, konkr. jejího čl. 59 odst. 1, nemohou k EÚOLPS přistoupit, a stát se tak jejími členy. Tyto organizace proto nejsou apriori povinny dodržovat standard ochrany práv a svobod, jak je tomu v případě členských států Rady Evropy. Tato skutečnost však neznamená, že by EÚOLPS neměla v tomto ohledu žádný význam. Jasným důkazem jsou toho Evropská společenství resp. Evropská unie. Zde je EÚOLPS uznána jako pramen poznání práva,[5] kterému je přisuzován mimořádný význam.[6] I přesto však ESD není v tomto případě povinen svá rozhodnutí automaticky „konzultoval" s judikaturou ESLP, což dokládají i některá rozdílná stanoviska citovaných soudů.[7] Tento stav je sám o sobě nežádoucí, neboť vnáší do ochrany lidských práv nejistotu.[8]

Skutečnost, že jednání orgánů Evropských společenství, resp. Evropské unie není možné postoupit ESLP k přezkumu,[9] však nevylučuje možnost tzv. nepřímého přezkumu komunitárních právních předpisů skrze přezkum právních norem členských států, jimiž byla provedena jejich transformace. Toto platí zejména tehdy, kdy členským státům není při transformaci ponechán žádný, resp. mají jen omezený prostor pro volné uvážení. ESLP pro takovéto případy dovodil, že se členské státy i přes přenesení určitých výsostných práv na Evropská společenství nemohou svých závazků z EÚOLPS zprostit.[10] Členské státy se tak de facto mohou dostat do situace, kdy jsou povinny transformovat ustanovení komunitárního práva, a to i

---

[5] ESD, rozsudek ze dne 14.05.1974 ve věci 4/73 (Nold), Sb. 1974, s. 491, bod 13.

[6] ESD, rozsudek ze dne 15.5.1986 ve věci C-222/84 (Johnston), Sb. 1986, s. 1651, bod 18; ESD, rozsudek ze dne 18.06 1991 ve věci C-260/89 (ERT), Sb. 1991, s. I-2925, bod 41.

[7] ESD, rozsudek ze dne 18.10.1989 ve věci C-374/87 (Orkem), Sb. 1989, s. 3344, oproti tomu ESLP, rozsudek ze dne 25.02.1993 (Funke), Ser. A 256-A (1993); ESD, rozsudek ze dne 21.09.1989 ve věci C-46/87 (Hoechst), Sb. 1989, s. 2859, oproti tomu ESLP, rozsudek ze dne 16.12.1992 (Niemietz), Ser. A 251-B (1992).

[8] Rozdílná rozhodnutí ESD a ESLP není možné vyloučit ani do budoucna. Ačkoliv nově ratifikovaná Lisabonská smlouva počítá s právní závazností EÚOLPS a případným přezkumem rozhodnutí ESD ESLP, i nadále zůstává tato možnost podmíněna ratifikací 14. dodatkového protokolu ze strany Ruska, jenž upravuje možnost přístupu Evropské unie k EÚOLPS.

[9] ESLP, rozsudek ze dne 18.02.1999 (Matthews), RJD 1999-I.

[10] Ibid. Viz rovněž ESLP, rozsudek ze dne 18.02.1999 (Waite und Kennedy), RJD 1999-I. Srovnej Fredriksen, H.-H.: Individualklagemöglichkeiten von den Gerichten der EU nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: Zeitschrift für europarechtliche Studien, 2005, s. 131.

přesto, že to v konečném důsledku bude znamenat porušení závazků stanovených EÚOLPS.

K určitému zamezení této poněkud absurdní situace přispěl ESLP svým rozsudkem ve věci Bosphorus.[11] V souladu s tímto rozhodnutím stát, který je členem mezinárodní organizace, na kterou přenesl část svých pravomocí, neporuší své závazky plynoucí pro něj z EÚOLPS, pokud tato mezinárodní organizace je schopna zaručit takovou míru ochrany lidských práv, která odpovídá přinejmenším ochraně zaručené EÚOLPS. Je-li tato podmínka splněna, vychází ESLP z domněnky, že k porušení závazků z EÚOLPS nedošlo. Příkladem takovéto mezinárodní organizace jsou právě Evropská společenství.[12]

Jelikož ESLP zde hovoří o garancích ochrany z pohledu uceleného systému a nerozlišuje mezi jednotlivými druhy práv či svobod, platí tento usus bezpochyby rovněž jak pro svobodu televizního a rozhlasového vysílání, tak i svobodu volby a výkonu povolání.

2.2 EÚOLPS A SVOBODA TELEVIZNÍHO A ROZHLASOVÉHO VYSÍLÁNÍ

EÚOLPS svobodu televizního a rozhlasového vysílání přímo nezmiňuje, nýbrž ji podřazuje pod obecnou svobodu projevu v souladu s čl. 10 odst. 1. Co přitom spadá pod pojem televizního a rozhlasového vysílání, je možné do jisté míry dovodit z čl. 10 odst. 1 věta 3. EÚOLPS, kde se hovoří o rozhlasovém a televizním vysílání společně s filmovou projekcí. Tato však do užšího pojmu předmětné svobody nespadá. Na druhou stranu je však nutné brát v potaz postupný vývoj dotčené oblasti, což dokládá i "rozšíření" oblasti, které je poskytována s odkazem na televizní a rozhlasové vysílání ochrana, o přenos signálu za pomocí kabelu.[13] Tento způsob přenosu tak doplnil již tradiční způsob šíření signálu vzduchem v podobě elektromagnetických vln.

Na tomto místě je potřeba zdůraznit, že ochranu související s televizním a rozhlasovým vysíláním není možné striktně oddělit od zbývajících oblastí, které jsou subsumovány pod svobodu projevu jako takovou. Řeč je zde o svobodě názoru či svobodě volného šíření či naopak přijímání informací. Právě díky těmto svobodám jsou chráněny všechny myslitelné formy

---

[11] ESLP, rozsudek ze dne 30.06.2005 (Bosphorus), 2005-VI. Srovnej Bröhmer, J.: Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU und das Verhältnis zur EMRK, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2006, s. 71 an. nebo Heer-Reißmann, Ch.: Straßburg oder Luxemburg? - Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache Bosphorus, in: Neue juristische Wochenschrift, 2006, s. 192 an.

[12] ESLP, rozsudek ze dne 30.06.2005, *(*Bosphorus*)*, 2005-VI, bod 155 an.

[13] ESLP, rozsudek ze dne 28.03.1990 (Groppera), Ser. A 173 (1990).

komunikace bez ohledu na médium, které je přenáší,[14] což v případě svobody televizního a rozhlasového vysílání představuje neopomenutelný faktor. Svoboda televizního a rozhlasového vysílání totiž spočívá toliko v ochraně relací a programů, resp. jejich obsahů, které jsou tímto způsobem odvysílány. Neomezuje se přitom pouze na obsahy s politickým podtextem, ale zahrnuje též zábavné programy či reklamní spoty,[15] jejichž výroba a veřejná prezentace mnohdy představují pokud ne jediný, pak dozajista podstatný zdroj příjmů dotčených subjektů.[16] Svoboda rozhlasového a televizního vysílání tak přímo zasahuje i do jiných oblastí, oblast volby a výkonu povolání nevyjímaje.

2.3 EÚOLPS A SVOBODA VOLBY A VÝKONU POVOLÁNÍ

Ačkoliv, nebo spíše právě proto, že se v případě výkonu povolání jedná společně s právem vlastnit majetek o jednu ze základních ekonomicky orientovaných svobod, resp. práv, není ani jedna z nich v textu EÚOLPS přímo upravena.[17] Tento deficit se však podařilo alespoň částečně odstranit za pomocí rozhodovací praxe ESLP, který pojal svobodu volby a výkonu povolání pod jiná práva a svobody, která EÚOLPS zaručuje: čl. 8 (právo na respektování soukromého a rodinného života)[18], čl. 10 (svoboda projevu)[19] či čl. 14 (zákaz diskriminace).

ESLP ve svých rozhodnutích, ve kterých se ochranou výkonu povolání zabýval, poukazuje zejména na skutečnost, že i přes primárně ekonomickou stránku citované svobody ji není možné oddělit od privátní sféry jednotlivce.[20] Jednotlivci tak má být poskytnuta nejen možnost zajistit si

---

[14] Viz Kühling, J.: Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1. Aufl., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, s. 145 an.

[15] ESLP, rozsudek ze dne 20.11.1989 (Markt Intern), Ser. A 165 (1989); ESLP, rozsudek ze dne 24.02.1994 (Casado Coca), Ser. A 285 (1994); ESLP, rozsudek ze dne 23.06.1994 (Jacubowski), Serie A 291-A (1994).

[16] Jelikož vymezení subjektů, kteří se mohou svobody slova a potažmo svobody televizního a rozhlasového vysílání dovolávat, není nikterak blíže specifikován, nelze než dát zapravdu J. Kühlingovi, dle kterého se této svobody mohou dovolat všechny dotčené osoby. Viz Kühling, J.: Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1. Aufl., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, s. 157.

[17] Ochrana vlastnictví byla v rámci EÚOLPZS zajištěna až na základě prvního dodatkového protokolu přijatého v roce 1954. Ochrana se však týká výlučně již nabytého majetku, což ve svém důsledku neumožňuje odvodit z této svobody přímo i svobodu volby a výkonu povolání.

[18] ESLP, rozsudek ze dne 16.12.1992 (Niemietz), Ser. A 251-B (1992).

[19] ESLP, rozsudek ze dne 20.12.1989 (Markt Intern), Ser. A 165 (1989); ESLP, rozsudek ze dne 28.03.1990 (Groppera), Ser. A 173 (1990).

[20] ESLP, rozsudek ze dne 16.12.1992 (Niemietz), Ser. A 251-B (1992).

prostřednictvím výkonu určité hospodářské činnosti prostředky pro uspokojení jeho životních potřeb, ale i prostor pro navázání sociálních kontaktů ve společnosti.[21]

2.4 SVOBODA VOLBY A VÝKONU POVOLÁNÍ A SVOBODA TELEVIZNÍHO A ROZHLASOVÉHO VYSÍLÁNÍ

O hospodářskou činnost ve shora uvedeném smyslu se bezpochyby jedná i v případě komerčních sdělení, reklam,[22] které byly zveřejněny prostřednictvím rozhlasu či televize. Tento fakt, díky němuž se pro reklamní sdělení otevírá možnost ochrany na základě čl. 10 odst. 1 EÚOLPS, však nebyla státy po dlouhou dobu akceptována. Státy poukazovaly v této souvislosti zejména na skutečnost, že komerční sdělení jakožto výraz svobody výkonu povolání, která není v EÚOLPS explicitně zmíněna, nemůže požívat ochrany této úmluvy.[23] Tento názor však nesdílel ESLP. Ten poté, co se svým jasným stanoviskem k dané problematice nejprve poněkud váhal,[24] potvrdil,[25] že i výkon ekonomické činnosti spadá pod ochranu poskytovanou čl. 10 odst. 1 EÚOLPS. V případě rozhlasového a televizního vysíláni přitom ESLP zdůraznil úlohu plurality názorů,[26] k níž velkou měrou přispívají i soukromí provozovatelé rádiových a televizních stanic. S souvislosti s tímto rozhodnutím však vyvstala otázka, do jaké míry mohou být tito soukromí provozovatelé omezeni při výkonu svých vysílacích práv.

Určitou indicii k nalezení odpovědi na shora uvedenou otázku nabízí samotné znění čl. 10 odst. 2 EÚOLPS. Tento článek obsahuje obecnou úpravu, která upřesňuje podmínky, za nichž může k omezení svobody projevu dojít. V případě televizního a rozhlasového vysílání je však nutné vzít do úvahy i odst. 1 citovaného článku, neboť tento umožňuje omezit soukromé vysílání i prostřednictvím stanovení podmínek v rámci národních licenčních řízení.

Aby však nedocházelo s odvoláním na čl. 10 odst. 2 EÚOLPS k nekontrolovaným zásahům do svobody projevu, vyžaduje EÚOLPS kumulativní splnění jasně daných předpokladů. Konkrétně se musí jednat o zásahy či omezení, které jsou předvídány zákonem a zároveň

---

[21] ESLP, rozsudek ze dne 27.07.2004 (Sidabras a Džiautas), RJD 2004-VIII.

[22] ESLP, rozsudek ze dne 20.12.1989 (Markt Intern), Ser. A 165 (1989).

[23] ESLP, rozsudek ze dne 25.03.1985 (Barthold), Ser. A 90 (1985).

[24] Ibid.

[25] ESLP, rozsudek ze dne 20.12.1989 (Markt Intern), Ser. A 165 (1989); ESLP, rozsudek ze dne 28.03.1990 (Groppera), Ser. A 173 (1990).

[26] ESLP, rozsudek ze dne 24.12.1993 (Informationsverein Lentia), Serie A 276 (1993).

v demokratické společnosti nezbytné. Nebyly-li by tyto podmínky splněny, jednalo by se v daném případě o porušení ustanovení EÚOLPS. Jak však dokládá praxe ESLP, nepoužije se na všechny formy svobody projevu stejný „metr". Státům je ponechán určitý prostor pro zvážení, do jaké míry bude té které formě projevu zaručena ochrana vyplývající z EÚOLPS.[27] Rozhodující pro vytýčení tohoto prostoru je přitom význam daného jednání pro společnost, její demokratizaci. Z toho lze usuzovat, že v případech, kdy určitá vyjádření či jiné projevy svobod zajištěných v čl. 10 EÚOLPS jsou nezbytná pro zachování demokratického uspořádání společnosti,[28] je nutné počítat s restriktivní interpretací čl. 10 odst. 2 EÚOLPS v tom smyslu, že zásahy státu budou aprobovány pouze ve výjimečných případech. Je nasnadě, že požadavek restriktivního výkladu se nebude týkat sdělení komerční povahy.[29] V těchto případech je tak ponechán smluvním státům EÚOLPS větší prostor pro případné zásahy do svobody projevu, potažmo svobody televizního a rozhlasového vysílání upravené v EÚOLPS. Mimo jiné i prostřednictvím licenčního řízení.

3. OCHRANA PRÁVA NA KOMUNITÁRNÍ ÚROVNI

Poněkud odlišná situace, co se ochrany práv a svobod jednotlivce týče, panuje na komunitární úrovni. Zde totiž na rozdíl od Rady Evropy do dnešního dne[30] nebyl vytvořen,[31] resp. prosazen jednotný katalog základních práv, který by byl pro členské státy právně závazný. V původním textu zakládajících smluv Evropských společenství se s výjimkou zákazu diskriminace nesetkáme s ochranou žádného základního práva. Tato skutečnost byla zpočátku umocněna i judikaturou ESD, který odmítal svoji příslušnost při posuzování otázek týkajících se záruk těchto práv.[32]

Zvrat přišel až v roce 1969 v souvislosti s rozhodnutím ve věci Stauder, ve kterém ESD dovodil, že základní práva jsou součástí obecných zásad komunitárního právního řádu, a je proto zapotřebí poskytovat jim soudní

---

[27] Viz Scheyli, M.: Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der „margin of appreciation" im Rahmen von Art. 10 EMRK, in Europäische Grundrechte-Zeitschrift, s. 455.

[28] Viz Kühling, Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1. Aufl., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, s. 179.

[29] ESLP, rozsudek ze dne 25.08.1998 (Hertel), Rep. 1998-VI; ESLP, rozsudek ze dne 05.11.2002 (Demuth), 2002-IX.

[30] Příspěvek byl zpracován ke stavu před 1.12.2009, kdy by měla nabýt účinnosti Lisabonská smlouva.

[31] S Listinou základních práv Unie počítala Smlouva o Ústavě pro Evropu z roku 2004. Tato však nebyla členskými státy Evropské unie ratifikována.

[32] ESD, rozsudek ze dne 04.02.1959 ve věci 1/58 (Stork), Sb. 1958/59, s. 64; ESD, rozsudek ze dne 01.04.1965 ve věci 40/64 (Sgarlata), Sb. 1965, s. 312.

ochranu.[33] V rozhodnutích, která poté následovala, jako např. rozhodnutí ve věci Internationale Handelsgesellschaft,[34] resp. Nold,[35] ESD upřesnil, jaká z práv této ochrany požívají. V prvé řadě se zde jedná o práva, která lze nalézt v ústavních předpisech členských států. Těmto sekundují mezinárodní smlouvy na ochranu lidských práv. Zvláštní postavení je přitom přisouzeno právě EÚOLPS.[36] Je však třeba zdůraznit, že se v případě jak ústavních pořádků, tak mezinárodních smluv jedná, co se faktických účinků týče, pouze o prameny poznání práva, které nejsou právně závazné.[37] To však nic nemění na skutečnosti, že na základě rozhodovací praxe ESD byl vytvořen určitý standard ochrany základních práv, který musí členské státy respektovat.[38]

Tento standard našel záhy oporu i v samotném textu zakládajících smluv, konkr. v čl. 6 odst. 2 Smlouvy o Evropské unii z roku 1992.[39] V souladu s tímto ustanovením má Evropská unie[40] dbát základních práv zakotvených ve shora uvedených pramenech poznání práva, přičemž ESD byla přisouzena úloha „dozorového orgánu".[41] Z formulace citovaného článku však jasně vyplývá, že i přes zakotvení této úpravy přímo v textu smlouvy se na právně nezávazném charakteru zmiňovaných pramenů nic nemění. Tento stav přetrvává z důvodu chybějící právní závaznosti i po slavnostní

---

[33] ESD, rozsudek ze dne 12.11.1969 ve věci 29/69 (Stauder), Sb. 1969, s. 419, bod 7.

[34] ESD, rozsudek ze dne 17.12.1970 ve věci 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Sb. 1970, s. 1125, bod 4.

[35] ESD, rozsudek ze dne 14.05.1974 ve věci 4/73 (Nold), Sb. 1974, s. 491, bod 13.

[36] ESD, rozsudek ze dne 13.12.1979 ve věci (Hauer), Sb. 1979, s. 3727, bod 15; ESD, rozsudek ze dne 15.05.1986 ve věci C-222/84 (Johnston), Sb. 1986, s. 1651, bod 18; ESD, rozsudek ze dne 18.06.1991 ve věci C-260/89 (ERT), Sb. 1991, s. I-2925, bod. 41.

[37] Viz Theurer, N.: Das Verhältnis der EG zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Eine Analyse des Gutachtens 2/94 des EuGH, 1. vydání, Bern: Stämpfli, 1998, s. 19 nebo Ehlers, D.: Die Grundrechte der Europäischen Union: Allgemeine Lehren, in: Ehlers, D. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. přepracované vydání, Berlin: De Gruyter Recht, 2005, s. 385.

[38] Viz Bleckmann, A.: Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1993, s. 825 an. či von Arnauld, A.: Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts - Gedanken im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, in: Europarecht, 2003, s. 203 an.

[39] Úřední věstník č. C 191 ze dne 29.07.1992, s. 1 an.

[40] Ke vztahu členských států a základních práv zaručených na komunitární úrovni viz Scheuing, D.: Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, in: Europarecht, 2005, s. 163 či Schmahl, S.: Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht, in: Europarecht, 2008, příloha 1, s. 11.

[41] Viz čl. 46 lit. d) Smlouvy o Evropské unii.

proklamaci Charty základních práv Evropské unie v Nice v roce 2000.[42] Změnu tak s největší pravděpodobností přinese až tolik očekávaná ratifikace Lisabonské smlouvy, která přisuzuje Listině základních práv Evropské unie stejnou právní sílu jako samotné smlouvě.[43] Listina by tak již nebyla pouhým pramenem poznání, nýbrž závazným pramenem práva.

3.1 HOSPODÁŘSKÁ PRÁVA

S ohledem na ekonomické kořeny Evropských společenství požívají hospodářská práva, zejména pak ochrana volné hospodářské soutěže opírající se o volný pohyb služeb, pracovních sil, zboží a kapitálu oproti tomu zcela jiného postavení. Někteří autoři v této souvislosti hovoří dokonce o příslušných ustanoveních zakladatelských dokumentů jako o „hospodářské ústavě". [44] Tato zahrnuje kromě jiného i právo na svobodu volby a výkonu povolání, neboť tato představuje elementární základ realizace navazujících hospodářských práv. Tato skutečnost je poněkud s podivem, vezmeme-li v úvahu, že se dosud na komunitární úrovni nelze setkat s jednotnou a především jednoznačnou definicí toho, co vlastně tato svoboda představuje.[45] Nezbývá tak, než dát za pravdu Friedhelmu Hufenovi, který, aniž by blíže definoval samotný význam pojmu, vystihl jeho podstatu naprosto přesně, když pronesl, že „*pluralita svobodné volby a výkonu povolání znamená [hospodářskou] soutěž*".[46] Povolání je přitom ve

---

[42] Úřední věstník č. C 364 ze dne 18.12.2000, s. 1 an. České znění dokumentu je k dispozici v Úředním věstníku č. C 303 ze dne 14.12.2007, s. 1 an. V souvislosti s Chartou základních práv Evropské unie stojí za zmínku, že jí byl ESD, resp. Soudem první instance taktéž přisouzen status pramene poznání práva. Viz ESD, rozsudek ze dne 06.11.2003 ve věci C-101/01 (Bodil Lindqvist), Sb. 2003, s. I-1297, bod 35; Soud první instance, rozsudek ze dne 30.01.2002 ve věci T-54/99 (max.mobil Telekommunikation Service), Sb. 2002, s. II-313, body 48 a 57.

[43] Viz čl. 6 Smlouvy o Evropské unii ve znění Lisabonské smlouvy. Úřední věstník č. C 115 ze dne 09.05.2008, s. 13 an.

[44] Viz Nowak, C.: Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2006, s. 828 an.

[45] ESD ve svých rozhodnutích toliko poukázal na některé ze součástí této svobody, aniž by její rozsah upřesnil. Viz ESD, rozsudek ze dne 13.12.1979 ve věci 44/79 (Hauer), Sb. 1979, s. 3727, bod 7; ESD, rozsudek ze dne 13.12.1994 ve věci C-306/93 (Winzersekt), Sb. 1994, s. I-5555, bod 24. Vedle judikatury ESD se lze v literatuře setkat i s extenzivním výkladem, který pod svobodu volby a výkonu povolání subsumuje i smluvní svobodu či obecnou svobodu podnikání. Viz Nowak, C.: Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2006, s. 866 an. Jako určitý opěrný bod při určení obsahu zmíněné svobody může být text Charty základních svobod Evropské unie, jejíž čl. 15 upravuje právo svobodné volby povolání a právo pracovat. Jak však již bylo uvedeno výše v textu tohoto příspěvku, jedná se v případě Charty o právně nezávazný dokument.

[46] Hufen, F.: Berufsfreiheit - Erinnerung an ein Grundrecht, in: Neue juristische Wochenschrift, 1994, s. 2915.

smyslu stálé judikatury ESD chápáno jako ekonomická výdělečná činnost,[47] která je vykonávána za účelem uspokojení životních potřeb. Na výši odměny[48] či vázanosti pokyny třetích osob přitom nezáleží. Podmínkou však zůstává, aby se touto činností neuspokojovaly životní potřeby jen okrajově, tj. aby neměla pouze podřadný či zanedbatelný charakter.[49]

Jelikož je pojem pracovní, resp. ekonomické činnosti, tak jak ho vykládá ESD, relativně široký, lze pod něj subsumovat i činnost spojenou s televizním a rozhlasovým vysíláním. Že se tak i skutečně stalo, bude ilustrováno v následující části příspěvku.

3.2 SVOBODA TELEVIZNÍHO A ROZHLASOVÉHO VYSÍLÁNÍ

Zakládací smlouvy Evropských společenství, potažmo Evropské unie, neobsahují o svobodě rozhlasového a televizního vysílání žádnou zmínku. Není tak možné dovodit ani obsah tohoto pojmu, natož pak míru ochrany poskytované na komunitární úrovni. Určitým východiskem z této situace je aplikace již zmíněných pramenů poznání práva, o kterých bylo blíže pojednáno na jiném místě příspěvku. Tato skutečnost však nic nemění na tom, že pro případnou inspiraci těmito prameny poznání a jejich následnou praktickou aplikaci ESD, je nutné, aby byl splněn jeden zásadní předpoklad, a to příslušnost ESD k rozhodování v těchto záležitostech.

Smlouva o založení Evropského společenství (SES) nepropůjčuje orgánům Společenství žádné pravomoci pro vydávání závazných právních aktů v oblasti televizního a rozhlasového vysílání. Jejich kompetence jsou zredukovány toliko na zajištění aktivní podpory členských států (čl. 151 odst. 2 odrážka 4 SES). Jak již tolikrát v historii evropské integrace, i v případě televizního a rozhlasového vysílání nezůstalo i přes jasné znění SES pouze u právně nezávazných aktů.[50] Podnět k tomuto obratu dal ESD, který ve svém rozsudku ve věci Sacchi[51] judikoval, že *„televizní vysílání je nutno vnímat s ohledem na jejich charakter jako poskytování služeb“*, a proto se *„na vysílání televizních signálů, včetně těch, které mají reklamní*

[47] ESD, rozsudek ze dne 05.10.1988 ve věci 196/87 (Steymann), Sb. 1988, s. 6159, bod 10.

[48] ESD, rozsudek ze dne 23.03.1982 ve věci 53/81 (Levin), Sb. 1982, s. 1035, bod 16.

[49] Ibid, bod 17.

[50] Viz Směrnice Rady ze dne 03.10.1989 o koordinaci některých právních a správních předpisů členských států upravujících provozování televizního vysílání, Úřední věstník č. L 298 ze dne 17.10.1989, s. 23 an.

[51] ESD, rozsudek ze dne 30.04.1974 ve věci 155/73 (Sacchi), Sb. 1974, s. 409 an.

povahu […] vztahují pravidla Smlouvy týkající se pohybu služeb.“[52] Toto své stanovisko ESD ve své pozdější soudní praxi potvrdil.[53]

Ačkoliv ESD ve svých rozhodnutích ohledně pravomocí Evropských společenství v oblasti médií hovořil pouze o vysílání televizního signálu, lze s ohledem na úzkou vazbu mezi televizním a rozhlasovým vysíláním dospět k závěru, že rozhlasové vysílání spadá rovněž do kompetencí jejich orgánů.[54] Určitý rozdíl je však možné vypozorovat v míře těchto pravomocí.

S ohledem na ustálenou judikaturu ESD, co se televizního vysílání týče, a naopak chybějící obdobnou praxi v oblasti rozhlasového vysílání, je odpověď na otázku, která ze zmíněných oblastí je potenciálně více dotčena možnou komunitární úpravou, zcela jasná. Nezodpovězenou však i nadále zůstává otázka jasné hranice mezi pravomocemi orgánů Evropských společenství a členských států. S ohledem na „progresivní“ soudní praxi ESD, řídící se výkladovým pravidlem effet utile a zaštiťující se ochranou hospodářské soutěže (neboť audiovizuální vysílání je ve smyslu stávající judikatury ESD považováno za službu), však lze spíše očekávat, že nedojde-li rovnou na postupné rozšíření existujících pravomocí i na ostatní typy médií, pak budou současné pravomoci přinejmenším dále upřesňovány, což ve svém důsledku povede ke stejnému výsledku.

3.3 SVOBODA VOLBY A VÝKONU POVOLÁNÍ A SVOBODA TELEVIZNÍHO A ROZHLASOVÉHO VYSÍLÁNÍ

Obdobně jako v případě EÚOLPS lze vztah mezi svobodnou volbou a výkonem povolání a svobodou televizního a rozhlasového vysílání asi nejlépe ilustrovat na příkladu komerčních sdělení a současně pluralitě vysílacích stanic a jejich vzájemné konkurenci.

Komerční sdělení spadají dle konstantní judikatury ESD (viz výše) do oblasti volného pohybu služeb (čl. 49 an. SES), a je jim tak poskytována odpovídající právní ochrana. Kromě toho požívají ochrany z titulu obecné ochrany svobody projevu,[55] jehož součástí svoboda rozhlasového a televizního vysílání, v jehož rámci k odvysílání daného komerčního sdělení došlo, je. Je tak v podstatě ponecháno na úvaze ESD,[56] zda předmětný akt

[52] Ibid, s. 432, bod 6.

[53] ESD, rozsudek ze dne 18.03.1980 ve věci 52/79 (Debauve), Sb. 1980, s. 833, bod 8; ESD, rozsudek ze dne 18.06.1991 ve věci C-260/89 (ERT), Sb. 1991, s. I 2925, bod 13.

[54] Viz Probst, P.-M., Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, 1. vydání, Baden-Baden: Nomos, 1996, s. 63.

[55] ESD, rozsudek ze dne 26.06.1997 ve věci C-368/95 (Familiapress), Sb. 1997, s. I-3689, bod 25.

[56] ESD, rozsudek ze dne 18.06.1991 ve věci C-260/89 (ERT), Sb. 1991, s. I-2925, bod 41 an.

státu bude přezkoumávat co do souladu s požadavky na ochranu svobody volného pohybu služeb, nebo zda se přikloní k druhé z variant, tj. ke svobodě projevu a její ochraně. Vyloučena není ani třetí možnost, a to přezkum obou zmíněných svobod. Tento rejstřík možných kombinací dokládá i sama judikatura ESD.

ESD sice ve svém rozhodnutí ve věci TV10, jejímž předmětem bylo posouzení souladu národní úpravy podmínek pro přeshraniční televizní vysílání s komunitárním právem, založil svoji argumentaci pouze na výkladu ustanovení, týkajících se volného pohybu služeb, ačkoliv měl možnost vyjádřit se i k možnosti aplikace čl. 10 a čl. 14 EÚOLPS.[57] Tuto možnost využil až ve svém pozdějším rozhodnutí ve věci RTL Television,[58] ve kterém ESD přezkoumal zákonnost státního zásahu i s ohledem na čl. 10 EÚOLPS. Obdobně jako ESLP i ESD v tomto případě judikoval, že je potřeba ponechat členským státům určitý prostor pro volnou úvahu při posuzování oprávněnosti případného omezení svobody projevu.[59] ESD však na rozdíl od ESLP nestanovil jasná pravidla pro tuto diskreci, neboť ESD nerozlišuje mezi jednotlivými typy sdělení či vysílání s ohledem na jejich demokratizující prvek, což má za následek neexistenci diferenciace příslušných stupňů poskytované ochrany.[60] V tomto ohledu nezbývá než vyčkat, co přinese stále užší sbližování soudní praxe ESD a ESLP.

Zmíněný stav lze však do jisté míry ospravedlnit, vezmeme-li v úvahu primární cíle Evropských společenství (nejen) na poli volného pohybu služeb. Aby byla zajištěna svoboda jejich volného pohybu, je potřeba stanovit zejména jasná pravidla pro ty, jež dané služby nabízí, resp. kterým jsou určeny, jakož i pro vzájemnou interakci mezi těmito osobami. Řeč je o střetu nabídky a poptávky, o stanovení jasných pravidel soutěže mezi poskytovateli a odběrateli služeb.[61] Tato skutečnost se velkou měrou odráží i na poli svobody televizního či rozhlasového vysílání, resp. svobody volby a výkonu povolání. Průnik těchto dvou svobod lze nejlépe demonstrovat na příkladu střetu již zmiňované volné soutěže a monopolistického uspořádání televizního či rozhlasového vysílání. Tento střet souvisí na úrovni Evropských společenství právě s aplikací čl. 10 EÚOLPS na straně jedné a pravidel pro ochranu volné soutěže na straně druhé.

---

[57] ESD, rozsudek ze dne 05.10.1994 ve věci C-23/93 (TV10 SA), Sb. 1994, s. I-4795, bod 20 an.

[58] ESD, rozsudek ze dne 23.10.2003 ve věci C-245/01 (RTL Television), Sb. 2003, s. I-12489.

[59] Ibid, bod 68 an. a bod 73.

[60] Viz Woods, L., Freedom of Expression in the European Union, in: European Public Law, 2006, s. 400.

[61] Viz Shiner, R. A., Freedom of Commercial Expression, Oxford University Press: Oxford, 2003, s 101.

Jak již bylo zmíněno výše, představuje jeden z primárních cílů Evropských společenství volná hospodářská soutěž. Tato snaha je s určitými "modifikacemi" patrná i v oblasti médií a veřejného vysílání. Uvedenou modifikaci je možno nalézt v případě veřejnoprávních monopolů. Dokladem toho budiž rozhodnutí ESD ve věci ERT, ve kterém se jednalo o národní úpravu vysílacích licencí, která byla napadena pro svoji údajnou diskriminační a protisoutěžní povahu. ESD se zde kupodivu i přes možnost aplikace „demokratizujícího" ustanovení čl. 10 EÚOLPS při posuzování případného rozporu mezi národní úpravou a předpisy Evropských společenství omezil na ekonomický aspekt celé záležitosti, tj. hodnocení z pohledu soutěžního práva. Výsledkem pak bylo stanovisko ESD, dle kterého není existence televizních (a potažmo i rozhlasových) monopolů v rozporu s předpisy komunitárního práva. Podmínkou však je, aby struktura a činnost takovéhoto monopolu nebyla v rozporu s předpisy na ochranu volného pohybu zboží a služeb, resp. předpisy soutěžního práva.[62] Tento právní názor však zcela zřejmě koliduje s názorem, který zastává ESLP.[63] Tento spatřuje na rozdíl od ESD v existenci veřejnoprávního monopolu jedno z nejmarkantnějších omezení svobody projevu. S ohledem na tuto skutečnost tak není možné si nepoložit otázku, zda a jakým způsobem bude v praxi v případě takto diametrálně rozdílných názorů nejvyšších soudních instancí daných právních řádů aplikována výhrada ESLP judikovaná v rozhodnutí ve věci Bosphorus?[64]

4. ZÁVĚR

Při posuzování podobností či naopak rozdílů míry ochrany a vztahu mezi svobodou volby a výkonu povolání a svobodou televizního a rozhlasového vysílání na úrovni Evropských společenství a v rámci EÚOLPS na úrovni Rady Evropy, je potřeba vzít v úvahu historické souvislosti a cíle, s nimiž byly tyto mezinárodní organizace založeny. Zatímco Rada Evropy usiluje o "*dosažení větší jednoty mezi jejími členy za účelem ochrany uskutečňování ideálů a zásad, které jsou jejich společným dědictvím, a usnadňování jejich hospodářského a společenského rozvoje*", a to prostřednictvím opatření "*ve věcech hospodářských, sociálních, kulturních, vědeckých, právních a správních a cestou dodržování a další realizace lidských práv a základních svobod*"[65], byly cíle Evropských společenství o poznání skromnější, zaměřené především na hospodářskou oblast.

I přesto došlo v průběhu koexistence těchto organizací k určitému sblížení, které lze přičíst vedle prolínání členské základny obou organizací i

---

[62] ESD, rozsudek ze dne 18.06.1991 ve věci C-260/89 (ERT), Sb. 1991, s. I-2925, bod 12.

[63] ESLP, rozsudek ze dne 24.12.1993, (Informationsverein Lentia), Ser. A 276 (1993).

[64] ESLP, rozsudek ze dne 30.06.2005 (Bosphorus), 2005-VI.

[65] Viz čl. 1 Statutu Rady Evropy.

rozhodovací praxi příslušných soudních orgánů, zejména pak ESD, který EÚOLPS společně s ostatními veřejnoprávními smlouvami, jejichž předmětem je ochrana lidských práv, uznal za prameny poznání práva.

Toto sblížení se pozitivně odráží i v oblasti ochrany svobody volby a výkonu povolání spolu se svobodou televizního a rozhlasového vysílání. I přesto lze na základě judikatury ESD a ESLP vypozorovat v citovaných oblastech určité odlišnosti, zejména co se míry "demokratického" prvku týče.

Literature:

- Bleckmann, A.: Die Rechtsquellen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1993, s. 824 – 828, ISSN 0721-880X
- Bröhmer, J.: Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - Der Schutz der Grund- und Menschenrechte in der EU und das Verhältnis zur EMRK, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2006, s. 71 – 76, ISSN 0937-7204
- Ehlers, D.: Die Grundrechte der Europäischen Union: Allgemeine Lehren, in: Ehlers, D. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. přepracované vydání, Berlin: De Gruyter Recht, 2005, 632 s., ISBN 3-89949-236-6
- Fredriksen, H.-H.: Individualklagemöglichkeiten von den Gerichten der EU nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa, in: Zeitschrift für europarechtliche Studien, 2005, s. 99 – 133, ISSN 1435-439X
- Grabenwarter, Ch.: Europäische Menschenrechtskonvention, 3. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2008, 451 s., ISBN 978-3-406-56784-1
- Heer-Reißmann, Ch.: Straßburg oder Luxemburg? - Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache Bosphorus, in: Neue juristische Wochenschrift, 2006, s. 192 – 194, ISSN 0341-1915
- Hufen, F.: Berufsfreiheit - Erinnerung an ein Grundrecht, in: Neue juristische Wochenschrift, 1994, s. 2913 – 2922, ISSN 0341-1915

- Kühling, J.: Die Kommunikationsfreiheit als europäisches Gemeinschaftsgrundrecht, 1. Aufl., Berlin: Duncker und Humblot, 1999, 584 s., ISBN 3-428-09815-3
- Nowak, C.: Unternehmerische Freiheit und Wettbewerbsfreiheit, in: Heselhaus / Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. vydání, Mnichov: C.H.Beck, 2006, 1811 s., ISBN 3-406-51017-5
- Probst, P.-M., Art. 10 EMRK – Bedeutung für den Rundfunk in Europa, 1. vydání, Baden-Baden: Nomos, 1996, 81 s., ISBN 3-7890-4316-8
- Shiner, R. A., Freedom of Commercial Expression, Oxford University Press: Oxford, 2003, 355 s., ISBN 0-19-826261-2
- Scheuing, D.: Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, in: Europarecht, 2005, s. 162 – 191, ISSN 0531-2485
- Scheyli, M.: Die Abgrenzung zwischen ideellen und kommerziellen Informationsgehalten als Bemessungsgrundlage der „margin of appreciation“ im Rahmen von Art. 10 EMRK, in Europäische Grundrechte-Zeitschrift, s. 455 – 462, ISSN ISSN 0340-8906
- Schmahl, S.: Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht, in: Europarecht, 2008, příloha 1, s. 7 – 40, ISSN 0531-2485
- Theurer, N.: Das Verhältnis der EG zur Europäischen Menschenrechtskonvention: Eine Analyse des Gutachtens 2/94 des EuGH, 1. vydání, Bern: Stämpfli, 1998, 71 s., ISBN 3-7272-1716-2
- von Arnauld, A.: Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts - Gedanken im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, in: Europarecht, 2003, s. 191 – 216, ISSN 0531-2485
- Woods, L., Freedom of Expression in the European Union, in: European Public Law, 2006, s. 371 – 401, ISSN 1354-3725

Contact – email
Ondrejkabela@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ENFORCEMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS CONCERNING EMPLOYMENT AND OCCUPATION

JANA KOMENDOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá vymahatelností hospodářských a sociálních práv souvisejících s výkonem práce. Skládá se ze tří hlavních částí. První část charakterizuje povahu hospodářských a sociálních práv, zejména jejich chápání jako tzv. pozitivních práv. Druhá část podává přehled úpravy hospodářských a sociálních práv v mezinárodních úmluvách. Důraz je kladen zejména na odlišný způsob vynutitelnosti těchto práv. Poslední část se zabývá zakotvením jednotlivých hospodářských a sociálních práv v ústavním pořádku České republiky a omezením jejich vynutitelnosti zákony, jež tato práva provádějí.

Key words in original language
Hospodářská práva; sociální práva; pozitivní práva; právo na práci; právo na zaměstnání; právo na bezpečné pracovní podmínky; právo na spravedlivou odměnu; právo na odborové sdružování; právo na stávku; právo na zvláštní pracovní podmínky; meze vymahatelnosti.

Abstract
The present contribution deals with the enforcement of economic and social rights relating to employment and occupation. It consists of three main parts. The first part is dedicated to characteristic features of social rights, especially to their consideration as positive rights. The second part deals with international conventions concerning economic and social rights. The different way of enforcement of such rights is emphasised. The last part analyses particular economic and social rights in the constitutional order of the Czech Republic and limitation of their enforcement by laws implementing related provisions.

Key words
Economic rights; social rights; positive rights; right to work; right to employment; right to safe working conditions; right to fair remuneration; right to association; right to strike; right to special working conditions; limitation of enforcement.

INTRODUCTION

Rights related to employment and occupation such as: right to work, right to association for protection of economic and social rights, right to trade union association, right to strike, right to health and safe working conditions, right to satisfying working conditions, right of employees to fair remuneration for work done, right of women, adolescents and persons with disabilities to

special working conditions or right of pregnant women and women after childbirth to protection in employment are stated in various international conventions or declarations. These rights are also included into constitutions or constitutions acts of many states. Most of the abovementioned rights are considered as social or economic rights. The present contribution is dedicated to enforcement of these rights. First, the characteristic features of economic and social rights are explained. Subsequently, the statement and enforcement of these rights in relevant international conventions are explained. Finally, the specific position of economic and social rights with respect to their enforcement in the Czech legal order is analysed.

1. CHARACTERISTIC FEATURES OF ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS

Economic and social rights together with civil and political rights are considered as a group of human rights. Human rights conventions often underline the universality, indivisibility, interdependence and interrelatedness of all human rights and fundamental freedoms.[1] However, there prevails different treatment between civil and political rights on the one hand, and economic, social and cultural rights one the other hand. This difference is very significant especially with respect to enforcement of economic and social rights.

The reasons for such difference consist in specific features of economic and social rights. Contrary to civil and political rights that have been set in constitutional provisions of some states since the second half of the 18th century, economic and social rights developed later. Their constitutional statement derives from the Russian revolution in 1917. Sometimes they are called human rights of second generation.

The key difference between the elevation of socio-economic rights and civil and political rights to a status of enforceability, in terms of potential intrusion into political policy, is alleged to be that of positive and negative effects. Socio-economic rights are positive rights requiring the state to expand resources to provide a remedy, whereas civil and political rights are negative rights, which simply require the state to refrain from unjust interference with individual liberty.[2] Civil and political rights are sometimes considered as freedoms from state. State is only required not to infringe them and to intervene only in the event of their infringement by third person. On the contrary, economic and social rights require an action from state. State takes measures to implement them, in particular passes laws,

[1] See for example: Preamble of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, point c.

[2] Willes, E.: Aspirational Principles or Enforceable Rights – The Future for Socio-Economic Rights in National Law, American University International Law Review, 2007, Vol. 22, Issue 1, page 45.

decrees or regulations providing concrete rights and duties of individual. In addition, it is necessary that state expends certain amount of financial resources for realisation of particular economic or social rights. The exception is the right to association for the protection of social and economic interests and the right to trade union organisation that may be realised directly from the constitution. They do not require the existence of specific rules implementing them.

The standard of economic and social rights differs in various states according to their economic development, and social traditions. Moreover, it may differ in one state according to actual economic situation or policy of government. However, economic and social rights may not be isolated form civil and political rights. Their realisation creates material conditions for effective exercise of civil and political rights.

2. ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN THE INTERNATIONAL LAW

2.1 ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN THE SYSTEM OF UNITED NATIONS

The Universal Declaration of Human Rights adopted in 1948 did not make difference between civil and political rights on the one hand and economic, social and cultural rights one the other hand. Its Preamble provides that the ideal of free human beings enjoying freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights. This principle was recalled in number of human rights instruments adopted later.

The difference occurred later by adoption of two separate covenants on human rights, that means the International Covenant on Economic Social and Culture Rights, and the International Covenant on Civil and Political Rights, in 1966. The Czech Republic ratified both of these Covenants. The reasons for adoption of two separate conventions consist in inter alia different political and ideological attitudes between the states of Soviet bloc and the United States at the time of the Cold War. The difference in treatment between these groups of rights is significant especially with respect to the wording of the Covenants. Whereas in the International Covenant on Civil and Political Rights the rights are subjects of immediate obligation, in the International Covenant on Economic Social and Culture Rights they are to be achieved by the more intangible notion of progressive realisation [3] Moreover, different mechanism monitoring state compliance of the Covenants was established. These differences are not so significant in

[3] Willes, E.: Aspirational Principles or Enforceable Rights – The Future for Socio-Economic Rights in National Law, American University International Law Review, 2007, Vol. 22, Issue 1, page 38.

later human rights conventions relating to disadvantaged groups that contain both categories of rights.[4]

2.2 ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN THE SYSTEM OF COUNCIL OF EUROPE

In the system of Council of Europe two separate treaties were adopted as well. The civil and political rights are contained in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms adopted in 1950. The catalogue of social rights was adopted in 1961 in the form of the European Social Charter. The Czech Republic ratified this convention.

The system of protection of rights guaranteed by the European Social Charter differs from the system of protection of rights included in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and in Protocols to this Convention. First, an individual may not claim right stated by the European Social Charter before the European Court of Human Rights. The system of supervision of application of this treaty by the States that have ratified it is based on national reports submitted to the Committee of Social Rights. Secondly, the State may ratify only some rights included in the European Social Charter. The Article 20 states that each of the Contracting Parties undertakes to consider Part I of this Charter as a declaration of the aims which it will pursue by all appropriate means, as stated in the introductory paragraph of that part. However the State ratifying the European Social Charter is obliged to consider itself bound by at least five of the following articles of Part II of this Charter: Articles 1 (right to work), 5 (right to organise), 6 (right to bargain collectively), 12 (right to social security), 13 (right to social and medical assistance), 16 (right of the family to social, legal and economic protection) and 19 (right of migrant workers and their families to protection and assistance). In addition to these selected articles, the State ratifying the European Social Charter undertakes to consider itself bound by such a number of articles or numbered paragraphs of Part II of the Charter as it may select, provided that the total number of articles or numbered paragraphs by which it is bound is not less than 10 articles or 45 numbered paragraphs.

In 1996 the revised version of the European Social Charter was adopted. It embodies in one treaty all rights guaranteed by the original European Social Charter its additional Protocol adopted in 1988 and adds new rights and amendments adopted by the Parties. It is supposed to gradually replace European Social Charter. The Czech Republic has not ratified this treaty yet.

[4] See Convention on the Rights of the Child or Convention on Rights of Persons with Disabilities.

3. ECONOMIC AND SOCIAL RIGHTS IN THE LEGAL ORDER OF THE CZECH REPUBLIC

In the Czech Republic the fundamental human rights are included in the Resolution of the Presidium of the Czech National Council of 16 December 1992 on the declaration of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms (hereinafter the Charter) as a part of the constitutional order of the Czech Republic. Economic and social rights concerning employment and occupation are stated in the Chapter Four named Economic, Social and Cultural Rights. Most of these rights may be characterised by two features. First, the wording of the articles governing these rights requires that detailed provisions shall be stated by law. That means that the legislature shall approve laws précising particular social or economic right. Some of these rights are further elaborated in governmental decrees.

The second feature characterising economic and social rights, with the exception of the right to association for the protection of economic and social rights, the right to trade union association, right of pregnant women to protection in labour relations and right of pregnant women to suitable working conditions concerns their enforcement. According to the Article 41 (1) the rights specified in named Articles may be claimed only within the confines of the laws implementing these provisions. This provisions state a rule for interpretation of rights included in the named Articles of the Charter. The Article 41 (1) means that laws specifying particular economic or social right states not only detailed provisions concerning such right but also the limitation for its enforcement. The legislature may decide how to implement particular right by approving concrete rules. The individual is entitled to claim particular right depending on the act implementing such right. Laws and other regulations implementing economic and social rights may differ according to political or economic situation. In addition, the legislature may regulate the amount of financial support necessary or reasonable for ensuring this right. Such decision of legislature has significant impact on quality of some social rights. The Charter provides for following economic and social rights:

3.1 RIGHT TO WORK

The right to work is stated in the Article 26. The first paragraph provides that everybody has the right to the free choice of his profession and to the training to that profession, as well as to engage in commercial and economic activity. However, the second paragraph makes precise that conditions and limitations may be set by law upon the right to engage in certain professions or activities. The third paragraph provides that everybody has the right to acquire the means of her livelihood by work. The state shall provide an adequate level of material security to those citizens who are unable, through no fault of their own, to exercise the right, conditions shall be provided for by law. The forth paragraph enables the application of different statutory provisions to aliens.

The right to work is closely connected with the prohibition of forced labour provided in the Article 9 of the Charter. According to the first paragraph no one may be subjected to forced labour or service. Closed enumeration of exceptions from the prohibition of forced labour or office is contained in the second paragraph and includes:

a. Labour imposed in accordance with law upon persons serving a prison sentence or upon other persons serving penalties that take the place of the penalty of imprisonment,

b. Military service or some other service provided for by law in place of compulsory military service,

c. Service required on the basis of law in the event of natural disasters, accidents, or other danger threatening human life, health or property of significant value,

d. Conduct imposed by law for the protection of life, health or rights of others.

Right to work is understood as the right to perform any activity the purpose of which is to obtain means of livelihood. Such an activity may be performed in the name of the person and for his or her responsibility, which means in the form of self-employment, or in the name, according to the instruction and for the responsibility of someone else, which means in the form of dependant work. The later form of the right to work is understood as the right to employment.

The right to employment is further elaborated in labour law regulations, namely in the Labour Code (Act no. 262/2006 Coll., as amended) and Act on Employment (Act no. 435/2004 Coll., as amended). The theory of labour law recognizes three elements of this right: right to assistance when looking for an employment, right to protection of existing labour relationship and right to reasonable means in the event of loss of an employment.[5]

3.2 RIGHT TO ASSOCIATION FOR PROTECTION OF ECONOMIC AND SOCIAL INTERESTS

The right to associate with others for protection of economic and social interests is provided in the Article 27 of the Charter. Everyone is entitled to enjoy this right. However, the Article 44 gives the power to legislature to place restrictions upon the exercise of this right by members of security corps and members of the armed forces, insofar as such is related to the performance of their duties. Contrary to other social rights, the Charter does not require that law states detailed provisions. In addition, the enforcement of this right is not limited by confines of laws implementing it. This right is

[5] See. Galvas, M.: Pracovní právo, Brno, Masarykova univerzita 2004.

very similar to civil and political rights. The role of the state is not to infringe the exercise of this right.

The right to association including the right to association for protection of economic and social interests is further regulated by the Act on Civil Association (Act no. 83/1990 Coll., as amended) governing the establishment and position of trade union organisations and organisations of employers that are recognised as legal entities with full legal capacity.

3.3 RIGHT TO TRADE UNION ASSOCIATION

The right to trade union association may be considered as making precise the right to association for protection of economic and social interests. It is guaranteed by the Article 27 (2) of the Charter. Trade unions shall be established independently of the state. No limits may be placed upon the number of trade union organisations, nor may any of them be given preferential treatment in a particular enterprise or sector of industry.[6] However legislature may place restrictions upon the exercise of this right by members of security corps and members of the armed forces, insofar as such is related to the performance of their duties. The existence of law implementing the right to trade union association is not required and its exercise is not limited by confines of law implementing it.

The right to trade union association is ensured by the Labour Code and by the Act on Civil Association. It includes the right to established or not to establish a trade union organisation. That means that nobody shall be impended to establish a trade union organisation and nobody shall be forced to establish a trade union organisation. The right to trade union association also includes the right to enter or not to enter the existing trade union organisation. That means that everybody shall be free to become a member of a trade union organisation and nobody shall be forced to be a member of a trade union organisation. Furthermore, trade union organisations may associate with other trade unions at national or international level.

The principle of equal treatment with trade unions organisation is underlined in the section 24 (2) of the Labour Code providing that whereas two or more trade union organisations operate within the employer's undertaking, the employer shall negotiate the conclusion of the collective agreement with all such trade union organisations, unless the trade union organisations agree between themselves and with the employer otherwise, the trade union organisations shall act and negotiate the collective

[6] The activities of trade union and the formation and activities of similar associations for the protection of economic and social interests may be limited by law in the case of measures necessary in a democratic society for the protection of the security of the state, public order or the rights and freedoms of others (Article 27 (3) of the Charter).

agreement jointly and in mutual consent with legal consequences for all employees. The original wording of this section contained the provision stating that where the trade union organisations failed to agree, the employer was entitled to conclude the collective bargaining agreement with one trade union organisation or more trade union organisations with the largest membership among the employees. This provision was repealed by the Constitutional Court on the matter of the fact that it was not in compliance with the Article 27 (2) of the Charter.[7]

3.4 RIGHT TO STRIKE

The right to strike is guaranteed by the Article 27 (4) of the Charter but only under the conditions provided for by law. Some groups or persons are excluded from the enjoyment of this right because the Article 27 (4) states that it does not appertain to judges, prosecutors, or members of the armed forces or security corps. In addition, the Article 44 enables to legislature to place restrictions upon the exercise of this right by persons who engage in professions essential for the protection of human life and health. The right to strike may be claimed only within the confines of the laws implementing the Article 27 (4).

More precise rules concerning the right to strike are contained in the Collective Bargaining Act (Act no. 2/1991 Coll., as amended). The right to strike provided in this law is very limited because it enables to strike only where collective labour dispute on conclusion of collective agreement is settled. In addition, the parties to such collective labour dispute are obliged to claim for the solution a mediator. Only where this instance of the dispute is not successful the trade union organisation may call on strike.

3.5 RIGHT OF EMPLOYEES TO SATISFYING WORKING CONDITIONS

The Article 28 of the Charter guarantees the right to satisfying working conditions. The Article 28 requires that person entitled to enjoy this right is in the position of an employee. That means that a natural person has to be a party of a labour relation. Only persons performing so called dependant work is entitled to conditions stated by the Labour Code and other labour law regulations.[8] Types of labour relations are stated by the Labour Code in

---

[7] See Decision of the Constitutional Court of the Czech Republic repealing some provisions of the Labour Code, published in the Collection of Laws as 116/2008.

[8] Dependant work is defined in the section 2 (4) and (5) of the Labour Code and means exclusively personal performance of work by an employee for his employer within the relationship of the employer's superiority and his employee's subordination, according to the employer's instructions or according to the instructions given in the employer's name, for a wage, salary or other remuneration paid for work done within the working hours or

the section 3. According to this provision it is possible to establish an employment relationship or conclude an agreement on work performed outside an employment relationship. The Labour Code recognises two agreements on work performed outside an employment relationship: agreement on work performance and agreement on working activity. The Labour Code requires that natural person has to have specific legal capacity so as to be a party of any of these labour relationship. He has to have capacity to have rights and duties as an employee and the capacity to acquire such rights and take on such duties by his own acts-in-law. This capacity is acquired on the day when an individual reaches the age of 15 years. However, an employer may not agree with an individual to take up his employment on a day which proceeds the day when this individual completes compulsory school attendance. The Article 28 provides that detailed provisions concerning the right to satisfying conditions shall be stated by law.

The fundamental question with respect to the right to satisfying conditions is the notion of the term "working conditions." The theory of the labour law defines working conditions as all factors involving an employee during the performance of work.[9] The other question is which working conditions are satisfying. The term "satisfying working conditions" is quite general and vague. What is satisfying for an individual or group of employees need not be satisfying for another individual or group of employees.

The minimum standard of working conditions is the right to safe and health working conditions. The work performance should not endanger the lives and health of employees. Main purpose of the legal regulation is to prevent industrial injuries and occupational diseases. From this point of view the right to satisfying working conditions involves protection of health and safety at work including requirements for adjustment of workplace to the

---

otherwise determined or agreed time, at the employer's workplace or at some other agreed place. at the employer's cost and at the employer's responsibility. Dependant work also refers to the cases where an employer (employment agency) who on the basis of a licence granted under Act on Employment temporary posts his employee for work performance to another employer according to the relevant clause in the employment contract or agreement on working activity whereby the employment agency undertakes to arrange for his employee temporary work performance with another employer (user) and the employee undertakes to carry out work according to the user's instructions with regard to the agreement to the employee's temporary posting by the employment agency to the user, as concluded between the employment agency and such user.

[9] Galvas, M., a kol. Pracovní právo, Brno, Masarykova univerzita, 2001, page. 267.

needs of employees, assessment of risks relating the work, elimination of such risks, suitable working equipment, personal protective equipment, duties of both parties of labour relation, staff training about these duties, reasonable limitation of working hours, schedule of working hours and safety breaks.

However, the term "satisfying working conditions" is larger than health and safe working conditions. Needs of employees in other areas should be satisfied as well. Satisfying working conditions may include for example equal treatment and non-discrimination in employment, protection against unlawful dismissal, vocational guidance, vocational training, possibility of promotion or social care of employees. The right to satisfying working condition is provided especially by the Labour Code, Act on Labour Inspection (Act no. 251/2005 Coll., as amended) and the Act on Ensuring Other Requirements relating to Health and Safety at Work (Act no 309/2006 Coll., as amended).

3.6 RIGHT OF EMPLOYEES TO FAIR REMUNERATION FOR WORK DONE

This right is guaranteed by the Article 28 of the Charter. Only employees are entitled to exercise this right. Detailed provisions shall be state by law. Rules for remuneration of work performed in labour relations are contained in the Labour Code and other labour law regulations. The right of employees to fair remuneration is ensured namely by the minimum standards of remuneration and the principle of equal pay for equal work or work of equal value.

The minimum standards of remuneration are ensured by the institute of minimum wages and guaranteed wages. The minimum wage is defined in the section 111 of the Labour Code as the minimum permissible amount of remuneration for work done in a labour relationship. A wage salary or remuneration pursuant to an agreement may not be lower than the minimum wage.[10] The Governmental Decree 567/2006 Coll., as amended, sets out the basic rate of the minimum wage and further rates of the minimum wage differentiated with a view to influences limiting to certain employee's possibility to exercise the work and conditions for minimum wage payment.

The principle of equal pay for equal work or work of equal value is recognised as one of the basic principles of labour law relations according to the section 13 of the Labour Code. Detailed provisions are contained in the section 110 of the Labour Code. All employees employed by one employer are entitled to receive equal wage, salary or remuneration pursuant to an agreement for the equal work or for work to which equal value has been

[10] For this purpose the wage or salary shall not include any premium payment for overtime work, work on public holidays, night work, work in arduous working environment and work on Saturdays and/or Sundays.

attributed. The equal work or for work to which equal value has been attributed is defined as work of the same or comparable complexity, responsibility, strenuousness which is performed in the same or comparable working conditions and which is of equal or comparable working efficiency and brings equal or comparable work results.

3.7 RIGHT OF WOMEN, ADOLESCENTS AND PERSONS WITH HEALTH PROBLEMS TO INCREASED PROTECTION OF THEIR HEALTH AT WORK

Some categories of employees are considered to be in weaker position and the need for their increased protection is recognised. The Article 29 (1) of the Charter guarantees to women, adolescents and persons with health problems to increased protection of their health at work. Detailed provisions shall be set by law. This right may be claimed only within the confines of the laws implementing the Article 28. With respect to women and adolescents detailed provisions are set by the Labour Code and by the Ordinance of the Ministry of Health no 88/2003 Coll. as amended. For the purpose of protection at work, an adolescent shall mean person who is less than 18 years of age. However, no special rules are provided for increased protection of health of persons with health problems.

3.8 RIGHT OF WOMEN, ADOLESCENTS AND PERSONS WITH HEALTH PROBLEMS TO SPECIAL WORKING CONDITIONS

Women, adolescents and persons with health problems have also the right to special working conditions. Detailed provisions shall be set by law and this right may be claimed only within the confines of the laws implementing the Article 28. Contrary to the right to satisfying working conditions guaranteed only to employees, the right to special working conditions is not limited by formation of a labour relation. The Chapter Four of the Labour Code named Special Working Conditions for some employees recognises special working conditions for female employees, employees-mothers, employees taking care of a child or another person. However, no special working conditions are stated for persons with health problems. The section 237 of the Labour Code only contains reference to Act on Employment with respect to employment of persons with disabilities.

3.9 RIGHT OF ADOLESCENTS AND PERSONS WITH HEALTH PROBLEMS TO SPECIAL PROTECTION IN LABOUR RELATIONS

The right of adolescents and persons with health problems to special protection in labour relations is stated in the Article 29 of the Charter. Detailed provisions are set by the Labour Code and it may be claimed only within the confines of the laws implementing these provisions. The present legal regulation does not contain provisions on special protection of these categories of employees. Both, adolescents and persons with health

problems are treated in the same way as other employees. There is the same regulation relating to establishment or termination of labour relationship.

3.10 RIGHT OF ADOLESCENTS AND PERSONS WITH HEALTH PROBLEMS TO ASSISTANRCE IN VOCATIONAL TRAINING

The other right guaranteed by the Article 29 (2) of the Charter is the right of adolescents and persons with health problems to assistance in vocational training. This right requires the existence of law stating detailed provision and may be claimed only within the confines of the laws implementing the Article 29 (2) of the Charter as well. The law that implements this provision of the Charter is the Act on Employment providing vocational rehabilitation and vocational guidance for persons with disabilities. Not all persons with health problems are entitled to enjoy such special assistance. The person with health problems must be recognised as a person with disability on conditions laid down in the section 67 of the Act on Employment.

3.11 RIGHT OF PREGNANT WOMEN TO PROTECTION IN LABOUR RELATIONS

The right of pregnant women to protection in labour relations is stated by the Article 32 (2) of the Charter. It may be considered as a component of the right to protection of parenthood. The Article 32 (6) states that detailed provision shall be set by law. In contrast to the right of adolescents and persons with health problem to special protection in labour relations, the enforcement of this right is not limited by the confines of the laws implementing it.

The increased protection of pregnant women in labour relations is implemented by the Labour Code stating specific provisions, in particular with respect to termination of an employment relationship with a pregnant woman. The section 55 (2) prohibits the immediate termination of an employment relationship by an employer with such women. In addition, the sections 53 and 54 of the Labour Code limit the reasons for termination of an employment relationship by the notice of termination by an employer.

3.12 RIGHT OF PREGNANT WOMEN TO SUITABLE WORKING CONDITIONS

The right of pregnant women to suitable working conditions is stated by the Article 32 (2) of the Charter as well. This right is implemented by the Labour Code and by the Ordinance of the Ministry of Health no 88/2003 Coll. as amended. Stated types of work and workplaces are prohibited for pregnant women. In the case that a pregnant woman performs work that is prohibited to pregnant women, an employer is obliged to transfer her to alternative work. Moreover, the Labour Code in the section 241 (3) states that employers may not assign overtime to pregnant women. The section 241 provides special rule concerning the business trips of pregnant employees

CONCLUSIONS

Economic, social and cultural rights in general, and economic and social rights relating to employment and occupation are treated in a different way than civil and political rights. This different treatment is significant especially with respect to the enforcement of these rights. Most of economic and social rights require the existence of legal regulations stating detailed provisions for their implementation. Furthermore, some of them may be effectively ensured only where financial support is provided. In the Czech Republic all economic and social rights relating to employment and occupation guaranteed by the Charter of Fundamental Rights and Freedoms, with the exception of the right to association for protection of economic and social interests, right to trade union association, right of pregnant women to protection in labour relations and right of pregnant women to suitable working conditions may be claimed only within the confines of the laws implementing related provisions of the Charter.

Literature:

- Barancová, H: Ústavnoprávne problémy sociálnych práv v pracovnoprávnych vzťahoch, Bratislava, Vydavateľske oddelenie Právnickej fakulty UK, 1995, 113 stran, ISBN 8071600687;
- Evropská sociální charta, pracovní podmínky a sociální dialog, Výklad některých ustanovení Evropské sociální charty jejími kontrolními orgány, Praha, Ministerstvo práce a sociálních věcí, 2000, 111 stran, ISBN 8085529742;
- Galvas, M. et kol: Pracovní právo, Brno, Masarykova univerzita, 2002, 551 stran, ISBN 8021026650;
- Klíma, K. et kol: Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s r.o., 2005, 1019 stran, ISBN 808689844X;
- Klíma, K: Ústavní právo, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk s r.o., 2004, 815 stran, ISBN 8086473902;
- Lasak, K: Health and Safety in the European Social Charter, The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations, The Netherlands, issue 25, no. 2, 2009, ISSN 0952-617X;
- Sachs, A., Enforcement of Social and Economic Rights, American University International Law Review, vol. 22 Issue 5, 2007, ISSN: 1520-460X;

- Tomeš, I. et Koldinská, K: Sociální právo Evropské unie, Praha, C-H-Beck, 2003, 267 stran, ISBN 8071798312;
- Vojáček, L, Schelle, K, et kol: Právní dějiny 2 – státy západní Evropy a USA, Brno, Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1999, 719 stran, ISBN 8072390287;
- Willes, E: Aspirational Principles or Enforceable Rights – The Future for Socio-Economic Rights in National Law, American University International Law Review, Vol. 22, Issue 1, 2007, ISSN: 1520-460X.

Contact – email
Jana.Komendova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

CRIMINAL LAW IN EUROPE. IS IT THE SAME AS EUROPEAN CRIMINAL LAW?

MAGDALENA MARASZEK

Faculty of Law on Gdansk University, Poland

Abstract in original language
Wspólnota nie dysponuje obecnie kompetencjami z zakresu prawa karnego, poza możliwością podajmowania działań zgodnie z zasadą pomocniczości. Dlatego, nierealnym jest stworzenie jednolitego i kompleksowego europejskiego prawa karnego, które obowiązywałoby w każdym państwie członkowskim Unii. Aktualnie, proces harmonizacji prawa karnego polega na zbliżaniu ku sobie ustawodawstw karnych i nie jest oficjalnie rozumiane jako wstępny etap do całkowitego ujednolicenia prawa karnego na obszarze Unii, chociaż nie da się tego wykluczyć w przyszłości

Key words in original language
Europejskie prawo karne; Unia Europejska; rozwój; harmonizacja; ustawodawstwa karne; korpus przestępstw europejskich; europejski kodeks karny.

Abstract
European Community currently does not have competence in area of criminal law and procedure. It shall action only in accordance with the principal of subsidiarity. It's impossible to create nowadays one, unified and complex european criminal law, which would bind in every EU state. Actually, process of harmonization of criminal law is based on bringing closer of criminal statues and is not officially understood as a preliminary phase to absolute unification of criminal law in the EU area, although we cannot exclude it in the future.

Key words
European criminal law; European Community; development; harmonization; criminal statutes; european crimes corps; european criminal code.

Criminal law in Europe. Is that the same as European criminal law? In my point of view, definitely not. I would say that systems of the criminal law in European countries are some kind of mix of local legal traditions and elements taken from Roman, Germanin (and less from Common Law) and from the Enlightenment ideas.

In doctrine we find out different opinions whether exists such thing as „European criminal law".

The point is, that, in accordance with art. 5 of THETREATY ESTABLISHING THE EUROPEAN COMMUNITY: The Community

shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

Generally speaking, European Community does not have competence in area of criminal law and procedure. Exceptions are The Third Pillar and less The First Pillar. That suppose to confirm my argument, that, by now, we cannot say that there is something like European criminal law word for word. Despite this, dynamic and intensive development of The Third Pillar induce to ask a question: Is there any chance for making European criminal law in the future (doesn't matter - future nearer or further)?

For nowadays, the doctrine shows us three types of possible scenarios:

1. occurence of separate system of criminal law in the EU
2. complete harmonization of criminal law in every EU memberstate
3. occurence of the system of criminal law, which will be partially European, partially national

What I think is that, the first two scenarios are nowadays not possible and are not needed either. In the European legal area exists similar system of criminal law and jurisdiction, because it's based on common rules and similar systematics and axiology, which are catalogue of protected values. Despite this, by now it's almost impossible to harmonize criminal law in every memberstate of the whole European Union. It's proven eg. by the fact how difficult it was to create one Constitution for Europe.

In my point of view it's difficult, maybe even impossible nowadays, to create uniform and complex european criminal law, which would bind in every EU states. But there exists necessity of further EU memberstates criminal law harmonization.

Actually, process of harmonization of criminal law is based on bringing closer of criminal statutes in states that are EU members. The purpose of harmonization of the criminal legislation is to cause better co-operation in fighting against some crimes, such as serioulsy dangerous crimes with cross-border character.

It's hard to say about effects of the process of harmonization of criminal law in EU, because harmonization is still in action. Effect of harmonization of

crminal law is occurence so called: european crimes corps, which is made of several dozen of crimes, which are contained in the instruments of harmonization of criminal law - conventions, common actions and framework decisions.

Now, criminal law harmonization in the EU memberstates is not officially understood as preliminary phase to absolute unification of criminal law in EU area. We cannot exclude that the final phase of harmonization in the EU will be absolute criminal law unification and will exist one, unified criminal law in all area of the EU and one „european criminal code". Than perhaps we'll be able to say that criminal law in Europe is the same, or almost the same as European criminal law. As now, this scenario looks rather distant, but I cannot finally exclude that it would be possible in the future.

Literature:

- Adamski A., Bojarski J., Chrzczonowicz P., Filar M., Girdwoyń P.: Prawo Karne i wymiar sprawiedliwości państw Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia, Toruń, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Mikolaja Kopernika, 2007, 517 pages, ISBN 978-83-231-2147-3
- Lach A.: Europejskie prawo karne. Zarys wykładu, Toruń, Arkadiusz Lach i Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności "Dom Organizatora", 2008, 152 pages, ISBN 978-83-7285-376-9

Contact – email
magdalena.maraszek@poczta.onet.pl

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

LEGAL CERTAINTY IN THE CASE LAW OF COURT OF JUSTICE OF EROPEAN COMMUNITIES

VĚRA MARHANOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá problematikou dodržování zásady právní jistoty, zejména v podobě legitimních očekávání Soudním dvorem Evropských Společenství samým ve své judikatuře. Pozornost je věnována přehodnocení dosavadní judikatury, kvalitě odůvodnění změn a osudu rozhodnutí, jejichž postavení není Soudem dostatečně vymezeno.

Key words in original language
Evropský soudní dvůr, judikatura, závaznost, změny judikatury

Abstract
Contribution deals with the topic of principle of legal certainty, mainly principle of legitimate expectations within the case law of the Court of Justice and securing of those principles by the Court itself. Contribution is focused on previous case law reconsiderations, quality of justifications and destiny of the cases which postion is not clearly stated by the Court.

Key words
European Court of Justice, case law, binding force, reconsideration

1. INTRODUCTION

There is no doubt the principle of legal certainty belongs to the main principles governing the development of the EC law. General principle of legal certainty becomes specified in many forms of derived principles, e.g. respecting acquired rights, good faith, publicity or principle of legitimate expactations.

Protection of legitimate expectations means that law should be predicable and forseeable. Principle of legal certainty takes different variations in the ECJ case law, it may be invoked as a rule of interpretation, basis for an action in tort for damages or as a basis for annulement od EC measure.[1] There have been many cases dealing with the topic of res iudicata for example. This principle should apply not only to any Community or national authority applying EC law but also - and probably mainly - to the

[1] Kent, P. Law of the European Union. 4th ed. Longman law series, 2009, p. 81.

European Court of Justice.[2] What I would like to tackle in this article is the approach of the Court to securing this principle is observed not only by EC institutions and national authorities but also by the Court itself. Court set up some conditions and rules for other institutions and authorities when dealing with the principle of legal certainty but it seems to me it was not so precise to itself.

Court´s main job is to make sure that european legislation is interpreted and applied in the same way in all EU countries, so that the law is equal for everyone. But how does this role of such Supreme interpreter go in line together with quite frequent reconsiderations and changes of the Court´s existing case law?

2. CASE LAW RECONSIDERATION

Topic of case law reconsiderations is strongly connected with effect of Court´s case law but I have no intention to continue discussion about the inter partes or ega omnes effect of ECJ decisions, res iudicata, stare decisis or obiter dictum and ratio decidendi notions here. In my mind each author has its own opinion about the binding force of the ECJ case law and there is no need to try to produce another one. For the purpose of this article only one question from the abovementioned topics would be the most relevant: Is the Court itself bound by its decisions? Clear answer would be „no", but not everything is so clear especially when so many works are devoted to that. It is generally thought that ECJ is not bound by its own case law and there appear to be no decisions where ECJ would express any sense of obligation to follow its own previous case law. Interpretation of the Court must be observed but in fact it becomes binding only in particular case. There have been some trials to give the case law erga omnes effect like in International Chemical Corporation case[3] in which ECJ argued for the so called erga omnes effect of its judgements concerning the validity of EC legislation, special issue is represented also by doctrine acte clair or acte eclaire but generally there is no legal basis for bindingness of Court´s decision towards itself. The rationale to consider the past preliminary rulings of the ECJ to be binding can be related to the requirement of uniformity in the application and interpretation of EC law in Member States.[4] And uniformity could lead to legal certainty finally.
Court of course tries to be consistent in the decision it reaches. Thus in proceedings under Article 234 in which the Court is asked to rule on point it

---

[2] Barde, P., Calinska, P. Protection of legitimate expectations. [online] Dostupný z: http://potionline.net/Items/enforcement_docs/The%20protection%20of%20legitimate%20expectations%20%28Calinska,%20Barde%29.pdf

[3] Judgment of the Court of 13 May 1981, Case 66/80, SpA International Chemical Corporation v Amministrazione delle finanze dello Stato.

[4] Raitio, J. The principle of legal certainty in EC law. Springer, 2003, p. 87.

has already dealt with it will, in the absence of any suggestion that the previous case law was wrongly decided simply repeat its earlier ruling.[5]

As Advocate General Trstenjak delivered in her 2007 opinion in case Internationaler Hilfsfonds e.V. v Commission of the European Communities, the binding authority of precedent is not an inherent feature of the Union's judicial system. Although, in the interest of legal certainty and the uniform interpretation of Community law, the Community Courts endeavour in principle to give a coherent interpretation to the law, the general structure of both the Community legal order and the judicial system means that the Community Courts are not bound by their previous decisions.[6]

Then AG Trstenjak cites work of former Court´s judge Colneric who refers to the Court of Justice's practice of citing its previous case law in the interest of legal certainty and uniform application of the law. In her view, it is nevertheless inevitable that the Court of Justice occasionally has to make corrections to its own case-law. However, that step is taken only if there are pressing reasons to do so. Nowadays the Court of Justice takes care to highlight clearly any changes to its case-law.[7]

But I must ask – does the Court really do so?

3. JUSTIFICATION STANDARD

As for example Czech Constitutional Court held – reconsideration of existing intepretation represents serious intervention into legal certainty and equality of all, who expect their case will be dealt with in a same way. It does not mean there is no space for change – but any change should be very exceptional and justifying the avoidance of principle of predictability. Existing case law should not be left unnoticed, but relevant authority should face its previous decision and explain properly the reason of change. Case law reconsideration must be exceptional, reserved and only in cases really justyfying violation of the principle of predictability od the Courts´ decision. Not to commit arbitrariness in decision-making and violate the principle of legal expectations the previous case law must be dealt with in the

---

[5] Jacobs, F., Andenas, M. European community law in the English courts. Oxford University Press, 1998, p. 127.

[6] Opinion of Advocate General Trstenjak of 28 March 2007, Case C-331/05 P, Internationaler Hilfsfonds e. V. v Commission of the European Communities.
What is also interesting about this opinion is that as for the parts dealing with precedental character Advocate General Trstenjak refers only to academic works, no reference to case law is made.

[7] Colneric, N. Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung. *Zeitschrift* für europäisches Privatrecht, 2005, Vol. 2, p. 229.

justification of the new decision properly and Court must show what factors led him to submit a different new view.[8]
Let us have a look at Court´s justification when case law is beeing changed. Court of Justice mostly justifies its reconsiderations by fact that interpretation of Community law must be flexible and evolving, dynamic and it must follow Community and society developments.
Different types of justifications are presented in following part of this article and not always it is possible to say such justification is satisfying. Should not there be any more concrete or procedural standards when legal certainty of the involved parties is quite hardly violated in some cases?

3.1 AKRICH V METOCK

Metock case[9] had been delivered by the Court last year. This was quite emotional proceeding where Court concluded that his previous case of Akrich[10] from 2003 must be reconsidered. In Akrich the Court stated that third country national must be lawfully resident in a Member State when he moved with his union citizen spouse in order to benefit from Community right of residence. However, in Metock the Court came to completely opposite opinion although the situation was almost identical. Here the Irish legislation implementing so called residence Directive No. 2004/38/EC came before the Court. Irish legislation required a family member of a Union citizen to demonstrate that they had been lawfully resident in another Member State prior to their entry in Ireland. This requirement was in line with Akrich case, of course. But Court held such legislation was contrary to Community law at this time. What was the reason of such radical change?
There had been five years between these two decisions and Residence directive came in force meanwhile. But, was it enough for complete reconsideration? Akrich was a judgement of 2003, not very long before implementation of a Residence directive. Directive took as a source also case law of a Court and there was no sign of such prior lawful residence condition in the Directive. On the other hand this fact was used by the Court to say that Directive provides complete list of limits. Irish legislation also had as a source Court´s case law – Akrich case. Where is the legal certainty then, when a Member State – and it was not only Ireland - implements legislation completely in compliance with Court´s case law and after few years it is held unlawful.

---

[8] Decision of Constitutional Court of the Czech republic of 25 February 2008, IV. ÚS 625/06.

[9] Judgment of the Court of 25 July 2008, Case C-127/08 Metock and the others v Minister for Justice, Equality and Law Reform.

[10] Judgment of the Court of 23 September 2003, Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich.

The obvious implication of Metock is that those Member States will now have to rescind these rules, and return to the more liberal rules which applied prior to the Akrich judgment. Those Member States, apparently joined by others, are reluctant to do this because of concerns about irregular immigration, this has also political and budgetary implications and such situation does not contribute to legal certainty among Union citizens and even non-residents at all.[11]

Another more important question arises when we are talking about Metock case - was the justification of the case law reconsideration precise?

In point 58 Court admits that in Akrich it held, in order to benefit from the rights provided for in Article 10 of Regulation No 1612/68, the national of a non-member country who is the spouse of a Union citizen must be lawfully resident in a Member State when he moves to another Member State to which the citizen of the Union is migrating or has migrated. *However, that conclusion must be reconsidered. The benefit of such rights cannot depend on the prior lawful residence of such a spouse in another Member State...* To be honest there had been some sign of opening the scope ven before, Court refers to its previous judgements of Case C-459/99 MRAX or Case C-157/03 Commission v Spain, but still it leaves position of Akrich unclear.

3.2 FUTURA V BOSAL

In case Futura[12] the question was raised whether the conditions set up by Luxembourg tax authorities concerning loss relief represent infringement of freedom of establishment. The Court generously stated that "the effectiveness of fiscal supervision is an overriding requirement of general interest capable of justifying a restriction on the exercise of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty".[13] Luxembourg could therefore set a condition for the deduction of losses by a non-resident of an economic link to income earned of a non-resident in Luxembourg. This is so called application of "the fiscal principle of territoriality".

But as Advocate General Alber stated a few cases later, the fiscal principle of territoriality could not be relied on in case Bosal to substantiate cohesion of the system.[14] In Bosal an argument based on the principle of territoriality

---

[11] Peers, S. Statewatch Analysis. The UK proposals on EU free movement law: an attack on the rule of law and EU fundamental freedoms. [online] Dostupný z: ww.statewatch.org/analyses

[12] Judgment of the Court of 15 May 1997, Case C-250/95, Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions.

[13] Judgment of the Court of 15 May 1997, Case C-250/95, Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions, point 31.

[14] Opinion of Advocate General Alber of 24 September 2002, Case C-168/01, Bosal Holding BV v Staatssecretaris van Financiën.

has also been relied upon by the Netherlands government in order to justify the difference in tax treatment under the 1969 Law. According to Advocate General Futura Participations involved a permanent establishment of a foreign company which was located in Luxembourg and subject to tax there. Under the Luxembourg rules, the carrying forward of losses upon taxation in Luxembourg was subject to the condition that those losses should be related to the profit made by the permanent establishment itself, which was not case in Bosal also according to Court.

The Court therefore rejected using the principle in Bosal although it provided no sign in its justification why the costs of financing a branch may be allocated to the correct jusrisdiction as in Futura whereas the exact same costs of financing of the exact same investment but just in the legal form of subsidiary must be allocated tot he incorrect one as in Bosal. Doubts about relations between those two judgements thus remain.[15]

3.3 BACHMANN V DANNER

Case of Mr. Bachmann[16], a German national employed in Belgium, dealt with refusal od the deduction from his total occupational income of contributions paid in Germany pursuant to sickness and invalidity insurance contracts and a life assurance contract concluded prior to his arrival in Belgium. In case Bachmann the Court accepted that the measures there in issue were proportionate in that it was not possible to ensure the coherence of the Belgian system by less restrictive measures. In Bachmann the cohesion was expressed by a connection between deductibility and liability to tax.

Although the Court was very clear in explaining the thinking behind the acceptance of the cohesion of a tax system as justification, since this judgment, in fact every party have unsuccessfully invoked this justification in different circumstances where no direct link was found by the ECJ. Thus, the Court found no direct link in Baars case[17] and rejected such link also in

---

[15] Terra, B., Wattel, P. European Tax Law. Springer, 2002, p. 132.
[16] Judgment of the Court of 28 January 1992, Case C-204/90, Hanns-Martin Bachmann v Belgian State.

[17] Judgment of the Court of 13 April 2000, Case C-251/98, C. Baars and Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, point 37 and following:

The Court of Justice has held that the need to safeguard a tax system's cohesion may justify rules that are liable to restrict the fundamental freedoms (Case C-204/90 Bachmann [1992] ECR I-249 and Case C-300/90 Commission v Belgium [1992] ECR-305). However, that is not the case here.

First, there is no double taxation of profits, even in economic terms, because the tax at issue in the main proceedings is not charged on the profits distributed to shareholders in the form of dividends but on the assets of the shareholders through the value of their holdings in the capital of a company. Whether or not the company makes a profit does not in any event affect liability to wealth tax.

Danner case. On the other hand Danner case represents at the same time the confirmation of Bachmann being a good law.

In Danner case the Finnish rules became in question. Finnish authorities were aware of the judgements in Bachmann or Commission v Belgium but they were uncertain whether according to those judgments overtly discriminatory rules might be justified in order to preserve fiscal coherence. This is clear example of uncertainty left by ECJ judgements even on important issues.[18] Such type of uncertainty can cause governments, companies and citizens substantial economic damage, of course.

The reason of such uncertainty was caused mainly by the fact that in previous cases Court successfully avoided stating whether the rules in issue were discriminatory, and has examined grounds of justification not expressly mentioned in the Treaty. Right Bachmann is the example of that line of cases. In both judgments the discriminatory nature of the measures in issue as regards freedom to provide services was neither examined nor even mentioned and the measures were held to be justified by the need to preserve the coherence of the Belgian tax system, a justification not expressly mentioned in the Treaty and not previously recognised by the case-law.[19]

But what the Court stated in Danner case, it again rejected tax coherence stating only that *there is no direct connection between the deductibility of insurance contributions and the taxation of sums payable by insurers.*[20]

Except for this brief explanation at the same time the Court held: *A Member State is therefore in a position to check whether contributions have actually been paid by one of its taxpayers to an institution coming under the authority of another Member State. In addition, there is nothing to prevent the tax authorities concerned from requiring the taxpayer to provide such proof as they may consider necessary in order to determine whether the conditions for deducting contributions provided for in the legislation at*

Second, in Bachmann and Commission v Belgium, cited above, there was a direct link between the deductibility of pension and life assurance contributions and the taxation of the sums received under those insurance contracts, and it was necessary to preserve that link in order to safeguard the cohesion of the tax system in question. There is, however, no such link in the present case, which concerns two separate taxes levied on different taxpayers. It is therefore irrelevant, for the purposes of granting shareholders a tax allowance in respect of the wealth tax, that companies established in the Netherlands are subject to corporation tax in the Netherlands and that companies established in another Member State are not.

[18] Opinion of Advocate General Alber of 21 March 2002, Case C-136/00, Rolf Dieter Danner, point 39.

[19] Opinion of Advocate General Alber of 21 March 2002, Case C-136/00, Rolf Dieter Danner, point 36.

[20] Judgment of the Court of 3 October 2002, Case C-136/00, Rolf Dieter Danner.

issue have been met and, consequently, whether to allow the deduction requested...[21]

So, as Multari say, it seems the concept of coherence of the tax system is a potentially valid justification of a restriction whenever a direct link reflecting a complementary relation between a tax advantage and a tax liability can be found. Another recent case, Krankenheim judgment,[22] can be seen as supporting consistency of ECJ in approaching the coherence of the tax system as justification where properly invoked.[23]

3.4 EMMOTT V FANTASK

Another example of diverging case law is representedy by case Emmott and Fantask. To begin this issue it is possible to refer to Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer opinion in case C-30/02 where he states it is not contrary to Community law for a Member State to resist actions for repayment of charges levied in infringement of a directive by relying on a time-limit under national law which is reckoned from the date of payment of the charges in question even though, at that date, the directive in question had not yet been properly transposed into national law. At the same time Advocate General states that only the judgment in Case Emmott[24] maintained the opposite view although other later judgments have abandoned it.

It may sound Emmott is the exception but in fact this had been the „previous case law“ which was replaced. Emmott says that where an individual could not start national proceedings due to bad implementation of a Directive by Member State, national terms should not begin before correct transposition. Emmott case was delivered in 1991, the other diverging cases, case C-338/91 Steenhorst Neerings and case C-410/92 Johnson followed later.

Fantask judgement was next one of those that reversed Emmott decision because of its broad and generous scope which was critised by Advocate general Jacobs in his opinion in Fantask.

The applicants and the Commission in case Fantask considered that on the basis of Emmott a Member State may not rely on a limitation period under national law as long as the Directive is not properly transposed into national law. But Court held ...*as was confirmed by the judgment in Case C-410/92...*

---

[21] Judgment of the Court of 3 October 2002, Case C-136/00, Rolf Dieter Danner, point 50.
[22] Judgment of the Court of 23 October 2008, Case C-157/07 Finanzamt für Körperschaften III in Berlin v Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH.
[23] Multari, D.A. Loss recapture rule and coherence of the tax system: the Bachmann theorem in the recent. Krankenheim case. [online] Dostupný z: ials.sas.ac.uk/postgrad/courses/docs/MA_Tax_Working_papers/

[24] Judgment of the Court of 25 July 1991, Case C-208/90, Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General.

it is clear from Case C-338/91 (Emmott) that the solution adopted in Emmott was justified by the particular circumstances of that case, in which the time-bar had the result of depriving the applicant of any opportunity whatever to rely on her right to equal treatment under a Community directive.[25] So again the justification of the non-application of previous case law is based only on the fact that circumstances of the cases differ.

4. ANY IMPROVEMENT POSSIBLE?

There are of course more cases that can be analyzed, just when we look at the old example of Keck case compared to casses Dassonville and Cassis de Dijon and what the justification of the Court was reconsideration of the previous case law in Keck was. In point 14 of its judgement the Court stated: *In view of the increasing tendency of traders to invoke Article 30 of the Treaty as a means of challenging any rules whose effect is to limit their commercial freedom even where such rules are not aimed at products from other Member States, the Court considers it necessary to re-examine and clarify its case-law on this matter*.[26]

The reasons were therefore purely political in that case and Court departed from its existing case law quite decently. It stated that it considered it necessary to re-exaimne and clarify its case law on this matter and concluded contrary to watt has previously been decided. However the Court did not make clear precisely what it was overruling. The effect of its judgement was therefore to leave the status of its previous decision unclear.

The same we can say about the cases mentioned above. What happen to that case law that becomes obsolete? It the Court does not state clearly it cannot be used any more or when it can be used it may happen it rises from the dead even when it is not expected. I also understand that the Court sometimes regrets what it had done but if there is no clear status of the case law it may lead to arbitrariness at any moment.

For example above mentioned Fantask case is the one of quite vague and brief justification which does not bring much legal certainty. There is also question to what extent reasons of political, spcial or economical changed should play role in case law changes.

Of course, one must differ between reconsiderations which completely change previous case law and those that can be really realted to the specific circumstances of the case. Some reconsiderations are ven necessary to make celarer previous statements but as I wrote above change of the case law is of

---

[25] Judgment of the Court of 25 July 1991, Case C-208/90, Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General, point 26.

[26] Judgment of the Court of 24 November 1993, Joined cases C-267/91 and C-268/91, Bernard Keck and Daniel Mithouard, point 14.

a high importance whoch probably could deserve some special procedural standard, eg. decisions should be made by certain number of judges in plenum, some strucutre of decision can be set to make clear what and why is being overruled or whyt does the previous law still remains to be a good law. Although it is almost impossible to affect wide range of circumstances that may occur, still some effort can be made to reach uniform intepretation that can be relied on both by authorities or instiituions and citizens.

5. CONCLUSION

To summarize, I see two main problems when Court departs from ehat has previously been decide – at first the role of ECJ as producer of uniform interpretation of EC law contrasting with the second role of Court deciding cases binding only inter partes. Next problem represents frequent uncertainty about the relationship between the diverging judgements.

With the emerging body of law falling under Court´s jurisdictions according to the Lisbon treaty more such situations may arise and I think we deserve more legal certainty from Court itself.

Court always says that community law must be flexible and evolving , dynamical and must fit to the evolution of community and society. Also the intepretation cannot be static and decisions of the Court must by dynamic – but when we say dynamic, does not it rather mean they could be used, there is gap between the role as federator of intepretations and decision maker in inter partes cases – and this is not easy to overlap

Of course, being aware of case law and adhering to it, and at the same time realizing its transient quality, is very challenging. It is not easy to differentiate between case law which still applies to present conditions and case law which does not. Clearly, therefore, decision making requires a great deal of judicial acumen and background knowledge.[27]

To finalize, as advocate general Toth stated in his huge study[28] the difficulty of theorizing any issue about Community law is the fact ignorong that Community law as a new legal order of a sui genesis type with Court of Justice exercising a unique jurisdiction, requires sui genesis solutions. The role of the Court is very hard without any doubt, but does this prevent us to desire a bit more of legal certainty for twenty-seven or even more Member States and millions of Union citizens?

[27] Raitio, J. The principle of legal certainty in EC law. Springer, 2003, p. 86.

[28] Toth A.G. The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects. Yearbook of European Law, 1984.

Literature:

- Barde, P., Calinska, P. Protection of legitimate expectations. [online] Dostupný z: http://potionline.net/Items/enforcement_docs/The%20protection%20of%20legitimate%20expectations%20%28Calinska,%20Barde%29.pdf
- Colneric, N. Auslegung des Gemeinschaftsrechts und gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung. *Zeitschrift* für europäisches Privatrecht, 2005, Vol. 2, p. 229.
- Decision of Constitutional Court of the Czech republic of 25 February 2008, IV. ÚS 625/06.
- In Case C-157/07,
- Jacobs, F., Andenas, M. European community law in the English courts. Oxford University Press, 1998, 322 p.
- Judgment of the Court of 13 April 2000, Case C-251/98, C. Baars and Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem.
- Judgment of the Court of 13 May 1981, Case 66/80, SpA International Chemical Corporation v Amministrazione delle finanze dello Stato.
- Judgment of the Court of 15 May 1997, Case C-250/95, Futura Participations SA and Singer v Administration des contributions.
- Judgment of the Court of 23 October 2008, Case C-157/07 Finanzamt für Körperschaften III in Berlin v Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH.
- Judgment of the Court of 23 September 2003, Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v Hacene Akrich.
- Judgment of the Court of 24 November 1993, Joined cases C-267/91 and C-268/91, Bernard Keck and Daniel Mithouard.
- Judgment of the Court of 25 July 1991, Case C-208/90, Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General.

- Judgment of the Court of 25 July 2008, Case C-127/08 Metock and the others v Minister for Justice, Equality and Law Reform.
- Judgment of the Court of 28 January 1992, Case C-204/90, Hanns-Martin Bachmann v Belgian State.
- Judgment of the Court of 3 October 2002, Case C-136/00, Rolf Dieter Danner.
- Kent, P. Law of the European Union. 4th ed. Longman law series, 2009, p. 81.
- Multari, D.A. Loss recapture rule and coherence of the tax system: the Bachmann theorem in the recent. Krankenheim case. [online] Dostupný z: ials.sas.ac.uk/postgrad/courses/docs/MA_Tax_Working_papers/
- Opinion of Advocate General Alber of 21 March 2002, Case C-136/00, Rolf Dieter Danner.
- Opinion of Advocate General Alber of 24 September 2002, Case C-168/01, Bosal Holding BV v Staatssecretaris van Financiën.
- Opinion of Advocate General Trstenjak of 28 March 2007, Case C-331/05 P, Internationaler Hilfsfonds e. V. v Commission of the European Communities.
- Peers, S. Statewatch Analysis. The UK proposals on EU free movement law: an attack on the rule of law and EU fundamental freedoms. [online] Dostupný z: ww.statewatch.org/analyses
- Raitio, J. The principle of legal certainty in EC law. Springer, 2003, 298 p.
- Terra, B., Wattel, P. European Tax Law. Springer, 2002, 532 p.
- Toth A.G. The Authority of Judgements of the European Court of Justice: Binding Force and Legal Effects. Yearbook of European Law, 1984.

Contact – email
VeraMarhanova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE HIERARCHY OF THE NORMS IN THE INTERNATIONAL LAW SYSTEM

ŞTEFAN MOŢĂŢĂIANU

Faculty of Juridical Sciences; University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu; Romania

Abstract
In the international law system hierarchy of the norms is recognized and accepted; without being put on the doubt sign the equality of the international law sources; such as are covered by the article 38 from the International Court of Justice Statute (C.I.J.); preeminence of a source to another being excluded. International law was consolidate in a hierarchy in top of which are situated imperative norms – jus cogens – of nature to validate the contrary rules; regardless of the formal source in which them find their expression.

Key words
Hierarchy of norms; hierarchy of the law sources; public international order; imperative norms; jus cogens

1. GENERAL INTERNATIONAL LAW

Public international law is fundamentally different by the intern law and default by any component branch of that. In the development of the public international law doesn't exist superior authorities of the states with legislative powers. The regulations imposing conduct rules in the international society and having like receiver. The states but others subjects of international law also are result of a process which develops under the base of some principles totally different from the intern legislative system.

Usually in the intern law legislative power belongs to the parliament invested with special powers of development of the laws applied into a given territory and to a given population having an obligatory character.

In the international law the states or the groups of states are the ones which o the base of the express free will agreement develop law rules; rules destined to the same states; to which are imposed certain conduct rules in the international society.

An organized structure on the top of the states with legislative powers doesn't exist. Precisely why it is affirmed that „in the international juridical order the state is in the same time author but also receiver (subject) of the law rules"1

[1] Raluca Miga-Beşteliu, Public International law, Ed. All Beck Bucureşti 1997, pag.4

International public law is regarded mostly like an ensemble of rules including the specific elements. What imposes an emphasis on defining the public international law is his character of unitary normative system. International law represents also a complex of juridical rules created initially like a customary law and later like a conventional law with specificity well determinate2.

Like unitary normative system; international law was consolidated under the influence of the political action; in time; within its being centralizing phenomena which allows us today to speak about a general international law.

Undoubted centralizing grade of the international normative system is lower comparative with the one of the state intern system. General rules instead; keep their importance also in the international system; the rules developed by the regional subsystems being in accordance with the general international law.

General international law it is consist of those rules which regulates fundamentals material such as politically-juridical organization of the system and also the fundamental rights of the juridical order subjects. Also; those rules are characterized through stability in time; their modification imposing special procedures.

2. THE HIERARCHY OF THE LAW SOURCES AND THE HIERARCHY OF THE RULES IN THE INTERNATIONAL JURIDICAL SYSTEM.

Considering that the authority of the O.N.U. Book such as the International Court of Justice Statute and in mainly universal vocation of .ON.U.; we report in the field of international law sources; to enumerate form the article 38 of the C.I.J. Statute; according which the main sources of international law are the treaty; the custom and the law general principles (art. 38 lit.a;b) to which are added the auxiliary means of determination of law rules; namely sentences and international law doctrine.

In the article 38 from the C.I.J. Statute can't be surprised a hierarchy of the international law sources. That's why the doctrine has promoted the idea of equality between the main international law sources; being said like example that "an international treaty doesn't have a priori a superior value over the one of a unilateral document or over a customary rule".3

[2] Hans Kelsen – Theorie pur du droit, Paris, Dalloz 1962, pag. 425

[3] Philippe Blancher – Droit des relationes internationales, Ed. Lexis-Nexis Paris 2006, pag.9

Regarding the law sources can be concluded that in the positive international law doesn't exist a recognizing rule of the formal source preeminence over another; here not being an hierarchy of the formal sources. Totally different is the situation regarding the international law rules.

Any rule of international law which implies the obligation to respect certain conduct rule establish through the will agreement of the states will be respected regardless the ways which express her. An international rule can be analyzed after the importance of the domain but also after the scale of the will agreement necessary to his adoption. Or; from that point of view; the doctrine promoted the idea of the existing of a hierarchy between different categories of norms belonging to the international law. The existence of that hierarchy implies the deepen of some aspect related by the relation between the provisions of the U.N. Charter and the dispositions of others treaties; as that between the general treaties and the bilateral or regional ones; also will be taken in view the rapport treaty-custom and the statute and the importance to the jus cogens norms.

International concerns for peace and security in relations between states has based the idea of the rule of the UN Charter provisions on treaties concluded by various subjects of international law.

Article 103 of the UN Charter emphasizes that "in case of conflict between the obligations of members under this charter natiunilro united and obligations under any international agreement; obligations under the Charter shall prevail". This article was inspired by Article 20 of the League of Nations Covenant which contained the provision that: This pact repeals all obligations and agreements inconsistent with its provisions. Primary role of regulations contained in the UN Charter in relation to those contained in any other international agreement is in one of the strongest arguments in promoting the idea of the existence of a hierarchy among many categories of rules of international law.

Hierarchy of norms of international law; so commented but finally accepted in theory but is supported by conventional plan and agreement of will of international community members who promoting the interests of the entire humanity have created the premises of the International Public Order; which currently presents a complex and dynamic configuration whose existence is recognized and accepted as a guarantee of balance in the conduct of international relations. It is currently regarded as the "formation of new rules of international law; development and prediction of existing regulatory process is a complex contribution of all the ad states; using the

many means by which legal; the spring meant to achieve and will express agreement on the regulation of various issues and areas of cooperation4".

3. PUBLIC INTERNATIONAL ORDER.

Accepting the existence of a hierarchy between the rules of international law and recognizing the role and importance of public order established by the international community is to remember that this order has been established and are consolidated in those rules-- meaning principles and rules-- arising from proper and essential values of the Humanity and which is presented "like an amount of principles and rules of which applying would be so important for the international community in his ensemble; that any unilateral action or agreement which would be contrary to those principles or rules would be witout juridical force".5

It is obvious that through that configuration of the international public order; the rules hierarchy in the international law is undeniable; knowing that the main rules defends the most important values of the international community in his ensemble; all the states having a juridical interest of protect those values.

In the hierarchy of the international rules was formed an ensemble of rules with strict obligatory character; in which application doesn't admit any derogation and which in rapport with the all International community impose the respecting of some obligations with erga omnes character. Taking in view that any international rule is obligatory; that distinct category is consecrated in the public international law through the term imperative rules; what suppose near the strict obligatorily the categorical interdiction of any derogation6. This it is the reason for which it's considered that the object of a treaty is illicit if is contrary to a rule of imperative nature7. That ensemble of rules has based in the international law the concept of jus cogens; of which importance and resonance in the international law system doesn't delayed to be recognized both in doctrine and with prudence (sometimes objectify justified) in the international jurisdiction. Regarding the place in the imperative rules hierarchy was said that "the term of jus cogens signifies the imperative law; a rule of jus cogens

---

[4] Dumitra Popescu, Adrian Nastase, Florian Coman – Public International law, Casa de Editura si Presa „Sansa" SRL, Bucuresti, 1994, pag. 46

[5] H. Mosler – The international Society as a Legal Community, RCADI 1974 –IV, pag. 34

[6] Dumitra Popescu – Public International Law, Ed. Universitatii Titu Maiorescu 2005, pag. 47

[7] Grigore Geamanu – Public International Law volume II, Ed. Didactica si Pedagogica, Bucuresti, 1983, pag.153

occupies for that reason the highest hierarchic position over the all others rules and principles"8.

Initially the concept of jus cogens belonged to the national law; the reason which was at the base of his apparition being the protecting of intern public order9.

Jus cogens was constitute in time like an ensemble of rules which doesn't admit any kind of derogation between particulars; any violation of such rule being equivalent with the put in danger of the internal public order. Consequential; any convention concluded without respecting the exigencies imposed by a rule of jus cogens will be without effects; being declared invalid.

The notion of jus cogens will be taken by the international law from the intern law; his evolution in the international domain from the origins and till the moment of the consecration of the concept through the codification accomplished by the Convention from Viena to the treaty right from the year 1969; scrolling in time over several centuries.

4. IMPERATIVE NORMS - JUS COGENS – IN THE HIERARCHY OF THE INTERNATIONAL NORMATIVE SYSTEM.

The adoption in 1969 of the Convention from Viena to the treaty rights has represented the accomplished of a marked objective in the development process of the international law.

The importance of that Convention is more highlighted; if we take considering the historical context in which took place both the project preparation by the Commission of International law and the negotiations from the Conference from Viena. Negotiators; delegates from the part of some states belonging of antagonistic social-politic systems; have managed beyond the said different positions; to elaborate a juridical regime for the most important source of the international law – the treaty – that instrument with fundamental role in the conduct of international relations.

The Convention also has the merit to include the first formal recognition of the concept of jus cogens initiating the process of its progressive development in international law system.

Consecration to plan conventional concept of mandatory rules of general international law as defined in Article 53 of the Convention is not the result of inspiration of the moment and no short term effect of factors in the

[8] Cherif Bassiouni – Reprimer les crimes Internationaux: jus cogens et obligatio erga onmes – Comite International de la Croix-Rouge – Reunion d'experts Geneva 1997 pag. 31

[9] Joe Verhoeven – Droit International Public, Ed. Larcier 2000, pag. 338

process of promoting the interests of some Member of the International Communion. Over domestic law; the concept of mandatory rules has come a period of evolution in international law; its development is supported both by doctrine and practice International Member. Relationship of mutual influence; as the company confirmed if the international high society at a time rules and the hierarchy problem depending the importance of regulatory relations and the international role in determining public policy.

Those views; expressed in the doctrine; which support equality between the main sources of international law as they are set out in Article 38 of the Statute par.1 International Court of Justice remain valid but without excluding the possibility of establishing a hierarchy between different categories of international rules.

There are so all norms of international law in a separate category of rules whose specificity separates them in terms of authority; mandatory rules; from which there can be no derogation. Recognized in a conventional plan this category of rules circumscribing the concept of jus cogens

Any rule of international law developed on the basis of freely expressed will of the Agreement obliges parties to a certain conduct. They were so binding; and their violation may attract penalties under.

Therefore in order to emphasize the specificity; both the Vienna Convention of 1969; and literature and Romanian foreign but use the notion of mandatory rules that are characterized by what belongs to why international law is generally recognized and accepted by the Community International and from a whole or not allowed any derogation. Any treaty in conflict with mandatory rules is a void and room effects cease. Mandatory rules occupy a position of major importance in the international regulatory system; they influence the configuration and consolidation of public policy at the International Society.

On the other hand; we can not ignore the doubts expressed by a large part of the doctrine of international law or in connection with the possibility to identify the mandatory standards or about their effectiveness; some opinions even sustunand these rules would endanger safety and stability of treaties.

But the majority view emphasizes the positive impact of mandatory rules in international law and practice also confirmed the international tribunals.

International instances such as the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia10; the European Court of Human Rights11; International

[10] The case Anto Furundzija, convicted of TPIY for torture; international norms which incriminates the torture being considered norms of jus cogens

[11] Al Adsani v. United Kingdom Court of Human Rights Application no. 35763/97, 21 November 2001, www.echr.org

Court of Justice12 pronounced sentences that was invoked the concept of jus cogens;emphasizing the difference between the obligations of a State against another State of any State and the International Community towards; the finally having a erga omnes character; them being regulated through imperative norms.

The development of the concept jus cogens in the public international law is closely related to the evolution of the international society and is the result of the interdependent complexes put on the job of Humanity and of the common patrimony values of that.

Literature:

- Blacher Phillipe; Droit des relations internationals; Paris; Ed. Lexis-Nexis; 2006; 163 pages; ISBN 978-2711006724
- Carrillo-Salcedo Juan Antonio; Cours General de Droit International Public; Recueil des Cours 257; Hague Academy of International Law: 1996; 432 pages; ISBN 9789041104403
- Dupuy P.M.; Droit International Public – 5eme Edition; Paris: Ed. Dalloz-Sirey; 2000; 731 pages; ISBN 978-2247041206
- Diaconu Ion; Course of International Law; Bucuresti; Casa de editura si presa “Sansa”; 1993; 287 pages; ISBN 973-95971-7-3
- Diaconu Ion; Imperative norms in the public international law. Jus cogens; Bucuresti; Ed. Academiei; 1977; 219 pages
- Kelsen Hans; Theorie pure du droit; Paris; Dalloz; 1962; 496 pages
- Popescu Dumitra; Public international law; Bucuresti; Ed. Universitatii Titu Maiorescu; 2005
- Sudre Frederic; European and International law of the human rights; Bucuresti; Ed. Polirom; 2006; 568 pages; ISBN 973-46-0151-2
- Verhoeven Joe; Droit international public; Bruxelles; Ed. Larcier; 2000; 864 pages; ISBN 978-8044-0630-1

[12] Constantly CIJ has statute that is about an obligation erga omnes then when a state assumes an obligation reported to the ensemble of the international community.

- Weil Prosper; Le droit international en quete de son identite – Recueil des cours; volum VI; Hague Academy of International Law; 1992; 384 pages; ISBN 978-90-41-10235-5

Contact – email
motataianustefan@baroulgorj.ro

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PERSONAL DATA PROTECTION AS TOPICAL EU LAW PROBLEM

DANIEL NOVÁK

Department of International and European Law - Faculty of Law – Masaryk University - Czech Republic

Abstract in original language
V minulosti převážně platilo, že právo duševního vlastnictví podporuje ochranu soukromí. Kupříkladu autorské právo chrání soukromí autora a skutečných osob, které jsou rozpoznatelné v literárním příběhu, tím, že zamezuje volné distribuci díla. V současnosti můžeme vidět změny v tomto vztahu. Běžně ochrana soukromí omezuje svobodu projevu. V našich souvislostech je ale určující, že příliš snadný přístup ke komunikačním údajům týkajícím se připojení k internetu, může znamenat ohrožení svobody projevu.

Key words in original language
Ochrana soukromí, ochrana osobních údajů, ochrana duševního vlastnictví, Listina základních práv Evropské unie, Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, směrnice 2006/24/ES, uchovávání údajů, Malone v. Spojené království, Klass v. Spolková republika Německo, Promusicae, LSG.

Abstract
In the past, it was predominantly true that the intellectual property laws were supporting the protection of privacy. For example, copyright protects the privacy of the author and the actual people who are recognizable in the literary story by preventing the free distribution of works. Nowadays, we can see changes in this relation. Normally, the protection of privacy interferes with the freedom of expression. But in our context, the too easy access to Internet traffic data could mean a threat to the freedom of expression.

Key words
Privacy protection, personal data protection, protection of intellectual property, Charter of Fundamental Rights of the European Union, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Directive 2006/24/EC, data retention, Malone v United Kingdom, Klass v Federal Republic of Germany, Promusicae, LSG.

1. INTRODUCTION

In the past, it was predominantly true that the intellectual property laws were supporting the protection of privacy. For example, copyright protects the privacy of the author and the actual people who are recognizable in the literary story by preventing the free distribution of works.

Nowadays, we can see changes in this relation.

James Whitman said: "American privacy protections are at their conceptual core, protections against the state, while European privacy protections are, at their conceptual core, protections against the media and the general public."[1]

We do not leave out the efforts of States to intensify control over their citizens which is justified by the fight against the phenomena such as terrorism and organized crime, or unwelcomed media attention to celebrities.

But we have to stress that the most active private players in the field of attempts to gain access to personal data are those associated with the issue of intellectual property rights. These various organizations fight in particular against illegal software copying and distribution or infringement of copyright in musical works (hereinafter referred to as "representatives of right holders").

This is because the electronic data can be easily spread around the world and – even if the unit price of illegally used intellectual property rights can be small – the sum at stake is substantial.

Nowadays, there is a tension between the intellectual property rights and the personal data protection. Owners of the intellectual property go by the Francis Bacon's paraphrased statement: Knowledge is wealth. Personal data protection makes it more difficult.

Organized interests of the owners of intellectual property rights are clearly visible at all levels of decision-making: the sectoral organization WIPO, the WTO, the European Union institutions, even national legislative processes. Every day we see their more or less open presence in the media space.

They also use the court proceedings with the growing vehemence.[2]

---

[1] *Whitman, J. Q. Human dignity in Europe and the United States: the social foundations, p. 121. In: Nolte, G. (ed.) European and US Constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.*

[2] *See Virgin Records America, Inc v. Thomas, Available Case Documents. On line http://news.justia.com/cases/featured/minnesota/mndce/0:2006cv01497/82850/*

2. INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS PROTECTION THROUGH CRIMINAL JUSTICE AND DATA RETENTION DIRECTIVE

Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC (hereinafter referred to as the "DRD") is one of the most controversial parts of EU law, precisely in view of its attachment to privacy.

This directive wants to ensure that the data are available for the purpose of the investigation, detection and prosecution of serious crime, as defined by each Member State in its national law (Art. 1, paragraph 1 DRD).

It shall not apply to the content of electronic communications, including information consulted using an electronic communications network. (Article 1, paragraph 2 DRD).

The DRD is applicable in the field of protection of intellectual property if the (perceived or real) offense has a criminal dimension.

This criticized directive refers to Article 95 of the Treaty establishing the European Community. Ireland submitted that the choice of Article 95 TEC as the legal basis for the Directive is fundamentally flawed.

The Irish government filed its case in the European Court of Justice on 6 July 2006 as C-301/06.

On 2nd February 2009 The European Court of Justice in issued that the DRD: "regulates operations which are independent of the implementation of any police and judicial cooperation in criminal matters. It harmonizes neither the issue of access to data by the competent national law-enforcement authorities nor that relating to the use and exchange of those data between those authorities. Those matters, which fall, in principle, within the area covered by Title VI of the EU Treaty, have been excluded from the provisions of that directive, as is stated, in particular, in recital 25 in the preamble to, and Article 4 of, Directive 2006/24/EC."

The Court summarized that in light of its substantive content, Directive 2006/24/EC relates predominantly to the functioning of the internal market.

In other words, the European Court of Justice gave emphasis on the fact that the addressee of the obligations, market participants, i.e. "service providers", and it put into the background that the data are intended for security forces.

But this is in terms of the standard scheme of regulation rather controversial. For example the obligation of a company to release proof to the court (which is comparable) in criminal proceedings, is ranked in the criminal procedure and not in the company law or the public economic law.

The decision does not consider whether the DRD is in breach of fundamental rights.

As the European Court of Human Rights stated in Malone v United Kingdom, the records of metering contain information, in particular the numbers dialed, which is an integral element in the communications made by telephone. Consequently, release of that information to the police without the consent of the subscriber also amounts, in the opinion of the Court, to an interference with a right guaranteed by Article 8.[3]

The Lisbon Treaty has acknowledged the Charter of Fundamental Rights and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a reference framework.

Sometimes it appears that the Convention No. 108 for the Protection of Individuals with regard to automatic processing of personal data should be applied by the European Court of Human Rights. Rolv Ryssdal, former President of the European Court of Human Rights, advocated that the Court should not ignore the fundamental principles of Convention No. 108. They constitute a sectoral implementation of Article 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the context of automatic processing of personal data and they can help with the interpretation of those obligations.[4]

Therefore the DRD has to succeed in the test of proportionality, which consists of the criteria of suitability, necessity and importance of the conflicting rights.

The DRD refers to constitutional values (values of primary EU Law), i.e. public order and safety. According to case law on the fundamental freedoms the argumentation by the public order and safety can be applied only if there is a genuine and sufficiently serious threat affecting one of the fundamental interests of society. See, for example, Case of 29 April 2004 Orfanopoulos and Oliveri (C-482/01 and C-493/01, ECR I 5257, paragraph

---

[3] *See Malone v United Kingdom (Application No 8691/79) ((1984) 7 EHRR 14; Series A No 82, paragraph 84).*

[4] *Ryssdal, R. Data Protection and the European Convention on Human Rights, in Data Protection, Human Rights and Democratic Values, Proceedings of the 13th Conference of Data Protection Commissioners held 2–4 October 1991 in Strasbourg, Strasbourg: CoE, 1992, p. 42.*

66), to the free movement of persons and of 14 March 2000, Eglise de Scientology (C-54/99, ECR I 1335, paragraph 17), to the free movement of capital.

The DRD is suitable for its purpose since there is no doubt that electronic communications are eligible to be a tool for criminal activities. But this does not mean that it can not be circumvented, and quite easily.

The DRD may be considered necessary if its purpose can be achieved by alternative means of regulation which limit the constitutionally protected values in smaller extent. This legislative solution is sustainable, because data can not be effectively required later without retention.

With regard to the proportionality in the strict sense, it is necessary to state that there were some critical calculations:

„Suppose there will be an obligation to retain all traffic data for 36 (in fact most 24) months, while an evaluation shows that only 2% of these data are being demanded for inquiries in criminal cases. Of that 2%, it turns out, only 10% proves to be really necessary as proof in the case, be it as direct evidence, or as a trace to such evidence. In that case, only 0.2% of all stored data are necessary for law enforcement. In that case, 99.8% of all these data would be stored on behalf of the useful 0.2%. Let us, for the sake of this example, continue to suppose that half of the 2% of data would be requested within the first week, and 9/10 within the first month. In that case during 35 (in fact most 23) months data would be stored on behalf of the 0.02% that would be useful in a criminal court case.“[5]

The statistics held in accordance with article 10 of the DRD could allow a verification of these considerations.

The fact that the proportion of usable data will be near to zero, of course, suggests that the proportionality test is not fulfilled. On the other hand, we can shorten a retention time but other adjustments go against the principle of non-interception of the content of communication (Article 1, paragraph 2 DRD).

The content remains inaccessible only in certain cases. If the requiring authority lawfully found the content of communications, provision incorporated in the article 1 paragraph 2, has not practical implications.

---

[5] *Invasive, Illusory, Illegal, and Illegitimate: Privacy International and EDRi Response to the Consultation on a Framework Decision on Data Retention. On line www.privacyinternational.org/issues/terrorism/rpt/responsetoretention.html*

But it is already comparable to the wiretapping (and not only the metering).

The DRD does not address the question of how the communication party learns that the data were transmitted to the police. This can not be harmonized on the basis of Article 95 EC.

In connection with the wiretapping, there is a general obligation to provide information (with exceptions for particularly serious situations) based on the case law of the European Court of Human Rights, specifically the judgement of Klass v Federal Republic of Germany, which states: The Court points out that where a State institutes secret surveillance of the existence of which remains unknown to the persons being controlled, with the effect that the surveillance remains unchallengeable, Article 8 could to a large extent be reduced to a nullity. It is possible in such a situation for an individual to be treated in a manner contrary to Article 8 (art. 8), or even to be deprived of the right granted by that Article (art. 8), without his being aware of it and therefore without being able to obtain a remedy either at the national level or before the Convention institutions.[6]

Some member states have experienced delays in transposition of the DRD (Austria, Greece, Ireland, the Netherlands, Poland and Sweden). In relation to the procedures of the European Commission and the European Court of Justice, there will be the possibility to evaluate this directive from the perspectives of the protection and promotion of European human rights standards.

The European Court of Human Rights is self-restrained to the legal acts of the European Union. His criticism of procedures under the DRD would oblige Member States to choose between the breach of the DRD and the Convention. But it might later lead to a change of the DRD.

The mere availability of data raises other people's (which are unauthorized according to the original intention of the legislature) efforts to gain access to them.

3. CIVIL PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

In the recent past, under the preliminary ruling procedure the European Court of Justice issued two decisions, which interpret the obligation to surrender internet traffic data to representatives of right holders: judgement of 29 January 2008 Promusicae (C-275/06, no. ECR. I p.

---

[6] *Klass v Federal Republic of Germany (Application No 5029/71) ((1979-80) 2 EHRR 214, paragraph 36).*

271) and judgement of 19 February 2009 LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v. Tele2 Telecommunication GmbH (C-557/07).

In the main proceedings Productores de Música de España (Promusicae), a non-profit-making organization of producers and publishers of musical and audiovisual recordings, requested against Telefónica de España SAU, the disclosure of informations identifying the users who have allegedly violated copyright by "providing access in shared files of personal computers to phonograms in which the members of Promusicae held the exploitation rights". Promusicae wanted to bring civil proceedings against these users.

Telefónica refused to release such data with reference to Article 12 of Law 34/2002 on information society services and electronic commerce which stated: "The data shall be retained for use in the context of a criminal investigation or to safeguard public security and national defense, and shall be made available to the courts or the public prosecutor at their request."

The national court found that in Spain the copyright infringement was a crime only if it was committed for profit.

In accordance with the Advocate General's opinion the European Court of Justice ruled that:

European directives "do not require the Member States to lay down an obligation to communicate personal data in order to Ensure effective protection of copyright in the context of civil proceedings, in a situation in which a non-profit-making organization of producers and publishers of musical and audiovisual recordings has brought proceedings seeking an order that a provider of internet access services to the organization disclose the identities and physical addresses of certain subscribers, so as to enable civil proceedings to be brought for infringement of copyright."

Similarly, as to Articles 41, 42 and 47 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) ... "do not contain provisions which require those directives to be interpreted as compelling the Member States to lay down an obligation to communicate personal data in the context of civil proceedings".

The European Court of Justice emphasized that "However, Community law requires that, when transposing those directives, the Member States take care to rely on an interpretation of them which allows a fair balance to be struck between the various fundamental rights protected by the Community legal order. Further, when implementing the measures transposing those directives, the authorities and courts of the Member States must not only interpret their national law in a manner consistent with those directives but also make sure that they do not rely on an interpretation of them which would be in conflict with those fundamental rights or with the

other general principles of Community law, such as the principle of proportionality." (see paragraphs 60, 70, operative part)

The European Court of Justice dealt with the legal framework before the transposition of the DRD and it did not comment the Advocate General's opinion which stated that: "It is already doubtful whether that exception (incorporated in the article 6(2) of Directive 2002/58) allows any storage at all of particulars concerning the persons to whom and times when a dynamic IP address was assigned. That information is not normally needed for the purpose of billing the access provider's charges."[7]

States have been allowed a relatively wide margin of appreciation with respect to the formulation of criteria which are relevant for determining when the internet traffic data can be disclosed and the privacy protection will not be infringed. There should be included among others for example: the amount of damages, the profitability of infringement of intellectual property, its organization and length of duration, respectively the degree of probability that the infringement occurred.

As long as the representative of right holders does not identify the alleged offenders, he can not determine the total amount of damage caused by a single offender's repeated violations of intellectual property rights. If dynamic IP addresses are used, the access provider assigns randomly to its customers an address from its quota of addresses every time they access the Internet.

The focus of this examination would remain on the service providers (the telecommunications companies). They are at risk to make a mistake in this fragmented field and suffer the consequences. There is a topic for discussion, whether the national authorities for the protection of personal data should decide on the uncovering of the data.

The order of 19 February 2009 LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH v. Tele2 Telecommunication GmbH, (C-557/07) is based on similar factual and legal circumstances.

LSG is a collecting society which "enforces as trustee the rights of recorded music producers in their worldwide recordings and the rights of the recording artists in respect of the exploitation of those recordings in Austria". Tele2 is an Internet access provider which assigns to its clients (dynamic) IP addresses.

---

[7] *Opinion of Advocate General delivered on 18 July 2007. Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU. Case C-275/06. On line http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0275:EN:NOT*

Tele2 refused to disclose the requested informations about its clients.

Tele2 claimed that it is not an intermediary within the meaning of Paragraph 81(1a) of the Austrian Federal Law on Copyright or Article 8(3) of Directive 2001/29, because "as Internet access provider, it indeed enables the user to access the Internet, but it exercises no control, whether de iure or de facto, over the services which the user makes use of". It also stressed that the personal data protection should prevail over the right to information and the copyright.

The European Court of Justice referred in respect of the balancing conflicting rights to the judgement Promusicae.

Furthermore, the European Court of Justice established that "Access providers which merely provide users with Internet access, without offering other services such as email, FTP or file-sharing services or exercising any control, whether de iure or de facto, over the services which users make use of, must be regarded as 'intermediaries' within the meaning of Article 8(3) of Directive 2001/29".

These conclusions do not harm the service providers, since they will not be held responsible for infractions of the rules by its clients.

4. CONCLUSIONS

The requirements of representatives of right holders are partially contradictory. They seek the enforcement of privacy rights in favor of people from the entertainment industry which they represent and who are dependent on publicity. At the same time they want the public to give up the right to privacy for their economic interests.

If there is consensus that intellectual property rights should be protected legally (although they refer to trivial content), procedural mechanisms to enable their enforcement must be created.

If the presumed infringement of intellectual property rights has a specified criminal dimension, the DRD will be applicable. This act is widely criticized. So far it has not been verified for compliance with the standards of human rights laid down in the documents of the Council of Europe and the European Union.

Representatives of right holders are in more difficult situations where the offense is civil and not criminal. In these cases, the law of a Member State can exclude an obligation of the service provider to disclose Internet traffic data for use in court proceedings.

If the law of a Member State authorizes the disclosure of those data, the personal data protection (within the meaning of the Charter of

Fundamental Rights of the European Union and the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) has to be respected.

Representatives of right holders are seeking more effective ways to support their interests. A proposal of the incorporation of the right to cut off users from the Internet without judicial involvement was rejected in France. Later it was promoted into the forthcoming Telecoms Reform Package. This legislative idea was also withdrawn from it.

To some extent the DRD is based on the presumption of guilt too. But here it is important that the procedures referring to the DRD is not out of the full judicial review. The European Court of Justice has left a relatively large space for the theoretical, legislative and judicial considerations regarding the conflict of intellectual property rights and the personal data protection.

Normally, the protection of privacy interferes with the freedom of expression. But in our context, the too easy access to Internet traffic data could mean a threat to the freedom of expression.

Literature:

A Bowrey, K.: Law and Internet Cultures, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 250 pages, ISBN-10: 0521600480.

Invasive, Illusory, Illegal, and Illegitimate: Privacy International and EDRi Response to the Consultation on a Framework Decision on Data Retention. On line www.privacyinternational.org/issues/terrorism/rpt/responsetoretention.html

Klass v Federal Republic of Germany (Application No 5029/71) ((1979-80) 2 EHRR 214).

Malone v United Kingdom (Application No 8691/79) ((1984) 7 EHRR 14; Series A No 82).

Markesinis, B. S. (ed.): Protecting Privacy, Oxford: Oxford University Press, 1999. 264 pages, ISBN-10: 0198268858.

Mathiesen, T.: On Globalization of Control: Towards an Integrated Surveillance System in Europe, On line http://www.nsfk.org/downloads/seminarreports/researchsem_no43.pdf

McKee, A.: The Public Sphere: An Introduction, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 265 pages, ISBN-10: 0521549906.

Opinion of Advocate General delivered on 18 July 2007. Productores de Música de España (Promusicae) v Telefónica de España SAU. Case C-275/06. On line http://eur-

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0275:EN:NOT

Ryssdal, R. Data Protection and the European Convention on Human Rights, in Data Protection, Human Rights and Democratic Values, Proceedings of the 13th Conference of Data Protection Commissioners held 2–4 October 1991 in Strasbourg, Strasbourg: CoE, 1992.

Virgin Records America, Inc v. Thomas, Available Case Documents. On line
http://news.justia.com/cases/featured/minnesota/mndce/0:2006cv01497/82850/

Whitman, J. Q. Human dignity in Europe and the United States: the social foundations, In: Nolte, G. (ed.) European and US Constitutionalism. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 312 pages, ISBN-10: 0521854016.

Contact – email

52154@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

LEGAL BASIS FOR THE ESTABLISHMENT OF INTERNATIONAL AND HYBRID CRIMINAL COURTS AND ITS IMPACT ON ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

KATEŘINA NOVOTNÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem příspěvku je poukázat na to, jak může způsob založení a právní základ soudu ovlivnit vynucování mezinárodního trestního práva, a to v kontextu nároku na imunitu hlavy státu v trestním stíhání. Příspěvek se zaměřuje na případ Charlese Taylora, nyní již bývalého prezidenta Libérie. Taylor je první africkou hlavou státu, která byla ve funkci obviněna ze spáchání zločinů podle mezinárodního práva na mezinárodní úrovni. Případ Taylor ilustruje střet dvou zájmů v soudobém mezinárodním právu: vzrůstající tendenci potrestat pachatele nejzávažnějších činů a (nedotknutelnou) oblast imunit vysokých státních představitelů.

Key words in original language
Mezinárodní trestní soudy a tribunály, smíšené (hybridní) trestní soudy, vynucování mezinárodního trestního práva, zločiny podle mezinárodního práva, imunita hlavy státu.

Abstract
The aim of this paper is to illustrate how the legal basis of the court may affect enforcement of international law in the context of immunities. This paper will focus on the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone ('SCSL'). Taylor was only the second Head of State in history after Slobodan Milošević, and the first African head of state to be indicted for crimes under international law at the international level. The Taylor case well illustrates collision of the two interests in contemporary international law: the growing need for international accountability for crimes under international law and a system of immunities deriving its origins, as most often claimed, from principle of sovereign equality of States. The main focus of this paper is the legal basis of the Special Court for Sierra Leone (SCSL), deeper analysis of personal and functional immunities available to Taylor will not form part of this paper.

Key words
International Criminal Courts and Tribunals; Hybrid Criminal Courts, Enforcement of International Criminal Law, Crimes under International Law, Immunity of a Head of State.

1. INTRODUCTION

Crimes against international law are committed by men, not by abstract entities, and only by punishing individuals who commit such crimes can the provisions of international law be enforced.[1]

Under traditional international law governed by the concept of state sovereignty, any alleged responsibility for international wrongdoings used to be attributed to the state alone. Indeed, the role of an individual in traditional international law was marginalized. This position of an individual in international law began to change from the 20th century. Responsibility of individuals for breaches of international law started to be addressed in a relatively new branch of international law: international criminal law.

International criminal law qualifies certain types of conduct as crimes under international law[2] incurring individual criminal responsibility. In this context, the 20th century witnessed development of various international and hybrid judicial mechanisms for prosecution of individuals who commit these crimes. What if these individuals happen to be heads of state?

The principle of individual criminal responsibility for crimes under international law is firmly established.[3] However, the enforcement of this principle can, in some circumstances, be frustrated by operation of another well established principle, immunity of a Head of State based largely on the notions of sovereign equality of states.[4]

Traditionally, heads of states were not subject to the jurisdiction of national courts for whatever acts they may committed and there were no

---

[1] The Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, Nuremberg Trial Proceedings, Vol. 22, p. 466, available at http://avalon.law.yale.edu/imt/judlawch.asp (last accessed 3 June 2009).

[2] The term crimes under international law will be used interchangeably with the terms international crimes and 'core' crimes. These crimes include: war crimes, crimes against humanity and genocide. The crime of aggression is left aside for the purposes of this paper.

[3] The submission that international law was not construed to punish individuals and is therefore concerned only with acts of States was rejected already by the Nuremberg Tribunal ('Tribunal'). In this respect the Tribunal also refused the opinion that individuals who carried out acts of State are not responsible due to the protection provided by the doctrine of the State sovereignty. *See* also R. Cryer, H. Frimain, D. Robinson, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge (2008).

[4] C. Damgaard, *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes (Selected Pertinent Issues)*, Springer (2008), pp. 263-357.

international courts which would have jurisdiction over heads of state.[5] Until recently, the immunity of high ranking state officials who engaged in commission of such crimes was absolute, based on traditional rules safeguarding the sovereignty of states.[6]

Nevertheless, the interests of the international community in the maintenance of effective and smooth functioning of international relations between states are being increasingly confronted with the interests of bringing alleged perpetrators of international crimes to justice. These two interests are fulfilling different functions of international law.[7] Which interest should prevail if the accused is a Head of State?

It is apparent that judgments of the last years of both international and national courts in the context of immunity have turned on whichever of these two divergent interests prevails for judges.[8] Different approaches adopted by judges well characterize this tension of interests and the outcome of such prosecution depends to a large extent on the legal basis of the respective court (i.e. national versus international court) and on the status of the high ranking official (i.e. former or incumbent official).[9]

Various cases regarding the issue of the immunity of high ranking officials have recently reached both national and international courts. Following list of cases serves as an illustration of the increasing frequency in attempts to institute prosecutions for international crimes.[10] Main examples include (a)

---

[5] A. Watts, 'The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers', *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, III (1994).

[6] A. Cassese, 'The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality', in: C. Romano, A. Nollkaemper and J. Kleffner (eds.), *Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Cambodia and Kosovo*, Oxford University Press (2004).

[7] As regards the origin and function of international law in general, Koskenniemi suggests that "international law fundamentally is a European tradition derived from a desire to rationalize society through law." He however adds that "the fact that international law is a European language does not even slightly stand in the way of its being capable of expressing something universal." In: M. Koskenniemi, 'International Law in Europe: Beetween Tradition and Renewal', 16 *European Journal of International Law* 113,114 (2005). See also M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960* (2001).

[8] Chatham House, 'Immunity for Dictators?' *A Summary of Discussion at the International Law Programme,* Discussion Group at Chatham House (9 September 2004).

[9] R. Cryer, 'A 'Special Court' for Sierra Leone?', 50 *International and Comparative Law Quarterly* 435 (2001).

[10] This list is not meant to be exhaustive.

former or incumbent presidents: Manuel Noriega11 (Panama), Augusto Pinochet12 (Chile), Slobodan Milošević[13] (the Federal Republic of Yugoslavia), Hissene Habre[14] (Chad), Muammar Qaddafi15 (Libya), Fidel Castro (Cuba), Mengistu Haile Mariam[16] (Ethiopia), Charles Taylor[17](Liberia), Saddam Hussein[18](Iraq) and very recently Omar Al Bashir[19](Sudan); (b) other high ranking officials: Abdulaye Yerodia Ndombasi[20] (Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo) or Jean Kambanda[21] (Prime Minister of Rwanda).

---

11 United States v. Noriega, 746 F.Supp. 1506, 1511 (S.D.Fla.1990), and The United States v Manuel Antonio Noriega, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, Nos.92-4687; 96-4471, (7 July 1997).

12 *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, (2000) 1 A.C. 61 (H.L. 1998) (Pinochet I); *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, (2000) 1 A.C. 119 (H.L. 1999) (Pinochet II); *R. v. Bow St. Metro. Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, (2000) 1 A.C. 147 (H.L. 1999) (Pinochet III).

[13] *Prosecutor v Slobodan Milosevic* (IT-99-37-PT), Decision on Preliminary Motions, ICTY, 8 November 2001.

[14] Cour de Cassation du Senegal (Premiere chambre statuant en matiere penale), Aff. Habre, Arret n. 14, (20 March 2001).

15 Chambre Criminelle, Frech Supreme Court, Criminal Division, Paris, Arret n. 1414, Mar. 13, 2001, Gaz. Pal. (2001), 2, somm.

[16] Ethiopian Court held Mengistu Haile Mariam quilty of acts of genocide and Mariam was given a life sentence *in absentia* on December 2006, later changed to death penalty. The case number was not made available to the author. For more information *see* http://www.justiceinperspective.org.za/index.php?option=com_content&task=view&id=14&Itemid=43 (last accessed 10 August 2009).

[17] *Prosecutor v. Charles Taylor* (SCSL-2003-01-I), Decision on Immunity from Jurisdiction, SCSL, 31 May 2004.

[18] No English translation of the judgment available to the author. For more information *see* 'Iraq Tribunal Issues Verdict in First Hussein Trial', International Center for Transitional Justice, 5 November 2006.

[19] *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir* (ICC-02/05-01/09), Warrant of Arrest for Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, 4 March 2009.

[20] *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (D.R.C. v. Belg.), 14 February 2002, I.C.J. 21, (hereinafter 'the *Yerodia* case'). See J. Wouters, 'The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks', 16 *Leiden Journal of Intenational Law* 253 (2003); S. Wirth, 'Immunity for Core Crimes? The ICJ's judgement in the Congo v. Belgium Case', 13 European Journal of International Law 877 (2002).

[21] *Prosecutor v. Kambanda* (ICTR 97-23-S), Judgment and Sentence, ICTR, 4 September 1998.

This paper will focus on the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone ('SCSL'). Taylor was only the second Head of State in history after Slobodan Milošević, and the first African head of state to be indicted for crimes under international law at the international level. The Taylor case well illustrates collision of the two above mentioned interests in contemporary international law: the growing need for international accountability for crimes under international law and a system of immunities deriving its origins, as most often claimed, from principle of sovereign equality of States.

The case is a fascinating one, and contains many points of major legal interest. This paper explores only some of the implications the case might have in international law. The central issue of this paper is whether Taylor as a president of Liberia at the time of issuance of the indictment was entitled to claim immunity before the SCSL in the light of the fact that the legal basis of the SCSL had been a bilateral treaty between the United Nations and Sierra Leone, to which Liberia was not a party.[22] This legal issue is important also from the practical perspective for similar cases which may arise before other courts. The topicality of this issue can be especially seen in the increased activities of the first permanent criminal court - the International Criminal Court ('ICC').

The same questions in the context of immunities of high ranking officers of third states not parties to the Rome Statute (the legal basis for the ICC) may appear particularly in the situation when there is no referral by the Security Council under Chapter VII of the UN Charter.[23] Even in the situation where there is actually a referral by the Security Council, as is the case with the current President of Sudan, Al-Bashir, some authors argue that there must be explicit removal of immunity in the respective Resolution adopted under Chapter VII powers in order to deny immunity ratione personae to a serving President of a state which is not a party to the Rome Statute.[24]

---

[22] Chatham House, *supra* note 8.

[23] The ICC has jurisdiction over (a) nationals of states parties (b) individuals accused of committing a crime on the territory of a state party (c) cases referred by the Security Council. Under Article 13(b) of the Rome Statute, the Security Council acting under Chapter VII, can refer a specific situation "in which one or more of such crimes appears to have been committed" to the Prosecutor. This mechanism can trigger the jurisdiction of the ICC without consent of the concerned State (which is not a party to the Rome Statute). For deeper discussion see, V. Gowlland-Debbas, 'The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court', Graduate Institute of International Studies, *Weltpolitik* (2001), available at http://www.globalpolicy.org/intljustice/icc/crisis/2001relationship.htm (last accessed 17 February 2008).

[24] S. M. H. Nouwen, 'Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued', *Leiden Journal of International Law*, 18 (2005), pp. 645–669.

As this brief outline already indicates, legal basis of the court is crucial for its functioning in many areas. Legal basis of the court has impact in areas such as application of international legal standards both in terms of adequate human rights guarantees[25] and international criminal law, (compulsory) cooperation of other states and international organizations with the court including extradition proceedings[26] and interrelated issue of immunities. The aim of this paper is to illustrate how the legal basis of the court may affect enforcement of international law in the context of immunities. The main focus of this paper is the legal basis of the SCSL, deeper analysis of personal and functional immunities available to Taylor will not form part of this paper.[27]

First, various judicial mechanisms for prosecuting violations of international criminal law will be introduced and a definition of international, national and internationalized court will be offered. Second, an explanation as to why does the legal basis matter will be provided in the part titled 'International v. National Courts Practice with Respect to Immunity of Head of States'. Third, the SCSL's Decision on Immunity from Jurisdiction[28] in the Taylor case will be introduced. Fourth, critical analysis of the SCSL's decision will follow, including examination of binding effects of two main

---

[25] *See* e.g. *Report by Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme (FIDH)*, 'Iraq : Trial of Saddam Hussein : FIDH and HRDOI call for fair trial and victim's Rights to be guaranteed' (19 October 2005). Compare also with situation in Kosovo. Cassese observes that there were significant problems in Kosovo as regards relationship between local laws and international human rights standards. Cassese noted that there was "a lack of clarity among local judges as to whether international human rights standards were supreme law in Kosovo." Cassese, *supra* note 6, p. 8.

[26] For example the former President of Ethiopia, Mariam, is in exile in Zimbabwe, which still refuses to extradite him. The prevailing view as regards extradition proceedings is that in the absence of an extradition treaty, there is no international obligation to extradite such person. According to the UN report 'there is a growing trend, however, to recognize the duty to extradite or prosecute, in particular with certain crimes', 11th *UN Congress Committee on Crime Prevention and Criminal Justice*, I BKK/CP/15 (para 3), 21 April 2005, Bangkok, Thailand.

[27] For analysis of immunities available to Taylor, *see* S. M. H. Nouwen, 'Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued', *Leiden Journal of International Law 18* (2005); K. Novotna, 'Relationship between Crimes under International Law and Immunities: Coexistence or Exclusion? Charles Taylor Case', *Human Rights and International Humanitarian Law*, New Delhi, Satyam Law International (forthcoming in 2010). For analysis of immunities in general *see* e.g. I. Bantekas, 'Head of Sate Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained Systems Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War', 10 *Journal of Conflict & Security Law* 21 (2005), H. Fox, *The Law of State Immunity* (Preface to Paperback Edition), Oxford University Press (2004).

[28] *Prosecutor v. Taylor* (SCSL-2003-01-I), Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004, E. Denza, E, *Diplomatic Law* (Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations), 3d edition, Oxford (2008).

legal instruments: SC Resolution 1315 (2000) and the Agreement between the UN and Sierra Leone. This paper concludes by finding that the SCSL did not appreciate its special 'hybrid' legal basis and therefore failed to properly assess what are the implications of its legal basis for the rules of international law on incumbent head of state immunity.

2. JUDICIAL MECHANISMS FOR PROSECUTING VIOLATIONS OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

This all began with the establishment of the Nuremberg and Tokyo tribunals more than a half a century ago.[29] The beginning of the 1990s then witnessed a new evolution of various mechanisms for prosecuting violations of international criminal law, starting in 1993 with the establishment of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and followed by the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) in 1994.[30] In 1998, the Rome Statute for the ICC was adopted.[31]

At the same time, other models referred to as 'hybrid', 'mixed' or 'internationalised' courts came into being.[32] Examples include: the Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia[33], the Regulation 64 Panels in the courts of Kosovo[34], the District Court of Dili in East Timor[35]

---

[29] The International Military Tribunal for the Far East was established by the military order as opposed to the Nuremberg Tribunal, which was established by treaty.

[30] UN Security Council Resolutions 808, 827 (1993) and 955 (1994) respectively.

[31] Rome Statute of the ICC, U.N. Doc. A/CONF.183/9, available at http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/romefra.htm (last accessed 5 September 2009).

[32] For an overview of some practical and legal problems internationalized courts might face, as well as the advantages and disadvantages of such courts, *see* Cassese, *supra* note 6.

[33] Also referred to as 'Extraordinary Chambers of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea'. *See* General Assembly Resolution 57/228 A, 187 December 2002. Orentlicher uses the term 'court, established under Cambodian law but operating with substantial international participation', D. Orentlicher, 'The Future of Universal Jurisdiction in the New Architecture of Transitional Justice', in: S. Macedo (ed.), *Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes* (2003), at 219.

[34] Prior to Kosovo's independence, the United Nations (UN) deployed UNMIK, which was established within the legal framework of the UN Security Council Resolution 1244 (UNSCR 1244). UNSCR 1244, which was adopted under the Chapter VII powers, decided on the deployment of international civil administration (UNMIK) and international security force (KFOR) presences under UN auspices. For an overview of the current situation in Kosovo, including the role of EULEX mission, *see* K. Novotna, Kosovo's Post-Independence - Test for the EU's Common Foreign and Security Policy. What Role Has the EULEX Mission to Play in Kosovo? COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. Edition, Brno: Masaryk University (2009).

[35] UNTAET, Resolution No. 2000/15, 6 June 2000.

and to some extent also the Iraqi Special Tribunal[36], the Special Public Prosecutor's Office in Ethiopia[37] or the War Crimes Chamber in the State Court of Bosnia and Herzegovina.[38]

These various judicial mechanisms dealing with crimes under international law are characterised by different legal regimes and applicable law. On the one hand, national courts will apply primarily or only domestic criminal law into which crimes under international law might or might not be incorporated.[39] On the other hand, purely international judicial bodies will apply usually only international law. These can be either treaty-based such as the ICC and the SCSL or resolution-based (Resolution adopted under Chapter VII powers of the UN Security Council) such as the ICTY and the ICTR. These courts and tribunals are limited by their Statutes.[40] Last but not least, we have a newly emerging trend of so-called hybrid or mixed courts which further complicate the picture. The qualification of the exact legal basis of hybrid courts especially is not always clear cut.

Hence, it is useful to start the discussion by defining the terms 'international' court, 'national' court and 'hybrid/mixed/internationalized' court.[41] The term 'international criminal court' is frequently used in academic literature and jurisprudence, but without much attention given to the explanation of this term.[42] At the same time, it is necessary to emphasize that the definition of what constitutes an international court as opposed to national or hybrid court may vary significantly depending on factors taken

---

[36] Also named 'Iraqi High Court' or 'Supreme Iraqi Criminal Tribunal'.

[37] Officially named 'Office of the Special Prosecutor: The Special Prosecution Process of War Criminals and Human Rights Violators in Ethiopia'. *See* also *Law, Rulings and Reports*, 'Ethiopia: Proclamation Establishing the Office of the Special Prosecutor, Proclamation 22/1992 (8 August 1992)', available at http://www.usip.org/files/resources/Ethiopia-Charter.pdf (last accessed 17 November 2009).

[38] The High Representative in Bosnia and Herzegovina promulgated the *Law on the Court of Bosnia and Herzegovina* on 12 November 2000. The Parliament of Bosnia and Herzegovina adopted this law on 3 July 2002.

[39] E.g. Special Tribunal for Lebanon. As regards the Ethiopian Special Public Prosecutor's Office, there was a discussion "whether to use international law standing alone or as codified in the Ethiopian Penal Code and whether to use any non-international law-based sections of the Penal Code". In: International Human Rights Law Group, Ethiopia in Transition: A Report on the Judiciary and the Legal Profession 1 (1994).

[40] Bantekas *supra* note 27.

[41]Damgaard *supra* note 4.

[42] *Ibid*.

into account, on the purposes of this identification and on those who are in charge of identification.

There is no universally accepted definition of an international criminal court in international law and the recent jurisprudence considering this issue has not proved particularly insightful.[43] International Court of Justice (ICJ) in the Yerodia case for example simply stated that in 'certain international courts' (ICTY, ICTR, ICC) an incumbent or former Minister of Foreign Affairs could be subject to criminal prosecution'. The ICJ however did provide any further guidance as to what it means by phrase 'certain international courts'[44]. Does it exclude some other international courts?

Nevertheless, the ICJ in the Yerodia case held that an international court is a court that is established by two or more states or by a Security Council resolution under Chapter VII mandate of the United Nations Charter.45 Though the ICJ did not mention the following possibility, it is submitted that a state and an international organization can also establish an international tribunal (as in the case of the Special Court for Sierra Leone).

Damgaard points to the following factors as important for indication of international nature of the court (a) international court is not part of the judiciary of one single State (b) it applies international criminal law, the fact that it also applies domestic law does not disqualify it being international (c) its jurisdiction ratione materiae and ratione personae is international (d) its decisions are binding.[46] The first three factors are easy to approve. It is however not clear how does the binding nature of a decision contributes to the international character of the respective court.

A hybrid court, according to e.g. the Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, is one that has mixed jurisdiction and composition.47 This means that the court may have the jurisdictional privileges of applying both municipal and international law and may also have both local and foreign prosecutors and judges participate in its judicial process.48 Nevertheless, it is submitted that the mixed

---

[43] *Ibid*.

[44] *Ibid* (emphasis added).

45 See *supra* note 20, para 61.

[46] Damgaard *supra* note 4 at p. 333.

47 *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone* (S/2000/915), 4 October 2000, para. 9.

48 D. Orentlicher, 'International Justice Can Indeed Be Local', *Washington Post*, 21 December 2003.

composition and jurisdiction does not of itself identify/determine the legal basis of the court.[49] Such a description and judicial arrangement can be indeed described as a mixed judicial system. However, the legal basis of any court is rather determined by its constitutive instrument and authority of the body establishing the court.

There is no bar to have local judges, prosecutors and other personnel participating in proceedings of the court whose legal basis is e.g. an international treaty or resolution and which is therefore by its essence international. Equally, the fact that the legislative authorities of a particular state decide to include into the personnel composition of its national court non-nationals of that state does not, according to the ICTY, make that court any less a 'national court'.[50]

The War Crimes Chamber of the State Court of Bosnia and Herzegovina can serve as a useful example. The Defence in Stankovic 51 submitted that the War Crimes Chamber of the State Court is incapable of characterization as a 'national court.' It was assumed that to be a national court it must be composed of judges who are nationals of the State concerned. However, the ICTY held that no authority is offered for this proposition.[52]

The view of the Referral Bench[53] of the ICTY was that in the relevant context, which is Article 9(1)54 of the Statute of the Tribunal, there is no

---

[49] For a different view, *see* the Separate Opinion of Judge Robertson in the *Kondewa* case, where he stated that "[...] the Special Court [...] is not accurately described in the Secretary-General's report as a court of 'mixed jurisdiction and composition'[...] is in reality an international court onto which a few national elements have been grafted.", in: *Prosecutor v. Kondewa* (SCSL-2004-14-AR72(E)), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Establishment of Special Court Violates Constitution Sierra Leone, (25 May 2004), para. 15.

[50] *Prosecutor v. Stankovic* (IT-96-23/2-PT), Decision on referral of case under rule 11*bis*, Partly Confidential and Ex Parte (17 may 2005), para 26.

51 *Ibid.*

[52] *Ibid.*

[53] The establishment of the War Crimes Chamber of the State Court of Bosnia and Herzegovina ('WCCh') enabled cases to be transferred from the ICTY to national judicial authorities. For a case to be referred to the WCCh pursuant to Rule 11*bis* of the ICTY Rules of Procedure and Evidence, the Referral Bench must be fully satisfied that the accused would be tried in accordance with international standards and that neither the level of responsibility of the accused nor the gravity of the crimes alleged in the indictment were factors that would make a referral to the national authorities inappropriate. According to Rule 11*bis* a referral may be made to a State: (a) in which the crimes were committed; (b) the accused was arrested; (c) or which has jurisdiction and is willing and adequately prepared to accept the case.

54 Article 9(1) of the ICTY Statute reads as follows: "The International Tribunal and national courts shall have concurrent jurisdiction to prosecute persons for serious violations

apparent justification for giving to the phrase 'national court' any meaning other than the normal connotation, which is 'a court of or pertaining to a nation'.[55] The ICTY stated that the State Court of Bosnia and Herzegovina, of which the War Crimes Chamber is a component, is a court which has been established pursuant to the statutory law of Bosnia and Herzegovina. It is thus a court of Bosnia and Herzegovina, a 'national court.'[56]

Despite the conclusions made above, the qualification of the exact legal basis of hybrid courts is admittedly not straightforward; there exist considerable uncertainty and diverse views on this topic. For example, Nouwen considers Extraordinary Chambers in the courts of Cambodia, the Regulation 64 Panels in the courts of Kosovo and the District Court of Dili in East Timor as all being part of the domestic system and their legal status that of a domestic court. Ambach on the other hand suggests that the Regulation 64 Panels in the courts of Kosovo and the District Court of Dili in East Timor were set up by the UN Administration, and therefore are by nature international.[57]

In cases of Kosovo and East Timor, it was indeed the UN who promulgated regulations on the establishment of the panels. The authority to promulgate these regulations came from the SC Resolution adopted under Chapter VII powers. Accordingly, one could argue that the SC Resolution provided indirect legal basis. Nonetheless, it should be recognised that SC Resolution did not in fact established these courts, but rather "granted the UN administration the authority to promulgate domestic laws. The regulations establishing these courts should be considered as domestic instruments."[58]

Terminological and conceptual difficulties of hybrid courts lay exactly in their combined/hybrid nature. On the one hand, if hybrid courts are implemented into the domestic judicial structure of the forum state, they cannot be considered "as international institutions since they lack

---

of international humanitarian law committed in the territory of the former Yugoslavia since 1 January 1991."

[55] *Supra* note 50.

[56] *Ibid.*

[57] P. Ambach, 'The Overlapping Jurisdictions between the International Criminal Court and Hybrid International Tribunals', Bofaxe, No. 298E (2006),

available at http://www.ifhv.rub.de/imperia/md/content/publications/bofaxe/2006/x298e.pdf (last accessed 7 May 2007).

[58] S.M.H. Nouwen, ''Hybrid courts', The hybrid category of a new type of international crimes courts', 2 *Utrecht Law Review* 2, December, (2006).

international legal personality".[59] On the other hand, some of them cannot be qualified as national courts "since apart from having a considerable amount of international personnel and exercising jurisdiction over international crimes"[60], they are established by an international treaty with the UN.[61]

It needs to be borne in mind that these so-called hybrid courts have each a very different legal basis. Yet, they are ultimately established either under national law or international law.[62] Accordingly, Nouwen suggests that "the manner of establishment is what distinguishes these courts from one another, not what unites them."[63]

The presented views already indicate the uncertainty with regard to finding the origins of their legal basis. This uncertainty may negatively affect the functioning of these courts in many areas, including the area of immunities, as we shall see below.

3. WHY DOES THE LEGAL BASIS MATTER? INTERNATIONAL V. NATIONAL COURTS PRACTICE WITH RESPECT TO IMMUNITY OF HEAD OF STATES

The entitlement to immunity for core crimes does not have uniform application within different legal regimes and in front of various judicial bodies.[64] It is therefore necessary to clarify the respective terminology and categorization in order to subsequently determine the SCSL's legal basis for the purposes of lifting immunities to a serving head of state of a country other than Sierra Leone. The premise which will guide the following discussion is that the legal basis of the judicial bodies is crucial for effective functioning of courts.

As regards the practice of national courts, scholarly opinions vary significantly. The most important factor appears to be whether the senior official is serving or former one. Most of the legal scholars suggest that the

---

[59] *Ibid.*

[60] Ambach, *supra* note 57.

[61] E.g. the SCSL or the Special Tribunal for Lebanon.

[62] Nouwen is opposing calling hybrid courts 'hybrid' because of their hybrid roots as it, according to her, 'only confuses the picture'. Nouwen, *supra* note 58.

[63] *Ibid.*

[64] I. Bantekas, 'Head of Sate Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained Systems Theories: Theoretical Analysis of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War', 10 *Journal of Conflict & Security Law* 21 (2005).

operating principle in general international law is that a serving head of state is entitled to absolute immunity from the jurisdiction of national courts, unless it has been waived by the State concerned. This appears to be the dominant view, but it is not the only view.[65]

Some argue that the discussion about the legal nature of various courts and tribunals, national or international, would not have been necessary if the question of whether immunity applies to serving officials depended on factors other than the nature of the tribunals, for example, on the nature of the crime. In their opinion the focus should be made on the nature of the crime rather than the nature of the respective tribunal. 66

This might be a relevant argument if one argues that crimes under international law remain crimes under international law regardless of whether they are prosecuted before international or national courts. In other words, international law remains to be equally applicable be it before international or national courts. Nevertheless, two counter-arguments can be raised in this respect.

Firstly and most importantly, it is submitted that the relevant State practice and opinio iuris do not yet confirm this argument, specially with respect to prosecution of crimes under international law committed by serving Heads of State or senior state officials before national courts. Serving officials such as Yerodia Ndombasi, Fidel Castro and Muammar Qaddaffi were all said to enjoy immunity before national courts. Arguably were Augusto Pinochet still incumbent president, he would have enjoyed immunity as well. Thus, there is as yet no single case of indicting, prosecuting and convicting a serving Head of State in before national courts.

And why do not State practice and opinio iuris confirm the above argument about the nature of the crime under international law prevailing over the nature of the tribunals and courts? In order to be able to prosecute crimes under international law before national courts, the state concerned has to have jurisdiction to start with. Usually the courts pursuing the prosecution are courts other than courts of the state of the accused. Therefore, on which basis do they assert jurisdiction if crimes are not committed on their territory, and the accused is not a national of that state? Here comes into play universal jurisdiction, which is by no means indisputable.67 In the

---

[65] For different views see P. Sands, 'Immunities before international courts', Guest Lecture Serious of the Office of the Prosecutor (18 November 2003); A. Cassesse, 'Why May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case', *European Journal of International Law* 13 (2002), pp. 853-875.

66 See S. M. H. Nouwen, 'Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued', *Leiden Journal of International Law*, 18 (2005), pp. 645–669.

67 As Schabas puts it: "The exercise of universal jurisdiction reminds us of Mark Twain's famous comment about the weather: Everyone talks about it, but nobody does anything

view of the shortage of a direct international authority, it is difficult to establish the current international law relating to immunities before national courts.

Many scholars and non-governmental organizations regard universal jurisdiction as uncontroversial and undisputable. It is often regarded as "one of the magic bullets in the campaign against impunity."68 Still, nobody has been imprisoned recently as a result of the exercise of universal jurisdiction. States rarely initiate prosecution regardless of the seriousness of international crimes unless there is either territorial or personal nexus, or a treaty obligation to prosecute or extradite.69

It is not the aim of this paper to deal with universal jurisdiction in detail.70 Moreover, the consideration of this problem is not strictly necessary to answering the question of Taylor's immunities before the SCSL if the international nature of the SCSL is accepted.

As regards the practice of international courts, amicus curiae invited by the SCSL stated that "in respect of the jurisdictional immunities of serving heads of state both international law and practice has generally distinguished between proceedings before national and international courts. As regards the international courts and tribunals which have been established, practice has been consistent, in that no serving head of state has been recognised as being entitled to rely on jurisdictional immunities."71

It is respectfully submitted that the argument that immunity can never be pleaded before international tribunals is an oversimplification of the issue. It is certainly true that there is a significant difference between proceedings before international as opposed to national courts in the context of immunities. Nonetheless, there is no general rule in international law which would provide for immunities only before national courts, would it be so, there will be little need for international courts and tribunals to justify in their Statutes derogation from immunities.

---

about it.". In: L. Reydams, *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives,* New York, Oxford University Press (2004).

68 *Ibid.*

69 *Ibid.*

70 For deep survey and analysis of universal jurisdiction *see* Reydams, *supra* note 67.

71 See Sands *supra* note 65. Moreover, it can be argued that this 'consistent' practice is supported only by one example of *international* court, i.e. the ICTY with respect to indicting then president of the Federal Republic of Yugoslavia Slobodan Milosevic. Yet, at the time of the decision, Milosevic was already a former Head of State. At least to the author's knowledge, there is no other example of what is referred to as a consistent practice.

Immunities should serve to prevent foreign states from interference into the affairs of other states and from exercising jurisdiction over another state.[72] As long as the state concerned has not consented to the exercise of the jurisdiction, there is, according to Akande, no difference whether the exercise of this jurisdiction is done unilaterally by a foreign state or through some collective judicial body.[73] He adds that to claim nonexistence of immunities before international tribunals without the consent by the relevant state will allow a subversion of the policy underpinning international law immunities.[74]

Judge Shahabuddeen equally argued in his Dissenting opinion in Krstic that there has to be some indication in the establishing instrument of the international tribunal which allows for abrogation of immunities existing otherwise under international customary law:

In my view, [...] there is no substance in the suggested automaticity of disappearance of the immunity just because of the establishment of international criminal courts [...].International criminal courts are established by States acting together, whether directly or indirectly as in the case of the Tribunal, which was established by the Security Council on behalf of States members of the United Nations. There is no basis for suggesting that by merely acting together to establish such a court States signify an intention to waive their individual functional immunities. A presumption of continuance of their immunities as these exist under international law is only offset where some element in the decision to establish such a court shows that they agreed otherwise.[75]

The proposition that immunities do not apply before international tribunals depends on the following factors which have to be considered: (i) The manner of the court's establishment and identification of the exact legal basis for denying immunity. In other words, does the Statute of that international court deny immunity to a Head of State? (ii) The establishing instrument of the court must bind the concerned state.[76]

---

[72] D. Akande, 'International law Immunities and the International Criminal Court', *American Journal of International Law* 7, (2004).

[73] *Ibid*.

[74] *Ibid*.

[75] *Prosecutor v Krstic* (IT-98-33-T), Judgment, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, (17 September 2003), paras. 11-12 (emphasis added).

[76] Chatham House *supra* note 8.

4. INTRODUCTION OF THE SPECIAL COURT FOR SIERRA LEONE

The SCSL is one of the latest versions of the judicial mechanisms to address crimes under international law. The SCSL was established in 2002 with the mandate to try those bearing 'the greatest responsibility'[77] for the crimes committed during the conflict in that country. The seat of the SCSL was deliberately chosen in Freetown, so that justice be not only done, but be seen to done, by and for the people of Sierra Leone. Proceedings are therefore taking place directly in the country where the crimes occurred in contrast with the proceedings before the ICTR and the ICTY taking place in Tanzania (Arusha) and The Netherlands (The Hague) respectively.

One of those accused of bearing 'the greatest responsibility' is Charles Taylor. Taylor was elected President of Liberia in 1997. The Indictment against Taylor was approved by the SCSL in March 2003. Taylor remained Head of State until August 2003. His tenure of office covered most of the period the SCSL has temporal jurisdiction pursuant to its mandate to try those primarily responsible for the war crimes and crimes against humanity committed in Sierra Leone since 30 November 1996.[78]

Taylor was only the second head of State[79] to be indicted while in office. The Indictment initially included 17 counts in which Taylor was accused of planning, instigating, ordering, committing or otherwise aiding and abetting in the planning, preparation or execution of crimes such as terrorizing the civilian population and collective punishments, unlawful killings, physical and in particular sexual violence, use of child soldiers, abductions and forced labour, looting and burning and attacks on peacekeepers.80 The Indictment claims, inter alia, that Taylor was acting with intent to gain access to the mineral wealth of Sierra Leone, in particular the diamond wealth and to destabilize the state.[81]

---

[77] *See* Article 1(1) of the SCSL Statute: "1. The Special Court shall, except as provided in subparagraph (2), have the power to prosecute persons who bear *the greatest responsibility* for serious violations of international humanitarian law and Sierra Leonean law committed in the territory of Sierra Leone since 30 November 1996, including those leaders who, in committing such crimes, have threatened the establishment of and implementation of the peace process in Sierra Leone."(emphasis added).

[78] K. Novotna, 'No Impunity for Charles Taylor' (David Davies Prize Winning Article), *Aberystwyth Journal of World Affairs* 2 (2004), p. 90.

[79]First Head of State indicted while still in office was Slobodan Milosevic, President of the former Federal Republic of Yugoslavia.

80 *Prosecutor v. Taylor* (SCSL-2003-01-I), Indictment, 7 March 2003. The Indictment was amended on 16 March 2006, reducing the number of counts to 11.

[81] *Ibid.*

The SCSL is a novel and unique mechanism which represents a development of a new legal basis. It is the first time in a history when the court has been established by the agreement between UN and a state. Accordingly, the issues brought by the Defence counsel for Taylor in the motion[82] challenging the jurisdiction of the SCSL turned to a large extent on the process of the establishment of the SCSL, its legal basis and implications of this legal basis for its international jurisdictional reach, i.e. issues which will be examined next.

4.1 THE SCSL'S DECISION ON IMMUNITY FROM JURISDICTION

Head of State who commits murder and other grave crimes is chargeable with all the evils, all the horrors, of the war; all the effusions of blood, the desolation of families, the rapine, the violence, the revenge, the burnings, are his works and his crimes. He is guilty towards the enemy, of attacking, oppressing, massacring them without cause, guilty towards his people, of drawing them into acts of injustice, exposing their lives without necessity, without reason, towards that part of his subjects whom the war ruins, or who are great sufferers by it, of losing their lives, their fortune, or their health. Lastly, he is guilty towards all mankind, of disturbing their quiet, and setting a pernicious example.[83]

In determining its legal basis, the SCSL in its Decision on Immunity from Jurisdiction[84] focused on reviewing two main instruments. Firstly, the SCSL identified Resolution 1315 (2000) of the UN Security Council authorizing the Secretary General to negotiate an agreement on the Statute with the Government of Sierra Leone. Secondly, the SCSL pointed towards the report of the Secretary-General submitted to the Security Council pursuant to this resolution.

Referring to Resolution 1315, the Appeals Chamber of the SCSL (Appeals Chamber) noted that the SCSL is given an international mandate and is part of the international justice machinery. It further stated that the SCSL is not part of the domestic judicial system of Sierra Leone. The SCSL proceeded to address the availability of immunities for an incumbent Head of State. The SCSL first cited the relevant provision of its Statute, Article 6 (2), which lays down the rule that "[t]he official position of any accused persons, whether as Head of State or Government or as a responsible

---

[82] *Prosecutor v. Taylor* (SCSL-2003-01-I), Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004.

[83] E. de Vattel, quoted in: Q. Wright, 'The Legal Liability of the Kaiser', (1919) 13 *American. Political Science Review* 20, p .126.

[84] *Prosecutor v. Taylor* (SCSL-2003-01-I), Decision on Immunity from Jurisdiction, 31 May 2004.

Government official, shall not relieve such a person of criminal responsibility nor mitigate punishment".

The SCSL identified and cited the relevant provisions of the Charter of the International Military Tribunal in Nuremberg and the International Law Commission's 'Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nuremberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal' and articles in the Statutes of the ICTY, the ICTR and the ICC. Based on these precedents, the Appeals Chamber concluded that "[t]he nature of the Tribunals has always been a relevant consideration in the question whether there is an exception to the principle of immunity".85

The SCSL then focused on the decision of the ICJ in Yerodia, in which the ICJ upheld the personal immunity of the incumbent Minister for Foreign Affair of the Republic of Congo, Yerodia Ndombasi. The SCSL approved this decision while stating that the ICJ had on the other hand confirmed the withdrawal of such immunities in relation to 'certain international criminal courts'. The SCSL provided the following rationale for the distinction to be made between international and domestic courts: "the principle of state immunity derives from the equality of sovereign states and therefore has no relevance to international criminal tribunals which are not organs of a state but derive their mandate from the international community." 86

The SCSL stated that the irrelevance of immunities before international criminal courts and tribunals is in any case an established rule of international law and that Article 6(2) of the SCSL Statute does not violate any jus cogens norms. The SCSL therefore concluded that personal immunity of Taylor could not constitute a bar to the jurisdiction of the SCSL.

The Appeals Chamber ended its analysis by noting that as Taylor stepped down as Head of State prior to this decision, "[t]he immunity ratione personae which he claimed had ceased to attach to him. Even if he had succeeded in his application the consequence would have been to compel the Prosecutor to issue a fresh warrant".87

In the context of its powers to The Appeals Chamber came to the conclusion that:

Although the SCSL was established by treaty, unlike the ICTY and ICTR, which were each established by resolution of the Security Council in its exercise of powers by virtue of Chapter VII of the UN Charter, it was clear

85 *Ibid*., para. 49.

86 *Ibid*., para. 51.

87 *Ibid*., para. 59.

that the power of the Security Council to enter into an agreement for the establishment of the SCSL was derived from the Charter of the United Nations both in regard to the general purposes of the United Nations as expressed in Article 1 of the Charter and the specific powers of the Security Council in Articles 39 and 41. These powers are wide enough to empower the Security Council to initiate, as it did by Resolution 1315 (2000), the establishment of the SCSL by Agreement with Sierra Leone.[88]

The Appeals Chamber stated that Article 39 empowers the Security Council to determine the existence of any threat to the peace and emphasized that the Security Council in its Resolution 1315 (200) indeed reiterated that the situation in Sierra Leone continued to constitute a threat to international peace and security in the region.[89] The Appeals Chamber continued that much issue had been made of the absence of Chapter VII powers in the SCSL. In the Appeals Chamber view, a proper understanding of those powers shows that the absence of the so-called Chapter VII powers does not by itself define the legal status of the SCSL.[90] The Appeals Chamber stated that:

it is manifest from the first sentence of Article 41, read disjunctively, that (i) The Security Council is empowered to 'decide what measures not involving the use of armed force are to be employed to give effect to its decision;' and (ii) it may (at its discretion) call upon the members of the United Nations to apply such measures.91

The conclusion was that the decisions referred to are decisions pursuant to Article 39. On the basis of its reasoning, the Appeals Chamber underlined that where the Security Council decides to establish a court as a measure to maintain or restore international peace and security, it may or may not, at the same time, contemporaneously, call upon the members of the United Nations to lend their cooperation to such court as a matter of obligation.92 The SCSL pointed out that in carrying out its duties under its responsibility for the maintenance of international peace and security, the Security Council acts on behalf of the members of the United Nations. In this regard the Appeals Chamber held:

the Agreement between the United Nations and Sierra Leone is thus an agreement between all members of the United Nations and Sierra Leone.

---

[88] Ibid., para. 37.

[89] *Ibid.*

[90] *Ibid*., para. 38.

91 *Ibid.*

92 *Ibid.*

This fact makes the Agreement an expression of the will of the international community. The Special Court established in such circumstances is truly international.93

The Appeals Chamber reaffirmed that the SCSL is not a national court of Sierra Leone and is not part of the judicial system of Sierra Leone, while determining its own legal basis in a mere six paragraphs, it came to the conclusion that the SCSL is indeed an international criminal court.

4.2 ANALYSIS: BINDING EFFECTS OF RESOLUTION 1315 AND AGREEMENT

4.2.1 LEGAL SIGNIFICANCE OF THE LACK OF SO-CALLED CHAPTER VII POWERS

The considerable attention given below to binding effects of Resolution 1315 is justified by the fact that the SCSL attempted to establish its legal basis under Chapter VII powers. If it had been indeed the case, it would have had important implications for immunity afforded by contemporary international law to, at the time of the issuance of indictment, an incumbent Head of State.[94] This part will however reveal some shortcomings and inconsistencies in the SCSL's reasoning and prove that the SCSL's findings were not correct in this respect.

Arguments of the SCSL relating to the bindings effects of Resolution 1315 were not very convincing. Some of them were rather confusing and even contradictory. The following conclusions of the SCSL can serve as an illustration of this contradiction. Firstly, the SCSL underlined that where the Security Council decides to establish a court as a measure to maintain or restore international peace and security, it may or may not, at the same time, call upon the members of the United Nations to lend their cooperation to such court as a matter of obligation.[95]

By invoking the terminology of Chapter VII and terminology used in resolutions establishing the ICTY and ICTR, i.e. by using the phrase 'as a measure to maintain or restore international peace and security', the SCSL clearly tried to bring its establishment under the umbrella of Chapter VII powers, despite the fact that the language of Resolution 1315 does not support this conclusion.

---

93 *Ibid.*

[94] In short, it is suggested that a right to claim immunity (as a part of customary international law) preexists also before international courts and can be thus lost only under certain circumstances.

[95] *Prosecutor v. Taylor*, para. 38.

Secondly, the SCSL at the same time admitted that it was lacking Chapter VII powers by stating that the lack of Chapter VII powers "does not by itself define the legal status of the Special Court."[96] Similarly, in his amicus curiae submission Sands stated that despite the fact that Resolution 1315 was not adopted under Chapter VII, it however reiterated that the situation in Sierra Leone continues to constitute a threat to international peace and security in the region.[97]

Regarding the SCSL's status as an international criminal tribunal, the SCSL in its decision focused on the UN's involvement with the establishment of the SCSL. The main attention of the SCSL was given to the authority of the Security Council to enter into an agreement with the Government of Sierra Leone in order to establish the SCSL. According to the SCSL, this authority could emanate from: (1) the general purposes of the UN as expressed in Article 1 of the Charter,[98] as well as (2) the specific powers under Article 39 and 41 to undertake appropriate measures to maintain or restore international peace and security.[99]

When examining the Resolution 1315, the SCSL concentrated on the second scenario, i.e. on the Security Council's specific powers under Article 39 and 41. The Resolution 1315 authorized the UN Secretary-General to negotiate the establishment of the SCSL, while reaffirming in the preamble that the situation in Sierra Leone continued to constitute a threat to international peace and security.100 Does the mere reaffirmation in the preamble that the situation in Sierra Leone continued to constitute a threat to peace suffice to imply the binding effect of this Resolution?

As opposed to the resolutions establishing the ICTY and the ICTR, which specifically invoked Article 41 of the Chapter VII of the UN Charter, the Security Council did not expressly state that it was acting under Chapter VII when authorizing the Secretary-General to conclude an agreement with the Government of Sierra Leone. Even though the Security Council does not have to expressly refer to Chapter VII when taking mandatory measures, it

---

[96] *Ibid.*

[97] P. Sands; D. Orentlicher, 'Submissions of the Amicus Curiae on Head of State Immunity in the case of the Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor' (SCSL-2003-01-I), available at http://www.icccpi.int/library/organs/otp/Sands.pdf (last accessed 22 February 2008).

[98] Article 1 states that one of the main purposes of the UN is to maintain international peace and security.

[99] *Prosecutor v. Taylor*, para. 37.

100 C. Jalloh, 'Immunity from Prosecution for International Crimes: The Case of Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone', *ASIL Insights* (2004), available at http://www.asil.org/insigh145.cfm (last accessed 4 May 2008).

has become standard practice for the SC to state that it is 'acting under Chapter VII of the Charter'.[101]

At the same time it is however true that the SC often determined the existence of a threat to peace without a reference to Chapter VII and thus left the legal basis in doubt.102 Accordingly, it may be argued that the Resolution 1315 could serve as another example of leaving its legal basis unclear. The SC reiterated that the situation in Sierra Leone continues to constitute a threat to international peace and security. But it did so only in a preamble, not in the operative part.

Simma suggests that "unless other factors indicate that action under Chapter VII is envisaged, such resolutions should, according to the general rule, be interpreted narrowly."103 Simma concludes that resolutions that cannot be considered as adopted under Chapter VII do not create binding effects for member States.[104] It is submitted that there were no other factors indicating any intention to adopt Resolution 1315 under Chapter VII (except the terminology similar with Article 39). Racsmany suggests that "instead of using classical Chapter VII verbs such as 'demands', or the imperative 'shall', the language falls even short of 'calling upon' states to undertake certain measures."105

In order to further support the above conclusions, one can further point to the request of the President of the SCSL to the Security Council to grant the SCSL Chapter VII powers, which has never occurred.106 There would certainly be no need for this request should the Resolution 1315 be already adopted under Chapter VII powers. There would also be little need to arrange any subsequent cooperation agreements as envisaged in paragraph 8 of the Resolution 1315.[107] In subsequent resolutions regarding the situation

---

[101] B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary* (2002), at p. 727.

102 See e.g., SC Res 502 (1982) ('breach of the peace', Falkland conflict), SC Res 393 (1976) (Zambia, 'armed conflict' by South Africa), SC Res.1227 (1999) (Eritrea and Ethiopia).

103 Simma, *supra* note 101, p. 727.

[104] *Ibid.*, p. 455.

105 Z. Deen-Racsmany, 'Prosecutor v. Taylor : The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity', Leiden Journal of International Law, 18 (2005), quoting from P. C. Szasz, 'The Security Council Starts Legislating', 96 *American Journal of International Law* 901, p. 902.

106 *Report of the Secretary-General on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone* (S/2000/915), 4 October 2000, para. 10. *See* also Press Release of the SCSL (11 June 2003), available at www.sc-sl.org (last accessed 18 October 2009).

[107] "Requests the Secretary-General to include recommendations on the following: (a) any additional agreements that may be required for the provision of the international assistance

in Sierra Leone, the Security Council has called upon all states to 'cooperate fully' with the SCSL but has not resorted to Chapter VII mandatory procedure.108

The SCSL's conclusions that Chapter VII powers are not determinative of its legal basis (i.e. whether it is an international or a national court) were certainly correct. Still, the SCSL was nevertheless trying to imply the binding nature of Resolution 1315(2000). Why, if the international legal basis of the SCSL can be clearly shown by the fact that the SCSL was established by international agreement?

It is suggested that proving the binding effects of Resolution 1315 either under Chapter VII or under other provisions of UN Charter (e.g. Article 25 in connection with Chapter VI) would have crucial implications with respect to issues such as (obligatory) cooperation of states other than Sierra Leone with the SCSL or, more importantly for our purposes, withdrawal of immunities of serving head of state should the agreement be found unsatisfactory in regulating these issues.[109] It seems that the SCSL was trying to 'cure' shortcomings of a merely bilateral agreement by trying to imply binding effects of Resolution 1315 in order to justify the denial of immunity of a Head of State of another country.

4.2.2 NO NEED FOR CHAPTER VII POWERS?

The above conclusion that Resolution 1315 was not adopted under Chapter VII powers is further supported by the argument that, at least initially, there was no need for Chapter VII powers. The Security Council can define its involvement in any matter either under Chapter VI or Chapter VII. Involvement under Chapter VII powers allows the Security Council to 'intervene' in the respective state without the consent of that state. It is submitted that, in the case of Sierra Leone, there was actually no need to impose measures under Chapter VII.

The SCSL's establishment was initiated by the President of Sierra Leone. Hence, the Security Council's involvement was based on the invitation and request for international assistance and help from the UN by Sierra Leone itself. The government of Sierra Leone was willing to cede jurisdiction to the SCSL, although its original request was limited to assistance in

---

which will be necessary for the establishment and functioning of the special court", para. 8 of Resolution 1315.

108 Security Council Resolutions 1478 (2003), 1508 (2003).

[109] The agreement and its binding effects will be dealt with in the Chapter 4.3.

conducting trials of the RUF.[110] The establishment of the SCSL was thus clearly consensual.[111]

It is the first time that a court has been established on the basis of an agreement between the UN and a member state. Accordingly, there was no need for Chapter VII powers in a sense of imposing the establishment of the SCSL on Sierra Leone, as the situation differed significantly from the situations in the former Yugoslavia or Rwanda, where the two ad hoc tribunals were established without the consent, or even against the will, of the respective countries.

During the proceedings before the SCSL's Appeals Chamber, the Prosecutor stated that "Chapter VII powers were needed in the case of Yugoslavia and Rwanda because there was no agreement with the States concerned. Here, in Sierra Leone, that is not the case."[112] Thus, the SCSL is a similar creation, but one which is in the Prosecutor's view is actually more democratic, because Sierra Leone has explicitly agreed to its establishment. It was nevertheless acknowledged by both the Prosecutor and the Defence in the Fofana case113 that the SCSL may not enjoy all of the consequences which could flow if it had been established by the Security Council acting under Chapter VII.[114]

While pointing to Chapter VII as the legal basis for concluding the agreement between the UN and Sierra Leone, the SCSL did not elaborate any further on the first scenario, i.e. how (or if) the general purposes of the

---

[110] However, the SCSL itself did not approve the delegation of jurisdiction because it would arguably diminish its claim to its international nature. According to the SCSL "the establishment of the Special Court did not involve a transfer of jurisdiction of sovereignty by Sierra Leone…the judicial power exercised by the Special Court is not that of Sierra Leone, but that of the Special Court itself reflecting the interests of the international community", in: *Prosecutor v. Gbao* (SCSL-04-15-AR72(E)), Decision on the Invalidity of the Agreement Between the United Nations and the Government of Sierra Leone on the Establishment of the Special Court (25 May 2004), para. 6.

[111] It can be however argued that the fact that Sierra Leone requested the help with establishment of the SCSL and therefore was certainly willing to cooperate in all respects does not mean that other state will be willing to voluntarily cooperate as well. Especially when it comes to requests for arrest and extradition of incumbent Head of State of another country.

[112] *Report on proceedings before the Appeals Chamber of the Special Court for Sierra Leone* (1 November 2003), available online at http://www.specialcourt.org/documents/WhatHappening/ReportAppealHearings01NOV03.html (last accessed 8 April 2008).

113 *Prosecutor v. Fofana* (SCSL-2004-14-AR72(E)), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Illegal Delegation of Jurisdiction by Sierra Leone (25 May 2004).

[114] Chapter VII powers are relevant e.g. to the enforceability against third States of acts of the SCSL.

UN as expressed in Article 1 of the Charter of the SC applied to its establishment.

Article 1 states that one of the main purposes of the UN is to maintain international peace and security. Decisions taken under other Articles may be regarded, according to Simma, as "implementing such purposes and principles."[115] In his view, international peace and security can be promoted and achieved through various policies or measures. This can include (1) measures of collective security taken under Chapter VII and (2) adjustment or settlement of international disputes or situations under Chapter VI. Thus, Article 1 identifies another path to maintain international peace and security.[116]

Since international peace and security can be achieved through various policies or measures, there is no need for the UN Charter to anticipate all possibilities to be used. The UN Charter for example also originally did not anticipate peacekeeping missions.[117] Despite the fact the UN Charter does not explicitly mention peacekeeping, it was suggested that it can be implied from the UN's primary purpose as stated in Article 1, i.e. the primary purpose of the UN being to maintain international peace and security.[118] The UN therefore must possess powers and means in order to be able to fulfil its primary purpose.[119] Construing the powers of the UN in the Charter too strictly could prevent the UN from acting. The Charter as a flexible legal and political document allows for many possible approaches and interpretations, depending upon the given international situation.[120]

---

[115] Simma *supra* note 101.

[116] *Ibid.*

[117] The UN Charter neither explicitly mentions nor authorizes peacekeeping. As the former UN Under Secretary-General for Political Affairs stated, "[t]he technique of peace-keeping is a distinctive innovation by the United Nations. The Charter does not mention it. It was discovered, like penicillin. We came across it, while looking for something else, during an investigation of the guerrilla fighting in northern Greece in 1947." In: B. Urquhart, 'The United Nations, Collective Security, and International Peacekeeping', quoting from A. K. Henrikson (ed.), *Negotiating World Order: The Artisanship and Architecture of Global Diplomacy* 59, p. 62 (1986).

[118] J. P. Bialke, 'United Nations peace operations: applicable norms and the application of the law of armed conflict', *Air Force Law Review* (2001).

[119] "[T]he Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to it in the course of its duties," see *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, 1949 I.C.J. 174 (Apr. 11), para. 182.

[120] M. R. Berdal, 'The Security Council, Peacekeeping and Internal Conflict after the Cold War', 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* 71, 73 (1996).

There was consensus among many policymakers that peace could be jeopardized if certain individuals and factions were not neutralized. The peacekeeping mission in Sierra Leone was at that time the largest in history and the international community was already investing huge financial resources. The international community and the government of Sierra Leone both sought to stabilize the country. In this context, the study conducted by No Peace Without Justice Initiative noted that "the government wanted the RUF leadership tried without the instability that would result from national trials. The international community wanted to prosecute those responsible for attacks on UN peacekeepers. While the evaluation criteria have since changed to encompass notions of legacy and promoting the rule of law, the Special Court was originally conceptualized as central to redressing security concerns."[121]

Maintaining peace and security was therefore one of the main motivations for establishing the SCSL.[122] The Security Council's role in establishing the SCSL could be thus also justified under the general powers of the Security Council under Article 1 and their subsequent implementation through Chapter VI.123

It is submitted that none of the two mentioned sources of authorization for the Security Council should be disputed. The power of the Security Council to enter into an agreement for the establishment of the SCSL was clearly derived from the Charter of the United Nations. There is no reason why the Security Council could not base its authority to act either (1) on the basis of the general purposes of the UN as expressed in Article 1 of the Charter or (2) on the basis of the specific powers under Article 39 and 41 to undertake appropriate measures to maintain or restore international peace and security.

What can be subject to criticism is nevertheless the attempt of the SCSL to imply the binding effect of Resolution 1315 based allegedly on specific powers of the Security Council under Articles 39 and 41. Resolution 1315 contains just recommendations with respect to the subject matter jurisdiction

---

[121] No Peace Without Justice Conflict Mapping in Sierra Leone: Violations of International Humanitarian Law from 1991 to 2002 (10 March 2004), p. 14, available at http://www.ictj.org/static/Prosecutions/Sierra.study.pdf.

[122] *Ibid.* This holds true especially for the United Kingdom, which led the military operations in Sierra Leone.

123 In the *Namibia Advisory Opinion* the ICJ noted that "Article 24 of the UN Charter vests in the Security Council the necessary authority to take action such as that taken in the present case (i.e. the adoption of Resolution 276 (1970)). The reference in paragraph 2 of this Article to *specific powers* of the Security Council under certain chapters of the Charter does not exclude the existence of general powers to discharge the responsibilities conferred in paragraph 1". See *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (SouthWest Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, [1971] ICJ Rep. 14, pp. 52–3, para. 110.

and personal jurisdiction of the SCSL and requests for the Secretary-General to negotiate an agreement with the Government of Sierra Leone, to submit a report to the Security Council on the implementation of this resolution or to address in his report the questions of the temporal jurisdiction of the special court and other issues pertaining to the establishment of the SCSL. Resolution 1315 should be rather viewed as another path to promote and maintain international peace and security via adjustment or settlement of international disputes or situations under Chapter VI (emphasis added).[124]

While concluding that Resolution 1315 was not adopted under Chapter VII, the question can still be raised as to its binding effects. In other words, can resolutions adopted under Chapter VI in general, and Resolution 1315 in particular, be nevertheless still binding on the member states? The opinions vary, which might be one of the reasons why the SCSL did not wish to enter into this discussion and instead tried to bring adoption of Resolution 1315 under Chapter VII powers. However, the prevailing view is that under certain specific circumstances, some resolutions even if not adopted under Chapter VII, can still have binding legal effects.

Article 25 of the UN Charter provides that members of the United Nations "agree to accept and carry out the decisions of the Security Council in accordance with the present Charter." It is submitted that Article 25 of the UN Charter does not necessarily apply only to decisions taken under Chapter VII (i.e. decisions on enforcement measures). According to Simma "if one followed such a narrow interpretation of Art. 25, the whole system set up for the maintenance of peace would be weakened, and it would clearly run counter to the overall concept of the Charter. Furthermore, Art. 25 would be unnecessary as the binding effect of decisions taken under Chapter VII could already be achieved on the basis of Art. 48 and Art 49."[125]

To further support this view, one can refer to the ICJ's Advisory Opinion on Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia.[126] In this Advisory Opinion, the ICJ held that "the decisions made

---

[124] Chapter VI actions usually rest in providing assistance to a state in order to help the state to maintain peace and order, however do not include the possibility of enforcement as opposed to actions under Chapter VII powers. Racsmany for example suggests that the establishment of the SCSL "is better compared to classical, consensual peacekeeping operations. These are generally considered as falling under Chapter VI or between Chapters VI and VII of the UN Charter. Their legal basis is in any case commonly located outside of Chapter VII." See Z. Racsmany, Z. Deen-Racsmany, 'Prosecutor v. Taylor : The Status of the Special Court for Sierra Leone and Its Implications for Immunity', *Leiden Journal of International Law*, 18 (2005), p.308.

[125] Simma, *supra* note 101, p. 458.

[126] *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia* (for a full citation see *supra* note 123). Compare with statement of Sir Hartley Shawcross in

by the Security Council […] were adopted in conformity with the purposes and principles of the Charter and in accordance with its Articles 24[127] and 25. The decisions are consequently binding on all States Members of the United Nations which are thus under obligation to accept and carry them out."[128] By adopting this contextual approach, the ICJ further stated:

It has been contended that Article 25 of the Charter applies only to enforcement measures adopted under Chapter VII of the Charter. It is not possible to find in the Charter any support for this view. Article 25 is not confined to decisions in regard to enforcement action but applies to "the decisions of the Security Council" adopted in accordance with the Charter. Moreover, that Article is placed, not in Chapter VII, but immediately after Article 24 in that part of the Charter which deals with the functions and powers of the Security Council…The language of a resolution of the Security Council should be carefully analyzed before a conclusion can be made as to its binding effect. In view of the nature of the powers of Article 25, the question is to be determined in each case, having regard to the terms of the resolution to be interpreted, the discussions leading to it, the Charter provision invoked and, in general, all circumstances that might assist in determining the legal consequences of the resolution of the Security Council.[129]

Nonetheless, even if this contextual approach would be adopted and applied to Resolution 1315, it can be still concluded that in the light of interpretation of all circumstances (i.e. language and terms of the resolution, content, purpose, the discussions leading to its adoption, the Charter provision

---

the ICJ *Corfu Channel* case, where he asserted that recommendations "under Chapter VI of the Charter, relating to methods of settling disputes which endanger peace, are binding." He contested the applicability of Article 25 only to Chapter VII, by stating "that position, in my submission, is completely untenable. [Even] if one were to disregard […] the preparatory work and the commentaries, one could not find in the Charter itself a shred of support for the view that Article 25 is limited in its application to Chapter VII of the Charter", See *Corfu Channel Case*, Prelim. Objections, Pleadings Vol. III, (1949) I.C.J.Rep, 72, pp. 76-77.

[127] In the *Fofana* case, the SCSL held that Article 24(1) may be invoked as the direct basis for action of the United Nations, i.e. for the establishment of the Agreement pursuant to the Resolution 1315 (2000). The SCSL further stated that Article 24(2), which refers to the specific powers granted to the Security Council is not exhaustive and must be read as fulfilling the function of closing the gaps. It was argued by the Prosecutor that if the Security Council can establish an international tribunal under Article 41, there is no reason why it could not take the same action under Article 24 of the Charter when the state affected has consented. *Prosecutor v. Fofana* (SCSL-2004-14-AR72(E)), Decision on Preliminary Motion on Lack of Jurisdiction: Illegal Delegation of Jurisdiction by Sierra Leone (25 May 2004).

[128] See *supra* note 123, p. 53, para. 115.

[129] *Ibid.*

invoked etc.), Resolution 1315 was not intended to have binding effects. Resolution 1315 contains mere recommendations regarding the subject matter jurisdiction and personal jurisdiction of the SCSL and requests for the Secretary-General to negotiate an agreement with the Government of Sierra Leone.

Relevant findings can be summarized as follows:

1. Proving that Resolution 1315 was indeed adopted under Chaper VII would have crucial implications for withdrawal of immunities of serving head of state should the agreement be found unsatisfactory in regulating these issues.

2. It is however suggested that Resolution 1315, which recommended the establishment of the SCSL, was not adopted under Chapter VII powers despite the attempt of the SCSL to prove otherwise.

3. There are some doctrinal opinions[130] and advisory opinions of the ICJ[131] suggesting that the resolution can be still binding under certain circumstances even if not adopted under Chapter VII powers, it is however not a case in the context of Resolution 1315. There was no intention of the SC to adopt this resolution as binding for reasons provided above.

Moreover, the SCSL was not even established by the SC Resolution (as oppose to the ICTY and ICTR ad hoc tribunals). The SCSL was established by a bilateral agreement pursuant to Resolution 1315. For the reasons given, it is not possible to imply binding effects of the Resolution 1315 for the purposes of denying immunity to high ranking state officials as was in the case of the establishment of the ICTY and ICTR. The SCSL should instead direct its attention to the binding effects of agreement establishing the court. This issue will be addressed next.

4.2.3 AGREEMENT BETWEEN THE UN AND THE REPUBLIC OF SIERRA LEONE AND ITS BINDING EFFECTS

Apart from Resolution 1315, attention needs to be given to the Agreement which actually establishes the SCSL.[132] Analysis of the agreement is the

---

[130] *See* e.g. Simma *supra* note 101, p. 458.

[131] See *supra* note 123.

[132] The SCSL justified the fact the SCSL is treaty-based by referring to Article 2(1)(a) in connection with Article 31(1) of the Vienna Convention on the Law of the Treaties between States and International Organizations (The 1986 Vienna Convention) and provided a modified version of Article 2(1) by defining international treaty as "an international agreement governed by international law and concluded in written form…between one or more states (in this instance Sierra Leone) and one or more international organizations (the United Nations).

next important step in order to identify for whom the agreement creates obligations under international law, i.e. who is a party to the agreement and thus bound by its provisions. While focusing on the binding effects of Resolution 135, the SCSL did not pay much attention to the Agreement as such.

The SCSL adopted arguments and conclusions of both of the invited amici curiae.[133] According to one amicus curiae, Orentlicher, the Security Council by authorizing the Secretary-General to negotiate an agreement with Sierra Leone was not only carrying out its responsibility to maintain peace and security, but "in doing so, it was acting on behalf of all Members of the United Nations".134

Subsequently, the SCSL developed this argument further by stating that since the Security Council was acting "on behalf of all Members of the United Nations", the agreement is to be regarded as "between all members of the United Nations and Sierra Leone".[135] According to the SCSL "this fact makes the Agreement an expression of the will of the international community".136 However, it is rather disputable to assert, as the SCSL did, that only by virtue of the fact that states are members of the UN, they are therefore parties to the Agreement and accordingly are bound by its provisions.

Both state practise and scholarly opinions[137] show that the conclusion of the SCSL was not correct. For example Article 17 of the SCSL Statute states "the Government shall cooperate with all organs of the Special Court at all stages of the proceedings". Article 17 therefore addresses obligation to cooperate only for the government of Sierra Leone. Are third states also obliged to cooperate with the SCSL? If so, on what legal basis?

It is suggested that the Agreement cannot be interpreted so broadly. For example Damgaard claims that such consequences of UN membership were not envisaged when the UN Charter was adopted and further suggests that if the agreement was between all the UN member states and Sierra Leone, then such member states would assume obligations under such

---

[133] See *supra* note 97.

134 *Ibid*., para. 12.

[135] *Prosecutor v. Taylor*, para. 38.

136 *Ibid.*

[137] See e.g. "Since the Special Court was set up by treaty between Sierra Leone and the United Nations; no other state is party to this treaty and hence is not bound by it", in: H. Fox, *The Law of State Immunity* (Preface to Paperback Edition), Oxford University Press (2004), p. 23.

agreement.[138] However, no state expressed that it feels bound by this agreement. In fact, many states acted otherwise.[139]

The SCSL itself approved the limitation of the SCSL when it stated that: "[w]hile acknowledging that the ICTY and ICTR have Chapter VII powers of the UN Charter ensuring that there is an obligation on all UN members to cooperate, in the case of the Special Court, as the Agreement is between the UN and Sierra Leone, its primacy is limited to Sierra Leone alone, as also the obligation to co-operate with the Special Court."[140]

Under these circumstances it is hard to maintain the position that the agreement is to be regarded as 'between all members of the United Nations and Sierra Leone'. Becoming a party to a treaty 'by interpretation' does not respect principles of State sovereignty.[141] Furthermore, the UN possesses separate legal personality and such as "is more than a sum of its members and the organization occupies a position in certain respects in detachment from its members."[142] As a general matter, member states are not bound by treaties concluded by the UN by the virtue of membership alone.

At this point it is useful to reiterate what led the SCSL's to emphasize the role and involvement of the Security Council in the establishment of the SCSL. As already indicated in the previous chapter, the SCSL did so arguably in order to imply binding effects of the Resolution and therefore by

---

[138] Damgaard, *supra* note 4.

[139] Examples include: Ghana's failure to arrest Taylor. Nigeria's refusal to extradite Taylor. Moreover, Liberia initiated proceedings against Sierra Leone before the ICJ. Liberia referred to the Yeordia case and argue dthat the SCSL is not an international court that could deny immunity to its President. Liberia requested the ICJ to declare that "the issue of the indictment and the arrest warrant of 7 March 2003 and its international circulation, failed to respect the immunity from a criminal jurisdiction and the inviolability of a Head of State which an incumbent President of the Republic of Liberia enjoys under international law." Nevertheless, Sierra Leone did not accept the jurisdiction of the ICJ pursuant to article 36(2) of the ICJ Statute. *See* 'Liberia applies to the International Court of Justice in a dispute with Sierra Leone concerning an international arrest warrant issued by the Special Court for Sierra Leone against the Liberian President', ICJ Press Release No. 2003/26 (5 August 2003), available at http://www.icj-cij.org/icjwww/ipresscom/iprlast.html (last accessed 26 July 2008).

[140] *Prosecutor v. Norman, Fofana and Kondewa* (SCSL-04-14-PT), Decision on the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction Filed on Behalf of the Accused Fofana, (3 March 2004), para. 69.

[141] *See* also the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations 1986 (Convention). Article 34 of the Convention provides that a treaty does not create either obligations or rights for a third state without the consent of that State.

[142] *Reparation of Injuries Suffered in The Service of the United Nations*, I.C.J. Reports, 1949, p. 174.

implication also binding effects of the Agreement for all member states of the UN. It is nevertheless suggested that individual member states remain third parties and are thus not bound by bilateral agreement (pacta tertiis nec nocent nec prosunt).

An alternative approach, which was suggested by the Secretary-General in his Report, would be the conclusion of a multilateral treaty by all UN member states. On the one hand, this approach would allow the treaty to be opened for signature and ratification by all member states.[143] The advantage of this approach would be the possibility of a detailed examination and elaboration of all issues relevant to the establishment of the international tribunal. States participating in the negotiation and conclusion of the treaty could then fully exercise their sovereign will, in particular whether they wish to become parties to the treaty or not.[144]

On the other hand, this approach will admittedly require considerable time to establish the treaty and subsequently to achieve the required number of ratifications for entry into force.[145] Even then, there could be no guarantee that ratifications will be received from those States which should be parties to the treaty if it is to be truly effective.[146] Therefore, what sounds as legally more elegant approach, might prove unfeasible from the practical point of view.

The following statements well illustrate the divergence of views on the way of establishment of the SCSL. In the Fofana case, applicant argued that the UN illegally delegated its powers in this respect and suggested that "the situation may have been different if the court had been set up by the agreement involving a wide group of concerned states."[147] In contrast, Judge Robertson expressed his views on the establishment of the SCSL through bilateral treaty by stating "it cannot in my judgement make any meaningful difference that the Security Council has chosen to authorise the Secretary-General to establish the Court with a similar purpose148 by agreement with a single state (a state where peace need to be restored) rather than by unilateral action or by action in agreement with many states... multilateral agreement would presumably make it more difficult for the Security

---

[143] Report *supra* note 112.

[144] *Ibid.*

[145] *Ibid.*

[146] *Ibid.*

[147] *Prosecutor v. Fofana*, (SCSL-04-14-PT), Defence Reply to The Prosecution Response to the Preliminary Defence Motion on the Lack of Personal Jurisdiction: Illegal Delegation of Jurisdiction by Sierra Leone (30 November 2003), para. 7.

148 By 'a Court with the similar purpose' is meant the ICTY.

Council to e.g. terminate a court, since it would need the agreement of a number of states rather than one."149

It is respectfully submitted that there is a 'meaningful difference' in establishing the court by bilateral or multilateral treaty. The SCSL's legal basis is certainly international regardless of the number of parties to the treaty, i.e. whether it is established by bilateral or multilateral treaty.[150] The difference lies in the fact that the bilateral agreement is arguably binding only on Sierra Leone, it does not bind any other state. This conclusion has important consequences for the purposes of denying immunity of an incumbent head of state of a third country not party to the treaty.

4.2.4 HYBRID NATURE OF THE SCSL NOT RECOGNISED

The SCSL was often referred to as a 'hybrid court'.151 Some refer to its hybrid nature due to the fact that under the SCSL Statute, not only crimes under international law, but also certain crimes under Sierra Leonean law can be prosecuted and punished. The mixed composition of both internationals and Sierra Leoneans within the SCSL was often emphasized as another sign of the SCSL's hybrid nature. However, as already noted above[152], the law applied by the Court and the nationality of the staff do not determine the legal nature of the Court.153

The hybrid nature of the SCSL was also emphasized by Richard Holbrooke who has been an active supporter of the establishment of the SCSL in the SC. After Resolution 1315 (2000) was passed, Holbrook described the proposed character of the SCSL in the following way "This court is going to be of a hybrid nature […]. We have not asked the United Nations to set up another international war crimes tribunal such as the ones that exist for Rwanda and Yugoslavia, but rather we have asked the Secretary-General to

---

149 *Prosecutor v. Kallon, Norman and Kamara* (SCSL 2004-14-AR72(E)), Decision on Constitutionality and Lack of Jurisdiction, (13 March 2004), Separate Opinion of Judge Robertson, para. 5.

150 The Secretary-General rightly held that the legal nature of the SCSL, as with any other legal entity, is determined by its constitutive instrument. Since the constitutive instrument is an agreement between a state - Sierra Leone - and an international organization - the UN - the legal nature of the SCSL is international.

151 See e.g. S. Linton, 'Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice', (2001) 14 *Criminal Law Forum*, p. 231, describing the SCSL as a 'new species of tribunal' (internationalised domestic tribunals).

152 *See* Chapter 2.

153 *See* differently Cryer, who argues that the applicable law also determines the legal nature of a court. R. Cryer, 'A "Special Court" for Sierra Leone', (2001) 50 *International and Comparative Law Quarterly*, p. 437.

work with the Sierra Leone Government for what I would call a mixed court, although the actual phrase of this resolution is "Special Court.""[154]

At the beginning, Resolution 1315 anticipated the possibility for the SCSL to share the Appeals Chamber of the ICTY and the ICTR. However, according to UN Assistant Secretary-General Office of Legal affairs Zachlin "the judges in those two courts were very apprehensive of the legal efficacy of such an arrangement given the different nature of the two court systems." He explained that the judges "felt that it would be very difficult for an appeals chamber of the Yugoslavia and Rwanda Tribunals to be sitting as an appeals chamber for a Sierra Leone Court which has its own statute and which is operating on the basis of its own jurisdictional provisions. And they felt very uncomfortable with that. And it seems to us that this was a very legitimate point."[155]

5. CONCLUSION

The approach of the SCSL in Taylor case consisted of two main findings: the SCSL first held that it is an international court. Subsequently, the SCSL decided that as the consequence of its international legal basis, Article 6 of the Statute of the SCSL denying immunity can be invoked against Taylor. Therefore, the SCSL denied immunity ratione personae to the president of Liberia while still in the office. While such a decision may be welcomed, the legal reasoning on the basis of which the SCSL arrived at the conclusion was subjected to criticism. The validity of the SCSL approach in its decision was critically examined in order to find out whether its approach complies with the current state of international law with respect to immunities for crimes under international law.

While this paper approved the international legal basis of the SCSL, the legal reasoning on the basis of which the SCSL arrived at the conclusion to deny immunity to Taylor was found disputable. More elaborate reasoning and judicial clarification of contentious issues were needed, bearing in mind that until the establishment of the SCSL, it had never been considered that the legal basis of an international criminal court could be an agreement between the UN and one or more states.

The SCSL's legal nature, even if international due to its constitutive instrument, is to a large extent different from the two ad hoc tribunals

---

[154] Statement by US Ambassador Richard Holbrooke to the media, following adoption of UN Security Council Resolution concerning the establishment of a Special Court in Sierra Leone at August 14, 2000.<http://www.sierra-leone.org/specialcourt081400.html> (accessed September, 2007) (emphasis added).

[155] Press Briefing by the UN Assistant Secretary-General Office of Legal Affairs, Ralph Zacklin, (September 2000), New York, available at www.sierra-leone.org/specialcourt0900.html > (last accessed 16 March 2008).

(ICTY and ICTR) or the ICC. It can not be simply concluded that the SCSL is an international court through an attempt to compare it with the ICTY, ICTR and ICC. The SCSL is indeed international as for its legal basis. Nevertheless, it is proposed that the question is not simply whether the court is international as for its legal basis, but rather whether the court's international legal basis allows for abrogation of immunities.[156]

By attempting to fit itself into a category of 'certain international criminal courts', a phrase used by the ICJ in the Yerodia case, the SCSL limited its legal argumentation to the finding that it is indeed an international court with powers to deny immunity to serving Heads of State. Yet, the mere fact that the legal basis of a certain judicial body is characterized as international does not automatically mean that any Head of State should be denied immunity before such a court.

Not all immunities are irrelevant before any court that may be characterized as 'international'. As for the immunity ratione personae, this immunity constitutes a general rule of customary international law and is therefore relevant not only before domestic courts, but also before international courts "unless the status and nature of the international court justifies a different conclusion. Any exception to this general rule, which remains so far fully applicable before domestic courts, must be legally justified in the case of international courts."[157]

The proposition that immunities ratione personae do not apply before international tribunals depends on the manner of the court's establishment as well as identification of the exact legal basis for denying immunity. In addition, the establishing instrument of the court must bind the concerned state.[158] The legal basis for exception to immunity can be either a Security Council Chapter VII resolution or an international treaty binding the concerned state.

Accordingly, explicit exception to immunity in the Rome Statute of the ICC applies only to contracting parties. On the other hand, lasting entitlement to immunities ratione personae granted by customary international law to incumbent Heads of State of non-state parties before the ICC reflects the current state of law on immunities.[159] By analogy, the agreement between Sierra Leone and the UN establishing the SCSL cannot, without more or of

---

[156] See e.g. the discussion in Chatham House, one of the questions raised was "Could state A get around the obligation to provide immunity to the head of state B, by entering into a treaty with state C to set up an "international" court?", *supra* note 5. See also, Damgaard, *supra* note 4.

[157] Cassese *supra* note 65.

[158] Akande *supra* note 72.

[159] *Ibid.*

itself, take away from the incumbent President of another country the immunity ratione personae granted under customary international law.

The SCSL was labelled a 'treaty-based sui generis court of mixed jurisdiction and composition'.160 The SCSL is indeed Sierra Leone specific including the consequences attached to such a nature. Many of the legal choices made were intended to address the specificities of the Sierra Leonean conflict. As such, the SCSL has a unique place in international criminal justice system.161 Nevertheless, the analysis of the SCSL's legal basis also revealed new legal issues and challenges, including the question of denying immunity to the incumbent Head of State of the country not party to a treaty which established the court.

Some argue that the manner in which the SCSL was established was completely unrelated to the issue of immunity: instead, the initial desire was to separate the proceedings from domestic criminal law and the legal system of Sierra Leone.[162] This may well be so. It can even explain some of the difficulties with which the SCSL was confronted. Unfortunately, it does not justify in some respects unfounded reasoning of the SCSL in the Taylor case.

Do these findings suggest that Taylor should be completely immune from the exercise of jurisdiction by the SCSL? No, they rather propose that there is a serious legal issue to be discussed in the context of immunities available to a serving Head of State by the SCSL.[163] The central conclusion of this paper is therefore a finding that a classification of a judicial body as an international criminal court does not automatically mean that a state official has no immunity from prosecution before that body.[164]

Any constitutive instruments of international criminal tribunals should preferably anticipate main problems and try to address principal issues such as jurisdiction and immunities beforehand in order to avoid the uncertainty, which often makes the court to adopt too creative reasoning, which is hard to justify even by employing a teleological interpretation of certain provisions. This may be a lesson to be learned for establishing a similar forum for the prosecution of international crimes elsewhere.

---

160 Report, *supra* note 112 , para. 9.

161 *Ibid*.

[162] Chatham *supra* note 8.

[163] Examination of immunities *ratione materiae* and *ratione personae* goes beyond the scope of this paper. For a detailed analysis of immunities available to Taylor, *see* e.g. Nouwen, Novotna, *supra* note 27.

[164] *See* Damgaard, *supra* note 4.

Literature:
Books

- Cryer, R.; Frimain, H.; Robinson, D., An Introduction to International Criminal Law and Procedure, Cambridge (2008).
- Damgaard, C., Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes (Selected Pertinent Issues), Springer (2008).
- Denza, E., Diplomatic Law (Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations), 3d edition, Oxford (2008).
- Fox, H. The Law of State Immunity (Preface to Paperback Edition), Oxford University Press (2004).
- Reydams, L., Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives, New York: Oxford University Press (2004).
- Romano, C., Nollkaemper, A., and Kleffner, J. (eds.), Internationalized Criminal Courts: Sierra Leone, East Timor, Cambodia and Kosovo, Oxford University Press (2004).
- Simma, B., (ed.), The Charter of the United Nations: A Commentary, Oxford University Press, (2002).

Articles

- Akande, D., 'International Law Immunities and the International Criminal Court', American Journal of International Law 7, (2004).
- Akande, D., 'The Bashir Indictment: Are Serving Heads of State Immune from ICC Prosecution?', Oxford Transitional Justice Research Working Paper Series (2008).
- Ambach, P., 'The Overlapping Jurisdictions between the International. Criminal Court and Hybrid International Tribunals', Bofaxe, No. 298E (2006).
- Bantekas, I., 'Head of Sate Immunity in the Light of Multiple Legal Regimes and Non-Self-Contained Systems Theories: Theoretical Analysis

of ICC Third Party Jurisdiction Against the Background of the 2003 Iraq War', 10 Journal of Conflict & Security Law 21 (2005).

- Berdal, M., R., 'The Security Council, Peacekeeping and Internal Conflict after the Cold War', 7 Duke Journal of Comparative and International Law 71, 73 (1996).
- Bialke, J., P., 'United Nations peace operations: applicable norms and the application of the law of armed conflict', Air Force Law Review (2001).
- Cassesse, A., Why May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case, European Journal of International Law 13 (2002).
- Cryer, R., 'A 'Special Court' for Sierra Leone?', 50 International and Comparative Law Quaterly 435 (2001).
- Chatham House, 'Immunity for Dictators?', A summary of discussion at the International Law Programme Discussion Group at Chatham House, (9 September 2004).
- Frulli, M., 'The Special Court for Sierra Leone: Testing the Water. The Question of Charles Taylor's Immunity. Still in Search of a Balanced Application of Personal Immunities?', 2 Journal of International Criminal Justice (2004).
- Gowlland-Debbas, V., 'The Relationship between the Security Council and the International Criminal Court', Graduate Institute of International Studies, Weltpolitik (2001)
- Jalloh, C., 'Immunity from Prosecution for International Crimes: The Case of Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone', ASIL Insights (2004).
- Koller, S., 'Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia judgement as it pertains to the Security Council and the International Criminal Court', 20 Am. U. Int'l L. Rev. 7 (2004).
- Linton, S., 'Cambodia, East Timor and Sierra Leone: Experiments in International Justice', 14 Criminal Law Forum (2001).

- Nouwen, S., M., H., ‘‘Hybrid courts’, The hybrid category of a new type of international crimes courts’, 2 Utrecht Law Review 2, December, (2006).
- Nouwen, S., M., H., ‘Special Court for Sierra Leone and the Immunity of Taylor: The Arrest Warrant Case Continued’, Leiden Journal of International Law 18 (2005).
- Novotna,K., ‘No Impunity for Charles Taylor’, Aberystwyth Journal of World Affairs 2, (2004).
- Novotna, K., ‘Relationship between Crimes under International Law and Immunities: Coexistence or Exclusion? Charles Taylor Case’, Human Rights and International Humanitarian Law, Satyam Law International, New Delhi (forthcoming in 2010).
- Novotna, K., ‘Kosovo’s Post-Independence - Test for the EU’s Common Foreign and Security Policy. What Role Has the EULEX Mission to Play in Kosovo?’ COFOLA 2009: the Conference Proceedings, 1. Edition, Brno: Masaryk University (2009).
- Orentlicher, D., ‘International Justice Can Indeed Be Local’, Washington Post, (21 December 2003).
- Orentlicher, D., F., ‘Whose Justice? Reconciling Universal Jurisdiction with Democratic Principles’, Georgetown Law Journal (2004).
- Perriello, T., Wierda, M., ‘The Special Court for Sierra Leone under Scrutiny’, Prosecution Case Studies Series, the International Center for Transitional Justice (2006).
- Romano, C., P., R.; Nollkaemper, A., ‘The Arrest Warrant Against The Liberian President, Charles Taylor’, ASIL Insights (2004).
- Sands, P., ‘Immunities before international courts’, Guest Lecture Serious of the Office of the Prosecutor, (18 November 2003).
- Sands, P., ‘International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?’, Leiden Journal of International Law, 16(2003).

- Summers, M., A., 'Immunity or Impunity? The Potential Effect of Prosecutions of State Officials for Core International Crimes in States Like the United States That Are Not Parties to The Statute of The International Criminal Court, Brookland Journal of International Law 31 (2), (2006).
- Watts, A., 'The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers', in: Recueil des Cours de l'Académie de droit international, III (1994).
- Wirth, S. 'Immunity for Core Crimes? The ICJ's judgement in the Congo v. Belgium Case', 13 European Journal of International Law 877 (2002).
- Wouters, J., 'The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks', 16 Leiden Journal of Intenational Law 253 (2003).

Contact – email
katerina.novotna@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE EXECUTION OF JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

VLADIMÍRA PEJCHALOVÁ GRÜNWALDOVÁ

Parlamentní institut, Kancelář Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky

Abstract in original language
The paper analyses basic issues regarding the execution of judgments of the European Court of Human Rights. It sets out both the conditions and the procedure concerning the execution of judgments as well as the obligations which form the subject-matter of the execution. In the conclusion it highlights that the enforcement of judgments is one of the keys to improving the European human rights system, and that effective functioning of the human rights protection system depends to a great extent on execution of the Court's judgments.

Key words in original language
Execution; Judgments; Human rights.

I. The obligation to execute judgments of the European Court of Human Rights

The High Contracting Parties (hereinafter 'the states') to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter 'the Convention') - have an obligation to *secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I* of the Convention (Article 1). It follows that securing rights and freedoms is primarily the responsibility of the Parties and the Court's role is subsidiary. This undertaking entails certain obligations for respondent states. The responsibility of a state which failed to fulfil this obligation is threefold. The state subsequently has the obligation:

1) to put an end to the violation, which concerns cases of a continuing violation,
2) to make reparation, which entails the adoption of individual measures (with first, the application of the principle of *restitutio in integrum*, and second, in cases where *restitutio in integrum* proves to be impossible to apply, the payment of compensation),
3) not to repeat the violation, which entails the adoption of general measures (such as cases where the Court impugned legislative provisions or cases where similar violations cannot be avoided in the future without a legislative amendment).

Execution of the Court's judgments is an integral part of the Convention system. The effectiveness of the process of execution has an impact on the Court's authority. The Court's excessive caseload has two main reasons. First, a large number of manifestly ill-founded applications which are

declared inadmissible (more than 90% of all applications) and a large number of repetitive cases. It goes without saying that rapid and adequate execution has an effect on both the influx of new cases and on the number of repetitive applications.

II. Supervision of the execution of judgments

The task of supervising the execution of judgments of the Court is entrusted to the Committee of Ministers (the executive organ of the Council of Europe). The basic provision governing the execution process is Article 46 par. 1 and 2 of the Convention which reads as follows:

1. *The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any*

case to which they are parties.

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.

The Committee of Ministers has on many occasions stated that the obligation to abide by the judgments of the Court is unconditional. A state cannot rely on the specificities of its domestic legal system to justify failure to comply wit the obligation under the Convention. The content of states' undertaking "to abide by the final judgment of the Court" is contained in the Rules of Procedure of the Committee of Ministers[1]. Pursuant to Rule 6 (2) in the supervision of the execution of judgments process the Committee of Ministers examines:

a) whether any just satisfaction awarded by the Court has been paid,

   including as the case may be, default interest; and

b) if required, and taking into account the discretion of the High Contracting Party concerned to choose the means necessary to comply with the judgment, whether:

   i. individual measures have been taken to ensure that the violation has ceased and that the injured party is put, as far as possible, in the same situation as that party enjoyed prior to the violation of the Convention;

   ii. general measures have been adopted, preventing new violations similar to that or those found or putting an end to continuing violations.

[1] Currently called "Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements".

It follows that there are three types of obligations that can be implied from a judgment of the Court incumbent on the state – just satisfaction, individual measures and general measures.

In the case of *Scozzari and Giunta*[2] the Court, sitting in the Grand Chamber, drew up the obligation of states to take general measures (to prevent further violations) and individual measures (to bestow remedies to the applicant) as follows:

"… a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent state a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects (see, *mutatis mutandis*, the Papamichalopoulos and Others v. Greece (*Article 50*) judgment of 31 October 1995, Series A no. 330-B, pp. 58-59, § 34). Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent state remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment."

It is a general practice that the states themselves identify the measures to be taken, whether individual or general, under the supervision of the Committee of Ministers (with the opportunity to find guidance in the Committee of Ministers' practice and relevant recommendations, and in the practice of other states). The guiding principle is the principle of subsidiarity. The states have freedom in the choice of the individual and general measures, however, this freedom is accompanied by the Committee of Ministers monitoring powers. The Committee supervises the choices made and ensures that the measures taken are appropriate and that they meet the requirements in the Court's judgment. The Committee of Ministers exercises its supervisory control with the right to issue interim resolutions or adopt decisions to express concern and to make suggestions with respect to the execution (in the form of press releases, decisions, interim resolutions, or declarations of the Chair).

The Court itself may in its judgments provide guidance regarding execution measures, or even directly order that a certain measure be taken. Although the Court developed this practice in some cases concerning property, e.g. *Papamichalopoulos and others* judgment of 31 October 1995, many years ago, the cases in which the Court directly ordered certain measures to be taken are a recent practice - the first cases appeared only in 2004 and 2005.[3]

---

[2] Judgment of 13 July 2000, (§ 249).

[3] *Assanidze v. Georgia*, judgment of 8 April 2004; *Ilascu v. Moldova and the Russian federation*, judgment of 13 May 2005.

In these cases the Court ordered the release of applicants who were being arbitrarily detained. The Court provides recommendations as to general measures in the ´pilot judgments´[4] where it examines the causes of systemic problems that cause an influx of new applications.

III. Just satisfaction

The payment of just satisfaction (compensation in the form of a sum of money) may be awarded by the Court under Article 41[5] of the Convention. It covers pecuniary and non-pecuniary damage and/or costs and expenses. The obligation to pay just satisfaction is stated in the judgment. The detailed conditions (e.g. currency, deadlines, default interests) regarding the payment of just satisfaction are usually set out in the judgments of the Court. These elements of the payment cannot be unilaterally altered and are binding on the state. It should be noted that as concerns default interest, this interest serves only to maintain the value of the just satisfaction, it is not a penalty. There is no obligation to pay default interest provided that the sum is put at the applicant's disposal within the time limit. Since 2000 the Court has made increasingly frequent use of the euro as the single reference currency.

However, the negative consequences resulting from the violation of the rights guaranteed by the Convention can not always be remedied by the payment of just satisfaction. Therefore, depending on the circumstances of the case, the respondent state may also be required to take individual measures or general measures.

IV. Individual measures

Individual measures concern the applicants and relate to the obligation to rectify the consequences suffered by them due to the violations established by the Court in view of achieving *restitutio in integrum* as far as possible. Individual measures come into play in cases where the consequences of the violation would not be adequately remedied by awarding just satisfaction or by a simple statement of a violation. The purpose of these means of redress is to achieve *restitutio in integrum* as far as possible. The individual measures always depend on the nature of the violation and the situation of the applicant. Depending on the circumstances of the case, the actions may involve for example the reopening of unfair proceedings, the enforcement of a domestic judgment not yet enforced, destruction of documents containing information obtained in breach of the right to privacy (*Amann v. Switzerland*), or the introduction of a new legislation giving access to the Court (*The Holy Monasteries v. Greece*).

---

[4] e.g. *Hutten-Czapska v. Poland* [GC] judgment of 19 June 2006.

[5] *If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.*

Re-opening of proceedings in the national courts may prove to be an effective means in redressing the adverse consequences in cases of unfair national proceedings or in rectifying a decision of a national court which is incompatible with the Convention. The Committee of Ministers issued a recommendation[6] in which it invited the states to ensure that there are adequate possibilities for achieving *restitutio in integrum* at national level. It invited the states *to ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, restitutio in integrum* and *adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention.*

In the Czech Republic the Czech Constitutional Court Act provides for reopening of proceedings in criminal matters in cases where an international court finds infringement of human rights or fundamental freedoms by a public authority (§ 119(1)).

V. General measures

The purpose of general measures is either to prevent similar violations to occur in the future or to put an end to continuing violations. In some cases the violation is the result of the lack of national legislation, incompatibility between national legislation and the Convention, or the way in which the national courts interpret the legislation and the Convention. In such cases it is necessary to amend the existing legislation, introduce new legislation or to change judicial practice.

Therefore, general measures may include the obligation to review legislation and/or judicial practice, improve administrative procedures, or even to make constitutional changes in order to prevent similar violations. Within the system of general measures, the importance of effective remedies is more and more frequently raised. The Committee of Ministers regards at the efficiency of domestic remedies, where either the Court's judgment or the Committee of Ministers' examination reveals important systemic or structural problems.[7]

For example, in the *Hutten-Czapska* case, which involved a violation of the applicant's right of property due to limitations on use of property by landlords, and in particular the rent control scheme, the Committee of Ministers stated that further information was awaited on the development of domestic courts' case-law concerning the definition of "decent profit" … as well as other measures to prevent new, similar violations ". It also required the Polish government to clarify "the scope of the notion of "basic rent" and its introduction into the legislative framework". The Committee of Ministers

[6] Recommendation Rec (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgments of the European Court of Human Rights and Explanatory memorandum.

[7] Recommendation (2004) 6 on the improvement of domestic remedies.

further pointed out that "the violation found was the result of a structural problem linked to a malfunctioning of national legislation and that the respondent state must secure in its domestic legal order a mechanism maintaining a fair balance between the interests of landlords and the general interest of the community in accordance with the principles of the protection of property rights under the ECHR".

VI. The procedure of the execution supervision

The procedure of the execution supervision of the Committee of Ministers is enshrined primarily in the Rules adopted by the Committee of Ministers for the application of Article 46 par. 2 of the Convention (adopted on 10 May 2006).

Final judgments of the Court, in which the Court finds a violation of the Convention or in which a friendly settlement is accepted, are submitted to the Committee of Ministers for examination (at human rights meetings). Once the Court finds a violation of a right enshrined in the Convention and awards the applicant just satisfaction under Article 41 of the Convention, then the state, whose government is to pay the sum awarded, must answer to the Committee for its execution. Likewise, cases where violation was found but no compensation was awarded are also called for supervision as measures to prevent further violations need to be taken. According to the Court's case-law, the execution of judgments should be considered as an integral part of the trial for the purposes of Article 6 of the Convention.[8] Provided that the judgment of the Court is precise, it is self-executing in the domestic legal system and directly applicable by domestic courts. However, the Court lacks power to determine which measures need to be taken in order to execute the judgment and leaves the choice of the means to the state.[9]

Once the Court's final judgment has been transmitted to the Committee of Ministers, it appears on its agenda. Cases are normally placed on the agenda of the Committee of Ministers 3-6 months after the judgment has become final. The supervision of execution of judgments takes place at special human rights meetings. The Committee invites the respondent state to inform it of the measures taken (payment of just satisfaction, individual or general measures) so as to abide by the judgment. The Committee then examines the information submitted by the respondent state. The deliberations of the Committee of Ministers are private (Article 21 of the Statute of the Council of Europe). The cases are examined primarily on the basis of information submitted by the governments, regard being had to the communications made by the applicant regarding individual measures, as well as to non-governmental organizations and national human rights institutions.

---

[8] *Hornsby v. Greece*, 19 March 1997, § 40.

[9] *Scordino v. Italy* [GC], 29 March 2006, § 233.

The cases where the execution of judgments proceeds smoothly are normally examined without debate. The criteria which are considered in decisions on holding or not holding a debate are as follows:

a) the applicant's situation because of the violation warrants special supervision,

b) the case marks a new departure in case-law,

c) the case discloses a potential systemic problem which is anticipated to give rise to similar cases in the future.

In the process of examination of cases the Committee of Ministers may take various actions to facilitate execution of judgments – it may adopt interim resolutions or insist that the responded state put forward certain reforms or take other measures in conformity with the judgment. The Committee of Ministers does not strike the judgment off the lists of cases by virtue of a final resolution until the respondent state has adopted measures that would be satisfactory. Until then the Committee of Ministers requires the state to provide explanations or to take an action.

The Committee of Ministers requires a written proof that just satisfaction and any default interest have been paid to the applicant. It may also require adoption of individual non-pecuniary measures in order to achieve *restitutio in integrum*, or evidence that the government has adopted general measures needed to prevent further violations. In cases where the situation has not improved, it may ask the respondent state to take further measures. This practice also applies in cases where a friendly settlement has been reached.

When the Committee of Ministers finds that the state has taken all the measures necessary to fulfil the obligations set out in the judgment, it ends the examination and adopts a final resolution. The Committee of Ministers may require the respondent state to present a written report on the measures adopted. If difficulties arise in executing the judgment, the Committee of Ministers may exert its powers and by way of a dialogue persuade the state to take appropriate action in order to comply with the judgment. Only as the last resort, and rare in practice, the Committee of Ministers exerts political and diplomatic pressure to compel the state to fulfil the requirements stipulated in the judgment.

In cases where the state objects or delays taking the necessary measures, the Committee of Ministers may either adopt interim resolutions or threaten to apply Article 8 of the Statute of the Council of Europe. The practice of interim resolutions was first introduced in the *Ben Yaacoub*[10] case. There are various forms of interim resolutions:

[10] *Ben Yaacoub v. Belgium*, judgment of 27 November 1987, Series A no. 127-A.

a) invitation of the state to comply with the judgment and stating that no measures have been adopted[11],

b) encouragement of the state to adopt measures in the future and commenting on the state of progress (the most common type of resolution),

c) threatening the state with more serious measures (exceptional type of resolution).[12]

At the extreme, a state can be excluded from the Council of Europe where it refuses to execute a judgment. Under Article 8 of the Statute of the Council of Europe "any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee my decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine." If a state continues to fail to execute a judgment, it could be interpreted as a serious violation of the principles of the rule of law and of human rights and fundamental freedoms within the meaning of Article 3 of the Statute of the Council of Europe. The first case in which the Committee of Ministers threatened of exclusion was *Loizidou v. Turkey*. In reality, however, this measure has never been used.

The willingness of the states to execute the judgments of the Court depends rather on their political aims and interests than on the prospects of possible sanctions. In reality, it is rather late executions, the delays of which have been constantly increasing, than non-compliance with judgments that raises difficulties. It is not common that the states would systematically refuse to execute judgments. While the habitual reasons for non-compliance are intricate national legislative procedures and reforms, political reasons are not common (one of the exceptions is the pending case of *Cyprus v. Turkey*[13]). The Parliamentary Assembly of the Council of Europe summed up the problems of execution of judgments as follows: "The problems of implementation are at least seven-fold: political reasons; reasons to do with the reforms required; practical reasons relating to national legislative procedures; budgetary reasons; reasons to do with public opinion;

---

[11] In the case of *Matthews v the United Kingdom* the Committee of Ministers in its interim resolution ResDH (2001) 79 stated that "… no adequate measures have yet been presented with a view to preventing new similar violations in the future; urges the United Kingdom to take the necessary measures to secure the rights …".

[12] It was adopted, for instance, in the case of *Loizidou v. Turkey*. The Committee of Ministers stated that "… declares the Committee's resolve to ensure, with all means available to the Organisation, Turkey's compliance with its obligations under this judgment; calls upon the authorities of the member states to take such action as they deem appropriate to this end."

[13] *Cyprus v. Turkey*, judgment of 10 May 2001.

judgments drafted in a casuistical or unclear manner; reasons relating to interference with obligation deriving from other institutions."[14]

There have also been numerous delays in payments of just satisfaction. The delays in executing judgments correspond to an ever increasing workload of the Committee of Ministers, which has almost quadrupled from 2000 up to today. The major challenge is a prompt implementation of general measures so that repetitive cases are avoided.

VII. Protocols No. 14 and 14bis

The enormous growth of litigation before the Court (on 1 January 2009 there were about 97 000 pending cases compared to 65 000 as of 1 January 2004) over the past ten years has posed a threat to the effective functioning of the Court. The prospect of a continuing increase in the workload of the Court and consequently the Committee of Ministers' supervision of the execution of judgments necessitated adoption of certain measures to preserve the system in the future. At the same time, it was vital that the principal and unique features of the Convention system – the judicial character of supervision and the right of individual application[15] - would not be affected by the reform measures.

The necessary reform process, which begun in 2001, resulted in the adoption of a new protocol to the Convention, Protocol No. 14, opened for signature in May 2004. The purpose of the Protocol is to guarantee the long-term efficiency of the Court and to reduce the Court's excessive caseload giving the Court the procedural means and flexibility and allowing it to concentrate on the most important cases. Protocol No. 14 does not make radical changes to the control system established by the Convention. The changes relate more to the functioning than to the structure of the system. The Protocol No. 14, which will enter into force once all State Parties to the Convention have ratified it, has not yet come into force due to resistance from the part of the Russian Federation. In the meantime, in order to provide a temporary solution to the Court's enormous caseload, Protocol 14bis was adopted and open for signature in May 2009. It does not require ratification by all the State Parties to Convention. Intended to be only a provisional measure pending entry into force of Protocol No. 14, the scope of Protocol 14bis is limited to those procedural measures contained in Protocol No. 14 that would increase the Court's case-processing capacity in the most immediate manner pending entry into force of Protocol No. 14. It is the introduction of the single-judge formation to deal with plainly inadmissible applications and the extended competence of three-judge committees to handle clearly well-founded and repetitive cases deriving from structural or systemic defects. Protocol 14bis thus does not explicitly touch on the system

[14] Resolution 1226 (2000).

[15] Any person claiming to be the victim of a breach of the rights and freedoms protected by the Convention may refer the matter to the Court.

of execution of judgments of the Court. Protocol No. 14bis would cease to exist once Protocol No. 14 to the Convention enters into force.

The state of affairs, however, changed on 23 September 2009 when the Russian Federation's State Duma adopted (with 353 votes in favor and 17 against) a statement to resume the question of ratification of Protocol No. 14 to the Convention. Thus, the ratification of Protocol No. 14 by the Russian Federation, which would enable the entry into force of Protocol No. 14, has approached reality.

VIII. Changes brought by Protocol No. 14 in respect of the execution of judgments

In May 2006 the Ministers' Deputies adopted the new *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*. Some major changes in the rules were introduced in relation to the adoption of Protocol No. 14. The changes concern the following: the introduction of priority treatment of judgments revealing an underlying systemic problem (Rule 4[16]), the Committee of Ministers' obligation to adopt an annual report on its activities which shall be made public (Rule 5[17]), the referral of a case to the Court for interpretation of a judgments (Rule 10[18]), and the referral of a case to the Court for infringement proceedings when a state refuses to abide by a final

---

[16] 1. *The Committee of Ministers shall give priority to supervision of the execution of judgments in which the Court has identified what it considers a systemic problem in accordance with Resolution Res (2004) 3 of the Committee of Ministers on judgments revealing an underlying systemic problem.*

2. The priority given to cases under the first paragraph of this Rule shall not be to the detriment of the priority to be given to other important cases, notably cases where the violation established has caused grave consequences for the injured party.

[17] *The Committee of Ministers shall adopt an annual report on its activities under Article 46, paragraphs 2 to 5, and Article 39, paragraph 4, of the Convention, which shall be made public and transmitted to the Court and to the Secretary General, the Parliamentary Assembly and the Commissioner for human Rights of the Council of Europe.*

[18] *1. When in accordance with Article 46, paragraph 3, of the Convention, the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.*

2. A referral decision may be taken at any time during the Committee of Ministers' supervision of the execution of the judgments.

3. A referral decision shall take the form of an interim resolution. It shall be reasoned and reflect the different views within the Committee of Ministers, in particular that of the High Contracting party concerned.

4. If need be, the Committee of Ministers shall be represented before the Court by its Chair, unless the Committee decides upon another form of representation ...

judgment (Rule 11[19]). Both the referral decision and the decision resulting from the infringement proceedings shall take the form of a reasoned interim resolution.

It follows that by virtue of Protocol No. 14 the Committee of Ministers has two new remedies before the Court: a) referral to the Court in the event of a problem of interpretation of a judgment, b) referral to the Court for a state's failure to execute a judgment.

The lack of clarity of judgments often makes their execution difficult. Difficulties sometimes arise due to disagreement as to the interpretation of judgments. Therefore, the new Article 46 par. 3[20] of the Convention allows the Committee of Ministers to refer a case to the Court by a two thirds majority vote when it "considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment". There is no time-limit as the need for interpretation of a judgment may arise a long time after the date on which the judgment was delivered. This procedure shall apply to that sort of cases where the Court has not subsequently clarified its case-law or where it has not indicated the general measures to be taken. The Court gives an interpretation of a judgment and does not rule on the measures already taken by the state to comply with the final judgment. The required qualified majority vote shows that the Committee of Ministers should use this provision seldom with regard to eventual over-burdening of the Court.

---

[19] *1. When, in accordance with Article 46, paragraph 4, of the Convention, the Committee of ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation.*

2. Infringement proceedings should be brought only in exceptional circumstances. They shall not be initiated unless formal notice of the Committee's intention to bring such proceedings has been given to the High Contracting Party concerned. Such formal notice shall be given ultimately six months before the lodging of proceedings, unless the Committee decides otherwise, and shall take the form of an interim resolution. This resolution shall be adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.

3. The referral decision of the matter to the Court shall take the form of an interim resolution. It shall be reasoned and concisely reflect the views of the High Contracting Party concerned.

4. The Committee of Ministers shall be represented before the Court by its Chair unless the Committee decides upon another form of representation …

[20] *If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.*

The most important provision, according to the explanatory report, introduced by Protocol No. 14 is Article 46 par. 4[21] and 5[22] which provides for infringement proceedings in the Court against any state which refuses to comply with a final judgment. This supplies the Committee of Ministers with an additional means of applying political pressure. In fact, and as states the explanatory report to Protocol No. 14, in the event of persistent resistance from a state, the Committee of Ministers can dispose of either interim measures or "heavy weapons" (ultimate measures) such as Articles 3[23] and 8[24] of the Statute of the Council of Europe (suspension of voting rights in the Committee of Ministers, or even expulsion from the Council of Europe). Infringement proceedings may thus fill out the gap of missing intermediate measures. In cases where a continuing infringement is established by the Committee of Ministers, a decision to instigate infringement proceedings before the Court, sitting in the Grand Chamber, shall be taken in the form of a reasoned interim resolution issued no sooner than 6 months after a notice to comply is served on the affected state. The Committee of Ministers' decision requires a qualified majority of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee. The party to the proceedings is neither the applicants nor the respondent state, but only the Committee which is represented before the Court by its Chair. The Court renders a decision in which it rules whether the state has taken the measures required by the judgment that found the violation. The question of violation decided already in the Court's first judgment is not reopened. The Court finds either a state's failure to comply with the judgment (payment of just satisfaction, individual measures, general measures) and sends the case back

---

[21] *If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.*

[22] *If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.*

[23] *Every member of the Council of Europe must accept the principles of the rule of law and of the enjoyment by all*

persons within its jurisdiction of human rights and fundamental freedoms, and collaborate sincerely and effectively

in the realization of the aim of the Council as specified in Chapter I.

[24] *Any member of the Council of Europe which has seriously violated Article 3 may be suspended from its rights of representation and requested by the Committee of Ministers to withdraw under Article 7. If such member does not comply with this request, the Committee may decide that it has ceased to be a member of the Council as from such date as the Committee may determine.*

to the Committee of Ministers, or no such failure which obliges the Committee of Ministers to close the case. The purpose of the infringement proceedings is to obtain a ruling from the Court as to whether the state has failed to fulfil its obligation under Article 46 par. 1 of the Convention. The political pressure exerted by those proceedings in the Grand Chamber and by the judgment is considered to be sufficient to secure execution of the Court's initial judgment by the infringing state. Although the Committee of Ministers should bring infringement proceedings only in exceptional circumstances, the new provisions of Article 46 bring another possibility to exert pressure on the infringing state to execute the Court's judgment by the mere existence of the procedure and the threat of using it.

IX. Conclusion

Enforcement of judgments is regarded as one of the keys to improving the European human rights system. Effective functioning of the human rights protection system depends to a great extent on execution of the Court's judgments. Speedy and adequate execution has an effect on both the number of applications submitted to the Court and on the number of repetitive applications.

The obligation to execute a judgment is binding on the states. As regards the payment of just satisfaction, the Court usually lays down with considerable detail the execution conditions in its judgments. It is usually not so as regards the other execution measures, whether individual or general. By virtue of the principle of subsidiarity, the states have freedom of choice as regards the measures to be taken in order to meet their obligations. This freedom, however, is not limitless and falls under scrutiny of the Committee of Ministers within the framework of its supervision of execution.

In the supervision of execution the Council of Europe has adopted an approach of persuasion and co-ordination of the national and the Council of Europe competent bodies. In cases of unwillingness of the states to comply with their obligation to abide by the judgments of the Court, the Committee of Ministers may exert political and diplomatic pressure. The ultimate measures that may be applied are suspension of voting rights in the Committee of Ministers, or expulsion from the Council of Europe. With the entry into force of Protocol No. 14 to the Convention the Committee of Ministers would dispose of another means of applying political pressure - the right to instigate infringement proceedings before the Court against a state which refuses to comply with a final judgment of the Court.

Literature:

- Lambert Abdelgawad, E.: The execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2nd ed., Council of Europe, 2008, 91 pages, ISBN 978-92-871-6373-8
- Stolfi, F.: Future developments of the European Court of Human Rights in the light of the Wise Persons' Report: proceedings of the colloquy, San Marino, 22-23 March 2007, Council of Europe, 2007, 110 pages
- Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights, 2nd annual report 2008, Council of Europe, 2009, 215 pages

Contact – email
pejchalovav@psp.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MEZINÁRODNÍ TRESTNÍ SOUDNICTVÍ

KATEŘINA PŘEPECHALOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá mezinárodním trestním soudnictvím, jeho dlouholetou tradicí, současnou situací i jeho přínosem pro svět skrze ochranu základních lidských práv a svobod. Najdeme zde i definici důležitých mezinárodních pojmů jako je genocida, zločiny proti lidskosti, válečné zločiny, agrese a popis struktury a fungování takových institucí mezinárodního soudnictví jako je Mezinárodní trestní soud, Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii, Mezinárodní trestní tribunál pro Rwandu a mnoho dalších.

Key words in original language
Genocida; Zločiny proti lidskosti; Válečné zločiny; Agrese; Mezinárodní trestní soud; Mezinárodní trestní tribunál pro bývalou Jugoslávii; Mezinárodní trestní tribunál pro Rwandu

Abstract
Report deal with an international criminal justice, its long-term tradition, present circumstances and its value for world through protection of fundamental rights and freedoms as well. We can find therein a definition of important international notions like genocide, crimes against humanity, war crimes, crime of aggression and function description and structure of these institution of international justice such as International Criminal Court (ICC), International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR) and many other.

Key words
Genocida; Crimes against humanity; War crimes; Crime of aggression; International Criminal Court; International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia; International Criminal Tribunal for Rwanda.

HISTORIE MEZINÁRODNÍHO TRESTNÍHO SOUDNICTVÍ

Vznik mezinárodního trestního soudnictví spadá do první poloviny 20. století, kdy hrůzy obou světových válek zasáhly celé národy a ovlivnili životy miliónů lidí na celém světě. Myšlenka postavit vůdce nacistického Německa před mezinárodní soud se objevila již za první světové války, když Spojenci projevili snahu potrestat zločiny a zločince první světové války. Versailleská Mírová smlouva z roku 1919 dokonce obsahovala ustanovení, články 227 až 230, na základě kterého uznala německá vláda právo spojenců potrestat válečné zločince a dobrovolně jim odevzdá obžalované z řad svých vlastních občanů. Spojencům šlo zejména o německého císaře Viléma II., který měl být souzen jako hlavní německý válečný zločinec.Ten ale nalezl útočiště v Nizozemí, které ho odmítlo vydat

a protože chyběl dostatečný politický tlak a zájem, k odsouzení Viléma II. nakonec nedošlo. Navíc spojenci se nakonec vzdali i původního plánu potrestat svými soudy ostatní německé válečné zločince a souhlasili se zrušením příslušných článků mírové smlouvy. Ostatní obvinění byli nakonec souzeni v Německu a jen malý počet z nich byl nakonec odsouzen k nepřiměřeně nízkým trestům. Můžeme tedy říci, že tento pokus o potrestání zločinů a zločinců první světové války ztroskotal a skončil spíše rozčarovaním pro ty, kteří očekávali potrestání odpovědných osob za hrůzy a utrpení první světové války.

V roce 1928 byl podepsán Briand-Kellogův pakt, kterým došlo k opuštění války jako způsobu řešení problému, i když válka ještě nebyla výslovně prohlášena za mezinárodní zločin. Ani toto však nezabránilo vypuknutí druhé světové války.

Už během II. světové války spojenci několikrát prohlásili, že svoji chybu z roku 1918 a 1919 už znovu opakovat nebudou. A i když ne všechny státy se plně ztotožňovali s myšlenkou mezinárodního trestního soudu byla dne 8.8. 1945 v Londýně podepsána Dohoda o stíhání a potrestání hlavních zločinců Evropských zemí Osy, která byla sjednaná mezi vládou SSSR, USA, Velkou Británií a Severního Irska a prozatímní vládou Francie. V souladu se závěry Postupimské konference uzavřely členské státy protihitlerovské koalice Dohodu o zřízení Mezinárodního vojenského tribunálu k soudu s hlavními válečnými zločinci hitlerovského Německa.

Za sídlo tohoto vojenského tribunálu byl z politických i morálních důvodů vybrán Norimberk neboť zde dříve probíhaly nacistické slavnostní stranické sjezdy a byly zde také vyhlášeny norimberské zákony. V Norimberku se však konal proces výhradně s nejvlivnějšími a německými zločinci a proti dalším Němcům byly vedeny další procesy a to mimo jiné např. v Československu, Itálii, Francii, Austrálii, Japonsku a mnoha dalších.

Připomeňme si alespoň jeden z nich a to Mezinárodní vojenský tribunál pro Dálný východ se sídlem v Tokiu, který se konal v letech 1946-1948 a byl ještě rozsáhlejší než proces konaný v Norimberku. Jeho protokoly čítaly skoro 50.000 stran a na jeho závěru bylo vyneseno 7 rozsudků smrti.

NORIMBERSKÝ PROCES

Proces proti Göringovi a jeho druhům, jak byl proces původně nazýván, začal 20.listopadu 1945 v 10 hodin 30 minut. Je to první mezinárodní soud národů nad zločiny proti míru a proti lidskosti, který důsledně, v rámci svých možností, vykonal mezinárodní spravedlnost.[1] Trval 218 jednacích

[1] EČER, B. Norimberský soud. vyd. Praha: Nakladatelství ORBIS, 1946. s.380

dnů. Soud se sešel 138krát, projednal 38 000 výpovědí, protokol soudu čítá skoro 17 000 stran a bylo předloženo víc jak 4 000 dokumentů.

Soud se skládal ze čtyř soudců jmenovaných čtyřmi vítěznými velmocemi (soudce Geoffrey Lawrence, generální prokurátor Francis Biddle, Henri Donnedieu de Vabres a generálmajor Jola T. Nikitčenko), čtyř hlavních žalobců, kteří podobně jako soudci zastupovali 4 velmoci (Robert Jackson, sir Hartley Shawcross, François de Menthon, generál Roman Ruděnko), 21 obžalovaných, dalších 70 zástupců obžaloby, 22 obhájců, 40-45 tlumočníků, asi 150-200 žurnalistů. Diváci, ani norimberští občané, nebyli do sálu vpuštění.

Obžalovaní byli nejen jednotlivci (Martin Bormann , Karl Dönitz, Hans Frank, Wilhelm Frick, Hans Fritzsche, Walter Funk, Hermann Göring, Rudolf Hess, Alfred Jodl, Ernst Kaltenbrunner, Wilhelm Keitel, Robert Ley, Konstantin von Neurath, Franz von Papen, Erich Raeder, Joachim von Ribbentrop, Alfred Rosenberg, Fritz Sauckel, Hjalmar Schacht, Baldur von Schirach, Arthur Seyss-Inquart, Albert Speer a Julius Streicher),ale i organizace (říšská vláda, SA a generální štáb wehrmachtu, sbor vůdců NSDAP, SS, SD a gestapo).

Článek 6 Charty soudu, ujednané 8.srpna 1945, stanovil zločiny patřící do pravomoci tribunálu, jedná se o zločiny proti míru, válečné zločiny, zločiny proti lidskosti a spiknutí čili společný plán k nim.

Spiknutí: obžalovaní sledovali společný plán na dobytí neomezené moci a shodovali se v provádění dalších zločinů.

Zločiny proti míru: to jest osnování, příprava, podněcování nebo podniknutí útočné války nebo války porušující mezinárodní smlouvy, dohody nebo záruky, anebo účast na společenském plánu nebo spiknutí ku provedení čehokoli .

Válečné zločiny: to jest porušení zákonů války nebo válečných zvyklostí. Takové porušení bude v sobě zahrnovat vraždu, zlé nakládání, nebo deportaci civilního obyvatelstva z obsaženého území nebo v něm k otrocké práci, nebo pro jakýkoliv jiný účel, vraždu válečných zajatců nebo osob na moři nebo zlé nakládání s nimi, zabíjení rukojmí, plenění veřejného nebo soukromého majetku, svévolné ničení měst a vesnic, nebo pustošení neodůvodněné vojenskou nutností, nebude však na ně omezeno.

Zločiny proti lidskosti: Ze začátku se spojenci chtěli omezit na trestání německých válečných zločinců jen na případy, kdy byly porušeny tzv. "zákony a obyčeje války". Nevěděli si však rady s tou částí jednotné německé zločinnosti proti lidskosti, která nebyla těmito normami válečného práva postižena. Němci páchali zločiny s úmyslem zotročit nebo vyhubit cizí národy a rasy a vyvražďovali v Německu i mimo Německo celé vrstvy národů z důvodů rasových, náboženských, národních nebo politických. Tyto zločiny možno označit za zločiny proti humanitě, tj. proti lidskosti nebo

lidstvu jako celku. Tyto zločiny z části nebyly vůbec zločiny válečnými, neboť byly páchány dávno před válkou, bez jakékoliv souvislosti s válkou a bez formálního porušení "zákonů a obyčejů války". Proto nakonec byly zločiny proti lidskosti definovány jako vražda, vyhlazování, zotročení, deportace nebo jiné nelidské činy spáchané proti kterémukoliv civilnímu obyvatelstvu před válkou nebo za války, nebo pronásledování z důvodů politických, rasových nebo náboženských při páchání nebo ve spojení s jakýmkoliv zločinem, který patří do pravomoci tribunálu ať s porušením nebo nikoliv, domácího práva státu, kde byl spáchán.

Díky tomu, že bylo Chartou soudu prohlášeno za zločin a jako zločin trestáno připravování a rozpoutání útočné války a také díky tomu, že do Charty byli zařazeny zvlášť vyčleněné zločiny proti lidskosti, stala se Charta soudu a rozsudek Norimberského tribunálu mezníkem ve vývoji mezinárodního práva. V následujících letech vznikly další mezinárodní trestní tribunály a soudy čerpající více či méně z Mezinárodního vojenského tribunálu v Norimberku a proto můžeme říci, že je jeho role v dějinách mezinárodního trestního práva a soudnictví nezastupitelná.

MEZINÁRODNÍ TRESTNÍ TRIBUNÁL PRO BÝVALOU JUGOSLÁVII

Konflikt, který probíhal v letech 1991 až 1995 na území bývalé Jugoslávie, představoval nejhorší krveprolití v Evropě od konce 2.světové války. Počáteční podcenění konfliktu, váhání a zjevná neschopnost dohodnout se na společném postupu značně zdiskreditovalo mezinárodní společenství států v očích veřejnosti. Nakonec po několika rezolucích ve kterých Rada bezpečnosti OSN vyjádřila své znepokojení nad zjevným porušováním mezinárodního humanitárního práva, rozhodla v rezoluci 827 (1993) o zřízení Mezinárodního tribunálu pro bývalou Jugoslávii.

Článek 1 Statutu Mezinárodního tribunálu pro bývalou Jugoslávii obecně stanovil jeho pravomoc "stíhat osoby odpovědné za vážná porušení mezinárodního humanitárního práva, spáchaná na území bývalé Jugoslávie od r. 1991, v souladu s ustanoveními tohoto Statutu. Důležitá jsou ustanovení Statutu určující jeho příslušnost ratione materie. Patří sem čtyři kategorie zločinů podle mezinárodního práva, definované v článcích 2 až 5 Statutu. Jejich členění se poněkud liší od norimberských kategorií, ale i od návrhu Kodexu zločinů proti míru a bezpečnosti a konečně i Statutu Mezinárodního trestního soudu. Hlavní rozdíl spočívá v rozdělení válečných zločinů do dvou samostatných kategorií. Mezinárodního tribunálu pro bývalou Jugoslávii a potvrdil princip individuální trestní odpovědnosti. Tribunál má podle článku 6 soudní pravomoc pouze nad fyzickými osobami, tedy s vyloučením právnických osob. Oficiální postavení popř. státní funkce obviněné osoby, ji nezbavuje trestní odpovědnosti, ani není ani polehčující okolností. Skutečnost, že zločin spáchal podřízený, nezbavuje jeho nadřízeného trestní odpovědnosti, pokud tento věděl nebo měl možnost vědět, že podřízený hodlá spáchat nebo spáchal takový čin, a přesto nepřijal nezbytná a rozumná opatření k prevenci či represi. Konečně ani

skutečnost, že obviněná osoba jednala na rozkaz vlády nebo nadřízeného, nezbavuje trestní odpovědnosti, ale může být považována za polehčující okolnost.[2]

Za jedno z nejdůležitějších ustanovení je třeba považovat článek 9, který stanovil při konkurenční jurisdikci Mezinárodního tribunálu a vnitrostátních soudů prioritu Mezinárodního tribunálu.

Pokud jde o organizaci a složení Mezinárodního tribunálu, tvoří je především senáty složené z 11 nezávislých soudců, volených na čtyřleté období Valným shromážděním z užšího seznamu vybraného Radou Bezpečnosti OSN. Soudci zasedají v tříčlenných soudních senátech a pětičlenném odvolacím senátu. Dalším samostatným orgánem Tribunálu je prokurátor jmenovaný Radou bezpečnosti, který řídí Úřad prokurátora, složený z potřebného počtu kvalifikovaných zaměstnanců. Posledním orgánem je Kancelář, která zajišťuje administrativní služby Tribunálu. Náklady na činnost Mezinárodního tribunálu pro bývalou Jugoslávii jsou hrazeny z řádného rozpočtu OSN. Jeho sídlem je nizozemský Haag.

Mezi nejznámější patří případ Tadić, ve kterém byla projednávána sama kompetence soudu, a případ Blaškić, ve kterém byla diskutována pravomoc tribunálu vůči státům při získávání důkazů.

MEZINÁRODNÍ TRESTNÍ TRIBUNÁL PRO RWANDU

Druhým ad hoc zřízeným tribunálem je Mezinárodní trestní tribunál pro Rwandu. Byl zřízen necelý rok po svém předchůdci Mezinárodním trestním tribunálem pro bývalou Jugoslávii, a to na základě rezoluce Rady bezpečnosti OSN 995 (z 8.11.1994), s výlučným úkolem "soudit osoby odpovědné z činů genocidy a dalších závažných porušení mezinárodního humanitárního práva, spáchaných na území Rwandy, a rwandské občany odpovědné z takových činů a porušení spáchaných na území sousedních států mezi 1. lednem a 31. prosincem 1994." Rada bezpečnosti tak reagovala na masové vraždění, k němuž došlo v roce 1994 během ozbrojených střetů v občanské válce ze strany extremistů z kmene Hutů, posílených prezidentskou gardou, vojskem a policií, proti menšinovým Tutsiům i umírněných Hutům. Tyto činy byly páchány nejen na vlastním území Rwandy, ale i na území sousedních států, kam se mnohé oběti prchaly. Konflikt si vyžádal přes půl milionu mrtvých a na 2 miliony uprchlíků. Statut Mezinárodního tribunálu pro Rwandu vykazuje mnohé

[2] Statute of the International Tribunal for the former Yugoslavia z ŠTURMA, P. Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha: Karolinum, 2002, s.309

shodné znaky se svou starší předlohou (Statut tribunálu pro bývalou Jugoslávii), ale zároveň i některé podstatné odlišnosti. Stejný je způsob vzniku, časově a místně omezená jurisdikce obou tribunálů a obdobná je i dokonce organizační struktura, rozdílné je ovšem vymezení zločinů, které je tribunál oprávněn trestat[3].

Mimo tyto dva mezinárodní trestní tribunály, které by si jistě zasluhovaly větší prostor a detailnější rozbor v mém článku, existovaly později i další mezinárodní soudy, tribunály či senáty zabývající se mimo jiné porušováním mezinárodního humanitárního či válečného práva, jako např. Zvláštní soud pro Sierra Leone, Zvláštní soudní panely na Východním Timuru, Mimořádné soudní senáty v Kambodži nebo Irácký zvláštní soud pro zločiny proti lidskosti. Nejdůležitější ze všech je ale Mezinárodní trestní soud v Haagu, k jehož vzniku jsme celé dvacáté století směřovali.

MEZINÁRODNÍ TRESTNÍ SOUD

Jak již bylo zmíněno výše, první návrhy na vytvoření stálého mezinárodního trestního soudu byly již v meziválečném období, reálně však mezinárodní společenství přistoupilo k vytvoření takového soudního orgánu až po skončení studené války, umocněno zkušenostmi z první poloviny devadesátých let 20. století. Jako způsob ustavení soudu nebyla zvolena rezoluce Rady bezpečnosti OSN, nýbrž otevřená multilaterální mezinárodní smlouva Římský statut Mezinárodního trestního soudu. Přestože toto představuje určitý zásah do státní suverenity, státy se mohou svobodně rozhodnout, zda tuto mezinárodní smlouvu ratifikovat a tím přijmout jurisdikci soudu.

Římský statut zřizuje Mezinárodní trestní soud, který je stálou institucí a je nadán jurisdikcí nad osobami, které se dopustí nejzávažnějších zločinů, kterými je dotčeno mezinárodní společenství jako celek a jež jsou uvedeny ve Statutu, přičemž jeho jurisdikce je komplementární vůči národním trestním jurisdikcím. Soud má sídlo v Haagu, v případě potřeby ale může zasedat i mimo území Nizozemí. Soud je nadán mezinárodněprávní subjektivitou.

V rámci úpravy věcné příslušnosti Soudu pak taxativně vyjmenovává a dále konkretizuje jednotlivé zločiny, které pod jeho jurisdikci spadají a také upravuje časovou, územní a osobní příslušnost Soudu. Rovněž je zde zakotvena právní zásada ne bis in idem. Následně Statut upravuje obecné

---

[3] Statute of the International Tribunal for Rwanda z ŠTURMA, P. Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha: Karolinum, 2002, s.309

zásady jako nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, in dubio pro reo, zákaz retroaktivity a zákaz použití analogie v neprospěch obviněného a individuální trestní odpovědnost. Zločiny spadající do jurisdikce Soudu jsou nepromlčitelné a subjektivní stránka je obecně stanovena tak, že jednání pachatele musí být úmyslné a vědomé. Článek 26 upravuje zákaz zohledňování veřejné funkce. Orgány soudu jsou předsednictvo, odvolací úsek, projednací úsek, přípravný úsek, úřad žalobce a kancelář. Smluvní strany Statutu se zavazují, že budou poskytovat plnou součinnost při vyšetřování a stíhání zločinů spadajících do jurisdikce Soudu. Soud může rovněž vyzvat stát, který není smluvní stranou Statutu, aby poskytl pomoc na základě ad hoc ujednání. Trest odnětí svobody bude vykonán ve státě určeném Soudem ze seznamu států, které Soud uvědomily o své ochotě přijímat odsouzené. Výdaje Soudu a Shromáždění smluvních stran, včetně jeho Výboru a podřízených orgánů, jsou hrazeny z prostředků Soudu. Ty jsou tvořeny z vyměřených příspěvků smluvních stran a prostředků poskytnutých OSN[4].

Jurisdikce Soudu je omezena na nejzávažnější zločiny, kterými je dotčeno mezinárodní společenství jako celek. Skutkové podstaty těchto zločinů Statut v rámci úpravy své věcné působnosti taxativně definuje genocidu, zločiny proti lidskosti, válečné zločiny a akt agrese.

Relativně nejsnadnější bylo zařazení zločinů genocidy v článku 6, jehož definice byla převzata z čl. II Úmluvy o zabránění a trestání zločinů genocidia z roku 1948.Pro účely tohoto Statutu se „genocidou“ rozumí kterýkoli z níže uvedených skutků, spáchaných s úmyslem zničit úplně nebo částečně některou národní, etnickou, rasovou nebo náboženskou skupinu jako takovou“. To znamená, že pachatel musí mít úmysl zničit (úplně nebo alespoň částečně) jednu ze čtyř chráněných skupin.

Složitějším úkolem se však ukázaly být definice dalších zločinů. Článek 7 Statutu Mezinárodního trestního tribunálu obsahuje vymezení „zločinů proti lidskosti“ Tento zločin může být spáchán i bez souvislosti s ozbrojeným konfliktem, ale kterýkoli z uvedených činů musí být spáchán „jako součást rozsáhlého nebo systematického útoku zaměřeného proti civilnímu obyvatelstvu, při vědomí existence takového útoku. V tomto Statutu je také poprvé obsaženo ucelené a dostatečně přesné vymezení činů, které představují zločin proti lidskosti. Jedná se například o vraždu, vyhlazování, zotročování, deportaci nebo násilný přesun obyvatelstva, zbavení svobody při porušení základních pravidel mezinárodního práva, mučení, znásilnění,

[4] ŠTURMA, P. Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha: Karolinum, 2002, s.309

sexuální otroctví, nucenou prostituci, nucené těhotenství a sterilizaci a mnoho dalších[5].

Další kategorii chování, na kterou se vztahuje příslušnost Soudu, jsou válečné zločiny, zejména pokud jsou páchány jako součást plánu či politiky nebo jsou páchány v širokém měřítku. Jde o nejkomplexnější shrnutí současného obyčejového mezinárodního práva válečného a v převážné většině je i výčtem kogentních pravidel v této oblasti. Zároveň Statut kvalifikoval porušování humanitárních pravidel v rámci vnitřního ozbrojeného konfliktu jako mezinárodně postižitelný válečný zločin.

Jako nejproblematičtější se jevila definice zločin agrese, neboť v samotném Statutu v článku 5 je příslušnost Soudu vůči tomuto zločinu omezena do doby, kdy revizní konference přijme definici tohoto zločinu. Komise pro mezinárodní právo sice zařadila zločin agrese do svého návrhu Statutu, ale nepokusila se vypracovat použitelnou definici toho zločinu, protože již v Přípravném výboru se ukázaly hluboké rozpory mezi delegacemi a bylo jasné, že zatím nejsme schopni vytvořit jednu definici tohoto zločinu, která by vyhovovala všem.

Literature:

- EČER, B. Norimberský soud. vyd. Praha: Nakladatelství ORBIS, 1946. s.380
- EČER, B. Poučení norimberského soudu pro Slovany, v Brně: Tiskové a vydavatelské podniky Zář, 1947. s. 74
- EČER, B. Vývoj a základy mezinárodního práva trestního: (se zvláštním zřetelem k československé účasti na potrestání zločinů druhé světové války a zejména na přípravě zřízení a díle Mezinárodního vojenského tribunálu v Norimberku). Praha: právnické knihkupectví a nakladatelství V.Linhart, 1948. s.216
- OPPENHEIM, L. Mezinárodní právo (Díl I.), svazek I+II., Mír (dokončení)/L.Oppenheim; přeloženo dle třetího vydání pořízeného r.

[5] Rome statute of the International Criminal Court z ŠTURMA, P. Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha: Karolinum, 2002, s.309

1920 Ronaldem F. Roxburghem za redakce J. Kallaba. v Praze: ORBIS, 1924, s. 716

- SUNARDI, T. Mezinárodní vojenské tribunály po druhé světové válce. Praha: Univerzita Karlova, 1998, s. 150
- ŠTURMA, P. Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha: Karolinum, 2002, s.309

Contact – email
PrepechalovaKaterina@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ENFORCEMENT OF CONSUMER RIGHTS IN THE EC BEFORE COURTS[1]

KATEŘINA SKŘIVÁNKOVÁ

Faculty of Law, Masaryk University, Czech Republic

Abstract in original language
Příspěvek se věnuje soudnímu vymáhání práv spotřebitelů v ES. Představuje a zkoumá možnosti individuálního i kolektivního vymáhání, přičemž zvláštní pozornost je věnována směrnici o žalobách na zdržení se jednání v oblasti ochrany zájmů spotřebitelů (Úřední věstník L 166, 11. 6. 1998) a nařízení o spolupráci mezi vnitrostátními orgány orgány příslušnými pro vymáhání dodržování zákonů na ochranu zájmů spotřebitele ("nařízení o spolupráci v oblasti ochrany spotřebitele", Úřední věstník L 164, 9. 12. 2004).

Key words in original language
Ochrana spotřebitele; Evropské společenství; individuální vymáhání; kolektivní vymáhání; soudnictví.

Abstract
The paper deals with judicial enforcement of consumer rights in the European Community. Possibilities of individual as well as collective enforcement are presented and examined with special regard to the directive on injuctions for the protection of consumer interests (OJ L 166, 11. 6. 1998) and the regulation on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer laws ("Regulation on consumer protection cooperation", OJ L 164, 9. 12. 2004).

Key words
Consumer protection; European Community; individual enforcement; collective enforcement; judiciary.

INTRODUCTION

When dealing with enforcement of consumer rights in the EC (no matter whether the enforcement takes place before courts or by means of alternative dispute resolution), it is necessary to define rights which should be subject to enforcement. Generally, basic “catalogue” of consumer rights includes right to protection of health and safety, right to protection of

[1] I am very grateful to speakers in section „International and European judiciary and enforcement of law“ and their useful comments regarding presentation of this paper. I would especially like to thank Ivan Cisár from the Department of international and European law of Faculty of Law, Masaryk university, Brno and Naděžda Šišková from the Department of European law of Faculty of Law, Palacký university. Olomouc.

ecenomic interests, right to compensation of damage, right to information and education and right to representation (right to be heard).[2] Consumer rights can be thus divided into two groups – one of them being economic rights of consumers, the other ones rights to protection of health and safety.

Effective enforcement of consumer rights in the EC is constantly being slowed down by the fact that there is no Community legislation creating single framework of enforcement of consumer rights. Most directives on consumer protection[3] define individual consumer rights and possibilities of their enforcement or redress, but the enforcement is then realized by means of national legislation. The same applies to the most famous Community instruments of enforcement of consumer rights, namely the directive on injuctions for the protection of consumer interests[4] and the regulation on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (the Regulation on consumer protection cooperation).[5] The question therefore is: can consumers in the EC enforce their rights before courts effectively?

There have been many attempts to answer the above mentioned question. In this paper, we will try to discuss the matter, too, while the state of EC means on enforcement of consumer rights will be presented and analysed.

1. LEGAL SOURCES OF CONSUMER PROTECTION AND CONSUMER RIGHTS ENFORCEMENT

1.1 CONSUMER PROTECTION IN PRIMARY LAW DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA

The source of current EC consumer protection lies in art. 153 Treaty establishing the European Community (TEC) which lays down basis for the protection of consumers in the EC. However, the provision of art. 153 TEC only contains general competence of the Community – or more precisely said the shared competence with the member states - and means of EC consumer protection and in no way refers to procedural apects of consumer protection.[6] Nowhere in the Treaty (treaties) can we find provisions for

---

[2] Reich, N. – Micklitz, H.-W.: Europäisches Verbraucherrecht, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 4. Auflage, 1268 p., ISBN 978-3-8329-0041-0, p. 16.

[3] E.g. directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts („unfair contract terms directive“) or directive 2005/29/EC concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market („infair commercial practices directive“).

[4] Directive 98/27/EC.

[5] Regulation 2006/2004/EC.

[6] The whole provision of art. 153 TEC reads as follows: *1. In order to promote interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic safety of consumers, as well as promoting their right to information, education and to organize themselves in order to safeguard their interests. 2. Consumer protection interests shall be taken into account in defining and implementing other Community policie and activities. 3. The Community shall*

consumer rights enforcement. The reason for this is quite simple – lack of competence. Procedural law is in the powers of the member states, with the exception of some aspects of judicial cooperation in civil or commercial matters stated in art. 65 TEC.[7] However, these provisions cannot be applied to consumer protection because they rule areas of civil and commercial judicial protection and even so have quite a restricted effect. Therefore, there is no exclusive power of the Community to regulate issues of consumer rights enforcement and as a result, the options of consumers to virtually fight for their rights differ across Europe.

The same applies to provisions of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU) or the Charter of fundamental rights of the EU. Article 12 TFEU establishes duty to take high level of consumer protection into account when proposing and implementing other EU policies and activities.[8] It is obvious that provision of art. 12 TFEU is of quite a general character and its practical impact on consumer protection in practice or especially on the possibilities of judicial enforcement should not be exagerrated. The wording of art. 169 TFEU is practically the same as that of art. 153 TEC,[9] i. e. it leaves the main responsibility for consumer protection

---

contribute to the attainment of the objectives reffered to in paragraph 1 through: a) measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market; b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States. 4. The Council, acting in accordance with the procedure reffered to in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt measures referred to in paragraph 3 (b). 5 *measures adopted pursuant to paragraph 4 shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with this Treaty. The Commission shall be notified of them*.

[7] Provision of art. 65 TEC read as follows: *Measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, to be taken in accordance with Article 67 and in so far as necessary for the proper functioning of the internal market, shall include: (a) improving and simplifying: — the system for cross-border service of judicial and extrajudicial documents, — cooperation in the taking of evidence, — the recognition and enforcement of decisions in civil and commercial cases, including decisions in extrajudicial cases; (b) promoting the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning the conflict of laws and of jurisdiction; (c) eliminating obstacles to the good functioning of civil proceedings, if necessary by promoting the compatibility of the rules on civil procedure applicable in the Member States.*

[8] Exact wording of Art. 12 TFEU reads: *Consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Union policies and activities.*

[9] The whole provision of art. 169 SFEU reads as follows: *1. In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Union shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests. 2. The Union shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through: (a) measures adopted pursuant to Article 114 in the context of the completion of the internal market; (b) measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States. 3. The European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt the measures referred to in paragraph 2(b). 4. Measures adopted pursuant to paragraph 3 shall not prevent any Member State*

on the member states while the EU is supposed to *cotribute to the protection of health, safety and economic interests of consumers, as well as to support of their right to information, education and right to associate to protect their interests*. As far as Charter of fundamental rights is concerned, its art. 38 states that *Union policies shall ensure a high level of consumer protection*. However, this provision can in no way be interpreted as a right, but merely as a principle of EU law and therefore as unable to establish basis for consumer rights enforcement.

1.2 CONSUMER RIGHTS PROTECTION AND ENFORCEMENT IN SECONDARY LAW

Various individual and to some extent also collective consumer rights stem from directives on consumer protection; however, as directives are unable to constitute direct effect, consumers must rely on provisions of national law which not only grants them rights, but also sets means of their protection. Needless to say that only in cases of wrongful or late implementation consumers could rely directly on provisions of directives – but even in that case more conditions, especially the requirement for a sufficiently clear provision establishing some kind of consumer rights, would have to be fulfilled. It is not too difficult to imagine a directive on consumer protection which contains such precisely defined rights that can be relied on even without an action from the member states – in my opinion a good example is directive on general product safety[10] which in art. 3 obliges producers to place only safe products on the market while it at the same time lays down quite precise description of a safety product.[11] As such, provision of art. 3

---

from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with the Treaties. The Commission shall be notified of them.

[10] 2001/95/EC

[11] The whole provision of art. 3 reads: *1. Producers shall be obliged to place only safe products on the market. 2. A product shall be deemed safe, as far as the aspects covered by the relevant national legislation are concerned, when, in the absence of specific Community provisions governing the safety of the product in question, it conforms to the specific rules of national law of the Member State in whose territory the product is marketed, such rules being drawn up in conformity with the Treaty, and in particular Articles 28 and 30 thereof, and laying down the health and safety requirements which the product must satisfy in order to be marketed. A product shall be presumed safe as far as the risks and risk categories covered by relevant national standards are concerned when it conforms to voluntary national standards transposing European standards, the references of which have been published by the Commission in the Official Journal of the European Communities in accordance with Article 4. The Member States shall publish the references of such national standards. 3. In circumstances other than those referred to in paragraph 2, the conformity of a product to the general safety requirement shall be assessed by taking into account the following elements in particular, where they exist: (a) voluntary national standards transposing relevant European standards other than those referred to in paragraph 2; (b) the standards drawn up in the Member State in which the product is marketed; (c) Commission recommendations setting guidelines on product safety assessment; (d) product safety codes of good practice in force in the sector concerned; (e) the state of the art and technology; (f) reasonable consumer expectations concerning safety. 4. Conformity of a product with the criteria designed to ensure the general safety requirement, in particular*

could seem as having direct effect, but we shall bear in mind one of general principles of EC law, i. e. that directives cannot impose obligations upon individuals. Therefore, as mentioned above, cases when consumers can rely directly on provisions of Community legislation, do not – also due to the duty of the member states to implement directives properly and in time – occur very often and actually should be considered as exceptions.

Two pieces of secondary legislation aim directly on the enforcement of consumer rights – directive 98/27/EC on injuctions for the protection of consumer interests and regulation 2006/2004/EC on cooperation between national authorities responsible for the enforcment of consumer laws ("CPC regulation"). Both the directive and the regulation seek to protect collective consumer interests and can be therefore regarded as means of collective protection of consumer rights.

The aim of directive 98/27/EC (hereinafter referred to as "directive") is according to its art. 1 *approximation of laws, regulations and administrative provisions of the member states relating to actions for an injuction in the sense of art. 2 in order to protect collective interests of consumers included in the directives listed in the annex.*[12] This aim shall be reached by several steps. First of all, each member state designates courts or administrative bodies entitled to rule on proceedings which shall stop or prohibit the infringement, ensure that possible continuing effects of the infringement are eliminated and possibly ensure some kind of redress to the damaged party. At the same time, the above mentioned proceedings shall be initiated by qualified entities (i. e. organisations on consumer protection, consumer associations etc.) entitled to bring an action before courts or administrative bodies. Member states are also obliged to enable access to their judicial or administrative proceedings to qualified entities from other member states. As a result of the directive, a list of qualified entities entitled to defend consumers before courts all across the EC is created and published in the Official Journal.

Ideally, in practice the directive should lead to more confident and informed consumers and thus – whenever there occurs an infringement of rights of consumers protected by one of the directives in the annex (implemented quite naturally in the law of the member states) – to more proceedings across Europe. Undoubtedly, the list of qualified entities published in the Official Journal helps consumers learn which bodies can defend their rights before courts, no matter where they are. On the other hand, the same problems which were causing insufficient level of consumer protection

---

the provisions mentioned in paragraphs 2 or 3, shall not bar the competent authorities of the Member States from taking appropriate measures to impose restrictions on its being placed on the market or to require its withdrawal from the market or recall where there is evidence that, despite such conformity, it is dangerous.

[12] Current list of directives to which directive 98/27/EC applies includes 14 directives – for precise information see the annex to driective 98/27/EC.

before the directive still persist – especially in the field of cross-border infringements qualified bodies do not use the chance to protect consumers´ rights abroad. One of the main reasons are the costs of proceedings and limited impact of the rulings of courts of one member state in other member states or even on other cases in the member state itself. The European Commission informed in the report on the application of the directive[13] that the Office of Fair Trading (Great Britain) was the only qualified body from all over the EC which filed several actions abroad. To sum up, the impact of the directive is – due to reasons stated above - not as high as the Commission rather optimisticly expected. This state of affairs will in my opinion continue as it is extremely difficult for consumers´ organisations to participate in proceedings abroad, not only due to costs, but mainly due to insufficient knowledge of "foreign", i. e. different law. As there is lacking EC (EU) competence in the field of civil procedural law (which will be lacking also in the future, or at least so it seems from the Lisbon treaty), the only possible way how to increase the activity of bodies on protection of collective consumer interests is to create a detailed information network which would provide consumers as well as consumers´ organisations and associations with information on relevant national law.

The second means of collective enforcement of consumer rights, the so-called CPC regulation 2006/2004 (hereinafter referred to as "regulation") aims at cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws. Ratie materiae of the regulation is to a great extent similar to the one of directive 98/27/EC. Similarly to the directive, the annex of the regulation lists directives and regulations on consumer protection which shall be – within the meaning of the regulation – regarded as "laws on consumer protection"[14] and thus subject to enforcement in accordance with the regulation. However, even though most of the directives are mentioned in the 98/27/EC as well as in the regulation, the list is not identical which can cause troubles in case when a consumer association brings an action before court in one member state and such court cannot require cooperation from a court or public authority of a different member state because the case does not fall within the scope of the regulation. As a result, the directive and the regulation are not hundred per cent linked together which leads to restricted application of one or another legal instrument. It is then a little surprising that the Commission which is well aware of this fact is not going to propose an amendment of neither the directive nor the regulation.[15]

---

[13] Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and the Council on injuctions for the protection of consumers´ interests, available online at: http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/docs/report_inj_en.pdf , pp. 5 - 8.

[14] For detailed list, see the annex of regulation 2006/2004/EC.

[15] See Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and the Council on injuctions for the protection of consumers´

As far as practical functioning of the cooperation between public authorities is concerned, the regulation lays down conditions under which responsible authorities exchange information and realise enforcement measures if asked so by an authority from another member state. It also obliges the member states to cooperate not only with each other, but also with the Commission in the field of mutual exchange of information. As a result, a network of responsible bodies was created and according to the Commission, good mutual cooperation and assistance have developed – there were total 317 requests for mutual assistance in 2007 and 384 requests in 2008.[16] It seems that the desired effect of the regulation – enhancement of cooperation between responsible national authorities and thus stronger and better enforcement of consumer rights in the EC before courts – has been reached. The absence of a closer linkage to the injuctions directive nevertheless prevents effective cooperation not only between public authorities themselves, but in a wider sense also between consumer associations and public authorities.

CONCLUSION

The aim of this paper was to present and analyse means of enforcement of consumer rights before courts in the European Community. It proved that core problem which prevents from effective enforcement is lack of competence of the Community (or – in close future – of the European Union). Absenting powers in the field of civil procedural law together with shared competence in the field of consumer protection (and resulting harmonisation of consumer acquis by directives) directly cause several phenomena which together make enforcement of consumer rights in the EC difficult. First of all, individual enforcement lies entirely in the hands of member states which undoubtedly discourages consumers from one member state to sue elsewhere. Secondly, means of collective enforcement are insufficient because injuctions directive is not completely linked with the CPC regulation and so far no amendments are on the horizon. It seems that the only way how to improve current state of affairs while maintaining powers where they are is to create a public database of material as well as procedural legislation on consumer protection of all member states and hope that consumers and their associations will feel informed and confident enough to defend their rights all over the EC.

---

interests, available online at:http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/docs/report_inj_en.pdf, pp. 8-9.

[16] Enforcement package, on-line text, MEMO/09/312, Brussels 2. 7. 2009, available online at: http://ec.europa.eu/consumers/docs/consumer_enforcement_package_MEMO_en.pdf, p. 6.

Literature:

- Bazylińska, J.: Cross-border Enforcement of EC Consumer Law – CPC Regulation, COFOLA 2009 – Conference Proceedings, Brno : Masaryk University, 2009, pp. 211-217, ISBN: 978-80-210-4630-6.
- Cafaggi, F. – Micklitz, H.-W.: Collective Enforcement of Consumer Law: A Framework for Comparative Assessment, European Review of Private Law, No. 3, 2008, pp. 391-425.
- Reich, N. – Micklitz, H.-W.: Europäisches Verbraucherrecht, Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2003, 4. Auflage, 1268 p., ISBN 978-3-8329-0041-0.
- - Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Commitee and the Commitee of Regions on the enforcement of the consumer acquis, COM (2009) 330 final, Brussels 2. 7. 2009
- Directive of the European Parliament and the Council 98/27/EC on injuctions for the protection of consumer interests
- Enforcement package, on-line text, MEMO/09/312, Brussels 9. 7. 2009, available online at:
- http://ec.europa.eu/consumers/docs/consumer_enforcement_package_MEMO_en.pdf (accessed on 29. 11. 2009).
- Green Paper on collective redress of consumers, COM (2008) 794 final, Brussels 27. 11. 2008
- Regulation of the European Parliament and the Council 2006/2004/EC on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer laws
- - Report from the Commission concerning the application of Directive 98/27/EC of the European Parliament and the Council on injuctions for the protection of consumers´ interests, available online at: http://ec.europa.eu/consumers/enforcement/docs/report_inj_en.pdf (accessed on 27. 11. 2009)

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
katerina.skrivankova@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

BASIC RULES OF PROTECTION IN THE COPYRIGHT AND INTELLECTUAL PROPERTY LAW. THE NATURE OF THE GRANTED RIGHTS IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY

SPERIUSI-VLAD ALIN

Faculty of Law, West University of Timisoara, Romania

Abstract
Copyright generally refers to the right granted for the protection of literary, dramatic, musical and artistic works, as well as other other works resulting from the author's own intellectual creation. Related rights are those granted for the protection of performers, producers, broadcasters etc. In some laws, however, the term copyright is used to cover both the rights of authors and some or all of the related rights. In recent years it has become usual to refer to certain categories of rights as sui generis rights. These are rights which may be regarded as different in nature from copyright and related rights, though dealing with intellectual property in products and requiring a distinct sui generis protection. The protection provided by copyright, related rights and sui generis rights is to be distinguished from that available under laws concerning patents, trade marks, industrial designs and trade secrets and other forms of intellectual property. Patents are monopolies granted for the protection of inventions and new methods of manufacture. Patent protection depends on registration and other formalities, and is valid for a shorter period than copyright. Nevertheless, there can be an overlap between patent and copyright protection, for instance in regard to protection of computer programs or inventions related to such programs. Manufacture of an article may infringe a patent, even when the maker did not know of the patent's existence. Copyright of a work, however, is not infringed by a similar work, if the latter was created without any use of the pre-existing work. Trade marks are marks applied to goods or services in order to indicate origin. There are special rules as to what may be used as a trade mark, but no considerations of artistic quality apply. Sometimes a picture or other representation used as a trade mark will itself be subject to copyright protection, when the necessary criteria for such protection is fulfilled. Industrial designs are generally considered to be those designs used in the industrial manufacture of articles, in quantity. Some industrial designs are for purely functional objects. Other industrial designs have both functional and artistic aspects, for instance when a design for mass-produced metal lamps contains aspects that make the lamp attractive from the artistic point of view. The overlap between protection of industrial designs and copyright in artistic works is one of the most difficult areas of law in the field of intellectual property. Trade secrets are protected by the law relating to confidential information. Other forms of protection are available under laws relating to unfair competition, contracts and tortious acts, preventing prejudice to businesses by use of unlawful means. The unauthorised use of a

copyright work may well involve breach of one or more of these separate forms of protection. Copyright, related rights, sui generis rights, patents, trade marks, trade secrets etc. may be protected by civil remedies or criminal sanctions.

Key words
Copyright; Intellectual Property; Trade Marks; Patents; Legal Protection.

1. GENERAL CONCEPTS

With a view to a global approach article 2 of the Stockholm Convention regarding the establishment of the World Intellectual Property Organisation[1] defines the concept of intellectual property as representing the sum of rights over the creations of the mind such as: the rights regarding literary, artistic and scientific works, performances of performing artists, phonograms and radio broadcasts, inventions from all the field of human activity, scientific discoveries, industrial designs and models, trademarks, manufacturer and service marks, commercial names and denominations, protection against unfair competition as well as any other rights related to intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic field[2].

This concept is often criticised due to the fact that by using the word property we unjustly emphasise the material characteristic of the relations from this field in the detriment of their wealth and complexity. Similarly, the word intellectual emphasises a supposed non-material characteristic of goods that defines the nature of the relations in this field. This happens under the circumstances in which the nature of the relations that interest us cannot always be considered non-material goods[3]. Obviously, the concept intellectual property can have various meanings for different people. On the

---

[1] The convention for the establishment of the World Intellectual Property Organisation (WIPO) was adopted and signed at the diplomatic Conference for Intellectual Property that took place in Stockhom between the 11th of June and the 14th of July 1967; a Romanian delegation also attended the conference. The World Intellectual Property Organisation was established with a view to promoting industrial and literary-artistic property throughout the world. Another goal was to set up new ways of administrative collaboration between the associations for intellectual property based on the principle of financial autonomy of each union and on the right of each union to participare in solving common problems. Later on WIPO was recognised as a specialised institution of the United Nations Organisation being active and having valuable initiatives in the field of intellectual rights protection. Romania ratified the Stockholm Convention through Decree no. 1175 from the 28th of December 1986, published in the official bulletin No 1 from the 6th of January 1969 v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2003) - *Dreptul proprietăţii intelectuale, Dreptul proprietăţii industriale, Mărcile şi indicaţiile geografice, (Intellectual Property Law, Industrial Property Law, Trademarks and Geographic Indications),* All Beck publishing house, Bucharest, p.1.

[2] Romințan, C. R., Drăgan, J. (2004) – *Mic dicționar de proprietate intelectuală, dreptul de autor și drepturile conexe*, (*Small dictionarz of intellectual property, copyright and related right*) Lumina Lex publishing house, Bucharest.

[3] Franceschelli, R. (1973) – *Trattato di diritto Industriale. Parte Generale,* (*Treaty of Industrial Rights*) vol. I – II, DOTT. A. GIUFFRE EDITORE, Milan, p. 11-12.

one hand, some people believe that it is part of human rights deriving from the natural right which supports the creations of the human mind by protecting the authors in relation to the users. On the other hand, for others it represents a commercial monopoly established for a better regulation of the market exploitation of the authors' creations. In between these two opposite approaches there are two other concepts each with its own philosophy and legal justification. The analysis concerning the placement of intellectual property in the normative system is not dependant on the national level, that is it should not be restricted to the national level as it encompasses worldwide cultural, political and commercial relations. Irrespective of how this concept is perceived there is always one common aspect which refers to the creations of the mind and the means through which these are shared with the general public[4].

As national barriers disappear, the differences between the normative systems also diminish and the need to adopt common measures rises. In the past the national legal systems were solely responsible for the regulation of relations in the fields of intellectual property and sometimes reference was made to other systems. Today however, due to the new discoveries in the field of technology the whole approach has to change refocusing on an international one. This implies an assessment of the various law systems, respectively of both common law and civil law, assessment that should lead to adopting harmonized solutions basing on the traditional approach of each of these systems.

In order to comprehend the concept of the normative system we must focus on the meaning of the concept of norm, that is legal norm, because the system bares the meaning of structure in the present study. As one author[5] observed regarding the legal norm there are numerous definitions and the authors have difficulties in agreeing upon a single one. Consequently, the legal norm is defined as a rule of conduct set up or recognised by the public authority; its implementation is ensured by the legal consciousness and, where necessary, by the coercive force of the state or by the general,

[4] Literature states that the term "*intellectual property*" has its origin in a mistranslation of a word from Ehnglish into French because of the fact that the first revolutionary decrees from France by which authors and inventers were acknowledged exclusive rights. These decrees reflects the influences of the English and American legal system where the word property is used. The French translation is *propriété* although the French view on property corresponds to the English *ownership*; in the circumstances in which the Anglo-American law the concept of *property* is more encompassing and includes even personal rights, thus dismissing an essential diferenece between the Anglo-Amercian property and the one according to Napoleon's code (art.544 with the Romanian Civil Code correspondent art. 480). The Anglo-American legal system refers to a temporary right whereas the French legal system recognises it as a permanent rigth v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat,(Copyright and related rights,Treaty)* Ed. All Beck, Bucureşti, p.1.

[5] Mihai, G. C. (2008) – *Teoria dreptului (Theory of right)*, 3rd edition, C. H. Beck publishing house, Bucharest, p. 61.

impersonal, repeatable prescribed rule of conduct, rule of public authority that must be complied with. Similarly, as a social rule of conduct edited and sanctioned by the state. Its obedience is ensured as a last resort by the coercive force of the state. Similarly, as a category of social norms set up or acknowledged by the state compulsory for the relations between the subjects of law and applied under warranty of public force in case of breach. Similarly, as a rule of social behaviour enforced by the power of the state by which citizens are obliged to do what is fair and forbidden to do what is unfair; and last but not least, as a rule of human conduct. In this way society can coerce its members directly or indirectly to behave in a certain way by applying an exterior, public, organised, more or less intense pressure. To sum up, the normative system relating to the intellectual property field represents nothing but the structure of legal norms pertaining to the same field.

The field of intellectual property[6] comprises: copyright, related rights, sui generis rights, patents, marks, industrial designs as well as the protection granted by means of special laws[7]. By copyright one can understand the right acknowledge by law of the author of a literary, artistic, musical or scientific creation as well as other creations resulting from the intellectual activity of the author. Related rights represent the rights enjoyed by performing artists for their performances, recording sound record producers for their own records, radio broadcast and TV for their own broadcastings. Sui generis rights differ in nature from author's and related rights despite

[6] The denomination adopted for this new category of rights and for the new discipline, deemed traditional and accepted as such, has often been criticised. On the one hand, this is due to the fact that the institutions (numerous) that form the new branch of law and its object of study are not always concerned with intellectual creations, creations of the spirit (this is the case of trademarks and geographic indications and of unfair competition). On the other hand, even in those cases where the protected object is respresented by such creations their legal systems differ nor only from the property system of the common law but also from one creation category to another; the distinctions being considerably large at times v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat, (Copyright and related rights,Treaty)* All Beck publishing house, Bucharest, p. 2.

[7] The legal system of the intellectual creation set up between the 15th and the 18th century does not distinguish between the literary and artistic property (the object of which consists in protecting creations of the intellect materialized in art works) and patent right (the object of which was protecting the inventions with industrial characteristics for application) up until the end of the 18th century. The limit between the two categories of rights would only become clear at the beginning of the 20th century. Thus, the French law concerning patents dating back to 1791 did not mention inventors but "authors of useful discoveries". The term "author" was used both for inventors and for creators as we know them today. The distinction between these two categories of authors was made by taking into account the utility of their creations: in the case of inventor authors the industrial application, while in the case of proper authors the exclusively artistic utility of their creations. However, the American constitution adopted in 1787 already makes this distinction through art. 1 section 8 clause 8 by empowering the congress to promote "the progress of science and useful arts granting the authors and inventors an exclusive right over their creations and inventions" v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat,(Copyright and related rights,Treaty)* All Beck publishing house, Bucharest, p.5 - 6.

the fact that they refer to a product pertaining to the field of intellectual property which require a different protection, sui generis due to the new technologies. Sui generis usually refer to data basis[8]. Patents represent real monopolies granted for the protection of inventions and new methods of production. The protection acquired by means of patents depends on registration and other formalities and is granted for a shorter period than the one corresponding to copyright, usually 20 years instead of life-long validity + 50 or 70 years, the period of validity granted to copyright. Notwithstanding, there can be an overlap between the protection granted by means of patents and the one granted by means of copyright which is the case in certain countries for computer programmes or inventions related to this programmes. The creator of an asset may breach an existing patent even without knowing of its existence. In the case of copyright it is not breached in the circumstances in which the creator of a similar work does not use a pre-existing creation. Trademarks are marks applied to goods and services with a view to indicate origin. In certain cases a picture or another type of representation used as a commercial brand may constitute the object of protection granted by copyright if and when the requirements imposed by these are fulfilled. Industrial designs are generally perceived as being those designs used in the industrial production of goods in certain quantities. Some industrial designs have an exclusively functional purpose as is the case with the components of an engine. Other industrial designs have not only a functional aspect but also an artistic one; therefore the overlapping between the protection granted to industrial designs and the one to artistic creations by means of copyright is one of the most troublesome in the field of intellectual property. Other forms of protection are granted by means of legal provisions referring to unfair competition. Also to be included in the field of intellectual property are: geographic names employed in order to distinguish between similar products by using the name of the place where it has been produced. Champagne and Cognac are the most suggestive examples. The protection granted by means of copyright does not coincide with the one granted to geographic names. The same applies in the case of protection granted to types of species.

The national legal system represents a unitary ensemble in the form of a structured, homogenous system. Within the unity of the legal system, the legal norms that compose it are classified following various criteria in certain subsystems, i.e. in legal institutions and legal branches. As no legal norm can exist independently in the sphere of the remaining norms, neither can legal institutions nor branches exist as completely separate norm groups. Most of the authors argue that at the basis of the division of the legal system and branches lies the character of the social relations governed by a group of legal norms. In other words branch division starts from the object of legal ruling. The distinctive and unitary character, the specific features of the

[8] Tafforeau, P. (2004) – *Droit de la propriété intelectuelle. Propriété litéraire et artistique. Propriété industrielle. Droit international*, Gualino éditeur, Paris, p. 29.

social relations belonging to a certain field of activity deem it necessary and possible to be governed by a particular category of norms.

Alongside the main criterion of dividing the legal system in branches the one related to object ruling another specific criterion coexists, the one referring to method where the state acts upon certain social relations. If the object ruling is the objective criterion for the establishment of legal branches then the method represents the subjective criterion determined by the volition of the law-maker. The legal branch can be defined as a set of legal norms organically intertwined which govern social relations characterized by the same feature, the use of the same method or complex of methods.

By its very definition as a sub-ensemble of a system none of the legal branches exist separately. At times a branch may constitute the common right for another or several other branches which means that its rules apply to the latter if there are no special rulings for the respective domain and if the norms resorted to are comparable to the principles and specificities of the social relations governed by the legal branch where the norms find application. Moreover, certain public institutions, due to their importance, are concerned with almost all legal branches. A classic example is property right. In other cases although it constitutes the specific object of a legal branch some social relations are additionally protected by applying rules from other branches also due to general interest, for instance such a protective function is carried out by the provisions of criminal or administrative law. The connection between the legal branches is evident in the content of legal relations also known as related. These are only some of the causes that objectively determine the multiple connections between legal branches.[9]

2. THE SCOPE OF THE STUDY

For these reasons, the present study firstly aims at determining the rules, the fundamental mechanisms of legal protection for the works contained within the intellectual property area from the point of view of the basis of protection, such as the nature of the guaranteed rights, the criteria for protection, the conditions for granting protection and, last but not least, the structure of the protection, respectively the way in which laws are structured linguistically and legally. This carries a particular significance from the exclusive point of view of copyright and less from the one of industrial property.

The analysis is at the same time an auxiliary in establishing the relation between the national and the international right as well as the relation

[9] Țiclea, A. (2007) – *Tratat de dreptul muncii,(Labour Law Treaty) 2nd edition,* Universul Juridic publishing house, Bucharest, p. 58.

between the national and the EU right and not lastly, in establishing the common right in the field of intellectual property. In Romania, for instance, this aspect was significant even previous to the new civil code as well as subsequent to it. Establishing the structure of the legal regulations in the field of intellectual property is essential, irrespective of their formal, international, regional or national origin in relation to the creation, especially due to the fact that an intellectual creation can benefit from multiple types of protection mainly due to the coexistence of regional, national and international systems of protection corresponding to each category of intellectual creation. Multiple types of protection are addressed particularly due to the fact that a certain intellectual creation, provided it fulfils a number of conditions, may constitute an object for specific protection systems corresponding to several categories of intellectual creations. To be more precise, the creation protected by the trade mark system can benefit from the specific protection granted to industrial designs and models, but in certain cases also from the protection system related to intellectual property. The same applies to inventions.

3. FUNDAMENTAL RULES OF LEGAL PROTECTION GRANTED TO CREATIONS IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY

3.1 INTRODUCTION

When speaking about establishing the fundamental rules of legal protection granted to works in the field of intellectual property we must address two fundamental criteria, the first being the basis of the protection, i.e. the nature of the guaranteed rights, the protection criteria, respectively the conditions to benefit from protection, and the second being the structure of the protection, i.e. the way in which the laws are structured linguistically and legally, taking into account that the last criterion is relevant exclusively in the field of intellectual property and less in the industrial one. This is a consequence of the fact that the protection of intellectual property does not require any previous formalities whereas the protection of industrial property entails undergoing a procedure of registration and verification of the existence of content-related and formal conditions as well as the existence of the title of protection.[10] Actually, the way in which the laws are structured linguistically and legally carries a great significance in the field of intellectual property protection, due to the fact that, in this case, the protection does not require any previous formalities. However, in the field of industrial protection it bears little significance due to the fact that here it entails undergoing a procedure of registration and verification of the existence of content-related and formal conditions as well as the existence of the title of protection. In the field of industrial property the criteria for protection carry a great importance, respectively the conditions for granting legal protection to the creations belonging to this area, which will also be

[10] Ligia Dănilă (2008) – *Dreptul de autor şi dreptul de proprietate industrială (Copyright and Intellectual property right),* C. H. Beck publishing house, Bucharest, p. 1.

analysed for the area of intellectual property. The nature of the guaranteed rights will, at the same time, be analysed separately, in both the fields of intellectual and industrial property.

3.2 THE NATURE OF THE GRANTED RIGHTS IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY

In order to establish the nature of the granted rights in the field of intellectual property, we must first determine and describe the different theories and explanations regarding the origin and the nature of copyright[11], related rights and sui generis rights, including the justification behind granting these rights, all this having a say in the legal regulations regarding the conflict of interest and of rights as well as the procedure to solve these conflicts. The subsequent analysis aims to identify the different categories of rights pertaining to this field, the historic source of these rights, the classification of these rights in the various regulation systems, the justification for granting these rights to certain categories of holders, including their effects, the possible conflicts of interest and the solving methods.

The phrase copyright refers to both the copyright acknowledged by the English common law for the limited publication of his work and to the right acknowledged by the British system, by means of various regulations, the oldest one dating back to 1710, followed by the ones in 1842, 1911, 1956,

[11] Initially unprotected by special norms when copyright was mistaken for the right on the manuscript, a right that with the object of certain privilege after the invention of printing, "the least questionable property", according to the laws of the French revolution, a "kind of property", "incorporable, exclusive and opposable property right", are only a few of the qualifications that copyright has been given throughout its history in order to justify the protection granted to creations and authors. At present, the qualification preponderant for these rights is the one stated by Edmond Picard in 1877 according to which inventors' rights and authors' rights form a distinct category, the one of intellectual rights, which possess a complex content, regarding intellectual rights as property rights only a conventional way. The theory of intellectual rights as complex rights composed of moral and patrimonial rights has developed, as previously shown, into variants: monist and dualist. The monist or unitary theory does not deny the complex character of copyright but claims that the personality of the author and his creation are tightly linked thus making it impossible to separate the moral from the patrimonial rights or to establish a hierarchy between them. In this approach moral rights represent elements of copyright enjoying the same value and duration as patrimonial rights. Based on this connection the monist system allows the transmission of copyright in its entirety heirs or to persons designated by the author, these enjoying the same absolute moral rights as the author himself. The dualist theory states that moral and patrimonial rights which together compose the content of copyright exist distinctively and are governed by different regulations. It also underlines that the dominant aspect of copyright relies in the moral right. Moral rights outlive patrimonial rights and exert a great permanent influence on them. Moral rights do not lose their validity once the creation was published, on the contrary they continue to be linked to the creation and, obviously, to the author exerting to same extent their influence even after the death of the author or its becoming a public asset v. Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat*, (*Copyright and related rights. Treaty*) All Beck publishing house, Bucharest, p. 194 - 195.

1988, including the acknowledged right of the author in the United States' legal system in 1976, as well as the right granted to authors by the French, the German and the Romanian legal system[12]. However, irrespective of the legal system that states it, the copyright must be defined and analysed in relation to its beneficiary, i.e. the holder, and the object of protection, respectively the creations that are protected by means of acknowledging this right. For this reason, distinction needs to be made between the protection granted to the author of the creation and the protection granted to the holder of a related right, i.e. the holder of a sui generis right. We need to have the same consideration for the fact that when granting protection to each holder, be it the author, the holder of a related right or the holder of a sui generis right, a series of rights are granted which are mostly exclusive but also partly less exclusive.

Substantial information regarding the nature of the right can be inferred from the historic analysis of this right. Such an analysis can emphasise either a constant development from origins to present or significant changes that alter the classification and the purpose of the acknowledgement of the rights. The literature analyses the nature of the copyright as follows[13]: (1) as a property right, in this approach the copyright is derived from the natural right (hence the term of intellectual property); (2) as a monopoly right, in this approach the copyright is an acknowledged monopoly exclusively related to carrying out certain economic activities; (3) as a personality right, in this approach the copyright being a right of personality, i.e. the creation of the author is an outcome of his personality, thus, if the personality of the individual must be protected, so does its work, an outcome of this personality; (4) as a sui generis right, i.e. acknowledgment of the copyright with a view to protecting his work is sui generis, respectively a right that possesses a particular legal nature, uncharacteristic for other rights.

This classification must not be subject to a rigid analysis, due to the fact that it is influenced by the various definitions that it permits. Thus, the right of property can be considered a monopoly, the same way that a monopoly can be considered to have a sui generis nature. In case we try to determine the legal nature of copyright by viewing it as a property right, we must consider the fact that the term property allows for various interpretations and that various legal systems interpret the term differently. More precisely, certain assets may be the object of property in some legal systems, whereas in others they may not. Furthermore, we also witness in this case the interdependency between the terms referring to property and monopoly. As previously mentioned, property may also be analysed as a form of monopoly.

---

[12] Sterling, J.A.L. (2003) - *World Copyright Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London, p. 40.
[13] Sterling, J.A.L. (2003) - *World Copyright Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London, p. 45;
Colombet, C. (1997) - *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 8e édition, Editions Dalloz, Paris, p. 12.

The origin of the property theory related to copyright is present also in the writings of John Locke and is further developed by numerous writers, including Diderot. Basically, this approach sees the literary and artistic property as a particular application of personality, maybe with a few exceptions. Diderot argued that either the author is the owner of his creation or nobody is the owner of his own assets. Lamartine considered the copyright to be the holiest property. In 1880, the Court of Causation stated in the Masson case[14] that literary and artistic essentially movable property possesses the same characteristic and must have the same nature as any type of property, except for the limited public interest affecting its duration. Such a property is movable not only where its principal value is concerned but also regarding its products and must, therefore, contribute to the community assets[15].

The statement that copyright is a monopoly makes no distinction depending on the type of monopoly considered, i.e. market monopoly characteristic to a certain circumstance or legal monopoly characteristic to a certain legal circumstance. Additionally as the sale of goods that do not entail any right related to intellectual property cannot be analysed in the same way in which sale of different goods, for instance books, incorporate certain materials where rights exist irrespective of the object by means of which they are presented to the public. Thus, it is of utmost importance to highlight the fact that in 1887 the Court of Causation sensitive to the idea that, if copyright is exclusively classified a type of property, it will be included in the legal system of corporal property therefore leading to the lack of protection of

---

[14] Colombet, C. (1997) - *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 8e édition, Editions Dalloz, Paris, p. 12.

[15] The division of "intellectual property" from common law property, an extremely important step in the evolution of the discilpine, did not take place earlier than the 19th century. It was then that they rightly observed that the result of intellectual creation cannot be equated to the goods that constitue the property object in common law. The rules of common law analysed in order to provide solutions for the protection of intellectual creations have proven unsatisfactory. From this necessary distinction to setting up an adequate terminology for this new institution and for the new legal branch about to be established it only took one step and this was taken by Edmond Picard, who, in an article dating back to 1883, entitled „Embriologie juridique", suggested to substitute the "the highly criticisable intellectual property" with "intellectual rights" as a distinctive category related to 1) rights corresponding to persons (state and capacity), 2) obligations and 3) real rights. Thus, In France, by means of a ruling form the 25th of July 1887 of the Court Of Causation it was retained that "copyright and the monopoly they provide are unjustly designated either in common language or in legal language as «property». Far from being a property like the one defined and regulated for the movable and immovable assets in the Civil Code copyright provide holders with the exclusive privilege of a temporary exploitation: this monopoly of exploitation comprises the right to reproduce and sale of copies of the creations and is regulated by law also constituting the object on international conventions same as the right that results from inventions, industrial designs and models or trademarks and which represents what is known as «industrial property v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat (Copyright and Related Rights. Treaty),* All Beck publishing house, Bucharest, p.3.

moral rights, forfeits the term property and replaces it with monopoly and exclusive rights[16].

The theory according to which copyright is a personality right stems from Immanuel Kant and since the origin of copyright is associated with the personality of the author the concept of moral right becomes more and more present in this matter.

In what concerns the sui generis right, it has its own nature which does not present any legal connection to other specific rights. The legal concept of sui generis has been analysed in two contexts: firstly, as an explanation to the nature of copyright and secondly, as a description of the right that must be thus distinguished from the copyright and other related rights.

As we analyse the classifications pertaining to the national legal system we must highlight the fact that in certain national systems the law resorts to the legal classification of rights, whereas in other cases it makes no distinction regarding it, the classification being thus inferred or resulting from the legal theories applicable to the respective countries. Furthermore, it is of great importance to distinguish between the existing classifications in certain national laws and the classifications adopted in certain countries by the body of literature. Art L.111-1 of the French code states the fact that the author of an intellectual creation enjoys the incorporal, exclusive and all-opposing property right arising from the mere creation of it. This right basically includes attributes of an intellectual, moral but also economic order in the system set up by the French Code. Based on this legal provision the courts in France attempted to identify the mark of the author's personality with a view to determine the existence, respectively non-existence, of the protection granted by the code. Subsequent to the invention of computer programmes, the Court of Causation adopted a much more flexible approach dismissing the mark of the author's personality and referring to the intellectual contribution, i.e. apport intellectuel. This approach maintains the fundamental connection between the individual and his work but the personality of the author as a determining criterion in the mechanism of granting protection is removed[17]. The German law states that the copyright protects the author in its personal and intellectual relations where the creation and its usage are concerned. German jurisprudence from the 20th century acknowledges the copyright as a combination of both material elements and immaterial elements without separating property and personality. This is the Monist theory. In the Romanian legal system there is a traditional approach that considers copyright a complex right. Thus, the Law regarding the Press from 1862 acknowledged writers, song writers and creators of artistic creation the right to enjoy the right to reproduce, sell or

[16] Colombet, C. (1997) - *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 8e édition, Editions Dalloz, Paris, p. 12.
[17] Sterling, J.A.L. (2003) - *World Copyright Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London, p. 53.

cede their creations throughout their whole lives, while publishing, reproduction or imitation of a creation is only possible with prior consent of the author. In other words, the Romanian law-maker from 1962 did not combine copyright with property right but adhered to the dualist thesis of copyright. This thesis was shared and developed in our countries literature by professors Aurelian Ionaşcu, Constantin Stătescu, Francisc Deak, Stanciu Cărpenaru şi Yolanda Eminescu[18]. Decree no. 321 from 1956 states the content of copyright without offering an explicit classification of the right in moral and patrimonial rights. Law 8/1996 ended the controversy relating to the nature of copyright by stating in art 1 that this right is linked to the author's person and bears moral and patrimonial attributes[19]. In other words the law-maker adopted the classification of copyright as a complex right encompassing both moral and patrimonial rights[20].

With a view to identifying the nature of guaranteed rights, respectively recognised, it is imperious that existing classifications in international and regional instruments be studied. Therefore art 1 of the Berne Convention for the protection of literary and artistic creations refers to the set up the union for protecting authors' rights related to literary and artistic creations. At the same time, the convention refers to granting exclusive rights to the authors.

The nature of these rights granted by the member states is not explicitly specified although it is obvious that both civil rights and any other remedies at the states disposition are taken into consideration. To be more precise the convention leaves it for the member states to define according to their own legal system the legal nature of the acknowledged rights. The convention

---

[18] Classifying copyright as a complex right is adopted in all European countries, especially after, as a result of the Convention of Rome from 1928, it has been adopted also in the text of the Berne Convention (revision which entered into force at the 1st August 1931). The United States' signatory the Berne Convention in 1988 represented an important step in generalizing this concept of the nature of copyright and would lead to diminution up to the total removal of the differences between the two main systems of protection of copyright: the continental, which provides prevalence to moral rights, and the *copyright*, where moral rights are, if not completely ignored, acknowledged, baring a reduced significance and not based on special laws but by applying the rules of common law in the field of personality rights v. Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat (Author's Right and Related Right). Treaty*, All Beck publishing house, Bucharest, p. 195.

[19] The creative activity of man is materialized in the creation over which he is granted absolute rights ehich constitues a regulation object in the frame of intellectual property. The modern view on copyright shared currently by most legal systems renders this right with a complex content comprising two categories of prerogatives: the first is the capacity reserved for the author to enjoy all immaterial benefits which bring glory, fame, respect and for which his **moral rights** are acknowledged. The second category is the right to financial gain from the usage of his creation for himself and for his descendants wherefor his **patrimonial rights** are acknowledged v. Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat (Author's Right and Related Right). Treaty*, All Beck publishing house, Bucharest, p., p. 194.

[20] v. Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat (Author's Right and Related Right Treaty)*, All Beck publishing house, Bucharest, p., p. 195.

acknowledges the existence of a category of economic rights different from the known category of moral rights.

The universal convention of copyright adopted in Geneva in 1952 emphasis the protection of copyright. Art. 4 states the fact that the rights referred to in art 1, that is copyright, including the base rights which ensure the economic interests of the authors including the exclusive right to authorise, produce, publish and broadcast the creations. Art 5 guarantees an exclusive right referring to the translation of the creation. Notwithstanding, the definition of the legal nature of the acknowledged rights is left for the signatory states, the same as in the case of the Berne Convention.

Section I of part two of the TRIPS[21] agreement is called copyright and related rights. Articles 9(2), 10(2) and 11 refer to protecting copyright. Despite all these, there is no distinct or separate classification of copyright and related right. The distinction between the two results from the analysis and overlapping of these provisions. The Stockholm Convention from 14 July 1967 does the same regarding the establishment of the World Intellectual Property Organisation which in art. 2, refers to the protection of copyright while in art. 5 it mentions copyright without specifically providing a classification of copyright. However, this classification results from an analysis of the provisions of the convention.

Directive no. 91/250/CEE from 14 May 1991 regarding the protection of computer programmes forces member states to protect computer programmes by means of copyright, as well as literary works as understood in the Berne Convention. Directive no. 92/100/CEE from 19 November 1992 regarding the rental and lending right and some related rights in the field of intellectual property refers to the creations in the field of copyright and from other similar fields in the context of the previsions referring to rental and lending rights. Directive no. 93/83 from 27 September 1993 regarding the coordination of certain rules concerning copyright and related rights applicable to satellite broadcasting and cable retransmission refers in art. 7 to the copyright to authorize share his creation with the public via satellite. Art. 5 of the same directive states the fact that protecting related rights with not affect in any way the protection of copyright. Art. 8(1) refers to the holders of copyright and related rights as well as to broadcasting operators via satellite and cable retransmission. Directive no. 93/98 from 29th of October 1993 regarding the harmonisation of the protected duration of the copyright and of related rights refers in art. 1(4) to the acknowledgement of the copyright over collective creations as well as the expiry of the protection granted by means of copyright in art.4. Basically, to conclude, all these directives of the Council of the European Union the word copyright is used in the English version to describe the right granted to

[21] Agreement referingl to the aspects of intelectual property rights relating to trade signed on the 15th of April 1994, known as TRIPS – Trade - Relates Aspects of Intellectual Property Rights

authors over original creations. In French, German and other languages the phrase copyright (droit d'auteur, urhebereht) is used for the same term. The NAFTA agreement refers in art. 1705 (1)(3) to copyright and related rights without defining these concepts in any way.

From these classifications we can draw the conclusion that in the continental system the classification of copyright, respectively its analysis in a more or less intense relation to the personality of the author, highlights the importance of protection granted by means of human rights with all that this entails. In the common law systems the historic evolution of the copyright concept indicates a much more pragmatic approach closely linked to the concept of advantages to society and reward to the author. The same system brings forth more arguments against the prevalence of copyright. All debates regarding the classification of the rights in this fields take place on a different level between the two systems, the continental and common law, the continental emphasising the inherent character of this fundamental right, whereas common law emphasis the protection of the creation in light of the economic theories referring to market goods.

The rights granted to persons who present creations to the public without being their authors subscribe to the category of related rights or neighbouring rights[22]. Numerous creations do not reach the public except through the intervention of other persons who execute, interpret, direct, record and broadcast by means of phonograms, videograms, scenic performance, radio or television. Performing artists, producers of phonograms and radio broadcasting organisms have claimed the statute of protective creations for their creations and the programmes that they broadcast. In their capacity of authors the protective measures are relatively recent, at least in relation to the protection granted to creation authors and imposed particularly by the development of the modern means to communicate creations.

From a certain perspective the performing artist takes the place, i.e. provides the interface between the author of the creation and the person who records the performance or presents it to the public by broadcasting it. The issue whether the performing artists should enjoy any rights similar to those of the copyright has been a subject of enduring debate. On the one hand, it is claimed that the performing artists does not create anything, or better said, it does not create but presents the creation of another person in his own particular style. For this reason the performing artist would not be entitled to any rights of the same nature as the one acknowledged for the author. On the other hand, it is claimed that the performer can many a time be as creative as the author of the creation he presents thus transforming a mediocre creation into a memorable performance. As a rule, it is an undeniable fact that as the performing artist through his own performance

[22] Sterling, J.A.L. (2003) - *World Copyright Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London, p. 70.

creates a new creation will obtain the status of author. For instance, when inserting an improvisation in his own performance in a totally different from the original creation[23].

The debates generally underline the situation in which by performing no note or word is added to what was previously written. The tendency in national laws was to offer a different status to the contribution of the performing artist compared to the author and even if he is granted protection this should be different and even diminished in comparison to the one granted to the author. This partially undeniable importance of some records in spreading intellectual creations, the literature has reported hostile opinions regarding their qualification as protected creations in the field of copyright. In order to support this view it has been shown that some record producers carry out a highly significant industrial action for the development of literary and musical culture but that in these cases it does not reflects an intellectual creation. Recordings are the result of mechanical operations where the skills of the technicians who perform them are reflected only in preparing the best conditions to carry out the recordings.

The issue of phonogram protection has been permanently been resolved simultaneous with the adoption in 1961 of the Rome Convention for the protection of performing artists, phonogram producers and broadcasting organisms and especially after the adoption in 1971 of the Geneva Convention for the phonogram producers against unauthorised reproduction of their phonograms. Thus, phonograms and their producers are protected in the majority of states by special norms but also in the frame of copyright. However, art.3 of the Geneva Convention does not enforce protection of phonograms in the frame of copyright leaving it to the national laws to choose whether to protect them by granting them a copyright or a specific right by means of laws regarding unlawful competition or by criminal sanctions[24].

Basically, phonogram producers are granted protection in the continental system by means of a related right while in common law by granting them a

---

[23] The performer is same as the creator an artist, his creation is not an initial creation (primary) but a follo-up creation (secondary) meant to make the initial creation understandible and accessible. The initial creation is presented under a graphic form and provided the secondary creation is a qualitative one it can result in enhancing the beauty of the initial creation. This is remarkable because the importance of the performer's role is at times equal, at times superior even to the importance of the author's role. The performance not pertaining to the initial creation can however not be detached from the secondary creation thus implying a necessary incorporation to the latter. This connection possesses such a profound character that its interpretation or performance displays the special virtue of being able to compromise or to render brilliance to the pre-existing creation v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat,(Copyright and related rights)*. All Beck publishing, Bucharest, p.464.

[24] Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat*, (*Copyright and Related Rights. Treaty*) All Beck publishing house, Bucharest, p. 468-469.

copyright, with the distinction that in the United Kingdom the phonogram does not have to be an original one in order to enjoy protection whereas in the United States it has to be an original one.

The rights of broadcasting organisms are granted protection in continental systems by means of a related right whereas in the United Kingdom they are granted a copyright, with the distinction that also in this case the creation, respectively the programme that they broadcast, does not have to be an original one in order to enjoy protection. In the United States the broadcasting organisms are granted protection by means of a sui generis right and by acknowledging a copyright for the programmes that have as subject original creations. Several states as well as several directives of the Council grant producers of videograms related rights distinctive from the right acknowledged through transfer of cinematographic creations from their authors.

In respect to publishers' rights such related rights are acknowledged as a result of the investment and expertise in the graphic and electronic production of the editions. This protection is regulated in several national laws.

As we analyse the classifications made in this field by the national laws we have to mention that the rights of performing artists and of phonogram and videogram producers and of broadcasting organisms are as previously shown classified in the continental systems as related or neighbouring rights. In the common law system, respectively in the copyright system, performing artists can be acknowledged a separate right distinctive from the acknowledged copyright. In the United Kingdom of Great Britain and in all countries of the Commonwealth phonogram producers and broadcasting organisms have rights pertaining to the copyright category acknowledged.

In the United States audio recordings if and when they are original are protected by means of copyright[25]. In Romania, art. 92 of law 8/1996 states that rights related to copyright do not affect copyright and that, no provision belonging to title 2 of the law (which regulates related rights) must not be interpreted as a limitation to exercising copyright.

---

[25] The word «*copyright*» shows a tendency to replace in common language the phrase «copyright». Actually, the word copyright has a different meaning and content and the body of literature admits that the phrase is not translatable. Protection in the copyright system is characterized by the fact that it **concerns exclusively pecuniary rights of authors, ignoring their moral rights**. In the copyright system the right arises through the existence of a copy of an object whereas in the continental system of copyright the right arises from the intellectual effort, from the activity carried out by an author, a creator. According to some authors what differentiates between the two systems of protection is the fact that in the continental system of copyright the protection focuses on the author whereas in the copyright system the focus is on the creation. v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat,* (*Copyright and related rights. Treaty*) All Beck publishing house, Bucharest, p.551.

The terminology adopted in order to denote these rights attempts, respectively hints at, the pre-emption of copyright over related rights. Nevertheless, this tendency to establish a hierarchy is contrary to the interests of authors and those of performing artists that would eventually understand they depend on each other[26]. Therefore, France rejected his hierarchy as it was considered harmful for the partnership that needs to exist between the holders of the two categories of rights. In these circumstances, it is highly significant to mention French jurisprudence in the Furtwangler case[27], litigation initiated in 1956 and indisputably resolved 1964. The French courts thus retaining that the talent and the genius of the performer entails the same enriching elements as does the novelist, the playwright and the composer and, on this grounds, the judges in the aforementioned ruling concluded that "the artist's performance is a creation and the performer enjoys copyright"[28].

In respect to the classification of related rights at an international level it must emphasised that the rule of coexistence between copyright and related right was stated in art.1 of the Rome Convention which provides that "the protection granted under this convention shall leave intact and shall in no way affect the protection of copyright in literary and artistic works". Consequently, no provision of this Convention may be interpreted as prejudice in such protection. Indeed the Rome Convention does not provide a clear classification of rights granted to performing artists as it refers only to granting protection and acknowledgment of rights. The way in which these rights are incorporated into the national legal systems depends on the signatory states. A similar protection mechanism to the one set up by the

---

[26] Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O. (2005) – *Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat*, (*Copyright and Related Rights. Treaty*) All Beck publishing house, Bucharest, p. 463.

[27] The philarmonic orchestra of Vienna recorded for broadcasting during 1939-1945 several pieces of classical opera, among which Beethoven's third symphony directed by W. Furtwangler. The recording was seized by the enemeny during the Berlin seige according to the Potsdam agreemnet. Later on it was sold to an American company which produced phonograms. This recording was subsequently employed in order to produce disks, some of which were also distributed in France. W. Furtwangler lodged a complaint with the Court of Seine pursued by his descendents requesting the prohibition of the sale of the recording using his name, as he did not consent to its distribution under his name. The Court ruled in favour and obliged the defendant to erase the name Furtwangler from the disk. Later on new action was introduced requesting the withdrawal of the disks from the markets using as an argument the capacity of the orchestra director as a performer and thus breaching his moral right. The Court of Seine by means of a ruling confirmed by the Court of Appeal in Paris decided that the performing artist may forbid any unauthorised performance, that the German broadcast obtained from Furtwangler only the right to broadcast the recording but not the one to reproduce it by manufacturing disks and that the rightful successor could not obtain more rights than the German broadcast so that the unauthorised producers of the disk caused a prejudice which they are liable for v. Roş, V., Bogdan, D., Spineanu-Matei, O. (2005) - *Dreptul de autor şi drepturile conexe, Tratat,* (*Copyright and related rights. Treaty*) All Beck publishing house, Bucharest, p.463.

[28] Eminescu, I. (1997) – *Dreptul de autor (Copyright)*, Lumina Lex publishing house, Bucharest, p. 94.

International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organisations, adopted in Rome on the 26th October 1961, is to be found also in the Convention for the Protection of Producers of Phonograms Against Unauthorised Duplication of Their Phonograms, adopted in Geneva on the 29th October 1971. Romania adhered to the Rome Convention by means of Law no. 76 from 1998[29] and to the Geneva Convention by means of Law no. 78 from 1998[30].

This convention refers to the protection of producers against certain crimes (for instance, duplication without previous agreement or consent), however the way in which the convention is implemented depends on the national laws of each signatory state. What the convention essentially accomplishes is the acknowledgment of a copyright or of another specific right by protecting against unfair competition, respectively by protecting criminal law instruments. The TRIPS Agreement, more precisely in title section 1 of part 2, refers to "copyright and related rights" thus distinguishing between granted rights, which are acknowledged to authors of literary, scientific and artistic works according to the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, and the rights of performers, phonogram producers and broadcast organisation included in the category of related rights. The World Intellectual Property Organisation Performances and Phonograms Treaty adopted in Geneva on the 20th December 1996 at the diplomatic conference of WIPO referring to certain aspects of copyright and related rights that came into force on the 20th May 2002 mentions the protection of beneficiaries and their rights but does not classify their rights as being neighbouring or related to copyright.

Directive no. 92/100/CEE from the 19th November 1992 referring to rental and lending rights on certain rights related to copyright in the field of intellectual property protection[31] makes reference to various rights related to copyright in the field of intellectual property protection. Art. 6, 7, 8 and 9 address the regulation of certain rights denominated as rights related to copyright. Therefore, this directive distinguishes between rights acknowledged to authors of literary and artistic works on the one hand, and rights acknowledged to performers on the other hand. This distinction can also be observed in directive no. 83/93 from the 27th September 1993 concerning the coordination of certain rules regarding copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission[32] as in directive no. 98/93 from the 29th October 1993

[29] published in *Official Monitor* no. 148 from 14.04.1998.
[30] published in *Offical Monitor* no. 156 from 17.04.1998.
[31] published in *The Official Journal of the European Union* no. L 346/27.11.1992, p. 0061-0066.
[32] published in *The Official Journal of the European Union* no. L 248/06.10.1993, p. 0015-0021.

concerning harmonizing the term of protection of copyright and certain related rights[33].

From the analysis of this classification one can draw the conclusion that the distinction between copyright and the rights related to it cannot have extremely obvious effects. Nevertheless, it should be mentioned that, on the one side copyright is perceived at least within continental systems, civil law systems, as tightly linked to the personality of the author, therefore he is automatically granted the protection specific to these rights. On the other hand, where related rights of producers are classified based on the protection of investment and organisational talents, the concept of personality is absent, therefore the protection mechanism relies on economic and commercial aspects. The very same situation applies to broadcasting mechanisms. These classifications of related rights also include the performers, thus subjecting them to the same exceptions, limitations, restrictions of the term of protection as are holders of copyright. The reason behind these classifications is to an extent a historical one, but often leads to a series of anomalies. For instance, the question arises naturally as to why the work of an author needs protection throughout his lifespan plus a considerable period after his death whereas the performance of a performer is only protected for a limited period during his life although it is very likely that his performance will be the object of an unauthorised use beyond this period of protection.

In respect to sui generis rights it must be emphasised that recently the phrase sui generis, i.e. the rights which possess a specific nature, was applied to categories of rights acknowledged in relation to certain productions which are viewed differently than the productions protected by means of copyright and related right. For this reason the possibility and the desire to grant a certain protection by means of sui generis rights instead of copyright or related rights causes much controversy. Mainly, the rights in this field which fall under the classification sui generis include the right over pictures, material and information, which are not original, however national legal systems may grant a related right in this field. Two such examples are rights acknowledged to producers of databases. The information contained in technical, legal, financial and commercial databases etc. is the result of a high expenditure related to the collection, coding, valorisation and protection of these rights. The rights granted and acknowledged to authors of such databases reward this effort enjoying protection taking into consideration the investment and their utility.

Furthermore, previous to the establishment of the protection system by means of acknowledging a sui generis right in this field databases represented and were protected as applications of compilations displaying the same originality issues but on a different scale. Their protection by

[33] published in *The Official Journal of the European Union* no. L 290/24.11.1993, p. 0009-0013.

means of copyright was accepted based on economic grounds in order to protect the investments and to cover expenses. However, it has been observed that a strict application of the principles governing copyright will inevitably lead to losing protection granted by copyright in the case of most databases if not all of them. This was due to the fact that selection of material and data included in the database did not always bear the trademark of the author's personality as databases have a tendency to exhaustive, i.e. together all information referring to a certain area, a certain subject. The attempt to protect the database by means of copyright triggered either a reassessment of the essential principles applied in this field, respectively a new definition of originality, or the granting of a rather theoretical protection. Faced with these shortcomings the solution was to regulate distinctively by granting databases a sui generis right.

In any case, in this field, we should not disregard the persons in connection to the databases: the author of each work included in the database, the person, who selected and laid out the material as it appears in the database, as well as the person who invested in the production of the database. The first two persons can enjoy the protection granted by copyright, at least to the extent to which we deal with an original creation whereas the author of the database, the last person, can enjoy a sui generis right according to the directive no. 96/9/CEE on the legal protection of databases[34]. From this reason it must be emphasised that the sui generis right of database producers stem from this directive. Taking into consideration the fact that, this directive classifies the right of database producers as a sui generis right, so will each of the national legal systems when transposing the directive. More precisely, in those cases where the directive generates direct effects the classification from the directive will be applied, as for the rest of cases the classification of the right acknowledged to database producers may vary.

Consequently, the French legal system transposed directive no.96/9/CEE regarding the legal protection of databases into its internal system by the law adopted on the 1st of July 1998. According to this law "the person, who initiates and takes on the risks of corresponding investment benefits from the protection of the database content when its establishment, evaluation and presentation reflect a substantial financial, material or human investment". Thus, the object of protection of this law is the financial, material or human investment and not a simple data compilation. Art. 112-3 of the French intellectual property code defines the database as" a collection of works, of data or of other independent elements laid out in a systematic or methodical manner and individually accessible through electronic means or any other means." In Romania Law no.285/2004, following the pattern of the aforementioned directive, introduced in title 2 of Law no.8/1996 a new chapter 6 entitled "sui generis rights of database producers". According to art 122 point 1 paragraph 2 "by database we understand the collection of

[34] published in *The Offical Journal of the European Union* no. L 77/20 from 1st April 1996, p. 0028-0035.

works, of data or of other independent elements, protected or not by copyright or related rights, laid out in a systematic or methodical manner and individually accessible through electronic means or any other means".

Also worth mentioning is the fact that directive 96/9/CEE regarding the legal protection of database locates the right of database in chapter 3 subtitle sui generis right. As a consequence of the classification in the field of sui generis rights it stands out that there is apparently no grounds for which sui generis rights should hold a less significant status than the one acknowledged to copyright and related right. Nonetheless, sui generis rights are acknowledged for a shorter period than the one corresponding to copyright. Moreover, in this field the arguments for acknowledging this right are far closer to the case of inventions and industrial designs, thus leading to the application of a protective regime for a limited period of years, and not for the duration corresponding to the lifespan of the author plus a certain period of time. In the field of sui generis rights the effects of directive no. 87/54/CEE from the 16th December 1986 on the legal protection of topographies of semiconductor products[35] carry a crucial significance as law-makers acknowledge that even in the case of topographies of semiconductor products we are dealing with a sui generis right established in the favour of their producers[36].

In order to determine the protection in the field of industrial property, respectively the nature of the rights guaranteed in this area, we must take into consideration the fact that the works, the creations which constitute the object of protection in this field represent, similar to the other creations protected under the umbrella term intellectual property, products of human creating activity, respectively the result of rational thinking, knowledge and activity, of human capacity to come up with and notice concepts and to operate with abstract notions[37]. Industrial property first and foremost

---

[35] published in *The Official Journal of the European Union* no. L 024/27.01.1987, p. 0036-0040.

[36] Sterling, J.A.L. (2003) - *World Copyright Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell Publications, London, p. 79.

[37] In category of "intellectual rights" comprises copyright and related rights as well as "industrial property rights". In turn the latter are divided in three categories: the first has as object the rights related to the rights of authors of industrial designs and models, technical creations patented as inventions, the protection of new species of plants and animals, the protection of the topographies of integrated circuits and the protection of confidential information; the second has as object the distinctive signs which include trademarks, geographic indications, commercial names and companies; the third related to unfair competition additionally annexed to new creations and distinctive signs and which is the object of study of a separate discipline. The main idea that leads to the establishment of intellectual protection and to the creation of a new legal branch is that these spiritual products cannot be protected against their use by other persons in the way that material goods are protecting by mere possession. Once the product of intellectual creation is made available to the public its creator can no longer exert control over the use of his work. v. Roş, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietăţii intelectuale. Dreptul proprietăţii industriale, mărcile şi indicaţiile geografice*, (*Intellectual Property*

protects intellectual and content-related creations applicable industrially, also known as "utility creations". When specifying the object of protection, the Paris Convention from 1883 concerning Industrial Property Protection and the Stockholm Convention for the Establishment of the World Intellectual Property Organisation added to these creations trademarks, geographic indications, commercial names as well as protection against unfair competition, the TRIPS agreement, including confidential information[38].

Similarly, the French literature, when analysing industrial property makes a subdivision into larger fields: the right of industrial creations and the right of distinctive signs[39]. Basically, the field of industrial creations includes protection granted to industrial designs and models, to utility industrial creations and inventions, to new types of plants, to invention through utility models and to topographies of semiconductor products[40], whereas the right of distinctive signs comprises the protection of marks, geographical indications, commercial names, emblems and domain names[41].

For this reasons, with a view to identify the nature of the rights guaranteed in the field of industrial property we shall focus our analysis on the legal nature of the inventor's right and on the legal nature of the right on marks while comparing them to the other intellectual property rights especially to the protection granted by copyright. The issue regarding the legal nature of the right to mark was the object of heated dispute. The dispute tackled even the inclusion of the marks in industrial property although none of the European or international legal systems took this into consideration maintaining marks within industrial property. Paul Robier was the first to contest the right to client. Similarly, the right to mark was considered an exclusive right of exploitation, a right to client, a personality right, a monopoly right and even a competition right.

Currently however, there is less focus on the qualification of right to mark, but more a detailed analysis of the content of this right with a view to identifying the effects that have real consequences of the right to mark. At

---

Right. Industrial Property Right, Trademarks and Geographical Indications)All Beck publishing house, Bucharest, p. 5.

[38] Roş, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietății intelectuale. Dreptul proprietății industriale, mărcile şi indicațiile geografice*, (*Intellectual Property Right. Industrial Property Right, Trademarks and Geographical Indications*) All Beck publishing house, Bucharest, p. 27.

[39] Chavanne, A.; Burst, J.-J. (2006) - *Droit de la propriété intellectuelle*, 6[e] édition, Editions Dalloz, Paris, edition completed by Jacques Azéma and Jean Cristophe Galloux, p. 79 and p. 737.

[40] Dănilă, L. (2008) – *Dreptul de autor şi dreptul de proprietate industrială*, (*Copyright and Industrial Property right*) C. H. Beck publishing house, Bucharest, p. 237, 254, 275, 277, 285.

[41] Dănilă, L. (2008) – *Dreptul de autor şi dreptul de proprietate industrială*, (*Copyright and Industrial Property right*) C. H. Beck publishing house, Bucharest, p. 185, 225, 230, 233 and 234.

the beginning of the last century, the right to mark was viewed as a genuine property right and it still is, as explicitly shown by some legal systems. Thus, Thierry van Innis argued that "the right to mark is to be analysed as a genuine property right" [42]. At the same time, in the French Intellectual Property Code, art. 713-1 it is stated that "mark registration offers holders a property right over this mark with the products that it designates." The Romanian law-maker has been more reserved avoiding to explicitly qualify the right on marks as a property right, however in art 35. of Law 84/1998 it states that "registering a mark offers its holder an exclusive right over the mark." The legal systems in Belgium, Luxemburg and the Netherlands acted similarly; their uniform law on mark qualifies the right to mark as an exclusive right. Obviously this qualification did not prevent the literature from considering the right to marks as a property right supporting this view with the following arguments: the right to mark combines all the attributes of a classical property right: usus, fructus and abusus. In virtue of the rights acknowledged by the law the holder of the mark is the only one capable of disposing and ceasing it as he pleases. He is also the sole beneficiary of the financial gains resulting from the exploitation of the mark, exploitation which may be done personally or under licence agreement. It is also worth mentioning the fact that the holder of the mark may abandon it or may adopt an attitude leading to the loss of the mark. Secondly, even if the right to mark is subject to certain time and space limitations specific to its nature, these limitations can also be found in the case of other classical property rights which do not affect the essence of the right. Baring these arguments in mind, we also need to consider international regulations in the field of the legal nature of the rights of distinctive signs. The Paris Convention for the protection of industrial property includes marks in the category of industrial property goods. In the preamble of the TRIPS Agreement the signatory states acknowledge the fact that "intellectual property rights are private rights".

In the Romanian legal system the right to mark is obtained by registering the sign chosen by the applicant, registration which grants the holder an exclusive right over it. However, registration of the sign is preceded by a pre-registration on the side of the applicant which is sufficient in order to obtain the right over this sign, but in the attributive system this represents only the first phase in obtaining the right. Through the registration of the sign the applicant acquires an exclusive usage right which limits the usage of this sign in relation to the product or service that it designates. Nevertheless, the right to mark remains even in the attributive system a mere pre-reservation right thus bringing benefit to the first person to register it. This is due to the fact that if this sign is free, i.e. available, and all other

[42] Innis, Thierry v. (1997) – *Les signes distinctifs*, Editions Bruylant, Bruxelles, p. 329, quote from Roş, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietăţii intelectuale, dreptul proprietăţii industriale, mărcile şi indicaţiile geografice*, (*Intellectual Property Right. Industrial Property Right, Trademarks and Geographical Indications*) All Beck publishing house, p. 24.

basic conditions for its registration as a mark are met, the administrative authority can deny the issuing of the registration certificate. The right to mark granted by registration has a particular character also in relation to other industrial property rights due to the fact that its object and function are not to grant a monopoly over a distinctive name but to facilitate commerce and to ensure costumers' protection.

The right to mark does not protect the sign itself since commerce is protected and not the mark. What is relevant in this analysis is the fact that choosing a mark does not imply any act of intellectual creation and does not suppose any novelty, originality or inventive activity. Therefore, it is not included in the category of rights deriving from utility creations or new creations as some authors call them: inventions, industrial designs and models. As previously mentioned the right to mark belongs to the category of distinctive signs, a subcategory, in case it can be called like that, of industrial property right. In case a similar sign comprises an original graphic or verbal creation it is susceptible of protection also under copyright. If it belongs to a third person it can be registered as a mark only if the patrimonial rights have been transmitted to the applicant of the mark registration by the author of the creation through a written cession agreement according to art.42 of the Romanian Copyright Law 8/1996.

In the case of distinctive signs the legal nature of the right must be determined considering the fact that we are dealing with a way of respecting each competitor's rights over the distinctive signs of his activity in relation to the other competitors. Therefore, the object of protection represents the prevention of direct competitors from using the holder's sign, thus also eliminating confusion among consumers. For this reason the holder of the distinctive sign is acknowledged the right to use it for his products and services and to maintain his clients. Unlike the invention patent mark registration protection does not grant a right of unlimited exclusive exploitation. The protection covers a range of product categories; the probability may arise different products carry the same sign without it constituting a breach of right to mark.

Furthermore, the right over distinctive signs holds an advantage in relation to the right over invention, respectively it can be extended for an unlimited duration, extension which can be granted at the request of the holder who in his turn can thus strengthen his position in relation to its direct competitors. In the case of inventions after the expiry date of the patent it becomes a public asset or can be used by anyone without any restriction. In the field of inventions, the most relevant area in new creations, creators or their successors are granted protection over their creations. The protection of patented inventions by means of a patent generates an exploitation monopoly in favour of the patent holder granting him the right to forbid anyone from exploiting the invention without his approval.

As regards industrial creations an important aspect is that the right of exclusive exploitation of an invention is an absolute right which allows the

holder to forbid anyone from using the invention without this approval. In comparison to this, the right over distinctive signs is a relative one. It is not opposable erga omnes as a right but only to direct competitors of the holder of the mark[43]. In an attempt to justify the protection granted to inventions the natural right of the inventor over the product or the intellectual creation has repeatedly come up. Other authors argue that the patent can play the role of a reward. The most frequent justification remains the public benefit that granting exploitation monopoly to the patent holder entails[44].

Over time numerous theories, very similar to the already existing theories in the field of copyright, have been elaborated regarding the legal nature of the subjective right of the inventor: property right, sui generis right, right to client, inventor's personality right. As in the case of copyright it has been argued that the subjective right of the inventor would be a personal non-patrimonial right which has patrimonial consequences[45]. Another approach claims that the subjective right of the inventor is not a proper right affecting an incorporal good destined for industrial usage since establishing its legal nature equates with establishing the legal nature of the exploitation right which is a proper right[46].

However, irrespective of the theory we embrace, we need to keep in mind that the inventor becomes the holder of moral as well as patrimonial rights, moral rights even if not explicitly regulated by the law can be easily deduced, i.e. the right to public disclosure of the invention, the right to acknowledgement of the author of the inventions, the right to name, the right to the issue of a protective title or to mentioning the name in the patent, the right to the issue of a copy of the patent of invention. In case of the patrimonial rights of the patents holder we need to mention the fact that they do not differ considerably from one legal system to another including the following patrimonial rights: the right to priority, the exclusive right to exploitation of the invention and the temporary right to exclusive exploitation of the invention. The right to priority is regulated in the Romanian legal system in art. 17 of Law 64 from 1991 which states that the establishment of the national regulatory deposit of the invention ensures a

---

[43] Roş, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D. (2003) – *Dreptul proprietăţii intelectuale, dreptul proprietăţii industriale, mărcile şi indicaţiile geografice*, (*Intellectual Property Right. Industrial Property Right, Trademarks and Geographical Indications*) All Beck publishing house, p. 26.

[44] Bentley L., Sherman B. (2002) – *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 313, quoted by Olteanu G. (2008) – *Dreptul proprietăţii intelectuale*, (*Intellectual Property Right*) second edition, C. H. Beck publishing, p. 172-173.

[45] Ionaşcu, A. (1961) – *Dreptul de autor în legislaţie, Revista Justiţia Nouă, no. 6/1961*,(Copyright in current law, New Justice Magazine) quoted from *Olteanu, G. (2008) – Dreptul proprietăţii intelectuale*, (*Intellectual Property Right*) second edition, C. H. Beck publishing, p. 173.

[46] Mihai, L. (2002) - *Invenţia. Condiţiile de fond ale brevetării. Drepturi,* (*The Invention. Content-related conditions affecting patents. Rights*)Universul Juridic publishing house, Bucharest, p. 96.

right to priority over any deposit related to the same invention established at a later date or with a known later date of priority.

In the same field of new creations or utility creations, as French literature calls them, it is important to highlight the fact that from industrial designs and models arise not only moral rights but also patrimonial rights. In this respect moral rights are: to decide if, how and when the work is to be released to the public, to claim the acknowledgment of the capacity of the author, to decide on the name assigned to the work when released to the public, to claim respect for the integrity of the work and to oppose any modification as well as any alteration brought to the work that may cause prejudice to its honour or reputation and to withdraw the work and, if necessary, offering compensation the holders of exploitation rights prejudiced by the withdrawal. Patrimonial rights include: the right to decide whether to use or exploit the work, the right to decide in what way to use or exploit the work, the right to consent to others' using the work or to distinctive and exclusive authorisation rights, as well as to resale royalty. The field of industrial designs and models presents a similar context to distinctive signs when encompassing an original graphic or verbal creation. As previously mentioned there is a cumulus of protection, the author of industrial designs and models thus enjoys rights arising not only from his capacity of author but also rights arising from the registration of the industrial model and design with the Romanian Patent Office (OSIM). If we attempt to analyse the legal nature of the acknowledged rights, of the patrimonial rights of authors of new creations, respectively utility creations, we must bear in mind that both moral and patrimonial rights arise, the moral patrimonial rights borrow from the nature of the non-patrimonial rights of the creators of works in the field of copyright, whereas the patrimonial rights fall under the specific rules in the field of industrial property. Therefore, after expiry of the validity the creation becomes a public asset, so that it can be used by anyone without any restriction with the exception of the case where we have a cumulus of protection granted by copyright.

Literature:

- Azéma, J.; Galloux, J.-Ch.: Droit de la propriété industrielle, Paris: Editions Dalloz, 2006, 964 pages, ISBN 224 704126 4.
- Colombet, C.: Propriété littéraire et artistique et droits voisins, Paris: Editions Dalloz, 1997, 463 pages, ISBN 978-2-247-01124-7.
- Eminescu, Y.: Tratat de proprietate industrială vol. I Creaţii noi, Bucureşti: Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1982, 200 pages.
- Roş, V.; Spineanu-Matei, O.; Bogdan, D.: Dreptul proprietăţii intelectuale. Dreptul proprietăţii industriale. Mărcile şi indicaţiile

geografice, Bucureşti: Editura All Beck, 2003, 746 pages, ISBN 973-655-246-2.

- Roş, V.; Bogdan, D.; Spineanu-Matei, O.: Dreptul de autor şi drepturile conexe. Tratat, Bucureşti: Editura All Beck, 2005, 725 pages, ISBN 973-655-571-2.
- Schmidt-Szalewski, J.; Pierre, J.-L.: Droit de la propriété industrielle, Paris: Editions du Juris-Classeur, 2003, 694 pages, ISBN 2-7110-0315-9.
- Sterling, J.A.L.: World Copyright Law, London: Sweet & Maxwell, 2003, 1321 pages, ISBN 0 421 790 709.

Contact – email
alinsperiusivlad@svs-partners.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE EUROPEAN EVIDENCE WARRANT

VOISLAV STOJANOVSKI

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract
This article deals with the European Evidence Warrant – an order issued by a competent authority in one member state that must be directly recognized and enforced by a competent authority in another member state. The purpose of this legal instrument is obtaining of objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters.

Firstly, the reasons that prompted the European Union to take action in this field are explained. Legal European standards, pertaining to procurement and transfer of evidence are presented and discussed. Secondly, the definition and the scope of the EEW are outlined. Thirdly, formal procedures relating to recognition and execution of an EEW, as well as safeguards and grounds for non-recognition and non-execution, are explicated. The principle of double criminality is described, rules pertaining to the deadlines are presented, and the possibility of legal remedies is addressed. Lastly, future prospects in this field and are summarized and conclusions are provided.

Key words
European Evidence Warrant; Judicial cooperation; Mutual assistance; Mutual recognition; EU Justice and Home Affairs; European Criminal Procedure Law.

1. BACKGROUND

The disappearance of internal borders within the European Union – enabling free circulation of people and goods – has led to promotion of mobility and faster economic growth. Removing border checks, on the other hand, has also given a boost to cross-border crime. With the rapidly advancing information technology, it is easier today, more than ever before, for a criminal to commit a serious crime in any given country without even being physically present there. These reasons, as well as the terrorist attacks in the USA, Spain and the UK in 2001, 2004 and 2005 respectively, prompted EU member states to enhance their mutual cooperation in criminal matters in order to ensure safety and security for their citizens. A simplified and accelerated procedure for procurement and transmission of evidence between the member states of the EU will undoubtedly play a major role in fighting crimes with cross-border element.

1.1 COUNCIL OF EUROPE

The Convention on mutual assistance in criminal matters[1] from 1959 is the first European multilateral instrument governing cooperation in the field of criminal law. It addresses, inter alia, requests for procurement and transmission of evidence between the signatory countries. It was supplemented by the First Protocol of 1977 and once again by the Second Protocol of 2001. All EU member states have ratified the Convention together with its First Protocol, while the Second Protocol has been ratified by 10 out of 27 member states. Although it plays a central role in relation to mutual assistance in criminal matters in Europe, the Convention has significant shortcomings. An official request for obtaining evidence lodged by the requesting country is not legally binding on the requested country. Article 2 states that the requested party may refuse a request if it considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests. Every country is free to define its essential interests and consequently, its courts or justice ministry are free to decide on how to proceed with the request. Furthermore, the Convention neither specifies a form in which the request shall be made nor it prescribes deadlines within which the requested country is required to respond. It must be therefore concluded that the decision whether or when to act upon a foreign country request, depends solely on the will of the requested country. This fact renders the Convention an unreliable instrument for fighting cross-border crime.

1.2 EUROPEAN UNION

In 1999, at a special EU Presidency meeting held in Tampere in relation to the creation of an area of freedom, security and justice in the EU,[2] it was stressed that mutual recognition shall become the cornerstone of judicial cooperation between the member states. The principle of mutual recognition in criminal matters means that a judicial decision issued by a competent authority in one member state will be directly recognized and enforced by a competent authority in another member state. Therefore, judicial decisions should become orders – and not requests like in the case of mutual assistance principle – that will have legal binding force upon the country receiving it. Thus, the requesting country becomes an issuing country and the requested country becomes an executing country. It is stated in the Tampere Presidency Conclusions that the principle of mutual recognition should also apply to pre-trial orders, in particular to those which would enable competent authorities quickly to secure evidence and to seize assets which are easily movable; evidence lawfully gathered by one member state's authorities should be admissible before the courts of other member states, taking into account the standards that apply there.

---

[1] Council of Europe, *European Convention on mutual assistance in criminal matters*, 20.4.1959. Available at: http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/030.doc

[2] European Council, *Presidency Conclusions*, 15-16 October, 1999, Tampere. Available at: http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm

In 2000, the Convention on mutual assistance in criminal matters between the member states of the EU[3] was signed. Together with its First Protocol of 2001,[4] they supplement the provisions of the Council of Europe Convention from 1959. Certain criteria, under which mutual assistance must be granted, are laid down. The Convention provides for spontaneous exchange of information (i.e. without prior request). It opens up the possibility for direct mutual assistance and communications between judicial authorities instead of circulating requests through a designated central authority. The Convention entered into force in 2005 but is not ratified by all EU member states.

In 2001, the Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters[5] was adopted. One of its aims is to ensure that evidence is admissible, to prevent its disappearance and to facilitate the enforcement of search and seizure orders, so that evidence can be quickly secured in a criminal case.

In 2002, the European Arrest Warrant[6] became the first instrument to implement the principle of mutual recognition in the field of criminal law. Council Framework Decision 2003/577/JHA on the execution in the European Union of orders freezing property and evidence[7] was adopted soon after. With respect to evidence, it deals with freezing orders issued under the mutual recognition principle, while the mutual assistance principle applies to the procedure for transfer of evidence. Adopting measures in the form of Framework Decisions or Decisions has an advantage over Conventions as it does not require formal ratification by parliaments of member states. Ratification of Conventions by national parliaments has

---

[3] Official Journal of the European Communities C 197, 12.07.2000.

[4] Official Journal of the European Communities C 326/1, 21.11.2001.

[5] Official Journal of the European Communities C 12/10, 15.1.2001. Available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:012:0010:0022:EN:PDF

[6] Official Journal of the European Communities L 90/1, 18.7.2002. *Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA)*, Available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:EN:PDF

[7] Official Journal of the European Communities L 196/45, 2.8.2003. Available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:196:0045:0045:EN:PDF

proven slow and partially ineffective. Action by national parliaments is still required when it comes to implementation of EU Decisions into national law. This process is, unlike with the case of Conventions, mandatory and takes less time.

In 2005, the Hague Programme with a view of further straightening freedom, security and justice in the EU[8] was adopted. In relation to procurement and transmission of evidence it states that the gathering and admissibility of evidence, conflicts of jurisdiction and the ne bis in idem principle should be completed and further attention should be given to additional proposals in that context. It calls upon the Council of the EU to adopt the proposal prepared by the EU Commission in 2003[9] in the form of Framework Decision on the European Evidence Warrant by the end of 2005. The Action Plan implementing the Hague Programme[10] foresees an adoption of a universal instrument that would replace all the existing legal instruments in the area of cross-border procurement of evidence.

In 2008, a new mutual recognition instrument was adopted in the form of a European Evidence Warrant (EEW).[11] It provides for a simplified and accelerated procedure for procurement and transmission of evidence between the member states of the European Union. The Framework Decision entered into force in 2009. Member states are required to transpose it into their national laws by the beginning of 2011. This new legal document is expected to result in quicker and more effective judicial cooperation in the EU. Its aim to contribute to speedier trials is in line with Article 6 of the European Convention for the Protection of Human Rights

---

[8] European Council, *Presidency Conclusions*, 4-5 November, 2004, Brussels. Available at: http://ec.europa.eu/justice_home/news/information_dossiers/the_hague_priorities/doc/hague_programme_en.pdf

[9] European Commission, *Proposal for a Council Framework Decision on the European Evidence Warrant for obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters*, COM(2003) 688 final, 14.11.2003, Brussels. Available at: www.statewatch.org/news/2004/mar/com-2003-688.pdf

[10] Council of the European Union, European Commission, Action *Plan implementing the Hague Programme*, 9778/2/05 REV 2, 10.6.2005, Brussels. Available at: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/doc/action_plan_jai_207_en.pdf

[11] Official Journal of the European Communities L 350/72. 30.12.2008, *Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data for use in proceedings in criminal matters*, Available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:350:0072:0092:EN:PDF

and Fundamental Freedoms[12] in relation to trial within reasonable time. The EEW will coexist in tandem with the mutual assistance procedures, at least for a transitional time, until the mutual recognition regime completely replaces the mutual assistance principle.

2. DEFINITION AND SCOPE

Article 1 and 2 of the Framework Decision provide definitions in relation to the EEW, issuing state and authority, and executing state and authority. The EEW is defined as a judicial decision issued by a competent authority of a member state with a view to obtaining objects, documents and data from another member state for use in proceedings in criminal matters, or where administrative or other type of decision punishable under national law may give rise to proceedings before a court having jurisdiction in criminal matters. The EEW must be executed on the basis of the principle of mutual recognition. It is issued in a standard form (included in an Annex to the Framework Decision) and must be translated into an official language of the executing state.

An issuing state is the member state where the EEW was issued while issuing authority means a judge, a court, an investigating magistrate, a public prosecutor or any other judicial authority defined by the issuing state as a competent authority. There is no possibility for the police, custom, border or administrative authorities to issue an EEW. An executing state is the member state in whose territory the objects, documents or data are located or, in the case of electronic data, directly accessible under its national law. Executing authority is a competent authority that can recognize or execute an EEW.

Article 7 of the Framework Decision stipulates that the EEW may be issued only if both of these conditions are met:

a. obtaining the objects, documents or data sought is necessary and proportionate for the purpose of criminal proceedings or other types of proceedings that can give rise to criminal proceedings; and

b. the objects, documents or data can be obtained under the law of the issuing State in a comparable case if they were available on the territory of the issuing State, even though different procedural measures might be used.

Gathering evidence can include obtaining objects, documents or data from a third party, from a search of premises, historical data on the use of any

[12] Council of Europe, 4.11.1950. Available at: http://www.echr.coe.int/nr/rdonlyres/d5cc24a7-dc13-4318-b457-5c9014916d7a/0/englishanglais.pdf

services (including financial transactions), historical records of statements, interviews and hearings, and other records, including the results of special investigative techniques.

Article 4 states that an EEW can not be issued for the purpose of requiring the executing state to:

a. conduct interviews, take statements or initiate other types of hearings involving suspects, witnesses, experts or any other party;

b. carry out bodily examinations or obtain bodily material or biometric data directly from the body of any person, including DNA samples or fingerprints;

c. obtain information in real time such as through the interception of communications, covert surveillance or monitoring of bank accounts;

d. conduct analysis of existing objects, documents or data; and

e. obtain communications data retained by providers of a publicly available electronic communications service or a public communications network.

However, if the above mentioned objects, documents or data are already in the possession of the executing authority, the issuing state can order the executing state to transmit them. This solution opens up the possibility for police interviews or statements conducted in the past to be transmitted, but it does not allow the persons interrogated (suspects, witnesses or experts) to change or alter their statements. It is therefore questionable if such evidence can be effectively used in the courts of the issuing state.

3. PROCEDURES AND SAFEGUARDS

The Framework Decision on the EEW prescribes the formal procedure under which the EEW may be issued. It deals with the formalities relating to recognition and execution of an EEW which are to be followed by both the issuing and the executing state. Safeguards are also prescribed and the grounds for non-recognition and non-execution are consequently listed. It furthermore addresses cases falling under the principle of double criminality and sets deadlines for recognition, execution and transfer of evidence.

According to Article 8, the transmission of an EEW shall take place directly between competent authorities of the issuing and the executing state. Each member state may designate one (or more than one) central authority to assist the competent authorities. Any competent issuing authority can use

the secure telecommunications system of the European Judicial Network[13] if it so wishes.

Protection of personal data is provided by the Council of Europe Convention for the protection of individuals with regard to the automatic processing of personal data.[14] Additional protection is also afforded by the Convention on mutual assistance in criminal matters between the member states of the EU (Article 23).

3.1 RECOGNITION AND EXECUTION

Article 11 stipulates that the executing authority must, without further scrutiny, recognize an EEW, and take the necessary measures without delay for its execution in the same way as that authority would obtain the objects, documents or data under its domestic law in relation to the procedure of obtaining evidence. Each member state must ensure:

a. that any measures which would be available in a similar domestic case in the executing state are also available for the purpose of the execution of the EEW; and

b. that measures, including search or seizure, are available for the purpose of the execution of the EEW.

If the issuing authority is not a judge, a court, an investigating magistrate or a public prosecutor and the EEW has not been validated by one of those authorities in the issuing state, the executing authority may, in the specific case, decide that no search or seizure may be carried out for the purpose of the execution of the EEW. Before so deciding, the executing authority is obliged to consult the competent authority of the issuing state.

3.2 GROUNDS FOR NON-RECOGNITION AND NON-EXECUTION

Article 13 provides that recognition or execution of the EEW may be refused in the executing state:

a. if its execution would infringe the ne bis in idem principle;[15]

---

[13] Network of EU national contact points for the facilitation of judicial co-operation in criminal matters.

[14] Council of Europe, European Treaty Series - No. 108, 28.1.1981. Available at: http://*conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/108.doc*

[15] Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence.

b. if, in double criminality cases (see below) the EEW relates to acts which would not constitute an offence under the law of the executing state;

c. if it is not possible to execute the EEW by any of the measures available to the executing authority in the specific case;

d. if there is an immunity or privilege under the law of the executing state which makes it impossible to execute the EEW;[16]

e. if the issuing authority has not been validated as a competent authority;

f. if the EEW relates to criminal offences which:

   i. under the law of the executing state are regarded as having been committed wholly or for a major or essential part within its territory, or in a place equivalent to its territory; or

   ii. were committed outside the territory of the issuing state, and the law of the executing State does not permit legal proceedings to be taken in respect of such offences where they are committed outside that state's territory;

g. if, in a specific case, its execution would harm essential national security interests, jeopardize the source of the information or involve the use of classified information relating to specific intelligence activities; or

h. if the form provided for in the Annex is incomplete or manifestly incorrect and has not been completed or corrected within a reasonable deadline set by the executing authority.

Recognition and execution may also be rejected if the executing authority objectively believes that an EEW was issued for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his or her sex, racial or ethnic origin, religion, sexual orientation, nationality, language or political opinions, or that the person's position may be prejudiced for any of these reasons. Such a request would be in contradiction to Article 6 of the Treaty on the European

[16] No universal definition of *immunity* or *privilege* exists in the EU. The definition of these terms is left to national laws of every member state separately.

Union[17] and would infringe the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[18] (see Chapter VI).

3.3 DOUBLE CRIMINALITY

The principle of double criminality stipulates that the alleged crime for which the EEW was issued must be criminal in both the issuing and the executing states. Article 14 provides that the recognition or execution of the EEW shall not be subject to verification of double criminality unless it is necessary to carry out a search or seizure. If it is necessary to carry out a search or seizure for the execution of the EEW, offences punishable in the issuing state by a custodial sentence or a detention order for a maximum period of at least three years, shall not be subject to verification of double criminality under any circumstances. These offences are:

- participation in a criminal organization	- swindling
- terrorism	- racketeering and extortion
- trafficking in human beings	- counterfeiting and piracy of products
- corruption	- forgery of means of payment
- fraud	- murder, grievous bodily injury
- laundering of the proceeds of crime	- organized or armed robbery
- counterfeiting currency	- trafficking in stolen vehicles
- computer-related crime	- rape
- environmental crime	- arson
- forgery of administrative documents and trafficking therein	- crimes within the jurisdiction of the International Criminal Court
- illicit trade in human organs and tissue	- unlawful seizure of aircraft/ships

[17] Official Journal of the European Communities C 191 29.07.1992. Available at:

http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/tif/JOC_1992_191__1_EN_0001.pdf

[18] Official Journal of the European Communities C 364/1. 18.12.2000. Available at: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

- racism and xenophobia	- sabotage
- illicit trafficking in nuclear or radioactive materials	- illicit trafficking in hormonal substances and other growth promoters
- kidnapping, illegal restraint and hostage-taking	- illicit trafficking in cultural goods, including antiques and works of art
- sexual exploitation of children and child pornography	- facilitation of unauthorized entry and residence
- illicit trafficking in weapons, munitions and explosives	- illicit trafficking in narcotic drugs and psychotropic substances

The Framework Decision opens up the possibility for further offences to be added to the list should the Council and Parliament consider this necessary. It is stated in the Framework Decision that the condition of double criminality will be further examined by the Council in 2014. If the Council (after obtaining consent by the Parliament) so decides, the principle of double criminality might be completely abolished. In such case, a competent authority in one member state will be allowed to order a competent authority in another member state to provide evidence even though the offence for which the evidence is required is not a crime in the executing state.

Abortion is one example which can illustrate the principle of double criminality in this context. Although a small number of member states criminalize abortion, under the current legal framework, it will not be possible for them to issue an EEW and request search and seizure of evidence in connection to abortion from a member state that considers abortion legal. Issuing an EEW for all type of criminal offences will become possible only if the principle of dual criminality is abolished in the future.

At the time of the negotiations in relation to the Framework Decision on the EEW, the Netherlands feared that it might get swamped by evidence warrants in relation to purchase of drugs. Germany on the other hand was worried about the lack of definitions for six particular crimes (terrorism, sabotage, extortion, racism and xenophobia, racketeering, and computer crime) which are not subject to verification of double criminality. In order to reassure the Netherlands, one more ground for non-recognition was added stating that an EEW might be refused if the alleged offence was committed wholly or for a major or essential part on the territory of the executing state. Germany secured a five years opt-out for the mentioned crimes and will be free to decide whether they are criminal offences under German law.

3.4 DEADLINES FOR RECOGNITION, EXECUTION AND TRANSFER

Article 15 of the Framwork Decision on the EEW prescribes the deadlines for recognition and execution of an EEW as well as for the transfer of the requested evidence. If the competent authority of the executing state decides to refuse recognition or execution of an EEW it must, no later than 30 days after the receipt of the EEW, inform the authority of the issuing state. If, on the other hand, an EEW was recognized and accepted, the executing authority must take possession of the objects, documents or data and transfer them without delay, no later than 60 days after the receipt of the EEW. If, in a specific case, there are justified reasons for delaying the transfer of the evidence, the executing authority is obliged to inform the issuing authority giving the reasons for the delay and the estimated time needed for the action to be taken. When transferring the objects, documents or data obtained, the executing authority is supposed to indicate whether it requires them to be returned to the executing State as soon as they are no longer required by the issuing State.

3.5 LEGAL REMEDIES

Article 18 deals with the legal remedies. Member states must put in place the necessary arrangements to ensure that all interested parties, including bona fide third parties, have legal remedies against the recognition and execution of an EEW in order to preserve their legitimate interests. The action is to be brought before a court in the executing state in accordance with the law of that state. The substantive reasons for issuing the EEW may be challenged only in an action brought before a court in the issuing state. If the action is brought in the executing state, the judicial authority of the issuing state must be informed thereof and of the grounds of the action, so that it can submit the arguments that it deems necessary. It shall also be informed of the outcome of the action. The executing state may suspend the transfer of objects, documents and data pending the outcome of a legal remedy.

4. FUTURE PROSPECTS AND CONCLUSIONS

In June 2009, the European Commission circulated a Communication titled "An area of freedom, security and justice serving the citizen"[19] to the Council and Parliament. In the view of the Commission the Union is establishing a comprehensive system for obtaining evidence in cross-border cases. It calls for a "real" European evidence warrant to replace all the existing legal instruments in this field. It envisages further regulation of the

[19] European Commission, COM (2009) 262 final, 10.6.2009. Available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0262:FIN:EN:PDF

procurement and transfer of evidence including electronic evidence, court videoconferencing and scientific evidence.

In November 2009, the Commission published a Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility.[20] According to the text, the fact that procurement and transfer of evidence is regulated both by mutual recognition and mutual assistance principles could result in confusion between practitioners who might not use the most appropriate instrument for the evidence sought. The best solution would therefore be adoption of a single instrument which would replace the existing legal regime for procurement of evidence. This new instrument would be based solely on the principle of mutual recognition principle and would cover all types of evidence. This practically means abolishment of the dual criminality rule and a possibility to request evidence that does not already exist. Taking of statements from suspects, witnesses and experts in real time, or ordering real time interception of communications or monitoring of bank accounts would also become possible.

The EEW offers a simplified and accelerated procedure for procurement and transmission of evidence between the member states of the EU. It has a potential to assist the fight against crimes with cross-border element. This legal instrument will coexist in tandem with the mutual assistance procedures, at least for a transitional time, until the mutual recognition regime completely replaces the mutual assistance principle. It is regrettable that, at this stage, it does not cover taking of statements from suspects, witnesses and experts as they play an important role in criminal procedure cases. High level of trust between the member states will be required for proper implementation of the Framwork Decision on the EEW. The risk that some states might be trusted more than others, depending on the quality of their judicial system and the prevalence of the rule of law, is a real one and practice might prove that not all of the member states will benefit equally from the EEW.

It might be argued, on the other hand, that the EEW erodes state sovereignty in the sphere of criminal law by allowing judicial orders issued by other states' authorities to be considered as legal and binding by domestic authorities. Without the possibility to scrutinize an EEW issued by another member state, the executing state might be compelled to lower its level of legal protection in order to satisfy a request. Regarding double criminality cases, the executing state will be obliged to provide evidence for offences that are not considered criminal under its national law. If the double criminality rule is abolished, authorities of the executing state will have to

[20] European Commission COM(2009) 624 final, 11.11.2009, Available at:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0624:FIN:EN:PDF

conduct search and seizure even for those offences that are not punishable in their state. The procedure of obtaining such evidence, although illegal in the executing state, will become legal following a request by another EU member state. This brings up the question of legal certainty and the protection of constitutional rights of the citizens in the executing state.

Contact – email
vstojanovski@justice.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE JUDICIAL DOCTRINE OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE LIGHT OF THE KADI CASE

NADĚŽDA ŠIŠKOVÁ

Jean Monnet Chairholder in EU Law, Faculty of Law, Palacký University in Olomouc, Czech Republic

Abstract in original language
Abstract
The contribution deals with the latest significant judgment of Luxembourg Court related to the human rights protection. The author follows the example of two diametric different judgments of the Court of First Instance and European Court of Justice related to the development of the judicial doctrine of fundamental rights at the level of EC/EU.

Taking into the account the arguments in the opinion of General Advocate Poiares Maduro and ratio decidendi of the Court of Justice it is possible to consider that Solange method was used by the Court, which was inspired by the approach of the German Constitutional Court in International Handelsgesellschaft (so called Solange case).

Key words
European Court of Justice; Court of First Instance; fight against the international terrorism; Resolution of the United Nations Security Council; Sanctions Committee; Judicial doctrine of fundamental rights; procedural safeguards of human rights.

1. INTRODUCTORY OUTPOINTS

The Judgment of the European Court of Justice in the joint cases Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation versus Council of European Union and Commission of European Communities[1] was declared by Grand Chamber on the 3rd of September 2008 and immediately became the object of the enormous attention from the side of the wide public.

This case is remarkable and outstanding in many respects and can be evaluated from the different points of view and inside various dimensions:

1. concerning the relationship of European and International law in general

2. concerning the acceptation of the authority of the Resolutions of the United Nations Security Council for the another international organization

[1] Judgment of ECJ in Joined cases C-402/05 and C 415/05 Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission, ECR (2008)

3. from the point if view of efficiency of the measures of the international fight against terrorism

4. from the point of view of the European Union's common foreign and security policy (CFSP)

This contribution will deal with another aspect of this case, especially its importance for further development of the Judicial doctrine of fundamental rights and future direction of human rights protection in the European Union area. Despite the fact that at the very beginning of the European integration the ECJ refused to solve cases with human rights dimension and referred them to the national courts of the member states, starting with the Stunder Case (1969)[2], the court has created a wide and extensive corpus of cases which formulates concrete rights, as well as determines the conditions for their realization. This judicial doctrine gathers from 3 main sources of its inspiration:

1. constitutional traditions of the Member states

2. international treaties in the field of human rights

3. case-law of the European Court of Human Rights[3].

The Kadi case enriches this list by one more source of inspiration, as will be proved further.

2. SOME INFORMATION ABOUT THE BACKGROUND OF THE CASE

Appellants Yassin Abdullah Kadi (citizen of Saudi Arabia) and Al Barakaat International Foundation (with residence in Sweden) lodged appeals against the judgments of the Court of the First instance of 21st September 2005 in the cases T-315/01 Kadi and case T-306/01 Al Barakaat v. Council and Commission. In both judgments the Court of First Instance dismissed an application for annulment of Council Regulation No 881/2002 of May 27th 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Queda network and the Taliban. The contested regulation reflected 3 resolutions of

[2] Judgment of ECJ 29/69 Stauder v. Ulm, ECR (1969), 419

[3] Siskova, N.: Actual Issues of the Creation of Constitutionalism in the Field of Human Rights at the EU level and its Prospects in the list of the relevant rights formulated by the Court; Siskova, N.: Dimenze ochrany lidských práv v Evropské unii, second edition, Linde, Prague, 2009, p. 90-93

Siskova, N., ed.: The process of Constitutionalisation of the EU and Related Issues, Europe Law Publishing, Groningen, 2008, p. 8

the United Nations Security Council[4], which provide, inter alia, that all the States are to take measures to freeze the funds and other financial assets of individuals and entities associated with Bin Laden, the Al-Queda and the Taliban, as designated by a Committee of the Security Council composed of all its members (so called Sanctions Committee). The Sanctions Committee under these Resolutions obtained the competence to issue the list of the persons and entities that were to be subjected to the freezing of funds. The names of appellants were added to the list by the Sanctions Committee on the 17th October and 9th November 2001. The mentioned list including the names of appellants was taken over by the Council and attached to the Regulation 881/2002 in the form of Supplement No 1.

Kadi who was very well situated businessman and Al Barakaat which was a rich legal person, after putting on the mentioned list became without any financial means.

Al Barakaat Foundation before the Court of First Instance put forward three grounds of annulment:

1. alleged that Council was incompetent to adopt the contested regulation
2. alleged infringement of Article 249 and
3. alleged breach of their fundamental rights.

Mr. Kadi put these grounds for annulment inter alia:

1. for infringement of the right to be heard
2. for infringement of the right to respect property and principle of proportionality
3. for infringement of effective judicial review

3. RACIONE DECIDENDI OF THE JUDGMENT OF THE ECJ

Concerning the alleged infringement of the fundamental rights, the Court of First Instance in its judgment decided to examine firstly the relationship between the international legal order represented by the acts of the United Nations in this case and the national legal order, respectively of the Community legal order. In this respect the Court of First Instance declared that the Security Council resolutions adopted under Chapter VII of the UN Charter prevail over the rules of the Community law. The Court essentially found that Community law recognises that Security Council resolutions take precedence over the Treaty.

[4] Resolutions 1267/1999 (5), 1333(2000) (6) and 1390 (2002) (7) of the United Nations Security Council

Secondly the Court of First Instance declared that it had neither authority nor power to review, even indirectly, the Security Council Resolutions in order to assess their conformity with fundamental rights as protected by Community legal order, in so far as those rights formed part of the principle of jus cogens.

On the contrary, the European Court of Justice declared that the obligations imposed by an international agreement cannot have the effect of prejudicing the constitutional principles of the EC Treaty, which include the principle that all Community acts must respect fundamental rights, thus constituting a condition of lawfulness of the Community acts, and measures incompatible with the respect for human rights are not acceptable in the Community.

According to the opinion of Advocate General Poiares Maduro the Court of First Instance made an error when concluded that it has no power to review the Regulation in the light of fundamental rights as the general principle of the Community Law. “The fact that the measures are intended to suppress international terrorism should not inhibit the Court from fulfilling its duty to preserve the rule of law.” “There is no reason for the Court to depart in the present case from its usual interpretation of fundamental rights... The only novel question is whether the concrete needs raised by the prevention of international terrorism justify restrictions on the fundamental rights of the appellant that would otherwise not be acceptable.”

Advocate Maduro underlines the specific features of this case as follows: “The problem facing the appellant is that its financial interests within the Community have been frozen for several years without limit of time and in conditions where there appear to be no measures and without adequate means for appellants to challenge the assertion that it is involved in supporting terrorism. The indefinite freezing of someone´s assets constitutes a far-reaching interference with the peaceful enjoyment of property. The consequences for the person or entity concern are potentially devastating.”

Later on General Advocate stressed the necessity to have procedural guaranties which require the authorities to justify such measures and demonstrate their proportionality, not merely in the abstract, but in the concrete circumstances of the given case. “The Commission rightly points out that the prevention of international terrorism may justify restrictions on the right to property. However, that doesn´t ipso facto relieve the authorities of the requirement to demonstrate that those restrictions are justified in respect of the person or entity concerned. Procedural safeguards are necessary precisely to ensure that it is indeed in this case. In the absence of those safeguards, the freezing of assets for an indefinite period of time infringes the right to property.”

Other two rights, which are mentioned by the appellants, both the right to be heard and right to effective judicial review constitute fundamental rights that form the part of the general principles of Community law. In the present cases the Community institutions had not afforded any opportunity to the

appellant to make known his views on whether the sanction against him are justified and whether they should be kept in force. The existence of the delisting procedure at the level of the United Nations offers no consolation in this respect, as it creates a matter of purely intergovernmental consultation.

This de-listing procedure does not provide even minimal access to the information on which the decision was based to include the petitioners in the list. In fact, access to such information is denied regardless of any substantiated claim to the need to protect its confidentiality. In that sense, respect for the right to be heard is directly relevant to ensuring the right to effective judicial review. Procedural safeguards at the administrative level can never remove the need for subsequent judicial review. Yet, the absence of such administrative safeguards has significant adverse affect on the appellant's right to effective judicial protection.

In Poiares Maduro´s opinion, the right to effective judicial protection holds a prominent place in the firmament of fundamental rights and that is why it is unacceptable in a democratic society to impair the very essence of that right. As a result of this denial, there is a real possibility that the sanctions taken against the appellant within the community law may be disproportional or even misdirected, and might remain in place indefinitely. The Court has no way of knowing whether that is the case in reality, but the mere existence of that possibility is anathema in a society that respects the rule of law.

Later on, the General Advocate gave one more persuasive argument and the reason for the annulment of the contested Regulation. In particular he pointed out that the decision whether or not to remove a person from the United Nations Sanctions list remains within the full discretion of Sanction Committee – a diplomatic organ. In those circumstances, it must be held that the right to judicial review by an independent tribunal has not been secured at the level of the United Nations. As a consequence, the Community institutions cannot dispense with proper judicial review proceedings when implementing Security Council resolutions in question within the Community legal order.

The European Court of Justice shared the opinion of Advocate General Maduro concerning the fact that the contested Regulation infringes the rights of the appellants to be heard, the right to judicial review and the right to property is well founded. So it set aside the judgments of the Court of First Instance and annulled the Council Regulation as so far as it concerns Mr. Kadi and Al Barakaat International Foundation.

4. THE SIGNIFICANCE OF THE JUDGMENT FOR THE DOCTRINE OF FUNDAMENTAL RIGHTS.

As it was mentioned before, the Kadi case raised a huge wave of reactions on the side of jurisprudence. Although the references were in most cases very positive, some negative responses were also heard.

Especially the famous author in the field of European Law, Grainne de Burca, in her analysis, which was prepared immediately after the declaration of the judgment, pointed out several negative implications. In this respect she states that "the robustly pluralist approach of the ECJ to the relationship between EU law and International law in Kadi represents a sharp departure from the traditional embrace of international law by European Union. It is an approach which carries certain costs for EU and international legal order in the message its sends to the court of the other states and organizations contemplating the authority of the Security Council resolutions. ECJ approach carries the risk of undermining the image the EU as a virtuous international actor which maintains a distinctive commitment to international law and institutions."[5]

Without prejudice to all these negative implications in the field of international law and policy, it must be stressed the enormous importance of this judgment for further development of the Judicial doctrine of fundamental rights.

The Court in the Kadi case formulated de facto the supremacy principle of fundamental rights over the acts of all international organizations (United Nations included). Moreover, the Court reserved its power to review the legality of the acts of other international organizations concerning their conformity with the level of the human rights protection guaranteed by the Community law. It is quite obvious that the approach of the German Constitutional Court in the International Handelsgesellschaft case was taken into consideration by the ECJ, and it is even possible to suppose that the Solange method[6] was used in the Kadi case.

From this point of view one more source of inspiration for the Court can be indicated: the rationes decidendi of the jurisprudence of the Constitutional Courts of the member states.

Contact – email
Nadezda.Siskova@upol.cz

[5] De Burea, G.: The EU, the European Court of Justice and the International Legal order after Kadi, Harvard International Law Journal, Vol. 1, No 51, 2009

[6] see Nikolaos Lavranos: Towards a Solange-Method between international courts and tribunals? in Broude, T., Shany, Y.: The Shifting Allocation of Authority in International Law, Hart Publishing, Oxford, 2008

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE IN CRIMINAL MATTERS

MICHAEL ŠVARC

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno

Abstract in original language
Práce se zaměří na judikaturu ESD v trestních věcech. Bude pracovat s hypotézou, že ESD podporuje při řešení sporů institucí v oblasti trestního práva spíše nadnárodní instituce na úkor mezivládní Rady EU. Na úvod práce stručně vymezí pojem institucionálních sporů v EU ve sféře trestního práva. Poté přistoupí k zevrubnějšímu rozboru vybraných klíčových rozsudků ESD v této oblasti. Nakonec dospěje k závěru, zda skutečně platí, že ESD podporuje v předmětných sporech institucí spíše nadnárodní instituce, respektive poukáže na limity takové „podpory".

Key words in original language
Evropský soudní dvůr; spory institucí; řízení o neplatnost; řízení o předběžné otázce.

Abstract
This paper will focus on the case-law of the ECJ in criminal matters. It will elaborate on the hypothesis that the ECJ, while resolving disputes among Union institutions, supports supranational institutions to the expense of the intergovernmental EU Council. Firstly, the term of institutional disputes within the sphere of criminal law will be briefly introduced. Thereafter, more in-depth analysis of the crucial judgments of the ECJ in this area will follow. Finally, the conclusions will be drawn as to whether the ECJ supports the supranational institutions, respectively the limits of such a support will be stressed.

Key words
European Court of Justice; institutional disputes; the annulment procedure; the preliminary ruling procedure.

1. INTRODUCTION

In this paper I will focus on the case-law of the European Court of Justice (ECJ) in criminal matters. However, I will not elaborate on the whole and broad area of the case-law, which relates to the criminal law and goes back to the 1980s or even 1970s, but I will rather limit this paper to the more recent case-law, respectively four "leading" cases, involving institutional disputes among Union institutions, both the clear and disguised ones. These disputes will be demonstrated on two cases within the annulment procedure (of the Union acts) in the case of clear institutional disputes and on other

two cases within the preliminary ruling procedure in the case of disguised institutional disputes.

The aim of this paper, will be to prove the hypothesis, asserting that the ECJ, while resolving such disputes, is ready to support rather supranational institutions like the European Commission (Commission) and European Parliament (EP) to the expense of the intergovernmental Council of the European Union (Council), representing the will and interests of the Member States. In this respect, on the one hand the legal techniques used (i.e. the prevailing methods of interpretation such as teleological and effet utile line of reasoning) by the ECJ, resulting from its position and role within the EU legal framework, justifying such a "support" will be emphasized, on the other hand the limits of such a "support" will be stressed as well. Finally, also perspectives of the ECJ jurisprudence within the criminal area in the "lisabonised" world will be sketched briefly at the very end of this paper.

2. THE ROLE OF THE ECJ IN INSTITUTIONAL DISPUTES WITHIN THE ARE OF CRIMINAL LAW

Since its establishment in 1951, resp. 1957 the ECJ has been playing a huge role in the process of the European integration. In spite of the fact that its role traditionally focused on the case-law pursuing the establishment, resp. maintaining the functioning of the internal market, inter alia by assuring the removal of any forbidden obstacles thereof, its jurisprudence gradually stretched to other areas as well, including the area of the criminal law. Firstly, even at the times, where there was no european criminal law competence of whatsever, it became apparent through the case-law of the ECJ that the criminal law of the Member States is not entirely immune from the influence of the european law and operation of its leading principles, such as the prohibition of discrimination and forbidden restrictions on the exercise of the rights to free movement (which might result in duty not to criminalize) or the requirement for effective and equivalent protection (which might result on the other hand in de facto duty to criminalize).[1]

Later on with the entry into of force of the Maastricht Treaty, respectively the Amsterdam Treaty, which brought a kind of genuine EU criminal law competence (at least as regards certain aspects of substantive criminal law but also as regards the field of judicial cooperation in criminal matters as such) the role of the ECJ in the field of criminal law was furthermore substantially enhanced. The ECJ acquired inter alia the competence to rule on the legality of the acts (among which the harmonising framework decisions were deemed to be probably the most important ones) adopted in

[1] See, Kmec, J.: Evropské trestní právo. Mechanismy europeizace trestního práva a vytváření skutečného evropského trestního práva, Praha: C.H.Beck, 2006, s. 110-117, 102 - 109.

the framework of the so-called annulment procedure within the sphere of judicial cooperation in criminal matters according to article 35(6)TEU, largely inspired by art. 230 TEC (whereby, however, naturally the acts at stake differed as well as those entitled to instigate such a procedure). The ECJ was granted also power to rule within the preliminary ruling procedure on the validity and interpretation of the enumerated acts, including the framework decisions, as provide for in art. 35 (1) TEU. This competence was inspired by art. 234 TEC. However, it was limited in comparison to the "Community preliminary ruling procedure". Within the context of the "Union third pillar", the preliminary rulings competence of the ECJ and its scope was made conditional upon the declaration of the respective Member States according to art. 35(2,3) TEU.

Both of the above mentioned procedures might serve as a basis for further analysis of institutional disputes which occured within the EU criminal law sphere. These disputes might be divided into two categories. The first might be represented by so-called clear institutional disputes. The second by the so-called disguised institutional disputes. While the former can be identified from the cases within the annulment procedure, where the Union institutions stand and "fight" directly against each other, the latter - so-called disguised institutional disputes - might by revealed from the cases within the preliminary ruling procedures, whereby Union institutions - typically the Commission - and Member States, which might be regarded as representing the will of the Council, only intervene, respectively submit their observations.

2.1 THE ROLE OF THE ECJ IN CLEAR INSTITUTIONAL DISPUTES

2.1.1 ENVIRONMENTAL CRIMES CASE

On 27 January 2003 the Council adopted the framework decision on the protection of the environment through criminal law. On 15 April 2003 the Commission, supported by the EP, brought an application for annulment of this framework decision against the Council, which was supported by 11 Member States. On 13 September the ECJ delivered its judgment in this case.[2] The ECJ annuled the challenged framework decision. The supranational institutions represented by the Commission and the EP could celebrate a victory. The Council on the other hand was a loser in this "battle." Which arguments were brought in front of the ECJ by both sides and what was the reasoning of the ECJ, while resolving this dispute?

The Commission challenged the Council´s choice of art. 34 TEU, in conj. with art. 29 and 31(e) TEU, as the legal basis for the framework decision at

[2] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005.

stake, respectively its articles 1 - 7 (the Commission admitted, however, that such a challenge should not be applicable to jurisdictional or extradition issues as such).[3] The Commission argued that there was a Community competence under art. 175 TEC (representing EC environmental competence) to require Member States to prescribe criminal penalties for infringements of Community environmental-protection legislation, if this were to be recognised as necessary for ensuring effectiveness of that legislation.[4] And because this was the case according to the Commission and bearing in mind the aim and content of the challenged legislation, which was in the view of the Commission the protection of the environment, the instrument should had been adopted under art 175 TEC. The EP fully supported the stance of the Commission.[5] In this respect, one must be fully aware of the motivation of the former, which has no co-legislative competence under the "third pillar" of the EU by contrast to its fully fledged legislative prerogatives within the Community competences (at least as a rule in most of the areas, including the environmental competence according to art. 175(1) TEC).

On the other side of the barricade there were completely opposite arguments of the Council. The Council asserted that there was no explicit Community competence in criminal matters at all and similarly no such competence could be implied in any case either, given the considerable significance of criminal law for the sovereignty of the Member States.[6] More importantly, the Council also pointed to the fact, that any criminal law regulation, including the harmonisation of substantive criminal law, was meant to be restricted to the EU third pillar.[7] The Council finally stressed that the aim and content primarily focused on a kind of criminal law harmonisation. At any rate, the Council was of the view that the sole fact that the environmental protection might be well regarded as an objective of the challenged instrument cannot serve as a basis for the Community implied criminal law competence.[8]

---

[3] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 18.

[4] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 19.

[5] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 25.

[6] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, points 26, 27.

[7] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 29.

[8] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 34.

The ECJ followed the below sketched line of reasoning, when resolving the dispute put in front if it. At the very beginning, the ECJ emphasized that according to art. 47 TEU nothing in the TEU is to affect the TEC.[9] As a result, the ECJ assumed the task to check, whether art. 175 TEC could have been a proper legal basis in this case, as the Commission and the EP argued. In this respect the ECJ firstly scrutinized, whether the content and aim of the challenged instrument was the protection of the environment. And it held in affirmative.[10] Secondly, the ECJ ruled on the implied competence to criminal regulation within the field at stake. In this regard, the ECJ stated that as a general rule, neither criminal law nor the rules of criminal procedure fall within the Community's competence.[11] However, the ECJ did not stop here, but went further on to hold that the Community legislature is not prevented to adopt measures which relate to the criminal law of the member states 1) which it considers necessary in order to ensure that the rules which it lays down (on environmental protection) are fully effective and 2) where the application of effective, proportionate and dissuasive criminal penalties by the competent national authorities is an essential measure (for combating serious offences).[12] Also in this respect the ECJ held that the requirement for the criminal-law measure to be necessary and essential was fulfilled in this case and therefore the challenged instrument should had been adopted under art. 175 TEC and not under art. 34 TEU (in conj. with art. 29 a 31(e) TEU). Consequently, the ECJ annulled the framework decision, basically on the ground of forbidden interference with art. 47 TEU, respectively art. 175 TEC.[13]

In my view, the ECJ in this case clearly "backed" the supranational perspective, which was suggested by the Commission, to the expense of the intergovernmental perspective, represented by the Council. In fact, the ECJ followed and confirmed the main arguments of the Commission, especially those relating to the need for ensurance of the effectiveness of adopted "first pillar" rules through criminal law. The ECJ also clearly stressed the importance of art. 47 TEU, whereby in my view a kind of "in dubio pro communataire" doctrine was established, resting on the idea, that wherever within the Community pillar the competence, even the implied one, might

---

[9] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 38.

[10] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, points 46, 47, 51.

[11] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 47.

[12] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 48.

[13] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes," 13.9.2005, point 53.

be inferred, there is no place for any competence within the EU third pillar. This pronounced supremacy among pillars seems to me somehow problematic and not entirely persuasive, especially in connection with a very broad and extensive ECJ approach towards the Community implied competences, as introduced in the analysed case. Furthermore, in my opinion, the arguments raised by the Council were not also properly settled, especially as regards the Council's assertion, that the exercise of the (substantive) criminal law competence should be possible only within the "Union third pillar" (following this logic: where the explicit powers were granted in the third pillar, there should be no place for implied powers on the same subject to be inferred elsewhere within the first pillar).[14] Finally, as regards the requirement of necessity of the criminal law regulation, the ECJ seems to grant a great leeway for legislator in this respect, without resorting to any objective and genuine test of such a necessity.[15] In principle the political appraisal of such a necessity by the legislator seems to be sufficient. To sum up the ECJ in my view showed in this case a great tendency to support the supranational institutions, represented by the Commission and the EP, to the expense of the intergovernmental Council. More specifically, the ECJ showed, while interpreting, that the explicit rules adopted as well as the historic or even actual intentions of the drafters of the challenged instrument might not be decisive at all, but rather teleological interpretation focused on the ensurance of the effectivity of the rules adopted might prevail. However, the ECJ did not specifically elaborated more deeply on the nature, extent, scope and intensity of the criminal law regulation in the first pillar. In this respect, three main questions remained unresolved. Which criminal measures might be adopted? Do these relate only to the definition of the criminal offenses, setting of the framework criminal penalties and liability of both natural and legal persons, even within the phase of instigation, aiding, abetting of the particular offence or are there also other measures, which might be validly adopted in the first pillar either (investigation, prosecution, jurisdictional, extradition questions)? Which areas of Community law might form the basis for the implied criminal competence? Should the implied criminal competence in this respect restrict only to the competence in environmental protection, because of its cross-cutting nature and because such protection constitutes

[14] See in this respect, Bříza, P., Švarc, M. Komunitarizace trestního práva v Lisabonské smlouvě a její (případná) reflexe v právním řádu ČR. Trestněprávní revue, Nakladatelství C.H.Beck, Praha, 2009, č. 6, s. 162, whereby the view is defended that the list in art. 31(e) is not an exclusive but rather demonstrative one. However, see also: Tobler, Ch. Case C-176/03, Commission v. Council, judgment of the Grand Chamber of 13 September 2005, Common Market Law Review, 2006, No. 43, p. 844, footnote 23, referring to: Weyembergh, A.: Approximation of criminal laws, the constitutional treaty and the Hague programme. Common Market Law Review, 2005, No. 24, p. 1569.

[15] See, critically in this respect, Tobler, Ch. Case C-176/03, Commission v. Council, judgment of the Grand Chamber of 13 September 2005, Common Market Law Review, 2006, No. 43, p. 850.

and essential objective of the Community as such. Or should such competence stretch further to (at least) all other harmonised Community areas (such as intellectual property policy area or transport policy area etc.)? And finally - should the criminal law regulation within the first pillar be very limited or is there a room for a more intensive and deeper regulation, involving e.g. the type and level of the criminal penalties prescribed? Another case of the ECJ on Ship-source pollution shed some light on these issues.

2.1.2 SHIP-SOURCE POLLUTION CASE

On 12 July 2005 - at the time before the delivery of the above referred judgement - the Council adopted framework decision to strengthen the criminal-law framework for the enforcement of the law against ship-source pollution. On 8 December 2005 the Commission, obviously encouraged by the ECJ ruling on Environmental Crimes Case, raised application for annulment of that framework decision according to art. 35(6) TEU against the Council. While the Commission was supported in this action - not surprisingly - again by the EP (however there was a slight difference among these two supranational institutions as regards the breath of measures allowed to be adopted under the first pillar, where the EP seemingly employed a more cautious stance[16]), the Council was backed by 19 Member States, the vast majority of 25 EU Member States at that time. The judgment in this case was delivered by the ECJ on 23 September 2007.[17] The challenged framework decision was again annulled. However, the ECJ was also ready to set some clear limits to the Community criminal competence. Specifically, the ECJ explicitly ruled that there is no Community criminal competence as regards the determination of the type and level of criminal penalties to be imposed, which sharply contrasted to the submissions of the Commission in this respect.[18] Such stance of the ECJ - which I highly appreciate - seemingly reflected underlying reasons, such as inter alia the full respect for the coherence of national systems of criminal sanctioning, which were well elaborated within the Opinion to this case by the advocate general (AG) Mazák (as well as AG Colomer in the Environmental Crimes Case).[19]

---

[16] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship-source pollution," 23.10.2007, point 41 compared to point 31.

[17] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship-source pollution," 23.10.2007.

[18] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship-source pollution," 23.10.2007, points 70, 71.

[19] See, Opinion of the Advocate General Mazák to the Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship-source pollution," 23.10.2007, especially points 106, 107, 108.

On the other hand, it must be stressed that in all other aspects the ECJ upheld or even expanded, rather than limited, its former "Environmental crimes Case precedent". The ECJ mainly confirmed again the predominant role of art. 47 TEU, respectively implied community criminal competence (although limited, as shown above), when necessary and essential for ensuring the effectiveness of the community rules adopted.[20] In this specific case, the ECJ furthermore accepted that such a criminal law regulation could had been adopted also within the area of transport policy, respectively maritime safety policy, although the link to the protection of environment in this context was also emphasized.[21] As a result, one could probably believe that such a regulation was allowed in other harmonised areas of community law as well, such as areas like intellectual property law, competition law or illegal immigration.[22]

2.1.3 INTERIM CONLUSIONS

Both of the above analysed cases in my view prove a great tendency of the ECJ to support the supranational institutions, represented by the Commission and the EP, to the expense of the intergovernmental Council. The ECJ showed readiness to annul the Union acts, if these were to encroach upon the Community competences, which might be even extensively inferred as implied criminal competences, if necessary and essential for the effectiveness of the Community rules adopted. However, the ECJ also limited the Community implied criminal law competence by specifically stating that the determination of the type and level of criminal penalties imposed falls outside of such a competence. In this respect, the ECJ demonstrated that its supportive stance towards the supranational institutions might be limited and that it also takes into account the interests and arguments of the intergovernmental Council, representing the Member States. At any rate its teleological and "effet utile" focused interpretation seems to prevail.

---

[20] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship-source pollution," 23.10.2007, points 52, 53, 62, 64, 66, 68, 69.

[21] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship-source pollution," 23.10.2007, point 69.

[22] See, critical reflection on the expansion of the Community criminal comptence to these fileds In: Dawes, A., Lynskey, O.: The ever-longer arm of EC law: The extension of Community cometence into the field of criminal law. Common Market Law Review, 2008, No. 45, p. 131 – 158

2.2 THE ROLE OF THE ECJ IN DISGUISED INSTITUTIONAL DISPUTES

2.2.1 PUPINO CASE

In my view Pupino Case[23] represents a leading case in the area of criminal law. In this case the ECJ was asked by the Italian court within the preliminary ruling procedure under art. 35 TEU to give an interpretative ruling on specific provisions of the framework decision on the standing of victims in criminal proceedings, which related to the special criminal procedure to be employed in respect of vulnerable victims, respectively application of the procedural benefits, such as testifying outside the trial and before it takes place, towards maltreated children. In fact the Italian court probably wanted the ECJ to rule on its duty to the so-called euroconform interpretation, which could seemingly allow for higher protection of maltreated children in comparison with the valid Italian legislation, if strictly interpreted without taking into account the aims of the invoked provisions of the framework decision at stake.

In this case the Commission, in the position of intervening party, respectively the party submitting its observations, supported the view that the framework decisions should operate like directives within the first pillar.[24] Specifically the Commission argued that indirect effect, while being aware that the direct effect is explicitly excluded by art. 34(2)(b,c)TEU, should be confirmed also in relation to framework decisions. By contrast, the majority (although slight) of the Member States (represented by the Italian, British, Swedish and in principle Dutch government), which submitted their observations, and which (for academic purpose of this paper) might be regarded as spelling out the view of the intergovernmental Council, opposed the above mentioned view. Their arguments emphasized inter alia that framework decisions and Community directives shall be deemed as completely different and separate sources of law, and that a framework decision cannot therefore place a national court under an obligation to interpret national law in conformity - an obligation, which was derived by the ECJ case-law concerning Community directives.[25] The ECJ, however, rejected this argument and held quite the opposite, supporting thus the view of the Commission. The ECJ firstly stressed the binding nature of framework decisions, inspired largely by the directives as defined in art. 249

---

[23] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005.

[24] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005, point 31.

[25] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005, point 25.

TEC. As a result the ECJ stated that the binding character of the framework decision places on national authorities, and particularly national courts, an obligation to interpret national law in conformity.[26] Moreover, the ECJ added, that while having jurisdiction in preliminary ruling procedure, this would be deprived of most of its useful effect, if individuals were not entitled to invoke framework decisions in order to obtain a confirming interpretation of national law before the courts of the Member States.[27] Furthermore, the ECJ, without any clear reference in the text of the TEU (unlike Article 10 TEC), went further to pronounce the applicability of the principle of loyal cooperation in this field as well, pointing to both the aim of the Union to create an ever closer Union among the peoples of Europe, where the solidarity shall reign, and the necessity to ensure that the Union may effectively fulfil its tasks.[28] Till this point the ECJ seemed to be supportive - without any reservation - to supranational perspective, introduced by the Commission. However, again here its support was not "blind" and unlimited. The ECJ emphasized the limits to the application of the so-called indirect effect. The ECJ held that such interpretation cannot be contra legem and conflict the principles of legal certainty and non-retroactivity or establish and aggravate criminal liability.[29]

In my view the ECJ in this case again showed a kind of tendency to support rather the supranational perspective to the expense of the intergovernmental one. However, again the application of newly introduced principle of loyal cooperation, respectively indirect effect or euroconform interpretation within the third pillar was subject to a set of clear limits, as enumerated above. Therefore, in my opinion, it might be concluded that the ECJ in this case in principle did not misuse its interpretative power, but applied it in rather quite well balanced than excessive manner. However, I am also well aware of the possible burdensome requirements upon Member States or any other problematic implications, which might be generated by this judgement.[30] Therefore my conclusions hold only in so far as the established

---

[26] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005, point 34.

[27] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005, point 38.

[28] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005, points 41, 42.

[29] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino," 16.6.2005, points 44, 45, 47.

[30] See, for instance Spaventa, E.: Opening Pandora´s Box: Some reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino. European Constitutional Law Review, 2007, No. 3, p. 18 – 22 or Peers, S.: Salvation outside the church: Judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments. Common Market Law Review, 2007, No. 44, p. 921 – 924, where the author comes up with practical examples, for instance that the wrongful detention, prosecution and conviction connected to the double leopardy rules

above mentioned limits are to be fully observed and cautiously applied both by the Member States and the ECJ itself (for instance, the ECJ should be especially restraint, when holding on the conform interpretation and should in no way specifically instruct national courts in a way, which could be objectively perceived as contra legem interpretation).

2.2.2 GÖZUTOK AND BRÜGGE CASE

The last case, which will be dealt with briefly in this paper, concerns the ruling of the ECJ on the ne bis in idem principle, enshrined in art. 54 of the so-called Convention implementing Schengen agreement (CISA), which was integrated into the Union framework with the entry into force of Amsterdam Treaty (1999). This principle reads as follows: "A person whose trial has been finally disposed of in one Contracting Party may not be prosecuted in another Contracting Party for the same acts provided that, if a penalty has been imposed, it has been enforced, is actually in the process of being enforced or can no longer be enforced under the laws of the sentencing Contracting Party." In the Gözutok and Brügge Case[31] the question emerged within the preliminary ruling procedures instigated by the Belgian and German courts, whether also settlement of the respective criminal cases by the public prosecutors, whereby the criminal proceedings were discontinued, while the imposed obligations were fulfilled, respectively the prescribed sum of money was paid, even without the court being involved, amount to such a final disposal, or not.[32] The supranational Commission submitted observations, calling the ECJ to hold in affirmative and to give an autonomous meaning to the term "final disposal", which would cover also the decisions terminating criminal proceedings by the public prosecutors, even without any involvement of the courts.[33] On the other hand, governments of Germany, Belgium and France (which represented a slight majority of those Member States, which submitted their observations), defended quite the opposite view and pleaded for a restrictive interpretation of the principle or rule at stake, wishing to keep their power to criminalize.[34] Belgium even pointed to the Council Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal

---

should be compensated in accordance with the principles established as regards liability for damages of Member States for infringement of the european law.

[31] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003.

[32] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, points 2, 8, 23.

[33] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 41.

[34] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 41.

matters, whereby for the future work it was proposed to recognise also other decisions than those of the courts. In this respect, however, the Belgium asserted, that due to the fact that such legislation was only planned for the future, it could not be inferred beforehand by the ECJ through its case-law.[35] The ECJ, however, rejected this kind of perspective. Again, the ECJ put rather "supranational" glasses on and confirmed that other criminal proceedings were to be barred, if beforehand the same criminal case had been settled by the public prosecutor even without any involvement of the judge and the obligation imposed had been fulfilled.[36] However, here, it would not be precisely fair to hold that the ECJ ruled against the Council as such because it is true, that should the Council be of another view (i.e. that the courts´ decisions were to be meant solely), it was its job, to be more precise in wording. The wording of the relevant art. 54 CISA, as the ECJ noticed and stressed, left enough room to rule in the way promoted by the Commission and confirmed by the ECJ.[37] Besides the wording itself, the ECJ, also emphasized the purpose and objective of the relevant provision, which is designed to guarantee that the right to freedom of movement is not obstructed by the fear to be prosecuted once more in another Member State (after final disposal of the criminal case in one Member State).[38] Furthermore, the ECJ pointed out that in fact it would lead to absurd consequences, if the ECJ were to rule in line of the observations of the above mentioned governments. Such interpretation, excluding the application of ne bis in idem rule in cases where the courts are not involved, would only effectively harm the offenders of minor or medium offences, which might be regularly settled even without the court intervention. By contrast the serious offenders could enjoy this safeguard against repeated criminal proceedings.[39]

The reasoning of the ECJ - although primarily teleological but not contrary to the wording at the same time - in this case seems to me quite convincing. The ECJ therefore in my view did not excessively transgress its interpretative "discretional leeway" here. The ECJ rather proved only the readiness to fill the gaps, which the Council left to it. The further ECJ case-

---

[35] See, Opinion of the Advocate General Colomer to the Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 128, 129.

[36] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 48.

[37] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 42.

[38] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 38.

[39] See, Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge," 11.2.2003, point 40.

law on certain other aspects of this principle showed, however, that not all other judgements were so well balanced or enough sensitive for criminal law differences (Van Esbroeck,[40] Van Straaten, Gasparini, Bourquain), while others (Miraglia, Kretzinger, Kraajenbrink, Turanský) showed that the ECJ is ready to set limits to its expansive jurisprudence either. However, analysis of these cases goes beyond the aim of this paper, and will not be therefore further dealt with here.

2.2.3 INTERIM CONCLUSIONS

Also within the preliminary ruling procedures, respectively two analysed cases, which might be (with a great deal of simplification) regarded as the representants of the so-called disguised institutional disputes, the ECJ confirmed its preference for supranational perspectives, promoted by the Commission. However, the rulings of the ECJ, sketched above, seemed to me not to be excessive, because they followed quite persuasive teleological, systematical and logical line of reasoning and did not conflict directly the explicit wording. Moreover, as was demonstrated on Pupino case, a set of limits was established for the correct application of the confirmed principles such as that of indirect effect, which was "transported" to the so-called third pillar from the first pillar case-law on directives. In his respect, it might be admitted that also in these cases, especially the first one, the ECJ started gradually to rebuild the "Maastricht temple". However, quite sensitively, I would tell. The ECJ was not willing to destroy the third pillar but was rather ready to improve some of its functional features.

3. CONCLUSION

In this paper the role of the ECJ in institutional disputes within the area of criminal law was dealt with. The aim of the paper was to verify the hypothesis that the ECJ supports the supranational institutions, represented by the Commission and the EP, to the expense of the Council. After examining the four leading cases, two of them falling within the category of the so-called clear institutional disputes and other two belonging to the disguised institutional disputes, it might be concluded, in my opinion, that indeed there is a great tendency to support supranational institutions and their views and perspectives by the ECJ. However, it has to be added as well, that such a "support" is not granted as unconditional or without any limits, as was shown, for instance by both the Ship-source pollution Case and Pupino Case. The ECJ usually also strives (but not always succeeds) to give persuasive reasons for its final conclusions, which rest mainly on teleological and systematical interpretation, whereby the principle of effectiveness plays the crucial role.

---

[40] For a brilliant critical reflection see, Komárek, J.: "Tentýž čin" v prostoru svobody, bezpečnosti a práva. Jurisprudence, 2006, č. 3, s. 51 - 57.

Finally, as regards the perspectives of the role of the ECJ in institutional disputes within the criminal law with the entry into force of the Lisbon Treaty, it must be stressed, that most of such institutional disputes in front of the ECJ, at least the clear ones, will probably disappear, due to the fact that the third pillar will also disappear, respectively will be integrated within the main Union policy areas, governed in principle by the same supranational rules, like co-decision with the EP or qualified majority voting within the Council. As a result, it is to be expected in my view that the disputes will be rather held in "political arenas" than in front of the ECJ. However, the ECJ, which jurisdiction was strengthened in the criminal law area substantially, will undoubtedly actively exercise its competences in certain other respects, aspects and fields, concerning e.g. larger powers as regards preliminary ruling procedures and completely newly introduced infringement procedures in this area. The "lisabonised world" will not thus see that much - if any - direct or clear institutional disputes within the criminal law area in front of the ECJ, generated mainly by the pillar struggles in the past. However, we might look forward to series of interpretative judgments or even the judgments on validity of the instruments adopted, where particularly those Member States, defeated within the Council, or individuals, by way of preliminary ruling procedures, will come up with their applications, interventions or observations and the ECJ will be called upon to rule on the issues of validity and interpretation. No doubt that the ECJ will even within this new setting prefer supranational perspective. After all it remains its task to ensure that in interpretation and application of the founding Treaty (newly - Lisbon Treaty) the law is observed. The law of supranational autonomous legal order (respecting both the international law and common constitutional traditions of the Member States).

Literature:

- Bříza, P., Švarc, M.: Komunitarizace trestního práva v Lisabonské smlouvě a její (případná) reflexe v právním řádu ČR. Trestněprávní revue, Nakladatelství C.H.Beck, Praha, 2009, č. 6, s. 161 - 170.
- Craig, P., de Búrca, G.: EU Law - Text, Cases and Materials. New York: Oxford University Press, 2003.
- Dawes, A., Lynskey, O.: The ever-longer arm of EC law: The extension of Community comeptence into the field of criminal law. Common Market Law Review, 2008, No. 45, p. 131 – 158.
- Kmec, J.: Evropské trestní právo. Mechanismy europeizace trestního práva a vytváření skutečného evropského trestního práva, Praha: C.H.Beck, 2006, s. 230.

- Komárek, J.: „Tentýž čin“ v prostoru svobody, bezpečnosti a práva. Jurisprudence, 2006, č. 3, s. 51 – 57.
- Peers, S.: Salvation outside the church: Judicial protection in the third pillar after the Pupino and Segi judgments. Common Market Law Review, 2007, No. 44, p. 883 – 929.
- Spaventa, E.: Opening Pandora´s Box: Some reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino. European Constitutional Law Review, 2007, No. 3, p. 5 – 24.
- Tobler, Ch.: Case C-176/03, Commission v. Council, judgment of the Grand Chamber of 13 September 2005, Common Market Law Review, 2006, No. 43, p. 835 – 854.
- Weyembergh, A.: Approximation of criminal laws, the constitutional treaty and the Hague programme. Common Market Law Review, 2005, No. 24, p. 1567-1597.

Case-law of the Court of Justice:

- Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-105/03, „Pupino,“ 16.6.2005.
- Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-176/03, Commission v. Council, „Environmental crimes,“ 13.9.2005.
- Judgment of the Court (Grand Chamber), Case C-440/05, Commission v. Council, „Ship source pollution,“ 23.10.2007.
- Judgment of the Court (Grand Chamber), Joint Cases C-187/01, C-385/01, „Gozütok and Brügge,“ 11.2.2003.

Contact – email
michael.svarc@volny.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE TRANSPOSITION OF THE FRAME-DECISION REGARDING THE EUROPEAN WARRANT OF ARREST IN THE ROMANIAN LAW

INA RALUCA TOMESCU

Faculty of Letters and Social Sciences, University „Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract
The European warrant of arrest represents a genuine revolution in what regards the procedure of persons' extradition and surrender who get round the criminal accusation, lawsuit or the execution of a punishment. If the simplification of the extradition procedures was an objective of the European Union' member states regarding the way in which this simplification should be realised, the positions of the member states were different.

Key words
The European warrant of arrest; The extradition procedures; European Union.

For a long time, the main form of international, judicial cooperation in penal matter, unanimous recognized, but with some restrictions, was extradition.

Although initially, the judicial cooperation was realized through bilateral conventions concluded between different states, the main criteria being the geographic one (especially vicinity) subsequently, once with the acknowledgement of the danger represented by the organized crime both for the security of the citizens and for the state institutions the world's states found new forms of cooperation especially at regional level.

The adoption by the European Council, in the middle of the last century, of the European Convention of extradition, completed and successively modified by means of two additional protocols, fully contributed to the prevention and the rebuttal of the transnational criminality, with all its severe forms of manifestation, as terrorism, gunrunning, drugs traffic and human beings traffic.

The founding of the European Union and, later, of the Schengen space created new possibilities of action for the delinquent elements and, implicitly, the escalation of the criminality, accentuated possibilities for the enlargement of the territory of action through the adhesion of the new member states.

Do to this background, which determined the escalation of criminality, the objective of the European Union to become a space of liberty, security and justice, seemed to be in danger[1].

The experience cumulated in time, during the complex activity of international, judicial cooperation in penal matter by implementing the provisions of the European convention of extradition, was faced with some problems, mainly administrative ones, which lead to the diminishing of the efficiency of the act of justice.

The solution which was found was to institute new procedures of surrender the offenders between the member states, procedure which will simplify the whole activity, so all persons who commit offences in the European Union's space to be identified and surrendered to the states on which territory they committed the deeds, in order to be tried and convicted as soon as possible.

In the doctrine was specified that, in essence, the step towards the European warrant was made by the terms of the conclusions resulted from the Tampere meeting: the formal procedure of extradition should be suppressed by the member states for the persons who have the tendency to elude justice, after they were the subject of a permanent conviction and replaced by a simple transfer of the person[2].

Given the above, in order to cover the negative aspects found in the execution of the European Convention on Extradition, the European Union adopted the Framework Decision. 2002/584/JHA of June 13, 2002 on the European arrest warrant and surrender procedures between Member States[3].

The importance of this international instrument results even from the elements of originality brought by the procedure of surrender the offenders between the member states through the simplification and the promptness with which is made the judicial cooperation in the boundaries of the European Union.

The main novelties brought by the endorsing of the frame Decision refers to:

- the enlargement of the sphere of applicability to include new types of offences of a greater gravity;

---

[1] A. Boroi, I. Rusu, *Cooperarea judiciară internațională în materie penală*, Ed. CH Beck, Bucureşti, 2008, p. 300.

[2] G. Stroe, *Mandatul de arestare european. Dreptul românesc în condițiile post-aderării la Uniunea Europeană*, vol. V, Institutul de Cercetări Juridice, Ed. Dacoromână TDC, Bucureşti, 2007, p. 281.

[3] JOCE L190/2002, p. 1.

- the renunciation to the procedure of verifying the double incrimination in the case of these groups of offences;

- the simplification of the procedures of surrender;

- the increase of the efficiency through the shortening of the terms of surrender;

- the simplification of the administrative stage;

- the possibility of a direct collaboration between the judicial institutions;

- the surrender of their own citizens;

- the obligation to respect the previsions of the frame Decision by all the member states.

The adopting of the frame Decision at the European Union level makes the previsions of European Convention of extradition inapplicable between the member states. Practically, at the level of the European Union, the European Convention of extradition is replaced by the European warrant.

Consistent to the obligations assumed in the complex process of prevention and struggle against the trans-frontier criminality, Romania, since 2004, as future member of the European Union, adopted the Law nr. 302/2004 regarding the international, judicial cooperation in penal matter, normative act in which were transposed, in the internal legislation, the provisions of the frame Decision mentioned above. Subsequently, the normative act was successively modified through many normative acts, the last modification and completion being made by the adopting of the Law nr. 222/2008[4].

In what regards the field of application of the European warrant of arrest, in the Romanian Law the frame Decision nr. 584/JAI/2002 was transposed through the dispositions art. 81 and 85.

Article 81 regulates the object and the conditions of releasing an European warrant of arrest by the competent Romanian Authorities. Thus, according to the present form of this article, "(1) in the situation stipulated by the art. 66 paragraph (1) is emitted an European warrant of arrest when the prescription of the penal responsibility or the execution of the punishment or the amnesty or the reprieve was not applied, according to the Romanian law and is completed one of the following conditions:

[4] I. Rusu, *Mandatul european de arestare, în urma modificărilor aduse de Legea nr. 222/2008,* în CDP nr. 1/2009, p. 48.

a. The punishment foreseen by the law is at least of a year, if the arrest and the punishment is demanded to exercise the penal pursuit or trial;

b. The punishment or the safety measure depriving of liberty applied is of at least 4 moths, if the arrest and the surrender is demanded for the execution of the punishment or for the safety measure depriving of liberty."

The rules of release and transmission of the European warrants of arrest emitted by the Romanian judicial authorities are settled by the art. 82 – art. 83 from the Law nr. 302/2004. The transmission can be made by any mean which provided a written prove allowing to the judicial authorities to verify its authenticity.

The Romanian law has many alternative means of communication, encouraging as much as possible the direct contact between the issuing Romanian judicial authorities and the ones from the other member states, being also used the transmission through Interpol. The European warrant of arrest is transmitted in copy to the Minister of Justice according to the dispositions art. 83 paragraph (6) from the Law 302/2004 as it was modified by Law nr. 222/2008.

In order to identify the competent authority of fulfilling, the emitting Romanian authorities can use the Atlas available on the site of the European Judicial Network[5] or can call the contact points of Romania for R.J.E. or the contact points for R.J.E. from the member state of execution[6].

In the case in which the European warrant of arrest was emitted for the penal pursuit or the trial of a person, the Romanian emitting instance has the possibility that, until the pronouncing of a resolution by the authority of execution on the procedure of surrender, ask that authority the examination of that person, according to the art. 19 from the frame Decision or the temporary surrender of that person. From practical point of view, this situation is necessary for the acts which are urgent or for the acts which necessitate the presence of the person or to avoid the repeated postponing of the cause.

The taking over must be made in 10 days from the date of the foreign judicial authority final decision, with the exception of special cases or if there is a legal motif to postpone it, the over fulfillment of this term could lead to the release of that person. In special occasions or for other independent reasons, the competent Romanian authority for taking over has the obligation to inform the foreign authority on the case, which renders the

[5] http://www.ejn-crimjust.europa.eu/EAW_atlas.aspx

[6] http://www.ejn-crimjust.europa.eu/contact_points.aspx

taking over impossible, and in this case the taking over should be executed until the expiration of another 10 days term.

The obligatory reasons of major necessity belonging to a European warrant of arrest provided in art. 3 from the frame Decision were also transposed in the Romanian law (art. 88 paragraph 1):

a. when, from the information it disposes, results that the pursued person was definitively judged for the same deeds by a state member, other than the remittent state, with the condition that in case of the conviction, the sanction be executed or to be, in that moment in execution or the execution to be prescribed, the punishment of being pardoned or the offence of being amnesty or to intervene another cause which stops the execution, according to the law of the state of conviction;

b. when the offence on which the European warrant is based is under the protection of the amnesty in Romania, if the Romanian authorities have, according to the Romanian law, the competence to institute proceedings against that offence;

c. when the person submitted to the European warrant does not answers criminal, due to his age, for the deeds on which the warrant is based according to the Romanian law.

In the boundaries and the spirit of the frame Decision, according to the Romanian law, the simple tenure of Romanian citizenship by a person does not constitute a reason of denial for the surrender. In spite all these, when the European warrant of arrest was emitted for the proceedings in criminal matters the instance can subordinate the surrender to the condition that that person to be send in Romania to execute the punishment pronounced eventually against him. When the European warrant of arrest was emitted for the punishment's execution, the surrender can be refused only if the pronounced punishment is compatible with the Romanian legislation and the competent Romanian authorities guarantee to do the execution of this punishment in Romania. A very good completion to clarify the judicial and practical ways in which is realized the execution of the punishment in Romania in the situation of the failure to act of a European warrant in the hypostasis provided in the art. 88 paragraph (2) p.c was brought by the Law nr. 222/2008[7], paragraphs (3) and (4).

In what regards the procedure of issuing the European warrants of arrest, is eliminated a problem which determined a fragmented practice related to the judge who is entitled to emit the European warrant of arrest. According to

[7] Law no. 222/2008 amending and supplementing Law no. 302/2004 on international judicial cooperation in criminal matters was published in the Official Gazette, Part I no. 758 of 10.11.2008.

the new form of the art. 81 paragraph (2): "The European warrant of arrest is emitted, during the phase of proceedings in criminal matters, by the judge commissioned by the president of the instance which has to judge that cause and during the trial and execution phase by the judge commissioned by the president of the first instance or of the execution instance, in the following conditions:

- at the introduction of the prosecutor who does and surveys the proceedings in criminal matters of a person, if the arrest and the surrender are demanded for these reasons;

- at the writ of summons which decided that the accused is remanded in custody or which decided the safety measures, according to the case, or the body which must execute the warrant, if the arrest and surrender are demanded for judgment or the execution of the prison punishment or of a safety measure abridgement of liberty."

Also, in the new paragraphs newly introduced of the same article 81 is definitely clarified a problem which appeared in the judicial practice: is an ending for the emitting of an European warrant of arrest necessary or not? Now, the paragraph (3) and (4) of the art. 81 stipulate: "(3) The competent judge verifies the fulfillment of the conditions stipulated in paragraph (1) and proceeds, by case, in this way:

a. Emits the European warrant of arrest and supervises taking measures for its transmission, according to the dispositions art. 82 and 83; if the person is placed on the territory of the European Union member state, decides the translation of the European warrant of arrest, in 24 hours, according to paragraph (6);

b. Finds that, by reasoned ending, the conditions stipulated in paragraph (1) are not fulfilled in order to emit a European warrant of arrest.

In what regards the procedure of implementation of the European warrant of arrest, to eliminate the inconvenient represented by the situation in which the courts, judicial authorities of implementation, being directly applied by the foreign emitting judicial authorities with a European warrant of arrest which constituted a case, fixed a trial term. The result was the observation that that person was not found on the territory of Romania and this trial term facilitated the procedure of implementation of the European warrant of arrest. So, new articles were introduced 88-88 which regulates a series of previous procedures, which enhance the role of the prosecutor in the procedure of implementation of the European warrant of arrest, keeping in mind the imperative of respect the fundamental human rights. This newly introduced procedure respects other national legislation of applying the frame Decision. In this regard, must be mentioned the appointment of the

prosecutor's offices near the courts of appeal as authorities which can use the European warrant of arrest (art. 78 paragraph (2)).

The Romanian law guarantees to a person, as the Constitutional Court stated, all the procedural rights, if that person has a procedural quality different from the defendant one from the internal penal procedure, being essential that in the penal procedure of the emitting state to be respected the right to a correct trial, because there, in the emitting state, that person has the status of suspect or accused. All the procedural guaranties previous assured are maintained and even strengthen by the Law nr. 222/2008, an example in this regard being the new article 90. The person has (with the exception of the situation in which agrees with the surrender) the right to appeal both against the closing on which the arrest was made and against the decision to surrender, in the terms stipulated by art. 94[8].

Taking into consideration the imperative of respecting the very short terms of implementation of an European warrant of arrest and considering the fact that some time these terms could not be respected as a result of the advance of unconstitutional exceptions, clearly without base only for the purpose of delaying the procedure, a new 93 article was introduced which stipulates that the trial of the implementation will be made in term of 45 days from the notice of the Constitutional Court.

Another problem which must be solved by the Law 222/2008 is the one related to the necessity to emit an internal warrant of arrest when the arrest is made on the basis of an European warrant of arrest, as title for the arrest, as for the moment it was instituted in the case of the delayed surrender. The solutions gave by the Romanian law, Law nr. 222/2008 (art. 90 paragraph (13) and art. 94 paragraph (3)) are in our opinion, the correct one because the European warrant of arrest which is a judicial decision sui generis which replace the classic demand of extradition, but which, in spite of the symbolic name chosen by the European lawyer does not have the judicial nature of a warrant of arrest, because the judicial authority from the emitting state does not orders, and could not do it, the arrest of the person, but, as results from the first paragraph of the European warrant of arrest demands to the judicial authority of implementation the arrest and the surrender of the person on the basis of the mutual recognition principle of decisions. This does not exclude that in some states as Hungary, the equivalence of the European warrant of arrest with the internal warrant, but for this is necessary a corresponding procedural implementation in the internal law.

By the Law 222/2008 clarified a series of other aspects as the institution which assures the taking over/the surrender (specifying that in the Ministry of Internal Affairs and Administrative Reform the competent service is the

[8] Florin Răzvan Radu, *Cooperarea judiciară internațională și europeană în materie penală – îndrumar pentru practicieni,* Wolters Kluwer, Bucureşti, 2009, p. 151-152.

International Center for Police Cooperation), art. 100 and 102, referring to the "multiple warrants".

So, the adopting of the frame Decision at the European Union level, makes the provisions of the European Convention of extradition inapplicable between the member states. Practically, at the level of the European Union, the European Convention of extradition is replaced by the European warrant of arrest.

In spite all these, at Europe level, the European Convention of extradition remains valid being applied in two distinct situations namely:

When the extradition of a person between two states is imposed, of which one is member of European Union and the other state does not have this quality, indifferent of their position.

When the extradition between two European states is imposed which are not members of the European Union[9].

In other words Romania, through its designed judicial organs, will obligatory apply the stipulations of the frame Decision (and those of the special law) when is demanded the surrender of a person by a member state of the European Union, or when such state demands the surrender of a person found on the state's territory.

In the same conditions, Romania will apply the stipulations of the European Convention of extradition when is demanded the surrender of a person found on the territory of an European state which is not part of the European Union, or when a state from Europe which is not part of the European Union demands the surrender of a person which is found on the territory of Romania (respecting the conditions imposed by the Romanian law and by the European Convention of extradition).

Contact – email
ina.tomescu@gmail.com

[9] I. Rusu, *op. cit.,* p. 49.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SANCTIONS IN PUBLIC INTERNATIONAL LAW

LAURA MAGDALENA TROCAN

Faculty of Juridical Sciences, University „Constantin Brancusi" of Targu Jiu, Romania

Abstract
The violation of an international obligation causes international responsibility of the States. In this context, a State who commits a unlawful act of international perspective and whose liability has been established under the rules of international law may be subject to sanctions, having also the obligation to repair the damage caused. After the end of the Cold War, the sanctions adopted under the United Nations, and then by the European Union began to be increasingly more frequently used as a tool "intermediary" between the negotiations and coercive measures in order to induce a desired behavior avoiding appeal to armed force, having in view the fact that peaceful settlement dominates the entire field of the international responsibility. This study analyzes the most important aspects concerning the international sanctions used by the UN and the EU and which can be classified as economic sanctions (restrictions on imports, exports, investments), military sanctions, financial sanctions (blocking of funds and other economic resources), travel restrictions, restrictions of transport (road, air, maritime), cultural sanctions, sporting, diplomatic sanctions (expulsion of diplomats, breaking diplomatic relations, suspended official visits).

Key words
International responsability of the State; international sanctions; coercive measures.

States, in a full equality of rights and based on their free consent, in an agreement process of their will, create juridical regulations by treaties or by tradition that lead to the international law's creation. The states' will agreement, as a basis of the international law and of its compulsory feature, is usually accomplished in a sinuous process framework, during which we make concessions and mutual compromises, acceptable solutions. In this way the creation of the juridical regulation takes place, a creation that becomes equally compulsory for all the states[1]. Regarding the appliance system of the laws and, at the same time, the punishing system for breaching the laws, we have to say that complying with and applying the international law regulations is an obligation for all states. But, unlike the internal law, in the international law there is no centralized coercion device. But this fact

[1] D. Popescu, A. Năstase, *International Public Law*, "Şansa" Press and Publishing House, Bucharest, 1997, p. 36-37.

does not mean that the international law, on the whole, does not have a juridical nature, its laws are compulsory for all the states that have accepted them[2]. Therefore, even if the international law does not have legislative, executive and judicial bodies structured in a "vertical juridical system" by means of which it could adopt juridical laws, follow their appliance manner and impose their respect if needed, the compulsory power of the international law is based on the states' will agreement that is the basis of both creating and compliance with the international law regulations[3].

Since an international law regulation is justified from the point of view of the entire international community's interests and is received as such by the international community's members, its compliance is not based especially on constraint, by applying penalties[4]. Besides, in any juridical system, the penalties are not the ones that are the basis of the laws compliance, but the general interest's perception that the laws have to be complied with, by creating a juridical system from which every state benefits, according to the multiple mutuality principle[5].

And even if a lot of international law laws do not stipulate penalties, specific aspects, even some internal right branches, as the constitutional right, the penalty is not an essential element for the existence and enforcement of the law and we have to say that there is a certain constraint in the international relations, too, but the international law has also penalties whose palette is quite diversified[6]. It is just that, between sovereign and equal subjects, from the juridical point of view, the constraint is accomplished in different ways, in a juridical horizontal system[7], and the international control of applying the juridical laws is generally exerted even

---

[2] Gh. Moca, M.Duțu, *International Public Law*, "Juridical Universe" Publishing House, Bucharest, 2008, p. 65. These international law particularities determined certain jurists (the nihilism) to affirm that it was not a real right and it is not compulsory. (I.Diaconu, *International Public Law Handbook*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2007, p.19-21)

[3] Often invoked in supporting the international law's consensual feature, it is a phrase that became famous from the content of a decision pronounced by the Permanent Court of International Justice in 1927, in "Lotus" case: "The law rules that are compulsory for all the sates... are the emanation of their own free expressed will, as it results from conventions or traditions generally accepted as expressing law principles".(R.Miga Beşteliu, *International Public Law*, All Beck Publishing House, Bucharest,1998, p. 8)

[4] Ibidem, p. 5-7.

[5] A state that does not comply with a law in its relations with other states shall not have the benefit of applying the respective law for it by the other states (I. Diaconu, op. cit., p. 19-21).

[6] V. Cretu, *International Public Law*, "România de mâine" Foundation's Publishing House, Bucharest, 1999, p. 19

[7] R. Miga-Beşteliu, op. cit., 1998, p. 5-7.

by states, and there is a concomitant censorship and self-censorship process, mutually, in the reports between them[8].

In this context, the state that makes an illicit act or fact from the international point of view against another state and whose responsibility[9] has been already established, according to the international law's rules, may suffer certain penalties, also having the obligation to repair the prejudice cause by it.

In case of erga omnes international obligations, breaching a certain obligation attracts the independent appliance of certain penalties and subsequently the obligation to repair the material prejudices that have been caused[10]. At the same time, the reestablishment of the international juridical order in these situations, whereas in the international society there are no public authorities with executive and judicial attributions as the ones that exist inside a state, rises two questions: who qualifies an act as being illicit and who is able to apply a penalty, and what kind of penalty, against the state that violated the law. The answer for this question can consider only the fact that the international law is a coordination law and not a subordination one, and states are equal from the juridical point of view so that they have to ascertain the illegality and apply penalties. If an illicit act is produced by a state against another state, the victim-state ascertains and tests the act's illicit feature and it may begin to apply penalties. If an ius cogens law, from the international crimes' category, is encroached, it is every state's interest, not only the victim-state's, to undertake the measures that are imposed so that the imperative law be complied with. Outside the states, in certain circumstances, penalties may be applied by the United Nations Organization, in the name of the international community, and also by other international organizations, as long as their constitutive acts were empowered with such attributions[11].

---

[8] Al. Bolintineanu, A. Nastase, B. Aurescu, *International Public Law*, All Beck Publishing House, Bucharest, 2000, p.13).

[9] The responsibility represents the essential element of every social behaviour law. The human action has as a consequence a result and the institution's role is to guide and to determine the behaviour according a behaviour rule. The responsibility's institution is indissolubly linked by the organized human society, by the behaviour that the ones that structure it should have, being a general penalty of all the behaviour regulations. And even if the responsibility does not represent exclusively a institution specific to the law, it is an institution of the human society as such, and, in exchange, its role proves to be essential in law by the contribution it has in applying and affirming the juridical regulation, considering the fact that it represents something delusive, without applying penalties to the ones that have encroached the juridical norms. Known not only in the internal law, but also in the international law, this institution appears like a guarantee of complying with all the juridical laws, helping to keep the international order. (I. Anghel, *Responsibility in the International Law*, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1998, p.7-9).

[10] Al. Bolintineanu, A. Nastase, B. Aurescu, op. cit., p.258.
[11] R.Miga-Beşteliu, op.cit., 1998, p.11-12.

Considering the things mentioned above, we may appreciate that the penalties in the international law may be defined as those constraining measures, adopted by a state or a group of states or an international organization against a state (more states) that have breached the international law regulations, being an instrument in order to re-establish the international legality[12]. The penalties are adopted in order to determine the change of certain activities or policies that do not comply with certain behaviour standards shared by the international community. In the international life, the penalty is not perceived as a punishment or a vengeance applied by the victim-state or by an international organization, but as a concern to determine the change of the author-state's encroachment behaviour. The penalties may be considered also as a complement of the means of solving the litigations, an alternative for the force or the force threatening[13], an important instrument for the maintenance of peace and of international security. After the Cold War, the penalties adopted by UNO and, subsequently, by the European Union, began to be more and more frequently used as a "transitional" tool between the negotiations and the coercive action that follows the induction of the desired behaviour by avoiding the force of the army, considering that the peaceful solving dominates the entire matter of the international responsibility. Once their use becomes more and more frequent, the penalties features have been changed under the pressure of the need to avoid their collateral effects and the impact's efficiency over the target groups. Therefore, the need to protect the most vulnerable segments of the population in the states that suffer restrictive measures has determined the avoidance of imposing certain complete interdiction systems, as the ones stipulated initially in art. 41 of UNO Charter. These first generation measures were pointed against the state whose government was responsible for threatening the peace and the international security, not against the persons that were directly responsible of these things. Gradually, there were identified specific restrictive measures, as the arm embargos, the travel interdictions, the freeze of certain persons' or entities' funds. Also, in the text of the documents that represent penalty systems were included stipulations regarding the humanitarian exceptions from the appliance of this type of penalties. These changes in the penalties' features were also motivated by the need to streamline them as political tools for diplomacy, in order to directly and immediately affect those groups, often the leading elites whose behaviour has to be influenced. In the same time, in elaborating and implementing these individualized penalties, we follow the respect of the human rights and fundamental liberties, especially of the right of the persons or entities punished in an equitable process and of their access to effective attack ways. Also, we want the measures to be proportional to the followed purpose and to be

---

[12] *********International Public Law Dictionary,* Scientific and Encyclopaedic Publishing House, Bucharest, 1982, p. 262.

[13] R. Miga - Beşteliu, *International Public Law*, vol. II, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2008, 167.

accompanied by an exception system that has to consider the basic needs of the ones that were punished[14]. Being used quite frequently during the 17th and 18th centuries, these constraining measures were coded by the international law starting with the 20th century. Therefore, the penalties formulated in the first world war found their materialization in the Pact of the Nations' Society, where it is shown that the Society's coercive actions that contained military, economical and financial measures, interfered in the following situations: a) in case of aggression by a state that is not member against a state that is member of the Society b) in case of illicit war, c) if an arbitral or judicial sentence is not executed. Beside these things, the Society of Nations could also apply other moral penalties – reproaches, the recommendation to break the diplomatic relations, disciplinary penalties – the exclusion from the Society, pecuniary penalties etc. These penalties' efficiency was very low because they were applied inconsistently. By creating the United Nations Organization, a new penalties system was created.

The penalties stipulated in UNO Charter are more nuanced, they may be applied individually or collectively, they may be direct or indirect, they may be institutionalized or not, they may be pronounced by a political organ (the Security Council) or by a jurisdictional one[15], they have different functions – the reestablishment of the encroached legality, the removal of the enemy documents, offering again the rights to the injured state etc.

And they are classified in two great categories: penalties without using the force of the army and penalties that use the force of the army [16]. Regarding the penalties applied directly by the victim-state, we mention that, if in the past, using the war and generally using the force as a behaviour penalty considered as not being accorded to a state's one – was considered as a legal way, accepted by the international law regulations, at present any manifestation of force or of threatening with force is prohibited in the international relations according to art. 4, paragraph 2 in UNO Charter. However, the international law allows the use of force in order to exert the individual or collective self-defence right against an armed attack according the stipulations of art. 51 of the Charter[17]. Therefore, in the name of the self-

---

[14] www.mae.ro

[15] Catherine Kosma Lacroze, La penalty en droit international (http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/10842/la-penalty-en-droit-international.php)

[16] *********International Public Law Dictionary*, Scientific and Encyclopaedic Publishing House, Bucharest, 1982, p. 262

[17] Art. 51 of UNO Charter specifies: "No provision from the current Charter will touch the inherent individual or collective self-defence right if an armed attack occurs against a Member of the United Nations until the Security Council takes the measures needed in order to maintain the international peace and security. The measures taken by the members in the exertion of this self-defence right will be immediately known by the Security Council and will not affect the Security Council's power and duty because the current Book carries

defence right, if a state is a victim of an armed attack, it has "the right" to punish directly the state-aggressor by the same means, complying with the conditions stipulated by UNO Charter[18]. So, speaking about a such right, we cannot use the economical aggression or other type of constraint, but it can be used for preventive purposes or when an imminent danger appears, the preventive war being illicit, against the international law rules. As a consequence, art. 51 of the Charter must be interpreted restrictively and the individual or collective self-defence right represents an exception from the principle of not using the force, especially when invoking the self-defence represents sometimes an attempt to give an apparent juridical legality to the aggression force's policy[19]. In this context we have to mention that, in recent years, the international community has also dealt with situations that generated controversies regarding the licit or illicit feature of the use of the force by the states or groups of states with a constraining, punishing feature. Therefore, we were concerned if and how much a state can defend itself and react with the army's force against the international terrorism acts. Ignoring many speculations and controversies regarding the terrorist attempts since September 11th, 2001 and the military measures adopted by USA and by other states that are member of NATO against Afghanistan as a response to the terrorism acts accomplished on the American territory, the entire international community agreed with the fact that, in case of terrorism acts with extremely serious consequences, it is justified the invocation by the victim-state/states of the individual or collective self-defence right that finances and prepares such terrorist actions on its territory. But at the same time, against the terrorism acts with a limited feature and less serious consequences, the victim-state may adopt legal non-military measures, from the category of the penalties without using the force of the army, that may be applied also for other acts that do not comply with the international law and the special literature identifies retorting measures and the retaliation[20]

---

on anytime the actions that it considers as being necessary in order to maintain or re-establish the international peace and security. "

[18] R. Miga -Beşteliu, op.cit., 1998, p. 13.

[19] D. Popescu, A. Năstase, op.cit., p. 100.

[20] The retort is a state's reaction, legal from the international law's point of view that is used in order to respond to an enemy act, against the international uses, accomplished by another state. The act to which we respond by retort is not an illegal act that encroaches the international law's principles or a treaty's clauses, but it is about an enemy ac, for example legislative, administrative, judicial measures with no friendly feature for another state and its citizens (for example, the increase of the custom taxes for the products imported by a state,\, the interdiction of the citizens' entry or the interdiction of a state's ships' entry on the respective state's territory, the mass expulsion of a state's citizens from the respective state etc). As retort examples, we may mention: the cancellation of an economical assistance (suspending or reducing the economical assistance by USA of the states that, during the '60s, had extended their fishing areas beyond the territorial sea or that do not respect the human rights), the expulsion of the diplomatic staff or of the foreign citizens, the refuse to participate to certain activities in order to protest against a state's non-friendly actions, revoking the diplomatic and consular privileges, reducing the imports from such a

that may have different types of diplomatic[21], juridical[22], military[23], economical[24], cultural, sport[25] penalties, some of them regarding the free circulation[26] etc.

The difference between retort and retaliation is difficult to accomplish because, in practice, these constraining ways are combined, both of them being used in the same time[27].

---

state, instituting a commercial embargo etc. (A. Crăciunescu, *International Public Law*, Concordia Publishing House, Arad, 2006, p. 252).
The retaliation represents constraining measures taken by a state against another state as a response to the illicit actions accomplished by the last ones. A state has the right to use the retaliation only if certain conditions are achieved: if there is an action against the international law from the other state's part, if the state that applies the retaliation's measure was injured itself, if the retaliation was foregone by a demand to repair the damage that was not solved, if we keep the proportion between the act accomplished by the other state and the retaliation measure, if we do not use the force at all. The state A disposes the massive expropriation of some goods belonging to certain citizens of the state B, without granting them the established compensations, for example, by an agreement to guarantee the investments or basing on other international law's rules. The state B may "respond" by expropriating, with no compensations, the goods of certain citizens of the state A, citizens placed on its territory. (R. Miga - Beşteliu, op.cit., 2008, p. 171).

[21] Ex. Breaking the diplomatic relations, expulsing the diplomatic staff, suspending the official visits etc.

[22] Ex. Suspending the appliance of the valid treaties, the nullity of certain treaties contracted by force or that encroach imperative regulations of the international law etc.

[23] The military penalties represent the embargo's enforcement in armament's field (interdictions regarding selling, supplying, transferring or exporting any type of armament and connected military equipments, including arms and munitions, vehicles and military equipments) or represent the military support's elimination.

[24] The economical penalties represent any restriction imposed by a country in the international commerce with another country, in order to convince the second country's government to change its policy; these restrictions are mainly about: blocking the funds or the economical resources, interdicting the interdiction at export and/or import, interdictions regarding the investments, the payments and the capital movements or the tariff preferences' elimination.

[25] The cultural penalties are materialized in the interdiction to participate in cultural, sport, regional or world competitions.

[26] Ex. Interdictions for the citizens of a state to enter in another state's territory, landing or taking-off interdictions for the airships belonging to the respective state etc.

[27] For example, in case of *USA's diplomatic and consular case in Teheran* since 1979, when a group of Iranian students took hostages and retained in the places of the USA Embassy in Teheran the entire diplomatic and consular staff of this state. Comparing to this situation, that was developing in the conditions of change of that country's political system, the Iranian authorities took no measure in order to comply with the Iran's international obligations to provide the foreign diplomatic and consular staff's immunity, but also of the embassy's places. USA demanded the reduction of the workers' number at Iran's Embassy in Washington, and then broke all the diplomatic relations with Iran and forbid the Iranian citizens to entry in USA's territory. From all these things, we may see with no doubt thee retort's forms. USA disposed the block, in the American banks and in some foreign banks,

Among the coercive measures applied by means of some international organizations, the most important ones and the ones that are charged with a lot of consequences are the ones applied in UNO's framework, by the Security Council, based on the prerogatives conferred to this body by chapter VII of UNO Charter. According to art. 39 of UNO Charter, the UNO Security Council interferes when a certain international situation represents: a) a threatening against peace, b) an encroachment of the peace, c) an aggression act. After ascertaining the facts and judicially framing them in one of the three mentioned categories, before getting to apply the collective security measures stipulated by the Chapter VII of the Charter, the Security Council may invite the interested parties to accept the temporary measures that it considers as being necessary. In the absence of a corresponding answer from the state whose actions represent a threatening against the peace, of its encroachment or of an aggression act, the Council may take a series of political, economical or military measures that may be named penalties[28]. The penalties that the Security Council may impose may be distributed in two categories, depending on the use or the absence of the use of the military force. In the first category there are the political and economical measures inspired from the Pact of the Nations' Society and from the states' individual practice: the total or partial disconnection of the economical relations and of the railway, maritime, aerial, postal, telegraphic communications, of the radio and of the other diplomatic relations' breaking." (art. 41)[29]. The second category refers to the actions that the Council may attempt by military forces and it may contain demonstrations, blocking measures and other operations executed by aerial, maritime, or terrestrial forces of the United Nations' members.[30]. These international

---

of the Iranian accounts, representing about 13 billion dollars[27], and also the block of the Iranian planes that were under their control. Therefore, by these pressures, they tried to release the hostages taken by the Iranian people. The last actions are types of the retaliation. (A. Crăciunescu, op. cit., p. 268).

[28] In the current conditions, when the human rights' protection has become an essential component of the international peace and security, this problem has stopped being an internal question and became an international law's field and a field of the relations between the states. The encroachment of the human rights endangers the friendly relations between the states and the international peace, justifying the adoption of the penalties by the international community; therefore, with no intervention right, the states may interfere, in such situations, individually or collectively, with non-military measures against the state that accomplishes such illicit acts, in contradiction with the international law. If there are massive extremely serious violations of the human fundamental rights, the state may also interfere by military measures that, in order to have a licit feature, need the Security Council's authorization. (Gh. Moca, M. Duțu, op. cit., p. 68-69).

[29] R. Miga -Beşteliu, op. cit., 1998, p. 14-15.

[30] Art. 42 of UNO Charter shows: "If the Security Council considers that the measures stipulated in art. 41 are not appropriate or they are proved not to be appropriate, it may carry on, by aerial, naval or terrestrial forces, any actions he considers as being necessary in order to maintain or re-establishing the peace and the international security. This action

penalties imposed by the Security Council's resolutions are compulsory for all the states that are members of UNO.

The punishing systems of the Security Council have known a significant evolution, especially after the end of the Cold War. The types of penalties used internationally both by UNO and by EU are economical (restrictions when importing, exporting, investing, embargos regarding weapons), financial (freezing the funds and the other economical resources), travel restrictions, transport restrictions (road, aerial, maritime transport), cultural, sport, diplomatic penalties.

During 1945-1990, the UNO Security Council imposed penalties only in two cases – against Rhodesia (in present, Zimbabwe) and the South Africa – in order to condemn the human rights' encroachment and the power abuse in the internal political life. After 1990, when adopting the penalties against Iraq, the Security Council extended the use of this type of tool at different types of situations such as: armed inter-state conflicts, internal civil conflicts, terrorism, serious violations of the human rights and of the humanitarian international law. Since 1990 until present, 18 punishing systems were adopted, but 14 of them are valid in 2008. The growth of the punishing systems' number and their increased complexity has made the Security Council to adopt certain administrative measures for their efficient financial administration. Therefore, it was created, in its suborder, an institutional frame structured in some temporary organs, other permanent ones, in order to follow and improve the elaboration, appliance and implementation process of the imposed international penalties[31].

With a general title, at the level of the European Union, the penalties, also named restrictive measures, are established in the framework of the External and Common Security Policy, according to the objectives stipulated in the Title V of the Nice Treaty regarding the European Union, especially the art. 11. The restrictive measures may be imposed by EU either in order to apply in the community juridical order the penalties decided by the UNO Security Council, or as autonomous measures of EU. The purpose of adopting the EU's autonomous restrictive measures is to determine changes in the activities or the policies that regard encroachments of the international right or of the human right, and also policies that do not respect the law state and

---

may contain demonstrations, blocking measures and other operations executed by aerial, maritime or terrestrial forces of the United Nations' Members".

[31] For the problems specific to every penalty system, they created Penalties Committees that generally have to supervise the implementation by the states that are members of UNO of the specific penalties imposed by the Security Council's resolutions. In present, 12 penalties committees develop their activity and work as subsidiary organs of the Security Council. For general aspects related to the international penalties, the Security Council decided to create on April 17th, 2000 an informal Working Group that had to elaborate recommendations and guides of good practices in order to improve the elaboration, appliance and implementation procedures of the penalties imposed by the Security Council. (www.mae.ro)

the democratic principles. At European Union's level, the European Union's Council decides the international penalties' appliance (restrictive measures) in the frame of the External Common Security Policy (ECSP). The European Union takes over totally in the community juridical order the penalties established by the UNO Security Council based on chapter VII of UNO Charter. The European Union may also adopt autonomous punishing measures, completing the ones imposed by UNO or independently, according to art. 60, 301 and 308 of the Treaty instituting the European Union. The penalties of the European Union's Council imposed by Common Positions and detailed by Decisions and Regulations are compulsory for the member states that have to create the juridical and institutional frame in order to implement them efficiently. The EU's punishing systems are applied both in the context of the fight against the terrorism and in order to correct the behaviour that is not accorded to the leading elites of certain countries[32]. EU applies penalties based on UNO Security Council's resolutions no. 1267 and 1373. EU applies measures pointed against the persons and groups involved in terrorism acts and that appear on the list taken over from the most recent common position, a changing position of the Common Position 2001/931/ECSP[33].

The international organization has already mentioned but also other ones may apply a series of other penalties to their members, stipulated in their constitutive acts, as losing certain advantages that come from the membership, the temporary suspension of the right to vote or of the membership, or even the exclusion from the organization[34].

In order to provide the efficient appliance by Romania of the international penalties instituted by the Security Council's Resolutions based on the Chapter VII of UNO Charter, and also EU's autonomous restrictive measures established by the Common Positions adopted in frame of the External and Common Security Policy, they adopted the Emergency Ordinance no. 202/2008 regarding the international penalties' appliance. OUG no. 202/2008 provides the direct applicability and the national compulsoriness of the international penalties adopted by UNO Security Council (art. 3, paragraph 1, corroborated with art. 1 paragraph 1 of OUG no. 202/2008), for all the law subjects to whom it is addressed, including the

[32] www.mae.ro

[33] http://ec.europa.eu/external_relations/cfsp/penalties/docs/index_ro.pdf

[34]Therefore, South Africa was temporarily excluded from the Work International Organization after its apartheid policy and it has lost his right to vote in frame of the Health World Organization. Therefore, the same treatment was also applied to Cuba in the framework of the American States' Organization. In the framework of the International Monetary Fund and of the International Bank for Rebuilding and Development, the encroachment of certain obligations may have as consequence the non-granting of loans. (R. Miga -Beşteliu, op. cit., 1998, p. 14-16).

physical and juridical persons, of private law, since their adoption by the Security Council. The penalties or other restrictive measures adopted at the level of the European Union are compulsory for Romania, as a member state of the European Union. The penalties adopted by documents of other international organizations or by unilateral decisions of the states may become compulsory at the national level only if a special normative document is adopted (art. 4 paragraph 4 corroborated with art. 1 paragraph 2 of OUG no. 202/2008). The punishing system adopted at the international level refers to the achievement of the objectives stipulated both in UNO Charter and in the documents elaborated at the level of the European Union regarding the External and Common Security Policy (ECSP) and they consider the following things: maintaining the peace and improving the international security, promoting the international cooperation, safeguarding the common values of the international society, of the fundamental interests, of the independency and of all the states' integrity, developing and reinforcing the democracy and the law state, and also respecting the human rights and fundamental freedoms. To what extent the penalties adopted at the international level proved and prove their efficiency is an aspect that has to be analysed for each case, from the point of view of certain defining elements that regard the justification of the imposed measure, the way the implementation of the penalty was financially administrated, the support from the international public opinion, the way the penalty was respected by the international community's members, the time it lasts, and also its economical and humanitarian costs. But irrespective of the proved efficiency, we do not have to say that the international penalties, even if they appear as strong pressure tools over the states that do not comply with their behaviour to the international law, especially the economical penalties are many times extremely brutal measures that provoke serious sufferings to the civil population, without touching the aimed ones[35]. However, in spite of all the contestations against their efficiency, the international penalties remain the most important discouragement factor of the illicit actions, against the international law's laws, in order to provide poise in the international relations.

Literature:

- I. Anghel, Liability in International Law, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 1998
- Al. Bolintineanu, A. Nastase, B. Aurescu, International Public Law, All Beck Publishing House, Bucharest, 2000
- R.Miga Beşteliu, International Public Law, All Beck Publishing House, Bucharest, 1998

---

[35] **Catherine Kosma Lacroze, La penalty en droit international (http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/10842/la-penalty-en-droit-international.php)**

- R. Miga - Beşteliu, International Public Law, vol. II, C.H.Beck Publishing House, Bucharest, 2008
- V. Cretu, International Public Law, „România de mâine" Foundation Publishing House, Bucharest, 1999
- Crăciunescu, International Public Law, Concordia Publishing House, Arad, 2006
- I.Diaconu, International Public Law Handbook, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2007
- Catherine Kosma Lacroze, La penalty en droit international (http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/10842/la-penalty-en-droit-international.php)
- Gh.Moca, M.Duțu, International Public Law, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2008
- D. Popescu, A. Năstase, International Public Law, „Şansa" Press and Publishing House, Bucharest, 1997
- International Public Law Dictionary, Scientific and Encyclopaedic Publishing House, Bucharest, 1982, p. 262
- www.mae.ro

Contact – email
laura.trocan@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EUROPEAN COURT OF JUSTICE AS LAW-MAKER: EXAMPLE OF INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION ON EU INTERNAL MARKET

VLADIMÍR TÝČ, RADIM CHARVÁT

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract
Specific legal system of the European Union entails specific judiciary methods realized by the European Court of Justice (ECJ). Its task consists among others in filling gaps and lacunae in EU law. Gaps in primary law are filled by secondary law and ECJ case law. As ECJ is a very creative court, sometimes it is very difficult to assume, if its decision is still an interpretative one or if it creates new legal rules. The aim of this presentation is to demonstrate Court's activities in the field of intellectual property protection of goods on EU Internal Market. The protection of different intellectual property rights seems to be in contradiction with the free movement of goods protected by those rights. The ECJ gives solution by separating the existence of a right from its exercise - the right cannot be exercised in a way that would make impossible the free movement of protected goods. Another "invention" of the ECJ case law is the theory of the exhaustion of the right in the whole EU by introducing the goods anywhere (in any country) of the EU Internal Market.

Key words
European Court of Justice; Teleological interpretation; Gaps filling; Intellectual property; Existence of a right; Exercise of a right; Community exhaustion of a right.

1. LAW-MAKING FUNCTION OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE THROUGH INTERPRETATION: IS THE LAW-MAKING ACTIVITY OF THE COURT POSSIBLE AND HOW IS IT EXERCISED?

Specific legal system of the European Union entails specific judiciary methods realized by the European Court of Justice (ECJ).[1] The wording of the primary and often the secondary law is not unambiguous, is often too general and permits different interpretation. The correct interpretation may not be obvious. As examples we can mention Art. 30 (measure with equivalent effect to a quantitative restriction), 82 (dominant position), 48 (public policy) of the EC Treaty. The Rome Treaty is a framework treaty. It is concise and sets out sometimes very generally its objectives. The details

1 According to the Lisbon Treaty the new denomination of the Court is "Court of Justice of the European Union".

are missing, but they are needed. How could we apply a legal provision if we do not know what is its exact scope and meaning?

Let us now quote a note by a famous English judge, Lord Denning:[2] "*The Treaty is quite unlike any of the enactments to which we have become accustomed. The draftsmen of our statutes have striven themselves with the utmost exactness. They have tried to foresee all possible circumstances that may arise and to provide for them...*

How different is this Treaty. It lays down general principles. It expresses its aims and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean.

An English lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty, there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by regulations and directives. It is the European way."

EU law must be uniform. This concerns not only its wording (text) but its interpretation and application as well. How to realize that? If a court is supposed to provide for a uniform interpretation, it must first be correct and binding. Fortunately, the EC Treaty gives the solution in its Art. 220.[3] One of the ECJ basic functions is to assure uniform interpretation and application of EU law in the whole Union. The CJ is entitled to give the authoritative and consequently binding interpretation of the primary and secondary law. Its task consists among others in filling gaps and lacunae in EU law.

For EU law, the reason of a too general wording of its provisions is sometimes the unability of Member States to reach an agreement on the exact wording of a Treaty provision or a regulation or directive. It thus remains very general and the ECJ is supposed to provide its exact sense by interpretation, since exact scope and meaning of its provisions are often not quite clear.

How should the interpreting court proceed? The result should correspond to the will of the law-maker, which has not been exactly expressed. The court will use different interpretation methods that must be combined together and the court should not overpass its field of operation - within the limits of the interpreted rule. Those limits are determined by:

---

2 Lord Denning was one of the most significant personalities of the English judiciary. He died in 1999 aged 100. This quotation has been taken from the publication Dehousse, R., The European Court of Justice, the Politics of Judicial Integration, New York, St. Martin's Press, 1998, p. 73.

3 Newly Art. 19 of the Treaty on European Union.

- the text (wording) of the rule,
- the context of the rule, i.e. its position in the whole document,
- historical context,
- purpose of the rule,
- other circumsatnces and existing case law,
- sometimes "travaux préparatoires" able to clarify indirectly the motivation of the legislator.

Often a concrete rule, which is needed, does not exist. Gaps in primary law are filled by secondary law and ECJ case law. Numerous gaps appearing in secondary law are filled by ECJ case law only. ECJ creates this missing rule generally through teleological interpretation of the whole document (for instance the EC Treaty).

As ECJ is a very creative and activist court, sometimes it is very difficult to assume, if its decision is still an interpretative one or if it creates new legal rules, especially in cases when the Court uses teleological interpretation of the Treaty as a whole. Teleological interpretation is the motive power of the interpretation by the ECJ, taking into account the purpose of the rule. However, this method of interpretation must not be absolutized and must not go against the express wording of a provision. Yet it happened for instance in the Chernobyl case (70/88), where the ECJ accorded the European Parliament the power to bring the action on the basis of Art. 230 of the Treaty against other institutions, even though did not permit it.

The Court has through its jurisprudence established in more than 50 years of its activities many general principles of European law, such as effet utile, Francovich liability, primacy, direct effect and the whole system of general principles of Community (now Union) law. When filling gaps - its function to form new rules is absolutely necessary - who else would do that? In the majority of cases it is not possible to wait until legislative changes take place, or even primary law treaties are amended. The development of EC (EU) law is, in this sense, spontaneous. The consequence is that the wording of the CJ judgments is sometimes very general, similar to the general rules contained in the primary or secondary law.

The Court of Justice is an absolutely independent body, not subordinated to any other EU body or to Member States. Its rulings could be overruled only by an amendment of the primary law or the adoption of a new act of secondary law.

The ECJ sometimes replaces political institutions.[4] The Community legislature is in many cases unable to fulfill its task to adopt a detailed regulation of some matter. Consequently, the ECJ must complete its details to make it sufficiently specific. It "has become one of the principal engines in the integration process."[5] The result of the ECJ interpretation can be not only a negative obligation for Member States, but also new rights for individuals. Those interpretative decisions are based on the principle of supremacy of EC (now EU) law, established by the Court as well.

To give an other example - let us mention the judgment Cassis de Dijon (120/78). The Court deviates from the wording of the EC Treaty and brings new exceptions from the general prohibition of limitation of EC internal trade contained in Art. 30. In fact, the Court did not add new items to the list of exceptions in Art. 30, but determined that certain measures of Member States apparently restricting the EC internal trade do not fall into the very general definition of Art. 28. In addition to that, it did not follow its own extremely wide definition of such a measure given formerly in the Dassonville judgment (8/74).

With its interpretative cornerstone decisions concerning the system of Community law the ECJ becomes the policy-maker. It can suggest new areas to be explored and initiate EU legislative intervention.[6] It can "substitute" the absence of details in the Community legislation. The Court can be considered as a "laboratory" of influence of national and international (European) politics.[7] For instance the Cassis judgment, according to some views, influenced the harmonization policy in the EC.[8]

A pertinent question arises: Are still Member States "Masters of the Treaty"? Why do Member States accept unwanted ECJ jurisprudence? There are undoubtly at least two reasons:

- The Court had not deviated from Member States' interests.[9] But what are "Member State interests"? Different Member States may have different interests. They do not act as a unique (and uniform) force. There is no "opposition coalition". Consequently, there is no general opposition against the ECJ jurisprudence. For instance the Francovich judgment on state

---

4 Alter, K.J., The European Court's Political Power, Oxford University Press, 2009, p. 125

5 Dehousse, R., ibid., p. 75.

6 Ibidem., p. 82.

7 Alter, K.J., ibid., p. 29.

8 Ibidem, p. 147

9 Ibidem, p. 124

liability is hardly acceptable for some member states, but others remain indifferent and their reaction is thus none, i.e. not negative.

- What means "Member State"? In fact the reaction to the activist ECJ jurisprudence, if any, emanates from Member States governments, not Parliaments. Parliaments are "too far" and governments are in most member countries much more "European" than Parliaments or public opinion.

- There is another aspect that must be taken into account. It is the recognition of the autonomy of EC (EU) law, and consequently of the European Court of Justice. This autonomy has been accepted by Member States.[10]

Let us now examine how the decision-making power of the ECJ has influenced one of the most practical areas of the Community law, the intellectual property protection.

2. EXAMPLE OF THE LAW-MAKING ACTIVITY OF THE COURT IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY PROTECTION ON INTERNAL MARKET

The interpretation function of the European Court of Justice within the meaning of Article 234 of the Treaty establishing the European Community (hereinafter “EC Treaty”) relates to primary legislation regulating especially general principles of Community functioning on the one hand, and secondary legislation whose aim is to regulate certain areas on the other hand. The ECJ plays its important interpretation role especially in cases where no secondary legal framework exists and actual legal problem arises which is brought to the ECJ. In such a situation, the ECJ is dependant only on the wording of the primary legal acts which sometimes leads to adoption of the new doctrine on the basis of interpretation of those acts. Through the legislative process of the institutions of the Community, such a new doctrine is reflected into secondary legislation (especially directives) and by virtue of them to the law and orders of the Member States.

One of such examples is the **principle of exhaustion of intellectual property rights** which closely relates to the so-called parallel imports of products, with which intellectual property rights are connected, from one country to another. The exhaustion principle means that once the genuine goods are put on the market by the rightful owner or with his consent (for instance, by his subsidiary or his licensee)11, some of his intellectual

10 Dord, O., Systčmes juridiques nationaux et cours européennes: De l'affrontement ŕ la complementarité? In: Les cours européennes, Pouvoirs, No. 96, Seuil, Paris, p. 7.

11 In case of IHT Internationale Heiztechnik (C-9/93) the ECJ, inter alia, examined who may put the goods on the market with the consequence of exhaustion of trademark rights.

property rights are exhausted and these goods can be freely distributed without his consent. It is crucial in what territory the rights are exhausted. In general, two types of exhaustion are recognized, i.e., national and international. In case of application of the national principle, the rights are exhausted only within the territory of one state in which the product was put on market. This product can freely move (distribute, sell) merely on the market of that state. If a third person aimed to import this product into that country, the intellectual property right holder is entitled to prohibit such an import. According to the international principle, the rights are exhausted world-wide. As it will be demonstrated below, the regional (Community) principle of intellectual property rights exhaustion has been created by the ECJ based on its case-law.

The link between the exhaustion principle of rights and parallel imports results in part out of the previous text. Let us mention a hypothetical example for illustration. A company having its registered office in country A is selling its goods, with which the intellectual property rights are connected, to another undertaking from country B but at a lower price than it itself sells its goods in state A. If country A applies international exhaustion, a third party could purchase those products in state B, import them to state A, and sell them at a lower price there. The right owner could not prevent this parallel import and could not object to the infringement of its intellectual property rights. However, if state A applied the principle of national exhaustion, in such a case the right owner would be able to stop this parallel import. As it is obvious, the principle of exhaustion has a great impact on the scope of intellectual property rights, particularly, in relation to the imported products, in which intellectual property rights are incorporated, to the domestic country of the right holder.

This example shows that the principle of domestic exhaustion is very restrictive; however, it insures more protection for the private interests of right owners. But this situation may lead to an artificial partitioning of the market because only the right owner has the power to determine where his goods will be sold and to whom he will give his permission to distribute them. On the other hand, international exhaustion helps free movement of goods among states, and therefore, it is good for the public interest, i.e. especially for consumers who can buy goods at a lower price.

National type of exhaustion constituted an obstacle to free movement of goods within the internal market of the Community. At the beginning of 70s of the last century, first cases regarding parallel imports between Member

---

In paragraph 34 the ECJ ruled: “This principle, known as the exhaustion of rights, applies where the owner of the trade mark in the importing State and the owner of the trade mark in the exporting State are the same or where, even if they are separate persons, they are economically linked. A number of situations are covered: products put into circulation by the same undertaking, by a licensee, by a parent company, by a subsidiary of the same group, or by an exclusive distributor.

States were brought to the ECJ. In this respect, it is important to emphasize that no directives regulating area of intellectual property rights, let alone exhaustion of those rights, existed at that time.

With regard to the exhaustion of economic copyrights (right of distribution), the judgment in case of *Deutsche Grammophon v Metro*12 belongs to the most important decisions of the ECJ. German sound recording company (Deutsche Grammophon) sold sound recordings through its French subsidiary in France. Metro acquired those records sold in France and resold them in Germany, but at a lower price than Deutsche Grammophon. One of the questions was whether an interpretation of certain articles of the EC Treaty allowed Deutsche Grammophon to rely on its exclusive right of distribution included in certain provisions of the German law on Copyright and related rights, to prohibit the marketing the German market of sound recordings lawfully sold (by this company or with its consent) in France.

According to the opinion of the ECJ mentioned in paragraph 11 of this judgment, "Amongst the prohibitions or restrictions on the free movement of goods which it concedes Article 36 refers to industrial and commercial property. On the assumption that those provisions may be relevant to a right related to copyright, it is nevertheless clear from that article that, although the Treaty does not affect the existence of rights recognized by the legislation of a member state with regard to industrial and commercial property, the exercise of such rights may nevertheless fall within the prohibitions laid down by the Treaty. Although it permits prohibitions or restrictions on the free movement of products, which are justified for the purpose of protecting industrial and commercial property, Article 36 only admits derogations from that freedom to the extent to which they are justified for the purpose of safeguarding rights which constitute the specific subject-matter of such property ."13

The ECJ answered the question mentioned above and held, "It is in conflict with the provisions prescribing the free movement of products within the Common Market14 for a manufacturer of sound recordings to exercise the exclusive right to distribute the protected articles, conferred upon him by the legislation of a member state, in such a way as to prohibit the sale in that state of products placed on the market by him or with his consent in another Member State solely because such distribution did not occur within the territory of the first member state ."

12 C-78/70 Deutsche Grammophon v Metro [1971] ECR 487

13 Whereas this case was decided a long time before the Amsterdam Treaty, it still refers to the old numbering. In this situation, Article 30 of new numbering is at issue.

14The term Common Market has been replaced by Internal Market.

From this decision, it is clear that the ECJ had to balance between a policy of free movement of goods and exclusive intellectual property rights of private entities guaranteed in national legislation. The ECJ decided this situation in favour of the public interest, i.e. free movement of goods within Internal Market of the EC. In this and other judgments, the ECJ created a dichotomy between the existence of the intellectual property rights and the exercise of those rights. But this approach is disputable because the exclusive right exist in order to be exercised.

By way of the referred and other judgments, the principle of Community exhaustion of intellectual property rights was established and parallel imports among Member States were allowed. Thus, if the product is put on the internal market (i.e., market of any of the Member States) by the right owner or with his consent for the first time, some of his rights (in particular, right to distribution) are exhausted for all the Member States and these product can freely move without his express consent throughout whole Community.

Currently, the question of exhaustion of economic copyrights is regulated in provisions of crucial EC directives solving this area; especially Article 4 (c) of Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs, Article 5 (c) of Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, Article 4 of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, Article 9 (2) of Directive 2006/116/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on the term of protection of copyright and certain related rights (codified version) – it derogated the Council Directive 92/100/EEC of 19 November 1992 having the same name.

The case-law of the ECJ and the mentioned directives set forth pertinent exceptions to the principle of exhaustion of copyrights as well

The principle of exhaustion of trademark rights was settled by the ECJ in case of *Centrafarm v Winthrop*15 in 1974. The ECJ in this judgment mentioned the specific subject-matter of a trademark by saying that "… the owner of the trade mark has the exclusive Right to use that trade mark, for the purpose of putting products protected by the trade mark into circulation for the first time, and is therefore intended To protect him against competitors wishing to take advantage of the status and reputation of the trade mark by selling products illegally bearing that trade mark ."16 However, it held that the owner of a trademark cannot rely on protection of

15 C-16/74 Centrafarm v Winthrop [1974] ECR 1183

16 paragraph 8

legislation of a Member State allowing him to prevent the import or marketing of a product in that state which has been put on the market in another Member State by him or with his consent because it is incompatible with the rules of the EC Treaty concerning the free movement of goods within the internal market. Furthermore, the ECJ ruled that it is not important whether price differences between the exporting and importing Member States exist resulting from governmental measures adopted in the exporting state with a view to controlling the price of the product.

Based on *Centrafarm* judgment, the aforementioned principles have been reflected into Article 7 of the First Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and Article 13 of Council Regulation (EC) No. 207/2009 of 26 February 2009 on Community trade mark (codified version) – this Regulation replaced Council Regulation (EC) No. 40/94 of 20 December 1993 on Community trade mark.

To conclude - we can see very well on the example of intellectual property protection how the Court of Justice by its very radical law-making activities adjusts Community law to the needs of the really free movement of goods on EU Internal Market.

Contact – email
tyc@law.muni.cz - radim.charvat@tiscali.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

A) MEZINÁRODNÍ SMLOUVY JAKO PROBLÉM ÚSTAVNÍHO PRÁVA

B) ÚSTAVNOST ÚSTAVNÍHO POŘÁDKU VE SVĚTLE NÁLEZU PL. ÚS 27/09

A) INTERNATIONAL TREATIES AS A PROBLEM OF CONSTITUTIONAL LAW

B) CONSTITUTIONALITY OF THE CONSTITUTIONAL ORDER IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTIONAL COURT RULING PL. ÚS 27/09

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MEDZINÁRODNÉ ZMLUVY V ÚSTAVNOM SYSTÉME SLOVENSKEJ REPUBLIKY

BORIS BALOG

Fakulta práva, Bratislavská vysoká škola práva, Bratislava, Slovenská republika

Abstract in original language
Náčrt pôvodnej a súčasnej úpravy medzinárodných zmlúv v Ústave Slovenskej republiky a ústavnej úpravy ich prednosti pred zákonmi vrátane problémov pôvodnej ústavnej úpravy. Poskytnutie prehľadu o ústavnej úprave konania Ústavného súdu SR o súlade dojednanej medzinárodnej zmluvy.

Key words in original language
Medzinárodné zmluvy; ústavný systém Slovenskej republiky; prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky; Ústava Slovenskej republiky; ústavné zákony; ľudské práva a základné slobody; Európske spoločenstvá a Európska únia; ratifikácia medzinárodných zmlúv.

Abstract
An outline of the original and current matter of International Treaties in the Constitution of the Slovak Republic and the constitutional arrangements of their priority over the laws including the problems of the original constitutional arrangements. Providing an overview of the constitutional arrangements of the Constitutional Review of an negotiated International Treaty.

Key words
International Treaties; the constitutional system of the Slovak Republic; priority over the law of the Slovak Republic; Constitution of the Slovak Republic; constitutional laws; human rights and fundamental freedoms; European Communities and the European Union; ratification of International Treaties.

1. ÚVOD

Príspevok „Medzinárodné zmluvy v ústavnom systéme Slovenskej republiky“ má za cieľ nielen poskytnúť informácie o postavení medzinárodných zmlúv ako prameňov ústavného práva v Slovenskej republike, ale v nadväznosti na zameranie sekcie sa pokúsi poskytnúť informácie o úprave prednosti medzinárodných zmlúv podľa Ústavy Slovenskej republiky[1] a v tej súvislosti naznačiť niektoré problémy ústavnej

[1] Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb. v znení neskorších predpisov.

úpravy a tiež poskytnúť informácie o úprave súdneho prieskumu ústavnosti medzinárodných zmlúv podľa Ústavy Slovenskej republiky.

Príspevok sa preto najprv zameria na pôvodnú úpravu prednosti medzinárodných zmlúv podľa Ústavy Slovenskej republiky a jej problémy a následne na zmeny, ktoré v úprave prednosti medzinárodných zmlúv priniesla novela Ústavy Slovenskej republiky z roku 2001. Následne sa príspevok zameria na ústavnú a zákonnú úpravu súdneho prieskumu medzinárodných zmlúv a ponúkne aj niektoré praktické poznatky z rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky.

2. PÔVODNÁ ÚPRAVA PREDNOSTI MEDZINÁRODNÝCH ZMLÚV PODĽA ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Ústava Slovenskej republiky vo svojom pôvodnom texte z roku 1992 upravovala postavenie medzinárodných zmlúv ako prameňov ústavného práva v ustanovení čl. 11. Toto ustanovenie súčasne tvorilo úvod do ústavnej úpravy základných práv a slobôd v rámci Druhej hlavy Ústavy Slovenskej republiky.

Podľa čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky – „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, ktoré Slovenská republika ratifikovala a boli vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom, majú prednosť pred jej zákonmi, ak zabezpečujú väčší rozsah základných práv a slobôd.“.

Už od svojho prijatia vyššie uvedené ustanovenie Ústavy Slovenskej republiky a ústavné riešenie prednosti medzinárodných zmlúv pred zákonmi Slovenskej republiky, či všeobecnejšie povedané, vzťah vnútroštátneho práva a medzinárodného práva, vyvolával otázniky a pochybnosti a správnosti, či minimálne úplnosti zvoleného ústavného riešenia. Ústava Slovenskej republiky vo svojom pôvodnom znení z roku 1992 sa totiž vyhla priamej odpovedi na otázku vzťahu vnútroštátneho práva a medzinárodného práva vo všeobecnej formulácii. Čl. 11 totiž upravoval prednosť len niektorých medzinárodných zmlúv pred zákonmi Slovenskej republiky, a to iba za určitej podmienky.

Vo vzťahu k čl. 11 možno teda konštatovať, že síce plne rešpektoval medzinárodnoprávne záväzky vyplývajúce z medzinárodných zmlúv o ľudských právach, pričom z neho ale vyplývalo, že slovenské právo môže poskytovať väčší rozsah základných práv a slobôd, ako ho poskytujú medzinárodné zmluvy. Takéto riešenie bolo v slovenskej právnej vede označované ako „zásada alternatívnej priority práva“, či „zásada prednosti

výhodnejšieho práva“[2] alebo „podmienečná priorita medzinárodných zmlúv“.[3]

Interpretačný problém spôsobilo aj použitie slov „prednosť pred jej zákonmi“. V podstate od roku 1992 prebieha v Slovenskej republike diskusia o možnom, či vhodnom, želanom alebo správnom chápaní týchto slov – či ide o širšie chápanie pojmu „zákon“, ktoré zahŕňa aj ústavné zákony vrátane Ústavy Slovenskej republiky samotnej, alebo či ide o doslovný výklad, ktorý chápe pojem „zákon“ len ako výsledok zákonodarnej kompetencie Národnej rady Slovenskej republiky, nie ale jej ústavodarnej kompetencie. Viac svetla do veci vniesol až Ústavný súd Slovenskej republiky, ktorý svojím rozhodnutím sp. zn. II. ÚS 91/1999 okrem iného vyslovil, že „Medzinárodné zmluvy o ľudských právach majú osobitné postavenie v systéme prameňov práva Slovenskej republiky. Za podmienok ustanovených v čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky majú prednosť pred zákonmi, nie však pred Ústavou Slovenskej republiky.“.

Iným sporným miestom pôvodného čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky bolo kritérium zabezpečovania väčšieho rozsahu ústavných práv a slobôd. Okrem toho, že toto kritérium bolo značne nejasné a jeho posudzovanie bolo ponechané na subjektívne rozhodnutie toho, kto text medzinárodnej zmluvy uplatňoval, prinášalo rozdielne postavenie medzinárodných zmlúv vo vnútroštátnom poriadku Slovenskej republiky.

Ďalším významným ustanovením pôvodného textu Ústavy Slovenskej republiky, ktoré v podstate nepriamo riešilo vzťah vnútroštátneho práva a medzinárodného práva bol čl. 125 písm. e), podľa ktorého „Ústavný súd rozhoduje o súlade...e) všeobecne záväzných právnych predpisov s medzinárodnými zmluvami vyhlásenými spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov.“.

Aj v prípade tohto ustanovenia z pôvodného textu Ústavy Slovenskej republiky platí, že od svojho prijatia vyvolávalo a spôsobovalo interpretačné problémy, a to najmä vo vzťahu k chápaniu a možnej, či vhodnej, želanej alebo správnej interpretácii slov „všeobecne záväzných právnych predpisov“. Otázka bola, či možno pod tieto slová subsumovať aj samotnú Ústavu Slovenskej republiky alebo nie. Pripustením chápania aj Ústavy Slovenskej republiky ako všeobecne záväzného právneho predpisu by sa následne prioritne vyvodila právomoc Ústavného súdu Slovenskej republiky na rozhodovanie o súlade Ústavy Slovenskej republiky s medzinárodnými zmluvami vyhlásenými spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov a následne sekundárne, či nepriamo vlastne aj vzťah Ústavy Slovenskej

---

[2] AZUD, J.: K otázke rozhodovania Ústavného súdu SR o súlade Ústavy SR s medzinárodnými zmluvami (o ľudských právach). Právny obzor, 1993, s. 295.

[3] KĽUČKA, J.: Medzinárodné práva a právny poriadok Slovenskej republiky. Právny obzor, 1993, č. 4.

republiky k medzinárodnému právu, aj keď pri plnom rešpektovaní toho, že rozsah prameňov medzinárodného práva je širší ako iba medzinárodné zmluvy. Je zrejmé, že vylúčenie Ústavy Slovenskej republiky spod slov „všeobecne záväzný právny predpis" by nebolo únosné a odôvodniteľné, preto aj vtedajšia slovenská veda práva zastávala názor, že „ak podľa čl. 125 písm. e) Ústavy SR ústavný súd rozhoduje o súlade všeobecne záväzných právnych predpisov s medzinárodnými zmluvami (a to nielen medzinárodnými zmluvami o ľudských právach) vyhlásenými spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov a ak vychádzame z toho, že aj Ústavy SR je všeobecne záväzným právnym predpisom, Ústavný súd SR má právo rozhodovať aj o súlade Ústavy SR s medzinárodnými zmluvami. ... možno zastávať názor, že ústava vychádza, hoci nie celkom dôsledne, z dualistickej koncepcie vnútroštátneho a medzinárodného práva a v zmysle čl. 125 písm. e) nadraďuje medzinárodné zmluvy nad ostatné všeobecne záväzné právne predpisy SR a stanovuje tak prioritu medzinárodného práva v právnom poriadku SR. ... Na základe analýzy možno konštatovať, že čl. 125 písm. e) Ústavy SR vedome alebo opomenutím rieši vlastne otázku vzťahu vnútroštátneho práva a medzinárodných zmlúv vyhlásených spôsobom stanoveným na vykonávanie zákonov, čiže azda väčšiny medzinárodných zmlúv. Túto úpravu možno nazvať nepriamo aj všeobecnou recepčnou normou značnej časti medzinárodného práva, jeho zmluvnej časti a priority tohto práva.".[4]

Tak, ako som uviedol vyššie vo vzťahu k čl. 11, platí aj vo vzťahu k čl. 125 písm. e) pôvodného textu Ústavy Slovenskej republiky, môj názor, že v rokoch 1992 až do zmeny tohto textu Ústavy Slovenskej republiky v roku 2001, nespôsobilo uvedené ustanovenie Ústavy Slovenskej republiky žiaden praktický problém vo fungovaní ústavného systému Slovenskej republiky. Svedčí o tom aj skutočnosť, že Ústavný súd Slovenskej republiky podľa ustanovenia nekonal ani raz.

Tiež je ale potrebné uviesť, že v súvislosti s prípravami Slovenskej republiky na vstup do Európskej únie bolo potrebné formou priamej zmeny Ústavy Slovenskej republiky zmeniť tie jej ustanovenia, ktoré by mohli po vstupe spôsobovať nielen akademicko-teoretické problémy, ale aj aplikačné problémy.

Uvedenému účelu slúžil, či mal slúžiť, ústavný zákon č. 90/2001 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Z. z. v znení neskorších predpisov, a ktorý, s výnimkou niektorých ustanovení, nadobudol účinnosť dňa 1. júla 2001. Týmto ústavným zákonom bol zrušený dovtedajší čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky. Súčasne Slovenská republika v čl. 1 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky vyhlásila, že uznáva a

[4] ČIČ, M., a kol.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky, Matica Slovenská 1997, s. 430 – 431.

dodržiava všeobecné pravidlá medzinárodného práva, medzinárodné zmluvy, ktorými je viazaná, a svoje ďalšie medzinárodné záväzky.

Postavenie prezidenta Slovenskej republiky vo vzťahu k medzinárodným zmluvám upravuje čl. 102 ods. 1 písm. a) Ústavy Slovenskej republiky, podľa ktorého, prezident zastupuje Slovenskú republiku navonok, dojednáva a ratifikuje medzinárodné zmluvy. Súčasne Ústava Slovenskej republiky umožňuje prezidentovi preniesť dojednávanie medzinárodných zmlúv na vládu Slovenskej republiky alebo so súhlasom vlády aj na jej jednotlivých členov. Okrem toho má prezident Slovenskej republiky podľa čl. 102 ods. 1 písm. b) Ústavy Slovenskej republiky právo podať na Ústavný súd Slovenskej republiky návrh na rozhodnutie o súlade dojednanej medzinárodnej zmluvy, na ktorú je potrebný súhlas Národnej rady Slovenskej republiky, s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom.

3. MEDZINÁRODNÉ ZMLUVY PODĽA ČL. 7 ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Ústavný zákon č. 90/2001 Z. z. priniesol nové znenie čl. 7 Ústavy Slovenskej republiky a upravil v odsekoch 2 až 5 postavenie medzinárodných zmlúv v ústavnom systéme Slovenskej republiky.

3.1 MEDZINÁRODNÁ ZMLUVA PODĽA ČL. 7 ODS. 2 ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Ustanovenie čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky je osobitnou ústavnou normou upravujúcou vzťah Slovenskej republiky k Európskemu spoločenstvu a Európskej únii, ako aj k ich právu.[5] Podľa tohto ustanovenia, „Slovenská republika môže medzinárodnou zmluvou, ktorá bola ratifikovaná a vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, alebo na základe takejto zmluvy preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. Právne záväzné akty Európskych spoločenstiev a Európskej únie majú prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky. Prevzatie právne záväzných aktov, ktoré vyžadujú implementáciu, sa vykoná zákonom alebo nariadením vlády podľa čl. 120 ods. 2.“.

Slovenská republika uzatvorila na základe tohto ustanovenia Ústavy Slovenskej republiky „Zmluvu medzi Belgickým kráľovstvom, Dánskym kráľovstvom, Spolkovou republikou Nemecko, Helénskou republikou, Španielskym kráľovstvom, Francúzskou republikou, Írskom, Talianskou republikou, Luxemburským veľkovojvodstvom, Holandským kráľovstvom,

[5] DRGONEC, J.: Ústava Slovenskej republiky, komentár, 2. vydanie, Heuréka, Šamorín, 2007, s. 123.

Rakúskou republikou, Portugalskou republikou, Fínskou republikou, Švédskym kráľovstvom, Spojeným kráľovstvom Veľkej Británie a Severného Írska (členskými štátmi Európskej únie) a Českou republikou, Estónskou republikou, Cyperskou republikou, Lotyšskou republikou, Litovskou republikou, Maďarskou republikou, Maltskou republikou, Poľskou republikou, Slovinskou republikou a Slovenskou republikou o pristúpení Českej republiky, Estónskej republiky, Cyperskej republiky, Lotyšskej republiky, Litovskej republiky, Maďarskej republiky, Maltskej republiky, Poľskej republiky, Slovinskej republiky a Slovenskej republiky k Európskej únii". Národná rada vyslovila súhlas so zmluvou o pristúpení k Európskej únii na svojej schôdzi 1. júla 2003. Prezident podpísal ratifikačnú listinu k zmluve o pristúpení k Európskej únii 26. augusta 2003. Zmluva bola vyhlásená v Zbierke zákonov Slovenskej republiky oznámením Ministerstva zahraničných vecí Slovenskej republiky č. 185/2004 Z. z.

Slovenská ústava sa teda v súvislosti s prípravou na vstup do Európskej únie doplnila o ustanovenie, ktoré umožnilo preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. Tým slovenská ústava išla v trende ústav iných členských štátov, ktoré túto otázku tiež riešili a riešia. V nadväznosti na prenos suverenity, väčšina členských štátov zaradila do svojich ústavných textov nielen všeobecné recepčné normy, ktoré zabezpečujú nadradenosť komunitárneho práva nad svojím vnútroštátnym právom, ale aj priamu záväznosť všeobecných pravidiel medzinárodného práva. Väčšina členských štátov v tejto súvislosti uplatnila monistickú koncepciu vzťahu medzinárodného a vnútroštátneho práva.

Ustanovenie čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky vytvorilo ústavný predpoklad pre recepciu komunitárneho práva, ktoré má prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky.

Poslednou vetou čl. 7 ods. 2 rozdelila Ústava Slovenskej republiky právne záväzné akty na tie, ktoré vyžadujú implementáciu a tie, ktoré ju nevyžadujú. Skutočnosť, či sa implementácia v členskom štáte vyžaduje alebo nie, nie je predmetom úpravy Ústavy Slovenskej republiky a Slovenská republika ani nemôže sama jednostranne niektorému prameňu práva Európskych spoločenstiev a Európskej únie takúto povahu priznať. Pre tie, ktoré v zmysle úpravy v práve Európskych spoločenstiev a Európskej únie vyžadujú implementáciu v chápaní našej ústavy (spravidla ide o smernice), vytvorila teda Ústava Slovenskej republiky dva spôsoby, a to buď zákonom Národnej rady Slovenskej republiky alebo nariadením vlády podľa čl. 120 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky. V tomto prípade ide o tzv. aproximačné nariadenie vlády, ktoré je vláda oprávnená vydávať na vykonanie medzinárodnej zmluvy podľa čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky, ak tak ustanoví zákon.

V súvislosti s ústavnou úpravou medzinárodnej zmluvy podľa čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky je potrebné vymedziť situáciu, ktorú predpokladá toto ustanovenie Ústavy Slovenskej republiky, teda prenos výkonu časti práv, voči situácii, ktorú upravuje a predpokladá čl. 7 ods. 1

Ústavy Slovenskej republiky, a to vstup Slovenskej republiky do štátneho zväzku s inými štátmi. V zmysle čl. 7 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, Slovenská republika môže na základe slobodného rozhodnutia vstúpiť do štátneho zväzku s inými štátmi. O vstupe do štátneho zväzku s inými štátmi alebo o vystúpení z tohto zväzku sa rozhodne ústavným zákonom, ktorý sa potvrdí referendom. Na uvedené nadväzuje následne čl. 93 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, ktorý upravuje jediný prípad obligatórneho referenda v Slovenskej republike – referendum, ktorým sa potvrdí ústavný zákon o vstupe do štátneho zväzku s inými štátmi alebo o vystúpení z tohto zväzku.

Ako teda možno vymedziť rozdiel obsahu ústavnej úpravy vstupu Slovenskej republiky do štátneho zväzku s inými štátmi a prenosu výkonu časti práv, a to osobitne v situácii, ak u časti politikov a verejnosti pretrváva názor o (ceste k) federalizácii Európskej únie?

Pri zodpovedaní tejto otázky vychádzam z rozhodovacej činnosti Ústavného súdu Slovenskej republiky, ktorý vo svojom rozhodnutí sp. zn. II. ÚS 171/05-175 k otázke charakteru a možnému trendu vývoja Európskej únie vyslovil: „Ústavný súd konštatuje, že vývoj v Európskej únii nepochybne tenduje k štátnej forme, teda k štátnemu zväzku, ale serióznym spôsobom určiť moment, kedy sa tak stane, nie je podľa názoru ústavného súdu nateraz možné. Z dokazovania v tomto konaní vyplynulo, že Európska únia vykazuje aj v súčasnom stave celý rad znakov a funkcií, ktoré možno v rámci uznávanej teórie práva podriadiť pod charakteristické znaky štátneho zväzku (čo nepopierajú ani sťažovatelia).“.[6]

Následne Ústavný súd Slovenskej republiky k vzájomnému vzťahu a použitiu ustanovení čl. 7 ods. 1 a čl. 7 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky uviedol: „Ustanovenie čl. 7 ods. 1 ústavy taxatívne určuje situácie, ktoré sú predmetom jeho úpravy. Článok 7 ods. 1 ústavy je prameňom práva iba pre tieto dve situácie:

Slovenská republika vstupuje do štátneho zväzku s inými štátmi,

Slovenská republika vystupuje do štátneho zväzku s inými štátmi.

Vstup do štátneho zväzku s inými štátmi podlieha úprave druhej vety čl. 7 ods. 1 ústavy. Rozhoduje sa o ňom ústavným zákonom, ktorý sa potvrdí referendom. Zhodný postup sa podľa ústavy uplatní v opačnom prípade, keď sa Slovenská republika slobodne rozhodne vystúpiť zo štátneho zväzku s inými štátmi.

Pre uplatnenie čl. 7 ods. 1 ústavy nie je právne relevantné, či pokus o vstup do štátneho zväzku s inými štátmi sa zavŕši vznikom štátneho zväzku, alebo či sa neskončí vznikom štátneho zväzku s inými štátmi.

[6] V konaní sp. zn. II. ÚS 171/05-175 išlo o pôvodný návrh Zmluvy o Ústave pre Európu.

Rozhodovanie podľa čl. 7 ods. 1 ústavy je výnimočné rozhodovanie s ojedinelou náročnosťou kladenou na dosiahnutie ústavne relevantného rozhodnutia. Jedine pri vstupe do štátneho zväzku s inými štátmi alebo pri vystúpení zo štátneho zväzku s inými štátmi sa podľa ústavy vyžaduje kombinácia rozhodnutia ústavnej väčšiny poslancov národnej rady a vôle voličov. Preto proces a podmienky rozhodovania ústava upravuje v osobitnom režime, ktorý je určený výlučne pre toto osobitne významné rozhodovanie. Ústava neumožňuje uplatniť rozhodovanie podľa čl. 7 ods. 1 ústavy pri rozhodovaní o iných, menej závažných otázkach týkajúcich sa existencie štátu.

Predmetom tejto úpravy sú medzné body existencie štátneho zväzku medzi Slovenskou republikou a inými štátmi. Ústavným zákonom a následným referendom sa rozhoduje iba o vstupe do štátneho zväzku a o vystúpení zo štátneho zväzku. Úkony, ktoré Slovenská republika počas členstva v štátnom zväzku robí ako člen štátneho zväzku s inými štátmi, nie sú predmetom rozhodovania ústavným zákonom ani potvrdzovania v referende.

Podľa čl. 7 ods. 2 prvej vety ústavy Slovenská republika môže medzinárodnou zmluvou, ktorá bola ratifikovaná a vyhlásená spôsobom ustanoveným zákonom, alebo na základe takej zmluvy preniesť výkon časti svojich práv na Európske spoločenstvá a Európsku úniu. Ústava upravuje správanie Slovenskej republiky iba počas členstva Slovenskej republiky v Európskych spoločenstvách Európskej únii.

V intenciách uvedeného sa javí nespochybniteľným, že čl. 7 ods. 2 ústavy má vo vzťahu k čl. 7 ods. 1 ústavy samostatnú povahu.

Podľa názoru ústavného súdu všetky ďalšie akty a úkony, ktoré Slovenská republika urobí v rámci relevantných zväzkov s Európskymi spoločenstvami a Európskou úniou, treba z hľadiska schvaľovacieho procesu podriadiť ústavnej norme obsiahnutej v čl. 7 ods. 2 prvej vety ústavy. Na tom nič nemení, ak by aj išlo o akt, ktorý mení kvalitatívne parametre spolupráce medzi členmi uvedeného zoskupenia, ako to je v prípade Zmluvy.

Z uvedeného vyplýva, že bez ohľadu na charakter Európskej únie vstupom Slovenskej republiky do Európskej únie ani akýmikoľvek ďalšími úkonmi iniciovanými či už Európskou úniou, alebo Slovenskou republikou nemôže nastať stav, ktorý by bol v príčinnej súvislosti s účelom a obsahom ustanovenia čl. 7 ods. 1 ústavy.“.

3.2 MEDZINÁRODNÁ ZMLUVA PODĽA ČL. 7 ODS. 3 ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Podľa čl. 7 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky sa môže Slovenská republika s cieľom zachovať mier, bezpečnosť a demokratický poriadok za podmienok ustanovených medzinárodnou zmluvou zaradiť do organizácie vzájomnej kolektívnej bezpečnosti.

Z uvedeného vyplýva, že vyššie uvedené ustanovenie Ústavy Slovenskej republiky vytvorilo ústavný základ pre vstup Slovenskej republiky do Severoatlantickej aliancie. Tiež by sa na základe toho dalo skonštatovať, že išlo o jednorazové ustanovenie, ktoré je dnes v podstate skonzumované.

Na druhej strane nie je možné dnes vylúčiť, aby sa aj v budúcnosti nezopakovala situácia, že by Slovenská republika mala záujem o vstup do nejakej inej (možno novej) organizácie vzájomnej kolektívnej bezpečnosti. Na základe čl. 7 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky by sa Slovenská republika mohla zaradiť do takejto organizácie za podmienok ustanovených medzinárodnou zmluvou, ale iba za predpokladu, že by išlo o organizáciu vzájomnej kolektívnej bezpečnosti, ktorej cieľom by nespochybniteľne bolo zachovávanie mieru, bezpečnosti a demokratického poriadku.

3.3 MEDZINÁRODNÉ ZMLUVY PODĽA ČL. 7 ODS. 4 A 5 ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Nová ústavná úprava medzinárodných zmlúv podľa čl. 7 ods. 4 a 5 predstavovala prelomenie dovtedajšej dualistickej koncepcie postavenia medzinárodných zmlúv v ústavnom poriadku Slovenskej republiky (tak ako je to uvedené vyššie).

3.3.1 MEDZINÁRODNÉ ZMLUVY PODĽA ČL. 7 ODS. 4 ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Čl. 7 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky upravuje medzinárodné zmluvy, na platnosť ktorých sa vyžaduje pred ratifikáciou súhlas Národnej rady Slovenskej republiky. Ide o

- medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách,
- medzinárodné politické zmluvy,
- medzinárodné zmluvy vojenskej povahy,
- medzinárodné zmluvy, z ktorých vzniká Slovenskej republiky členstvo v medzinárodných organizáciách,
- medzinárodné hospodárske zmluvy všeobecnej povahy,
- medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie je potrebný zákon,
- medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb.

Súčasne podľa čl. 86 písm. d) Ústavy Slovenskej republiky patrí do pôsobnosti Národnej rady Slovenskej republiky pred ratifikáciou vyslovovať súhlas s medzinárodnými zmluvami o ľudských právach a

základných slobodách, s medzinárodnými politickými zmluvami, s medzinárodnými zmluvami vojenskej povahy, s medzinárodnými zmluvami, z ktorých vzniká Slovenskej republike členstvo v medzinárodných organizáciách, s medzinárodnými hospodárskymi zmluvami všeobecnej povahy, s medzinárodnými zmluvami, na ktorých vykonanie je potrebný zákon, ako aj s medzinárodnými zmluvami, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb, a zároveň rozhodovať o tom, či ide o medzinárodné zmluvy podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky.

Detailnejšia úprava rokovania o medzinárodnej zmluve podľa čl. 7 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky je prenechaná § 88 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 350/1996 Z. z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky v znení nehorších predpisov. Medzinárodná zmluva, pred ktorej ratifikáciou je potrebný súhlas národnej rady, sa podľa tohto zákona prerokuje v druhom a treťom čítaní. Ak vláda Slovenskej republiky predkladá Národnej rade Slovenskej republiky na schválenie medzinárodnú zmluvu o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodnú zmluvu, na vykonanie ktorej nie je potrebný zákon, a medzinárodnú zmluvu, ktorá priamo zakladá práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb, ktoré majú prednosť pred zákonmi, musí byť takáto zmluva predložená spolu s doložkou prednosti. Doložka prednosti obsahuje posúdenie takejto zmluvy z hľadiska jej prednosti voči konkrétnym zákonom a jej vplyvu na právny poriadok Slovenskej republiky. V druhom čítaní gestorský výbor v uznesení alebo spoločný spravodajca najmä odporučí, či Národná rada Slovenskej republiky má, alebo nemá vysloviť s medzinárodnou zmluvou súhlas. V treťom čítaní Národná rada Slovenskej republiky rozhodne, či vyslovuje, alebo nevyslovuje s medzinárodnou zmluvou súhlas. Môže tiež rozhodnúť, že rokovanie o vyslovení súhlasu odkladá.

3.3.2 MEDZINÁRODNÉ ZMLUVY PODĽA ČL. 7 ODS. 5 ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky, medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon, a medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb a ktoré boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom, majú prednosť pred zákonmi. Z hľadiska úpravy prednosti medzinárodných zmlúv zvolil slovenský ústavodarca postup použitia tak kritéria obsahu medzinárodnej zmluvy (medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách), ako aj kritéria formy ich vykonávania (medzinárodné zmluvy, na ktorých vykonanie nie je potrebný zákon), pričom medzinárodné zmluvy, ktoré priamo zakladajú práva alebo povinnosti fyzických osôb alebo právnických osôb sú zjavne zmluvy, ktoré v sebe obsahujú hneď obidve zmienené kritériá.

Z vyššie uvedeného výpočtu „prednostných“ zmlúv vyplýva, že ustanovenie čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky zaviedlo prednosť medzinárodných zmlúv širšie ako pôvodná úprava prednosti podľa čl. 11 Ústavy Slovenskej republiky, teda aj vo vzťahu k iným medzinárodným zmluvám, ako len zmluvám o ľudských právach.

Prednosť takýchto priamo vykonateľných medzinárodných zmlúv pred zákonmi Slovenskej republiky neznamená, že by štandard ochrany ľudských práv a základných slobôd podľa Druhej hlavy Ústavy Slovenskej republiky bol nejakým spôsobom ohrozený. Ústave Slovenskej republiky a ústavným zákonom sa naďalej priznáva prednosť pred priamo vykonateľnými medzinárodnými zmluvami o základných právach a ľudských slobodách. Nielen zákony a ostatné všeobecne záväzné právne predpisy, ale aj medzinárodné zmluvy musia byť v súlade tak s Ústavou Slovenskej republiky, ako aj s ostatnými ústavnými zákonmi. Osobitne, ak ide o medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, musia byť v súlade s tými ustanoveniami Ústavy Slovenskej republiky, ktoré upravujú ľudské práva a základné slobody.

Ústavné konštatovanie, v zmysle ktorého medzinárodné zmluvy, na vykonanie ktorých nie je potrebný zákon, boli ratifikované a vyhlásené spôsobom ustanoveným zákonom a ktorými je Slovenská republika viazaná, majú prednosť pred jej zákonmi, znamená nielen to, že ústavodarca pokladá takéto zmluvy za súčasť právneho poriadku Slovenskej republiky, ale tiež, že v hierarchii právnych noriem im priznáva miesto medzi Ústavou Slovenskej republiky a ústavnými zákonmi a (ostatnými) zákonmi. Použitie pojmu „zákon“ v tomto prípade znamená, že ide o zákon v doslovnom význame, ako výsledok zákonodarnej pôsobnosti Národnej rady Slovenskej republiky.

V tejto súvislosti je možné poukázať na skutočnosť, že ak medzinárodná zmluva, na vykonanie ktorej nie je potrebný zákon súčasne nie je aj niektorou zo zmlúv uvedených vyššie pod písmenami a) až e) alebo g) v súvislosti s čl. 7 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky, teda je to „len“ medzinárodná zmluva, na vykonanie ktorej nie je potrebný zákon bez ďalšieho, nebude takáto zmluva podliehať pred ratifikáciou súhlasu Národnej rady Slovenskej republiky. Napriek tomu, že pravdepodobnosť, že by išlo o medzinárodnú zmluvu, na vykonanie ktorej by nebol potrebný zákon a bola by teda prednostná a súčasne by nebola žiadnou zo zmlúv uvedených vyššie pod písmenami a) až e) alebo g) v súvislosti s čl. 7 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky, je podľa môjho názoru nízka, môže takáto zmluva potenciálne existovať. V takom prípade by sa vlastne takáto zmluva stala prameňom práva v Slovenskej republike medzi Ústavou Slovenskej republiky a ústavnými zákonmi a (ostatnými) zákonmi, ale súčasne by bola vylúčená z pôsobnosti Národnej rady Slovenskej republiky podľa čl. 86 písm. d) Ústavy Slovenskej republiky.

Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, ktoré Slovenská republika ratifikuje a vyhlási spôsobom ustanoveným zákonom

po nadobudnutí účinnosti ústavného zákona č. 90/2001 Z. z. budú mať prednosť pred zákonmi Slovenskej republiky podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky, to znamená bez obmedzení, vždy. Medzinárodné zmluvy o ľudských právach a základných slobodách, ktoré sa nestanú prameňom práva v budúcnosti, ale sú už pre Slovenskú republiku záväzné, majú obmedzenú prednosť pred zákonmi podľa čl. 154c ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky. Pre prednostnú aplikáciu medzinárodných zmlúv podľa čl. 154c ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky predpisuje táto osobitnú materiálnu podmienku – musí ísť o zmluvu o ľudských právach a základných slobodách, ktorá poskytuje väčší rozsah ústavných práv a slobôd. Do tejto skupiny medzinárodných zmlúv patria aj tie, do ktorých Slovenská republika sukcedovala ako právny nástupca československého štátu. Európsky dohovor o ochrane ľudských práv a základných slobôd, Medzinárodný pakt o občianskych a politických právach, Medzinárodný pakt o hospodárskych, sociálnych a kultúrnych právach, teda základné medzinárodnoprávne dokumenty o ľudských právach majú miesto v ústavnom poriadku Slovenskej republiky vymedzené v čl. 154c ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky. Rozdiel medzi medzinárodnými zmluvami o ľudských právach a základných slobodách, ak podliehajú úprave čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky a tými medzinárodnými zmluvami, ktorých vzťah k zákonom Slovenskej republiky je predmetom úpravy čl. 154c ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, spočíva v štátnom orgáne Slovenskej republiky, ktorý rozhoduje o prednosti medzinárodnej zmluvy pred zákonom. O priamom účinku jednotlivých ustanovení zmlúv podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky rozhoduje Národná rada Slovenskej republiky, a nie súdy, ako je to v prípade zmlúv podľa čl. 154c ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.[7]

Ústavná úprava medzinárodných zmlúv podľa čl. 7 ods. 2 a 5 Ústavy Slovenskej republiky má význam aj vo vzťahu k úprave viazanosti sudcov všeobecných súdov v Slovenskej republike, ktorí sú podľa čl. 144 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky viazaní Ústavou Slovenskej republiky, ústavnými zákonmi, medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2 a 5 Ústavy Slovenskej republiky a zákonmi Slovenskej republiky. Súčasne platí, že ak sa súd domnieva, že iný všeobecne záväzný právny predpis,[8] jeho časť alebo jeho jednotlivé ustanovenie, ktoré sa týka prejednávanej veci odporuje medzinárodnej zmluve podľa čl. 7 ods. 5 Ústavy Slovenskej republiky, konanie preruší a podá návrh na začatie konania o súlade právnych predpisov podľa čl. 125 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.

[7] Dielo cit. v pozn. 5, s. 134 – 135.

[8] Iným všeobecne záväzným právnym predpisom sa rozumie akýkoľvek všeobecne záväzný právny predpis okrem tých, ktoré sú uvedené v čl. 144 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.

4. KONANIE PODĽA ČL. 125A ÚSTAVY SLOVENSKEJ REPUBLIKY

Ústavný zákona č. 90/2001 Z. z. priniesol s účinnosťou od 1. januára 2002 doplnenie Ústavy Slovenskej republiky aj o čl. 125a, ktorý upravuje konanie o dojednanej medzinárodnej zmluve. Ide teda o relatívne novú kompetenciu Ústavného súdu Slovenskej republiky, ktorá dotvára jeho postavenie a pôsobnosť ako nezávislého súdneho orgánu ochrany ústavnosti. Účelom priznania právomoci podľa čl. 125a ods. 1 Ústavnému súdu Slovenskej republiky je ochrana Slovenskej republiky pred prípadnou medzinárodnou zodpovednosťou za porušenie medzinárodného zmluvného záväzku, ktorá by mohla nastať schválením medzinárodnej zmluvy odporujúcej Ústave Slovenskej republiky alebo ústavnému zákonu.[9] Potreba takéhoto doplnenia Ústavy Slovenskej republiky vyplynula aj z čl. 27 Viedenského dohovoru o zmluvnom práve, v zmysle ktorého sa zmluvná strana nemôže dovolávať ustanovení svojho vnútroštátneho práva, ako dôvodu neplnenia medzinárodnej zmluvy.

Ústavný súd Slovenskej republiky rozhoduje o súlade dojednaných medzinárodných zmlúv, na ktoré je potrebný súhlas Národnej rady Slovenskej republiky, s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom (čl. 125a ods. 1). Z uvedeného ústavného ustanovenia vyplýva, že pôsobnosť Ústavného súdu Slovenskej republiky je daná len vo vzťahu k tým medzinárodným zmluvám, ktoré spĺňajú kumulatívne vlastnosti, že sú

- dojednané – ide o tie medzinárodné zmluvy, ktoré po skončení procesu ustanovenia ich obsahu podliehajú vo svojich zmluvných stranách vnútroštátnemu prejednaniu, ktoré môže vyústiť do ich ratifikácie, prijatia alebo schválenia,[10]

- to medzinárodné zmluvy, na ktoré je potrebný súhlas Národnej rady Slovenskej republiky – ide teda o medzinárodné zmluvy podľa čl. 7 ods. 4 Ústavy Slovenskej republiky (bližšie uvedené vyššie).

Súčasne Ústava Slovenskej republiky v čl. 125a ods. 1 vymedzuje aj referenčný základ a rozsah skúmania súladu medzinárodnej zmluvy spĺňajúcej vyššie uvedené vlastnosti z hľadiska právneho/ústavného poriadku Slovenskej republiky – ústavne relevantné je len skúmanie súlade s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom.[11]

---

[9] DRGONEC, J.: Konanie pred Ústavným súdom Slovenskej republiky, Heuréka, Šamorín, 2008, s. 132.

[10] Tamže, s. 133.

[11] V tomto prípade Ústava Slovenskej republiky rešpektuje svoj polylegálny charakter. Pod „ústavným zákonom“ je potrebné rozumieť akýkoľvek ústavný zákon.

Návrh na rozhodnutie o súlade dojednaných medzinárodných zmlúv, na ktoré je potrebný súhlas Národnej rady Slovenskej republiky, s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom, môže podať Ústavnému súdu Slovenskej republiky či už prezident alebo vláda, a to pred tým, ako predloží dojednanú medzinárodnú zmluvu na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky (čl. 125a ods. 2). Uvedené ústavné ustanovenie upravuje aktívne procesne legitimovaný subjekt v prípade konania o súlade dojednanej medzinárodnej zmluvy. Týmto subjektom je len prezident štátu alebo vláda, žiaden iný orgán alebo subjekt takéto právo nemá a prípadný návrh iného subjektu nie je spôsobilý vyvolať konanie podľa čl. 125a Ústavy Slovenskej republiky. Súčasne je ale aj konanie a predloženie návrhu zo strany či už prezidenta alebo vlády ústavne obmedzené, a to vzhľadom na charakter medzinárodných zmlúv tým, že svoje právo môžu využiť len do momentu predloženia dojednanej medzinárodnej zmluvy na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky. Momentom predloženia dojednanej medzinárodnej zmluvy na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky toto právo strácajú a zaniká možnosť iniciovať konanie o súlade dojednanej medzinárodnej zmluvy. Znamená to tiež, že platí prezumpcia ústavnosti dojednanej medzinárodnej zmluvy. Ak by po predložení dojednanej medzinárodnej zmluvy o jej ústavnosti mala pochybnosť Národná rada Slovenskej republiky, nemôže sama konanie pred Ústavným súdom Slovenskej republiky iniciovať. Riešenie takejto a eskalácia dojednanej medzinárodnej zmluvy na Ústavný súd Slovenskej republiky by bola podľa mňa možné len tým spôsobom, že by Národná rada Slovenskej republiky postupovala podľa § 88 ods. 3 a 5 v spojení s § 83 ods. 1 zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 350/1996 Z. z. o rokovacom poriadku Národnej rady Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov a vrátila by predloženú dojednanú medzinárodnú zmluvu navrhovateľovi – teda prezidentovi alebo vláde. Tým by sa otvorila cesta, aby pred opätovným predložením na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky bola využitá možnosť posúdenia takejto zmluvy zo strany Ústavného súdu Slovenskej republiky. Ak Ústava Slovenskej republiky hovorí o možnosti posúdenia dojednanej medzinárodnej zmluvy pred jej predložením na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky, tak z toho vyvodzujeme tiež záver, že ide o prelomenie tradičnej následnej kontroly ústavnosti smerom k predbežnej/preventívnej kontrole ústavnosti.[12]

Ústavný súd Slovenskej republiky rozhodne o návrhu na rozhodnutie o súlade dojednaných medzinárodných zmlúv, na ktoré je potrebný súhlas Národnej rady Slovenskej republiky, s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom do 60 dní odo dňa jeho doručenia. Ak Ústavný súd Slovenskej republiky svojím rozhodnutím vo forme nálezu vysloví, že dojednaná medzinárodná zmluva nie je v súlade s Ústavou Slovenskej republiky alebo s (akýmkoľvek) ústavným zákonom, takú medzinárodnú

[12] Spolu s konaním podľa čl. 125b ide len o dve konania, ktoré majú charakter predbežnej/preventívnej kontroly ústavnosti.

zmluvu nemožno ratifikovať (čl. 125a ods. 3). Ak Ústavný súd Slovenskej republiky nálezom vysloví, že medzinárodná zmluva nie je v súlade s Ústavou Slovenskej republiky alebo s niektorým z ústavných zákonov, nebude možné takúto medzinárodnú zmluvu schváliť a ratifikovať bez zmeny Ústavy Slovenskej republiky alebo dotknutého ústavného zákona. Rozhodnutie Ústavného súdu Slovenskej republiky o nesúlade dojednanej medzinárodnej zmluvy s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom nemá priamy účinok na obsah medzinárodnej zmluvy, ani na obsah Ústavy Slovenskej republiky alebo ústavného zákona. Zmenu dojednanej medzinárodnej zmluvy z dôvodu jej nesúladu s Ústavou Slovenskej republiky možno označiť za zanedbateľne pravdepodobnú. Ústavným súdom Slovenskej republiky zistený nesúlad medzinárodnej zmluvy s Ústavou Slovenskej republiky alebo s ústavným zákonom možno s oveľa vyššou mierou pravdepodobnosti odstrániť (iba) tak, že sa novelizuje Ústava Slovenskej republiky alebo ústavný zákon, aby sa z vnútroštátneho právneho poriadku odstránila úprava, ktorá zapríčinila vznik nesúladu medzi dojednanou medzinárodnou zmluvou a Ústavou Slovenskej republiky alebo ústavným zákonom.[13]

5. ZÁVER

Podstatné ústavné zmeny vo vzťahu k medzinárodným zmluvám, ich postaveniu a zasadeniu do ústavného rámca Slovenskej republiky, vrátane možnosti predbežnej kontroly ústavnosti niektorých dojednaných medzinárodných zmlúv, priniesol ústavný zákon č. 90/2001 Z. z. označovaný niekedy aj ako tzv. „euronovela“ Ústavy Slovenskej republiky.

Ústavná úprava medzinárodných zmlúv je spojená aj s jej podskupinou, ktorá sa týka špecificky vytvorenia ústavných predpokladov na vstup Slovenskej republiky do Európskych spoločenstiev a Európskej únie. Súčasne je táto ústavná úprava podrobovaná skúškam svojej kvality aj s ohľadom na neustály vývoj entity zvanej Európska únia. Je možné konštatovať, že v ústavnom systéme Slovenskej republiky, ani z hľadiska jeho pozitívnej úpravy a ani z hľadiska jeho praktickej aplikácie vo vzťahu k medzinárodným zmluvám, sa nevyskytol žiaden defekt, ktorý by ho spochybnil, resp. ktorý by viedol k potreby jeho zmeny.

Literature:

- AZUD, J.: K otázke rozhodovania Ústavného súdu SR o súlade Ústavy SR s medzinárodnými zmluvami (o ľudských právach). Právny obzor, 1993.

[13] Dielo cit. v pozn. 5, s. 136.

- ČIČ, M., a kol.: Komentár k Ústave Slovenskej republiky, Matica Slovenská 1997.
- DRGONEC, J.: Konanie pred Ústavným súdom Slovenskej republiky, Heuréka, Šamorín, 2008.
- KĽUČKA, J.: Medzinárodné práva a právny poriadok Slovenskej republiky. Právny obzor, 1993, č. 4.

Contact – email
boris.balog@uninova.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

POLITICAL AND LEGALISTIC MODEL OF FEDERALISM

VIKTOR BOER

Faculty of law, Saint Petersburg State University of Aerospace Instrumentation, Russia

Abstract
This contribution shows us quite an emphasis recently on exclusive research of genesis of federalism's idea, its transformation into scientific conception and practical realization into modern model of Russian federalism.

Key words
Russian federalism; subjects of Federation; national subjects; federated State.

At the present time the federation became one of the common forms of state structure in political and legal sense. In the present-day world there are more than twenty federations. Some of them have stopped the existence for some reason or other. Union of Soviet Socialist Republics, Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Czechoslovak Socialist Republic have broken up at the beginning of 90th years of the last century. There is a tendency to federalization in a row of unitary states, for instance, the Great Britain, Italy, Ukraine, etc. This fact proclaims about vitality and appeal of the given form of state structure.

Dynamic processes take place also in the Russian state. Researchers notice that there have already been available separate elements of federation in the period of XI - XV and the beginning of XVI centures. And nevertheless, Russia was the uniform (unitary) state despite an immense territory and a large number of the nations and the nationalities living in monarchic country. The Soviet federative state has taken the place of the monarchic uniform (unitary) state. The present stage of development of the Russian state is characterised by the largest transformations to its state structure and legal system. Cardinal changes in mutual relations of the federal centre and regions are observed. In the present circumstances it is important to provide harmonious interaction of the Russian Federation and its subjects, keeping integrity and indivisibility of the whole state.

The Constitution of the Russian Federation of 1993 has continued the process of the Russian federative state's reforming begun in the early nineties. The organic Law of the Russian Federation has fixed equality of all subjects of Federation, has more clearly differentiated administration and power subjects between public authorities of the Russian Federation and public authorities of subjects of Federation. As a result of it the Russian Federation became actually new formation disparated from Russian Soviet Federated Socialistic Republic.

At the same time the constitutional bases of the Russian federalism demand elaboration concerning, first of all, the rights and liabilities of subjects of the Russian Federation. The reality makes all new and new claims and in this connection there is a constant search of such optimal model of federation in the Russian Federation which would satisfy the modern conditions and reflect tspecificity of the country, provide its progressive development.

Literature:

- Constitution of Soviet Union, Moscow: Gospolitizdat, 1944
- Constitution of Russian Soviet Federated No. 13, 1978
- Constitution of Soviet Union, Moscow: Urizdat, 1980
- Constitution of Russian Federation, Moscow: Urid.lit., 1993
- Declaration of national sovereignty of RSFSR No. 2, Art. 22, 1990
- Federal Law On national and cultural autonomy No. 25, 1996
- Abdulatipov R., Boltenkova L., Yarov U. Federalism in Russian history, Moscow: Respublika, Book 1, 1992; Book 2, 1993; Book 3, 1994
- Boer V., Yangol N. Russian nationality: from totalitarianism to legal state, Saint-Petersburg: 1997
- Yangol N. Legal structure of extraordinary situation in conditions of social clashes' sharpening, Saint-Petersburg: SUAI, 1999
- Federal Districts – novation in Russian territorial status by Alaev E. // Federalism No. 4, 2000

Contact – email
jules84@mail.ru

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

HORIZONTÁLNÍ PŮSOBENÍ ZÁKLADNÍCH PRÁV ZAKOTVENÝCH V MEZINÁRODNÍCH SMLOUVÁCH

MAREK IVIČIČ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Článek se zabývá otázkou, zda základní práva, jež se stávají součástí právního řádu ČR inkorporací podle čl. 10 Ústavy ČR, mají rovněž účinky na vztahy mezi subjekty soukromého práva. Toto působení je výjimkou z obecné konstrukce, podle které základní práva zavazují pouze orgány veřejné moci. Závěry vychází z analýzy rozhodovací praxe českého Ústavního soudu týkající se ústavních stížností, neboť i nadále jsou jako referenční kritéria používána základní práva obsažená v mezinárodních smlouvách o lidských právech a základních svobodách.

Key words in original language
Mezinárodní smlouvy o lidských právech; základní práva; horizontální působení základních práv; ústavní stížnost.

Abstract
The article deals with the question whether fundamental rights that going a part of legal order Czech republic by incorporation accordance article 10 of czech constitution effects on relations between persons of privat law. This action is exception from general construction – Fundamentals rights bind only bodies public authority. Article analyses practice of the czech constitucional court relating to constitutional complaints because this court always use as determination standard Fundamentals rights established in international agreements on human rights and fundamental freedoms.

Key words
International agreements on human rights and fundamental freedoms; fundamental rights; horizontal action of fundamentals rights; constitutional complaints.

1. ÚVOD

Vedle základních práv a svobod, jenž jsou zaručeny vnitrostátními předpisy, představují významnou skupinu práv označovaných také jako základní, práva vyplývající z mezinárodních smluv. Tyto smlouvy přes odlišné názvy bývají v české právní literatuře nejčastěji souhrnně označovány jako mezinárodní smlouvy o lidských právech a základních svobodách. Vedle samotných práv (hmotněprávní část) často zakotvují i určitý mechanismus směřující ke kontrole jejich dodržování ze strany povinných subjektů (procesněprávní část). Ve vztahu k ČR je zřejmě nejvýznamnější Úmluva o ochraně základních práv a svobod z roku 1950 (dále jen „Úmluva“) a na ni navazující činnost Evropského soudu pro lidská práva (dále jen „ESLP“).

Původně[1] činila Ústava ČR součástí právního řádu ČR pouze kategorii mezinárodních smluv o lidských právech a základních svobodách a v nich obsaženým právům výslovně přiznávala také derogační účinky ve vztahu k jednoduchému právu. V současné době je součástí právního řádu ČR i řada jiných mezinárodních smluv, pokud splňují podmínky dané čl. 10 Ústavy ČR.

V tomto příspěvku se dále budeme věnovat pouze právům garantovaných v uvedené skupině mezinárodních smluv, které jsou zejména s ohledem na rozhodovací činnost Ústavního soudu ČR[2] i nadále označovány jako mezinárodní smlouvy o lidských právech a svobodách. Tyto smlouvy, pokud jsou v nich zakotvená práva přímo aplikovatelná[3] (self executing), garantují jednotlivcům a případně i právnickým osobám určitá práva, která mají dle explicitní právní úpravy aplikační přednost před vnitrostátními zákony, Ústavní soud jim však přiznává přednost derogační.

V českém právu je tak možno rozeznávat dvě základní skupiny práv, o kterých se mluví jako o základních. První skupina vyplývá z vnitrostátních právních aktů s právní sílou ústavního zákona (zejména se jedná o Listinu základních práv a svobod), druhá skupina těchto práv má svůj původ zejména ve smluvním mezinárodním právu veřejném. Jednou z charakteristik těchto práv je, že mají povahu subjektivního veřejného práva, tedy že „vymezují vztah nikoli mezi jednotlivci či právnickými osobami, nýbrž vztahy mezi jednotlivcem a státem (veřejnou mocí) navzájem, z nichž pro soukromé osoby (fyzické, právnické) plynou konkrétní nároky vázané právě na jejich osobu.“[4] Jednotlivec v tomto vztahu vystupuje jako ten, komu tato práva přiznávají určité benefity – je jejich nositel. Stát je naopak tím, komu tato práva ukládají určité povinnosti, je tedy adresátem těchto práv. Uvedený vztah je možno označit jako vertikální, neboť jeho subjekty se nenacházejí v právně rovném postavení. Otázkou v této souvislosti je, zda se mohou vyskytnout případy, kdy dojde ke změně charakteru těchto práv s ohledem na jejich adresáty, tedy zda může být v některých situacích jejich adresátem také subjekt nedisponující veřejnou mocí. Typicky se jedná o vztahy mezi subjekty soukromého práva. Základní práva by tedy v tomto uvažovaném případě působila horizontálně, a to na rozdíl od uvedeného obecně přijímaného vertikálního působení.

[1] Změna nastala v okamžiku, kdy v účinnost vstoupila tzv. euronovela Ústavy, tedy ústavní zákon č. 395/2001 Sb.
[2] zejména s ohledem na nálezy sp. zn. Pl. ÚS 36/01 (403/2002 Sb.) a I. ÚS 752/02
[3] k jejich aplikaci není třeba činit žádných dalších právotvorných úkonů
[4] Filip, J. *Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva*, 1. dotisk 2. doplněného vydání, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004, str. 52

2. POHLED MEZINÁRODNÍHO PRÁVA

V literatuře se uvádí[5], že kupříkladu práv vyplývajících z Úmluvy požívají jednotlivci a jim odpovídající povinnost plyne pouze pro státy a nikoli pro jiné jednotlivce. Uvedené vyplývá zejména z výslovné dikce čl. 1 Úmluvy, podle kterého jsou vysoké smluvní strany povinny přiznat každému, kdo podléhá jejich jurisdikci, práva a svobody uvedené v Hlavě I Úmluvy. Z porušení některého z garantovaných práv tak může být činěn odpovědným pouze stát. Vyplývá to již ze zásady, že smlouvou může být vázána pouze smluvní strana, nikoliv subjekt stojící mimo smluvní vztah. Státu tedy vyplývá závazek počínat si ve své veškeré činnosti takovým způsobem, aby nezasahoval do garantovaných práv jednotlivců, tedy například nezasahoval do svobody projevu dle čl. 10 či práva na respektování soukromého či rodinného života dle čl. 8 Úmluvy. Aby však splnil například povinnosti dané čl. 6, ze kterého vyplývá právo jednotlivce na spravedlivé řízení, musí stát vynaložit určité úsilí v pozitivním směru. Musí tedy zejména vytvořit fungující soudní soustavu.

Z judikatury ESLP však vyplývá, že smluvním státům plynou z Úmluvy také pozitivní závazky v tom smyslu, že musí chránit garantovaná práva jejich nositelům také před zásahy ze strany jiných jednotlivců. Mluví se tak o nepřímém horizontálním působení, neboť stát má povinnost zabránit porušování práv také ze strany soukromých osob. Horizontální účinky tak evropská judikatura přiznala například právu na odborovou svobodu i právu na respektování soukromého a rodinného života, právu na život, právu na svobodu a bezpečnost či právu manifestovat.[6]

Uvedený výklad Úmluvy má původ v tom, že se před ESLP dostávají také kauzy, které mají základ výlučně v soukromém právu. Podobně jako u Ústavního soudu ČR je i u ESLP obvyklé, že neúspěšný účastník předchozího řízení před vnitrostátními soudy svoji žalobu či jiný procesní úkon jednoduše přeformuluje tak, že bude nově směřovat vůči státu (veřejné moci), a uvede, že ze strany státu došlo k porušení jeho Úmluvou garantovaného práva. ESLP byl tedy nucen na tuto situaci adekvátním způsobem reagovat a přišel s teorií nepřímého horizontálního působení.

Například v rozhodnutí ze dne 29. 2. 2000 ve věci Fuentes Bobo proti Španělsku[7], ve kterém šlo primárně o soukromoprávní spor týkající se propuštění z pracovního poměru, namítala vláda, že španělskému státu nelze

---

[5] Černá, D. Výklad Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod Evropským soudem pro lidská práva, *Jurisprudence*, č. 3/2008, str. 15, uveřejněno také v právním informačním systému ASPI pod identifikačním číslem LIT30249CZ

[6] Sudre, F. Mezinárodní a evropské právo lidských práv, Brno: MU, 1997, str. 159

[7] Skutkově se jednalo o stížnost bývalého zaměstnance španělské veřejnoprávní televize TVE proti propuštění z pracovního poměru, když důvodem propuštění bylo veřejné pronesení urážek vůči TVE ze strany stěžovatele. Španělské soudy dospěli k závěru, že stěžovatelem pronesené výroky byly urážlivé, a tedy nespadají pod ochranu svobody projevu.

klást za vinu jakékoli zasahování do svobody projevu stěžovatele, neboť bývalý zaměstnavatel je soukromoprávním podnikem, a stát tak nemůže být odpovědný za propuštění stěžovatele ze zaměstnání. ESLP uvedl, že svoboda projevu dle čl. 10 Úmluvy se uplatňuje ve vztazích mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem nejen tehdy, když se tyto vztahy řídí veřejným právem, nýbrž se na ně může vztahovat také tehdy, když spadají pod právo soukromé. Navíc má v některých případech stát pozitivní povinnost chránit právo na svobodu projevu proti zásahům vycházejícím i ze strany fyzických osob. Podobně například v rozhodnutí ze dne 24. 6. 2004 ve věci von Hannover proti Německu[8] ESLP k právu na respektování soukromého a rodinného života uvedl, že ačkoli cílem čl. 8 je hlavně ochrana jednotlivce před svévolným zasahováním úřadů, neznamená to jen přinucení státu zdržet se takového zasahování: může existovat pozitivní povinnost obsažená v účinném respektování soukromého a rodinného života. Ta může zahrnovat přijetí opatření k zajištění respektování soukromého života i v oblasti vztahů jednotlivců mezi sebou.

Ze strany ESLP aplikovaného způsobu horizontálního působení garantovaných práv tedy vyplývá, že ve vzájemných vztazích soukromých osob tato práva působí zejména prostřednictvím činnosti státu. Není důležité, zda se práva garantovaná Úmluvou stanou součástí vnitrostátního práva nebo stát zajistí jejich respektování jiným způsobem. Je však vyloučeno, aby se jednotlivec u ESLP domáhal porušení některého práva ze strany jiného jednotlivce.

3. OCHRANA ZÁKLADNÍCH PRÁV U ÚSTAVNÍHO SOUDU ČR

Vedle činnosti ESLP nelze však opomenout, že práva garantovaná Úmluvou jsou také součástí vnitrostátního práva ČR a jejich dodržování je primárně pod ochranou soudních orgánů ČR. Nejvyšší kontrolní instancí je Ústavní soud ČR a jak již bylo shora naznačeno, podle jeho rozhodovací praxe tvoří základní práva vnitrostátního i mezinárodněprávního původu bez rozdílu referenční kritérium jak pro ústavní kontrolu norem tak i pro řízení o ústavních stížnostech.[9]

Přestože je ústavní stížností možno brojit pouze proti rozhodnutí či jinému zásahu orgánu veřejné moci, kterými bylo zasaženo do základních práv a svobod fyzické či právnické osoby, je možno stejně jako u ESLP horizontální působení základních práv zkoumat také optikou rozhodovací praxe Ústavního soudu ČR, neboť u řady sporných věcí, které tento orgán

[8] Případ se týkal publikací fotografií stěžovatelky, která je dcerou monackého knížete, v německých časopisech. Před ESLP se stěžovatelka domáhala porušení práva na respektování soukromého a rodinného života podle čl. 8 Úmluvy.

[9] „Tak jako tak lze uzavřít, že i nadále mezi ústavně zaručená základní práva a svobody, jejichž ochrany se lze ústavní stížností přímo dovolávat, patří i ta, která jsou garantována jen v mezinárodních smlouvách o lidských právech a základních svobodách, jimiž je Česká republika vázána.“ - Wagnerová, E., Dostál, M., Langášek, T., Pospíšil, I. *Zákon o Ústavním soudu s komentářem*, Praha, ASPI, a.s., 2007, str. 320

ochrany ústavnosti řeší v rámci řízení o ústavních stížnostech, se jedná o soukromoprávní spory. Podobně jako u ESLP zde dochází k tomu, že neúspěšný účastník řízení před obecnými soudy své podání nově přeformuluje tak, že směřuje vůči orgánu veřejné moci s tím, že jeho jednáním došlo k porušení základního práva. Ústavní soud pak z pohledu základních práv řeší soukromoprávní spor.

Uvedené je možno ilustrovat na nálezu[10] Ústavního soudu, který se týká nejobyčejnějšího soukromoprávního sporu - o zaplacení peněžité částky, a to z titulu odměny za splnění sjednané smlouvy.[11] V nálezu bylo konstatováno, že rozhodnutím obecných soudů bylo zasaženo do základního práva stěžovatele podle čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě. Při kasačním přezkumu rozhodnutí obecných soudů Ústavní soud řešil otázku, jaká jsou vzájemná práva mezi původními smluvními stranami, zejména zda stěžovateli svědčí právo na zaplacení odměny.

V odůvodnění Ústavní soud uvedl, že ne vždy jsou všechna základní práva přímo vykonatelná a působí vůči jednotlivci bezprostředně. V některých případech působí pouze zprostředkovaně skrze jednotlivé normy jednoduchého práva tak, že jednoduchým právem "prozařují". Tak je tomu ve vztazích horizontálních, tedy ve vztazích, které nejsou založeny na nadřízenosti a podřízenosti, tj. ve vztazích, v nichž jsou si jejich účastníci rovni. Proto při výkladu či aplikaci jednoduchého práva na takové vztahy jsou soudy povinny toto prozařování pečlivě vážit a brát v potaz tak, aby současně dostály své povinnosti poskytovat ochranu jak právům v rovině jednoduchého práva, tak právům základním. Podle Ústavního soudu má ochrana legitimního očekávání jakožto integrální součásti základního práva podle čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod reflexi v jednotlivých normách jednoduchého práva. Legitimní očekávání však nepůsobí bezprostředně mezi stěžovatelem a vedlejším účastníkem (tedy mezi subjekty soukromého práva), nýbrž je to ústavně garantované základní právo, které působí ve vztahu stěžovatele vůči státní moci, tj. soudu, jejž zavazuje povinnost poskytovat ochranu takovému legitimnímu očekávání, a to cestou interpretace a aplikace příslušných norem jednoduchého práva. Ve výsledku pak Ústavní soud na rozdíl od obecných soudů dovodil, stěžovateli právo na zaplacení odměny náleží. Obecné soudy tím, že nezohlednily shora uvedené skutečnosti, zasáhly do základního práva stěžovatele podle čl. 1 Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

---

[10] Nález sp. zn. I. ÚS 185/04 ze dne 14. 7. 2004

[11] V předmětné věci šlo o interpretaci podmínky stanovené ve smlouvě pro vznik nároku na sjednanou odměnu. Smluvními stranami bylo totiž smluveno, že o splnění podmínek pro vznik nároku na odměnu musí rozhodnout představenstvo smluvní strany, která měla odměnu vyplatit (v řízení o ústavní stížnosti vedlejší účastník). Přestože stěžovatel všechny své povinnosti ze smlouvy splnil, představenstvo žádným způsobem nerozhodlo a stěžovateli nebylo nic vyplaceno. Obecné soudy daly vedlejšímu účastníkovi zapravdu a stěžovatelovu žalobu zamítly.

Ústavní soud tak deklaroval na základě zjištěného skutkového stavu, že stěžovateli svědčí právo na zaplacení sjednané odměny. Obecné soudy daný právní vztah nesprávně posoudily, neboť při rozhodování sporu nezohlednily příslušné základní právo svědčící stěžovateli.

Pokud uvedené rozhodnutí srovnáme s nálezy, kterými bylo rozhodováno rovněž o soukromoprávních sporech a bylo shledáno porušení základního práva, které vyplývá tentokráte z Listiny základních práv a svobod, Ústavní soud postupuje při horizontálním působení základních práv totožně. Nerozlišuje tedy v této otázce mezi základními právy dle jejich původu.

Uvedené lze ilustrovat na nálezu[12], ve kterém šlo o spor týkající se nekalé soutěže, tedy opět typického soukromoprávního vztahu.[13] Ústavní soud dospěl k závěru, že aplikace ustanovení § 44 obchodního zákoníku na skutkový stav, jak byla provedena obecnými soudy, je v rozporu s principy spravedlnosti. Tím, že posoudily jednání vedlejšího účastníka zcela formalisticky a nepřihlédly k ústavním principům, jež prostupují i úpravu nekalé soutěže, porušily obecné soudy ústavně garantovaná práva stěžovatele. Podle jeho názoru úprava nekalé soutěže je navázána zejména na ustanovení čl. 26 Listiny, které zaručuje svobodné podnikání. Toto ustanovení přímo chrání jednotlivce toliko před zásahy ze strany veřejné moci, avšak ovlivňuje i výklad zákonné úpravy, která má sloužit k ochraně podnikatelské činnosti před škodlivými zásahy jednotlivců (tj. v horizontální rovině).

Ústavní soud tedy pojímá základní práva jako působící primárně ve vertikálních vztazích. V horizontálních vztazích tato práva působí toliko zprostředkovaně přes normy jednoduchého práva, které je však třeba interpretovat v souladu se základními právy. Podmínkou jejich horizontálního působení je tedy existence media (zprostředkovatele), kterým je jednoduché právo. S uvedeným závěrem je možno souhlasit v případech, kdy obsahem základního práva je abstraktní právní princip, například při ochraně vlastnického práva. Problematickým se však může jevit v případech, kdy je možno samotné základní právo bez problémů interpretovat jako právní pravidlo. To může být například u zákazu omezování počtu odborových organizací dle čl. 27 odst. 2 listiny. Dalším znakem uvedeného způsobu horizontálního působení základních práv je to, že tato práva ukládají povinnosti (chovat se určitým způsobem nebo určité jednání strpět) pouze veřejné moci. K působení základních práv mezi soukromými osobami je tedy bezpodmínečně vyžadován i druhý zprostředkovatel – veřejná moc. Tato teze se však může jevit jako

[12] nález sp. zn. IV. ÚS 27/09 ze dne 11. 9. 2009

[13] jednání nekalé soutěže se měl dopustit zaměstnanec stěžovatele tím, že od třetí osoby bral provize za obchody, které sjednal jako vedoucí zaměstnanec pro svého zaměstnavatele. Nejvyšší soud a následně Vrchní soud (vázán právním názorem Nejvyššího soudu) žalobu zamítl.

problematická, neboť z odůvodnění uváděných nálezů spíše vyplývá, že obsah předmětného základního práva má vliv přímo na obsah práv a povinností subjektů předmětného soukromoprávního vztahu. V prvním případě vzniklo právo stěžovatele na zaplacení sjednané odměny již samotnou skutečností uzavření smlouvy (samozřejmě po splnění sjednaných podmínek). Ve druhém případě pak stěžovateli vzniklo právo požadovat přiměřené zadostiučinění již na základě nekalosoutěžního jednání jeho zaměstnance. Obecným soudům bylo pouze vytknuto, že předložené sporné otázky nesprávně posoudily, když důsledně nezohlednily jejich ústavněprávní dimenzi. Nic to však nemění na závěru, že rozhodnutí obecných soudů a stejně tak Ústavního je pouze deklaratorního charakteru, které jen postaví sporný právní vztah najisto. Žádná nová práva a povinnosti těmito rozhodnutími založena nejsou. Sporné soukromoprávní vztahy měly svůj ústavněprávní rozměr již od samého počátku, neboť základní práva byla zákonodárcem realizována prostřednictvím jednoduchého soukromého práva. Aby však bylo možno zamýšlené ochrany základních práv tímto způsobem dosáhnout, je třeba toto jednoduché právo aplikovat ústavně konformním způsobem.

Ze závěru Ústavního soudu, podle kterého základní práva působí pouze ve vztahu stěžovatele vůči státní moci, by vyplývalo, že ústavněprávní rozměr by soukromoprávní vztah dostal jen tehdy, pokud by se některý z jeho účastníků obrátil na příslušný orgán veřejné moci (zejména tedy obecný soud). Účastníkům by v takovém případě svědčila jiná práva a povinnosti v situaci, pokud by byly povinnosti vyplývající ze smlouvy či zákona plněna dobrovolně a jiná v případě, kdy by o nich rozhodoval soud. Další alternativou je případ, kdyby o sporných právech rozhodovala rovněž osoba, která by ovšem nedisponovala veřejnou mocí, tedy zejména rozhodce dle zákona o rozhodčím řízení a o výkonech rozhodčích nálezů. V tomto případě by právní vztah také neměl ústavněprávní dimenzi. Je otázkou jestli je tento rozdílný přístup souladný s čl. 3 odst. 1 Listiny, podle kterého se základní práva a svobody zaručují všem, případně s čl. 1 druhá věta Listiny, podle které jsou tato základní práva nezadatelná, nezcizitelná a také nezrušitelné.

4. ZÁVĚR

Ze shora uvedených rozhodnutí je tedy zcela evidentní, že základní práva bez ohledu na svůj vnitrostátní či mezinárodněprávní původ působí rovněž na vztahy mezi soukromoprávními subjekty. Rozdílné názory však mohou být ohledně způsobu tohoto působení. Zatímco Ústavní soud ČR výslovně připouští, že základní práva působí také na horizontální vztahy, a to prostřednictvím jednoduchého práva, které však musí veřejná moc aplikovat ústavněkonformním způsobem, z tezí ESLP vyplývá zejména povinnost státu přijmou adekvátní opatření směřující k tomu, aby tato práva byla respektována rovněž ze strany soukromých osob. Bez ohledu na zvolený způsob působení lze k uvedenému uvést, že tento způsob posuzování soukromoprávních otázek na základě abstraktních právních elementů přináší také nebezpečí nepřehlednosti a snížení právní jistoty.

Literature:

- Černá, D. Výklad Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod Evropským soudem pro lidská práva, Jurisprudence, č. 3/2008, str. 15, uveřejněno také v právním informačním systému ASPI pod identifikačním číslem LIT30249CZ
- Filip, J. Vybrané kapitoly ke studiu ústavního práva, 1. dotisk 2. doplněného vydání, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004
- Kühn, Z. Aplikace práva ve složitých případech: k úloze právních principů v judikatuře, Praha: nakladatelství Karolinum, 2002
- Sudre, F. Mezinárodní a evropské právo lidských práv, Brno: MU, 1997
- Wagnerová, E., Dostál, M., Langášek, T., Pospíšil, I. Zákon o Ústavním soudu s komentářem, Praha: ASPI, a.s., 2007

Contact – email

Marek.Ivicic@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE DEFINITION OF INTERNATIONAL STANDARDS AND TREATIES AS THEIR SOURCES IN THE LIGHT OF THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF POLAND OF 2 APRIL 1997

ANDRZEJ JACKIEWICZ

Faculty of Law, University of Bialystok, Poland

Abstract in original language
The Polish Constitution of April 2 ,1997 is the first polish constitutional act, which in compound way defines meaning of international law in domestic law system. It generates the systemic base of binding force of international treaties. New constitutional order is open and friendly to the international law. Force of the ratified international agreements and their position in the hierarchy of sources of law is strong and privileged, since in constitution are mechanisms like that set by article 91par.2: international agreement ratified upon prior consent granted by statute have precedence over statutes if such an agreement cannot be reconciled with the provisions of such statutes.

Key words in original language
International standard; International treaty; The Constitution of the Republic of Poland of April 2,1997.

The term "international (European) standards" is not a strictly legal term, which prevents it from being exhaustively defined. The definition of the term "standard" is rather artificial. However, this does not make it useless since determining whether a norm, principle, or a set of norms is a standard may not only facilitate their classification but also allow for their evaluation. According to Z. Kmieciak, "references to European standards may serve the purpose of formulating opinions and proposals regarding the whole system of law, its individual branches, specific sets of regulations, or even their components, such as individual legal provisions." [1]

In the encyclopedic sense, in the Polish language the term “standard” means “a type, a model, an example; every defined measure of quantity, quality, or value, such as certain average properties of a given product.”.[2] The dictionary of the Polish language similarly states that a standard is "an average norm, an average type, a model, a product that meets certain requirements, a template."[3] An analysis of the definition of the term

[1] Z.Kmieciak: „Postępowanie administracyjne w świetle standardów administracyjnych”, Warszawa 1997, s.19.

[2] Mała Encyklopedia powszechna PWN 1969 s.997

[3] Słownik języka polskiego PWN Warszawa 1981 t.3 s. 318

"standard" in the English language shows that the term has the same meaning, namely something that is defined by an authority, a custom, or that is generally considered to be a model, and example to follow, such as binding rules or principles, or means to determine quantity, value, quality, etc.[4] What is considered a standard is something that has a certain value or some attributes that are required by law or determined by a custom. These fairly similar definitions show that a standard is a certain average model, a defining principle imposed by law, or a customary quality of an object.

An effort to transfer this general definition into the legal domain in search of a definition of international legal standards leads to the conclusion that they can be best defined as provisions that are certain model and average solutions which exist in a given international community. Of key importance in determining whether a given institution should be considered as a standard is to define its desirable attributes. Certainly, the key quality should be its universal character.[5] The regulations must be taken into account in such sources of international law as documents and common law and must be reflected in the domestic legal orders of the various states, often being one of the sources of such a standard, as the so-called firm traditions, in the member states of a given community (e.g. member states of the Council of Europe). There is a certain feedback mechanism where the states form certain international standards, which in turn influence the lawmakers and lead them to follow supranational trends whenever it is reasonable and possible. This results in the legal orders of members of a given international community becoming more and more similar. The area of influence of a given standard is the deciding factor in determining whether it is a universal (global) standard or a regional (e.g. European) standard. Thus, what makes a standard a European standard is its presence in the laws of international organizations covering Europe and in domestic legal orders of European states. The issue of uniformity of legal orders is linked to another attribute of international standards, namely the adequate level of generality of principles that constitute a standard. The attribute of generality of principles of international standards is related to the need to respect the differences between the systems of the individual states that share the same culture. An effort to find a common denominator requires certain generalizations, which leads to flexible solutions. Thus, standards are most often legal principles, as opposed to detailed norms, since recognizing a given principle as a standard usually leaves the lawmakers in the individual states much

---

[4] Webster's Third New International Dictionary, Merriam-Webster 1993, s.2223: "something that is established by authority, custom or general consent as a model or example to be followed (…), standard applies to any authoritative rule, principle or measure used to determine the quantity, weight or extent, or esp. the value, quality, level or degree of a thing…"

[5] M.Piechowiak: „Powszechność praw człowieka. Zagadnienia filozoficznoprawne" w: „O prawach człowieka. W podwójną rocznicę paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej", Toruń 1996, s. 67.

discretion in selecting the instruments aimed at implementing the principle. What is also important is the selection of carriers of a given standards. Solutions that have a firm position in the doctrine, are reflected in the legal orders of the individual countries, and are recognized in the judicial decisions are usually based on binding legal documents. However, standards in statu nascendi usually appear in documents of declarative nature. Therefore, one can say that the a standard is the outcome of a certain process and cannot be regarded as a static phenomenon (institution). Thus, what is important in determining a standard's character is its source. According to T. Jasudowicz, standards can be divided into two categories: binding standards and recommended standards. The former are a part of the so-called hard law, which absolutely binds the state signatories of a given international treaty, while the sources of the latter should be looked for among soft-laws, such as recommendations, resolutions, and various declarations.[6]

Thus sources of standards can be defined as external outcomes of certain processes which have led to the creation of a given legal norm. R. Bierzanek[7] distinguishes formal and material sources of international law. The material sources are the forces that create legal norms, whereas the formal sources of law are the outcomes of the actions of these forces. Such material sources of European standards (which with regards to international law are referred to as internal, real, or more profound) remain outside of the scope of legal analysis, since the effects of these forces are non-formal and driven by such factors as politics, philosophy, and history. What remains of interest to the science of law is the formal sources of European standards.

As to the importance of European standards to domestic legal order, of great significance is the principle that "the state may not refer to domestic regulations to repudiate obligations imposed by international law." A state that takes an international obligation must make relevant modifications to its legal system and, while the relations between subjects of international law are governed by international law, the internal relations of a state are governed by domestic law which is affected by the relevant international legal norm. A state is free to choose the method that it uses to fulfill its obligations domestically. Yet, the decisive factor here is the practice of the state, which is greatly influenced by judicial decisions which, in turn, may

---

[6] T.Jasudowicz: „Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów." Wstęp, Toruń 1998, s.II. Autor przypomina, iż owe standardy zalecane nie dysponują „formalnie mocą obowiązującą, stanowiąc właśnie li tylko zalecenia. Zarazem lekceważyć ich nie wolno, zważywszy, że- w praktyce, a i wedle litery swojej- stanowią bardzo dogodny i wystarczająco skuteczny sposób harmonizowania i ujednolicania prawa i praktyki krajowej Państw Członkowskich Rady Europy, zajmując istotne miejsce w procesie kształtowania mniej lub bardziej jednolitych standardów europejskich."

[7] R.Bierżanek w R.Bierżanek, J.Symonides: „Prawo międzynarodowe publiczne", Warszawa 1995, s. 68-69.

not only use, develop, and supplement the principles set by lawmakers but may also make up for the shortcomings if the lawmakers have not done their duties or have done them inadequately." [8]

Nowadays, the issue of thorough performance of international obligations grows in importance along with the growth of the area of interest of the international community in matters that used to be the domain of domestic law. A good object of analysis is the relations between the state and its citizens, which, besides domestic laws of states, is ever more influenced by international standards, as shown by the concept of the right to good administration which is currently taking shape. The infiltration of international standards is particularly dynamic in the area of protection of human rights as domestic laws more and more often adopt structures that continuously improve the position of individuals. With regards to Poland's ratification of the European Convention on Human Rights, E. Łętowska stated that it leads to "the introduction into the domestic law of the individualistic and liberal axiology of the convention, which highlights the fundamental rights and freedoms of individuals as a specially protected zone which the government may interfere with only in the narrow scopes defined in the Convention."[9]

The issue of including international standards in domestic legal orders is of particular importance in countries of the former Soviet block due to the pressure by the international public opinion which is or has been institutionalized in the case of countries aspiring to become members of the Council of Europe or the European Union.[10]

Implementation of a given international standard has a visible impact on the lawmakers who lose their discretion in creating laws. The legislator is required to formulate laws is such a way that they conform to relevant standards. What is more, if the international community considers a given standard to be one of the principles of a democratic state, the lawmakers are required to even follow its spirit in shaping the legal order of their states. The fact that an international standard is reflected in the legal order of a state means that it exerts influence not only on the lawmakers but also directly on the bodies which use the law, be they administrative or court

---

[8] B.Banaszak: „Prawo konstytucyjne", Warszawa 2004, s.144.

[9] E.Łętowska: „Konwencja Europejska w Polsce i nowe myślenie o prawie", Kwartalnik Prawa Prywatnego 1992, nr 1-5, s.149.

[10] D.J. Galligan: „Administrative justice in the new european democracies : case studies of by administrative law and process in Bulgaria, Estonia, Hungary, Poland and Ukraine", red. D.J.Galligan, R.H. Langan II, C.S. Nicandrou, Oxford: Constitutional and Legislative Policy Institute: Centre for Socio-Legal Studies, 1998, s.532. Badając prawo administracyjne w tych państwach europejskich, zauważa on znaczącą rolę jaką ogrywa proces internacjonalizacji prawa administracyjnego, jako jeden z podstawowych czynników kształtujących kierunki rozwoju prawa administracyjnego tych państw.

bodies, which implies the need to each time refer to its content. Thus, the standard becomes an axiological criterion for the value system in a given legal order.

The key to defining the significance of a given standard in a domestic legal system and the "strength" of its influence is to determine the place of its carriers in this legal order.

The Constitution of the Republic of Poland of 2 April 1997 is the first Polish constitution to systematize the sources of law and, at the same time, to define fairly comprehensively the significance of international law in Poland's internal relations.[11] According to A. Wasilkowski, "the Constitution of 2 April 1997 is open to international law and friendly towards it."[12]

One of the key provisions which define the place of European standards in the Polish legal order is art. 9 of the Constitution which says that "the Republic of Poland observes the international law which is binding to it." This principle constitutes a declaration of a friendly attitude of the Polish legal order towards international law (by stating that the binding force of international law is beyond constitutional provisions), as reflected in the preamble of the Constitution which mentions "the need to cooperate with all countries for the good of the Human Family."[13] This confirms the aforementioned customary and treaty-based norm which prohibits justifying breaches of conventional international law by referring to the fact that the domestic law provides contradicting provisions.[14]

In my opinion, the statement that Poland "observes the [...] law" must be understood as meaning that Poland not only performs its duties as a subject of international law but also that international law serves as a legal basis for decisions of public authorities in Poland's internal relations.[15] The subjective scope of the provision is also important. The Polish legal doctrine

---

[11] Patrz art.49 Konstytucji marcowej z 1921 r. i art.15 Małej Konstytucji z 1947 r.

[12] A.Wasilkowski: „Miejsce umów międzynarodowych wedle nowej Konstytucji RP (uwagi wstępne)", Przegląd Legislacyjny 1997, nr 2, s.30.

[13] O art.9 jako wyrażającym zasadę generalnej przychylności polskiego wewnętrznego porządku prawnego wobec prawa międzynarodowego wiążącego RP patrz m.in. R.Szafarz: „Skuteczność norm prawa międzynarodowego w prawie wewnętrznym w świetle nowej Konstytucji", Państwo i Prawo, 1/1998, s.4, A.Wasilkowski: „Miejsce umów międzynarodowych wedle nowej Konstytucji RP (uwagi wstępne)," Przegląd Legislacyjny nr 2/1997, s.30.

[14] Patrz K.Skubiszewski: "Przyszła Konstytucja RP a miejsce prawa międzynarodowego w krajowym porządku prawnym" PIP 1994, nr 3, M.Masternak-Kubiak: „Umowa międzynarodowa w prawie konstytucyjnym", Warszawa 1997, s.16, R.Kwiecień: „Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego," Warszawa 2000, s.116

[15] Patrz także C.Banasiński: „Pozycja prawa międzynarodowego w krajowym porządku prawnym (w świetle Konstytucji z 1997 r.), Przegląd Prawa Europejskiego 1997, nr 2, s.7.

emphasizes the fact that this principle covers all the sources of international law, i.e. not only international treaties but also universally recognized principles of international law and international customs.[16] The fact that the Constitution does not include provisions that clearly define their importance in Poland's legal system does not mean that Poland is not required to observe non-conventional norms of international law.

As for the meaning of art. 9 of the Constitution, the Supreme Administrative Court has expressed its opinion that art. 9 comprises a directive to state organs to create acts of domestic law in accordance to the totality of international law and to properly construe the domestic law so as to assure the greatest extent of its conformity to the content of international law. Moreover, the court emphasized that courts are free to use art. 9 of the Constitution directly, also with regards to sources of international law other than ratified treaties.[17] Similarly, the Constitutional Tribunal has decided that art. 9 of the Constitution is a provision which expresses a principle defining the system of government that is predominantly addressed to the lawmakers and defines the way they may use their competences to regulate certain spheres of public life. At the same time, the Constitutional Tribunal did not exclude the possibility of adopting the principle expressed in art. 9 as a stand-alone constitutional model for controlling a normative act.[18]

According to art. 87(1) of the Constitution, sources of universally binding law include only ratified international treaties which, once promulgated, become a part of the domestic legal order and are used directly, unless their use requires prior adoption of a statute (art. 91 (1)). Articles 89 and 90 divide treaties into three types. The first type is treaties which transfer competences of the national government in some matters to international organizations or organs, which are ratified with prior consent granted in the form of a statute adopted in accordance with a special procedure (art. 90 (2)) or in a referendum (art. 90 (3)). The second type is treaties ratified with prior consent granted in a statute adopted in accordance with a regular legislative procedure.[19] The third type of international treaties which are

---

[16] Tak też m.in. A.Wasilkowski: „Miejsce umów...” s.31, podobnie S.Biernat: „Źródła prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej” w: Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane prof. zw. dr hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej, Przemyśl 2000, s.59, L.Garlicki: „Polskie prawo konstytucyjne”, Warszawa 2005, s.145, W.Czapliński: „Wzajemny stosunek prawa międzynarodowego i polskiego prawa wewnętrznego w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku oraz orzecznictwa” w: „Konstytucyjne podstawy systemu prawa”, red. M.Wyrzykowski, Warszawa 2001. Jak przypomina M.Masternak-Kubiak: „Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”, Kraków 2003, s.225, „podczas prac nad konstytucją utrzymywał się pogląd, by wymienić w art.9 elementy prawa międzynarodowego, szczególnie powszechne zasady prawa międzynarodowego”, Patrz Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nr XXI, s.112-113.

[17] Orzeczenie NSA z 26.8.99, V SA 708/99, OSP 2000/9/134.

[18] Postanowienie TK z 10.8.2001.08, Ts 56/01, OTK 2001/8/28.

[19] Zgodnie z art.241 ust.1 Konstytucji za umowy ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, do których stosuje się przepisy art. 91 Konstytucji, uznaje się umowy międzynarodowe ratyfikowane dotychczas przez Rzeczpospolitą Polską na podstawie obowiązujących w czasie ich ratyfikacji przepisów konstytucyjnych i ogłoszone w Dzienniku Ustaw, jeżeli z treści umowy międzynarodowej wynika, że dotyczą one kategorii

considered a source of universally binding law are treaties that can be ratified without a consent granted in the form of a statute. The fourth type of international treaties are treaties that do not require ratification and are not regarded as universally binding law. According to art. 89 (3) of the Constitution, "the principles and the procedure of concluding, ratifying, and terminating international treaties are defined in a statute." This statute is the statute on international treaties.[20]

Thus, the legal position of international treaties is depends on the procedure applied by Poland when taking on the obligations under the international treaty, which in turn depends on the content of the treaty, i.e. to what extent it applies to statutory matters. In the light of the above remarks, this gradation is justified only from the point of view of domestic law.[21]

Due to their important position in the system of sources of law in Poland, one must pay particular attention to the international treaties which constitute a basis for the Republic of Poland transferring to an international organization or an international organ its competences in some matters (Constitution of the Republic of Poland, art. 90, the so-called European clause). This is justified by the fact that such treaties pertain to constitutional matters, namely "competences of state authorities," and because consent to their ratification is granted in accordance to a special procedure.

The consent may be granted in one of two ways; the method is selected by the Sejm in its resolution passed with an absolute majority of votes and in the presence of at least a half of the statutory number of its members. The first way consists in adopting a statute that grants permission to the president to ratify the treaty. The legislative procedure is more stringent since the Sejm adopts the statute by a qualified majority of two third of all votes in the presence of at least a half of the statutory number of its members. The terms of the Senate vote are identical. The other way involves granting permission to the president by way of a national referendum.

Defining the place of these international treaties in the legal order of Poland is a fairly controversial matter.[22] There is no question that they should be

---

spraw wymienionych w art. 89 ust. 1 Konstytucji. Patrz także R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.118-120.

[20] Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych, Dz.U. z 2000, nr 39, poz. 443.

[21] Kwestię uzasadnienia zróżnicowania rangi prawnej poszczególnych umów międzynarodowych z punktu widzenia zasady pacta sunt servanda porusza L.Antonowicz: Projekt Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej ze stanowiska prawa międzynarodowego, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, 1997, nr XLIV sec.G.

[22] Patrz też R.Szafarz: "Międzynarodowy porządek prawny i jego odbicie w polskim prawie konstytucyjnym, w: Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym, Warszawa 1997, s.34, R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.121.

considered as superior to statutes. This is clearly stated in art. 91 (3) of the Constitution. What is controversial is the mutual relation of such treaties and the constitution, since it is the European treaties (primary law) that are the most important treaties of this type. This matter has been the subject of European judicial decisions and doctrine since the 1960's. On the one hand, there is the principle of priority of the community law over domestic law; on the other hand, there is the principle of the superiority of the constitution. Since the 1970's, decisions of the Court of Justice have tended to stress the superiority of the community law over the constitutions of the member states. The principle of superiority of community law formulated in judicial decisions (such cases as Costa and Simmenthal), which consists in member states being deprived of the possibility to grant domestic measures priority over the community law is justified by the Court of Justice by the autonomous and unique nature of the community law, which results from the fact that the member states have transferred their competences in this area. However, this principle has been challenged by constitutional courts in such countries as Germany and Italy in the context of the Communities guaranteeing the protection of fundamental rights.

The Polish Constitutional Tribunal has made a statement in reference to this topic in its decision on the conformance to the Constitution of the Treaty signed on 16 April 2003 on the access of ten countries, to include Poland, to the European Union (the accession treaty), as well as on some provisions of the Treaty on establishing the European Community and the Treaty of the European Union (decision of the Constitutional Court dated 11 May 2005, K 18/04). In its decision regarding the conformance of the treaty provisions in question to the Constitution, the Tribunal emphasized, in particular, that considering the Constitution as “the supreme law of the Republic of Poland” (art. 8 (1) of the Constitution) goes along with respect in the Polish legal system for properly shaped norms of international law which are present in the territory of the Republic of Poland (art. 9 of the Constitution). The Tribunal recalled that primary laws are one of the categories of international treaties that are subject to ratification and that Poland’s access to the European Union does not negate the status of the Constitution as the “supreme law of the Republic of Poland” (art. 8 (1)). In the territory of Poland, the Constitution enjoys priority of force and application, also with regards to all international treaties that are binding on Poland, to include treaties that transfer competences of state authorities to international organizations and, even more so, to secondary community laws. In reference to art. 91 (1) and (3) of the Constitution which establishes the priority of a ratified international treaty and of law adopted by international organizations on the basis of such a treaty over a Polish statute, the Constitutional Tribunal stated that in no way does it mean that such laws are supreme to the Constitution.

The Tribunal has pointed to the procedure to be followed in case of a conflict between the European law and the Constitution, because since Poland joined the European Union there are two autonomous legal orders,

the Polish one and the Union one, which are binding in parallel and which interact with one another. According to the Tribunal, if such a conflict does take place, the Republic of Poland shall make a sovereign decision to either adopt a relevant amendment to the Constitution or to cause relevant changes to the community laws, or to eventually withdraw from the European Union.

In the light of this position of the Constitutional Tribunal, to this category of international treaties applies the principle of priority of application before the domestic statutes, but not before the Constitution.

Another type of an international treaty, a "qualified" ratified one, is a treaty that requires a consent granted by way of a statute to be ratified. Art. 89 (1) of the Constitution stipulates the types of matters where such a prior consent is required. This is the case when the international treaty concerns:

1) peace, alliances, political pacts or military pacts;

2) civic freedoms, rights, or duties stipulated in the Constitution;

3) membership of the Republic of Poland in an international organization;

4) a significant financial burden to the Polish state;

5) matters which are regulated by a statute or in which the Constitution requires a statute.

This is a fairly long and not very precise list. According to K. Wójtowicz, "these criteria are not very precise and there are practical problems with their application, especially with regards to the criterion of <<matters which are regulated by a statute>> (...) As it turns out, there aren't hardly any contemporary international treaties that do not affect <<matters which are regulated by a statute>> in one way or the other."[23]

The special procedure required for Poland to be bound by such a treaty, which is due to its matter, justifies the higher rank of such a treaty in comparison with a treaty ratified following a simple procedure (without the statutory consent). According to Poland's Constitution, international treaties that are ratified on the basis of a consent granted in a statute[24] hold a precisely defined place in the hierarchy of sources of law. According to art. 91 (2) of the Constitution, "an international treaty which is ratified on the basis of prior consent granted in a statute has a priority over a statute if the

[23] K.Wójtowicz: „Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP", w: M.Granat (red.): System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Nałęczów 2000, s.5 i nast.

[24] Także dotyczy to umów międzynarodowych ratyfikowanych za zgodą wyrażoną w referendum. Patrz B.Banaszak: „Prawo...", s.146.

statute cannot be reconciled with the treaty." Thus, the legal power of such treaties is lower than that of the constitution. The situation is different with regards to regular statutes. The priority of such treaties is due to the fact that by adopting a statute in which it grants its consent to the ratification of a given treaty, "the Sejm restricts its own freedom of action in matters regulated by the treaty."

In the case of a conflict, the statutory norm must take second place to the norm stipulated in the treaty that has been ratified with prior statutory consent and decisions regarding possible conflicts are to be made by the Constitutional Tribunal. According to B. Banaszak, "the Constitution does not define the consequences of the principle of superiority of such treaties and it is not known whether application of a statutory provision which does not conform to a treaty of this type is only suspended or whether it becomes ineffective."[25] This question is discussed by R. Kwiecień[26] who says that "the relation between a ratified international treaty and a regular statute is not really hierarchical; instead, in case of a conflict, it is their application power that is different." He points to art. 91 (2) as a basis for placing treaties and statutes on the same level with regards to their legal power, and for making treaties more effective in cases of a material conflict.[27] Consequently, both legal acts remain in the legal order until the binding force of the statute is annulled by the Constitutional Tribunal.[28] W. Sokolewicz proposes to introduce a procedure for passing ratification statutes which is more stringent than the regular legislative process, due to the scope of the possible subject matter of such treaties and to their greater legal power compared to statutes.[29]

---

[25] Ibidem, s.146.

[26] R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.173.

[27] R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.173, W tym znaczeniu autor mówi o umowach ratyfikowanych za zgodą parlamentu jako o źródłach prawa polskiego o randze „quasi-konstytucyjnej."

[28] C.Berezowski: „Wzajemny stosunek prawa międzynarodowego i krajowego", Państwo i Prawo 1962, nr 2, s.228, odnosząc się do francuskich rozwiązań konstytucyjnych pisał iż skoro „konstytucja francuska uznaje pierwszeństwo mocy (*autorité*) traktatu przed mocą ustawy, trzeba tutaj rozróżnić pierwszeństwo stosowania umowy przed stosowaniem ustawy. Umowa międzynarodowa nie uchyla w tym przypadku ustawy; w razie sprzeczności między umową a ustawą organ stosujący prawo zastosuje w danym konkretnym przypadku umowę międzynarodową. Obowiązek zastosowania umowy, nie zaś ustawy, istnieje tak długo, jak długo umowa sprzeczna z ustawą nie zostanie uchylona przez późniejsze prawo umowne lub zwyczajowe."

[29] W.Sokolewicz: „Ustawa ratyfikacyjna", w: „Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym", pod red. M.Kruk, Warszawa 1997, s.111.

The nature of such treaties is the same as that of treaties mentioned in art. 241 (1) of the Constitution.[30] Under the blank norm stipulated there, Poland's legal order was expanded to include ratified international treaties concluded on the basis of the present constitutional order, which were given the rank of international treaties ratified on the basis of consent granted in a statute, provided that they had been promulgated in the Journal of Laws and that their content indicates that at that time their ratification would have required the parliament's consent given in a statute.[31]

The third types of treaties, namely international treaties ratified by the president without the need for a prior consent granted in a statute, includes cases "where the parties, for example intending to enhance the importance of a treaty, want to give it this particular form," as well as cases where Poland has agreed to that due to the legal requirements of the other party or where the parties have agreed so due to special circumstances.[32]

The Constitution has no provisions that define the precise place of this type of international treaties in the hierarchy of sources of law. Moreover, the consequences of conflicts between domestic laws and the provisions of such treaties are not defined either. Representatives of the doctrine have expressed their opinions on this matter on many occasions.

As B. Banaszak points out, adopting additional provisions that define the position of ratified treaties in the hierarchy of sources of law was not necessary because "the very fact that they are not given priority before statutes and that they are ratified without the need for a consent granted in a statute or a referendum shows that their rank is lower than that of a statute."[33] He supports his proposal by pointing to art. 188 (2) of the Constitution which defines the competences of the Constitutional Tribunal, one of which is deciding on matters regarding the conformance of statutes to ratified international treaties that require prior consent granted in a statute. One must remember that the role of the Constitutional Tribunal is to make

---

[30] W.Czapliński, A.Wyrozumska: „Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego", Warszawa 2001, s.121-123. Odnosząc się do umów zawieranych przed wejściem w życie Konstytucji autorzy zauważają, iż „w praktyce okazuje się, że sądy nie badają czy umowa spełnia kryteria art.89 ust.1 i przyjmują założenie, że jeśli umowa była ratyfikowana przed wejściem w życie Konstytucji, to działa obecnie tak jak umowa zawarta za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie." Nie jest to, jak nazywają autorzy „uproszczenie," które odzwierciedla wolę ustawodawcy konstytucyjnego.

[31] R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.118 i 119.

[32] A.Wyrozumska: „Skuteczność norm prawa międzynarodowego w prawie wewnętrznym w świetle nowej Konstytucji", Państwo i Prawo 1998, nr 4, s.82, autorka wskazując kiedy będą zawierane tego typu umowy posiłkuje się §2(1) uchwały Rady Państwa i Rady Ministrów z 28 grudnia 1968, w sprawie zawierania i wypowiadania umów międzynarodowych.

[33] B.Banaszak: „Prawo...", s.147.

decisions on matters "of conformance of legal regulations adopted by central organs of the state to the Constitution, ratified international treaties, and statutes" (art. 188 (3) of the Constitution). Since the article makes a general reference to ratified international treaties, which include those ratified with prior consent granted in a statute or a referendum as well as those that do not require such a consent to be ratified, the latter have legal power which is superior to that of legal regulations adopted by central organs of the state. Thus, the legal rank of this type of international treaties is lower than that of statutes, but higher than that of ordinances.

W. Czapliński and A. Wyrozumska[34] similarly define the position of ratified treaties, by saying that "the Constitution leaves it to the practice" to define the place in the hierarchy of sources of law of international treaties ratified without prior consent granted in a statute. Taking into account the principle that treaties on matters regulated by a statute must be approved by the parliament, the power of such treaties may not be equal to that of statutes and they may at most hold a place between a statute and an ordinance.[35] W. Czapliński and A. Wyrozumska also argue that "if it was not for special circumstances, such treaties would normally be concluded by way of an approval, which is an act of the Council of Ministers." However, they remark that this would be an unusual solution since normally "the lowest level occupied by ratified treaties in the hierarchy of legal acts in states is that of a statute."[36]

On the other hand, L. Garlicki[37] says that they must not be given "not only a power that is higher than that of a statute (to the contrary, under art. 91 (2) of the Constitution), but even a power equal to that of a statute." He says that this would bring about the risk of such a treaty changing the provisions of earlier statutes (which would be contrary to the provisions of art. 89 (1) (5)). Consequently, such treaties are considered binding law, albeit equal to subordinate law.

Nevertheless, the Constitution defines the basis for the binding force in the Polish legal order of the fourth type of treaties, those concluded in a simplified form. As W. Czapliński says, according to the Constitution, they are not regarded as sources of Polish law, and are neither incorporated by

---

[34] W.Czapliński, A.Wyrozumska: „Sędzia krajowy...", s.121.

[35] W.Czapliński, A.Wyrozumska: „Sędzia krajowy...", s.110, autorzy piszą, że „bezporne wydaje się również, że umowa ratyfikowana bez upoważnienia ustawy, w przypadku kolizji norm ma pierwszeństwo przed rozporządzeniem (art.188 pkt 3)."

[36] Patrz też podobnie R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.173. Autor wskazuje iż umowy korzystają „niewątpliwie w pierwszeństwa przed aktami podustawowymi." Pisze także iż „zgodnie z logiką regulacji konstytucyjnych, nie mogą zaś wchodzić w konflikt z aktami ustawowymi. Umowy dotyczące spraw uregulowanych w ustawie lub w których konstytucja wymaga ustawy, ratyfikowane są za uprzednią zgodą ustawową."

[37] L.Garlicki: „Prawo konstytucyjne", s.148.

the Constitution nor transformed into domestic law. Similarly, R. Szafarz[38] supports their non-receptive binding character in the Polish legal order.

International treaties (not subject to ratification) concluded by the Council of Ministers or the respective ministries are not universally binding law (to the contrary, under art. 87 (1) of the Constitution). Since they cannot be a basis for defining the rights and obligations of natural and legal persons according to art. 88 (3) of the Constitution, they do not need to be promulgated in the Journal of Laws and are promulgated according to a different procedure than ratified treaties, i.e. they are promulgated immediately in the Official Journal of the Republic of Poland titled "Polish Monitor." Their influence is limited to domestic law and they are binding only to organizational entities that are subordinate to the organ which concluded a given treaty. Of course, the fact that such treaties are not directly applied in the Polish legal system does not absolve the state from its obligation to perform its duties contracted in the international arena. According to the principle of pacta sunt servanda (see also art. 9 of the Constitution), in its internal relations the Republic of Poland must observe treaties concluded in a simplified form. This requires the organs of the state to introduce such changes in the domestic legislation that would assure the observance of these obligations (if necessary).

In conclusion, the dominant opinion of the majority of representatives of the Polish legal doctrine is that the current constitutional provisions defining the relations between the domestic law and international law are adequate. However, there are plenty of controversial issues, to include those mentioned in this paper. Still, the practice of the legal system does not raise so many controversies. In the last decade, the most important topics included those regarding the relations between the international treaties which constitute the primary laws of the European Union and the Constitution of the Republic of Poland, which were the subject matter of the aforementioned decision of the Constitutional Tribunal.

Literature:

- L.Antonowicz: Projekt Konstytucji Rzeczpospolitej Polskiej ze stanowiska prawa międzynarodowego, Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, 1997, nr XLIV sec.G

[38] R.Szafarz: „Skuteczność norm prawa międzynarodowego w prawie wewnętrznym w świetle nowej Konstytucji", Państwo i Prawo 1998, nr 1. R.Kwiecień: „Miejsce umów...", s.120, również przyjmuje, iż w stosunkach wewnętrznych obowiązują one jako akty wyłącznie prawnomiędzynarodowe, na podstawie przestrzegania przez Polskę wiążącego ją prawa międzynarodowego.

- C.Banasiński: „Pozycja prawa międzynarodowego w krajowym porządku prawnym (w świetle Konstytucji z 1997 r.), Przegląd Prawa Europejskiego 1997, nr 2
- B.Banaszak: „Prawo konstytucyjne", Warszawa 2004
- C.Berezowski: „Wzajemny stosunek prawa międzynarodowego i krajowego", Państwo i Prawo 1962, nr 2
- S.Biernat: „Źródła prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej" w: Administracja publiczna u progu XXI wieku. Prace dedykowane prof. zw. dr hab. Janowi Szreniawskiemu z okazji Jubileuszu 45-lecia pracy naukowej, Przemyśl 2000
- R.Bierżanek, J.Symonides: „Prawo międzynarodowe publiczne", Warszawa 1995
- W.Czapliński: „Wzajemny stosunek prawa międzynarodowego i polskiego prawa wewnętrznego w świetle przepisów Konstytucji z 1997 roku oraz orzecznictwa" w: „Konstytucyjne podstawy systemu prawa", red. M.Wyrzykowski, Warszawa 2001
- W.Czapliński, A.Wyrozumska: „Sędzia krajowy wobec prawa międzynarodowego", Warszawa 2001
- D.J. Galligan: „Administrative justice in the new european democracies : case studies of by administrative law and process in Bulgaria, Estonia, Hungary, Poland and Ukraine", red. D.J.Galligan, R.H. Langan II, C.S. Nicandrou, Oxford: Constitutional and Legislative Policy Institute: Centre for Socio-Legal Studies, 1998
- L.Garlicki: „Polskie prawo konstytucyjne", Warszawa 2005
- T.Jasudowicz: „Europejskie standardy bioetyczne. Wybór materiałów." Wstęp, Toruń 1998,
- Z.Kmieciak: „Postępowanie administracyjne w świetle standardów administracyjnych", Warszawa 1997
- R.Kwiecień: „Miejsce umów międzynarodowych w porządku prawnym państwa polskiego," Warszawa 2000

- E.Łętowska: „Konwencja Europejska w Polsce i nowe myślenie o prawie", Kwartalnik Prawa Prywatnego 1992, nr 1-5
- M.Masternak-Kubiak: „Umowa międzynarodowa w prawie konstytucyjnym", Warszawa 1997
- M.Masternak-Kubiak: „Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej", Kraków 2003
- M.Piechowiak: „Powszechność praw człowieka. Zagadnienia filozoficznoprawne" w: „O prawach człowieka. W podwójną rocznicę paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej", Toruń 1996
- K.Skubiszewski: "Przyszła Konstytucja RP a miejsce prawa międzynarodowego w krajowym porządku prawnym" PIP 1994, nr 3
- W.Sokolewicz: „Ustawa ratyfikacyjna", w: „Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym", pod red. M.Kruk, Warszawa 1997
- R.Szafarz: „Skuteczność norm prawa międzynarodowego w prawie wewnętrznym w świetle nowej Konstytucji", Państwo i Prawo, 1/1998
- R.Szafarz: "Międzynarodowy porządek prawny i jego odbicie w polskim prawie konstytucyjnym, w: Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym, Warszawa 1997
- A.Wasilkowski: „Miejsce umów międzynarodowych wedle nowej Konstytucji RP (uwagi wstępne)", Przegląd Legislacyjny 1997, nr 2
- K.Wójtowicz: „Prawo międzynarodowe w systemie źródeł prawa RP", w: M.Granat (red.): System źródeł prawa w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Nałęczów 2000
- A.Wyrozumska: „Skuteczność norm prawa międzynarodowego w prawie wewnętrznym w świetle nowej Konstytucji", Państwo i Prawo 1998, nr 4
- Ustawa z dnia 14 kwietnia 2000 r. o umowach międzynarodowych, Dz.U. z 2000, nr 39, poz. 443
- Orzeczenie NSA z 26.8.99, V SA 708/99, OSP 2000/9/134.

- Postanowienie TK z 10.8.2001.08, Ts 56/01, OTK 2001/8/28.
- Biuletyn Komisji Konstytucyjnej Zgromadzenia Narodowego nr XXI, s.112-113.
- Mała Encyklopedia powszechna PWN 1969
- Słownik języka polskiego PWN Warszawa 1981 t.3
- Webster's Third New International Dictionary, Merriam-Webster 1993

Contact – email
jackiewicz@uwb.edu.pl

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MATERIÁLNÍ JÁDRO ÚSTAVY V JUDIKATUŘE RAKOUSKÉHO ÚSTAVNÍHO SOUDU

PAVEL KANDALEC

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Nález rakouského ústavního soudu ze dne 11. 10. 2001 se stal jedním z podpůrných argumentů pro rozhodnutí Ústavního soudu ČR v „kauze Melčák“. Rakouský ústavní soud měl tehdy přistoupit ke zrušení ústavního zákona pro rozpor s materiálním jádrem ústavy. Tento příspěvek se k uvedenému rozhodnutí rakouského ústavního soudu vrací a dospívá k závěru, že odkaz na něj nebyl zcela přiléhavý.

Key words in original language
Materiální jádro ústavy; Ústavní soud ČR; rakouský ústavní soud.

Abstract
The judgment of the Austrian Constitutional Court issued on 11. 10. 2001 became one of the supporting arguments in the judgment of the Czech Constitutional Court in the “Melčák case”. It was than indicated that the Austrian Constitutional Court had repealed the constitutional legal act due it was in the breach of the material core of constitution. This paper, however, dealing with the quoted Austrian Constitutional Court decision comes to the conclusion that that reference was not just appropriate.

Key words
Material core of constitution; the Constitutional Court of the Czech Republic; the Austrian Constitutional Court.

Úvodem

Princip zdrženlivosti je uznávaným pravidlem ústavního soudnictví. Dovolte mi, abych se i já ve svém příspěvku této zásady držel. V reakci na nález Ústavního soudu ČR ze dne 10. 9. 2009, sp.zn. Pl. ÚS 27/09 zazněly snad všechny myslitelné argumenty a jejich protiargumenty. Zúžím tedy svůj příspěvek toliko na bližší osvětlení oné inspirace nálezem rakouského Ústavního soudního dvora (Verfassungsgerichtshof, dále pro zjednodušení jen „rakouský ústavní soud“), která byla jak v samotném nálezu, tak i v odlišných stanoviscích prof. Musila[1] zmíněna.

[1] Krom odlišného stanoviska k samotnému nálezu sp.zn. Pl. ÚS 27/09 stojí za pozornost i odlišné stanovisko k usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 15. 9. 2009, sp.zn. Pl. ÚS 24/09, kterým bylo řízení o ústavní stížnosti poslance Melčáka zastaveno.

Ačkoliv jsem sám ve shodě s prof. Filipem přesvědčen o tom, že posuzovaným nálezem bylo z našeho ústavního pořádku jen odstraněno to, co tam od počátku vůbec nepatřilo,[2] nejsem již tak úplně přesvědčen o tom, že případ zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR je to, co jsem si dosud představoval pod pojmem zásah do podstatných náležitostí demokratického právního státu dle čl. 9 odst. 2 Ústavy. Považoval jsem za samozřejmost, že aplikace uvedeného ustanovení přichází v úvahu jen v naprosto extrémních situacích. V tomto ohledu jsem je řadil po boku čl. 23 Listiny (právo na odpor) do kategorie norem zcela jiného řádu. Do kategorie norem, které už právě tím, že existují, zaručují (doufejme), že nepřijdou ke slovu.

Odvážím se použít (možná poněkud nepatřičný) příměr z práva trestního. Ústavní soud ČR tu posuzoval „výtvor" ústavního delikventa.[3] Nebezpečnost posuzovaného ústavního zákona prý vychází mimo jiné z toho, že vytváří precedens a ti „kteří příště půjdou cestou, kterou tento precedens otvírá, mohou mít úmysly jiné a mnohem temnější".[4] Domnívám se však, že je legitimní se ptát, zda vedle splnění formální stránky „ústavního deliktu" byla v konkrétním případě naplněna i stránka materiální – zda tedy to, co do našeho ústavního pořádku zjevně nepatřilo, zasáhlo svojí intenzitou zároveň i do čl. 9 odst. 2 Ústavy. V samotném nálezu i v odlišných stanoviscích prof. Musila zazněly odkazy na zdrženlivou praxi německého Spolkového ústavního soudu a na jedno ojedinělé rozhodnutí rakouského ústavního soudu ze dne 11. 10. 2001[5] č. 16327, v němž byl zrušen ústavní zákon. Rád bych proto diskuzi oživil stručným rozborem citovaného rozhodnutí a vybídl k zamyšlení, nakolik mohlo být pro nás vůbec inspirující.

Procedura přijímání ústavních zákonů

Nejdříve bych si dovolil poukázat na určité odlišnosti v chápání pojmu „ústavní zákon" v České republice a v Rakousku. Stěžejní rakouský ústavní zákon, Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), totiž ve skutečnosti upravuje v čl. 44 celkem tři druhy ústavních zákonů, přičemž pro každý z těchto tří druhů platí jiná pravidla jejich schvalování.

---

[2] televizní vystoupení v pořadu Události komentáře dne 10. 9. 2009

[3] Srov. argumentaci navrhovatele: „Modus operandi *ústavních delikventů* (zvýraznil P.K.) spočívá v tom, že Ústava, resp. její podstatné náležitosti, garantující pravidla politické soutěže se pro danou chvíli nezruší, ale ignorují, suspendují..."

[4] Vystoupení Michaela Žantovského dne 15. 3. 1998 citované v nálezu v části VI./a

[5] Nedopatřením je v nálezu Ústavního soudu ČR i v jiných českých pramenech uváděn datum 11. 11. 2001.

Nejméně přísná procedura platí pro schvalování ústavních zákonů dle odst. 1 citovaného článku. Pro tyto ústavní zákony platí, že musí být přijaty alespoň 2/3 většinou přítomných členů Národní rady (Nationalrat), která je usnášeníschopná za přítomnosti alespoň jedné poloviny všech členů Národní rady.

O stupeň přísnější procedura platí pro schvalování ústavních zákonů dle odst. 2 čl. 44 B-VG. Týká se těch ústavních zákonů, kterými je omezována legislativní nebo exekutivní pravomoc jednotlivých spolkových zemí. V takovém případě je totiž třeba, aby krom náležitostí uvedených v předchozím případě, byl ústavní zákon schválený též 2/3 většinou přítomných členů Spolkové rady (Bundesrat) při kvóru alespoň jedné poloviny všech jejích členů.

Rozdílem mezi ústavními zákony přijímanými procedurou dle čl. 44 odst. 1 a čl. 44 odst. 2 B-VG se není třeba dále zabývat, neboť jejich niance nemají vztah ke zde probírané záležitosti. Lze je souhrnně nazvat jednoduchým ústavním právem.

Daleko zásadnější je pak přísnost procedury schvalování ústavních zákonů dle odst. 3 čl. 44 B-VG. Ten upravuje dva případy, kdy je třeba, aby ústavní zákon byl schválen v celostátním referendu – jde tu o tzv. kvalifikované ústavní právo.

Naznačený postup je jednak teoreticky potřeba i pro přijetí těch ústavních zákonů, které provádějí (pouze) částečnou změnu spolkové ústavy. Pro tu je referendum předpokládáno fakultativně, totiž tehdy, když o to požádá alespoň jedna třetina všech členů Národní rady nebo jedna třetina všech členů Spolkové rady. K takové situaci však zatím nikdy nedošlo a není třeba se ani na tuto možnost v tomto příspěvku dále soustředit.

Pro naše účely je ovšem mnohem zajímavější onen druhý případ, ve kterém je celostátní referendum obligatorní – totiž v situaci, kdy posuzovaný ústavní zákon představuje tzv. celkovou změnu spolkové ústavy (Gesamtänderung). Posouzení otázky, zda se o takovou změnu jedná, není vždy zcela jednoznačné a je věcí posouzení konkrétního případu. Nezáleží přitom na kvantitě prováděné změny, ale na její kvalitě. Obligatorně by bylo dle názorů doktríny referendum třeba v případě dotčení takových náležitostí, jakými jsou spolkové uspořádání, republikánský systém vlády, demokratické uspořádání, liberální právní stát, dělba moci apod. Soustavné drobné změny by mohly ve svém souhrnu rovněž představovat „celkovou změnu ústavy“. Ve kterém okamžiku změna kvantity už přechází ve změnu kvality je předmětem diskuze. Rovněž tak je předmětem diskuze, zda by se o celkovou změnu ústavy jednalo v případě změny ustanovení čl. 9a odst. 1 B-VG zakotvující tzv. „věčnou“ neutralitu (immerwährende Neutralität) Rakouské republiky.

V dosavadní rakouské historii bylo na tomto základě celostátní referendum uspořádáno toliko jedinkrát, a to v roce 1994 v otázce přistoupení k Evropské unii. Pro účast v referendu není stanovena minimální účast voličů.

V Rakousku se však bohužel stalo zvykem, že si zákonodárce „pojistí" určitý důležitý zákon (nebo případně jen jeho některá ustanovení) tím, že je prohlásí za ústavní právo dvoutřetinovou většinou Národní rady (Nationalrat).[6] Dokonce i každá jednotlivá věta může být zcela izolovaně prohlášena za ústavní zákon. Stačí, že ji Národní rada schválí odpovídající většinou (2/3 – dle čl. 44 odst. 1 B-VG). Tímto způsobem ztrácí ústava svoji ústřední funkci a vzniká oprávněně otázka: Má Rakousko vůbec ještě ústavu?[7] V současnosti je téměř 1000 takovýchto „ústavních" ustanovení roztroušeno v nejrůznějších „obyčejných" zákonech.

Klauzule věčnosti a materiální jádro ústavy

Podstatný rozdíl oproti české úpravě (čl. 9 odst. 2 Ústavy) či německé úpravě (čl. 79 odst. 3 GG) tkví v tom, že rakouská ústava explicitně nezakotvuje tzv. klauzuli věčnosti. Nabízí se otázka, zda by bylo možno postupem podle čl. 44 odst. 3 B-VG (t.j. referendem) dosáhnout i takových změn ústavního pořádku, které by již do materiálního jádra ústavy zasahovaly. Ačkoliv pozitivněprávní úprava takovou možnost nenabízí, za jednoznačně kladnou odpověď na nastíněnou otázku se staví podstatná část autorů (Pernthaler, Öhlinger, Morscher, Oberndorfer, Janko). Prof. Pernthaler pak používá onen u nás již od září tohoto roku tolik slýchaný pojem „prolomení ústavy" (Verfassungsdurchbrechung), který definuje jako zneužití formy ústavních zákonů k proděravění obsahu ústavy. Toto prolomení ústavy je třeba odlišovat od celkové změny ústavy a není možné jej realizovat dle uvedených autorů ani oním nejpřísnějším postupem přijímaní ústavních zákonů (t.j. referendem dle čl. 44 odst. 3 B-VG).[8] Naproti tomu autoři Rill a Schäffer[9] namítají, že argumentují-li zastánci tvrdého jádra ústavy tím, že otcové rakouské ústavy měli v r. 1945 při její tvorbě na paměti zkušenosti z dob národního socialismu, tak je třeba připomenout, že pro takovou úvahu nejsou žádné důkazy. Právě naopak: znovuzavedení rakouské ústavy bylo postaveno na plné kontinuitě s ústavou

[6] Berka, W., Lehrbuch Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassung. Sprigner: Wien, 2008, s. 267.

[7] Arnold, K., Bundschuh-Riesender, F., Kahl, A., Müller, T., Wallnöfer, K. (eds.) Recht Politik Wirtschaft – Dynamische Perspektiven. Springer-Verlag: Wien, 2008, s. 458.

[8] Srov. např. Pernthaler, P., Grenzen der Verfassungsänderung. Verhandlung des 13. Österreichischen Juristentages. Salzburg. 1997.

[9] Rill, H. P., Schäffer, H. Bundesverfassungsrecht, Kommentar. Verlag Österreich GmbH, 2001, 2004 (k čl. 44 B-VG, s. 6)

z r. 1920 ve znění z r. 1929, takže v ní ponaučení z dob národního socialismu nemohlo být promítnuto.

Zrušení ústavního zákona rakouským ústavním soudem

Dne 11. 10. 2001 byl rakouským ústavním soudem vydán nález č. 16327, který je naším Ústavním soudem citován jakožto příklad zrušení ústavního zákona pro rozpor s materiálním jádrem ústavy. Zde je krátké shrnutí skutkových okolností případu.

Úvodem je třeba konstatovat, že citovanému rozhodnutí předcházel ještě jiný nález rakouského ústavního soudu. Již v roce 1999 byla totiž nálezem č. 15578 ze dne 30. 9. 1999 shledána protiústavní úprava kontroly při rozhodování o veřejných zakázkách. Podle tehdejší úpravy mohlo být rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky přezkoumáváno v první a zároveň jediné instanci zvláštním správním orgánem na celostátní úrovni (tzv. Bundesvergabeamt). Ačkoliv se formálně jednalo o správní orgán, šlo o instituci s výraznými prvky soudní moci. Členové tohoto úřadu byli nezávislí a vždy alespoň jeden člen byl soudce. Další členové byli jmenováni z řad odborníků na návrh, Spolkové obchodní komory, Komory architektů a inženýrů a pod. Rakouský ústavní soud však tehdy zaujal jednoznačné stanovisko, že je nepřípustné, aby rozhodnutí nejvyššího orgánu exekutivy (např. spolkového ministra) mohlo být podrobeno kasační pravomoci správního orgánu v situaci, kdy taková úprava nemá oporu v ústavě.

Uvedený názor se nám může jevit jako ne příliš přesvědčivý a pravdou je, že tehdejší rozhodnutí nebylo v odborných kruzích zcela jednoznačně přijímáno. Že se ale jednalo o judikaturu naprosto konstantní je zřejmé i z odkazů na ještě dřívější judikaturu z osmdesátých let[10].

Vykonatelnost výše uvedeného nálezu z 30. 9. 1999 byla odložena do 31. 12. 2000. S blížícím se koncem roku 2000 však bylo zřejmé, že již nebude z časových důvodů možné přijmout úpravu, která by reflektovala tam vyslovené závěry i na přezkoumávání státních zakázek na úrovni jednotlivých spolkových zemí. Konkrétně šlo o to, že ve třech spolkových zemích (Salzbursko, Štýrsko a Vídeň) byly zřízeny podobné zvláštní správní orgány judiciálního charakteru oprávněné přezkoumávat rozhodnutí vlády příslušné spolkové země o přidělení státní (spíše tedy „zemské“) zakázky. Ačkoliv se jednalo o zakázky na úrovni spolkových zemí, hrozilo, že tam zakotvená úprava bude shledána protiústavní podobně, jak to bylo shledáno ústavním soudem v roce 1999 u úpravy na úrovni celostátní. A právě v této situaci se uchýlil rakouský zákonodárce (ústavodárce) ke své obvyklé taktice „pojišťování si“ zákonů proti pravomoci ústavního soudu tím, že příslušné ustanovení prohlásí za ustanovení ústavní

[10] VfSlg. 8917/1980, 9164/1981, 9476/1982, 12220/1989

(Verfassungsbestimmung). Vzhledem k tomu, že ony zákony, u kterých hrozilo shledání protiústavnosti, byly již dávno vydány a bylo jich větší množství, uchýlili se rakouští zákono-ústavo-dárci k vydání na první pohled provokativně znějícího ustanovení označeného jako „ústavní“: „Ustanovení zemských zákonů platných ke dni 1. ledna 2001, týkající se organizace a příslušnosti orgánů, jimž přísluší právní ochrana ohledně zadávání veřejných zakázek, platí jako nikoli rozporné se Spolkovou ústavou.“

Ačkoliv se jednalo jen o úpravu na úrovni spolkových zemí a navíc časově omezenou od 1. 1. 2001 do 31. 8. 2002, pohár trpělivosti rakouského ústavního soudu přetekl. Nerespektování předchozí judikatury ústavního soudu dle něj přitom může být při dosažení určité intenzity považováno za porušení principů právního státu. Ústavodárci („obyčejnému“) není dovoleno suspendovat ústavu, a to bez ohledu na to, že by se jednalo jen o suspendování její malé části a třeba jen na určitou dobu. Takový postup pak zakládá svojí kvalitou celkovou změnu ústavy a tu je možné provést jen postupem dle čl. 44 odst. 3 B-VG (t.j. schválením v celostátním referendu).

Co však stojí z našeho hlediska nejvíce za pozornost, je postoj rakouského ústavního soudu vyjádřený v samém závěru jeho nálezu: Ústavní soud (VfGH) nepovažuje za nutné v této souvislosti zodpovídat otázku, zda by postupem dle čl. 44 odst. 3 B-VG bylo možno požadované změny vůbec dosáhnout. Jisté je, že taková změna nebyla v dispozici „obyčejného“ ústavodárce dle čl. 44 odst. 1 B-VG.

Jinými slovy, rakouský ústavní soud se odpovědi na otázku, zda lze rušit ústavní zákony pro rozpor s materiálním jádrem ústavy obratně vyhnul. Podle zásady „bližší košile než kabát“ si pouze zodpověděl otázku kompetenční a konstatoval, že výše citované ustanovení zákona o veřejných zakázkách svojí kvalitou (nikoliv kvantitou – jednalo se tu jen o jedinou větu) dosáhlo intenzity „celkové změny ústavy“. Takovou změnu bylo třeba schválit v referendu a k tomu nedošlo. Toť vše.

Závěrem

Není pravdou, že by ke zrušení ústavního zákona právě pro rozpor s materiálním jádrem ústavy již v minulosti přistoupil rakouský ústavní soud. Jak vyplývá z tohoto příspěvku, v Rakousku byl zrušen jednoduchý ústavní zákon pro nedodržení odpovídající procedury při jeho přijímání, neboť se ve skutečnosti jednalo o kvalifikovaný ústavní zákon. Otázka nezměnitelných náležitostí zůstala otevřená. Nálezem ze dne 10. 9. 2009 v „kauze Melčák“ Ústavní soud ČR posunul laťku pro vymezení pojmu podstatné náležitosti demokratického právního státu dle čl. 9 odst. 2 Ústavy velmi vysoko. Posunul ji do výše, která nemá v praxi okolních států obdoby. Lze jistě najít mnoho dobrých důvodů pro takový postup. Odkaz na dosavadní rakouskou judikaturu je však dle mého názoru ne zcela přiléhavý.

Contact – email
65413@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DŮVODY POLSKÉ REPUBLIKY PRO VYJEDNÁNÍ VÝJIMKY Z APLIKACE LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV EU

DANUTA KOCHOVÁ

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

Abstract in original language
Ve svém článku se zabývám důvody, které vedly Polskou republiku k vyjednání výjimky z aplikace Listiny základních práv EU. Polská republika jako silně věřící katolický stát je proti interrupci a registrovanému partnerství osob stejného pohlaví. Toto jsou dva nejsilnější důvody, které vedly Polsko pro vyjednání této výjimky.

Key words in original language
Evropská unie; interrupce; Lisabonská smlouva; Listina základních práv Evropské unie; Polská republika; registrované partnerství osob stejného pohlaví.

Abstract
In my article is concerned with the reasons which led the Republic of Poland to negotiate exception from the application of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. Republic of Poland is highly religious catholic state, is against abortion and registered partnership of same-sex. These are two strongest reasons, which led the Republic of Poland to negotiate the exception.

Key words
European Union; abortion; The Charter of Fundamental Rights of the European Union; Treaty of Lisbon; Republic of Poland; registered partnership of same-sex.

Listina základních práv EU byla původně přijata jako nezávazný dokument na summitu EU v Nice 7. prosince 2000. V okamžiku, kdy Lisabonská smlouva vejde v platnost, Listina základních práv EU se stane závaznou, na základě odkazu, pro členské státy Evropské unie. Tři členské státy Evropské unie si vyjednaly výjimku z aplikace této Listiny, konkrétně to jsou Česká republika, Spojené království Velké Británie a Severního Irska a rovněž Polská republika. V tomto článku se zaměřím na důvody Polské republiky, které vedly k vyjednání výjimky z aplikace této Listiny.

Polská republika je silně křesťanským státem, k římskokatolické církvi se hlásí kolem 37 milionů občanů Polské republiky, což je 96 % veškeré populace tohoto státu. V dobách komunismu církev bojovala proti polskému komunistickému režimu. Víra katolíků v Polské republice byla ještě povzbuzena v roce 1978, když se Polák Karol Wojtyła stal papežem Janem

Pavlem II. Když v roce 1989 v zemích střední Evropy došlo k úpadku komunismu, církev v Polsku, která byla doposud utlačována, získala plnou svobodu. Vznikly různé křesťanské politické strany jako třeba Liga polských rodin, která reprezentuje radikální verzi polského nacionalistického křesťanského konzervatismu. Tato strana je zcela proti interrupcím a svazkům osob stejného pohlaví, je rovněž všeobecně znám odmítavý postoj této strany k Evropské unii. Silně náboženským médiem je rovněž rozhlasová stanice Radio Maryja. Toto médium je často kritizováno pro své antisemitistické, xenofobní či homofobní myšlení.

V Listině základních práv EU jsou obsaženy aktuální regulace týkající se základních lidských práv člověka. Je to rozsáhlý dokument, má 54 článků, skládá se ze 7 kapitol a začíná preambulí. Na prvním místě, článek 1 první kapitoly Listiny, se zabývá lidskou důstojností, která musí být respektována a chráněna. Dále Listina v první kapitole zakazuje eugenické praktiky, využívání lidského těla, reprodukční klonování lidských bytostí či chrání právo na život. Velice důležitým článkem této kapitoly je článek 2 odst. 2, který zní: Nikdo nesmí být odsouzen k trestu smrti ani popraven.

V druhé kapitole nazvané Svobody jsou obsaženy např. úcta k soukromému a rodinnému životu, právo na manželství a rodinný život, svoboda myšlení, svědomí a náboženského vyznání či právo na vzdělání.

Třetí kapitola Rovnost zakazuje diskriminaci, dále obsahuje rovnost mužů a žen, práva starších osob, práva dítěte, integrace postižených osob.

Kapitola čtvrtá Solidarita zahrnuje práva pracovníků na podnikové informace a konzultace, ochranu před neoprávněným propouštěním, řádné pracovní podmínky, ochranu mladistvých pracovníků, sociální zabezpečení a sociální pomoc.

V kapitole páté nazvané Občanství je obsaženo: právo volit a být volen ve volbách do Evropského parlamentu, právo na uspokojivé správní řízení, právo na přístup k dokumentům Evropského parlamentu, Rady EU a Evropské komise, petiční právo, svoboda pohybu a pobytu.

Kapitola šestá Spravedlnost zahrnuje právo na účinnou právní ochranu a spravedlivý proces, presumpci neviny a právo na obhajobu, legalitu a přiměřenost potrestání či zásadu ne bis in idem.

V poslední sedmé kapitole jsou obsažena Obecná ustanovení upravující výklad a použití Listiny.

Některé články této Listiny budily, dle názorů některých právníků v Polské republice, pochybnosti. Nejčastěji se jednalo o čl. 9, který zní: "Právo uzavřít manželství a založit rodinu je zaručeno v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon těchto práv." Tento článek by mohl být interpretován odlišně než článek 18 Ústavy Polské republiky z 1997 roku,

který zní: "Manželství je svazek muže a ženy, rodina, mateřství a rodičovství jsou chráněny státem."

Výhrady Poláků byly rovněž k článku 21 Listiny: "Zakazuje se jakákoli diskriminace založená zejména na pohlaví, rase, barvě pleti, etnickém nebo sociálním původu, genetických rysech, jazyku, náboženském vyznání nebo přesvědčení, politických názorech či jakýchkoli jiných názorech, příslušnosti k národnostní menšině, majetku, narození, zdravotním postižení, věku nebo sexuální orientaci." Tento článek zakazující jakoukoli diskriminaci na základě pohlaví by mohl být, dle některých odborníků, základem pro požadování sociálních či daňových výsad (např. společného zdanění) osob stejného pohlaví žijících v partnerském svazku.

Diskuse může vzbuzovat rovněž neurčení věku osob, které uzavírají manželství. To by mohlo vést k uzavírání manželství nezletilých osob nebo k uzavírání manželství, která jsou charakteristická pro východní kultury, tzn. mezi zletilým mužem a nezletilou ženou.

V Polské republice registrované partnerství osob stejného pohlaví není samozřejmě dovoleno. Největším odpůrcem těchto svazku je již zmiňovaná římskokatolická církev, která uznává pouze manželství jako svazek mezi mužem a ženou. Římskokatolická církev hovoří o registrovaném partnerství osob stejného pohlaví jako o "legalizaci zla". Církev hlásí, že registrovaná partnerství osob stejného pohlaví jsou útokem na rodinu a její tradiční rozdělení rolí. Církev očekává, že všichni katolíci budou mít na věc stejný názor.

V Polsku jsou ale rovněž příznivci těchto svazků, kteří uvádějí argumenty pro to, aby svazky osob stejného pohlaví byly registrované a obdržely stejnou nebo podobnou právní ochranu jak svazky osob opačného pohlaví. Znamená to, že osoby stejného pohlaví by měly mít stejná nebo podobná práva a povinnosti ke společnému majetku, jako mají osoby žijící v manželství. Jedná se konkrétně o společně jmění partnerů, právo na návštěvy partnera v nemocnici a rovněž udělování informací o jeho zdravotním stavu, právo na obdržení dokumentace o zdravotním stavu partnera, právo rozhodovat o další léčbě partnera v případě těžké nemoci, právo odebírat mzdu za partnera, právo na společné zdanění, alimentační povinnost, právo na důchod po smrti partnera, právo na dědění dle zákona po smrtí partnera nebo právo organizovat pohřeb zemřelého partnera.

Příznivci legalizace svazku osob stejného pohlaví se snaží o schválení zákona o registrovaném partnerství. V roce 2004 senátorka Polské republiky Maria Szyszkowka předložila návrh zákona o registrovaném partnerství, ale nedošlo ani k projednání tohoto návrhu v polském Sejmu z důvodu neuvedení ho na program jednání tehdejším maršálkem Sejmu Włodzimierzem Cimoszewiczem (maršálek Sejmu v Polské republice rovná se předseda Poslanecké sněmovny v České republice). Ve stejném roce politická strana Zelení 2004 ve svém volebním programu k volbám do Evropského parlamentu představila návrh předpisů týkajících se registrace

partnerství osob stejného pohlaví. Momentálně debaty na téma registrace osob stejného pohlaví v Polské republice ustály.

Mnoho kontroverzí vzbuzuje rovněž článek 7 Listiny, který zní: "Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a komunikace." Tento článek, dle polských právníků, by mohl být interpretován jako právo rozhodovat nejenom o vlastním životě, ale rovněž by mohl znamenat právo umělé přerušit těhotenství. Dle této interpretace plod není uznán jako subjekt, který má právo na život a lidskou důstojnost.

V Polské republice dle článku 4a odst. 1 zákona o plánování rodiny, ochraně plodu a podmínkách, za kterých je dovoleno umělé přerušení těhotenství ze dne 7. ledna 1993 roku ("ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 7 stycznia 1993 roku"), přerušení těhotenství může být vykonáno pouze lékařem, a to v těchto případech:

1. těhotenství ohrožuje život nebo zdraví těhotné ženy

2. prenatální prohlídka ukazuje s velkou pravděpodobností na těžké a nenávratné poškození plodu nebo na nevyléčitelnou nemoc, která ohrožuje život plodu

3. existuje odůvodněné podezření, že těhotenství je výsledkem trestného činu

Do 1997 roku existovala ještě jedna možnost umělého přerušení těhotenství a to v případech, kdy se těhotná žena nacházela v těžkých životních podmínkách nebo v komplikované životní situaci.

Pro interrupci je nutný souhlas těhotné ženy. V případech nezletilé nebo nesvéprávné těhotné ženy je nutný písemný souhlas zákonného zástupce této ženy. Pokud se jedná o těhotnou dívku starší 13 let, je nutný rovněž souhlas této dívky. Potvrzení okolností z bodů 1. a 2. zjišťuje jiný lékař než ten, který provádí interrupci. Okolnost, která je obsažena v bodě 3. zjišťuje státní zástupce. Dle článku 152 trestního zákona ze dne 6. června 1997 ("Kodeks karny z 6 czerwca 1997"): ten, kdo se souhlasem těhotné ženy přeruší její těhotenství, může být odsouzen k odnětí svobody až na 3 roky. Stejný trest hrozí osobě, která pomáhá těhotné ženě v přerušení těhotenství. Dle článku 153 trestního zákona ten, kdo se dopouští násilí na těhotné ženě a bez jejího souhlasu uskutečňuje přerušení těhotenství, může být odsouzen k odnětí svobody od 6 měsíců do 8 let.

Lékař může uplatnit klauzuli svědomí a odmítnout provést interrupci v případě, že odklad nezpůsobí:

1. nebezpečí ztráty života těhotné ženy

2. těžké poškození lidského těla

3. těžké poškození zdraví těhotné ženy

Lékař, který uplatní klauzuli svědomí a odmítne provést interrupci, musí dle zákona:

a. označit jiného lékaře nebo jiné zdravotnické zařízení, kde existuje reálná možnost provést tento zákrok

b. odůvodnit odmítnutí

c. poznamenat tuto skutečnost v lékařské dokumentaci

Z těchto důvodu v Polské republice existuje "interrupční podzemí", kde se provádí nelegální interrupce, jak rovněž existuje tzv. "interrupční turistika", tj. výjezdy do zahraničí, jež mají za cíl provádět interrupce, které nejsou legální v Polsku. Polský trestní zákon nemůže trestat osoby, které provedly interrupci na území státu, kde je interrupce legální.

Z výše zmíněných důvodu si Polská republika vyjednala výjimku z aplikace Listiny základních práv EU, tzv. britským protokolem neboli Protokolem 30. Stejnou výjimku má, jak jsem se zmiňovala již na začátku mého článku, rovněž Spojené království Velké Británie a Severního Irska, v říjnu 2009 si stejnou výjimku vyjednala také Česká republika a to z důvodů obav prezidenta České republiky z prolomení Benešových dekretů a případných majetkových nároků odsunutých Němců.

Literatura:

- Sciskalová, M. Základy práva. Distanční studijní opora, Karviná: OPF SU, 2006, 243 stran, ISBN 80-7248-250-5
- Listina základních práv EU
- Ústava Polské republiky z 2. dubna 1997 r. (Dz.U.Nr 78, poz. 483) (Konstytucja Rzeczypospolitej Polski z 2 kwietnia 1997) (Dz.U.Nr 78, poz. 483)
- Zákon o plánování rodiny, ochraně plodu a podmínkách, za kterých je připuštěno umělé přerušení těhotenství ze dne 7. ledna 1993 r. "Ustawa o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży z 7 stycznia 1993" (Dz.U. Nr 17, poz. 78; z 1995 r., Nr 66, poz. 334, z 1996 r., Nr 139, poz. 646, z 1997 r. Nr 141, poz. 943, Nr 157, poz. 1040 i z 1999 r. Nr 5, poz. 32)
- Trestní zákon ze dne 6. června 1997 (Kodeks karny z 6 czerwca 1997) (Dz. U. 2.08.1997, Nr 88, poz. 553)

- Zákon o povolání lékaře ze dne 5. prosince 1996 r. (Dz.U. z 1997 Nr 28, poz. 152) ve znění pozdějších předpisů (Ustawa z 5 grudnia 1996 roku o zawodzie lekarza) (Dz.U. z 1997 Nr 28, poz. 152) uwzględniając ustawę zmieniającą z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. Nr 88, poz. 554)
- http://www.rp.pl/artykul/9133,76001_Opinie_Karta_praw_podstawowych_pelna_niejasnosci.html, citováno dne 20. listopadu 2009
- http://www.Prawaczlowieka.edu.pl/index.php?dok=5d23e965603269f7674c2fc33318f5d5af406f6f-d3, citováno dne 20. listopadu 2009

Contact – email
kochova@opf.slu.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KRÁTKÁ REFLEXE SOUČASNÝCH DEBAT A NÁZORŮ NA NÁLEZ ÚS ČR PL. ÚS 27/09 Z HLEDISKA JEJICH OBSAHU I ZPŮSOBU PREZENTACE

MARIAN KOKEŠ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Vydání usnesení Ústavního soudu ČR ze dne 1. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 24/09 o odložení vykonatelnosti rozhodnutí prezidenta republiky č. 207/2009 Sb., o vyhlášení voleb do Poslanecké sněmovny Parlamentu ČR, a následné vydání nálezu ze dne 10. 9. 2009, sp. zn. Pl. ÚS 27/09, jímž Ústavní soud de facto znemožnil konání předčasných říjnových voleb vyvolal zejména mezi představiteli české politické scény šok, který byl následován rozporuplnými až hysterickými reakcemi ze strany politických představitelů. Jejich obsah, způsob prezentace a případně jejich možné dopady na nezávislé postavení Ústavního soudu v ustavním systému ČR jsou předmětem této krátké kritické reflexe.

Key words in original language
Usnesení o odložení vykonatelnosti Pl. ÚS 24/09; nález Pl. ÚS 27/09; kritická reflexe; média; nezávislost moci soudní; kritika soudního rozhodování.

Abstract
Publication of the decisions Pl. US 24/09 (postponement of enforceability) and Pl. US 27/09 (unconstitutionality of Constitutional Act on Shortening the Term of Office of the Chamber of Deputies) by the Czech Constitutional Court caused in the Czech political scene a shock that was followed by many inconsistent and hysteric reactions and pronouncement issued by politicians. A short reflections of these reactions, their content and the form of their presentation in light of their potential effect on the independent status of the Constitutional Court in the Czech constitutional system are the subject of this short article.

Key words
Decisions of the Czech Constitutional Court Pl. US 24/09 and Pl. US 27/09; critical reflection; media, independence of judicial power; criticism of the court decisions.

Den 1. září 2009 a zejména události, které se tento den udály bezesporu vyvolaly ve velké části české společnosti rozporuplné pocity. Pro žáky základních a středních škol tento den vyvolal nutnost vyrovnat se s postprázdninovým šokem a s krutou realitou spojenou s návratem do školních lavic. Pro vlastníky letenek společnosti SkyEurope tento den znamenal smutné potvrzení jejich obav, že na tuto společnost bude vyhlášen konkurs a jejich zakoupené letenky jim tak propadnou. Z hlediska tématu

dnešního setkání je však nepochybně nejrelevantnější událost, která u české veřejnosti, laické i odborné, v médiích a zejména na české politické scéně vyvolala místy až šok. Onou událostí je vydání usnesení Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 24/09[1], jímž bylo rozhodnuto o odložení vykonatelnosti rozhodnutí prezidenta republiky č. 207/2009 Sb., o vyhlášení voleb do Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, kontrasignovaného předsedou vlády.

Onen šok lze pro každou ze zmíněných složek české společnosti charakterizovat jinak. Pro laickou veřejnost citované usnesení znamenalo šok v podobě nepochopení, co se to ve skutečnosti děje a co to vlastně v době, kdy začínala předvolební kampaň politických stran nabírat na intenzitě, znamená pro konání předčasných voleb v říjnovém termínu. Vzpamatovat se z tohoto šoku plynoucího z neporozumění nastalé situaci jí bezesporu mohla a měla pomoci média. Ta však, patrně rovněž i vlivem obdobného šoku z nepochopení nastalé situace, jaký zažívala širší laická veřejnost, přispěchala s headlinovými titulky ve smyslu „Ústavní soud vyhověl Melčákově stížnosti a odložil předčasné volby“[2], které se úplně nezakládaly na pravdě, což u veřejnosti nutně muselo vyvolat další vlnu nepochopení. Až následně v průběhu dne, spíše ve večerních hodinách docházelo k postupnému vyjasňování nastalé situace, a to i za přispění živých výstupů odborníků na ústavní právo, mino jiné i zde přítomného kolegy doc. Jana Kysely v hlavní zpravodajské relaci České televize. Nicméně troufám si tvrdit, že i v odborné části veřejnosti mohlo citované usnesení vyvolat určitý šok, a to v podobě překvapení z toho, jakou hru to vlastně Ústavní soud rozehrál a jaké důsledky to může mít pro ústavní a politickou stabilitu České republiky. A konečně přichází na řadu představitelé české politické scény. Z jejich bezprostředních reakcí a vystupování v médiích lze jednoznačně vyčíst, že onen šok bezesporu plynul z nemilého překvapení, že si Ústavní soud dovolil zasáhnout do jejich vnitřních záležitostí a zpochybnil tak jejich postavení. Vše bylo samozřejmě umocněno a zesíleno vyhlášením nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 27/09 o 9 dní později, kterým zrušil „ústavní zákon“ o zkrácení pátého volebního období Poslanecké sněmovny a de facto tím znemožnil i konání předčasných voleb, jejichž termín byl ustanoven na 9. a 10. října 2009.

A právě zejména tyto negativní a místy až hysterické reakce čelních představitelů české politické scény na zmíněná rozhodnutí Ústavního soudu, jejich obsah i způsob prezentace, ale i způsob, jakým média referovala o událostech oněch dní, budou obsahem mé krátké reflexe. Cílem mého

[1] Publikováno ve Sbírce zákonů jako sdělení Ústavního soudu ČR č. 319/2009 Sb.

[2] Viz zpravodajství České televize ze dne 1. 9. 2009 či titulky internetových deníků: Volby v říjnu možná nebudou, Ústavní soud vyhověl Melčákovi, 2. 9. 2009, zdroj: idnes.cz. Bez zajímavosti nejsou ani titulky obsažené v deníku Blesk: Nářez u soudu: Volby nebudou! Česko je v krizi! Národ zažil šok! To tu ještě nebylo, 2. 9. 2009, zdroj: blesk.cz

příspěvku tak bude s odstupem času na konkrétním příkladu poukázat na způsob, jakým česká politická scéna, ale i média reflektují a reagují na některá rozporuplná a ne vždy všemi kladně přijímaná rozhodnutí orgánů moci soudní, v tomto případě Ústavního soudu.

Záměrně se tak vyhýbám zapojení se do odborných debat a diskuzí nad obsahem citovaného nálezu, a to nikoliv proto, že sám na Ústavním soudu působím, ale spíše proto, že současný diskurs nad tímto nálezem se postupně dostává již na takovou úroveň a stává se natolik podrobným, že již postihuje velkou většinu všech možných ústavněprávních aspektů a důsledků jeho přijetí pro český politický systém až se obávám, že bych v této chvíli k tomu nebyl schopen říci nic nového a objevného. K úrovni současného diskursu nad otázkami, které vyvolalo vydání zrušujícího nálezu Ústavního soudu, si však dovolím učinit nepatrný povzdech. Nepatrný povzdech nad tím, že byť samotné schválení nálezem zrušeného ad hoc ústavního zákona o zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny, i jeho předchůdce z roku 1998[3], bylo kritizováno některými z odborníků v oboru ústavního práva[4], jednalo se spíše o jednotlivé postřehy a poznatky nad neblahou praxí přijímání ad hoc ústavních zákonů Poslaneckou sněmovnou, než o podrobný diskurs, který by případně mohl svým důrazem přimět některé zákonodárce pozastavit se nad negativními důsledky přijetí později zrušeného ad hoc ústavního zákona.[5]

Nyní bych chtěl o trochu více rozvinout v úvodu vyřčenou kritiku na adresu médií z hlediska jejich přístupu, jakým referovali o přijetí výše citovaných rozhodnutí Ústavního soudu, zejména pak prvního z nich, tj. usnesení o odložení vykonatelnosti. Jak jsem již uvedl, jsem přesvědčen, že způsob, jakým média (tištěná i televizní zpravodajství) bezprostředně reagovala na přijetí usnesení o odložení vykonatelnosti rozhodně nepřispěl k vyjasnění nastalé situace u širší veřejnosti. Mám tím na mysli nesprávnost a nepravdivost podávaných informací k citovanému usnesení o odložení vykonatelnosti, které sdělovací prostředky prezentovaly jako rozhodnutí meritorní s konečnými důsledky v podobě vyhovění ústavní stížnosti Miloše

[3] Ústavní zákon č. 69/1998 Sb.

[4] Vedle dnes již legendárního článku prof. Holländera – srov. k tomu Holländer, P.: Materiální ohnisko ústavy a diskrece ústavodárce, in. Právník č. 4/2005, je třeba připomenout články prof. Filipa, srov. k tomu Filip, J.: Zkrácení volebního období, in. Parlamentní zpravodaj č. 12/1997, s. 132-134, diskuzi nad nálezem Ústavního soudu ČR Pl. ÚS 36/01 v podání J. Filipa, Z. Kühna, J. Malenovského či J. Kysely, i články prezentované v tištěných denících, např. Zákon o zkrácení volebního období ukazuje naší neúctu k právu, rozhovor J. Kysely, 26. 4. 2009, zdroj: MfDnes, či na blogu Jiné právo od V. Šimíčka, zdroj: jinepravo.blogspot.com.

[5] Na druhou stranu tento argument, že případný tlak vyvolaný hlubším diskursem by mohl být dostačujícím, lze zčásti zpochybnit, neboť na neblahé negativní důsledky této praxe marně upozorňovala i Stálá komise Senátu pro Ústavu ČR a parlamentní procedury ve svém stanovisku z 27. 5. 2009 při projednávání senátního tisku č. 75.

Melčáka a odložení voleb jako takových, byť se jednalo o rozhodnutí procesní a zatímní povahy. Nabízí se tak otázka, proč tomu tak bylo a jaké jsou příčiny tohoto stavu? Osobně se domnívám, že situace, která nastala v tomto konkrétním případě je jen logickým vyústěním dlouhodobějšího přístupu téměř všech médií k podávání informací nejen o aktuálních a významných rozhodnutích obecných soudů všech instancí a Ústavního soudu, ale i informací dotýkajících se právní oblasti obecně.[6] Skutečnost, že se téměř v každém příspěvku či reportáži komentující přijetí určitého soudního rozhodnutí, vyskytují faktické i právní chyby, je dle mého názoru způsobena jednak prezentováním zkrácených verzí a z kontextu vytržených výroků tiskového mluvčí dané instituce (pokud je jejich vyjádření vůbec vyžádáno), jednak a to především neznalostí základních termínů z oboru práva a neochotou tento stav změnit. Jsem si vědom toho, že v českých podmínkách je téměř nemožné dosáhnout takové úrovně poskytování informací z právní oblasti, na jaké se v současnosti nachází publicistika např. ve Spojených státech amerických, ve Velké Británii či v Německu, kde se zpravodajství z právní oblasti věnují téměř v každém významnějším médiu celé zpravodajské týmy, jejichž nedílnou součástí jsou i vystudovaní žurnalisté-právníci. Na druhou stranu se domnívám, že je v ekonomických silách větších českých médií (tištěných, internetových i televizí) zahrnout do svého týmu alespoň jednoho ze žurnalistů-právníků, kteří se na danou problematiku budou specializovat. Nicméně, abych nebyl nařčen pouze z jednostranné kritiky, v tomto konkrétním případě by se dalo hovořit i o nepříliš zdařilém přístupu Ústavního soudu bezprostředně po vydání citovaných rozhodnutí. Je sice třeba ocenit, že ihned po jejich vydání byla přístupná v elektronické verzi na internetových stránkách Ústavního soudu, což ještě nedávno rozhodně nebylo zvykem, nicméně v tak ojedinělém případě (a nikoliv pouze v něm) se domnívám, že bylo vhodné opustit onu zásadu, že „soudy a soudci hovoří prostřednictvím svých rozhodnutí“, a naopak se aktivněji zapojit do prezentace svého rozhodnutí široké veřejnosti. V případě onoho procesního usnesení o odložení vykonatelnosti to bylo o to více žádoucí, neboť způsob, jakým bylo odůvodněno nepovažuji za příliš šťastný a rozhodně ne vyčerpávající. Obecně se domnívám, že aktivnější přístup soudů k prezentaci svých rozhodnutí, která svým významem přesahují do zájmů větší části společnosti, je žádoucí, neboť tím v očích širší veřejnosti budou více legitimizována a pomůže to tak předejít situacím, kdy jsou taková rozhodnutí přijímána s nepochopením a nedůvěrou, což z nich zbytečně a leckdy nezaslouženě činí rozhodnutí rozporuplná a neoprávněně kritizovaná. To vše samozřejmě za předpokladu, že tuto roli neplní sdělovací prostředky.

Předtím, než se pustím do krátké a kritické analýzy reakcí některých představitelů české politické scény na vydání citovaných rozhodnutí

[6] Pokud se tedy nejedná o informace v souvislosti s vyskytnutím se nějakého skandálu, jako v poslední době informování o neetických činnostech některých, dnes již bývalých představitelů Právnické fakulty ZČU v Plzni.

Ústavního soudu, které veřejně deklarovali ve sdělovacích prostředcích, rád bych učinil dvě krátká odbočení.

Prvním z nich je mé přesvědčení, že vedle těchto níže konkretizovaných reakcí představitelů české politické scény, citovaná rozhodnutí Ústavního soudu, kterými de facto znemožnil konání předčasných voleb, mimo jiné pomohla odhalit i některé další negativní skutečnosti (a obávám se i dlouhodobé jevy) současné české politické scény. Jednu z oněch skutečností spatřuji v tom, že události navazující na vydání citovaných rozhodnutí Ústavního soudu v plné nahotě odhalily neschopnost představitelů parlamentních stran ve finále dosáhnout konsenzu nad zásadními otázkami pro český politický systém a jen potvrdily nářky mnohých politologů a politických komentátorů nad „zapouzdřením" či „zakonzervováním" současné české politické scény. Další pozoruhodnou skutečností, která nastala bezprostředně po vydání citovaných rozhodnutí Ústavního soudu a následném nekonání předčasných voleb, je zveřejnění výší „zbytečně" vynaložených finančních prostředků politických stran na volební kampaň před nekonajícími se volbami. Tímto svým postupem chtěli čelní představitelé většiny politických stran dle mého názoru obrátit pozornost veřejnosti na jimi zdůrazňovanou „nehospodárnost" rozhodnutí Ústavního soudu a tím je v jejich očích zdiskreditovat.[7] Nicméně ve skutečnosti (nepochybně nevědomky) upozornili na fakt, že suma finančních prostředků, kterou politické strany již vynaložily či měly v úmyslu vynaložit na volební kampaň dosahovala desítky až stovky milionů korun,[8] přičemž jejich původ zůstává nejasný a česká veřejnost se o něm bohužel může dozvědět nejdříve až po zveřejnění výročních finančních zpráv, kterou jsou politické strany a hnutí povinny dle ust. § 18 odst. 1 zákona č. 424/1991 Sb., o sdružování v politických stranách a v politických hnutích předložit každoročně do 1. dubna Poslanecké sněmovně k informaci, a to ještě možná.

Druhým odbočením je kratičký exkurz do právněteoretické oblasti, konkrétně k otázce vztahu kritiky soudních rozhodnutí a nezávislosti moci soudní. Kritika soudních rozhodnutí není prakticky v žádném demokratickém státě nic nového, naopak v nedemokratickém režimu je prakticky vyloučena. Přicházela a přichází jak ze strany veřejnosti, tak z úst čelních politických představitelů dané země.

---

[7] Ostatně obdobným způsobem si lze vyložit i výroky ministra vnitra M. Peciny bezprostředně před a po vydání citovaného nálezu, kdy opakovaně upozorňoval na „zbytečně" vynaložené náklady na přípravu voleb jdoucích do „desítek milionů korun". Srov. k tomu např. Komise zastavila přípravu voleb, zdržení přijde na desítky milionů, 10. 9. 2009, zdroj: idnes.cz.

[8] Srov. k tomu Kampaň pokračuje, ČSSD už stála podle znalců 150 milionů, 2. 9. 2009, zdroj: lidovky.cz, či Kampaň už strany stála stamiliony, většina je utracena, 2. 9. 2009, zdroj: aktualne.cz.

Kritiku soudních rozhodnutí ze strany veřejnosti, pokud se pohybuje v určitých mezích,[9] lze obecně považovat za prospěšnou pro demokracii jako takovou, neboť za určitých okolností může paradoxně vést k posílení nezávislého postavení soudní moci v tom smyslu, jak v jednom ze svých citátů uvedl 27. prezident Spojených států amerických a rovněž bývalý předseda Nejvyššího soudu USA William Howard Taft: „Nic tak nenutí soudce být ve svých rozhodnutích opatrný a úzkostlivě a důsledně v nich dbát o výkon spravedlnosti než vědomí toho, že jakékoliv jeho rozhodnutí se stane předmětem pečlivého zkoumání ze strany kolegů i předmětem objektivní kritiky ze strany veřejnosti.“[10]

U kritiky ze strany politických představitelů je tomu jinak. Obecně lze nerespektování soudních rozhodnutí považovat pro upevnění a posílení demokratických hodnot a pravidel ve společnosti za nebezpečné, tím spíše, pokud tento pro demokracii nezbytný respekt k soudnímu rozhodování absentuje u čelních politických představitelů dané země. Podobná situace dle mého názoru nastává i tehdy, pokud je obecně soudní rozhodování ze strany politických představitelů sice (alespoň naoko) respektováno, nicméně některá konkrétní rozhodnutí bývají z jejich strany podrobovány takové kritice, kdy je daný soud obviňován z nepřípustného soudního aktivismu, z překračování svých pravomocí či někteří soudci obviňováni z neschopnosti a nekompetentnosti. Tato kritika totiž bývá nadto často doplněna i reálnými hrozbami v podobě přijetí zákonů omezujících pravomoci dané soudní instituce, pokusů o odvolání soudních funkcionářů, snížení rozpočtu danému soudu či omezení platů soudních činitelů, dále v podobě obstrukcí s obsazováním daného soudu, anebo v některých státech (zejm. v USA) v podobě hrozby vyvolání impeachmentu. Pokud k takové situaci dochází, lze rovněž hovořit o vážné hrozbě pro nezávislost moci soudní a demokracii jako takovou. Jak mohou tyto hrozby nabýt reálné podoby, si lze ukázat na některých příkladech ze Spojených států amerických. Vedle již zmíněné negativní až nevraživé kampaně z 50. let minulého století, ústící k neskrývané snaze politických činitelů odvolat tehdejšího předsedu Nejvyššího soudu USA Earla Warrena, lze zmínit i historicky první pokus o „politické“ odvolání soudce Nejvyššího soudu USA, soudce Samuela Chase, ze strany exekutivní moci - tehdejšího prezidenta USA Thomase Jeffersona, a to z důvodu „soudního rozhodování jdoucího mimo meze vyžadované zákony“[11], anebo otevřený boj prezidenta

[9] K překročení oněch mezí nepochybně došlo v 50. letech minulého století ve Spojených státech amerických v souvislosti s rozhodovací činností Nejvyššího soudu USA pod vedením předsedy E. Warrena, týkající se otázky zrušení rasové segregace. Došlo k veřejným protestům požadujícím pověšení soudce Warrena či milionovým peticím k jeho odvolání za pomocí „impeachmentu“

[10] Srov. k tomu Dinh, D.V.: Threats to Judicial Independence, Real and Imagined, in. Georgetown Law Review vol. 95, č. 4/2007, s. 944.

[11] Srov. k tomu Burbank, S.: The Past and Present of Judicial Independence, in. Judicature, vol. 80, č. 5/1996-97, s. 118 či Dinh, D.V.: cit. dílo, s. 935.

Theodora Roosevelta s Nejvyšším soudem USA na počátku minulého století v souvislosti s odmítnutím jeho zákonů v rámci prováděné sociální reformy. Z poslední doby pak lze zmínit případ skutečné, empiricky ověřitelné změny směru rozhodování soudce Federal District Courtu v New Yorku Harolda Baera učiněné v roce 1996, kdy podlehl otevřenému nátlaku ze strany politických představitelů v podobě hrozby vyvolání impeachmentu, anebo vážně míněné návrhy členů Kongresu z roku 2006 na zřízení soudcovského vyšetřovacího úřadu v rámci The House Judiciary Committee s pravomocí preventivně prověřovat obvinění ze zneužívání moci úřední a špatného chování soudců, tj. jakousi soudcovskou policii.[12] Všechny výše zmíněné případy, které se ve Spojených státech amerických udály v dávné minulosti či nedávné současnosti jsou jen dokladem toho, že kritika a nespokojenost politických představitelů s rozhodováním konkrétních soudů či soudců, doplněná o vážně míněné hrozby, může mít skutečné negativní dopady na nezávislost soudní moci jako takové. A jak bude níže ukázáno, nejedná se o excesy charakteristické pouze pro Spojené státy americké.

Nyní bych již přistoupil k některým svým postřehům a poznatkům, ke kterým jsem dospěl po kritické analýze konkrétních reakcí některých čelních představitelů české politické scény na vydání citovaných rozhodnutí Ústavního soudu, veřejně prezentovaných ve sdělovacích prostředcích. Mezi tyto představitele české politické scény nezahrnuji pouze čelní funkcionáře parlamentních politických stran, ale rovněž prezidenta republiky (a jeho poradce) a také některé členy současné „úřednické“ vlády [13], kteří se všichni ve větší či menší míře pouštěli do více či méně racionální kritiky Ústavního soudu a jeho rozhodnutí. S určitou dávkou nadsázky lze obecně konstatovat, že téměř u všech těchto reakcí byla patrná snaha alespoň navenek a naoko deklarovat respekt k citovaným rozhodnutím Ústavního soudu, a to konkrétně onou známou floskulí „rozhodnutí Ústavního soudu respektuji, ale …“.[14] Pokusím-li se všechny nepřeberné kritické[15] výroky na adresu

[12] Srov. k tomu A Blind Eye on Judges, 22. 5. 2006, zdroj: New York Times.

[13] Byť jsem si vědom, že tento pojem Ústava ČR nezná.

[14] Viz např. vyjádření předsedy ODS Mirka Topolánka, místopředsedkyně KDU-ČSL Michaely Šojdrové či zakladatele strany TOP 09 Miroslava Kalouska z 10. 9. 2009, in. Respekt, či překročení pravomocí? Politiky verdikt soudu rozdělil, zdroj: idnes.cz

[15] Je spravedlivé zmínit, že se objevila ze strany některých politických představitelů i celá řada pozitivních reakcí na přijatá rozhodnutí Ústavního soudu, které byly buď projevem již dlouhodobé kritiky přijímání *ad hoc* ústavních zákonů o zkrácení volebního období PS (viz např. vyjádření předsedy strany TOP 09 K. Schwarzenberga či předsedy KDU-ČSL Cyrila Svobody anebo senátorů Tomáše Töpfera, Petra Pitharta či Soni Paukrtové při jednání ze dne 28. 5. 2009 o přijetí později zrušeného ústavního zákona), nebo výrazem určité sebereflexe a uvědomění si svých vlastních chyb (viz např. vyjádření předsedy Strany zelených Ondřeje Lišky) anebo prostě jen výrokem státnickým (viz např. vyjádření předsedy vlády Jana Fischera), in. Respekt, či překročení pravomocí? Politiky verdikt soudu rozdělil, 10. 9. 2009, zdroj: idnes.cz a www stránky PS a Senátu.

Ústavního soudu z úst politiků nějakým způsobem systematizovat, lze je z časového hlediska, kdy byly vyřčeny, rozdělit na reakce a výroky bezprostředně navazující na citované usnesení Ústavního soudu o odložení vykonatelnosti a na reakce a výroky kritizující postup a samotný nález Ústavního soudu. Třetí skupinu by pak mohly tvořit projevy a reakce, které budou či mohou být s určitým časovým odstupem ještě učiněny, neboť se domnívám, že politické elity budou chtít tento „ústavní políček" jim udělený Ústavnímu soudu v budoucnu nějakým způsobem vrátit. Vraťme se ale zpět k již vyřčenému.

První skupinu výroků a reakcí, tj. ty, které bezprostředně reagovaly na usnesení o odložení vykonatelnosti, lze obecně charakterizovat jako reakce vyplývající z momentu nemilého překvapení, což se projevovalo v podobě prezentování striktně negativních a kritických výroků, které byly často iracionální a místy až hysterické a leckdy byly doprovázeny iracionálními gesty a chováním. Jakýmsi klíčovým a zároveň nejpříhodnějším důkazem, který vypovídá mnohé o charakteru reakcí některých čelních představitelů české politické scény je diskuze předsedů parlamentních politických stran v pořadu České televize „Otázky Václava Moravce", která se konala mimořádně v den vydání citovaného usnesení Ústavního soudu, tj. 1. 9. 2009 ve večerních hodinách.[16] Nerad bych byl nařčen z neobjektivnosti, ale až na některé výroky předsedy KDU-ČSL Cyrila Svobody, volající po respektování pozice Ústavního soudu v českém ústavním systému, a výroky předsedy Strany zelených Ondřeje Lišky volající po určité sebereflexi a uklidnění nastalé situace, lze tuto diskuzi označit za opravdu pestrou přehlídku různých reakcí, ať už v podobě silných výroků (předseda KSČM Vojtěch Filip hovořil od samého počátku o ústavní krizi, předseda ODS Mirek Topolánek volal po nutnosti vyvinout na Ústavní soud politický tlak, aby rozhodl co nejdříve), přes výroky místy zmatečné (viz zejména rozbor pravomocí Ústavního soudu a otázky aktivní legitimace poslance Melčáka ze strany předsedy ČSSD Jiřího Paroubka a „teoretika státu s třicetiletou praxí", za něhož se sám označil předseda KSČM Vojtěch Filip), až po výroky řekněme iracionální (viz např. varování předsedy KSČM před přílišným nárůstem moci českých soudů v čele s Ústavním soudem na straně jedné a snížení důvěry občanů v justici na straně druhé, dále viz výroky o „válce ústavních orgánů" či „atomové bombě pro zájmy obyčejných lidí a český ústavní systém" z úst předsedy ODS či o nutnosti pracovat i v neděli z úst předsedy ČSSD), leckdy doplněných i o iracionální gesta (za všechny je třeba zdůraznit prosbu předsedy ODS ve znění: „Pavle Rychetský prosím tě vystup a řekni, že je to celé legrace"). Charakter a úroveň této diskuze byla logickým vyvrcholením přístupu a reakcí většiny čelních představitelů české politické scény na citované usnesení, které prezentovali v médiích již

[16] Pořad dostupný v on-line archivu České televize na http://www.ceskatelevize.cz/ivysilani/209452801380003-otazky-vaclava-moravce/

v průběhu dne. Hovořili zejména o nezodpovědném[17], bezprecedentním[18] a protiústavním[19] rozhodnutí, jdoucí proti zájmům ČR[20] a vyvolávající ústavní krizi[21], které hraničí s ústavním pučem[22], je zařaditelné do knihy Guinnesových rekordů či absurdit[23] a z poslanců, senátorů a prezidenta republiky Ústavní soud činí pouhé figurky na šachovnici.[24] V tomto duchu se bohužel, nikoliv však překvapivě, nesl i výrok prezidenta ČR Václava Klause, který citované usnesení dle svého vyjádření ze dne 1. 9. 2009 označil za „aktivistický a bezprecedentní krok, který bude mít zásadní dopad na politický systém v naší zemi, kde podle Ústavy České republiky zákonodárná moc náleží Parlamentu. (…) Jde o rozhodnutí navýsost politické, nikoli právně-legislativní."[25] Při analýze těchto reakcí je samozřejmě třeba zmínit, že byly opravdu bezprostřední, činěné s notnou dávkou rozčarování a v době, kdy již byly v plném proudu předvolební kampaně jednotlivých politických stran, nicméně tyto okolnosti nijak nesnižují odpovědnost těch, kteří citované výroky činili, ani to, že byly i přes výjimečnost nastalé situace ve velké většině zcela neadekvátní, nepřiměřené a místy až nebezpečné.

Druhou skupinu výroků a reakcí, tj. ty, které se kriticky vyjadřovaly k postupu Ústavního soudu a ke znění jeho zrušujícího nálezu, lze obecně charakterizovat za stále kritické a negativní, nicméně činěné v mnohem smířlivějším tónu, v duchu výše uvedené floskule „respektuji, ale …" a již je nelze považovat za iracionální až hysterické jako ty předešlé. Nepochybně to bylo způsobeno nastalou politickou situací a intenzivní

---

[17] Předseda ODS Mirek Topolánek, in. Rozhodnutí odložit volby je nezodpovědné, 1. 9. 2009, zdroj: lidovky.cz.

[18] Předseda ČSSD Jiří Paroubek, in. Zděšení politiků: Ústavní puč, nesmysl, neuvěřitelné, 1. 9. 2009, zdroj: Týden.cz.

[19] Předseda ODS Mirek Topolánek, in. Zděšení politiků: Ústavní puč, nesmysl, neuvěřitelné, 1. 9. 2009, zdroj: Týden.cz.

[20] Předseda ČSSD Jiří Paroubek, in. Rozhodnutí Ústavního soudu je proti zájmu občanů ČR, 1. 9. 2009, zdroj: lidovky.cz.

[21] Poslanec ODS Petr Tluchoř, in. Ústavní soud uvrhl Česko do ústavní krize, míní Tluchoř, 1. 9. 2009, zdroj: mediafax.cz.

[22] Poslanec ODS Marek Benda, in. Zděšení politiků: Ústavní puč, nesmysl, neuvěřitelné, 1. 9. 2009, zdroj: Týden.cz.

[23] Předseda ODS Mirek Topolánek, in. Zděšení politiků: Ústavní puč, nesmysl, neuvěřitelné, 1. 9. 2009, zdroj: Týden.cz.

[24] Poslankyně KSČM Zuzka Rujbrová, in. Ústavní soud dělá z poslanců a prezidenta figurky na šachovnici, 1. 9. 2009, zdroj: mediafax.cz.

[25] Prohlášení prezidenta ČR ze dne 1. 9. 2009, zdroj: hrad.cz

snahou čelních představitelů parlamentních stran naleznout nejlepší způsob a řešení, jak dosáhnout konání předčasných voleb v co nejdřívějším možném termínu. Samotná diskuze nad zněním zrušujícího nálezu Ústavního soudu tak byla ponechána spíše akademické obci a ústavněprávním teoretikům. Výše naznačená charakteristika činěných reakcí již tak jednoznačně neplatí, pokud do této skupiny zařadíme i vystupování místopředsedy Poslanecké sněmovny Lubomíra Zaorálka při ústním jednání před Ústavním soudem z téhož dne, tj. 10. září 2009, neboť některé jeho výroky zde učiněné by stěží snesly označení věcné, objektivní a relevantní argumentace Poslanecké sněmovny jako účastníka řízení o zrušení zákonů a jiných právních předpisů před Ústavním soudem.[26] Dlužno dodat, že kritické názory nad způsobem vystupování místopředsedy PS při ústním jednání před Ústavním soudem vyjadřovali i někteří z jeho kolegů zákonodárců.[27] Stejně tak se z výše naznačené charakteristiky této skupiny výroků a reakcí vymyká vyostřená reakce a kritické výroky prezidenta ČR Václava Klause na adresu Ústavního soudu, které tak lze přiřadit k mnoha dalším a prezidentem (či jeho poradci) dlouhodobě prezentovaným výrokům spojených s tématem - hrozba soudcokracie. V oficiálním prohlášení ze dne 10. 9. 2009,[28] reagující na vydání citovaného nálezu prezident Klaus uvedl: „Ústavní soud – v den 16. výročí svého založení – svým rozhodnutím vědomě a záměrně prohlubuje politickou krizi v naší zemi. Chceme-li se dnes i do budoucna vyhnout podobným situacím, které hrozí chaosem a ohrožují celou společnost, blíží se chvíle, kdy bude nutno přijmout novou ústavní definici pravomocí Ústavního soudu.“ Takové výroky osobně považuji pro posílení a upevnění demokratických hodnot a pravidel ve společnosti, navíc z úst prezidenta republiky, nejen za velmi nešťastné, ale vzhledem k tomu, že z nich lze mezi řádky vyčíst i konkrétní hrozbu v podobě nutného zúžení pravomocí Ústavního soudu,[29] považuji je i za nebezpečné a ohrožující nezávislost justice, v tomto případě Ústavního soudu.[30] Možný negativní dopad těchto výroků na českou společnost a její

[26] V obdobném duchu se neslo i písemné vyjádření předsedy PS Miloslava Vlčka, doručeném Ústavnímu soudu dne 4. 9. 2009, v němž prezentoval i své osobní názory vztahující se k otázce pravomoci Ústavního soudu přezkoumávat ústavnost ústavních zákonů a ocitl se tak mimo rámce svého postavení jako zástupce účastníka řízení – Poslanecké sněmovny jako celku.

[27] Srov. k tomu Zaorálek mluvil k soudu za sebe, ne za Sněmovnu, zlobí se ODS, 10. 9. 2009, zdroj: idnes.cz či oficiální prohlášení 1. místopředsedkyně PS Miroslavy Němcové ze dne 10. 9. 009, zdroj: ods.cz.

[28] Prohlášení prezidenta ČR ze dne 10. 9. 2009, zdroj: hrad.cz.

[29] Troufám si pochybovat, že cílem těchto výroků nebyla naopak výzva k posílení jeho pravomocí.

[30] Je nutné dodat, že po zúžení či novém vymezení pravomocí Ústavního soudu volali i další političtí představitelé, konkrétně místopředseda PS Lubomír Zaorálek či předseda ČSSD Jiří Paroubek. Srov. k tomu Klaus už také přemýšlí, jak klepnout ÚS přes prsty, 10. 9. 2009, zdroj: deník Právo.

vnímání role Ústavního soudu v ústavním systému ČR samozřejmě umocnil ten fakt, že české sdělovací prostředky o tomto vyjádření pochopitelně podrobně informovaly.[31]

Nejsem žádným mediálním analytikem, který by vám nepochybně mnohem více erudovaně dokázal analyzovat jednotlivé výstupy čelních představitelů české politické scény. To však koneckonců nebylo ani mou ambicí. Mým cílem bylo s určitým časovým odstupem a s dostatečným nadhledem rozebrat a na konkrétním případě rozhodování Ústavního soudu ukázat způsob, jakým si většina čelních představitelů české politické scény vykládá povinnost respektovat rozhodování i nezávislé postavení moci soudní, v tomto případě Ústavního soudu v ústavním systému ČR, a snížení její důvěryhodnosti v očích širší veřejnosti. Zároveň jsem vám chtěl i připomenout nejen ty reakce a výroky, které dnes již vyvolávají trpký úsměv, ale i ty reakce a výroky, které již nelze brát tak na lehkou váhu, ať už kvůli jejich obsahu anebo z důvodu, kdo tyto výroky učinil, a zde je třeba upozornit na jejich možné negativní dopady pro nezávislost justice v ČR. Proto bych si závěrem dovolil vyřknout dvě přání, která jsou vlastně volnou parafrází některých z výše kritizovaných výroků. Jednak si přeji, aby se zástupci české politické scény při výkonu své moci maximálně oprostili od zásady vyřčené Lubomírem Zaorálkem v průběhu ústního jednání před Ústavním soudem, tj. „když se kácí les, létají třísky“, zejména ve vztahu k demokratickým hodnotám a pravidlům a zároveň bych chtěl, za použití parafráze citované prosby předsedy ODS Mirka Topolánka, vyslovit prosbu: „Pánové politici, prosím vás, začněte již konečně brát demokratické hodnoty a pravidla při svém rozhodování vážně.“

Contact – email
Marian.kokes@usoud.cz

[31] Srov. k tom např. Ústavní soud záměrně prohlubuje krizi, uvedl Klaus, 10. 9. 2009, zdroj: novinky.cz, či Klaus zřetelně řekl, je čas vzít na mušku Ústavní soud, 10. 9. 2009, zdroj: aktualne.cz či Klaus zaútočil na Ústavní soud, chce změnit jeho kompetence, 10. 9. 2009, zdroj: CT24.cz.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PREZIDENT A MEZINÁRODNÍ SMLOUVY

ZDENĚK KOUDELKA

Nejvyšší státní zastupitelství ČR

Abstract in original language
Text se věnuje vztahům prezidenta a vlády v oblasti uzavírání mezinárodních smluv a rozdílnosti znění ústavy, která upřednostňuje prezidenta, a ústavní praxe, kde je dominantní vláda a především Ministerstvo zahraničních věcí. Uzavírání mezinárodních smluv je oblastí vyžadující součinnost prezidenta a vlády, kdy hlava státu nemůže být z tohoto procesu vynechána.

Key words in original language
Prezident.

Abstract
The article deals with relations between President and Government in area of concluding international agreements. The text tries to find a solution to difference of Constitution which gives priority to President, too. Last but not least it devotes to field of Constitutional law in which Government (especially Ministry of foreign affairs) is dominated. Concluding international agreements demands cooperation between President and Cabinet; Chief of State is unavoidable in this process.

Key words
President.

Vztah prezidenta a vlády

Na území Čech, Moravy a Slezska je forma vlády parlamentní republika, nikoli vláda shromáždění, kdy vrcholným orgánem veškeré stání moci je parlament a vláda jeho výborem. Parlamentní forma vlády je rozdílná od švýcarské formy vlády shromáždění, kdy parlament je nejvyšším orgánem veškeré státní moci a vláda s prezidentem jsou mu podřízeni. V parlamentní republice je parlament vrcholem jen zákonodárné moci a ve výkonné moci má významná práva prezident vedle vlády. V parlamentní republice je dělba moci a jsou-li určité působnosti svěřeny prezidentu, parlamentu či soudu, pak je vykonávají a jiné orgány si je nemohou přisvojit. Ústava nezná pojem politicky neutrálního prezidenta. Prezidentem může být člen politické strany a prezident je politickým činitelem.[1] Ústavnost jeho rozhodnutí je nutno posuzovat zněním ústavy jaká je a nikoliv jaká by měla být z určitého politického chtění.

[1] Petr Mlsna: Ústavní aspekty zastupování ČR navenek prezidentem republiky, sborník *Postavení prezidenta v ústavním systému ČR*, Brno 2008, s. 194.

Ústava je stavěna na principu dělby moci, a to nejen klasické triády (zákonodárná, výkonná, soudní), ale prakticky v každé základní moci existují dva hlavní orgány - v zákonodárné Poslanecká sněmovna a Senát, ve výkonné prezident a vláda, v soudní Ústavní soud a Nejvyšší soud s Nejvyšším správním soudem. Tedy i výkonná moc je stavěna na principu nikoliv monokracie, ale duality prezidenta a vlády. To samozřejmě může vést ke konfliktům, které jsou však podstatou dělby moci. Rozhodující pro řešení je ústavně daná pravomoc, nikoliv odpovědnost za určité akty. Navíc je obecně hovořeno o neodpovědnosti prezidenta a odpovědnosti vlády. To je však sporné, jelikož prezident má zvláštní právní odpovědnost před Ústavním soudem pro velezradu. Vláda však speciální právní odpovědnost nemá, má jen politickou odpovědnost před Poslaneckou sněmovnou. Zde však uplatnění sankce nezáleží na právním posouzení určitého jednání, ale na soudržnosti vládní většiny. Trestem je vyslovení nedůvěry, které však může být uplatněno kdykoliv bez jakéhokoliv právního deliktu. Dnes je rozdíl od odpovědnosti vlády za první Československé republiky i monarchie, kdy parlament mohl soudit členy vlády a poslat je do vězení.[2] V Dánsku, Finsku, Francii či Rakousku soudí členy vlády zvláštní soudy, v nichž někdy zasedají i poslanci.[3] Jinde parlamenty přímo soudí, například britská dolní komora může soudit ministry a v minulosti některé nechala popravit. Na tuto odpovědnost členů vlády se nevztahuje poslanecká imunita. Jestliže členové vlády mohou být sesazeni či posláni do vězení, jde o skutečnou odpovědnost. Obecnou charakteristiku vlády jako vrcholného orgánu výkonné moci je nutno vnímat, že je myšlena výkonná moc v užším slova smyslu bez působností vyhrazených prezidentovi.[4]

Ani v oblasti kontrasignovaných pravomocí není předseda vlády nadřazen prezidentovi, protože mu může sice určité jednání znemožnit, ale nikoliv k určitému jednání donutit. Kontrasignace je institut vázající platnost rozhodnutí hlavy státu na spolupodpis předsedy vlády, ne podrobující prezidenta vládě. Kontrasignace je navíc individuálním právem premiéra, nikoliv vlády jako celku, byť ta může svým usnesením zavázat svého člena k určitému jednání. Ústavní soud již nálezem č. 91/1994 Sb. judikoval, že

[2] Ministry soudil Senát na obžalobu Poslanecké sněmovny - § 34 a 79 ústavní listiny vyhlášené zákonem č. 121/1920 Sb.

[3] § 16 Ústavy Království Dánska z 5. 6. 1953 (Vysoký soud království na obžalobu krále či parlamentu). § 101, 112, 114-116 Ústavy Republiky Finsko z 11. 6. 1999 (Státní soudní dvůr na obžalobu Parlamentu zastupovanou generálním státním zástupcem). Čl. 68-1 – 68-3 Ústavy Francie z 4. 10. 1958 (Soudní dvůr Republiky na obžalobu generálního prokurátora u Kasačního soudu či zvláštní vyšetřovací komise). Čl. 76 a 142 Ústavy Rakouské republiky z 10. 11. 1920 (Ústavní soud na obžalobu Národní rady). Vladimír Klokočka, Eliška Wagnerová: Ústavy států Evropské unie, 2. vydání Praha 2004.

[4] Aleš Gerloch, Jiří Hřebejk, Vladimír Zoubek: *Ústavní systém ČR*, Praha 1993, s. 107.

spolupodpis prezidenta vyžadují jen rozhodnutí[5] učiněná v oblasti kontrasignovaných pravomocí dle čl. 63 Ústavy, nikoliv jakýkoli jiný akt výkonu této pravomoci. Proto může např. prezident podávat návrhy Ústavnímu soudu na zrušení zákona bez kontrasignace, byť dané právo není uvedeno v nekontrasignovaném čl. 62 Ústavy a je dáno obyčejným zákonem[6] a tedy dle kontrasignovaného čl. 63 ods. 2 Ústavy. Ústavní soud stanovil, že návrh na zahájení řízení není rozhodnutím ve věci, které přijímá Ústavní soud nálezem, a tedy nepodléhá kontrasignaci. To je rozdíl od československé ústavní úpravy kontrasignace, které podléhaly všechny úkony prezidenta moci vládní a výkonné, tedy nejen rozhodnutí.[7] Je v rozporu s ústavním textem, ale i judikaturou Ústavního soudu tvrdit, že kontrasignaci mají podléhat např. ústní projevy prezidenta, které nejsou rozhodnutími.[8] Navíc lze materiálně uplatnit kontrasignaci – spolupodpis jen u psaných rozhodnutí, spolupodepsat nelze ústní projev.

Jiří Malenovský uvádí, že hlava státu není vládě nadřazena a je ústavně povinna loajálně spolupracovat s vládou.[9] S tím lze souhlasit, ovšem platí to i naopak. Vláda není nadřazena prezidentovi a má povinnost s ním loajálně spolupracovat v oblasti mezinárodních vztahů, kde ústava dala prezidentovi významná práva.[10] Zde můžeme poukázat na judikaturu slovenského Ústavního soudu, který v době, kdy ještě slovenský prezident byl volen parlamentem, konstatoval, že prezident má k vládě relativně dominantní vztah.[11] Přičemž ústavní úprava hlavy státu na Slovensku a u nás je blízká a vychází ze společných československých tradic. I slovenský Ústavní soud nikde netvrdí, že vláda je prezidentu podřízena, byť označuje prezidenta za dominantního, ale zároveň přívlastkem toto označení relativizuje. Jistě však z toho plyne, že ani na Slovensku není prezident vládě podřízen a už vůbec ne při výkonu pravomocí, které ústava svěřuje jemu a ne vládě.

---

[5] Rozhodnutím se myslí individuální právní akt orgánu veřejné moci (hlavy státu), kterým se zakládají, mění nebo ruší práva a povinnosti (konstitutivní rozhodnutí) či se autoritativně ověřují (deklaratorní rozhodnutí).

[6] § 64 ods. 1 pís. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu.

[7] § 10 prozatímní ústavy, § 68 Ústavní listiny, § 77 Ústavy č. 150/1948 Sb.

[8] Stejně Petr Mlsna: Ústavní aspekty zastupování ČR navenek prezidentem republiky, sborník *Postavení prezidenta v ústavním systému ČR*, Brno 2008, s. 194.

[9] Jiří Malenovský: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, *Právní rozhledy 4/2009* s. 123.

[10] Určující postavení prezidenta při ratifikaci uvádí i Brigita Chrastilová, Petr Mikeš: *Prezident republiky Václav Havel a jeho vliv na československý a český právní řád*, Praha 2003, s. 228.

[11] Usnesení č. 5/93 Zbierky nálezov a uznesení Ústavného súdu 1993-94, s. 30.

Sjednávání mezinárodních smluv

V Čechách, na Moravě a ve Slezsku ústava stanoví, že prezident sjednává a ratifikuje mezinárodní smlouvy. Tato prezidentova pravomoc je podmíněna kontrasignací předsedou vlády. Sjednávání může přenést na vládu či její členy.[12] Postavení prezidenta je z hlediska ústavního textu při sjednávání mezinárodních smluv určující.[13] Prezident obecným rozhodnutím přenesl na vládu právo sjednávat a schvalovat smlouvy, které nepotřebují souhlas Parlamentu.[14] Již zde je určitý nesoulad, když ústava umožňuje přenášet jen sjednávání, zatímco samotné rozhodnutí prezidenta hovoří o sjednávání a schvalování. Ovšem schválení mezinárodní smlouvy na straně jednoho účastníka smlouvy lze vyložit za poslední součást sjednávání smlouvy. Pak by však neměly být oba pojmy spojeny souřadnou spojkou „a“, ale spíš předložkou - „sjednávání včetně schvalování“. Současný text rozhodnutí prezidenta je výsledkem převzetí textu předchozího.[15] Jinak lze však schvalování vyložit i jako náhradu ratifikace. Kdy v praxi prezident neratifikuje smlouvy, které na základě obecného rozhodnutí o přenesení sjednávání sjednala a schválila vláda či její člen. Ovšem ústava neumožňuje přenesení práva ratifikace a je tedy otázkou, zda praxe neratifikování vládních a rezortních mezinárodních smluv je ústavně správná.

Podle sjednávání se mezinárodní smlouvy dělí na

prezidentské, které vyžadují souhlas Parlamentu a jejich sjednávání prezident obecným rozhodnutím nepřenesl. Jsou to prakticky všechny významné smlouvy,

vládní, které nevyžadují souhlas Parlamentu a může je dle prezidentova rozhodnutí sjednat vláda,

rezortní (ministerské), které nevyžadují souhlas Parlamentu a týkají se jen jednoho rezortu, kde sjednává a schvaluje smlouvu dle prezidentova rozhodnutí člen vlády, jenž je pověřen řízením příslušného ústředního správního úřadu (ústředního orgánu státní správy). I když o tom výslovně

---

[12] Čl. 63 ods. 1 pís. b) Ústavy Čech, Moravy a Slezska č. 1/1993 Sb. (dále jen Ústava).

[13] Vít Šťastný: Prezident republiky a sjednávání a ratifikace mezinárodních smluv, sborník *Postavení prezidenta v ústavním systému ČR*, Brno 2008, s. 217.

[14] Rozhodnutí č. 144/1993 Sb. vydal prezident Václav Havel. Platnost rozhodnutí hlavy státu se neváže jen na jeho funkční období, ale je vydáváno na dobu neurčitou. Samozřejmě může být kdykoliv změněno či zrušeno novým rozhodnutím prezidenta. Shodou okolností toto rozhodnutí spolupodepsal tehdejší premiér Václav Klaus, nástupce Václava Havla v úřadě prezidenta.

[15] Již rozhodnutím prezidenta č. 31/1969 Sb. je přeneseno i schvalování vedle sjednávání, přičemž tehdejší čl. 61 ods. 1 pís. a) ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci znal jen pojem sjednávání.

nehovoří rozhodnutí prezidenta, člen vlády je tak oprávněn činit jen se souhlasem vlády, jelikož to je ústavní podmínka přenesení. Z textu prezidentova rozhodnutí plyne, že tak nemohou činit ministři bez portfeje, místopředsedové a předseda vlády, kteří neřídí ministerstvo.[16] Ve skutečnosti člen vlády nemůže řídit jiný ústřední správní úřad než ministerstvo, neboť v jejich čele nestojí ministři, ale předsedové jmenovaní prezidentem nebo vládou.[17] Výjimkou je možnost, že vedoucí Úřadu vlády, což je nyní též ústřední správní úřad,[18] by zároveň působil jako ministr bez portfeje, což se však u nás neuplatňuje. Ústava možnost přenesení neomezuje jen na členy vlády stojící v čele ministerstva. Je však věcí prezidenta, zda využije možnosti přenesení dané ústavou plně, či jej omezí na některé osoby.

Obdobný ústavní text i přenesení prezidentem byl za existence Československa, kde však přenesení nemohlo být na smlouvy vyžadující souhlas parlamentu. Prezident si vždy v přenesení vyhradil možnost pro přímé sjednávání smluv v jednotlivém případě i v oblastech přenesených.[19] Rozhodnutí prezidenta z roku 1993 obsahově vychází z bývalé československé ústavní úpravy, která neumožňovala přenést na vládu sjednávání mezinárodních smluv vyžadujících souhlas československého parlamentu. Nijak nezareagovalo na novou Ústavu s možností přenést sjednávání i v této oblasti smluv.

Prvotní sjednávání smluv prezidentem vychází z tradičního chápání, že dle mezinárodního práva za stát jedná hlava státu, ať přímo či skrze obecné či zvláštní zástupce (premiéři, ministři zahraničí, vyslanci). I základní smlouva o Evropském hospodářském společenství hovoří, že je uzavřena nikoliv státy (Francie, Německo), ale hlavami státu (prezident Francie, velkovévodkyně lucemburská, král Belgičanů aj.). To vychází z dřívější tradice personifikace státu v osobě hlavy státu, kdy jednání hlavy státu se

---

[16] Vít Šťastný: Prezident republiky a sjednávání a ratifikace mezinárodních smluv, sborník *Postavení prezidenta v ústavním systému ČR*, Brno 2008, s. 219.

[17] Čl. 79 Ústavy hovoří o správních úřadech. § 2 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy používá termín orgán státní správy. Pouze v čele Úřadu vlády nestojí předseda, ale jeho vedoucí.

[18] § 2 ods. 1 bod 10 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy. Úřad vlády byl mezi ústřední správní úřady zařazen zákonem č. 219/2002 Sb. Zákon používá ještě termín orgán státní správy, čl. 79 ods. 1 Ústavy již termín správní úřad.

[19] Do roku 1948 ještě ústava výslovně o možnosti přenesení nehovořila, tak tomu bylo až od 1948. § 10 pís a) prozatímní ústavy č. 37/1918 Sb. § 64 ods. 1 bod 1 Ústavní listiny uvozené zákonem č. 121/1920 Sb. § 74 Ústavy č. 150/1948 Sb., čl. 62 ods. 1 bod 1 Ústavy č. 100/1960 Sb., čl. 61 ods. 1 pís. a) ústavního zákona č. 143/1968 Sb., o československé federaci. Rozhodnutí prezidenta republiky č. 63/1967 Sb. a č. 31/1969 Sb. Obsah rozhodnutí prezidenta byl prakticky totožný a změny vyplývaly jen z jiného označení parlamentu a formálně jiného ústavního zmocnění (Národní shromáždění dle Ústavy z 1960, Federální shromáždění dle ústavního zákona o československé federaci).

přičítá státu samotnému. Rovněž mezinárodní smlouva pozměňující smlouvu o Evropské unii a smlouvu o založení Evropského společenství z 13. 12. 2007 (Lisabonská smlouva) vyžaduje souhlas Parlamentu a jde tedy o smlouvu prezidentskou, jejichž sjednávání obecně na vládu prezident nepřenesl, přesto byla sjednána především Ministerstvem zahraničí a podepsána na základě prezidentského individuálního zmocnění premiérem a ministrem zahraničí po souhlasu vlády z 4. 12. 2007. Ústavní text neodpovídá dlouhé dřívější československé i dnešní ústavní zvyklosti, kdy fakticky přípravu prezidentských smluv zajišťuje Ministerstvo zahraničí.

Jiří Malenovský přirovnal sjednávání mezinárodní smlouvy ke štafetovému běhu, kde si jednotlivý aktéři předávají smlouvu jako kolík.[20] Toto přirovnání je plně akceptovatelné. Ovšem Malenovský za prvního nositele štafetového kolíku považuje vládu a prezidenta dává až na konec procesu jen k ratifikaci smlouvy případně již odsouhlasené Parlamentem, pokud je to nutné. Tím zcela popírá ústavní úpravu, která výslovně prezidentovi, nikoliv vládě, dává právo sjednávat mezinárodní smlouvy. Vláda se k sjednávání mezinárodních smluv dostane až na základě zmocnění prezidenta. Tedy prezident je prvním i posledním běžcem v takovém štafetovém běhu, kterého se samozřejmě účastní vláda a podle povahy smlouvy i Parlament.

Slovenský exkurz

Na Slovensku mají stejnou ústavní úpravu pocházející z československé tradice a původně bylo i obdobné prezidentské rozhodnutí prezidenta Michala Kováče č. 205/1993 Z.z o přenesení práva uzavírat mezinárodní smlouvy.[21] Rozpor mezi ústavní úpravou a ústavní zvyklostí pak na Slovensku řešilo nové rozhodnutí prezidenta Rudolfa Schustera č. 250/2001 Z.z., které výslovně přeneslo na vládu i přípravu a projednávání, nikoliv však sjednávání (schvalování), prezidentských mezinárodních smluv vyžadujících souhlas parlamentu. Rozdíl je v tom, že právo prezidenta Slovenské republiky v oblasti uzavírání mezinárodních smluv není podrobeno kontrasignaci ze strany premiéra.

Ministerstvo zahraničních věcí

Ústavní úprava dává právo sjednávat mezinárodní smlouvu prezidentu republiky pod podmínkou spolupodpisu předsedy vlády. Praxe přípravy

[20] Jiří Malenovský: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, *Právní rozhledy 4/2009* s. 115. Malenovský rozebírá případ Římského statutu o Mezinárodním trestním soudu, kde výslovně uvádí, že „vláda hlasovala pro dojednaný návrh Římského statutu, který také záhy 13. 4. 1999 podepsala“. Nicméně vláda nepodepsala statut, ze své vlastní primární pravomoci, ale v zastoupení hlavy státu, jelikož jde o prezidentskou smlouvu, jejíž sjednávání vládou není pokryto obecným zmocněním prezidenta daným jeho rozhodnutím č. 144/1993 Sb., ale vláda musí mít individuální pověření prezidenta k uzavření takové smlouvy.

[21] Čl. 102 ods. 1 pís. a) Ústavy SR č. 460/1992 Sb.

prezidentských smluv Ministerstvem zahraničních věcí se lze dovolávat jen omezeně, protože jde o ústavní zvyklost při chápání Ministerstva zahraničních věcí jako ústředního orgánu státní správy v dané oblasti[22], nikoliv však závazný ústavní obyčej. V případě rozporu zvyklosti a pozitivní (psané) ústavní úpravy je nutné dát přednost psané ústavní úpravě před zvyklostí. Zvyklost lze užít tam, kde psaný právní předpis mlčí či nabízí možnost více výkladů, zvyklost nemůže být contra legem.

Zákon o ministerstvech sice zmiňuje působnost Ministerstva zahraničí koordinovat a zabezpečovat přípravu, sjednávání a vnitrostátní projednávání mezinárodních smluv a dohod.[23] Ovšem působnost Ministerstva zahraničí lze uplatnit jen v případě přenesení práva sjednávat smlouvu prezidentem. Obyčejný zákon totiž nemůže dát jinému orgánu působnost, kterou ústava svěřuje prezidentu republiky. Právní úprava se rozchází se skutečností, když Ministerstvo zahraničních věcí v praxi sjednává převážnou většinu mezinárodních smluv přímo či skrze jemu podřízené státní orgány – diplomatická zastoupení v zahraničí. Naproti tomu prezident republiky nemá vybudovaný odborný aparát k realizaci sjednávání mezinárodních smluv, i když v zahraničí by jeho vůli mohli realizovat vedoucí diplomatických zastoupení, které jmenuje a odvolává s kontrasignací premiéra.

Boj prezidenta a vlády

Prezident nemůže z vnitrostátního práva platně podepsat smlouvu, kterou předseda vlády nekontrasignuje.[24] Vláda však nemá právní mechanismus jak donutit prezidenta k podpisu smlouvy, kterou podepsat nechce. Z hlediska mezinárodního práva veřejného může bez prokázání zvláštních plných mocí zastupovat stát vždy hlava státu (prezident), hlava vlády (předseda) a ministr zahraničí.[25] Je věcí každého státu, aby jeho zástupci podepisovali smlouvy

[22] § 6 ods. 1 a 2 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy.

[23] § 6 ods. 3 pís. f) zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy ve znění zákona č. 21/1993 Sb. K naplnění této funkce byla vydána Metodická instrukce ministra zahraničních věcí ke sjednávání, vnitrostátnímu projednávání, provádění a ukončování platnosti mezinárodních smluv z 16. 3. 2004. Instrukce navazuje na směrnici vlády pro sjednávání, vnitrostátní projednávání a ukončování platnosti mezinárodních smluv schválenou usnesením vlády 11. 2. 2004 č. 131.

[24] To je rozdíl od států, kde sjednávání mezinárodních smluv hlavou státu není podmíněno součinností předsedy vlády. V roce 2008 vznikl spor mezi srbským prezidentem Borisem Tadičem a premiérem Vojislavem Koštunicou o sjednání asociační smlouvy s Evropskou unií, s kterou premiér nesouhlasil a na protest proti pokračování ve sjednávání podal předseda vlády Vojislava Koštunici demisi 8. 3. 2008. Následně prezident 13. 3. 2008 rozpustil parlament. Prezident pak v Lucemburku 29. 4. 2009 asociační smlouvu s Evropskou unií podepsal, byť s ní nesouhlasil Koštunica, který byl až do 7. 6. 2008 předsedou vlády.

[25] Čl. 7 ods. 2 Vídeňské úmluvy o smluvním právu č. 15/1988 Sb.

v souladu se svým vnitrostátním právem. V případě sjednání mezinárodní smlouvy, s níž prezident nebude souhlasit, by mohl odmítnout konečnou ratifikaci smlouvy. Mezinárodní smlouvy ratifikuje prezident,[26] nikoliv Parlament, který dává jen souhlas k ratifikaci prezidentem.[27]

Prezident smlouvu neratifikuje konkludentně nepodepsáním ratifikační listiny. Může samozřejmě ratifikaci odmítnou i výslovně. Pokud ji neratifikuje mlčky, může ji ratifikovat později a může tak učinit i jeho nástupce ve funkci, jestliže je i po delším čase ratifikace smlouvy mezinárodně právně možná. Souhlas Poslanecké sněmovny platí i po skončení jejího funkčního období, neboť z jejího hlediska je projednávání jejího souhlasu skončeno. Nicméně nově zvolená Poslanecká sněmovna může zrušit svůj souhlas s ratifikací, pokud prezident ještě smlouvu neratifikoval.

Ovšem taková situace by bez změny v mezinárodních politických podmínkách měla nastat jen v případě, že prezident „zdědil" k ratifikaci smlouvu sjednanou jeho předchůdcem, s níž nesouhlasí. Například Václav Klaus původně vyhlašoval, že nebude ratifikovat smlouvu se Svatým stolcem sjednanou za prezidentství Václava Havla. Pak však toto stanovisko opustil, ovšem za situace, kdy souhlas k ratifikaci nedala Poslanecká sněmovna. Zajímavý z tohoto hlediska byl Klausův nesouhlas se smlouvou o Ústavě pro Evropu, kterou formálně právně sjednal on (v prezidentově zastoupení podepsána premiérem), neboť šlo o smlouvu prezidentskou, jejíž sjednání na vládu obecným rozhodnutím nepřenesl. Fakticky však byla při jejím sjednávání činná vláda a Ministerstvo zahraničních věcí.[28] Pokud prezident nesouhlasí, má znemožnit odepřením pověření podpis smlouvy. Zde však spíše šlo o vyjádření ideového nesouhlasu s tím, že Václav Klaus nikdy neřekl, že smlouvu nakonec nebude ratifikovat. Pokud jde o smlouvu o přistoupení ČR k Evropské unii, tak tu přímo Václav Klaus jako prezident podepsal 16. 4. 2003 v Aténách.

Jiří Malenovský uvádí, že od prezidenta se ratifikace mezinárodní smlouvy vyjednané vládou očekává a kdyby ústavodárce chtěl trvat na tom, že hlava státu disponuje právem ratifikovat, mohl to do Ústavy výslovně vepsat.[29] Malenovský však nedůvodně rozdílně přistupuje k jinému výkladu vůči hlavě státu než vůči jiným orgánům. Proč by ústava měla výslovně u prezidenta uvádět, že jestliže má určitou pravomoc, tak má i pravomoc

---

[26] Čl. 63 ods. 1 pís. b) Ústavy.

[27] Čl. 49 Ústavy.

[28] Vít Šťastný: Prezident republiky a sjednávání a ratifikace mezinárodních smluv, sborník *Postavení prezidenta v ústavním systému ČR*, Brno 2008, s. 223.

[29] Jiří Malenovský: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, *Právní rozhledy 4/2009* s. 122.

určitý úkon neučinit? Vždyť nikdo nezpochybňuje právo Parlamentu nezvolit prezidenta, byť v ústavě je upravena jeho volba, ne nezvolení. Rovněž na zákonné úrovni nikdo nezpochybňuje právo vlády nejmenovat nejvyššího státního zástupce na návrh ministra spravedlnosti. Podle Malenovského logiky by vláda musela návrhu vyhovět, jelikož ústava ani zákon výslovně neupravují právo vlády návrh ministra na jmenování nejvyššího státního zástupce zamítnout. To je však postup, který se u žádného orgánu neuplatňuje a není důvod jej uplatňovat u hlavy státu. Sám Malenovský uvádí případ belgického krále a lucemburského velkovévody, kteří odmítli udělit panovnický souhlas se zákonem.[30] Právě tyto příklady vedou k tomu, že jestliže ústava dává nějaké právo hlavě státu, tak proto, aby jej vykonávala a ne nevykonávala. V Belgii i Lucembursku hlavy státu jednaly v rámci svých ústavních práv a protože s jejich jednáním byl politický nesouhlas, vedlo to v Belgii k prohlášení o dočasné neschopnosti krále vládnout a v Lucembursku ke změně ústavy a zmenšení práv hlavy státu.[31] Kdyby panovníci jednali neústavně, pak nebylo třeba měnit ústavu (Lucembursko) či využívat jiné ústavní možnosti (Belgie), ale panovníka pro porušení ústavy sesadit. Využití ústavních práv hlavou státu však je naplněním ústavy, nikoliv jejím porušením. Pakliže je nespokojenost s ústavními pravidly, je nutné je ústavním způsobem měnit, nikoliv mrzačit podivnými výklady.

Jiří Malenovský dále uvádí, že středobodem celého republikánského uspořádání je parlament, jenž je volen lidem jako suverénem v demokratickém státě. I to je pochybné, neboť britský parlament je v monarchickém systému silnější než mnohé republikánské parlamenty. Nicméně i při významné roli parlamentu v našem ústavním systému nelze vyvozovat převod ústavních práv prezidenta v oblasti mezinárodních smluv na vládu. Vždyť prezidentskou volbu provádí obě komory Parlamentu, zatímco o vládě hlasuje pouze jedna. Ovšem odvození legitimity státního orgánu jen dle vazby na parlament či lid je v zastupitelské demokracii sporné. Neb jakou legitimitu by z tohoto pohledu měly soudy, včetně Evropského soudního dvora, jejichž vazba na přímo volené parlamenty je vzdálená, rozhodně vzdálenější něž u orgánů výkonné moci. Přesto nelze říci, že jsou v demokracii nelegitimní.

Případy neratifikace prezidentem či sporů o ratifikaci

---

[30] Jiří Malenovský: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, *Právní rozhledy 4/2009* s. 123.

[31] Oba katolíci tak učinili z náboženských důvodů. Král Belgičanů Balduin I. odmítl 1990 podepsat zákon povolující interrupci a 4. -5. 5. 1990 byl dočasně prohlášen za neschopna vládnout, zákon byl vyhlášen bez jeho podpisu. Velkovévoda lucemburský Jindřich odmítl 2008 podepsat zákon povolující euthanasii. Zákon byl vyhlášen až po ústavní změně rušící právo velkovévody zákony potvrzovat, nadále je bude vyhlašovat. Čl. 34 Ústavy Velkovévodství lucemburského.

Prezident Václav Klaus neratifikoval Dodatkový protokol k Evropské sociální chartě zakládající systém kolektivních stížností z 9. 11. 1995, s jehož podpisem souhlasil ještě předchozí prezident Václav Havel dne 26. 2. 2002. S ratifikací protokolu obě komory Parlamentu souhlasily.[32] Václav Klaus neratifikoval protokol v podstatě z důvodu politického nesouhlasu.[33]

Prezident Václav Klaus ratifikoval 8. 7. 2009 Římský statut Mezinárodního trestního soudu z 17. 7. 1998, s jehož podpisem 13. 4. 1999 souhlasil předchozí prezident Václav Havel. S ratifikací Římského statutu obě komory Parlamentu souhlasily jako se smlouvu podle čl. 10a a 39 ods. 4 Ústavy třípětinovou většinou.[34] Sporné bylo, že vláda jako předkladatel v Parlamentu v důvodové zprávě uvedla, že mezinárodní smlouva podle čl. 10a Ústavy může doplňovat a nahrazovat ústavní pořádek, byť není formálně jeho součástí. S tímto prezident Václav Klaus nesouhlasil i s odkazem na první nález Ústavního soudu ve věci ústavnosti Lisabonské smlouvy o Evropské unii.[35] Rovněž dříve bylo stanovisko předchozích vlád takové, že před ratifikací Římského statutu musí být provedena změna ústavy v oblasti imunit některých veřejných činitelů, pravomoci prezidenta udělovat milost a amnestii a v zákazu nucení občanů opustit státní území.[36] Proto prezident Václav Klaus původně ratifikaci odkládal a po určitém tlaku k ni přistoupil až po více než 8 měsících. Přitom bylo zároveň zveřejněno stanovisko Odboru legislativy a práva Kanceláře prezidenta republiky

---

[32] Vláda předložila protokol Poslanecké sněmovně 31. 3. 2003, která s jeho ratifikací vyslovila souhlas 21. 5. 2003 (tisk Poslanecké sněmovny 198, 4. volební období), a Senátu 22. 7. 2003, který s ním vyslovil souhlas 11. 9. 2003 (tisk Senátu 148, 4. funkční období). Smlouva byla doručena prezidentu 19. 9. 2003 k ratifikaci.

[33] Jiří Malenovský: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, *Právní rozhledy 4/2009* s. 121.

[34] Vláda předložila Římský statut 18. 2. 2008 oběma komorám Parlamentu. Senát s ním vyslovil souhlas 16. 7. 2008 (tisk Senátu 188, 6. funkční období) a Poslanecká sněmovna 29. 10. 2008 (tisk Poslanecké sněmovny 423, 5. volební období).

[35] Nález Ústavního soudu č. 446/2008 Sb. K věci blíže Jiří Malenovský: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, *Právní rozhledy 4/2009* s. 115-124. Jiří Malenovský považuje mezinárodní smlouvy dle čl. 10a za akty, které mají ústavní právní sílu. S tímto nesouhlasíme, neboť mezinárodní smlouvy bez ohledu na proces vnitrostátního schvalování mají přednost jen před zákonem, nemají však ústavní sílu. Nejsou součástí ústavního pořádku. Pokud by mezinárodní smlouvy měly ústavněprávní sílu, pak by byl zbytečný jejich přezkum z hlediska ústavnosti Ústavním soudem podle čl. 87 ods. 2 Ústavy, neboť smlouva se silou ústavní by vnitrostátně ústavu nepřímo novelizovala a žádný rozpor by nebyl. Důvodem přezkumu je však vyloučit ratifikaci mezinárodní smlouvy, která by byla v rozporu s ústavou. Tento ústavní nesoulad může být upraven jen výslovnou změnou Ústavy, alternativou je adaptace mezinárodní smlouvy transformací do ústavního pořádku formou zvláštního ústavního zákona.

[36] Vládní návrh ústavních změn nebyl opakovaně schválen – tisky Poslanecké sněmovny č. 541 a 1112, 3. volební období Poslanecké sněmovny.

k ratifikaci Římského statutu Mezinárodního trestního soudu,[37] v němž jsou shrnuty právní výhrady pro něž prezident ratifikaci odkládal.

Prezident Václav Klaus neratifikoval automaticky Lisabonskou smlouvu o Evropské unii z 13. 12. 2007 po té, co s ní vyslovily souhlas třípětinovou většinou obě komory Parlamentu.[38] Původně spolu s polským prezidentem Lechem Kaczyńskim[39] vyčkával výsledku referenda v Irsku o této smlouvě. Po kladném výsledku irského referenda[40] podmínil V. Klaus ratifikaci opatřením, aby se Listina základních práv Evropské unie, jež je obsažena v Lisabonské smlouvě, nemohla vztahovat na řešení majetkových věcí plynoucích z Benešových dekretů.[41] Smlouvu ratifikoval 3. 11. 2009[42] po té, co na zasedání Evropské rady v Bruselu 29. 10. 2009 bylo jeho požadavku vyhověno a pro Českou republiku rozšířena výjimka Polska a Velké Británie k Listině základních práv Evropské unie s tím, že bude právně závazně zapracována do smlouvy o přistoupení Chorvatska.

Ústavní soud uznal zvyklost za pramen práva, včetně práva ústavního.[43] Použil tak i při rozhodování, zda pravomoc prezidenta jmenovat guvernéra České národní banky podléhá spolupodpisu předsedy vlády či nikoliv. Ústavní soud konstatoval, že ne a to i na základě ústavní zvyklosti, kdy byly jmenováni guvernéři banky bez kontrasignace, aniž by to předsedovi vlády vadilo. Přičemž před jmenováním Zdeňka Tůmy guvernérem v roce 2000, které se stalo předmětem sporu premiéra a prezidenta, byl jmenován guvernér České národní banky jen dvakrát[44] a to 20. 1. 1993 a 22. 7. 1998, když jen druhé jmenování bylo provedeno prezidentem. V prvním případě jmenoval guvernéra předseda Poslanecké sněmovny, jelikož úřad prezidenta

---

[37] http://www.hrad.cz/cs/pro-media/informace-soudnim-sporum/5.shtml

[38] Poslanecká sněmovna dne 18. 2. 2009 usnesením č. 1072 a Senát 6. 5. 2009 usnesením č. 154. http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=5&t=407

[39] Polský Sejm vyslovil se smlouvou souhlas 1. 4. 2008 a Senát 2. 4. 2008. Polský prezident původně 1. 7. 2008 odmítl ratifikovat smlouvu, byť se přímo v Lisabonu účastnil jejího sjednávání, i když ji nepodepsal a jeho jménem tak učinili premiér Donald Tusk a ministr zahraničí Radoslaw Sikorski. Polský prezident ratifikoval smlouvu až 10. 10. 2009 po kladném výsledku irského referenda.

[40] První referendum odmítající smlouvu se konalo 12. 6. 2008. Opakované referendum, které smlouvu přijalo, bylo 2. 10. 2009.

[41] Prezident ohrozil Lisabon kvůli odsunutým Němcům, *Právo* 10. 10. 2009 s. 1 a 2.

[42] V tento den také Ústavní soud konstatoval, že Lisabonská smlouva jako celek není v rozporu s ústavním pořádkem. Nález z 3. 11. 2009 č. 387/2009 Sb. (Pl.ÚS 29/09).

[43] Nálezy Ústavního soudu č. 30/1998 Sb. a 285/2001 Sb.

[44] Ovšem obdobně byli jmenováni viceguvernéři.

nebyl obsazen.[45] Ústavní soud tedy mluví o zvyklosti již na základě jednoho jmenovacího aktu. Jestliže již v roce 2003 došlo k neratifikaci mezinárodní smlouvy prezidentem (dodatkový protokol o kolektivních stížnostech), byť byl dán souhlas Parlamentu a ani vláda či Parlament se právně relevantním způsobem nedomáhaly po prezidentovi ratifikace jako výkonu jeho povinnosti, tak lze hovořit o vytvoření zvyklosti, která plně odpovídá ústavnímu textu, že ratifikace je pravomocí prezidenta a v rámci výkonu této pravomoci je i jeho možnost neratifikovat mezinárodní smlouvu.

Vláda nemá právní nástroj donutit prezidenta ratifikovat smlouvu, kterou prezident nechce sjednat. Prezident bude argumentovat tím, že daná smlouva nebyla sjednána ústavně konformně, jelikož ji sjednala vláda proti jeho vůli, aniž by na ni přenesl takovéto právo. Prezident může však odmítnout i ratifikaci smlouvy, která byla sjednána ústavně konformně se souhlasem jeho předchůdce, ale on jako nový prezident s ní nesouhlasí. Rovněž praxe, že se ratifikují jen prezidentské smlouvy, nikoliv vládní a rezortní nemá ústavní oporu.[46] Naopak logická by byla jejich ratifikace prezidentem jako součást kontroly, že vláda či ministr nepřekročil rozsah rozhodnutí prezidenta o přenesení práva takovou smlouvu sjednat.

Mezinárodní smlouva je nástroj zahraniční politiky, kde rozhoduje nejen pohled právní. Nelze ratifikovat mezinárodní smlouvu, která je neústavní. Dále může být neratifikována i smlouva, jež neodpovídá zájmům státu. A co je zájem státu vykládá orgán, který ve věci rozhoduje. Důvodem může být změněná vnitropolitická situace na obou stranách. Např. je sjednána smlouva se státem, kde dojde k politickému převratu a náš stát se k nové vládě staví chladně. Změna však může nastat i u nás, kdy např. nová vláda nechce realizovat mezinárodně politická rozhodnutí předchozí vlády.[47] Ovšem stát se má chovat v mezinárodních vztazích předvídatelně, není správné měnit bez vážného důvodu postoj mezi podepsáním a ratifikací

---

[45] Předseda Poslanecké sněmovny jmenoval prvním guvernérem Josefa Tošovského a tedy vnímal tuto pravomoc jako nekontrasignovanou, jinak by přešla na předsedu vlády. Václav Havel se ujal úřadu prvního prezidenta Čech, Moravy a Slezska až 2. 2. 1993 a 17. 2. 1993 jmenoval šest členů Bankovní rady ČNB včetně Josefa Tošovského, který měl tedy zvlášť jmenovací dekret na pozici guvernéra a zvlášť na pozici člena Bankovní rady. Čl. 62 pís. k) a čl. 66 Ústavy. Tošovský guvernérem ČNB, *Právo* 21. 1. 1993 s. 3. Prezident jmenoval bankovní radu, MF Dnes 18. 2. 1993 s. 2.

[46] Jan Kysela: Parlamentní projednávání mezinárodních smluv po novele Ústavy, *Parlamentní zpravodaj 4/2002*, s. 15. Vít Šťastný: Prezident republiky a sjednávání a ratifikace mezinárodních smluv, sborník *Postavení prezidenta v ústavním systému ČR*, Brno 2008, s. 228.

[47] Příkladem je neratifikace Dodatkového protokolu k Evropské sociální chartě zakládající systém kolektivních stížností z 9. 11. 1995, k němuž náš stát přistoupil za sociálně demokratických vlád z iniciativy Vladimíra Špidly, jež byl 1998-2002 ministrem práce a sociálních věcí a 2002-04 premiér. Po jeho odchodu z funkce premiéra již další sociálně demokratické vlády a zvláště následující pravicové vlády premiéra Miroslava Topolánka na ratifikaci neměly zájem.

smlouvy. Pokud prezident nesouhlasí s obsahem smlouvy, nemá pověřit premiéra k jejímu podpisu.

Pokud prezident neratifikuje mezinárodní smlouvu, nelze jeho akt nahradit. Úvahy, že to může učinit Ústavní soud,[48] popírají dělbu moci. Ústavní soud je orgánem moci soudní s ústavou danými působnostmi, není nejvyšším orgánem veškeré státní moci. Těžko si lze představit situaci, kdy Ústavní soud nahrazuje rozhodnutí jiných orgánů státu. Když si uzurpuje pravomoci prezidenta, jistě jiné napadne, aby rozhodl místo jiných orgánů. Pak by se na Ústavní soud např. mohla obrátit vláda, aby nahradil rozhodnutí Parlamentu a to je konec dělby moci. Ústavní soud by rozhodoval o všem. Ožila by absolutistická zásada francouzského krále Ludvíka XIV. – stát jsem já, tedy Ústavní soud.

Rovněž úvahy o trvalém či dočasném sesazení prezidenta,[49] protože realizuje svá ústavní práva a nejedná dle pokynů parlamentu, připomínají hrdelní proces s francouzským králem Ludvíkem XVI., kterému parlament vyčítal, že vetoval některé proticírkevní zákony, byť mu to umožňovala francouzská revoluční ústava. Existuje-li dělba moci, nelze sesazovat státní orgány za to, že vykonávají svá ústavní práva jen proto, že se to jinému orgánu nelíbí. Pokud chce Parlament rozhodovat o mezinárodních smlouvách, ať zruší dělbu moci, definuje se po vzoru ústavy Antonína Novotného z roku 1960 za nejvyšší státní orgán[50] a přisvojí si právo ratifikovat mezinárodní smlouvy. Dokud platí současná ústava, je ratifikace smluv právem hlavy státu.

Ústavní soud v nálezu o souladu Lisabonské smlouvy s ústavním pořádkem vyslovil názor, že prezident má ratifikovat mezinárodní smlouvu bez zbytečného odkladu,[51] ovšem tento názor není závazný. Ústavní soud je totiž vázán návrhem, může rozhodnout jen to, co je předmětem sporu, jenž vymezuje navrhovatel. Ústavní soud však mimochodem v odůvodnění nálezu o ústavnosti mezinárodní smlouvy vyjádřil názor, že prezident má ratifikovat mezinárodní smlouvu bez zbytečného odkladu. Každý státní orgán má rozhodovat bez zbytečného odkladu, což se některým orgánům nedaří. Ovšem žádaný orgán nemůže vstupovat do ústavní pravomoci jiných orgánů. Proto je nutné odmítnout závaznost názoru o povinnosti prezidenta automaticky ratifikovat mezinárodní smlouvy vysloveného Ústavním soudem ve věci, která se netýká předmětu řízení, neboť navrhovatel

---

[48] Zaskočí za Klause ÚS? Rychetský to připouští, *Právo 19. 2. 2009*, s. 2.

[49] Zelení zvažují možnost vypudit Klause z Hradu. Ale jsou sami, *Právo* 10. 10. 2009 s. 2. Senátorka: Vzít Klausovi pravomoce, *Právo* 15. 10. 2009 s. 2.

[50] Čl. 39 ods. 1 ústavního zákona č. 100/1960 Sb., Ústava Československé socialistické republiky.

[51] Body 116, 119 odůvodnění nálezu č. 387/2009 Sb. (Pl.ÚS 29/09).

(skupina senátorů) chtěl po Ústavním soudu posouzení ústavnosti mezinárodní smlouvy, nikoli výklad pravomocí prezidenta republiky. Prezident musí návrh na výkon své pravomoci bez zbytečného odkladu posoudit, nikoli každému vyhovět. Ústavní soud není nad ústavou a je nutné odmítnout snahy Ústavního soudu o posílení vlastní mocenské pozice formou vyjadřování k otázkám, které nejsou předmětem řízení, bez toho, aby mu tuto možnost dál ústavodárce změnou ústavy či alespoň zákona o Ústavním soudu.

Závěr

Prvotní sjednání i konečná ratifikace mezinárodních smluv je ústavním právem prezidenta. Ústava v oblasti uzavíraní mezinárodních smluv předpokládá spolupráci prezidenta a předsedy vlády, praxe pak i Ministerstva zahraničí. Proti vůli prezidenta nelze ústavně konformně uzavřít mezinárodní smlouvu, kdy prezident bude moci odmítnout ratifikaci či v případě smlouvy podle čl. 10a Ústavy může být dán návrh Ústavnímu soudu na konstatování rozporu smlouvy s ústavním pořádkem z hlediska procesu přijetí. Boj vlády a prezidenta je možný, ale nevede k dobru pro stát a nemá jednoznačného vítěze (boj prezidenta Michala Kováče a premiéra Vladimíra Mečiara na Slovensku). Je nutné poučit se v praxi francouzské vzniklé v letech 1986-88, kdy bylo první soužití prezidenta socialisty Francoise Mitterranda a premiéra gaullisty Jacquese Chiraca. Zde se domluvil v Ministerské radě za přítomnosti prezidenta nejprve základní francouzský mandát a následně se účastnil mezinárodního jednání např. v Evropské radě prezident i premiér. I u nás je nutné spor nepřenášet na mezinárodní úroveň, ale předem vnitrostátně dohodnout politický mandát. Právním řešením by bylo i to, že by prezident vydal nové rozhodnutí, které by po slovenském vzoru dalo vládě právo na přípravu sjednání všech mezinárodních smluv s výhradou jiného postupu v konkrétních případech, což by legalizovalo současný faktický stav.

Literature:

- Mlsna, P.: Ústavní aspekty zastupování ČR navenek prezidentem republiky, sborník Postavení prezidenta v ústavním systému ČR, Brno 2008.
- Gerloch, A., Hřebejk, J., Zoubek, V.: Ústavní systém ČR, Praha 1993.
- Kysela, J.: Parlamentní projednávání mezinárodních smluv po novele Ústavy, Parlamentní zpravodaj 4/2002,
- Malenovský, J.: Kulečník namísto štafetového běhu v ratifikačních řízeních o integračních smlouvách v ČR, Právní rozhledy 4/2009 s. 123.
- Šťastný, V.: Prezident republiky a sjednávání a ratifikace mezinárodních smluv, sborník Postavení prezidenta v ústavním systému ČR, Brno 2008.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
koudelka@nsz.brn.justice.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE CONSTITUTION OF THE ROMANIAN GOVERNMENT IN LETTER AND SPIRIT OF THE CONSTITUTION AND THE SPIRIT OF THE PRINCIPLES OF DEMOCRACY

ION-EDUARD LĂDARU

University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
We chose to do this study because the Government of Romania is the most important authority of public administration, and from its actions depends the efficiency of all public administration. In this study we analyze how it is constituted the Government of Romania and constitutional issues which have arisen and may arise when the government formed. Also in this study will give an interpretation of constitutional text, which governs the formation of Government in letter and spirit of the Constitution and the spirit of the principles of democracy.

Key words in original language
Government; public administration; constitution.

In our study we will examine the creation and investing of the Romanian Government, as it plays a leading role in the public administration. We will make this analysis as revealed by the title of the study in the letter and spirit of the Romanian Constitution and in the spirit of the principles of democracy.

We decided to realize this study given that in recent years in Romania is a true "tail spin" regarding the procedure for investing the government because the state institutions involved in the procedure of investing give different interpretations of the constitutional text.

"Through public administration is carried out the executive state function, because it is responsible for organizing the actual implementation and enforcement of laws. Public administration includes central government bodies and their decentralized services and local government bodies. All these public authorities are working under the overall leadership of Government, who is head of executive power." [1]

The quote above is necessary to base our study on the importance of government on one hand and the central role that the Romanian Government occupies regarding the public administration, on the other hand.

[1] Anton, T., Administrative Law , 3rd Edition, Bucureşti: C.H. Beck, 2008, p. 1.

As indicated by art. 102, letter 1 of the Basic Law of the Romanian state, "the government, according to its government program approved by Parliament, ensure the implementation of domestic and foreign policy of the country and exercise the general lead of the public administration."

And art. 1, letter 1 of Law no. 90/2001[2] states that "Government is the public authority of executive power that works on the vote of confidence given by the Parliament and ensure the implementation of domestic and foreign policy of the country and exercise the general lead of the public administration."

Of the two law texts at first it sets out clearly the relationship that the Government should have with the Parliament and the second is revealed by the fact that the Government is the head of public administration. In other words, public administration effectiveness depends on the Government decisions and actions, of how the Government establishes it's operation and organization.

In the following we will consider the investing procedure of the Government, and we will give our own interpretation on how this procedure mentioned above should run.

Procedures for setting up and investing the Romanian Government are stated in Art. 103, of. 1, 2, 3 of the Constitution of Romania: "(1) President of Romania shall designate a candidate for prime minister, after consultation with the party having absolute majority in the Parliament, or if there is no such majority, the parties represented in Parliament."

(2) The candidate for the office of Prime Minister shall ask, within 10 days from designation, the vote of confidence of Parliament on the program and complete list of Government.

(3) The program and the list of the Government shall be debated in the Chamber of Deputies and the Senate, in a joint session. Parliament grants confidence to the government by a majority vote of deputies and senators.

Form the text of this article we will first consider the first part (Al. 1) of which we separate two features:

1. First, the President of Romania is obliged that at the designation of the candidate for the Prime minister, to consult the party which has absolute majority in Parliament.

2. Secondly, if no party has absolute majority in the Parliament, then the President is obliged to consult the political parties represented in Parliament.

---

[2] Law no. 90/2001 on the organization and functioning of the Romanian Government and ministries published in M. Of. no. 164, to April 2, 2001.

As we can see the Romanian Constitution requires the President to consult before designating the candidate for prime minister. Strictly according to the text of Art. 103 it shows that the Romanian President to consult political parties and only political parties, other electoral competition should not be consulted.[3] Please note that by competing candidates understand "the political parties, political alliances, electoral alliances and legally constituted organizations of citizens belonging to national minorities represented in the Council of National Minorities, who make proposals for nomination, and independent candidates."[4]

Continuing strictly on the point of this text we find that the President must consult the political party and only political party which has absolute majority in Parliament. In other words, if a political alliance or electoral alliance obtains an absolute majority in Parliament, the President cannot consult the electoral competition as a whole, but must consult each political party separately. On the other hand if a legally constituted organization, belonging to national minorities (which is an electoral competitor according to the law 35/2008), should never be consulted, even if it holds an absolute majority in the Romanian Parliament.

Going further on the same working hypothesis, we reach the situation that if a political or electoral alliance would get absolute majority in Parliament, the President could not consult the alliance as a whole but must determine whether any of the political parties that constitute the alliance has alone absolute majority in Parliament and if it has then it should refer only that political party. And if none of the political parties constituting the alliance does not have absolute majority in Parliament then the President shall consult all political parties represented in Parliament.

If a political or electoral alliance consists of a political party or several political parties, on the one hand and an electoral competitor, which is not a political party, on the other hand, then the President of Romania shall consult only the political parties.

For all of these working hypotheses based strictly on the wording of the Constitution is clear that all Presidents of Romania to date violated the fundamental law of the state when they designated the candidate for prime minister, whereas there was no political party which has obtained absolute

[3] Romanian Constitution adopted in 1991 and revised in 2003, Art. 103 "... .... After consulting the party which has absolute majority in Parliament if there is no such majority, the parties represented in Parliament".

[4] Law no. 35/2008, for the election of the Chamber of Deputies and the Senate and for amending Law no. 67/2004 for the election of local government authorities, the local government Act no. 215/2001 and Law no. 393/2004 on the status of local elected officials, art. 2, paragraph 16, published in M. Of. no. 196, to March 13, 2008.

majority in Parliament since the general elections of 1996 and to date they have consulted all electoral competitors.

We are repudiating all these assumptions and trying below to show how things should be done in letter and spirit of the Romanian Constitution and on the principles on which democracy is based.

We believe that the President of Romania would have to consult all electoral competitors, even a representative of independent MPs if they are a representative number in Parliament. In our opinion these consultations are made primarily to reveal the good faith of the President of Romania in nominating for the position of Prime Minister, and ensure harmony between Government and Parliament. Even if an electoral competition would get absolute majority in Parliament, the President shall consult the other electoral competition to meet the democratic spirit of the Constitution and to strengthen democracy in Romania. We believe that democracy does not mean a dictatorship of the majority and should therefore be heard and taken into account as many ways to adjust the balance between the wishes of the majority and minority, in fact there is no guarantee that the "truth" is the majority.

The Constitution of Romania is obviously incomplete with regard to the text of art. 103, on the consultations to be made by the President but this could be adjusted by a referral to the Constitutional Court and through an interpretation in the spirit of democratic principles, or why not a revision of the Constitution .

However, nothing prevents the President of Romania to consult all electoral competitors, since the Constitution does not prohibit this but it requires the President who to consult. Thus we believe that the spirit of democracy and to strengthen democracy in Romania the President must consult all electoral competitors who have represented the Romanian Parliament.

Article 85, letter 1 of the Romanian Constitution regulates that: "President of Romania shall designate a candidate for prime minister and appoint the Government on the vote of confidence given by Parliament."

A first step to interpret the text strictly according to its letter and conclude that the President of Romania may designate any candidate he wants, without taking into account the consultations that we talked about above. It is significant that the power of appointing the candidate for prime minister is only the President’s of Romania, and he may designate the candidate for prime minister as he pleases.

We repudiate entirely this working hypothesis and give an interpretation of that article in the letter and spirit of the Constitution and democratic principles in the following.

As outlined in the last part of art. 85, letter 1 of the Constitution, the President of Romania "appoints the Government on the vote of confidence of Parliament. It is clear that the Government as a whole, including the Prime Minister, must meet a prerequisite that is to enjoy the confidence of Parliament and not of the trust of the President. Furthermore according to art. 103, letter 2 "the candidate for the office of Prime Minister shall request within 10 days of the designation, the vote of confidence of Parliament on the program and complete list of Government", and in conformity with letter 3 of the same article the Chambers of Parliament met in joint session, discuss the schedule and list of Government and give confidence to the Government by a majority vote from the deputies and senators.

Behold, the Romanian Parliament has a major role in the inauguration of the Government, since it must also accept and approve the government program and the nominal list of all persons who constitute the Government. If Parliament does not agree with some proposals in respect of persons designated to hold the offices of ministers, then the candidate for Prime Minister is obliged to make further proposals. In other words if the Government that the Parliament gave the vote of confidence proves to be incompetent to manage the state, then fault rests entirely on the Parliament, since this is one that practically invests it by giving his vote of confidence.

Consequently, resulting in the spirit of Constitution and democracy, that the President of Romania must take into account, primarily the will of the majority of parliamentarians, that is to respect the wishes and proposals made by the electoral competitors that were expressed during the The consultations of the President of Romania with these electoral competitors should not remain without significance for the presidency, but should be the basis for designating the candidate for prime minister, especially since the President's role is mediating between the state institutions. [5]

We continue to strengthen this theory by analyzing other articles of the Constitution of Romania, Article 85, letter 3 of the Constitution specifies that if the reshuffle proposal changes the structure or political composition of government, the Romanian President exercises the power of revocation and appointment of members of the Government, only by the approval of Parliament, given the proposal of the Prime Minister.[6]

---

[5] Romanian Constitution adopted in 1991 and revised in 2003, Art. 80, al. 2: "The President of Romania shall ensure that the Constitution and the proper functioning of public authorities. To this end, he shall act as a mediator between state powers and between state and society. "

[6] Romanian Constitution adopted in 1991 and revised in 2003, Art. 85, al. 2 and 3: "(2) In the event of government reshuffle or vacancy of office, the President shall dismiss and appoint, on proposal of the Prime Minister, some members of the Government. (3) If, through the reshuffle proposal changes the structure or political composition of government, the Romanian President may exercise the power under paragraph (2) only by the approval of Parliament, given the proposal of the Prime Minister. "

This reveals that when it comes to important changes in the Government, Parliament is also the grantor of trust and approves changes and not President of Romania, who will fulfill a formality. The responsibility of Government on changes, belongs again to the Parliament.

Article 109, par.1 of the Romanian Constitution regulates that: "The Government is politically responsible only to Parliament for its entire business."

This text clearly emphasizes the close link between Government and Parliament. Even if that President of Romania is the authority that designates the candidate for prime minister and appoints the Government, still the Government is living together with the Romanian Parliament and not the President. It results again that the option of the Romanian President on nominations for prime minister must be based on the will of a majority of Parliament and not on his own will, because as we showed above he should mediate between state powers.

There is no other text like Art. 109, par. 1, from the Romanian Constitution, regarding the report between the President of Romania and the Romanian Government, on the contrary, there is a totally antagonistic constitutional text - Art. 7, par. 2 stating: "The President of Romania can not dismiss the Prime Minister". Thus we conclude that the Basic Law of the Romanian state, does not give the President any powers in respect of Government control. This role is exclusively of the Parliament which can express control on the government actions by motion of censure, simple motions, questions, and interpellation.

All the President can do is to dissolve Parliament if the conditions required by art. 89 of the Constitution of Romania are complied: "(1) After consultation with the Presidents of both Chambers and the leaders of parliamentary groups, the President of Romania may dissolve Parliament if it did not give the vote of confidence to form a government within 60 days after the first request and only after rejection of at least two requests for investiture.

(2) During the year, the Parliament can be dissolved only once.

(3) Parliament may not be dissolved during the last six months the mandate of the President of Romania, or during a state of mobilization, war, siege or emergency."

We will first consider the first paragraph, moreover, the most important, of this article and the fact that for the President to dissolve Parliament there must be met simultaneously two conditions:

1. To pass at least 60 days after the first request of investiture of the Government;

2. Parliament has to reject at least two requests for investiture of the Government.

We will dwell on the second condition that must be met to dissolve the Parliament and we will take as a working hypothesis the reasoning given by Adrian Nastase (Prime Minister of Romania 2000-2004), both in 2004 and 2008 before the Governments being sworn.

Thus on December 17, 2004 daily newspaper "Curentul" wrote that: " Adrian Nastase is on top of despair. Seeing that the chances of forming government are significantly reducing and the party that he leads is about to lose the support of PUR and UDMR, Nastase began to threaten the future president of the country. He said that if Traian Băsescu will not take into account the parliamentary majority, which PSD is negotiating these days, it means that he defies the votes of the electorate, suggesting no more, no less that such executive meeting of investing may not meet the necessary quorum. He stressed that it would be inappropriate and against the logic of the text of the Constitution for the president to nominate a candidate known to be supported by a minority. "Such a gesture could lead to certain types of reaction from PSD," said the defeated from the presidential elections on a threatening tone, suggesting that virtually the PSD people will boycott the inauguration of a PNL-PD Alliance government."[7]

And on November 11, 2008, the television station Realitatea TV broadcasted: "Adrian Nastase said Tuesday on his blog that if President Basescu will respect the prime minister election results, then the parliamentary majority created after the elections might not appear at the investiture of the new Government.

Adrian Nastase said on his blog that if Basescu will not take seriously the popular will, meaning the point of view of parties, to form a government then "the parliamentary majority created after the elections, to whom the right to form government might be denied (due to arbitrary designation) may not be present to the vote for investiture, the Tariceanu Government continuing to operate under art.110. par. 4 of the Constitution until Basescu should take seriously the consulting of parties."

Nastase said that in these circumstances "Basescu could take home the candidate whom he gave his confidence", adding that if Basescu will not take into account the election results for appointing a prime minister, this would generate an unprecedented constitutional crisis. " [8]

---

[7]http://www.9am.ro/stiri-revista-presei/Politica/1683/Nastase-il-ameninta-pe-Basescu-cu-boicotarea-investirii-guvernului.html

[8]http://www.realitatea.net/nastase-il-ameninta-pe-basescu-cu-boicotarea-procedurii-de-investitura-a-noului-guvern_387981.html

This reasoning shows that if Parliament is not satisfied with the person designated by the President to the office of Prime Minister, then the MPs (over half plus one of them) may not be present, and thus boycott the joint meeting of both Chambers, in which the Government is presented to apply for the investiture vote, as there is no meeting quorum.

It is clear that Parliament does not reject requests for investiture. It just happens that the meeting of government investing is not legally constituted. Going down the same reasoning we can assume that Parliament does not meet the legal for the following meetings.

In 2004 and in 2008 that was not the case. But what would happen if in future such a situation should arise.

We can assume that the first condition, for the dissolution of the Parliament of Romania has been met, ie the 60 days have passed since the first investment application, but the second condition can not be met indefinitely if parliamentarians, electoral competition in fund who hold the majority in Parliament, do not like the person nominated by the Romanian President for the office of Prime Minister. Therefore the Government can not be invested, and Parliament cannot be dissolved since the dissolution of Parliament second condition is not met. Thus we find a new conflict between the state institutions, of which apparently is not way out, unless the two authorities designed to perform the procedure for establishing and investing the Government reach an agreement.

Finally, we go back to our theory and show by this working hypothesis that the President may not propose for the office of Prime Minister any person whom he wants, but must take into account the preference and the wishes of electoral competitors who were consulted before designating the nominations, because they occupy a central role in the inauguration of the Romanian Government.

We get the same results also from paragraphs 2 and 3 of art. 89 of the Constitution. Assuming that we are under these texts is evident that Parliament cannot be dissolved, even if the two prerequisites are met as set out above. The President would therefore have to take into account the desire of political actors regarding the appointment of candidates for Prime Minister, not to trigger a new conflict between state institutions.

Article 110, par. 1 shows that: “Government shall exercise his office until validation of the general parliamentary elections.“

We can conclude according to this text that the Government is linked with a "cord" by the Romanian Parliament. In other words, the existence of the Romanian Government is as long as the existence of the Parliament who granted the trust, ie, which it has invested.

This constitutional text demonstrates again, if proof were needed, that the principal role in nominating for the position of Prime Minister and the inauguration of the Government is of Parliament and not President.

We take as a working hypothesis that the President of Romania may be changed annually (through anticipated elections), but the Government of Romania remains the same, but if Parliament changes each year (through anticipated elections), then there has to be constituted and invested another Government.

Finally to complete our study on the formation and investment of the Government, we will stop at art. 110, par. 2 of the Romanian Constitution which states that: "The Government is deposed by Parliament on the withdrawal of confidence ....". This confidence can be removed by adopting a motion of censure. Again it is emphasized the close relationship between the Government and Parliament and also the control that can be exercised by Parliament over the Government.

In conclusion we consider that taking into account the three aspects mentioned in the title of the study ie: letter of the Constitution, the spirit of the Constitution and the spirit of democratic principles, the central role in the creation and vesting of the Government is of the Romanian Parliament and the President of Romania has to fulfill a more formal role in the nomination of candidates for the office of Prime Minister and appointing the Government. We say that the President must take into account at the nominations for the position of Prime Minister, first, the electoral competitors wishes who have representatives in the Romanian Parliament and then his affinities for other persons.

We hope that this study should be useful to state authorities not to create constitutional crisis and to be considered a possible revision of the Constitution of Romania to complete the gaps on this issue.

Literature:

- Călinoiu Constanța, Duculescu Victor, Duculescu Georgeta, Comparative Constitutional Law. vol. I, Masthead Lumina Lex, Bucharest, 2007
- Constantinescu Mihai, Iorgovan Antonie, Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina, Romanian Constitution review - comments and explanations, Masthead All Beck, Bucharest, 2004
- Constantinescu Mihai, Muraru Ioan, Parliamentary Law, Masthead Actami, 1999
- Dănişor Dan Claudiu, Constitutional law and political institutions. General Theory, vol. I, Masthead Sitech, Craiova, 2006

- Ionescu Cristian, Comparative Constitutional Law, Masthead CH Beck, Bucharest, 2008
- Iorgovan Antonie, Administrative Law Treaty, vol. I, Masthead All Beck, Bucharest, 2005
- Iorgovan Antonie, Administrative Law Treaty, vol. II, Masthead All Beck, Bucharest, 2005
- Muraru Ioan, Tănăsescu Elena Simina (coord.), Constitution of Romania. Comment on articles, Masthead C.H. Beck, Bucharest, 2008
- Muraru Ioan, Tănăsescu Simina Elena, Constitutional law and political institutions, 13th edition, vol. I, Masthead C.H. Beck, Bucharest, 2009
- Muraru Ioan, Tănăsescu Simina Elena, Constitutional law and political institutions, 13th edition, vol. II, Masthead C.H. Beck, Bucharest, 2009
- Petrescu Rodica Narcisa, Administrative Law, Ed. Hamangiu, Bucureşti, 2009
- Trăilescu Anton, Administrative Law, 3rd Edition, Masthead C.H. Beck, Bucharest 2008
- Romanian Constitution adopted in 1991 and revised in 2003
- Law no. 90/2001 on the organization and functioning of the Romanian Government and ministries published in M. Of. no. 164, to April 2, 2001
- Law no. 35/2008, for the election of the Chamber of Deputies and the Senate and for amending Law no. 67/2004 for the election of local government authorities, the local government Act no. 215/2001 and Law no. 393/2004 on the status of local elected officials, published in M. Of. no. 196, to March 13, 2008.

Contact – email
edi_ladaru@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MOŽNOSTI VYUŽITIUA NÁLEZU PL.ÚS 27/09 V PODMIENKACH ÚSTAVNÉHO PORIADKU SLOVENSKEJ REPUBLIKY

MIROSLAV SLAŠŤAN

Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela

Abstract in original language
Problémy zostávajú spoločné, právna úprava podobná. Článok popisuje východiská nálezu Ústavného súdu Českej republiky v „kauze Melčák“ PL.ÚS 27/09, ktoré pri porovnaní relevantnej právnej úpravy a judikatúry Ústavného súdu Slovenskej republiky mohli byť pre neho inšpiratívnym podkladom.

Key words in original language
Ústava; ústavný zákon; právna sila; Ústavný súd; materiálne ohnisko (jadro) ústavy; princípy konštitucionalizmu; právny štát; porušenie ústavy.

Abstract
Problem remains common, legal regulation similar. This article describes basis of the Czech Constitutional Court decision within “causa Melcak” PL.ÚS 27/09, which under comparison of relevant legal regulation and Slovak Constitutional Court case-law could be quite inspiring.

Key words
Constitution; Constitutional Act; legal power; Constitutional Court; the material focus; the core of the Constitution; Constitutional principles; rule of law; breach of the Constitution.

1. ÚVOD

V roku 2007 profesor Svák konštatuje zraniteľnosť polylegálneho ústavného systému Slovenskej republiky, keď ústava je formálne tvorená desiatkami ústavných zákonov, ktoré majú rovnakú právnu silu ako Ústava SR a ústavné zákony, ktoré ju priamo menia a dopĺňajú.[1] Vymenúva niekoľko negatívnych tendencií vo vzťahoch medzi najvyššími zložkami štátnej moci a príkladov prekročenia medzí ústavnej únosnosti, najmä negáciu konečných rozhodnutí Ústavného súdu SR (ústavnými zákonmi)[2]

[1] Svák, J.: Dopad deľby moci v EÚ na deľby moci v SR (systémové hľadisko). In: Ústavný poriadok Európskej únie a jeho vplyv na ústavu a zákony členských štátov. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie, Bratislava, 24. október 2007. Bratislava: PF UK, 2007, str. 114 a nasl.

[2] Viď napríklad negáciu nálezu PL.ÚS 6/04 z 19.10. 2005 ústavným zákonom NR SR č. 254/2006 Z.z. z 20. apríla 2006 o zriadení a činnosti výboru Národnej rady Slovenskej republiky na preskúmavanie rozhodnutí Národného bezpečnostného úradu. Za predskokana

a dopĺňanie Ústavy samostatne stojacimi ústavnými zákonmi, ktoré základné princípy konštitucionalizmu, na ktorých je budovaná, zjavne popierajú[3].

O rok neskôr si profesor Bröstl servítku pred ústa nedáva, keď nielen volebné obdobie Národnej rady SR 2002 – 2006, počas ktorého bolo prijatých spolu 14 ústavných zákonov pomenúva Balzacovou ľudskou komédiou.[4] Problémom nie je však ich početnosť, najmä nie tam, kde Ústava SR výslovne na prijatie ústavného zákona Národnú radu SR splnomocňuje. Problémom sú Bröstlom označené tzv. quasi-ústavné zákony, prijatie ktorých Ústava SR nepredpokladá, ktoré ani nie sú jej priamou novelizáciou vlastného textu, ale pôsobia popri Ústave SR vo väčšom či menšom nesúlade („slovenské ústavné tango“).

Napriek niektorým postrehom z diskusie na brnenskej konferencii, ktoré primárne obracali pozornosť na nedostatok právomoci Ústavného súdu ČR o ústavnosti ústavných zákonov rozhodovať, mám za to, že primárnym problémom sú quasi-ústavné zákony, ich viaceré destabilizujúce prvky pôsobiace voči právnemu poriadku ako celku a otázka právomoci parlamentu ich vôbec prijímať.

Keďže nie je mojou snahou poukazovať na už signalizované hrozby či nedostatky viacerých ústavných zákonov prijatých Národnou radou SR, ďalej stručne načrtnem úvahu o možnom prenesení základných téz nálezu Ústavného súdu ČR PL.ÚS 27/09 do rozhodovacej činnosti Ústavného súdu SR. Najmä pri očakávanom prelomení nálezu Ústavného súdu SR z 3.9. 2008 PL.ÚS 29/05-161[5] o vyslovení protiústavnosti zákona č. 335/2005 Z.z. o preukazovaní pôvodu majetku avizovaným ústavným zákonom, sa pri pretrvávajúcom pravidelnom konaní parlamentných volieb, môže aj v Slovenskej republike úvaha o možnosti preskúmavať ústavnosť ústavných zákonov javiť ako praktická.

---

nerešpektovania konečných rozhodnutí Ústavného súdu SR možno považovať „kauzu Gaulieder“ (v ktorej NR SR fakticky odobrala F. Gauliederovi poslanecký mandát zobratím na vedomie vykonštruovaný list, ktorým sa poslanec mal svojho mandátu „slobodne“ vzdať), kde Národná rada SR odmietla rešpektovať nález Ústavného súdu SR I.ÚS 8/97 z 23. júla 1997 a nezrušila svoje uznesenie č. 482 zo 4. decembra 1996.

[3] Napríklad ústavný zákon č. 357/2004 Z.z. z 26. mája 2004 o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov alebo ústavný zákon č. 397/2004 Z.z. z 24. júna 2004 o spolupráci Národnej rady Slovenskej republiky a vlády Slovenskej republiky v záležitostiach Európskej únie.

[4] Bröstl, A.: O ústavnosti ústavných zákonov. In: Metamorfózy práva ve střední Evropě. Praha: Ústav státu a práva, 2008, str. 11 a nasl.

[5] Návrh na začatie konania bol podaný skupinou 31 poslancov NR SR dňa 16. septembra 2005.

V tomto príspevku sa vyhnem procesnoprávnym otázkam kauzy Melčák, najmä prijateľnosti samotnej ústavnej sťažnosti na ďalšie konanie s vedomím, že práve tie vyvolávajú dnes azda najväčšie otázniky.

2. NORMATÍVNA SILA ÚSTAVNÝCH ZÁKONOV

Viaceré vyššie uvedené príklady poukazujú i na skutočnosť, že naprieč politickým spektrom zastúpeným v Národnej rade SR existuje právno-intuitivistické chápane, v zmysle ktorého majú ústavné zákony rovnakú právnu silu ako Ústava SR a že práve z tohto dôvodu nie je možné preskúmavať ich súlad s Ústavou. Pravdepodobne uvedené vychádza z ustanovenia čl. 84 odsek 4 ústavy, podľa ktorého „na prijatie ústavy, zmenu ústavy, ústavného zákona, na vyslovenie súhlasu s medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2, na prijatie uznesenia o ľudovom hlasovaní o odvolaní prezidenta Slovenskej republiky, na podanie obžaloby na prezidenta a na vypovedanie vojny inému štátu je potrebný súhlas aspoň trojpätinovej väčšiny všetkých poslancov“.

Mám za to, že z uvedeného ustanovenia Ústavy vyplýva skôr pravý opak. Jednak na rozdiel od Ústavy Českej republiky, kde je v čl. 9 ods.1 uvedený druh predpisu (ústavný zákon) a tým aj spôsob (ust. 39 odst. 4), akým sa Ústava ČR mení (tá je samotná označená za „ústavný zákon“, viď „Česká národní rada sa usnesla na tomto ústavním zákoně“), z rýdzo gramatického výkladu ust. čl. 84 ods. 4 Ústavy SR je zrejmé, že ústavodarca neupravuje druh predpisu, ktorým sa Ústava SR mení a dopĺňa (azda za ústavnú obyčaj vytvorenú opakovaným a tolerovaným postupom Národnej rady SR možno označiť je zmenu a dopĺňanie ústavnými zákonmi), resp. jasne rozlišuje medzi prijímaním a zmenou ústavy a prijímaním ústavných zákonov. Pritom zo samotného legislatívneho postupu, resp. podmienky schválenia predpisu (trojpätinovou väčšinou) nemožno učiniť definitívny záver o totožnej normatívnej sile. Snáď argumentum a contrario uveďme príklad, keď je v súlade s tým istým ustanovením čl. 84 ods. 4 Ústavy na vyslovenie súhlasu s medzinárodnou zmluvou podľa čl. 7 ods. 2 potrebný rovnako súhlas aspoň trojpätinovej väčšiny všetkých poslancov, pričom táto zmluva má podľa čl. 7 ods. 2 Ústavy SR prednosť len pred zákonmi, keďže Ústavný súd SR môže ex ante skúmať jej súlad s ústavou alebo s ústavným zákonom (viď čl. 125a Ústavy SR).

Pri porovnávaní relevantných ustanovení slovenskej a českej ústavy možno v prospech oddeleného režimu a normatívnej sily ústavných zákonov v podmienkach SR argumentovať ďalej.

Napríklad Ústava ČR do ústavného poriadku výslovne zahŕňa aj ústavné zákony, vrátane tých, ktoré boli prijaté Národným zhromaždením ČSR alebo Federálnym zhromaždením ČSSR (čl. 112 odst. 1) a ktoré následne spadajú do referenčného rámca v konaní o súlade právnych predpisov [(čl. 87 odst.1 písm. a)]. Na rozdiel od tohto sa Ústava SR jednoznačne vymedzuje aj od všetkých doposiaľ prijatých ústavných zákonov, keď podľa ust. čl. 152 ods. 1): „Ústavné zákony, zákony a ostatné všeobecne

záväzné právne predpisy zostávajú v Slovenskej republike v platnosti, ak neodporujú tejto ústave. Meniť a zrušovať ich môžu príslušné orgány Slovenskej republiky".[6] Na rozdiel od Ústavy ČR (ust. čl. 112 odst. 2) totiž slovenská ani nepovažovala za nutné zrušiť júlovú Ústavu ČSSR č. 100/1960 Zb. z roku 1960, prípadne ústavný zákon č. 143/1968 Zb. o československej federácii (i keď viaceré juristické systémy a databázy tvrdia, že zrušila).

Konečne oddelenosť normatívnej sily Ústavy SR od ústavných zákonov konštatuje aj ustanovenie čl. 152 ods. 4 ústavy, ktoré obsahuje normatívny príkaz nielen všetkým orgánom štátnej moci vykladať a uplatňovať v súlade s ústavou nielen zákony a ostatné všeobecne záväzné právne predpisy, ale expressis verbis aj „ústavné zákony".[7]

Uvedený skôr textualistický prístup však napriek tomu nepovažujem, ako vyplýva i z nižšieho, za rozhodujúci, keďže používanie pojmov „ústavný zákon" či „zákon" v ústave nie je koherentné, resp. z viacerých ustanovení (či praxe ústavných orgánov) je zrejmé, že termín „zákon" zahŕňa v sebe i „ústavný zákon", t.j. že ústavné zákony sú len druhom zákonov[8]. Ako príklad možno uviesť ust. čl. 2 ods. 2 „štátne orgány môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon", kde termín „zákon" nutne implikuje i ústavné zákony, detto odsek nasledujúci „každý môže konať, čo nie je zákonom zakázané, a nikoho nemožno nútiť, aby konal niečo, čo zákon neukladá". Obdobne v ustanovení čl. 102 ods. 1 písm. f) Ústavy SR je zakotvené, že prezident podpisuje zákony, de facto prezident podpisuje aj zákony ústavné a pod.

3. IMPERATÍV NEZMENITEĽNOSTI MATERIÁLNEHO JADRA ÚSTAVY

Ústavný súd Českej republiky sa pomocou tzv. imperatívu nezmeniteľnosti materiálneho jadra Ústavy ČR snaží oddeliť materiálnu silu ústavných zákonov od Ústavy ČR (resp. i len ustanovení samotnej Ústavy ČR) s dopadom na ich možný súdny prieskum aj z dôvodu, že Ústavnému súdu ČR táto právomoc explicitne z čl. 87 odst. 1 písm. a) Ústavy ČR nevyplýva.

---

[6] Nie práve šťastne je potom formulované ustanovenie nasledujúce: „*Neplatnosť zákonov a iných všeobecne záväzných právnych predpisov vydaných v Českej a Slovenskej Federatívnej Republike vzniká deväťdesiatym dňom po uverejnení rozhodnutia Ústavného súdu Slovenskej republiky o ich neplatnosti spôsobom ustanoveným na vyhlasovanie zákonov*". Uvedené zrejme musí zahŕňať i ústavné zákony prijaté napr. Národným zhromaždením Československej socialistickej republiky ?

[7] Viď čl. 152 ods. 4 Ústavy SR: „*Výklad a uplatňovanie ústavných zákonov, zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov musí byť v súlade s touto ústavou*".

[8] Viď Sobek, T.: Lední medvď není medvěd, ústavní zákon není zákon. Čtvrtek, září 03, 2009, http://jinepravo.blogspot.com.

Uvedená doktrína[9] tiež slúži ako obranný štít proti právnemu pozitivizmu, gramatickému a formalistickému prístupu a hodnotovej neutralite ústavy a je opretá o výslovné ustanovenie čl. 9 odst. 1 Ústavy ČR: „Změna podstatných náležitostí demokratického právního státu je nepřípustná".

Obdobné výslovné ustanovenie v Ústave SR však absentuje. Nezrušiteľnosť ústavných noriem je expresis verbis vztiahnutá len na základné práva a slobody a to ust. čl. 12 ods. 1 Ústavy SR, o ktorého normatívnej sile sa vedia polemika. Spochybňovať apriori normatívnosť akýchkoľvek zakazujúcich či prikazujúcich ústavných noriem sa však nezdá logické a správne.

Na tomto mieste tak ďalej pripusťme, že imperatív nezmeniteľnosti materiálneho jadra ústavy je obsiahnutý v kategórii „demokratický právny štát", ktorý pozná tak Ústava ČR (čl. 1 odst. 1), ako aj Ústava SR (čl. 1 ods. 1) a ktorý tiež identifikoval aj Ústavný súd SR vo svojom náleze PL. ÚS 16/95 zo dňa 24. mája 1995[10]: „V právnom štáte kompetencie, práva a povinnosti a zákonom upravené postupy orgánov štátu vytvárajú nevyhnutný predpoklad pre ústavnú rovnováhu. Jej súčasťou je i systém deľby moci na zákonodarnú, výkonnú a súdnu moc, ktorá sú v parlamentnej demokracii autonómne a vzájomne prepojené len väzbami ústavnej kontroly a spolupráce. Z princípu ústavnej rovnováhy vyplýva, že ani zákonodarca nemôže voľne disponovať s jednotlivými zložkami moci v štáte. Aj zákonodarný orgán je viazaný ústavou a jej princípmi, ktorých zmenu ústava nepripúšťa, lebo majú konštitutívny význam pre demokratickú povahu Slovenskej republiky tak, ako je to deklarované v čl. 1 Ústavy Slovenskej republiky".

Uvedený nález Ústavného súdu SR sa nateraz vzťahuje na zákony [podobne ako nález (ÚS ČR) Pl. ÚS 19/93 do vyhlásenia nálezu PL.ÚS 27/09] a bol opakovane rešpektovaný v jeho ďalšej judikatúre[11].

---

[9] Počínajúc nálezom Pl. ÚS 19/93 (ČR) z 21. 12. 1993 (N 1/1 SbNU 1; 14/1994 Sb.).

[10] Zverejnený v Zbierke zákonov Slovenskej republiky, čiastka 43, pod č. 126/1995.

[11] Pozri napr. nález sp.zn. PL. ÚS 4/97 z 24. februára 1998, či nález sp. zn. PL. ÚS 11/05 z 22. augusta 2006 alebo nález sp.zn. PL. ÚS 6/01 zo 4. septembra 2002, kde Ústavný súd naviac dodal: *„Základným východiskom úvah ústavného súdu pri posúdení predmetu konania bola skutočnosť, že národná rada je orgánom vyjadrujúcim suverenitu ľudu, ktorý jej v tejto súvislosti zveril aj právomoc, aby všeobecne záväzným právnym predpisom (zákonom) upravovala spoločenské vzťahy ako právne vzťahy. Každá úprava spoločenských vzťahov však musí byť v súlade s princípmi ústavnosti. V právnom štáte kompetencie, práva a povinnosti a zákonom upravené postupy orgánov štátu vytvárajú nevyhnutný predpoklad pre ústavnú rovnováhu, ktorej súčasťou je i systém deľby moci na zákonodarnú, výkonnú a súdnu moc, ktoré sú v parlamentnej demokracii autonómne a vzájomne prepojené len väzbami ústavnej kontroly a spolupráce. Z princípu ústavnej rovnováhy vyplýva, že ani zákonodarca nemôže voľne disponovať jednotlivými zložkami moci v štáte. Aj zákonodarca je viazaný ústavou a jej princípmi, ktorých zmenu ústava nepripúšťa (PL. ÚS 16/95, PL. ÚS 4/97). Princíp právneho štátu proklamovaný v čl. 1 ods. 1 ústavy je základným*

Naviac Ústavný súd ČR v náleze PL.ÚS 27/09 pripomína aj ústavný vývoj Českej republiky a komparuje ho s ústavným vývojom európskych demokracií pri ochrane konštitutívnych princípov demokratickej spoločnosti. Minimálne zástupcovia právnej vedy si želajú ústavný vývoj Slovenskej republiky podradiť do tejto skupiny. V zhode s pripomenutou nemeckou Ewigkeitsklausel (čl. 79 odst. 3 Základného zákona), nedotknuteľnosťou „materiálneho jadra" ústavy a implicitnou nadanosťou nemeckého Spolkového ústavného súdu rozhodovať aj o neplatnosti ústavného zákona meniaceho Základný zákon možno konštatovať, že na podobných východiskách je koncipovaná i Ústava Slovenskej republiky. Je teda budovaná na „princípoch ktorých zmenu ústava nepripúšťa, lebo majú konštitutívny význam pre demokratickú povahu Slovenskej republiky tak, ako je to deklarované v čl. 1 Ústavy Slovenskej republiky". Východiskovým princípom je právny štát, ktorý nepripúšťa derogáciu ostatných princípov ústavy.

Podľa ustanovenia čl. 124 Ústavy SR je Ústavný súd Slovenskej republiky nezávislým súdnym orgánom ochrany ústavnosti. Vylúčenie akýchkoľvek ústavných zákonov zo súdneho prieskumu ich súladu s Ústavou SR by eliminovalo úlohu Ústavného súdu a jeho funkciu ochrancu ústavnosti v najmä v situácii, ak by Národná rada SR akékoľvek svoje uznesenie, ktoré nezískalo trojpätinovú „ústavnú" väčšinu zdanlivo vydávala za ústavný zákon alebo ak by prijala príslušnou väčšinou ústavný zákon, ktorý by obsahoval protichodné ustanovenia s Ústavou a nebol jej priamou zmenou či doplnením alebo ústavný zákon, ktorý by atakoval základné princípy ústavy a prekročil rámec spoločenskej zmluvy, ktorá ústavodarcu obmedzuje mocou konštitutívnou. Ak teda vychádzame zo základného predpokladu, že nie všetko je vo voľnej dispozícii ústavodarcu, musí existovať mechanizmus, ktorý bude jeho excesy eliminovať či aspoň tlmiť.[12]

4. SKRÁTENIE/PREDĹŽENIE VOLEBNÉHO OBDOBIA JEDNORÁZOVÝM ÚSTAVNÝM ZÁKONOM

Podobne ako v Českej republike opakovane došlo i na Slovensku k dvom prípadom (oba s „úspešným" koncom) skrátenia volebného obdobia Národnej rady SR[13], t.j. k prelomeniu Ústavy SR ad hoc ústavným zákonom

---

ústavnoprávnym princípom v Slovenskej republike. Jedným z definičných princípov právneho štátu je právna istota (PL. ÚS 19/98, PL. ÚS 4/00), ktorá zahŕňa dôveru občana v právo a navyše aj ochranu nadobudnutých práv, osobitne majetkových (vlastníckych) práv (PL. ÚS 37/99)".

[12] Šimíček, V.: Může Ústavní soud zrušit ústavní zákon? Středa, červen 18, 2009, http://jinepravo.blogspot.com.

[13] Pozri ústavný zákon č. 70/1994 Z.z. zo 17. marca 1994 o skrátení volebného obdobia Národnej rady Slovenskej republiky a ústavný zákon č. 82/2006 Z.z. z 9. februára 2006 o skrátení volebného obdobia Národnej rady Slovenskej republiky. Je pravdou, že ústavný zákon č. 82/2006 Z.z. obsahuje i ustanovenie (čl. II prvá veta), ktoré je „všeobecné" a neplatí len pre jedinečný prípad: „*Ak predseda Národnej rady Slovenskej republiky nie je*

pre jedinečný prípad a to derogovaním ust. čl. 73 ústavy „Národná rada SR má 150 poslancov, ktorí sú volení na štyri roky“ a tiež v jednom prípade k predĺženiu volebného obdobia orgánov samosprávy obcí zvolených vo voľbách v roku 1994[14], t.j. k prelomeniu Ústavy SR ad hoc ústavným zákonom pre jedinečný prípad derogáciou ust. čl. 69 ods. 2 (štvorročné volebné obdobie orgánov územnej samosprávy) v spojení s ust. čl. 30 ods. 2 Ústavy SR („voľby sa musia konať v lehotách nepresahujúcich pravidelné volebné obdobie ustanovené zákonom[15]“).

Podobne ako Ústava ČR (čl. 35 odst. 1) aj Ústava SR (čl. 102 ods. 1 písm. a) pozná takmer totožné a všeobecne aplikovateľné postupy riešenia politických kríz a predčasného skončenia volebného obdobia parlamentu jeho rozpustením prezidentom SR. Neexistuje preto ústavne udržateľný dôvod bez zmeny generálne zakotvených, vopred určených a predvídateľných postupov, prijímať ad hoc riešenia, ktorá ústavou definované postupy obchádzajú.

Ústavný súd ČR v náleze PL.ÚS 27/09 považuje prelomenie Ústavy ČR ústavným zákonom ad hoc, ktorý nevykazuje znaky všeobecnosti normy, za rozpor s podstatnými náležitosťami demokratického právneho štátu (čl. 9 odst. 2). Ústavný zákon o skrátení volebného obdobia Poslaneckej snemovne vyhlásil Ústavný súd ČR „za ústavný zákon iba formou, nie však obsahom. Obsahom je individuálnym právnym aktom týkajúcim sa nie všeobecne vymedzeného okruhu adresátov a situácií, ale konkrétne určeného subjektu (Poslaneckej snemovne Parlamentu ČR zvolenej v roku 2006) a konkrétnej situácie (skončenie jej volebného obdobia dňom volieb, ktoré sa majú konať do 15. októbra 2009)“. Parlament tak nemá právomoc (čl. 9 odst. 1) k prijímaniu individuálnych právnych aktov formou ústavných zákonov.

Už v citovanom náleze Ústavného súdu SR sp.zn. PL. ÚS 16/95 zo dňa 24. mája 1995 tento konštatoval: „právny akt, ktorý sa v rozpore so všeobecne uznávanou požiadavkou generality vzťahuje na určité vopred známe jednotlivé privatizačné veci, čo princípy právneho štátu nepripúšťajú...“. Ďalej „princíp generality právnej normy spočíva aj v tom, že ňou ustanovené obmedzenia musia mať všeobecný charakter“.[16] Ak je všeobecnosť zákonnej právnej normy Ústavným súdom SR uznaná za

---

zvolený, vyhlasuje voľby do Národnej rady Slovenskej republiky podľa článku 1 poverený podpredseda Národnej rady Slovenskej republiky“.

[14] Pozri ústavný zákon č. 332/1998 Z.z. zo 4. novembra 1998 o predĺžení volebného obdobia orgánov samosprávy obcí zvolených vo voľbách v roku 1994.

[15] Tu opäť nepostačuje gramatický výklad ústavy, keďže volebné obdobia orgánov Slovenskej republiky sú stanovené priamo Ústavou SR.

[16] Pozri nález Ústavného súdu SR sp.zn. PL. ÚS 3 7/95 z 12. septembra 1996, zverejnený v Zbierke zákonov SR, čiastka 96, pod číslom 286/1996.

súčasť princípu právneho štátu, nevyhnutne musí byť vztiahnutí i na normu obsiahnutú v ústavnom zákone.

Naviac sú porušené podstatné náležitosti demokratického právneho aj retroaktívnymi účinkami prijatého ústavného zákona o skrátení volebného obdobia Poslaneckej snemovne. Aj „v ústavnom poriadku Slovenskej republiky všeobecný zákaz spätného pôsobenia právnych predpisov alebo ich ustanovení možno odvodiť z čl. 1 Ústavy SR, podľa ktorého je Slovenská republika právnym štátom. K imanentným znakom právneho štátu neodmysliteľne patrí aj požiadavka (princíp) právnej istoty a ochrany dôvery občanov v právny poriadok, súčasťou čoho je i zákaz spätného (retroaktívneho) pôsobenia právnych predpisov, resp. ich ustanovení“[17].

Z uvedených stručných východísk relevantnej právnej úpravy Českej republiky a Slovenskej republiky, pri súčasnom rozpoznaní referenčných hľadísk akceptovaných oboma strážcami ústavnosti konštatujem, že obsah nálezu Ústavného súdu ČR PL.ÚS 27/09 bude inšpiratívnym materiálom aj pre Ústavný súd Slovenskej republiky, najskôr však pre samotné aktívne legitimované subjekty v konaní pre ním.

Literature:

- Bröstl, A.: O ústavnosti ústavných zákonov. In: Metamorfózy práva ve střední Evropě. Praha: Ústav státu a práva, 2008
- Šimíček, V.: Může Ústavní soud zrušit ústavní zákon? Středa, červen 18, 2009, http://jinepravo.blogspot.com
- Sobek, T.: Lední medvď není medvěd, ústavní zákon není zákon. Čtvrtek, září 03, 2009, http://jinepravo.blogspot.com
- Svák, J.: Dopad deľby moci v EÚ na deľby moci v SR (systémové hľadisko). In: Ústavný poriadok Európskej únie a jeho vplyv na ústavu a zákony členských štátov. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie, Bratislava, 24. október 2007. Bratislava: PF UK, 2007

Contact – email
slastan@euroiuris.sk

[17] Pozri nález Ústavného súdu SR sp.zn. PL. ÚS 36/95 z 3. apríla 1996, zverejnený v Zbierke zákonov SR, čiastka 47, pod číslom 131/1996.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZAHRANIČNÍ POLITIKA V „MALÉM STÁTĚ“ – V RAKOUSKÉ REPUBLICE

ZUZANA ŠILHANOVÁ

Vysoká škola báňská – Technická univerzita Ostrava, Česká republika

Abstrakt
Rakouská zahraniční politika se v prvním desetiletí 21. století nachází ve stavu maximálně komplexní, ale zároveň taktéž těžko odhadnutelné, transformace. Po desetiletí trvající úspěšné historii, v rámci níž se podařilo produktivně propojit vlastní národní zájmy s poskytnutím dobrých služeb mezinárodnímu společenství států, se jeví fáze přechodu a nejistoty, do které se Rakousko dostalo díky svému vstupu do systému Evropské unie, stále jako nepřekonaná. Potenciál pro efektivní zahraniční politiku je dán tradicí iniciativní zahraniční politiky malého státu. Realizace tohoto potenciálu vyžaduje úsilí vypracování zahraničně-politických strategií a v neposlední řadě ve směru veřejné diskuse o mezinárodní politice a politice unijní.

Klíčová slova
Zahraniční politika; Rakousko; statut neutrality; evropeizace.

Abstract
Austrian foreign policy in the first decade of the 21st Century is in a position most complex but also difficult to estimate, transformation. After a successful decade-long history, within which productive integration of its own national interests and the provision of good services to the international community were managed, that Austria reached due to its entry into the system of the European Union - still as unsurpassed. The potential for an effective foreign policy is probably due to tradition of initiative foreign policy of Austria. Realization of this potential requires effort in the direction of formulation of foreign political strategies and last but not least in the direction of public debate on international politics and union politics.

Keywords
Foreign policy; Austria; neutrality; Europeanisation.

Rakouská zahraniční politika se v prvním desetiletí 21. století nachází ve stavu maximálně komplexní, ale zároveň taktéž těžko odhadnutelné, transformace. Po desetiletí trvající úspěšné historii, s ohledem na základní funkce bezpečnosti, hospodářský blahobyt a kulturní identitu, v rámci níž se podařilo produktivně propojit vlastní národní zájmy s poskytnutím dobrých služeb mezinárodnímu společenství států, někdy taktéž s dosti kreativní politickou vedoucí rolí, se jeví fáze přechodu a nejistoty, do které se Rakousko dostalo díky svému vstupu do uceleného víceúrovňového systému Evropské unie, stále ještě jako nepřekonaná. Na poli politiky týkající se východní Evropy, ale i v ostatních politických oblastech, se stalo zcela zřejmým, že politicky odpovědné osoby, jakož i politické instituce jako takové, mají snahu držet krok se silnějšími dynamickými aktéry sociální politiky. Potenciál pro efektivní zahraniční politiku je bezpochyby dán tradicí iniciativní zahraniční politiky malého státu a určitě taktéž pozicí města Vídně coby sídelního města Spojených národů a dalších důležitých mezinárodních organizací. Realizace tohoto potenciálu vyžaduje zvýšené úsilí ve směru transparentních a demokratických struktur ve zpravodajství, vypracování zahraničně politických strategií a v neposlední řadě veřejné diskuse o mezinárodní a unijní politice.

Léta 1989 až 1995 představují pro Rakousko přípravnou cestu do Evropské unie. V roce 1989 nastartované změny v rámci Evropy (pád komunistických režimů v zemích střední a východní Evropy, znovusjednocení Německa, rozpad Sovětského svazu) vytvořily pro rakouskou zahraniční politiku zcela zásadně změněné mezinárodní prostředí. Konec „konfliktu mezi Východem a Západem“, v jehož souvislosti ve své podstatě vznikla neutralita Rakouska, otevřel Rakousku daleko širší vyjednávací prostor pro zahraniční politiku. Rakousko se kupříkladu podílelo na hospodářských sankcích Spojených národů vůči Íráku, ač v létech 1991-1992 ani nebylo stálým členem Rady bezpečnosti OSN. Přednost práva Spojených národů před právem neutrality státu znamenala zcela zásadní změnu v interpreatci rakouské neutrality; je pojímána jako přechod od úplného pojetí neutrality k pojetí diferenciálnímu (Rotter Manfred: Von der integralen zur differentiellen Neutralität). Mezinárodněprávního statutu neutrality se však rakouská vláda nehodlala vzdát; Brusel nato odvětil, že členství neutrálního státu v Evropských společenstvích je možné. Komise ES však výslovně poukázala na potřebu zcela jasného ujištění, resp. závazného příslibu rakouské vlády, že Rakousko je ve stavu, převzít vzniknuvší povinnosti související s budoucí společnou zahraniční a bezpečnostní politikou Evropského společenství. Rakouská vláda se plně přihlásila k jedné z politik, stanovené Maastrichtskou smlouvou (1992), a to ke společné zahraniční a bezpečnostní politice; v řadě veřejných stanovisek členové rakouské vlády prohlásili, že Rakousko – coby budoucí člen ES – bude spolupracovat na zřízení nového evropského bezpečnostního řádu v rámci Evropské unie (Kunnert Gerhard: Österreichs Weg in die Europäische Gemeinschaften, in die Europäische Union). Kompetenční spory mezi koaličními partnery SPÖ a ÖVP týkající se zahraniční a bezpečnostní politiky, jakož i tendence k vnitro-politizaci politiky EU, však pokračovaly nadále, i když se většina (66,6%) občanů – při volební účasti 82,4% - vyjádřila v referendu pro vstup země do Evropské unie. Dne 1.1.1995 se Rakousko stalo členem Evropské unie.

Pro rakouskou zahraniční politiku začala 1. lednem 1995 nová fáze. Prostřednictvím členství Rakouska v EU se z centrálních oblastí zahraniční a bezpečnostní politiky stala „evropská vnitropolitika“. Bilaterální vztahy k ostatním státům a politika Rakouska ve Spojených národech a v ostatních mezinárodních organizacích jsou v současné době utvářeny toliko v návaznosti na společnou zahraniční a bezpečnostní politiku EU (Höll Otmar: Außen- und Sicherheitspolitik).

Rakouská zahraniční a rozvojová politika první poloviny 90. letech 20. století se v zásadě řídí mezinárodně - politickou praxí. Členství Rakouska v Evropské unii (1995) zcela jednoznačně zapříčinilo změnu směru rakouské zahraniční politiky; zahraniční politika je v současné době zaměřena na nové priority. Tak se například v době přesunu těžiště dění v letech 1993 a 1994 do Asie stávají ostatní regiony méně důležitými. Navzdory (napříč politickým spektrem) nesporné historické důležitosti členství Rakouska v Evropské unii téměř zcela chybí vypracování široké veřejné programové analýzy týkající se zahraniční a rozvojové politiky Evropské unie a její konsekvence pro Rakousko (Hödl Gerald: Österreich und die Dritte Welt. Außen- und Entwicklungspolitik der Zweiten Republik bis zum EU-Beitritt).

Od vstupu Rakouska do Evropské unie v r. 1995 nastal – stejně jako v ostatních oblastech politiky – taktéž proces „evropeizace“ zahraniční politiky, a to ve smyslu vnitřního přizpůsobení se EU, odhlasování potřebných opatření, jakož i řady institucionálních změn (Neisser Heinrich, Puntscher Riekmann Sonja: Europäisierung der österreichischen Politik).

V rámci institucionálních reforem dochází v roce 2000 k přesunu kompetencí v rámci „spolupráce s východní Evropou“ z Úřadu spolkového kancléře na Ministerstvo zahr. věcí.

Dále v roce 2002 schvalují vládní strany zákon o spolupráci ve vývoji a rozvoji, kdy organizace působící v rámci této oblasti byly z procesu přípravy a schvalování tohoto zákona téměř zcela vyloučeny, to vše k zajištění právního základu pro vyčlenění operativního sektoru rozvojové spolupráce. Zákon byl již v roce 2003 novelizován. Na základě tohoto zákona zůstává pouze politická kompetence týkající se strategie v rozvojovo-politických otázkách a koordinace rakouské rozvojové politiky při Ministerstvu zahraničních věcí. Rozvojovo-politické agendy se tak rozdělily mezi dalších sedm ministerstev.

Po dlouholeté diskusi byla v lednu r. 2004 zřízena státní agentura – Austrian Development Agency (ADA) – Rakouská rozvojová agentura – s hlavním cílem spočívajícím v přeměně bilaterálních programů; rozvojová politika Rakouska je součástí zahraniční politiky orientované na bezpečnost a stabilitu. Záměrem vládní politiky bylo vytvořit, a to právě prostřednictvím ADA, efektivní administrativní aparát, který zvládne zpracovat větší objem práce v rámci spolupráce ve vývoji a rozvoji. Dalším velmi důležitým úkolem předmětné agentury je zlepšení spolupráce s institucemi Evropské unie a zlepšení kooperace v oblasti „hospodářství, ekonomiky a rozvoje“. Cíle rakouské rozvojové politiky se každoročně aktualizují v tříletém programu, který bere na vědomí Rada ministrů; cílem rozvojové spolupráce je snížit rozdíly mezi chudými a bohatými, zajistit mír a zachovat přirozené životní prostory.

V posledních deseti letech je často diskutovanou otázkou, zda-li vstup Rakouska do Evropské unie znamenal zlom či naopak kontinuitu rakouské integrační a zahraniční politiky.

Podle některých orientovalo Rakousko svou politiku, a to od r. 1955, vždy na plnou národní suverenitu. Když se v 50. letech jednalo o supranacionální integrační formě, rozhodlo se tenkrát Rakousko pro mezivládní formu. Toto se stalo nejen kvůli neutralitě země a sovětskému tlaku, ale bezesporu i kvůli vnitřním poměrům v zemi. Vstup Rakouska do supranacionální EU zapříčinil „mentální obrat“, z pohledu historického „politický zlom“ (Angerer Thomas: Alte und neue Integration. Antwort auf Kritik an der These vom Bruch in der österreichischen Integrationspolitik).

Někteří naopak vidí zcela jasnou kontinuitu v rakouské integrační a zahraniční politice. Politika země zesílila právě prostřednictvím „postupu západoevropské integrace“, než by se tak stalo „originálními rakouskými rozhodnutími“ (Gehler Michael: Bruch oder Kontinuitat der österreichischen Integrationspolitik?).

Jednoduchá otázka: je Rakousko schopno zapojit se aktivně do komplexního víceúrovňového systému Evropské unie a v rámci tohoto prosadit své vnitropolitické a zahraniční zájmy? Do dnešního dne Rakušané nenašli jasnou odpověď. Jako tzv. malý stát má v Bruselu relativně malou moc. Proto je zapotřebí, aby našlo mezi ostatními zeměmi partnery, resp. obdobně smýšlející země, ve spolupráci se kterými by se mu podařilo prosadit své zájmy. Rozšířením Evropské unie k 1.5.2004 jsou čtyři noví členové přímými sousedními státy Rakouska; vize tedy byla jasná – spojit svá úsilí, bez vytvoření jakékoli aliance, a spolu prosazovat vliv v rámci Evropské unie. Tato vize však zůstala toliko vizí.

Literature:

- Angerer Thomas: Alte und neue Integration. Antwort auf Kritik an der These vom Bruch in der österreichischen Integrationspolitik 1989, s. 67, in: Rindler Schjerve Rosita:

Europäische Integration und Erweiterung. Eine Herausforderung für die Wissenschaften. Neapel 2001.

- Gehler Michael: Bruch oder Kontinuitat der österreichischen Integrationspolitik?, s. 91-98, in: Rindler Schjerve Rosita: Europäische Integration und Erweiterung. Eine Herausforderung für die Wissenschaften. Neapel 2001.
- Hödl Gerald: Österreich und die Dritte Welt. Außen- und Entwicklungspolitik der Zweiten Republik bis zum EU-Beitritt. Wien 1995
- Höll Otmar: Außen- und Sicherheitspolitik, s. 369-395, v Neisser, Puntscher, Riekmann: Europäisierung der österreichischen Politik. Konsequenzen der EU-Mitgliedschaft. Wien: 2002
- Kunnert Gerhard: Österreichs Weg in die Europäische Gemeinschaften, in die Europäische Union. Wien: 1993
- Neisser Heinrich, Puntscher Riekmann Sonja: Europäisierung der österreichischen Politik. Konsequenzen der EU-Mitgliedschaft. Wien 2002.
- Rotter Manfred: Von der integralen zur differentiellen Neutralität; in: Europäische Rundschau 18 (1991); s. 25

Contact – email
zuzana.silhanova@vsb.cz, zsilhanova@osoud.ova.justice.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NATIONAL CONSTITUTIONAL LAW RESISTANCE AGAINST EUROPEAN INTEGRATION

MARIUS VACARELU

Faculty of Public Administration, National School of Political and Administrative Studies, Romania

Abstract in original language
Dreptul constituțional este cea mai importanta ramură de drept, deoarece ea reprezintă nu doar o „așezare cu temei" a statului, ci şi o modalitate prin care cetățenii își manifestă încrederea în propriile instituții ale dreptului

Cu toate acestea, procesele politice moderne, cum ar fi cele provocate de integrarea europeană, pun probleme dreptului constituțional atât în spiritul său, cât şi în aplicare: politicienii versus propriul popor pentru Uniunea Europeană sau aceasta este doar o imagine ce va dispare uşor? Textul nostru imaginează un răspuns la această întrebare.

Key words in original language
Drept constituțional; integrare europeană; rezistență; politicieni, cetățeni.

Abstract
European integration create a problem: political vision was integrative, but this position can affect state's independence and sovereignty; in the same time, it is impossible to renounce from a national constitution at this fundamental institution of public law. So, it appears a resistance from national constitutional law to this integration: it is not always obvious, but its presence cannot be denied.

Our text will analyze which consequences appear from this resistance, with a special watch of Romanian public law.

Key words
National constitutional law; European integration; resistance; politicians; citizens.

1. Constitutional law represents in public law system one of the big stones able to stop some side – slip of politicians and of many scientist. In this case, constitutional law is one of the most important elements of national resistance against any kind of integration, because it is part of the most important state's pillar: the army.

This introduction is court – but we need a court introduction to speak about the most important menace of this century for national state, and, of course, for national public law. In fact, we can say that European integration is worse then communism integration, because during iron curtain's age it was

possible also to realize a better resistance against Moscow's integrative policies.

These sentences represent part of conclusions; before the conclusion, it must be done a demonstration.

2. Woodrow Wilson imposes in Europe and in whole world a new principle of political affairs: principle of nationalities. From this moment it started a wave of independency movements (officially or secret), wars and negotiations: finalisation of this political process was in 1976, after red revolution of Portugal.

In the same time, international relations receive a new face in 1919 – 1920; super powers disappeared, and inside "black hole of power" new national and independent states tried to create a new style of international relations, when agreements between states are respected and morality represent supreme law and behaviour between states, politicians and citizens.

After the great and universal war (between states and systems), history stopped to be inspiration for politicians: television and radio appeared, so, it was time for propaganda.

Propaganda refers to the use of communication techniques to affect people's thinking and behavior. Any technique or action that attempts to influence the emotions, attitudes, values, beliefs, or actions of a group can be described as propaganda. Typically, propaganda benefits the sponsor and puts the interests of the sponsor above those of the recipient. As an instrument of persuasion and psychological coercion, it seeks to compel the recipient to submit to the will of the sponsor. Propaganda is thus different from education, which seeks to develop independent thinking, and from information, which is based on objective facts[1].

This definition was necessary to understand new world conflict: conflict of ideologies, which include in their disputes not only ideas and intellectuals, but also states with their administrative actions (more visible or not), because form 1945 world become battlefield between two universal way of thinking: communism and capitalism.

What it was unique in this war: that pretension of both systems that everyone is the only one correct system, and everyone must fallow only one system: in this case, tertio non datur, because capitalism exclude communism and communism exclude capitalism. In this case, humanity stayed one a small ad fine balance, because every system was able not only to defend in public area its percept, but also to military destroy the enemy.

[1] International encyclopedia of social sciences, second edition, ed. Gale / Macmillan, New York, 2008, vol. VI, pg. 545.

3. Western European states made an alliance between them, with a military protection accorded by Atlantic partners. In this case, they start with the economy, and they believe that it was necessary to recreate not only a new behaviour in international relations, but also a new form of state and alliance between states in Western Europe.

This new form of politics creates first three communities, and it made a huge step to create an European state: edification of a military community. It was a Rubicon decision to do that, but reality was stronger then politicians, and this idea died. Second Rubicon decision for creation of a new and integrated European state was to establish a justice court at European level.

In fact, justice represent possibility recognize to every state to decide what is correct and what in wrong in social life. This is a royal right of state, and to it state cannot renounce. In fact, justice is part of state essence. Making this step, politicians who created European communities (later – European Union) would to underline that in Western Europe national truth disappeared, and it was moved to another level. In this case, we must consider moment when European Court of Justice had been established as the moment when states (in Western Europe) are replaced with another entity. Assuming justice, European construction became almost a state: adopting Euro, creating a European Central Bank, existence of European Parliament and of other institutions are only moments subsequent of justice.

When European construction advanced and economic integration in Western part of continent allowed to Monet and its continuators to hope that is not only possible, but is also probable to build a new state, federal one. All those double institutions (national and European Parliament, national government and a European institution with quite the same competences and especially a new jurisdiction) created not only an appearance of new state, but in fact, a real new state, at a different level. Euro was only the last moment when politicians broke citizens hopes to resist, this process is now almost complete, because Lisbon treaty is adopted now only by politicians, despite of constitutional effects which request a normal procedure for referendum. In fact, even in Ireland referendum was organized not because its dispositions modify constitution, but because this treaty “refers to important problems”. We must underline in the same time that first project of EU Constitution was rejected by the citizens too. Few cynical comments appeared in press: politicians are more important then citizens.

4. 1989 brought for eastern European state liberty, but economy was heel of Achilles. For solve economic crush of loosing COMECOM it was necessary to receive some help, only Western Europe and USA could gave it, but for that, it was necessary to fulfil (again) new condition: from conditions to be a perfect communist state, it was time to see in what way a country can be a perfect democracy. And conditions were described in one word: reforms.

Public administration and public servants received now pressure not only from new master (Washington and Bruxelles) who conditioned their help by reforms implementing, but it was joined by internal pressure of citizens who want a new state able to respect and protect citizens fast, very fast! Citizens understood that it was necessary to fulfil few conditions and they accepted, but for this purpose there is a wall against: constitutional law.

In fact, European Union was presented in whole Europe and in whole world like a panacea. For this, everything was good to be used: from teachers to politicians, from journalists to conferences, books, articles, libraries. In this case, in whole texts and presentations it appears like entire history had gone only to provoke and to create such kind of entity expected by humanity: it was human dream to create a continental state / entity able to fulfil noble dream of peace and economic prosperity. And, of course, after this model it must be create other political constructions in every continent, maybe – in a few years, at global level.

5. As all branches, lawyers are their special way to think, to see the world. In this time, we must understand that human society reaches such a way of technological development that is always possible to find even in smallest house – but with access to internet – can be capable to read books of every great law philosopher and to learn almost every foreign language.

This is only one part of the access to juridical culture. But we must understand that this huge amount of scientific books available free on internet create a big distance between people who read always and people who read especially newspapers. What is that? In fact, there is a continue problem for intellectuals: they can read and think something, but reality can be different, and they live in their world, but with influence in social life and on mass media.[2]

In this great influence, they are not always speaking about cultural problems: they love in fact to speak about two subjects:

- How bad is this world, because there are a lot of people which are not respecting time's age and;

- How bad is national state, how much desuetude affects its principles and how big is the necessity to change it, because for almost whole public intellectuals[3] we live now in a different world, which has only one land and only one state: Terra.

---

[2] J. Sevillia: Terorismul intelectual, din 1945 pina in prezent / Intellectual terrorism, since 1945 to present ed. Humanitas, Bucharest, 2007, pg. 103

[3] For a better understanding of public intellectual read: A. Gavrilescu: Noii precupeti. Intelectualii publici in Romania dupa 1989 / New merchandisers. Public intellectuals in

In Romanian literature of XVIII-th century there is a famous book named: "The quarrel between intellectual and whole people". In this book intellectual wants to correct what is was bad on those times, trying to convince that his proposal for a better world is in fact the best proposal. We can recognize this, but we must underline that is a normal tendency for every person: to be creator of a new world, perfect (especially for its creator – demiurge).

But all these affirmations mean not only an intellectual position in relation with humanity, but it means also a position in relation constitutional law, inside their own country and inside whole world. In this second case, intellectuals watch to two levels: universal, and for this they will analyze United Nations, and continental level.

6. However, we can underline that continental level is in fact only one: European. For being much more understand, we must come back to year 2003, when Dick Cheney, former vice president of United States, shared European between an old part, where it was created European Union, and a new one, where Soviet Union was supreme ruler 45 years, but much closer to American interest.

It is obvious the cultural importance of Western Europe for humanity. In fact, almost whole intellectuality worked for this part of world: London, Paris, Berlin and Geneva represent not only big economical centers, but also a place for intellectuals, who worked hard and which was able to influence with their works human destinies: Marx and Engels were born in Germany and worked especially in United Kingdom, Immanuel Kant only n Germany, Hegel – same; Bertrand Russell and whole Fabian society in United Kingdom, France and Paris was the center for exile and a lot of active ideas; Wien is the land of psychology; Czech republic of pedagogy; Italy is famous for its Renaissance artists.

It is also true that this part of Europe had start soon after Second World War an economic project[4] who had many years a real success – but not all its members are satisfied[5] – for politicians. This construction becomes stronger only after 1989 fall, because on that time it had appeared the biggest economical conquest of human history.

Romania after 1989, ed. Compania, Bucharest, 2006. Especially the first chapter: "What is remaining from intellectual's mission"?

[4] This aspect is always an argument for a stronger integration between states from Old Continent; what is forget: that differences between European states is so big, that is impossible now to have a continue and homogeny space.

[5] C. Booker and R. North: Uniunea Europeana – marea amagire: istoria secreta a constructiei europene / European Union – big deception: secret history of European construction, ed. Antet, Bucharest, 2004. in this book both authors presents United Kingdom's policy and its disillusion during negotiations.

But this economical construction tries to become stronger developing political dimensions. For this, politicians from Bruxelles were forced to create and to adopt new treaties and to re-configure European continent and its economical dimension. It was necessary to implement a real currency, to make much stronger integration, and it was also a terrible need to not involve citizens, because they will pay economical cost if integration.

7. In this case, Maastricht treaty was followed by Amsterdam, Nice and finally, Lisbon treaty. Last treaty was almost ready to be rejected, because the most important capital[6] was against: human beings. In fact, we must underline few special characteristics of European Union since 2002, when Euro remains single currency of big European economies[7]:

- Lisbon treaty was approved only by politician members of parliaments. With on exception, people didn't spoken, and we don't know which was in fact its real wish of them;

- Before big extension of 2004 European elections wasn't so popular, but after 2007 (when it was the last one), this elections became only something marginal, without importance for citizens, despite of whole huge propaganda for participation. Despite political enthusiasm for accession inside European Union, population from new members of this entity had the weakest reaction, their percentage to European election being smaller then 25%;

- Despite of beautiful image, European economy felt the strongest energy increasing prices shock and with this, first steps which are completely against a common energy policy.

What is shocking in European Union construction? There are two treaties who tried to create a constitution for European continent, or maybe to a European Common House, but despite 52 referendums[8] it was only four: three was with a negative result, and the last one was, finally, for European Union.

---

[6] As Lenin said. In fact, there is something strange: why always we talk about Soviet Union and its leaders when we analyze European Union. For more details, watch: V. Bukosky: Uniunea Europeana, o noua URSS / European Union, a new SSSR, ed. Vremea, Bucharest, 2006.

[7] Another paradox in European economy: new members wants to adopt sooner Euro as national currency, but members with many years inside of EU want to renounce, and secretly whole economist from Europe approve United Kingdom decision to not renounce to sterling pound.

[8] 25 members was in 2005, when first treaty was voted in France and in Netherland: two tries, to defeats received by politicians. In 2008 it appeared from 27 member only one referendum, in Ireland. And of course, citizens denied Lisbon treaty.

But not only was that it surprise: when Ireland rejected Lisbon treaty whole politicians from Europe speaks against them[9], presenting citizens like a not-recognizing persons for whole benefits received from Bruxelles. In fact, whole attitude was to punish citizens because they speak in such a way not accepted in today political speech.

This attitude (of politicians) was in the same time against every constitution, and, as consequence, against national constitutional law, because:

- Every constitution consider that its sovereignty and its independence being something not-negotiable[10] and for this it is necessary to change not only constitution, but also to make disappear that state;

- Politicians are elected by citizens, but after this vote, they cannot have a total control of their decisions. In fact, this attitude can be possible because an imperative mandate for members of parliament is not a characteristic in modern constitutional law[11];

- During last years whole scientific researches underlined that politicians are on last position of public trust in Europe. If citizens don't have trust, it means in fact that it necessary to be a fundamental change in politics, or this distance between citizens and politicians will become too big, and it disappear the legitimacy.

8. Legitimacy is in fact the supreme key in relations between national constitutional law, citizens and European integration. This small number of people (less then 35%) who participate to European elections are a symbol for dysfunctions; but this number it must be compare with important participation for national elections, almost 70% in every state[12]. This disproportion is sometime so big, that it creates few rhetoric questions not only for citizens, but also for Bruxelles bureaucrats.

This relation is not only psychological – legitimacy being in fact a concept from this science, but it can have a deep content inside constitutional changes: fundamental law being the supreme framework for a state, and its citizens finding more legitimacy inside this act, it can be dangerous for

---

[9] This means a constitutional reaction, in fact.

[10] C. Ionescu: Tratat de drept constitutional contemporan / Contemporary constitutional law treaty, ed. CH Beck, Bucharest, 2008, pg. 32. See also art. 1 from Romanian Constitution.

[11] Watch, for example, art. 69, (2) from Romanian Constitution.

[12] In few states it can be a "fog", because many citizens work abroad and they cannot vote in normal conditions inside their borders. However, it was demonstrated a great interest and participation for citizens who works abroad, many of them staying many hours to their embassies to exercise this right.

European politicians to change everything. They can try, but post-modern society created by internet can also be an obstacle for them in next elections.

Which is public law specialist role? In fact, this debate means where lawyer's position in this game is: with European construction or with national constitutional law? For this answer, we must note there are only two possible positions:

- A lawyer can justify politics and politicians decisions[13]. This attitude can help their career, but they will loose trust of their own citizens. And there is important to note that for every lawyer: best name you will have only inside of your own country, where you will be always legitimate;

- A lawyer can imagine a system for its country, and this system can be against political decisions. In this case, history, economy and daily life will decide who were right, but it cannot be said that lawyers are only a technicians for the government.

National constitutional law oppose and resist against European integration using many instruments, few of them belonging to law science, but many of them being part of other sciences:

- First resistance is representing by its existence. Because national state cannot be replaced (watch only energy problems and whole negotiations for an American shield in former communist Europe), European integration will be always in front of a great wall: where is nation and where national constitution is. This problem belongs to law science;

- Politicians who modified constitutions are always national, and they can be replace by national electors. Even they will receive a good position in Bruxelles, their career will be finish inside their own countries. This legitimacy belongs to psychology and to political science;

- National constitutional law is always applied, but European law is something different: big distance and big number of official languages cannot do a real single law for continent. This argument belongs to political geography;

- Europe is a continent without mineral resources, but with a modern and diverse economy. However, for those resources is a daily competition inside EU member, that is obvious someday this alliance will be broken, because few states will don't resist to economic competition. And this is geopolitics.

---

[13] E. Balan: Institutii administrative / Administrative institutions, ed. CH beck, Bucharest, 2008, pg. 58

9. A special situation is for Romania. Being at EU border, it cannot be like other members, because its problems are not only with its internal economical situation, but also with its neighbors. However, inside or not in EU, Romania is the only one country which in next years will increase its territory.

In this case, EU will have a problem, because until now, only small states had entered, but with Romania it will be introduce for the first time a former soviet state: last economic war between EU and Russia starting.

On that time, only national constitutional law will be able to solve this problem. Despite of whole European integration, geography will be stronger. And, of course, citizens will be stronger. But for that, it will be a question: what we can keep from European law?

Literature:

- Emil Balan, Institutii administrative / Administrative institutions, Bucharest, C.H. Beck,
- 2008, 240 pages, ISBN : 978-973-115-269-1.
- C. Booker and R. North: Uniunea Europeana – marea amagire: istoria secreta a constructiei europene / European Union – big deception: secret history of European construction, Bucharest, ed. Antet,, 2004, 368 pg, ISBN: 973-636-121-7.
- V. Bukosky: Uniunea Europeana, o noua URSS / European Union, a new SSSR, Bucharest, ed. Vremea, 2006, 168 pg, ISBN: 973-645-210-7.
- A. Gavrilescu: Noii precupeti. Intelectualii publici in Romania dupa 1989 / New merchandisers. Public intellectuals in Romania after 1989, Bucharest, ed. Compania, 2006, 264 pg, ISBN: 973-7841-23-9.
- Group authors: International encyclopedia of social sciences, second edition, vol. VI, New York, ed. Gale / Macmillan, 2008, 674 pg, ISBN: 978-0-02-865972-5.
- - C. Ionescu: Tratat de drept constitutional contemporan / Contemporary constitutional law treaty, Bucharest, ed. CH Beck, 2008, 816 pg, ISBN: 9 73-115-315-2.

- J. Sevillia: Terorismul intelectual, din 1945 pina in prezent / Intellectual terrorism, since 1945 to present, Bucharest, ed. Humanitas, 2007, 278 pg, ISBN: 978-973-50-1687-6

Contact – email
marius123vacarelu@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NÁLEZ PL. ÚS 27/09: OBECNOST, RETROAKTIVITA A FULLEROVSKÉ PRINCIPY VNITŘNÍ MORÁLKY PRÁVA

JAN WINTR

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Abstract in original language
Komentář nálezu.

Key words in original language
Ústavní přezkum ústavních zákonů.

Abstract
Commentary of the case.

Key words
Constitutional review of constitutional statutes.

Nález Pl. ÚS 27/09: obecnost, retroaktivita a fullerovské principy vnitřní morálky práva[1]

1. Obsah nálezu

Ústavní soud podle svých slov zrušil ústavní zákon č. 195/2009 Sb. pro jeho ústavně nepřípustnou individuální a retroaktivní povahu, „porušení čl. 9 odst. 1 Ústavy, čl. 21 odst. 2 Listiny ve spojení s čl. 16 odst. 1 Ústavy a čl. 1 odst. 1 Ústavy v intenzitě zakládající zásah do čl. 9 odst. 2 Ústavy", dovodil tedy, že je „v rozporu s podstatnými náležitostmi demokratického právního státu".[2] Dále zrušil rozhodnutí prezidenta republiky č. 207/2009 Sb. na základě § 70 odst. 3 ZÚS umožňujícího zrušit prováděcí předpisy k rušenému zákonu; konstatoval, že rozhodnutí o vyhlášení voleb má smíšenou povahu s prvky jak normativního právního aktu, tak aktu aplikace práva, a s poukazem na ony prvky normativního právního aktu rozhodnutí podřadil pod § 70 odst. 3.[3]

---

[1] Tento příspěvek byl zpracován v rámci výzkumného záměru PF UK č. MSM 0021 620 804 „Proměny práva na počátku 3. tisíciletí – kořeny, východiska, perspektivy". Je základem mého komentáře nálezu Pl. ÚS 27/09, který vyjde začátkem roku 2010 v časopisu Jurisprudence.

[2] Vše viz bod VI./c odůvodnění nálezu.

[3] Viz bod VII. odůvodnění nálezu. Pro potřeby odkladu vykonatelnosti rozhodnutí prezidenta republiky o vyhlášení voleb však bylo toto rozhodnutí interpretováno jako akt aplikace práva, srov. usnesení Ústavního soudu č. 312/2009 Sb.: „*…rozhodnutí prezidenta republiky… – jakkoli má i prvky normativního právního aktu – nutno považovat za akt*

Argumentační linii nálezu lze shrnout takto: 1. Ústavní soud může přezkoumávat ústavní zákony a rušit je pro rozpor s čl. 9 odst. 2 Ústavy, protože jinak by čl. 9 odst. 2 Ústavy neměl normativní obsah. 2. V řadě evropských zemí (výslovně v Německu) je nepřípustné prolomení ústavy ústavním zákonem ad hoc (část VI./a, odstavce 1-3). 3. Zákony mají být obecné, argumenty jsou dělba moci, rovnost, právo na soudní přezkum a zákaz svévole (část VI./a, odstavce 4-8 a 19). 4. Podle čl. 9 odst. 1 Ústavy může být Ústava doplňována či měněna pouze ústavními zákony, z čehož Ústavní soud dovozuje, že ústavní zákon může toliko doplňovat či měnit Ústavu, a ústavní zákon ad hoc není ani to, ani ono (část VI./a, odstavce 9-14). 5. Při absenci ústavního zmocnění k vydání ústavních zákonů ad hoc by ústavní konformita takového ústavního zákona mohla být založena toliko ochranou materiálního jádra Ústavy (část VI./a, odstavce 15 a 16). 6. Ústavní zákon svého účelu, tj. rychlosti řešení vládní (parlamentní) krize dosahuje nepřiměřenými prostředky, protože bylo lze použít ústavně šetrnějšího postupu podle čl. 35 odst. 1 písm. b) Ústavy (část VI./a, odstavec 17). 7. Ústavní zákon porušuje i princip pravidelnosti volebních období podle čl. 21 odst. 2 Listiny (část VI./a, odstavce 20-21). 8. Ústavní zákon dále se zpětnými účinky mění předpoklady, na základě kterých voliči volili v roce 2006, což porušuje některé ústavní principy chráněné čl. 9 odst. 2 Ústavy (zákaz retroaktivity, ochrana oprávněné důvěry občanů v právo, právo svobodně volit; část VI./b). 9. Ústavní zákon je tedy nepřípustně individuální a retroaktivní, což porušuje čl. 9 odst. 1 Ústavy (kompetenční podmínka), čl. 21 odst. 2 Listiny ve spojení s čl. 16 odst. 1 Ústavy (princip pravidelnosti volebních období) a čl. 1 odst. 1 Ústavy (zákaz retroaktivity a ochrana legitimních očekávání) v intenzitě čl. 9 odst. 2 Ústavy (tudíž může, má být a bude zrušen; viz část VI./c).

Z řady míst v odůvodnění nálezu se mi zdá, že hlavním důvodem, proč byl ústavní zákon zrušen, byl převládající pocit v Ústavním soudu, že tento způsob prolamování ústavy je něčím naprosto nepřijatelným, srov. např. v části VI./a odst. 3 zdůraznění, že nepřípustnost prolomení ústavy ústavním zákonem ad hoc je akcentována i v dalších evropských demokratických zemích, aniž je zmíněn jiný příklad než německý, dále často citovaný emotivní a extrémními příklady podepřený výrok v odst. 13 („Je-li nucen Ústavní soud odpovědět na otázku, zmocňuje-li čl. 9 odst. 1 Ústavy Parlament rovněž k vydávání individuálních právních aktů formou ústavních zákonů (např. k vydávání trestních rozsudků vůči konkrétním osobám za konkrétní skutek, k vydávání správních rozhodnutí o vyvlastnění, ke zkrácení funkčního období konkrétního představitele státního orgánu, atd., atd.), odpověď zní – nikoli!“), dále v části VI./b odst. 4, ač bez zjevné souvislosti s tam probíranou problematikou retroaktivity („Napadený

---

aplikace uvedeného ústavního zákona, jenž stěžovateli, který je poslancem Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, vymezuje okamžik ukončení jeho mandátu, čili ukončení výkonu veřejné funkce. V tomto smyslu je zásahem orgánu veřejné moci, který se dotýká jeho základního práva podle čl. 21 odst. 4 Listiny.“

ústavní zákon… článek 35 dočasně ad hoc suspenduje a mimo rámec Ústavou předepsaného postupu stanoví pro tento jediný případ zcela jiný postup mimo ten, který Ústava předpokládá a ukládá…“) a konečně zvláště důrazně v citované řeči senátora M. Žantovského z roku 1998 („Nebezpečnost navrhovaného zákona spočívá především v tom, že vytváří precedens nejvyšší právní síly, precedens, který říká, že je možné z momentálních, utilitárních politických důvodů měnit základní zákon země. Je-li to možné jednou, je to možné pokaždé. Ze stejných důvodů by mohl Par-lament suspendovat pravomoc Ústavního soudu, pokud rozhodnutí Ústavního soudu odporují momentální politické vůli, ze stejných důvodů by mohl suspendovat pravomoci prezidenta, pokud jsou v rozporu s momentální politickou vůlí, ze stejných důvodů by mohl suspendovat Listinu základních práv a svobod, pokud je překážkou naplnění politických cílů...“).

Samotné prolomení ústavy,[4] aby mohlo být důvodem pro derogaci ústavního zákona, by ve svých důsledcích muselo znamenat změnu podstatných náležitostí demokratického právního státu. Těmito náležitostmi jsou podle Ústavního soudu obecnost ústavního zákona (bod VI./a) a zákaz retroaktivity ústavního zákona (bod VI./b). Tato argumentace staví komentovaný nález do řady nálezů Ústavního soudu, v nichž byl zákon nebo jeho část zrušen pro rozpor s fullerovskými zásadami vnitřní morálky práva, nebo alespoň takové zrušení bylo zvažováno.

2. Principy právního státu a fullerovské zásady vnitřní morálky práva

Britský právní filosof Lon Fuller v díle Morálka práva z roku 19635 vychází z předpokladu člověka odpovědného (aspoň potenciálně), schopného porozumět pravidlům, dodržovat je a odpovídat za své chyby. Právo, nemá-li být urážkou důstojnosti takového člověka a má-li být účinné, musí respektovat osm principů zakládajících vnitřní morálku práva. Podle těchto principů 1. právo má mít obecnou normativní povahu, 2. zákony mají být vyhlášeny, 3. nemají působit nazpět, 4. mají být jasné, 5. bezrozporné, 6. nemají požadovat nemožné, 7. mají se vyznačovat určitou stálostí a 8. při jejich aplikaci má být úřední postup ve shodě s deklarovaným pravidlem.6 Vnitřní morálka práva je morálkou aspirace,7 zákonodárce by měl usilovat

---

[4] Srov. výhrady proti výrazu „prolomení“ v bodu 24 disentu soudce Musila k nálezu: *„…nález volí pro pojmenování postupu přijetí ústavního zákona č. 195/2009 Sb. termín ‚prolomení ústavní úpravy‘, kterýžto může u nezasvěceného čtenáře vyvolat apriorní negativní konotace (jako postupu brutálního, nepatřičného). Použití takovéto expresivní terminologie pokládám za nekorektní v situaci, kdy zvolené označení není všeobecně sdíleno všemi účastníky polemiky, která teprve probíhá…“*

[5] Fuller, L.: Morálka práva. Praha: Oikoymenh, 1998.

[6] Fuller, L.: c. d., str. 48-90.

[7] Fuller, L.: c. d., str. 45.

o dodržování těchto osmi principů, není však bezpodmínečně požadováno jejich dokonalé naplnění. Je ovšem zřejmé, že podstatným narušením jednoho či více z těchto principů legality může být ohrožen celý „podnik" práva a zákonodárství; obsahuje-li totiž právní řád tajné, odporující si, retroaktivní či nemožnost požadující zákony, ztrácí tím „morální" nárok být respektován.

Zdá se, že Ústavní soud je mimořádně citlivý na porušování fullerovských zásad. Od roku 2005 bylo několik zákonů nebo jejich částí zrušeno nikoli z důvodu obsahového rozporu s lidskoprávními ústavními normami, nýbrž z formálních důvodů – kvůli vadné proceduře nebo porušení principů právního státu; u dalších zákonů bylo takové zrušení zvažováno. Derogačním důvodem v nálezu Pl. ÚS 13/05 o novele zákona o střetu zájmů (č. 283/2005 Sb.) byl chybějící souhlas Senátu, u nálezů Pl. ÚS 24/04 o stavbě jezů na Labi (č. 327/2005 Sb.) a Pl. ÚS 24/08 o vzletové dráze v Ruzyni (č. 124/2009 Sb.) porušení zásady obecnosti zákona, u „přílepkového" nálezu Pl. ÚS 77/06 (č. 37/2007 Sb.) porušení dělby moci a principu souladného, přehledného a předvídatelného práva, vady legislativní procedury a sdělnosti zákona byly vytýkány i zákonu o stabilizaci veřejných rozpočtů v nálezu Pl. ÚS 77/06 (č. 88/2008 Sb.); již dříve nález Pl.ÚS 33/01 (č. 145/2002 Sb.) derogoval přechodné ustanovení novely zákona o daních z příjmů kvůli pravé retroaktivitě.[8] Vidíme, že právě porušování fullerovských zásad, zejména první (obecnost), třetí (zákaz retroaktivity) a čtvrté (jasnost zákona), posloužilo Ústavnímu soudu v několika případech jako derogační důvody; Ústavní soud je zjevně považuje za principy právního státu vyplývající z čl. 1 odst. 1 Ústavy.

Z porovnání především přílepkového nálezu s prvním nálezem o zákonu o stabilizaci veřejných rozpočtů jsem nabyl dojmu, že Ústavní soud považuje porušování „fullerovských" principů právního státu za závažnější než nedostatky v legislativní proceduře z hlediska demokratičnosti a dělby moci; je velmi lákavé číst komentovaný nález č. 318/2009 Sb. jako zdůraznění významu oněch fullerovských zásad. Pod tímto zorným úhlem se také otázkou obecnosti a zákazu retroaktivity zákona budeme nyní zabývat. Problém obecnosti a problém zákazu retroaktivity je pro účely analýzy nutno nejprve od sebe oddělit.

[8] Srov. např. Tryzna, J.: Požadavek všeobecnosti zákonů z hlediska ústavního pořádku České republiky, in: Pocta prof. Pavlíčkovi k 70. narozeninám, Praha 2004, Kysela, J.: Zákonodárný proces v České republice jako forma racionálního právního diskursu?, Právník č. 6/2005, str. 587-611; Wintr, J.: Co je a co není volební zákon podle čl. 40 Ústavy? In: Jurisprudence, č. 1/2006, str. 64-69; Wintr, J.: *Aktuální ústavní problémy tvorby zákonů*, in: Hamuĺák, O. (ed.): Debaty mladých právníků 2007, Olomouc 2007, str. 217-220; Gerloch, A.; Kysela J. a kol.: Teorie a praxe tvorby práva, Praha 2008.

3. Obecnost zákona

Ústavní soud k ideji obecnosti zákona cituje F. A. Hayeka a několik svých nálezů, nejobsáhleji nález Pl. ÚS 24/04 o stavbě jezů na Labi (č. 327/2005 Sb.), shrnuje nakonec čtyři argumenty ve prospěch obecnosti zákona – dělbu moci, rovnost, právo na vlastního nezávislého soudce a vyloučení svévole při uskutečňování veřejné moci.[9] Tyto argumenty jsou velmi přiléhavé v případě označení konkrétní stavby za stavbu ve veřejném zájmu. Zákonodárce tak znemožní posouzení veřejného zájmu orgánem výkonné moci ve správním řízení (argument dělby moci), čímž zachází s dotčenými osobami hůře než s osobami v jiných podobných řízeních (argument rovnosti), což se děje bez legitimního důvodu (argument svévole), tyto osoby nemohou účinně uplatnit své námitky ani ve správním řízení, ani u soudu, protože soudce by byl takovým zákonným stanovením veřejného zájmu vázán (argument soudní ochrany).

Ústavní soud se v zásadě vyhnul posouzení ústavního zákona č. 195/2009 Sb. z hlediska těchto kritérií (tedy negativních dopadů) a místo toho konstruoval překročení zmocnění daného čl. 9 odst. 1 Ústavy k vydávání ústavních zákonů, jemuž se budu věnovat později. Pasáž věnovanou obecnosti ústavního zákona uzavírá slovy: „Ústavní soud opakovaně zdůrazňuje, že považuje princip obecnosti ústavního zákona za komponent kategorie podstatných náležitostí právního státu. Připomíná, že obecnost není účelem o sobě, jejím účelem je zajistit oddělení zákonodárné, výkonné a soudní moci, rovnost ústavní úpravy pro obdobné situace a tím vyloučení svévole při uplatňování veřejné moci a umožnění garance ochrany práv jednotlivce v podobě práva na soudní ochranu. Smyslem a účelem obecnosti ústavního zákona, jako pojmového znaku kategorie právního státu, je proto ochrana svobody.“[10] Soudce Musil oponuje jednak, že první věta je nepravdivá, protože Ústavní soud posuzuje obecnost ústavního zákona poprvé, jednak, že ani u běžných zákonů neobecnost na zrušení nestačila, neohrožoval-li nebo neporušoval zákon nějaké ústavně garantované základní právo.[11] Lze dodat k výše uvedeným čtyřem argumentům, že je v daném případě nelze použít vůbec, nebo jen v oslabené podobě. O klasické narušení dělby moci se nejedná, „samorozpuštěním“ Poslanecké sněmovny se souhlasem Senátu nedochází k uzurpaci pravomocí jiného orgánu. Uvažovat o ní lze leda vůči prezidentovi, avšak jeho diskrece při rozpouštění Sněmovny je velmi malá, protože situace popsané v čl. 35 odst. 1 Ústavy jsou natolik krajní, že by prezidentovo odepření rozpuštění zpravidla nedávalo velký smysl.

---

[9] Část VI./a odst. 8 odůvodnění nálezu.

[10] Část VI./a odst. 19 odůvodnění nálezu.

[11] Body 18-23 disentu soudce Musila.

O porušení zásady rovnosti ve výše naznačeném smyslu rovněž nejde. Volební období Poslanecké sněmovny se krátí pro všechny poslance stejně. Porovnávat poslance z různých volebních období a dovozovat diskriminaci z toho, že některé volební období je kratší než jiné, jak činí poslanec Melčák v bodu II. 5 své ústavní stížnosti, je absurdní. Se všemi poslanci pátého volebního období je zacházeno stejně, nikomu není jednotlivě mandát upřen.

Argument soudní ochrany v této věci nelze použít. Paradoxně se ukázalo, že zvolený způsob zkrácení volebního období Sněmovny dal poslanci Melčákovi netušené možnosti soudní ochrany, vedoucí až ke zrušení ústavního zákona na návrh jediného člověka. Naproti tomu soudní ochrana proti řádné aplikaci čl. 35 odst. 1 Ústavy je nulová a rozpuštění Sněmovny prezidentem, aniž by byl dán některý z důvodů v čl. 35 odst. 1 Ústavy, by patrně bylo stiženo nulitou. S otázkami rozpouštění parlamentu a vyhlašování voleb se ocitáme ve sféře ústavních aktů, kde je obvykle zásah soudů obtížně myslitelný.

Postup Parlamentu mohl leda vykazovat rysy svévole a obcházení ústavních pravidel, ale třeba říci, že se opíral o již jednou použité řešení v roce 1998.[12]

Velmi podstatný pro interpretaci nálezu je odstavec 2 v části VI./b: „Existuje zásadní rozdíl v úpravě zkrácení volebního období České národní rady ústavním zákonem č. 64/1990 Sb., o volebním období České národní rady, na straně jedné,[13] a zkrácení volebního období Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky ústavními zákony č. 69/1998 Sb. a č. 195/2009 Sb. na straně druhé. První z uvedených tří ústavních zákonů byl přijat před konáním voleb a konstituováním zastupitelského sboru, dva další pak po jeho konstituování. Byly jimi tudíž se zpětnou účinností stanoveny podmínky uplatnění volebního práva (aktivního i pasivního). Se zpětnými účinky byly změněny předpoklady, na základě znalosti kterých bylo voliči rozhodováno ve volbách do Poslanecké sněmovny."

Dovozuji z něho (arg. „zásadní rozdíl"), že samotné porušení principu obecnosti zákona by na derogaci nestačilo a že míra byla pro Ústavní soud

---

[12] Byl jsem ale před Desátým zářím s J. Syllovou nakloněn chápat ústavní zákony o zkrácení volebního období Sněmovny jako zárodek ústavní konvence reagující na axiologickou mezeru v Ústavě, spočívající v atypické a dysfunkční absenci praktické nerozpustitelnosti dolní komory v parlamentním systému vlády, srov. Wintr, J.: Ústavněprávní kolokvium o jednorázových ústavních zákonech, Právník 10/2009, str. 1134. O naději na ústavní zvyklost v této souvislosti píše i P. Molek v prvním „papírovém" komentáři nálezu č. 318/2009 Sb., srov. Molek, P.: „Hluboce inspirující" nález Pl. ÚS 27/09 a utržené ucho materiálního jádra Ústavy, Soudní rozhledy 10/2009, str. 368.

[13] Je hodné zmínky, jak Ústavní soud v tomto historickém exkurzu přehlíží jen o málo starší ústavní zákon č. 45/1990 Sb., o zkrácení volebního období zákonodárných sborů, jímž Federální shromáždění přibližně o rok zkrátilo běžící volební období nejen sobě, ale i České národní radě a Slovenské národní radě.

překročena až kombinací neobecnosti se „zpětnými účinky“ (k nim viz níže). Čtu to tak, že ústavní zákon, jímž by příští volební období Poslanecké sněmovny bylo zkráceno například na dva roky, by nejspíš protiústavní nebyl. Takové „prolomení“ Ústavy (pokud by bylo opřené o nějaké důvody a nenastalo by těsně před volbami) by totiž nezasahovalo do legitimních očekávání poslanců ani voličů, ani by neobcházelo institut rozpouštění Poslanecké sněmovny podle čl. 35 odst. 1 Ústavy. Přejděme nyní k problému „retroaktivity“ ústavního zákona č. 195/2009 Sb.

4. Zákaz retroaktivity

Pro rozbor zákazu retroaktivity je klíčový výklad, který Ústavní soud provedl v nálezu Pl. ÚS 21/96, č. 63/1997 Sb., týkajícím se státních podniků a nájemních smluv k majetku, k nimž mají právo hospodaření. Zpravodajem byl tehdy rovněž soudce P. Holländer. Pravou a nepravou retroaktivitu rozlišuje v bodě IV/a takto: „Z řady definic za autoritativní lze považovat definici E. Tilsche, jenž pravou a nepravou retroaktivitu vymezoval následovně: ‚Pravé zpětné působení nového zákona jest tu jen tehdy, když působí i pro dobu minulou... Nepravé zpětné působení ...tu jest, když nový zákon nařizuje, že ho má být užito i na staré právní poměry již založené, ale teprve od doby, kdy počíná působnost nového zákona anebo od doby ještě pozdější.‘ (E. Tilsch, Občanské právo. Obecná část, Praha 1925, s. 75 -78).“ V bodě IV/b pak formuluje následující vodítka pro posuzování ústavnosti pravé a nepravé retroaktivity: „U retroaktivity pravé platí zásada obecné nepřípustnosti, ze které existují striktně omezené výjimky přípustnosti, u retroaktivity nepravé platí naopak zásada obecné přípustnosti, ze které existují výjimky její nepřípustnosti. Pravou retroaktivitu ‚lze ospravedlniti nanejvýše tam, kde právní povinnost pro minulost stanovená již dříve alespoň jako mravní povinnost byla pociťována‘.“ Z bodu V pak lze dodat, že nepravá retroaktivita je „zásadně přípustná; i ona může ale být ústavněprávně nepřípustnou, jestli je tím zasaženo do důvěry ve skutkovou podstatu a význam zákonodárných přání pro veřejnost nepřevyšuje, resp. nedosahuje zájem jednotlivce na další existenci dosavadního práva“[14].

Ačkoli nález výslovně neříká, že ústavní zákon č. 195/2009 Sb. zakládá pravou retroaktivitu, se přesto podle mého názoru snaží v odst. 1 a 2 části VI./b tento dojem vzbudit. Jsem ale přesvědčen, že napadený ústavní zákon zakládá retroaktivitu nepravou, protože nepůsobí pro dobu minulou, ale teprve na dobu po začátku své účinnosti (platnost a účinnost zákona počala dnem vyhlášení 29. června 2009) stanovuje, že běžící volební období neskončí v červnu 2010, nýbrž v říjnu 2009. Tím se tedy Parlament nedopustil třetího hříchu profesora Fullera (zákaz zpětného působení), nýbrž lze nanejvýš uvažovat o hříchu sedmém (příkaz stability práva). Pokud

[14] Ústavní soud cituje z Pieroth, B.: Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, Berlin 1981, str. 380-381.

zákonodárce vydá zákon, na základě kterého ex lege za měsíc po vyhlášení zákona zanikají veškeré existující nájemní smlouvy, dopouští se sice hrubého zásahu do legitimních očekávání občanů (a i do jiných ústavně chráněných hodnot), nikoli však pravé retroaktivity. Ovšem, jak říká výše B. Pieroth, nepravá retroaktivita je sice zásadně přípustná, ale za určitých podmínek se může stát nepřípustnou, protiústavní.

Testujme tedy, zda se zde jedná o nepřípustnou nepravou retroaktivitu. Jako v případě obecnosti posuzujme nejprve otázku nepravé retroaktivity izolovaně, tedy nikoli ve spojení s porušením zásady obecnosti. Takovým příkladem by mohlo být rozpuštění Poslanecké sněmovny na podzim 2009 prezidentem republiky na základě čl. 35 odst. 2 Ústavy, platného a účinného od 14. září 2009 (ústavní zákon č. 319/2009 Sb.). I pro takové rozpuštění by mohlo platit, že byly „se zpětnými účinky byly změněny předpoklady, na základě znalosti kterých bylo voliči rozhodováno ve volbách do Poslanecké sněmovny“[15].

Taková nepravá retroaktivita může znamenat zásah do legitimních očekávání jednak poslanců, jednak voličů a jednak politických stran. Už bylo řečeno výše, že všechna tato legitimní očekávání byla poněkud oslabena již samotnou existencí čl. 35 odst. 1 Ústavy, který umožňoval, byť procesně odlišnou cestou, předčasné volby rovněž. Jednotlivá legitimní očekávání je třeba poměřovat s kolidujícími ústavními hodnotami, v neposlední řadě s ochranou legitimního očekávání voličů, kandidátů a nakonec i poslanců (a třeba i členů vlády), že se volby vyhlášené prezidentem republiky na základě ústavního zákona, do nichž v den nálezu chyběl necelý měsíc, uskuteční.

Právo jednotlivého poslance na čtyřletý mandát a legitimní očekávání s ním spojené musí být poměřováno jednak s veřejným zájmem na akceschopnosti Poslanecké sněmovny a existenci politické vlády s většinovou podporou, jednak s ústavním právem občanů volit a být volen za rovných podmínek ve volbách (čl. 21 odst. 1, 3 a 4 Listiny), které byly řádně vyhlášeny a jejichž příprava vstoupila již do závěrečné fáze. Poslanecká sněmovna je zastupitelským sborem lidu, míra její legitimity je největší bezprostředně po jejím zvolení. Poté již slábne, protože názory voličů a jejich reprezentantů se mohou od sebe vzdalovat. V zájmu stability státní politiky a možnosti provádět krátkodobě nepopulární, ale dlouhodobě prospěšná, opatření je však stanoveno relativně dlouhé volební období, během něhož poslanci nemohou být odvoláni svými voliči. Dojde-li však Poslanecká sněmovna k závěru, že již ztratila schopnost přijímat zásadní politická rozhodnutí, tento důvod ochrany před testem voličské přízně padá a je rozumným východiskem obrátit se k lidu, zdroji vší státní moci, aby zvolil a obdařil nejsilnější možnou demokratickou legitimitou novou Sněmovnu. Toto

[15] Část VI/b. odst. 2 nálezu.

řešení se jeví jako přiměřenější než protahování stavu neschopnosti Sněmovny vytvořit většinovou politickou vládu.

Pokud jde o legitimní očekávání voličů, jsem přesvědčen, že je psychologicky neopodstatněné jim podsouvat v okamžiku volebního aktu takové jejich volbu ovlivňující očekávání, že volí poslance právě na dobu čtyř let, která se nemůže zkrátit. Myslím, že naprostá většina voličů volí ty kandidáty, jimiž se v daném okamžiku cítí být nejlépe reprezentována, a nemění svoji volbu v závislosti očekávání délky volebního období (jež mohla nota bene měnlivá i podle tehdejšího právního stavu).

Legitimní očekávání politických stran, že volby budou později, je oslabováno týmiž argumenty, navíc by bylo dotčeno jen při překvapivě brzkých volbách; v našem případě ale mezi 28. květnem, kdy Parlament ústavní zákon přijal, a 9. říjnem, kdy měly být volby, leží více než čtyři měsíce. Naproti tomu zrušení voleb ohrozilo přípravu kandidátů i voličů na již vyhlášené volby, vyvolalo nejistotu o termínu voleb a tím ohrozilo volební účast, patrně též zkreslilo výsledky voleb, výrazně zkomplikovalo činnost vlády i Parlamentu v předvolebním období a prodloužilo stav vládnutí bez transparentních většin a politické odpovědnosti.

Pokud se přidržíme izolovaného posuzování nepravé retroaktivity bez kumulace s porušením zásady obecnosti, jsem přesvědčen, že v naprosté většině případů nebude zásah do legitimních očekávání stanovením nepravé retroaktivity dosahovat intenzity protiústavnosti. Jinak bychom museli dojít k obtížně akceptovatelnému příkazu měnit působnost orgánů veřejné moci vždy s účinností nejdříve k okamžiku nového obsazení těchto orgánů; změna pravomocí prezidenta republiky či Ústavního soudu by se tak mohla uplatňovat až pro nového prezidenta a nový Ústavní soud, atd.

5. Závěr

Jsem přesvědčen, že Ústavní soud zrušil ústavní zákon č. 195/2009 Sb. teprve z důvodu kumulace 1. porušení zásady obecnosti a 2. zásahu do legitimního očekávání zakotvením nepravé retroaktivity. Proto se také domnívám, že případné rozpuštění Poslanecké sněmovny prezidentem republiky na základě nového čl. 35 odst. 2 Ústavy ještě v pátém volebním období by ani ve světle komentovaného nálezu nebylo protiústavní.

Číst tedy pro futuro tento nález jako zákaz nepravé retroaktivity v ústavním právu, tedy jako zákaz měnit působnost orgánů veřejné moci s účinností pro jejich stávající nositele, bych proto pokládal za chybné; číst ho jako zákaz pravé retroaktivity pak za nemožné, protože o tu v projednávané věci nešlo, a tudíž žádný názor Ústavního soudu k této otázce není způsobilý být ratio decidendi.

Zásah do legitimních očekávání cestou nepravé retroaktivity však může v určitých případech nad únosnou mez zvyšovat závadnost prolomení Ústavy ústavním zákonem, který porušuje zásadu obecnosti. Na základě

komentovaného nálezu může tedy být za protiústavní pro porušení čl. 9 odst. 2 Ústavy považován jedině ústavní zákon, který je jednorázovým prolomením Ústavy s takovými účinky nepravé retroaktivity, které znamenají zásah do legitimních očekávání.

Contact – email
wintr@prf.cuni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚSTAVNĚPRÁVNÍ KRITERIA PŘISTOUPENÍ K EU A JEJICH ZMĚNA VE SVĚTLE LISABONSKÉ SMLOUVY

JIŘÍ ZEMAN

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek vychází z toho, že lze doktrinálně vymezit jistá kritéria (jež lze chápat jako kritéria ústavněprávní v materiálním slova smyslu), která musí splňovat všechny členské státy EU, resp. všechny státy, jež o členství v EU usilují. Příspěvek sám však tato kritéria nevymezuje – přebírá je totiž „jak stojí a leží“ z jiné práce autora příspěvku; všímá si toliko jejich proměny, a to ve světle takzvané Lisabonské smlouvy.

Key words in original language
Evropská unie; Lisabonská smlouva; ústavní právo.

Abstract
The report results from the fact that it is possible to define doctrinally certain criteria (that can be understood as constitutional criteria in a material sense), that must be fulfiled by all Member States of the EU, or by all states that aspire to be members of the EU. But the report itself does not deliminate such criteria - it takes them over as it stands from another author´s report; it observes the modification of these criteria in the light of the so called Lisbon Treaty.

Key words
European Union; Treaty of Lisabon; constitutional law.

1. ÚVOD

V jiné své práci (dále též „citovaná práce“[1]) jsem se pokusil definovat kritéria, jež musí splňovat stát ucházející se o členství v ES/EU [šlo přitom o kritéria (požadavky) týkající se ústavního systému (ústavního práva v materiálním slova smyslu), jež díky své obecnosti a zásadnímu významu musí splňovat právní řády všech uchazečů (a samozřejmě i členů ES/EU, a to bez újmy na jednom ze základních pilířů celé evropské integrace, čili na postulátu Jednoty v rozmanitosti].[2] [3] Je otázkou diskuse, zda kritéria, jejichž

[1] Zeman, J. Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn [Diplomová práce]. Brno 2008. Masarykova univerzita. Právnická fakulta. 157 str.

[2] Tento postulát přitom Evropský parlament prohlásil 4. 5. 2000 za motto EU – „In variete concordia“. Přitom právě český ekvivalent „Jednota v rozmanitosti“ považuji za nejpřiléhavější.

[3] K definici těchto kritérií jsem přitom přistoupil dříve, než se o ni alespoň v hrubých rysech pokusil čl. 49, resp. čl. 2 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy.

proměnou ve světle Lisabonské smlouvy se budu v tomto příspěvku zabývat, jsou vhodně nadefinovaná, zda by nebylo možné je přesněji roztřídit atp. Ale o tento úkol mi nyní nepůjde. Kritéria převezmu proto „jak stojí a leží" z výše citované práce. Již na první pohled, či lépe řečeno zamyšlení, je přitom zjevné, že domyslet důsledky všech změn, které Lisabonská smlouva v oblasti ústavněprávních kritérií přinese, je cíl jen velmi těžko dosažitelný, ba dokonce nedosažitelný.[4] Následující analýza proto bude poněkud obecnější, alespoň prozatím.

1.1 POŽADAVEK (KRITÉRIUM) DEMOKRATICKÉHO PRÁVNÍHO STÁTU

V citované práci byl vysloven názor, že toto kritérium je kritériem ústředním, všechna ostatní kritéria z něho vycházejí. V citované práci byla v rámci popisu kritéria (požadavku) demokratického právního státu sledována zejména ochrana základních práv (svobod), ochrana identity členského státu a sebeomezení evropských institucí. Před účinností Lisabonské smlouvy byla v těchto intencích relevantní zejména ustanovení čl. 5 a čl. 6 Smlouvy o EU a ustanovení čl. 10 a čl. 151 Smlouvy o ES. V éře Lisabonské smlouvy je pak nutno považovat za zásadní ustanovení čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy. Podle doktríny lze tento závazek EU považovat za soudně vymahatelný a jeho porušení může dokonce vést k neplatnosti legislativních i jiných právních aktů EU v souladu s ustanovením čl. 263 Smlouvy o fungování EU. Je rovněž vhodnou bariérou pro doložku flexibility podle čl. 352 Smlouvy o fungování EU. Podobný účinek jako čl. 4 odst. 2 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy pak má i doložka oboustranné flexibility ve smyslu čl. 48 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy.[5]

1.2 POŽADAVEK DĚLBY MOCI

V citované práci jsem dospěl k závěru, že dělba moci, která se dříve realizovala pouze na „národní úrovni", dostala v projektu evropské integrace nový rozměr – neslučitelnost výkonu některých evropských funkcí

[4] Nedosažitelný je již jen proto, že evropské instituce (například Evropský soudní dvůr, respektive v éře Lisabonské smlouvy Soudní dvůr EU) se díky Lisabonské smlouvě dostávají do nového postavení strážců základních práv (budiž přitom poznamenáno, že tato poznámka nést žádnou negativní konotaci, jde o pouhé konstatování; autor například nesdílí obavy o tom, že účinností Lisabonské smlouvy dojde k prolomení takzvaných Dekretů prezidenta republiky – srov. k tomu autorův názor prezentovaný v rámci recenze knihy M. Petříka Evropa ve slepé uličce: Lisabonská smlouva a politická unifikace – Zeman, J. Michal Petřík: Evropa ve slepé uličce: Lisabonská smlouva a politická unifikace. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, XVI, 4/2008, s. 389-391.)

[5] Parafrázováno podle Zemánek, J. Kompetenční a hodnotový rámec Evropské unie v „lisabonském" nálezu Ústavního soudu. In Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR, Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 143.

s výkonném některých funkcí národních.[6] Princip dělby moci se však neprojevuje pouze ve smyslu vertikálním (tzn. úroveň národních a úroveň evropských funkcí), ale i ve smyslu obecnějším [srov. čl. 245 Smlouvy o fungování EU: „Členové Komise se zdrží jakéhokoliv jednání neslučitelného s povahou jejich funkce. (...) Během funkčního období nesmějí členové komise vykonávat výdělečnou nebo nevýdělečnou profesionální činnost." nebo čl. 286 Smlouvy o fungování EU: „(Členové Účetního dvora se zdrží) jakéhokoliv jednání neslučitelného s povahou své funkce."]

1.3 POŽADAVEK ZÁKAZU DISKRIMINACE

O diskriminaci nyní pojednává v čl. 18 a 19 Smlouvy o fungování EU. Již se zde pochopitelně neodkazuje na čl. 251 Smlouvy o ES, ale hovoří se zde o řádném a zvláštním legislativním postupu ve smyslu čl. 289, resp. 294 Smlouvy o fungování EU. V tzv. řádném legislativním procesu došlo přitom k posílení role Evropského parlamentu.

1.4 POŽADAVEK POSKYTNUTÍ MOŽNOSTI JEDNOTLIVCŮM DOVOLÁVAT SE ODPOVĚDNOSTI ČLENSKÉHO STÁTU V PŘÍPADĚ PORUŠENÍ EVROPSKÉHO PRÁVA[7]

Před Lisabonskou smlouvou bylo nutno v této oblasti rozlišovat mezi odpovědností plynoucí z unijního práva (mezinárodního práva veřejného) a odpovědností komunitární. Za „kralování" Lisabonské smlouvy musíme uvažovat pouze o odpovědnosti komunitární. Tato změna, vzhledem k propracovanému institucionálnímu systému EU, se mi zdá, zvláště z pohledu občanů EU (ale samozřejmě i právnických osob) jistě pozitivním krokem. Dlužno dodat, že český právní řád tuto problematiku stále neřeší.

1.5 POŽADAVEK POSKYTOVAT DIPLOMATICKOU A KONZULÁRNÍ OCHRANU

Věcně se na této povinnosti nic nemění – toliko z formálního hlediska je nově zakotvena v čl. 20 odst. 2 písm. c) Smlouvy o fungování EU, kde je obsažena v demonstrativním výčtu uvozujícím občanství EU a dále v čl. 23 téže smlouvy obsahujícím zmocnění pro Radu k vydávání směrnic a dalších opatření k úpravě konzulární (diplomatické) ochrany.[8]

---

[6] Zde mám na mysli především neslučitelnost výkonu poslaneckého mandátu v národním sboru s výkonem mandátu poslance evropského parlamentu ve smyslu rozhodnutí Rady 2002/772/ES.

[7] Pokud jsem ještě v citované práci rozlišoval mezi komunitárním a unijním právem (tedy odpovědností členského státu za dodržování unijního a komunitárního práva) pak s účinností Lisabonské smlouvy tento rozdíl zaniká.

[8] Doposud byla tato problematika podrobněji upravena Rozhodnutím Zástupců Vlád Členských Států Zasedajících V Radě 95/553/ES. Takto úprava zatím nebyla nahrazena,

1.6 POŽADAVEK ZJIŠTĚNÍ PRÁVA NA ZÁKONNÉHO SOUDCE

Pro teoretický základ odkazují na citovanou práci.[9] Nejvýraznější změnou v oblasti práva na zákonného soudce je rozšíření jurisdikce Soudního dvora EU na bývalý III. pilíř (Policejní a justiční spolupráce v trestních věcech) a na rozhodování v rámci Listiny základních práv EU.[10] „Bývalý II. pilíř" (Společná zahraniční a bezpečnostní politika) je povětšinou vyňata z jurisdikce Soudního dvora EU (srov. čl. 24 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy).

1.7 POŽADAVEK MOŽNOSTI OBČANŮ EU VOLIT/BÝT VOLEN V KOMUNÁLNÍCH VOLBÁCH A VOLBÁCH DO EVROPSKÉHO PARLAMENTU

Na této součástí evropského občanství se s účinností Lisabonské smlouvy nic zásadního nemění. Podrobná úprava tohoto aspektu evropského občanství je podle čl. 23 Smlouvy o fungování EU svěřena Radě, která k němu dospěje zvláštním legislativním postupem po konzultaci s Evropským parlamentem, a to jednomyslně. Participace občanů na dění v EU je však posílena díky institutu lidové iniciativy, často zdůrazňovaném rozšíření vlivu národních parlamentů (kontrola dodržování principu subsidiarity a proporcionality) a rozšířeným zapojením Evropského parlamentu do schvalování legislativy EU (nejvýznamnější je tato změna v oblasti justice a vnitra i zemědělské politiky; srov. k tomu proklamaci uvedenou v čl. 10 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy).

1.8 POŽADAVEK RESPEKTOVÁNÍ EVROPSKÉHO PRÁVA

Obecný požadavek respektování evropského práva zakotvený dříve v čl. 10 Smlouvy o ES je nově zakotven v čl. 4 odst. 3 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy. Dikce této „obecné loajality" členských (kandidátských) států se poněkud změnila, když podle čl. 10 Smlouvy o ES

---

byla pouze rozvedena v dalších dokumentech (poněkud futuristický nádech mělo například svého času Sdělení Komise Radě, Evropskému parlamentu, Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru a Výboru regionů – Účinná konzulární ochrana, které například počítalo s tím, že se do cestovních dokladů bude otiskovat znění čl. 20 Smlouvy o ES, kde je tato problematika také doposud upravena).

[9] Zeman, J. Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn [Diplomová práce]. Brno 2008. Masarykova univerzita. Právnická fakulta. str. 46 a násl.

[10] Ke vztahu mezi Listinou základních práv EU (tedy Soudním dvorem EU) Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod (tedy Evropským soudem pro lidská práva) a Listinou základních práv a svobod (tedy Ústavním soudem) jsem se podrobně vyjádřil ve své diplomové práci (Zeman, J. Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn [Diplomová práce]. Brno 2008. Masarykova univerzita. Právnická fakulta. str. 72 a násl.) a také v recenzi (Zeman, J. Michal Petřík: Evropa ve slepé uličce: Lisabonská smlouva a politická unifikace. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, XVI, 4/2008, s. 389-391). Proto na tam uvedené závěry odkazuji.

měly státy přijmout opatření k plnění závazků, které vyplývají ze Smlouvy o ES nebo jsou důsledkem činnosti orgánům Společenství. Podle odstavce 3 článku 4 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy přitom mají členské státy učinit opatření k plnění závazků plynoucích ze Smluv nebo z aktů Unie.[11]

1.9 POŽADAVEK SPOLUPRÁCE V OBLASTI MĚNOVÉ POLITIKY[12]

V oblasti měnové politiky bylo v čl. 129 odst. 3 Smlouvy o fungování EU (bývalém čl. 107 odst. 5 Smlouvy o ES) změněno ustanovení, podle kterého mohou Evropský parlament a Rada (dle stávající Smlouvy o ES jen Rada) řádným legislativním postupem změnit vyjmenovaná ustanovení statutu Evropského systému centrálních bank a Evropské centrální banky. Článek 133 Smlouvy o fungování EU stanoví, že Evropský parlament a Rada po konzultaci s Evropskou centrální bankou řádným legislativním postupem přijímají nezbytná opatřeni pro používání eura. Zcela nová kapitola „Ustanovení týkající se členských států, jejichž měnou je euro“ je vložena do hlavy VIII Hospodářská a měnová politika Smlouvy o fungování EU. Ustanovení této kapitoly (čl. 136 až 138) vyčleňuje členské státy eurozóny od ostatních členských států Unie) vztahuje na ně pravomoci jednotlivých orgánů Unie a dává pravomoc k silnější a oddělené koordinaci hospodářských politik členských států eurozóny.

1.10 POŽADAVEK SPOLUPRÁCE V OBLASTI JUSTICE A VNITRA

V čl. 81 Smlouvy o fungování EU je nově zakotvena zásada vzájemného uznávání soudních a mimosoudních rozhodnutí v oblasti soudní spolupráce v občanských věcech s mezinárodním prvkem. Nedotčena zůstává možnost EU přijímat opatření s cílem usnadnit doručování v právních stycích s mezinárodním prvkem, zajistit opatřování důkazů v těchto vztazích atd. Tato opatření přitom mohou být přijímána tehdy, pokud je to zejména

---

[11] V této souvislosti připomínám, že článek o přednosti práva EU není ve Smlouvě o EU obsažen. K Závěrečnému aktu mezivládní konference z roku 2007 bylo připojeno prohlášení č. 27 o přednosti práva obsahující následující text: „Konference připomíná, že v souladu s ustálenou judikaturou Soudního dvora Evropské unie mají Smlouvy a právo přijímané Unií na základě Smluv přednost před právem členských států, za podmínek stanovených touto judikaturou.“ Součástí prohlášení je rovněž stanovisko právní služby Rady o přednosti práva ES ve znění uvedeném v dokumentu 11197/07 (JUR 260) ze dne 22. června 2007.

[12] Text o spolupráci v oblasti měnové politiky byl po úpravě převzat z Pítrová, L. a kol. Když se řekne Lisabonská smlouva : perspektiva fungování Evropské unie podle nového smluvního rámce. vyd. 1. Praha : Odbor informovaní o evropských záležitostech, Úřad vlády České republiky, 2008, s. 110.

nezbytné náležitému fungování vnitřního trhu (podle stávající úpravy jsou takováto opatření vázána právě na fungování vnitřního trhu).

V oblasti spolupráce v trestných věcech je nově zaveden systém posílené spolupráce (pokud o posílenou spolupráci projeví zájem alespoň 9 členských států, jejich rozhodnutí nemůže být ostatními zablokováno. Vedle vzájemného uznávání soudních rozhodnutí se počítá i s minimálním vymezením trestných činů a trestů za ně.

1.11 POŽADAVEK ÚČASTI NA SPOLEČNÉ ZAHRANIČNÍ A BEZPEČNOSTNÍ POLITICE

I v éře Lisabonské smlouvy zůstane zachován specifický charakter společné zahraniční a bezpečnostní politiky, kdy si členské státy zachovávají značnou míru autonomie a vliv orgánů EU (tedy zejména Komise, Evropského parlamentu, Soudního dvora EU) zůstane omezen (v rámci hlasovací procedury se vyžaduje jednomyslnost; v rozhodnutích bude přesně stanoveno jejích trvání a úkoly, jež zajistí EU a které zajistí členské státy). Nově se v tento oblasti objeví prvek takzvané stále strukturované spolupráce (srov. k tomu čl. 42 Smlouvy o EU ve znění Lisabonské smlouvy a Protokol o stále strukturované spolupráci stanovené čl. 42 Smlouvy o EU), jež je vlastně obdobnou výše zmíněné posílené spolupráce v trestních věcech.

2. ZÁVĚR

Ač výše nastíněný přehled kritérií (požadavků), jež musí uchazeč o členství v EU za účinnosti lisabonské smlouvy splnit, má podobu spíše jen osnovy, lze z něj dle mého názoru vyvodit následující závěry: EU ve své nejnovější éře klade stále větší důraz na atributy demokratického právního státu v jeho moderním, evropském, pojetí (tento respekt se přitom projevuje nejen v podrobně hodnotově-filozofické, ale též praktické – viz například úsilí o zapojení národních parlamentů do evropského normotvorného procesu). Projekt evropské integrace se za pomoci Lisabonské smlouvy rovněž snaží udržet si svoji vývojovou dynamiku, pro něj tolik typickou.[13] Činí tak ovšem s vědomím, že ne všechny národní státy z její členské základny to mohou respektovat – proto ve větší míře než dříve využívá mechanismu, jež tuto dynamiku udrží způsobem nenarušujícím svébytnost toho, kterého člena.

Literature:

- Pítrová, L. a kol. Když se řekne Lisabonská smlouva : perspektiva fungování Evropské unie podle nového smluvního rámce. vyd. 1. Praha

[13] Srov. k tomu blíže Zeman, J. Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn [Diplomová práce]. Brno 2008. Masarykova univerzita. Právnická fakulta. str. 61.

: Odbor informovaní o evropských záležitostech, Úřad vlády České republiky, 2008, 156 s., ISBN 978-80-87041-48-2.

- Zeman, J. Michal Petřík: Evropa ve slepé uličce: Lisabonská smlouva a politická unifikace. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, XVI, 4/2008, s. 389-391, ISSN 1210 – 9126.
- Zeman, J. Přistoupení k EU a nutnost provádění ústavních změn [Diplomová práce]. Brno: Masarykova univerzita. Právnická fakulta, 2008, 157 s.
- Zemánek, J. Kompetenční a hodnotový rámec Evropské unie v „lisabonském“ nálezu Ústavního soudu. In Lisabonská smlouva a ústavní pořádek ČR, Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 135-147, ISBN 978-80-7380-192-2.

Contact – email
110303@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MÍSTO BRNĚNSKÉ PRÁVNÍ ŠKOLY V SOUDOBÉM PRÁVNÍM MYŠLENÍ

THE PLACE OF BRNO LEGAL SCHOOL IN CONTEMPORARY LEGAL THINKING

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EXISTUJÍ MEZERY V PRÁVU

BLANKA BARÁKOVÁ

Provozně ekonomická fakulta, Mendelova zemědělská a lesnická univerzita v Brně

Abstract in original language
Problém existence nebo neexistence mezer v právu provází právní vědu po celou historii jejího vývoje, přičemž zřejmě nelze s konečnou platností vyslovit definitivní úsudek. Podle teorie O. Weinbergera[1] je třeba uznat existenci právních mezer, a to hned z několika autorem uvedených důvodů. Příspěvek se zaměřuje na potvrzení této teorie v současných podmínkách a evidentní důsledky, které na základě této skutečnosti můžeme zpozorovat. V neposlední řadě se autorka pokouší navrhnout některá dílčí opatření, směřující k řešení problému.

Key words in original language
Právní norma; právní systém; mezery v právu.

Abstract
The problem of the existence or non-existence of gaps of law accompany lte law theory trough its whole history, but it's impossible to ju judge the final judgement. According to the theory of Otta Wienberger it ś necessary to admit existence of gaps of law because of several reasons mentioned by the author. This article is intent on confirmation of this theory in contemporary conditions and to evidentional consequences which we can notce. The author of this article is also trying to suggest some partial actions leading to the solution.

Key words
Rule of law; legal system; gap of law.

Úvod

V současnosti jde o živý problém, neboť řadu problému provázejících výklad právních norem vztahujeme k tzv.: mezerám v právu, byť ne vždy o skutečné mezery jde. Bohužel mnohdy tato argumentace fakticky znamená únik od problému (který tím zůstává nevyjasněn) pro osobu právo aplikující, jíž k ospravedlnění a obhájení svého názoru napomáhá podoba do takové míry detailizované právní úpravy daného institutu, že již soudci neposkytuje vůbec žádný prostor. Typicky jde o posuzování problému, u něhož byla právní úprava vyčerpána pro všechny možné situace, kde zákonodárce se snažil u daného institutu (typicky v hmotněprávním předpisu) pojmenovat a zároveň procesně řešit vše, co může v praxi nastat.

[1] Weinberger, O.: Norma a instituce, Masarykova univerzita, Brno, 1995

Nejen, že tím zasahuje do soudní moci, do prostoru, který přináleží soudci, když často vlastně za něho upravuje procesní postupy, ale umožňuje praxi, aby vytvořila nové okolnosti, pod který se podřazovaný případ „nevejde“. A na tomto místě je pak používána argumentace o mezerách v právu, neboť soudce marně hledá pro tuto „novou„ situaci oporu detailně zákonem zmapovanou. Mnohde se nemůže vrátit k obecnosti, neboť ta je detailizovanou úpravou vyloučena, např. v podobě taxativního výčtu. Příkladů lze uvést celou řadu. O.Weiberger vidí mezery jako případy, kdy při aplikaci práva narážíme na normativní neurčitost, kterou nelze odstranit výkladem, s tím, že v úvahu připadají různé situace: jednak rozpornost ustanovení v právním řádu, dále nedostatek nezbytných prováděcích ustanovení a předpoklad existence skutečností, které však realizovány nejsou. Tento výklad však není postaven jako taxativní výčet možností, na jejichž základě pak vznikají mezery v právu, což samozřejmě připouští další různé situace.

Výsledky a diskuse :

Především jde o situace, v úvodu naznačené. U mnohých právních předpisů zákonodárce přijal verzi jejich maximálně podrobné právní úpravy ve snaze poskytnout vodítko a řešení pro všechny eventuality. Praxe však přijde s další novou variantou - a důsledkem toho je, že o mezerách můžeme mluvit dále. Soudce totiž pro tuto variantu oporu v zákoně nenalezne. Zákonodárce si uvědomí, že tudy jít nelze, nemůže stále rozšiřovat i tak velmi nabobtnalý předpis. Při další novelizaci přijme zcela jinou filozofii. Pak se však stane, že soudce či osoba právo aplikující namítne nedostatek úpravy a volá po odstranění mezery, a situace se opakuje. Proč tomu tak je ? V soudobé legislativě se v případě hledání řešení nějaké otázky jen velmi vzácně můžeme setkat s tím, že daný problém není legislativně vůbec řešen. Naopak většinou daná otázka legislativně řešena je, a to s více či méně podrobným přístupem, s větší či menší propracovaností. A čím více je v daném hledání legislativa propracovanější a kazuističtější, tím širší musí být i novelizační zásah. Novelizační zásah je potom široký, dotýká se mnohých detailů, které však na něj musí reagovat, jako na změněnou skutečnost a takový detail může nahlodat původní filozofii předpisu. Situace se komplikuje. Řešením je tu citlivé rozhodnutí na správném místě o tom, zda bude právní úprava jen rámcová, neboť při ní by problém nevznikl, nebo zda bude detailní, což sebou přinese povinnost novelizovat řadu navazujících norem, mnohdy narušit původní filozofii zákona a riskovat střet protichůdných ustanovení v něm a v právních předpisech souvisejících. Následná rozpornost ustanovení je důvodem vzniku dalších mezer v právu.

Normativní neurčitost může být způsobena i řetězením odkazů. Autorky se domnívají, že dost dobře nelze pokračovat v praxi, která znamená několikanásobné odkazy na další a další normu.

Příklad : Jde o současný obchodní zákoník, který ve svém ustanovení §244 odst. 8 odkazuje na použití § 243 odst.8, přičemž tento § odkazuje na § 193 odst. 2a také 194 odst. 2., přičemž 193 odst. 2 odkazuje na § 196a odst. 4 a

§ 194 odst. 2, když posledně jmenovaný odkazuje ještě na § 7. Má-li osoba aplikující právo postavit na dané konstrukci zcela přesvědčivé závěry, musí mít nutně pochybnosti stran svých úvah, zejména je-li ještě použito slovního obratu : „přiměřené použití"..

Mezi O. Weinbergerem uvažované situace, zapříčiňující mezery v právu, náleží i neexistence prováděcích ustanovení. Současné době to bývá i neexistence zákona, o němž zákonodárce předpokládá, že bude přijat současně. Tyto situace se stávají v poslední době poměrně často, např. u nově přijatého zákoníku práce, který počítal s existencí tzv.: antidiskriminačního zákona, který byl však přijat až po více než dvouletém zpoždění.

Samozřejmě není žádnou výjimkou, když chybí prováděcí ustanovení, která mají být dány vyhláškou příslušného ministerstva, event. jiného ústředního orgánu státní správy, nebo nařízením vlády. Tento stav je naopak velice častý.

Značný rezervoár mezer v právu přinášejí právní předpisy, které jsou postavené na neznalosti praxe. Je tak založen problém, kdy zákon vůbec neřeší situace, které nutně nastanou a které by řešit musel a řešil, kdyby praxi znal. Jde od obdobu situace, O.Weinbergerem předpokládanou jako jednou z příčin mezer a spatřovanou v předpokladu existence skutečností, které fakticky realizovány nejsou. S tím rozdílem, že nastává situace poněkud opačná, tedy dojde k tomu, že zákon vůbec nepředpokládá situaci, která však fakticky realizována je a nutně v praxi nastane. Jako příklad můžeme uvést obchodní zákoník v souvislosti s transformací družstev.

Příklad

Obchodní zákoník, autor komentáře JUDr. Pekárek[2], který m. j. uvádí, že družstvo nemůže prohlásit soukromý majetek člena za jeho vklad. Podíl (po transformaci) se stane vkladem, pokud jej vloží sám jeho člen. Je třeba rozlišovat mezi uložením povinnosti vklad do družstva vložit, a splněním této povinnosti. Zcela opačný názor však zastává, pokud jde o podíly osob, které zůstaly členy i po transformaci družstev, Nejvyšší soud [3] dle něhož majetkový podíl z transformace osoby, která zůstala členem družstva i po této transformaci, se stává součástí obchodního majetku družstva jako vklad člena, aniž by člen musel činit jakýkoliv právní úkon, směřující ke vložení podílu do základního jmění. Právní úprava tohoto problému dle našeho názoru měla důvodně předpokládat situace, které nastanou a výslovně toto upravit, neboť bylo jistě důvodné očekávat, že ke transformacím dojde,

[2] Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. Obchodní zákoník. Komentář. 8. vydání, Praha, C.H.Beck 2003, str. 880 an.

[3] SR 6/2002 s.209

protože dojít musí a skutečnosti předpokládané zákonem tedy budou hromadně realizovány.

III. ÚS 95/08

Požadavek adresovaný obecným soudům v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 20/05 (Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 40, nález č. 47, vyhlášen pod č. 252/2006 Sb.), že „i přes absenci úpravy předvídané v § 696 odst. 1 občanského zákoníku musí rozhodnout o zvýšení nájemného, a to v závislosti na místních podmínkách a tak, aby nedocházelo k diskriminacím různých skupin právních subjektů“, nelze redukovat jen na právní vztahy „budoucí“, resp. není důvod jej nespojit i s nároky, jimiž se pronajímatelé domáhali „nájemného“ nad rámec nájemného sjednaného v nájemní smlouvě za vymezenou dobu minulou.

Tento názor není vysloven k obecné oponentuře k nálezu sp. zn. I. ÚS 489/05 (Sbírka nálezů a usnesení Ústavního soudu, svazek 41, nález č. 80) - taková potřeba zde nevyvstává, nýbrž k jeho konkrétnímu použití v těch řízeních, v nichž byla podána odpovídající žaloba, resp. v nichž byl nárok vztažený k době minulé uplatněn. Ostatně jinak - zamítnutím takové žaloby (k čemuž se dovolací soud přihlásil) - by obecné soudy požadavku zajistit „proporcionální ochranu subjektivních práv a právem chráněných zájmů“ žalujících pronajímatelů (vlastníků) dostát ani nemohly.

II. ÚS 2224/07

Ústavní soud se jednoznačně vyslovil v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 20/05, na který správně poukazují i stěžovatelé, ale dále i např. v nálezu ze dne 13. září 2005, sp. zn. IV. ÚS 611/05, ze dne 22. prosince 2005, sp. zn. I. ÚS 717/05, ze dne 6. března 2006, sp. zn. IV. ÚS 111/06 aj.), že není přípustné přenášet sociální zátěž jedné skupiny lidí (nájemci) na skupinu druhou (pronajímatelé), přičemž dodává, že není ani přípustné vytvářet různé kategorie pronajímatelů, v závislosti na tom, zda nájemné v bytech jedné skupiny podléhá regulaci, či nikoliv.

Obecné soudy, i přes absenci úpravy předvídané v § 696 odst. 1 obč. zák., musí rozhodnout o zvýšení nájemného, a to v závislosti na místních podmínkách a tak, aby nedocházelo k diskriminaci různých skupin právních subjektů.

Stěžovatelé v ústavní stížnosti namítali porušení čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) zakotvující právo na spravedlivý proces a porušení čl. 37 odst. 3 Listiny, dle něhož jsou si všichni účastníci v řízení rovni. Nejprve stručně zrekapitulovali dosavadní průběh řízení a napadená rozhodnutí. Stěžovatelé zdůrazňují, že žalobu byli nuceni podat s ohledem na skutečnost, že od 1. ledna 2003 neexistuje právní předpis upravující regulaci nájemného a že se nebylo možno se žalovanými dohodnout ve smyslu § 671 odst. 3 obč. zák. na zvýšení nájemného. Vyslovili přesvědčení, že obecné soudy rozhodovaly v rozporu s nálezy

Ústavního soudu a rovněž v rozporu s hmotným právem. Vychází ze stavu po zrušení předpisů regulujících výši nájemného, který je protiústavní a evidentním způsobem znevýhodňuje pronajímatele. Ústavní soud v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 20/05 dospěl k závěru, že trvá na plnění základní funkce obecných soudů, tj. na zajištění proporcionální ochrany subjektivních práv a právem chráněných zájmů a vyslovil přitom požadavek, aby obecné soudy tuto ochranu pronajímatelům poskytly tak, že nebudou zamítat jejich žaloby požadující určení zvýšení nájemného s odkazem na nedostatek zákonné úpravy. Stěžovatelé dále odkázali na nález Ústavního soudu sp. zn. IV. ÚS 611/05, v němž byla zformulována povinnost obecných soudů chránit základní práva jednotlivce cestou soudcovského dotvoření práva. Závěr vyplývající z citovaného nálezu tedy je, že obecné soudy nemohou odepřít ochranu základnímu právu poukazem na mezeru v právním řádu, ale naopak jsou povinny ochranu základnímu právu poskytnout.

Mezery v právu -Hollander

1) Právní úprava sporu o rozsah kompetencí mezi státními a samosprávnými orgány platná v České republice pojem „inkludovaného orgánu“ nezná. Ústavní soud České republiky v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 17/06 vymezil pojem státního orgánu (resp. samosprávného orgánu) toliko a výlučně dle kategorie přičitatelnosti, tj. dle toho, zdali je určité osobě anebo skupině osob zákonem svěřena pravomoc, tedy způsobilost jménem státu autoritativně právně relevantně (čili s právními následky pro jiné subjekty) jednat v oblasti veřejnoprávních vztahů. Z pohledu takto definovaného pojmu státního (samosprávného) orgánu může tatáž osoba (skupina osob) v určité své roli být inkludovaným státním (samosprávným) orgánem, v roli jiné ale nabýt povahu státního (samosprávného) orgánu svébytného. Opačný postup, argumentem reductione ad absurdum, by totiž ve svém důsledku vedl k odepření spravedlnosti, k porušení zásady zákazu denegationis iustitiae a tím i principu právního státu (čl. 1 odst. 1 Ústavy). Měl by totiž v případě negativního sporu o rozsah kompetencí „inkludovaných státních (samosprávných) orgánů“ za následek absenci procedury, jež by zajistila další postup rozhodování ve věci.

2) Mezi účely řízení ve sporech o rozsah kompetencí nutno přiřadit i případy, jejichž normativní rámec je dán v době návrhu již neplatnou právní úpravou. Je tomu tak za předpokladu, dopadají-li důsledky kompetenčního sporu na ještě pravomocnými rozhodnutími neskončená řízení, čili vůči projednání kompetenčního konfliktu nestojí argument právní jistoty a ochrany práv třetích osob.

3) Z § 25 zákona č. 7/2002 Sb. vyplývá, že v případě kumulace absence explicitní úpravy a z povahy věci plynoucí nemožnosti použití trestního řádu nutno použít soudcovskou tvorbu práva, spočívající ve vyplnění tzv. pravé mezery v právu.

4) Je-li kasačním nálezem zrušeno pravomocné rozhodnutí orgánu veřejné moci, na něž obsahově navazují rozhodnutí další, a nemá-li tím být

vytvořena situace, kdy pro přijetí těchto rozhodnutí v důsledku kasace nejsou splněny právní podmínky, Ústavní soud současně zruší tato další rozhodnutí na zrušené rozhodnutí nebo jeho zrušenou část obsahově navazující, pokud vzhledem ke změně, k níž došlo zrušením, pozbyla podkladu. Vychází přitom, v návaznosti na právní názor vyslovený v nálezu sp. zn. III. ÚS 188/99, z ustanovení § 63 zákona č. 182/1993 Sb. ve spojení s ustanoveními § 265k odst. 2 a § 269 odst. 2 trestního řádu.

Závěr :

Problém mezer v právu je živý dnes více než dříve a důvody mezerovitosti se spíše rozrůstají, autorka na základě shora uvedených vývodů dospěla k závěru, že mezery v právu nejen že existují, ale důvody pro jejich vznik jsou rozšiřovány.Mimo to však lze uzavřít, že mezery v právu bývají argumentovány i tam, kde ve skutečnosti o mezery nejde.

Doporučení, která lze vyslovit pro řešení problému :

uvádět do společnosti jen takové právní předpisy, které vychází ze znalosti praxe

je-li možno vzhledem k předmětu úpravy, použít normu věc řešící obecně a rámcově

dbát o to, aby pozměňovací návrhy prosazované v parlamentu nenarušili filozofii zákona a nedegradovaly svou výjimkou smysl předpisu

právní předpisy nepřijímat chaoticky, ale vždy pečlivě zvážit i potřebu současného přijetí úprav dalších předpisů a toto zajistit

politický tlak by neměl být rozhodujícím vodítkem pro přijetí právního předpisu

systém odkazů, zejména jejich řetězení, nepoužívat, příp. velmi omezit na situace nepochybné a nezbytné

Literature:

- Weinbgerger, O.: Norma a instituce (Úvod do teorie práva), Masarykova univerzita, 1995
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. Obchodní zákoník. Komentář. 8. vydání, Praha, C.H.Beck 2003

Contact – email
barakova@mendelu.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SVÉVOLE A MORÁLNÍ ARGUMENTACE V PRÁVU

LIBOR HANUŠ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Úvaha se pokouší odpovědět na otázku, zda a do jaké míry je legitimně v právním státě přípustná, nezbytná a žádoucí morální argumentace v právu. Dle autora je výkon právnické profese spjatý s povinností morální argumentace ve všech situacích, kde to povaha myslitelného argumentačního pole připouští. Tyto situace se pokouší blíže vymezit, jakož následně z pohledu vyloučení svévole (principů právního státu) i přijatelná racionální kritéria odůvodnění morálního úsudku. Vychází z toho, že pokud se moralitě v právu odepírá její význam, popírá (ničí) se tím idea práva samotná. Relevantní body svého přístupu k řešení dané otázky rovněž podkládá ústavně zakotvenými hodnotami a principy (čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR, čl. 1 Listiny základních práv a svobod).

Key words in original language
Hodnoty demokratického právního státu; idea práva; účely práva; morální argumentace; svévole.

Abstract
This consideration tries to answer the question if and to what extent is the moral argumentation legitimately admissible, necessary and desirable in the rule of law state. According to the author, the execution of legal profession is connected with the obligation to use moral argumentation in all situations in which the nature of thinkable field of argumentation allows it. He tries both to determine these situations in details and to stipulate acceptable rational criteria for the moral judgment reasoning form the point of view of elimination of arbitrariness (rule of law principles). He comes out from the fact that if the morality in the law is deprived of its significance, the idea of law itself is denied. The author also supports the relevant points of his attitude to the resolution of given answer by reference to the constitutionally enshrined values and principles (Art. 1 par. 1 of the CR Constitution, Art. 1 of the Charter of Human Rights and Basic Freedoms).

Key words
Values of democratic rule of law state; concept of law; purpose of law; moral argumentation; arbitrariness.

1. SVÉVOLE A MORÁLNÍ ARGUMENTACE V PRÁVU

„Každý právník má o pojmu práva více či méně jasnou představu, která se projevuje v jeho praxi.“

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Robert Alexy

„K utváření lepšího světa přispívá člověk výhradně tím, že koná dobro teď, osobně a se zanícením všude tam, kde je to možné.“

Benedikt XVI.

1.1 PROLOG

Sluší se říci, že dílo prof. Oty Weinbergera je kromě mnoha dalšího jeho neocenitelného významu především výzvou ke hledání spravedlnosti. Stran právnické argumentace vybízí v těchto intencích k odpovědné racionalitě ve smyslu uváženého a zralého pozitivizmu. Současně ovšem obsahuje i poznání, dle něhož logika a její náležité užití je sice zcela nezbytným a neopomenutelným komponentem právnické argumentace, nikoliv však komponentem (samotným o sobě) dostatečným.

Svým obsahem opakovaně připomíná, že intenzivní a tvůrčí vnitřní dialog člověka se sebou samým, a stejně tak i s jeho okolím, opřený o poznání a rozumné konstruktivní a pozitivně orientované pochybování, je nezbytným předpokladem skutečně řádného a odpovědného usuzování.

Dává nám poznat, že hodnoty právnického diskurzu spočívají též v toleranci a otevřenosti vůči druhým, a že nosnou podmínkou každé disputace je étos racionální diskuze, jakož i schopnost jejích účastníků reflektovat nepředpojatě nově vnesená hlediska a v důsledku toho odpovídajícím způsobem korigovat vlastní názory a přesvědčení, čímž i dospívat k vytříbenějším závěrům, jejichž praktické uplatnění je posléze s to přispět ke společnému úsilí o obecné dobro. V této souvislosti pochopit, že patří se rovněž přiměřeně závažnosti věci se zamýšlet nad svou vlastní rolí a mít neustále na paměti, že i při korektní racionální argumentaci pohybující se v mezích právního řádu není pro povahu navýsost vážné problematiky, o níž jde, to jest pro „realizaci lidské spravedlnosti“ vyloučeno, že to, co je byť i třeba po určité stránce velmi logické, nemusí být současně vždy také lidsky správné, a že tomu tak tedy má i být.

Připomeňme, že ve vztahu ke klíčovému komponentu zde pojednaného tématu potom prof. O. Weinberger formuloval tuto tezi: „Autonomní koncepce morálky, jak převládá ve filozofii minimálně od Kanta, implikuje možnost a přípustnost různých morálních hodnocení. Tato skutečnost podtrhuje roli vlastní zodpovědnosti, implikuje však také nutnost společenských diskursů o hodnotách a morálních otázkách.“[1]

Sepsání následující úvahy je reflexí řečeného. Odvahy k tomuto kroku dodává přesvědčení, že bude se na ni pohlížet tak, jak by (domnívám se) na

[1] Weinberger, O.: Filozofie, právo, morálka (Problémy praktické filozofie), Brno: Masarykova univerzita, 1993, s. 144.

ni nahlížel zajisté tento koryfej právní filozofie; se shovívavým pochopením a vědomím, že při snaze o hledání spravedlnosti a práva se lze případně mýlit i s těmi nejlepšími úmysly. Čtenáře prosím jen o trochu sympatie, bez níž se žádné porozumění neobejde.

1.2 MORALITA VERSUS PRÁVNÍ KATEGORIE

„Iustitia fundamentum regnorum."

Nutno upřímně říci, že dalším (stále více aktuálním) podnětem k sepsání této stručné glosy je mimo uvedeného realistické vnímání soudobého značně sekularizovaného a relativistického společenského prostředí a s tím spjatý problém i v parciálním oboru právnickém zcela zásadní, totiž dokonce mnohými kolegy často kategoricky prezentovaný názor o nemožnosti uplatnit při právnickém odůvodňování a metodologické argumentaci jakákoli morální hlediska.

Oproti těmto tendencím jde v předložené stati o to vyjádřit v základních a pokud možno navzájem souladných tezích přesvědčení, že naopak (přinejmenším) do té míry, v níž to povaha relevantního argumentačního pole připouští, je jednak vždy zapotřebí též i shodou s moralitou podepřít legitimitu snesené argumentace, a dále, že v určitých případech je dokonce povinností juristy (jemu ex constitutione svědčící) podložit vyvozený závěr právě morálním argumenty, má-li se vyvarovat svévole; jež je zjevně s výkonem spravedlnosti v materiálním právním státě neslučitelná a odporuje jeho konstitutivním principům.

S jistou dávkou zjednodušení lze říci, že nejčastěji poukazované argumenty o nezpůsobilosti morální argumentace v právu odůvodněny bývají konstatováním, že ohledně práva a morálky jde o různé normativní systémy, pročež nutno vyvodit závěr, dle něhož morální argumentaci, byť původci těchto názorů užívají povětšinou v této souvislosti slovních spojení „mravní normy", nelze uplatnit v rámci argumentace právní. Tvrdí se, že tuto argumentaci morálními argumenty relevantně podepřít z důvodu odlišnosti normativních systémů[2] možno není, a proto argumentace morálními hledisky rovněž není a ani nemůže být její součástí. To přirozeně za podmínky, kdy morální norma, resp. její konkrétní obsahová podoba, není současně normou právní[3] nebo systém objektivního práva na použití mravního pravidla při řešení právních otázek výslovně neodkazuje.[4]

---

[2] Ke vztahu těchto normativních systémů a otázkám s tím spjatých zmiňme za všechny z nejnovějších prací kupř. Maršálek, P.: Právo a společnost, Praha: Auditorium s.r.o., 2008, s. 15 a násl. K brilantní koncepci vypovídající o nezbytném (a již pojmově nutném) sepětí práva a morálky a takto posléze i strukturovaném pojmu práva Alexy, R.: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg-München: Verlag Karl Alber, 1994 (příp. slovenský překlad Pojem a platnosť práva, Bratislava: Kalligram, 2009).

[3] Srov. coby korelát k „Desateru" [Ex 20, 2-17 (Bible, Písmo svaté Starého a Nového zákona /včetně deuterokanonických knih/, Ekumenický překlad, 3. přepracované vydání,

V právní filozofii objevují se ovšem i přístupy odlišné. V oblasti naší provenience ve vztahu k činnosti orgánů veřejné moci P. Holländer v kontextu hodnot demokratického právního státu z pohledu úvahy normativní, tj. úvahy vyjadřující představu ideálního mětí uvádí: „Stěží si představit jejich rozumné a spravedlivé rozhodování bez přítomnosti mravních principů (bez přítomnosti akceptovaných mravních hodnot) při interpretaci právních předpisů. Právní řád, jehož existence by spočívala pouze na systému sankcí (zejména uvnitř systému orgánů veřejné moci), a to bez jakéhokoli sepětí se společností akceptovanými morálními principy, ztrácí jakoukoli legitimitu.“[5] Právní význam morálních argumentů při interpretaci právních předpisů coby nezbytnou legitimizační podmínku lege artis vedené argumentace zdůrazňují též mnozí další uznávaní juristé (kupříkladu J. Raz nebo R. Alexy).[6] Opomíjen nadto není, ač především implicite coby nevyslovený předpoklad a jsa zpravidla „zastoupen“

Česká biblická společnost, 1993, s. 81), Dt 5, 6-21 (s. 164-165)] kupř. § 219, § 241, § 247 zákona č. 140/1961 Sb., trestního zákona, ve znění pozdějších předpisů. Zde však jde při subsumpci (podřazení) o argumentaci opírající se o právní pravidlo. Jeho totožnost s normou morální je pro úvahy juristické (z hlediska legitimity žádoucí) fakticitou bez dalšího argumentačního významu.

[4] Kupř. § 3 odst. 1, § 39, § 424, § 469a odst. 1 písm. a), § 471 odst. 1, § 482 odst. 2, § 564, § 630, § 711 odst. 2 písm. a), § 759 odst. 2 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů; § 96 odst. 2 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů, a další. V těchto případech, pokud se týče poukazu na dobré mravy coby referenční kritérium, nejde ovšem o tentýž postup právnické argumentace, jelikož konkrétní zákonný odkaz na „morální normy“ má jiný charakter a příslušné pravidlo chování je zdrojem práv a povinností na zcela odlišném metodologickém základě. [Samostatným problémem vykračujícím z rámce této úvahy je potom otázka vymezení dobrých mravů (coby spíše vygenerovaného společenského zvyku) a jejich vazby na denotát označený pojmem morálka (zpravidla ve smyslu autonomní monologické seberegulace). Srov. velmi přiléhavě kupř. Sokol, J.: Moc, peníze a právo, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007, s. 147 a násl.]

[5]Holländer, P.: Filozofie práva, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2006, s. 34 a násl. K nezbytnému sepětí právního řádu s morálními komponenty a potřebě překonání právněpozitivistické teze o striktním oddělení práva a morálky srov. kupř. Bydlinki, F.: Thesen über Rechtsethik und praktische Jurisprudenz in: Recht als Aufgabe und Verantwortung, Festschrift Hans R. Klecatsky zum 70. Geburtstag, Hrsg. S. Morscher, P. Pernthaler, N. Wimmer, Wien: Manz Verlag, 1990, s.13 a násl.

[6] Holländer, P.: Filozofie práva, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2006, s. 26 a násl. Srov. Raz, J.: About Morality and the Nature of Law. The American Journal of Jurisprudence, 48 (2003), s. 3; Alexy, R.: Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks. Anales de la cátedra francisco suárez 39 (2005), s. 737-742. Poznamenejme, že potud nalézá v nejširším slova smyslu v jejich přístupu svého výrazu teze, dle níž „právo, které není založeno na morálce, se stává bezprávím“ (Ratzinger, J.: Duch liturgie, Brno: Barrister & Principal, 2006, s. 14).

v současných podmínkách většinou jiným obecně přijatelnějším metodologickým instrumentáriem, ani v soudních rozhodnutích.[7]

1.3 ARGUMENTAČNÍ BODY

Oponentura vůči skeptikům nechť má v mezích možností lidské spravedlnosti věcnou a konstruktivní podobu, při vědomí toho, že případná nedokonalost je takto tu větší či menší měrou vlastní každému lidskému úsudku.

V rozsahu zde prezentovaného stanoviska vycházejícího z relevance morálních argumentů vyvstává ohledně dílčích bodů příslušné argumentace k zodpovězení několik klíčových otázek. Z hlediska struktury tohoto dotazování předkládá se nejprve, zda vůbec rámec objektivního práva připouští samostatnou (svébytnou) morální argumentaci, následně v případě kladné odpovědi tato determinuje dotaz, za jakých normativně (právně) vymezených okolností může se tak dít, a poté posléze konečně nutno zodpovědět otázku s předchozími úzce související, jež je spjata s požadavkem akceptovatelného odůvodnění kritéria „morality“ aplikovaného morálního argumentu.

Domnívám se, že východiskem úvah o (nejen) morální argumentaci v právu je přístup vycházející z naprosto bezvýhradného respektování mezí právního rámce při aplikaci práva, jakož i v této souvislosti nezbytnost upřednostnění (relativně) správné, tudíž té „nejlepší argumentace“ ve smyslu racionálně logicky nejpřesvědčivější a argumentačně nejobhajitelnější z celé palety k dispozici se hypoteticky nabízejících.

Patří se tak předně zdůraznit hodnotu uváženého a zralého pozitivizmu ve smyslu dodržování a ctění legitimně přijatých jednotlivých právních pravidel systému. To s tím, že vykročit z mantinelů právním řádem vytčených a tedy odůvodňovat přijatý závěr bez argumentace v nich se pohybující, v krajním případě i na základě předkládání důvodů, jež lze za pomoci argumentačního instrumentaria do tohoto vymezeného prostoru řádu právního při maximálním úsilí a schopnostech argumentačních „ještě vtěsnat“, je přísně zapovězeno.[8] Řečené vychází z premisy, dle níž tímto

---

[7] Za všechny pro ilustraci uvedeného zmiňme kupř. nálezy Ústavního soudu sp. zn. III. ÚS 456/97, III. ÚS 258/03, III. ÚS 288/04, III. ÚS 252/04 nebo I. ÚS 643/04.

[8] Nejde-li při náležitém úsilí o právo spravedlnostně nejideálnějšího řešení dosáhnout řádnou argumentací, a to ani tou nejkrkolomnější, potom nezbývá než – mluvíme-li o odůvodnění v mezích právního řádu a tudíž juristické argumentaci lege artis – se vší odpovědností rámec pravotvůrcem předpojatého právního stavu respektovat. Tento přístup je ctěním systému, v němž každé kolečko jeho pomyslného strojku hodinového by svou funkci mělo ve spojení s těmi ostatními řádně konat, aby jako celek byl co do chodu svého posléze demokratickým právním státem via facti. Srov. blíže Glosa k pojmu svévole in: Hanuš, L.: Právní argumentace nebo svévole, Úvahy o právu, spravedlnosti a etice, Praha: C.H.Beck, 2008, s. 169 a násl.; srov. k tomuto i související výklad na s. 80 a násl.

způsobem vymezený postoj k profesnímu životu juristickému je garantem nejen řádu samotného, leč především i (lidské) spravedlnosti, a to spravedlnosti předvídatelné a v neposlední řadě takto i ústavně souladné.

Z řečeného podává se, že jakékoli relevantní (spravedlnostní) zdroje v právní argumentaci použité mají v ní místo jen tehdy, pokud nevykračují z mantinelů právního řádu, pročež nezasahují do ústavnosti právního státu samotné. Nadto musí disponovat potencí obstát v kulturně vedeném racionálním právním diskurzu. V opačném případě jako základ nadále přijímaných závěrů, ať již shodných či odlišných, měly by být předkládány toliko ty argumenty, jež se v disputační konfrontaci ukázaly jako co do racionální obhajitelnosti (prozatím) více přesvědčivé.

V kontextu tohoto náhledu sluší se připojit: je-li účelem práva dosažení spravedlnosti a obecného dobra, potom musí patřičná argumentace též ve shodě s maximou „ius est ars boni et aequi“ směřovat rovněž k dosažení morální správnosti. Morální prvky jsou do práva inkorporovány právě cestou požadavku (racionálně hledané a nalézané) správnosti a spravedlnosti, imanentně spjatému s principem zákazu svévole a tedy postulátem argumentačně dostatečného odůvodnění přijatého závěru založeného na racionálních kritériích, která jsou současně výrazem konstitutivních hodnot, jimiž je ústavní pořádek republiky podložen. Vycházeje z implikací uvedeného, můžeme korektně říci, že morální aspekt je v (našem hodnotově nikoliv neutrálním)[9] právu z povahy věci vnitřně obsažen.

Samotná morální argumentace nabývá na významu v návaznosti na uvedené zejména v situacích, kdy na určitou otázku týkající se posuzovaných skutkových okolností právní úprava nedopadá a jde takto o případy mezer v právu (jež nelze odstranit interpretačním postupem dle obvyklých výkladových metod), anebo získává rozhodující postavení právě v konfrontaci s povícero myslitelnými výkladovými alternativami aplikovaného práva, pakliže užití obvyklých výkladových metod neumožňuje přesvědčivě upřednostnit některou z nich.

Za těchto okolností je nutné uchýlit se ne k tomu řešení, které je „odvislé“ od zcela (nepředvídatelného) libovolného uvážení bez bližších rozumově odůvodněných hledisek, nýbrž k racionálnímu spravedlnostnímu nalézání práva. Argumentace opírající se o morální kritéria tak vykazuje schopnost být obrazně vyjádřeno oním rozhodujícím závažím, jež na pomyslné misce vah spravedlnosti umožní jedné z nich převážit nad druhou (či případně ostatními). Odhlédnutí od ní naopak nepochybně znamená svévoli principům právního státu nekonvenující.[10] Svůj nezanedbatelný význam má

[9] K tomu viz kupř. nálezy Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 19/93, Pl. ÚS 9/95, Pl. ÚS 19/08 nebo Pl. ÚS 27/09.

[10] K rozhodování bez bližších kritérií coby výrazu svévole vyslovil se opakovaně i Ústavní soud. Viz nálezy sp. zn. III. ÚS 511/02, III. ÚS 351/04, III. ÚS 501/04, III. ÚS 606/04, III.

ovšem i ve všech ostatních argumentačních situacích, přichází-li v úvahu jako další (přídavný) argument podporující interpretační výsledek již jiným způsobem přijatý (gradace legitimního odůvodnění).

Axiologické obsahy čl. 1 odst. 1 Ústavy ČR (princip zákazu svévole spjatý s požadavkem racionálně dostatečného odůvodnění vyvozeného závěru na základě seznatelných kritérií) a čl. 1 Listiny základních práv a svobod (garantující důstojnost jednotlivce, svobodu a rovnost) posléze umožňují vyvodit akceptovatelný závěr potud, že morální normy jsou způsobilé plnit subsidiárně za naznačených okolností funkci pramene práva (máme-li na mysli zcela praktické účely funkci relevantního argumentu při jeho nalézání). Ohledně s tímto závěrem spjaté otázky morality, jak dále ukážeme, lze jimi nadto podložit i vyvození příslušných relevantních kritérií odůvodnění morálního úsudku. S následně předestřeným přístupem totiž vykazují shodu co do východiskových relevantních bodů upřednostněné myšlenkové konstrukce.

1.4 ODŮVODNĚNÍ PŘIJATÉHO MORÁLNÍHO HLEDISKA

„Právnictvím mým bude, že to, co budu chtíti, aby jiní mně činili, i já jim budu činiti, a co nebudu chtíti, aby mi činili, toho já jim činiti nebudu.“ [11]

Jan Amos Komenský

Navzdory převažujícímu soudobému morálnímu relativismu a skepticismu, nejednou hraničícím až s nihilismem postavme se uváženě na stanovisko odlišné. Ztotožňuji se s tezí, dle níž „Vznášejí-li protichůdné morální systémy protikladné a neslučitelné nároky, morální filozofie si klade otázku, zda některý z těchto morálních systémů je schopen vznést odůvodněný nárok na racionální převahu nad druhým.“[12], tedy že každé morální tvrzení, kterým mají být relevantním způsobem ovlivněny osudy lidí, nutno podepřít v nezbytném rozsahu dostatečnými argumenty jako jakékoliv tvrzení jiné.

ÚS 151/06, IV. ÚS 369/06, II. ÚS 776/06, III. ÚS 677/07, IV. ÚS 652/06, III. ÚS 1076/07, IV. ÚS 535/05, III. ÚS 677/07, I. ÚS 2219/07, a další. Stejně tak nelze mutatis mutandis opomíjet přístup, dle něhož „při případné, hypoteticky možné konkurenci více metodologicky racionálně obhajitelných interpretačních alternativ je nutno zvolit jako výsledek výkladu tu, která opodstatněně nabývá přednosti před ostatními, tj. upřednostnit interpretaci takovou, jež je ústavně konformnější.“ (nálezy sp. zn. III. ÚS 303/04, III. ÚS 457/05, IV. ÚS 2519/07, IV. ÚS 104/08)

[11] Komenský, J.A.: Jednoho jest potřebí, přeložil J. Ludvíkovský, Praha: Jan Laichter, 1920, s. 188.

[12] MacIntyre, A.: Ztráta ctnosti, K morální krizi současnosti, přeložili P. Sadílková a D. Hoffman, Praha: OIKOYMENH, 2004, s. 312.

Jak praví moudré úsloví, řeč pravdy je prostá.[13] Všimněme si, že myšlenky týkající se vymezení základního morálního kritéria, a to jednak v přístupech velikých filozofů historie, a stejně tak i různých světových náboženství, jakoby ústily v tentýž základní axiom, resp. upínají se k jedné ústřední myšlence („leitmotivu"), předkládané tu a tam toliko (zejména dobově, kulturně a biograficky podmíněnou) rozdílnou nomenklaturou a stran způsobu podání případně odlišnou myšlenkovou strukturou.

Pojetí morálky, vycházející z respektu ke svébytné lidské bytosti a výrazu (projevu) vzájemné univerzální úcty, v tom rámci uznání lidské svobody, rovnosti a důstojnosti, které předkládá a umožňuje člověku racionální odůvodnění morálního úsudku v situaci postavení jeho svědomí před mravní volbu, je velmi výstižně obsaženo v přístupu, vyjádřeném co do jeho základu obecně známým „zlatým pravidlem" (jednání).

Ve své negativní podobě: „Nejednej s druhými tak, jak nechceš, aby druzí jednali s tebou.", je formulováno v mnoha filozofiích morálky, jakož i četných náboženských systémech.

Z oblasti morální filozofie lze v tomto ohledu připomenout namátkou kupříkladu učení Konfucia, který dokonalou ctnost krom dalších postulátů obsahově ztotožňoval také s kritériem jednání v něm obsaženém.[14]

Stran úvah v oboru právnickém odcitujme slova velkého logika a bystrého empirika T. Hobbese, dle něhož „ … není člověka, který by alespoň někdy nebyl klidné mysli. A v této chvíli, byť byl nevzdělaný a prostý, není nic snadnějšího než pochopit to jediné pravidlo: váhá-li, zda to, co chce právě bližnímu udělat, je či není podle přirozeného práva, ať si představí, že je na místě toho druhého. A tu hned ona hnutí, podněcující k činu, přenesená jakoby na opačnou misku vah, budou od činu zrazovat. To pravidlo je nejen snadné, ale také už dávno proslavené těmito slovy: ‚Nedělej druhému to, co nechceš, aby on činil tobě.' "[15]

---

[13] Ve zde pojednávaném případě (pokorně dodejme) s obecným přijetím axiomu, že „v oboru mětí nemůžeme očekávat žádné kategorické důkazy." (Radbruch, G.: Der Mensch im Recht, Göttingen, 1957, s. 89.)

[14] Srov. Hovory Konfuciovy, přeložili V. Lesný a J. Průšek, Praha: Jan Laichter, 1940, s. 162, s. 114, s. 41.

[15] Hobbes, T.: O občanu in: Výbor z díla, přeložil V. Balík, Praha: Nakladatelství Svoboda, 1988, s. 167. Srov. i pozdější zpracování předmětných úvah (přirozené právo přitom chápe Hobbes jakožto mravní příkazy, jimiž se zabývá morální filozofie): „Snad se zdá, že toto odvozování přirozených zákonů je příliš umělé, aby je pochopili všichni lidé. Vždyť většina jich se příliš zaměstnává sháněním potravy, a zbytek je příliš nedbalý, aby se snažil je pochopit. Aby však nikdo neměl výmluvu, jsou tyto zákony shrnuty v jeden celek, který si snadno zapamatuje a pochopí i nejméně chápavý člověk. Je to pravidlo: ‚Co nechceš, aby se dělalo tobě, nedělej ani sám jiným.' " (Hobbes, T: Leviathan neboli o podstatě, zřízení a moci státu církevního a občanského, přeložil J. Hrůša, Praha: Melantrich, 1941, s. 190)

V oblasti naší filozofické provenience to byl v témže století J. A. Komenský, který ve svém monumentálním emendačním díle „Obecná porada o nápravě věcí lidských“, v části pojednávající o světě mravním poukazuje na morální zdroj „člověku nejniternější a vždy přítomný, je to světlo svědomí (co nechceš, aby ti druzí činili, sám jinému nedělej)“[16] s tím, že obsah jemu implikovaný „to je opravdu zlaté pravidlo a samo o sobě je téměř postačitelné“.[17]

Ježíš Nazaretský, jemuž je jedinečnost výroku označovaného jako „zlaté pravidlo“ často přisuzována, formuloval tento klíčový mravní imperativ pozitivně, a to těmito slovy: „Co tedy chcete, aby lidé dělali vám, to všechno i vy dělejte jim.“.[18] Vymezil jej tudíž co do rozsahu důsledků s širším dopadem, který oproti pouhému zdržení se určitého jednání (činění zlého) spočívá ve výzvě k jednání aktivnímu, záležejícím v konání dobra.

I. Kant ve vrcholném osvícenství vyjádřil svou koncepci přístupu k řešení morálního dilematu (jak známo) kategorickým imperativem: „Jednej tak, aby maxima tvé vůle kdykoli zároveň mohla platit za princip všeobecného zákonodárství.“.[19] Důsledky z něj plynoucí posléze E. Tugendhat formuloval ve druhé polovině 20. století v této univerzalistické, principy vzájemné kooperace, rovnosti a interpersonální úcty zrcadlící podobě: „Jednej (vůči všem) tak, jak bys z hlediska libovolné osoby chtěl, aby jednali všichni.“.[20]

A v tomto výčtu tezí pocházejících od mužů moudrých, zkušených a učených bychom mohli pokračovat dále a dále …

Namísto toho shrňme, že z fragmentárního předestření citovaných přístupů lze abstrahovat následující společné znaky, jimiž je podloženo odůvodnění morálního úsudku:

---

[16] Komenský, J. A.: De rerum humanarum emendatione consultatio catholica, Editio princeps, Tomus I., Academia, Praha: nakladatelství Československé akademie věd, 1966, s. 549; resp. Obecná porada o nápravě věcí lidských, II. svazek, přeložil J. Hejlek, Praha: Nakladatelství Svoboda, 1992, s. 189. Toto Komenského vrcholné dílo, které s konečnou redakcí nestihl dokončit, žel čekalo na své kompletní vydání skoro celých 300 let.

[17] Komenský, J. A.: opus cit. v předchozí pozn. na prvním místě, s. 552 a násl.; resp. na druhém místě, s. 193.

[18] Mt 7,12 (Nový zákon, Kostelní Vydří: Karmelitánské nakladatelství, 1998, s. 38). V Evangeliu podle Lukáše objevuje se v této podobě: „Jak chcete, aby lidé dělali vám, tak i vy dělejte jim.“ [Lk 6,31 (s. 200)].

[19] Srov. Kant, I.: Kritika praktického rozumu, přeložil A. Papírník, Praha: Jan Laichter, 1944, s. 43. Ohledně pojmových znaků kategorického imperativu Kant, I.: Základy metafyziky mravů, přeložil L. Menzel, Praha: Nakladatelství Svoboda, 1990 (především i s. 84, s. 91, s. 94, s. 100).

[20] Tugendhat, E.: Přednášky o etice, přeložil J. Moural, Praha: OIKOYMENH, 2004, s. 67.

Rozhodujícím je jednak pojetí univerzální úcty a respektování lidské důstojnosti, tj. neinstrumentalizování potud, že ostatní lidé nejsou pojímáni pouze jako prostředek sloužící k dosažení předsevzatého (předem vytčeného) cíle, a současně relevantní hledisko posuzování z perspektivy libovolné osoby, zahrnující altruistické ohledy v kontrapozici k alternativě egoismu.

Otázka po hledání alternativy kvalifikující se jako mravní jednání je subjektem úsudek činícím „racionálně" řešena z perspektivy „nestranného a nepředpojatého", libovolného duševně zdravého jedince. Tento přístup je ohledně vnějšího zaměření modifikován implikací „univerzální úcty, respektu k autonomii, svobodě, rovnosti a hodnotě lidské bytosti", jejichž výrazem je co do důsledku plausibilní založení hledisek přijetí obecného pravidla, a tudíž nejen formální, ale současně i materiálními kautelami podmíněná „lidská" spravedlnost.

Presumovaná intersubjektivita úsudku je podmíněna potud, že posuzující dostojí podmínce oproštění se od vlastního ega a vmyslí, jakož i vcítí se do vnímání pohledu (zastupitelně) kteréhokoliv jiného libovolného jedince, kdy výsledně přijatá alternativa je z uvedených důvodů pro ohledy z toho plynoucí presumovaná jako „stejně dobrá pro všechny". Prostor pro projevy vlastního egoismu je takto omezen zohledněním a respektováním nejen oprávněných preferencí vlastních, ale i stejně oprávněných (předpokládaných) upřednostňovaných zájmů druhých.

Patří se pro obor právnický zdůraznit, že zmíněná kritéria identifikují se s hodnotovým obsahem ústavního pořádku, konkrétně s postulátem racionálního odůvodnění vyvozeného závěru, jenž je výrazem principu zákazu svévole, svobodou slučitelnou se stejně vymezenou svobodou všech, spjatou s nestranností a rovností, jakož i úctou k hodnotě jedinečné lidské bytosti zprostředkovanou respektováním nezadatelné a nezcizitelné lidské důstojnosti. Nadto nepochybně spadají pod rozsah nezměnitelného materiálního jádra ústavy, zaručujícího svým charakterem z pohledu dotčených kautel, tvořících současně strukturu předestřené argumentace, ústavně zakotvenou axiologickou stabilitu.[21]

---

[21] Čl. 1, čl. 3 odst. 1 LZPS; čl. 1 odst. 1, čl. 9 odst. 2 Úst. Srov. i čl. 1 Všeobecné deklarace lidských práv přijaté Valným shromážděním OSN dne 10. prosince 1948 (rezoluce č. 217/III.A), dle něhož „Všichni lidé rodí se svobodní a sobě rovní v důstojnosti i právech. Jsou nadáni rozumem a svědomím a mají spolu jednat v duchu bratrství.". Z oblasti judiciální zmiňme opakované zdůrazňování Ústavního soudu, že se ve své rozhodovací praxi „přihlásil k moderní koncepci právního státu, jenž je chápán nikoliv jako formální právní stát, ale jako právní stát materiální. Vůdčím principem je nepochybně zásada nezadatelných, nezcizitelných, nepromlčitelných a nezrušitelných základních práv a svobod jednotlivců, rovných v důstojnosti a právech" (nález Ústavního soudu sp. zn. Pl. ÚS 19/08). Ke stabilitě a takto i významu materiálního jádra (ohniska) Ústavy srov. kupř. Holländer, P.: Filozofie práva, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2006, s. 47 a násl. nebo tentýž: Verfassungsrechtliche Argumentation - zwischen dem Optimismus und der Skepsis, Berlin: Duncker & Humblot, 2007, s. 68 a násl.

Na základě uvedeného můžeme opodstatněně říci, že důsledkem z toho plynoucím je posléze teze, dle níž upřednostněné myšlenkové schéma přinejmenším pro oblast uvažování právnického nestojí na výchozích předpokladech (řekněme přesněji základních rozhodnutích), jež by nebyly blíže zdůvodněny a neměly tak svůj pevný racionální, právně pozitivní (nemetafyzický, neteologický) základ.[22]

Nutno podotknout, že při (praktickém) užití vyloženého myšlenkového postupu nejde, případně nemusí jít ve všech posuzovaných situacích co do výsledného (finálního) úsudku na těchto kritériích založeném o neměnné a jednou provždy dané pravdy, a to ani z perspektivy jedince samotného. Významnou zábranou proti subjektivní libovůli je ovšem nezanedbatelná otevřenost vůči diskurzu, v případě odůvodněných pochyb přímo povinnost jeho vyvolání a v něm nezbytná přístupnost naslouchání nově vneseným hlediskům, které předtím nebyly vůbec či dostatečně brány v úvahu, jsou-li shledány relevantními.

Domnívám se, že ty týkat se ovšem zpravidla budou nikoliv zde rozebíraného morálního principu, jak byl historií co do vlastního obsahu opakovaně shodně předestřen, nýbrž toliko souvisejícího (z větší části) neetického aspektu: to jest horizontu našeho (vygenerovaného) světonázorového přesvědčení a učením nabytého obecného vědění (znalosti vědeckých, filozofických, sociologických, psychologických, ekonomických teorií apod.), praktické zkušenosti a poznání sociálních daností (faktického vědění, kupř. hospodářských a právních realit), jakož i znalosti všech (ad hoc) faktických relevantních okolností, spoluurčujících praktickou bližší specifikaci (přiměření) morálního principu s ohledem na konkrétní posuzovaný případ. Je potom záležitostí naznačené vícesložkové individuální kompetence každého jedince, do jaké míry se mu podaří obsahově promítnout daný morální princip do (z něj odvozeného) konkrétního (blíže specifikovaného) pravidla chování vztahujícího se k určité životní situaci.

Odtud současně plyne a mělo by plynout vědomí pokory, úzce související s empatií a ochotou ke vzájemnému naslouchání za účelem pochopení a (v ideálním případě) odstranění divergencí, které mohou být nastoleny v důsledku řečeného i tehdy, když jejich původci vycházejí z téhož morálního principu, stran něhož jejich myšlení konvergují.

---

[22] Jsem toho přesvědčení, že ohledně respektování hodnot, na nichž upřednostňované pojetí spočívá, uplatní se i zde obdobně přiléhavá slova Radbruchova: „… prostřednictvím díla trvajícího staletí byly vypracovány a v takzvaných prohlášeních lidských a občanských práv natolik konsensuálně shromážděny takové pevné konstanty, že se zřetelem k mnohým z nich je s to živit pochybnosti již jen záměrná skepse.“ (Radbruch, G.: Rechtsphilosophie. Studienausgabe. Hrsg. R. Dreier, S. L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003, s. 210).

1.5 VYVOZENÝ ZÁVĚR

Z řečeného pramení optimismus promítající se do přesvědčení, v souladu s nímž morální argumentace má a musí mít své opodstatnění i v oboru argumentace právnické. To z důvodu již zmíněného zákazu svévole, pokud se týče argumentace předkládané v podmínkách demokratického právního státu. Zde je totiž racionální argumentace zásadním postulátem spjatým s požadavkem dostatečného odůvodnění přijatého závěru, pročež není ani stran naznačené morální otázky na výběru juristy, zda přijme svou roli subjektu, kterému svědčí povinnost předložit racionální (a morální) argumentaci či nikoliv.

Odůvodnění plausibility zvolených kritérií a tím i vposledku vlastních morálních norem v právním státě rozhodně není a ani nemůže být výrazem svévole (libovůle), čehož důsledkem je závěr o ex constitutione založeném imperativu racionálního odůvodnění morálního úsudku, bez něhož se jinak budou jakákoliv v rámci právní argumentace užitá „morální pravidla“ jevit jako pouhý nástroj individuální touhy či krajního subjektivismu. Morální nutnost je takto třeba co do její podoby pro účely právního diskurzu dokazovat argumentativně na bázi racionality. Toliko takové odůvodnění a v rozsahu, v němž se pro něj nabízí prostor, je ve shodě s kautelami demokratického právního státu a zejména v souladu s principem zákazu svévole (libovůle) ve smyslu rozhodování bez bližších kritérií.

Řečené přirozeně neznamená, že jiné stěžejní elementy lidského ducha, jako je cit, soucit nebo empatie, by měly být upozaděny. Ba naopak.[23]

Vycházeje z racionálního diskurzu, zdravého pochybování a s tím souvisejícího radikálního dotazování, nepopírá se metodologická pluralita, ani (lidská) relativita předestřeného konceptu a netvrdí se, že existuje jedno jediné nejlepší, po všechny časy neměnné řešení. Požaduje se však přesvědčivost na podporu předložených tezí uváděných tvrzení (argumentů), a tudíž tímto způsobem předjímaná akceptovatelnost zvoleného argumentačního schématu. [24]

---

[23] K nezbytnosti a vzájemnému obousměrnému působení citu a rozumu v kontextu tříbení plnohodnotné báze lidského svědomí se velmi výstižně vyjádřil K. Jaspers slovy, jež stojí za připomenutí: „Naše temné city si nezasluhují neuvážené důvěry. … Teprve když si nějakou věc všestranně promyslíme a zpřítomníme, stále doprovázeni, vedeni a vyrušováni city, dospíváme k opravdovému citu, z něhož pak můžeme spolehlivě žít.“ (Jaspers, K.: Otázka viny, Příspěvek k německé otázce, přeložil J. Navrátil, Praha: Academia, 2006, s. 21). K promyšlení dalších zásadních aspektů s morálním jednáním spjatých, které překračují rámec racionálně uchopitelné právnické argumentace, nicméně v širší rovině smysluplné lidské existence naprosto neopomenutelných srov. kupř. úvahu J. Sokola „Čas a etika“ (in: Sokol, J., Pinc, Z.: Antropologie a etika, Praha: Triton, 2003, s. 15 a násl.).

[24] Rovněž koryfej německé právní filozofie R. Alexy zdůrazňuje, že „ … požadavek právní správnosti, nutně spjatý s rozhodnutím, v sobě zahrnuje požadavek morální správnosti. … Požadavek na správnost implikuje požadavek na zdůvodnitelnost. Tento požadavek se

1.6 EPILOG

„Dobro se šíří více než zlo.“[25]

T. Akvinský

Potřeba sepsání úvahy na pojednané téma podává se z realistického vnímání současného (převažujícího) společenského prostředí, nezastírajícího si skutečný stav věcí. Všeobecně projevuje se tendence utvářet jednání pouze na základě toho, co se považuje (začasté pouze z hlediska nahodilosti okamžiku všedního dne) za prospěšné, přičemž moralitě odepírá se samostatný význam. To i v oboru práva, v důsledku čehož se ale ničí idea práva samotná. Zdvořile se podotýká, že je otázkou aktivity individuálních subjektů tyto poměry kriticky reflektovat a případně v mezích svých možností usilovat o praxi, jež by je změnila. Sluší se s patřičným obdivem a uznáním rovněž uvést, že mnozí tak konečně začasté činí.

Upřímně si vyprošujeme rad a mínění všech, kdo mohou a chtějí do této vážné diskuze přispět jakýmkoliv poučením. Vždyť záleží jen na síle argumentů v dané souvislosti předkládaných, ať již kýmkoliv (což vedlo neskromně k odhodlání sepsat tuto stať), kdo chce přispět k úsilí o spravedlnost a obecné dobro. Nám je zadostiučiněním již to, že pokud by i bylo naznačené schéma shledáváno relativním, přinejmenším je alternativou vůči úplné rezignaci na racionálně odůvodněné, a tedy diskurzu přístupné stanovení morálních norem a vymezení jejich užití v právnické argumentaci.

Podotýká se též, že nebylo úmyslem autora, pro něhož samotného je dokonalost velmi prchavým cílem, pateticky „moralizovat“ či „mentorovat“, pouze naznačit, čeho by bylo lze dosáhnout, kdybychom se věci (nejen) v dané oblasti zkoumání vážně chopili.

To přirozeně s především u sebe sama začínajícím pokorným vědomím, že „úplná přiměřenost vůle mravnímu zákonu jest svatost, dokonalost to, jíž žádná rozumná bytost smyslového světa v žádném okamžiku svého bytí není schopna“.[26] Bez vědomé snahy o dosažení morality ovšem přirozeně na

---

neomezuje na to, aby byl rozsudek zdůvodnitelný ve smyslu jakékoliv morálky a potud správný, ale vztahuje se na to, aby byl správný ve smyslu zdůvodnitelné, a proto správné morálky.“ (Alexy, R.: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg-München: Verlag Karl Alber, 1994, s. 131-132)

[25] Srov. Akvinský, T.: Theologická summa, II. části I. díl, Olomouc: Edice Krystal, 1938 (Summa theologiae, přeložili A. Čala, J. Durych, M. Habáň, E. Soukup), s. 656 (II. I., 81, 2).

[26] Kant, I.: Kritika praktického rozumu, přeložil A. Papírník, Praha: Jan Laichter, 1944, s. 160. T. Hobbes se svým pronikavým smyslem pro skutečnost realisticky podotýká: „Je snadné tyto zákony zachovávati, neboť zavazují jen k upřímné snaze, myslím arci, snaze nepředstírané a trvalé. Neboť tím, že nežádají než snahu, ten, kdo se snaží je konati, naplňuje je. A kdo plní zákon, je spravedlivý.“ (Hobbes, T: Leviathan neboli o podstatě,

druhé straně nemůže dojít (ani v oboru právnickém) k tu většímu či menšímu přibližování se tomuto z hlediska smysluplnosti lidského bytí navýsost vážnému a zásadnímu cíli.[27]

Literature:

- Alexy, R.: Agreements and Disagreements. Some Introductory Remarks. Anales de la cátedra francisco suárez 39 (2005)
- Alexy, R.: Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg-München: Verlag Karl Alber, 1994
- Alexy, R.: Pojem a platnosť práva, Bratislava: Kalligram, 2009
- Akvinský, T.: Theologická summa, II. části I. díl, Olomouc: Edice Krystal, 1938
- Bible, Písmo svaté Starého a Nového zákona /včetně deuterokanonických knih/, Ekumenický překlad, 3. přepracované vydání, Česká biblická společnost, 1993
- Bydlinki, F.: Thesen über Rechtsethik und praktische Jurisprudenz in: Recht als Aufgabe und Verantwortung, Festschrift Hans R. Klecatsky zum 70. Geburtstag, Hrsg. S. Morscher, P. Pernthaler, N. Wimmer, Wien: Manz Verlag, 1990
- Hanuš, L.: Právní argumentace nebo svévole, Úvahy o právu, spravedlnosti a etice, Praha: C.H.Beck, 2008
- Hobbes, T: Leviathan neboli o podstatě, zřízení a moci státu církevního a občanského, přeložil J. Hrůša, Praha: Melantrich, 1941
- Hobbes, T.: O občanu in: Výbor z díla, přeložil V. Balík, Praha: Nakladatelství Svoboda, 1988

---

zřízení a moci státu církevního a občanského, přeložil J. Hrůša, Praha: Melantrich, 1941, s. 191)

[27] Tato stať je upravenou a zkrácenou verzí úvahy „K postulátu morální argumentace v právu (základní nástin struktury problému)“, která byla pronesena na semináři - diskusním fóru „Etika v právu“ (konaném Justiční akademií v Kroměříži ve dnech 18.-20. května 2009) a publikována též v Časopise pro právní vědu a praxi č. 1/2009, s. 32-47.

- Holländer, P.: Filozofie práva, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2006

- Holländer, P.: Verfassungsrechtliche Argumentation - zwischen dem Optimismus und der Skepsis, Berlin: Duncker & Humblot, 2007

- Hovory Konfuciovy, přeložili V. Lesný a J. Průšek, Praha: Jan Laichter, 1940

- Jaspers, K.: Otázka viny, Příspěvek k německé otázce, přeložil J. Navrátil, Praha: Academia, 2006

- Kant, I.: Základy metafyziky mravů, přeložil L. Menzel, Praha: Nakladatelství Svoboda, 1990

- Kant, I.: Kritika praktického rozumu, přeložil A. Papírník, Praha: Jan Laichter, 1944

- Komenský, J. A.: De rerum humanarum emendatione consultatio catholica, Editio princeps, Tomus I., Academia, Praha: nakladatelství Československé akademie věd, 1966

- Komenský, J.A.: Jednoho jest potřebí, přeložil J. Ludvíkovský, Praha: Jan Laichter, 1920

- Komenský, J.A.: Obecná porada o nápravě věcí lidských, II. svazek, přeložil J. Hejlek, Praha: Nakladatelství Svoboda, 1992

- Maršálek, P.: Právo a společnost, Praha: Auditorium s.r.o., 2008

- MacIntyre, A.: Ztráta ctnosti, K morální krizi současnosti, přeložili P. Sadílková a D. Hoffman, Praha: OIKOYMENH, 2004

- Nový zákon, Kostelní Vydří: Karmelitánské nakladatelství, 1998

- Radbruch, G.: Der Mensch im Recht, Göttingen, 1957

- Radbruch, G.: Rechtsphilosophie. Studienausgabe. Hrsg. R. Dreier, S. L. Paulson, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2003

- Ratzinger, J.: Duch liturgie, Brno: Barrister & Principal, 2006

- Raz, J.: About Morality and the Nature of Law. The American Journal of Jurisprudence, 48 (2003)

- Sokol, J., Pinc, Z.: Antropologie a etika, Praha: Triton, 2003

- Sokol, J.: Moc, peníze a právo, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2007

- Tugendhat, E.: Přednášky o etice, přeložil J. Moural, Praha: OIKOYMENH, 2004

- Weinberger, O.: Filozofie, právo, morálka (Problémy praktické filozofie), Brno: Masarykova univerzita, 1993

Contact – email
libor.hanus@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NORMATIVISTICKÝ INŠTITUCIONALIZMUS OTA WEINBERGERA

DENISA KOVÁČOVÁ - ŽANETA SURMAJOVÁ

Bratislavská vysoká škola práva, Fakulta práva

Abstract in original language
Právno-filozofická koncepcia Ota Weinbergera sa označuje ako inštitucionalistický právny pozitivizmus, taktiež normatívny inštitucionalizmus alebo aj stručne neoinštitucionalizmus. Cieľom tohto príspevku je analýza a charakteristika základných pilierov normativistického inštitucionalizmu O. Weinbergera, jeho dôsledkov pre právnu teóriu, otázka racionálnej uplatniteľnosti formálno-finalistickej teórie konania a rozbor normativistickej koncepcie inštitúcií.

Key words in original language
Inštitucionalizmus; norma; formálno-finalistická teória konania; inštitúcie.

Abstract
Legal-philosophic conception of Oto Weinberger is called as institutional legal positivism, also normative institutionalism or simply neoinstitutionalism. The purpose of this article is the analysis and characteristic of basic principles of normative institutionalism of O. Weinberger, its consequences for legal theory, question of rational applicability of formal-final theory of action and the analysis of normative conception of institutions.

Key words
Institutionalism; norm; formal-final theory; institutions.

Úvod

Právno-filozofická koncepcia Ota Weinbergera sa označuje ako „inštitucionalistický právny pozitivizmus“, taktiež „normatívny inštitucionalizmus“ alebo aj stručne „neoinštitucionalizmus“. Konceptuálne hľadanie a dlhoročná cesta prof. Weinbergera k formulovaniu koncepcie neoinštitucionalizmu ako hlavnej témy jeho vedeckej práce je sprevádzaná racionálnymi analýzami, vedeckým výskumom, pragmatizmom a argumentáciou. Nevyhýba sa však ani protiargumentom a sebakritickým reflexiám v snahe dospieť k vedeckým presvedčeniam a správnym praktickým stanoviskám.

Za fundamentálny základ pre normativizmus považuje Weinberger rozlišovanie úvah de lege lata a de lege ferenda.[1] Pri koncipovaní

[1] Weinberger, O.: Nový institucionalismus jako základ právní a politické teorie. In: Právník. Praha: Ústav státu a práva, č. 1, 2005.

normativistického inštitucionalizmu vychádza zo špecifickej teórie konania, ktorú označuje za formálno-finalistickú teóriu konania, spätú zvláštnym spôsobom s teóriou inštitúcií. Weinbereger je zároveň presvedčený, že jeho koncepcia právnej filozofie je prijateľná pre právnu vedu najmä z toho dôvodu, že umožňuje rozvinúť teóriu štruktúry práva a právnej argumentácie, a že vedie k sociologickej, politologickej a funkčnej analýze právnych a iných spoločenských inštitúcií.[2]

Weinberger sa taktiež zaoberal otázkou sporu medzi prirodzeným právom a právnym pozitivizmom, pričom pri riešení tohto sporu je nutné oprieť sa o teóriu právnej argumentácie. Priznáva, že ho už od počiatkov priťahovali otázky morálky, a že pochybnosti a vnútorná neistota v oblasti morálky ho viedli k sa pokusu uplatniť racionálnu analýzu v praxi.

Cieľom tohto príspevku je analýza a charakteristika základných piliérov normativistického inštitucionalizmu prof. Weinbergera, jeho dôsledkov pre právnu teóriu, otázka racionálnej uplatniteľnosti formálno-finalistickej teórie konania a rozbor normativistickej koncepcie inštitúcií.

Základné východiská normativistického inštitucionalizmu

Základným elementom pre Weinbergera je chápanie práva ako inštitucionálnej skutočnosti, pretože veda, ktorá chce objasňovať a určovať ľudské bytie musí brať do úvahy aj inštitucionálne skutočnosti. Podľa A. Bröstla Weinberger odmieta rýdzi normativizmus, ktorý požaduje rýdzo ideálne bytie noriem bez priameho vzťahu k pozorovateľným procesom. Rovnako odmieta aj právny realizmus, pre ktorý je platným právom iba pozorovateľné a prognózovateľné správanie právneho štátu. Platné právo podľa neho predstavuje práve spolupôsobenie noriem so správaním a s existujúcimi inštitúciami. Weinberger chápe inštitucionalistický právny pozitivizmus ako inštitucionálnu bázu pre normologické a dogmatické analýzy práva, ako aj pre skúmanie právnych javov z právnosociologického pohľadu. Vo vzťahu práva a morálky zastáva názor ich potrebnej oddelenosti ako dvoch rozdielnych normatívnych systémov, ktoré však spolupôsobia pri podmieňovaní ľudského správania. Toto oddelenie sformuloval do štyroch téz[3]:

1. právne princípy sú súčasťou pozitívneho práva,

2. platnosť práva podmieňujú súčasnosti tvorby, nie morálne kritéria,

[2] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 16.

[3] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 9.

3. je potrebné mať možnosť hodnotenia práva, ale platnosť práva nepodlieha morálnemu filtru jednotlivého sudcu,

4. právny život potrebuje súhru morálnych úloh rozhodujúcich orgánova ich väzbu na právo.

Normativistický inštitucionalizmus predstavuje teóriu založenú na širokom filozofickom základe. Vychádza z antropologického presvedčenia, že človek má tieto základné vlastnosti[4]:

a) je schopný konať,

b) je zoon politikon,

c) je tvorcom inštitúcií, ktorými vytvára formy konania a spôsoby interpersonálnej súčinnosti.

Schopnosť konať je možné chápať v zmysle možnosti voliť medzi rôznymi alternatívami správania na základe informačného rozboru a realizovať konanie na základe informačného procesu. Schopnosť vytvárať inštitúcie znamená jednak definovať typy konaní a jednak spoločensky zriaďovať inštitúcie. Základná téza normativistického inštitucionalizmu teda znie: Každá inštitúcia má jadro praktických informácií, ktoré determinuje štruktúru, charakter a spôsob pôsobenia príslušnej inštitúcie.[5] Jestvuje podstatná spätosť medzi inštitúciou a inštitucionálnymi skutočnosťami na jednej strane a praktickými informáciami na strane druhej.[6] Takisto systémom noriem prislúcha reálna existencia práva potom, keď sú súčasťami inštitúcií a len tým, že sú inštitucionálne účinné, z čoho sa objasňuje aj existencia práva a na druhej strane aj to, že právne a spoločenské inštitúcie spočívajú na normách a nemožno ich chápať iba ako jednoduché pravidelnosti správania.

Weinbergerov normativistický inštitucionalizmus je vlastne normativizmus, teda chápe právo ako systém noriem, právny život ako procesy, ktoré prebiehajú na základe noriem a ovplyvňujú dynamiku noriem, ktorá závisí od vôľových aktov a normologických vzťahov.[7] Ďalším základným atribútom normativistického inštitucionalizmu je už spomenutá formalno-finalistická teória konania.

---

[4] Weinberger, O.: Neoinstitucionalizmus a teorie politiky. In: Právník. Praha: Ústav státu a práva, 1993.

[5] Weinberger, O.: Nový institucionalismus jako základ právní a politické teorie. In: Právník. Praha: Ústav státu a práva, č. 1, 2005.

[6] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus, Bratislava: Archa, 1995, s. 95

[7] Tamtiež, s. 91.

Formálno-finalistická teória konania

Ako je už vyššie uvedené, normativistický inštitucionalizmus je postavený na určitých antropologických predpokladoch. Tie tvoria základy špecifickej teórie konania, ktorú Weinberger označuje ako formalno-finalistická teória konania. Svoje argumenty pre koncipovanie tejto teórie nachádza analýzou ľudskej schopnosti konať a pojmu konania, pričom konanie chápe ako intencionálne správanie závislé od informácií. Výklad pojmu konania preto v podstate spočíva na charakteristike operácií, ktoré spracovávajú informácie určujúce konanie. Konaním tiež rozumie správanie usmerňované vôľou, teda správanie ktoré je určované predovšetkým stanovovaním cieľov a účelov. Považuje za potrebné pojem konania vzťahovať nielen na psychofyzických nositeľov konania, pretože existuje aj kolektívne konanie, konanie spolkov atď.

Chápanie centrálnej úlohy teórie konania sa zdôrazňuje porovnávaním s ostatnými koncepciami konania. Každá teória konania sa musí pokúsiť nájsť odpoveď na tieto otázky[8]:

1. Čo odlišuje konanie od iných foriem správania?

Uvádzajú sa rôzne momenty, pričom je sporné, ktorý z nich je vlastne rozhodujúci: uvedomenosť konania, cieľavedomosť, usmernenosť pravidlami, slobodné rozhodovanie konajúceho a i. Podľa Weinbergera je pre definovanie pojmu konania rozhodujúce, že konanie je určované a riadené informačným procesom využívajúcim opisné informácie.

2. Je konanie späté s pojmom slobody konania a ako možno vysvetliť slobodu konania alebo jeho determinovanosť?

Konanie je možné len tam, kde sú priestory pre konanie, kde subjekt stojí pred možnosťou voľby medzi rôznymi pokračovaniami trajektórie správania. Základom slobody konania je práve medzičlánok informačného procesu ako faktora poznania priestorov konania, určenia rozhodnutia a realizácie konania.

3. Ako možno objasniť obsah konania osoby? Ako sa vykladá motivácia konania a uskutočňovanie rozhodnutia?

Predpokladom konania je vždy aktívny postoj systému, ktorému sa konanie prisudzuje. Na motívy nazeráme ako na niečo účelové, udanie účelu, ktorý konajúci sledoval, jeho úmysel. Objasnenie konania je interpretácia motívu, tzn. pokusná zrozumiteľne racionálna rekonštrukcia informačného procesu určujúceho konania.

4. Ako sa vykladá vplyv vzťahu jednotlivec-spoločnosť na konanie?

[8] Tamtiež, s. 29.

Podľa Weinbergerových úvah je konanie jednotlivca determinované súhrou účelovo orientovaných úvah a utilite a súčasne morálnych presvedčení.

Weinberger sa rovnako zaoberal analýzou teórie zdravého rozumu, ktorú vzhľadom na jej bežnosť v každodennom živote podľa neho nemožno jednoznačne oddeliť od iných teoretických koncepcií. Chápanie konania z pohľadu teórie zdravého rozumu zahŕňa tieto prvky[9]:

a) Konanie je určitý priebeh správania v čase.

b) Konanie sa prisudzuje určitému subjektu, ľudskej bytosti, ktorá ovplyvňuje postup konania.

c) Správanie konajúceho sa chápe ako výsledok jeho chcenia, teda konanie môžeme chápať ako chcené správanie.

d) Konanie závisí od vedenia a skúsenosti.

e) Konanie sa spája so slobodou vôle.

f) Zdravý rozum.

g) Teória zdravého rozumu obsahuje iba zárodky obsahovej podmienenosti konania.

Konanie vždy chápeme ako správanie alebo činnosť určitého subjektu. Existuje mienka, že prirodzeným nositeľom konania je človek, pretože len ten má schopnosť konať. Weinbergerova formalno-finalistická teória to však vidí inak. Pre ňu ako aktér prichádza do úvahy každý subjekt, ktorý je schopný uskutočňovať zodpovedajúce funkcie. Táto entita však musí vykazovať nasledovné vlastnosti[10]:

1. Tejto entite musí prináležať určité praktické stanovisko.

2. Aktér musí disponovať určitou mierou poznávacej kapacity, ktorá mu umožňuje získať informácie o situácii, o možnostiach konania a o kauzálnych súvislostiach.

3. Nositeľ konania musí byť schopný nejakým spôsobom uskutočňovať akt voľby, a to na základe kognitívnych a praktických informácií, pričom oba druhy informácií sú pre určenie konania potrebné.

Teória konania rozlišuje dve metodologicky rozdielne problémové situácie, a to deliberáciu konania a interpretáciu motívov konania.[11] Deliberácia

[9] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus, Bratislava: Archa, 1995, s.51-52.

[10] Weinberger, O.: Alternativní teorie jednání. Praha: Filosofia, 1997, s. 93.

[11] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus, Bratislava: Archa, 1995, s. 93.

konania je proces vyhľadávania možnosti konania a výber optimálnych prostriedkov na splnenie zamýšľaných cieľov, t.j. že stojíme pred úlohou určiť, čo máme urobiť a ako to urobiť čo najlepšie. Pokiaľ ide o interpretáciu motívov konania, vtedy pozorujeme konanie nejakého subjektu, pričom sa snažíme toto konanie vystihnúť a pochopiť. Rovnako sa musíme pokúsiť odpovedať na otázku ako a za akým účelom tento subjekt konal.

V snahe pochopiť Weinbergerovu formálno-finalistickú teóriu konania, považujeme za dôležité zhrnúť základné črty tejto teórie:

1. Konanie sa uskutočňuje ako výsledok intencionálneho informačného procesu.

2. Teória konania spočíva vo vzájomnom vzťahu medzi kauzalitou a teleológiou. Poznanie kauzálnych vzťahov slúži na určenie prostriedkov a tiež na voľbu rozhodnutí. Teleológiu možno formálne rozvíjať, ak je kauzálny vzťah vopred daný. Keďže teória konania vychádza z formálnej teórie teleológie – finality, Weinberger ju nazval formálno-finalistickou teóriou konania.

3. Teória konania je teóriou štruktúry. Je koncipovaná ako formálna teória, t.j. rozlišuje medzi formami myslenia a do nich vložených obsahov.

4. Normy sú determinanty konania. Normami sa rozdeľujú kompetencie, konštituuje sa právo na moc, konštituujú sa organizácie, ktoré vytvárajú priestory pre možné konanie, najmä tam, kde správanie a konanie jednotlivca sa viaže na inštitucionálny rámec.[12]

5. Použitie formalizmu, ktorým sa určuje konanie, sa líši podľa problémových situácií. Deliberácia konania je odlíšená od interpretácie motívov konania.

Inštitúcie

Weinbergerova inštitucionalistická téza o stálej súvislosti medzi inštitúciami a spoločenskou existenciou noriem narážala na pochybnosti spočívajúce v absencii jasnej definície pojmu inštitúcia, otázke ohraničenia sféry inštitúcií, nevyhnutnosti predložiť jasnú klasifikáciu alebo typológiu inštitúcií. Svojimi analýzami sa preto pokúšal nájsť vecne teoretické presvedčivé dôvody pre konštituovanie podstatných znakov pojmu inštitúcia ako základného pojmu spoločenskovedných a právnovedných skúmaní.

Weinberger uvádza, že pojem inštitúcia má ohraničiť sféru nášho štúdia tak, aby sa ľudské konanie dalo chápať a objasňovať ako súhra chcenia, konania a opomenutia jednotlivcov so spoločenskými faktormi, ako aj s rámcovými

[12] Tamtiež, s. 95.

kultúrnymi podmienkami. Pracovať s takýmto pojmom inštitúcie má význam len vtedy, ak skutočne existuje súhra jednotlivec-spoločenstvo. Treba však uvažovať aj o tej sociálnej skutočnosti, že v každej spoločnosti existuje fenomén inštitucionalizácie. To, čo vystupuje ako vzor správania, ako spôsob konania, má za určitých okolností tendenciu inštitucionalizovať sa.[13]

Svoj základný teoretický názor sformuloval do týchto téz:

a) Právo, spoločenské útvary a politické dianie musia byť analyzované z perspektívy teórie konania.

b) Konania, spoločenské zariadenia a všetky druhy inštitucionálnych skutočností obsahujú jadro praktických informácií, sú pochopiteľné na základe pochopenia týchto praktických informácií.

c) Ľudské bytie ako život spoločenskej podstaty schopnej konania je proces vzájomného pôsobenia medzi jednotlivcom a spoločnosťou, psychika a správanie jednotlivca sú funkcionálne závislé od vzťahov k spoločnosti a fungovanie i dynamiku spoločenských inštitúcií a štruktúr možno objasniť iba pri zohľadnení bytostného vplyvu jednotlivca.[14]

Pri hľadaní jednotlivostí potrebných pre charakteristiku inštitúcií Weinberger neopomenul ani názory iných stúpencov inštitucionalistickej právnej teórie, ktoré sa podstatne líšia a samotná skutočnosť, že používajú termín inštitúcia, nie je podľa neho dostatočným dôvodom pre tvrdenie, že existuje spoločné jadro týchto rôznych smerov. Problematiku inštitúcií sa snaží vykladať konfrontáciou klasickej teórie inštitúcií najznámejšieho predstaviteľa tohto smeru Maurica Hauriova so svojim neoinštitucionalistickým poňatím. Hauriou podáva systematický výklad svojho učenia v práci „Teória inštitúcií a ich zakladania“. Inštitúcie sú pre neho vlastné reality práva. Inštitúcie sú sociálne entity relatívneho trvania, duchovnej štruktúry, vyjadrené vo vedúcej myšlienke, a prejavujú sa právom a právnymi vetami, pričom právne normy hrajú sekundárnu úlohu. To znamená, že inštitúcie tvoria právne normy, ale nie právne normy tvoria inštitúcie. Rozlišuje pritom dva druhy inštitúcií, a to inštitúcie-veci a inštitúcie-osoby.

Weinbergerov normativistický inštitucionalizmus je vybudovaný úplne inak než Hauriouova teória, napriek tomu však Weinberger nachádza

[13] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 33.

[14] Tamtiež, s. 34.

v niektorých dôležitých otázkach markantné zhody a tiež dôležité prvky, ktoré vedú k určeniu pojmu inštitúcie[15]:

A. Každá inštitúcia má v sebe systém noriem a iných praktických informácií.

B. Ľudský život a ľudské konanie sú charakterizované vzťahom medzi individuálnym konaním subjektu a spoločenstvami. Správanie jednotlivca závisí od spoločenských vzťahov. Každá forma spoločenského správania je výsledkom osobného správania a konania individuí v inštitucionálnom rámci.

C. Pojem inštitúcie súvisí s pojmom inštitucionalizácie.

D. Vznik a spoločenská existencia inštitúcií spočívajú na ľudskej interakcii na konštitúcií úloh a súvislostí hodnotových presvedčení konajúcich ľudí.

E. Inštitúcie existujú vo forme inštitucionalizovaných normatívnych systémov pravidiel alebo ako reálne jednotlivé prípady príslušnej inštitúcie.

F. Zariadenia majú určitú organizačnú štruktúru, teda osobný a vecný substrát. Organizácia znamená existenciu osobných a vecných prvkov, medzi ktorými existujú funkčné vzťahy.

G. Vzťahy osobného a vecného substrátu sú nielen vzťahy správania, ale sú vždy určené aj praktickými informáciami, pravidlami a hodnotovými štandardmi.

H. Inštitúcie žijú vlastným životom, teda sú to reality sui generis.

Pochopenie podstaty a základných prvkov inštitúcií v spojení s teóriou konania sa premieta do Weinbergerovej jasnej definície inštitúcií. Inštitúcie chápe ako *rámcové systémy ľudského správania. Je v nich obsiahnuté jadro praktických informácií. V tom zmysle sú vždy komplexným predmetom, ak pozostávajú z usporiadaného systému praktických informácií, ktorý súvisí s pôsobením psychických a spoločenských skutočností a postupov.*

Z hľadiska **typológie** inštitúcií, Weinberger považuje za účelné vychádzať zo základného rozdelenia inštitúcií na a) normatívne a b) reálne. Pri normatívnych inštitúciách je to, čo nás zaujíma, systém praktickej informácie, etablovaný systém a súvislosť so spoločenskými procesmi a inštitucionálnymi reáliami, iba kritériom pre zistenie reálneho bytia systému. Pri reálnych inštitúciách sú praktické informácie kryštalizačnými centrami inštitúcie. Zároveň však Weinberger zdôrazňuje, že ak sa vytvorili

[15] Weinberger, O.: Alternativní teorie jednání. Praha: Filosofia, 1997, s. 197-200. Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 96-99.

inštitúcie ako druhový pojem, nie je potrebné predkladať vyčerpávajúcu kategorizáciu inštitúcií.[16]

Normatívne inštitúcie ako napr. vlastníctvo, manželstvo, zmluva sú myšlienkové stavebné kamene právneho systému. Normatívne inštitúcie sa zväčša označujú ako právne inštitúty. Pokiaľ ide o určenie jednotiek obsahu právneho systému, normativistické teórie sa sústreďujú na určenie[17]:

a) obsahových prvkov práva ako prikazovaných alebo zakazovaných spôsobov správania,

b) splnomocnenia pre normotvorbu viazaného na určité podmienky.

V rôznych právnych poriadkoch možno hovoriť o rôznych špecifikách jednej inštitúcie na báze jej základného funkcionálneho určenia. V tomto prípade Weinberger považuje za účelné využívať MacCormickovu typizáciu určujúcich pravidiel, teda inštitutívne pravidlá, ktoré určujú podmienky vzniku príslušných inštitúcií, pravidlá právnych následkov, ktoré ustanovujú normatívne následky, a tiež pravidlá zániku reálneho prípadu inštitúcie.

Normativistický inštitucionalizmus skúma normatívne inštitúcie z hľadiska teórie konania. Zdôrazňuje, že na základe inštitúcií nevznikajú len právne vzťahy, právne povinnosti, nároky a možnosti konania, ale aj iné psychologické a sociálne následky v oblasti hodnotenia. Inštitúcie otvárajú priestory pre konanie, vzbudzujú očakávania vo vzťahu k správaniu blížnych, majú následky na vzťahy aj mimoprávne medzi členmi spoločnosti.[18]

Na príklade manželstva Weinberger podáva prípad reálnej inštitúcie, ktorá je tvorená normami a pozorovateľnými faktami, akými sú „má byť“, „ľudské správanie“ a „predmety“, ktoré v rámci inštitúcie majú určité úlohy a funkcie.

Dôležitým typom inštitúcií sú osobné inštitúcie, pričom Weinberger okrem klasického chápania osoby ako nositeľa práv a povinností, vyzdvihol dva momenty[19]:

1. Osoby sú nositeľmi konania a vždy platí, že je potrebné nielen určenie prisúdenie práv a povinností, ale musí sa vždy aj normovať, ako osoba môže konať

---

[16] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 35-37.

[17] Weinberger, O.: Alternatiní teorie jednání. Praha: Filosofia, 1997, s. 201.

[18] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 101.

[19] Tamtiež, s. 38.

2. Osoby ako inštitucionálne skutočnosti vždy vznikajú inštitucionalizáciou určitých normatívnych pravidiel. Právo má normatívne rozhodnúť, ktoré osoby vzniknuté ako sociálne skutočnosti mimo práva, budú uznané aj ako právnické osoby.

Dôsledky normativistického inštitucionalizmu pre právnu vedu

Koncepciu normativistického inštitucionalizmu Weinberger vypracoval vo vedomej opozícii k rýdzosti proklamovanej Kelsenom a Weyrom. Z hľadiska teórie konania a normatívnej teórie inštitúcií vyplývajú pre právnu vedu tieto dôsledky[20]:

1. Platnosť práva. Platnosť právneho poriadku je vecou inštitucionalizácie. Pochopiť právny poriadok znamená porozumieť jeho normatívnemu obsahu a poznať funkčné začlenenie tohto normatívneho systému do reality štátu.

2. Normativistický inštitucionalizmus ako analytická teória práva. V štruktúre právnych pravidiel možno objaviť podstatné rozdiely. Ide najmä o rozdiel medzi normatívnymi pravidlami správania a splnomocňujúcimi normami. Tieto rozdiely spôsobujú tiež podstatné rozdiely v aplikácií normatívnych ustanovení.

3. Inštitucionalistická koncepcia právnej dynamiky. Reálne skutočnosti a faktické normotvorné akty sú spolu s danými normami dôvodom normodynamiky.

4. Explikácia právnickej osoby. K jej konštitúcii je nevyhnutné normatívne určiť, ako sa realizuje konanie takejto osoby, teda ako fungujú jej orgány. Toto určenie je nevyhnutnou normatívnou zložkou existencie a pôsobnosti právnickej osoby.

5. Jednota právneho poriadku. Konzistentný charakter právneho systému nie je vždy jeho faktickou vlastnosťou, ale postulátom racionálnej konštrukcie práva. Právny systém je nutné racionálne koncipovať tak, aby tvoril recionálnu jednotu.

Inštititucionalistický právny pozitivizmus

Normativistický inštitucionalizmus predstavuje osobitnú formu pozitivizmu, ktorý Weinberger označuje ako inštitucionalistický právny pozitivizmus. Pozitivistami zastávaný názor, že spoločenské normy sú kreované iba výslovnými vôľovými aktmi, Weinberger odmieta, pretože odporuje jeho inštitucionalistickej teórii.

[20] Weinberger, O.: Neoinstitucionalizmus a teorie politiky. In: Právník. Praha: Ústav státu a práva, 1993.

Inštitucionalistický právny pozitivizmus smeruje ku komplexnému poňatiu právnej reality. V určitom zmysle prekonáva rozdiel medzi realistickým a normativistickým pozitivizmom, pretože chápe právo ako komplex spoločenských realít.[21]

Príklon k inštitucionálnemu právnemu pozitivizmu predstavuje pre Weinbergera konjunkcia týchto téz[22]:

a) Normy a hodnoty nemôžu byť zdôvodnené iba čisto kognitívne, teda bez zaujatia stanoviska.

b) Regulatívy, ktoré sú základom inštitúcií, nie sú apriórne danosti, ale sú ľudský výtvor.

c) V moderných spoločnostiach popri sebe existujú rôzne druhy systémov noriem, ktoré treba principiálne odlúčiť, a to aj napriek tomu, že sa navzájom ovplyvňujú a v istom zmysle aj funkčne spolupôsobia pri určovaní konania. Ide tu predovšetkým o odlúčenie práva od morálky.

d) Morálne kritéria nemožno ustanoviť ako podmienku platnosti pre právne normy.

Záver

Preniknutie do podstaty Weinbergerovej teórie normativistického inštitucionalizmu si vyžaduje pochopenie práva ako inštitucionálnej reality, žiadne práva ani povinnosti neexistujú bez inštitucionálneho základu a tiež normy existujú len v kontexte konajúcich ľudí. Je nepochybné, že v takomto poňatí ľudský život a spoločnosť nie sú možné bez inštitúcií. Inštitúcie ako systémy pravidiel určujú správanie jednotlivcov a predstavujú dôležitý spojovací článok medzi jednotlivcom a spoločnosťou. Praktickými príkladmi z reálneho života v spojení s ustavičnou pochybovačnosťou a výhradami voči všetkému, čo nie je podložené presvedčivými argumentmi, Weinberger prostredníctvom dôkladných analýz a neustálej polemiky s inými teóriami v právnej vede, dospel k formulácii vlastných preukázaných záverov o pojme a typológií inštitúcii a formálno-finalistickej teórii konania.

Literature:

- Weinberger, O. Alternativní teorie jednání. Praha: Filosofia, 1997
- Weinberger, O. Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995

[21] Weinberger, O.: Norma a instituce. Brno: Masarykova univerzita, 1995, s. 66.

[22] Weinberger, O.: Inštitucionalizmus. Bratislava: Archa, 1995, s. 42.

- Weinberger, O. Neoinstitucionalizmus a teorie politiky. In: Právník. Praha: Ústav státu a práva, 1993
- Weinberger, O. Norma a instituce. Brno: Masarykova univerzita, 1995
- Weinberger, O. Nový institucionalismus jako základ právní a politické teorie. In: Právník. Praha: Ústav státu a práva, č. 1, 2005

Contact – email
zaneta.surmajova@centrum.sk - denisa.kovacova@azet.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

UMĚLÉ PŘERUŠENÍ TĚHOTENSTVÍ V ARGUMENTECH VLADIMÍRA KUBEŠE A OTY WEINBERGERA

JANA LOJKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Problematika interrupcí provádí lidstvo po dlouhá staletí. Stala se předmětem řady teorií nejrůznějších vědeckých disciplín lékařských, náboženských, filosofických i právních, žádné z nich se však nedaří otázku ochrany nenarozeného života vyřešit. Jak dnes můžeme sledovat, jedná se o téma stále aktuální, ve svých úvahách mu však pozornost věnovali již i představitelé brněnské právní školy, prof. Vladimír Kubeš a prof. Ota Weinberger, jejichž argumenty článek představí.

Key words in original language
Abortion; Protection of the beginning of human life; Brno legal school; Vladimír Kubeš; Ota Weinberger.

Abstract
The problem of abortion go along with entire people for long centuries. It became subject of number of scientific, theological, philosophical or legal theories, unfortunately none of them is able to find final solution to the question of the protection of human life. As we can see, the issue of abortion is very up-to-date, nonetheless professors Vladimír Kubeš and Ota Weinberger, important representatives of Brno legal school, paid their attention to our problem as well. Their arguments will be described here.

Key words
Interrupce; Ochrana nenarozeného života; Brněnská normativní škola; Vladimír Kubeš; Ota Weinberger.

1. ÚVOD

Nechtěná těhotenství a umělé zásahy směřující k jeho ukončení provází lidstvo od počátku existence a stále zůstávají stejně aktuálními, neboť se jedná o problematiku natolik kontroverzní, podléhající řadě náboženských, filosofických a etických teorií, že nic nenasvědčuje tomu, že by se v této oblasti podařilo v dohledné době dosáhnout konsensu a nějakého obecnějšího řešení. Tím obtížnější úkol zde vzniká pro právní řád, který může jen stěží nalézt odpovědi na otázky počátku a konce lidského života. Je zřejmé, že právo musí zohlednit výsledky, ke kterým dospěli odborníci jiných oblastí a na jejich základě zvolit řešení, které bude svými prostředky prosazovat a vynucovat.

Námi zkoumané problematice tak věnují své myšlenky a úvahy autoři nejrůznějších vědeckých disciplín, někteří z nich komplexně, jiní jej ve svém díle pouze zmiňují či uvádějí jako příklad pro demonstraci a snazší pochopení problémů jiných. K takovým patří i zástupci brněnské právní školy, prof. JUDr. Vladimír Kubeš a prof. JUDr. Ota Weinberger, kterým bych v následujícím textu ráda věnovala pozornost. U obou z nich se s umělým přerušením těhotenství setkáme v naprosto odlišném kontextu, u obou z nich je však stejně zajímavý.

Svůj příspěvek nechci věnovat jednotlivým teoriím nebo argumentům vznášeným pro nebo proti provádění interrupcí, není zde pro to ostatně ani prostor, nehodlám stejně tak zkoumat právní úpravu, i když ji jistě bude na některých místech minimálně nutné zmínit, ráda bych však nastínila některé úvahy a souvislosti, s kterými se setkáváme u obou zmíněných pánů profesorů.

2. VLADIMÍR KUBEŠ

Prof. Vladimír Kubeš, právní filosof a teoretik občanského práva, pojímal právo jako komplexní a komplikovaný útvar, který je možné poznat jen za pomoci řady vědních disciplín, publikoval proto i řadu statí věnovaných právní sociologii, neboť zastával názor, že je nutné právní vědu obohatit o empirickou analýzu účinků práva a popsat tak nejen jeho mětí, ale i bytí.

Z Kubešovy pozůstalosti byla posmrtně vytvořena publikace Kapitoly z právní sociologie. V ní můžeme najít studii demonstrující vliv práva na okruh otázek trestu smrti a umělého přerušení těhotenství. Autor zde udává přehled sociologů, filosofů a právníků, kteří se již danou problematikou zabývali a pokouší se nastínit, na co bychom se v dalším zkoumání měli zaměřit my. Jak uvádí, oblast umělého přerušení těhotenství není jednoznačná a rozpadá se do tří částí: první z nich se věnuje motivům, důvodům a příčinám, které ženy, případně osoby, které na jejich rozhodnutí mají bezprostřední vliv, ovlivňují v úvahách o umělém přerušení těhotenství. Druhá skupina pak takové motivy, důvody a příčiny hledá u zákonodárce, jenž vydal právní normy stanovující přísné tresty, včetně trestu smrti, za provedení umělého přerušení těhotenství. Konečně třetí část je částí komparativní, v úpravách okolních států se Kubeš pokouší hledat důsledky, které na rozhodování o podstoupení zákroku může mít hrozící trestněprávní sankce.

V této souvislosti je nutné si uvědomit, že usmrcení lidského plodu bylo za trestný čin považováno ještě v trestním zákoně č. 86 z roku 1950. Jeho § 218 znamenal pro ženu, která úmyslně usmrtila vlastní plod nebo o to někoho jiného požádala nebo mu to dovolila, trest odnětí svobody až na jeden rok. Ten, kdo tento zákrok provedl nebo těhotnou ženu k takovému činu sváděl nebo jí pomáhal, byl trestán odnětím svobody na jeden rok až pět let. Trestní sazba se zvyšovala na tři až deset let, došlo-li v důsledku zákroku k těžké újmě na zdraví či smrti těhotné ženy, nebo byla-li činnost prováděna výdělečně.

Odst. 4 zmíněného ustanovení sice poprvé zavedl možnost beztrestného umělého přerušení těhotenství, z dnešního pohledu však bylo vymezeno poměrně přísně: „Usmrcení lidského plodu lékařem ve zdravotním ústavu se souhlasem těhotné ženy není trestné, je-li jiným lékařem, a to úředním, zjištěno, že by donošení plodu nebo porod vážně ohrozily život těhotné ženy nebo že by jí způsobily těžkou a trvalou poruchu zdraví anebo že některý z rodičů trpí těžkou dědičnou nemocí; souhlas těhotné ženy může být nahrazen souhlasem jejího zákonného zástupce jen tehdy, je-li těhotná žena zcela zbavena svéprávnosti nebo není-li schopna se vyjádřit."

Podstatnou změnu pak přinesl až zákon č. 68 z roku 1957, o umělém přerušení těhotenství, který stanovil beztrestnost ženy, která své těhotenství sama uměle přeruší nebo někoho o to požádá nebo mu to dovolí. Pro případy interrupcí provedených jinak než v souladu se zákonem byly uvedeny trestní sazby. Rozhodnutí ženy nicméně předcházelo souhlasné stanovisko komise a ta jej měla udělovat pouze ze zdravotních důvodů nebo důvodů zvláštního zřetele hodných. Demonstrativně byly vypočteny v prováděcích vyhláškách ministerstva zdravotnictví, a sice následovně:

a) věk ženy nad 40 let,

b) nejméně tři žijící děti,

c) otěhotnění v důsledku znásilnění nebo jiného trestného činu,

d) obtížná situace vzniklá otěhotněním u ženy neprovdané,

e) ztráta manžela nebo jeho těžký zdravotní stav,

f) bytová nebo finanční tíseň vážně ohrožující životní úroveň rodiny, zvláště nezletilých dětí,

g) prokázaný rozvrat rodiny.

2.1 MOTIVY ŽEN

V části věnované motivům, jež vedou ženu k rozhodnutí podstoupit interrupci, odkazuje Kubeš na myšlenky Augusta Messera[1] a Wagnera. Messer za zásadní považuje hospodářskou nouzi , tedy špatnou finanční nebo bytovou otázku, dále pak obavy před hanbou z početí dítěte v důsledku mimomanželské soulože, jistě to bývá i strach před nebezpečím a bolestmi porodu. Nejvíce aktuální je však poslední zmiňovaná příčina, a sice mínění, že plod, minimálně v počátečních stádiích těhotenství, není samostatnou žijící bytostí, nýbrž součástí matčina těla, o kterém si může svobodně rozhodovat a volně s ním nakládat.

[1] August Messer (1867 – 1937), německý filosof a psycholog.

I Wagner považuje hospodářskou nouzi za jeden z nejzákladnějších motivů pro rozhodnutí podstoupit interrupce. Odkazuje sám na další autory[2] a uvádí, že hospodářskou nouzí je motivována až polovina veškerých provedených kriminálních potratů. Se špatnou finanční či bytovou situací se i zde pojí zhoršení životních podmínek přílišným vzrůstem počtu členů rodiny, podstatnou příčinu však Wagner vidí i v účasti žen v pracovním procesu mimo domov, kdy upozorňuje, že dělnice v továrnách omezují oproti ženám v domácnosti těhotenství výrazně častěji. Za méně podstatné pak již považuje obavy o své nebo potomkovo zdraví, „bázeň před hanbou svobodných žen“ nebo nezodpovědnost, lehkovážnost či požitkářství.

Kubeš ve svém hodnocení upozorňuje, že prezentované motivy pochází z 20. let 20. století a ani v jeho době nejsou příliš aktuální, zejména pak v souvislosti se zmiňovanou hospodářskou či bytovou krizí. Opačný trend však spatřuje u interrupcí motivovaných obavami o vlastní zdraví či vrozenou vadu dítěte, které se stávají stále častějšími z důvodu lepší informovanosti o chorobách, které se na děti přenášejí i o těch, které mohou znamenat nebezpečí pro matku. Poukazuje na skutečnost, že stud před reakcemi okolí na nemanželské dítě je motivem naprosto lichým díky rovnému postavení dětí narozených v i mimo manželství. Smutnou skutečností je naopak fakt, že neubývá interrupcí vedených vlastním sobectvím a osobním pohodlím, které zodpovědnému a promyšlenému rozhodnutí ustupují.

Pokud bychom se závěrem této části měli zamyslet nad motivy, které vedou ženy k rozhodnutí podstoupit interrupci v dnešní době, pomoci by nám mohly některé statistické údaje[3] uváděné v souvislosti s věkem, stavem a počtem dětí žadatelek o provedení interrupce. Dochází se zde k zjištění, že ke snížení indexu potratovosti došlo v období od poloviny devadesátých let dvacátého století ve všech věkových skupinách s výjimkou věkové kategorie do 19 let. V této nejmladší věkové skupině počet provedených interrupcí na 100 narozených významně vzrostl z 50,1 interrupcí na 100 narozených v letech 1990-94 na 73,9 v roce 2002.

Tradičně nejčastěji podstupují interrupce vdané ženy (v roce 2002 54 % ze všech žen, které interrupci prodělaly). Zatímco podíl vdaných žen, které dnes interrupce absolvují se snižuje, podíl svobodných žen neustále roste. V letech 1990-94 bylo mezi ženami, které interrupce podstoupily 19,4 % svobodných, 71,2 % vdaných a 9,4 % rozvedených nebo ovdovělých a v roce 2002 byl poměr následující: 33,5 % svobodných, 53,5 % vdaných a 13 % rozvedených nebo ovdovělých. Klesá zároveň i počet žen s dvěma a více dětmi, které tradičně tvoří nejvíce zastoupenou kategorii. V roce 1994 bylo

[2] Bethin, Max Hirsh.

[3] Šamanová, G., Potratovost, dostupný z

http://www.socioweb.cz/index.php?disp=temata&shw=244&lst=119.

mezi ženami, které se pro podstoupení zákroku rozhodly 19,3 % bezdětných, 24,2 % s jedním dítětem, 42,3 % se dvěma dětmi, 14,3 % se třemi a více dětmi. V roce 2002 pak 25,7 % bezdětných, 25,6 % s jedním dítětem, 36,1 % se dvěma dětmi a 12,6 % se třemi a více dětmi.

2.2 MOTIVY PRO VYDÁNÍ TRESTNĚPRÁVNÍCH NOREM

Autor na tomto místě poukazuje na složitost problému a absenci dosavadního jeho náležitého celistvého probádání. Odkazuje nicméně logicky na učení katolické církve a nepochybný vliv, který nejen v oblasti rodinných vztahů na světské právo má. V kontextu dnešních argumentů odpůrců interrupcí působí poměrně překvapivě odkaz na dědictví, tedy že se jejím provedením odnímá manželovi jeho vlastní dědic. Jde nicméně o úvahu, která má svůj původ v myšlenkách starého Řecka Říma, kde byl lidský plod brán jako součást těla ženy a zásahy do plození dětí se trestně nestíhaly s výjimkou případů, kdy ztrátu dítěte vyvolala třetí osoba a zbavila tak rodiče naděje na potomstvo.

Za velice aktuální a podstatné považuje Kubeš důvody populační, kdy poukazuje na názor, že největší a nejbolestivější újma je společnosti jeho doby způsobována deliktem přerušení těhotenství, neboť hustěji zalidněné státy mají oproti ostatním převahu politickou, kulturní i hospodářskou. Odmítá myšlenky novomalthusiánství, které v potratovosti vidí vhodný regulativ přílišného vzrůstu obyvatel, které by se časem na zemi nemohlo uživit, není proto podle nich správné zabraňovat ženě v ukončení těhotenství, pokud neexistuje žádná naděje, že se dítěti, které se má narodit, dostane alespoň slušné výživy. Kubeš v přelidnění nevidí příčinu sociální bídy, hledá ji v nesprávném rozdělení majetku a důchodů, tedy rozporem mezi vlastnictvím výrobních prostředků a společenskou povahou výrobního procesu.

Z dalších důvodů poukazuje i na život a zdraví těhotné ženy, které pro ni nesvědomitě provedeným potratem znamenají zhoršení kvality budoucího života, vedle toho zmiňuje i stránku finanční, která je navyšována léčením ženy a její sníženou schopností pokračovat v pracovním procesu.

V souvislosti s právy nenarozeného dítěte odkazuje pouze na situace, kdy se interrupci nepodaří provést a dítě se narodí v důsledku nevhodně provedeného zákroku postižené. To se pak dotýká jeho práv v tom aspektu, že si své postižení a znevýhodnění oproti ostatním osobám musí nést po celý život. V kontextu moderních interrupčních teorií, je nutné zmínit odkaz na mravnost, která velí chránit život a naopak bránit jeho svévolnému ničení.

Kontroverzní oblastí je pak právo rodičů na vlastní potomstvo, kterého se však zde oba, minimálně však matka, dobrovolně vzdávají. Kubeš si proto na tomto místě klade otázku, jestli lze v těchto případech aktivně vystupovat proti vůli rodičů.

2.3 VLIV TRESTNĚPRÁVNÍCH NOREM NA POČET PROVEDENÝCH INTERRUPCÍ

Kubeš tam tomto místě prezentuje názory zastánců i odpůrců tvrzení, že na počet provedených interrupcí mohou mít vliv trestněprávní normy nesoucí s sebou hrozbu sankce. Zatímco zastánci tvrdí, že pokud už tyto neovlivní přímo vůli pachatelovu, budou minimálně znamenat velice významnou překážku při získávání prostředků a osob, které zákrok vykonají, v každém případě navíc zajistí absenci jakékoli formy propagace zařízení nebo osob zákroky provádějících. Budou-li všechny zmíněné komplikace přesto překonány, ke všemu nutně dojde tajně, což zamezí šíření špatného příkladu pro další ženy, které se v obtížné situaci ocitly také.

Odpůrci naopak argumentují středověkými přísnými sankcemi, které měly pramalý odstrašující význam a příkladem Francie, kde přes zákaz interrupcí počet obyvatel stále klesal.

Kubeš nepopírá, že hrozba sankce alespoň část žen od unáhleného rozhodnutí odvrátí, mohou mít zároveň vliv i na jejího partnera, který své otcovství přijímá s nevolí. Na druhou stranu však poukazuje na skutečnost, jak neblahý vliv může mít na společnost nevhodně přijatá právní úprava, zde jako příklad uvádí právě trestní zákon z roku 1950. Uvádí, že škody, které tato právní úprava způsobila, spočívaly nejen ve značném růstu morbidity a mortality žen po vyhnání plodu, v právním vědomí lidí se navíc pojem zákona začal diametrálně lišit od pojmu spravedlnosti a morálky. Poukazuje dále na myšlenky německého trestně právního teoretika a filosofa Gustava Radbrucha, který se táže, zda zákon, který je u převážné většiny případů beztrestně překračován, neznamená pro společnost větší zlo, než by znamenalo jeho odstranění? Uvádí, že: „takový zákon škodí vážnosti právního řádu, ba způsobuje svým přezíraným trváním v právním vědomí lidu zhoubné účinky, které jsou stupňovány vědomím, že paragrafy trestního zákona, stíhající vyhnání plodu, u veliké většiny případů se obracejí proti ženám chudým a nemajetným, tyto bída žene do rukou dryáčníků a fušerů, i k užívání babských prostředků, čímž jejich zdraví i život je ohrožen, a tím i vyzrazení velmi časté, kdežto ženy zámožné vyhledají si diskrétní pomoc odborných lékařů a zůstávají trestající spravedlnosti ukryty[4]“.

Kubeš zároveň poukazuje na studii poslance Dr. Th. Bartoška, který uvádí, že pro přijetí obdobných ustanovení by při přípravách nového trestního zákona zvedli ruku jen ti, pro které jsou argumenty náboženské více rozhodné než argumenty účelnosti, spravedlnosti a právní jistoty. Důležité je tak upřednostnit před kriminálem výchovu, pozvednout obecnou mravní

[4] Kubeš, Vladimír. Kapitoly z právní sociologie, s. 107.

úroveň, hospodářsky zajistit každého člena společnosti a vybudovat solidaritu všech lidí, aby dítě, kýmkoli zrozené, bylo dítětem všech[5].

Dopady, které na počet provedených interrupcí může mít restriktivní právní úprava, lze dnes sledovat na příkladu Polska, kde byl velice přísný zákon upravující umělé přerušení těhotenství přijat pod tlakem katolické církve, navíc s cílem zvrátit trend klesající porodnosti. Porodnost však přesto klesá nadále, bylo zaznamenáno několik případů vražd novorozenců a také úmrtí žen v důsledku nelegálně prováděného zákroku, nebývale se zde rozvinula tzv. interrupční turistika, která polské rodiny obírá o významnou část jejich životních prostředků. Odhady hovoří až o 200 000 případech každým rokem, zákrok pro představu vyjde zhruba na 40 000,- korun[6]. Mezinárodní instituce ochraňující reprodukční zdraví a reprodukční práva lidí definují situaci v Polsku jako odstrašující „polskou cestu", která znamená vyvolání iluze mravního státu zákazem umělého přerušení těhotenství[7]. Polský parlament však projednává změnu ústavy spojenou s návrhem nového zákona, dle kterého by v zemi měly být interrupce zakázány bez výjimky

3. OTA WEINBERGER

Ota Weinberger naproti tomu zmiňuje umělé přerušení těhotenství jako příklad v diskusi o teorii principů ve svém příspěvku, nazvaném Formální charakteristika právních a právně-politických principů, na konferenci věnované právě právním principům, která se uskutečnila pod záštitou katedry právní teorie a právních učení Právnické fakulty Karlovy univerzity a Českého sdružení pro právní a sociální filosofii v listopadu roku 1998.

Weinberger uvádí, že existuje několik typů právních principů, principy nemají jednotný charakter, jak tvrdí někteří autoři[8], společnou jim je nicméně skutečnost, že udávají kritéria pro hodnotící úvahy. Pokouší se princip definovat jako: „normativně stanovené hledisko právního

[5] Volná citace, tamtéž.

[6] Karas, M., Polka porazila Polsko, dostupný z

http://www.ct24.cz/vyhledavani/index_view.php?id=208984.

[7] Kliment, M., Cupaník, V., Reprodukčné práva občianok a občanov Slovenska v kontexte záverov káhirskej konferencie OSN o populácii a rozvoji, v Možnosť voĺby. Aspekty práv a zodpovedenosti, Bratislava: Aspekt, 2001, s. 19.

[8] Weinberger na tomto místě odkazuje na Gerharda Olleho, který tvrdí, že každý princip má charakter komparativní normy, a Roberta Alexyho s definicí principů jako příkazů k optimalizaci rozhodnutí z určitého hlediska.

hodnocení, ke kterému je nutno hledět v hodnotící úvaze determinující právní rozhodnutí.[9]“

Weinberger se domnívá, že právní principy se nám nejlépe podaří charakterizovat, pokud je postavíme do protikladu k pravidlům chování. Zatímco pravidla lze aplikovat subsumpcí, principy prostou subsumpcí uplatnit nelze. Pokud za stejných subsumpčních podmínek dojdeme subsumpcí případu pod dvě pravidla chování k dvěma rozdílným a neslučitelným normativním konkluzím, jde o logický spor mezi pravidly chování, tedy o vadu právního systému. U právních principů je dle Weinbergerova názoru možné, aby naše rozhodnutí bylo vedeno do různých směrů, protože principy jsou měřítka relativního vážení.

Zde uvádí jako příklad dvou pravidel chování normy vztahující se k umělému přerušení těhotenství, a sice: Přerušení těhotenství je zakázané“ a „Přerušení těhotenství je v prvních třech měsících těhotenství dovolené“, což jsou normy v logické rozporu, který se řeší tak, že první norma je interpretována jako subsumpční podmínkou omezená na dobu po třech měsících těhotenství. Naproti tomu Alexyho případ televizního vysílání pořadu o určitém zločinu je příkladem, který motivuje k opačným rozhodnutím. To ale nepovažuje za logický spor, ale normální situaci hodnotící úvahy. Na jedné straně zde totiž stojí právo společnosti na informace, na straně druhé šance delikventa na lepší resocializaci po odpykání trestu, pokud pořad odvysílán nebude. Oba tyto principy je nutné považovat a snažit se tak najít řešení.

3.1 ROZPOR ZÁKONA O UMĚLÉM PŘERUŠENÍ TĚHOTENSTVÍ S ÚSTAVOU

Soulad právní úpravy umělého přerušení těhotenství s principy, na kterých stojí Ústava a Listina základních práv a svobod byl nedávno prověřen slovenským Ústavním soudem na základě podnětu skupiny poslanců Národní rady Slovenské republiky. Ti označili pravidla obsažená v zákoně o umělém přerušení těhotenství č. 73/1986 Zb. ve znění zákona č. 419/1991 Zb. a jeho prováděcí vyhlášce za neústavní pro jejich rozpor s čl. 15 odst. 1 Ústavy Slovenské republiky. Výrok nálezu Ústavního soudu Slovenské republiky PL. ÚS 12/01 ze 4. prosince 2007 obsahuje řadu bodů, v kterých se právní argumentace opírá právě o vyvažování principů.

Relevantní ustanovení zákona, totožné s českou právní úpravou v zákoně č. 66/1986 Sb., obsahuje ve svém § 4 text následujícího znění: „ženě se uměle přeruší těhotenství, jestliže o to písemně požádá, nepřesahuje-li těhotenství dvanáct týdnů a nebrání-li tomu její zdravotní důvody.“ Naproti tomu čl. 15 odst. 1 Ústavy Slovenské republiky (resp. čl. 6 naší

[9] Weinberger, O. Formální charakteristika právních a právně-politických rincipů. V Boguszak, J. a kol. Právní principy. Praha, 1999, s. 41

Listiny základních práv a svobod) zní následovně: „Každý má právo na život. Lidský život je hoden ochrany již před narozením."

Ve východiscích k posouzení ústavnosti napadených ustanovení zákona Ústavní soud zdůraznil, že právní úprava umělého přerušení těhotenství může zasahovat nejen do práva na život, ale i do řady dalších práv chráněných Listinou základních práv a svobod, ať už jde o práva těhotné ženy na soukromí, ochranu zdraví, svobodu myšlení, svědomí, náboženského vyznání a víry, zároveň ji však je nutné interpretovat v kontextu s ústavními principy a ústavou chráněnými hodnotami, konkrétně především principem proporcionality, který plyne z čl. 1 odst. 1 Ústavy Slovenské republiky a je základem ústavního vyvažování, nebo dále s principem svobody.

Ústavní soud odmítl interpretaci druhé věty čl. 15 jako pouhé deklarace či etické normy, neboť „Ústava je souborem přímo aplikovatelných norem, principů a hodnot, které mají svůj konkrétní normativní dopad". Zároveň však popřel, že by ustanovením čl. 15 bylo nasciturovi přiznáno právo na život jako kterékoli již narozené osobě. Ústava tak „zásadně pojí vznik subjektivních práv až s okamžikem narození člověka, ne s jeho početím".

S pojmem právních principů nakládá Ústavní soud v další části východisek rozhodnutí, kde uvádí, že: „první věta odst. 1 čl. 15 představuje typické základní právo, které je v průběhu své aplikace předmětem vyvažování. Takovéto základní právo je současnou ústavoprávní teorií označováno jako princip, který usiluje o svoje naplnění v maximální možné míře, a to v závislosti na interakci s jinými základními právy a ústavními hodnotami s ohledem na požadavek proporcionality, který představuje klíčový koncept pro aplikaci základních práv. Tato interakce se v individuálním případě projevuje jako vyvažování jednoho základního práva s jinými základními právy a ústavními hodnotami." Oproti tomu například zákaz trestu smrti představuje princip zcela bezvýjimečný, který předmětem vyvažování není.

V nálezu se dále pokračuje tím, že lidský život je slovenským právním řádem chráněn jako klíčová hodnota a právo na život má stejnou váhu bez ohledu na nositele. Pokud by však prostřednictvím judikatury docházelo k dotváření Ústavy o „slabší" právo na život, jehož subjektem by byl nasciturus, bylo by to v rozporu s postulátem rovnosti lidí v právech a vše by mohlo vést až k vytváření různých kategorií základních práv, jejichž obsah by byl určován v závislosti na nositelech takovýchto práv, což je nepřípustné.

Ústavní soud uznává, že orgány veřejné moci jsou povinny chránit nenarozený život jako ústavní hodnotu, tato ochrana je však vykonávána především zákonodárnou cestou prostřednictvím ochrany těhotné ženy, ať už jde o zvýšenou péči v rámci pracovního práva, promítnuta je například i do sazeb u trestných činů spáchaných na těhotné ženě. Dle názoru Ústavního soudu nicméně nemůže být pochyb o tom, že povinnost státu zajistit ochranu základnímu právu nemůže být identická s povinností zajistit

ochranu ústavou garantované hodnoty, což se projevuje v úvahách o právní regulaci umělého přerušení těhotenství právě ve vyvažování ustanovení druhé věty čl. 15 odst. 1 s výše zmíněnými právy těhotné ženy (tedy ochrana zdraví, soukromí, ...).

3.2 VYVAŽOVÁNÍ HODNOT A PRÁV

Hodnota lidského života je nicméně natolik zásadní, že není možné ponechat rozhodnutí podstoupit umělé přerušení těhotenství na vůli ženy bez jakéhokoli časového omezení. Soud uvádí, že vyvažování hodnoty nenarozeného života a práv těhotné ženy „předpokládá jednak určení rámce ochrany, které je nenarozený lidský život hodný, jednak i určení rozsahu a účinků práva ženy na sebeurčení, na kontrolu nad vlastním tělem a osudem, a to právě v jejich vzájemné relaci." Toto vyvažování je plně v kompetenci zákonodárce.

Zákonodárce při takovémto vyvažování nemusí poskytnout stejnou ochranu nenarozenému lidskému životu v každé fázi těhotenství, což plyne jednak např. z komentářů k Ústavě nebo z řady rozhodnutí Evropského soudu pro lidská práva[10]. Na druhou stranu však Ústavní soud uznal, že napadené ustanovení § 2 odst. 3 vyhlášky Ministerstva zdravotnictví Slovenské socialistické republiky č. 74/1986 Zb. ve znění zákona č. 98/1995 Z. z. („Svědčí-li pro umělé přerušení těhotenství genetické důvody, lze uměle přerušit těhotenství nejpozději do dosažení dvacetičtyř týdnů těhotenství") není v souladu s čl. 123 (Ministerstva a jiné orgány státní správy mohou na základě zákonů a v mezích zákona vydávat obecně závazné právní předpisy, pokud jsou k tomu zákonem zmocněny. Tyto obecně závazné právní předpisy se vyhlašují způsobem, který stanoví zákon.") ve spojení s čl. 2 odst. 2 Ústavy Slovenské republiky („Státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví ").

Zákon o umělém přerušení těhotenství totiž obsahuje pouze obecnou lhůtu 12 týdnů, kdy je zcela na rozhodnutí ženy, jestli své těhotenství uměle přeruší. § 5 zákona nepochybně zahrnuje situace, které mohou nastat v pozdějším stádiu těhotenství, žádný časový interval v něm však uveden není („Ženě lze uměle přerušit těhotenství ze zdravotních důvodů s jejím souhlasem nebo z jejího podnětu, jestliže je ohrožen její život nebo zdraví nebo zdravý vývoj plodu nebo jestliže jde o geneticky vadný vývoj plodu."). Ústavní soud došel k názoru, že „lhůta na vykonání přerušení těhotenství představuje natolik podstatnou otázku zákonné úpravy, které musí být upravená pouze zákonem, proto je úprava podzákonnou normou vyloučená. To má ostatně vyplývat i z výkladu čl. 13 odst. 2 Ústavy („Meze základních práv a svobod mohou být za podmínek stanovených Listinou základních práv a svobod upraveny pouze zákonem"), protože určením lhůty pro

[10] např. Vo proti Francii

vykonání přerušení těhotenství z genetických důvodů se omezuje základní právo ženy na soukromí a na ochranu jejího psychického zdraví, a to na základě vyvažování s ústavní hodnotou podle čl. 15 odst. 1 druhé věty Ústavy. Vyvažování toho typu musí být vykonané zákonodárcem, resp. zákonem a ne exekutivou.

4. ZÁVĚR

Tolik tedy k prověření souladu právní úpravy umělého přerušení těhotenství s principy, na kterých stojí slovenská Ústava. Zbývá snad jen dodat, že sám Weinberger uznával, že právní principy vstupují do života také právě při činnosti soudů, zejména soudu Ústavního a Nejvyššího. Neinterpretuje tuto normotvornou funkci judikatury jako pouhé zjišťování principů daných jako právo přirozené, nebo jako „interpretaci" takto označovanou kvůli zabraňování konfliktu se zásadou rozdělení státní moci. Weinberger tvrdí, že rozdělení moci na zákonodárnou, soudní a výkonnou de facto není absolutní, adjudikační činnost se proto na rozvoji práva tvořivě účastní.

Literature:

- Bröstl, A.: O pravidlách správania a o princípoch, in. Časopis pro právní vědu a praxi 1/2009, s. 48 - 50
- Karas, M., Polka porazila Polsko, dostupný z http://www.ct24.cz/vyhledavani/index_view.php?id=208984
- Kliment, M., Cupaník, V.: Reprodukčné práva občianok a občanov Slovenska v kontexte záverov káhirskej konferencie OSN o populácii a rozvoji. in. Možnosť voĺby. Aspekty práv a zodpovedenosti, Bratislava: Aspekt, 2001, 409 s., 8085549255
- Kubeš, V.: Kapitoly z právní sociologie, Brno: Masarykova univerzita, 1991, 120 s., ISBN 8021002808
- Šamanová, G., Potratovost, dostupný z http://www.socioweb.cz/index.php?disp=temata&shw=244&lst=119
- Weinberger, O: Formální charakteristika právních a právně-politických rincipů. in Boguszak, J. a kol.: Právní principy, Pelhřimov: Vydavatelství 999, 1999, 231 s., ISBN 8090106455

Contact – email
jana.lojkova@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNÍ TEORIE A PRÁVNÍ ARGUMENTACE NEILA MACCORMICKA

PETR OSINA

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek je zaměřen na charakteristické znaky teorie právní argumentace Neila MacCormicka. Tento skotský právní filozof rozlišuje tři typy interpretačních problémů, které nemohou být vyřešeny deduktivní argumentací a jsou to zároveň hlavní typy interpretačních problémů, kterými se zabývá jeho teorie. Podle této teorie je ústřední otázkou právní argumentace princip zevšeobecnitelnosti.

Key words in original language
Neil MacCormick; právní argumentace; proces odůvodnění; argument týkající se bezrozpornosti; argument týkající se soudržnosti; argument týkající se důsledků.

Abstract
The article is aimed to characteristic features of the theory of legal argumentation developed by Neil MacCormick. This Scottish legal philosopher distinguishes three types of interpretive problems that cannot be solved by deductive reasoning, and these are the main types of interpretive problems that his theory is designed to deal with. According to this theory central question of legal argumentation is the principle of universalizability.

Key words
Neil MacCormick; legal reasoning; process of justification; argument from consistency; argument from coherence; consequentialist argument.

Cílem Neila MacCormicka v knize Legal Theory and Legal Reasoning je vysvětlit původ právní argumentace tak, jak se projevuje v soudních rozhodnutích. Jeho pozornost se soustředí na právní systém Velké Británie, zejména anglické a skotské právo, ale tvrdí, že závěry, které činí ve vztahu k anglickému právu mohou být testovány také s ohledem na ostatní právní systémy, přinejmenším do té míry, jak jsou založeny na obecnějších filozofických premisách.[1]

MacCormick ve své knize vysvětluje, že jeho tvrzení mají deskriptivní i normativní aspekt. Říká následující: „Předkládám popis určitých rysů právní argumentace, které jsou doloženy příklady ze sbírek soudních rozhodnutí, a vysvětluji důvody pro něž si myslím, že mají být základními rysy právní

[1] MacCormick, N.: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press, 1994, str. 8

argumentace, která je funkční; tyto důvody později nabízím jako vysvětlení, proč takové rysy jsou fakticky velmi obvyklé v praktické právní argumentaci, jak může být doloženo na množství příkladů. Mé závěry proto představují dvojí tvář: jsou jednak normativní a věřím, že také popisují normy aktuálně platné v rámci studovaných systémů.“[2]

MacCormick se soustředí na proces odůvodnění když tvrdí, že v konečném důsledku je právní argumentace otázkou odůvodnění, tedy poskytnutí relevantních důvodů pro rozhodnutí.[3] A jelikož pojímá právní argumentaci jako zvláštní případ praktické argumentace, vlastně argumentace morální, snaží se svou teorii právní argumentace zasadit do širší teorie praktického rozumu.[4]

Podle jeho teorie, kterou lze popsat jako kvalifikovanou Humeovskou teorii praktického rozumu, každý praktický argument musí zahrnovat mezní předpoklady, které nejsou dokazatelné a zřejmé za podmínky dalších skrytých důvodů.[5] Přijetí určitých předpokladů a odmítnutí jiných je projevem racionální podstaty člověka. MacCormick říká, že jeho teorie představuje střední cestu mezi tím, co označuje jako ultra-racionalismus teoretiků typu Ronalda Dworkina a iracionalismem teoretiků typu Alfa Rosse.[6]

Právní argumentace je v podstatě otázkou aplikace norem na fakta. MacCormick říká, že jednoduchá, ale často kritizovaná formule N + S = R (norma + skutkový stav = rozhodnutí) je neodmyslitelnou skutečností.[7] V souladu s tím považuje deduktivní uvažování ve formě praktického sylogismu za věc zásadní důležitosti v rámci právní argumentace – správné rozhodnutí znamená aplikaci odpovídající normy na skutkový stav případu. Pečlivě ale zdůrazňuje, že právní argumentace obsahuje více než dedukci a nededuktivní prvky, jako je zvažování argumentů v obtížných případech, vyžadují zvlášť podrobné studium.[8]

Takové nededuktivní prvky nastupují před a po deduktivních, ale vždy jsou nakonec na ně zaměřeny a jsou pochopitelné na základě vztahu k nim. Jsou tou opravdu zajímavou skutečností. Dávají právní argumentaci doopravdy

---

[2] Tamtéž, str. 13

[3] Tamtéž, str. 15

[4] Tamtéž, str. 265

[5] Tamtéž, str. 5

[6] Tamtéž, str. 265

[7] Tamtéž, str. x

[8] Tamtéž, str. ix

právní charakter. Ukazují paralely s morální argumentací. Jsou nanejvýš důležité, ale nejsou vším. Nejsou ani postačující, ani soběstačné.[9]

MacCormick rozlišuje tři typy interpretačních problémů, které nemohou být vyřešeny deduktivní argumentací a jsou to zároveň hlavní typy interpretačních problémů, kterými se zabývá jeho teorie. Za prvé, problém se může týkat významu jednoho nebo více výrazů použitých v právní normě – MacCormick to označuje jako „problém interpretace".[10]

Ne všechny právní problémy nicméně zahrnují interpretaci existující právní normy. Zvláště v oblasti čistě precedenčního práva, kde neplatí žádná statutární úprava, může soudce marně hledat jakoukoli relevantní normu. Problémem je vytvoření právní normy na základě dostupných precedentů. MacCormick vysvětluje, že zde je úkolem soudce zjistit, jestli žalobcův nárok je relevantní, což ho zde vede k použití označení „problém relevance".[11]

Třetím problémem je klasifikace skutkového stavu případu. Tento problém je velmi těžké odlišit od problému interpretace, ale rozlišování může být důležité pro soud, protože na příslušný případ se mohou vztahovat rozdílná procesní pravidla. Zde používá MacCormick označení „problém klasifikace".[12]

Podle MacCormicka je ústřední otázkou právní argumentace princip zevšeobecnitelnosti. Tento princip znamená, že soudce musí rozhodovat aktuální případ na základě důvodů, které chce převzít i pro rozhodování podobných případů v budoucnosti, stejně jako musí brát ohled na svá dřívější rozhodnutí v podobných případech v minulosti.[13] V této záležitosti má MacCormick blízko k názorům Herberta Wechslera.[14]

Protože každé pravidlo může být zobecněno, soudce musí být schopen rozhodnout, které ze dvou či více zobecněných pravidel má vybrat. MacCormick to nazývá problémem odůvodnění druhého řádu a vysvětluje,

---

[9] Tamtéž, str. ix

[10] Tamtéž, str. 65

[11] Tamtéž, str. 68

[12] Tamtéž, str. 93

[13] Srov. MacCormick, N.: Why Cases Have Rationes and What These Are, in Laurence Goldstein (ed.), Precedent in Law, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1987, str. 155 – 182

[14] Srov. Wechsler, H.: Toward Neutral Principles of Constitutional Law, Harvard Law Review 73 (1959), str. 1 – 35

že musí zahrnovat dva odlišné typy argumentů – argumenty týkající se bezrozpornosti a soudržnosti a argumenty týkající se důsledků.[15]

MacCormick tvrdí, že jakékoli rozhodnutí musí dávat smysl nejen v právním systému, ale také v rámci celé společnosti. Vydané rozhodnutí splňuje požadavek bezrozpornosti, jestliže není v rozporu s žádnou normou v rámci právního systému. Totéž rozhodnutí splňuje zároveň požadavek soudržnosti, jestliže dává smysl v právním systému. Argument týkající se důsledků vyžaduje od soudce vydání rozhodnutí, které přináší nejlepší výsledky. Argumenty týkající se důsledků vstupují do hry v případě, že argumenty týkající se bezrozpornosti a soudržnosti nedávají odpovědi na výkladové otázky.

Prvním argumentem v hierarchii je tedy argument týkající se bezrozpornosti, který vyžaduje odstranění rozporů v rámci právního systému. To je poměrně nekontroverzní požadavek, ale jak zdůrazňuje MacCormick, jelikož neexistuje jednoznačná dělící linie mezi jednoduchými (easy cases) a složitými (hard cases) případy, může být obtížné určit, jestli dané rozhodnutí odporuje stanovenému závaznému právnímu pravidlu.

Tento typ argumentace zahrnuje jak jazykovou tak systematickou interpretaci, MacCormick ovšem zdůrazňuje především jazykový aspekt. Doporučuje, aby soudce aplikoval relevantní normu v souladu s jejím nejzjevnějším jazykovým významem, pokud neexistuje méně zjevný jazykový význam a argumenty týkající se bezrozpornosti a soudržnosti podporují jeho aplikaci.[16] Dodává také, že jazykový výklad musí být kvalifikovaný, aby nevedl k absurdním nebo nesprávným výsledkům.[17]

Druhým argumentem v hierarchii je argument týkající se soudržnosti, který souvisí se systematickým výkladem. Definovat soudržnost není jednoduché, ale MacCormick tvrdí, že soubor pravidel je soudržný, jestliže tato pravidla podporují společnou hodnotu nebo hodnoty, případně mohou být vnímány jako konkretizace jednoho či více obecných principů, které odůvodňují a ospravedlňují právní normy.[18]

---

[15] MacCormick, N.: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press, 1994, str. 103

[16] Tamtéž, str. 206

[17] MacCormick, N.: Argumentation and Interpretation in Law, Ratio Juris 6 (1993), str. 27

[18] MacCormick, N.: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press, 1994, str. 107, Srov. též MacCormick, N.: Coherence in Legal Justification, in Werner Krawietz a kol. (eds.), Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 1984, str. 37 – 53

Konečně třetím argumentem v hierarchii je argument týkající se důsledků. Konsekvencialismus je teorie v rámci mravní filozofie, která tvrdí, že mravní hodnocení činů spočívá pouze v jejich důsledcích a mravní povinností člověka je dosáhnout nejlepších možných důsledků.[19] Nejznámější verzí konsekvencialismu je utilitarismus, který vyžaduje maximalizaci užitku.

MacCormick charakterizuje svou teorii jako utilitarismus ideálních pravidel. Především u něj důsledky zahrnují rozmanitý soubor okolností, jako je spravedlnost, prospěšnost, potřeby civilizované společnosti atd.[20] Za druhé pak zdůrazňuje, že hodnocení důsledků musí směřovat k důsledkům zobecněných pravidel, nikoli aktuálních rozhodnutí. Tak se soudce musí zabývat nikoli důsledky rozhodnutí kauzy, kterou má před sebou, ale důsledky ratio decidendi tohoto případu.

MacCormick zastává názor, že argument týkající se důsledků je zaměřen nikoli na odhad pravděpodobnosti změn v chování lidí, ale na možné chování a jeho normativní statut ve světle zkoumaného rozhodnutí.[21] Jinými slovy, soudce se nemá primárně zabývat pravděpodobností vzniku určitých důsledků, ale normativním statutem těchto důsledků, jestliže vzniknou.[22] Důležitá je tedy právní kvalifikace toho, co se může či nemusí stát, nikoli pravděpodobnost důsledků.

Výše uvedená stanoviska demonstruje MacCormick na příkladu dvou ztroskotaných námořníků, kteří byli obviněni z vraždy, jelikož zabili a snědli třetího z nich. Jejich obhájce argumentoval, že zabití druhého člověka může být odůvodněno záchranou vlastního života. Soud toto tvrzení odmítl s poukazem na velké nebezpečí, že připuštěním takového argumentu se může otevřít prostor pro brutální zločiny.[23]

V souladu s argumentem týkajícím se důsledků tvrdí MacCormick, že soud se nezabýval pravděpodobností nárůstu počtu takových činů, ale morálním významem připuštění argumentu obhajoby. Dá se tedy říci, že přijetím tohoto argumentu by soud posvětil nemorální jednání.

---

[19] Scheffler, S. (ed.): Consequentialism and its Critics, Oxford and New York: Oxford University Press, 1988, str. 1 – 13

[20] MacCormick, N.: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press, 1994, str. 105

[21] MacCormick, N.: On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin, New York University Law Review 58 (1983), str. 239 – 258

[22] Tamtéž, str. 254

[23] Tamtéž, str. 287

Argumentace týkající se důsledků v podání Neila MacCormicka je příbuzná teleologické interpretaci právních textů. Tam, kde MacCormick žádá soudce, aby aplikoval zobecněné pravidlo, které přináší nejlepší výsledky vůbec, teleologický přístup požaduje, aby soudce aplikoval zobecněné pravidlo, které přináší nejlepší výsledky s ohledem na účel právního textu. Argument týkající se důsledků je v podstatě morálním argumentem, který je méně určitý než teleologický výklad.

Vidíme tedy, že MacCormick doporučuje soudci začít jazykovým výkladem příslušného právního textu. Jestliže taková analýza nepřinese jasné výsledky, má pokračovat systematickým výkladem a pokud se ani pak nedojde k jednoznačným výsledkům, má použít argument týkající se důsledků. Zvláště zdůrazňuje, aby soudce aplikoval relevantní normu v souladu s jejím nejzjevnějším jazykovým významem nebo aplikoval méně zjevný jazykový význam, který je podporován relevantními systémovými argumenty nebo argumenty týkajícími se důsledků.

Literature:

- MacCormick, N.: Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford: Clarendon Press, 1994
- MacCormick, N.: Why Cases Have Rationes and What These Are, in Laurence Goldstein (ed.), Precedent in Law, Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1987
- MacCormick, N.: Argumentation and Interpretation in Law, Ratio Juris 6 (1993)
- MacCormick, N.: Coherence in Legal Justification, in Werner Krawietz a kol. (eds.), Theorie der Normen. Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag, Berlin: Duncker & Humblot, 1984
- MacCormick, N.: On Legal Decisions and their Consequences: From Dewey to Dworkin, New York University Law Review 58 (1983)
- Wechsler, H.: Toward Neutral Principles of Constitutional Law, Harvard Law Review 73 (1959)
- Scheffler, S. (ed.): Consequentialism and its Critics, Oxford and New York: Oxford University Press, 1988

Contact – email

petr.osina@upol.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

FENOMEN TZV. PRÁVNÍHO FORMALISMU V POJETÍ BRNĚNSKÉ PRÁVNÍ ŠKOLY

JAN PINZ

Mezinárodní institut podnikatelství a práva, Universita Karlova, Právnická fakulta

Abstract in original language
Pojem tzv. právního formalismu obecně a zvláštně v pojetí brněnské právní školy. Formalismus Kantovy kritické filosofie jako základ tzv. právního formalismu normativní právní teorie. Význam tzv. právního formalismu normativní teorie práva pro soudobou obecnou teorii práva.

Key words in original language
Tzv. právní formalismus; Kantova kritická filosofie; normativní teorie práva; obecná teorie práva.

Abstract
The concept of the so-called legal formalism generally and especially in the conception of Brno Legal School. The formalism of Kant critical philosophy as ground of the so-called legal formalism of the normative theory of law. The importance of the so-called legal formalism of the normative theory of law for the contemporary general theory of law.

Key words
So-called legal fomalism;Kant´s critical philosophy; Normative theory of law; General theory of law.

1. ÚVOD

Formalismus jako název zavdává podněty ku mnohým nedorozuměním, neboť nese s sebou určitou příhanu povrchnosti vztahující se k domněle bezvýznamné ,,prázdné formě". Podobně je tomu v oboru práva, ačkoliv základní termín ,,forma" značí toliko způsob složení části nějakého celku, tedy souhrn určitých relací vnímaného objektu. V právním světě má forma své nezastupitelné místo. Nejdříve v oboru soudním bylo poznáno, že pevná forma je nutná, aby jednání soudní bylo v zájmu obecném chráněno proti strannosti a zmatkům. V staročeském právu připomíná nutnost forem při řízení soudním např. Mistr Viktorín ze Všehrd v Knihách Devaterých o právích země české.[1] Jenom dodržování správné formy zabránilo stranám před nerozvážnostmi, omezilo klamání a svévoli. Proto býval soudce chápán jako strážce zákonných forem. Přesto je v obecném nazírání vnímán právní formalismus zpravidla jako jednostranné, přísné dbání na tzv. formální

[1] Viz Všehrd, V.: O právích země české Knihy Devatery. Praha, Spolek českých právníků ,,Všehrd" 1874, s. 46 a násl.

stránku práva bez náležitého zřetele k jeho obsahu. Označení právní formalismus bývá také spojováno s přepjatým důrazem na způsob právního jednání nebo řízení, aby bylo určitě platné, popř. se zvláštním zaměřením na přesnost právního vyjadřování, aby bylo zcela dokonalé. Konečně pod pojem právního formalismu se někdy přiřazuje i upřednostňování způsobu rozvrhu obsahu autorského díla v právní vědě, jakož i metodologické stránky jeho podání, a to nad stránkou samotného obsahu a myšlenkové úrovně.

Nicméně přísné dodržování formálnělogického postupu v právním myšlení je naprosto nutný předpoklad pro to, aby výsledky tohoto myšlení byly správné. „Pokusy znevažovat formální logické myšlení a představovat je tak, jako by takové myšlení bylo tzv. formalistické, vzdálené životu a skutečnosti"[2] jsou zcela nepřípadné.

Nahlížení na nějakou činnost v oboru práva jako na tzv. právní formalismus má svůj základ v obecné filosofii a formální logice a konsekvenci ve formální filosofii právní. Obecná filosofie vnímá formu a obsah jako filosofické kategorie, které jsou úzce spojeny s problematikou struktury a systému. Logická forma zde představuje jednak strukturu myšlenky, tj. pojmu a soudu, a jednak spojení jednotlivých myšlenek v úsudku. Přičemž soudy, popř. úsudky s různým obsahem mohou mít stejnou logickou formu.

Již antická filosofie, jmenovitě aristotelská, připouštěla vedle formy jako určenosti samotných materiálních věcí také immateriální formu nezávislou na hmotě a vedoucí až k tzv. formě forem.[3] Po té to byla až filosofie kantismu, která vyhrotila otázku korelace formy a obsahu v myšlení, přitom formou rozuměla principy uspořádaného obsahu, jímž zase nazývala smyslovou rozmanitost látky poznání.[4] Naopak souladný pohled na poměr formy a obsahu měla marxistická filosofie, když chápala tyto dvě filosofické kategorie jako dvě vzájemně spjaté stránky odrážející jednu skutečnost. Forma zde představuje způsob existence a vyjádření obsahu skutečnosti, zatímco obsah je charakterisován souhrnem jejích částí, tj. prvků, vlastností a vztahů určité věci včetně její pohybové tendence a vnitřních rozporů.

Uspokojivé vyřešení korelace formy a obsahu také ovšem souvisí s otázkou objektivního poznání skutečnosti. Zdá se nepochybné, že formálnělogické myšlení vede k formálně správným myšlenkovým operacím, přičemž však

[2] Fiala, J.: Důkaz zavinění v občanském soudním řízení. Praha, NČSAV 1965, s.10.

[3] Viz k tomu Höffding,H. - Král, J.: Přehledné dějiny filosofie. Praha, Česká grafická unie, a.s. 1946, s. 50 - 52.

[4] Ibidem, s. 187 - 197.

není redundantní doplnit korektní poznání skutečnosti podle potřeby i zkoumáním z hlediska dialektického.[5]

2. FORMALISMUS KANTOVY KRITICKÉ FILOSOFIE – ZÁKLAD TZV. PRÁVNÍHO FORMALISMU NORMATIVNÍ TEORIE PRÁVNÍ

Kantova filosofie založená na kriticismu a transcendentálním idealismu je spojena s nedůvěrou ve zkušenost. Tedy kantianismus popřel to, co celý starověk i středověk uznával, když předpokládal, že to co existuje se obráží v lidském duchu. Ba naopak Kantovo učení tvrdí, že ,,bezpodmínečně obecný a bezpodmínečně nutný charakter věrohodného vědění nemůže být získán z empirického, ale jen z apriorního zdroje, že svými kořeny tkví ve funkcích vědomí.“[6] Ano, zkušenost se nemůže stát zdrojem apodiktického vědění. Je to vyšší rozum, *Vernunft* – rozmysl, který je nejvyšší silou poznávací, jež se uskutečňuje usuzováním. Tento vyšší rozum vytváří své pojmy jako obecné představy apriorní, čiré. Tak ,,jako diktuje rozum zákony světu jevů, tak dává praktický rozum zákon sám sobě, jest autonomní“[7], připomíná I. Kant, přičemž ,,praktický zákon rozumový jest kategorický imperativ“[8], tzn. nepodmíněný příkaz povinnosti. Tento etický formalismus vychází z přesvědčení, že mravní zákon pochází z rozumu a je na jakékoliv zkušenosti nezávislý, a proto obsahuje předpis pouze formální. A tudíž v tomto kontextu ,,věci jsou prostředky, jejichž cena je relativní.“[9]

Kantova transcendentální filosofie zřetelně zastává názor, že apriorní poznávací formy dává rozum a smyslovost, zatímco zkušenost jim dává obsah. Předměty se musí přizpůsobit našemu poznání v souladu s požadavkem apriorního vědění o nich. Apriorismus formy poznání zde nejenom předchází zkušenost, ale dokonce stojí proti ní. Z toho se podává, že Kantův formalismus je konformní s postupem, který staví do popředí formu, kdežto látku považuje za již pochopenou záležitost, neboť je ve schematu již dříve ustálena. Protivou tohoto formalismu je realismus, který z noetického hlediska představuje myšlenkový směr uznávající existenci vnějšího světa zcela nezávislou v jejím bytí na vnímajícím subjektu.

Jedním z pokračovatelů filosofie kantismu, který předcházel normativní teorii právní, byla v rámci novokantismu tzv. marburská škola logicistická.

---

[5] Weinberger, O. a kol.: Moderní logika. Praha, Orbis 1958, s. 8. Weinberger, O. - Zich, O.: Logika - učebnice pro právníky. Praha, SPN 1965, s. 17 - 18.

[6] Ojzerman, T. I. a kol.: Filosofie Kanta i sovremennosť. Moskva, Mysl. 1974, česky Kantova filozofie a současnost. Přel. J. Pešek, J. Pešková. Praha, Nakladatelství Svoboda 1981, s. 39.

[7] Falckenberg, R.: Geschichte der neureren Philosophie. Leipzig, Veit und Compagnie 1898; česky Dějiny novověké filosofie. Přel. F. Procházka. Praha, J. Laichter 1899, s. 483.

[8] Ibidem, s. 483.

[9] Ibidem, s. 490.

Tato škola směřovala k proměně celé filosofie v čirou logiku, neboť hlásala, že veškeré bytí je dáno myšlením (Hermann Cohen, Rudolf Stammler, Paul Natorp etc.). Její následování cesty položené I. Kantem doprovázelo hledání formálního měřítka, jímž by se z historicky daného obsahu práva vytvořilo právo objektivně správné. Tzv. logicistický směr v právu očišťoval fenomen práva od všech cizorodých prvků jako jsou elementy psychologické a ideologické, jelikož právní pojmy nutně považoval za ryze formální kategorie.[10]

Kantův obecný právní zákon (navenek jednej tak, aby svobodné užívání tvé libovůle mohlo trvat spolu se svobodou kohokoliv podle obecného zákona), resp. Kantova definice práva (soubor podmínek, za nichž může obstát svévole jednoho se svévolí všech ostatních podle obecného zákona) nebyla bezprostřední stopou, po níž se ubírali jeho následovníci. Byla to však Kantova noetika, zejména učení o synthetických apriorních soudech a koncepce apriorních forem rozvažování včetně kategoriální synthese rozvíjené v transcendentální analytice, která vstoupila dalším vývojem do normativně právního poznání a vytvářela jeho vnitřní strukturu. Toto Kantovo dědictví se pak přiměřeně vztahovalo jak na vídeňskou ryzí nauku práva, tak i na brněnskou normativní teorii právní.

3. PODSTATA TZV. PRÁVNÍHO FORMALISMU NORMATIVNÍ TEORIE PRÁVNÍ

Normativní teorie právní proslula úsilím o založení základních právních pojmů, jakož i celé metody vybudované na substancionálních poznatcích o vědeckém myšlení vůbec, sledujíc snahu o vytvoření dokonalé, logicky ucelené soustavy. Tato positivněprávní teorie je součástí všeobecné normativní teorie, která je společnou teorií poznávání. Poznávací metodou normativní poznáváme svět jaký má býti, „sollen“, tedy fenomen představovaný pomocí intelektuálních operací jako něco co býti má. Při tom toto poznávání je označování pomocí symbolů, jichž lze užít v nejčastějších případech. Na počátku normativního poznávání je třeba mít k disposici přesný pojem poznávaného předmětu, zejména to platí při tvorbě velmi abstraktních pojmů a implicitních definic. Proto je normativní teorie právní pokládána za ryze konstruktivní vědu právní, jejíž metodou je abstraktně pojmová synthese, kde právní pojem je vlastně konstruovanou pomůckou. Právní definice potom představuje spojení více právních pojmů, které jsou v souhrnu úsudky označující vztah těchto pojmů k podobným právním pojmům.

Normativní teorie právní je teorií systému jako základu konkrétního právního řádu. V tomto systému se poznávají právní normy vědeckou metodou, přičemž předmětem poznání není jejich funkce nebo obsah, nýbrž

[10] Viz Vorländer, K.: I. Kant und sein Einfluss auf das deutsche Denken. Bielefeld und Leibzig, Velhagen und Klasing 1922; Hermann, K.: Einführung in die neukantische Philosophie. Halle, Schroedel 1927.

obecná ryzí právní norma ve statickém stavu. Prostřednictvím poznání forem právních norem se lze systematicky zmocnit i jejich obsahu. Pro tuto formální teorii práva není právní řád souborem právních imperativů, ale stupňovitou nástavbou hypothetických právních úsudků, *scilicet* úsudků o povinnosti, kde každá právní norma nižší čerpá svou platnost z vyšších platných právních norem až k právní normě nejvyšší – *Grundnorm*. Co se nedá odvodit z platné právní normy, nemá ve světě právního normativismu právní kvalifikaci. Ostatně právní činnost záleží v úkonech formální logiky, proto lze právo pochopit jedině formálnělogickou analysou. Právní poznatky v dimensi dogmatického racionalismu normativní teorie právní jsou přeměnou positivní právní normy ve formu vědeckou, racionální. Tato právní věda formálně zpracovává právo a je proto vědou formální, stejně jako jsou formální její poznatky, neboť se zabývá jen formami uvažování o tom co býti má.[11]

4. VÝZNAM TZV. PRÁVNÍHO FORMALISMU NORMATIVNÍ TEORIE PRÁVNÍ PRO OBECNOU TEORII PRÁVA

Normativní teorie právní má ráz metodologický a kritický, vyzdvihuje více než kterákoliv právní nauka nutnost filosofie jako základu vědecké práce. Představuje především jednotný systém právní, potřebný zvláště dnes, kdy roztříštěnost právních odvětví a hypertrofie nejrůznějších právních subodvětví a intermediárních odvětví tenduje k soliterně vytvářeným právním naukám, zcela se vymykajícím požadavkům vědecké soustavnosti. Tato tendence v systému práva poněkud vrací fenomen práva do středověké partikularity.

Další přínos tzv. právního formalismu normativní teorie právní spočívá v nebývalém zpřesnění právních pojmů. Tento právní směr ve své době přinesl také pionýrské odlišení práva od sociologie, kdy veškeré dosavadní třídění věd utápělo právo v širším pojmu sociologie (Auguste Comte, T.G. Masaryk aj.). Rovněž tak bylo významné odlišení práva od politiky a zvláště pak oproštění vědy od všech metajuristických příměsí. Formalismus právního normativismu významně přispěl k brilantnímu vybudování stolice práva státního a práva správního. Spolu s logickou jednotností právní soustavy vybudované na normativní teorii právní má její tzv. právní formalismus zásluhu na zobjektivnění práva, protože pracuje se slovními znaky metodou formálnělogickou a gramatickou.

Pokud jde o vztah právní vědy normativní k zákonodárství, tak je zásadou, že se neplete do její práce. Právní normy jsou totiž apriorně dané a nepřísluší právní vědě, a tím méně právní praxi, ať už správní nebo soudní, je nějak doplňovat nebo jinak svévolně opravovat nebo dokonce je – z posice jakési nadřazenosti nad tvůrce základní normy, tj. hypothetické

[11] Srv. k tomu Kallab, J.: Úvod ve studium metod právnických. Kniha druhá. Hlavní směry. Brno, Barvič a Novotný 1921, s. 141 a násl.

normy nejvyšší – rušit.[12] Při logickém výkladu a použití práva jsou vyloučeny veškeré mimoprávní vlivy, takže se taková korektní právní interpretace a aplikace omezuje na logické vyvození skutečného obsahu positivních právních norem, tzn. bez aspektů psychologických a jiných prvků mimoprávních. V dnešních společensko-politických poměrech je zvláště aktuální postulát normativněprávního formalismu a normativní právní vědy vůbec eliminovat zejména modní tzv. společenské objednávky na interpretaci a aplikaci práva. Normativní teorie právní jako racionální a objektivní právovědné myšlení jasně proklamuje, že právní věda není služkou politiky a dočasných držitelů veřejné moci ve státě.

5. ZÁVĚR

Normativní teorie právní jako jistý druh formálního právního positivismu je nepochybně v intencích Kantova kritického idealismu, i když „kantovskou duplicitu čistého a praktického rozumu, poznání a vůle, převádí na rovinu kognitivní a vůdčím problémem … není právní normu vytvořiti, nýbrž právní normu poznati, tj. zejména zachytiti její strukturu logickou.“[13] Přesto osobnost Kantova v době vzniku právního normativismu, tedy po půl druhém století působila na představitele této školy velmi sugestivně.[14] Tato transcendentální filosofie je přirovnávána k abstraktní formě idejí Velké franckouzské revoluce, transformovaných do konservativního německého prostředí.

Předmětná právní normologie je vědou určující pravidla založená na abstrakci čirého rozumu *intellectus agens* a pocházející od myslícího podmětu, subjektu. Vysoký stupeň vědeckosti ryzího právního myšlení mnohdy vede k závěru, že k jejímu pochopení je potřeba zvláštního praedisponovaného intelektu. Ostatně Immanuel Kant přirovnal v Kritice praktického rozumu právní vědu vytvořenou přírodovědnou metodou k hlavě, která je snad krásná, ale škoda jen že v ní není mozku.

Literature:

- Všehrd, V.: O právích země české Knihy Devatery. Praha, Spolek českých právníků „Všehrd" 1874.
- Fiala, J.: Důkaz zavinění v občanském soudním řízení. Praha, NČSAV 1965.

[12] Ibidem, s. 154.

[13] Kubeš, V.: Problém práva. 1. Filosofie práva. Norma v právní vědě. Sociologická revue, VII, 1936, č. 1 – 2, s. 183.

[14] Podotknout je třeba, že normativní teorie právní F. Weyra je oproti ryzí nauce právní H. Kelsena mnohem myšlenkově čistší a formálnější.

- Höffding,H. - Král, J.: Přehledné dějiny filosofie, Praha, Česká grafická unie, a.s. 1946.
- Weinberger, O. a kol.: Moderní logika. Praha, Orbis 1958.
- Weinberger, O. - Zich, O.: Logika - učebnice pro právníky. Praha, SPN 1965.
- Ojzerman, T. I. a kol.: Filosofie Kanta i sovremennosť. Moskva, Mysl. 1974, česky Kantova filosofie a současnost. Praha, Nakladatelství Svoboda 1981, s. 39. Přel.: J.Pešek, J. Pešková.
- Falckenberg, R.: Geschichte der neureren Philosophie. Leipzig, Veit und Compagnie 1898; česky Dějiny novověké filosofie. Přel. F. Procházka. Praha, J. Laichter 1899.
- Vorländer, K.: I. Kant und sein Einfluss auf dem deutsche Denken. Bielefeld und Leibzig, Velhagen und Klasing 1922.
- Hermann, K.: Einführung in die neukantische Philosophie. Halle, Schroedel 1927.
- Kallab, J.: Úvod ve studium metod právnických. Kniha druhá. Hlavní směry. Brno, Barvič a Novotný 1921.
- Kubeš, V.: Problém práva. 1. Filosofie práva. Norma v právní vědě. Sociologická revue. VII. 1936, č. 1 – 2.

Contact – email
jan.pinz@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NORMATIVNÍ ŠKOLA A TVORBA PRÁVA

MARTIN ŠKOP

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá vztahem právní teorie a právní praxe pohledem normativní školy (Františka Weyra). Ačkoli tento vědecký přístup v prvé řadě odmítá působit v oblasti právní praxe (tvorbě práva), můžeme zde nalézt několik užitečných poznatků zde použitelných. Zjišťujeme, že i striktně objektivní poznávací přístup dokáže na pravotvorbu formulovat nutné požadavky. Dalším, v příspěvku zmíněným, prvkem je obecné působení právní vědy v právní praxi a její schopnost nabídnout jí pomoc.

Key words in original language
Teorie práva; tvorba práva; normativní škola; přirozené právo.

Abstract
The contribution deals with the relationship of a legal theory and legal practices through the view of normative school (Franz Weyr). Although, this scientific approach, in the first instance, refuses to act in the field of legal practices (creation of norms) we can find some useful knowledge applicable to it. We are finding that even strictly objective cognitive approach can formulate necessary requirements for legislature. Next in the contribution mentioned element is the general influence of a legal science over legal practice and its ability to proffer help to it.

Key words
Theory of Law; creation of norms; normative school; natural law.

Primárně tvorba práva nespadá do ohniska zájmu striktně vědeckého přístupu, kterým normativní teorie nepochybně je. Přesto, po důkladnějším pohledu zjistíme, že tento vědecký (poznávací) směr stanovuje jasná kriteria, která bychom na tvorbu práva měli klást. Stanovuje tedy vůči normotvorbě normativní požadavky. Poznávací právní věda se tak nechová ryze kognitivně. Byť nepřímo, přesto nenásilně, určuje, jaká ba měla být řádná a racionální pravotvorba.

Nikoli přímo, ale spíše nepřímo působí na zajištění toho, co můžeme – použijeme-li slovník mimo normativní školu – označit jako řádnou právotvorbu. Toto bude i cílem mého příspěvku. Pokusit se vystihnout požadavky, které na právotvorbu klade normativní škola. Pokusit se zjistit, jaké závěry bychom si měli pro právotvorbu ze studia a z poznatků, které přináší normativní škola, odnést. Je poměrně nepřekvapivé, že tyto poznatky jsou obecně použitelné i pro současnou dobu a situaci. I dnes jsme schopni říci, že pravotvorba je svázána určitými pravidly, která plynou ze samotné

povahy práva, a tedy pro ni představují nepřekonatelnou bariéru. Nehledě na to, že si tyto meze normotvůrce zhusta neuvědomuje.

Nejprve se proto zaměříme na určení místa právotvorby v právní vědě. Bude nás zajímat, jaký má normativní škola přístup k tvorbě práva. Na tomto místě se nelze spokojit s tím, že tento vztah je neutrální a normativní škola tvorbu práva míjí. Již v úvodu jsme uvedli, že tato neutralita je pouze zdánlivá. Ačkoli brněnská škola vystupuje vůči právotvorbě neutrálně, naším cílem je odhalit opak. Dalším tématem budou možnosti zdroje inspirace pro právotvorbu vyplývající z učení námi traktované školy. Již jako hypotézu stanovený určitý vztah k právotvorbě (objektově pozitivní vztah) se proto pokusíme podrobit zkoumání a určit, jaká by podle ní právotvorba měla být. Závěrem pohlédneme na současnou podobu tvorby práva a pokusíme se vystihnout nejen možné vlivy normativní školy, ale také se pokusíme zjistit, zda normotvorba odpovídá požadavkům, které na ni tato škola klade.

1. NORMATIVNÍ ŠKOLA A TVORBA PRÁVA

František Weyr ve své knize „Teorie práva“[1] řadí právotvorbu do tzv. právní praxe.[2] Dle jeho soudu musíme rozlišit mezi právní teorií a právní praxí, přičemž se jedná o týž rozdíl, jaký klademe mezi poznávací a volní činnost (funkci). *Právní praxe* proto spočívá v tvorbě práva, a to jak v tvorbě obecných právních norem, tak norem konkrétních. Právním praktikem – tvůrcem práva – se stává jak zákonodárce vydávající obecné normy, tak soud vydávající rozhodnutí (individuální právní akty; nejen soud vydávající tzv. precedenty), či strany (subjekty) uzavírající smlouvu (konající ve formě právního úkonu). Jedná se tak o činnost, která je vyhrazena jak autoritativním tvůrcům individuální normy, či kontrahentům, tak politikům (kterým je vyhrazena tvorba nejvyšších a obecných norem).[3]

Činností od praxe odlišnou, je *právní teorie*. Právní teoretik právo nevytváří, ale pouze poznává. Jeho cílem není vytvořit právo, ale pouze je vědecky, objektivně, poznat. Výše načrtnutý rozdíl ve funkcích se nám tak v případě právní teorie vrací v blízkosti k oné poznávací funkci právní teorie, která stojí v jednoznačně odlišném postavení k právní praxi. Jedním z problémů, kterým je při poznávání práva vystaven je petrifikace „naivních poznatků” v řeči, kterou při svém popisu používá.[4] A vyhnout se mu nelze, neboť

1 Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936.

2 Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936, str. 80.

3 Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936, str. 81.

4 Kallab, J. Úvod ve studium metod právnických. Kniha první: základní pojmy. Brno : Barvič & Novotný, 1920, str. 113.

systém, ve kterém své poznatky konstruuje, je systémem obecného jazyka a nikoli systém jazyka umělého.

Právní teorie a právní praxe jsou od sebe jednoznačně odděleny a jsou na sobě nezávislé.[5] Právní teoretik si vytváří pojmovou výbavu pro poznávání práva, pomocí které se pokouší popsat existující právní řád. Tyto poznávací pojmy jsou nezávislé na pojmech stanovených právní praxí. Současně „oborem, v němž tento praktik jest svrchovaným, t.j. naprosto nezávislým na teoretikovi, jest tvorba toho, co býti má (konkrétní normativní obsah právního řádu).“[6] Jednoznačně tedy nutno konstatovat, že poznáváním se právo nevytváří (přičemž Weyr výslovně vylučuje přirozené právo jako pramen práva) a současně poznávací právní věda není vázána představami normotvůrce. Představy normotvůrce nemohou pro právní vědu představovat vědeckou pravdu.[7] Tento bod je pro Weyra charakteristický a ještě se k němu vrátíme v následující kapitole. Jednoznačně však tím vytyčuje nezávislost právního poznávání na svém předmětu – praxe nemůže ovlivnit poznání. Právní praktik si nemůže osobovat definovat pojmy, které jsou vyhrazeny k popisu práva, a které spadají do sféry právnického poznávání. Tímto přísným rozdělením tak Weyr doplňuje své vymezení právní vědy, která nejenže je vědou striktně poznávací, ale současně popisuje existující právo jakožto pojmový systém, na kterém nic nemůže změnit vůle normotvůrce. Obecné pojmy vytvořené právní teorií (norma, odpovědnost…) jsou zcela nezávislé na vůli normotvůrce, neboť se jedná striktně o pojmy sloužící k popisu existujícího, platného, práva. Zřetelně nám tak vyvstává rozdíl mezi tím, jak právo popsat, a jaké právo skutečně je – rozdíl mezi tvorbou (praxí) a poznáním (teorií).

Je otázkou, zda si je Weyr v této chvíli vědom normativního významu, který je vědě připisován. S velkou pravděpodobností lze konstatovat, že nikoliv. Věda se nepodílí pouze na zkoumání, ale vzhledem ke schopnosti popisu (schopnost popsat, ale také schopnost popisu se vyhnout či nepopsat) dokáže také formovat předmět svého zkoumání.[8] Věda (včetně vědy právní) se dle obvyklého pojetí zabývá pouze zkoumáním existujících prvků – zajímá se o poznání, o fakta. Ta pak vystupují pouze jako surový materiál, tedy jako něco, co skutečně existuje ve světě, který nás obklopuje, bez příkras a bez úpravy. Její normativní stránka však naopak má tendenci být skryta, neboť samotná data, prosté fakty, samy o sobě nic neznamenají.[9]

---

5 Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936, str. 82.

6 Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936, str. 82.

7 Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936, str. 82

[8] Viz např. Foucault, M. Archeologie vědění. Praha : Herrmann & synové, 2002, str. 51 a n.

[9] Latour, B. Politics of Nature: How to Bring the Sciences into Democracy. London : Harvard University Press, 2002, str. 95 a n.

Podstatné je jejich uspořádání, vytvoření paradigma a skládání syntagmat. Teprve tím se z dat stávají užitečné poznatky, ale současně velmi obtížně dokážeme oddělit fakta a hodnoty. Byť věda dokáže hodnoty ve svých výpovědích umně maskovat. Každá věda se tak stává normativním činitelem, neboť rozhoduje o správném řazení pojmů, o správném chápání poznatků a tedy také správném pojetí skutečnosti. I proto lze o vědě říci, že je to disciplína. Je neoddělitelná od poznávaného objektu a současně je od ní neoddělitelná její hodnotící stránka. Nelze proto konstatovat objektivitu vědy – snad pouze její tendenci směřovat k objektivitě, která je však neustále konfrontována s hodnocením, které věda svou existencí poskytuje.

Podotkněme však, že zvláštní přístup zaujímá k právní vědě Jaroslav Kallab. Podle něj lze právní vědu zařadit jak mezi vědy ontologické (popisující) tak mezi vědy nomotetické (přikazující). "Náležíť mezi vědy ontologické, pokud vidí svůj cíl v přesném vystižení smyslu daného práva, po případě, pokud se snaží (ve všeobecné pravovědě) vystihnouti zákony vzniku, trvání nebo zániku práva vůbec nebo té neb oné instituce právní. Věda právní jest pak vědou nomothetickou, ne tak proto, že se zabývá nomothetickými zjevy, jak proto, že musí, má-li svému praktickému úkolu vyhověti, tyto zjevy, právní předpisy a instituce, hodnotiti a o tom soud si utvořiti, které právní předpisy jsou účelné, které nikoliv a jakými jinými by toto neúčelné předpisy nahraženy býti měly."[10] Přesto že tento přístup se s normativní vědou míjí jak časově, tak zejména ve vztahu k možnému hodnocení právních předpisů a institucí (např. ona Kallabem zmíněná účelnost), vystihuje obecně lépe právní vědu než rigorózní Weyrův přístup.

O tento normativní aspekt vědy však Weyrovi nejde. Nepokouší se nalézt skryté normativní aspekty každého vědeckého poznávání. Pro něj je poznání objektivní, zcela prosté hodnot. Proto i v jeho pojetí se teoretická věda zbavuje nánosu nejen všech ostatních věd, ale také jakýchkoli neoperacionalizovatelných veličin, jako je dobro, spravedlnost atp. Pro poznání je nezbytné nejprve si předmět poznání očistit a pak jej podrobit zkoumání. To je snahou normativní školy. Tímto aktem však také současně lze dát na vědomí, že se poznávací právní věda vytrácí z praktické užitečnosti. Že se pokouší uniknout z možnosti poskytnout praxi informace. Nikoli ve smyslu ovlivnění praxe, ale ve smyslu jí nabídnout pomoc. Zcela zřetelně zde můžeme říci, že opak je pravdou – očištěním předmětu měla teoretická právní věda být schopna poskytnout praxi objektivní a nezkreslené informace.

Velmi podobné stanovisko zaujímá k pravotvorbě i Hans Kelsen. "Ryzí nauka právní nezabývá se však žádnými duševními procesy nebo hmotnými ději, stojíc před úkolem poznávati normy, chápati právní skutečnosti. Něco právně chápati nemůže znamenati nic jiného, než něco chápati jako

[10] Kallab, J. Politika vědou a uměním. Základy teoretické politiky. Praha : Snaha, 1914, str. 6.

právo."[11] Odděluje tzv. existentní děje od dějů právních a směřuje svou metodu pouze vůči dějům právním.

2. ÚNIK PRAVOTVORBY ZE SEVŘENÍ NORMATIVNÍ ŠKOLY

Teorie dle Weyra není vázána nesprávnou "teorií", kterou při své tvorbě používá normotvůrce.[12] Tedy teorie není vázána tím, jak normotvůrce svou prací popisuje právo. Na druhou stranu však lze konstatovat jeho zaujetí pro to, aby normotvůrce při své tvorbě zahrnoval do své výbavy také pojmy a jejich popis, které dovodila teorie práva. Nelze proto konstatovat výlučnou neutralitu teorie práva k právní praxi. Pokud může normotvůrce použít nesprávné závěry (použít nesprávné teoretické představy o právním řádu), pak lze konstatovat, že dle jeho stanoviska by měl použít závěry pravdivé, tj. správné. V tuto chvíli se stává lhostejné, že použití nesprávné teorie nemá nijaký normativní dopad, a že i takto vytvořené právo se stává právem. Teorie tak zcela jistě nemá normativní dopad, ale na druhou stranu má zcela jistě dopad hodnotící. Připomeňme ovšem, že uplatněním nesprávných pojmů či použitím nesprávných představ o platném právu se velice lehko může stát, že normotvůrce *de iure* žádné právo nevytvoří. Jeho normativní snaha bude muset ustoupit před vlastnostmi, kterými disponuje právo samo o sobě.

Tento poznatek Weyr sumarizuje v článku „Teorie a praxe“[13], který sleduje tvorbu práva soudem – tedy vlastně tvorbu konkrétních norem – a postuluje požadavek, aby tato tvorba byla v souladu s vědeckými poznatky. Do určité míry se tak snaží překlenout rozdíl mezi právní teorií a právní praxí. Přičemž jeho jedinou snahou je přivést tvorbu práva (právní praxi) nikoli do náruče právní teorie, ale zpět ke správnému a objektivnímu vnímání práva jako takového. Předmětem jeho kritiky je stanovisko vyjádřené ve dvou rozhodnutích Nejvyššího soudu: "pro soudnictví zůstávají stranou otázky doktrinální a rozhodují jen zřetele praktického života a jeho hospodářských potřeb."[14] Výtku, kterou zde vyjadřuje Nejvyšší soud, však Weyr nevnímá jako útok na právní teorii; již výše jsme si uvedli, že považuje teorii a praxi za oddělené a nezávislé disciplíny. Vnímá ji však jako výpad učiněný vůči právu; jako subjektivní prvek, který zasahuje do nezávislosti práva.

Weyrovo stanovisko se opírá o právní metodologii. Nezpochybňuje vůli normotvůrce se rozhodnout a vytvořit právní pravidlo dle své vůle, pokud

---

[11] Kelsen, H. Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy. Praha : Orbis, 1933, str. 10.

[12] Weyr, F. Teorie práva. Praha : Orbis, 1936, str. 82.

[13] Weyr, F. Teorie a praxe. In: Časopis pro právní a státní vědu, Brno : Právnická jednota moravská, 1930, roč. XIII, str. 253 – 265.

[14] Weyr, F. Teorie a praxe. In: Časopis pro právní a státní vědu, Brno : Právnická jednota moravská, 1930, roč. XIII, str. 254.

ovšem tato vůle bude respektovat zásady a principy, které v právu fungují, a které nepředstavují žádný výmysl právní teorie, ale zásady, které teorie "pouze" poznává. V této souvislosti uvádí: "nejdůmyslnější a nejpodrobnější juristickou argumentaci lze poraziti nadmíru jednoduše: prostým poukazem na "praktický život jeho hospodářské potřeby" a odsouzením jejím jako "doktrinářskou poučku", resp. "theoretickou skrupuli".[15]

Výhrady Weyrovy směřují proti něčemu, co lze označit za "prázdnou argumentaci normotvůrce". Jeho odkaz na "praktický život a hospodářské potřeby" vytvářejí právě onen prázdný pojem, pod který lze ukrýt jakoukoli hodnotu, která je aktuálně vhodná. Není to skutečný normotvůrcův atak vůči teorii, ale pouze nepochopení toho, oč teorie usiluje a k čemu směřuje. Je to boj s dojmem, že teorie vytváří poučky, které jsou pro normotvůrce závazné – ba spíše názor praxe, že se teorie snaží vzbudit zdání, že je natolik mocná, že ovlivňuje práci normotvůrce. Již výše jsme poukázali na to, že takové stanovisko je nejen nepravdivé, ale také úsměvné. Je to pouze snaha soudu (v tomto konkrétním případě) vymanit se z pravidel, která pořádají právní řád a bojovat se skutečností, kterou právní řád svou existencí vytváří. Není to boj proti teorii, je to boj proti právu. Vždyť teorie je zde pouze jakýsi posel poznatků o právu jako takovém – netvoří, poznává. Podotýkám, že tím spíše však ovšem klade na normotvůrce požadavky. Ale nikoli tím, že by definovala pravidla. Pouze jej nutí k přesnosti a co největší míře objektivnosti.

Normativní věda se tak dostává velmi blízko Weberovu pojetí vědy, jak ji načrtává ve své stati "Věda jako povolání".[16] I pro něj je nezbytnou součástí vědy, aby pomáhala zdolávat obtíže praktického života.[17] Neznamená to tedy, že by normotvůrce neměl respektovat "praktický život a hospodářské potřeby"; toto tvrzení nemůže podsunout ani Weyrovi. Ale měl by využívat poznatky o objektu, který se pokouší měnit. Měl by brát v úvahu poznatky vědy, která mu může nabídnout pomoc. V našem případě při zvládání objektivního práva. Opravdu zde nejde o poučování, kterého je věda občas schopna, ale podstatou je pomoc. Věda nedává normotvůrci pravidla, podle kterých by měl jednat – nemůže být tedy tím, kdo za něj rozhodne. Věda neodpovídá na to, jak máme žít – neznamená to však, že by tím postrádala smysl. Ba právě naopak, poskytuje normotvůrci podklady pro to, aby se mohl rozhodnout.

---

[15] Weyr, F. Teorie a praxe. In: Časopis pro právní a státní vědu, Brno : Právnická jednota moravská, 1930, roč. XIII, str. 257.

[16] Weber, M. Věda jako povolání. In Weber, M. Metodologie, sociologie a politika. Praha : OIKOYMENH, 1998, str. 109 - 134.

[17] Weber, M. Věda jako povolání. In Weber, M. Metodologie, sociologie a politika. Praha : OIKOYMENH, 1998, str. 116.

Jakýkoli normotvůrce se odvoláváním na prázdné a snad i klamavé pojmy odchyluje od nezávislosti, přesnosti, srozumitelnosti. Ztrácí se objektivnost, která při poznání práva a jeho tvorbě měla být vždy přítomna. Weyr tak vlastně konstruuje určitý požadavek na tvorbu práva: právo je sice lidský výtvor[18], a jako takový je změnitelné, ale přesto je svázáno pravidly, která normotvůrce nemůže pominout, jinak se dopustí prohřešku proti jeho systému. Následek takového postupu může být až neplatnost obsahu vydaného aktu – a to nikoli z vůle teorie, ale vzhledem k objektivnímu právu samotnému. Normativní škola tak klade na normu, dle svého mínění, objektivní vědecké požadavky, čímž se normotvorba – tedy právní praxe – stává současně předmětem jejího zájmu. Přesto, že pouze okrajově.

Obdobná je vztah tvorby práva a přirozeného práva. Může přirozené právo zasáhnout pravotvorbu? Z Weyrova přístupu tato možnost jednoznačně nevyplývá. Weyr nepopírá existenci přirozeného práva – pouze jej vyjímá z předmětu svého zkoumání, či vůbec z předmětu normativní školy. Pravotvorba je však činností volní a nikoli poznávací. Je to praxe a nikoli teorie. Nepřichází tedy u ní v úvahu otázka pravdivosti, která vyvstává v případech, kdy hovoříme o připodobňování norem pozitivního práva normám přirozenoprávním. Pátrá-li tedy pravotvorba po správných – tedy pravdivých – normách, pak oslabuje svou volní složku a vystavuje právní normy kvalitě pravdivosti. Tvorba pak není podmíněna rozhodnutím, ale spočívá stejně jako teorie práva na poznání. V procesu přibližování pozitivního práva právu přirozenému by se ztrácel rozdíl mezi teorií a praxí.

Stejně, a opět zdánlivě mimo výseč normativní školy se můžeme obrátit k přirozenému právu. Nelze popřít, že přirozená práva (přinejmenším redukovaná na lidská práva[19]) mají vliv na civilistickou pravotvorbu: uvedli jsme, že tento vliv není normativní školou výslovně popřen. V některých případech je dokonce přímo proklamován.[20] Na této skutečnosti nic nemění

---

[18] Srovnej Weyrovo stanovisko ve věci nezměnitelnosti Ústavy: Brychta, F. Otázka nezměnitelnosti ústav. Časopis pro právní a státní vědu. Brno : Právnická jednota Moravská v Brně, ročník I., č. 1, 1918, str. 4 – 15.

[19] V této souvislosti je nutno uvést zvláštní přístup normativní školy k občanským (lidským) právům – „… obligátní ustanovení ústavní o občanských právech a svobodách a jejich zárukách znamenají toliko pouhé *akademické* zásady či „monology" zákonodárcovy, jež nemají v praxi významu norem závazných pro soudy a úřady správní …" Weyr, F. Československé právo ústavní. Praha : Melantrich, 1937, str. 68. Nemohu se ubránit dojmu, že pokud akceptujeme základní práva ve formě monologu zákonodárce, a která tudíž by neměla normativně derogační funkci, pak *musíme* konstatovat vliv nenormativních prvků na pravotvorbu. Jaký jiný význam bychom pak mohli přiznat těmto „akademickým zásadám", než význam přirozeného práva, tedy nenormativního determinantu pravotvorby. Normotvůrce se tímto aktem zavazuje, což je sám o sobě formální akt, avšak jeho obsah zůstává do určité míry na jeho vůli nezávislý. Přesto má vliv na pravotvorbu, která tak zcela postrádá proklamovanou svobodu rozhodnutí.

[20] Kubeš, V. „Přirozené zásady právní" a „Dobré mravy" v obecném zákoníku občanském. Praha : Orbis, 1934, str. 5 a n.

fakt, že právní věda (poznávací právní věda – teorie práva) vyjímá tento aspekt ze svého zkoumání, neboť nelze popřít, že vůle není totožná s poznáním, a věnuje se pouze poznávání existujících právních norem. Precizace předmětu na této skutečnosti nemůže nic změnit. Otázkou v této souvislosti však stále zůstává silná determinace vůle normotvorného subjektu. Pokud předpokládáme, že obecný zákoník občanský[21] vychází od subjektu akceptujícího existenci přirozeného práva a promítajícího toto své přesvědčí do tohoto zákoníku, je tato determinace téměř absolutní. Tato aproximativně absolutní determinace právotvorného subjektu zapříčiňuje obtížnost odlišení poznávací sféry a sféry volní (obtížnost odlišení vědy a praxe). Podotkněme, že tato nepřímá determinace pravotvorby také vyplývá z toho, že i Kelsen předpokládá, že právo by mělo být dobré.[22] V žádném případě to však neznamená, že by případný rozpor mezi dobrem a právem měl vliv na platnost práva.

Podobný požadavek plyne i z Kubešovy úvahy. Sestoupíme-li do oblasti konkrétní normotvorby (tedy do oblasti autoritativní aplikace práva, kterou normativní škola považuje za právní praxi, tedy za oblast, v níž dochází k tvorbě práva), pak postuluje tento závěr: „Nejvznešenější poslání soudcovo jest poslání zlepšovati kulturní názory občanstva.“[23] Lze se tedy domnívat, že tyto prvky působí jako jakési *uvolnění normativního sevření*, které brněnská škola zpočátku uplatňovala vůči teorii a praxi práva. Je to jednoznačný požadavek na normotvůrce, který sice je plně oddán své vůli, přesto ale musí respektovat požadavky, které na něj klade věda. Nikoli však vzhledem k nadřazenosti vědy samotné, ale proto, že musí respektovat objekt práva – tedy jakési právo v objektivním slova smyslu. Přestože je právo lidským výtvorem, musí se normotvůrce pohybovat pouze ve vymezeném rámci, který mu objektivní realita práva umožňuje. Neustupuje teorii, ta mu pouze nabízí popis mezí.

3. SOUČASNÁ PODOBA PRÁVOTVORBY – VLIV NORMATIVNÍ ŠKOLY

Již výše jsme konstatovali, že pravotvorba není tak zcela volním aktem, ale musí se pohybovat v prostoru, který je vymezen existujícím právem. Pozitivním právem, které vytváří ucelený a bezrozporný systém, který je provázán základními logickými a empirickými vazbami. Normativní škola se tímto způsobem dotýká pravotvorby a uplatňuje požadavek na to, aby

[21] Kubeš zde operuje s rakouským občanským zákoníkem z roku 1811.

[22] Kelsen, H. Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy. Praha : Orbis, 1933, str. 12. Ideu dobra při tvorbě práva zmiňuje i Jaroslav Kallab. Dle něj nelze rozlišit mezi tím co má být a tím, co nemá být bez existující ideje dobra. Viz Kallab, J. Úvod ve studium metod právnických. Kniha první: základní pojmy. Brno : Barvič & Novotný, 1920, str. 113.

[23] Kubeš, V. „Přirozené zásady právní“ a „Dobré mravy“ v obecném zákoníku občanském. Praha : Orbis, 1934, str. 28.

tvorba práva respektovala vědecky poznaný normativní systém. Způsob uplatňování tohoto požadavku poukazuje na nutnost racionální tvorby práva.

Jak jsme naznačili výše, právo je logický systém, ve kterém panují mechanismy, které jsou do určité míry nezávislé jak na poznávacím subjektu, tak na právní praxi. Jejich činností dochází k unifikaci právního systému a k odstraňování nesourodých prvků. Uplatní se však naprosto nezávisle na vůli normotvůrce, což svědčí nejen o determinaci jeho vůle, ale také z toho vyvodíme požadavek na respektování teoretických poznatků právní praxí. V opačném případě by v extrémním případě došlo k rozpadu právního systému a ztrátě jeho racionálního smyslu. Či spíše je možno říci, že ač se zákonodárce snaží sebevíce, nelze tyto pořádací mechanismy odstranit a jediným výsledkem může být pouze rozchod mezi cílem, který zákonodárce sleduje a skutečným výsledkem jeho normotvorných snah.

Nelze tedy tento příspěvek zakončit jinak, že apelem na normotvorbu. Odmítáním respektovat právo jako takové se právní praxe bude potýkat se zbytečnými problémy a nebude schopna plnit své základní funkce. Pak nelze než konstatovat, že pýcha normotvůrce zrcadlící se v jeho odmítání teoretických poznatků předchází jeho pád. Pozvolný, ale nevyhnutelný.

Literature:

- Brychta, F.: Otázka nezměnitelnosti ústav, Časopis pro právní a státní vědu, Brno: Právnická jednota Moravská v Brně, ročník I., č. 1, 1918, str. 4 – 15.
- Foucault, M.: Archeologie vědění, Praha: Herrmann & synové, 2002, 318.
- Kallab, J.: Politika vědou a uměním. Základy teoretické politiky, Praha: Snaha, 1914, 56.
- Kallab, J.: Úvod ve studium metod právnických. Kniha první: základní pojmy, Brno: Barvič & Novotný, 1920, 144.
- Kelsen, H. Všeobecná teorie norem, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000, 470, 80-210-2325-2.
- Kelsen, H.: Ryzí nauka právní: Metoda a základní pojmy, Praha: Orbis, 1933, 55.
- Kubeš, V.: „Přirozené zásady právní“ a „Dobré mravy“ v obecném zákoníku občanském, Praha: Orbis, 1934, 28 s.

- Kubeš, V.: Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu. Díl první, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1995, 366, 80-210-1143-2.

- Latour, B.: Politics of Nature: How to Bring the Sciences into Democracy, London: Harvard University Press, 2002, 307 p., 0-674-01289-5.

- Weber, M. Věda jako povolání. In Weber, M. Metodologie, sociologie a politika, Praha: OIKOYMENH, 1998, str. 109 - 134.

- Weinberger, O. Kubeš, V.: Brněnská škola právní teorie (normativní teorie), Praha: Karolinum, 2003, 440, 80-246-0480-9.

- Weyr, F.: Československé právo ústavní, Praha: Melantrich, 1937, 339.

- Weyr, F.: Teorie a praxe, Časopis pro právní a státní vědu, Brno: Právnická jednota moravská, 1930, 12.

- Weyr, F.: Teorie práva, Praha: Orbis, 1936, 388.

Contact – email
skop@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VÝZNAM METODOLOGICKÉHO PŘÍSTUPU FRANTIŠKA WEYRA

ANTONÍN ŠPIRUDA

Právnická fakulta, Masarykova univerzita v Brně, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá metodologickým přístupem Františka Weyra. Weyr se snažil aplikovat na teorii práva poznatky formální noetiky, kterou chápal jako vědu příbuznou k logice. Tento postup se dá přirovnat ke způsobu zkoumání v exaktních disciplínách (např. ve fyzice) a lze v něm spatřovat jeden nejvýznamnějších rysů jeho teorie práva.

Key words in original language
František Weyr; metodologie; noetika; teorie práva.

Abstract
The article is aimed at the methodological approach of František Weyr. Weyr tried to apply the knowledge of formal epistemology in theory of law. He considered the epistemology as a field of science related to logic. This approach might be compared to the research method in exact sciences (e.g. physics) and we can recognize here one of the most significant traits of his theory of law.

Key words
František Weyr; methodology; epistemology; theory of law.

1. Úvod

V období mezi dvěma světovými válkami působila na právnické fakultě v Brně skupina právníků, které spojoval nebývale intenzivní zájem o problémy filozofické a metodologické. Tito právníci působili v různých oborech, ale zasloužili se hlavně o rozkvět teorie práva a vědy o národním hospodářství. Vůdčí postavou právníků, kteří se zabývali právně teoretickými otázkami, byl profesor a první děkan brněnské právnické fakulty František Weyr (1879 – 1951).

Weyr se věnoval teorii práva po celý svůj vědecký život a publikoval v této oblasti velké množství článků. Prvním knižním shrnutím jeho právně teoretických úvah je kniha *Základy filosofie právní* (1920)[1]. Za nejdůležitější je ale považován spis *Teorie práva* (1936)[2], který je nejsystematičtějším výkladem Weyrovy normativní teorie. Základy

[1] Weyr, F. Základy filosofie právní. Praha: A. Píša. 1920.

[2] Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Nakladatelství „Orbis“, 1936.

normativní teorie jsou zde vyloženy zejména v předmluvě a ve dvanácti paragrafech obecné části knihy.

Cílem tohoto příspěvku je vysvětlit Weyrův metodologický postup při budování normativní teorie. Weyrova metodologie je vícestranná a komplikovaná, v mnoha aspektech však velice progresivní a ojedinělá. Weyr se totiž pokoušel o exaktní způsob poznání práva, tj. o aplikaci určité apriorní teorie na reálné právní jevy, tedy ve své podstatě o jakýsi "Koperníkovský obrat" v teorii práva.

2. Weyrův metodologický přístup

Pro pochopení toho, oč Weyr ve svém stěžejním díle usiloval, jsou nejdůležitější předmluva a první dva paragrafy *Teorie práva*. V těchto pasážích Weyr zdůvodňuje nutnost založení vědeckého poznání na filozofii, speciálně na teorii poznání. Podle Weyrova přesvědčení "… nemůže býti pravé vědy bez filosofického základu. Neboť, je-li každá jednotlivá věda soustavou stejnorodých poznatků, patří k ní jakožto její typická vlastnost představa systému čili soustavnosti. Tento systém, tj. myšlenka či postulát jednotnosti všeho vědeckého poznávání, může být zaručen pouze vědomou naukou o poznávání (noetikou), která jest filosofickým podkladem oné jednotnosti…. Svým noetickým základem liší se vědecké poznávání ode všeho jiného získávání nových poznatků, které se neděje ani soustavně ani jednotně, ale o sobě přece poznáváním zůstává."[3]

Weyr považoval noetiku za filozofickou disciplínu zabývající se poznáním, která se svým formálním charakterem odlišuje od "filozofie ve smyslu hmotném", jež pojednává o metafyzických problémech a o lidské moudrosti. V rámci noetiky pak rozlišoval noetiku normativní, teleologickou a kauzální. "Noetiku normativní lze pak popř. i zváti normologií, jako noetiku teleologickou teleologií a noetiku kauzální aitiologií a všechny tyto -logie přibližují se svou podstatou jako obecné nauky, hledící si spíše k obecným formám poznávání než ke konkrétním obsahům jednotlivých poznatků, tomu, čemu říkáme jinak i vědy exaktní."[4]

Na jedné straně tedy Weyr považuje noetiku za disciplínu filozofickou, na straně druhé výslovně upozorňuje na její příbuznost s exaktními disciplínami. Tuto příbuznost pak specifikuje v odstavci o vědách, které se zabývají formami myšlení. "Takovou naukou jest logika a matematika (aritmetika a geometrie). V jistém smyslu možno k nim přiřadit i normologii, pokud ji totiž chápeme jako nauku o abstraktních formách myšlení, tj. abstrahující od všelikého konkrétního obsahu norem. Její poměr ke konkrétním normativním vědám (jako etice, právní vědě atd.) byl by pak

[3] Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Nakladatelství „Orbis“, 1936, s. 23.

[4] Tamtéž.

podobný jako poměr ryzí matematiky k matematice aplikované (mechanice atd.)."[5]

Noetika má tedy ve Weyrově podání dvojí význam. Na jedné straně jde o vědu filozofickou, na straně druhé o vědu formální. Tyto dva druhy vědeckých disciplín Weyr neoddělval tak důsledně, jak se to dělá dnes. Jako syn vysokoškolského profesora matematiky si však dobře uvědomoval výhody svého pojetí teorie práva. "Tak jako poznatky matematické vyznačují se i exaktní poznatky normologické naprostou jistotou a nevyvratitelností a to právě pro svou formální a abstraktní povahu. A podobně jako poznatky získané ve vědách, pracujících prostředky matematickými, nemohou nikdy odporovat poznatkům ryzí matematiky, tak také poznatky, jež poskytují konkrétní normativní vědy, nemohou se nikdy příčit obecným poznatkům normologickým a naopak."[6]

3. Komentář k Weyrovu metodologickému přístupu

Podstatu Weyrova snažení si uvědomíme, jestliže rozlišíme tři druhy vědeckých disciplín: reálné, formální a filozofické. Reálnou vědou je především právní věda, neboť se zabývá reálným právním řádem. Reálné jsou dále vědy, jako je sociologie, psychologie, historie, jazykověda, fyzika, chemie a mnoho dalších. Tyto vědecké disciplíny poznávají jednotlivé výseky skutečnosti, resp. vybrané druhy předmětů skutečnosti v daném čase a prostoru. Způsob poznání těchto věd je zobecňující. Východiskem je jistá smyslově vnímatelná množina jevů, nad níž jsou formulovány nejdříve poznatky empirické, které odrážející individuální jevy. Z nich jsou indukcí vyvozovány poznatky obecné. Uspořádanou množinu obecných poznatků nazýváme teorií.

Formální vědy naproti tomu nezkoumají přímo realitu, ale její abstraktní formu neboli strukturu. Tradičně jde o strukturu odvozování (logika), kvantity (aritmetika) a prostoru (geometrie). Východiskem poznání formálních disciplín je jistá imaginární množina objektů, např. výroků nebo čísel. Nad touto množinou jsou nejdříve formulovány nějaké základní vlastnosti (např. totožnost), které jsou následně specifikovány a rozvíjeny pomocí metody dedukce. Formální poznání je obecné a v principu nezávislé na poznání smyslovém, takže bývá nazýváno také apriorní.

Od reálných i formálních věd musíme odlišovat filozofii. Filozofie jako celek se nezaměřuje na vybraný úsek reality, ani nepoužívá omezený okruh metod, tak jako výše uvedené vědy. Předmět i metody jsou v rámci filozofického poznání podřízeny jeho hlavnímu cíly, kterým je vysvětlení postavení a role člověka ve světě. Vysvětlení této otázky často přesahuje možnosti empirického nebo formálního dokazování, připouští určitou míru

[5] Tamtéž, s. 26.

[6] Tamtéž.

subjektivismu a některé další aspekty, které jsou v reálných a formálních oborech naprosto vyloučeny. Z těchto důvodů je v současnosti filozofické poznání striktně oddělováno od obou předchozích.

K tomu je nutné dodat ještě to, že výše uvedené reálné obory využívají poznatky jiných reálných oborů nebo aplikují poznatky formálních či filozofických disciplín. V tomto případě potom nejsou východiskem bádání individuální jevy, ale již hotová teorie, která je převzata z jiného oboru a použita v dané oblasti. Aplikace formálních poznatků nebo metod na reálné jevy se nazývá exaktní poznání.

Ve světle těchto závěrů můžeme v *Teorii práva* identifikovat minimálně tři různé metodologické postupy:

- aplikaci filozofické noetiky na právo,

- rozvíjení normativní noetiky jako formální disciplíny,

- aplikaci formální noetiky na právo.

Východiskem normativní teorie je Kantova kritická filozofie v podobě, jak ji domýšlel Weyrův oblíbený filozof Arthur Schopenhauer. V tomto filozofickém směru mají svůj původ základní pojmy normativní teorie, jako je rozum a vůle, poznání a jednání, bytí a mětí, čisté poznání a praktické poznání atd. Všechny tyto kategorie slouží Weyrovy jako filozofický základ jeho normativní teorie. Zároveň se je snaží aplikovat v oblasti normativních jevů, takže dospívá k jejich normativně právním specifikacím, tj. pojmům jako je normativní poznání, kauzální existence normy, normativní existence normy (tj. platnost), povinnostní subjekt apod.

Nad rámec Kanta i Schopenhauera rozvíjí Weyr ve svém spise normativní noetiku jako vědu příbuznou logice a matematice. Základem mu je pojem právní normy, ke kterému se několikrát vrací. Normu chápe jako noetickou formu, vyslovuje pochybnosti o ztotožňování normy a soudu, definuje ji ve smyslu vnitřním (logickém) a vnějším (mluvnickém), rozděluje normy podle formálního hlediska atd. V řadě pasáží tímto způsobem supluje tehdy neexistující normativní logiku.

Sám Weyr však na několika místech připomíná, že nebuduje "pouze" normativní noetiku, ale jde mu hlavně o její aplikaci na právo. V tomto případě pak skutečně praktikuje to, co sám nazývá exaktní přístupem. Místo zobecňování individuálních poznatků získaných bezprostředně nebo zprostředkovaně z pozitivně-právních oborů, vychází Weyr z obecných apriorních pojmů a jejich vlastností, ke kterým přiřazuje reálné právní jevy. Chápe-li např. noetika (logika) obecnost a individuálnost jako vzájemně podmíněné vlastnosti všech objektů, pak nachází tyto vlastnosti i u norem, neboť je vyloučeno, aby v této oblasti neexistovali. Analogicky upřesňuje ve speciální části spisu celou řadu poznatků tradiční teorie práva, jako je

rozlišování subjektivního a objektivního práva, soukromého a veřejného práva, pojmy povinnosti a práva, pojem hierarchie normativního systému a řadu dalších.

4. Závěr

Weyrovi jde o vybudování teorie práva jako exaktní vědy, což je patrně nejhodnotnější, ale nedoceněný rys jeho normativní teorie. Tento způsob zkoumání je rozšířen v reálných oborech, které zkoumají přírodu, lze ho však přiměřeně aplikovat i v oborech zaměřených na společenské jevy. Jeho výhodou je to, že dané jevy podřazujeme pod teorii rozvinutou deduktivním způsobem, tj. teorii vyznačující se vyšší mírou konzistence a homogenity, než jakou disponují teorie vypracované induktivní cestou.

Weyrova normativní teorie nezískala ovšem zcela přesvědčivou podobu. Hlavní příčinu nezdaru lze spatřovat v tom, že v tehdejší době chyběla formální teorie, která by se dala na právní normy bezprostředně použít. Proto se Weyr i další členové normativní školy pokoušeli pro své potřeby přizpůsobit Kantovu noetiku. Chybou pak byla absolutizace uvedeného způsobu poznání, resp. snaha této školy vytlačit z teorie práva metody zaměřené na fenomény psychologické, sociologické nebo filozofické, které k právnímu životu také patří. Vyvarujeme-li se však této chyby, pak lze za pomoci současných formálních teorií vdechnout Weyrově myšlence nový život.

Literature:

- Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Nakladatelství „Orbis“, 1936
- Weyr, F. Základy filosofie právní. Praha: A. Píša
- Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Nakladatelství „Orbis“

Contact – email
spiruda@tiscali.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NORMATÍVNA ROVINA NAZERANIA NA PRÁVO A KONVERGENCIA[1]

MARTA TÓTHOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language
Príspevok sa zaoberá jednou z podmienok úspešnej integrácie práva v Európe - zhodou v chápaní pojmu právo. Zdôrazňuje význam normatívnej teórie a normatívneho ponímania systému práva ako fenoména, ktorý v Európe významne prispel k zhode v základných otázkach v nazeraní na systém práva. Zmieňuje sa aj o vplyve európskej integrácie na rozvoj právnej vedy.

Key words in original language
Integrácia; konvergencia; homogénnosť právneho prostredia; normatívizmus.

Abstract
The article deals with one of the conditions of successful integration of law in Europe - the consensus of meaning of law. It emphasizes the function of normative theory of law and normative conception of law, the phenomenon, which had a significant role in the process of unification of basic topics of concept of law. The text also deals with the influence of European integrations for development of jurisprudence.

Key words
Integration; homogeneity of legal environment; normative theory of law.

1. ÚVOD

Európske politické a právne myslenie je výrazne determinované procesmi integrácie, ktorej vplyv sa prejavuje aj v úvahách o povahe a podstate fenoménu právo. Snaha dosiahnuť optimálny ekonomický rozvoj, prehlbovanie demokratizácie politického života a úsilie o sociálnu spravodlivosť privádzajú Európu od užšej spolupráci k integrácii, čo pôsobí aj na zmeny systému práva. Procesy zbližovania práva v Európe, ako aj teoretické úvahy o zjednocovaní práva majú bohatú históriu, v minulosti sa akcentovali najmä v rámci prirodzenoprávnych teórií a boli stelesnené v myšlienke ius unum, ktorá sa však, ako poznamenáva Viktor Knapp,

[1] Príspevok je výstupom z grantového projektu VEGA č. 1/0325/08: Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

skoro ukázala ako ahistorická prirodzenorpávna chiméra.[2] Pragmaticky sa však tieto procesy realizovali na základe objektívne existujúcich faktorov, najmä faktorov ekonomických, ktoré boli základným hnacím motorom ďalšieho vývoja. Motívom konvergencie sú však aj univerzálne princípy demokracie a nároky na dodržiavanie ľudských práv.

Postmoderný nástup plurality, interkulturálna interakcia na jednej strane a postulát spätosti so štátom, monizmus a požiadavka úspešnej integrácie, nárokujúca si homogénnosť prostredia v ktorom sa realizuje na strane druhej, naznačujú protirečenie príznačné pre súčasné obdobie. Úspešná integrácia a v rámci nej konvergencia právnych poriadkov je podmienená objektívnymi faktormi, medzi ktorými je potrebné vyzdvihnúť požiadavku dostatočne homogénneho právneho prostredia. Dostatočne homogénne právne prostredie nachádzame v prvom rade v rámci tej istej právnej kultúry, ktorá sama osebe je istým stupňom integrácie, ale ani rôzne právne kultúry nevylučujú takú mieru zhody v rozhodujúcich oblastiach, ktorá umožní úspešnú integráciu. Európsky integračný proces bol sprvoti záležitosťou iba kontinentálnej Európy a kontinentálna právna kultúra predstavovala základný právny rámec, v ktorom integrácia prebiehala a prebieha. Po pristúpení Veľkej Británie a Írska do integračných procesov sa na pôde európskych integračných zoskupení výraznejšie prejavil aj iný typ právnej kultúry – kultúra common law. Táto skutočnosť nastolila otázky, či sa tieto procesy realizujú v dostatočne homogénnom právnom prostredí. Pre posúdenie právnej homogénnosti určitého prostredia je potrebné uvažovať najmä o zhode v týchto otázkach:

- ponímanie pojmu, podstaty, legitimácie a funkcie práva v spoločnosti a jeho vzťahu k iným normatívnym systémom,

- teória prameňov práva,

- teória tvorby a aplikácie práva a právnej argumentácie,

- spoločné základné hodnoty a ideológie.[3]

Z uvedených oblastí sa ako základná javí oblasť nazerania na právo. Právna filozofia poskytuje pestrý rezervoár názorov na to, čo je právo. Otázka je, ktorý z uvedených pojmov je korektný a či jednotlivé definície pojmu právo sú natoľko odlišné, že môžu pri ich výraznom vplyve na reálny právny život predstavovať eventuálne prekážky ďalšej konvergencie. Podľa Alexyho, odlišné ponímanie práva závisí od toho, ako vnímame súvis medzi troma základnými prvkami: prvkom s normatívnym systémom súladného stanovenia (t. j. prvkom spravidla autoritatívne stanoveným v súlade

[2] Knapp, V.: Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha, C.H.Beck, 1996. s. 435., ISBN 80-7179-089-3.

[3] Hoecke, M.: Unifikácia práva v Európe. Právny obzor, 1998,č.2, s 127 an.

s normatívnym systémom), prvkom spoločenskej účinnosti a prvkom obsahovej správnosti, a tiež podľa toho, ktorý z nich akcentujeme. Iusnaturalistické stanovisko nepripisuje význam prvkom s normatívnym systémom súladného stanovenia. Pozitivistické stanovisko vylučuje obsahovú správnosť a stavia na súladnom stanovení s normatívnym obsahom, príp. na spoločenskej účinnosti. Medzi týmito, podľa Alexyho extrémami, sú možné rôzne medzistupne.[4]

2. KONTINENTÁLNE VÝCHODISKÁ

Historicky je pre ponímanie práva dôležité, že kontinentálne právo sa formovalo pod vplyvom spoločného antického dedičstva – gréckeho filozofického myslenia a rímskej jurisprudencie. V novoveku sa pohľad na právo opieral najmä o racionalistický názor na človeka. Súčasné ponímanie fenoménu práva na európskom kontinente je významne ovplyvňované právnou vedou a v rámci nej právnym pozitivizmom a neskôr normativizmom, prevládajúcom v právnej teórii väčšiny európskych štátov. Aj keď z jednotlivých pozitivistických názorových systémov výraznejšej pozornosti sa na kontinente tešila normativistická, najmä kelsenovská tradícia, úplne však nezastrela pluralizmus jednotlivých koncepcií a metodológie pozitivistickej právnej filozofie. Na druhej strane však nemožno nevidieť, že napr. exegetický pozitivizmus vo francúzskej právnej vede sa pomerne skoro vyčerpal púhou mechanickou exegézou zákonníkov. Etatický pozitivizmus, ktorý uviedol normatívny systém do vzťahu ku štátu sa zas nevyhol pochybnostiam o možnostiach takej miery sebaobmedzenia štátu, ktorá zachováva jeho demokratické základy. Sociologický pozitivizmus, resp. sociologické smery, ktoré sa v kontinentálnej právnej vede prejavovali koncom 19. storočia, časom stratili na svojej razancii a celkovo možno konštatovať, že v kontinentálnej právnej vede nezaznamenali taký vplyv ako v americkej jurisprudencii.

Normativistická predstava práva ako systému právnych noriem platných bez ohľadu na svoj obsah a viera v úplnosť a jednoznačnosť systému písaného práva ovplyvňujú v značnej miere právne myslenie a prax dodnes. Normativistická definícia práva je, že právo je niečo čo má byť, ako systém pravidiel správania vo forme príkazov a zákazov. Právo je chápané ako systém pravidiel vydaných štátom, na zabezpečenie ktorých sa používa sankcia. Pre normativizmus je charakteristická predstava dvoch svetov - sveta bytia (sein), toho čo je a sveta toho, čo má byť (sollen). Ďalej ho charakterizuje rozpracovanie stupňa právnej sily právnych noriem, hierarchia právnych noriem vo forme pyramídy, kde na vrchole pyramídy je základná, východisková norma a od nej sa odvíjajú ďalšie normy. Kelsenovská viedenská škola, v rámci ktorej sa rozpracovávali základné teoretické otázky tohto pozitivistického smeru akcentujúceho

[4] Alexy, R.: Pojem a platnosť práva. Bratislava, Kaligram 2009. s. 35 ISBN 978-80-8101-062-0.

antiideologické tendencie sa síce po Kelsenovom odchode z Rakúska rozpadla, učenie, ktoré zanechala však poznamenalo právnu teóriu nielen medzivojnového obdobia, ale zanechalo signifikantné stopy aj v súčasnej európskej právnej filozofii. Normativizmus jednoznačne dominoval v stredoeurópskom priestore, čo dokazuje aj to, že paralelne sa rozvíjala brnenská škola. Normativistická teória a metodológia boli až do druhej svetovej vojny na vzostupe a výrazne ovplyvnili kontinentálne ponímanie fenoménu práva. Možno konštatovať, že predstavovali vyvrcholenie právnopozitivistickej línie v rámci právovedy. Priniesli do dovtedajšej právnej vedy precizovanie pojmov a kategórií, zdôraznenie noetického a metodologického hľadiska, hierarchické ponímanie právneho poriadku, ktorý je budovaný na základe logickej konštrukcie právnej normy a sústavnosť právneho myslenia.[5] Významnou noetickou a ontologickou problematikou, ktorú normativizmus rieši sa stáva aj otázka platnosti práva.[6]

V našom geopolitickom priestore je normatívna rovina ponímania práva základom pre definovanie pojmu právo aj pod vplyvom dlhodobého pôsobenia socialistickej právnej teórie, v rámci ktorej takéto chápanie práva korešpondovalo s autoritárskymi koncepciami výkonu moci. Socialistická právna teória bola teóriou normativistickou. Socialistický normativnizmus sa samozrejme v niektorých podstatných črtách od predvojnovej normativistickej tradície odlišoval. Líšil sa najmä tým, že kvôli marxistickej doktríne nemohol odmietnuť skúmanie spoločenských súvislostí, na druhej strane si však tiež nemohol dovoliť hlbšie obsahové a hodnotové skúmanie týchto súvislostí a preto sa obmedzoval na deklaratórne pseudo-spoločenské vysvetľovanie, ktorého základom boli záujmy a vôľa robotníckej triedy. V súčasnosti sa v tejto súvislosti objavili aj názory, že práve normativizmus ako právnoteoretické učenie do istej miery prevažujúce, resp. uznávané v dobových vedeckých kruhoch ako moderné a nasledovaniahodné, umožnilo zneužitie práva totalitnými režimami. Umožnilo vraj právnej vede oprostiť sa od akýchkoľvek hodnotových úsudkov a zostali z neho iba čisté právne formy zbavené hodnôt, ľahko zneužiteľné v podmienkach zmeneného prístupu k vládnutiu.

Systém právnej vedy, ktorý sme zdedili prešiel zásadnými zmenami. Napriek kritike skutočnosti, že normativistická pozícia poskytovala východiská právnej vede v totalitárnych režimoch, je nesporné že právnopozitivistická a najmä normativistická tradícia a jej vplyv v procese vytvárania nového systému práva jednoznačne prospievajú k posilňovaniu právnej istoty a stability práva.

---

[5] Pinz, J.: Normativní teorie právní - splendidní soustava právního myšlení. In: Acta Universitatis Masarykianae Brunensis Iuridica No. 263. Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení. Brno 2003. s. 32 a nasl. ISBN 80-210-3052-6.

[6] Bližšie napr. Vaculíková, N.: Poznámka k platnosti práva. In: Čo je právo? Zborník z vedeckej konferencie. Bratislava 2007. s.327 an. ISBN 978-8095-024-8.

Pre integráciu Európy a s ňou súvisiacou konvergenciou práva sa dôležitým medzníkom stala druhá svetová vojna a jej následky. Negatívna skúsenosť Európy s fašizmom a totalitárnymi systémami vôbec bola dôležitým činiteľom aj v rámci politického a právneho myslenia. Konvergencia v práve sa prejavuje v kontinentálnej právnej kultúre aj zbližovaním a stieraním ostrých protikladov medzi pozitivistickým a iusnaturalistickým názorom na právo a to napriek skutočnosti, že v podmienkach kontinentu sa ťažšie opúšťa dominancia pozitivizmu a tendencia vidieť v štáte jediného tvorcu práva. Práve pod vplyvom historickej skúsenosti s totalitárnymi režimami ožívajú v druhej polovici 20. storočia v obnovenej podobe iusnaturalistické tendencie, ako kritická reakcia na neľudskosť pozitívneho práva neschopného garantovať a chrániť základné ľudské práva a slobody, ktoré relativizujú prevládajúce pozitivistické právne myslenie a korešpondujú s aktuálnymi spoločensko-politickými pomermi. Najvypuklejšie sa to prejavuje v oblasti ľudských práv. Celkovo možno konštatovať, že v dôsledku tohto vývoja v rámci právneho myslenia dospela Európa k akejsi racionálnej syntéze oboch základných prúdov právneho učenia, ktorá obsiahla globálne ponímanie a názory na právo.[7] Táto syntéza sa prejavuje aj v teórii legitimácie práva v spoločnosti, v ponímaní dôvodov, prečo právo zaväzuje a v riešení prípadného rozporu noriem právnych s inými spoločenskými normami. Právo sa akceptuje ako nevyhnutný a záväzný regulatívny systém, záväzný nezávisle od svojho obsahu, s výnimkou mimoriadnych prípadov. Nachádzanie hraníc záväznosti právnych noriem sa ukazovalo ako sporný problém, historická skúsenosť a prevládajúce teoretické koncepcie, ktoré sa stali oporou aj pre judikatúru ústavných súdov európskych krajín však viedli k záveru, že v demokratickom právnom myslení sa rešpektuje určité „morálne minimum“ dovoľujúce zasiahnuť do pozitívneho práva.[8]

3. ANGLOAMERICKÝ PLURALIZMUS

V čom spočívajú ťažkosti vymedzenia práva približuje Hart v diele The Concept of Law. Je tu niekoľko kľúčových čŕt práva, ktoré musia byť zahrnuté v každej definícii práva. Tou prvou je podľa neho otázka vzťahu práva a donútenia, druhou je problém vzťahu právnej a morálnej povinnosti a poslednou je podľa neho otázka chápania podstaty normy.[9] Jeho verzia moderného analytického pozitivizmu má značný vplyv nielen v anglosaskej právnej teórii, ale aj v kontinentálnom právnom myslení. V duchu austinovskej tradície sa snaží presvedčiť, že odopretie platnosti morálne nekorektným zákonom by spôsobilo v spoločnosti a práve len zmätok. Tak

[7] Pozri napr. Svák, J.: Konvergencia v právnych systémoch. Právny obzor, 1996, č. 5, s. 383 an.

[8] Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň, vyd. Aleš Čeněk 2006. s. 25, ISBN 80-86898-96-2.

[9] Hart, L.: Concept of Law, London, Oxford University Press 1972, s. 36 an. ISBN 9780198960054.

ako na kontinente, ani v anglosaskej jurisprudencii nepredstavuje právny pozitivizmus jednotný prúd. Zároveň je potrebné poukázať na rozdiely medzi anglickým a kontinentálnym pozitivizmom, ktorý má svoje korene najmä v odlišnom charaktere systému práva.

Nemenej vplyvné sú v tejto právnej kultúre teórie založené na iusnaturalistickom ponímaní práva, reprezentované koncepciami Ronalda Dworkina, Lona Fullera a Johna Finnisa. Pri porovnaní s kontinentálnym iusnaturalizmom aj anglosaské natural law vykazuje určité rozdiely, o ktorých môžeme opätovne konštatovať, že v značnej miere pramenia v odlišnom právnom myslení, ktoré sa nesnaží popísať systém práva vyčerpávajúcim spôsobom a preferuje na rozdiel od statických hodnôt práva hodnoty dynamické. V súčasnosti snáď najviac signifikantná formulácia podstaty prirodzeného práva pochádza od Johna Finnisa, ktorý odmieta tvrdenie, že prirodzené právo znamená vieru, že morálka sa odráža v racionálnych princípoch správania. Tiež odmieta tvrdenie, že právo, ktoré nie je konformné s prirodzeným právom je neplatné. Pre neho je prirodzené právo súborom princípov rozumnej zmysluplnosti v regulovaní ľudského života a ľudského spoločenstva.[10] Atraktivita obnoveného prirodzeného práva vyplýva z viery, že existuje niečo vyššie ako pozitívne právo, z čoho sú vyvoditeľné kritériá spravodlivosti vo svete, v ktorom existujú diktatúry a rôzne katastrofy. Ani v tejto právnej oblasti nie je nepredstaviteľná syntéza oboch názorových prúdov. Podľa Neila MacCormicka dlhoveká rivalita medzi pozitivizmom a iusnaturalizmom sa stáva prežitkom, pretože každý systém pozitívneho práva obsahuje zároveň nepozitívne štandardy.[11] Pravdepodobne dozrel čas na prekonanie tejto diskusie a na vytvorenie postmodernej právnej teórie.

Odlišná povaha nepísaného systému práva common law, jeho vplyv na celkové právne myslenie a odlišná relevancia judikátov prináša aj odlišné vnímanie tzv. živého práva – law in action. Ponímanie systému práva je značne ovplyvnené sociologickým nazeraním na naň aj keď poniektorí sociológovia tvrdia, že jurisprudencia je arénou zápolenia pozitivistov a iusnaturalistov, ktoré oni môžu sledovať len spoza autovej čiary. Asi najviac ich pritom môže dráždiť kelsenovské odmietanie sociologických aspektov v právnej teórii a proklamovanie akejsi intelektuálnej priority analytickej jurisprudencie.

V odbornej literatúre sa vedú diskusie aj nad otázkou, či je právny systém vymedziteľný len na základe jeho spätosti so štátom, resp. s inštitútmi zriaďovanými štátom. Integrované teórie, ktoré nekladú dôraz na spojenie so štátom a jeho inštitúciami uvádzajú jednotlivé príklady privátnych

[10]Obeng, M.: Jurisprudence and Legal Theory. London, Old Bailey Press 2001. s. 53 an. ISBN 1-85836-393-4.

[11] Tamtiež, s. 29.

mechanizmov a inštitúcií, ktoré zrkadlovito nasledujú snahu štátu predchádzať sporom, alebo ich riešiť.

Svojim dielom do diskusie prispievajú aj predstavitelia právnej antropológie, ktorí podávajú značne rozširujúce pohľady na systém práva. V súčasnom myslení sa pozornosť upriamuje aj na význam neformálnych právnych systémov (informal legal systems), zahŕňajúcich pestrú paletu metód riešenia sporov, zmierov, mediácií, arbitrácií a súdov iných spoločenstiev. Spravidla sa však akceptuje ich povaha ako doplnkových systémov k formálnemu systému právnych noriem.

Aj keď zo samotnej povahy angloamerického právneho systému vyplýva väčší sklon otvárať sa rozmanitým koncepciám ponímania fenoménu právo, je na tomto mieste možné vysloviť názor, že dominujúca právna teória sa opiera o pozitivistické ponímanie práva, najmä o tradície analytickej jurisprudencie. Svedčí o tom aj prevažujúce ponímanie pojmu „english legal system", ktorý býva väčšinou charakterizovaný ako mašinéria štátnej moci, pravidiel, súdov a vykonávacích mechanizmov, v súlade s prevládajúcim inšititucionálnym ponímaním tohto pojmu, označovaným aj ako „state-ruled-centred paradigm".[12] Zároveň je toto prevládajúce pozitivistické ponímanie „zmäkčované" nezmenšujúcim sa vplyvom obnovených iusnaturalistických teórií.

4. ZÁVER

Napriek niektorým naznačeným rozdielom a existujúcej pluralite názorov sa na záver dá konštatovať, že tak ako v kontinentálnom práve aj v anglickom právnom systéme v prevládajúcej právnej teórii existuje zhoda v ponímaní systému práva, ktorá odmieta akékoľvek „spontánne spoločenské normovanie", metafyzické úvahy o práve a ktorá uznáva spojenie práva s verejnou mocou. Aj vďaka normativistickej tradícii je základnou rovinou ponímania práva jeho vnímanie ako systému platných noriem. Táto skutočnosť významne prispieva k homogénnosti právneho prostredia, ktorá je dôležitým faktorom európskej integrácie. Najlepšie to dokumentujú podobné, resp. spoločne používané pojmy, jazyk a metodológia. Konvergencia v práve, ktorá je nezastaviteľným javom má svoj vplyv aj na rozvoj právnej teórie a na konvergenciu názorových rozdielov jednotlivých koncepcií a naopak v procese konvergencie práva má svoju nezastupiteľnú funkciu akcelerátora aj moderná jurisprudencia. V systéme modernej právnej vedy zohráva rozhodujúci význam taká právna filozofia, ktorá je návodom ku kritickému právnemu mysleniu a plní funkciu špecifickej, diskurzívne utváranej stratégie, transformátora sociologických teórií do

[12] Napr. Cownie, F.- Bradney, A,- Burton, M.: English Legal System in Context. London, Butterworths 2003. s. 9 an. ISBN 0-406-96650-8.

právnej konštrukcie sociálnej reality, preukazuje schopnosť produkovať juristickú komunikáciu a v rámci nej zastávať určité stanoviská.[13]

Literature:

- Alexy, R.: Pojem a platnosť práva. Bratislava, Kaligram 2009. ISBN 978-80-8101-062-0

- Bröstl, A.: Dejiny politického a právneho myslenia. Bratislava, Iura Edition, 1999. ISBN 80-88715-39-3

- Cownie,F.-Bradney,A.-Burton,M.: English Legal System in Context. London, Butterworts 2003. ISBN 0-406-96650-8

- Hart, L.: Concept of Law. London, Oxford University Press 1972. ISBN 978-01-9876-005-4

- Hoecke, M.: Unifikácia práva v Európe. Právny obzor, 1998, č. 2

- Holländer, P.: Filosofie práva. Plzeň, vyd. Aleš čeněk 2006. ISBN 80-86898-96-2

- Knapp, V.: Velké právní systémy. Úvod do srovnávací právní vědy. Praha, C.H.Beck 1996. ISBN 80-7179-089-3

- Machalová, T.: Tradice a perspektivy racionalistického právního myšlení. Brno 2004. ISBN

- Obeng, M.: Jurisprudence and Legal Theory. London, Old Bailey Press 2001. ISBN 1-85836-393-4

- Pinz, J.: Normatívní teorie právní - splendidní soustava právního myšlení. In: Místo normatívní teorie v soudobém právním myšlení. Acta Universitatis Masarykianae Brunensis Iuridica No. 236. Brno 2003. ISBN 80-210-3052-6

- Svák, J.: Konvergencia v právnych systémoch. Právny obzor, 1996, č. 5

[13] Machalová, T.: Tradice a perspektivy racionalistického právního myšlení. Brno, 2004. s. 327 an.

- Vaculíková, N.: Poznámka k platnosti práva. In: Čo je právo. Zborník z vedeckej konferencie. Bratislava, Slovak Academic Press 2007. ISBN 978-80-8095-024-8

Contact – email
marta.tothova@upjs.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVO A MORÁLKA - MRAVNÁ IDENTITA ČLOVEKA

NADEŽDA VACULÍKOVÁ

Univerzita Komenského, Právnická fakulta

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
N/A

Abstract
N/A

Key words
N/A

Vzťah medzi právom a morálkou je jedným z ústredných problémov právnej teórie, na základe ktorého sa formujú jednotlivé argumenty teórie, i celé štáty. Pojmy ako „povinnosť“ , „zodpovednosť“, „záväzok“, „trest“, „svedomie“ , „dôstojnosť“, „česť“ sa používajú v právnej i morálnej komunikácii medzi zúčastnenými subjektmi.

Norbert Nisbet[1] hovorí o zmysle záväznosti, ktorý je údajne najdôležitejšou charakteristikou všetkých sociálnych noriem bez ohľadu na to, či sa dotýka ľudského konania v morálnom alebo právnom kontakte.

Právne a morálne normy sa potom musia odlíšiť buď zdôraznením autoritatívnej povahy práva ako systému štátom vynútiteľných noriem, alebo odkazom na etické prístupy k právu, podľa ktorých má systém pozitívneho práva presadzovať morálne normy spoločnosti. Tento rozdiel zodpovedá odvekému sporu medzi pozitívnym a prirodzeným právom.

Niklas Luhmann[2] o vzťahu práva a morálky píše:

„...právny systém musí počítať s tým, že hoci morálny kód vo svojom binárnom schematizme prestupuje spoločnosť ako celok, morálne programy, to znamená kritéria rozdielov medzi dobrým a nedobrým, alebo

[1] Pozri bližšie NISBET, R.: The Social Bond: An introduehon to the Study of Society. Knoft, New York 1970, cit. In : PŘÍBAŇ, J. : Právní symbolizmus. O právu, času a evropské identitě. Filozofický ústav AVČR, Praha 2007, str. 35.

[2] Pozri tamtiež PŘÍBAŇ, J. , str. 31.

tiež dobrým a zlým, už nie sú konsenzuálne... morálne súdy nemajú bezprostredné právne dôsledky. V opačnom prípade by sa všetky morálne spory a názorová rôznorodosť museli riešiť v právnom systéme. „

Pavol Holländer[3] uvádza, že je nutné pritom odlíšiť : „Morálny argument, ktorý vzhľadom na svoj obsah a ten vzhľadom naň zakladá dôvod právnej platnosti v ňom obsiahnutého pravidla správania, predstavuje prioritu prirodzeného pred pozitívnym právom.

Právna platnosť argumentu „dobrými mravmi“ nie je však daná bez ďalšieho len jeho obsahom, ale je založená normou pozitívneho práva , ktorá na ne odkazuje (§39 obč. zák.) – nejde teda o prioritu prirodzeného práva pred pozitívnym právom, ale o spozitívnenie morálneho argumentu.“

Ústrednou postavou v európskych právnych dejinách , postavou , ktorá nielen prichádza s paradigmatickou zmenou, ale ktorého myšlienky túto zmenu i vyvolávajú, je Gustav Radbruch4[4].

Pod dojmom zločincov nacionálneho socializmu koncipuje tézu, neskôr podľa neho označenú ako „Radbruchova formula“: „Konflikt medzi spravodlivosťou a právnou istotou azda možno riešiť len tak, že pozitívne právo, zaisťované predpismi a mocou, má prednosť aj vtedy, keď je obsahovo nespravodlivé a neúčelné, s výnimkou toho, ak spor medzi pozitívnym zákonom a spravodlivosťou dosiahne takú neznesiteľnú mieru, že zákon musí ako „náležité právo“ („unrichtiges Recht“) spravodlivosti ustúpiť.

Radbruch teda vychádza z nutnosti akceptovať platnosť pozitívneho práva , a to aj vtedy, „ak je obsahovo nespravodlivé a neúčelné“ . Za jedinú výnimku možného a nevyhnutného prijatia prednosti prirodzeného práva pred pozitívnym považuje situáciu, keď „rozpor pozitívneho zákona so spravodlivosťou dosiahol neznesiteľnú mieru“.

Radbruchom počínajúc je základný právno – filozofický diskurz zameraný na otázku pozitívnoprávneho alebo prirodzenoprávneho riešenia eventuálneho napätia medzi všeobecne akceptovanými základnými hľadiskami spravodlivosti a platným (pozitívnym, písaným) právom. Tento diskurz trvá do súčasnosti, participujú na ňom kľúčové postavy právnej vedy: Herbert Hart, Lon Fuller, Roland Dworkin, OtaWeinberger a mnohí ďalší.

---

[3] HOLLÄNDER, P. : Filipika proti redukcionalizmu. Kalligram . Bratislava 2009, str. 41-42.

[4] RADBUCH, CH.: Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht. 1946 In: Holländer, P.: Filipika úroti redukcionalizmu. str. 42 -43.

Podľa Josepha Raza5[5] je téza, podľa ktorej „existenciu spojenia práva a morálky v skutočnosti nemožno spochybniť“ „relatívne triviálnou tézou“, ktorá má „malý význam pre spornú otázku“ vo večnej debate medzi právnymi pozitivizmom a iusnaturalizmom.

Stanovisko Roberta Alexyho[6] k „významu a aplikáciám“ výberu medzi interpretačnými alternatívami sa od Razovho stanoviska líši : „ Ak je skutočne nutné, aby právo kládlo požiadavku správnosti, tak zahrnie požiadavku morálnej správnosti, ktorá, ak na ňu príde rad, je predovšetkým požiadavkou, nemôžu byť potom právne perfektnými rozhodnutiami .

Ich morálna vadnosť prerastá do právnej vadnosti. Právna vadnosť sama osebe neimplikuje právnu neplatnosť. Tá nastáva iba v prípadoch extrémnej nespravodlivosti. To však umožňuje apelačným súdom, ak zvrátia rozhodnutie nášho sudcu v prípade, že ten si zvolí morálne nesprávny výklad, zostať právnymi súdmi. Tým sa ešte netransformujú na morálne súdy. Všetko uvedené je fundamentálna zmena povahy práva.

Právo zostáva autoritatívne, no naďalej nie je iba autoritatívne. Jeho autoritatívna dimenzia je vnútorne spätá s dimenziou ideálnou. Napätie medzi týmito dimenziami nie je preto naďalej napätím medzi právom a morálkou v dôsledku niečoho , čo sa nachádza mimo práva, ale napätím vnútri práva. To má ďalekosiahle dôsledky. V tejto súvislosti je zrejme tým najefektívnejším Radbruchova formula, ktorá hovorí, a to najpregnantnejším spôsobom , že extrémna nespravodlivosť nie je právom[7].

Podľa Dworkina[8] súčasná normotvorba v oblasti ľudských práva a rôzne teórie sudcovskej činnosti tvrdia, že žiadne zákony či sudcovské právo nemôžu byť morálne indiferentné a musia vziať v úvahu morálne argumenty. Zákonodarcovia i sudcovia sa majú zaoberať zároveň právnymi argumentmi i morálno hodnotiacimi súdmi a podriadiť právo integrite a zdieľaným hodnotám spoločnosti.

Rozdiel medzi právom a morálkou predstavuje nekonečný spor a dilema, ktorý je daný vnútornou štruktúrou a operáciami právneho s systému a od

---

[5] RAZ, J.: About Morality and the Nature of Law. The American Journal of Jurisprudence, 48 (2003), str.3. In: Holländer, cit. str. 45.

[6] ALEXY, R..: Agreements and Disagremeents. Some Introductory Remarks. Amales de la cátedra Francisco suárez 39 (2005), str. 737 a nasl.

[7] HOLLÄNDER, P.. : Filipika proti redukcionalizmu. Kalligram. Bratislava 2009, str. 46.

[8] DWORKIN, R. : Law´s Empire. Fontana. London 1986, str. 225 a nasl.

ktorého sa odvodzujú vnútorné a vonkajšie obmedzenia právnych argumentov, rozhodovania a tvorby práva.

Morálka ako sociálny systém (morálny systém) obsahuje svoj kód „dobrý - zlý“, ktorý umožňuje rozlíšiť medzi tým, čo do systému patrí a čo nie. Na rozdiel od práva morálke chýba procedurálna a komunikatívna diferenciácia. Morálka modernej spoločnosti sa okrem iného odvoláva na témantiku práva, pretože na rozdiel od systému pozitívneho práva jej chýbajú kodifikované textuálne rámce svojej komunikácie. Preto nám niekedy pripadá, že morálka je súčasne všade a nikde. Sekulárna morálka moderných spoločností je difúzna. Pre ideály transcendentálnej morálky je typické, že využívajú právnu komunikáciu, napr. ústavodarné procesy, aby sa transformovali od imanentných morálnych noriem. Z toho dôvodu možno hovoriť o morálke ako „rozvoľnenom systém“, ktorý má mnoho rysov autoporetického sociálneho systému“[9].

V právnej filozofii a teórii práva sa vyprofilovali dve základné metodické hľadiská v interpretácii práva a morálky. Prvé metodické hľadisko sa pokúša ukázať, že morálne princípy sú vlastné (vnútorné) štrukturálne intencie práva. Druhý prístup potom vysvetľuje vzťah práva a morálky predovšetkým z hľadiska jeho funkcie a účinnosti pri regulácii spoločenských vzťahov[10] .

Tatiana Machálová konštatuje, že otázka vzťahu práva a morálky nachádza svoj praktický význam predovšetkým v kontexte riešenia otázok spravodlivosti, resp. možnosti efektívneho uplatňovania politiky ľudských práv. Jednoznačným médiom fungovania tohto vzťahu sa v modernej spoločnosti stáva politika. Takže teoretickým problémom už nie je ani tak hľadanie vzájomných podobností alebo odlišností medzi právom a morálkou, ale to, akým spôsobom v spoločnosti fungujú a umožňujú naplánovať princípy spravodlivosti[11].

Morálne právo človeka na úctu vyplýva z ľudskej a zo samotnej príslušnosti k ľudskému rodu. Z vedomia vlastnej cti a z povinnosti mať česť vyplýva právo na časť voči spoločnosti , právo na uznanie a ochranu svojej cti a dôstojnosť zo strany spoločnosti. Základné prirodzené práva človeka utvárajú východiskovú antropoligicko-axiologickú, sociálno–právnu a sociálno–etickú obsahovú štruktúru utvárania identity človeka.

---

[9] Podrobnejšie PŘIBRAŇ, J. : Právní symbolizmus, O právu, času a evropské identitě. Filozofický ústav AVČR, Praha 2007, str. 39.

[10] MACHALOVÁ, T.: Tradice a perspektívy racionalistického právního myšlení. Analýza Kantova a Habermasova pokusu o záchranu racionality práva. MU. Brno 2004, str. 249

[11] MACHALOVÁ, T.: Tradice a perspektívy racionalistického právního myšlení. Analýza Kantova a Habermasova pokusu o záchranu racionality práva. MU. Brno 2004, str. 250

Identita v najširšom poňatí vyjadruje zhodnosť, harmóniu, jednotu , stálosť, nezameniteľnosť, nerozpornosť subjektu. Je výpoveďou o sebe samom, o poznaní seba vo vzťahu k iným, zistenie i odlišnosti medzi ľuďmi, národmi , štátmi i kontinentmi. Identita nemôže existovať mimo bytia svojho subjektu. Vytvára sa z faktov obsiahnutých v ľudskej pamäti a z projektovania budúcnosti. Na minulosť sa pragmaticky pozeráme ako na všetko to, čo sa pominulo , a na históriu ako na výber a interpretáciu deja javov minulosti. V procese formovania identity práve to, čo si indivíduum alebo spoločnosť vyberie a „obdaruje" hodnotovým významom a zmyslom, je dôležitejšie než to, čo sa skutočne stalo[12].

Človek je bytosť svojou podstatou mravná, požiadavka mravnosti je bytostnou požiadavkou[13].

Mravnosť chápeme ako zložitý jav ľudského žitia, ktorý nemožno abstrahovať od praktických životných podmienok. Martin Žilínek uvádza, že existuje množstvo najrôznejších pohľadov na mravnosť podľa toho, ako sa interpretuje dobro ako cieľ mravného správania a konania. Podľa toho rozličné etické systémy uznávajú rozličné mravné pravidlá a hierarchiu hodnôt. V európskej kultúre je z hľadiska mravnosti rozhodujúci predovšetkým ideál humanizmu, ktorý tvorí základ v moderných systémoch mravnosti. Humanisticko-mravné hodnoty vychádzajú zo základných záujmov života, človeka a sociálneho spoločenstva. Týmito hodnotami sú predovšetkým všeľudské , univerzálne a multikulturálne hodnoty[14].

Významným štádiom utvárania mravnej identity osobnosti je teda správanie, konanie a mravný čin. Mravný status človeka nemožno pochopiť mimo správania, pretože sa prejavuje praktickými činmi a mravnými skutkami. Mravná dimenzia identity človeka

sa nemôže utvárať v uzavretom svete osobnosti, ale iba v transparentnosti a kongruencii s vonkajším svetom a s praktickým životom.

Mravný aspekt je vlastný každej ľudskej činnosti, v ktorej sa akceptujú hodnotové hľadiská. Takúto činnosť s axiologickým zreteľom chápeme ako ľudské správanie. Základným elementom správania jednotlivca je čin ako individuálny akt jeho osobnostne alebo sociálne významnej činnosti. Mravné hodnotenie vykonaného činu súvisí s hodnotením

---

[12] Podrobnejšie ŽILÍNEK, M.: Európska dimenzia v morálnej kultivácii osobnosti. UK Bratislava 1999,str. 120 – 121.

[13] Bližšie LETZ, J.: Filozofický základ objektívnosti etických noriem. Filozofia, 50, 1995, č. 2, str. 62 – 72.

[14] Tamtiež ŽILÍNEK, M.: Európska dimenzia v morálnej kultivácii osobnosti. UK Bratislava 1999,str. 136 - 137.

správania vcelku i s celkovým hodnotením človeka ako mravnej osobnosti. Človek v každej konkrétnej životnej situácii vystupuje ako identická osobnosť a zodpovedá za každý konkrétny čin a správanie vo všetkých sférach svojho života bez výnimky[15].

Základnou dimenziou mravnej kultivácie osobnosti je vzťah k sebe samému , k vlastnej identite, k svojmu životnému bytiu. Osobný život je tou sférou, v ktorej si každý uvedomuje zmysel svojej funkcie, svoju hodnotu a svoje poslanie – byť človekom[16].

Každý človek je aj vo sfére osobného mravného života „sui generis" a nemožno utvárať žiadne schematické štruktúry formujúcich sa hodnotových mravných kvalít a osobnostných vlastností v rozvíjaní subjektívneho mravno-výchovného procesu. Určujúca a podstatná je celá integrita osobnosti. Základnú platformu procesov utvárania mravných kvalít a osobných vlastností tvorí hodnota ľudskej osobnosti, jej dôstojnosť a úcta k nej. Každý človek ako príslušník ľudstva si zasluhuje vážnosť, úctu a česť.

Dôstojnosť je súhrn takých vlastností, ktoré charakterizujú ľudskú osobnosť ako najvyššiu hodnotu[17].

V súčasnej trhovej ekonomike sa sféra práce môže dostať vo vzťahu k mravnosti do zložitého vzťahu. Oblasť práce – profesie myslenia a praxe, flexibilného profesijného rozhodovania a správania v slobodnom konkurenčnom trhovom prostredí treba odlišovať od roviny kultúrnosti podnikania a mravného citu v medziľudských a pracovných vzťahoch.

Možno súhlasiť s tézou, že sféru bohatstva a ekonomického-finančného blaha nemožno povýšiť nad sféru ľudského šťastia a morálnej hodnoty v zmysle ľudského života?

Pojem dôstojnosť človeka explicitne tematizoval aj Immanuel Kant. Povýšil argumentáciu prvých tvorcov teórie spoločenskej zmluvy do metafyzickej úrovne. Týmto činom dal teórii spoločenskej zmluvy novú dimenziu, a preto sa stal aj jedným z tvorcov svetonázorového statusu ľudských práv a slobôd. Všeobecne možno totiž povedať, že teórie spoločenskej zmluvy sa zakladajú na paradigme slobody občana.

---

[15] Tamtiež ŽILÍNEK, M.: Európska dimenzia v morálnej kultivácii osobnosti. UK Bratislava 1999,str. 151.

[16] VUKASOVIČ, A.: Pedagogika. Záhreb 1998, str. 131 – 134.

[17] ŽILÍNEK, M.: Európska dimenzia v morálnej kultivácii osobnosti. UK Bratislava 1999,str. 153.

Kant urobil zo slobody občana všeobecnejšiu entitu, a to slobodný subjekt vôbec, čím upevnil presvedčenie , že jadrom slobôd a práv občana sú všeľudské slobody a práva. Napríklad u J, Locka sa dočítame o koordinácii slobôd občanov, ktorá je daná tým, že hranice slobody jedného občana sú vymedzené slobodou druhého občana. Túto premisu Kant formuloval nasledovne: Všeobecný zákon slobody určuje podmienky , za ktorých ľubovôľa jedného môže byť spojená s ľubovôľou druhého[18].

Človeka Kant objasňoval v dvoch rovinách : ako prírodnú bytosť podriadenú zmyslovosti, žiadostivosti, a a ako bytosť rozumnú, mravnú, ktorá môže určovať sama sebe nezávisle od prírodnej determinácie; je teda autonómna (autos – sám, nomos – zákon), t.j. schopná dávať si mravný zákon. Konštatoval, že v empirickej oblasti si človek kladie ciele a volí prostriedky na uspokojenie svojich potrieb. Takéto ciele, resp. účely sa viažu na zmyslové predmety, ktoré možno porovnávať a zamieňať s inými predmetmi[19].

Kant konštatoval, že morálny zákon žiada, aby ľudstvo v jeho osobe i v osobe každého mu bolo sväté[20].

V tejto súvislosti transformoval formuláciu „základného zákona čistého praktického rozumu“ , ktorá znie: „Konaj tak, aby maxima tvojej vôle vždy mohla byť zároveň princípom všeobecného zákonodarstva[21] do inej podoby, do príkazu „nepodrobovať bytosť nijakému zámeru, ktorý nie je možný podľa zákona, čo by mohol vzniknúť z vôle samého trpiaceho subjektu; nikdy ho nepoužívať len ako prostriedok , ale zároveň aj ako účel[22]. Stručne povedané, Kantov kategoricky imperatív možno pokladať aj za univerzálizáciu pojmu ľudská dôstojnosť.

Treba mať na pamäti aj to, že ľudská dôstojnosť je vlastnosťou osoby, t.j. mravného subjektu. A mravným subjektom môže byť aj človek , ktorý používa iného

---

[18] SEILER, V. – SEILEROVÁ, B.: Tolerancia verzus intolerancia, Filozofická analýza. Bratislava 1997, str. 126.

[19] KANT, L.: Kritika praktického rozumu. Nakladateľstvo Spektrum. Bratislava 1990,str. 39.

[20] Tamtiež KANT, L.: Kritika praktického rozumu. Nakladateľstvo Spektrum. Bratislava 1990,str. 106.

[21] Tamtiež KANT, L.: Kritika praktického rozumu. Nakladateľstvo Spektrum. Bratislava 1990,str. 52.

[22] Tamtiež KANT, L.: Kritika praktického rozumu. Nakladateľstvo Spektrum. Bratislava 1990,str. 106-107.

človeka výlučne ako prostriedok, môže ním byť aj ten, kto vyznáva etnocentrické hodnoty kmeňa, kultúrneho spoločenstva, podľa ktorých príslušníci iných spoločenstiev sú menej hodnotní. Status mravného subjektu sa totiž viaže na konkrétny historicky a kultúrne podmienený mravný systém.

V tejto súvislosti chápeme Kantovo explicitné vymedzenie ľudskej dôstojnosti: „Ľudská dôstojnosť tkvie v schopnosti byť všeobecne zákonodarcom, i keď s podmienkou , že sme tomuto zákonodarstvu zároveň podriadení[23].

V. Seiler a B. Seilerová uvádzajú, že Kantov kategorický imperatív je formálny, t.j. neoznačuje žiadny obsah, žiadny predmet vzájomných vzťahov medzi ľuďmi. No práve táto formálnosť a tým aj klasifikačná všeobecnosť umožňujú, aby ľudia mohli dať túto formu svojim konkrétnym predmetne spoločenským vzťahom, aby ju použili ako svoje všeobecne hodnotové kritérium.

Nazdávame sa, že Kantova interpretácia pojmu ľudská dôstojnosť, ako aj každá iná univerzalistická interpretácia tohto pojmu je tým kritériom, ktoré umožňuje rozšíriť hranice tolerantného vzťahu, nakoľko je to vôbec mysliteľné. Navyše ak berieme do úvahy, že ľudstvo sa podľa Kanta zdokonaľuje tým, že jednotliví ľudia rozvíjajú potenciál schopností ľudstva (preto Kant hovorí aj o povinnosti jednotlivca voči ľudstvu, voči prírodnej účelovosti ľudstva rozvíjať svoje schopnosti, nadanie), otvára už horizont pre iné chápanie odlišnosti nadania, potrieb, záujmov, názorov, indivídua. Tento horizont umožňuje formovať synergickú toleranciu[24].

Dôstojnosť človeka ako mravný kultúrnohistorický fenomén vidíme v tom, že človek je mravným subjektom určitého kultúrneho spoločenstva, že vo s vedomí ľudského indivídua sa zvnútornil mravný systém jeho spoločenstva[25].

Z článkov Všeobecnej deklarácie ľudských práv spomenieme iba niektoré týkajúce sa ľudskej osobnosti, ktoré z načrtnutého metodologického hľadiska tvoria ohnisko pojmu ľudská dôstojnosť:

Každý má právo na život, slobodu a osobnú bezpečnosť; nikto nesmie byť podrobovaný mučeniu, alebo krutému , neľudskému či ponižujúcemu

---

[23] KANT, I. : Základy metafyziky mravů, Svoboda. Praha 1976. Str. 92

[24] SEILER, V. – SEILEROVÁ, B.: Tolerancia verzus intolerancia, Filozofická analýza. Bratislava 1997, str. 128.

[25] Tamtiež SEILER, V. – SEILEROVÁ, B.: Tolerancia verzus intolerancia, Filozofická analýza. Bratislava 1997, str. 132.

zaobchádzaniu alebo trestu; nikto nesmie byť svojvoľne zatknutý, zadržaný alebo vyhostený; nikto nesmie byť svojvoľne zbavený vlastného majetku, každý má právo na vlastný majetok, na slobodu myslenia, svedomia, náboženstva, na slobodu presvedčenia a prejavu , má právo prijímať a rozširovať informácie a myšlienky akýmikoľvek prostriedkami a bez ohľadu na hranice; každý člen spoločnosti má právo na sociálne zabezpečenie a na to, aby prostriedkami štátu bola zabezpečená realizácia hospodárskych, kultúrnych , sociálnych práv nevyhnutných pre dôstojnosť a slobodný prejav jeho osobnosti; každý , kto pracuje, má právo na spravodlivú a primeranú odmenu, ktorá zabezpečuje jemu samému i jeho rodine životnú úroveň zodpovedajúcu ľudskej dôstojnosti doplnenú v prípade inými prostriedkami sociálnej ochrany[26].

Ľudskú dôstojnosť garantuje právny poriadok toho – ktorého štátu, ktorý konkretizuje základné ľudské práva a slobody.

Okrem právnej ochrany ľudskej dôstojnosti jednotlivca štátom je to predovšetkým celá spoločnosť, ktorá svojimi mravnými vzťahmi a mravným vedomím upevňuje, ochraňuje alebo zraňuje ľudskú dôstojnosť. Aj sám jednotlivec si kultivuje svoju dôstojnosť, ak nie je ľahostajný k jej zneváženiu u iného, naopak, ak ju odhodlane bráni. Konkrétne to znamená, že ochraňuje ľudské slobody a práva, ako ich dnes poznáme, t.j. vo forme filozoficko-právneho zovšeobecňovania historického procesu emancipácie ľudského indivídua na slobodnú individualitu v európskej, v euroatlantickej civilizácii.

V súčasnosti, v dobe informačných technológií – informačnej spoločnosti, budú vznikať aj ďalšie idey ľudských práv a slobôd, ktoré sa postupne stanú ideami mravného vedomia. Napríklad právo ochrany života sa bude interpretovať a citovo vnímať v súvislosti s ochranou prírodných podmienok života ľudí a chápať tiež ako etická hodnota úcty k životu vôbec. Žiť ľudsky dôstojne predpokladá z hľadiska ekologickej situácie súčasného ľudstva, ochraňovať rôzne úrovne ekosystémov vo vzájomnej globálnej kooperácii ľudských spoločenstiev.

Ku každému druhu ľudskej práce ako profesii sa vzťahujú určité špecifické požiadavky profesionálnej morálky. Pracovný výkon popri spôsobilostiach odborného charakteru podmieňujú mravné postoje, mravná hodnotová faktúra a vedomie zodpovednosti.

Étos povolania je vyjadrením morálneho postoja, ktorý človek zaujíma k svojej práci, k zvláštnym úlohám a povinnostiam svojej profesie. Étos

[26] Bližšie ĽUDSKÉ PRÁVA. Výber dokumentov OSN. Z anglického originálu Human Rights. A Compilation of International Instruments, Geneva 1988 a materiálu Hospodárskej a sociálne vedy OSN E/CN4/1989/29Rev. 1 zostavili a preložili Robert Fico, Milan Lovíšek. 2. Vydanie. Archa. Bratislava 1995, str. 12 a nasl.

vyjadruje pozitívny postoj, teda, vždy idem o prácu, ktorá sama osebe je pozitívnou hodnotou. Táto podmienka musí byť vždy splnená.

Každý dobrý výkon v povolaní, ktorý je spätý s mravným postojom, osobnou mravnou hodnotou, s vedomím zodpovednosti, spĺňa i kritérium morálneho výkonu. Etika zodpovednosti je nosnou kategóriou vzťahujúcou sa na každý pracovný výkon. Musíme vedieť čo je pri výkone každého povolania a v každej osobitnej situácii dobré a zlé[27].

V profesionálnych spoločenstvách , ktoré kladú akcent na svoju povesť, je vecou cti plne rešpektovať a v životnej praxi uskutočňovať požiadavky na morálku profesie. Kódex je vyjadrením mravného ideálu určitého povolania, jeho hlavných hodnôt, určitou formou príkazov a zákazov v písomnej podobe. Slúži ako určitá projekcia plnenia úloh v povolaní i ako všeobecný návod, ako sa treba s právať v konkrétnych situáciách a v profesijných vzťahoch. Slúži aj ako miera hodnotenia konania, ktoré škodí profesii. Pre všetky kódexy je spoločnou platformou to, či existujú v povolaniach, kde objektom profesionálneho záujmu je človek. Vykonávanie určitej profesie zasahuje do celého človeka , môže mu nielen pomôcť, ale aj ublížiť.

Etika je diskusia o hodnotách, deontológia (deon – povinnosť, ontos – človek, logos – učenie, rozum) je imperatívnym vyjadrením hodnôt, ktorým by mala profesia slúžiť, súhrnom pravidiel, ktoré obsah týchto hodnôt pretransformujú do jazyka povinností regulujúcich výkon odbornej praxe. Sú to rolové normy, resp. normy, ktoré definujú profesijnú rolu, teda špecifikujú charakteristiku odborníka, jeho kvalifikáciu a správanie, na ktoré je v súvislosti s ňou oprávnený a povinný[28].

Medzi všeobecnou morálkou a deontológiou nie je schizma. Univerzálne etické normy sa často dotýkajú profesijnej aktivity a rolové normy ich len špecifikujú a dávajú do vzťahu s konkrétnymi podmienkami výkonu povolania. Tým im vtláčajú isté špecifické črty. Hodnoty, z ktorých vyplývajú, sa v profesii dostávajú do navej hierarchie, premiestňujú sa akcenty, citlivosť na niektoré sa s zvyšuje, na iné je nižšia, Napríklad univerzálna norma chrániť život a zdravie človeka je základnou normou lekárskej etiky (salus aegroti suprema lex). Univerzálna norma rešpektovať slobodu a sebaurčenie človeka sa v etike psychiatra prejavuje ako zákaz milostného pomeru medzi ním a pacientkou.

Profesorka Krsková uvádza, že rolové normy však nie sú vždy iba konkretizáciou univerzálnych noriem, ich aplikáciou na výkon odbornej

---

[27] Podrobnejšie WUESTE, D. E.: Professional ethies and social responsibility. Lanhan, Md; Rowman and Littlefield Publishers, 1994.

[28] Podrobnejšie KRSKOVÁ, A.: Etické desatoro začínajúceho advokáta (Vademecum profesijnej etiky) Iura edition Bratislava2008, str.41.

praxe. Môžu byť od nich aj závislé, ba dokonca vyžadovať celkom iné správanie ako univerzálna norma. Napríklad od katolíckych duchovných sa vyžaduje celibát.

Kuriózna situácia nastáva, keď rolová norma vyžaduje niečo, čo je v rozpore s univerzálnou normou. Napríklad trestný zákon od každého občana vyžaduje oznámiť spáchanie ktoréhokoľvek trestného činu (§ 340). Advokát takúto povinnosť nielenže nemá, ale prezradením trestného činu klienta by porušil profesijné tajomstvo.

Podstatné je, aby našla spojitosť rolových noriem so všeobecne uznávanými hodnotami , resp. aby odchýlka bola odôvodnená špecifickou konšteláciou týchto hodnôt v profesii. Pri argumentácii v prospech takýchto výnimiek treba uvážiť celý kontext a poukázať na to, ako by utrpeli spoločenské hodnoty, ktorým ma profesia slúžiť.

Literature:

- NISBET, R.: The Social Bond: An introduehon to the Study of Society. Knoft, New York 1970, cit. In: PŘÍBAŇ, J.: Právní symbolizmus. O právu, času a evropské identitě. Filozofický ústav AVČR, Praha 2007
- HOLLÄNDER, P.: Filipika proti redukcionalizmu. Kalligram . Bratislava 2009
- RADBUCH, CH.: Gesetzliches Unrecht und übersetzliches Recht. 1946 In: Holländer, P.: Filipika úroti redukcionalizmu
- RAZ, J.: About Morality and the Nature of Law. The American Journal of Jurisprudence, 48 (2003), str.3. In: Holländer, cit. str. 45.
- ALEXY, R.: Agreements and Disagremeents. Some Introductory Remarks. Amales de la cátedra Francisco suárez 39 (2005)
- HOLLÄNDER, P.: Filipika proti redukcionalizmu. Kalligram. Bratislava 2009
- DWORKIN, R.: Law´s Empire. Fontana. London 1986
- MACHALOVÁ, T.: Tradice a perspektívy racionalistického právního myšlení. Analýza Kantova a Habermasova pokusu o záchranu racionality práva. MU. Brno 2004

- ŽILÍNEK, M.: Európska dimenzia v morálnej kultivácii osobnosti. UK Bratislava 1999
- LETZ, J.: Filozofický základ objektívnosti etických noriem. Filozofia, 50, 1995, č. 2, str. 62 – 72.
- VUKASOVIČ, A.: Pedagogika. Záhreb 1998
- SEILER, V. – SEILEROVÁ, B.: Tolerancia verzus intolerancia, Filozofická analýza. Bratislava 1997
- KANT, L.: Kritika praktického rozumu. Nakladateľstvo Spektrum. Bratislava 1990

Contact – email
nadezda.vaculikova@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INSTITUCIONÁLNÍ CHÁPÁNÍ PRÁVA

MILOŠ VEČEŘA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Brněnská právní škola představovala významný směr právního myšlení mezi světovými válkami. Mezi významné žáky jejího zakladatele a hlavního představitele této školy Františka Weyra patřil Ota Weinberger, který svou institucionalistickou teorií práva vytvořil nový právní směr - institucionalistický právní pozitivismus. Spolu se skotským právním teoretikem Neilem MacCormickem tak formulovali institucionální teorii práva, vycházející z chápání práva jako institucionální skutečnosti.

Key words in original language
Brněnská právní škola; právní pozitivismus; institucionalistický právní pozitivismus; instituce; institucionální chápání práva.

Abstract
The Brno normative school, represented by his founder František Weyr, constituted before the Second World War important school of legal thinking. Ota Weinberger as outstanding pupil of František Weyr created the new legal approach - institutional legal positivism. Together with Scottish legal theorist Neil MacCormick he formulated institutional theory of law with the conception of law as institutional fact.

Key words
The Brno normative school; legal positivism; institutional legal positivism; institution; institutional concept of law.

Téma sekce teorie práva je věnováno místu Brněnské právní školy v současném právním myšlení. Toto místo Brněnské právní školy a jí blízké vídeňské Ryzí nauky právní nepřehlédnutelným způsobem aktualizovala institucionalistická koncepce právního pozitivismu představovaná Otou Weinbergerem a Neil MacCormickem. Oba právní teoretikové se k Weyrovu a Kelsenovu právnímu normativismu přihlašují jako ke svému inspirativním zdroji. Zejména Ota Weinberger se vyznává ze svého vztahu k Františku Weyrovi, kterého, i jako svého učitele, považoval za fascinující osobnost a charismatického vědce, zároveň však s tolerantním a nedogmatickým postojem. Zdůraznil, že bez jeho vlivu by veškerého jeho vědecké hledání nebylo.[1] Jak vyplyne i z dalšího výkladu Weinbergerovo

[1] Weinberger se svého vztahu k Františku Weyrovi vyznává v osobně laděné vzpomínce, kterou přispěl do monografie vydané o Františku Weyrovi v roce 2001. Podle jeho názoru měl Weyr rozhodující vliv na vývoj jeho myšlení, neboť ho přesvědčil o důležitosti obecné strukturní teorie práva a upozornil ho na problematiku logiky norem. Viz k tomu podrobněji WEINBERGER, O. František Weyr a ryzí nauka právní : osobní pohled a

ovlivnění Brněnskou normativní školou, a Františkem Weyrem zvláště, bylo svým způsobem osudové a jeho obrysy nalézáme v celém Weinbergerově díle. Ale i Neil MacCormick vyzvedá zásadní význam Kelsenovy práce „Pure Theory of Law", které spolu s Hartovým „The Concept of Law" náleží nezpochybnitelné místo v právní teorii. Obě práce jsou MacCormickovi výzvou navázat a odpovědět na související právně filosofické otázky.[2]

1. BRNĚNSKÁ PRÁVNÍ ŠKOLA JAKO VĚDECKÁ ŠKOLA A INSPIRACE

Právní pozitivismus, který se v různých podobách prosadil v právní vědě v 19. století, byl svou právně dogmatickou orientací v zásadě antifilosfický. Může se proto zdát překvapivé, že právně gnozeologická témata se do centra pozornosti pozitivisticky pěstované právní vědy dostala paradoxně zejména díky jeho krajní větvi - právnímu normativismu. Metodologicky nové přístupy právního normativismu byly výrazem snahy o noetickou očistu právní vědy[3] a odstranění „vládnoucího metodologického synkretismu".[4] Kritický přístup k právní vědě pro normativismus znamenal položení důrazu na noetické, ontologické a metodologické otázky a představoval tak vytvoření nové svébytné vědecké školy, jak svoji koncepci právní vědy vnímali František Weyr i Hans Kelsen, tvůrci brněnské a vídeňské větve Ryzí nauky právní.

Weyrovy noetické a metodologické úvahy programově sledovaly úmysl vybudovat „skutečnou teorii práva",[5] kritickou právní vědu založenou na čistotě (ryzosti) metody právní vědy orientující se pouze na formu právní normy a distancující se od obsahu normy.

Brněnská, a stejně tak i vídeňská, normativní právní škola byly budovány především jako soustava právního myšlení, jako nauka o poznávání právnickém.[6] Weyr svoji teorii práva koncipoval především jako formální právní filosofii neboli právní noetiku a právní metodologii, resp. jako teorii

---

hodnocení z hlediska vývoje jurisprudence. In Večeřa, M. *František Weyr*. Brno: MU, 2001. S. 135 an.

[2] MACCORMICK, N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2007. S. v.

[3] Srov. k tomu WEYR, F. *Teorie práva*. Orbis: Praha-Brno, 1936. S. 23 a další jeho práce.

[4] KELSEN, H. *Ryzí nauka právní:. Metoda a základní pojmy*. Orbis: Brno-Praha, 1933. S. 7.

[5] WEYR, F. *Teorie práva*. Brno-Praha: Orbis, 1936. S. 9 an.

[6] WEYR, F. *Úvod do studia právnického: Normativní teorie*. 2. vyd. Brno: MU, 1994. S. 12 an.

právní vědy ve smyslu obecné právní metodologie. Měla tak být ucelenou právní filosofií pěstovanou v duchu kritického idealismu Kantova. Také Hans Kelsen zdůrazňoval, že jeho teorie práva je teorií pozitivního práva v jeho obecnosti, nemá být výkladem určitého národního práva nebo práva mezinárodního, ale má položit metodologický základ právní vědy.[7]

Brněnská škola právní teorie se zformovala do podoby vědecké školy. Své pokračovatele nalezla ve svých žácích, kteří vytvořili druhou a třetí generaci této školy. Její další pokračování však již bylo ideologicky a mocensky znemožněno vývojem po roce 1948.

Vědecká škola, jak to výstižně vyjádřil František Weyr, to je především vztah mezi učitelem (vědcem) a žákem (studentem), který není založen na jednostranném předávání informací učitelem a dogmatickém přebírání žákem, jejím úkolem je dát žáku jakýsi filosofický základ (zejm. noetický), který mu umožní samostatně myslet a bádat, mnohdy i v jednotlivostech i proti svému učiteli. Není tak učitele bez žáka a žáka bez učitele.[8] Charakter takové vědecké školy přiznává brněnské právní škole v plném rozsahu i Ota Weinberger, který se považoval za Weyrova žáka. Vědecká škola pro Weinbergera je výrazem odpovědi na určitou problémovou situaci, kterou dává zpravidla velká vědecká osobnost tím, že navrhuje specifický přístup k řešení relevantních problémů a plodnou metodu zkoumání. Není to však církev, nezná dogmata, převažuje hledající postoj.[9] Weinberger v této souvislosti oceňuje, že brněnská škola byla a zůstává zásadně otevřená oproti vídeňské škole, která lpí na Kelsenových slovech a má silnou tendenci hájit Kelsenovo učení advokátským způsobem.

Právě k takto tvůrčí a otevřené brněnské právní škole se Weinberger hrdě hlásí a v práci „Brněnská škola právní teorie“ sestavené spolu s Vladimírem Kubešem uvádí: „charakter mého právně-filosofického učení není jen kritickým pokračováním brněnské školy ryzí nauky právní, nýbrž také přijatelným pokračováním vědeckého snažení mého učitele Františka Weyra.“ K tomu pak dodává: „Tvrdím …, že mé učení nazvané ´normativní institucionalismus´ nebo krátce ´neoinstitucionalismus´ je výplodem

---

[7] KELSEN, H. *Pure Theory of Law*. 4th ed. New Persey: The Lawbook Exchange, 2005. S. 1.

[8] WEYR, F. Pojem a podstata „vysoké školy“ : Věnováno světlé památce Jaromíra Sedláčka, jednoho z nejstarších příslušníků normativní školy. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1946, roč. XXVII, s. 149.

[9] Viz k tomu podrobněji WEINBERGER, O. Vývoj a perspektivy brněnské školy ryzí nauky právní. In Machalová, T. (ed.*). Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení : K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena*. Brno: MU, 2003. S. 9-10.

brněnské školy ryzí nauky právní, jaksi kritickou reakcí na filosofii Františka Weyra a na teleologii Karla Engliše a Jana Loevensteina.“[10]

Základní ideje brněnské školy, zejména zaměření na strukturní analýzu, považoval Weinberger od svých studentských let za přínosné pro rozvoj právní teorie a staly se mu východiskem jeho formálního uvažování o právu a budování jeho institucionální teorie práva.

2. WEINBERGERŮV TVŮRČÍ PŘÍSTUP K NOVÉ KONCEPCI PRÁVNÍ VĚDY

Právní normativismus představoval novou, noeticky a metodologicky ambiciózní koncepci práva a právní vědy, která Otu Weinbergera jako Weyrova žáka velmi nadchla. Svou koncepcí práva a právní vědy však Weinberger překonal normativistický, striktně dogmatický koncept právní vědy a šel v tomto směru cestou dalších neortodoxních příslušníků brněnské školy, zejména Jaroslava Kallaba,[11] Weyrova vrstevníka, a Vladimíra Kubeše,[12] představitele druhé generace brněnské školy.

Své vyrovnání se se základními východisky Brněnské právní školy Weinberger vyjádřil v řadě svých prací a jeho stanoviska spočívající na jeho institucionalistickém chápání práva lze shrnout do několika základních bodů:

- **Právně pozitivistický přístup.** Právní normativismus vychází z pozitivistické, tj. monistické koncepce práva. Právo je pro něj produktem lidské vůle, nezakládá se na přirozenoprávních principech a jeho platnost není vázána na morální či sociologická kritéria. Úlohu právní vědy spatřuje normativismus v analýze empirického právního materiálu, tedy v právní dogmatice. Také Weinberger se hlásí k učení právního pozitivismu, jeho úvahy však jdou cestou moderních právně pozitivistických přístupů, zmírňujících izolovanost života práva od

[10] WEINBERGER, O. Od brněnské školy k neoinstitucionalismu. In. Weinberger, O., Kubeš, V. *Brněnská škola právní teorie*. Přel. Hlavoň, K. z vídeňského vydání Die Brünner Rechtstheoretische Schulle z roku 1980. Praha: Karolinum, 2003. S. 389.

[11] Srov. k tomu VEČEŘA, M. Noetická a metodologická východiska právní vědy. Kallabův právně teoretický odkaz dnešku. In. *K odkazu Jaroslava Kallaba. Právně-filosofická východiska trestní politiky v procesu evropské integrace.* Plzeň: A. Čeněk, 2007. S. 15 an.

[12] Vladimír Kubeš ovlivnil Weinbergera zejména svou koncepcí právní vědy. Vedle dogmatické právní vědy (právní dogmatiky) má podle Kubeše právní věda zahrnovat široce pojatou právní filosofii, právní sociologii a některé další právní disciplíny. Srov. VEČEŘA, M. Vladimír Kubeš, právní filosof, právník a pedagog. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 2008, roč. XVI, č. 2, s. 105 an.

sociálního světa a statičnost právně pozitivistické dogmatiky. Ve vztahu k normativnímu pozitivismu Weinberger zdůrazňuje, že:[13]

- právní norma nemusí být vždy vytvořena explicitním aktem, nýbrž může též vzniknout na základě „spontánního procesu institucionalizace“,

- tvorba norem v oblasti zákonodárství je spjata s racionální argumentací.

- **Protiklad bytí a mětí.** Weyrovo kantovské rozlišení bytí a mětí, světa hmotné existence a světa norem a hodnot Weinberger vnímá jako obrazné zdůraznění sémantického a metodologického rozdílu mezi dvěma předměty poznávání. Jeho pohled a pohled normativní teorie se zde v zásadě shoduje, i když v některých ohledech zaujímá Weinberger dílče rozdílná stanoviska.[14]

- **Požadavek ryzosti právní metody.** Normativní teorie se vymezuje oproti tradiční právní vědě zdůrazněním oproštění právního poznání od všech sociologických, psychologických, politických, morálních a dalších přístupů a ideologických záměrů ve snaze vyhnout se metodologickému synkretismu a položit důraz na ryze věcné poznání práva. Pro Weinbergera je přijatelný požadavek neideologické právní vědy, zpochybňuje však možnost, že by právní věda abstrahovala od všech sociologických, psychologických, morálních, politických a dalších vztahů a zaměřila své zkoumání pouze na normativní obsah právních norem. Weinberger v takovém programovém nastavení spatřuje krunýř, který znemožňuje adekvátní poznání práva.

- **Oddělení poznání práva od tvorby práva.** K tomuto normativistickému oddělení právní vědy od tvorby práva se jednoznačně hlásí i Weinberger. Právo je pro něho konstrukce, výtvor lidské vůle (sféry volitivní), určený společenskou skutečností a snahou účelně uspořádat společnost. Weinberger se tak staví na pozice non-kognitivismu, zpochybňujícího možnost praktického poznání správných, spravedlivých norem. Oproti normativní škole však Weinberger přece jen považuje za přijatelnější oslabenou verzi non-kognitivismu připouštějící, že i když neexistují prepozitivní axiomy či absolutní hodnoty předurčující, co by mělo být

---

[13] WEINBERGER, O. Normativní institucionalismus nebo ryzí nauka právní. In *Normativní teorie práva v kontextu právního myšlení. Sborník příspěvků z mezinárodní konference*. Brno: MU, 1991. S. 20.

[14] Viz k tomu podrobněji WEINBERGER, O. Brněnská škola právní. Historie, kritika a pohled na další vývoj. In *Teorie práva. Sborník přednášek zahraničních profesorů hostujících v IX. semestru školního roku 1993/94.* Brno: MU, 1994. S. 18 an.

„správným“ právem, nelze při tvorbě práva vyloučit racionalistickou právně politickou argumentaci.[15]

- **Odlišení úvah de lege lata a de lege ferenda.** Normativní teorie spatřuje zásadní rozdíl mezi pohledem de lege lata, který je obsahem právně dogmatického přístupu, a pohledem de lege ferenda, který vychází z právně politických, právně sociologických a morálních úvah a z argumentace směřující ke zdůvodnění obsahu práva. Výše zmíněné důsledné odlišení tvorby práva a jeho poznávání vylučuje z právní vědy argumentaci de lege ferenda jako metajuristickou. Weinberger toto zásadní odmítání pohledu de lege ferenda nesdílí a zastává názor, že omezení jurisprudence na úvahy de lege lata, a tudíž pouze na hermeneutické analýzy, není vhodné.[16] Právně politická argumentace, stejně jako otázky tvorby práva, tvoří podle Weinbergera nezpochybnitelnou součást právní problematiky, stejně jako praktické právní rozhodování v sobě obsahuje nejen úvahy de lege lata, ale i de lege ferenda.

- **Právní řád jako jednotný a hierarchický systém.** Weyr vychází ze zásady logické jednoty každého normativního řádu, kdy kritérium hierarchického postavení norem je dáno derogační sílou jednotlivých právních norem. Weinberger s Weyrovým požadavkem jednoty právního řádu souhlasí, nejde mu však pouze o tuto logickou konzistenci, ale i o jednotný teleologický a hodnotový systém, který tvoří pozadí právního řádu. Weinberger také nesdílí Kelsenův a Englišův normologický skepticismus připouštějící, že právní řád může logicky nezávadně totéž jednání zároveň přikázat a zakázat.[17] Případné řešení takové kolize postulátu logické bezrozpornosti a postulátu hierarchie právních norem, k níž může dojít a jež by se dotkla i otázky platnosti právních norem, Weinberger vidí v principu priority postulátu bezrozpornosti před hierarchií normového souboru.[18]

- **Platnost práva.** Platnost právní normy právní normativismus vždy nějakým způsobem odvozuje od platnosti předchozí, vyšší právní normy.

---

[15] WEINBERGER, O. *Norma a instituce : Úvod do teorie práva*. Brno: MU, 1995. S. 59.

[16] Viz k tomu podrobněji WEINBERGER, O. Vývoj a perspektivy brněnské školy ryzí nauky právní. In Machalová, T. (ed.). *Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení. K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena*. Brno: MU, 2003. S. 11.

[17] Viz WEINBERGER, O. *Ontologie norem, zvláště norem právních : Konfrontace názorů Františka Weyra, Hanse Kelsena a normativního institucionalismu*. In K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno: MU, 1991. S. 111 an.

[18] Viz k tomu podrobněji HOLLÄNDER, P. *Nástin filosofie práva : Úvahy strukturální*. Praha: Všehrd, 2000, s. 20.

> František Weyr ohnisko takto hierarchicky uspořádaného normativního souboru konstruuje konceptem stupňovitosti normového souboru jdoucímu až k ústavě. Koncepce Kelsenova pak je postavena na hypotetické základní normě jako transcendentálně filosofickém předpokladu. Weinberger naproti tomu zastává názor, že tyto konstrukce nejsou schopny dostatečně vystihnout problém pojmu platnosti práva, ani kritéria pro poznání platnosti právních norem. Něco jiného je kdy platí určitý systému norem jako právní řád a něco jiného je otázka jak určit, zda normativní ustanovení je platnou součástí právního řádu, jehož platnost jako celku je nesporná. Weinberger si zde pomáhá svou institucionální teorií práva. Tvrzení, že určitý systém norem je platným právem, je konstatováním sociální skutečnosti, kterou nelze dostatečně zdůvodnit pouhým předpokladem nebo hypotézou, takové tvrzení je nutno podepřít zkušeností založenou na relevantních společenských faktech. Platnost práva je ideální skutečností, jejíž reálné bytí je dáno tím, že je spjato s institucí realitou státu.[19] Při zdůvodnění platnosti jednotlivých právních norem je podle Weinbergera třeba vycházet z jejich vzniku na základě jejich původu. Původ může být vyjádřen prostřednictvím nejvyššího pravidla platnosti podpořeného odpovídajícími institucionálními skutečnostmi.[20]

3. WEINBERGEROVA TELEOLOGICKÁ TEORIE JEDNÁNÍ

Východisko Weinbergerova institucionalistického právního pozitivismu a jeho úvah o právu představuje jeho teleologická teorie jednání, kterou Weinberger ostatně považuje i za filosofický základ všech společenských věd. Jde o formální teorii lidského jednání, kterou lze aplikovat nejen na jednání jedinců, ale i skupin nebo na libovolné institucionální entity. Teprve vědecká teorie jednání Weinbergerovi vytváří filosofický rámec, v němž teprve mohou být právní normy a jejich funkce pochopeny a vysvětleny. Z hlediska právně teoretického uvažování pak mu jeho teorie jednání umožňuje analyzovat i otázky odpovědnosti, svobody, spravedlnosti, institucionalizace chování, role sociálních institucí apod.[21]

Člověk je pro Weinbergera v jeho institucionální teorii jednání jednající a společenská bytost. Z antropologicky založených úvah pak vyplývají i specifické vlastnosti člověka oproti jiným živočichům, zejména mimořádná plasticita lidského chování, velký stupeň svobody, ale i jeho bezbrannost. Aby obstál v boji s přírodou člověk potřebuje žít ve společenství, proto

---

[19] WEINBERGER, O. Od brněnské školy k neoinstitucionalismu. In. Weinberger, O., Kubeš, V. *Brněnská škola právní teorie*. Přel. Hlavoň, K. z vídeňského vydání Die Brünner Rechtstheoretische Schulle z roku 1980. Praha: Karolinum, 2003. S. 400.

[20] WEINBERGER, O. *Norma a instituce : Úvod do teorie práva*. Brno: MU, 1995. S. 114.

[21] srov. k tomu WEINBERGER, O. Od brněnské školy k neo-institucionalismu. *Časopis pro právní vědu a praxi*, 1999, roč. VII, č. 4, s. 308 an.

zakládá instituce jako rámec svého jednání a mezilidské spolupráce. Své jednání jedinec usměrňuje na základě účelově preferenční racionální úvahy, přičemž proces volby alternativ jednání je vystihován formálně, tedy jako obecný proces, který lze vztáhnout v dané podobě na kohokoliv, včetně kolektivních entit.

Weinbergerova teorie jednání, kterou sám označuje jako **formálně finalistickou** (teleologickou) **teorii jednání**, není proto určena k vysvětlování konkrétního individuálního jednání, motivace určitého jednání konkrétního člověka, ale řeší v obecné rovině volbu preferencí v určité obecné situaci.[22] Jednáním je tak pro Weinbergera v podstatě záměrné, cílené chování a proto základem určujícím jednání jedince je teleologické uvažování.

Weinberger v těchto svých úvahách o mechanismu lidského chování navázal zejména na Karla Engliše, který ve dvacátých letech minulého století formuloval třetí způsob nazírání vedle nazírání kauzálního a normativního – **nazírání teleologické**.[23] Teleologický pohled v poznávání sociální reality byl předmětem zásadního vědeckého sporu o noetický (logický) dualismus, zastávaný Weyrem, proti němuž Engliš postavil svůj koncept noetického trialismu, tedy zda lze rozlišovat nejen poznatky kauzální a normativní, ale i poznatky teleologické. Důležitost této vědecké polemiky o povahu teleologie, tj. zda existuje logická různost mezi poznatky normativními a teleologickými, nebo, jak se dokonce domnívali někteří normativci, není-li snad teleologie jen převrácenou kauzalitou,[24] byla dána i jejím zcela praktickým vyzněním ve formulaci Englišovy a Chytilovy[25] koncepce právně teoretického uvažovaní a později i ve Weinbergerově teorii jednání.

---

[22] Weinberger problematice teorie jednání věnoval především svou práci *Alternativní teorie jednání* (Praha: Filosofia, 1997), k tématu jednání se ale vrací v řadě svých dalších prací.

[23] Engliš souborně rozebral otázky teleologie a teleologického poznání v práci ENGLIŠ, K. *Malá logika*. Praha: Melantrich, 1947. S. 41 an.

[24] Weinberger ale s tímto názorem zásadně nesouhlasí, neboť teleologický vztah existuje pouze za předpokladu existence účelu (něčeho chtěného), zatímco kauzální vztah je na přání a chtění zcela nezávislý. WEINBERGER, O. *Norma a instituce : Úvod do teorie práva*. Brno: MU, 1995. S. 12.

[25] Chytil se ve vědeckém sporu Weyra a Engliše postavil na stanovisko Engliše a dovozoval, že poznatky kauzální, teleologické a normativní nelze považovat za logické protivy nýbrž logické různosti. Podstatu rozdílu mezi normou a postulátem vidí Chytil v tom, že norma je soudem o objektivní nutnosti jednání čili povinnosti, i když ji subjekt povinnosti vůbec nezná. Postulát má naproti tomu subjektivní platnost ve vztahu subjektu volního a představou uskutečnění jednání. CHYTIL, V. Norma a postulát : Studie o charakteru ústředních pojmů vědy právní a hospodářské. In *Sborník k padesátinám Karla Engliše.* Praha, 1930. S. 494 an.

Pro Weinbergera je podstatou teleologie vztah účel, prostředek a volba (rozhodování) mezi alternativami jednání. Nalezení vhodných prostředků se opírá o informace, zejména znalost zmíněných kauzálních vztahů. Teleologická úvaha ale může vycházet z více účelů, které mohou být i konfliktní. Uvážení z hlediska rozdílných účelů (cílů) a prostředků k jejich dosahování patří k podstatě teleologické analýzy situace.

4. TEORIE INSTITUCE A INSTITUCIONÁLNÍ CHÁPÁNÍ PRÁVA

Teorii institucionalistického právního pozitivismu formulovali ve stejném časovém období, ale nezávisle na sobě, Ota Weinberger v rakouském Grazu a edinburghský profesor právní vědy Neil MacCormick. Později této koncepci práva věnovali společnou práci An Institutional Theory of Law : New Approaches to Legal Positivism (Dordrecht, 1986).[26] I když k sobě mají Weinbergerova a MacCormickova koncepce institucionalistického právního pozitivismu ve svém výsledku blízko, dospívají k daným závěrům různými cestami.

MacCormick ve své teorii právního institucionalismu vychází z procesu institucionalizace, jehož výsledkem je institucionalizace pravidel. Právo je pak pro MacCormicka institucionální normativní řád. Weinbergerovy úvahy o právu naproti tomu navazují na jeho alternativní teorii jednání a antropologickou povahu práva. Člověk jako tvor společenský (Aristotelův zoon polikon) je vybaveni instinkty k pospolitému životu, které zahrnují ohled na druhé a prvky solidarity. Soužití lidí vyžaduje existenci normativních pravidel, bez nichž není možná součinnost, a plnění specifických sociálních rolí, ale i očekávání určitých způsobů chování od druhých. Weinbergerova teorie institucí má tak těsný vztah k lidskému jednání a na druhé straně instituce tvoří ideální a předmětnou bázi lidského jednání a lidské interakce, je do nich vpleten celý lidský život.

Instituce představují základní nosnou konstrukcí Weinbergerova konceptu **institucionalistického právního pozitivismu**. Zaručují vzájemná spojení mezi jednotlivci, skupinami, a společností jako celkem, znamenají určitý druh stabilizace, tvorby vzorů, standardů nebo/a životních forem, jimž přináleží určitá relativní stálost. Jsou orientací pro jednání, stejně tak jako jsou prvky sociální reality základem všech druhů lidského jednání.[27] Instituce existují formou společensky institucionalizovaných normativních

---

[26] Oba autoři vzájemně respektují a navzájem oceňují přínos k institucionální teorii práva a připomínají vzájemnou spolupráci v této oblasti. Viz např. MACCORMICK, N. *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2007. S. 12. Stejně tak viz např. WEINBERGER, O. Law, *Institution and Legal Politics : Fundamentals Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1991. S. xiii.

[27] WEINBERGER, O. *Inštitucionalizmus : Nová teória konania, práva a demokracie*. Bratislava: Archa, 1995. S. 96 an.

systémů pravidel. Manželství tak lze uzavřít pouze ve společnosti, v níž taková instituce existuje. Instituce tedy nelze definovat pouze behavioristicky, v pozorovatelných způsobech jednání, ale jsou s nimi spojeny i instituticionalizované normativní regulativy. Instituce ale v sobě zahrnují i systémy praktických informací. Instituce je třeba chápat jako funkcionální, účelovou jednotku, která spěje k uskutečnění určitého cíle, slouží určité vůdčí ideji - myšlence instituci určující a institucí rozvíjené. Tím se dostáváme i k pochopení společenské funkce instituce. Instituce se stávají institucionalizovanou společenskou zvyklostí, prvkem životní formy.

Kromě jádra tvořeného normami a jinými praktickými informacemi mají instituce osobní a věcný substrát, na institucích se podílejí lidé, kteří vystupují jako nositelé, aktéři a orgány institucí. Instituce jsou definovány i rolemi připisovanými příslušným osobám. Věcným substrátem jsou předměty a produkty. Instituce jsou místem, kde se uskutečňují fixace vzorů jednání a hodnotových postojů v určitém zřetězení individuální a společenské aktivity.[28]

Weinbergerova teorie institucí má blízko k sociologickým teoriím instituce Arnolda Gehlena, Bronislava Malinowského, Helmuta Schelského a dalších institucionalistů chápáním instituce jako lidské formy života vázané na typizaci lidského jednání a existenci určitých regulativů tohoto jednání.[29] Sociologické teorie obvykle sociální instituce chápou jako komplex sociálními regulativy stanovených sociálních vztahů a v jejich rámci probíhajících činností, který je orientován ke zvládnutí určitého problému nebo uspokojení určité potřeby, a který je většinou členů sociálního útvaru (společnosti, společenství, sociální skupiny) považován za platný a závazný.

Weinbergerova teorie institucí nicméně vychází především z teorie institucí pěstované v právní vědě zejména Mauricem Hauriouem, Santi Romanoem a Johnem Searlem. Weinberger, stejně jako Searle, považuje právo za **institucionální skutečnost**, tj. skutečnost závisející na mezilidských vztazích, lidském jednání a životních formách lidí. Mezi tyto institucionální skutečnosti náleží vedle práva také stát, náboženství, věda a další společenské instituce. Neexistuje instituce bez systému praktických informací představovaných významně normativními regulativy jakožto základu krystalizace instituce. Instituce může existovat a fungovat pouze tehdy, má-li normativní jádro, které ji strukturuje a organizuje.

Pohled na právo jako na instituci neznamená jenom hermeneutické pochopení norem, ale je třeba rovněž chápat systém jejich vůdčích idejí a

---

[28] WEINBERGER, O. *Alternativní teorie jednání.* Praha: Filosofia, 1997. S. 198 an.

[29] Gehlen vhodně vystihl fakt, že sociální instituce zbavují nutnosti znovu hledat a vymýšlet optimální formy jednání pro uspokojení každé potřeby, nahrazují tak vlastně zvířecí instinkty, jsou to určité „koleje jednání“. Viz k tomu podrobněji VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. Sociologie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. S. 172.

teleologické pozadí a konečně je chápání těchto normativních regulativů závislé rovněž na poznání funkcionálně relevantních skutečností, např. skutečného způsobu aplikace právních předpisů. Bez tohoto povědomí o sociálních skutečnostech zůstává podle Weinbergera poznání práva fragmentární a právník proto musí také analyzovat funkcionálnost institucí z hlediska jejich řídících idejí. Právní řád má směřovat k tomu, aby se uskutečnily určité obecné cíle práva, jeho ideje.[30]

Poznání práva se proto nemůže omezovat pouze na pochopení normativních vztahů, ale je třeba přihlížet i k jiným jeho důsledkům, např. k jeho následkům, očekáváním, povinnostem, morálním hodnocením apod. Existenci a působení práva tak podle Weinbergera chápeme vlastně jen tehdy, jestliže známe jak jeho právní důsledky, tak také ostatní - psychologické a společenské důsledky. Weinberger si proto uvědomuje nutný vztah jeho institucionalistické teorie a sociologických koncepcí práva.[31]

Svoji institucionalistickou teorii práva shrnuje Weinberger konstatováním, že právo má zároveň dvě podoby: je normativně ideální entitou a zároveň i skutečností společenského života. Hlavním úkolem vysvětlení podstaty práva je vysvětlení spojitosti těchto dvou tváří jednoho jevu. Existence právních norem musí tak být nahlížena na jedné straně jako bytí ideální entity vzniklé normotvorným aktem, avšak současně jako **samostatná sociální skutečnost**.

Ke stejnému závěru dospívá i Neil MacCormick. Své chápání práva jako institucionálního faktu formuloval poprvé v roce 1973 a v dalším třicetiletém období své institucionální chápání práva dále dopřesňoval. Ve své poslední práci o institucionální teorii práva Institutions of Law (2007) si odpovídá na otázku co je právo konstatováním, že je to institucionální normativní řád.[32] Toto chápání práva MacCormickovi umožňuje studovat právní řád ve všech jeho projevech a kontextech v rámci státu a občanské společnosti. Výsledkem jeho právního uvažování je několik podstatných závěrů:[33]

- Normativní řád je možný, protože lidé normy užívají.

---

[30] Srov. WEINBERGER, O. Spravedlnost jako základní idea demokracie. In Hungr, P. a kol. *Právní filozofie. Vybrané problémy pro IX. semestr*. Brno: MU, 1993. S. 60-61.

[31] Viz k tomu WEINBERGER, O. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamentals Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1991. S. 183 an.

[32] MACCORMICK, N. *Institutions of Law : An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. S. 57.

[33] Tamtéž, s. 303-304.

- Institucionální normativní řád umožňuje existenci tvorby práva.

- Institucionální charakter práva je srozumitelný pouze za předpokladu že se zaměříme na faktické důsledky fungování práva, tj. naplňování spravedlnosti a společného prospěchu.

- Institucionalizace práva postuluje, že právo nese kladný obsah.

MacCormick dovozuje, že institucionální teorie práva v její současné podobě, ačkoliv se zrodila v rámci právního pozitivismu, nemá „právně pozitivistický" charakter, lze ji označit za postpozitivistickou teorii.

Institucionalistické chápání práva, ač vychází z normativistického pozitivismu, znamená ve svém důsledku odklon od základních právně pozitivistických přístupů a přináší nutně ve svém důsledku i nové stanovení úkolů právních věd. Právním vědám napříště nepřísluší jen analýza struktury právního řádu a právního dění či vytváření dogmatiky jednotlivých právních odvětví, ale musí také zkoumat jak právní život vypadá ve skutečnosti, jak utváří společenský život.[34] Weinbergerův přístup k právu tak představuje tvůrčí spojení právního pozitivismu se sociologickým pohledem. Na jeho právně filosofickém uvažování je třeba ocenit, že přes celoživotní přihlášení se ke kořenům Brněnské normativní právní školy usiloval ve svých pracích o tvořivé rozpracování jejích základních noetických východisek. Jeho institucionální chápání práva je stálou inspirací pro právní vědu.

Literature:

- ENGLIŠ, K. Malá logika. Praha: Melantrich, 1947. 511 s.
- HOLLÄNDER, P. Nástin filosofie práva : Úvahy strukturální. Praha: Všehrd, 2000. 125 s. ISBN 80-85305-43-7.
- CHYTIL, V. Norma a postulát : Studie o charakteru ústředních pojmů vědy právní a hospodářské. In Sborník k padesátinám Karla Engliše. Praha, 1930. S. 490-497.
- KELSEN, H. Pure Theory of Law. 4th ed. New Persey: The Lawbook Exchange, 2005. 356 s. ISBN 1-58477-578-5.
- MACCORMICK, N. Institutions of Law : An Essay in Legal Theory. Oxford: Oxford University Press, 2007. 317 s. ISBN 978-0-19-953543-9.

[34] WEINBERGER, O. *Norma a instituce : Úvod do teorie práva*. Brno: MU, 1995. S. 64 an.

- KELSEN, H. Ryzí nauka právní:. Metoda a základní pojmy. Orbis: Brno-Praha, 1933. 55 s.
- VEČEŘA, M. Vladimír Kubeš, právní filosof, právník a pedagog. Časopis pro právní vědu a praxi, 2008, roč. XVI, č. 2. S. 105-111.
- VEČEŘA, M. Noetická a metodologická východiska právní vědy. Kallabův právně teoretický odkaz dnešku. In. K odkazu Jaroslava Kallaba. Právně-filosofická východiska trestní politiky v procesu evropské integrace. Plzeň: A. Čeněk, 2007. S. 15-27. ISBN 978-80-7380-070-3.
- VEČEŘA, M., URBANOVÁ, M. Sociologie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006. 335 s. ISBN 80-86898-72-5
- WEINBERGER, O. Vývoj a perspektivy brněnské školy ryzí nauky právní. In Machalová, T. (ed.). Místo normativní teorie v soudobém právním myšlení. K odkazu Františka Weyra a Hanse Kelsena. Brno: MU, 2003. S 9-21. ISBN 80-210-3052-6.
- WEINBERGER, O., Kubeš, V. Brněnská škola právní teorie. Přel. Hlavoň, K. z vídeňského vydání Die Brünner Rechtstheoretische Schulle z roku 1980. Praha: Karolinum, 2003. 440 s. ISBN 80-246-0689-5.
- WEINBERGER, O. František Weyr a ryzí nauka právní : osobní pohled a hodnocení z hlediska vývoje jurisprudence. In Večeřa, M. František Weyr. Brno: MU, 2001. s. 135-152. ISBN 80-210-2631-6.
- WEINBERGER, O. Od brněnské školy k neo-institucionalismu. Časopis pro právní vědu a praxi, 1999, roč. VII, č. 4, s. 307-316.
- WEINBERGER, O. Alternativní teorie jednání. Praha: Filosofia, 1997. 278 s. ISBN 80-7007-096-X.
- WEINBERGER, O. Inštitucionalizmus : Nová teória konania, práva a demokracie. Bratislava: Archa, 1995. 240 s. ISBN 80-7115-102-5.
- WEINBERGER, O. Norma a instituce : Úvod do teorie práva. Brno: MU, 1995. 217 s. ISBN 80-210-1123-8.

- WEINBERGER, O. Brněnská škola právní. Historie, kritika a pohled na další vývoj. In Teorie práva. Sborník přednášek zahraničních profesorů hostujících v IX. semestru školního roku 1993/94. Brno: MU, 1994. S. 17-31. ISBN 80-210-0892-X.
- WEINBERGER, O. Spravedlnost jako základní idea demokracie. In Hungr, P. a kol. Právní filozofie. Vybrané problémy pro IX. semestr. Brno: MU, 1993. S. 57-79. ISBN 80-210-0615-3.
- WEINBERGER, O. Law, Institution and Legal Politics. Fundamentals Problems of Legal Theory and Social Philosophy. Dordrecht, Boston, London: Kluwer Academic Publishers, 1991. 276 s. ISBN 0-7923-1143-4.
- WEINBERGER, O. Ontologie norem, zvláště norem právních : Konfrontace názorů Františka Weyra, Hanse Kelsena a normativního institucionalismu. In K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno: MU, 1991. S. 109-116. ISBN 80-210-0494-0.
- WEINBERGER, O. Normativní institucionalismus nebo ryzí nauka právní. In Normativní teorie práva v kontextu právního myšlení. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno: MU, 1991. S. 19-36. ISBN 80-210-0296-4.
- WEYR, F. Úvod do studia právnického: Normativní teorie. 2. vyd. Brno: MU, 1994. 79 s.
- WEYR, F. Pojem a podstata „vysoké školy“ : Věnováno světlé památce Jaromíra Sedláčka, jednoho z nejstarších příslušníků normativní školy. Časopis pro právní a státní vědu, 1946, roč. XXVII, s. 145-164.
- WEYR, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936. 388 s.

Contact – email
Milos.Vecera@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PLURALITA PRÁVA, PRÁVO V PLURALITĚ

BOHUMIL VÍTEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Výraznou tendencí směřování práva je jeho pluralita a multicentrismus (polycentrismus). Vznik síťových společností způsobuje vyšší pružnost práva, ale i jeho nestálost. Státní regulatorní mechanismy se oslabují a pravidla, doporučení, stanoviska apod. se prosazují více než normy. Nicméně norma ve zmateném postmoderním světě zůstane především oporou, měla by uklidňovat spíše než znepokojovat.

Key words in original language
Pluralita; Pluralita práva; Síťové společnosti.

Abstract
Strong tendency of law movement is its plurality and multicentrism (polycentrism). Formation of network companies brings higher flexibility of law but its unstability as well. State controling instruments are getting weaker and rules, recommendations, positions and etc. assert more than legal norms. Nevertheless a legal norms will stay mainly the guarance in the chaotic post-modern world and legal norms should have rather calming effect than worrying effect.

Key words
Plurality; Plurality of law; Network companies.

1. POSTMODERNÍ SITUACE A PROCESY GLOBALIZACE

Vývojový jev, který můžeme pozorovat v dnešní společnosti (ale též např. ve filozofii, umění a dalších oblastech) je označován jako postmoderna. Myšlenkové zpracování tohoto jevu pak jako postmodernismus.

Základním rysem postmoderny je pluralita. Postmoderna odmítá velké univerzální koncepty moderny, odmítá jejich nárok na výlučnou platnost. Zpochybňuje se optimistický pohled na historický vývoj západní civilizace i pohled na dějiny, jako na proces překonávání dřívějších fází (což by s trochou nadsázky vlastně znamenalo konec dějin).

Postmoderna říká, že nic neplatí na věky, nic neplatí obecně, kritizuje existující instituce a převládající myšlení. Je odmítnutím každé závazné uspořádanosti. Vyzdvihuje dekompozici práva, právní věda je kritizována za

racionalizaci společenských vztahů, jež jsou z pohledu postmoderny iracionální. Obviňuje právní řád, že se snaží formovat svět.[1]

Podle optimistů přináší postmoderna naprosté rozvinutí svobod, podle skeptiků bohužel časem nezbude nikdo, kdo by se mohl ze všudypřítomné svobody radovat, protože neodmyslitelnou součástí postmoderní emancipace od pevné a stabilní formy je fragmentalizace individua, jeho rozprsknutí a roztříštění, kde každý ze střípků mozaiky odráží podivnou směs prchavého potěšení ze ztráty vázanosti a nostalgický zákmit touhy po ztracené celosti.[2]

Z hlediska vymezení je situace u postmoderny podobná jako v případě globalizace. Neexistuje jednotné pojetí, vymezení obsahu, charakteru, směřování, v případě postmoderny je však situace ještě složitější. Jan Keller k tomu dodává, že existuje přesně tolik vymezení postmoderny, kolik autorů se k ní vyjadřuje, dokonce, tím jak postmoderna zdůrazňuje pluralitu, má každý postmoderní myšlenkový směr a každá škola jen jednoho jediného člena, právě toho, který daný směr vymyslel, či školu založil. Takový člověk je však zmítán věčnou nejistotou, zda ke svému směru skutečně patří a zda ho vlastně nevymyslel někdo úplně jiný.[3]

Za základní charakteristiku globalizace bývá považováno odstranění národních překážek pro mezinárodní hospodářské transakce a působení nových technologií, především v oblasti informací a komunikací.[4] Globalizaci je třeba chápat ve vazbě na procesy ve světové ekonomice typu internacionalizace, integrace, interdependence. Otvírá perspektivy a poskytuje možnost otevřít cestu k přerozdělení ekonomických, politických a sociálních příležitostí na celém světě.

Proces globalizace nutí ke globálnímu vidění problémů, k multikulturnímu (multicivilizačnímu) a universalistickému myšlení a pohledu na svět. Vnímání propojenosti hodnot, idejí a životního stylu již dříve označil Friedrich Nietzche převratem všech hodnot. A právě v tomto směru bývá někdy proces globalizace spojován s postmoderní situací, považován za projev pozdní modernity. Ale i když jsou globalizace a postmoderna projevem překročení hranice modernity, představuje globalizace oproti postmoderní situaci návrat k univerzálnosti západu. Globalizaci lze v tomto

---

[1] Masopust, Z. *Jusnaturalismus v dnešní době. In Teorie práva 3*, str. 19, dostupné z www. Juristi.zcu/plzen/sw/ktp/2teorka.doc.

[2] Keller, J. *Postmoderní politika. In Britské listy*, 22.5.2002, str.3, http://www.blisty.cz/ ISSN 1213-1792.

[3] Tamtéž, str.3.

[4] Zpráva Světové komise pro sociální dimenzi globalizace vydaná Mezinárodním úřadem práce v roce 2004, str.27.

směru chápat jako další fázi vývoje navazující na průmyslové revoluce.[5] Globalizaci ale nelze dnes chápat jen jako rostoucí propojenost (iterconnectedness) a vzájemnou závislost mezi přetrvávajícími sociálními prostory národních států, ale i jako vnitřní globalizaci těchto prostorů samotných.[6]

Procesy globalizace ovlivňují současný právní řád založený na státní suverenitě a izolovanosti národních právních řádů. K nejvýraznějším projevům právní globalizace patří lex mercatoria, spontánní kodifikace, expanze advokátních kanceláří a internacionalizace, tj. globalizace práva cestou mezinárodního práva veřejného. Současně jde i složitý proces sociální a politický. Nárůst propojenosti nejen ve sféře ekonomických, ale i politických a sociálních vztahů sebou nese požadavek právní jistoty v těchto vztazích (právní jistota patří mezi základní sociální jistoty), stabilizace těchto vztahů (právo má vnést řád do společnosti, snížit míru společenské entropie). Komunikace a toky informací přesahují dimenze národních států, vznikají nadnárodní prostory – vytváří se síťové společnosti. Přitom nejde jen o mezinárodní koncerny, ale volný obchod vůbec, přesouvání výroby do zemí s levnější pracovní silou, světová věda a technologie (a v závěsu za nimi komunikace) a rovněž výrazný pohyb lidí, bohatých i chudých.[7] V důsledku toho se právo stává pružnějším, avšak na druhé straně i nestálejším. Flexibilizace tak může vyvolat pocit nejistoty až nedůvěry. Státní právo se za této situace může jevit jako jediné schopné integrovat sociální život.

S narůstající komplexitou, abstraktností a neurčitostí sociální reality, jíž je právo výrazem a projevem, se mění i míra abstraktnosti, ale i kasuističnosti práva. Vyšší abstraktnost právních jevů nutně zvyšuje i abstraktnost jejich právního vymezení a jejich právní úpravy. Protichůdnou tendencí je ale i tendence ke kasuističnosti právní úpravy, která má zabránit obcházení abstraktně formulovaného práva (chování in fraudem legis).[8]

---

[5] Giddens, A. *Sociologie.* Praha: Argo, 1999, str. 82 an. *In* Večeřa, M. *Globalizace práva jako právní proces,* Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny 2007, Olomouc: Univerzita Palackého, 2008, str.641.

[6] Beck, U. *Moc a protiváha moci v globálním věku*, Praha: Slon, 2007, str. 13 an. . *In* Večeřa, M. *Globalizace práva jako právní proces,* Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny 2007, Olomouc: Univerzita Palackého, 2008, str.641.

[7] Viz k tomu srovnání: Hungr, P. *Globální v právu-právo v globalizaci;* imigrace jako jedna ze tří globalizačních tendencí nejvíce ovlivňující proměny práva v současné době, str. 657, In Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny 2007, Olomouc: Univerzita Palackého, 2008.

[8] Večeřa, M. *Pojem a povaha práva.* In Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. str.23,24.

2. STRUČNĚ K ZÁKLADNÍM PŘÍSTUPŮM K PRÁVU

Přirozenoprávní přístup je přístup dualistický v tom smyslu, že rozlišuje právo dané, tj.vytvořené lidmi, zejména zákonodárstvím, a právo přirozené, které je na daném právu nezávislé.[9] Oproti tomuto obsahově hodnotovému přístupu vychází iuspozitivismus (formální přístup) z právního monismu. Tedy právo je jen to, co stát uzná za závazné. Norma, která není státem uznaná (morální, náboženská, politická či jiná), není právem. Základní otázkou tedy je, zda chování je či není v souladu s právem (otázka legality), neřeší se, zda to, co je v normě, je či není správné.

Pro sociologický směr je rozhodující efektivita (funkčnost) práva. Podle reálných společenských vztahů je třeba říci, zda je platná právní úprava z hlediska potřeb společnosti správná. Eugen Erlich odděluje právo od státu a vlastní právo nevidí v abstraktní normě (zákonu), ale v konkrétní normě, nezávislé na státu a vyplývající z konkrétních společenských jevů. Zjišťuje, že těžiště právního vývoje není ani v zákonodárství ani v jurisprudenci ani v judikatuře, ale v samé společnosti.[10]

Normativismus bývá považován za pokračovatele a dovršení pozitivismu. Jádro normativní teorie spočívá ve striktním oddělení světa mětí a bytí. Přitom brněnská škola je širší (patří do ní i ekonomové a politologové) než škola vídeňská. Kelsen vztahuje normu pouze na lidské chování, podle Weyra se může norma vztahovat na cokoliv.

František Weyr rozlišoval tyto znaky pozitivního práva:

-pochází od empirického (známého a skutečně existujícího) normotvůrce

-působí na společnost, vyvolává účinky na společenské vztahy

-je změnitelné

-je úmyslně stanovené.[11]

Obě školy definují právo bez hodnotových předpokladů. Právo je norma, popř. normativní řád. Normativismus nezajímá působení práva ve společnosti. Zkoumá právo takové jaké je, nikoliv jaké má být. Kdo zkoumá právo, nemá právo dělat – teorie je odtržená od praxe.

---

[9] Knapp, V. *Teorie práva, 1.vydání.* Praha, C.H.Beck, 1995, str. 5,6.

[10] Urbanová, M. *Hlavní představitelé sociologie práva*. In Večeřa, M., Urbanová, M., *Sociologie práva.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, str. 52.

[11]Weyr, F. *Teorie práva*. Praha: Orbis, 1936, str. 85 an. In Harvánek, J. a kol. *Teorie práva*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. str. 94.

3. SOUČASNÉ TRENDY

Výraznou tendencí směřování práva je jeho pluralita a multicentrismus (polycentrismus).[12]

Právní pluralismus vyjadřuje koncepci práva vycházející z paralelní existence (působení) více právních systémů v rámci téže společnosti, státu nebo téhož území, které jsou navzájem ve vztahu soužití, konkurence nebo konfliktu.[13] Multicentrismus můžeme označit za pojem širší. Zahrnuje nejen pluralitu pramenů práva, ale i pluralitu center interpretace a aplikace práva. Hierarchický model pyramidy je nahrazen modelem sítí. Důraz se klade na vznik, popř. odvozování právních řádů, jde tedy o změnu obrazu struktury právního řádu.

Stále výraznější roli hraje „soft law", tedy dokumenty, jež sice nejsou právně závazné, nicméně mají velký význam neboť jsou důležitým zdrojem informací jak je určité chování nahlíženo, popř. může být posuzováno. Jejich nerespektování pak může vést až k sociální ostrakizaci, „vyloučení z dobré společnosti".

Emancipuje se soudcovské dotváření práva a významným doplňkem právní úpravy se stává i samoregulace.[14]

---

[12] Pozn. Lze se setkat i s opačným přístupem označovaným jako acentrismus. Obecně se jedná o absenci jakéhokoliv centra. Hierarchie hodnot, autorit atd. je nahrazena tzv. plochými sítěmi, např. antiglobalizační nebo teroristické sítě.

[13] Galligan, D.J.Law in Modern Society. Oxford, New York: Oxford University Press, 2007, str. 161 an. In Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. str. 24.

[14] Pozn. Mezinárodní koncern je typickým příkladem síťové společnosti. Přitom na evropské úrovni není koncernové právo jako celek harmonizováno, základem jednotného koncernového práva měla být Devátá směrnice o skupinách společností. Cílem byla ochrana menšinových společníků v souvislosti s vytvářením koncernových vazeb, avšak návrh směrnice byl pro rozpory mezi členskými státy posléze odložen. Nicméně např. anglická úprava nabídky převzetí obsažená v Kodexu pro nabídky převzetí a fúze (The City Code on Takeovers and Mergers) nemá podobu zákona a je založena právě na samoregulaci. Tento tzv. City Code je však plně respektován, nad jeho dodržováním dohlíží nestátní orgán – Tribunál pro nabídky převzetí a fúze (The Panel on Takeovers and Mergers). Zákonná úprava nabídek převzetí je v anglickém právu upravena jen okrajově a je obsažena v zákoně o obchodních společnostech (Companies Act) z roku 1948.

Blíže viz. Černá, S. Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku. Praha: Linde, 2002. str. 30, 31.

Mezi významné pokusy o nalezení vhodné míry regulace v této oblasti patří mimo jiné též zpráva Skupiny na vysoké úrovni, složené z odborníků na právo obchodních společností (High Level Group of Copany Law Experts). Jednou z významných tezí je nahrazení primární legislativy alternativními metodami regulace, jako je sekundární legislativa, stanovování standardů, monitoring, vzorové právní předpisy (soft law). Velký důraz je kladen na transparentnost a publicitu informací, správně zveřejněná informace může mít větší účinek než hmotněprávní ustanovení regulující určitou oblast.

Praxe je nucena hledat cestu mezi různými přístupy. Ty totiž jen málokdo zná a pokud ano, používá jenom jejich populární prvky. Přirozené a pozitivní právo proto mizí a existuje pouze jedno právo, což jsou pravidla, jejichž tvůrce má schopnost přesvědčit adresáty práva o závaznosti jím vydaných norem, a to nikoli pouze soudy, ale alespoň většinu všech členů společnosti. Zjišťujeme, že právo je opět pouze diskursivní hra, která však má výrazný vliv na společnost a její členy. Dostáváme se tak do sociologií popsaného stavu, kdy je lhostejné, co je právo ze své podstaty. Ovšem pokud lidé tento jev za právo přijímají a řídí se jím.[15]

Arno Anzenbacher k tomu dodává: Pozitivní právo pokládáme za spravedlivé právo tehdy, jde-li o právně stanovený éthos, tzn. jsou-li jeho základní normy sociálně přijímány a platí též mravně. Posuzujeme-li praxi na rovině práva, pak jde o rozdíl mezi legálním a nelegálním (zákonným a nezákonným). Měřítkem tohoto rozdílu je vnější shoda se zákonem.[16]

Literature:

- Anzenbacher, A. Úvod do etiky. Praha: Academia, 2001, 292s. ISBN 80-200-0917-5
- Černá, S. Faktický koncern, ovládací smlouva a smlouva o převodu zisku. Praha: Linde, 2002, 199s., ISBN 80-7201-335-1
- Doležil, T. Koncerny v komunitárním právu. Praha: Auditorium, 2008, 175s. ISBN 978-80-903786-3-6
- Harvánek, J. a kol.. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 501s. ISBN 978-80-7380-104-5
- Knapp, V. Teorie práva, 1.vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, 247s. ISBN 80-7179-028-1
- Večeřa, M., Urbanová, M. Sociologie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2006, 335s. ISBN 80- 86898-72-5

Blíže viz. Doležil, T. Koncerny v komunitárním právu. Praha: Auditorium, 2008, str. 121, 122.

[15] Škop, M. *Vztahy a odlišnosti práva v přirozenoprávním a pozitivněprávním kontextu.* In Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008. str. 93.

[16] Anzenbacher, A. *Úvod do etiky*. Praha: Academia, 2001. str. 111.

- Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny 2007, Olomouc: Univerzita Palackého, 2008, ISBN 978-80-244-1906-0
- Zpráva Světové komise pro sociální dimenzi globalizace vydaná Mezinárodním úřadem práce v roce 2004
- Gerloch, A., Cvrček, F., Masopust, Z.Teorie práva 3. dostupné z www. Juristi.zcu/plzen /sw/ktp/2teorka.doc, 28s.
- Britské listy, 22.5.2002, http://www.blisty.cz/ ISSN 1213-1792

Contact – email
vitek@node.mendelu.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MÍSTO NORMATIVISTICKÉHO POJETÍ RETROAKTIVITY V SOUČASNÉM ČESKÉM PRÁVNÍM MYŠLENÍ

PETR VOJÍŘ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek je zaměřen na problematiku retroaktivity právních norem. Jeho účelem je pohlédnout na to, jak právní pojem retroaktivity vymezovala brněnská právní škola, především Adolf Procházka, a jak se toto normativistické pojetí retroaktivity uplatňuje v současném českém právním diskursu. Autor dospívá k závěru, že normativistické pojetí retroaktivity se projevuje jak v díle některých současných českých právních vědců, tak i v judikatuře Ústavního soudu.

Key words in original language
Brněnská právní škola; normativní teorie; retroaktivita právních norem; platnost a účinnost právních norem.

Abstract
This paper is focused on the issue of legal norms retroactivity. Its aim is to take a look at the Brno School of Law's (mainly Adolf Procházka's) definition of the legal concept of the retroactivity and on the influence of the definition within the contemporary Czech legal discursus. The author of the paper comes to the conclusion that the normativistic concept of retroactivity is manifested in works of some Czech legal jurists and in the case law of the Constitutional court.

Key words
Brno School of Law; normative theory of law; retroactivity of legal norms; validity and effectiveness of legal norms.

1. ÚVOD

Je mi velkou ctí, že se z popudu konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity mohu tímto svým příspěvkem zúčastnit diskuse o místě brněnské právní školy v současném českém právním myšlení.

Dnes je tomu téměř přesně 20 let ode dne, kdy začala sametová revoluce, díky níž se Československo vrátilo mezi státy demokratické, založené na úctě ke svobodě člověka ve všech aspektech jeho života včetně svobody akademické.

Kdyby se akademické svobody nevrátily, těžko by bylo možné, aby se dnes konala konference zabývající se místem brněnské právní školy v současném

českém právním myšlení; již vůbec by nebylo možné, aby toto téma bylo pojednáno ideologicky nepředpojatě.

2. EXISTENCE BRNĚNSKÉ PRÁVNÍ ŠKOLY

Profesor František Weyr výstižně definoval moderní vědeckou školu jako „sdružení vědeckých pracovníků teoreticky stejně založených“[1]; právě takovouto školou byla brněnská (normativní) právní škola.

Mezi hlavní představitele brněnské právní školy pochopitelně patřili členové akademické obce brněnské právnické fakulty; nejvýznamnější místo v brněnské právní škole zaujímal její zakladatel a vůdčí postava profesor Weyr.

Profesor Weyr vychoval spoustu skvělých právníků a právních vědců, z nichž stojí za zmínku především Hynek Bulín, Kazimír Čakrt, Karel Gerlich, Václav Chytil, Josef Kepert, Vladimír Kubeš, Zdeněk Neubauer, Jaroslav Pošvář, Adolf Procházka, Jaromír Sedláček, Vladimír Vybral a v neposlední řadě i Ota Weinberger.

Někteří z těchto Weyrových žáků se ale od normativní teorie významně odchýlili, a to zejména Vladimír Kubeš svým systémem filozofie práva spočívajícím v syntéze transcendentální metody s kritickou ontologií Nicolaie Hartmanna[2] a Ota Weinberger svým neoinstitucionalismem[3].

Vznik brněnské právní školy je spojen se založením brněnské právnické fakulty v roce 1919, zánik brněnské právnické fakulty je spojen se zánikem brněnské právnické fakulty v roce 1950.

Po roce 1989 nedošlo k obnovení brněnské (normativní) právní školy, natožpak k tomu, že by českou právní vědu ovládlo pojmosloví normativní teorie.

Přesto si dovoluji tvrdit, že některé pojmy či myšlenky normativní teorie rozvíjené brněnskou právní školou vykonávají vliv i na recentní český právní diskurs.

---

[1] Weyr, F. Pojem a podstata „vědecké školy“ (Věnováno světlé památce Jaromíra Sedláčka, jednoho z nejstarších příslušníků normativní školy). Časopis pro právní a státní vědu, 1946, r. XXVII, s. 149.

[2] Viz např. Kubeš, V. Brněnská škola ryzí nauky právní. Stav právních věd na počátku XX. století a brněnská škola ryzí nauky právní. In Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, s. 27.

[3] Viz zejm. Weinberger, O. Norma a instituce. (Úvod do teorie práva). Přeložil Pavel Hungr. Brno: Masarykova univerzita, 1995.

Na mezinárodní konferenci konané dne 24.10. a 25.10.1991 ku vzpomínce prof. Františka Weyra při příležitosti 40 let od jeho úmrtí vyslovil prof. Alexander Bröstl myšlenku, že za povšimnutí stojí úroveň diskuse normativistů o otázce retroaktivity.[4]

A právě v tomto příspěvku bych se rád zaměřil na retroaktivitu, věčný to problém politický a právní a v poslední době opět tak aktuální, a sice konkrétně na to, jak ji pojímala brněnská právní škola a jaké toto pojetí zaujímá místo v současném právním myšlení.

3. NORMATIVISTICKÉ POJETÍ RETROAKTIVITY

Problematikou retroaktivity právních norem se v brněnské právní škole zabývalo více osobností, zejména Adolf Procházka[5], Jaromír Sedláček[6], Jaroslav Krejčí[7] a Zdeněk Neubauer[8].

Názory těchto právních teoretiků na problematiku retroaktivity právních norem byly velice podobné, v některých bodech se ale jeden od druhého odchyloval. Pro účely tohoto příspěvku vezmu za základ normativistického

---

[4] Bröstl, A. Pocta Františkovi Weyrovi. In Dostálová, J. (ed.). K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra (Sborník příspěvků z mezinárodní konference). Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1992, s. 19.

[5] Viz zejm. Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928; Procházka, A. O intertemporálních předpisech v osnově nového občanského zákoníka. (Přednáška v Právnické jednotě v Praze dne 16. března 1933.). Právník, 1933, sešit VIII., s. 233-248; Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799-803; Procházka, A. Problém ústavnosti retroaktivních zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1934, r. XII, s. 291-313.

[6] Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, zejm. s. 109-135, 228-238, 250-258; Rouček, F., Sedláček, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. I. díl. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia, 1998, zejm. s. 94-98, 104-119, 153-158; Sedláček, J. JUDr. Adolf Procházka: Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (Studie.). Sbírka spisů právnických a národohospodářských, Sv. XXXVI. Brno 1928, Barvič § Novotný. Str. XXVI + 201. Kč 30-. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 188-198.

[7] Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933; Krejčí, J. Právní jevy v čase (právně-teoretická studie). Praha: Moderní stát, 1937; Krejčí, J. O neústavnosti retroaktivních zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1934, r. XII, s. 392-407.

[8] Neubauer, Z. Zpětná působnost zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 232-239; Neubauer, Z. Státověda a theorie politiky. Praha: Jan Laichter, 1947, zejm. s. 82-87.

pojetí retroaktivity koncepci Procházkovu[9], přičemž poukážu na případné odlišnosti u ostatních zmíněných normativistů.

Většina normativistů považovala výrazy „zpětná účinnost právních norem", „zpětné účinky právních norem", „zpětná působnost právních norem" či „zpětné působení právních norem" za nevhodné a matoucí[10], protože obsahují slova, kterými se designují jevy při myšlení v dimenzích příčiny, účinku, času a prostoru, tedy tzv. kauzálního světa.

Krejčí argumentuje pro opačný názor tím, že výrazu „účinnost" a „působnost" se v tomto případě používá v jiném významu než při poznávání přírody a že tento dvojí význam slov je při různém poznávání přípustný.[11]

Pro normativisty neznamenala retroaktivita právních norem nic jiného než zpětnou platnost právních norem (platnost právních norem pro dobu minulou).[12]

Jednotlivé znaky zpětné platnosti právních norem definovali normativisti následujícím způsobem:

3.1 PLATNOST JAKO MIMOČASOVÝ ELEMENT PRÁVNÍ NORMY

Podle normativistů má právní norma logickou strukturu: „Je-li A, má býti B." Písmena „A" i „B" jsou označením pro souhrn právních skutečností, jsou tzv. abstraktními (např. zákonnými) skutkovými podstatami.

Abstraktní podmiňující skutková podstata určuje podmínky či předpoklady vzniku „má býti" (platnosti). Abstraktní podmíněná skutková podstata určuje stav, který má být. Právní norma se ale nevyčerpává pouze označením skutečností, nýbrž jejím prvkem je i ono „má býti"[13], kteréžto je derivátem poznávajícím subjektem předpokládané nejvyšší normy.

---

[9] A to v té podobě, v jaké je stručně a výstižně vyjádřena v jeho slovníkovém hesle „Retroaktivita zákonů" ve Slovníku veřejného práva československého (Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799-803.).

[10] K tomu viz např. Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 26-27; Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799.

[11] Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, s. 14, pozn. pod čarou 9.

[12] Viz např. Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799.

[13] Viz Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, s. 14.

Pojem platnosti („má býti“, závaznosti, normy jako takové, normativity, mětí, SOLLEN) je podle brněnské právní školy dán mimo čas a prostor[14]. V čase a prostoru se neuskutečňuje, ani neexistuje platnost ani platné právní normy, nýbrž skutečnosti odpovídající abstraktním skutkovým podstatám právních norem, tedy konkrétní podmiňující skutkové podstaty (formální prameny práva, řízení a právní skutečnosti) a konkrétní podmíněné skutkové podstaty (výkon práv a povinností).

Zatímco účinek musí vždy nastat v čase po své příčině (Je-li A, bude B), plnění (splnění povinnosti) po příslušné právní skutečnosti (např. odstoupení od smlouvy) nastat nemusí (nesplnění, porušení povinnosti); navíc abstraktní podmíněná skutková podstata může určovat, že splnění povinnosti má (mělo) nastat v minulosti.

Mezi prvky „A“ a „B“ není nejen vztah příčinnosti, ale ani vztah časové následnosti[15]; prvek „B“ není nijak časově určen prvkem „A“. Podle normativistů proto nelze říci, že právní norma per definitionem platí, natožpak působí do budoucnosti; není tedy nijak vyloučeno posuzovat normami platnými v současnosti minulé skutečnosti[16].

Normativisti tedy míní, že každá právní norma platí retroaktivně, pokud z její abstraktní podmíněné skutkové podstaty nebo z jiného ustanovení právního řádu neplyne jinak.[17]

3.2 ZTOTOŽNĚNÍ PLATNOSTI A ÚČINNOSTI PRÁVNÍ NORMY

Prvorepublikový československý právní řád pracoval jak s pojmem platnosti zákonů[18], tak i s pojmem účinnosti zákonů[19], na základě čehož se v tehdejší

---

[14] „Norma, resp. platnost (ono má býti) je věčná, lépe řečeno bezčasová: nevzniká, nezaniká a nemění se. Konkretizuje se však v povinných úkonech, které jsou determinovány časem a prostorem.“ (Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, s. 94). K tomu viz Weyrovo hodnocení: „Přiznám se, že jsem zřídka četl hlubší a plodnější myšlenku než je tato a znovu vyslovuji politování, že Procházkův spis nevyšel před mou Teorií práva. [Weyr, F. K problému tz v. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání). Časopis pro právní a státní vědu, 1938, r. XXI, s. 98].

[15] Viz Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, zejm. s. 109-110.

[16] K tomu viz např. Neubauer, Z. Zpětná působnost zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 234.

[17] "Nová norma např. zákon za předpokladu, že sama si žádných časových mezí nestanoví a že ani jiné jí respektované ustanovení tak nečiní, platí zásadně bez obmezení a to jak do budoucnosti, tak do minulosti,…, zásadně jest každá nová norma retroaktivní. Zásadní zpětnou platnost vylučuje teprve obsahové ustanovení dávající nové normě časovou hranici co do minulosti." [Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 115]

převládající nauce rozeznávaly dvě významné skutečnosti při vzniku právního předpisu (právní normy); první se pojmenovávala jako platnost právní normy a vymezovala se jako „být součástí právního řádu“, druhá se pojmenovávala jako účinnost právní normy a vymezovala se jako „způsobilost zakládat práva a povinnosti“.

Adolf Procházka nepovažuje toto rozlišování platnosti a účinnosti zákonů za správné. Podle Procházky zákon (stejně jako jiná právní norma) vzniká (stává se platným), nastanou-li skutečnosti odpovídající jeho abstraktní (podmiňující) skutkové podstatě; Procházka mezi tyto skutečnosti řadí i tzv. legisvakanční lhůtu.

Procházka proto „účinnost“ coby obsahový pojem právního řádu ztotožňuje s platností coby normativistickým pojmem formálním[20] a pojem platnosti v tradičním převládajícím pojetí odmítá.

Podle Procházky totiž není myslitelné, aby se pokládal za platný ten zákon, který ještě není závazný (ještě podle něj nemohou osobám nastat práva a povinnosti) a ještě nemůže derogovat předchozí zákon upravující tutéž materii.

Neubauer oproti tomu namítá, že odepřením právní relevance zákonu před uplynutím jeho legisvakanční lhůty se brání v pochopení ustanovení tohoto zákona o jeho účinnosti (neplatný zákon stanoví podmínky své platnosti, tzv. petitio principii) a že znemožňuje derogaci zákona před jeho legisvakanční lhůtou, protože normativně neexistuje.

Neubauer se snaží zachránit konstrukci zákona platného, ale nezavazujícího tím, že legisvakanční lhůtu chápe jako podmínku vzniku konkrétních práv a povinností, nikoliv vzniku (platnosti) zákona jako takového.[21]

---

[18] Ust. § 49 odst. 1 zákona č. 121/1920 Sb., kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky.

[19] Viz zejm. ust. § 4 zákona č. 139/1919 Sb., jímž se upravuje vyhlašování zákonů a nařízení

[20] Ke klasifikaci pojmů na pojmy právní vědy (formální a systematické) a pojmy právního řádu blíže viz Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, s. 40-50; Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. Všehrd, 1931, r. XII, č. 8, s. 215-224, resp. Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. In Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, s. 185-194; Kubeš, V. Obecné pojmy nauky o nemožnosti plnění (K problematice právních pojmů systematických). In Sborník prací k poctě šedesátých narozenin Františka Weyra. Praha: Orbis, 1939, s. 160-161.

[21] K tomu viz Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 21.

Proti ztotožňování platnosti a účinnosti se staví i Krejčí[22]; argumentuje tím, že zákon je před uplynutím legisvakanční lhůty platný tak, jak jsou platné smlouvy a správní akty časem doložené[23] nebo že legisvakanční lhůta není součástí legislativního procesu, nýbrž věcí obsahu zákona.[24]

Procházka měl za to, že ve vztahu k zákonu končí minulost (jinými slovy řečeno zákon vzniká) až nabytím platnosti čili účinnosti ve smyslu československého právního řádu.[25]

Krejčí původně zastával stejný názor, ale později se přiklonil k tomu, že minulost je ve vztahu k právní normě ohraničena již její platností (vyhlášením).[26]

3.3 RETROAKTIVITA DEFINOVÁNA PRÁVNÍMI NÁSLEDKY V MINULOSTI

Umístění konkrétní podmiňující skutkové podstaty není pro vymezení retroaktivity určující, i když zpravidla při retroaktivní právní normě bude i ona v minulosti.

Procházka tuto skutečnost ve své práci Základy práva intertemporálního ještě neměl zcela vyjasněnu, i proto, že pod pojem skutkové podstaty podřazoval pouze skutečnosti podmiňující vznik normy, nikoliv i skutečnosti mající být.

Procházka sice v této práci na mnoha místech správně retroaktivní zákon vymezoval jako zákon, který své právní následky zakládá v minulosti[27], pokud ale používal pojem skutkové podstaty, dospěl k nesprávnému

---

[22] Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, s. 14-46.

[23] Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, s. 19.

[24] Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, s. 20.

[25] K tomu viz např. Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, 201 s.; Procházka, A. O intertemporálních předpisech v osnově nového občanského zákoníka. (Přednáška v Právnické jednotě v Praze dne 16. března 1933.). Právník, 1933, sešit VIII., s. 233-248.

[26] Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, s. 37.

[27] Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 24, 66 a 69.

vymezení přičítajícímu rozhodující význam minulé (podmiňující) skutkové podstatě[28].

Procházka, podle mého mínění z podnětu Jaromíra Sedláčka[29], revidoval své pojetí tak, že pod pojem skutkové podstaty podřadil nejen skutečnosti podmiňující vznik normy, ale i skutečnosti mající být, a že pro pojem retroaktivity stanovil jako rozhodující determinaci skutkové podstaty podmíněné.

Zpětně platnou (retroaktivní) je tedy dle Procházky ta právní norma, jejíž abstraktní podmíněná skutková podstata zasazuje konkrétní podmíněnou skutkovou podstatu (plnění, výkon práv a povinností) do minulosti[30].

3.4 RETROAKTIVITA NEVYMEZOVÁNA JAKO ZÁSAH DO PŘEDCHOZÍCH PRÁVNÍCH SKUTEČNOSTÍ ANI PRÁVNÍCH NÁSLEDKŮ

Definičním znakem normativistického pojmu retroaktivity není ani zásah do minulé právní skutečnosti s účinky ex tunc ani modifikace právních následků nastalých dle předchozího zákona s účinky ex tunc.

Jedna z těchto dvou situací při retroaktivním zákonu sice bude častá, ale retroaktivním je i ten zákon, který s účinky ex tunc předepisuje chování dosud nepředepsaná na základě skutečností dosud právně nekvalifikovaných.

Veškerý jiný vztah právní normy k minulosti, než zakládání právních následků do minulosti, nepovažovali normativisti za retroaktivitu (tradičně nazývanou jako pravá retroaktivita).

Pod tradiční pojem nepravá retroaktivita zahrnovali buď zásah do minulých skutečností (ve smyslu uzavřených právních skutečností) nebo zásah do nabytých práv (obojí tradičně nazýváno jako nepravá retroaktivita).[31]

---

[28] Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 67 a 69.

[29] Viz zejm. Sedláček, J. JUDr. Adolf Procházka: Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (Studie.). Sbírka spisů právnických a národohospodářských, Sv. XXXVI. Brno 1928, Barvič § Novotný. Str. XXVI + 201. Kč 30-. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 188-198]

[30] „Při retroaktivním zákonu je podmíněná skutková podstata (a zpravidla též podmiňující) časově zasazena do doby před vznikem zákona, takže zákon zavazuje již v minulosti ten či onen subjekt k určitému úkonu.“ Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799.

[31] Viz např. Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 800.

Zásahem zákona do minulých skutečností rozumí normativisti zakládání právních následků na minulých skutečnostech, a to jak ex tunc (v případě retroaktivní právní normy), tak i ex nunc (v případě neretroaktivní právní normy); zásahem zákona do nabytých práv změnu nebo zrušení práv vzniklých před tímto zákonem, a to jak ex tunc (v případě retroaktivní právní normy), tak i ex nunc (v případě neretroaktivní právní normy).[32]

4. POJETÍ RETROAKTIVITY V SOUČASNÉ ČESKÉ PRÁVNÍ VĚDĚ

Velký díl terminologie a pojmového aparátu současné kontinentální právní vědy pochází z tzv. tradiční nauky právní[33]. Nejinak tomu je i s konceptem retroaktivity, pokud se týče současné české, slovenské či německé právní vědy; oproti tomu recentní pojetí retroaktivity ve francouzské či polské právní vědě má jiné kořeny, především v osvícenství.[34]

Základ chápání retroaktivity v současné české, slovenské a německé právní vědě lze hledat v definici retroaktivity vypracované Friedrichem Carlem von Savigny (1779-1861)[35], zakladatelem německé historickoprávní školy, v jeho vrcholném díle Systém dnešního práva římského (System des heutigen römischen Rechts)[36].

Savigny v podstatě za retroaktivitu označoval jakékoliv zachycování minulé skutečnosti novým zákonem[37]. Na Savignyho v české právní vědě navazuje

---

[32] Viz zejm. Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 111-112.

[33] Tradiční naukou právní se rozumí souhrn pojmů nashromážděných staletým vývojem právních řádů a právní vědy v kontinentální Evropě, který vychází z recepce římského práva soukromého a římskoprávní teorie (Boguszak, J. a kol. Teorie státu a práva I. 1. vydání. Praha: Orbis, 1967, s. 275.).

[34] Viz např. Wojtczak, S. Lex retro non agit. Obsah zásady – teoretická analýza. Právny obzor, 2004, č. 5, s. 395.

[35] Viz Adolf Procházka: „Běžnému pojetí retroaktivity dala pečeť autorita Savignyho." [Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 68]

[36] Savigny, K. System des heutigen römischen Rechts. Svazek VIII., Berlin: Deit und Comp., 1849.

[37] „že zpětně působící zákon následky nastalých právních skutečností své moci (podrobuje), tudíž na tyto následky (působí),…, takové zpětné působení,…, lze si představit v následujících odstínech: A. V samotných následcích, které by od doby nového zákona v budoucnu nastaly. B. V těchto následcích, a současně i těch následcích, které spadají v mezidobí mezi právními skutečnostmi a novým zákonem." [Savigny, K. System des heutigen römischen Rechts. Svazek VIII., Berlin: Deit und Comp., 1849, s. 382; přeloženo dle citace v: Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 68.]

Emanuel Tilsch a na jeho širokém výměru retroaktivity buduje dualismus pravé a nepravé retroaktivity:

„Pravé zpětné působení nového zákona jest tu jen tehdy, když působí i pro dobu minulou,…, Nepravé zpětné působení, …, tu jest, když nový zákon nařizuje, že ho má být užito i na staré právní poměry již založené, ale teprve od doby, kdy počíná působnost nového zákona anebo od doby ještě pozdější.“[38]

Soudím, že současný český diskurs o pojmu retroaktivity je do jisté míry ovlivněn i pojmoslovím socialistické právní vědy: Mám tu na mysli zejména materialistickou dialektickou logikou ovlivněné pojmy právní normy (znak regulativnosti) a právních vztahů (neproniknutelnou mlhou zahalené propojení normativity a reality a činění tohoto pojmu základním kamenem pojmové výstavby právní nauky).

Jak se pokusím dále ukázat, u některých současných českých autorů i v judikatuře Ústavního soudu se projevuje pojetí normativistické, reprezentované především Adolfem Procházkou.

4.1 PŮSOBNOST DO BUDOUCNOSTI JAKO DEFINIČNÍ ZNAK PRÁVNÍ NORMY

Velká část současné české právní vědy setrvává na struktuře právní normy tvořené hypotézou (H), dispozicí (D) a sankcí (S) o následujícím uspořádání těchto skladebných prvků: Jestliže H, pak D, jinak S.

Toto pojetí struktury právní normy je sice stejně jako pojetí normativistické trojčlenné, ale jinak se významně liší; do současnosti přetrvalo z tradiční nauky právní,[39] i když je logicky vadné - znak D zastupuje jak dispozici (normativitu), tak i její porušení (fakticitu).[40]

I v současné české právní vědě se ale lze setkat s autory, kteří činí rozdíl mezi normativitou a fakticitou ve vztahu ke skladbě právní normy tím, že odmítají tradiční učení o trojčlennosti právní normy[41] a že rozlišují mezi

[38] Tilsch, E. Občanské právo. Obecná část. Praha: Všehrd, 1925, s. 75-78.

[39] Boguszak, J. a kol. Teorie státu a práva I. Praha: Orbis, 1967, s. 276.

[40] Viz Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003, s. 48 či Knapp, V. Teorie práva. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 155.

[41] K tomu viz zejména Holländerův výklad dvoučlánkové struktury právní normy sestávající ze skutkové podstaty a právního následku (Holländer, P. Filosofie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2006, s. 116-123).

materiální povahou normativního právního aktu (právního předpisu) a imateriální povahou právní normy.[42]

Část současné české právní vědy pokládá retroaktivitu právních norem za nemožnou (v duchu rčení „co se stalo, nemůže se odestát“) a za právní fikci[43].

Tyto závěry podle mého názoru pramení dílem ze samotné terminologie, dílem ze samotného pojetí právní normy. Je-li retroaktivita právních norem označována též jako „zpětná účinnost právních norem“, „zpětné účinky právních norem“, „zpětná působnost právních norem“ či „zpětné působení právních norem“, samotné chápání retroaktivity jako něčeho nemožného se nabízí: Nic, tedy ani právní norma, nemůže způsobit svůj následek do minulosti.

Soudím, že pro zmíněné závěry je ale rozhodující samotná definice pojmu právní normy; právní normě přičítá za materiální znak vedle právní závaznosti, obecnosti a vynutitelnosti i regulativnost. Regulativnost (čili normativnost[44] či normativní nexus[45]) má dvojí aspekt - logický a sociologický[46].

Logickému aspektu odpovídá označení normativnost (normativní nexus), sociologickému regulativnost. Logický aspekt regulativnosti znamená, že právní norma něco stanoví, že je větou preskriptivní, nikoliv deskriptivní[47]. Sociologický aspekt regulativnosti právní normy spočívá v tom, že právní norma je vydávána za tím účelem, aby ve společnosti něco regulovala (rozuměj: ovlivňovala). Předmět právní normy, tedy nějaké lidské chování

---

[42] „Formou existence práva, jeho ‘bytím‘ jsou právní normativní akty, které se nejčastěji vyskytují v podobě právních předpisů.“ (Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, zejm. s. 209), „Právní normativní akty představují existenci právních norem…“ (Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde, 2007, zejm. s. 79) či „Právní předpis lze nejobecněji definovat jako hmotný nositel nehmotné právní normy, tj. hmotné medium, jímž je právní norma komunikována svým adresátům.“ (Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, s. 20)

[43] Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210.

[44] Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 148, pozn. 194; Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, s. 32.

[45] Kubů, L., Osina, P. Grygar, J. Teorie práva I. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2005, s. 37.

[46] Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, s. 32.

[47] Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, s. 32.

(společenské vztahy), které právní normy předpisují jako povinné, musí být regulovatelný (ovlivnitelný).[48]

Sociologický aspekt regulativnosti[49] je podle mého soudu nejen výrazem sociologického přístupu k právu, nýbrž i dialektické logiky v právních pojmech (směšování normativity a reality v duchu jednoty protikladů).

Přičítání regulativnosti ve smyslu sociologickém právní normě vede k tomu, že i když právní norma splňuje všechny ostatní formální a materiální právní znaky (včetně logického aspektu regulativnosti) kladené na normu jako takovou, ale stanoví něco, co je ve společnosti či v přírodě neuskutečnitelné, nejedná se o právní normu, jedná se pouze právní normu zdánlivou.

A právě u retroaktivní normy je shledáván nedostatek znaku regulativnosti ve smyslu sociologickém, a proto je retroaktivní norma považována za právní normu zdánlivou, za právní normu postrádající základní vlastnosti právní normy;[50] jinak řečeno, za definiční znak právní normy se má její působení do budoucnosti[51].

4.2 PRAVÁ RETROAKTIVITA ČASOVĚ VYMEZENA ÚČINNOSTÍ PRÁVNÍ NORMY

Většina současných českých autorů zabývajících se retroaktivitou právní normy představuje dualismus pravé a nepravé retroaktivity a definuje tyto dva pojmy, aniž by předtím vymezila samotný pojem retroaktivity společný pro retroaktivitu pravou a nepravou.

Je tomu tak zřejmě proto, že zastávají názor tkvící v tom, že nepravá retroaktivita není retroaktivitou.[52]

---

[48] Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 148.

[49] Sociologický aspekt regulativnosti není obecně přijímán. Viz Holländer, P. Nástin filosofie práva. Úvahy strukturální. Praha: Všehrd, 2000, s. 24-25.

[50] K uvedenému viz zejm. Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, s. 32 a Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210.

[51] Viz např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 210 („Skutečnost, že právní norma působí dopředu, vyplývá z toho, že právní norma působí na lidskou vůli a stanoví, co má být. Dá-li se to dohromady, znamená to, že právní norma stanoví, co má být a co je dosažitelné lidským volím chováním, tedy to, co člověk má v moci svou vůlí způsobit, aby bylo. Není tedy v silách právní normy stanovit, tj. přikázat nebo zakázat, že něco být mělo. Člověk svou vůlí nemůže ovlivnit minulost. Říká se právem, že co se stalo, se nemůže odestát, a žádný zákon na tom nemůže nic změnit,…, Retroaktivní právní norma tedy nemá základní vlastnosti právní normy, nýbrž je právní fikcí, že něco v minulosti bylo po právu, co po právu nebylo, resp. že něco bylo po právu, co po právu nebylo.“).

[52] Viz např. Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H. Beck, 1995, s. 208; Gerloch, A. Teorie práva. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, zejm. s. 89; Hanuš, L. Právní

Všechny současné české definice retroaktivity právních norem jsou jednotné v tom, že retroaktivitou míní působení právní normy v minulosti; rozcházejí se ale v tom, co lze považovat za minulost a především v tom, v čem spočívá ono působení.

Za minulost ve vztahu k právní normě se pokládá časový úsek, který nastal buď před tím, než právní norma nabyla platnosti, nebo předtím, než nabyla účinnosti. V současné české právní vědě převládá názor, že rozhodující skutečností je nabytí účinnosti (ve významu připsaném tomuto výrazu českými zákony[53]), nikoliv nabytí platnosti.

4.3 RŮZNÉ KONCEPCE PŮSOBENÍ PRÁVNÍ NORMY V MINULOSTI

Pokud se týče podstaty působení právní normy do minulosti, recentní české koncepce retroaktivity právní normy lze rozdělit do dvou skupin: na koncepce spočívající v zásahu do právních skutečností nebo právních následků na straně jedné a koncepce nespočívající v zásahu do právních skutečností ani právních následků[54].

Podle koncepcí spočívajících v zásahu do právních skutečností nebo právních následků [55] je právní norma retroaktivní, jestliže se podle ní posuzují, upravují či řídí před její účinností nastalé právní skutečnosti či právní vztahy (právní poměry)[56] nebo se jí mění před její účinností nastalé právní následky[57] či právní situace.[58]

---

argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 68.

[53] Viz zejm. ust. §3 odst. 3 zákona č. 309/1999 Sb., o Sbírce zákonů a o Sbírce mezinárodních smluv: „Pokud není stanovena účinnost pozdější, nabývají právní předpisy účinnosti patnáctým dnem po vyhlášení. Vyžaduje-li to naléhavý obecný zájem, lze výjimečně stanovit dřívější počátek účinnosti, nejdříve však dnem vyhlášení."

[54] Toto třídění vychází z třídění vyjádřeného v díle Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 35-52.

[55] Mezi jejich stoupence patří většina českých právních vědců; tyto koncepce jsou zaujaty ve všech českých učebnicích teorie práva.

[56] A to nejen obsah právního vztahu, nýbrž i jeho vznik.

[57] Právní následek může tkvět ve vzniku, změně nebo zániku právních vztahů, ve vzniku, změně nebo zániku subjektivních práv a povinností, ve vzniku, změně nebo zániku právního nároku, ale i v jiných právních následcích (čili ve vzniku, změně nebo zániku právně relevantního vztahu). K tomu viz Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 190-191.

[58] Právní situací je třeba rozumět „situaci, v níž se ocitají subjekty, které jsou osloveny danou právní úpravou, tedy o situaci, v níž jim z této úpravy plynou určité povinnosti nebo

Menší skupina českých autorů zastává koncepce nespočívající v zásahu do právních skutečností ani právních následků. Tuto skupinu je podle mého názoru dále možno členit na autory inspirované dílem Adolfa Procházky z brněnské právní školy a na ostatní autory.

Dílem Adolfa Procházky jsou podle mého soudu inspirováni především Pavel Holländer, Josef Fiala a Libor Hanuš.

Pramenem inspirace je pro tyto autory zejména Procházkova monografie Základy práva intertemporálního; Procházkovy Základy práva intertemporálního jsou pro Josefa Fialu „významné práce“[59], Libor Hanuš je hodnotí jako „dosud v daném oboru zkoumání nepřekonanou a precizní práci“[60] a „v našich zeměpisných šířkách domnívám se dosud nepřekonanou monografii“[61], Pavel Holländer přijímá v tomto díle vymezené intertemporální principy (a domnívám se, že tedy i normativistickou definici retroaktivity) a spojení intertemporality s principem ochrany oprávněné důvěry v právo[62].

---

určitá oprávnění.“ (Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, s. 1136.). Koncepce retroaktivity postavená na pojmu právní situace je výjimečná v české právní teorii, nikoliv však v kontinentální právní vědě vůbec; tato koncepce je velice rozšířena ve francouzské právní vědě zásluhou tzv. teorie okamžitého účinku nového zákona (théorie de „l’effet immediat de la loi nouvelle“) vytvořené P. Roubierem. K tomu viz např. Bergel, J.L. Théorie générale du droit. 4. Vydání. Paříž: Dalloz, 2003, s. 131; Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 37 a násl.; Wojtczak, S. Lex retro non agit. Obsah zásady – teoretická analýza. Právny obzor, 2004, č. 5, s. 395.

[59] Fiala, J. Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 1999, č. 3, s. 250.

[60] Hanuš, L. Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR). Právník, 2003, č. 6, s. 571, pozn. pod čarou 19.

[61] Hanuš, L. Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, zejm. s. 69, pozn. pod čarou 221.

[62] Viz Holländer, P. Filosofie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2006, zejm. s. 91-92: „Strukturu parametrů, jež nutno při řešení intertemporality zvažovat, přesně nastiňuje, A. Procházka. Vycházeje ze spojení intertemporality s principem ochrany oprávněné důvěry v právo konstatuje, že 'princip neretroaktivity zabraňuje nejhrubšímu porušení této důvěry, a to tím, že vylučuje, aby nový zákon pro minulost stanovil právní povinnost poddaných subjektů, resp. aby již v minulosti platící subjektivní povinnosti a práva ex tunc modifikoval. Nemůže však nikterak zameziti, aby existující práva v budoucnosti byla modifikována, ani aby minulé skutečnosti staly se podle nového zákona relevantní pro založení budoucího právního účinku. Princip ochrany nabytých práv jde dále. Především stejně jako zákaz retroaktivity nepřipouští změnu minulého právního účinku (totiž subj. práva) ex tunc. Z toho plyne, že neretroaktivitu do sebe pojímá, ale, jak shora uvedeno, ji nevyčerpává (viz případy, kdy nový zákon zakládá v minulosti právní účinky a přece nedotýká se tím práv nabytých). Dále však uchovává i pro budoucnost jednou založené subjektivní právo, takže garantuje oprávněnému plnou nedotknutelnost dosavadního právního stavu. Nejdále jde princip ochrany minulých právních skutečností. Kdybychom jej

Navíc Josef Fiala i Libor Hanuš podávají takovou definici retroaktivity, která je plně v souladu s Procházkovou definicí vyjádřenou v jeho Základech práva intertemporálního (relevance podmiňující skutkové podstaty, irelevance předchozí právní úpravy).

Josefa Fiala retroaktivitu vymezuje takto:

„U retroaktivity a jejího zákazu spočívají předpoklady analýzy v posouzení účinků nového zákona. Ten buď působí nazpět, tj. pro dobu minulou, a to tak, že zakládá právní následky na minulých konkrétních skutkových podstatách, nebo tyto účinky nemá. Tímto způsobem jsou dány časové meze nového zákona vůči minulosti. Přitom stranou pozornosti zůstává předchozí (starší) zákon a jeho obsah. Retroaktivita nijak pojmově se ‚starým' právem nepočítá, ohraničuje abstraktní skutkovou podstatu nového práva vůči minulosti bez ohledu na to, zda in praeterito platilo odchylné právo jiné či zda v minulosti absentovala jakákoli úprava nově regulovaných společenských vztahů.“[63]

Libor Hanuš retroaktivitu vymezuje následovně:

"Retroaktivitou (zpětným působením) v této souvislosti vyjadřujeme schopnost právního předpisu zakládat v minulosti ex tunc své právní následky na základě právních skutečností v minulosti nastavších, které jsou ovšem uvedeným způsobem kvalifikovány ex post, přičemž tyto právní následky se pokládají za normativně existentní již v době před vznikem nového zákona…"[64]

Mezi ostatní autory zastávající koncepce nespočívající v zásahu do právních skutečností ani právních následků počítám především Viléma Steinera a Davida Petrlíka.

Vilém Steiner buduje své vymezení retroaktivity na základě logiky normativních vět (deontické logiky) s přihlédnutím k časovému aspektu (zásada lex posterior derogat priori, rozhraničující okamžik účinnosti právní normy):

---

rozšířili na ochranu všech minulých právních skutečností, pak by pojal do sebe oba předchozí principy. … Můžeme tudíž říci, že princip ochrany minulých právních skutečností jest nejširší princip intertemporální a že zahrnuje do sebe jak zákaz zpětného působení zákonů, tak zákaz zásahu do práv nabytých'." [pozn. aut. prof. Holländer citoval z: Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, s. 111-112.]

[63] Fiala, J. Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 1999, č. 3, s. 252.

[64] Hanuš, L. Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, s. 66-67.

„Otázka zpětné působnosti právní normy může přitom vzniknout jedině na základě časového určení rozhodných skutkových, tj. subsumpčních podmínek ve vztahu k okamžiku její účinnosti. Právní normu bude totiž nutné pokládat za retroaktivní tehdy, jestliže stanoví právní následky pro takové skutkové podmínky, k jejich dovršení došlo ještě před datem její účinnosti. Naproti tomu časové určení pro volbu uskutečnění dispozice není pro pojem retroaktivity již rozhodné. Z uvedeného zároveň plyne, že u retroaktivity nejde o zásadu jen logickou.“[65]

David Petrlík své pojetí retroaktivity staví na francouzské doktrinální koncepci L. Bacha a za základní definiční znak retroaktivity vytyčuje lidské chování:

„…nejpřesnější konstatovat zpětnou účinnost zákona tehdy, jestliže jeho aplikace vede k tomu, že je za nedovolené prohlášeno chování uskutečněné před jeho vyhlášením, popř. nabytím účinnosti, ačkoliv toto chování bylo dovolené podle dřívějšího zákona a naopak…“[66]

Určitým kompromisem mezi oběma zmíněnými koncepcemi retroaktivity právních norem je pojetí připouštějící retroaktivitu jak v podobě zachycování skutečností již právními normami „zpracovaných“, tak i v podobě nezahrnující tento definiční znak. Jedná se o pojetí v současnosti představované Kateřinou Šimáčkovou, převzaté od Luboše Tichého:

„Pravá retroaktivita pak ‚zahrnuje v podstatě dvě odlišné situace‘, a to za prvé ‚stav, že nová právní úprava dávala vznik (novým právním) vztahům před její účinností za podmínek, které teprve dodatečně stanovila‘, a za druhé ‚novela může měnit právní vztahy vzniklé podle staré úpravy, a to ještě před účinností nového zákona‘[67].“[68]

5. POJETÍ RETROAKTIVITY V JUDIKATUŘE ÚSTAVNÍHO SOUDU

Ústavní soud si během své více než 15-ti leté existence vybudoval vlastní pojetí retroaktivity a její přípustnosti. Základ tohoto pojetí položil v nálezu ze dne 04.02.1997, sp.zn. Pl.ÚS 21/96 (63/1997 Sb., Státní podniky a nájemní smlouvy k majetku, k nimž mají právo hospodaření).

---

[65] Steiner, V. K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, č. 1, s. 2-3.

[66] Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, s. 50.

[67] Tichý, L. K časové působnosti novely občanského zákoníku. Právník, 1984, č. 12, s. 1104.

[68] Šimáčková, K. Retroaktivita z pohledu ústavního práva. In Dny veřejného práva, sborník z mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 152.

Co se týče vymezení samotného pojmu retroaktivity, tak Ústavní soud se hned v úvodu pasáže týkající se rozboru retroaktivity přihlašuje k rozdílu mezi pravou a nepravou retroaktivitou, protože je „obecně akceptováno vymezení této distinkce právní doktrínou“ a odkazuje na zmíněné Tilschovo vymezení pravé a nepravé retroaktivity.

Posléze Ústavní soud cituje zmíněné Tichého explikaci dvojího druhu pravé retroaktivity a dále k hlubšímu odlišení těchto dvou druhů pravé retroaktivity používá slov, která plně korespondují s normativní teorií.[69]

Nepravou retroaktivitu vykládá Ústavní soud pomocí dlouhého citátu z Procházkova slovníkového hesla „Retroaktivita zákonů“ buď jako zásah do minulých skutečností nebo do nabytých práv.[70]

Ústavní soud formuluje pravidlo (zásadu) nepravé retroaktivity pro střet nové a staré právní normy, zásadu obecné nepřípustnosti pravé retroaktivity a zásadu obecné přípustnosti nepravé retroaktivity.

Na to se Ústavní soud ujímá úkolu vymezit případy výjimek z nepřípustnosti pravé retroaktivity, k čemuž si bere na pomoc Procházkův výměr, že pravou retroaktivitu „lze ospravedlniti nanejvýše tam, kde právní povinnost pro minulost stanovená již dříve alespoň jako mravní povinnost byla pociťována“[71], zahajovací řeč opírající se o cit spravedlnosti v norimberském procesu hlavního žalobce za Velkou Britanii Hartleye Shawcrosse a Tichého poukaz na veřejný pořádek při retroaktivitě zákona vůči občanskoprávním poměrům.

Za kriterium přípustnosti výjimek z principu zákazu pravé retroaktivity určuje Ústavní soud Procházkou vytyčenou[72] zásadu „ochrany oprávněné důvěry ve stálost právního řádu“.

---

[69] „Pro pravou retroaktivitu tudíž platí, že lex posterior ruší (neuznává) právní účinky v době účinnosti legis prioris, popřípadě vyvolává nebo spojuje práva a povinnosti subjektů s takovými skutečnostmi, jež v době účinnosti legis prioris neměly povahu právních skutečností.“

[70] V případě retroaktivity nepravé: ‘nový zákon sice nezakládá právních následků pro minulost, avšak buď povyšuje minulé skutečnosti za podmínku budoucího právního následku (prostá výlučnost) nebo modifikuje pro budoucnost právní následky podle dřívějších zákonů založené …Nepravé zpětné působení zákona pouze znamená, že nový zákon zachycuje (právně kvalifikuje) minulé skutečnosti nebo že se dotýká (modifikuje, ruší) existujících právních následků, t.j. na skutkové podstaty je založiví váže pro budoucnost jiná práva a jiné povinnosti než zákonodárství dosavadní. Jde zde tudíž o zásah nového zákona jednak do předchozích skutečností, jednak do t.zv. práv nabytých.‘ (A. Procházka, Retroaktivita zákonů. In: Slovník veřejného práva. Sv. III, Brno 1934, s. 800.)

[71] A. Procházka, Retroaktivita zákonů. In: Slovník veřejného práva. Sv. III, Brno 1934, s. 800.

[72] A. Procházka, Základy práva intertemporálního, Brno 1928, s. 111.

Ústavní soud k tomu vyslovuje názor, že o oprávněné důvěře „nelze uvažovat za předpokladu, když právní subjekt s retroaktivní regulací musí, resp. musel počítat“ a jako příklad cituje Adolfa Procházku: „V našem právním řádě můžeme ospravedlniti odkazem na předchozí vládnoucí mravní přesvědčení na př. zpětnou platnost lichevních zákonů (viz § 13 zák. č. 47/1881 ř. z., § 10 cís. nař. č. 275/1914 ř. z., § 105 III. dílčí nov. k obč. zák.).“[73]

Ústavní soud se dále ve svém nálezu hlásí ke svému federálnímu předchůdci – Ústavnímu soudu ČSFR v tom, že retroaktivita musí být vždy v Ústavě nebo v zákoně výslovně vyjádřena a že musí být zabezpečena ochrana nabytých práv.

Zrušení staré a přijetí nové právní regulace je dle názoru Ústavního soudu nutně spjato se zásahem do principů rovnosti a ochrany důvěry občana v právo; je-li legislativní změna odůvodněna ochranou jiného veřejného zájmu či základního práva a svobody, metodou proporcionality by se mělo dojít k závěru o druhu legislativního řešení časového střetu právních úprav.

6. ZÁVĚR

Současné převládající české pojetí retroaktivity je významně odlišné od pojetí normativistického; u některých současných českých autorů, jakož i u Ústavního soudu, ale podle mého názoru lze vypozorovat nejen znalost normativistického pojetí retroaktivity, nýbrž i přijetí některých jejích prvků.

Současná česká právní věda na rozdíl od brněnské právní školy ničeho nenamítá proti výrazu „zpětná působnost“ či „zpětná účinnost“, proti dualismu pravé a nepravé retroaktivity ani legislativnímu výrazu „účinnost“ právních předpisů.

Současné české právní vědě je cizí normativistický názor, že právní norma je v čase a prostoru platnou neomezeně, nestanoví-li právní řád jinak; v současné české právní jsou naopak reprezentovány názory opačné, nahlížející na retroaktivní právní normu jako na právní fikci či jako právní normu zdánlivou. Pro brněnskou právní školu je proto retroaktivita právních norem logicky přípustná, pro významnou část současné české právní vědy logicky nepřípustná.[74]

---

[73] A. Procházka, Retroaktivita zákonů. In: Slovník veřejného práva. Sv. III, Brno 1934, s. 800.

[74] Dichotomii v náhledu na „časovost“ právní normy bystře vystihl Zdeněk Neubauer: „Neboť jestliže se snažíme proniknouti až k nejzákladnějším myšlenkovým prvkům sporu o retroaktivitu, shledáváme, že základem je tu otázka: Je právní norma rozkazem, imperativem, zamýšleným motivem lidského jednání, či je pouhým hodnotícím soudem? Oficielním názorem normativní teorie (pokud si věc vůbec uvědomuje) jest názor druhý: norma jest pouhým soudem hodnotícím,…, Hodnotící soud nemá naprosto žádného časového omezení, asi tak jako matematická rovnice,…, Vidíme tedy, že při důsledném

Velká část současných českých autorů si není od pojmu retroaktivity schopna odmyslet vztah zpětně platné normy k dříve platné právní normě upravující stejnou materii.

Jsem toho názoru, že nález Ústavního soudu ze dne 04.02.1997, sp.zn. Pl.ÚS 21/96, jakož i celá judikatura Ústavního soudu na něj navazující, jsou důkazem toho, že definice retroaktivity podaná brněnskou právní školou dobře obstojí i v současnosti.

Literature:

- Bergel, J.L. Théorie générale du droit. 4. vydání. Paříž: Dalloz, 2003, 374 s., ISBN 2 247 05185 5.
- Boguszak, J. a kol. Teorie státu a práva I. Praha: Orbis, 1967, 475 s.
- Boguszak, J., Čapek, J. Teorie práva. Praha: Codex Bohemia, 1997, 257 s., ISBN 80-85963-38-8.
- Dostálová, J. (ed.). K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra (Sborník příspěvků z mezinárodní konference). Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1992, 158 s., ISBN 80-210-0494-0.
- Fiala, J. Iura quaesita a jejich uplatnění v judikatuře Ústavního soudu. Právník, 1999, č. 3, s. 250-260.
- Gerloch, A. Teorie práva. 2. rozšířené vydání. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2001, 299 s., ISBN 80-86473-04-X.
- Hanuš, L. Důvěra v právo z pohledu nepřípustnosti retroaktivní interpretace právních předpisů. Právní rozhledy, 2005, č. 14, s. 519-523.
- Hanuš, L. Několik glos k ochraně nabytých práv (s přihlédnutím k judikatuře Ústavního soudu ČR). Právník, 2003, č. 6, s. 564-594.
- Hanuš, L. Právní argumentace nebo svévole. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praha: C.H. Beck, 2008, 221 s., ISBN 978-80-7400-035-5.

---

chápání normy ať jako hodnotícího soudu ať jako imperativu není nějaký problém retroaktivity vůbec viditelný, v prvém případě proto, že zpětná účinnost je samozřejmě přípustná, v druhém proto, že je samozřejmě nepřípustná.“ (Neubauer, Z. Zpětná působnost zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 233, 236).

- Harvánek, J. a kol. Teorie práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2008, 501 s., ISBN 978-80-7380-104-5.
- Holländer, P. Filosofie práva. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2006, 303 s., ISBN 80-86898-96-2.
- Holländer, P. Nástin filosofie práva. Úvahy strukturální. Praha: Všehrd, 2000, 125 s., ISBN 80-85305-43-7.
- Chytil, V. Pojmy ve vědě právní. Všehrd, 1931, r. XII, č. 8, s. 215-224.
- Knapp, V. Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, 247 s., ISBN 80-7179-028-1.
- Knapp, V. a kol. Tvorba práva a její současné problémy. Praha: Linde, 1998, 462 s., ISBN 80-7201-140-5.
- Knapp, V. Vědecká propedeutika pro právníky. 1. vydání. Praha: EUROLEX BOHEMIA, 2003, 233 s., ISBN 80-86432-54-8.
- Krecht, J. Retroaktivita právních aktů. Právník, 2003, č. 11, s. 1136-1145.
- Krejčí, J. O neústavnosti retroaktivních zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1934, r. XII, s. 392-407.
- Krejčí, J. Právní jevy v čase (právně-teoretická studie). Praha: Moderní stát, 1937, 300 s.
- Krejčí, J. Zpětná působnost zákonů z hlediska práva ústavního. Praha: Moderní stát, 1933, 157 s.
- Kubeš, V. Obecné pojmy nauky o nemožnosti plnění (K problematice právních pojmů systematických). In Sborník prací k poctě šedesátých narozenin Františka Weyra. Praha: Orbis, 1939, s. 157-167.
- Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde, 2007, 335 s., ISBN 978-80-7201-637-2.
- Neubauer, Z. Státověda a theorie politiky. Praha: Jan Laichter, 1947, 487 s.
- Neubauer, Z. Zpětná působnost zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1935, r. XVIII, s. 232-239.

- Petrlík, D. Retroaktivita právních předpisů v komunitárním právu s přihlédnutím k právu českému, německému a francouzskému. Praha: Linde, 2005, 131 s., ISBN 80-7201-558-3.
- Procházka, A. O intertemporálních předpisech v osnově nového občanského zákoníka. (Přednáška v Právnické jednotě v Praze dne 16. března 1933.). Právník, 1933, sešit VIII., s. 233-248.
- Procházka, A. Problém ústavnosti retroaktivních zákonů. Časopis pro právní a státní vědu, 1934, r. XII, s. 291-313.
- Procházka, A. Retroaktivita zákonů. In Slovník veřejného práva československého. Sv. III. Brno: R. M. Rohrer, 1934, s. 799-803.
- Procházka, A. Tvorba práva a jeho nalézání. Brno-Praha: Orbis, 1937, 154 s.
- Procházka, A. Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (studie.). Brno: Nakladatelství Barvič § Novotný, 1928, 201 s.
- Rouček, F., Sedláček, J. Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. I. díl. Reprint původního vydání. Praha: CODEX Bohemia, 1998, 1192 s., ISBN 80-85963-61-2.
- Savigny, K. System des heutigen römischen Rechts. Svazek VIII., Berlin: Deit und Comp., 1849.
- Sedláček, J. JUDr. Adolf Procházka: Základy práva intertemporálního se zvláštním zřetelem k § 5 obč. zák. (Studie.). Sbírka spisů právnických a národohospodářských, Sv. XXXVI. Brno 1928, Barvič § Novotný. Str. XXVI + 201. Kč 30-. Časopis pro právní a státní vědu, 1929, r. XII, s. 188-198.
- Sedláček, J. Občanské právo československé. Všeobecné nauky. Brno: Nákladem československého akademického spolku „Právník“ v Brně, 1931, 288 s.
- Steiner, V. K problematice nepřípustnosti retroaktivity právních norem. Právník, 1994, č. 1, s. 1-6.

- Šimáčková, K. Retroaktivita z pohledu ústavního práva. In Dny veřejného práva, sborník z mezinárodní konference. Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 151-167.
- Tichý, L. K časové působnosti novely občanského zákoníku. Právník, 1984, č. 12, s. 1101-1116.
- Tilsch, E. Občanské právo. Obecná část. Praha: Všehrd, 1925, 205 s.
- Vojíř, P. Právní pojem retroaktivity. In Sborník z konference Dny práva – 2008 – Days of law. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 164, ISBN 978-80-210-4733-4 (plné znění příspěvku zveřejněno na s. 1342-1376 elektronické verze sborníku na http://www.law.muni.cz/edicni/dp08/index.html).
- Vojíř, P. Právní skutečnosti a právní vztahy z pohledu současné právní vědy a z pohledu normativní teorie. Rigorózní práce. Brno, 2006, 199 s.
- Weinberger, O. Norma a instituce. (Úvod do teorie práva). Přeložil Pavel Hungr. Brno: Masarykova univerzita, 1995, 217 s., ISBN 80-210-1123-8.
- Weinberger, O., Kubeš, V. (editoři), Kosek, J. (uspořadatel). Brněnská škola právní teorie (normativní teorie). Praha: Univerzita Karlova v Praze, Nakladatelství Karolinum, 2003, 440 s., ISBN 80-246-0689-5.
- Weyr, F. K problému tz v. automatické normotvorby (Poznámky ke spisu Ad. Procházky: Tvorba práva a jeho nalézání). Časopis pro právní a státní vědu, 1938, r. XXI, s. 92-101.
- Weyr, F. Teorie práva. Brno-Praha: Orbis, 1936, 375 s.
- Wojtczak, S. Lex retro non agit. Obsah zásady – teoretická analýza. Právny obzor, 2004, č. 5, s. 394-401.

Contact – email
43629@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NOVÝ TRESTNÍ ZÁKONÍK ČR VE SVĚTLE TEORIE A PRAXE

NEW CZECH CRIMINAL CODE IN THE PERSPECTIVE OF THEORY AND PRACTICE

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TRESTNÉ ČINY PROTI LIDSKÉ DŮSTOJNOSTI V SEXUÁLNÍ OBLASTI

PETR AULICKÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá problematikou trestných činů proti lidské důstojnosti v sexuální oblasti. Po obecném úvodu se postupně zaměřuje na jednotlivé trestné činy, přičemž nejvíce prostoru věnuje znásilnění, jakožto trestnému činu z této oblasti nejzávažnějšímu. U každé skutkové podstaty je pak položen důraz i na historické, popřípadě geografické srovnání.

Key words in original language
Znásilnění; pohlavní zneužití; sexuální nátlak; násilné smilstvo; zprznění.

Abstract
The paper deals with issues of sexually motivated crimes against human dignity. After a general introduction, the paper gradually focuses on particular types of crimes. The main part of the article is devoted to the crime of rape as a weightiest crime in this area. Each crime is analyzed and compared from its historical and geographical backgrounds as well.

Key words
Rape; Child abuse; Lechery; Sexual coercion.

1. ÚVOD

Nový trestní zákoník, jenž nabývá účinnosti od 1. ledna roku 2010 s sebou přináší mnoho nových, pozměněných či alespoň nově systematizovaných ustanovení. Jedním z nejvýraznějších zásahů, kde prolínají všechny zmíněné postupy, bylo i vytvoření zcela nové hlavy třetí zvláštní části trestního zákoníku s názvem „Trestné činy proti lidské důstojnosti v sexuální oblasti“.

Jak již bylo naznačeno nejedná se samozřejmě o hlavu složenou ze samých zcela nově konstituovaných skutkových podstat, nýbrž ve velké většině spíše o soustředění již stávajících trestných činů s obdobným chráněným objektem do jedné hlavy. Za tento objekt pak možné považovat zejména svobodu rozhodování v pohlavních vztazích a nerušený mravní a tělesný vývoj dětí. Jako třetí chráněný objekt je pak důvodovou zprávou uváděna morální zásada nedovolující soulož mezi nejbližšími příbuznými - autor se však s tímto názorem zcela neztotožňuje, což bude však rozebráno dále. Kvůli rozsahu příspěvku a právě kvůli určité diferenciaci v rámci chráněného objektu bude tento příspěvek zaměřen pouze na první polovinu trestných činů, jež tato nová hlava obsahuje a trestné činy kuplířství, prostituce ohrožující mravní vývoj dětí šíření pornografie, výroba a jiné nakládání s dětskou pornografií a zneužití dítěte k výrobě pornografie bude

ponecháno do článku následujícího, který bude zpracován v co nejbližší době.

Svůj příspěvek jsem se rozhodl strukturovat tak, že po vymezení a rozboru aktuální (či lépe řečeno budoucí aktuální) úpravy toho kterého trestného činu se pokusím zaměřit taktéž na časovou a teritoriální komparatistiku a z toho pro mne vyplývající závěry.

2. ZNÁSILNĚNÍ

Nejprve je třeba říci, že v rámci této hlavy se jedná o devět skutkových podstat, kdy na první místo byl zařazen nejzávažnější z těchto trestných činů, a to trestný čin znásilnění. Jedná se samozřejmě o trestný čin, který není zaváděn nově, avšak určité nové prvky v sobě obsahuje. Za prvé se jedná o rozšíření okruhu jednání, jež bude pod tento trestný čin nově subsumovatelné, a to o donucení k pohlavnímu styku pohrůžkou tzv. „jiné těžké újmy“. Doposud bylo toto jednání kvalifikováno pouze jako trestný čin vydírání, kde byla ovšem trestní sazba výrazně nižší; pachateli bylo možno uložit trest odnětí svobody až na tři léta. Jelikož došlo k jakémusi přesunu tohoto jednání z trestného činu vydírání, bude třeba taktéž v souladu s tímto ustanovením vykládat pojem „jiná těžká újma“ za kterou tak bude možné označit např. jak hrozbu způsobení majetkové újmy, tak i újmy na cti či dobré pověsti, či za takovou újmu může být považováno i zahájení trestního stíhání, bez ohledu na to, zda se poškozený nějaké trestné činnosti dopustil či nikoliv. Druhou výraznou novinkou v rámci tohoto ustanovení je jeho poněkud netradiční systematika, kdy nejobvyklejší a dalo by se říci, že i „základní způsob“ spáchání tohoto trestného činu, totiž spáchání znásilnění souloží nebo jiným pohlavním stykem provedeným způsobem srovnatelným se souloží, se nachází až v odstavci druhém a dostává se tak do role kvalifikované skutkové podstaty, přičemž základní skutková podstata bude dopadat pouze na uskutečnění pohlavního styku jiným způsobem - tedy v souladu se současný judikatorním výkladem pojmu pohlavní styk např. i pouhým osahováním ženy na prsou, ohmatávání genitálií muže či ženy a podobně. Dále došlo ještě k různým, již dle autorova mínění, ne tak významným změnám, zejména v rozšíření podmínek užití kvalifikovaných skutkových podstat, jako je spáchání tohoto trestného činu se zbraní, či na osobě ve výkonu vazby, trestu odnětí svobody, ochranného léčení, zabezpečovací detence, ochranné nebo ústavní výchovy anebo v jiném místě, kde je omezována osobní svoboda. Poslední změnou je pak mírné navýšení trestních sazeb v jednotlivých odstavcích, a vytvoření jedné úplně nové pro základní skutkovou podstatu. De facto se tak trestní sazba „roztáhla“ od šesti měsíců až na osmnáct let odnětí svobody. Zde je třeba se zastavit u zajímavého detailu, a totiž u horní hranice nejvyšší trestní sazby stanovené pro případ, kdy je v rámci tohoto trestného činu způsobena smrt poškozeného, zde poněkud v rozporu s celkovým trendem zvyšování trestních sazeb u závažných násilných trestných činů v rámci nového trestního zákoníku dochází sice ke zvýšení horní hranice z patnácti na

osmnáct let[1], avšak zároveň došlo k vypuštění možnosti uložit výjimečný trest[2] - ve své podstatě tak došlo ke snížení horní hranice z 25 let na 18.

Dle autora se tak dá shrnout, že největším rozdílem v rámci nové právní úpravy bude zejména velice výrazné rozšíření skutků, jež bude nově možné označit za znásilnění. Teprve po nahlédnutí do historické úpravy tohoto trestného činu, je však dle mínění autora si možné uvědomit si jak výrazné toto rozšíření vlastně je a pochopit také nutnost výrazné diferenciace trestů pro jednotlivé způsoby spáchání. Pokud se budeme pohybovat po časové ose pozpátku, zjistíme, že první změnu nalézáme ve znění trestního zákona účinného do dne 30. 4. 2001. Do té doby bylo znásilnění vymezeno pouze jako donucení ženy k souloži násilím nebo pohrůžkou bezprostředního násilí, popřípadě zneužití její bezbrannosti k takovému činu. Z toho je patrné, že zde došlo ke změně hned ve dvou ohledech[3]. Zaprvé od té doby došlo k rozšíření okruhu možných poškozených subjektů, a to ze ženy na kteréhokoliv člověka. Tedy na muže, ženu, ale i případné hermafrodity[4]. Zde je třeba poznamenat, že ačkoliv je statistický význam této změny spíše menší, není možné na druhé straně tuto problematiku podceňovat a přehlížet, jelikož například v roce 2007 u nás znásilnění nahlásilo 579 žen, ale i 56 mužů. Počet znásilněných mužů tak tvoří téměř 10% všech případů nahlášených případů znásilnění. Navíc je v těchto případech možné očekávat velice vysokou míru latentní kriminality. Z psychologických důvodů nejspíše ještě větších rozměrů než v případech, kdy je obětí žena, přičemž již tato latentnost je některými nevládními organizacemi uváděna až v míře 96 - 97 %[5]. Druhým rozšíření pak postihovalo okruh zakázaných jednání, který se rozšiřoval z pouhé soulože i na jiné obdobné pohlavní

---

[1] V původně schváleném znění byla tato hranice zvýšena pouze na šestnáct let, přičemž na hodnotu osmnácti let byla zvýšena až následnou novelizací zákonem č. 306/2009 Sb., ze dne 7. srpna 2009, kterým se mění zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, a některé další zákony.

[2] Možnost uložení výjimečného trestu byla do tohoto ustanovení s účinností od 1. 9. 2006 zákonem č. 320/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

[3] Jedná se samozřejmě pouze o změny v první odstavci. Celkově je možné zaznamenat změn více, avšak ty nejsou pro tento článek klíčové. Jedná se zejména o přijetí kvalifikované skutkové podstaty v případě spáchání trestného činu znásilnění na osobě mladší osmnácti let s trestní sazbou odnětí svobody tři až deset let.

[4] Hermafrodit (vzácně též oboupohlavní živočich) je živočich schopný produkovat současně vajíčka i spermie. Hermafrodit má buďto varlata i vaječníky, nebo jsou oba tyto orgány nahrazeny tzv. obojetnou pohlavní žlázou. Jako hermafrodit se rovněž označuje defektní jedinec gonochoristických druhů, který má základy obou pohlavních orgánů (ženských i mužských). Zpravidla však nejsou funkční obě – buďto funguje jenom jedna nebo žádná. U člověka nebyl hermafrodit s oběma funkčními soustavami zaznamenán, zbylé dva případy ano.

[5] Jedná se například o organizaci GITA - Genderová tisková a informační agentura.

styky. Tedy zejména na orální pohlavní styk a anální pohlavní styk[6]. Je zajímavé, že přes toto poměrně velice výrazné rozšíření okruhu postihovaného chování nedošlo k diferenciaci trestní sazby. V tomto případě to však dle autora nebylo nutné, jelikož již před touto novelizací byla sazba nastavena na dva až osm let odnětí svobody, tedy dostatečně široce, aby mohlo dojít vždy k uložení optimálního trestu.

Druhou změnu musíme hledat v rámci zákona č. 557/1991 Sb., kterým se mění a doplňuje trestní zákon, jenž vstoupil v účinnost k 1. 1. 1992. Tato novelizace přinesla změno sice kosmetickou, avšak poměrně důležitou, jelikož došlo ke snížení dolní hranice trestní sazby ze tří na dva roky a nově tak bylo možné ukládat za tento trestný čin i tresty odnětí svobody s podmíněným odkladem na jeden až pět let. Toto rozšíření rozsahu trestní sazby je dle autora možné uvítat, jelikož tak lépe může dopadat i na určité hraniční případy, kde je sice naplněn formální i materiální znak trestného činu znásilnění, avšak zároveň je není třeba na pachatele působit represivně, ale spíše výchovně. Touto novelizací je v současnosti platný trestní zákon vyčerpán, jelikož od jeho vstupu v účinnost dne 1. 1. 1962 až do 1. 1. 1992 nebylo ustanovení upravující trestný čin znásilnění novelizováno.

Pro další změnu je proto třeba nahlédnout již do kodexu předcházejícího, a to sice do zákona č 86/1950 Sb., trestní zákon, který nabyl účinnosti dnem 1. srpna 1950 a byl účinným do 31. 12. 1961. Hypotéza a dispozice základní skutkové podstaty trestného činu znásilnění zde po celou dobu platnosti tohoto předpisu byla konstruována v podstatě shodně jako v předpisu následujícím. I zde je trestáno pouze jednání, kdy někdo násilím nebo pohrůžkou bezprostředního násilí donutí ženu k souloži, nebo kdo k takovému účelu zneužije její bezbrannosti. Výrazná změna tak postihla zejména sankční část tohoto ustanovení; tento zákon totiž stanovoval možnost uložení trestu odnětí svobody v rozmezí od pěti do deseti let. Zde je třeba ještě připomenout, že do konce roku 1956 byl pro jednání, kdy byla tímto činem způsobena smrt stanoven trest odnětí svobody na doživotí, a to bez jakékoliv alternace.

Poslední změnu je pak třeba hledat až v zákoně č. 117/1852 ř.z., o zločinech, přečinech a přestupcích, ve znění předpisů jej měnících a doplňujících ke dni 1. 1. 1927. Tento zákon vstoupil v účinnost dne 1. 9. 1852 a platil až do 31. 7. 1950, tedy téměř sto let. Zde již nenacházíme tento trestný čin pod moderním názvem „znásilnění“ nýbrž pod dobovým a dnes již mírně archaickým názvem „násilné smilstvo“. Podstata však zůstala

[6] Dle Šámal, Pavel; Púry, František; Rizman Stanislav. *Trestní zákon : komentář*. 4. přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2001. 1482 s. ISBN 8071795798 je možné pod takovéto chování podřadit v případě intenzivního provedení také např. vsunování pohlavního údu mezi prsa ženy (coitus inter femora), vsunování pohlavního údu muže mezi stehna ženy či muže, zasunování pohlavního údu do podpaží, vzájemné tření genitálií u žen či vzájemná masturbace. Co naopak za pohlavní styk v žádném případě možné označit není možné je např. pouze osahávání ženy na prsou či muže či ženy na genitáliích.

stejná, byť v mírně „okleštěné podobě“. Trestáno tehdy bylo pouze chování kdy pachatel „osobu ženskou nebezpečným vyhrožováním, skutečně vykonaným násilím nebo lstivým omámením smyslů učiní neschopnou, by mu odpor činila, a v stavu tomto jí zneužije k mimomanželské souloži“. Přeloženo do moderního jazyka se tedy jedná o shodné chování jako v případě zákona č 86/1950 Sb., trestního zákona, plus ono klíčové slovo „mimomanželské“. Tato tzv. „manželská výjimka“ byla součástí zákonů mnoha zemí po dlouhá staletí a vycházela z právního úzu, že vdaná žena se zákonným a nezrušitelným slibem oddala svému muži, přičemž pohlavní styk patřil mezi základní manželské povinnosti[7]. Že nejde o bezvýznamnou změnu dokazují i vyjádření různých genderových či feministických sdružení, která poukazují na to, že české ženy uvádí, že nejméně v polovině případů přinucení k pohlavnímu styku násilím, byl pachatelem vlastní manžel nebo stálý partner. Přesto, že vyjádření těchto organizací nelze přikládat přehnaný význam, je ve světle úpravy obsažené v novém trestním zákoníku, jak o ní bylo pojednáno výše, zauvažovat nad tím, zda se reálnými nestávají i některá tvrzení o tom, že znásilněním i soulož, k níž žena přistoupí, aby byl doma klid. Takovéto jednání, v současné době považované spíše za nadnesené, by totiž bez větších potíží mohlo být nově označeno za subsumovatelné právě pod položku „ pod pohrůžkou jiné těžké újmy“. Přesto, že se autor domnívá, že takovýto scénář je velice nepravděpodobný až nereálný, považuje za vhodné se o této možnosti alespoň zmínit.

Pokus se tedy podíváme na vývoj v rámci moderních dějin trestného činu znásilnění, je možné vyslovit několik závěrů. Zaprvé se jedná o velice razantní rozšiřování okruhu chování, jež je subsumovatelné pod tuto skutkovou podstatu, a to jak o chování dříve trestané dle jiných ustanovení trestního zákona, obvykle s nižší trestní sazbou, tak i o jednání dříve pojímané za zcela zákonné. Za druhé se pak jedná o relativně mírné snižování trestní sazby za spáchání tohoto trestného činu - z pěti až deseti let v před více než sto lety po dva až deset let, v nejnovější verzi trestního kodexu platného od příštího roku.

[7] K tomu je možné srovnat i ustanovení zákona č. 946/1811 sb.z.s., Obecný zákoník občanský. Zejména pak ustanovení zakotvená v hlavě druhé, kde není vycházeno ze striktně rovného postavení manželů a naopak jsou povinnosti v manželství diferencovány, přičemž mezi ty společné ovšem náleží i závazek k plnění manželské povinnosti, věrnosti a slušnému zacházení. Rovněž je třeba poznamenat, že tzv. „mohoucnosti tělesné“ byli překážkou k uzavření manželství a taktéž důvodem k zrušení manželství, přičemž dokonce zde dochází k možnosti trestního postihu, neboť „objeví-li se při pojednávání rozepře o platnost manželství, že jedné straně neb oběma stranám byla překážka manželství před tím známa a že ji úmyslně zatajily; buďtež viníci stiženi trestem ustanoveným v trestním zákoně o těžkých policejních přestupcích. Je-li jedna strana bez viny, zůstavuje se jí žádati odškodnění.“

3. SEXUÁLNÍ NÁTLAK

Jako další trestný čin se objevuje v nové právní úpravě v rámci ustanovení § 186 zcela nově pojmenovaný trestný čin tzv. „sexuálního nátlaku“. Při nahlédnutí do obsahu tohoto ustanovení však zjišťujeme, že se až o tak úplně nové ustanovení nejedná, nýbrž, že obsahově navazuje jednak na trestný čin znásilnění a jednak na jednu z dosavadních forem trestného činu pohlavního zneužívání upravenou v § 243. Autor se v tomto příliš neshoduje v autory důvodové zprávy, že se jedná pouze o rozšíření stávajícího § 243 a má za to, že daný trestný čin se rozpadá do dvou na sobě víceméně nezávislých jednání, přičemž ideálním řešením by bylo přiřazení odstavce prvního k trestnému činu znásilnění a odstavce druhého k trestnému činu pohlavního zneužívání (kde se i v současné době nalézá). V rámci prvního odstavce je totiž postihováno jednání, kdy pachatel „jiného násilím, pohrůžkou násilí nebo pohrůžkou jiné těžké újmy donutí k pohlavnímu sebeukájení, k obnažování nebo jinému srovnatelnému chování, nebo kdo k takovému chování přiměje jiného zneužívaje jeho bezbrannosti.“ Obecně se tedy dá konstatovat, že se jedná o jakési rozšíření okruhu jednání, postihovaného dle ustanovení o znásilnění i na „bezkontaktní“ sexuální aktivity provozované samotným poškozeným. S historické perspektivy pak lze konstatovat, že v tomto případě se jedná stejně jako v případě shora popisovaného pojmu „jiná těžká újma“ o vyjmutí části jednání, do té doby spadajícího pod skutkovou podstatu trestného činu vydírání s využitím pojmů užívaných v rámci ustanovení trestného činu dle § 217a, svádění k pohlavnímu styku, do samostatné skutkové podstaty.

Oproti tomu druhý odstavec již představuje, v souladu s tvrzením důvodové zprávy, jakousi návaznost na § 243 současného zákona představuje i když rozhodně se nejedná o jeho pouhou kopii. Postihováno totiž bude chování, kdy pachatel „přiměje jiného k pohlavnímu styku, k pohlavnímu sebeukájení, k obnažování nebo jinému srovnatelnému chování zneužívaje jeho závislosti, jeho bezbrannosti nebo svého postavení a z něho vyplývající důvěryhodnosti nebo vlivu.“ Z toho je patrné že se zde objevuje několik nových pojmů. Zaprvé se jedná o rozšíření okruhu situací za nichž je možné tento čin spáchat nejen v případě, že pachatel zneužije stav závislosti oběti na své osobě, ale nově bude postačovat i jakékoliv zneužití svého postavení a z něho vyplývající důvěryhodnosti nebo vlivu. Je otázkou budoucí judikatury, jak široce bude tento neurčitý pojem vykládán, avšak dá se předpokládat, že hodnocení by mělo vždy vycházet z konkrétního náhledu poškozeného. Potenciálním pachatelem tak může být např. mediálně známý herec, politik, ale i např. lokálně významný a respektovaný lékař atd. Druhou novinkou je rozšíření okruhu postihovaného chování, kde místo současného postihu mimomanželské soulože a „jiného způsobu pohlavního zneužití“, kam bylo možné zařadit např. osahávání na prsou ženy a genitáliích, líbání přirození atd., opět i na ony „bezkontaktní“ sexuální

aktivity provozované samotným poškozeným a také na „jiné srovnatelné chování“[8].

Pokud nahlédneme do historické úpravy zjistíme, že ustanovení objevující se v současné právní úpravě bylo téměř kompletně (kromě sankční části, která byla z jednoho až pěti let odnětí svobody snížena na nula až dva roky) přejato z úpravy předcházející, tedy z trestního zákona č. 86/1950 Sb., kde se nacházelo již od roku 1950. A i po nahlédnutí do úpravy ještě starší, kterou obsahoval zákon č. 117/1852 ř.z., o zločinech, přečinech a přestupcích zjistíme, že kromě dobového názvosloví se obsah liší jen velice nepatrně. I tehdy bylo za „svedení ke smilstvu“ považováno „svedení, jímž někdo osobu svěřenou jeho dohledu nebo vychování nebo vyučování přiměje k vykonání nebo dopuštění smilného činu.“ Obecně se dá konstatovat, že okruh potenciálních poškozených byl užší, jelikož se, narozdíl od následujících úprav, mělo jednat o jednu ze tří zákonem taxativně vyjmenovaných situací. Trestní sazba zde byla naopak zcela shodná s tou v trestním zákoně z roku 1950.

4. POHLAVNÍ ZNEUŽITÍ

Třetím v pořadí je trestný čin pohlavního zneužití. V případě, že vyloučíme již výše zmiňovanou oblast spadající nově do okruhu postihovaného dle ustanovení o trestném činu sexuálního nátlaku, zjistíme, že došlo téměř k doslovnému převzetí znění tohoto ustanovení z trestního zákona v současnosti platného. I nadále tak bude v základní rovině trestáno jednání, kdy někdo vykoná soulož s dítětem mladším patnácti let nebo je jiným způsobem pohlavně zneužije[9]. Jako kvalifikovaná skutková podstata je zde pak uvedeno jednání, kdy je obětí dítě mladší patnácti let svěřené pachatelově dozoru, nebo kdy pachatel zneužije jeho závislosti nebo svého postavení a z něho vyplývající důvěryhodnosti nebo vlivu. K tomu je třeba poznamenat, že se jedná o ustanovení speciální oproti širšímu vymezení sexuálního nátlaku.

Výraznou časovou stálost vykazuje tento trestný čin i po nahlédnutí do trestního zákona č. 86/1950 Sb., neboť i zde je vymezen velice podobně, pouze horní hranice trestní sazby odnětí svobody v základní skutkové podstatě je o dva roky vyšší. K o něco větší změně došlo pouze k 1. 1. 1957, kdy bylo změněno ustanovení udělující obligatorní trest doživotí pokud byla způsobena smrt oběti.

---

[8] Dle Šámal, Pavel; Púry, František; Rizman, Stanislav. Trestní zákon : komentář. 6. dopl. a přeprac. vyd. Praha : C.H. Beck, 2004. 721 s. ISBN 8071798967 se může jednat o jednání, které není ani pohlavním stykem, pohlavním sebeukájením nebo obnažováním, např. některé sexuálně patologické praktiky spočívající v sadistickém či masochistickém jednání nebo tzv. pissingu.

[9] Viz vymezení v předchozím odstavci.

Naproti tomu úprava v zákoně č. 117/1852 ř.z., o zločinech, přečinech a přestupcích, obsahovala konstrukci značně odlišnou. Zaprvé zde bylo diferencováno, zda se jednalo o mimomanželskou soulož s osobou ženského pohlaví mladší čtrnácti let a nebo o pohlavní zneužití jiným způsobem, přičemž v tomto případě je nerozhodné zda je osoba mladší čtrnácti let mužského či ženského pohlaví. V prvním případě je jednání trestáno dle ustanovení o znásilnění (násilném smilstvu), v případě druhém pak byla trestní sazba stanovena od jednoho až do pěti let odnětí svobody (těžkého žaláře). V průměru se tak dá říci, že i v tomto případě došlo v průběhu posledních sta let spíše ke zpřísnění trestního postihu, i když pouze jednorázově s přijetím trestního zákona v roce 1950. Je na čtenářově zvážení, zda by *de lege ferenda* nebylo vhodné uvažovat i zde o jisté diferenciaci, jednání, tak jak ji obsahuje dnes trestný čin znásilnění a jak ji v případě pohlavního zneužití odstranil právě zákon č. 86/1950 Sb.

5. SOULOŽ MEZI PŘÍBUZNÝMI

Dalším trestným činem u kterého se zastavím, je soulož mezi příbuznými. Jedná se již o tradiční součást trestního zákona, kdy je postihováno jednání spočívající v souloži s příbuzným v pokolení přímém nebo se sourozencem. Okruh pachatelů i postihovaného chování je tedy velice úzký a je z něj očividné, že vychází z jitých biologických předpokladů k porození zdravých potomků - proto je např. postihována pouze klasická soulož a nikoliv všechny pohlavní styky. Z tohoto důvodu je také možné odmítnout trestnost soulože v případě osvojení, a to i v případě nového trestního zákoníku, který vychází více z pojetí formálního než zákon současný. Velice zajímavé je, že oproti současnému stavu i stavu v době platnosti trestního zákona č. 86/1950 Sb., dochází ke zvýšení horní hranice trestní sazby ze dvou na tři roky odnětí svobody, a to i přes to, že důvodová zpráva tvrdí, že „osnova přejímá zcela beze změny skutkovou podstatu trestného činu soulože mezi příbuznými § 245 platného trestního zákona“. Ještě zajímavější pak je skutečnost, že v období platnosti zákona č. 117/1852 ř.z., o zločinech, přečinech a přestupcích byla trestní sazba odnětí svobody pro tzv. „zprznění krve“ stanovena pouze v rozpětí od šesti měsíců do jednoho roku. Celkově se tak dá konstatovat, že dochází k postupnému nárůstu trestních sazeb spojených s daným ustanovením, pro což dle autora není důvod a vyslovoval by se spíše pro snižování trestního postihu v této oblasti.

6. ZÁVĚR

Pokud se podíváme komplexně na problematiku popisovaných trestných činů je možné konstatovat, že oproti představám značné části laické veřejnosti, nedošlo za posledních více než sto let ke zmírnění postihu daných trestných činů, nýbrž naopak často spíše k rozšíření okruhu trestně postižitelného jednání, často dokonce i s přímím zvyšováním trestních sazeb. Ačkoliv se autor přímo nedomnívá, že by snad universální řešení spočívalo v plošném snižování trestních sazeb u těchto trestných činů, přece jen se nemůže ubránit určitému srovnání s vývojem u ostatních násilných

trestných činů, kde dochází v dlouhodobém měřítku spíše k zmírňování trestního postihu.

Literature:

- Šámal, Pavel; Púry, František; Rizman, Stanislav: Trestní zákon: komentář, 6. dopl. a přeprac. vyd. Praha: C.H. Beck, 2004, 721 s, ISBN 8071798967

- Glogar, Rudolf: Trestní zákon: komentář, Praha: Orbis, 1958, 816 s

Contact – email

petr.aulicky@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ALTERNATIVE METHODS OF RESOLVING A CRIMINAL CONFLICT IN CRIMINAL PROCEDURE OF LITHUANIA

RIMA AŽUBALYTĖ

Mykolas Romeris University, Faculty of Law

Abstract
The paper analyses the dismissal of a criminal case in pre – trial investigation and in court whereby the pre – trial investigation judge or the court exercises their right to release an individual, who has allegedly committed a criminal act, from criminal responsibility, i.e. from pronouncing him/her guilty and from imposing punishment on him/her. It is recognised that modern criminal proceedings embrace a wide range of procedural forms, with a tendency toward the widening of the opportunities for the application of simplified forms of criminal proceedings. The exercise of the discretionary criminal prosecution as an expression of the principle of purposefulness (expediency) is on of the methods of resolving a criminal conflict in criminal procedure. The marked tendency of the new Criminal procedure code of Lithuania (2003) is that there are wide possibilities for terminating the pre-trial investigation (Article 212 of CCP). The author concludes that the regulation of alternative forms of settlement of criminal conflicts in the Lithuanian law of criminal procedure is substantially in line with the global trends of criminal proceedings‘ development. Advantages and disadvantages of forms of prosecution discretion have been discussed extensively and thoroughly. However, if regulations are not set properly, various dangers may arise. The analyses of national legal acts, especially Criminal Code and Criminal Procedure Code of Lithuania, points to certain problems of the regulation of the discretionary prosecution.

Key words
Criminal procedure; Discretionary prosecution; Diversion in criminal procedure.

Preface

After the restoration of Lithuanian independence, one of the challenges the young state encountered was reform of the legal system. Naturally, the Criminal Procedure Code (1961), as well as other codes, remained in force, and were constantly appended and changed. Within existing old Criminal Procedure Code, many legal norms have been reformed (such as pre-trial detention), new norms were also established (such as appeal and cassation; a preliminary investigation judge etc.). However Lithuanian criminal procedure professionals realized that a change in social reality will change the attitude towards the offenses, their investigation and trial process. It was a clear need for a new Criminal and Criminal procedure code. The new

Criminal Code and Criminal Procedure Code came into force on the 1 May 2003[1].

There are some significant trends of the evolution of the criminal procedure law in Lithuania: constitutionalisation, internationalization - Europeanization, diversification of ordinary law. This paper deals with the last one.

Diversification of Criminal Procedure - result of procedural pluralism

Differentiation of the criminal procedure, especially simplification of the criminal procedure, have been on the agenda of policy makers of Western Europe since the 1960s[2]. Meantime the Soviet doctrine of uniform procedure (irrespective of the seriousness of the criminal offence in question; except the private prosecution cases) in the Eastern Europe was recognized and there were only a few attempts to initiate discussions about differentiation of criminal procedure.

As the result of researches the uniform process ceased. Even more, the variety of procedural forms in one single country makes it rather difficult to classify the criminal process in that given country as belonging definitely to one or other system – inquisitorial or accusatorial procedure[3]. So-called simplified procedures, such as summary procedures, penal order etc. are discussed but the implementation of discretionary dismissals is much more controversial issue.

The liberalisation of criminal law and criminal procedure allowed "alternative measures" to be legalized and applied. The possibility of discretionary dismissals provides law enforcement authorities with valuable information, presuppose a solution of penal conflict that avoids the traditional schema of the criminal procedure: crime - pretrial investigation - Court proceeding - sentence.

That was not absolutely new in the criminal procedure law. Two basic principles of the prosecution - the legality principle (Legalitätsprinzip; Le principe de la legalité) and the opportunity (expedience) principle

---

[1] The first draft of the Criminal Procedure Code was presented in 1999. The new CCP was adopted in 2002. Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas. *Valstybės žinios.* 2002, Nr. 37-1341.

[2]Albrecht, H.-J. Countries in Transition: Effects of Political, Social and Economic Change on Crime and Criminal Justice – Sanctions and Their Implementation. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.7/4, 1999, p. 464.

[3] Bárd, K. Trial and sentencing: Judicial Independence, Training and Appointment of Judges, Structure of Criminal Procedure, Sentencing patterns, the Role of the Defence in the countries in Transition. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.7/4, 1999, p. 435.

(Opportunitätsprinzip; Le principe L'Opportunité des poursuites) - were recognised in XIX century. Adherence to the legality principle in the procedural sense means that the prosecution institution can not exercise any discretion over the prosecutorial decision; prosecution must take place in all reported cases in which there is sufficient evidence of a supect's guilt and in which no legal hindrances prohibit prosecution. The principle of opportunity on the other hand, does not demand compulsory prosecution. Instead, it allows the prosecution agency discretion over the prosecutorial decision, even when sufficient evidence exists of the offender's guilt and there are no legal hidrances interfering proceeding with the matter. In the theory, these two principles are totally contradictory but in practice not a single state applies one of these principles purely.[4] In different countries 15-75 % of cases in which a perpetrator is known and which can be handed over to the court are terminated by the prosecutor (or other competent officer) who uses his right of discretion[5].

Due to the fact that in recent years the legal exceptions to the legality principle have been widely extended in Lithuania and in some other countries, the system applying the opportunity principle and those applying the legality principle have been approaching each other.

The principle of expediency instituting criminal proceedings expressed by discretional prosecution was denied on the whole for a long time in Lithuania in criminal procedure studies but recently the situation has changed: discretionary prosecution is discussed not only in the criminal procedure jurisprudence[6], also there are wide possibilities for terminating the pre-trial investigation. The new Criminal Procedure Code and new Criminal Code of Lithuania provide set of seven relatively distinct forms of discretionary prosecution. According to 212 article of the CPC criminal proceedings may be terminated: when it is recognized that certain person or

---

[4] Tak, P. East meet West. Aspects of Prosecution in countries in Transition. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* Volume 7. Issue 4, 1999, p. 412-432; Головко, Л. В. *Альтернативы уголовному преследованию в современном праве*. Санкт-Петербург, 2003.

[5] Parmenter, S., Fijnaut, C., Van Daele, D. From Sisyphus to Octopus: Towards a Modern Public Prosecutor's Office in Belgium. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000. No.3, p. 178; De Doelder, H. The Public Prosecution Service in the Netherlands. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000. No.3, p. 200; Verrest, P. The French Public Prosecution Service. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* 2000. No.3, p. 234; Albrecht, H.-J. Criminal Prosceution: Developments Trends and open Qustions in the Federal Republic of Germany. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000. No.3, p. 246; Oda, H. *Japanese Law.* London. Dublin. Edinburg. 1992, p. 91.

[6]Ažubalytė, R. *Diskrecinis baudžiamasis persekiojimas: teoriniai pagrindai, taikymo problemos ir perspektyvos Lietuvoje:* daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01 S).Vilnius, LTU, 2002; Ažubalytė, R. Alternatyvūs baudžiamojo konflikto sprendimo būdai nagrinėjant bylą teisme. *Jurisprudencija*. Mokslo darbai. 2008. 6(108), p. 41-47.

the offense has become not dangerous because of change of circumstances (36 Article of the CC); when it is established that the offense is minor (37 Article of the CC); if the suspect and the victim reconciled (38 article of the CC); when a suspect is transferred by endorsement (40 article of the CC); when the suspect assists to disclose an organized group or criminal association (39 (1) Article of the CC); in some special cases, indicated in the Criminal Code; if the suspect is alleged to have commited more than one offence the prosecutor may limit prosecution to the most serious charge and drop all the others (213 Article of the CPC). Similar to many European countries, the use of the principle of expediency in prosecution is constantly increasing in Lithuania as well.

The Criminal Code of Lithuania[7] provides the standards and conditions, and the Criminal Procedure Code establishes the procedures for discretionary dismissals. On those grounds the CCP allows to terminate criminal proceedings during the pre-trial investigation (Articles 212 of the CPC) or in the court (Articles 235, 303, 327 of the CPC).

Advantages and disadvantages of discretionary prosecution have been discussed extensively and thoroughly[8]. However, if regulations are not set properly various dangers may arise. The analyses of national legal acts, especially Criminal Code and Criminal Procedure Code, points to certain problems of the regulation of the discretionary prosecution[9]. The opinion of discretionary prosecution devides scholars of Lithuania into two different camps. One position is that discretionary prosecution contradicts the principle of equality and presumption of innocense, does not ensure right to the fair trial[10]; other - discretionary prosecution does not contradict these principles, perpetator can wave his right to the trial.

---

[7] Lietuvos Respublikos baudžiamasis kodeksas. *Valstybės žinios.* 2000, Nr. 89-2741.

[8] Tak, P. East meet West. Aspects of Prosecution in countries in Transition . *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* Volume 7. Issue 4. 1999, p. 423-424; Albrecht, H.-J. Countries in Transition: Effects of Political, Social and Economic Change on Crime and Criminal Justice – Sanctions and Their Implementation. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.7/4, 1999, p. 465; Biever, R. Discretionary powers of public prosecution: opportunity or legality principle – advantages and disadvantages. Conference of Prosecutors General of Europe 5 th Sesion (Celle, 23-25 may 2004). http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/ccpe/conferences/CPGE/2004/ContributionBIEVER_en.pdf [2008 06 02]; Weigend T. *Prosecution: Comparative Aspects.* http://law.jrank.org/pages/1857/Prosecution-Comparative-Aspects.html// [2008 06 02]

[9] Ažubalytė R. Diskrecinio baudžiamojo persekiojimo ir atleidimo nuo baudžiamosios atsakomybės santykis. *Jurisprudencija.* Mokslo darbai. 2006. 1(79). P. 17-20.

[10] Baranskaitė A. *Taikos sutartis baudžiamojoje teisėje. Atleidimas nuo baudžiamosios atsakomybės kaltininkui ir nukentėjusiajam susitaikius.* Monografija. Vilnius. 2007. P. 79; *Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso komentaras.* Bendroji dalis. – Vilnius, 2004. P. 232; *Baudžiamoji teisė.* Bendroji dalis. Vadovėlis. Vilnius. 2003. P. 375.

Principle of equality v. discretionary prosecution

Individualization of justice and administrative requirements (increasing number of crimes and respectively crammed court calendar, large criminal justice resources) determine the extension of opportunity principle.[11] In my opinion the main application of this principle is to highlight the individualisation in the criminal justice (notably by the seriousness, nature, circumstances and consequences of the offence; the personality of the alleged offender; the possible sentence of the court; the effects of conviction on the alleged offender; the position of the victim): give the opportunity to the person (for the first time committed minor offense mostly) to avoid the trial if he fulfils some obligations in exchange for having his case dismissed[12]. However, the question arises, can persons who have committed the same crime be treated differently – one's case is discontinued, although there is a real judicial perspective, the other person - has been convicted.

The Constitutional Court emphasised that ,,under the Constitution, the legal regulation of the relations of procedure must be such so that the participants (which have the same procedural legal status) in the proceedings would be treated equally; thus, they should have the same rights and duties unless there are differences between them of such character and extent that the unequal treatment would be objectively justified; otherwise, one would deviate from the constitutional principles of a state under the rule of law and equality of persons[13]. When regulating the relations linked to the establishment of criminal liability for criminal deeds, the legislator enjoys broad discretion, he, *inter alia*, may, while taking into account the nature, danger (gravity), scale and other signs of the criminal deeds, consolidate differentiated legal regulation and establish different legal liability for corresponding criminal deeds[14]. When he regulates relations

---

[11] Tak P. East meet West. Aspects of Prosecution in countries in Transition . *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* Volume 7. Issue 4. 1999. P. 423-424.

[12] Ažubalytė R. *Diskrecinis baudžiamasis persekiojimas: teoriniai pagrindai, taikymo problemos ir perspektyvos Lietuvoje.* Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01 S). Vilnius. 2002. P.23-24.

[13] The Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Ruling 24 October 2007 ,,On the Compiliance of Articles 4 and 165 (wording of 28 February 2002) of the Code of Civil Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania" . [Ruling 24 October 2007 **„**On court precedents and on lodging complaints against court rulings whereby one applies to the Constitutional Court or an administrative court"]. http://www.lrkt.lt/Documents1_e_2007.html [2009 11 09]

[14] The Constitutional Court of the Republic of Lithuania. Ruling ,,On the Compiliance of Paragraph 4 (wording of 11 September 2001) of Articles 131 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania, on the Compiliance of Paragraph 5 (wording of 10 April 2003 and 16 September 2003) of Article 234, Paragraph 2 (wordings of 10 April 2003 and 16 September 2003) of Article 244, Article 407 (wording of 19 June 2003), Paragraph 1 (wording of 14

within criminal procedure, the legislator enjoys rather broad discretion. For instance, the legislator may establish by means of a law different kinds of criminal procedure, as well as peculiarities of criminal procedure in the investigation of certain criminal deeds and/or in the consideration of criminal cases of individual categories, inter alia different rules of investigation of certain criminal deeds, the peculiarities of the legal status of participants of the criminal procedure, etc[15].

It is generally recognized that ,,the resources (material, human, etc.) allocated for protection of the person and society against criminal attempts must be distributed and used rationally"[16]. The Council of Europe has recognized that delays in the administration of criminal justice might be remedied not only by the allocation of specific resources and by the manner of their use but also by resorting the principle of discretionary prosecution[17]. The Constitutional Court of Lithuania emphasised that ,,when regulating the relations within criminal procedure, the legislator taking into account the character of criminal deeds, their danger (gravity), scale, other signs and other circumstances of importance, enjoys discretion to establish also such legal regulation so that the victim (his representative) and the person who is accused of committing the criminal deed, would have an opportunity to reach conciliation and this conciliation would be the basis to dismiss the criminal procedure. <..> While regulating the institute of conciliation of the victim (his representative) and the accused, the legislator must establish also clear procedures of application of this institute".[18] In author's opinion discretionary dismissal (as well as the institute of conciliation of the victim and the perpetrator) is not

---

March 2002) of Article 408, Paragraphs 2 AND 3 (wording of 14 March 2002) of Article 412, Paragraph 5 (wording of 14 March 2002) of Article 413 AND Paragraph 2 (wording of 14 March 2002) of Article 414 of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania with the Constitution of the Republic of Lithuania, and on the petitions of the Šiauliai district local court, the petitioner, requesting to investigate whether Article 410 (wording of 14 March 2002) of the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania is not in conflict with the Constitution of the Republic of Lithuania. 16 January 2006. [Ruling. 16 January 2006. On private accusation and on the right of the person, against whom the institution of a criminal case is refused, to lodge a compliant against the decision of the prosecutor]. http://www.lrkt.lt/dokumentai/2006/r060116.htm [2009 11 09]

[15] Ruling 16 January 2006 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

[16] Ruling 16 January 2006 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania; Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member states concerning the Simplification on Criminal Justice, *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the inisters' Deputies).*

[17] Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member states concerning the Simplification on Criminal Justice, *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the inisters' Deputies).*

[18] Ruling 16 January 2006 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

unconstitutional in substance. Alongside, it needs to be noted that by such differentiated regulation of legal relations of criminal procedure the rights of participants of criminal procedure which stem from the Constitution, or their implementation cannot be burdened so that it becomes impossible[19]. The most important is that the legislator has to establish clear procedures of application for discretionary dismissals.

Presumption of innocense v. discretionary prosecution

Paragraph 1 of the Article 31 of the Constitution declare that a person shall be presumed innocent until proved guilty according to the procedure established by the law and declared guilty by an effective court judgement. The Constitutional Court emphasised that it is extremely important state institutions and officials to follow the presumption of innocence, public persons to restrain from referring to a person as a criminal until the guilt of the person for committing the crime is proven during the procedure established by the law and recognised guilty by an effective court judgement[20]. There is an opinion that Article 6 does not provide an accused reason to demand continuation of judicial proceedings but requires only that when he is convicted it is done by the court.[21] The Constitutional Court of Lithuania emphasised that, „<..> a person may not be recognised guilty for committing of crime nor criminal punishment may be administrated to anyone without proper judicial procedure permitting the accused to be familiarised with everything he is being charged with and on what basis the charges against him are founded, as well as allowing him to prepare and present evidence for the defence“[22].

According to Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of the Ministers, „the decision to discontinue proceedings should not be treated as equivalent to conviction and can not follow the normal rules regarding, *inter alia,* inclusion in the criminal record unless the alleged offender has admitted his or her guilt”[23]. However, it is difficult to comply with the

---

[19] Ruling 16 January 2006 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

[20] Ruling 16 January 2006 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

[21] Clayton R., Tomlinson H. Fair Trial rights. Oxford university press. 2001, p. 98.

[22] Ruling 19 September 2000 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania „On the compliance of Articles 118^1, 156^1, Item 5 of Article 267 and Article 317^1 of the Republic of Lithuania Code of Criminal Procedure with the Constitution of the Republic of Lithuania. 19 September 2000. [On the provisions of the Code of Criminal Procedure concerning the manner of questioning of an anonymous witness]. http://www.lrkt.lt/Documents1_e_2000.html [2009 11 09]

[23] Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member states concerning the Simplification on Criminal Justice, *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the inisters' Deputies).*

requirements of the presumption of innocense when decision to waive prosecution on discretionary basis takes place only if the prosecuting authority has adequate evidence of guilt and the consent to dismiss the case of the alleged offender. The European Court of Human Rights in the Adolf v. Austria case holds, by four votes to three, that there has been no breach of that Article (art. 6). The European Court of Human Rights found that ,,<...>a decision taken in pursuance of section 42 of the Penal Code does not, because of its very character and whatever may be its wording, involve anything in the nature of a verdict of guilt. It would have been preferable, the judgment added, had the District Court stated this explicitly and without ambiguity, but the more or less apposite choice of wording in the reasoning could not deprive the reasoning of the specific significance it had as a result of the nature of the decision given"[24]. In addition, if after withdrawal of a charge there remains some suggestion of guilt on the part of the accused, then there is an arguable breach of the presumption of innocence[25].

There are some Penal Code and Criminal Procedure Code incompatibilities which may cause not only theoretical but also practical problem. The Council of Europe stated, that ,,the waiving or discontinuation of proceedings may be pure and simple, accompanied by a warning or admonition, or subject to compliance by the suspect with certain conditions, such as rules of conduct, the payment of moneys, compensation of the victim or probation"[26]. For instance the law of Austria, France and Germany authorizes the prosecutor to propose to the suspect to fulfil certain obligation in exchange for having his case dismissed. The theory of these provisions is that the suspect, by accepting and fulfilling the obligations, eleminates the necessity of punishment because the purposes of punishment (deterrence and / or rehabilitation) have already been met[27].

In Lithuania, when a case is terminated on the discretionary grounds following compulsory measures may be imposed for a person: 1) banning to use a special right, 2) restitution payment to the victim; 3) community work, 4) payments to the State Fund of the victims of crimes, 5) property confiscation, 6) a prohibition to approach the injured person, 7) participation in violent behavior modifying programs (Article 67 of CC). Lithuanian

---

[24] Case of Adolf v. Austria.
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695294&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649 [2009 10 31]

[25] Clayton R., Tomlinson H. *Fair Trial rights*. Oxford university press. 2001, p. 98.

[26] Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member states concerning the Simplification on Criminal Justice, *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the inisters' Deputies).*

[27] Weigend T. *Prosecution: Comparative Aspects.*
http://law.jrank.org/pages/1857/Prosecution-Comparative-Aspects.html// [2008 06 02]

Criminal Code and criminal law doctrine leads to the conclusion that compulsory measures are part of criminal responsibility (they contribute to the punishment), and may be imposed only to the person who was found guilty[28].

Point is – is principle of presumption of innocence violated if compulsory measures - being part of the criminal responsibility- are imposed to a person against whom penal proceedings were dismissed.

The author considers that problem of use of these measures and the presumption of innocense can be solved if the measures of similar nature would be treated not as a form of criminal responsibility but as the obligation for conditional dismissal.

The discretionary prosecution v. the right to a court

Next issue for discussion is relation between the right to the court and the discretionary prosecution.

Article 6 (1) of the European Convention declares that „everyone is entitled to a fair and public hearing“[29]. In criminal proceedings, the right to access to a court means that the accused has the right to be tried on a charge against him in a court.[30] The Constitutional Court of Lithuania emphasised that „<..> the right of a person to apply to court can not be artificially restricted, nor its implementation may be unreasonably burdened.”[31] But the right is not absolute, it does not imply that every criminal charge ends in a judicial decision.[32] European Court of Human Rights recognized the accused's right to refuse the trial: “The "right to a court", which is a constituent element of the right to a fair trial, is no more absolute in criminal than in civil matters. It is subject to implied limitations: f.e. <…> decision not to prosecute and order for discontinuance of the proceedings; it is not the Court’s function, though, to elaborate a general theory of such limitations. <..> The waiver, which has undeniable advantages for the individual concerned as well as for

---

[28] *Lietuvos Respublikos baudžiamojo kodekso komentaras*. *Bendroji dalis*. Vilnius, 2004, p. 375-376.

[29] Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by protocol No. 11. Rome, 4. XI. 1950.

http://conventions. coe. int/treaty/en/Treaties/Html/005. htm

[30] Case of Deweer v. Belgium.
http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Deweer%20|%20v.%20|%20Belgium&sessionid=35123624&skin=hudoc-en [2009 10 31]

[31] Ruling 16 January 2006 of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania.

[32] Clayton R., Tomlinson H. Fair Trial rights. Oxford university press. 2001, p. 98.

the administration of justice, does not in principle offend against the Convention"[33]. Waiver of the rights of access to court is possible but must be ,,subjected to careful review"[34].

The international legal acts and the case law of European Court of Human Rights emphasises that the suspect's consent for the fact that prosecution in his respect shall not be initiated or terminated on the basis of discretion is necessary. According to the recommendation of Council of Europe the alleged offender's consent should be obtained wherever conditional waiving or conditional discontinuation of proceedings is envisaged. In the absence of such consent, the prosecuting authority should be obliged to proceed against the alleged offender unless a different reason to drop the charges is decided. Rules should be prescribed to ensure that informed consent is given freely[35]. All the options for dismissal must be voluntary. The Court of Strasbourg points out that while the prospect of having to appear in court is certainly liable to prompt a willingness to compromise on the part of many persons "charged with a criminal offence", the pressure thereby brought to bear is in no way incompatible with the Convention [36].

But the Criminal Procedure Code of Lithuania does not provide any formal procedures ensuring that a suspect is informed of his right to request for trial, and that his refuse to use this right is deliberate. The defendant must have the right to object to the disposal of his case and force the prosecutor to send his case to court for trial. In this way, the accused can proclaim his innocence and can be heard by a judge. The Council of Europe points that failure to challenge the measure decided upon or in compliance with a condition of discontinuation of proceedings may be considered as amounting to the consent.[37] Nevertheless I think, that the right to require the court must be provided by law and must be recorded in the case.

The conditional dismissal is criticized on the grounds that it shifted sentencing power from the judiciary to the prosecutor and that undue

---

[33] Case of Deweer v. Belgium. http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Deweer%20|%20v.%20|%20Belgium&sessionid=35123624&skin=hudoc-en [2009 10 31]

[34] Clayton R., Tomlinson H. Fair Trial rights. Oxford university press. 2001, p. 90.

[35] Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member states concerning the Simplification on Criminal Justice, *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the inisters' Deputies).*

[36] Case of Deweer v. Belgium. http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=Deweer%20|%20v.%20|%20Belgium&sessionid=35123624&skin=hudoc-en [2009 10 31]

[37] Recommendation No. R (87) 18 of the Committee of Ministers to Member states concerning the Simplification on Criminal Justice, *(Adopted by the Committee of Ministers on 17 September 1987 at the 410th meeting of the inisters' Deputies).*

pressure was put on the suspect to comply with the prosecutor‘s offer even when he was in fact innocent or when his guilt could not have been proven at trial.[38] There are some opinions in literature that the idea of prosecutorial sanctioning, in spite of its interference with the traditional judicial monopoly on sentencing, has internationally been regarded as a sensible way for disposing minor cases[39]. The author considers that involvement of the court (desicion of court or judicial consent) must be some kind of the compensation for the lack of the trial. Court approval guarantees that the procedure is conducted according to the ideas of the rule of law as the judge has the final word as to the termination of the procedure. On the other hand, though a judge of the pre-trial investigation confirms the decision to terminate the pre-trial investigation made by the prosecutor on the basis of discretion by passing a ruling so it can be stated that in many cases a prosecutor fulfils a function of implementation of justice. It might be that such a transformation of functions is unavoidable but still it has to be linked closely with the requirements for prosecutors' qualification and protection of the rights of all participants of the process.

Lithuania, in the view of it's historical development and the requirements of the Constitution, apply the principle of mandatory prosecution, so the law entitles judges to participate in discontinuation of proceedings. Article 214 of CPC stipulates that the preliminary investigation is terminated by the pre-trial judge, who shall confirm a decision of the prosecutor to dismiss pre-trial investigation (criminal procedure). Otherwise the prosecuting authority is obliged to continue proceeding against the alleged offender.

Finalizing it should be highlighted that discretionary prosecution may be an effective instrument of individualization of criminal justice. However this should be clearly regulated by law and applied strictly with regard to the requirements of the principles of the Constitution: equality of persons, presumption of innocense and right to the fair trial.

Literature:

- Albrecht, H.-J. Countries in Transition: Effects of Political, Social and Economic Change on Crime and Criminal Justice – Sanctions and Their Implementation. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol.7/4, 1999
- Bárd, K. Trial and sentencing: Judicial Independence, Training and Appointment of Judges, Structure of Criminal Procedure, Sentencing

[38] Weigend T. *Prosecution: Comparative Aspects.* http://law.jrank.org/pages/1857/Prosecution-Comparative-Aspects.html// [2008 06 02]

[39] Weigend T. *Prosecution: Comparative Aspects.* http://law.jrank.org/pages/1857/Prosecution-Comparative-Aspects.html// [2008 06 02]

patterns, the Role of the Defence in the countries in Transition. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice,* Vol.7/4, 1999

- Parmenter, S., Fijnaut, C., Van Daele, D. From Sisyphus to Octopus: Towards a Modern Public Prosecutor's Office in Belgium. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000. No.3
- De Doelder, H. The Public Prosecution Service in the Netherlands. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000. No.3, p. 200; Verrest, P. The French Public Prosecution Service. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* 2000. No.3
- Albrecht, H.-J. Criminal Prosceution: Developments Trends and open Qustions in the Federal Republic of Germany. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*. 2000. No.3
- Ažubalytė, R. *Diskrecinis baudžiamasis persekiojimas: teoriniai pagrindai, taikymo problemos ir perspektyvos Lietuvoje:* daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01 S).Vilnius, LTU, 2002

Contact – email
rima.azubalyte@mruni.eu

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

K ROZDIELOM VO VYBRANÝCH POJMOCH MEDZI ČESKÝM A SLOVENSKÝM REKODIFIKOVANÝM TRESTNÝM ZÁKONOM

EDUARD BURDA

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Abstract in original language
Príspevok sa zaoberá porovnaním definícii niektorých všeobecných pojmov, ktoré slúžia ako výkladové ustanovenia podľa V. hlavy I. dielu Všeobecnej časti slovenského Trestného zákona a podľa VIII. hlavy Obecní části rekodifikovaného českého Trestního zákoníku, pričom sa snaží nájsť ideálnu definíciu. Porovnanie sa týka pojmov obydlie, trestný čin spáchaný verejne, trestný čin spáchaný so zbraňou a pokračovací trestný čin.

Key words in original language
Definícia všeobecných pojmov; Komparácia; Obydlie; Trestný čin spáchaný verejne; Trestný čin spáchaný so zbraňou; Pokraťovací trestný čin; Pokračovanie v trestnom čine.

Abstract
An article compares definitions of general terms which are included in fifth head chapter one of general part of Slovak Criminal Code and eight head of general part of Czech Criminal Code after recodification and tries to find out more suitable definitions. Article deals especially with terms residence, crime committed in public crime committed with weapon and continuation crime.

Key words
Definition of general terms; Comparation; Residence; Crime committed in public; Crime committed with weapon; Continuation crime.

1. ÚVOD

Dlhoročný spoločný právny vývoj na Slovensku a v Čechách spôsobil, že aj po takmer sedemnástich rokoch rozluky štátnosti a osamostatnenia právnych poriadkov nielenže oba právne poriadky stoja na rovnakých základoch, ale navyše mnohé konkrétne právne inštitúty zostávajú identické alebo aspoň veľmi podobné. Nič na tom nemenia ani rekodifikácie základných právnych kódexov, akými bolí na Slovensku prijatie zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov (ďalej len „slovenský TZ“ alebo „STZ“) a zákona č. 301/2005 Z. z. Trestný poriadok v znení neskorších predpisov a v Českej republike prijatie zákona č. 40/2009 Sb. Trestní zákoník v znení zákona č. 306/2009 Sb. (ďalej len „český TZ“ alebo „ČTZ“). V záujme nevyhnutnej kontinuity totiž aj rekodifikované zákonníky v mnohom, ak nie vo väčšine vychádzajú zo spoločných československých predchodcov. A na

čo meniť inštitúty a ich legálne znenia, keď sú overené dlhoročnou praxou a fungujú dobre.

Napriek tomu sa do znenia jednotlivých trestnoprávnych inštitútov na Slovensku a v Čechách postupne dostávajú určité odlišnosti, ktorých komparácia môže viesť ku skvalitneniu právnej úpravy v oboch štátoch. Tento článok sa zameral práve na hľadanie rozdielov v rámci legálneho znenia niektorých všeobecných pojmov slúžiacich ako výkladové ustanovenia, ktoré sú v slovenskom TZ ustanovené v V. hlave I. dielu Všeobecnej časti a v českom TZ vo VIII. hlave Obecní části.

2. TRESTNÝ ČIN SPÁCHANÝ VEREJNE

Definícia trestného činu spáchaného verejne podľa § 122 ods. 2 slovenského TZ: *„Trestný čin je spáchaný verejne, ak je spáchaný*

a) obsahom tlačoviny alebo rozširovaním spisu, filmom, rozhlasom, televíziou, použitím počítačovej siete alebo iným obdobne účinným spôsobom, alebo

b) pred viac ako dvoma súčasne prítomnými osobami.“

Definícia verejného spáchania trestného činu podľa § 117 českého TZ: *„Trestný čin je spáchán veřejně, jestliže je spáchán*

a) obsahem tiskoviny nebo rozšiřovaného spisu, filmem, rozhlasem, televizí, veřejně přístupnou počítačovou sítí nebo jiným obdobně účinným způsobem, nebo

b) před nejméně třemi osobami současně přítomnými.“

V definícii trestného činu spáchaného verejne v slovenskom TZ a českom TZ sú dva rozdiely. Prvý **sa týka vyjadrenia počtu osôb súčasne prítomných pri trestnom čine, aby išlo o jeho verejné spáchanie.** Slovenský TZ vyžaduje spáchanie trestného činu pred viac ako dvoma súčasne prítomnými osobami a český TZ pred najmenej tromi osobami súčasne prítomnými. Z logického výkladu vyplýva, že ide len o rozdiel vo formálnom vyjadrení legálnej definície, pretože materiálny obsah oboch týchto vyjadrení je rovnaký, trestný čin, aby bol spáchaný verejne, musí byť spáchaný pred najmenej troma osobami.

Druhý rozdiel je zásadnejšieho charakteru a týka sa **tzv. hromadne účinného spôsobu**[1] verejného spáchania trestného činu uvedeného v oboch definíciách v písm. a). Ide o akýkoľvek spôsob, ktorým je možné osloviť väčší počet osôb, poskytnúť im informáciu, pričom tento počet osôb nie je

[1] K tomu porovnaj: Samaš, O – Stiffel, H. – Toman, P.: Trestný zákon. Stručný komentár. Bratislava: Iura Edition, 2006, s. 248.

v judikatúre ani odbornej literatúre bližšie špecifikovaný, malo by to však byť minimálne niekoľko desiatok osôb, ktoré sú vďaka použitiu niektorého z demonštratívne vypočítaných prostriedkov spôsobilé zachytiť danú informáciu obsahujúcu verejné spáchanie trestného činu, tieto osoby ju však v realite nemusia naozaj zachytiť (napr. trestný čin ohovárania je spáchaný pomocou mestskej televízie, ktorá ohováranie vysiela v pracovný deň dopoludnia, televíziu je teoreticky schopných sledovať 100 000 osôb, je však irelevantné, či ju vtedy naozaj sledovalo 50 000 osôb, 50 osôb, 5 osôb alebo nikto).

Rozdiel medzi slovenskou a českou úpravou spočíva v definovaní počítačovej siete. **Zatiaľ čo slovenská právna úprava výslovne vyžaduje pre trestný čin spáchaný verejne jeho spáchanie s použitím počítačovej siete, česká právna úprava vyžaduje spáchanie verejne prístupnou počítačovou sieťou.**

„Počítačová sieť je súhrnné označenie technických prostriedkov, pomocou ktorých je realizované prepojenie a výmena dát medzi počítačmi. Umožňuje používateľom komunikáciu podľa zadaných pravidiel. Najčastejším dôvodom pripojenia k sieti je zdieľanie informácií a technických zariadení.“[2] Sieť pozostáva z dvoch základných častí:

hardware – zahrňuje všetky hmotné technické prostriedky siete (napr. počítač a jeho server) vrátane prostriedkov, ktorými je realizované vlastné prepojenie siete (napr. smerovače, vysielače, prepínače, káble),

b) software – „predstavuje programové vybavenie, ktoré v spolupráci s hardwareom siete zabezpečuje funkcie siete. U niektorých operačných systémov sú tieto funkcie už jeho súčasťou. Väčšinou je realizované pomocou rezidentných programov.“[3]

Keď sa hlbšie zamyslíme nad obsahom pojmu počítačová sieť, zistíme, že **počítačovou sieťou je akékoľvek prepojenie aspoň dvoch počítačov, pričom ide o počítače po technickej stránke, bez ohľadu na to, komu patria.** Teda v praxi prichádza aj k situáciám, kedy si jeden človek prepojí svoje dva osobné počítače, alebo napríklad mobilný telefón s počítačom a už tak vytvorí počítačovú sieť. Ak by takáto sieť obsahovala informácie, ktoré by boli spáchaním trestného činu (napr. fašistické heslá a znaky), **pri doslovnom výklade § 122 ods. 2 slovenského TZ by už išlo o trestný čin spáchaný verejne. To je samozrejme nezmysel, pretože takéto informácie nie sú šírené hromadne účinným spôsobom, z doslovného výkladu predmetného ustanovenia však nič iného nemôže vyplynúť. V tomto zmysle je omnoho výstižnejšia česká definícia v § 117 ČTZ, ktorá vyžaduje pre spáchanie trestného činu verejne prístupnú**

[2] http://sk.wikipedia.org/wiki/Po%C4%8D%C3%ADta%C4%8Dov%C3%A1_sie%C5%A5

[3] Tamtiež.

počítačovú sieť. Priamo v legálnom znení tejto definície sú teda z verejného spáchania trestného činu vylúčené počítačové siete neverejného charakteru, teda takého charakteru, ktoré nie sú schopné pôsobiť tzv. hromadne účinným spôsobom.

Z uvedeného vyplýva, že česká definícia verejného spáchania trestného činu je v otázke počítačových sietí kvalitnejšia, komplexnejšia a slovenská definícia by sa ňou mala čo najskôr inšpirovať. Dovtedy, aby sme sa na Slovensku vyhli nezmyselnej subsumpcií skutkov vykonaných prostredníctvom verejne neprístupnej počítačovej siete pod trestný čin spáchaný verejne, musíme aplikovať reštriktívny výklad pojmu „použitím počítačovej siete“ zúžený vzhľadom na zmysel právnej úpravy trestného činu spáchaného verejne podľa § 122 ods. 2 písm. a) STZ, ktorým je postihovať len činy šírené hromadne účinným spôsobom, čo vyplýva aj z ďalších demonštratívne vypočítaných spôsobov hromadnej účinnosti šírenia (napr. rozhlas, televízia, tlačovina a najmä iný obdobne účinný spôsob).

Na základe technického delenia počítačových sietí podľa ich veľkosti môžeme určiť, kedy ide o verejné spáchanie trestného činu hromadne účinným spôsobom (podľa písm. a) legálnej definície:

a. „Personal area network (PAN) – veľmi malá osobná sieť. Spolupracujúce zariadenia obvykle slúžia len jednej osobe (typicky prepojenie mobilu a počítača, PDA, notebooku...); spája zariadenia rádovo v dosahu metrov. Na prepojenie sa obvykle používajú bezdrôtové technológie (WiFi, IrDA, BlueTooth).“[4] Sieť PAN nie je spôsobilá na spáchanie trestného činu verejne hromadne účinným spôsobom, pretože takáto sieť slúži len jednej osobe alebo niekoľkým osobám. Ak by však osoba pomocou siete PAN pôsobila trestnoprávne relevantným spôsobom na minimálne tri osoby súčasne (teda v tom istom čase a na tom istom mieste) prítomné, dopustila by sa trestného činu verejne podľa písm. b) legálnej definície,

b. „Local area network (LAN) – lokálna počítačová sieť. Spája uzly (počítače) v rámci malého územia, resp. v rámci jednej budovy rádovo do vzdialenosti sto metrov. Slúži hlavne pre zdieľanie dát a zdrojov (zariadení) v rámci jednej firmy, budovy, lokality... LAN je obvykle v súkromnej správe, je tvorená jedným káblovým systémom (alebo iným prenosovým prostriedkom - rádiové vlny a pod.).“[5] Sieťou LAN možno spáchať trestný čin verejne podľa písm. a) legálnej definície len za predpokladu, že informácie

[4] Tamtiež.

[5] Tamtiež.

šírené takouto sieťou sú spôsobilé hromadne účinným spôsobom priamo pôsobiť na dostatočný počet osôb, t. j. minimálne na niekoľko desiatok osôb (napr. ak firemná sieť môže pôsobiť na 600 zamestnancov, pričom je irelevantné, koľko ľudí naozaj vnímalo inkriminovanú informáciu). Ak sieť LAN nie je ani spôsobilá priamo pôsobiť na dostatočné množstvo osôb (napr. firemná sieť je určená dvanástim ľuďom), nejde o trestný čin spáchaný verejne podľa písm. a) legálnej definície (opäť by za splnenia určitých podmienok mohlo ísť trestný čin spáchaný verejne podľa písm. b) legálnej definície),

c. „Metropolitan area network (MAN) – metropolitná sieť. Sieť tohto typu prepája lokálne siete v mestskej zástavbe – obvykle je obmedzená na jedno mesto. Spája do vzdialenosti rádovo desiatky kilometrov. Metropolitné siete umožňujú rozšírenie pôsobnosti LAN ich predĺžením, zvýšením počtu uzlov, zvýšením prenosovej rýchlosti. Rýchlosť v MAN býva vysoká, ale charakterom sa radí k sieťam LAN. Siete môžu byť súkromné, ale i verejné a prenajímané.“[6] Vzhľadom na masovejší záber sietí typu MAN, takouto sieťou je možné spáchať trestný čin verejne hromadne účinným spôsobom podľa písm. a) legálnej definície.

d. „Wide area network (WAN) – rozsiahla sieť. Spája rôzne LAN a MAN siete v pôsobnosti krajín, kontinentov, ale i sveta. Rozsiahle siete umožňujú komunikáciu na veľké vzdialenosti, obvykle bývajú verejné, ale existujú aj súkromné WAN siete... Klasickým príkladom takejto siete je internet.“[7] Informácie šírené sieťami typu WAN tvoria klasický príklad informácii šírených verejne použitím (verejne prístupnej) počítačovej siete podľa písm. a) legálnej definície.

3. TRESTNÝ ČIN SPÁCHANÝ SO ZBRAŇOU

Definícia trestného činu spáchaného so zbraňou podľa § 122 ods. 3 slovenského TZ: *„Trestný čin je spáchaný so zbraňou, ak páchateľ alebo s jeho vedomím niektorý zo spolupáchateľov použije zbraň na útok, na prekonanie alebo zamedzenie odporu alebo ju má na taký účel pri sebe; zbraňou sa rozumie, ak z jednotlivého ustanovenia nevyplýva niečo iné, každá vec, ktorou možno urobiť útok proti telu dôraznejším. Trestný čin je spáchaný so zbraňou aj vtedy, ak páchateľ použije napodobeninu zbrane alebo ju má pri sebe s úmyslom, aby bola považovaná za pravú.“*

Definícia spáchania trestného činu so zbraňou podľa § 118 českého TZ: *„Trestný čin je spáchán se zbraní, jestliže pachatel nebo s jeho vědomím*

[6] Tamtiež.

[7] Tamtiež.

některý ze spolupachatelů užije zbraně k útoku, k překonání nebo zamezení odporu anebo jestliže ji k tomu účelu má u sebe; zbraní se tu rozumí, pokud z jednotlivého ustanovení trestního zákona nevyplývá něco jiného, cokoli, čím je možno učinit útok proti tělu důraznějším."

Spáchanie trestného činu so zbraňou je v slovenskom aj českom TZ definované prakticky identicky. Akurát slovenský TZ obsahuje jedno dôležité rozšírenie, ktoré českému TZ chýba a to, že: *„Trestný čin je spáchaný so zbraňou aj vtedy, ak páchateľ použije napodobeninu zbrane alebo ju má pri sebe s úmyslom, aby bola považovaná za pravú."* Slovenský TZ tak veľmi správne postihuje aj prípady, kedy páchateľ používa na spáchanie trestného činu napodobeninu zbrane preto, aby táto napodobenina psychicky pôsobila na poškodeného, prípadne na iné osoby ako zbraň a tak páchateľovi uľahčila spáchanie trestného činu (napr. páchateľ pri lúpeži vytiahne gumovú, ale reálne vyzerajúcu napodobeninu strelnej zbrane, alebo gumový a inak úplne neúčinný, ale dobre vyzerajúci samurajský meč). Takáto napodobenina nespĺňa definíciu zbrane ako čohokoľvek, čím je možné urobiť útok proti telu dôraznejším, pretože ako napodobenina nemôže naplniť funkciu bežného spôsobu použitia zbrane proti telu a preto ak je používaná ľstivo, len aby bola považovaná za pravú zbraň (napr. mierenie gumovou pištoľou) a nepoužije sa alebo nehrozí sa jej použitím spôsobom, ktorým je v skutočnosti schopná urobiť útok proti telu dôraznejším (napr. ovalenie po hlave gumovou pištoľou), nejde o predmet schopný urobiť útok proti telu dôraznejší, teda nejde o zbraň a preto nemôže ísť ani o spáchanie trestného činu so zbraňou.

Samozrejme, česká trestnoprávna teória, prax i judikatúra považuje za zbraň v uvedenom zmysle aj napodobeninu zbrane. Napríklad judikát TR NS 4/2004-T 684[8] uvádza: *„Za zbraň ve smyslu § 89 ods. 5 TZ"* (teraz § 118 ČTZ, ktorý má prakticky identické znenie – pozn. autora) *„je třeba považovat i předmět, který pachatel použije v úmyslu vyvolat v poškozeném obavu z hrozícího fyzického násilí, je-li užit za takových okolností, kdy sa poškozený může důvodně domnívat, že hrozba zbraní je reálná a že se násilí uskuteční, jestliže se poškozený nepodřídí vůli pachatele. V takovém případě může být za zbraň považována i napodobenina střelné zbraně (např. pistole), která je ve skutečnosti jen hračkou nebo maketou."* Takýto výklad je určite správny a vhodný, ale opäť musí byť extenzívny, opierajúci sa o zmysel ustanovenia, ktorým je postihovať činy spáchané so zbraňou bez ohľadu na to, či je zbraň naozaj použitá na fyzický atak, alebo len ako hrozba fyzického ataku. **Vychádzajúc z doslovného výkladu legálnej definície spáchania trestného činu so zbraňou v českom TZ, by nemohlo ísť o spáchanie trestného činu so zbraňou, ak páchateľ použije napodobeninu zbrane alebo ju má pri sebe s úmyslom, aby bola považovaná za pravú. Preto by sa definícia spáchania trestného činu so**

[8] Judikát č. 684: Soubor trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, Praha: C. H. Beck, č. 4, 2004.

zbraňou v českom TZ mala v tejto otázke čo najskôr inšpirovať slovenskou definíciou trestného činu spáchaného so zbraňou.

4. TRESTNÝ ČIN SPÁCHANÝ V OBYDLÍ VERSUS OBYDLIE

Definícia trestného činu spáchaného v obydlí podľa § 122 ods. 5 slovenského TZ: *„Trestný čin je spáchaný v obydlí, ak je spáchaný v dome alebo byte iného alebo v iných priestoroch slúžiacich na bývanie vrátane priestorov a pozemkov k nim patriacich, ak sú ako súčasť obydlia uzavreté.“*

Definícia obydlia podľa § 133 českého TZ: *„Obydlím se rozumí dům, byt nebo jiná prostora sloužící k bydlení a příslušenství k nim náležející.“*

Napriek tomu, že slovenský TZ definuje, kedy je trestný čin spáchaný v obydlí a český TZ definuje obydlie, z oboch definícii je zrejmé, čo je obydlie, i to, kedy je trestný čin spáchaný v obydlí iného. Obe definície za obydlie považujú dom, byt alebo iné priestory slúžiace na bývanie, z čoho vyplýva, že aj dom alebo byt musia slúžiť na bývanie (teda obydlím nie je napr. dom alebo byt, v ktorom sa iba prevádzkuje podnikateľská činnosť).

Rozdiel je však v tom, ako sú definované ďalšie priestory a pozemky patriace k obydliu, respektíve príslušenstvo patriace k obydliu. Slovenský TZ k tomu uvádza: *„vrátane priestorov a pozemkov k nim patriacich, ak sú ako súčasť obydlia uzavreté.“* A český TZ zasa ustanovuje: *„a příslušenství k nim náležející.“*

Pojem príslušenstvo, ktoré spadá do obydlia vymedzila už v minulosti judikatúra Najvyššieho súdu. Napríklad R 1/1980 k tomu uviedol: *„Pojmom „byt“ sa rozumie nielen vlastný byt, ale i príslušenstvo, ako pivnica a povala... Súd preto správne uznal vinným trestným činom porušovania domovej slobody podľa § 238... TZ* (teraz podľa § 194 slovenského TZ a § 178 českého TZ, pričom by išlo o trestný čin spáchaný v obydlí podľa § 122 ods. 5 slovenského TZ, respektíve o obydlie podľa § 133 českého TZ – pozn. autora) *„páchateľa, ktorý násilne vnikol do pivnice poškodeného a tam prespal. „Domom“ sa rozumie i ohradená priľahlá záhrada a ohradený dvor vrátane objektov, ktoré sa tu nachádzajú, napr. kôlňa na drevo..., ako i ohradené priľahlé hospodárske priestory a budovy, napr. humno... Domom sa rozumie i rekreačná chata...“*[9] Podobne judikát Najvyššieho súdu ČR R 16/1993 konštatoval: *„Ochrana domovní svobody podle § 238 TZ“* (teraz podľa § 194 slovenského TZ a § 178 českého TZ – pozn. autora) *„se vztahuje i na sklepní kóje, které jsou příslušenstvím bytu, zabezpečené petlicemi a visacími zámky.“*[10]

[9] R 1/1980.

[10] R 16/1993.

Podľa môjho názoru **je definícia týchto ďalších priestorov a pozemkov patriacich k obydliu, ak sú ako súčasť obydlia uzavreté podľa slovenského TZ prepracovanejšia a jasnejšia ako príslušenstvo k nim prináležiace podľa českého TZ.** V praxi by sme sa totiž mohli pri tejto **českej definícii** dopracovať k tomu (aj keď súčasná prax k tomu podľa mojich poznatkov zatiaľ nevedie), **že by sa za obydlie považovali aj pozemky a prípadne iné priestory, ktoré nie sú ako súčasť obydlia uzatvorené (napr. ohradené),** teda také, ktoré síce patria priamo k domu alebo bytu či iným priestorom slúžiacim na bývanie, ale nie je z nich zjavné, že už sú súčasťou obydlia (napr. dom je postavený kus od dediny, vprostred veľkého pozemku, ktorý je jeho príslušenstvom, tento pozemok však nie je ohradený, okolo domu je nasadená tráva a ďalej je pozemok orbou rozdelený na malé políčka; náhodný turista nemá odkiaľ vedieť, že keď prejde cez tento pozemok, už sa nachádza v obydlí iného), z čoho môžu rezultovať mnohé nedorozumenia prejavujúce sa v komplikácii prípadov v praxi (napr. dokazovanie, že vniknutie na pozemok ako do obydlia nebolo úmyselné; alebo použitie nutnej obrany na ochranu domovej slobody; a to už ani nevravím, aké komplikované by bolo oprávnené použitie zbrane v obydlí podľa § 26 ods. 2 slovenského TZ, ak by takáto definícia bola v slovenskom TZ). Je síce pravda, že výklad pojmov pozemky a priestory ako súčasť obydlia uzavreté, ktoré obsahuje slovenská definícia obydlia, najmä vzhľadom na znak „uzavreté“, môže v praxi tiež spôsobovať isté komplikácie (napr. čo ak víchrica dočasne zničí časť oplotenia pozemku; alebo v oplotení pozemku sa dlhodobo nachádza malá diera, ktorou sa dokáže prevliecť človek), avšak nie sú to problémy, ktoré by sa nedali správnym výkladom ľahko odstrániť. Určite by bol takýto výklad jednoduchší a zdôvodniteľnejší, ako výklad, ktorý by za príslušenstvo k obydliu prináležiace nepovažoval neohradené (neuzatvorené) pozemky a priestory, ktoré priamo patria k domu, bytu alebo iným priestorom slúžiacim na bývanie.

Z uvedených dôvodov by stálo za zváženie, keby sa v tejto otázke definícia obydlia podľa českého TZ inšpirovala definíciou trestného činu spáchaného v obydlí podľa slovenského TZ.

5. POKRAČOVACÍ TRESTNÝ ČIN VERSUS POKRAČOVANIE V TRESTNOM ČINE

Definícia trestného činu spáchaného opakovane podľa § 122 ods. 9 slovenského TZ: *„Trestný čin je spáchaný opakovane, ak páchateľ postupne spáchal viac rovnakých trestných činov opakovanými samostatnými činmi, medzi ktorými nie je žiadna objektívna alebo subjektívna súvislosť, pričom trestnosť každého z nich sa posudzuje samostatne.“*

Definícia pokračovacieho trestného činu podľa § 122 ods. 10 slovenského TZ: *„Za pokračovací trestný čin sa považuje, ak páchateľ pokračoval v páchaní toho istého trestného činu. Trestnosť všetkých čiastkových útokov sa posudzuje ako jeden trestný čin, ak všetky čiastkové útoky toho istého páchateľa spája objektívna súvislosť v čase, spôsobe ich páchania a v*

predmete útoku, ako aj subjektívna súvislosť, najmä jednotiaci zámer páchateľa spáchať uvedený trestný čin; to neplatí vo vzťahu k čiastkovým útokom spáchaným mimo územia Slovenskej republiky.“

Definícia pokračovania v trestnom čine podľa § 116 českého TZ: *„Pokračováním v trestném činu se rozumí takové jednání, jehož jednotlivé dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují, byť i v souhrnu, skutkovou podstatu stejného trestného činu, jsou spojeny stejným nebo podobným způsobem provedení a blízkou souvislostí časovou a souvislostí v předmětu útoku.“*

Slovenský TZ na rozdiel od českého TZ obsahuje aj definíciu, kedy je trestný čin spáchaný opakovane. Existencia takejto definície aj v českom TZ nie je nevyhnutná, pretože je jasné, že ak sa napĺňa skutková podstata rovnakého trestného činu, a pritom nejde o pokračovanie v trestnom čine, ide o opakovanie trestného činu. **Navyše definícia trestného činu spáchaného opakovane je v slovenskom TZ definovaná mierne nešťastne,** pretože vyžaduje, aby pri jednotlivých činoch (útokoch) nebola buď žiadna objektívna alebo žiadna subjektívna súvislosť alebo ani objektívna ani subjektívna súvislosť. Z definície pokračovacieho trestného činu podľa § 122 ods. 10 STZ zároveň vyplýva, že o pokračovanie v trestnom čine ide vtedy, ak všetky čiastkové útoky toho istého páchateľa spája objektívna súvislosť v čase, spôsobe ich spáchania a v predmete útoku (pričom tieto tri zložky musia byť splnené kumulatívne), ako aj subjektívna súvislosť, najmä jednotiaci zámer páchateľa spáchať uvedený trestný čin. A čo s útokmi, ktoré síce majú medzi sebou subjektívnu súvislosť, aj istú časť objektívnej súvislosti, nie však všetky zložky objektívnej súvislosti (napr. je prítomná objektívna súvislosť čase, ale chýba súvislosť v spôsobe ich spáchania a v predmete)? Nejde ani o pokračovací trestný čin ani o opakovanie trestného činu? Takéto riešenie by bolo neprijateľné, navyše odporuje celkovému systému Trestného zákona. Preto musíme prejsť k systematickému výkladu § 122 ods. 9 a 10 slovenského TZ, z ktorého vyplýva, že pre opakovanie trestnej činnosti stačí úplná absencia (nie však obyčajné zatlačenie tohto znaku do úzadia inými znakmi) len objektívnej súvislosti v čase spáchania jednotlivých útokov, alebo len objektívnej súvislosti v spôsobe spáchania jednotlivých útokov, alebo len objektívnej súvislosti v predmete jednotlivých útokov. Ak totiž jedna z týchto objektívnych súvislostí absentuje, nemôže ísť o pokračovací trestný čin a teda tým pádom musí ísť o opakovanie trestného činu, pretože tieto dve ustanovenia sa vzájomne dopĺňajú. Pre legislatívnu čistotu by však § 122 ods. 9 slovenského TZ mal vyzerať takto: *„Trestný čin je spáchaný opakovane, ak páchateľ postupne spáchal viac rovnakých trestných činov opakovanými samostatnými činmi, medzi ktorými nie je žiadna objektívna súvislosť v čase, alebo žiadna objektívna súvislosť v spôsobe ich páchania, alebo žiadna objektívna súvislosť v predmete útoku, alebo žiadna subjektívna súvislosť, pričom trestnosť každého z nich sa posudzuje samostatne.“*

Definícia pokračovacieho trestného činu v § 122 ods. 10 slovenského TZ sa od definície pokračovania v trestnom čine podľa § 116 českého TZ odlišuje troma základnými znakmi.

Po prvé, česká definícia pojmom „*jehož jednotlivé dílčí útoky vedené jednotným záměrem naplňují,* **byť i v souhrnu**, *skutkovou podstatu stejného trestného činu,"* zahrnuje do definície pokračovania v trestnom čine i tzv. hromadný trestný čin (napr. podávanie alkoholických nápojov mládeži podľa § 175 STZ – sústavne, resp. podání alkoholu dítěti podľa § 204 ČTZ – opakovane), zatiaľ čo slovenský TZ ustanovuje pre hromadný trestný čin samostatnú definíciu v § 122 ods. 11, čo znamená, že pri pokračovacom trestnom čine by mal každý útok samostatne napĺňať skutkovú podstatu trestného činu. Rovnako vhodné sú obidva prístupy, český je snáď trochu šikovnejší v tom, že zbytočne nekomplikuje situáciu v prípadoch, keď ide o trestný čin, ktorý v sebe kombinuje prvky pokračovacieho trestného činu a trestného činu hromadného (napr. trestný čin zanedbania povinnej výživy podľa § 207 STZ, respektíve zanedbání povinné výživy podľa § 196 ČTZ).

Po druhé, slovenská definícia na rozdiel od českej obsahuje ustanovenie, že nejde o pokračovací trestný čin vo vzťahu k čiastkovým útokom spáchaným mimo územia Slovenskej republiky. To znamená, že na rozdiel od Českej republiky, kde pokračovanie v trestnom čine nevylučuje sama osebe skutočnosť, že niektoré útoky sú spáchané na území Českej republiky a iné v cudzine,[11] na Slovensku je toto vylúčené. Toto ustanovenie má na Slovensku zrejme za cieľ zjednodušiť procesné posudzovanie trestnej činnosti, aj keby inak napĺňala znaky pokračovacieho trestného činu, vzhľadom na aspekt jurisdikcie iného štátu, a vzhľadom na potrebu, aby sa posudzovanie jednotlivých čiastkových útokov na jednej strane nestalo res iudicata v rozpore so zásadou „nie dvakrát v tej istej veci" a na druhej strane, aby páchateľ neušiel pred spravodlivosťou za niektoré čiastkové útoky. Nevidím však problém ani v jednom ani v druhom prístupe.

Po tretie, zatiaľ, čo česká definícia pokračovania v trestnom čine vyžaduje, aby jednotlivé čiastkové útoky boli vedené jednotným (jednotiacim) zámerom, čo takmer vylučuje akékoľvek špekulácie o pokračovaní v nedbanlivostnom trestnom čine (mohli by sme akurát uvažovať o činnosti vedenej jednotným zámerom, ktorá z nedbanlivosti napĺňa skutkovú podstatu trestného činu), pri slovenskej definící pokračovacieho trestného činu sa vyžaduje, citujem *„subjektívna súvislosť, najmä jednotiaci zámer páchateľa spáchať uvedený trestný čin."*

A tu sa v slovenskej definícii pokračovacieho trestného činu dostávame k problému. Totiž z jazykového výkladu pojmu „subjektívna súvislosť, najmä jednotiaci zámer páchateľa spáchať uvedený trestný čin." nie je

[11] K tomu bližšie pozri napr. Šámal, P. – Púry, F. – Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, s. 654.

možné vyvodiť, či najmä jednotiaci zámer páchateľa musí byť pri pokračovacom trestnom čine vždy prítomný, alebo či sa subjektívna súvislosť zvykne najčastejšie, no nie nevyhnutne prejavovať jednotiacim zámerom. V praxi sa pri pokračovacích trestných činoch naozaj takmer výlučne stretávame s úmyselnými trestnými činmi a tým pádom s jednotiacim zámerom. Odborná literatúra značne zjednodušene stotožňuje pojem subjektívna súvislosť s pojmom jednotiaci zámer.[12] Táto literatúra zároveň opomína riešenie vzťahu subjektívna súvislosť a nedbanlivostný trestný čin a vôbec problému, **či aj nedbanlivostný trestný čin môže byť pokračovacím trestným činom.**

Preto musíme pri výklade subjektívnej súvislosti v § 122 ods. 9 i 10 slovenského TZ postupovať v súlade s logickým výkladom a to v previazanosti na charakter trestných činov z hľadiska ich zavinenia. Ak posudzujeme subjektívnu súvislosť úmyselného trestného činu, táto spočíva práve v tom, že páchateľ chcel, prípadne bol aspoň uzrozumený s tým, že spácha viac čiastkových útokov toho istého trestného činu, teda, mal k týmto útokom jednotiaci zámer. **Preto je v prípade úmyselných trestných činov jednotiaci zámer obligatórnou súčasťou subjektívnej súvislosti.**

Pri nedbanlivostných trestných činoch páchateľ nechce spáchať trestný čin, preto v jeho počínaní nie je vôbec prítomný zámer spáchať trestný čin a preto ani nemôže ísť o jednotiaci zámer. Je teda možné, aby páchateľ dvoch nedbanlivostných čiastkových útokov (útok v zmysle protiprávneho činu) previazal tieto útoky takou subjektívnou súvislosťou, aby tvorili jeden pokračovací trestný čin? Ak napríklad lekár počas dvoch služieb hrubo zanedbá svoje povinnosti, pretože sa trebárs opije (pričom sa rozhodol dávnejšie, že na mnohé služby bude chodiť opitý) a v dôsledku toho zomrú traja ľudia, môže ísť o jeden trestný čin usmrtenia? Alebo ak vodič svojou jedinou nezodpovednou jazdou, ale dvojnásobným porušením konkrétnej povinnosti spôsobí dve havárie (napr. tak, že nedá prednosť v jazde a preto auto na hlavnej ceste zabrzdí a do neho vrazí auto zo zadu a to isté sa zopakuje na križovatke o sto metrov), pri ktorých dve osoby utrpia ublíženie na zdraví, môže ísť o jeden trestný čin ublíženia na zdraví? Ja som presvedčený, že áno

Túto teóriu potvrdzuje aj starší a pokiaľ viem oficiálne nepublikovaný judikát Najvyššieho súdu ČSSR sp. zn. 4 TZ 14/1968: *„Z pojmu „jednotící záměr“ vyplývá, že takováto podmínka by mohla být splněna pouze u trestných činů úmyslných, zatímco nedbalostní trestní činy, byť by*

[12] K tomu bližšie pozri napr: Ivor, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2006, s. 92.

vykazovaly znaky subjektivní i objektivní souvislosti, by nikdy nebylo možno posuzovat jako jeden trestný čin.

U nedbalostních trestných činů nelze proto při právním posuzování vycházet z tohto hlediska. Rozhodné u těchto trestných činů je, zda je možno zjištěnou činnost pachatele hodnotit jako jeden skutek. Jednotícím kriteriem z hlediska subjektivní stránky zde byl lehkomyslný přístup k plnění povinností. Oba případy se staly v rozpětí 1 měsíce, na stejném místě, byly spáchany ve stejné funkci, kdy obžalovaný jako zootechnik zanedbal své povinnosti, a v důsledku toho došlo k úhynu dobytka a škoda vznikla témuž podniku. Byla tu tedy řada znaků svědčících o subjektivní i objektivní souvislosti obou forem nedbalého jednání obviněného, na základě nichž měla být skutková zjištení v obou případech hodnocena jako jediný skutek a tím i jako jeden trestný čiin."[13]

Teda v načrtnutých príkladoch i judikáte bol prítomný jeden ľahkovážny prístup k plneniu povinností, ktorý je bezosporu charakteru subjektívnej súvislosti, a ktorý sa potom prejavil v čiastkových skutkoch, medzi ktorými bola objektívna súvislosť v čase, mieste i spôsobe spáchanie trestného činu. **Za subjektívnu súvislosť pri nedbanlivostných trestných činoch teda môžeme považovať ľahkovážny prístup k plneniu povinnosti, pričom je však potrebné preukázať, že konkrétne čiastkové útoky pokračovacieho trestného činu boli spôsobené práve ľahkovážnym prístupom páchateľa k plneniu povinností tvoriacim jednu vlnu správania sa páchateľa** (napr. že lekár mal časté, ba až pravidelné prípady nadmerného požívania alkoholických nápojov v službe; alebo vodič sa rozhodol realizovať jazdu z bodu A do bodu B celú riskantným spôsobom). Preto nie sú pokračovacím trestným činom ale opakovaním v trestnej činnosti také nedbanlivostné útoky páchateľa, ktoré síce zodpovedajú druhovo rovnakému nedbanlivostnému zanedbaniu povinností, toto zanedbanie však nevyplynulo z jednej vlny páchateľovho správania sa určitým spôsobom (napr. lekárovi zomrú dvaja pacienti, pretože sa dva razy opil v službe, lekár to však nezvykne bežne robiť, raz sa opil preto, že ho na to nahovoril kolega odchádzajúci z práce a druhýkrát preto, že oslavoval narodenie vnuka; alebo vodič bežne nezvykne porušovať dopravné predpisy, raz sa tak však rozhodol, lebo videl dlhú rovnú a skoro prehľadnú cestu a o týždeň tak urobil, pretože sa ponáhľal do práce, v oboch prípadoch spôsobil ublíženie na zdraví.)

Z uvedeného vyplýva, že na subjektívnu súvislosť v zmysle § 122 ods. 10 slovenského TZ môžeme nahliadať tak, že sa obligatórne prejavuje:

[13] Citované podľa: Fenyk, J. – Illková, P.: Rozhodnutí a stanoviska k trestnímu zákonu – Výňatky z hmotněprávních rozhodnutí a stanovisek, 1918 – 1995. Vydání 1. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 334.

- **v prípade úmyselných trestných činov jednotiacim zámerom páchateľa spáchať uvedený trestný čin,**

- **v prípade nedbanlivostných trestných činov ľahkovážnym prístupom páchateľa k plneniu povinností tvoriacim jednu vlnu správania sa páchateľa.**

Uvedený názor odôvodňuje súčasné znenie § 122 ods. 10 slovenského TZ, podporuje ho judikát Najvyššieho súdu ČSSR sp. zn. 4 TZ 14/1968, nie je však zatiaľ všeobecne vžitý v slovenskej trestnoprávnej teórii ani praxi. Stojí však za zváženie a osobne sa zaň prihováram. Zároveň by sa mohlo pouvažovať o jasnejšom legislatívnom vyjadrení takéhoto riešenia v znení § 122 ods. 10 slovenského TZ (viď napr. vyššie uvedená definícia) a tiež by sa o podobnom riešení mohlo uvažovať aj pri znení pokračovania v trestnej činnosti podľa § 116 českého TZ.

6. ZÁVER

Z predloženej komparácie vybraných pojmov v slovenskom a českom Trestnom zákone vyplýva, že trestnoprávne právne úpravy oboch krajín sú si aj po rekodifikácii v oblasti trestného práva stále veľmi blízke a naďalej zostávajú najbližším zdrojom vzájomnej inšpirácie.

Literature:

- Fenyk, J. – Illková, P.: Rozhodnutí a stanoviska k trestnímu zákonu – Výňatky z hmotněprávních rozhodnutí a stanovisek, 1918 – 1995. Vydání 1. Praha: C. H. Beck, 1995, s. 795, ISBN 80-7179038-9
- Ivor, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Bratislava: IURA EDITION, 2006, s. 531, ISBN 80-8078-099-4
- Samaš, O – Stiffel, H. – Toman, P.: Trestný zákon. Stručný komentár. Bratislava: Iura Edition, 2006, s. 885, ISBN 80-8078-078-1
- Soubor trestních rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR, Praha: C. H. Beck, č. 4, 2004.
- Šámal, P. – Půry, F. – Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha: C. H. Beck, 2004, s.742, ISBN 80-7179-896-7
- http://sk.wikipedia.org/wiki/Po%C4%8D%C3%ADta%C4%8Dov%C3%A1_sie%C5%A5

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
eduard.burda@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE CONTROL UPON MONEY LAUNDERING?? A COMPULSORILY NEEDED MEAN FOR A MODERN STRATEGY IN PENAL POLICY

ANAMARIA CERCEL
RUXANDRA RADUCANU

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova, Romania

Abstract
In the Romanian legislation money laundering was not incriminated until 1999. The requirement of the Convention of Strasbourg was that each state adopts legislative measures to confer the character of offence in accordance with the international law to the facts stipulated by the article 6 of the Convention. In this sense, the Romanian Parliament adopted the Law no. 21/1999 for the prevention and sanction of money laundering. The main shortcoming of this regulation eas that the definition of money laundering reduce the number of variety of acts that can be considered criminal activities of money laundering. In order to remediate this deficiency, the Romanian Parliament adopted the Law no. 656/2002.

The recent statistical data have shown an increase of the state's efforts in order to prevent and punish the cases of money laundering. This development created tangible benefactor effects upon the country's stability, as well as for the international climate in this domain.

Key words
Penal policy; money laundering.

1. ORGANIZED CRIME AND MONEY LAUNDERING

Organized crime is in close connection with areas of criminal life, both with the ones already present, and with the relatively new ones, such as in the field of informatics, money laundering and banking frauds. Organized crime means performing serious crimes, as indicated by the Romanian legislation: manslaughter, qualified manslaughter, first degree manslaughter, slavery, crimes regarding the laws referring to weapons and ammunition, explosives, nuclear materials or other radioactive materials, forgery of coins or other valuables, unauthorized revealing of the economical secret, embezzlement, procurement, crimes related to gambling, crimes related to drug traffic, crimes related to traffic with persons, immigrants, money laundering, corruption and crimes in direct link to it, smuggling, fraud, crimes committed through informations or communications systems or networks, traffic with human tissues or organs.

At the beginning of the third millennium, the criminal activity manifested itself in more and more sophisticated ways, impacting the field of finance

banking. Thus, the globalisation of capital market had as a consequence the fact that most economies became more open, creating the possibility that huge sums of money could move freely, in search for profit and for the most favourable economical investment.

Criminal groups, through their activity in the field of organized crime, gather enormous amounts of cash, which, considering their source, are called in the specialized literature, "dirty money". Initially, the problem of dirty money regarded only the gains from drug traffic, but later, when criminal activity diversified, all the money from this field was so designated.

Money laundering is made up of many operations of placement, disguise and integration of dirty money in a circuit of transactions, in order to give them a legal appearance, and to dissociate them from their dirty origin. The climax of these operations is the integration of those incomes in the financial banking circuit.

So money laundering is, by definition, a symbol of economical and financial crime.

For the political, financial and judicial authorities, the problem was how to stop these criminals from attempting to do the money laundering, with the purpose of obtaining the consumption of the financial resources of the organized crime (a legal strategy that is called: " Achilles' heal of the octopus").

Money laundering is the symbol of economical and financial organized crime, and it attracts national and international efforts for discovering illicit transfers of goods and confiscating them, but most of all, for the effective prevention of these types of activities.

2. INTERNATIONAL AND COMMUNITY'S DOCUMENTS IN THE FIELD OF MONEY LAUNDERING.

Remarking the danger that this phenomenon represents for the states' security, for the functioning of their economies, an international cooperation was created, on the basis of several international and community's agreements.

Thus, on the international level, the cooperation for the prevention of money laundering led to the Convention of Strasbourg, of November 8th 1990, to which Romania joined through the Law 263 of 28.05.2002.

Money laundering is a trans-national crime.

A trans-national crime is a crime that is:

a) committed both on a state's territory, and outside of it;

b) committed on a state's territory, but the planning, preparation, management or control are exerted from somewhere else, on another state's territory;

c) committed on a state's territory by a criminal group that is active in two or more states;

d) committed on a state's territory, but its results happen on another state's territory.

The convention defines the following terms, which are also valid in the Romanian legislation, adopted following the draft of this Convention. So, the following terms must be understood in the following way:

a) product is any economical advantage obtained through crime. This advantage may consist in any kind of goods, such as this term is defined below;

b) good means a good of any nature, corporate or incorporate, mobile or immobile, as well as the legal documents which attest a title or a right regarding a good;

c) instrument means any object used or destined to be used in any way, totally or partially, in order to commit one or several crimes;

d) confiscation means a measure ordered by the court, following a procedure regarding one or several crimes, measure which leads to the permanent deprivation of that good;

e) main crime designates any crime, the results of which are one of those mentioned in article 6 of the Romanian Law.

Another requirement is that every state should adopt legislative measures able to ensure the feature of being a crime, according to the international law, to the deeds mentioned in article 6 of the Convention. There were two possibilities of answering to this new legislative need: a distinct incrimination or to expand the field of application and redefine a penal rule that already existed.

In the European Union several community's acts were adopted, in order to unify internal legislations and in order to facilitate the prevention of money laundering, such as: the Directive of the European Union 91/308/CEE regarding the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering, modified by the Directive 97/2001CEE of the Parliament and Council of the European Union, Directive 3 (2005/06CEE), which was already enforced as a law in Romania.

In the EU Report of the Evaluation Mission of March 2006 regarding money laundering, it was decided, that "the main Romanian legislation is adapted completely to the international and EU acquis".

3. EVOLUTION OF THE INTERNAL LEGISLATION

For more than 9 years, the Romanian legislation had no regulations regarding money laundering, which led to the increase of the criminal phenomenon of hiding the profits obtained through criminal activity, as only the authors of the crimes generating money were punished. Practically, whoever facilitated money laundering wasn't sanctioned, although his actions were sometimes more dangerous than the ones of the authors of the crimes. As a result, there is no explicit information regarding the existence and extent of this phenomenon until the moment of its internal incrimination.

In order to respect the international commitments of the Vienna Convention, the Romanian Parliament adopted the Law 21/1999 for preventing and sanctioning money laundering. In article 23 are described its procedures:

a) exchange or transfer of values, knowing that they come from crimes, drug dealing, crimes against the laws referring to weapons and ammunition, explosives, nuclear materials or other radioactive materials, forgery of coins or other valuables, unauthorized revealing of economical secrets, embezzlement, procurement, smuggling, blackmail, crimes related to gambling, crimes related to drug traffic, crimes related to traffic with persons, immigrants, money laundering, corruption and crimes in direct link to it, crimes committed with the help of the computer, credit card frauds, crimes committed by persons who are part of criminal organizations, disrespect to the dispositions regarding the import of waste, or to the dispositions regarding gambling, with the purpose of concealing their illicit nature, or accommodating or helping the persons involved in such activities, or allegedly involved;

b) concealing or dissimulating the real nature of the origin, belongings, dispositions, movements of the property of goods or the nature of the right upon them, knowing that these goods come from one of the crimes mentioned on the letter a;

c) obtaining, possessing or using goods, knowing that they come from one of the crimes mentioned at the letter a;

In the second paragraph of the art. 23 of the law 21/1999 the deed of associating, initiating, joining to or supporting in any way money laundering is sanctioned.

The main problem of this regulation was that the definition of money laundering uses a specific list of crimes, reducing the number and the variety of the deeds that can be considered penal activities of money laundering, a fact which does not correspond to the legislation of the European Union (for example, embezzlement was not covered by this law).

In order to correct these deficiencies, the Romanian Parliament adopted the Law 656/2002 for the prevention and sanctioning of money laundering, and the crime of money laundering received a new rule. Thus the following deeds became penal acts of money laundering.

a) exchange or transfer of goods, knowing that they come from committing a crime, for the purpose of hiding or dissimulating the illicit origin of these goods;

b) concealing or dissimulating the real nature of the origin, belongings, dispositions, movements of the property of goods or of the right upon them, knowing that these goods come from committing a crime;

c) obtaining, possessing or using goods, knowing that they come from committing a crime.

Starting from this particular aspect, it results that the legal objects of this crime are the patrimonial and social relations, the protection of which ensure the legal circulation of money, and the fairness of banking operations.

The material object of the crime is the good itself, an item to which the criminal activity is directed. In this sense, the notion of "goods" means that "corporate or intangible goods, mobile or not, as well as legal acts or documents attesting a title or a right" can constitute a material object of this crime.

Money - the national or foreign currency with power of circulation - hasn't been included in the definition of the notion of goods, as stated in the art. 2, letter b) of the Law 21/1999, substituted by the Law 656/2002. They represent merchandise, which embodies the general value of merchandise, being a measure of value, a mean of circulation, mean of accumulation.

But it already exists, foreseen in our legislation, the offence of concealing, with its aggressive modality incriminated by the Law no. 78/2000.

Together with the regulation of the infraction of money laundering appeared the problem of distinguishing the relationships between money laundering and concealing, seen as infraction.

Concealing permits the sanction of the actions of reception, obtaining or transformation of a good or of the facility of its valorisation, knowing that the good comes from committing an action foreseen by the penal law, if through this has been pursued the obtaining for oneself or for other of a material advantage. The law no. 78/2000 incriminates the concealing of goods resulted from committing it a felony of corruption and of those similar to them. From the analysis of these dispositions it results that, as it was appreciated in the specialized literature, through the Law no. 78/2000 a new offence of concealing, distinct from the one foreseen and sanctioned by

art. 221 Penal Code has not been incriminated but only an aggravated modality of it, in those situations in which it refers to the goods resulted from committing a felony of corruption or assimilated to it. This action is more obvious because the sanction of this modality is made by referring to the punishment foreseen in art. 221 of the Penal code, the maximum of which is increased with 2 years.

In a similar way was incriminated a new normative modality of the felony of money laundering, foreseen in art. 23 intended line 1 from the Law no. 656/2002, through the dispositions of the art. 17 letter c) from the Law no. 656/2002 for preventing, discovering and sanctioning the corruption actions, when money, goods or other values come from the sanction of a corruption felony or assimilated to it.

If we should refer to the judicial object, the concealing jeopardises the social relations with patrimonial features, enabling to disappear the goods resulted from committing some actions foreseen by the penal law. It implies the recovery of these goods and the reconstitution of the patrimony from which they were taken. Concealing also jeopardises the social relations whose protection is made through the insurance of normal achievement of penal justice, because enabling to disappear the traces of the goods resulted from committing some actions foreseen by the penal law prevents the discovery and sanction of delinquents, making more difficult the accomplishment of justice.

On the other hand, the special judicial object of the felony of money laundering is constituted by these social relations with patrimonial features of which the formation, existence and development cannot be conceived without the protection and assurance of the legal circuit – either financial, banking, commercial or civil – of money, values and goods against the attempt to conceal or dissimulate an illicit penal origin of these or to favour the persons involved in this activity or presumably willing to avoid the judicial consequences of their actions.

We can say that, in regard to the material element of the infraction of money laundering, the exchange or transfer of some goods is ascribed to the transformation as a material element of the concealing, hiding or dissimulating of the nature, source, placement, disposition, circulation or origin of goods, and in regard to obtaining, holding or using of goods, these activities are rediscovered in the material element of the concealing, seen under the aspect of receiving or obtaining.

In order to constitute the material object of the infraction of money laundering, the goods must come from committing some offences, as it is foreseen in the legal regulation itself of money laundering. De lege ferenda, we consider that, in order to cover all the areas of the actions of money laundering, the legislator should have used a more extended term regarding the source of the goods that form the material object of this felony. So, the legislator should have taken into account the goods that come from

committing any actions foreseen by the penal law, which would allow the sanction of the person who commits money laundering, even if the action generating money would not constitute a felony, and the person that commits it would be not punished. The reason of such a regulation is that the felony of money laundering has a distinct incrimination, completely separated from the basic felony, and in many penal legislations the tendency is to sanction more severely money laundering than the felony which generated illegal incomes, taking into account that many times the effects of the money's "cosmetic treatment" are more noxious than the ones of the actions from which they come.

Money laundering is a more serious form of concealing the values, money or goods resulted from committing an infraction and which, due to reasons of penal policy, the legislator has distinctively incriminated under other designation.

4. ORGANISMS INVOLVED IN THE STRUGGLE TO CONTROL MONEY LAUNDERING IN ROMANIA

Under the conditions of the Law no. 656/2002, established in order to prevent and sanction money laundering, and also to establish some measures able to prevent and react against the financing of acts of terrorism, the central institution in the domain is the National Office of Preventing and Striving Against Money Laundering, which cooperates with other institutions and public or private entities, for which the law foresees expressly attributions in order to struggle against money laundering.

The NOPSML, according to the provisions of Chapter III from the Law no. 656/2002, functions as a specialized organ with judicial personality, subordinated to the Government and under the coordination of the Prime Minister, through the Prime Minister's Office, with the residence in the municipality of Bucharest, having as object of activity the prevention and struggle against money laundering and against the financing of acts of terrorism, purpose in which it receives, analyses, processes information and lets it to be known, when is found out the existence of some solid indications of money laundering or of some suspected operations of financing the acts of terrorism to the Public Ministry attaining to the High Court of Cassation and Justice. In the situation in which would be discovered the financing of some acts of terrorism, the Office immediately informs the Romanian Service of Information regarding these suspected operations.

The organization and functioning of the Office was foreseen from the beginning of its existence as a Unity of Financial Information, respectively a competent authority at national level that coordinates the Romanian system of prevention and reaction versus money laundering.

Alike the competencies established to FIU by the Egmond Group, ONPCSB has among its main "attributions" the competencies:

- to control the conformity of the reporting entities, either independent or connected with the authorities of financial control and prudent surveillance attributions (financial and non-financial institutions) towards the obligations established by the special law;

- to participate in the instruction programmes organized by the reporting entities. According to the legal provisions, the Office receives from the reporting entities three types of reports:

- The report of suspected transactions,

- The report regarding the operations with sums in cash, in lei or in other currency, where the minimal limit represents the equivalent in lei to 10.000 euro,

- The report for external transfers in and from accounts of sums of which the minimal limits are equivalent in lei to 10.000 euro.

In international plan, the National Office of Preventing and Striving against Money Laundering has become a member of the Egmont Group since May 2000".

So there are institutions with elaboration and/or application attributions of the legislation in the domain of prevention and reaction versus money laundering: Ministry of Justice, Ministry of Public Finances, Ministry of European Integration, Ministry of Administration and Internal Affairs Public Ministry attaining to the High Court of Cassation and Justice, The National Anticorruption Direction, The National Bank of Romania, The Romanian Service of Information; institutions with financial control and prudential surveillance attributions: The National Bank of Romania, The National Control Authority, The Ministry of Public Finances, The Audit Office of Romania, The National Commission of Mobile Values, The Surveillance Commission of Assurances; entities with reporting obligations: the Romanian banks and branches of the foreign banks, financial and credit institutions, assurance – reassurance societies, economic agents that carry on activities of gambling or pawning, natural or legal persons that give assistance of judicial, notaries offices, book-keeping, financial-banking specialities, post offices, exchange houses and others; professional associations: Romanian Association of the Banks, The National Association of the Societies of Mobile Values, The Lawyers' Union from Romania, The National Union of the Public Notaries from Romania, Chartered Accountants and Authorized Accountants' Body from Romania, Association of the Organizations of Casinos in Romania, Romanian Association of Estate Agencies, Real Estate National Union, the Cars' Producers and Importers' Association from Romania, The National Association of Tourism Agencies, The Manufacturers' National Union from Romania.

5. A GENERAL VIEW OF THE PHENOMENON OF MONEY LAUNDERING ILLUSTRATED THROUGH STATISTIC INDICATORS

In the activity report of NOPSML in the year 2006 it was shown that financial analyses realized by this organism in order to identify the appearance of money laundering revealed that the main source felony of dirty money was tax evasion (51,75% of cases, followed closely by fraud (10,89%). Following the control activities of ONPCSB, of the Financial Guard and of the National Bank, in 2006 was noticed a diminution of the number of the ghost commercial societies and also of the number of persons involved in the operations of money laundering.

The number of reports of withdrawals in cash of more than 10,000 euro, received by NOPSML in the period 1999-2006: in 1999 - 4.125, in 2000 - 9.475, in 2001 - 8.665, in 2002 - 8.237, in 2004 - 11.658, and in 2005 - 14.944, as in the year of the pre-adhesion, in 2006, the growth was spectacular to 71.571.

For the situation of the Reports of Suspected Transactions, in the same report it was shown that the number of reports totally received by the Office in 2006 was of 3.196, of which from the reporting entities - 2.720 (respectively, from banks: 2.560, from casinos: 46, from dealers of cars: 2, from notaries: 1, from exchange houses: 3, from societies of money transfer: 8, from assurance societies: 4, from other legal persons: 47, from natural persons: 32, from financial investment' societies: 12, from post offices: 5), and from the control and prudent surveillance institutions and other institutions - 476.

The representatives of ONPCSB have shown that, in 2006, the notifications of the Office to the Public Ministry attaining to the High Court of Cassation and Justice (HCCJ) have been finalized by 23 accusations on money laundering and, under the suspicions of money laundering, have been cancelled five bank transactions and have been suspended 4 such operations.

For 2007, at the same time with the entrance of Romania in the U.E., the habilitated institutions have developed their activities, both on the prevention side, and on the investigation side of the indications and suspicions of money laundering, with unproved international cooperation.

So, the number of reports of withdrawals in cash of more than 10,000 euro, received by NOPSML has overrun the value of the previous year, being recorded 90,123, from which notifications from banks (including the branches of foreign banks) 8.802 reports; and other institutions have sent 81.321 reports of which: societies of services in financial investments 464; societies of administration investments: 10; investment societies: 3; crediting financial institutions: 112; leasing societies: 28; societies of intermediate financial operations: 2; societies of assurances/ reassurances: 68; exchange houses: 1.723; economical agents that develop pawning

activities: 3; economical agents in the domain of gambling: 2.152; agents of sales / emptions of artefacts, precious stones and metals: 1; economical agents that develop tourism activities: 19; cars' dealers: 4.349; treasury: 599; post offices: 216; societies of money transfer: 39; persons that exert free judicial professions, lawyers: 5; persons that exert free judicial professions, notaries: 68.306; courts, natural and legal persons that provide financial consultance, accountants or financial-banking: 4; real estate agencies: 241; associations / foundations: 1; other legal persons: 2.854; natural persons: 1; economic agents in the services' domain: 3; customs: 118.

About the situation of the Reports of Suspected Transactions – the number of reports totally received by the Office, in 2007 has been amounted to 2.574, so in diminution if compared to the previous year. The structure is the following: from the reporting entities have been received 2.096 reports, of which from the banks: 1.861; from societies of financial investments: 6; from leasing societies: 5; from assurances / reassurances societies: 10; from societies of intermediated financial operations: 6; from exchange houses: 2; from societies of money transfer : 23; from lawyers: 7; from notaries: 86; from persons that give fiscal accounting assistance: 1; from consultance societies: 1; from real estate agencies: 3; from natural persons: 39; from other legal persons: 46; from financial control and prudent surveillance institutions have been recorded 177 such reports; Financial Guard: 84; Ministry of Public Finance: 47; National Authority of Customs: 25; National Bank of Romania: 16; National Council of Mobile Values: 5.

In 2007 NOPSML has notified the Public Ministry attaining to the HCCJ, 6 cases of laundering of money, laundering through fraud and fiscal evasion, has suspended a number of 3 suspected financial operations: 3 and the total value of the immobilized sums was of: 476.185 USD and 200.000 EURO.

6. CONCLUSIONS

The more intense activities developed by the habilitated institutions and organisms in the sense of prevention and reaction versus money laundering offers the image of a very dangerous phenomenon, which undermines alone or together with the other manifestations of organized criminality the economic, social and political stability of the world' states, without being avoided in any way. The verification of money's origin is the main obligation of the authorities, and in Romania, the bank's and other professional secrets are not to be invoked in front of the judicial organs, as the possibility exists of placing under surveillance the telecommunications' system or electronics and the bank accounts when there are solid legal indications related to the activities of money laundering.

Literature:

- Gh. Mocuta, "Organized crime and money laundering", Ed. Noul Orfeu, Bucharest, 2004

- Nicolas Queloz, Boris Boller, Fabrice Haag, "Dispositifs de controle du blanchiment d'argent", Revue Suisse de criminologie no. 1/2007
- Antonello Biagioli, "Financial crime as a threat to the wealth of nations. A cost - effectiveness approach", Journal of Money Laundering Control, no. 11/2008
- Nicolas Queloz, "Efficacite des systemes de controle du blanchiment d'argent ", Revue Internationale de criminologie et de police technique et scientifique, no. 1/2007
- Ion Pitulescu, "Consideratii referitoare la infractiunea de spalare a banilor"., in Dreptul No. 8/2002
- H. Diaconescu, Infractions of corruption and others assimilated or in connection to these, Ed. All Beck, 2004
- Dongoroz, S. Kahane, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, R. Stănoiu, V. Roşca, Theoretical explanations of the Romanian penal Code, special part, vol. III, Ed. Academiei, Bucharest, 1971
- H. Diaconescu, Penal right - special part, vol. I, Ed. All Beck, Bucharest, 2005
- Anamaria Cristina Cercel, Criminologie, Editura Hamangiu, Bucuresti, 2009
- Ruxandra Raducanu, Drept penal. Partea speciala, Editura Universul Juridic, Bucuresti, 2009

Contact – email
rux_raducanu@yahoo.com
acf88@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

UST. § 363 V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU: KROK VPŘED ČI NIKOLI?

LENKA ČIHÁKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o úpravě beztrestnosti agenta v novém trestním zákoníku ČR, ve které přibyl především taxativní výčet tr. činů, za které není agent trestný v případě, že se jich dopustil s cílem odhalit pachatele. Tato nová úprava snižuje výskyt problémů, ke kterým dochází v souvislosti s činností agenta za současné právní úpravy, na druhou stranu ovšem představuje výrazný zásah do sféry lidských práv a je tak potřeba se zamyslet nad tím, zda je tento zásah ospravedlnitelný či nikoli.

Key words in original language
Agent; Policejní provokace; Operativně pátrací prostředky; Beztrestnost; Lidská práva.

Abstract
The paper discusses the adjustment of impunity of an agent in the new Criminal Code of the Czech Republic. Above all, there is newly added an enumeration of particular offences for which the agent is not punishable if committed to identify the perpetrators. This new adjustment reduces the problems which occur in connection with agent's activities under current legislation. On the other hand, this provision constitutes a significant intervention into the human rights sphere and thus it is necessary to pause on whether the interest on agent's activity is a vindicative interest, or whether they are interferences above the frame of constitutionally guaranteed rights.

Key words
Agent; Human rights; Impunity; Police provocation.

Lidská společnost spěje rychle kupředu a jinak tomu není ani při progresu v oblasti organizovaného zločinu. Pachatelé jsou stále zkušenější, mají stále více možností a způsobů jak páchat trestnou činnost, a tohoto také využívají. Na druhou stranu orgány, které tuto trestnou činnost vyšetřují, se při rozšiřování svých vyšetřovacích pravomocí již takovému úspěchu netěší. Ačkoliv zájem na odhalování skupin páchajících organizovaný zločin je vysoký, některé vyšetřovací praktiky narážejí na nesouhlas veřejnosti, a to jak laické, tak i odborné. Zejména je to z toho důvodu, že často tyto vyšetřovací praktiky zasahují do sféry lidských práv stále více.

V novém trestním zákoníku se objevilo více institutů, které mají pomáhat v boji proti organizovanému zločinu, ačkoliv mnohé z nich se již objevovaly v úpravě předchozí. Jedním z nich je i institut beztrestnosti agenta podle

ustanovení § 363 tohoto nového zákona. Ani on není v našem trestním právu ničím novým, ačkoliv je nutno říci, že jeho nová úprava přináší řadu podstatných změn.

V odstavci prvním: Policista plnící úkoly jako agent podle jiného právního předpisu (dále jen „agent“), který se účastní činnosti organizované zločinecké skupiny nebo organizovanou zločineckou skupinu podporuje, není pro trestný čin účasti na organizované zločinecké skupině podle § 361 odst. 1, 2 trestný, jestliže se takového činu dopustil s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané ve prospěch organizované zločinecké skupiny, došlo oproti ustanovení § 163c zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů, pouze ke změně terminologie v případě zločinného spolčení na pojem organizovaná zločinecká skupina.

Daleko výraznější změny se ovšem dočkal odstavec druhý, ve kterém se objevil taxativní výčet 43 skutkových podstat trestných činů, pro které není agent, který se účastní činnosti organizované zločinecké skupiny nebo jako člen organizované skupiny nebo některou takovou skupinu podporuje, trestný, jestliže se takového činu dopustil s cílem odhalit pachatele trestné činnosti spáchané ve prospěch organizované zločinecké skupiny. Ačkoliv se v posledních letech pachatelé trestné činnosti, při jejímž vyšetřování bylo využito operativně pátracího prostředku agenta, již nesnaží při své obhajobě tak vehementně poukazovat na policejní provokaci, je zřejmé, že tato úprava měla za cíl předejít nejasnostem, které se při použití agenta mohou v tomto smyslu vyskytnout. Ovšem není cílem tohoto příspěvku blíže se věnovat otázce provokace, která již byla v českém trestním právu vícekrát diskutována.

Na tento druhý odstavec je možno nahlížet z více úhlu, já jsem se rozhodla ve svém příspěvku zaměřit především na to, jak se tato úprava projeví ve sféře lidských práv, kterých se dotýká.

Touto novou úpravou dochází k výraznému zásahu do sféry lidských práv, a to jak pachatele, tak i poškozeného. Co se týče zásahu do práv pachatele, bylo již toto podrobněji judikováno jak Ústavním soudem a Nejvyšším soudem, tak i Evropským soudem pro lidská práva (dále jen „ESLP“). Tedy se k tomuto vyjádřím jen velmi stručně, především pak v souvislosti se soudem posledně jmenovaným.

Nejčastější námitkou v tomto případě bývá porušení čl. 6 Evropské úmluvy o lidských právech (dále jen „Úmluva“), tedy porušení práva na spravedlivé řízení. Článek č. 6 je článkem, který zdaleka nepostihuje veškeré situace, ke kterým by mohlo v rámci trestního řízení docházet, což ani není z jeho povahy možné, ovšem bohatá judikatura k tomuto článku se vyjadřuje i k operativně pátracím prostředkům. Především je nutno vnímat, že článek 6 má za cíl zajistit jedinci spravedlivý proces ve svém celku, tedy proces, ve kterém se bude moci dovolávat svých práv a tyto také využívat. Je zřejmé, že použití některých operativně pátracích prostředků jistá práva omezuje,

otázkou je, zda úprava v novém trestním zákoníku ještě spadá pod omezení, které spravedlnost řízení neohrožuje tak, aby tato vyvolala porušení čl. 6.

Ve článku J. Herczega je v této souvislosti uvedeno následující. Ačkoliv čl. 6 Úmluvy garantuje právo na spravedlivé soudní jednání, sama Úmluva nestanoví žádná pravidla, pokud jde o přípustnost důkazů jako takových, což je otázka, která by měla být primárně stanovena národním právem.[1] Autor zde má na mysli především získávání důkazů v rozporu s čl. 3 Úmluvy, ovšem vyjadřuje se také k použití důkazů, které byly získány v důsledku porušení jiných práv zaručených Úmluvou. Nutno poznamenat, že častým problémem při porušení čl. 6 Úmluvy je to, že v řízení bylo použito důkazu, který nebyl získán zákonnou cestou. Z tohoto pohledu je nová úprava úpravou sice omezující práva obviněného, na druhou stranu poskytuje jasnější pravidla než-li úprava předcházející a z tohoto důvodu se stává použití agenta prostředkem, který dostal zdánlivě své jasné hranice, které mu právě nové ustanovení ve svém druhém odstavci vymezuje. Na druhou stranu ani toto vymezení neposunuje institut agenta do pozice prvku, který by bylo možno podrobit kontrole při konkrétním trestním řízení. Jen těžko si lze představit, že agent bude v následném řízení podroben podrobné kontrole své činnosti, jestliže uvážíme, že veškeré informace spojené s jeho činností jsou již ze své povahy informacemi neveřejnými.

Navíc je nutno vycházet z toho, že použití agenta ve smyslu ustanovení § 158e zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "trestní řád“) mělo za cíl upravit činnost policejního příslušníka, který je použit na vyšetřování organizované trestné činnosti tak, že se mezi členy organizované zločinecké skupiny infiltruje a získává tak pro vyšetřování další informace, především pak o vedoucích členech, aby bylo možno tuto skupinu odhalit celou, nikoliv např. jen pár jejích členů.

Z tohoto je zřejmé, že použití agenta je akce dlouhodobá a finančně náročná. Aby se podařilo policejnímu příslušníkovi infiltrovat se mezi v rámci organizované skupiny důležitější členy, je zapotřebí ho vybavit na úroveň těchto členů a to nikoliv na krátké časové období. Navíc je nutno mapovat vývoj organizovaného zločinu a tomuto také jeho činnost přizpůsobit. I přes tyto náročné podmínky pak není jisté, zda se agentovi jeho infiltrace podaří a bude tak možno účelně jeho činnosti využít. Otázkou tedy zůstává, zda i přes zásahy do práv obviněného a poškozeného, které jeho činnost působí, zůstává jeho činnost stále účinným prostředkem v boji proti organizovanému zločinu.

Na jedné straně se tedy nová úprava snaží zakotvit hranice činnosti agenta, na druhou stranu s touto změnou nepřichází žádná jiná výrazná novinka, která by zvyšovala jeho efektivnost, ačkoliv některé problémy s jeho

[1] Herczeg, J.: Plody z otráveného stromu a ústavně právní limity získávání informací v trestním řízení. Trestněprávní revue 3/2009

použitím jsou známy již delší čas. Vzhledem k tomu, že s činností agenta v konkrétním případu je obeznámen co nejmenší počet osob, lze si snadno představit, že na vyšetřování jedné organizované zločinecké skupiny bude použito více operativně pátracích prostředků a to nezávisle na sobě. V praxi může docházet k tomu, že při použití sledovacích technik bude na jejich výstupech zachycen i agent, ačkoliv krajský státní zástupce, který toto sledování vede, nemá o činnosti agenta žádné informace, dokonce by ani nemusel být informován, že je na tuto konkrétní zločineckou skupinu agent nasazen. Tato úprava použití agenta, kdy s jeho činností je seznámen jen velmi malý počet osob[2], má za cíl ochránit nejen bezpečnost samotného agenta, ale také možnost jeho dalšího využití při policejní činnosti. Otázkou zůstává, zda by určitý okruh informací – bez jakýchkoliv informací, které by mohly prozradit identitu agenta – nemohl být prospěšný pro činnost krajského státního zástupce při odhalování páchané trestné činnosti při využití operativně pátracích prostředků, které jsou pod jeho dohledem. Dle mého názoru by spolupráce mezi vrchním státním zástupcem a krajským státním zástupcem - přinejmenším v podobě výměny informací, mohla být prospěšná pro zvýšení efektivity nejen operativně pátracího prostředku – agenta, ale i pro činnost krajského státního zástupce na úseku operativně pátracích prostředků.

Tedy to, co by mělo primárně ospravedlňovat zásah do práv obviněného, je efektivita tohoto prostředku, tím pádem i účelnost tohoto zásahu. Pravdou je, že organizovaný zločin je formou trestné činnosti, která se výrazně rozšiřuje a proto je nutné se stejnou intenzitou se věnovat jejímu odhalování. Zároveň také zůstává faktem, že tato činnost se odhaluje a vyšetřuje velmi náročně a běžné policejní vyšetřovací praktiky by při tomto vyšetřování nebyly příliš účinné. Obecný konsenzus tedy panuje v tom, že v boji proti organizovanému zločinu je nutno vyšetřování přizpůsobit speciálnímu charakteru trestné činnosti a použít tak specifických vyšetřovacích metod, kam lze zařadit i operativně pátrací prostředky. Tedy to, že je nutno počítat se zásahem do práv obviněného a nadřadit tak zájem na odhalení závažné trestné činnosti nad jeho práva je zřejmé a ve své podstatě i ospravedlnitelné. Hranice tohoto zásahu do práv pak zajišťují to, že policejní orgán postupuje v souladu s principem zákonnosti, tedy i podle toho, co judikoval ESLP ve věci Texeira de Castro proti Portugalsku. K tomuto rozhodnutí se blíže vyjádřím v závěru mého příspěvku.

Závěrem lze tedy k rozšíření zásahu do práv obviněného, které přináší nový trestní zákon říci to, že se tato úprava snažila rozšířit oprávnění agenta tak, aby zůstala zachována zákonnost jeho použití. Lze snad jen dodat, že zákon stanoví hranice činnosti agenta taxativním výčtem trestných činů, ve spojení s ustanovením § 158e trestního řádu i jistý druh povolené intenzity činnosti

[2] Tedy jeden pracovník, se kterým je policista působící jako agent v kontaktu, a poté vrchní státní zástupce, kterému jsou poskytovány informace o činnosti agenta v souladu s ust. § 158e trestního řádu.

agenta, ovšem čeho se zákon nedotýká, je vymezení situace, kdy by se agent mohl této uvedené trestné činnosti dopustit. Tedy chybí to, zda je agent oprávněn se této činnosti dopustit kdykoliv, či jen pokud nemá v rámci své předstírané činnosti jinou možnost.

V oblasti zásahu do sféry práv poškozeného již má ustanovení nového trestního zákoníku výraznější rozměr. Rozšířením oprávnění agenta při páchání trestné činnosti je potlačena základní funkce demokratického státu, a to funkce ochranná. Stát, v podobně svého orgánu, je přítomen páchání trestné činnosti, avšak nezasáhne, naopak se na této činnosti účastní. Obzvláště výrazným bude tento aspekt v situaci, kdy agent bude nasazen dlouhodobě a především v počátku svého působení bude muset získat potřebnou důvěru ostatních členů zločinecké skupiny pro jeho žádoucí infiltraci. Policejní orgán tedy nesplní svou funkci uvedenou v ustanovení § 2 zákona č. 273/2008 Sb., o Policii ČR, ve znění pozdějších předpisů, ale reálně pomocí této své zdánlivé nečinnosti (či trestné činnosti), pouze odsune naplnění tohoto cíle na dobu pozdější s tím, že během této časové prodlevy se snaží získat důkazní prostředky tak, aby bylo možno dosáhnout ochrany společnosti před páchanou trestnou činností ještě komplexněji, než by tomu bylo, kdyby zakročil proti trestné činnosti v okamžiku, kdy se o ní dozvěděl.

K tomuto se již vyjádřil Vrchní soud v Praze[3], který ve svém rozhodnutí uvedl, že : Policie v případech závažných trestných činů může, a v zájmu jejich odhalení musí, zákonným způsobem do vývojových stadií trestného činu vstupovat, nesmí jej však provokovat, tedy iniciovat trestnou činnost, která by bez ní nebyla. Odvolatelův názor, že policie je povinna páchání každého trestného činu vždy v jeho počátečním stádiu zabránit, by činil zákonné operativně pátrací prostředky a prostředky k zajištění osob a věcí v podstatě zbytečné a vedl by k ochromení činnosti policie při plnění jejích úkolů v procesu odhalování závažných trestných činů a zjišťování jejich pachatelů.

V případě zásahu do sféry práv pachatelů je situace ospravedlnitelná závažností trestné činnosti, nerovným postavením policejních orgánů a pachatelů při vyšetřování, judikaturou i jistými procesními zárukami, které tento zásah do práv vyvažují. Co z tohoto je ovšem možné použít v případě zásahu do práv poškozeného? Poškozený, který se nachází v postavení oběti trestného činu, je tím, který by měl být primárně chráněn. Na rozdíl od toho se policejní orgán na trestné činnosti na něm páchané ještě sám účastní.

V souvislosti s novým trestním zákoníkem se do ustanovení § 158e trestního řádu dostalo do jeho odstavce 6 slovní spojení: „nad míru nezbytně nutnou“: Agent je tedy povinen při své činnosti volit takové prostředky, které jsou způsobilé ke splnění jeho služebního úkolu a jimiž není osobám

[3] Vrchní soud v Praze, rozhodnutí sp. zn. 2 To 139/2005, ze dne 19. 1, 2006.

způsobována újma na jejich právech nad míru nezbytně nutnou. Tato pojistka pro práva poškozeného není příliš výraznou ve srovnání s tím, co přináší nový odstavec druhý ustanovení o beztrestnosti agenta. Lze předpokládat, vzhledem k celkové neveřejnosti předpisů spojených s činností agenta, že činnost agenta bude v tomto směru blíže upravena v některém z interních předpisů, což i vzhledem k šíři práv poškozeného v trestním řízení činí prokázání jakékoliv újmy poškozeného velmi obtížným. Případné odškodnění je v tomto smyslu také jen obtížně představitelné.

Jestliže ESLP ve svých rozhodnutích uvádí, že použití zvláštních metod ve vyšetřování organizovaného zločinu je v pořádku, pokud i tyto speciální metody mají definovány své hranice jako v již zmiňovaném případu Texeira de Castro proti Portugalsku, pak kde jsou tyto hranice v případě zásahu do práv poškozeného?

Navíc následné zjišťování rozsahu zásahu do jeho práv a vyčíslení jeho újmy je velmi komplikované. Jestliže je během celého řízení totožnost agenta známa jen několika osobám a zůstává utajena i v případech, kdy jeho svědectví slouží jako důkaz v trestním řízení, pak nelze toto utajené prolomit z důvodu specifikace škody, která byla způsobena poškozenému. Tak by nastala situace, že by došlo k odtajnění celého případu a to z důvodu odškodnění poškozeného, tedy z důvodu, který by jen těžko ospravedlnil to, že k odtajení podrobnějších informací nedochází v případech, kdy by to bylo možno považovat za účelnější než v případě tomto.

Nakonec se tedy dostáváme do situace, že osobě, do jejíchž práv je zasahováno novou úpravou nejvíce, je poskytnutý nejmenší prostor pro jejich obranu.

V odstavci třetím a posledním nedošlo oproti současné úpravě k žádným výraznějším změnám, neboť i nadále se beztrestným nestává agent, který organizovanou zločineckou skupinu nebo organizovanou skupinu založil nebo zosnoval. K tomuto odstavci se vyjadřuje důvodová zpráva především v tom smyslu, že jeho cílem je vyloučit provokaci, přičemž pro srovnání uvádí rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Texeira de Castro c. Portugalsko ze dne 9. 6. 1998. V tomto rozsudku se připouští použití získaných důkazních prostředků, není-li tím ohrožen spravedlivý charakter celého trestního řízení, tedy i prostředků, jakými jsou operativně pátrací prostředky. Ovšem dodává, že použití infiltrovaných agentů musí být omezené a provázené zárukami i v případě, kdy se jedná o potlačení obchodu s drogami, tedy i při tom typu trestné činnosti, která ničí demokratické základy společnosti. Dále soud ve svém rozhodnutí uvedl, že i když rozmach organizovaného zločinu nepochybně vyžaduje přijetí přiměřených opatření, právo na řádný chod spravedlnosti zaujímá v demokratické společnosti tak výsadní místo, že nemůže být obětováno tomu, co je výhodné. Všeobecné požadavky, které jsou uvedeny v čl. 6

Úmluvy je tak nutno uplatnit ve všech trestních řízeních, nikoliv pouze v těch, ve kterých je stíhána trestná činnost méně závažná.[4]

Závěrem mého příspěvku bych shrnula, že ve své podstatě je ustanovení o beztrestnosti agenta tak, jak je upraveno v novém trestním zákoníku ustanovením, které se snaží pomoci vyšetřovatelům v boji proti organizovanému zločinu a to ve formě, která se snaží být formou co nejvíce zákonnou. Na druhou stranu velkým problémem, který toto ustanovení provází, je dle mého názoru chybějící rovnováha mezi možností výraznějšího zásahu do práv obviněného i poškozeného a potřebnými brzdami na straně druhé. Vzhledem k tomu, že účinnost agenta (tedy dlouhodobě nasazeného policejního příslušníka za účelem jeho infiltrace mezi členy organizované skupiny) jako jednoho z operativně pátracích prostředků dosud nebyla spolehlivě veřejnosti doložena, tato nerovnováha by mohla v budoucnosti způsobovat problémy. Není třeba dodávat, že publicita řízení, ve kterých došlo k použití operativně pátracích prostředků, boji s organizovaným zločinem příliš nepomáhá, ovšem pokud se již rozhodla nová úprava vydat v jeho rámci tímto směrem, pak se zdá, že pár kroků k dostačující úpravě použití agenta ještě stále schází.

Autorka by chtěla poděkovat za cenné rady JUDr. Evě Žďárské z Krajského státního zastupitelství v Brně.

Literature:

- HERCZEG, Jiří. Plody z otráveného stromu a ústavně právní limity získávání informací v trestním řízení. Trestněprávní revue, 2009, č. 3.
- HUBÁLKOVÁ, E. Stručná rukojeť českého advokáta k Evropské úmluvě o lidských právech. Česká advokátní komora v Praze. 2008. 272 s.
- CHMELÍK, Jan a kol. Zločin bez hranic: Vyšetřování terorismu a organizovaného zločinu. Linde Praha, a.s. 2004. 185s.
- Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb. Dostupná na www.psp.cz.
- Rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 19. 1. 2006, sp. zn. 2 To 139/2005.
- Rozsudek Evropského soudu pro lidská práva ve věci Texeira de Castro c. Portugalsko ze dne 9. 6. 1998.
- Zákon č. 140/1961 Sb., trestní zákon, ve znění pozdějších předpisů.

[4] Evropský soud pro lidská práva: Teixeira de Castro a další proti Portugalsku.

- Zákon č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů.
- Zákon č. 273/2008 Sb., o Policii ČR, ve znění pozdějších předpisů.

Contact – email
lenkacihakova@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DOPAD NOVÉHO TRESTNÍHO ZÁKONÍKU NA ZÁKON O SOUDNICTVÍ VE VĚCECH MLÁDEŽE

MILANA HRUŠÁKOVÁ - MAROŠ MATIAŠKO

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá významnými změnami v zákoně o soudnictví ve věcech mládeže provedenými zák. č. 41/2009Sb., který do jednotlivých zákonů zapracovává změny, jež přinesl do právního řádu Nový trestní zákoník. Příspěvek se zabývá změnami zákona ve vztahu vůči mladistvým pachatelům provinění, tak vůči dětem mladším patnácti let, jež spáchaly čin jinak trestný a zhodnocením jejich přínosu pro tuto specifickou oblast trestní justice.

Key words in original language
Mladitsvý; Dítě; Zákon o soudnictví ve věcech mládeže; Probační plán dohledu; Přípravné řízení; Opatření; Vyšetření duševního stavu znalcem.

Abstract
In our paper we are addressing important changes in the Juvenile Justice Act according to the Act No. 41/2009. This broad amendment affects different parts of juvenile justice, e.g. responsibility of juveniles and children under the age of criminal responsibility, sanctioning of juveniles and children under the age of criminal responsibility, etc. We are discussing these changes and assessing their prospective contribution.

Key words
Criminal Code; Juvenile Justice Act; Youth; Child.

ÚVOD

Změny jež nastaly platností nového trestního zákoníku, tedy zákona č. 40/2009 Sb. (dále jenom "NTZ") se do zákona č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže (dále jenom "ZSM") promítly v podobě novely, a to zákona č. 41/2009Sb., o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím nového trestního zákoníku, zejména jeho části druhé. Většina změn zahrnuje spíše terminologická upřesnění. Zásadní změny přineslo formální pojetí trestného činu, které se odrazilo v otázce posouzení odpovědnosti mladeže za provinění a činy jinak trestné a pravidel pro ukládání opatření. V našem příspěvku se zaměřujeme na všechny změny. V první části se věnujeme změnám ve vztahu k mládeži, nejdříve pojmu „dítě“ a následně změně pojetí trestného činu. Ve druhé části se analyzujeme změny ve vztahu k opatřením ukládaným mladistvým. Poslední, třetí část je věnována změn týkajících se III. hlavě ZSM, řízení ve věcech dětí mladších patnácti let.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

1. KE ZMĚNÁM ZÁKONA O SOUDNICTVÍ VE VĚCECH MLÁDEŽE VE VZTAHU K MLÁDEŽI

1.1 K POJMU DÍTĚ

Úmluva o právech dítěte1 v čl. 1 dítětem rozumí každou lidskou bytost mladší osmnácti let, pokud podle právního řádu, jenž se na dítě vztahuje, není zletilosti dosaženo dříve. Definice dítěte nebývá často v zákonech uvedena, byť s tímto pojmem řada zákonů pracuje (zákon o rodině, občanský zákoník atd.). Zákon o sociálně-právní ochraně dětí pak v ust. § 2 odst. 1 dítětem rozumí nezletilou osobu. Za dítě je tak obecně považován potomek, kdy se dle občanského zákoníku2 rozlišuje zda je zletilý či nezletilý a za nezletilé dítě je tak považována osoba do 18 let.

ZSM definuje v ustanovení § 2 mládež jako děti a mladistvé. O dětech pak dále zákon hovoří pouze ve vazbě na věk - dítě mladší 15 let.3 Za mladistvého považuje toho, kdo v době spáchání provinění dovršil 15. rok a nepřekročil 18. rok svého věku. Oproti tomu NTZ definuje dítě v ustanovení § 126 jako osobu mladší 18 let, pokud trestní zákon nestanoví jinak. Dále uvádí pojem mladistvý, nicméně tento nikterak nedefinuje, pouze v ustanovení § 109 stanoví, že trestní odpovědnost mladistvých a sankce jim ukládané upravuje zákon o soudnictví ve věcech mládeže. Pokud zákon o soudnictví ve věcech mládeže nestanoví jinak, postupuje se podle tohoto zákona.

Terminologicky tak dle NTZ pojem dítě zahrnuje jak děti do 15 let tak i mladistvé. TZ obsahoval definici dítěte jen ve vztahu k ustanovení § 216 (únos) a § 216a (obchodování s dětmi). Nyní se termín dítě jakožto osoby do 18 let vztahuje ke všem příslušným ustanovením.

Až do přijetí NTZ tak bylo možno rozlišovat děti dle ZSM jako osoby do 15 let a mladistvé jakožto osoby od 15 do 18 let. Jednalo se o přehledné členění, které reagovalo na potřeby trestněprávní úpravy. Nyní vzniká určitá pojmová nejednotnost, kdy NTZ rozlišuje pojem děti jako osoby do 18 let,

---

1 Rezoluce OSN 44/25, přijatá 20. 11. 1989, ratifikovaná v roce 1991

2 Podle § 8 odst. 2 obč.z. se zletilosti nabývá dovršením osmnáctého roku. Před dosažením tohoto věku se zletilosti nabývá jen uzavřením manželství. Takto nabytá zletilost se neztrácí ani zánikem manželství ani prohlášením manželství za neplatné.

3 Schválený nový trestní zákoník č. 40/2009 Sb. snížil na základě poslanecké iniciativy hranici trestní odpovědnosti z 15 na 14 let. Při projednávání normy v Senátu, ministr spravedlnosti JUDr. Pospíšil slíbil senátorům, že ještě před nabytím účinnosti nového trestního zákoníku dojde k jeho novelizaci a navrácení hranice trestní odpovědnosti zpátky na 15 let. Z iniciativy skupiny poslanců byla skutečně připravena novelizace schváleného, ale neúčinného trestního zákoníku, která byla schválena dne 19. června 2009 Poslaneckou sněmovnou. Senát nepřijal k návrhu zákona usnesení, dne 7. srpna 2009 byl návrh zákona doručen Prezidentu republiky, který ho dne 12. srpna 2009 podepsal.

kdežto ZSM, které je zákonem speciálním vůči NTZ, pak pojem dítě užívá pouze s přívlastkem do 15 let.

1.2 KE ZMĚNĚ POJETÍ PROTIPRÁVNÍHO ČINU

Nový trestní zákoník vychází z formálního pojetí trestného činu, nepoužívá pojem „nebezpečnost pro společnost“, který nahradil pojmem „protiprávnost“ (§§ 26, 27 NTZ). To se odrazilo zejména v ustanovení § 5 odst. 1 ZSM upravující tzv. podmíněnou nebo relativní trestní odpovědnost mladistvého pachatele. Po novele ustanovení § 5 odst. 1 zní: „Mladistvý, který v době spáchání činu nedosáhl takové rozumové a mravní vyspělosti, aby mohl rozpoznat jeho protiprávnost nebo ovládat své jednání, není za tento čin trestně odpovědný.“ Společenská nebezpečnost byla povětšinou nahrazena slovy "závažnost činu" (např. § 3 odst. 3 ZSM) nebo "protiprávnost" (např. § 5 odst. 1 ZSM) nebo "povaha a závažnost provinění" (§ 31 odst. 3 ZSM) nebo její vymezení nahrazeno odkazem na trestní sazbu za příslušné provinění, resp. za trestný čin ve zvláštní části NTZ (např. § 11 odst. 1 NTZ) nebo byl příslušný odstavec řešící stupeň nebezpečnosti zcela zrušen (např. § 6 odst. 2 ZSM).

Nebezpečnost pro společnost, resp. její stupeň, byl důležitý pro úvahy soudu pro mládež při rozhodování o uložení konkrétního opatření. V ustanovení § 3 odst. 3 ZSM je stupeň nebezpečnosti pro společnost jako složka proporcionality ukládaného opatření nahrazen pojmem „závažnost“ spáchaného činu. Ukládaná opatření musí být přiměřená jednak povaze spáchaného činu, jednak jeho závažnosti. Toto nové znění § 3 odst. 3 ZSM koresponduje s čl. 40 odst. 4 Úmluvy o právech dítěte.

Pro otázku odpovědnosti dítěte mladšího patnácti let za čin jinak trestný je zásadní posouzení nebezpečnosti jeho činu pro společnost. Nauka4 i praxe5 zastávala názor, že je při tomto posuzování nutné vycházet z ustanovení § 6 odst. 2 ZSM, dle kterého se mladistvý dopustil provinění jenom v případě, že stupeň nebezpečnosti jeho činu pro společnost byl vyšší než malý.

---

4 Válková, H., Sotolář, A.: Čin jinak trestný a možné reakce na něj v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue 7/2004, s. 200.

5 Srovnej Šabata, K.: Státní zastupitelství a opatření vůči dětem mladším patnácti let, Státní zastupitelství 7-8/2005, s.18; rovněž Usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 8 Tdo 514/2008 ze dne 30. dubna 2008. Nejvyšší soud ČR uvedl: „Dosažení určitého stupně společenské nebezpečnosti činu spáchaného nezletilým dítětem, které jinak formálně vykazuje znaky trestného činu, je nezbytnou podmínkou pro posouzení činu takového dítěte jako činu jinak trestného. Zákon o soudnictví ve věcech mládeže ve své hlavě třetí nijak požadovaný stupeň nebezpečnosti takového činu pro společnost nespecifikuje, nicméně musí jít minimálně o čin vyšší než malé společenské nebezpečnosti. V daných souvislostech totiž nelze odhlédnout od věku nezletilých dětí a s tím spojené a očekávané nižší úrovně rozumové i mravní vyspělosti, a proto je třeba i při hodnocení stupně nebezpečnosti jejich činů pro společnost ze všech hledisek uvedených v § 3 odst. 4 TrZ postupovat uvážlivě a citlivě, s potřebnou mírou porozumění ke zvláštnostem jejich osobnosti“.

Novela ZSM toto ustanovení zrušila. V praxi to může dle našeho názoru činit problémy, protože orgány činné v trestním řízení se budou muset opírat o teleologickou argumentaci, která je jednak argumentačně náročná[6], jednak vytváří prostor pro různé závěry za stejné činy u dětí mladších patnácti let čelících návrhu na uložení opatření. Hrozí tak jednak nepochopení formálního pojetí trestného činu trestní praxí a jednak nerovnost při rozhodování ve prospěch domnělého nejlepšího zájmu dítěte.

2. K OTÁZCE ZMĚN TÝKAJÍCÍCH SE UKLÁDÁNÍ OPATŘENÍ MLADISTVÉMU

Kladně lze hodnotit rozšíření možnosti reakce na spáchané provinění u mladistvého, který nedosáhl v době spáchání činu takové rozumové a mravní vyspělosti, aby mohl rozpoznat jeho protiprávnost nebo ovládnout své jednání. Kromě opatření uvedených v ustanovení § 93 ZSM, které je možné uložit dětem do 15 let za čin jinak trestný, je možné tomuto mladistvému uložit rovněž výchovná opatření uvedená v ustanovení § 15 odst. 2 ZSM. Nově tak lze uložit např. probační program, který ve vhodně zvolené formě (např. Právo pro každý den) přispívá k uvědomění si protiprávnosti jednání mladistvých, kteří se provinění dopustí často z důvod neznalosti a zbrklosti.

V ustanovení § 12 ZSM, jež řeší upuštění od uložení trestního opatření mladistvému se v odst. 1 vkládá možnost uložení zabezpečovací detence mladistvému. Zabezpečovací detence je svou povahou velmi přísnou sankcí, která je vybudována na kombinaci izolace člověka trpícího duševnou chorobou a jeho cílené léčby. Izolace je primárním účelem tohoto ochranného opatření. Účelem zákona o soudnictví ve věcech mládeže je výchova dítěte, jenom ztěží lze očekávat od zabezpečovací detence, že bude na mladistvého pachatele působit „výchovně“.

V ustanovení § 16 odst. 3 a § 80 odst. 3 ZSM pak došlo k terminologické změně, kdy probační pracovník nyní namísto programu výkonu dohledu vytváří probační plán dohledu. Touto změnou dochází ke sjednocení terminologie s NTZ (viz § 49). Díky změně názvu a použití slova plán namísto program nyní nemůže docházet k záměně s probačním programem jakožto výchovným opatřením.

Výchovné povinnosti podle § 18 odst. 1 ZSM ukládá nejen soud pro mládež, ale v přípravném řízení tak činí i státní zástupce. Proto byla v § 18

6 Například Šámal odkazuje ve svém příspěvku k pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku na zásadu subsidiarity trestní represe a teleologický výklad. Tento poměrně náročný výklad bude dle našeho názoru pro orgány činné v trestním řízení velikým oříškem. Srovnej Šámal, P.: K pojmu trestného činu a souvisejícím otázkám v novém trestním zákoníku. Trestněprávní revue 2009, č. 5, s. 129-136.

odst. 4 ZSM výslovně vložena slova, že tak činí v přípravném řízení státní zástupce a ten tak nyní může, stejně jako soud pro mládež, při jejich ukládání přihlédnout ke zdravotní způsobilosti mladistvého a nemusí podle tohoto ustanovení postupovat jen analogicky, jak tomu bylo dříve.

Stejně tak bylo do souladu uvedeno i ustanovení § 80 odst. 1,4 a 5 ZSM o výkonu dohledu probačního úředníka nad mladistvým, který byl uložen v přípravném řízení státním zástupcem.

Mladistvým je možno uložit i nové "tresty", které zavádí Nový trestní zákoník, a to v podobě trestního opatření domácího vězení a zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce. Za podmínek stanovených v Novém trestním zákoníku, tak může soud pro mládež mladistvému uložit zákaz vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce, přičemž horní hranice sazby nesmí převyšovat pět let, a je možno jej uložit i vedle vhodných výchovných opatření (§ 56 odst. 3 ZSM).

Novela opravuje rovněž terminologické nepřesnosti. V ustanovení § 26 odst. 4 ZSM se opravilo nesprávné užití pojmu „trest“ namísto správného pojmu „trestní opatření“. Stejně tak např. i v ustanovení § 70 odst. 6 ZSM.

Zcela nově je přeformulováno ustanovení § 27 ZSM ohledně peněžitého opatření. Rozdíl je ve vymezení rozsahu plnění a v možnosti uložení pouze denními sazbami oproti původní možné výměře celé částky, kdy denní sazba nyní činí 100,- Kč až 5.000,- Kč. Maximální částka tak může činit až 1.825.000,- oproti dřívější půl miliónové horní hranici výměry tohoto opatření. Ukládání formou denních sazeb, které bylo původně alternativní k vyměření v celkové částce, je nyní jediným způsobem uložení a odpovídá i novému znění § 68 NTZ. V souvislosti s uložením tohoto opatření však přetrvávají otázky oprávněnosti jeho uložení u mladistvých. Mladistvý v tomto případě musí být výdělečně činný nebo jeho majetkové poměry musí uložení tohoto opatření umožňovat. V případě výdělečně činného mladitsvého, který ze svého příjmu bude splácet toto peněžité opatření nevidíme problém, avšak v případě, že se bude jednat o mladistvého, který je vlastníkem většího majetku (např. nemovitostí) a jeho majetkové poměry tak budou umožňovat uložení peněžitého opatření je otázka, zda jeho výkon nebude podléhat ještě navíc schválení opatrovnického soudu. Mladistvý je sice v tomto případě majitelem velkého majetku, ale je omezen v nakládání s ním dle své způsobilosti k právním úkonům. Stejně tak rodiče nejsou oprávněni nakládat s jeho majetkem větší hodnoty bez schválení opatrovnického soudu. Není tak možné například prodat nemovitost ve vlastnictví mladistvého a z tohoto výtěžku uhradit peněžité opatření nebo zrušit a vybrat stavební spoření mladistvého za tímto účelem. Vzhledem k tomu máme za to, že uložení peněžitého opatření je vhodné a na místě pouze v případech výdělečně činných mladitsvých.

U trestního opatření odnětí svobody v ustanovení § 31 ZSM byly doplněny odstavec 3 a 4, které nyní výslovně upravují výkon tohoto nejpřísnějšího trestního opatření. Nepodmíněné odnětí svobody se tak u mladistvých, kteří

nepřekročili devatenáctý rok věku, vykoná odděleně od ostatních odsouzených ve věznicích nebo ve zvláštních odděleních pro mladistvé. A v případě, že soud pro mládež ukládá nepodmíněné odnětí svobody mladistvému, který již dovršil devatenáctý rok věku, může s přihlédnutím zejména k délce ukládaného odnětí svobody a ke stupni a povaze narušení mladistvého rozhodnout, že mladistvý toto trestní opatření vykoná ve věznici pro ostatní odsouzené a není pak nutné postupovat po zařazení do věznice pro mladistvé podle § 79 ZSM. Učiní-li soud pro mládež takové rozhodnutí, musí zároveň rozhodnout, do kterého typu věznice bude odsouzený pro další výkon nepodmíněného odnětí svobody zařazen, neboť při zařazování do věznice pro mladistvé se typ věznice nestanoví.

Změna nastala u zahlazení odsouzení mladistvých v ustanovení § 35 odst. 3 ZSM. Zákon již nerozlišuje zda se osvědčil mladistvý podmíněně odsouzený nebo mladistvý podmíněně odsouzený k odnětí svobody s dohledem, ale hovoří pouze o mladistvém, který byl podmíněně propuštěný z výkonu trestního opatření odnětí svobody, neboť to vzhledem ke znění Nového trestního zákoníku není třeba. Ustanovení § 83 odst. 4 a § 86 odst. 3 NTZ totiž stanoví u všech pachatelů fikci neodsouzení jak pro případ, že se osvědčili, tak pro případ, že se má za to, že se osvědčili. Dále byl přeformulován v ust. § 36 ZSM odstavec šestý. Bylo odstraněno ustanovení o zahlazení v případě uložení opatření obecně prospěšných prací a zákazu činnosti a namísto toho je zde řešeno odsouzení v případě opatření domácího vězení nebo zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce. Zahlazení v případě uložení trestního opatření obecně prospěšných prací a zákazu činnosti tak nyní není třeba řešit, a to vzhledem k ustanovení § 65 odst. 4 a § 74 odst. 2 NTZ, která stanoví u všech pachatelů, kteří vykonali trest obecně prospěšných prací, příp. bylo od něho upuštěno, nebo vykonali trest zákazu činnosti, fikci neodsouzení.

Nově je umožněna účast na hlavním líčení (§ 54 odst. 1 ZSM) i zúčastněné osobě a jejímu zmocněnci a zákonným zástupcům poškozeného a zúčastněné osoby. Byl tak napraven protiprávní stav, kdy tyto osoby nemohly dostatečně hájit svoje práva a oprávněné zájmy u hlavního líčení. Tato změna je přínosná a zcela logická. Jedině kladně lze hodnotit zajištění práv mladistvých poškozených a zúčastněných osob, jejichž zájmy tak nyní mohou u hlavního líčení řádně hájit jejich zákonní zástupci.

Podstatná změna nastala v ustanovení § 58 u vyšetření duševního stavu mladistvého. K vyšetření duševního stavu mladistvého jsou nyní, na základě požadavku teorie i praxe, namísto dvou znalců z oboru zdravotnictví, odvětví psychiatrie se specializací na dětskou psychiatrii přibráni jeden znalec z oboru zdravotnictví, odvětví psychiatrie se specializací na dětskou psychiatrii a druhý znalec z oboru zdravotnictví nebo pedagogiky, odvětví psychologie, se specializací na dětskou psychologii. Tato úprava by měla zajistit lepší a komplexnější posouzení osobnosti mladistvého z hlediska aktuálního duševního stavu jak po stránce psychiatrické, tak i

psychologické, což má zásadní význam pro správné rozhodnutí konkrétní trestní věci.7

Jak už bylo uvedeno výše, novela odstraňuje řadu terminologických nepřesností, další např. v ustanovení § 73 odst. 2 ZSM, kde se upřesňuje název Orgánu sociálně-právní ochrany dětí, který je tak dán do souladu se zákonem o sociálně-právní ochraně dětí, z.č. 359/1999 Sb., a to v celém zákoně o soudnictví ve věcech mládeže.

V ustanovení § 81 ZSM bylo vyňato označení soudu v podobě slova "okresní", neboť výchovná opatření může ukládat, byť v praxi spíše výjimečně, i krajský soud pro mládež. O změně výchovných opatření by tak podle původního znění ustanovení nerozhodoval soud pro mládež, který takové výchovné opatření uložil, ale vždy okresní soud. Nyní je text dán do souladu s účelem ustanovení.

3. ZMĚNY DOTÝKAJÍCÍ SE ŘÍZENÍ VE VĚCECH DĚTÍ MLADŠÍCH PATNÁCTI LET

V obecném ustanovení původního § 2 písm. e) ZSM vymezujícího pojem opatření pro celý zákon o soudnictví ve věcech mládeže chyběla zmínka o opatřeních ukládaných dětem mladším patnácti let podle § 93 ZSM, a proto bylo toto opomenutí odstraněno v § 2 odst. 2 písm. b) ZSM. Toto výkladové ustanovení tak bylo lehce přeformulováno a upřesněno.

3.1 POSTAVENÍ ADVOKÁTA V ŘÍZENÍ O ULOŽENÍ OPATŘENÍ

V ustanovení § 91 ZSM zákon na konec odstavce 2 doplnil větu: „Advokát tu vykonává svá oprávnění i po dosažení zletilosti dítěte až do skončení řízení ve věci dítěte mladšího patnácti let.“ V praxi se vyskytla pochybnost, zda opatrovník, kterým je podle § 91 odst. 2 ZSM advokát, má ve výkonu opatrovnické činnosti pokračovat i po dovršení zletilosti dítěte, kterou lze nabýt i před dovršením osmnáctého roku věku uzavřením manželství (srov. § 8 odst. 2 občanského zákoníku). Vzhledem k tomu, že advokát jako opatrovník sui generis zde hájí zájmy dítěte i z toho hlediska, zda se dopustilo činu jinak trestného a s přihlédnutím k rovnosti práv takových dětí, se jeví vhodnější, aby advokát vykonával své povinnosti i po dosažení zletilosti dítěte. A proto se v tomto směru ustanovení § 91 odst. 2 ZSM doplňuje.[8] V tomto případě by to dle našeho názoru ani nebylo možno posoudit jinak, neboť dítě, které v mezidobí probíhajícího řízení dosáhne

---

7 Důvodová zpráva k zákonu č. 41/2009 Sb. Důvodová zpráva je dostupná na adrese:

http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=411&CT1=0#prilohy

8 Důvodová zpráva k zákonu č. 41/2009 Sb. Důvodová zpráva je dostupná na adrese:

http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=411&CT1=0#prilohy

minimálního věku 16 let, kdy může uzavřením sňatku nabýt zletilosti by jinak bylo v horším postavení než mladistvý, který má ustanoveného obhájce ex offo již od počátku řízení bez ohledu na svou zletilost.

3.2 OPATŘENÍ

Zásadní změna se dotkla opatření ukládaných soudem pro mládež. Zákon č. 41/2009 Sb., rozšířil paletu opatření, a to konkrétně o možnost uložit výchovnou povinnost, výchovné omezení a napomenutí s výstrahou. Ohledně těchto opatření se s přihlédnutím k věku dítěte mladšího patnácti let použijí přiměřeně ustanovení §§ 18, 19 a 20 ZSM. I nadále může soud pro mládež současně uložit více opatření, s ohledem na účel zákona (§ 1 odst. 2 ZSM). Důvodová zpráva k tomu uvádí: „V návaznosti na trestní zákoník a v souvislosti s požadavky praxe se podstatně rozšiřují opatření, která lze ukládat dětem mladším patnácti let, aby bylo možno tato opatření ukládat individuálně a diferencovaně s přihlédnutím k osobě takového dítěte a k okolnostem případu.“[9]

Jedná se dle našeho názoru o koncepční změnu, která ještě více přibližuje systém soudnictví nad dětmi mladšími patnácti let k systému soudnictví nad mladistvými. Jako problematickou vnímáme i tu skutečnost, že opatření omezení a napomenutí (bez výstrahy), která nyní bude moci ukládat soud pro mládež, může uložit OSPOD, případně opatrovnický soud (§ 43 ZoR) v rámci sociálního systému péče o ohroženou mládež. Dochází tak k dalšímu překrývání a duplikaci, což se může odrazit v podobě zbytečné konkurence obou systémů. Podíváme-li se na následující tabulku, zjistíme, že soudy pro mládež ukládají výchovná opatření spíše ojediněle. Lze tak očekávat, že ani u dětí mladších patnácti let nebudou tato opatření příliš využívána.

Novelizace jednoznačně upravila i způsob rozhodování, když o uložení opatření rozhoduje soud pro mládež rozsudkem, o zamítnutí návrhu státního zástupce, o zastavení řízení a upuštění od uložení opatření rozhoduje usnesením (§ 93 odst. 9 ZSM).

9 Důvodová zpráva k zákonu č. 41/2009 Sb., s. 75. Důvodová zpráva je dostupná na adrese:

http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=411&CT1=0#prilohy

Tab. č. 1: Počet uložených výchovných opatření mladistvým v letech 2005-200710

Výchovná opatření	Výchovné povinnosti (§ 18 ZSM)	Výchovná omezení (§ 19 ZSM)	Napomenutí s výstrahou (§ 20 ZSM)
2005	198	64	32
2006	200	55	37
2007	192	43	41

Dále lze po novele dítěti mladšímu patnácti let uložit výchovnou povinnost. Výchovné povinnosti jsou demonstrativně uvedeny v ustanovení § 18 odst. 1 ZSM. S přihlédnutím k věku dítěte mladšího patnácti let soud pro mládež může uložit výchovnou povinnost, kterou stanoví, aby dítě zejména:

10 Zdroj: Ročenky kriminality 2006-2008. Ministerstvo spravedlnosti. Ročenka kriminality za rok 2004 (označena jako ročenka kriminality 2005) neobsahuje data o počtu uložených výchovných opatření, obdobně ročenka za rok 2008 (označena jako ročenka kriminality 2009).

a) bydlelo s rodičem nebo jiným dospělým, který je odpovědný za jeho výchovu,

b) jednorázově nebo ve splátkách zaplatilo přiměřenou peněžitou částku, kterou zároveň určí, na peněžitou pomoc obětem trestné činnosti poskytovanou podle zvláštního zákona,

c) vykonalo bezplatně ve volném čase společensky prospěšnou činnost určitého druhu,

d) usilovalo o vyrovnání s poškozeným,

e) nahradilo podle svých sil škodu způsobenou proviněním (činem jinak trestným – pozn. autorů), anebo jinak přispělo k odstranění následku provinění (činu jinak trestného – pozn. autorů),

f) podrobilo se léčení závislosti na návykových látkách, které není ochranným léčením podle trestního zákona,

g) podrobilo se ve svém volném čase vhodnému programu sociálního výcviku, psychologickému poradenství, terapeutickému programu, vzdělávacímu, doškolovacímu, rekvalifikačnímu nebo jinému vhodnému programu k rozvíjení sociálních dovedností a osobnosti mladistvého, který není probačním programem.

U dětí mladších patnácti let bude přicházet v úvahu zejména výchovná povinnost bydlet s rodiči nebo jiným dospělým odpovědným za jeho výchovu dle § 18 odst. 1 písm. a) ZSM. Výchovná povinnost majetkového charakteru dle § 18 odst. 1 písm. b) ZSM nebude na místě, protože dítě mladší patnácti let ve většině případů nemá fakticky samostatný příjem a může činit jenom takové právní úkony, které jsou přiměřené jeho rozumové a volní vyspělosti odpovídající jeho věku (§ 9 OZ.). A to s ohledem na to, že tuto výchovnou povinnost je možné mladistvému uložit jen tehdy, lze-li předpokládat, že tato částka bude uhrazena z peněžních prostředků, s nimiž mladistvý smí samostatně nakládat (§ 18 odst. 2 ZSM).

Bezplatné vykonání určité společenské činnosti prospěšného druhu dle § 18 odst. 1 písm. c) ZSM může být v některých případech uloženo. Například čtrnáctileté dítě, které na své škole rozbilo deset velikých skleněných tabulí, se ve svém volném čase zúčastní čištění školního pozemku apod. Uložení společensky prospěšné činnosti nesmí být na překážku školní docházky dítěte mladšího patnácti let a jeho přípravy na budoucí povolání, a může být pouze v rozsahu 4 hodin denně, 18 hodin týdně, a o maximální výměře 60 hodin celkem. Při jejím ukládání soud rovněž přihlédne ke zdravotní způsobilosti dítěte (§ 18 odst. 3, 4 ZSM).

Výchovná povinnost, spočívající ve snaze o vyrovnání se s poškozeným dle § 18 odst. 1 písm. d) ZSM, může být rovněž na místě, a to zejména v souvislosti s již proběhlým mediačním jednáním (§ 100 odst. 3 OSŘ, §

110 odst. 2 OSŘ). Výchovná povinnost dle § 18 odst. 1 písm. e) ZSM bude na místě zejména v případech, kdy bude možné škodu nahradit jinak než finanční kompenzací, například v případě graffiti odstraněním nastříkaných písmen. V případě výchovné povinnosti dle ustanovení § 18 odst. 1 písm. g) ZSM se nejedná o probační program[11] ani o výchovný program ve středisku výchovné péče (§ 93 odst. 1 písm. d) ZSM).

Jako problematické vnímáme ustanovení § 18 odst. 1 písm. f) ZSM, které umožňuje uložit léčení závislosti na návykových látkách coby výchovnou povinnost. Toto léčení není ochranným léčením podle trestního zákoníku (§ 99 NTZ), a není ani nedobrovolnou hospitalizací ve smyslu občanského soudního řádu (§ 191a - § 191g OSŘ). Pro obě tyto možnosti zásahu do osobní svobody platí podmínka, že osoba je objektivně nebezpečná, že představuje určité riziko pro sebe nebo pro svoje okolí. Trestní zákoník č. 40/2009 Sb. v ust. § 99 odst. 1 upravuje tzv. „nebezpečnost pobytu pachatele na svobodě“, zákon č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu v ust. § 23 odst. 4 písm. b) stanoví, že lze nedobrovolně hospitalizovat osobu „jevící známky duševní choroby nebo intoxikace, která ohrožuje sebe nebo své okolí“. Zásah do osobní svobody je ospravedlněn, a tedy v souladu s. čl. 5 odst. 1 písm. d), e) Evropské úmluvy o ochraně lidských práv jenom za předpokladu, že podmínka rizikovosti je naplněna a objektivně zjištěna.[12] V případě výchovné povinnosti dle § 18 odst. 1 písm. f) ZSM se ale tato podmínka „rizikovosti“ jednání dítěte vůbec neuplatní. Jako problém se tak jeví možnost uložit výchovnou povinnost spočívající v léčení závislosti v případě, že toto léčení bude spojeno se zásahem do osobní svobody dítěte. Vzhledem k tomu, že v takovém případě by nebyly naplněny garance čl. 5 EÚLP, takové rozhodnutí soudu pro mládež by bylo v rozporu s Evropskou úmluvou o ochraně lidských práv.

Výchovná omezení jsou demonstrativně uvedena v ustanovení § 19 ZSM. S přihlédnutím k věku dítěte mladšího patnácti let může soud pro mládež uložit výchovné omezení, kterým stanoví, aby dítě zejména:

a) nenavštěvovalo určité akce, zařízení nebo jiné, pro mladistvé (děti mladší patnácti let – pozn. autorů) nevhodné prostředí,

b) nestýkalo se s určitými osobami,

c) nezdržovalo se na určitém místě,

d) nepřechovávalo předměty, které by mohly sloužit k páchání dalších provinění (činů jinak trestných – pozn. autorů),

---

11 Srovnej Sotolář, A.: Výchovné povinnosti a výchovná omezení v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue 2007, č. 12, s. 344.

12 Srovnej např. rozhodnutí ve věci *Winterwerp proti Nizozemí*, stížnost č. 6301/73, rozhodnutí ze dne 24. 10. 1979.

e) neužívalo návykové látky,

f) neúčastnilo se hazardních her, sázek a hraní na výherních hracích přístrojích,

g) neměnilo bez předchozího ohlášení probačnímu úředníkovi místo svého pobytu,

h) neměnilo bez předchozího oznámení probačnímu úředníkovi bezdůvodně svoje zaměstnání.

Výchovné povinnosti dle § 19 odst. 1 písm. a) a písm. c) spočívající v nenavštěvování určité akce, zařízení nebo jiného, pro děti nevhodného prostředí a v nezdržování se na určitém místě mohou být problematické. Výchovná povinnost nenavštěvovat určité akce se svým obsahem může krýt s trestem zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce (§ 76 NTrZ), tak jako se kryje svým obsahem povinnost nezdržovat se na určitém místě s trestem zákazu pobytu (§ 75 NTrZ)[13]. Nahrazování trestu výchovnou povinností nebo omezením je nepřípustné.[14]

Ščerba[15] uvádí, že výchovná povinnost spočívající v nezneužívání návykové látky je na místě jenom v případě, že mladistvý není na návykových látkách závislý, a je tedy jen občasným konzumentem; v opačném případě by totiž soud měl zvolit spíše uložení výchovné povinnosti spočívající v podrobení se léčení závislosti na návykových látkách. S tím můžeme souhlasit, avšak jenom za předpokladu, že dítě s léčením souhlasí, případně že představuje pro sebe nebo své okolí objektivně riziko a toto riziko soud pro mládež přezkoumá a zhodnotí.

Výchovné povinnosti dle ust. § 19 odst. 1 písm. g), h) ZSM lze uložit jenom současně s uloženým dohledem probačního úředníka dle § 93 odst. 1 písm. e) ZSM.

Dále lze dítěti mladšímu patnácti let uložit napomenutí s výstrahou. Zákon nevymezuje nijak blíže způsob udělení napomenutí s výstrahou, nicméně je na místě stručně popsat podstatu jednání, kterého se mladistvý dopustil, zdůraznit jeho negativnost a odsouzeníhodnost, stejně jako jeho škodlivé následky, vytknout mladistvému, že se ho dopustil, a zdůraznit mu možnost

---

13 Této skutečnosti si všímá Ščerba, srovnej Ščerba, F.: Sankcionování mladistvých, Kriminalistika 2/2005, s. 133 an. Práce je dostupná na adrese:

http://web.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2005/02/scerba.html

14 Rozh. č. 6/99.

15 Ščerba, F.: Sankcionování mladistvých, Kriminalistika 2/2005, s. 133 an. Práce je dostupná na adrese:
http://web.mvcr.cz/archiv2008/casopisy/kriminalistika/2005/02/scerba.html

přísného postihu v případě další trestné činnosti. Tato výtka je činěna s cílem odradit mladistvého od opakování provinění a dosáhnout žádoucí změny v jeho chování; proto je velice důležité, aby byla vyslovena s citem pro věc a formou adekvátní rozumové vyspělosti mladistvého a povaze spáchaného činu.[16]

Pokud se podíváme na soudní statistiky, zjistíme, že se opatření napomenutí s výstrahou využívá u mladistvých pachatelů velice málo. Například v roce 2007 uložily soudy pro mládež v celé České republice toto opatření jenom v 41 případech. Je tedy na místě obava, že v praxi nebudou soudy pro mládež toto opatření využívat ani u dětí mladších patnácti let.

Nové ustanovení § 93 odst. 4 ZSM rozšířilo okruh ustanovení, která se vztahují k výkonu dohledu probačního úředníka o § 16 odst. 3 ZSM. Podle tohoto ustanovení je mladistvý (dítě mladší patnácti let s přihlédnutím k věku), kterému byl uložen dohled probačního úředníka, povinen:

a) spolupracovat s probačním úředníkem způsobem, který mu probační úředník stanoví na základě vytvořeného probačního plánu dohledu[17],

b) dostavovat se k probačnímu úředníkovi ve lhůtách, které mu budou stanoveny probačním úředníkem; při stanovení těchto lhůt probační úředník přihlédne k poměrům mladistvého, jeho životní situaci v době výkonu dohledu i k prostředí, v němž žije,

c) informovat probačního úředníka o svém pobytu, zaměstnání, dodržování uložených výchovných omezení nebo povinností a jiných důležitých okolnostech pro výkon dohledu určených probačním úředníkem,

d) nebránit probačnímu úředníkovi ve vstupu do obydlí.

Závěr

Závěrem lze zhodnotit, že novela ZSM přijatá v souvislosti s NTZ je přínosnou změnou, i když neodstraňuje veškeré problémy, které tato specifická oblast právní regulace přináší. Bližší analýza dopadů těchto změn bude možná nejdříve v roce 2011, kdy budou dostupné justiční statistiky za první rok účinnosti NTZ a ZSM po novelizaci. Do té doby lze jenom spekulovat.

16 Šámal, P., Válková, H., Sotolář, A., Hrušáková, M.: Zákon o soudnictví ve věcech mládeže, komentář, 2. vydání, Praha, C.H. Beck 2007, str. 268.

17 V doposud účinném zákoně se jedná o program výkonu dohledu.

Literature:

- Válková, H., Sotolář, A.: Čin jinak trestný a možné reakce na něj v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue 7/2004
- Šabata, K.: Státní zastupitelství a opatření vůči dětem mladším patnácti let, Státní zastupitelství 7-8/2005
- Sotolář, A.: Výchovné povinnosti a výchovná omezení v systému soudnictví ve věcech mládeže. Trestněprávní revue 2007, č. 12
- Ščerba, F.: Sankcionování mladistvých, Kriminalistika 2/2005
- Šámal, P., Válková, H., Sotolář, A., Hrušáková, M.: Zákon o soudnictví ve věcech mládeže, komentář, 2. vydání, Praha, C.H. Beck 2007

Contact – email

milanahrusakova@seznam.cz -- maros.matiasko@upol.cz

ZAMYŠLENÍ NAD TRESTNĚPRÁVNÍM POSTIHEM PREZENTACE TELEVIZNÍHO NÁSILÍ

JAKUB CHROMÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstrakt v rodném jazyce
Příspěvek se zabývá relevancemi mezi konzumací násilí v mediálních produktech a násilným agresivním chováním jedinců. Zkoumání je podroben vliv televizního násilí na kriminalitu, především pokud jde o trestněprávní postih násilí v produktech médií. Dále se věnuje rozboru vybraných případů a nastiňuje meze a možnosti právní úpravy.

Klíčová slova v rodném jazyce
Sdělovací prostředky; Nový trestní zákoník; Násilí; Mládež.

Abstract
The contribution deals with relevancy between consummation of the violence in medial products and violent aggressive conduct of individuals. The influence of television violence on criminality is submitted to research, intended especially the criminal sanction of the presented violence in the products of the media. It also deals with analysis of the selected cases and draws out realm of possibility of the legal regulations.

Key words
Communication media; New Criminal Code; Violence; Youth.

1. AKTUÁLNOST TÉMATU

Vliv televizního násilí na chování dětí a mladistvých patří v poslední době mezi společenská témata, která jsou stále intenzivněji připomínána. Přesto se nedá konstatovat, že jde o jev zcela nový, jelikož již v první polovině 20. století byla odborníky zaznamenána kritika škodlivého vlivu kriminality a sexu, vyobrazovaných ve filmu, na diváky. Je skutečností, že za posledních čtyřicet let bylo provedeno více než tři tisíce odborných studií, které se zabývaly možným vlivem televizních programů na chování a postoje mládeže. Nyní tato materie nabývá dalších dimenzí. Je tomu tak zejména z toho důvodu, že kromě produktů uvedených médií jsou zkoumány i počítačové hry a Internet coby další, v úvahu přicházející, činitelé ovlivňující násilné chování současné mládeže.

Nezřídka jsou veřejně publikovány reálné kauzy, které u velké části veřejnosti vyvolávají značný zájem a vedou k zaujetí vlastních, ne vždy správných a přesvědčivých, úsudků na toto téma. Lze vzpomenout nedávný případ z německého Winnendenu. Dne 11. března 2009 tu sedmnáctiletý Tim Kretschmer zastřelil ve škole a v jejím bezprostředním okolí patnáct osob, sám nakonec spáchal sebevraždu. V této souvislosti bylo zjištěno, že

jmenovaný mladík pravidelně sledoval mediální produkty s násilným obsahem. To vyvolalo bouřlivou diskusi nad omezením přístupu mládeže k těmto produktům.

V předloženém pojednání se věnujeme otázce trestněprávního postihu prezentace televizního násilí v rámci České republiky. Připouštíme, že nejde o „obvyklé" téma z oblasti trestního práva, ba právě naopak. Jeho aktuálnost a opodstatněnost ovšem vynikne ve světle zahraničních poznatků a zkušeností, které se týkají ochrany mladých lidí před negativním působením televizního násilí.

2. TELEVIZNÍ NÁSILÍ A JEHO CHARAKTERISTIKA

Za „televizní násilí" (angl. television violence)[1] se označuje prezentace násilí v produktech televize (ale někdy i v ostatních médiích), a to především v kontextu negativních důsledků, které má na chování a postoje příjemců těchto mediálních obsahů.[2] Osoby nezletilé, zejména děti, představují nejvíce ohrožené publikum, které přijímá jeho prezentaci bez kritického zpracování a jen obtížně je schopno jeho negativnímu působení čelit. V teoriích působení televizního násilí na diváky se nejvíce zmiňuje: efekt agresora – sledováním násilí se zvyšuje míra agresivního chování; efekt oběti – u diváka se posiluje obava, že na něm bude spáchán násilný čin, zkresleno je vnímání reality a vyvolávána je nedůvěřivost k ostatním lidem; efekt desenzibilace – přivykání na dávky násilí, které jsou divákem přijímány, dostavuje se bezohlednost a lhostejnost.[3]

Prostřednictvím produktů televize jsou diváci vystaveni prudkému tempu příběhů, vysoké úrovni zobrazované aktivity, častému používání speciálních obrazových a zvukových efektů; všechny tyto skutečnosti vedou k excitaci, která může aktivovat agresivní chování. Odměny udělované televizním hrdinům, jak můžeme pozorovat, vedou k akceptaci jimi prosazovaných prostředků řešení krizových situací. Televizní násilí se stává pravidelným elementem života rodiny.[4] Hrozí nebezpečí pasivního přijímání dávek násilí, které se stávají běžnou součástí života a snižují potenciál reakce vůči případům, v nichž se násilí skutečně odehrává. Mnohdy je paradoxem, že

---

[1] Odlišný význam má pojem „divácké násilí", jímž míníme nebezpečné, opakované a plánovité (s manifestačním charakterem) chování účastníků sportovních událostí. Srov. Novotný, O., Zapletal, J. et al. Kriminologie. 3. přepr. vyd. Praha : ASPI, 2008. s. 298. 978-80-7357-377-5.

[2] Podrobněji k tomuto jevu viz Vesecká, R., Chromý, J. Vliv televizního násilí na kriminalitu: mýtus nebo realita? Státní zastupitelství. 2009, č. 2, s. 6 – 11.

[3] K zevrubnému přehledu uvedených teorií srov. Vlastník, J. Televizní násilí a zákon. Olomouc : Votobia, 2005 ISBN 80-7220-245-6.

[4] Srov. Fanti, K. A., Vanman, E., Henrich, C. C., Avraamides, M., N. Desensitization to Media Violence Over a Short Period Time. Aggressive Behaviour. 2009, č. 2, s. 179 – 187.

programy adresované dětem obsahují více projevů násilí než ostatní druhy programů, které jsou určeny pro dospělé diváky.[5] Děti často opakují scény a jejich útržky, které v televizi zhlédly, přičemž takto nabyté zkušenosti posléze sdílejí se svými vrstevníky.

Samozřejmě jsou zdůrazňovány i další faktory, jež se vedle televize spolupodílejí na nárůstu projevů násilného chování u dětí a mladistvých. Tak kupříkladu Huesmann na otázku ohledně vlivu televizního násilí odpověděl (již na počátku osmdesátých let minulého století) trefným příměrem, a sice: ne u každého dítěte, které se dívá na násilí v televizi nebo hraje počítačové hry s násilným obsahem, se zvýší násilné chování, neboť jsou zde i jiní činitelé, které musíme brát v potaz. Stejně jako každé zapálení cigarety zvýší pravděpodobnost vzniku rakoviny plic, tak každé vystavení dítěte násilí zvýší riziko jeho pozdějšího násilného chování.[6]

Ze všech výzkumů, dosud provedených na téma televizního násilí, připomeňme alespoň ten nejznámější z nich. The National Television Violence Study byla zaměřena na zkoumání kontextu, v jakém je násilí v televizi zobrazováno. Náhodně vybrané programy na dvaceti třech televizních kanálech byly sledovány po dobu dvaceti týdnů ve vysílacím čase od 6.00 do 23.00 hodin. Studie ukázala, že většina programů obsahovala prvky násilí. Rozhodným byl shledán vzor zobrazovaného násilí, byla zdůrazněna rizika učení se násilnému vystupování, desenzitivita vůči poškozujícím následkům a zesílení obav z rizika být objektem napadení. V 73 % násilných scén nebyli agresoři potrestáni. Násilí tak bylo vyobrazováno bez nastoupivších následků, což u diváků vyvolávalo silnější akceptaci násilí jakožto úspěšného prostředku „řešení“ problémů. V převážné většině případů nebyla u obětí zachycena vážná tělesná újma. Pouze 16 % programů poukázalo na dlouhotrvající negativní důsledky násilí, jako duševní, finanční a citové poškození. V každé čtvrté násilné scéně se objevila ruční zbraň. Pouze 4 % programů, v nichž bylo násilí prezentováno, kladlo důraz i na protinásilně zaměřená témata. Nejvíce násilí (až 85 %) bylo zaznamenáno v předplacených kabelových programech. V humorném podání bylo násilí představeno v 67 % případů.

3. SOUČASNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA

Není zde zajisté dostatečný prostor pro to, abychom se věnovali všem aspektům a možným důsledkům právního ukotvení prezentace televizního

---

[5] Wilson, B. J., Smith, S. L., Potter, W. L., Kunkel, D., Linz, P., Colvin, C. M., Donnerstein, E. Violence in Children’s Television Programming: Assessing the Risks. The Journal of Communication. 2002, č. 1, s. 5.

[6] Palmer E. L., Dorr, A. et al. Children and the faces of the television. Teaching, violence, selling. New York : Academic, 1980, s. 183.

násilí v zákoně. Pro získání základního přehledu, ústícího k rozhodujícím trestněprávním úvahám, je užitečné podat výklad k zákonu č. 231/2001 Sb., o provozování rozhlasového a televizního vysílání, v platném znění.

Mezi základní povinnosti v oblasti televizního a rozhlasového vysílání patří, že provozovatel vysílání je povinen nezařazovat do vysílání pořady, které mohou vážně narušit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých, zejména tím, že obsahují pornografii a hrubé samoúčelné násilí. Zakázáno je bezdůvodně zobrazovat osoby umírající nebo vystavené těžkému tělesnému nebo duševnímu utrpení způsobem snižujícím lidskou důstojnost, a dále zařazovat v době od 06.00 hodin do 22.00 hodin pořady a upoutávky, které by mohly ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých. Provozovatel vysílání je rovněž povinen zajistit, aby rozhlasovému a televiznímu vysílání pořadů bezprostředně předcházelo slovní upozornění na nevhodnost pořadu pro děti a mladistvé a aby pořad, který by mohl ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých, byl označen v případě televizního vysílání obrazovým symbolem upozorňujícím na jeho nevhodnost pro děti a mladistvé po celou dobu vysílání.

Provozovatel převzatého vysílání pak není oprávněn šířit takový program, který obsahuje pořady, které mohou narušit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých, pokud jsou vysílány v rozporu s výše uvedenými povinnostmi provozovatelů televizního a rozhlasového vysílání. Omezení jsou stanovena i ve vztahu k vysílání reklamy a teleshoppingu. I zde je zakázáno zařazovat do vysílání reklamy a teleshopping určené dětem nebo v nichž vystupují děti, pokud podporují chování ohrožující jejich fyzický, psychický nebo mravní vývoj. Provozovatelé televizního vysílání při vysílání reklamy konkrétně nesmějí: a) přímo pobízet děti a mladistvé, aby kupovali nějaký výrobek nebo službu s využitím jejich nezkušenosti nebo důvěřivosti, b) přímo pobízet děti a mladistvé, aby přemlouvali své rodiče nebo někoho jiného k nákupu nabízeného zboží nebo služeb, c) využívat zvláštní důvěru dětí a mladistvých vůči jejich rodičům nebo jiným osobám, d) bezdůvodně ukazovat děti a mladistvé v nebezpečných situacích.

Kromě správních deliktů, vypočtených v § 60 zákona č. 231/2001 Sb., rozhoduje Rada pro rozhlasové a televizní vysílání o neprodloužení licence mimo jiné i v případě, že provozovateli vysílání s licencí byla opakovaně pravomocným rozhodnutím uložena sankce za závažné porušení stanovených povinností, mimo jiné i nezařazovat do vysílání pořady, které mohou vážně narušit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých tím, že obsahují pornografii a hrubé samoúčelné násilí.

Podívejme se na některé problematické aspekty, s nimž je třeba počítat při postihu „nežádoucí“ prezentace násilí vůči dětem a mladistvým, jež vyplývají z praxe se správními delikty zakotvenými v zmiňovaném zákonu

č. 231/2001 Sb. Rada pro rozhlasové a televizní vysílání[7] může provozovateli vysílání a provozovateli převzatého vysílání uložit pokutu ve stanovené částce, pokud zařazuje do vysílání od 06.00 hodin do 22.00 hodin pořady a upoutávky, které by mohly ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých. V minulosti nastal spor ohledně interpretace znaku „ohrožení psychického nebo morálního vývoje dětí a mladistvých“, což lze názorně doložit rozsudkem Městského soudu v Praze ze dne 12. listopadu 1999, sp. zn. 28 Ca 312/1998. V konkrétním případě byl na televizní stanici TV Nova odvysílán díl pořadu „Áčko“ věnovaný tématu prostituce, za jehož odvysílání Rada pro rozhlasové a televizní vysílání uložila pokutu. Městský soud v Praze, který přezkoumával předmětné správní rozhodnutí, konstatoval, že zmíněný znak je neurčitým právním pojmem, jehož vyložení vyžaduje odborné znalosti. Objektivní vymezení uvedeného pojmu ovšem rozhodnutí Rady postrádalo a šlo tedy jen o subjektivní hodnocení nepodložené odbornými znalostmi. Podle názoru Městského soudu v Praze nelze souhlasit s tvrzením, že se jednalo o porušení zákona natolik transparentní, že by znalecký posudek byl zcela nadbytečným důkazním prostředkem. Navrhovatel předložil posudek znalce - psychologa, který považoval za krajně nepravděpodobné, že by předmětný pořad mohl významněji ohrozit psychický, respektive mravní vývoj dětí a mladistvých. Podle závěrů znalce byl v tomto případě prezentován informativní pořad, který poskytoval mládeži vkusně a přijatelnou formou věrohodné informace o homosexuální a heterosexuální prostituci. Soud shledal námitky navrhovatele důvodnými. Podle jeho závěru nebylo prokázáno, že by odvysíláním předmětného pořadu byla naplněna skutková podstata správního deliktu podle § 20 odst. 4 písm. b) zákona č. 231/2001 Sb.

Zajímavé stanovisko k posuzování znaku ohrožení vývoje mládeže podává i rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 30. října 2008, sp. zn. 11 Ca 262/2008. Podle Rady pro rozhlasové a televizní vysílání byla odvysíláním pořadu „Hlava v oblacích“ dne 23. ledna 2008 od 9.25 hodin na TV Nova porušena povinnost nezařazovat do vysílání v době od 6.00 do 22.00 hodin pořady a upoutávky, které by mohly ohrozit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých. Žalovaný k věci uvedl, že pořad obsahuje naturalisticky násilné, sexuálně explicitní a drastické scény. Shlédnutí tohoto pořadu může mít na dětského diváka psychicky značně negativní dopad, působit děsivě a vyvolat v něm pocit strachu. U citlivějších jedinců může vyvolat trauma, u jedinců agresivnějšího založení může bezcitné konání antihrdinů působit dojmem glorifikace krutosti. Zvrácená přirozenost, s jakou se vraždí, může mít pro psychiku jedince až návodný charakter, zejména při pravidelném přísunu podobných pořadů,

[7] Správní úřad, který vykonává státní správu v oblasti rozhlasového a televizního vysílání a převzatého vysílání a dohlíží na zachovávání a rozvoj plurality programové nabídky a informací v oblasti rozhlasového a televizního vysílání a převzatého vysílání, dbá na jeho obsahovou nezávislost a plní další úkoly stanovené tímto zákonem a zvláštními právními předpis

přibližujících extrémní svět těžkého zločinu. Žalobce namítal, že předmětný pořad byl umělecky hodnotným filmem z období 2. světové války, kdy při hodnocení scény došlo k jejímu vytržení z kontextu pořadu. Městský soud v Praze v odůvodnění rozsudku uvedl, že není zřejmé, proč právě uvedená scéna z odvysílaného pořadu byla hodnocena jako scéna, která může vyvolat popsané následky. Odůvodnění správního orgánu je v tomto směru zcela obecné. Správní orgán se nevypořádal s konkrétním obsahem a nebyly jím jasně vyloženy důvody zvolení popisu dané scény. Konstatování, že samo zobrazované násilí může znamenat ohrožení fyzického, psychického nebo mravního vývoje, je nedostatečné. Při vyvozování odpovědnosti je nutné hodnotit obsah celého pořadu. Poukázání žalovaného, že shledává skutek nejen v jedné scéně, ale přinejmenším v deseti problematických scénách filmu, pak nemá oporu v odůvodnění rozhodnutí. Soud uzavřel, že žaloba je zčásti důvodná, proto žalobou napadnuté rozhodnutí zrušil a věc vrátil žalovanému k dalšímu řízení. Na žalovaném bude, aby znovu posoudil, zda jsou splněny podmínky pro uložení pokuty žalobci, svoje rozhodnutí dostatečným způsobem odůvodnil a ve výroku rozhodnutí uvedl, pro které konkrétní jednání je případná sankční odpovědnost žalobce vyvozována.

4. ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Zkusme se v následující části příspěvku blíže zabývat formulací skutkové podstaty trestného činu, jež by mohl pokrývat probíranou problematiku televizního násilí.

Třebaže v současných legislativních vyjádřeních nalézáme čím dál frekventovanější výskyt neurčitých, v zákoně nevymezených pojmů, je třeba předem varovat před zakotvením deliktů, jejichž zákonné formulace neodpovídají požadavku určitosti, jasnosti a přesnosti právních norem.[8] Ve vztahu k televizním násilí je nutné brát ohled především na to, aby vytýkané násilí, patřičně formulované ve skutkové podstatě, vykazovalo určitou kvalitu a určitou minimální intenzitu. Ruku v ruce s tím jde úvaha o vlastní podobě tohoto zákonného znaku, jakož i o výběru kritérií rozhodných pro jeho naplnění. Jejich nesprávné nastavení, zvláště hrozící pojmová vágnost, má bezprostřední dopad na nadměrnou či naopak mizivou využitelnost takového deliktu v praxi.

Ve smyslu zásady pomocné role se má trestní právo uplatnit jen v nejzávažnějších případech, v nichž jiné prostředky nedostačují k nápravě, a má se uplatnit jen tehdy, je-li účelná a účinná.[9] V obecné rovině jistě panuje zájem společnosti na ochraně duševního a mravního rozvoje a výchovy mládeže proti negativnímu působení prezentovaného násilí, včetně

[8] K požadavkům kladených na právní normy srov. Hendrych, D. et al. Správní právo. Obecná část. Praha : C. H. Beck, 1994. s. 87. ISBN 80-7049-069-1.

[9] Nezkusil, J. Za posílení ochrany práv a svobod v trestním právu. Acta Universitatis Carolinae Iuridica. 1992, č. 1, s. 27.

násilí představovaného v televizním formátu. V současnosti ovšem stojí postih fyzických osob mimo dosah platné právní úpravy, neboť na problém televizního násilí nedopadá žádný segment právního řádu České republiky: ani přestupky na úseku školství a výchovy mládeže dle § 31 zákona č. 200/1990 Sb., přestupky dle zákona č. 359/1999 Sb., natož pak trestné činy proti rodině a mládeži dle hlavy VI. trestního zákona, a nebude tomu jinak ani od účinnosti nového trestního zákoníku. Setkáme se pouze s reglementací provozování televizního a rozhlasového vysílání (viz shora), v níž jsou konstruovány tzv. správní delikty smíšené povahy.[10] U nich se nerozlišuje, zda je vytýkané jednání spácháno fyzickou či právnickou osobou, jednotícím znakem je tu charakter prováděné činnosti, přičemž objektivní stránka se odvíjí od rozsahu povinností daných zákonem při výkonu takové činnosti. Požadavek postihu fyzických osob - především těch, jimž náleží povinnost o dítě pečovat – je přitom podpořen tezí, že jsou to konkrétní jednotlivci, kteří dítě vystaví televiznímu násilí. Naznačená podmínka účelnosti a především účinnosti trestního postihu je tu však sotva dosažitelná. Jednak je třeba počítat se značným množství věcí, na něž by trestný čin dopadal, jednak vymezení a doložení závadnosti toho kterého pořadu není nijak snadné, žádá si důsledný výběr a precizní popis pořadu (scény), jakož i vyjmenování následků, které se mohou u kategorie mladých diváků dostavit. Ještě větší potíže činí vyhledávat a důkazně podchycovat případy prezentace televizního násilí v soukromí, tedy v obydlích a jiných neveřejných prostorách, protože postup v těchto věcech je výrazně odvislý od oznámení dotčených osob a od jejich ochoty podat vysvětlující (v kladném případě přiznávající) vyjádření. Nastoupení odpovědnosti za jednání, v uvedených směrech ohrožujících vývoj dětí a mladistvých, je do velké míry podmíněno i tím, nakolik lze takové pořady systematicky dohledávat.

Eventualitou by bylo zacílit trestněprávní postih na provozovatele televizního vysílání a na provozovatele převzatého vysílání, čili v trestní normě konstruovat vyvolání určitého abstraktního nebezpečí z prezentace televizního násilí. Tady narážíme na absenci právní úpravy zakotvující trestní odpovědnost právnických osob, když si s institutem „jednání za jiného“ (§ 90 odst. 2 trestního zákona, resp. § 114 odst. 2 nového trestního zákoníku) nevystačíme. I kdyby tomu tak nebylo, otevřeně přiznejme, že provozovatelé vysílání, respektive provozovatelé převzatého vysílání nedodržují dosavadní povinnosti pouze v tom smyslu, že prezentují pořady (mnohdy jen jejich upoutávky) ve vyhrazeném čase a za podmínky předchozího upozornění na vysílání pořadu určitého formátu. Lze mít tudíž pochybnosti o tom, zda je nová úprava této oblasti prostředky trestního práva skutečně potřebná a zda by spíše nebyla jedním z úkazů hypertrofie trestního práva, zejména při existenci stávající správněprávní úpravy, kterou by tato trestněprávní reglementace musela „kopírovat“. Navíc jsou to rodiče

[10] Blíže k tomuto pojmu Mates, P. et al. Základy správního práva trestního. 3. vyd. Praha : C. H. Beck, 2002. s. 96. ISBN 80-7179-789-8.

a další osoby, jimž jsou děti svěřeny do péče, na nichž spočívá konečné rozhodnutí, zda jim umožní televizní pořad s násilným obsahem shlédnut či nikoli. Již samotný správní postih je složitý a zdlouhavý, zvláště to platí tam, kde se ještě přikročí k soudnímu přezkumu rozhodnutí správního orgánu – Rady pro rozhlasové a televizní vysílání. Při definování této správněprávní odpovědnosti se navíc vychází z adresných povinností uložených zákonem pro získání a udržení povolení k provozovaní společensky prospěšných činností, s tím, že tyto povinnosti je odlišné od obecných povinností občana. Opačný přístup by jen stěží dovoloval postihnout situace, kdy se na provozování té které činnosti účastní větší množství jednotlivců, s různou mírou podílu na konečném výsledku, a kdy dochází k jejich časté obměně. Jsme přesvědčeni, že ve vztahu k provozovatelům televizního vysílání a provozovatelům převzatého televizního vysílání, pokud jde o prezentaci televizního násilí, je vhodné zachovat stávající druh odpovědnosti správního práva. I prosazení této právní odpovědnosti není vůbec triviální záležitostí.

Je třeba zdůraznit, že závěr o vystavení dítěte násilí, zejména z hlediska jeho rozsahu, intenzity, způsobu apod., by neměl být povrchní. Snaha vyjmenované aspekty souborně podchytit vyvolává důvodně obavu z doširoka „rozkročené“ skutkové podstaty. V této souvislosti lze poukázat na negativní francouzské zkušenosti, jak jej popsal Vlastník v monografii věnované televiznímu násilí.[11] Zakotvený trestní postih, dopadající na blíže specifikované způsoby nakládání s materiálem s násilným obsahem, pokud může být viděn nebo vnímán mladistvými,[12] je ve Francii hodnocen jako příliš komplikovaný a v praxi ztěžka použitelný. Jeho mizivá využitelnost se přikládá absenci konkrétních vodítek interpretace znaků předmětné skutkové podstaty, jakož i nízké informovanosti tamějších prokurátorů o této problematice.

Český zákonodárce by mohl při kriminalizaci televizního násilí hledat inspiraci v některém ze stávajících trestných činů. Zřejmě „nejpřiléhavějším“ se jeví být trestný čin šíření pornografie dle § 205 odst. 1 trestního zákona, resp. trestný čin šíření pornografie dle § 191 odst. 2 nového trestního zákoníku.[13] V první řadě máme na mysli objektivní

---

[11] Vlastník, J. Televizní násilí a zákon. Olomouc : Votobia, 2005, s. 160. ISBN 80-7220-245-6.

[12] Článek 227-24 francouzského trestního zákoníku zní: „Kdo vyrobí, přepravuje, rozšiřuje jakýmkoli prostředkem materiál s násilným či pornografickým obsahem či takové povahy, že by mohl vážně ohrozit lidskou důstojnost, nebo obchoduje s takovou zprávou, bude potrestán [...], pokud takový materiál může být viděn nebo vnímán mladistvým. Pokud je tento delikt spáchán tiskem nebo vysíláním, uplatní se zákony, které určují odpovědné osoby.“ Blíže Vlastník, J. Televizní násilí a zákon. Olomouc : Votobia, 2005, s. 160. ISBN 80-7220-245-6

[13] Trestný čin šíření pornografie dle § 205 odst. 1 trestního zákona: Kdo pornografické dílo písemné, fotografické, filmové, počítačové, elektronické nebo jiné takové dílo a) nabízí, přenechává nebo zpřístupňuje dítěti, nebo b) na místě, které je dětem přístupné, vystavuje

stránku trestného činu – viz „nabízí, přenechává nebo zpřístupňuje dítěti“, a to včetně znaku věci (díla), s níž je takto nakládáno, tedy odpovídající alternativu k „pornografickému dílu“. Definice uvedeného díla je mnohdy zásadní z pohledu aplikace celé skutkové podstaty, což se ostatně ukazuje u postihu pornografie. V minulosti bylo častokrát připomínáno, že posouzení, zda má nosič pornografický obsah je ztížen tím, že trestní zákon ani jiná vnitrostátní norma explicitní definici pornografie, resp. pornografického díla, neobsahují.[14] (V současnosti se za pornografické dílo považuje jakýkoli předmět, který je-li pozorován ať přímo, nebo prostřednictvím technického zařízení, zvláště intenzivním a vtíravým způsobem zasahuje a podněcuje samotný sexuální pud, současně má takové dílo podle převládajících názorů většiny členů společnosti hrubě porušovat uznávané morální normy dané společnosti a vyvolávat pocit studu). K potřebě vyhnout se nadměrné rigiditě a udržet krok s měnícími se společenskými okolnostmi při vymezování právních pojmů, se vyjádřil Ústavní soud ČR v usnesení ze dne 19. dubna 2004, sp. zn. IV. ÚS 606/03, když při rozhodování o podané ústavní stížnosti, dotýkající se právě pornografie (v návaznosti na omezování umělecké tvorby za účelem ochrany mravnosti), konstatoval, že četnými zákony jsou nevyhnutelně formulovány pojmy, které do většího či menšího rozsahu jsou neurčité. Ustanovení § 205 trestního zákona (stejně tak i korespondující ustanovení § 191 nového trestního zákoníku; pozn. J.Ch.) pojem pornografie nedefinuje, a tudíž jeho koncept musí být ozřejměn prostředky výkladu, s přihlédnutím k úmyslu zákonodárce a jeho účelu. Podle názoru Ústavního soudu je zřejmé, že relativní míru nejistoty tu snižují bližší vymezení obsažená v písmenech a) až c) § 205 odst. 1 trestního zákona (rozuměj ve znění účinném do 30. června 2006). Toto ustanovení kritérium předvídatelnosti splňuje a je ústavně konformní. Související otázkou, která byla v téže věci řešena Ústavním soudem, a která má opět dopad i na postih prezentace televizního násilí, je dovolenost omezit uměleckou tvorbu za účelem ochrany mravnosti. V daném případě Ústavní soud zdůraznil, že je třeba přihlédnout k mezím svobody projevu zakotvených v čl. 17 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, resp. čl. 10 odst. 2 Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod. Podle našeho mínění by se mělo dojít ke shodnému závěru také u televizního násilí; kladné stanovisko ovšem není tak

---

nebo jinak zpřístupňuje bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty.

[14] K tomu např. Rozhodnutí č. 35/2005 Sb. rozh. trest.: Za pornografické dílo zobrazující dítě (osobu mladší osmnácti let) ve smyslu ustanovení § 205 odst. 1 písm. a) tr. zák. lze pokládat např. snímky obnažených dětí v polohách vyzývavě předvádějících pohlavní orgány za účelem sexuálního uspokojení, dále pak snímky dětí zachycující polohy skutečného či předstíraného sexuálního styku s nimi, popř. i jiné obdobně sexuálně dráždivé snímky dětí. Nejde-li o takové snímky, pak závěr o pornografickém charakteru díla nelze bez dalšího dovozovat jen z toho, že jsou za účelem uspokojení osob trpících sexuální deviací (tj. osob, pro které jsou sexuálně atraktivní nedospělé osoby) zpřístupňovány takovými prostředky, které tyto osoby vyhledávají.

jednoznačné jako je tomu u pornografie, s jejíž právní kontrolou jsou dlouhodobé zkušenosti, a která má silnou podporu veřejnosti i odborníků.

Pokud je pojem „dílo“ pro formulaci zákonného znaku deliktu určující, potom rozhodným je také forma takového díla. Nosiče zvuku a obrazu (kam se řadí film, videokazeta, DVD) jsou bezpochyby přijatelné. Vedle toho existují i další formy, například díla písemná (zahrnující i fotografie) a jiné předměty (převážně věcného charakteru), u nichž taková akceptace zřejmě vyjádřena být nemůže, jelikož jejich způsobilost ohrozit duševní a mravní vývoj dětí a mladistvých, prostřednictvím jimi obsažené prezentace násilí, je velmi nízká.

Předmětná skutková podstata trestného činu by měla především zacházet s prvkem „násilí“. Je zřejmé, že ne každé shlédnutí násilí je způsobilé přivodit nebezpečí předpokládající ohrožení duševního a mravního vývoje dětí a mladistvých. Osoby mladší osmnácti let jsou vydávány v nebezpečí teprve tehdy, pokud je takové násilí podle své povahy a intenzity způsobilé povzbudit a upevnit v takové osobě negativní sklony, přístupy a postoje vůči ostatním lidem a majetku. Zřejmě se shodneme na závěru, že nevystačíme s prostým znakem „násilí“ tak, jak je nyní používán v rámci některých skutkových podstat trestných činů, například v § 234, § 241, § 263a trestního zákona, potažmo v § 173, § 185, § 413 nového trestního zákoníku.[15] Musíme spíše obecně vycházet z toho, že násilí má být vykládáno v souvislosti, v níž je použito, a dále z toho, že v něm má být obsažena fyzická složka a působení na chování jiného. Za pomocná kritéria, určující jeho naplnění, by pak podle našeho názoru bylo možné považovat: druh a povahu jednání (útoku), použité prostředky, průvodní okolnosti, následky (účinky) přivozené nebo hrozící apod. Přebrání znaku „hrubé samoúčelné násilí“ - jak jej zakotvuje zákon č. 231/2001 Sb. - by bylo zbytečné, neboť v současnosti je vysílání takových pořadů ze zákona zakázáno, takže s velmi vysokou pravděpodobností nenastane situace, aby jim byly děti vystaveny. V zákonu č. 231/2001 Sb. zákonodárce zakotvil znak „hrubé samoúčelné násilí“ v tom smyslu, že provozovatel vysílání je povinen nezařazovat do vysílání pořady, které mohou vážně narušit fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých zejména tím, že obsahují pornografii a právě i zmiňované hrubé samoúčelné násilí.[16] Takové pořady je zakázáno vysílat trvale, tedy i mimo vysílací čas 6.00 až 22.00 hodin.

---

[15] Násilím se v tomto smyslu rozumí použití fyzické síly k překonání nebo zamezení kladeného či očekávaného odporu.

[16] Nebyl vyslyšen pozměňující návrh poslance Dalibora Matulky, požadující vypustit slovo „samoúčelné“, neboť je těžko vykladatelné. Doslova uvedl: „Jestliže bude vysíláno, jak někdo podřízne svoji tchyni, můžeme vést spory o tom, jestli účelem bylo násilí nebo účelem bylo zbavit se tchyně. Domnívám se, že jednak výkladově by mohly nastat problémy, jednak se domnívám, že písm. e) je v pořádku a měla by být ochrana vůči veškerému hrubému násilí na televizních obrazovkách, takže slovo „samoúčelné“ tam skutečně považuji spíše za škodlivé než ve prospěch věci. Viz záznam 35. schůze Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky, 5. dubna 2001.

Něco jiného jsou pořady (bez dalšího) ohrožující fyzický, psychický nebo mravní vývoj dětí a mladistvých. Zde se s pojmem násilí výslovně nesetkáváme, přičemž tyto pořady lze, vyjma hlavního vysílacího času, do vysílaní zařadit. Zatímco ustanovení o ohrožení vývoje dětí a mladistvých bývá v praxi užíváno, s jeho kvalifikovanou variantou, obsahující pojem hrubé samoúčelné násilí, se takřka nesetkáváme. V poslední době byla zmíněna jen v souvislosti s neudělením licence televizi Erotik für Europa a uložením pokuty televizi Leo TV; v obou případech šlo o pornografii, než o násilí jako takové. Pokud ovšem opustíme problematiku televizního násilí, na níž je toto pojednání zaměřeno, lze si představit situace, kdy děti a mladiství s dílem obsahujícím „kvalifikované" násilí přicházejí do kontaktu, kupříkladu na videokazetách, DVD, zvláště pak na Internetu.

Neméně stěžejní otázkou je zákonné vyjádření ohrožení či poruchy chráněných zájmů a hodnot ve skutkové podstatě trestného činu. Trestný čin, pokrývající prezentaci televizního násilí, by šlo konstruovat jako delikt ohrožovací. Tento přístup poskytuje možnost reagovat už tam, kde nedošlo k vyvolání poruchy, není pro něj rozhodné, zda k následku předpokládanému tímto zákonným ustanovením dojde. Postačí, že osoba byla uvedenému nebezpečí vystavena a to ji může ovlivnit, tedy že porucha z jednání pachatele skutečně mohla nastat. Patrně nejpřiléhavějším je posuzování ohrožení duševního a mravního vývoje osoby mladší osmnácti let. Nevidíme zřejmý důvod, proč u tohoto typu závadného jednání ještě operovat s ohrožením „fyzického" vývoje dětí a mladistvých, jak to činí zákon č. 231/2001 Sb. Pokud by vytýkané jednání spočívalo ve veřejném uvádění díla s násilným obsahem do oběhu, typicky prostřednictvím provozování televizního vysílání, přicházel by v úvahu abstraktní ohrožovací delikt. Takové ohrožení by bylo způsobilé k ovlivnění přinejmenším nějakých osob mladších osmnácti let, blíže však neurčených. Kdežto u varianty, kdy daná osoba to které dítě vystaví uvedenému dílu, by musely být zohledněny subjektivní momenty způsobilosti působit na tuto konkrétní osobu – existence reálného ohrožení určitého předmětu útoku. Problém spatřujeme v tom, že dle současných vědeckých poznatků nastává ohrožení vývoje mládeže až u opakovaného anebo u delší čas trvajícího vystavení televiznímu násilí, což je třeba při úvahách o trestněprávním postihu reflektovat. Sporné je také doložení předmětné povahy ohrožení: zatímco určení mravní roviny ohrožení nečiní velké potíže (v tomto směru lze odkázat na judikaturu),[17] nedá se totéž říci o zkoumání duševní (psychické) stránky ohrožení osoby mladší osmnácti let. Zde už nevystačíme s laickou představou, před právními závěry je nutné sáhnout k odbornému znaleckému zkoumání z oblasti psychologie.

[17] Např. Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 4. září 2003, sp. zn. 7 Tdo 900/2003; Usnesení Nejvyššího soudu České republiky ze dne 28. prosince 2004, sp. zn. 7 Tdo 1077/2004.

5. ZÁVĚR

V předloženém příspěvku jsme podrobili detailnějšímu rozboru podstatné aspekty právního ukotvení problematiky televizního násilí. S odkazem na ně, zejména na obtíže spojené s legislativně technickou konstrukcí příslušného soudně trestného deliktu a s jeho účinným dohledáváním a posuzováním v praxi, uzavíráme, že kriminalizace analyzovaného jevu se nám v českých podmínkách zdá být neakceptovatelná. Uvedené závěry nijak nebrání klást si v rámci širší společenské debaty otázku, nakolik je stávající právní úprava dotýkající se prezentace televizního násilí vhodná a nakolik je důvodné přistoupit k její změně.

Literatura:

- Fanti, K. A., Vanman, E., Henrich, C. C., Avraamides, M., N. Desensitization to Media Violence Over a Short Period Time. Aggressive Behaviour. 2009, č. 2.
- Hendrych, D. et al. Správní právo. Obecná část. Praha : C. H. Beck, 1994. ISBN 80-7049-069-1.
- Mates, P. et al. Základy správního práva trestního. 3. vyd. Praha : C. H. Beck, 2002. 180 s. ISBN 80-7179-789-8.
- Nezkusil, J. Za posílení ochrany práv a svobod v trestním právu. Acta Universitatis Carolinae Iuridica. 1992, č. 1.
- Novotný, O., Zapletal, J. et al. Kriminologie. 3. přepr. vyd. Praha : ASPI, 2008. 527 s. 978-80-7357-377-5.
- Palmer E. L., Dorr, A. et al. Children and the faces of the television. Teaching, violence, selling. New York : Academic, 1980.
- Vesecká, R., Chromý, J. Vliv televizního násilí na kriminalitu: mýtus nebo realita? Státní zastupitelství. 2009, č. 2.
- Vlastník, J. Televizní násilí a zákon. Olomouc : Votobia, 2005. 248 s. ISBN 80-7220-245-6.
- Wilson, B. J., Smith, S. L., Potter, W. L., Kunkel, D., Linz, P., Colvin, C. M., Donnerstein, E. Violence in Children's Television Programming: Assessing the Risks. The Journal of Communication. 2002, č. 1.

Kontaktní údaje na autora – email:
47823@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TRESTÁNÍ MNOHOSTI TRESTNÝCH ČINŮ V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU

VĚRA KALVODOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek je věnován trestání jednotlivých forem mnohosti trestných činů, tj. souběhu, recidivy a tzv. mnohosti sui generis. Autorka analyzuje změny, které v tomto směru přináší nová právní úpravy obsažená v zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník a činí srovnání s předchozí právní úpravou. Poukazuje rovněž na interpretační a aplikační problémy s novou právní úpravou spojené.

Key words in original language
Mnohost trestných činů; souběh, recidiva; mnohost sui genesis; trest souhrnný; trest úhrnný; absorpce; aspirace; kumulace; přitěžující okolnost.

This article deals with punishment in cases of pluralistic criminal activity, i.e. concurrence, recidivism and sui generis plurality. The author makes analyse of changes introduced by the New Criminal Code No. 40/2009 Coll. And compares them to previous legal regulation. She also refers to some problems of interpretation and application connected with the new legal regulation.

Key words
Pluralistic criminal activity; concurrence; recidivism; sui generis plurality; aggregated punishment; cumulation; aggravation; aggravating circumstance.

1. K FILOZOFII TRESTÁNÍ V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU

Nová právní úprava se v oblasti trestání ubírá dvěma směry. Prvním z nich je posílení pozice nepodmíněného trestu odnětí svobody jakožto krajního prostředku a s tím souvisejícího prohloubení trendu alternativního trestání. Druhým směrem je naopak posílení trestní represe, a to dosti výrazné. [1]

Uvedené směry jsou logickým odrazem nové kategorizace trestného činu, tedy bipartice přečin – zločin. Zatímco u méně závažné kategorie trestných činů, tj. přečinů se uplatní především alternativní tresty, nepodmíněné tresty odnětí svobody se předpokládají spíše výjimečně a u některých přečinů

[1] K této otázce blíže Kalvodová, V.: Filozofie trestání v návrhu nového trestního zákoníku. In Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám. Praha: ASPI, Wolters Kluver, 2008, s. 88 a násl., Kalvodová, V.: Sankční systém trestního práva ve světle rekodifikace. Vybrané problémy. In Rekodifikácia trestného práva. Bratislava: Akadémia PZ, 2004.

dochází i ke snížení trestních sazeb, u zločinů, jakožto závažnější kategorie, a to zejména u zločinů zvlášť závažných, dochází k podstatnému zvýšení trestních sazeb odnětí svobody, jak v obecné výměře, tak i v rámci jednotlivých skutkových podstat.

2. TRESTÁNÍ JEDNOTLIVÝCH FOREM MNOHOSTI TRESTNÉ ČINNOSTI

Pokud jde o trestání mnohosti trestných činů, zcela zřetelně se projevuje právě onen trend posílení trestní represe. Nový trestní zákoník přináší v tomto směru řadu změn, které lze považovat za zásadní a s nimiž jsou spojeny zajímavé interpretační i aplikační problémy. Následující úvahy budou věnovány vybraným problémům trestání jednotlivých forem mnohosti, tedy souběhu, recidivy pravé a nepravé neboli tzv. mnohosti sui generis.

2.1 SOUBĚH TRESTNÝCH ČINŮ

I v nové právní úpravě je základem trestání souběhu zásada absorpční. Stejně jako v předchozí právní úpravě je doplněna zásadou asperační, kdy souběh je tradičně považován za obecnou přitěžující okolnost (srov. § 42 písm. n) TrZ) a zásadou kumulační v podobě kumulace horizontální, tedy kumulace jednotlivých druhů trestů. Novum představuje *výrazné posílení zásady asperační*, která v případě vícečinného souběhu většího počtu trestných činů přistupuje k zásadě absorpční v podobě zpřísnění trestní sazby. Ustanovení § 43 odst. 1 umožňuje soudu v případě takového souběhu zvýšit horní hranici nejpřísnější trestní sazby o jednu třetinu. Zachována zůstává nepřekročitelnost maximální výměry trestu odnětí svobody, tj. 20 let, resp. 30 let pokud jde o trest výjimečný. Zásada asperační se v této podobě uplatní fakultativně, je tedy na uvážení soudu, zda takto zpřísní postih pachatele vícečinného souběhu většího počtu trestných činů.

Uvedené ustanovení přináší hned několik interpretačních a aplikačních problémů. Prvním z nich je již *samotný pojem většího počtu trestných činů.* Trestním zákoníkem není vymezen a nepřibližuje ho ani důvodová zpráva. Lze předpokládat, že se bude jednat o nejméně tři trestné činy, což lze vyvodit z dikce § 43 odst. 1 „odsuzuje-li soud pachatele za dva a více trestných činů…“ Z hlediska požadavku rovnosti pachatelů před zákonem je nutno stanovit tento minimální počet jednotně, což bude úkolem judikatury.

Další otázku spíše aplikační povahy navozuje skutečnost, že trestní zákoník hovoří o větším počtu trestných činů, *nerozlišuje* tedy *mezi přečiny a zločiny.* V tomto směru zákonodárce zvolil možná až přílišnou míru represe. Lze se zamyslet nad tím, zda tato možnost asperace neměla být výslovně stanovena jen pro postih většího počtu zločinů, resp. pro kombinaci přečinů a zločinů a pro postih většího počtu přečinů zachována jen v podobě přitěžující okolnosti podle § 42 písm. n). Lze v této souvislosti poukázat na trestání recidivy, která je považována za společensky závažnější jev než

souběh, a přitom podle § 59 TrZ možnost zvýšení horní hranice trestní přichází v úvahu dokonce jen u zvlášť závažného zločinu.

V této souvislosti třeba též poukázat na *absenci kritérií*, jimž by se soud měl řídit při rozhodování, zda využije možnost zvýšení horní hranice trestní sazby či nikoli, a to *ve smyslu absence v podobě jejich výslovného vyjádření* přímo v ustanovení § 43 odst. 1 TrZ. Podle tohoto ustanovení je okolností podmiňující, resp. umožňující použití vyšší trestní sazby samotný větší počet trestných činů. To by bylo dostačující, pokud by uplatnění asperační zásady bylo obligatorní. Vzhledem k fakultativnosti jejího použití je však nutno nastavit kritéria tak, aby byl zajištěn rovný přístup k pachatelům. Soud by rovněž měl použití vyšší trestní sazby v rozsudku zdůvodnit. Lze doporučit, aby soud zohlednil nejen samotný počet trestných činů, ale i jejich povahu a závažnost a poměry pachatele, tedy obecná kritéria přiměřenosti trestních sankcí ve smyslu § 38 odst. 1 TrZ. Určitým vodítkem v tomto směru pak může být i důvodová zpráva, podle níž *„lépe je třeba zajistit zostření ukládaného trestu za sbíhající se trestné činy, a to pro případ, že pachatel spáchá větší počet trestných činů ve vícečinném souběhu, na které zákon stanoví stejné nebo podobné trestní sazby. Tento souběh vyjadřuje skutečnost, se pachatel dopustil více skutků, které opakoval zpravidla v obdobné oblasti trestné činnost, což zpravidla znamená, byť nejde o recidivu, jeho zvýšenou narušenost a také závažnost spáchané trestné činnosti.“* [2] Absenci výslovného stanovení kritérií lze zřejmě vysvětlit skutečností, že návrh trestního zákoníku původně počítal s obligatorním uplatněním asperace v podobě zvýšení horní hranice trestní sazby.

V souvislosti s posílením asperační zásady vyvstává dále otázka *souběžného uplatnění* asperace podle § 43 odst. 1 TrZ a asperace v podobě obecné přitěžující okolnosti podle § 42 písm. n) TrZ. Jinak řečeno, pokud soud zostří úhrnný či souhrnný trest za vícečinný souběh většího počtu trestných činů podle § 43 odst. 1 TrZ, může přihlédnout navíc i k přitěžující okolnosti podle § 42 písm. n) TrZ v podobě spáchání více trestných činů? Při hledání odpovědi na tuto otázku třeba zohlednit zásadu zákazu dvojího přičítání téhož z hlediska trestů vyjádřenou v § 39 odst. 4 TrZ. Uvedené ustanovení neobsahuje výslovnou právní úpravu zakazující přihlížet k okolnosti odůvodňující mimořádné zvýšení trestu odnětí svobody jako k okolnosti přitěžující. Nabízí se však několik možných řešení, jak dospět k závěru, že tomu tak je:

1. Postup podle věty první citovaného ustanovení, podle níž *k okolnosti, která je zákonným znakem trestného činu, včetně okolnosti, která podmiňuje použití vyšší trestní sazby, nelze přihlédnout jako okolnosti polehčující nebo přitěžující.* Je otázkou, zda uvedená dikce znamená, že zákaz dvojího přičítání se vztahuje jen na okolnosti podmiňující použití

[2] Důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku.

vyšší trestní sazby, které jsou současně znakem kvalifikované skutkové podstaty a zohlední se tedy již v rovině viny, anebo i na takové okolnosti, které stojí mimo skutkovou podstatu a uplatní se až v rovině trestání v podobě možnosti zvýšení trestní sazby. Doslovný výklad nasvědčuje spíše první možnosti, teleologický výklad naopak svědčí pro možnost druhou.

2. Postup podle věty druhé § 39 odst. 4, podle níž *k okolnosti odůvodňující mimořádné snížení trestu odnětí svobody nelze přihlédnout jako k okolnosti polehčující*, a to za použití výkladu per argumentum a contrario. [3]

3. Analogická aplikace § 39 odst. 4 věty druhé. Pokud bychom se neztotožnili s výše uvedenými možnostmi výkladu, zůstává prostor pro použití analogie, která je v tomto případě přípustná, neboť je ve prospěch pachatele.

Soud by se tedy měl rozhodnout, zda bude považovat vícečinný souběh většího počtu trestných činů za přitěžující okolnost podle § 42 písm. n) TrZ nebo zda využije možnost asperace podle § 43 odst. 1 TrZ. Souběžná aplikace obou těchto ustanovení by však zřejmě byla možná v případě výrazného překročení minimálního "většího počtu" trestných činů, jenž umožňuje postup podle § 43 odst. 1 TrZ. I v tomto případě by měla být posouzena povaha a závažnost těchto trestných činů. [4]

2.2 RECIDIVA

Zásadní změnou v oblasti trestání recidivy je vypuštění institutu zvlášť nebezpečnérecidivy z trestního zákoníku. Dle důvodové zprávy tento institut byl charakteristický pro trestní zákonodárství zemí bývalého východního bloku a po změně politických poměrů byl v průběhu devadesátých let minulého století nebo počátkem tohoto století ve většině států odstraněn. [5]

Nicméně i nová právní úprava dává prostor pro náležitou reakci na případy opětovného spáchání zvlášť závažné trestné činnosti, a to dokonce reakci

---

[3] Srov. Kratochvíl , V. a kol.: Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 529-530.

[4] Shodně Kratochvíl , V. a kol.: Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, s. 530.

[5] K problematice vypuštění zvlášť nebezpečné recidivy z trestního zákoníku blíže Šámal, P.: Některé aktuální problémy návrhu kodifikace trestního zákoníku v roce 2007. In. Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného, Acta Universitatis Carolinae Iuridica, č. 2, 2007, s. 15-16, Musil, J.: Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe? In: Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného, Acta Universitatis Carolinae Iuridica, č. 2, 2007, s. 33 a n., Chromý, J.: K právnímu pojetí recidivy v novém trestním zákoníku. Trestněprávní revue, č. 11, 2009, s. 329.

svým způsobem přísnější než tomu bylo u zvlášť nebezpečných recidivistů. Tento prostor poskytuje ustanovení § 59 TrZ o *mimořádném zvýšení trestu odnětí svobody*, které lze uplatnit v případě pachatele, který znovu spáchal zvlášť závažný zločin, ač byl za takový nebo jiný zvlášť závažný zločin potrestán. V takovém případě soud může uložit trest v horní polovině trestní sazby odnětí svobody stanovené v trestním zákoně, jejíž horní hranice se zvyšuje o jednu třetinu. Zákon současně stanoví i podmínky pro uvedené zpřísnění. Jsou jimi *vysoká závažnost* zvlášť závažného zločinu daná takovouto recidivou a dalšími okolnostmi případu nebo *ztížená možnost nápravy* pachatele. Jak patrno, jedná se o fakultativní postup, tedy uvážení soudu. V tomto směru je tedy nová právní úprava mírnější. Na druhé straně je výslovně stanoveno, že horní hranice trestní sazby může po uvedeném zvýšení převyšovat dvacet let. Třicetiletá horní hranice trestu výjimečného zůstává nepřekročitelná.

V souvislosti s možností mimořádného zvýšení trestu odnětí svobody u recidivy vyvstává, stejně jako v případě vícečinného souběhu více trestných činů, *otázka dvojího zpřísnění*, tedy mimořádného zvýšení trestu odnětí svobody podle § 59 TrZ a současného přičtení recidivy jakožto obecné přitěžující okolnosti podle § 42 písm. p) TrZ. Posuzování této otázky bude stejné jako v případě uvedeného souběhu, tzn. soud uváží, zda se rozhodne pro zpřísnění v podobě přitěžující okolnosti či pro zpřísnění v podobě mimořádného zvýšení trestu odnětí svobody, resp. zda k recidivě nepřihlédne vůbec. I tuto posledně uvedenou možnost dává trestní zákoník, neboť zachovává fakultativnost přičítání recidivy jakožto obecné přitěžující okolnosti.

Recidiva samozřejmě zůstává v trestním zákoníku i jako znak skutkové podstaty, zejména kvalifikované, a to v širší míře než v předchozí právní úpravě. V celé řadě skutkových podstat se jako okolnost podmiňující použití vyšší trestní sazby objevuje *opětovné spáchání trestného činu*. Tento pojem zahrnuje jak souběh, tak i recidivu pravou i nepravou. Dopadá tedy i na případ předvídaný v § 59 TrZ, tzn. na případ, kdy pachatel znovu spáchal zvlášť závažný zločin, ač již byl pro stejný nebo jiný zvlášť závažný zločin potrestán. Je otázkou, zda v takovém případě, kdy recidiva je již znakem kvalifikované skutkové podstaty, je možno uplatnit i mimořádné zvýšení trestu odnětí svobody podle § 59 TrZ či zda takovému uplatnění brání zásada zákazu dvojího přičítání téhož. Ustanovení § 39 odst. 4 TrZ opět nedává jednoznačně odpověď na tuto otázku. Dostáváme se totiž do situace, kdy jedna a táž okolnost má podobu okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby současně v rovině viny i trestu.

Třeba připomenout, že uvedený problém byl diskutován již v souvislosti s institutem zvlášť nebezpečné recidivy. Rovněž vyvstala otázka, zda pachatele kvalifikované vraždy podle § 219 odst. 2 písm. c) tr. zák., tzn. vraždy spáchané opětovně, lze prohlásit za zvlášť nebezpečného recidivistu. Proti tomuto postupu svědčí zřejmě dikce § 31 odst. 3 tr. zák., *podle něhož k okolnosti, která je zákonným znakem trestného činu, nelze přihlédnout jako k okolnosti přitěžující nebo k okolnosti, která podmiňuje použití vyšší*

trestní sazby. Nicméně podle rozhodnutí TR NS 5/2004-T 694 *"byl-li pachatel v minulosti již odsouzen pro jeden trestný čin vraždy podle § 219 odst. 1 tr. zák. a alespoň zčásti vykonal trest za něj uložený, lze jeho další (druhý) trestný čin vraždy posoudit zároveň zároveň jako spáchaný opětovně podle § 219 odst. 1, 2 písm. c) tr. zák.. i jako spáchaný zvlášť nebezpečným recidivistou podle § 41 odst. 1 tr. zák."* Opětovnost dle uvedeného rozhodnutí vyjadřuje jen to, že byl dřívější trestný čin spáchán, zatímco zvlášť nebezpečná recidiva vyjadřuje to že pachatel alespoň zčásti vykonal trest uložený za tento trestný čin. Z této rozdílnosti vyplývá, že obě uvedené okolnosti, z nichž každá podmiňuje použití vyšší trestní sazby jinak, se mohou uplatnit současně. Nejde o porušení zákazu dvojího přičítání téže okolnosti.[6]

Podobně lze uvažovat i v případě nové právní úpravy, pokud dojde k tomu, že pachatel znovu spáchá zvlášť závažný zločin, ačkoli byl již pro takový zvlášť závažný zločin potrestán. Pro naplnění skutkové podstaty, jejímž znakem je opětovné spáchání, postačí v tomto případě pouhý fakt nového spáchání téhož zvlášť závažného zločinu a předchozího potrestání za takový zvlášť závažný zločin, zatímco pro možnost mimořádného zvýšení trestu odnětí svobody podle § 59 TrZ musí k tomuto faktu přistoupit ještě vysoká závažnost zvlášť závažného zločinu nebo ztížená možnost nápravy pachatele. Lze uzavřít, že se tedy nejedná o dvě totožné okolnosti a tudíž bude možno je použít současně. Tomuto závěru nasvědčuje i důvodová zpráva na s. 221, která obsahuje v příkladmém výčtu zvlášť závažných zločinů, u nichž se s možností mimořádného zvýšení odnětí svobody při splnění zákonných podmínek počítá, i trestný čin vraždy podle § 140 odst. 3, který jakožto svůj znak uvedený pod písm. h) obsahuje právě opětovné spáchání.

2.3 DALŠÍ TREST

Za zásadní krok v oblasti trestání mnohosti trestných činů třeba považovat skutečnost, že trestní zákoník neobsahuje ustanovení o *dalším trestu* ve smyslu dřívějšího § 36 tr. zák., který limitoval soud při ukládání trestu v případě pravé i nepravé recidivy, jestliže trest stanovený dřívějším rozsudkem nebyl ještě vykonán. Ustanovení o dalším trestu dle mého názoru neodůvodněně zvýhodňuje pachatele, který opakoval trestnou činnost v krátkém časovém intervalu a odporuje zejména zásadě přiměřenosti trestu a principu soudní individualizace a jeho nezařazení do trestního zákoníku lze proto jen uvítat.[7]

---

[6] Šámal, P., Púry, F.,Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl, 6. doplněné a přepracované vydání. Praha: C.H. Beck, 2004, s. 397.

[7] Srov. i Kalvodová, V.: Postavení trestu odnětí svobody v sytému trestněprávních sankcí.Brno: MU, 2002, s. 252.

3. ZÁVĚREM

Nová právní úprava, jak patrno, přináší možnost podstatného zpřísnění postihu jednotlivých forem mnohosti trestných činů. Proti tomu nelze v zásadě nic namítat, neboť opětovné spáchání trestného činu, ať již má podobu souběhu nebo recidivy pravé či nepravé svědčí zpravidla o vyšší narušenosti pachatele a zvyšuje společenskou škodlivost jím páchaných trestných činů. Nemusí tomu tak ale být nutně vždy. Proto je třeba, a to i s ohledem na zásadu ekonomie trestního práva (subsidiarity trestní represe) a zásadu přiměřenosti trestních sankcí zejména ve smyslu § 38 odst. 2 TrZ, zabránit mechanickému uplatňování přísnějšího trestního postihu mnohosti trestných činů a ponechat prostor pro individuální posouzení konkrétních okolností konkrétního případu. Fakultativnost uplatnění asperace podle § 43 odst. 1 a § 59 TrZ tento požadavek respektuje.

Je rovněž zřejmé, že nová právní úprava trestání mnohosti není prosta interpretačních problémů. Nakolik jsou závažné, ukáže samotná praxe. Nezastupitelné místo při jejich řešení pak bude náležet judikatuře.

Literature:

- Chromý, J. K právnímu pojetí recidivy v novém trestním zákoníku, Trestněprávní revue, č. 11, 2009, s. 325-331, ISSN 1213-5313
- Kalvodová, V.: Filozofie trestání v návrhu nového trestního zákoníku. In Pocta Otovi Novotnému k 80. narozeninám. Praha: ASPI, Wolters Kluver, 2008, s. 87-93, ISBN 978-80-7357-365-2
- Kalvodová, V.: Sankční systém trestního práva ve světle rekodifikace. Vybrané problémy. In Rekodifikácia trestného práva. Bratislava: Akadémia PZ, 2004, s. 59-65, ISBN 80-709-7603-9
- Kalvodová, V.: Postavení trestu odnětí svobody v systému trestněprávních sankcí, Brno, MU, 2002, 272 s., ISBN 80-210-3025-9
- Kratochvíl, V. a kol.: Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, 834 s., ISNB 978-80-7400-042-3
- Musil, J.: Respektuje český zákonodárce princip subsidiarity trestní represe? In: Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného, Acta Universitatis Carolinae Iuridica, č. 2, 2007, s. 25-38, ISSN 1213-5313

- Šámal, P.: Některé aktuální problémy návrhu kodifikace trestního zákoníku v roce 2007. In. Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného, Acta Universitatis Carolinae Iuridica, č. 2, 2007, s. 11-22, ISSN 1213-5313
- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl, 6. doplněné a přepracované vydání. Praha: C.H. Beck, 2004, 742 s., ISBN 80-7179-896-7

Contact – email
Vera.Kalvodova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

POSTOJE MEZINÁRODNÍ SPOLEČNOSTI PRO TRESTNÍ PRÁVO (AIDP) K PROBLEMATICE TRESTNÍHO STÍHÁNÍ TERORISMU A ORGANIZOVANÉHO ZLOČINU

ZDENĚK KARABEC

Institut pro kriminologii a sociální prevenci, Praha

Abstract in original language
Ve dnech 20. – 27. září 2009 se konal v Istanbulu (Turecko) 18. mezinárodní kongres Mezinárodní společnosti pro trestní právo (AIDP). Hlavní téma kongresu a diskuse se zaměřily na ochranu lidských práv při trestním stíhání terorismu a organizovaného zločinu.

Key words in original language
Mezinárodní společnost pro trestní právo (AIDP); 18.kongres AIDP; Trestní stíhání; Terorismus; Organizovaný zločin.

Abstract
The 18. International Congress of Association Internationale de Droit Penal (AIDP) was held in Istanbul (Turkey) in September 20.-27, 2009. The main topic and discussion were focused on protection of human rights in the course of criminal prosecution of terrorism and organized crime.

Key words
International Association of Penal Law (AIDP); 18. Congress of AIDP; Human rights; Criminal prosecution; Terorrism; Organized crime.

V posledních letech expanduje snaha kriminalizovat různé formy jednání, které využívají příležitostí a rozporů vyplývajících ze současné globalizující se společnosti a které vedou k novým závažným formám kriminality. Tato kriminalita se vyznačuje transnacionalními prvky, je sofistikovaně plánována a organizována, využívajíce zejména nové komunikační a transportní prostředky. Jde zejména o mezinárodní terorismus, transnacionální organizovaný zločin, počítačovou kriminalitu, obchod s migranty, ženami, lidskými orgány, zbraněmi a drogami.

Tato snaha o další a další kriminalizaci je výrazem snahy jednotlivých zemí i celého mezinárodního společenství postavit účinnou hráz uvedené závažné trestném činnosti. To ovšem sebou nese riziko oslabování principu zákonnosti a vlády práva a může vést k porušování základních svobod a lidských práv. Jde o dilema, které se dotýká všech zemí a proto je třeba společně hledat vyváženou kriminální (trestní) politiku.

K této problematice proto zaujímá svá stanoviska i Mezinárodní společnost pro trestní právo (Association Internationale de Droit Pénal – AIDP). AIDP je široce respektovanou mezinárodní organizací, která byla založena v roce

1924 v Paříži na zasedání skupiny představitelů nauky trestního práva. Již při svém vzniku se AIDP prohlásila za pokračovatele L´Union Internationale de Droit Pénal, kterou založili v roce 1889 ve Vídni významní profesoři trestního práva Franz von Liszt (Německo), Gerard von Hamel (Holandsko) a Adolphe Prins (Belgie). Na přelomu 19.a 20.století v mnoha zemích západní Evropy docházelo k růstu zločinnost (zejména v souvislosti s rychlou industrializací a migrací obyvatel do měst) a k následné represivní reakci. Trestní právo bylo přitom vystaveno velkému pokušení kriminalizovat různé formy asociálního jednání a rozšiřovat trestní represi ve snaze účinně čelit zločinnosti. Zdálo se však, že jsou přitom zpochybňovány tradiční kořeny trestního práva, tkvící v myšlenkách reformátorů a filozofů známých jmen, jakými byli Beccaria, Bentham, Montesquieu či Rousseau. Zakladatelé L´Union vyjadřovali potřebu pokračovat v humanistických a liberálních tradicích trestně právní nauky a trestní politiky. A tyto postoje zaujímá AIDP důsledně dodnes.

Na 18.mezinárodním kongresu AIDP (20.-27.září 2009 v Istanbulu, Turecko), jehož tématem bylo „ Hlavní výzvy kladené globalizací trestní justice“ (The Principle Challenges Posed by the Globalization of Criminal Justice), byla proto zdůrazněna potřeba důsledně respektovat i v trestně právní oblasti základní lidská a občanská práva a neoslabovat základní principy trestního procesu ani tváří v tvář organizovanému zločinu a terorismu a dalším formám závažné trestné činnosti mnohdy překračující hranice států. Jednotlivé země by neměly upravovat svou hmotně právní legislativu a procesní postupy při vyšetřování a stíhání uvedené závažné trestné činnosti pouze z hlediska vlastní bezpečnosti, ale měly by mít na zřeteli i zájmy a bezpečnost ostatních zemí. AIDP proto podporuje nejen spolupráci na úrovni justičních a policejních orgánů, ale usiluje i o harmonizaci trestního práva hmotného a procesního.

Na uvedeném kongresu bylo upozorněno, že se objevuje znepokojující tendence extenzivně vykládat hmotně právní pojmy příprava a účastenství tak, aby bylo možno snadněji stíhat závažné formy trestné činnosti, zejména organizovaný zločin a terorismus. AIDP zastává stanovisko, že trestnost přípravy může být dána pouze za striktně stanovených právních podmínek, mezi které i nadále musí mj. patřit přesné vymezení činu, jehož příprava má být trestná a to tehdy, jestliže pachatel jednal v přímém úmyslu takový čin spáchat, a jeho přípravné jednání již představuje konkrétní trvající hrozbu zájmům chráněným trestním zákonem. Trest za přípravu musí být samozřejmě nižší, než za trestný čin, ke kterému příprava směřovala, a musí být přiměřený také pokusu spáchat takový trestný čin.

Pokud jde o samostatnou trestnost účasti na trestném činu, měla by být umožněna pouze za jasně definovaných podmínek, mezi které by mělo zejména patřit, že pachatel jednal vědomě a se záměrem poskytnout příležitost ke spáchání závažného trestného činu proti životu a zdraví nebo svobodě , nebo usnadnit spáchání takového činu. Zákonem by také měly být definovány materiální podmínky účastenství tak, aby nebyly používány

formulace jako například „všechny případy spolupráce, přispění a usnadnění“ apod.

Problematika financování teroristických aktivit by měla být řešena tak, aby všechny země harmonizovaly svou právní úpravu s definicí OSN, která vymezuje financování terorismu jako poskytování nebo shromažďování finančních prostředků se záměrem, aby byly použity, nebo s vědomím, že mohou být použity, ke spáchání činů uvedených v příslušných mezinárodních konvencích a smlouvách. A dále činů, které směřují k usmrcení nebo vážné tělesné ujmě civilních osob nebo jakýchkoliv jiných osob nezúčastněných na nepřátelských konfliktech, přičemž cílem těchto činů je zastrašení obyvatelstva nebo přinucení vlády nebo mezinárodní organizace k určitému jednání. Zdůrazňuje se potřeba zlepšení metod pro zjišťování a odhalování takových činů. Poukazuje se však také na to, že vytváření různých seznamů, které si vedou jednotlivé finanční instituce o svých klientech podezřelých z podpory terorismu, může poškozovat legální obchodní zájmy klientů a je málo efektivní pro postižení skutečných finančních podporovatelů terorismu. Právní a administrativní opatření ke zmrazení nebo zabavení finanční prostředků jednotlivců a korporací má být koordinováno se vznesením obvinění a předložením důkazního materiálu

Bylo upozorněno na problematičnost používání speciálních vyšetřovacích postupů a prostředků z hlediska ochrany lidských práv. Trestněprávní reakce na organizovaný zločin a terorismus musí být vyhrazena výlučně pro orgány trestní justice, nelze připustit v této oblasti žádná administrativní opatření, která by nahrazovala justiční systém. Každé odchýlení od principů řádného trestního procesu při stíhání organizovaného zločinu a terorismu, zejména pokud jde o použití zvláštních operativních prostředků, musí respektovat princip přiměřenosti. I v případech veřejného ohrožení je třeba postupovat zákonným způsobem v rámci právního státu. Žádné obvinění nebo vzetí do vazby nemůže být založeno na anonymním svědectví nebo na nezákonném použití zvláštních operativních prostředků. Osoby podezřelé z účasti na činnosti organizované zločinecké skupiny, které se rozhodnou spolupracovat s justičními orgány, nemohou dosáhnout beztrestnosti, ale pouze mírnějšího trestu

V přípravném řízení při vyšetřování organizované kriminality a teroristických činů musí být dodržována základní lidská práva podezřelých i stíhaných osob. Zapojování zpravodajských služeb, elektronické sledování, odposlechy a podobné postupy , které porušují právo na soukromí a zasahují do dalších lidských a občanských práv, by mělo být vždy pod kontrolou justičních orgánů. Pojem spravedlivý proces (fair trial) se vztahuje na všechna stadia trestního řízení, nejen na řízení před soudem. I při použití zvláštních operativních prostředků a vyšetřovacích technik musí být zachován princip presumpce neviny a právo nevypovídat. Práva obhajoby by neměla být zkracována (princip rovnosti zbraní).

Tak zvané proaktivní vyšetřování , je třeba považovat spíše za mimořádné postupy, protože obvykle i při předcházení terorismu a organizovaného

zločinu by měly postačovat běžné policejní a trestně procesní prostředky. Za zmínku stojí, že při jednání na kongresu o této problematice se vyhranily dvě skupiny, jedna podporovala myšlenku proaktivního vyšetřování, druhá skupina upřednostňovala reaktivní vyšetřování (tedy policejní aktivity až poté, co k trestné činnosti došlo, ovšem třeba i jen ve stadiu přípravy nebo pokusu). Při hlasování jen těsně převážily hlasy zastánců proaktivního přístupu k organizovanému zločinu a terorismu; odpůrci argumentovali zejména tím, že proaktivní přístupy vedou obvykle k nepřiměřeným zásahům do lidských práv a k předimenzování bezpečnostních složek a jejich aktivit

Na kongresu byla také věnována pozornost tak zvané univerzální jurisdikci. Tím se rozumí zejména odkaz na preambuli ke Statutu Mezinárodního trestního soudu, podle které nezávažnější trestné činy týkající se mezinárodního společenství nesmí zůstávat nepotrestány, k čemuž je mimo jiné potřeba přijmout vhodná opatření na národní úrovni i rozvinout mezinárodní spolupráci. Zvláště bylo zdůrazněno, že vyšetřování takových činů in absentia (v nepřítomnosti), je přípustné, zatím co soudní řízení v nepřítomnosti obžalovaného v případech universální jurisdikce možné není. Státy mohou v nepřítomnosti podezřelé osoby zahajovat trestní stíhání pro trestné činy definované ve Statutu Mezinárodního trestné soudu,provádět vyšetřování, shromažďovat důkazy a vznášet obvinění nebo požadovat extradici. V případech sporu o příslušnost mezi státy o uplatnění univerzální jurisdikce by měla být dána přednost státu, kde je k dispozici nejvíce důkazů a kde je větší záruka na spravedlivý proces (fair trial). a na dodržování lidských práv.

Na 18. mezinárodním kongresu bylo vyhlášeno zřízení ceny AIDP, která byla pojmenována po profesoru Hans-Heinrich Jescheckovi, zakladateli Max-Planck Institutu pro zahraniční a mezinárodní trestní právo ve Freiburgu (Německo). Profesor Jescheck byl presidentem AIDP v letech 1979-1989, zemřel v září 2009. Cenu uděluje AIDP společně s uvedeným Institutem. Zároveň byla vyhlášena první laureátka této ceny, kterou se stala profesorka Mireille Delmas- Marty z pařížské Sorbony (cena zahrnuje mj. tříměsíční studijní pobyt v Institutu ve Freiburgu).

Bylo oznámeno také zřízení další ceny AIDP nazvané „Cena mladých panelistů“, která bude udělována v součinnosti s Mezinárodním institutem pro studium kriminálních věd v Syrakusách (Itálie) nadějným pracovníkům ve věku do 30 let z akademických a justičních institucí, kteří na akcích, pořádaných pod odborným vedením AIDP uvedeným Institutem, vystupují s hodnotnými referáty a aktivně se zúčastňují svými odbornými příspěvky.

Celkově lze shrnout, že akce AIDP vždy oprávněně zdůrazňují potřebu důsledně respektovat i v trestně právní oblasti základní lidská a občanská práva a neoslabovat základní principy trestního procesu. Pro vědeckou, výzkumnou a pedagogickou činnost v České republice má význam i udržování kontaktů s mezinárodní odbornou komunitou sdruženou v AIDP.

Lze poznamenat, že Institut pro kriminologii a sociální prevenci organizačně zajišťuje činnost České národní skupiny AIDP.

Contact – email
zkarabec@iksp.justice.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZVLÁŠTĚ PŘITĚŽUJÍCÍ OKOLNOSTI A SNÍŽENÍ TRESTU ODNĚTÍ SVOBODY

JAN KOCINA

Právnická fakulta ZČU v Plzni

Abstract in original language
Nový trestní zákoník neobsahuje ustanovení o materiálním pojetí posuzování zvlášť přitěžujících okolností, když je založen zásadně na tzv. formálním pojetí trestného činu. V tomto zákoníku tedy není obsaženo ustanovení obdobné § 88 odst. 1 starého trestního zákona. Při menší závažnosti naplnění zvlášť přitěžujících okolností bude možné použít v novém trestním zákoníku ustanovení o mimořádném snížení trestu odnětí svobody, popř. některá ustanovení o upuštění od potrestání.

Key words in original language
Nový trestní zákoník; Zvlášť přitěžující okolnosti; Materiální pojetí trestného činu; Formální pojetí trestného činu; Menší závažnost; Mimořádné snížení trestu odnětí svobody; Upuštění od potrestání.

Abstract
New criminal code does not include a regulation concerning material conception of extra aggravating circumstances assessing whilst it is in principle based on so-called formal conception of criminal offense. There is no provision in this criminal code that would be analogical to the provision of sec. 88 clause 1 of the old criminal code. In case of a less serious case of extra aggravating circumstances it shall be possible in accordance with new criminal code to apply provisions regarding exceptional reduction of the imprisonment punishment, possibly some of the provisions concerning withheld sentence.

Key words
New criminal code; Extra aggravating circumstances; Material conception of criminal offense; Formal conception of criminal offense; Lesser seriousness; Exceptional reduction of the imprisonment punishment; Withheld sentence.

Příspěvek se zabývá aplikačními principy při naplnění zvláště přitěžujících okolností ve kvalifikovaných skutkových podstatách poté, co nabude účinnosti nový trestní zákoník, tj. zákon č. 40/2009 Sb. (dále jen „TrZ“), a to ve vztahu k případnému snížení trestu odnětí svobody.

TrZ, který nabude účinnosti dne 1.1.2010, opouští dosavadní materiální pojetí trestného činu. Nová kodifikace trestního práva hmotného vychází z tzv. formálního pojetí trestného činu.[1] Při tomto pojetí trestného činu je však určitým způsobem zachováván materiální korektiv. V oblasti trestního práva hmotného by měly být řešeny pouze takové případy, ve kterých by bylo uplatnění trestní represe v rozporu se zásadou subsidiarity trestního práva tak, jak ji vymezuje § 12 odst. 2 TrZ (princip „ultima ratio“).[2]

Ačkoliv původní koncepce, ze které vycházel přijatý TrZ, vycházela z formálního pojetí trestného činu,[3] jsou v poslední době v odborné literatuře prezentovány a zdůvodňovány názory, že TrZ není založen na formálním pojetí trestného činu, ale že se jedná o formálně materiální pojetí trestného činu, byť v nové trestněprávní terminologii,[4] event. dochází ke zdůvodňování jiného označení vyjadřující formálně-materiální pojetí trestného činu, např. označované jako materializované formální pojetí.[5]

S ohledem na změnu zákonné úpravy je však zřejmé, že TrZ opustil materiální pojetí trestného činu. Opuštění tohoto pojetí však sebou nese logicky celou řadu důsledků, které se promítají i v dalších změnách TrZ, které navazují na tuto zásadní koncepční změnu. Tyto změny znamenají jiné přístupy k hodnocení okolností, které byly věcně provázány s tzv. materiálním pojetím trestného činu.

V trestním zákoně, tj. zákon č. 140/1961 Sb. (dále jen „tr. zák.“), jsou v druhých a dalších odstavcích základních skutkových podstat uvedeny zpravidla kvalifikované skutkové podstaty. Ke znakům základních skutkových podstat přistupují u těchto kvalifikovaných skutkových podstat znaky další, které typizují vyšší stupeň nebezpečnosti činů jimi

---

[1] Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., s. 14 a 15

[2] Šámal, P. Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR schválila návrh nového trestního zákoníku. Právní zpravodaj, 2008, č. 12, s. 3

[3] Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., s. 15

Šámal, P. Osnova trestního zákoníku 2004-2006. Praha : C. H. BECK, 2006, s. 31-40

[4] Srovnej Kratochvíl, V. a kol. Kurz trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha : C. H. BECK, 2009, s. 153

Jelínek, J. (ed.): O novém trestním zákoníku. Sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny. K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku. Praha : Leges, 2009, s. 25

Šámal, P. Trestní zákoník a naplňování funkcí a základních zásad trestního práva hmotného. Bulletin advokacie, 2009, č. 10, s. 23

[5] Jelínek, J. Pojem trestného činu a kategorizace trestných činů. Bulletin advokacie, 2009, č. 10, s.38

charakterizovaných pro společnost.[6] Tyto další znaky jsou okolnostmi, které podmiňují použití vyšší trestní sazby a vyjadřují vyšší typový stupeň nebezpečnosti činu pro společnost. Teorie i praxe trestního práva označuje okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby jako zvláště přitěžující okolnosti, když takto je označoval zákon č. 86/1950 Sb., trestní zákon, v § 75 odst. 4.[7] Zvláště přitěžující okolnosti je třeba hodnotit materiálně,[8] když ve smyslu § 88 odst. 1 tr. zák. se přihlédne k okolnosti, která podmiňuje použití vyšší trestní sazby – zvláště přitěžující okolnosti, jen tehdy, jestliže pro svou závažnost podstatně zvyšuje stupeň nebezpečnosti trestného činu pro společnost. Zásada materiálního posuzování platí přitom bez výjimky pro všechny zvláště přitěžující okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby. Z § 88 odst. 1 tr. zák. je nutné dovozovat povinnost orgánů činných v trestním řízení zkoumat a hodnotit nejen formální znaky přísnější právní kvalifikace, ale i materiální znaky vycházející z hledisek § 3 odst. 4 tr. zák. Je tedy možné přihlížet k té zvláště přitěžující okolnosti podmiňující použití vyšší trestní sazby, jen když pro svoji závažnost podstatně zvyšuje stupeň nebezpečnosti trestného činu pro společnost.[9] S ohledem na zákonnou úpravu v TrZ bylo nutné dovozovat, že povinností orgánů činných v trestním řízení bylo posouzení toho, zda zvláště přitěžující okolnost, která je uvedená v kvalifikované skutkové podstatě, podstatně zvyšuje stupeň společenské nebezpečnosti. Pokud tyto skutečnosti nebyly předmětem posuzování orgánů činných v trestním řízení, bylo to považováno za nedostatek při aplikaci § 88 odst. 1 tr. zák.[10]

TrZ samozřejmě obsahuje, tak, jako předchozí tr. zák., kvalifikované skutkové podstaty. Tyto kvalifikované skutkové podstaty obsahují znaky činů pro společnost škodlivějších než je u činů uvedených v základních skutkových podstatách.[11] TrZ však, s ohledem na změněnou koncepci, která se týká posuzování trestného činu, vypouští ustanovení o materiálním

---

[6] Solnař, V. a kol. Systém českého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti. Praha : Novatrix, 2009, s. 78

[7] Solnař, V. a kol. Systém českého trestního práva. Tresty a ochranná opatření. Praha : Novatrix, 2009, s. 179

Novotný, O. a kol. Trestní právo hmotné. I. obecná část. 3. přepracované vydání. Praha : Codex, 1997, s. 252

[8] Solnař, V. a kol. Systém českého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti. Praha : Novatrix, 2009, s. 78

[9] R 13/1980 tr.

R 48/1998 tr.

[10] R 29/1982 tr.

[11] Kratochvíl, V. a kol. Kurz trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha : C. H. BECK, 2009, s. 173

posuzování zvlášť přitěžujících okolností. Tzn., že byť TrZ obsahuje materiální korektiv vycházející z ustanovení § 12 odst. 2, neobsahuje tento žádné obdobné ustanovení obsažené v § 88 odst. 1 tr. zák., které by, s přihlédnutím ke škodlivosti zvláště přitěžující okolnosti, umožňovalo, při formálním naplnění zvláště přitěžující okolnosti, jinou právní kvalifikaci. Materiální pojetí zvlášť přitěžujících okolností v tr. zák. totiž úzce souviselo s materiálním pojetím trestného činu. Neexistence obdobného ustanovení v § 88 odst. 1 tr. zák. může být považována za nedostatek nové přijaté úpravy.[12]

S ohledem na neexistenci obdobného ustanovení § 88 odst. 1 tr. zák. v TrZ vzniká otázka, jakým způsobem postupovat v případech, kdy je naplněn formální znak zvláště přitěžující okolnosti v kvalifikované skutkové podstatě za situace, kdy společenská škodlivost, vztahující se k tomuto formálnímu znaku, není podstatným způsobem zvyšována oproti základní skutkové podstatě, event. proti kvalifikované skutkové podstatě obsažené v nižších odstavcích příslušné skutkové podstaty trestného činu.

V nové trestní úpravě neexistuje žádný materiální korektiv, který by umožňoval promítnout typově nižší společenskou škodlivost, než odpovídá obvyklým případům, vážících se k naplnění formálního znaku zvlášť přitěžující okolnosti do použití mírnější právní kvalifikace.

Pokud však nastanou skutečnosti, ze kterých by bylo možné dovozovat použití ustanovení § 88 odst. 1 tr. zák. za účinnosti nové právní úpravy, přicházelo by v úvahu nikoliv použití jiné, mírnější, právní kvalifikace, ale případně pouze postup umožňující mimořádné snížení trestu odnětí svobody podle § 58 TrZ, popř. dokonce použití ustanovení o upuštění od potrestání podle § 46 až 48 TrZ.[13]

V praxi lze však spíše připustit, při naplnění zvláště přitěžujících okolností u kvalifikovaných skutkových podstat, použití moderačního práva soudu upraveného v § 58 TrZ. Bude přicházet především v úvahu možnost soudu snížit trest odnětí svobody pod spodní hranici v důsledku okolností případu podle § 58 odst. 1 TrZ, když však v tomto případě není snížení trestu odnětí svobody neomezené, neboť soud bude vázán limity snížení trestu uvedenými v § 58 odst. 3 TrZ. Namísto aplikace § 88 odst. 1 tr. zák. může soud také využít moderačního práva upraveného v § 58 odst. 5 tr. zák., který upravuje tuto možnost u přípravy, pokusu, pomoci, kde by bylo použití trestní sazby odnětí svobody stanovené TrZ pro pachatele nepřiměřeně přísné, avšak za současného splnění další podmínky, že lze dosáhnout

[12] Jelínek, J. (ed.): O novém trestním zákoníku. Sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny. Praha : Leges, 2009, s. 22

[13] Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., s. 44

nápravy pachatele i trestem kratšího trvání, a dále upraveného v § 58 odst. 5 tr. zák., který umožňuje snížení trestu odnětí svobody pod spodní hranici trestní sazby také tehdy, jestliže pachatel jednal v právním omylu neomluvitelném, spáchal trestný čin odvraceje útok nebo jiné nebezpečí, aniž byly splněny podmínky krajní nouze nebo nutné obrany, anebo překročil meze přípustného rizika nebo meze jiné okolnosti vylučující protiprávnost.

Soud není při snížení trestu odnětí svobody pod dolní hranici trestní sazby v případě použití moderačního práva v § 58 odst. 5 a odst. 6 tr. zák. vázán limity snížení trestu uvedenými v § 58 odst. 3 tr. zák.

V této souvislosti je nutné také zmínit tu skutečnost, že TrZ, na rozdíl od tr. zák., rozšiřuje rozsah zásady dvojího přičítání v § 39 odst. 4 věta druhá, když toto rozšíření spočívá v tom, že k okolnosti odůvodňující mimořádné snížení trestu odnětí svobody nelze přihlédnout jako k okolnosti polehčující.[14]

S ohledem na změnu v zákonné úpravě, ve vztahu k opuštění materiálního posuzování zvláště přitěžujících okolností s možností využití institutu mimořádného snížení trestu odnětí svobody pod dolní hranici trestní sazby u kvalifikovaných skutkových podstat, lze však dospět k důležitému závěru pro aplikační praxi.

K aplikaci ustanovení § 88 odst. 1 tr. zák. existuje velmi rozsáhlá judikatura, která se zabývá konkrétními možnými typovými skutečnostmi s posouzením, zda formální naplnění zvláště přitěžující okolnosti u kvalifikované skutkové podstaty podstatným způsobem zvyšuje stupeň společenské nebezpečnosti. Přitom však právě takovéto hodnotící závěry jsou využitelné pro aplikační praxi ve vztahu k dovození konkrétních typových skutečností majících za následek nižší než obvyklou společenskou škodlivost předpokládanou ve formálním naplnění zvlášť přitěžující okolnosti, která je znakem kvalifikované skutkové podstaty.

Bude se jednat např. o snížení typové škodlivosti při formálním naplnění zvláště přitěžujících okolností v případech spoluzavinění poškozeného,[15]

---

[14] Kratochvíl, V. a kol. Kurz trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha : C. H. BECK, 2009, s. 481

[15] např. R 34/1976 tr.

R 25/1983 tr.

R 45/2005 tr.

Rozhodnutí NS SSR sp.zn. 5 Tz 57/79 ze dne 7.8.1979

Rozhodnutí NS ČSR sp.zn. 7 Tz 9/82 ze dne 23.3.1982

vyprovokování trestné činnosti, vymáhání dluhu trestným činem,[16] nižší míry účasti spolupachatele na dokonání trestného činu,[17] existence možnosti způsobení předpokládané škody,[18] malé pravděpodobnosti úspěchu při podvodu[19] a dosaženého prospěchu jednotlivého spolupachatele.[20]

V takovýchto případech bude tedy možné, aby soud aplikoval ustanovení § 58 odst. 1, 5 a 6 tr. zák. umožňující mimořádné snížení trestu odnětí svobody pod dolní hranici trestní sazby ve kvalifikované skutkové podstatě.

Soud nebude rozhodovat o vině pachatele základní nebo nižší kvalifikovanou skutkovou podstatou a v rámci těchto trestních sazeb ukládat trest odnětí svobody, ale bude rozhodovat o vině pachatele z trestného činu ve kvalifikované skutkové postatě i při pouze formálním naplnění zvláště přitěžujících okolností s možností využití moderačního práva na snížení trestu odnětí svobody. Značnou nevýhodou však je ta skutečnost, že trestní stíhání proti pachateli musí být vedeno za trestný čin s použitím přísnější právní kvalifikace s ohledem na naplnění zvláště přitěžujících okolností obsažených v kvalifikované skutkové podstatě. Stejně tak musí být podána ze strany státního zástupce i obžaloba a soud bude, za použití kvalifikované skutkové podstaty, také takto rozhodovat ve výroku o vině. Za účinnosti tr. zák. bylo možné již aplikovat ustanovení § 88 odst. 1 v průběhu celého trestního řízení.

Podle mého názoru aplikační praxe ukáže, že absence obdobného zákonného ustanovení § 88 odst. 1 tr. zák. bude považována za nedostatek nové přijaté úpravy. Kromě shora uvedených negativních dopadů na pachatele trestného činu, spočívající v nemožnosti změny použití právní kvalifikace v průběhu trestního řízení, lze použít mimořádné snížení trestu odnětí svobody pod spodní hranici pouze u jednoho druhu trestu, a to odnětí svobody (§ 52 odst. 1 písm. a) TrZ). Použitá právní kvalifikace nepochybně určuje i závažnost trestného činu, která má význam pro posouzení důvodnosti vazby dle § 67 zákona č. 141/1961 Sb. v platném znění, trestního řádu, bude se promítat v záznamu v Rejstříku trestů podle zákona č. 269/1994 Sb. v platném znění, o Rejstříku trestů. Dále bude mít negativní dopad na odsouzeného ve vztahu k nákladům obhajoby podle vyhlášky č.

Rozhodnutí NS ČR sp.zn. 5 Tdo 1173/2004 ze dne 20.10.2004

[16] např. rozhodnutí NS ČR sp.zn. 7 Tz 150/2001 ze dne 10.7.2001

[17] např. R 13/1980 tr.

Usnesení NS ČR č. 823 ze dne 13.4.2005

[18] např. R 26/1994 tr.

[19] např. R 36/1983 tr.

[20] např. R 4/1982 tr.

177/1996 Sb. v platném znění, advokátního tarifu a nákladům trestního řízení podle vyhlášky č. 312/1995 Sb. v platném znění, o stanovení paušální částky nákladů trestního řízení.

Literature:

- Šámal, P. Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR schválila návrh nového trestního zákoníku. Právní zpravodaj, 2008, č. 12
- Kratochvíl, V. a kol. Kurz trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha : C. H. BECK, 2009
- Jelínek, J. (ed.): O novém trestním zákoníku. Sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny. K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku. Praha : Leges, 2009
- Šámal, P. Trestní zákoník a naplňování funkcí a základních zásad trestního práva hmotného. Bulletin advokacie, 2009, č. 10
- Jelínek, J. Pojem trestného činu a kategorizace trestných činů. Bulletin advokacie, 2009, č. 10
- Solnař, V. a kol. Systém českého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti. Praha : Novatrix, 2009
- Solnař, V. a kol. Systém českého trestního práva. Tresty a ochranná opatření. Praha : Novatrix, 2009
- Novotný, O. a kol. Trestní právo hmotné. I. obecná část. 3. přepracované vydání. Praha : Codex, 1997

Contact – email

kocina@akplzen.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

„SMÍŘÍ“ SE ČESKÉ SOUDY S NOVÝM USTANOVENÍM § 15 ODST. 2 TRESTNÍHO ZÁKONÍKU?

VLADIMÍR KRATOCHVÍL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Text analyzuje otázku spojenou se subjektivní stránkou trestného činu: smíření jako formu volní složky eventuálního úmyslu ve smyslu § 15 odst. 2 TrZ. Na základě přístupů rakouské teorie (Abfindungstheorie, Billigungstheorie) a české legislativy a teorie se zkoumá geneze, právní podstata a výkladové aspekty pojmu „smíření“ podle nové české trestněprávní úpravy. Závěr: smíření jako forma volní složky eventuálního úmyslu, na rozdíl od srozumění, zakládá lhostejnost pravou ve smyslu trestního práva; tu je třeba odlišovat od lhostejnosti „skutečné“, resp. „úplné“.

Key words in original language
Zavinění; úmysl eventuální; lhostejnost nepravá; pravá; skutečná; úplná.

Abstract
This text analysis a question connectioned with subjective side of crime (mens rea): the conciliation like form of the will-element of the alternative mens rea in the sense of the section 15 paragraph 2 Criminal Code. On the basic of approaches of austrian theory (Abfindungstheorie, Billigungstheorie) and czech legislation and theory are examine the genesis, legal nature and aspects of the interpretation of the concept of „conciliation“ under the new czech criminal-law legislation. Conclusion: the conciliation like form of the will-element of the alternative mens rea, as opposed to awareness, founds the right disinterest in the sense of criminal law; this right disinteres is different concept from „real“ disinteres, as the case may be „full“ disinteres.

Key words
Culpability; alternative mens rea; disinterest nonright; right; real; full.

Úvodem

Na první pohled je odpověď na položenou otázku nasnadě: „ Budou muset ...“ Cesta k tomu ovšem nebude zřejmě jednoduchá, neboť jde o jednu z významných a zároveň poměrně složitých změn, které trestní zákoník přináší.1 Toto novum si vyžádala sama praxe, jak uvádí důvodová zpráva k

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

§ 15 odst. 2 TrZ,2 takže se s ním bude muset vyrovnat i ve svém vlastním rozhodování. Tím se ovšem nesnímá břemeno odpovědnosti z trestní teorie za to, aby praxi poskytla pokud možno použitelnou oporu v její nelehké pozici. Extenzívní interpretaci stávajícího pojmu srozumění, tzn. rozšířenou i na pojem smíření, jak ji přináší citované ustanovení trestního zákoníku, nelze zároveň chápat jako rozpornou se zásadou subsidiarity trestní represe (§ 12 odst. 2 TrZ).3 Nová úprava naopak umožňuje zcela adekvátně povaze a závažnosti případů, které pod ni budou spadat, zařadit je pod odpovídající formu zavinění, když dosavadní aplikační praxe je byla nucena posuzovat nepřiměřeně mírněji, než by si zasloužily. V následujícím textu se nejprve pokusíme přiblížit genezi ust. § 15 odst. 2 TrZ, dále se zaměříme na jeho samotný možný výklad, připomeneme aktuální kazuistiku a konečně se pokusíme o určité závěry, popř. doporučení.

Geneze ustanovení § 15 odst. 2 trestního zákoníku

První zmínky, resp. doporučení této nové úpravy pro Českou republiku se objevily v literatuře už v roce 1992. Tehdy konstatoval Jescheck: „Vzniká otázka, zda by v definici eventuálního úmyslu neměla být použita novější formulace, která říká, že pachatel „uskutečnění zákonné skutkové podstaty pokládá vážně za možné a je s ním smířen (kurzíva V. K.)“ … Tuto definici přijalo Rakousko v § 5 odst. 1 (za středníkem) tr. zákona. Této formulaci je třeba dát přednost před kritériem srozumění (kurzíva V. K.), které selhává v případech, v nichž následek je pachateli lhostejný (kurzíva V. K.) … “4 Stejného doporučení se od téhož autora dostalo českému zákonodárci v roce 2003, se zdůrazněním, že: „Přesná definice nepřímého úmyslu je zvláště důležitá pro přesné odlišení od vědomé nedbalosti.“5 Srovnávaje (Jescheck) rakouskou „mutaci“ legislativního vyjádření eventuálního úmyslu na bázi smíření (cit. § 5 odst. 1 za středníkem öStGB)6, pochválil též § 15 odst. 2 TrZ: „Odpovídá jí (tj. rakouské) i český návrh, který je ještě lepší.“7 Je

2 „Pojem úmyslu eventuálního je v návrhu trestního zákoníku doplněn o definici srozumění (§ 15 odst. 2). Definici srozumění u eventuálního úmyslu □nyní § 15 odst. 1 písm. b)□ si vynutily potřeby praxe, kdy pojem srozumění v současném pojetí selhává při posuzování lhostejnosti.“

3 „Trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.“

4 JESCHECK, H.-H. K reformě obecné části československého trestního práva z hlediska právně srovnávacího. *Právník*, roč. 131, 1992, č. 1, s. 19.

5 JESCHECK, H.-H. K návrhu obecné části nového trestního zákona České republiky. *Trestní právo*, roč. 8, 2003, č. 11, s. 21-22.

6 FUCHS, H., MALECZKY, O. Kodex-Strafrecht 2008/09, 29. Auflage, Wien : LexisNexis, 2008, s. 8 (Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 idF, dále i „öStGB“).

7 JESCHECK, H.-H. K návrhu obecné části nového trestního zákona České republiky. *Trestní právo*, roč. 8, 2003, č. 11, s. 22.

třeba jen dodat, že: „... tato forma úmyslu (§ 5 odst. 1 za středníkem öStGB) vychází z Jescheckovy koncepce jako kombinace intelektuálního (vnímání možnosti) a emotivního elementu (srozumění s rizikem).“8

V roce 1996 se stejným směrem ubíraly i úvahy Dolenského, když glosoval návrh věcného záměru rekodifikace trestního práva z téhož roku. V souvislosti s poznámkami k formám zavinění, jmenovitě k úmyslu eventuálnímu, na jeho adresu uvedl, že: „Návrh si mohl vzít vzor z rakouského trestního zákona.“,9 což také nakonec učinil. Týž autor se k problému vrací v roce 1998.10 Také podle stanoviska ke koncepci nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky z roku 1999, zpracovaného autorem tohoto diskusního příspěvku, samostatně nepublikovaného, se doporučovalo právě „rakouské“ řešení eventuálního úmyslu.11 Velmi podrobně v té návaznosti rozpracoval eventuální úmysl opřený o teorii smíření sám autor trestního zákoníku Šámal.12

Aktuálně se k problematice eventuálního úmyslu na bázi teorie smíření vracejí další autoři, jako např. Fenyk,13 Herczeg14 i autor tohoto diskusního příspěvku.15

---

8 SOLNAŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D., VANDUCHOVÁ, M. *Systém českého trestního práva.*. Praha : Nakladatelství Novatrix, s. r. o., 2009, s. 292. O Billigungstheorie v souvislosti s eventuálním úmyslem a nedbalostí se zmiňuje i současná německá literatura: „Einwilligungs- nebo Billigungstheorie vyžaduje, aby pachatel následek považovaný za možný „schválil“ (gebilligt hat) nebo se sním „smířil“ (billigend in Kauf genommen hat), čímž dává vědomé nedbalosti nejširší prostor. ... Toto pojetí (Einwilligungs-, Billigungstheorie) je příliš úzké, protože představa, při níž je pachateli vznik následku pro něj nežádoucí (nepřeje si jej), podle tohoto pojetí vypadne z dosahu pojmu úmyslu. To by mohlo vést k tomu, že vzhledem k nedbalosti nepochybné trestuhodné případy plně srovnatelné s ohledem na následek nepatří do oblasti úmyslu.“ Ač patrně by tam správně patřit měly? (dodává V. K.). Srov. SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Auflage. München : Verlag C. H. Beck, 2006, s. 282.

9 DOLENSKÝ, A. Poznámky k rekodifikaci. *Trestní právo*, roč. 1, 1996, č. 11, s. 6.

10 DOLENSKÝ, A. Eventuální úmysl aneb případ slečny ze střelnice. *Právní rozhledy*, roč. 6, 1998, č. 2, s. 56, 57.

11 Srov. ŠÁMAL, P., KARABEC, Z. Ke koncepci rekodifikace trestního práva hmotného. *Právník*, roč. 139, 2000, č. 4, s. 334-335, tam odkaz č. 16.

12 ŠÁMAL, P. Několik poznámek k úpravě zavinění v rekodifikaci trestního práva hmotného. In *Ve službách práva. Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze.* Praha : C. H. Beck, 2003. s. 267-270.

13 FENYK, J. Základy trestní odpovědnosti podle nového trestního zákoníku České republiky č. 40/2009 Sb. *Trestní právo*, roč. 24, 2009, č. 3, s. 7.

14 HERCZEG, J. Zavinění a omyl v novém trestním kodexu. In *Jelínek, J. (ed.) O novém trestním zákoníku. Sborník příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké právnické dny, květen 2009, trestněprávní sekce.* Praha : Nakladatelství Leges, s. r. o., 2009, s. 33-35.

Výkladové aspekty ustanovení § 15 odst. 1 písm. b), odst. 2 trestního zákoníku

„Inkriminované“ ustanovení zní:

„Srozuměním se rozumí i smíření pachatele s tím, že způsobem uvedeným v trestním zákoně může porušit nebo ohrozit zájem chráněný takovým zákonem.“

O důvodech přijetí nové právní úpravy již ledacos prozradila výše popsaná její geneze. Samotná důvodová zpráva k § 15 odst. 2 TrZ pak blíže sděluje následující:

„Pojem úmyslu eventuálního je v návrhu trestního zákoníku doplněn o definici srozumění (§ 15 odst. 2). Definici srozumění u eventuálního úmyslu nyní § 15 odst. 1 písm. b) si vynutily potřeby praxe, kdy pojem srozumění v současném pojetí selhává při posuzování (pravé, V. K.) lhostejnosti. Proto se navrhuje nově upravit v § 15 odst. 2 výkladovou definici srozumění na podkladě tzv. teorie smíření (se pachatele, V. K.) s naplněním znaků skutkové podstaty (srov. např. § 5 odst. 1 věta za středníkem rakouského trestního zákona). Tato definice dobře vyjadřuje rozdíl od přímého úmyslu, kdy pachatel způsobil poruchu či ohrožení zájmu chráněného trestním zákonem přímo vlastním účelem svého jednání nebo nutným důsledkem takového jednání směřujícího k jinému cíli … Při eventuálním úmyslu pachatel mířil zásadně na jiný účel či sledoval jiný cíl, ale bylo mu jasné, že ho nedosáhne jinak než tím, že zřejmě – in eventum … dojde k porušení určitého právního statku, zákonem chráněného, zásadně tedy nepočítal s žádnou konkrétní okolností, jež by následku, který si představoval jako možný, mohla zabránit. Způsobení takového následku však není přímým cílem pachatele ani z hlediska psychického nazírání pachatele nutným výsledkem jeho jednání, neboť sleduje svým záměrem účel nebo cíl jiný, který může být z hlediska trestního práva jak účelem nebo cílem relevantním, tak i účelem či cílem nezávadným, přitom je však pachatel vždy smířen s tím, že realizace tohoto účelu nebo cíle zřejmě - in eventum předpokládá způsobení následku významného pro trestní právo, avšak tento následek je nechtěným, zpravidla pouze vedlejším následkem jednání pachatele, který je s ním srozuměn. … Pachatel musí v podstatě vždy počítat … jen s určitou pravděpodobností. Proto pro úmysl musí postačit již pouhá představa možnosti výsledku, za podmínky, že taková představa se bezprostředně projevila v jednání pachatele.

V tomto pojetí je srozuměním vždy pokryta tzv. nepravá lhostejnost, kdy lhostejnost pachatele k tomu, zda následek nastane nebo nenastane,

---

15 KRATOCHVÍL, V. Vybrané problémy obecné části návrhu trestního zákoníku ČR 2007 z hlediska obhajoby (1. část). *Bulletin advokacie,* 2008, č. 5, s. 17-19.

vyjadřuje jeho kladné stanovisko k oběma možnostem,16 tedy sice méně intenzívní, ale aktivní volní vztah k relevantnímu trestněprávnímu následku.17

Složitější je to u tzv. pravé lhostejnosti, kdy podle dosud zaujímaných názorů zde není ani nejslabší volní vztah pachatele k takovému následku, tedy pachatel není s následkem srozuměn, ale naopak spoléhá, byť bez přiměřených důvodů, že k porušení nebo ohrožení zájmu chráněného trestním zákonem nedojde, a proto tzv. pravá lhostejnost je zařazována do vědomé nedbalosti podle § 16 písm. a), i když ne zcela odpovídá zápornému znaménku vůle pachatele, tj. nechtění při této formě nedbalosti. Podle tohoto převažujícího pojetí v nauce však také v podstatě o (skutečně, V. K.) lhostejný vztah nejde, neboť se pachatel spoléhal, že k trestněprávně relevantnímu následku nedojde. Tento přístup je sice velmi pragmatický, ale je pochopitelný, a v justiční praxi se osvědčuje. Pojetí srozumění ve smyslu smíření tak na jedné straně dovoluje zachovat toto dosavadní pojetí, ale na druhé straně dokonce umožňuje postoupit ještě dál, neboť tzv. pravá lhostejnost v důsledku nulitní vůle nemá ani znaménko pozitivní, a proto, pokud by byl tento typ vůle ve vztahu k možnému následku chápán a vykládán jako smíření se s ním mlčky (tj. ani srozumění výslovné či ve formě lhostejnosti nepravé, ani nechtění ve smyslu nedbalosti), byla by dokonce přiměřená jeho subsumpce pod úmysl eventuální (dolus eventualis). To by však ve srovnání s dosavadní praxí znamenalo zpřísnění trestní represe. Doposud akceptovaná právní kvalifikace nulitní vůle (tj. vědomá nedbalost, V. K.) však není adekvátní (pachatele spíše zvýhodňuje), proto je logické ji změnit v právní kvalifikaci přiměřenou, a sice právě cestou "smíření se" s možným následkem."; (veškerá kurzíva V. K.).

Sporné jsou, jak vidno, případy lhostejnosti pachatele ve vztahu k následku, což má přímou vazbu na volní složku úmyslu a zavinění vůbec.

---

16 Pochybnosti v tomto směru vyslovil již citovaný *Dolenský*: „Je to vůbec možné mít kladné stanovisko ke dvěma neslučitelným alternativám?" DOLENSKÝ, A. Poznámky k rekodifikaci. *Trestní právo*, roč. 1, 1996, č. 11, s. 6. Stejně tak i v DOLENSKÝ, A. Eventuální úmysl aneb případ slečny ze střelnice. *Právní rozhledy*, roč. 6, 1998, č. 2, s. 56. Osobně se domnívám, že to možné je. Názor *Dolenského* je patrně spíše ojedinělý.

17 Důvodová zpráva pro odlišení *nepravé* lhostejnosti od případů jiných nabízí příklady: „... např. při loupeži pachatel zneškodní poškozeného tím, že ho sváže a do úst mu dá roubík, aby nemohl přivolat pomoc, v důsledku čehož poškozený chroptí a je zřejmé, že je velmi omezena jeho možnost dýchání a zřejmě hrozí jeho udušení, přičemž pachatel neudělá nic, aby mu dýchání usnadnil a zanechá ho po dokončení loupeže uzamčeného v bytě - *nepřímý* úmysl, na rozdíl od případu, kdy pachatel ze stejného důvodu a za jinak stejných okolností mu okolo krku zatáhne škrtidlo, přičemž vidí, že poškozený nedýchá a modrá v obličeji, a přesto škrtidlo neuvolní - *přímý* úmysl, neboť trestněprávně relevantní následek je nutný, a konečně též na rozdíl od případu kdy mu při odchodu z bytu ještě včas roubík uvolní tak, že může dýchat, přičemž předpokládá, že do bytu přijde manželka, která ho osvobodí z pout, tu však nezávisle na jednání obviněného porazí auto a usmrtí ji, a proto poškozený zemře hladem a žízní - *vědomá nedbalos*t k následku smrti."

Zmíněná pravá lhostejnost neboli „nulitní“ vůle pachatele by znaku „srozumění“ podle § 4 písm. b) tr. zák.18, resp. podle § 15 odst. 1 písm. b) TrZ neodpovídala, takže úmysl eventuální by zde byl vyloučen, o úmyslu přímém nemluvě. Možná by však byla, jak naznačeno, nedbalost vědomá ve smyslu § 5 písm. a) tr. zák., resp. § 16 odst. 1 písm. a) TrZ, která by z hlediska své složky volní (nechtění) zmíněnou „nulitu“ mohla ještě absorbovat, byť se jedná o řešení, jak již řečeno, dosti pragmatické.19

Naproti tomu lhostejnost nepravá, stručně vyjádřená slovy pachatele: „Bylo mi jedno, zda oběť zemře či nezemře ...“, odpovídá, jak již uvedeno, znaku „srozumění“, tedy i úmyslu eventuálnímu; R 41/1976.

Trestní zákoník, jak zmíněno shora, přináší v té návaznosti výraznou změnu spočívající v tom, že pojmu „srozumění“ přiznává širší dosah, než tomu je / bylo podle § 4 písm. b) tr. zák., neboť podle § 15 odst. 2 TrZ pod pojem „srozumění“ zahrnuje také (i) smíření pachatele.

Konstrukce „smíření“ při eventuálním úmyslu je, jak píše i citovaná důvodová zpráva, převzata z § 5 odst. 1 za středníkem öStGB; tzv. Abfindungstheorie, Billigungstheorie.

Podle citovaného ustanovení pachatel hodlá úmyslně spáchat čin, odpovídající zákonné skutkové podstatě, k čemuž stačí, aby její naplnění svým jednáním považoval vážně za možné a smířil se s tím. To interpretuje rakouská literatura následovně: „... (eventuálně) úmyslně jedná ten, kdo vnitřně schválil naplnění skutkové podstaty,20 kdo se s tím smířil. ... i když pachatel o možnosti naplnění skutkové podstaty ví, vážně ji předjímá a přesto jedná, vnitřně spoléhá, že tato možnost nenastane (má k ní v tomto smyslu negativní postoj, nikoli však negativní ve významu, který požaduje § 6 odst. 2 öStGB /nedbalost, nechtění/ – V. K.); pozitivní vnitřní postoj pachatele k jeho činu je pro úmysl (eventuální, Eventualvorsatz) nežádoucí.“21 Tomu je třeba rozumět tak, jak plyne z kontextu odstavců 1, 2 a 3 § 5 öStGB, že naopak žádoucí je tento pozitivní postoj jen pro obmysl(nost) (Absichtlichkeit - § 5 odst. 2 öStGB) a pro vědomost (Wissentlichkeit - § 5 odst. 3 öStGB), jakožto formy úmyslu přímého.

---

18 Zákon č. 140/1961 Sb., ve znění pozdějších předpisů; dále i „tr. zák.“

19 Podle některých autorů, vycházejících z *teorie představy*, by tu nebyla dokonce možná ani nedbalost, pokud by tito lhostejností *pravou* mysleli lhostejnost tzv. „úplnou“. Více srov. FENYK, J. Základy trestní odpovědnosti podle nového trestního zákoníku České republiky č. 40/2009 Sb. *Trestní právo*, roč. 24, 2009, č. 3, s. 7 a tam citovaný pramen: MIŘIČKA, A. *O formách trestné viny a jejich úpravě zákonné*. Praha : Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, s. 28.

20 FUCHS, H. *Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I.*, 7. Auflg., Wien : Springer Vrlg., 2008, s. 128.

21 Tamtéž, s. 129.

„Spíše stačí při vážně míněné možnosti … (pokračuje citovaný autor), aby se pachatel s ní smířil z hlediska volní stránky, tedy aby pachatel ne v jakémsi „emocionálním protiaktu“ spoléhal na to, že skutková podstata naplněna nebude, přičemž pouhá naděje, že skutková podstata naplněna nebude, úmysl (eventuální) ještě nevylučuje.“22

Řečeno jednodušeji: „smíření“ znamená, jak mám za to, že pachatel při vážné představě možných trestněprávních následků za současně realizovaného jednání, které k nim může vést a které naplňuje příslušnou skutkovou podstatu, spoléhá, že nenastanou, a to (i) pro svou nějakou iracionální úvahu, důvod,23 takže se s těmito následky – logicky - musí alespoň smířit (abfiden, billigen sein), pokud přesto jednal.24 Ne tedy, že by byl s nimi srozuměn, či je dokonce chtěl. Pokud by naopak spoléhal na nepřiměřené důvody, že možné následky nenastanou, znamenalo by to, že je nechce, tedy jeho nedbalost ve vztahu k nim, rozumí se ve smyslu § 16 odst. 1 písm. a) TrZ.25

---

22 Tamtéž.

23 V tomto bodu vidím věc poněkud jinak než citovaný *Fuchs*, který takovéto iracionální důvody („emocionální protiakt“) naopak uvádí bez bližšího vysvětlení jako výhradu (výjimku?) k podmínkám § 5 odst. 1 věta za středníkem öStGB a tedy i eventuální úmysl (patrně) vylučující. Pokud by tedy uvedená výhrada měla znamenat namísto eventuálního úmyslu nedbalost, tak zřejmě podle § 6 odst. 2 öStGB. Tu se ovšem požaduje pachatelovo nechtění, kdežto eventuální úmysl, byť spojený s negativním postojem pachatele k naplnění skutkové podstaty (viz výše), parametry „nedbalostního nechtění“ nemá, právě proto, že pachatel jednal z iracionálních důvodů, které signalizují právě ono „smíření“. Srov. i *Dolenský, A.* Eventuální úmysl aneb případ slečny ze střelnice. *Právní rozhledy*, roč. 6, 1998, č. 2, s. 58.

24 Citovaný FUCHS, H. na s. 128 nabízí známý případ, jehož se dovolával také citovaný *Dolenský* [Eventuální úmysl aneb případ slečny ze střelnice. *Právní rozhledy*, roč. 6, 1998, č. 2, s. 56.] (*„Lacmann´scher Schiessbudenfall, ZstW 1911, 159*), když zároveň zdůrazňuje (*Fuchs*), že Billigungstheorie přeceňuje emocionální stránku: „Na jarmarku slíbí Alois Bedřichovi peníze v případě, že Bedřich sestřelí skleněnou kouli, kterou bude držet v ruce majitelka pouťové střelnice, aniž ji při tom zraní. Bedřich ví, že je jako střelec nejistý, a považuje proto za velice pravděpodobné, že trefí nikoliv kouli, nýbrž onu dámu. Vzdor tomu střílí a zasáhne paní majitelku střelnice. „Schválil“, resp. „smířil se“ se tak Bedřich se zraněním této dámy, ačkoliv (i když) se připraví o odměnu?“ Domnívám se, že ano, takže by se nemohl dovolávat dobrodiní nedbalosti ve smyslu § 6 odst. 2 öStGB. Podle *Dolenského* „...si nejistý střelec na jarmarku *nepřál* výsledek, který přesto způsobil.“ To by signalizovalo naopak *nechtění*, tedy nedbalost. Jelikož však přesto jednal (vystřelil), musel být se zraněním přinejmenším smířen.

25 Tak by tomu patrně bylo, naváženeme-li na případ „slečny ze střelnice“, kdyby byl Bedřich naopak vynikajícím střelcem, věděl, že kouli z rukou této slečny bez problémů sestřelí, zároveň by však věděl, že je kolem něj trochu tlačenice a on by spoléhal, že v momentě výstřelu zrovna do něj nikdo nestrčí. Bohužel … někdo v kritickém okamžiku do jeho ramene strčil a rána zranila majitelku střelnice. Spoléhat tedy na cosi měl, ale tento důvod byl evidentně nepřiměřený.

Celkově tedy shrnuto: „srozumění“ pachatele ve smyslu § 15 odst. 2 TrZ zahrnuje podle mého soudu nejen kladnou jeho vůli jako dosud, včetně lhostejnosti nepravé, nýbrž i její nižší, stále však kladný stupeň, resp. hodnotu, tj. pouhé smíření se pachatele s možným následkem. Toto smíření zároveň nepředstavuje negativní vůli ve smyslu nedbalosti (tj. nechtění, § 16 TrZ), ale ani pozitivní vůli v tradičním významu dosavadního „srozumění“, je však toto smíření v daném kontextu a smyslu trestněprávní lhostejností pravou spadající proto ještě pod eventuální úmysl.26

V takovémto obsahovém, tzn. trestněprávním vymezení ve skutečnosti nejde ve spojení s lhostejností (jmenovitě pravou) o čistou „nulitu“ vůle, tedy o absolutní absenci jakékoliv vůle pachatele, jako je tomu v případě lhostejnosti úplné; viz poznámka (Fenyk). Nicméně její označení jako „lhostejnost pravá“, odlišující ji obsahově od lhostejnosti nepravé, jakož i úplné, může, resp. mělo by obstát, nechceme-li rezignovat na její trestnost, což by bylo důsledné naopak ve vztahu ke „lhostejnosti úplné.“ Jsem si vědom toho, že takovéto – trestněprávní - chápání „lhostejnosti pravé“ znamená odchylku od jejího dosavadního tradičního chápání, jak je formuloval už Hatala, používaje pro její označení výraz „ lhostejnost skutečná“.27 Nicméně posun v teorii a jeho projevy v trestní legislativě si

---

26 Podle citovaného pramene: FENYK, J. Základy trestní odpovědnosti podle nového trestního zákoníku České republiky č. 40/2009 Sb. *Trestní právo*, roč. 24, 2009, č. 3, s. 7: „ (Trestní) Zákoník zde patrně vylučuje z úmyslné formy zavinění tu podobu lhostejnosti, kterou někteří autoři označují jako „úplnou“, kdy si pachatel představoval možný protiprávní následek, ale zůstal jen u představy, aniž se rozhodl pro tu či onu eventualitu.“ Z uvedeného plyne, rozumím-li tomu dobře, že je třeba odlišovat lhostejnost *pravou* ve smyslu Abfindungstheorie, Billigungstheorie (§ 5 odst. 1 öStGB a § 15 odst. 2 TrZ), tj. lhostejnost pravou v *trestněprávním* smyslu, od lhostejnosti „úplné“ ve smyslu naznačeném v citaci. Pokud bychom totiž první zaměnili s druhou, potom by případy pravé lhostejnosti zůstaly beztrestné, neboť by nespadaly ani pod úmysl eventuální, ale ani pod nedbalost vědomou, to pro nedostatek „nechtění“. To by bylo „řešení“ stěží akceptovatelné. Německá „... judikatura v té souvislosti požaduje, aby se vycházelo z Einwilligungstheorie. Připouští však jako dostačující „schválení v právním smyslu“ (Billigen im Rechtssine), které může být dáno i v případě, když si pachatel následek nepřeje. … Jestliže se tato judikatura v nejnovějších rozhodnutích přizpůsobuje tomu, zda pachatel možný následek, který si nepřeje, (přesto však V. K.) akceptuje, popř. se s ním vnitřně přinejmenším smířil, ukazuje to, že obsahově sleduje přinejmenším Billigungstheorie jako nejvíce v literatuře zastoupené pojetí ...“, které však spojuje s vědomou nedbalostí, jak již uvedeno; srov. SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Auflage. München : Verlag C. H. Beck, 2006, s. 282. Jinak je v německém prostředí opírán eventuální úmysl o jinou teorii, a sice Gleichgültigketstheorie, podle níž je „... dolus eventualis dán, jestliže pachatel považuje naplnění skutkové podstaty za možné a při vědomí rovnosti chráněných právních statků se s tím smířil. Pachatel je tu stran existence znaků činu v nejistotě, nenechá se však představou možnosti naplnit skutkovou podstatu nijak ovlivnit, naopak vzdor tomu jedná a dokumentuje tím své rozhodnutí vůči (chráněnému) právnímu statku. “ Tamtéž, s. 283.

27 HATALA, V. *Motív a trestný čin.* Bratislava : Vydavatel´stvo Slovenskej akadémie vied, 1968, s. 223-224.

zřejmě vynucují i posuny ve stávajícím pohledu na určité pojmy či kategorie.

Kazuistika

Kromě případů z hlediska zavinění nesporné nepravé lhostejnosti, posouzených soudy zcela správně jako eventuální úmysl ve smyslu § 4 písm. b) tr. zák.,28 přinesla praxe přímo „učebnicový“ případ,29 dokumentující právně kvalifikační potíže s trestněprávní lhostejností pravou, jak jsem ji vymezil v bodu II. tohoto sdělení.

Podle odůvodnění naposledy citovaného rozhodnutí: „Soudy zjištěný skutkový stav věci lze stručně shrnout tak, že obviněný M. S. a poškozený P. P. byli osobami, jež spojoval delší dobu trvající přátelský vztah. Obviněný měl kladný vztah ke střelným zbraním, byl držitelem zbrojního průkazu a legálně držel … střelnou zbraň – samonabíjecí pistoli zn. Llama, ráže 45 Auto. Podle zjištění obou soudů s touto pistolí krátce před činem nezodpovědně manipuloval, konkrétně v souvislosti s do ní používaným střelivem. V uvedené souvislosti soud prvního stupně ve svém rozsudku citoval výpověď svědka O. K., kterému obviněný v den činu dopoledne … ukazoval, „že je dobrá sranda, když vezme prázdnou nábojnici, do ní zpět zasune kulku, … pouze projektil, a takto upravený náboj vypadá jako pravý, ostrý. Když upravený náboj napáskuje do zásobníku, každý si myslí, že zbraň je ostře nabitá“. Obviněný pak svědkovi ukázal, jak se vkládá střela do prázdné nábojnice, a svědek se zároveň mohl přesvědčit, že upravený (neškodný) náboj je prakticky nerozeznatelný od normální ostré munice. Svědek proto obviněného upozornil na nebezpečí spočívající v možnosti záměny nekompletního náboje za náboj ostrý.

Pokud jde o čin samotný, soudy zjistily, že se odehrál téhož dne odpoledne v bytě obviněného, kam s ním přišel i značně podnapilý poškozený. Rovněž obviněný se nacházel ve stavu po požití alkoholu v množství cca 1 promile. Inkriminovaný čin byl pak iniciován tím, že obviněný nelibě nesl způsob, jakým se poškozený - klečící na kolenou - omlouval jeho manželce a tím ji de facto obtěžoval. Jelikož poškozený ve svých „omluvách“ neustával, obviněný posléze vytáhl z batohu tutéž (prázdnou) pistoli, se kterou dopoledne manipuloval v přítomnosti svědka O. K. a nabil ji jedním ze tří v kapse batohu se nacházejících od sebe neoddělených nábojů. Podle zjištění soudů se jednalo o dva normální (ostré) náboje a jeden nekompletní bez prachové náplně (delaborovaný) a bez funkční zápalky, jež si ovšem byly navzájem velmi podobné, a v tomto smyslu (bez bližšího zkoumání) i zaměnitelné ... Náboj, který obviněný do zbraně vložil, byl ovšem jedním z uvedených dvou ostrých nábojů, což vzápětí vyšlo najevo, protože obviněný

28 Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 7 Tdo 1019/2008, 7 Tdo 1571/2008.

29 Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 3 Tdo 842/2009.

zároveň ze vzdálenosti jednoho metru zamířil na hlavu poškozeného a se slovy „P. neblbni, nebo tě střelím!“, stiskl spoušť, což u natažené a odjištěné zbraně nutně vedlo k okamžitému výstřelu. Nedošlo tedy k pouhému neškodnému cvaknutí bicího mechanismu, jak obviněný podle své výpovědi očekával. … poškozený utrpěl průstřel hlavy, který způsobil rozhmoždění jeho mozku, v jehož důsledku po převozu do nemocnice zemřel.

K chování obviněného po činu pak bylo zjištěno, že následky svého jednání byl zděšen a v šoku, snažil se poškozenému zabezpečit okamžitou pomoc. Od počátku (od příjezdu policie) uváděl, že k výstřelu došlo nešťastnou náhodou. Podle posudku znalkyně z oboru zdravotnictví, odvětví psychologie, … , nebyly u obviněného zjištěny sklony k trestnému jednání ani k agresivitě. Na poškozeného měl silnou vazbu, „stal se jeho nejdůvěrnějším kamarádem, neexistovalo mezi nimi žádné nadřazené či podřízené postavení, které by nějakým způsobem deformovalo jejich vztah“ ...“

K právní kvalifikaci činu obviněného se v citovaném odůvodnění uvádí:

„Odvolací soud svůj závěr o tom, že se obviněný dopustil trestného činu vraždy podle § 219 odst. 1 tr. zák. formou eventuálního (nepřímého) úmyslu založil na názoru, že za stavu, kdy jako držitel zbrojního průkazu znal rizika spojená s použitím střelné zbraně, nabil v kritickou dobu předmětnou pistoli a připravil ji k výstřelu, aniž se přesvědčil, zda se jedná o náboj ostrý či nekompletní, pistoli namířil na hlavu poškozeného a se slovním doprovodem „neblbni nebo tě střelím“ stiskl spoušť. Odvolací soud ve svém rozsudku zdůraznil, že obviněný jednal za situace, kdy existovala pravděpodobnost 2 : 1, že do pistole bude nabit ostrý náboj. Samotnému výstřelu pak nepředcházela žádná chaotická situace a obviněný měl čas a možnost v klidu uvažovat, přičemž podle odvolacího soudu si nelze představit žádné důvody, na které mohl obviněný spoléhat v tom směru, že k záměně nedojde. Přesto bez jakéhokoliv ověření vytáhl náboj ostrý, vložil ho do nábojové komory a zblízka na poškozeného vystřelil ... Pokud obviněný takto jednal, je podle odvolacího soudu zřejmé, že v daném okamžiku mu bylo lhostejné, zda smrtící následek nastane či nikoliv (tj. lhostejnost nepravá, V. K.) ... S usmrcením poškozeného tedy musel být srozuměn.

K tomu Nejvyšší soud uvedl, že pro obě formy úmyslného zavinění [§ 4 písm. a), b) tr. zák.] je společné to, že:

„... vůle ve formě chtění nebo srozumění vyjadřuje aktivní30 vztah pachatele ke způsobenému následku; v případě trestného činu vraždy podle § 219 tr. zák. pak k usmrcení jiného. Takový vztah lze sotva dovodit ze

30 ŠÁMAL, P., PÚRY, F., RIZMAN, S., *Trestní zákon. Komentář. I. díl.* 6. doplněné a přepracované vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, s. 52.

zjištění, že se pachatel o existenci nějaké skutečnosti nepřesvědčil, ačkoliv to udělat měl. V daném případě o tom, jaký náboj vlastně do zbraně vložil, zda neškodný ... nebo naopak ostrý, měl-li skutečně k dispozici … oba druhy těchto nábojů. Závěr odvolacího soudu pak svědčí spíše o nedbalosti („nepřesvědčil se“) … Pokud jde o odvolacím soudem akcentovanou lhostejnost obviněného k povaze způsobeného následku, je třeba vzít v úvahu, že lhostejnost (obecně) závěr o nepřímém úmyslu zpravidla nedokládá, s výjimkou případů, kde lhostejnost pachatele k tomu, zda následek nastane nebo nenastane, vyjadřuje kladné stanovisko k oběma těmto možnostem; lhostejnost nepravá V. K. To však v posuzované věci prakticky dovodit nelze, neboť mezi obviněným a poškozeným byl silný přátelský vztah, obviněný byl bezprostředně po činu zděšen jeho následky a snažil se poškozenému zajistit okamžitou odbornou lékařskou pomoc. Soudy zároveň nezjistily jakýkoliv v úvahu přicházející motiv, jenž by mohl vyvolat rozhodnutí jinak neagresivního obviněného k vraždě, anebo přinejmenším k provedení takového jednání, z něhož by bylo zřejmé, že je se způsobením smrtelného následku alespoň srozuměn. Pohnutkou k vraždě - bez dalšího - sotva mohla být tak malicherná příčina, jako byla nevhodná omluva poškozeného manželce obviněného, kterou ani sama adresátka této „omluvy“ nevnímala jako akt urážky či vulgárního chování ... Za výše popsaných okolností pak nenasvědčuje skutečnému úmyslu obviněného spáchat vraždu ani jeho demonstrativní chování před činem, spočívající v již popsané manipulací s pistolí a spojené s příslušným slovním doprovodem o chystaném výstřelu, jednal-li obviněný zároveň v přesvědčení, že zbraň nabil neškodným střelivem ... Možnost „žertování“ s pistolí nabitou neúčinnou municí obviněný konečně téhož dne nejen naznačil, ale i předvedl svědkovi O. K. ...

Nejvyšší soud pak z důvodů rozvedených shora uzavřel, že:

„... skutkový stav věci v podobě zjištěné soudy obou stupňů a vyjádřený ve výroku rozsudku odvolacího soudu nedovoluje přijmout závěr, že obviněný jiného úmyslně usmrtil a spáchal tak trestný čin vraždy podle § 219 odst. 1 tr. zák., tím méně pak závěr, který učinil soud prvního stupně, že svým jednáním naplnil znaky skutkové podstaty trestného činu ublížení na zdraví podle § 222 odst. 1, odst. 3 tr. zák. Odvolací soud k tomu na str. 9 svého rozsudku výstižně a správně poznamenal, že v posuzovaném případě se ve skutečnosti nabízely pouze dvě možné právní kvalifikace jednání obviněného, a to buď jako trestného činu vraždy podle § 219 tr. zák., nebo jako trestného činu ublížení na zdraví podle § 224 tr. zák.“

S ohledem na fakt, že se v daném případě logicky jednalo o lhostejnost pravou, protože lhostejnost nepravou Nejvyšší soud přesvědčivě vyloučil, neposoudil ji tento soud – zcela v souladu se stávající praxí i teorií – jako trestný čin vraždy. Soudu nižšímu dal naopak v úvahu posoudit tento případ jako delikt nedbalostní.

Z podrobně popsaných skutkových okolností případu by bylo možné usuzovat, pokud jde o volní stránku jednání pachatele (obviněného,

dovolatele), právě na smíření se s možným následkem ve smyslu budoucího § 15 odst. 1 písm. b), odst. 2 TrZ a jeho výkladu v bodu II. tohoto sdělení.31

Pachatel rozhodně svého kamaráda, tj. poškozeného usmrtit nechtěl. S nastalým následkem svého jednání nebyl ani srozuměn ve smyslu lhostejnosti nepravé. Jelikož zároveň jednal za situace, kdy neměl na co spoléhat, že tragický následek nenastane, a kdy by tak byla vyloučena jeho vědomá nedbalost, bylo by možné tento případ vyhodnotit právě jako trestněprávní lhostejnost pravou, kterou přiléhavě postihuje nové ustanovení § 15 odst. 1 písm. b), odst. 2 TrZ. Protože však v době posuzování tohoto případu nová úprava k dispozici jako právně účinná nebyla, nezbývalo Nejvyššímu soudu nic jiného, než pouze vyloučit úmysl (§ 219 tr. zák.), a to i eventuální v pojetí § 4 písm. b) tr. zák., a upřít pozornost nižšího soudu směrem k méně přiléhavé, ale de lege lata jedině možné právní kvalifikaci, tj. podle § 224 tr. zák., tedy k odpovědnosti za smrt jiného z nedbalosti.

Demonstrovaný případ může být zajímavý i z hlediska časové působnosti trestního zákoníku. Pokud Nejvyšší soud dne 10. 9. 2009 po zrušení dovoláním napadených rozsudků vrchního a krajského soudu věc přikázal k novému projednání, lze odhadovat, že o ní příslušný krajský soud stihne rozhodnout až po 1. 1. 2010. V takovém případě by byl tento soud vázán zásadou zákazu retroaktivity pozdějšího zákona in malam partem; § 2 odst. 1 za středníkem TrZ, per argumentum a contrario. Jinak řečeno, nové ustanovení § 15 odst. 1 písm. b), odst. 2 TrZ by použít nemohl, neboť není pro pachatele příznivější, ale naopak.

Závěry

Rozsahově nutně omezený rozbor problematiky smíření jako formy volní složky eventuálního úmyslu v kontextu nové trestněprávní úpravy obsažené v § 15 odst. 1 písm. b), odst. 2 TrZ ukazuje, že jde o problém spojený s posuzováním lhostejnosti pachatele, protože ta má přímou vazbu právě na zmíněnou volní složku zavinění.

Analýza pojmů lhostejnost „nepravá“, „pravá“, „skutečná“ a „úplná“ potvrdila nezbytnost důsledného rozlišování mezi nimi navzájem, zejména pak mezi lhostejností pravou na straně jedné a lhostejností „skutečnou“, „úplnou“, to na straně druhé.

Má-li být adekvátně a v souladu se zásadou subsidiarity trestní represe trestně postižena právě lhostejnost pravá, nelze ji obsahově chápat jinak, než jako takový volní postoj pachatele k jeho činu a následkům, který se zakládá

31 Obviněný věděl o riziku záměny delaborovaného náboje za ostrý. Pokud pak při nabíjení pistole k této záměně skutečně došlo a obviněný s představou poškozeného jen vystrašit cvaknutím spouště naprázdno tuto zmáčkl, musel být v daném okamžiku přinejmenším *smířen* s možným tragickým následkem svého jednání, když „chtění“ ani „srozumění“ s tímto následkem v dané konkrétní trestní věci – skutkově – nepřicházelo do úvahy.

na jeho smíření se s nimi. Smíření je tu základem pravé lhostejnosti v trestněprávním smyslu. Nejde tedy při této – trestněprávní pravé lhostejnosti – o ryzí, čistou nulitní vůli, z hlediska platných forem zavinění (§ 4 a 5 tr. zák.) nezařaditelnou a tedy nepostižitelnou, nýbrž se jedná o lhostejnost spojenou s minimální kladnou vůlí (tj. smířením se) pachatele ve vztahu k jeho činu, která se nachází, obrazně řečeno, „pod" srozuměním (tzn. ještě v dosahu eventuálního úmyslu), zároveň však „nad" nechtěním pachatele (tj. mimo dosah vědomé nedbalosti).

Naznačené závěry, mající spíše význam jen pro interpretaci § 15 odst. 1 písm. b), odst. 2 TrZ, nevedou, jak mám za to, k dalším návrhům de lege ferenda, neboť v citovaném ustanovení obsažená zákonná dikce je poměrně kvalitní a jako taková zcela dostačující.32

Literature:

- DOLENSKÝ, A. Poznámky k rekodifikaci. Trestní právo, roč. 1, 1996, č. 11, s. 4-8.
- DOLENSKÝ, A. Eventuální úmysl aneb případ slečny ze střelnice. Právní rozhledy, roč. 6, 1998, č. 2, s. 55-59.
- DOLENSKÝ, A. Eventuální úmysl aneb případ slečny ze střelnice. Právní rozhledy, roč. 6, 1998, č. 2, s.
- FENYK, J. Základy trestní odpovědnosti podle nového trestního zákoníku České republiky č. 40/2009 Sb. Trestní právo, roč. 24, 2009, č. 3, s. 5-11.
- FUCHS, H. Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I., 7. Auflg., Wien : Springer Vrlg., 2008, 382 s.
- FUCHS, H., MALECZKY, O. Kodex-Strafrecht 2008/09, 29. Auflage, Wien : LexisNexis, 2008, s. 8 (Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 idF).
- HATALA, V. Motív a trestný čin. Bratislava : Vydavatel´stvo Slovenskej akadémie vied, 1968, 287 s.
- HERCZEG, J. Zavinění a omyl v novém trestním kodexu. In Jelínek, J. (ed.) O novém trestním zákoníku. Sborník příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké právnické dny, květen 2009, trestněprávní sekce. Praha : Nakladatelství Leges, s. r. o., 2009, s. 31-41.

32 Srov. již citovaný pramen JESCHECK, H.-H. K návrhu obecné části nového trestního zákona České republiky. *Trestní právo,* roč. 8, 2003, č. 11, s. 22.

- JESCHECK, H.-H. K reformě obecné části československého trestního práva z hlediska právně srovnávacího. Právník, roč. 131, 1992, č. 1, s. 17-30.
- JESCHECK, H.-H. K návrhu obecné části nového trestního zákona České republiky. Trestní právo, roč. 8, 2003, č. 11, s. 14- 24.
- KRATOCHVÍL, V. Vybrané problémy obecné části návrhu trestního zákoníku ČR 2007 z hlediska obhajoby (1. část). Bulletin advokacie, 2008, č. 5, s. 13-21.
- MIŘIČKA, A. O formách trestné viny a jejich úpravě zákonné. Praha : Česká akademie císaře Františka Josefa pro vědy, slovesnost a umění, 1902, 255 s.
- SOLNAŘ, V., FENYK, J., CÍSAŘOVÁ, D., VANDUCHOVÁ, M. Systém českého trestního práva.. Praha : Nakladatelství Novatrix, s. r. o., 2009, 943 s.
- ŠÁMAL, P. Několik poznámek k úpravě zavinění v rekodifikaci trestního práva hmotného. In Ve službách práva. Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze. Praha : C. H. Beck, 2003. s. 255-274.
- ŠÁMAL, P., KARABEC, Z. Ke koncepci rekodifikace trestního práva hmotného. Právník, roč. 139, 2000, č. 4, s. 321-367.
- ŠÁMAL, P., PÚRY, F., RIZMAN, S., Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6. doplněné a přepracované vydání. Praha : C. H. Beck, 2004, 721 s.
- SCHÖNKE, A., SCHRÖDER, H. Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Auflage. München : Verlag C. H. Beck, 2006, 2 882 s.

Contact – email
kratoch@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

APLIKACE SPOLEČENSKÉ ŠKODLIVOSTI VE SMYSLU § 12 ODST. 2 TRESTNÍHO ZÁKONÍKU V POLICEJNÍ PRAXI[1]

ZDENĚK KREJČÍ

Policie České republiky, Brno, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek vychází z odborných názorů na pojem společenská škodlivost, zejména ve spojení se zásadou subsidiarity trestní represe. Následně je posuzuje z hlediska policejní praxe při jejich aplikací v jednotlivých fázích trestního řízení, zejména při řešení otázek posuzování obsahu podání podle § 59 trestního řádu, jeho šetření, ale i prověřování. Záměrem je posouzení možností policejního orgánu, jak ukončit po formální stránce řízení, a to právě s ohledem na zásadu subsidiarity, včetně ultimo ratio.

Key words in original language
Společenská škodlivost; subsidiarita trestní represe; ultima ratio.

Abstract
The contribution is based on expert views on the concept of social harm, particularly in connection with the principle of subsidiarity of criminal repression. Subsequently assessed in terms of police practices in their applications in various stages of criminal proceedings, especially when dealing with issues of assessing the content of submissions pursuant to § 59 Criminal Procedure, his investigations, but also verification. The intention is to explore the possibilities of the police department to terminate the procedure technically, precisely with regard to the principle of subsidiarity, including the ultimo ratio.

Key words
Social harm; criminal repression of subsidiarity; ultima ratio.

Možnost užití trestního práva omezena zásadou pomocné úlohy trestní represe, tedy požadavkem, aby trestní právo zasahovalo pouze tam, kde již není jiná možnost nápravy[2]. V minulých desetiletích docházelo často k nerespektování této zásady a k přepínání trestní represe tam, kde neměla místo, k pokusům řešit určité společenské problémy pouze aplikací trestního práva bez komplexu doprovodných opatření mimotrestní povahy. V praktické rovině policejní praxe tento přístup nadále setrvává. Proto zní otázka, zda je vůbec možné zákonný požadavek v praxi policejních orgánů prosadit. V další části příspěvku je tato otázka nastíněna na podkladě

[1] V textu příspěvku jsou použity části z rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. II. ÚS 372/2003, I. ÚS 4/2004, I. ÚS 558/2000, II. ÚS 413/2000, IV. ÚS 564/2000, IV. ÚS 469/2002, ale i rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 5 Tdo 897/2005
[2] Trestní zákon - komentář k ustanovení § 1, in. : ASPI

teoretických závěrů odborné literatury, ale i rozhodnutí Ústavního soudu České republiky, či Nejvyššího soudu České republiky.

Při teoretickém přístupu je vycházeno z premisy, že při realizaci ochrany chráněných zájmů je třeba dodržovat vedle speciálních zásad trestního práva i základní zásady, které prolínají právním řádem jako celkem. Takovými zásadami jsou[3]:

a) zásada demokratismu - demokratismus jako rovnost občanů před zákonem je vyjádřen v čl. 1 Ústavy včetně priority práv a svobod člověka a občana. Má tedy význam i pro hierarchizaci trestním právem chráněných zájmů, kdy na prvním místě ve výčtu § 1 i vřazení jednotlivých hlav zvláštní části trestního zákona by měla figurovat ochrana základních individuálních práv a zájmů,

b) zásada humanismu - zahrnuje jak vztahu k řádným občanům, tak i k pachatelům trestných činů. Tento poměr musí být vyvážen, humánní přístup k delikventům nelze zaměňovat s neopodstatněnou tolerantností, která se může změnit až ve slabost státní moci vůči zločincům a v nedostatečnou ochranu společnosti před rostoucí agresivitou delikventů,

c) zásada zákonnosti - vyjádřená v čl. 39 LZPS zvláštními zásadami "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege", a která podmiňuje zásadu demokratismu čili rovnosti občanů před zákonem.

Pravidla liberálního demokratického právního státu vyžadují, aby vina pachatele byla autoritativně konstatována jen ohledně takového jednání, o němž mohl pachatel v době, kdy se ho dopouštěl, důvodně předpokládat, že jde o jednání trestné, a to s ohledem na obsah tehdy účinného trestního zákona, nebo tam, kde je to třeba s ohledem na ustálenou a obecně dostupnou judikaturu obecných soudů[4].

Koncepce nového trestního zákoníku přichází s naprostou novinkou při kodifikaci. Jde o posun od materiálního pojetí k formálnímu pojetí trestného činu, kterým se vypouští tzv. materiální znak trestného činu, což znamená, že budeme zcela novým způsobem pohlížet na to, co je či není trestný čin. Tedy nikoli podle toho, zda je trestný čin reálně nebezpečný pro společnost, ale podle toho, zda naplňuje formální znaky trestného činu.

Zavádí pojem závažnosti spáchaného trestného činu (společenská škodlivost), který je určován významem chráněného zájmu, který byl činem dotčen. Proto skutkovou podstatu trestného činu naplní pouze takové jednání, které nejen odpovídá popisu typových znaků, ale současně naplní i hledisko nebezpečnosti činu. Absence materiální korektivu je vyvažována novelou trestního řádu, která oslabuje zásadu legality a posiluje zásadu

[3] Trestní zákon - komentář k ustanovení § 1, in. : ASPI
[4] Důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku (k § 12), in.: ASPI

oportunity, což v praxi bude znamenat, že státní zástupce bude mít možnost aplikovat diskreční pravomoc u bagatelních trestných činů, kde je závažnost velmi nízká, a to nikoli proto, že nejde o trestný čin jako doposud, ale proto, že vzhledem k jeho nepatrné závažnosti zde není zájem společnosti na jeho trestním stíhání. Oproti hmotněprávnímu řešení se preferuje řešení čistě procesní, které povede ke sjednocení postupu a zároveň bude odstrašujícím způsobem působit na pachatele drobných deliktů[5].

Formálním pojetím, které sice zachovává materiální východiska při legislativním určení, co má být trestným činem a co nikoli, jakož i z hlediska vymezení typové závažnosti jednotlivých trestných činů. Důležité je, že v souladu se zásadou „žádný trestný čin a žádný trest bez zákona" podle našeho ústavního pořádku, klade důraz na zákonné vymezení přesných a jednoznačných skutkových podstat trestného činu, což je v souladu s požadavkem na určitost trestně právních norem. Formální pojetí je logickým důsledkem principu zákonnosti, neboť je výrazem snahy zakotvit přesné hranice v trestnosti v zákoně. Neznamená nutnost stíhat všechny, i bagatelní trestné činy, neboť jejich řešení kodifikace trestního práva přesouvá do procesní oblasti[6].

Formální pojetí spočívá tedy v přesném vymezení jednotlivých skutkových podstat; společenská škodlivost určitého jednání se vyvozuje ze samotného faktu, že byla naplněna daná skutková podstata, a konkrétní nebezpečnost skutku (materiální znak) slouží jen jako korektiv, k němuž se přihlíží v případech, kdy je skutek po formální stránce trestným činem, ale faktická nebezpečnost pro společnost je minimální. Poskytuje vyšší stupeň právní jistoty a není tak snadno zneužitelná jako materiální pojetí trestného činu. Jeho nevýhodu lze spatřovat v tom, že posuzování materiálního znaku není obligatorní, ale má funkci pouhého korektivu a státní zástupce (soud) při rozhodování, zda tento korektiv uplatnit, postupují podle zásady oportunity. Důležité je proto správné vymezení skutku, a to ve formě jeho popisu[7].

Formální pojetí trestného činu neznamená, že by společenská škodlivost trestného činu neměla žádný význam, ale opak je pravdou, neboť tato materiální kritéria se v typové podobě uplatňují v legislativním procesu, a to při stanovení, jaká typová jednání – skutkové podstaty (základní, privilegované i kvalifikované) – jsou trestnými činy a s jakou trestní sazbou, jakož i v rámci výkladu trestního zákoníku při uplatnění zásady subsidiarity trestní represe a z ní vyplývajícího principu "ultima ratio" (§ 12 odst. 2), a dále samozřejmě i při ukládání trestů.

Formální pojetí trestného činu vylučuje možnost, aby se uvažovalo o materiálním znaku jako podmínky trestní odpovědnosti. Je jasně vymezeno,

---

[5] Projev JUDr. Vlasta Parkanová: K návrhu trestního zákoníku (18. 1. 2005) in.: http://www.parkanova.cz
[6] Projev JUDr. Pavla Němce dne 14. 10. 2004 v Poslanecké sněmovně ČR in.: http://www.psp.cz/knih/2002ps/stenprot/036schuz/s036079.htm
[7] Článek Trestný čin in.: http://iuridictum.pecina.cz/w/Trestn%C3%BD_%C4%8Din

že zákonodárný sbor (Parlament) precizně vymezuje formální znaky skutkové podstaty trestného činu, a tím zavazuje orgány výkonné moci (tedy i státní zastupitelství a policejní orgány), aby byly činy jako soudně trestné stíhány. Jde o důsledné vymezení rozdělení moci.

Formální pojetí zvyšuje jednotnost výkladu a aplikaci zákona, které se prolíná přímo do jednotlivých ustanovení. Současně posiluje rovnost všech subjektů před zákonem. Zmíněné pojetí neumožňuje ponechat řešení vágních nebo širokých zákonných pojmů na judikatuře soudů. Je tak přímo a precizněji aplikována zásada „žádný trestný čin bez zákona". Soudům se, jako jedinému orgánu, ponechává posuzování, zda jednáním byla naplněna skutková podstata trestného činu.

Formální pojetí tedy není pouhý popis znaků trestného činu, neboť z hlediska logického vymezení, ale i jeho interpretací je třeba posuzovat jako čin společensky škodlivý, a to ve spojení se zásadou subsidiarity (za použití zásady ultima ratio) jen v případech vymezené dolní hranice trestní odpovědnosti.

Formální pojetí trestného činu vyjádřené v jeho formální definici (§ 13 trestního zákoníku) podléhá korekci nejen hmotněprávní s oporou o § 12 odst. 2 trestního zákoníku (a § 39 odst. 2 trestního zákoníku), nýbrž i korekci procesněprávní, tj. cestou procesní oportunity plynoucí z ustanovení § 159a odst. 4 trestního řádu (odložení věci z důvodu neúčelnosti), resp. z ustanovení § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu (zastavení trestního stíhání z důvodu neúčelnosti), na který se prvně citované ustanovení odvolává.

Od trestných činů, příp. přestupků, je třeba odlišovat delikty soukromoprávní, např. prodlení se splácením dluhu, způsobení škody nebo zásah do práva na ochranu osobnosti. Souběh trestně právní a soukromoprávní odpovědnosti není vyloučen, nedochází k němu však automaticky; obecně lze říci, že zatímco každý trestný čin, jímž byla někomu způsobena škoda, zakládá rovněž právo poškozeného na její náhradu, opačně to neplatí, neboť podmínky pro vznik trestní odpovědnosti jsou přísnější.

Ani miliardový dluh fyzické osoby po splatnosti nemusí být trestným činem: takto posuzován by byl jedině v případě, že by dlužník věděl již v době, kdy si částku vypůjčil, že ji nebude schopen splatit, a dopustil by se tak podvodu. Podobně zdaleka ne každý zásah do práva na ochranu osobnosti je trestným činem pomluvy[8].

U kvalifikovaných skutkových podstat je nutno vycházet z toho, že bude nutno bezvýhradně právně kvalifikovat jednání pachatele právě podle této skutkové podstaty.

[8] Článek Trestný čin in. Http://iuridictum.pecina.cz/w/Trestn%C3%BD_%C4%8Din

Zásadu subsidiarity je nutno využívat tak, aby prostředky trestního práva nastoupily tam, kde jiné právní prostředky selhávají nebo nejsou efektivní, neboť trestní právo a trestněprávní kvalifikaci určitého jednání jako trestného činu je třeba považovat za krajní prostředek. Znaky trestného činu je třeba vkládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý.

Společenská škodlivost, dle zveřejněných názorů, je určován povahou a závažností trestného činu, ale je důležité podotknout, že tento pojem není nikde v trestním zákoníku pojmově vymezen. Proto výklad tohoto pojmu bude v praxi činit potíže. Při existenci spodní hranice trestní odpovědnosti nebudou považovány za trestné činy ta jednání, u kterých bude přípustné využití zásady subsidiarity trestní represe.

Z tohoto důvodu se při spodní hranici trestní odpovědnosti[9] využije formalisticko-materiálního korektivu podle § 12 odst. 2 trestního zákoníku a věc se odloží nebo odevzdá podle § 159a trestního řádu.

Pokud jsou však naplněny zákonné podmínky k tvrzení, že jde o trestný čin, přičemž nelze použít zásady subsidiarity trestní represe, a státní zástupce učiní právní závěr, že bylo dosaženo účelu trestního řízení a další řízení je neúčelné může, v rámci své diskreční pravomoci, rozhodnout podle § 159a odst. 4 nebo § 172 odst. 2, písm. c) trestního řádu, a vyvést případ z trestního řízení.

Trestný činem bude tedy každý protiprávní čin, a který je v trestním zákoně označen za trestný, přičemž vykazuje znaky v tomto zákoně uvedené. Z dikce textu příspěvku vyplývá, že policejní orgán musí v každém okamžiku přihlížet k těmto požadavkům, tedy jak obsahu podání, tak i obsahu výsledku jeho vlastního šetření, či provedených procesních úkonů. Než dojde k vlastnímu posuzování právního posuzování, tak musí sám učinit potřebná zjištění o rozhodných skutečnostech (§ 89 trestního řádu), za využití všech dostupných zákonných oprávnění, zejména vyplývající u ustanovení trestního řádu nebo zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky. Teprve poté musí zkoumat, zda jsou naplněny formální znaky trestného činu (což obnáší správně vyhodnocovat informace z podání, ve spojení se správně ptát na okolnosti k dokázání skutku), rovněž tak je nutno se vypořádat s tím, zda skutek má společenskou škodlivost (i s přihlédnutím k zásadě ultima ratio).

Zásada subsidiarity, a z ní vyplývající princip ultima ratio, obnáší závěr, že trestně právní řízení je krajním prostředkem ve vztahu k ostatní deliktní právní úpravě (správněprávní, občanskoprávní, obchodněprávní). Zmíněná zásada má významnou interpretační funkci pro trestněprávní normy.

[9] Jinak je také využíván pojem „nízkého stupně závažnosti činu“

Znamená to, že trestné činy mohu být jen ta jednání, které mají charakter závažného protispolečenského jednání.

Právě s odkazem na zásadu, že tam, kde postačí k regulaci prostředky správního nebo civilního práva jsou trestněprávní prostředky nadbytečné, ale i z hlediska zásad právního státu nepřípustné.

Znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby trestný čin byl považován za čin společensky škodlivý, přičemž se zásada subsidiarity a ultima ratio uplatňuje mimo definici trestného činu. Z tohoto pohledu formalistické procesní rozhodnutí vyjadřuje nezájem společnosti stíhat čin z důvodu nedostatečného stupně veřejného zájmu ((§§ 159a odst. 4 a § 172 odst. 2, písm. c) trestního řádu[10])).

Ústavní soud ve svých rozhodnutích konstatuje, že trestní právo má z podstaty principu ultima ratio místo pouze tam, kde jiné prostředky z hlediska ochrany práv fyzických a právnických osob jsou vyčerpané, neúčinné nebo nevhodné.

Jestliže se nyní materiální znak zkoumá u každého trestného činu z úřední povinnosti, a to prioritně (ex offo a priori), tak v trestním zákoníku se jedná o výkladové pravidlo, které může výjimečně vést k nestíhání činu, ač jinak jsou naplněny formální znaky, ale společenská škodlivost neexistuje pro nedostatek protiprávnosti, a proto nepůjde o trestný čin.

Uznávaným principem právního státu je chápání trestní represe jako prostředku ultima ratio[11]. Z tohoto principu vyplývá, že zejména ochrana majetkových vztahů má být v prvé řadě uplatňována prostředky občanského a obchodního práva a teprve tam, kde je taková ochrana neúčinná a kde porušení občanskoprávních vztahů svou intenzitou dosahuje zákonem předpokládaného stupně společenské nebezpečnosti, je namístě uvažovat o trestní odpovědnosti, např. zadržení cizí věci za účelem zajištění své pohledávky nelze pokládat bez dalšího za "přisvojení si cizí věci" a za zpronevěru ve smyslu ustanovení § 248 trestního zákona, a to ani v případě, že by nebyly splněny všechny podmínky zadržovacího práva podle občanského zákoníku.

Platí, že subjekty občanskoprávního vztahu, mezi nimiž existuje spor ohledně splnění podmínek zadržovacího práva, mají dostatek možností, jak vyřešit tento spor prostředky občanského práva a cestou občanského soudního řízení.

Proto je trestní právo a trestněprávní kvalifikace určitého jednání jako trestného činu, které má soukromoprávní základ, třeba považovat za ultima

[10] Procesněprávní korekce cestou procesní oportunity
[11] V textu příspěvku jsou použity části z rozhodnutí Ústavního soudu ČR pod sp. zn. II. ÚS 372/2003, I. ÚS 4/2004, I. ÚS 558/2000, II. ÚS 413/2000, IV. ÚS 564/2000, IV. ÚS 469/2002, ale i rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR pod sp. zn. 5 Tdo 897/2005

ratio, tedy za krajní právní prostředek, který má význam především celospolečenský, tj. z hlediska ochrany základních společenských hodnot.

V zásadě nemůže trestní právo sloužit jako prostředek nahrazující ochranu práv a právních zájmů jednotlivce v oblasti soukromoprávních vztahů, kde závisí především na individuální aktivitě jednotlivce, aby střežil svá práva, jimž má soudní moc poskytovat ochranu.

Je nepřijatelné, aby tuto ochranu aktivně přebíraly orgány činné v trestním řízení, jejichž úkolem je ochrana převážně celospolečenských hodnot, nikoliv přímo konkrétních subjektivních práv jednotlivce, jež svou povahou spočívají v soukromoprávní sféře.

Nejvyšší soud ČR uvedl, že není trestní stíhání namístě, jestliže se jednání obviněného pohybovalo výhradně v rovině vztahů občanskoprávních. Určité selhání či nedostatečná účinnost zákonných nástrojů, sloužících k faktickému výkonu pravomocných a vykonatelných soudních rozhodnutí, nemůže vést k tomu, aby tato opatření byla nahrazována či doplňována prostředky práva trestního

Ústavní soud k tomu dodává, že je v právním státě nepřípustné, aby prostředky trestní represe sloužily k uspokojování subjektivních práv soukromoprávní povahy, nejsou-li vedle toho splněny všechny předpoklady vzniku trestněprávní odpovědnosti, resp. nejsou-li tyto předpoklady zcela nezpochybnitelně zjištěny.

Právní řád, byť vnitřně diferencovaný, tvoří jednotu a jako s takovým je třeba s ním zacházet při aplikaci jednotlivých ustanovení a institutů; proto, pokud jde o naplnění objektivních znaků trestného činu, při promítnutí principu trestněprávní represe jako posledního prostředku -"ultima ratio"- nemůže být ignorována obchodněprávní stránka věci[12].

Jak, již bylo řečeno, trestní právo, má z podstaty práva ultima ratio místo pouze tam, kde jiné prostředky ochrany práv fyzických a právnických osob jsou vyčerpané, neúčinné nebo nevhodné[13].

---

[12] Nález sp. zn. IV. ÚS 564/2000 in Ústavní soud ČR: Sbírka nálezů a usnesení, sv. č. 24, nález č. 169 (obdobně občanskoprávní stránka věci)

[13] Judikatura obecných soudů vždy doposud řešila ve vztahu k naplnění skutkové podstaty trestného činu neoprávněného zásahu k domu, bytu či nebytovému prostoru podle § 249a trestního zákona jen stav, kdy bývalému nájemci marně uplynula soudem stanovená lhůta k vyklizení bytu, anebo dokonce bylo již vedeno exekuční řízení, např. zákonné ustanovení § 676 odst. 2 o. z. dává samo možnost k tomu, aby užívání bytu (či jiné věci) bez právního důvodu po skončení doby pronájmu bylo za předpokladu nečinnosti pronajímatele konvalidováno na další nájem. Zákon zajišťuje ochranu vlastnického práva těm pronajímatelům, kteří jsou při vymáhání svého práva ze skončeného nájmu aktivní, a to žalobou na vyklizení. Pokud soudy v civilním řízení přiznají pronajímateli jeho právo a bývalému nájemci uloží povinnost byt vyklidit, jsou povinny k vyklizení bytu podle § 160 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu, ve znění pozdějších předpisů, stanovit minimálně patnáctidenní lhůtu. Případů, kdy je byt užíván nejprve legitimně a

Až po odstranění pochybností, které v obchodněprávní (občanskoprávní) sféře existují, a nedošlo k jejich objasnění, resp. u nich nedojde k pravomocnému rozhodnutí soudem, bude možno učinit závěr o případné odpovědnosti trestní. Každý jiný postup by mohl vést k nedůvodné kriminalizaci jednání, které je z obchodního hlediska přípustné či obvyklé, resp. jednání, jehož soukromoprávní aspekt je důvodně předmětem sporu. Při vší úctě a respektu k závěrům obecných soudů, byl Ústavní soud nucen konstatovat, že tato stránka věci byla z valné části ignorována.

Je zcela nepřípustná praxe, kdy se standardní civilní vztahy na úkor jednoho z jejich účastníků řeší prostředky trestního práva. Tímto způsobem totiž dochází k znerovnoprávnění osob v jejich vzájemných vztazích a k neúctě orgánů veřejné moci k rovnosti občanů[14]

Ústavní soud nad rámec této zásadní argumentace cítí potřebu vyjádřit se k dosavadní nesprávné praxi orgánů činných v trestním řízení, když jsou zcela nepřípustně používány prostředky trestního práva tam, kde je na místě věc řešit soukromoprávní cestou.

Ústavní soud již v minulosti judikoval, že právní řád, byť vnitřně diferencovaný, tvoří jednotu a jako s takovým je třeba s ním zacházet při aplikaci jednotlivých ustanovení a institutů proto, pokud jde o naplnění objektivních znaků trestného činu, nemůže být ignorována jiná než trestněprávní stránka věci.

Na závěr je třeba zopakovat, že z uznávaného principu právního státu, jímž je chápání trestní represe, jako prostředku ultima ratio vyplývá, že ochrana závazkových vztahů má být v prvé řadě uplatňována prostředky občanského a obchodního práva a teprve tam, kde je taková ochrana neúčinná a kde porušení občanskoprávních vztahů naplňuje znaky konkrétní skutkové podstaty trestného činu a svou intenzitou dosahuje předpokládaného stupně společenské nebezpečnosti, je namístě uplatňovat trestní odpovědnost.

I Nejvyšší soud ČR k tomu dodává, že v právním státě je zásadně nepřípustné, aby prostředky trestní represe sloužily k uspokojování subjektivních práv soukromoprávní povahy, nejsou-li vedle toho splněny

---

posléze bez právního důvodu, je mnohem více. Judikatura obecných soudů již dříve dovodila, že za určitých předpokladů lze vázat povinnost vyklizení bytu, užívaného bez právního důvodu, na zajištění bytové náhrady. Rozhodnutí v tomto směru přitom lze učinit pouze v řízení občanskoprávním a z povahy věci je vyloučeno, aby bylo o této věci rozhodnuto orgány činnými v trestním řízení, jako o předběžné otázce podle § 9 zákona č. 141/1961 Sb., o trestním řízení soudním, ve znění pozdějších předpisů.
Právní řád, byť vnitřně diferencovaný, tvoří jednotu a jako s takovým je třeba s ním zacházet při aplikace jednotlivých ustanovení a institutů; proto, pokud jde o naplnění objektivních znaků trestného činu zpronevěry, nemůže být ignorována obchodněprávní stránka věci.

[14] Porušení článku 1 Listiny základních práv a svobod a článku 1 Ústavy České republiky

všechny předpoklady vzniku trestněprávní odpovědnosti, resp. nejsou-li tyto předpoklady zcela nezpochybnitelně zjištěny.

Princip subsidiarity trestní represe totiž vyžaduje, aby stát uplatňoval prostředky trestního práva zdrženlivě, to znamená především tam, kde jiné právní prostředky selhávají nebo nejsou efektivní.

V závěru teoretických postulátů je třeba se zmínit o spodní hranici trestní odpovědnosti, což je velmi důležité pro policejní praxi. V rámci přednáškového cyklu k seznamování se se zásadami trestního zákoníku byla vyjádřena myšlenka o kvalitativní a kvantitativní spodní hranici trestní odpovědnosti[15].

Kvalitativní spodní hranicí trestní odpovědnosti se rozumí zákonem vymezené formální znaky v zákoně, včetně jejich zpřesnění ve formě výkladových ustanovení trestního zákoníku. V tomto smyslu půjde tedy o zákonem stanovené požadavky na určitou kvalitu porušení nebo ohrožení zájmu společnosti, kterou zákonodárce považuje za dostatečně společensky škodlivou, aby bylo vedeno trestní řízení. Pokud takové vymezení obsahuje pojmy, které nelze použít v konkrétním formálním znaku trestného činu, tak jej zákonodárce formuluje v obecné části trestního zákoníku jako zákonem formálně stanovené výkladové pravidla. Podstatné je však, že přesný výklad k použití těchto formálních znaků může dát jen příslušný soud[16].

Kvantitativní spodní hranice trestní odpovědnosti se rozumí vyjádření přesně vymezené kvantity ke stanovení trestnosti, zejména u majetkových trestných činů, přičemž kvantitativní hranici je nutno posuzovat z hlediska požadované kvality (viz § 137)[17].

Postup policejního orgánu v jednotlivých fázích

Po výše zmíněném teoretickém projití známých názorů na uvedené zásady je třeba uvést, jaké otázky nastávají v jednotlivých fázích rozhodování policejního orgánu, při současné aplikaci teoretických závěrů. Prvý kontakt s okolnostmi skutkového jednání má policejní orgán při přijetí podání[18].

---

[15] Vystoupení lektorů JUDr. Růžička, JUDr. Vondruška, JUDr. Púry k trestnímu zákoníku na semináři pro státní zástupce pořádané Justiční akademií Kroměříži v Brně dne 5. – 6. 10.2009

[16] např. aplikací výkladových ustanovení ke konkrétnímu trestnému činu.

[17] § 138 trestního zákoníku - škodou nikoli nepatrnou se rozumí škoda dosahující částky nejméně 5 000 Kč, škodou nikoli malou se rozumí škoda dosahující částky nejméně 25 000 Kč, větší škodou se rozumí škoda dosahující částky nejméně 50 000 Kč, značnou škodou se rozumí škoda dosahující částky nejméně 500 000 Kč a škodou velkého rozsahu se rozumí škoda dosahující nejméně částky 5 000 000 Kč. Částek zde uvedených se užije obdobně pro určení výše prospěchu, nákladů k odstranění následků poškození životního prostředí, hodnoty věci a jiné majetkové hodnoty.

[18] Podání ve smyslu § 59 trestního řádu se rozumí jakékoli písemné nebo ústní sdělení informací policejnímu orgánu o skutečnostech, které podatel považuje za důležité, aby je sdělil policejnímu orgánu. Forma sdělení je buď písemná, či ústně do protokolu anebo v elektronické podobě podepsané elektronicky podle zákona.

Není problém v tom, že podání se posuzuje podle obsahu informací v něm podaných, ale jak s tímto naložit po formální stránce. Půjde o posouzení obsahu tak, že již z něho je zřejmé, že se nebude jednat o trestní oznámení s odůvodněným podezřením nebo půjde o nesmyslné podání, anebo je již zřejmé, že nelze dovodit důvodnost k dalšímu postupu policejního orgánu ve smyslu § 158 odst. 1 trestního řádu, přičemž je již zřejmé, že ochrana zájmů podatele je dostatečně zajištěna jinými právními prostředky.

Je-li však podání přijato k dalšímu opatření, tak policejní orgán činí šetření a to jen v rozsahu, který je stanoven ustanovením § 158 odst. 1 trestního řádu[19] a úkonů podle zákona č. 273/2008 Sb., o PČR[20].

Při vyhodnocování povinnosti přijímat trestní oznámení ve smyslu § 158 odst. 2 trestního řádu je striktně vycházeno z dikce „oznámení o skutečnostech nasvědčujících tomu, že byl spáchán trestný čin“, tedy policejní orgán činí své povinnosti k učinění všech potřebných šetření a objasnění trestního oznámení ve smyslu § 158 odst. 1 trestního řádu jen tehdy, lze-li učinit závěr o podezření ze spáchání trestného činu, popř. o určení jeho pachatele. Z tohoto důvodu policejní orgán nesmí vést trestní řízení o okolnostech, z nichž nevyplývá trestněprávní odpovědnost.

Z hlediska výkladu právní normy policejní orgán ve smyslu § 158 odst. 2 trestního řádu (a contrario) trestní oznámení je základem pro postup policejního orgánu jen tehdy, pokud jsou splněny zákonné podmínky, a pokud tomu tak není, přichází v úvahu postup opačný. Samotné označení podání jako trestní oznámení nemá svoji relevanci, neboť platí ustanovení § 59 odst. 1, věty prvé trestního řádu, kdy se podání posuzuje vždy podle svého obsahu. Proto nelze připustit právní názor, že je rozhodující stanovisko podatele. Policejní orgán je totiž povinen striktně vycházet ze zákonem stanovených podmínek k provedení konkrétního trestněprávního procesního úkonu. Důležité pro policejní orgán je, aby obsah podání byl řádně posouzen v kontextu logických zásad interpretace k poznání skutečného obsahu.

Jak v této fázi (přijetí podání, popř. již s šetřením policejního orgánu) aplikovat podmínky společenské škodlivosti se zásadou subsidiarity trestní represe, do určitého formalistického rozhodnutí? Zákon toto neřeší.

---

[19] Policejní orgán je povinen na základě trestních oznámení osob a orgánů, na jejichž podkladě lze učinit závěr o podezření ze spáchání trestného činu, učinit všechna potřebná šetření a opatření.

[20] zejména podávání vysvětlení (§ 61), vyhodnocování pořízených záznamů (§ 62), prokazování totožnosti (§ 63), získávat informace z evidencí (§ 66), využití oprávnění z ustanovení § 68 o pátrání po osobách a věcech, získávání poznatků o trestné činnosti ve smyslu § 69 a § 70, případně využívat podpůrných operativně pátracích prostředků.

Řešením z hlediska zásad uplatněných v trestním zákoníku policejní orgán vyhodnotí, zda obsah podání (trestního oznámení) splňuje kritéria § 59 trestního řádu, a pokud ano posoudí, zda z obsahu podá lze vyvodit takový závěr, že je nutno konat šetření podle § 158 odst. 1 trestního řádu. Pro policejní orgán to značí, aby si dokázal „vytáhnout" meritum oznámení, a zda lze takto stanovené jednání pojmout pod jednání, které prioritně musí řešit jiné právní prostředky než prostředky trestního práva.

Pokud přichází v úvahu řešení mimotrestními právními prostředky, tak sdělí podateli, že z těchto důvodů se k podání nepřihlíží a odkáže se na jiné řešení s odkazem na zásadu subsidiarity trestní represe (zásadu ultima ratio). V případě, že z podání lze dovodit v širším kontextu formální znaky trestného činu započne neformálně postup dle § 158 odst. 1 trestního řádu, ve spojení s oprávněními v zákoně č. 273/2008 Sb., o PČR. Způsob sdělení policejního orgánu by měla být neformálním sdělení a podání se uloží na útvaru s příslušným zdůvodněním. Uložení podání podepisuje bezprostřední vedoucí pracovník. Případným orgánem k přezkumu jeho postupu je nadřízený vedoucí pracovník.

Pokud tedy policejní orgán při vyhodnocování trestního oznámení, dojde k právnímu názoru, že obsah podání nasvědčuje tomu, že by v něm naznačené jednání pachatele mělo důvodně naplněné znaky trestného činu, je povinen vypracovat záznam o zahájení úkonů v trestním řízení ve smyslu § 158 odst. 3 trestního řádu, a nadále pokračovat ve smyslu tohoto ustanovení.

Tímto okamžikem počínají kompetence a pravomoce státního zastupitelství ve smyslu § 174 trestního řádu k dozoru nad zachováváním zákonnosti v přípravném řízení. Státní zástupce se stává dominus litis, tj. pánem trestního řízení a neexistuje následně zákonná možnost, aby do jeho kompetence a pravomoce vstupoval policejní orgán, případně organizačně vyšší policejní útvar. Je-li tedy o konkrétním trestním oznámení pravomocně rozhodnuto, tak nelze znovu provádět šetření nebo objasňování v téže věci, nejsou-li splněny další zákonné podmínky.

Řešením pro tuto fázi je obdobný postup, jak v předchozí části týkající se stavu po podání. Avšak rozhodnutí je činěno již postupem podle § 119 odst. 2 trestního řádu, tj. usnesením, které musí splňovat zákonem stanovené náležitosti, včetně právních úvah.

Policejní orgán bude muset se zabývat otázkou, zda skutek, který je uveden ve výroku usnesení, naplňuje formální znaky trestného činu, a zda tento skutek má v sobě takovou společenskou škodlivost, že nedosahuje spodní hranice trestní odpovědnosti, a tudíž nejde o trestný čin. Anebo dosahuje spodní hranice trestní odpovědnosti, ale existují zde podmínky pro uplatnění zásady subsidiarity (ultima ratio), a proto není zájem orgánů činných v trestním řízení konat trestní řízení. V případě, že policejní orgán bude konstatovat, z hlediska formálního pojetí a zmíněných zásad, že se jedná o přestupek, tak usnesením věc odevzdá příslušnému orgánu. Protože je

v tomto případě již zahájeno přípravné řízení, tak o případné stížnosti rozhoduje státní zástupce.

P. S. V rámci diskusních příspěvků v sekci bylo nastíněno, že policejní praxe, a nejen ona, si s aplikací nového trestního zákoníku poradí, tak jak si radí dosud s požadavky na uplatňování společenské nebezpečnosti ve smyslu § 3 odst. 4 trestního zákona. Je pravdou, že tyto otázky praxe řešila málokdy, respektive nevyužívala. Je pravdou i to, že požadavky v rámci zásady subsidiarity trestní represe jsou prezentovány minimálně od roku 2004. Taktéž zazněla myšlenka, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku vlastně vychází jen z rozhodnutí Ústavního soudu ČR, a tak je vlastně i pro policejní praxi zbytečné, a že v praxi nemusí být uplatňováno. A v tom je problém. Proč tedy zákonodárce vložil toto ustanovení do textu trestního zákoníku? Zřejmě proto, že měl záměr snížit využívání trestněprávních prostředků při ochraně zájmů jednotlivců. Bylo by proto správné prosazovat text zákona již do policejní praxe. Vždyť i v jednom z televizních rozhovorů uvedl prof. JUDr. Vojtěch Cepl, že „jeho snem je vláda práva“. K tomu je však také třeba připravit občany, a zmíněnou základní zákonnou změnu jim nastínit.

Literature:

- Kratochvíl, V. „Zrcadlo prvních třiceti šesti…“ (paragrafů obecné části nového trestního zákona České republiky – 2002), Trestněprávní revue 2003, č. 1, s. 4
- Němec, P.: Projev v Poslanecké sněmovně ČR dne 14. 10. 2004 in.: http://www.psp.cz/knih/2002ps/stenprot/036schuz/s036079.htm
- Novotný, O. Znovu k návrhu nového trestního kodexu. Trestní právo. 2005, č. 3, s. 2;
- Parkanová, V. : K návrhu trestního zákoníku (18. 1. 2005), projev, in.: http://www.parkanova.cz
- Pipek, J.: Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. Trestněprávní revue, 2004, č. 11, s. 311
- Růžička, M.: Trestní zákoník, přednáška pro Policii ČR dne 11. 11. 2009, Brno, Vyšší policejní škola
- Šámal, P., Šámalová, M.: Znění trestního zákoníku s důvodovou zprávou přiřazenou k příslušným ustanovením a částem normativního textu, s vyznačením změn proti stávající úpravě obsažené v trestním zákoně č. 140/1961 Sb. – přednáškový text

- Judikatura Ústavního soudu České republiky – zejména nálezy pod sp. zn. IV. ÚS 564/2000, I. ÚS 558/2001, IV. ÚS 469/2002, I. ÚS 180/2003, II. ÚS 372/2003 I. ÚS 4/2004, II. ÚS 413/2004 atd.; dále i rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky pod sp. zn. 7 Tz 230/2000, 5 Tdo 897/2005

Contact – email
kiz@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AKTUÁLNÍ PROBLEMATIKA TRESTU DOMÁCÍHO VĚZENÍ

KATEŘINA KREJČIŘÍKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Nový trest domácího vězení s sebou přináší mnoho otázek. Kdo a jak bude provádět kontrolu tohoto trestu? Budou odsouzení přispívat na výkon tohoto trestu? Budou zavedeny elektronické náramky? Autorka se snaží reagovat na současnou diskusi vedenou nad tímto tématem, zejména z pohledu Probační a mediační služby.

Key words in original language
Trest domácího vězení; Probační a mediační služba; elektronický monitorovací systém; alternativní sankce.

Abstract
New penalty of the house arrest is full of questions. Who and how the control of this penalty will carry out? Will convicted persons contribute to the service of a sentence? Will be electronic ankle monitor introduced? The author reacts to the current discussion on this topic especially form the view of the Probation and Mediation Service.

Key words
House arrest; Probation and Mediation Service; electronic ankle; alternative sanctions.

Nový trestní zákoník s účinností k 1.1.2010 rozšiřuje škálu trestů o dva nové druhy trestů. O trest domácího vězení a trest zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce. Tento příspěvek je krátkým zamyšlením nad vybranými problémy výkonu trestu domácího vězení. V příspěvku jsou zapracovány také poznatky získané na semináři pořádaném Probační a mediační službou dne 12.11.2009 v Brně. Seminář se týkal problematiky rekodifikace trestního práva hmotného a změn souvisejících na činnost Probační a mediační služby.

Ustanovení § 334b trestního řádu totiž předpokládá, že kontrolu výkonu trestu domácího vězení bude po 1.1.2010 provádět Probační a mediační služba ve spolupráci s provozovatelem elektronického kontrolního systému. Vzhledem k tomu, že na pořízení elektronického monitorovacího systému nejsou v současné době ve státním rozpočtu finanční prostředky, je jisté, že se nepodaří zavést elektronické sledování spolu s účinností nového trestního zákoníku. V červenci 2009 uvažovalo ministerstvo spravedlnosti dokonce o

odsunutí projektu domácího vězení až na rok 2011.[1] K odsunutí účinnosti zavedení trestu domácího vězení nakonec nedošlo a ministerstvo spravedlnosti představilo naopak "Plán realizace trestu domácího vězení", který se skládá z tří následujících fází:[2]

I. fáze - Namátková kontrola: Tato fáze potrvá od nabytí účinnosti trestního zákoníku (1.1.2010) až do zavedení elektronického kontrolního systému, přičemž Probační a mediační služba bude v tomto období zajišťovat podmínky pro uložení tohoto trestu, bude provádět namátkové kontroly odsouzených a realizovat kontinuální reintegrační činnost s odsouzenými.

II. fáze - Elektronický monitoring odsouzených: Ministerstvo spravedlnosti přihlásilo projekt domácího vězení v rámci programu "Crime Prevention af and fight against Crime" k Evropské komisi a předpokládá získání finančních prostředků ze zdrojů Evropské unie ve výši cca 111,15 mil. Kč. V roce 2011 plánuje ministerstvo spravedlnosti uskutečnit výběrové řízení, ze kterého vzejde externí poskytovatel, který zajistí provoz monitorovacího systému.

III. fáze - je plánována na období 2011 - 2013, kdy by mělo dojít k úplnému propojení aplikace trestu domácího vězení a elektronického monitorovacího systému.

Do zavedení elektronického systému budou tedy kontrolu trestu domácího vězení provádět pouze pracovníci Probační a mediační služby, a to formou namátkových kontrol, případně telefonickým kontaktem na pevnou telefonní linku. Domnívám se, že takovýto výkon kontroly je nedostatečný, a to zejména z následujících důvodů. Namátkové kontroly, které se budou provádět formou návštěv odsouzených v obydlí, ve kterém trest domácího vězení vykonává, nemohou dostatečně vypovídat o dodržování tohoto trestu. Počet namátkových kontrol bude probační úředník stanovovat u každého odsouzeného individuálně. Minimální doporučený počet namátkových kontrol v měsíci u odsouzeného je interními normami Probační a mediační služby stanoven na tři návštěvy. Kontrola výkonu trestu domácího vězení vykonávaná pouze probačními úředníky s sebou však přináší určité možnosti pro odsouzeného. Nevyužije odsouzený toho, že ihned po kontrole probačního pracovníka navštíví svoji oblíbenou hospůdku, protože již byl kontrolován, a protože jiný kontrolní mechanismus již nepřipadá v úvahu? Dovedu si představit případ, kdy pátečního či sobotního večera zazvoní u domu, kde mladistvý odsouzený vykonává trest domácího vězení, a to kolem 21 hodiny, mladistvý v tuto hodinu bude skutečně doma, dodržuje tedy podmínky uloženého trestu, ale

[1] Domácí vězení se o rok odsunulo, stát nemá peníze na náramky [citováno 16.10.2009]. Dostupný z: http://zprav.idnes.cz

[2] Vláda ČR schválila přelomový projekt ministerstva spravedlnosti - Trest domácího vězení [citováno 16.10.2009]. Dostupný z: http://portaljustice.cz

po odchodu probačních pracovníků opustí dům a půjde za svými kamarády na diskotéku. Období po provedené namátkové kontrole, za situace, kdy nemáme zaveden elektronický kontrolní systém, považuji obdobím, kdy se odsouzený bude moci cítit "nehlídán". Dle současného návrhu vyhlášky o výkonu kontroly trestu domácího vězení budeme jako formu namátkové kontroly považovat i kontrolu telefonickými prostředky, avšak trestní zákoník nepřepokládá mezi podmínkami k uložení tohoto trestu, aby odsouzený byl uživatelem pevné telefonní linky. Domnívám se, aby i tato kontrola mohla být efektivní, pak by byla na místě ověřitelnost přístroji, které umí detekovat lidský hlas. Bude si moci být probační pracovník vždy jist, že hovoří s odsouzeným? Trest domácího vězení je v zahraničí zpravidla spojen s elektronickým monitoringem, přičemž mám za to, že namátkové kontroly plní spíše úlohu "sociální", "pomocnou", kdy probační pracovníci se při návštěvě odsouzeného snaží pomoci mu s nelehnou životní situací, případně se snaží o řešení nastalých problémů odsouzeného tak, aby jej nasměrovali k vedení řádného života.

Za současné personální situace by nebylo reálné, aby Probační a mediační služba zvládala provádět kontrolu výkonu trestu domácího vězení. Proto již v současné době (listopad 2009) probíhají výběrová řízení na nové probační pracovníky. Dojde k navýšení personálních stavů, a to o 90 osob, přičemž se předpokládá, že krajská střediska budou posílena o 2 osoby a zbývající střediska o 1 osobu. Je nutno také poukázat na předpoklad, že se výjezdů za účelem namátkových kontrol budou zpravidla účastnit vždy 2 probační pracovníci. Nedošlo-li by k personálnímu navýšení, pak by mohlo dojít k nepříjemným komplikacím, neboť na některých střediscích pracují pouze 2 osoby. Test domácího vězení spočívá v povinnosti odsouzeného zdržovat se ve dnech pracovního klidu a pracovního volna po celý den a v ostatních dnech v době od 20:00 hod do 5:00 hod v určeném obydlí. Soud však tyto podmínky může odsouzenému upravit na "tělo", zejména se bude řídit výkonem zaměstnání. Zpravidla však budou namátkové kontroly probíhat v pracovní dny v nočních hodinách. Jako vhodná varianta se v individuálních případech Probační a mediační službě jeví, aby tyto kontroly probíhaly i za účasti příslušníka Policie ČR. Pak by se namátkových kontrol mohl účastnit pouze jeden pracovník Probační a mediační služby. V současné době (listopad 2009) vrcholí diskuse o budoucí spolupráci Probační a mediační služby a Policie ČR na úrovni vedení Probační a mediační služby a Policejním ředitelstvím. Diskutována je také varianta, že by existoval propojený elektronický systém, který by evidoval osoby, kterým byl nařízen trest domácího vězení. Tento "seznam" by byl využitelný například při kontrolách mladistvých na diskotékách. S vedením takového seznamu se předpokládá i u trestu zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce. Každému středisku Probační a mediančí služby bude nově přiděleno počátkem roku 2010 za účelem výjezdů v souvislosti s výkonem kontroly trestu domácího vězení osobní vozidlo.

Trestní zákoník v ustanovení § 334h upravuje, že ministerstvo spravedlnosti může vyhláškou stanovit podrobnosti kontroly trestu domácího vězení.

Předpokládá se vydání vyhlášky o výkonu kontroly trestu domácího vězení a vyhlášky, kterou se stanoví denní sazba připadající na náklady spojené s výkonem trestu domácího vězení a způsobu úhrady. Návrh vyhlášky o výkonu kontroly trestu domácího vězení rozvádí, co se rozumí jednotlivými pojmy, jako např. kontrolou výkonu trestu domácího vězení, namátkovou kontrolou, součinností odsouzeného s probačním úředníkem a dále upravuje, jakým způsobem bude výkon kontroly trestu domácího vězení probíhat. Návrh vyhlášky, kterou se stanoví denní sazba připadající na náklady spojené s výkonem trestu domácího vězení a způsob úhrady předpokládá, že denní sazba nákladů výkonu trestu domácího vězení bude činit 50,-- Kč za každý započatý kalendářní den příslušného kalendářního měsíce ve kterém odsouzený, alespoň z části vykonával trest domácího vězení. Soud po právní moci rozhodnutí, kterým byla stanovena povinnost k náhradě nákladů trestu domácího vězení, vyzve odsouzeného, aby požadovanou částku ve lhůtě 30 dnů uhradil s upozorněním, že nebude-li ve stanovené době zaplacena, bude vymáhána podle předpisů o vymáhání pohledávek.

Jak jsem uvedla na počátku tohoto příspěvku, domnívám se, že kontrola výkonu trestu domácího vězení, tak jak je nyní nastavena, nejenže nebude dostatečně efektivní, ale bude docházet často i k jeho zneužívání. Lepší variantou by bylo odsunutí účinnosti tohoto trestu až při současném zavedení elektronického kontrolního systému, neboť pouze kombinace elektronického monitoringu a namátkových kontrol spojených s pomocí probačních pracovníků může být dle mého názoru účinná. Žádoucí by jistě bylo také odzkoušení elektronického kontrolního systému. V zahraničí je pravidlem, že před zavedením nových trestněprávních institutů dochází k dlouholetým pilotním projektům, které mají za úkol předejít případným komplikacím. Při diskusi se soudci na téma předpokládaných odhadů četnosti ukládání tohoto trestu se vyhraňují dva tábory. První považuje kontrolu tohoto trestu taktéž jako nedostatečnou, a proto bude trest domácího vězení ukládat velmi uvážlivě a v minimálních případech. Naopak druhý tábor soudců uvítal rozšíření škály trestů a předpokládá obdobnou situaci jako byla při nově zaváděném trestu obecně prospěšných prací, který byl již od počátku zavedení hojně ukládán. Pro dokreslení uvádím, že za první rok účinnosti trestu obecně prospěšných prací v roce 1996 byl tento trest uložen v 728 případech. Zavedení tohoto trestu do našeho právní řádu vítám, obávám se však, že pro jeho výkon nejsou nastaveny podmínky tak, aby případný neúspěch před zavedením elektronického monitoringu nevedl v budoucnu k negativním postojům k tomuto trestu.

Literature:

- KREJČIŘÍKOVÁ, Kateřina. Nový trest domácího vězení. Státní zastupitelství. 2009, roč. 7, č. 10, s. 13-20. ISSN 1214-3758.

- BLAŽEK, Vojtěch. Domácí vězení zaplatí sami odsouzení. Hospodářské noviny [online]. Změněno 14.06.2009 [2009-08-20]. Dostupné z: <http://hn.ihned.cz/c1-37424580-domaci-vezeni-zaplati-sami-odsouzeni>
- Domácí vězení naráží na řadu problémů [online]. [cit. 2009-08-20] Dostupné z: <http://pmscr.cz/scripts/aktuality_detail.php?id_akt=361>
- Vláda ČR schválila přelomový projekt ministerstva spravedlnosti - Trest domácího vězení [online]. Ministerstvo spravedlnosti ČR [cit. 2009-10-16]. Dostupné z: <http://www.portal.justice.cz/justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=5130&d=309463>
- Domácí vězení bude v Česku od ledna, vězni si budou připlácet [online]. [cit. 2009-10-16] . Dostupné z: <http://www.pmscr.cz/scripts/aktuality_detail.php?tisk_clanku=1&id:akt=366>
- Vláda přerušila projednávání projektu domácího vězení [online]. [cit. 2009-10-16]. Dostupné z: <http://www.pmscr.cz/scripts/aktuality_detail.php?tisk_clanku=1&id:akt=368>
- Od ledna přibude v Česku nový trest-domácí vězení [online]. [cit. 2009-10-16]. Dostupné z: <http://www.pmscr.cz/scripts/aktuality_detail.php?tisk_clanku=&id_akt=369>

Contact – email
11584@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

JSOU SOUDNÍ EXEKUTOR A JEHO ZAMĚSTNANCI ÚŘEDNÍMI OSOBAMI VE SMYSLU § 127 NOVÉHO TRESTNÍHO ZÁKONÍKU?

JOSEF KUCHTA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
V práci je řešena otázka, zda exekutor a jeho zaměstnanci jsou tzv. úředními osobami ve smyslu § 127 nového trestního zákoníku. Zatímco v případě samotného exekutora je otázka řešena vcelku jasně, u jeho dalších zaměstnanců není v této věci jasno, když názory komentářů a soudních rozhodnutí jsou rozporné. Domníváme se, že tyto nejasnosti by měly být odstraněny přímo zákonem, úpravou dosavadního znění § 127 TrZ tak, aby úředními osobami byly i osoby, které zákonným způsobem zajišťují výkony exekutorských rozhodnutí, stejně jako osoby, které v exekučním řízení činí dílčí rozhodnutí.

Key words in original language
Soudní exekutor; exekutorský koncipient; exekutorský kandidát; vykonavatel; další zaměstnanci exekutora; úřední osoba; exekuční řízení; veřejný činitel; státní orgán; podpora a ochrana úřední osoby; pravomoc; zastupování exekutora.

Abstract
In the article is solved the question, if the executor – distrainer and his servants and employees are the public persons in the sense of the anactment 127 of new Penal Code. In the case of executor is the answer not difficult – he is public person by execution of the competency. In the case of his additional employees it is not clear position. Opinions of the Comments und judgements are very different. We presume, these ambiguities must be removed. Regulation of the anactment 127 must be modified. Additional servants of the executor must be public persons with high protection und competency, when they legal carry into effect the decisions of the executor. It must be valid for the persons too, that decide part decisions in executory proceeding.

Key words
Executor; distrainer; servants of executor; court executor; executory articled clerk; executory candidate; distrainor; additional servants; public person; executory proceeding; support and protection of public persons; competency; representation of the executor; state authority.

Vyřešení otázky, zda jsou tyto osoby úředními osobami, resp. veřejnými činiteli, má velký praktický význam, neboť úřední osoby rozhodují o právech a povinnostech jiných osob a v důsledku toho požívají zvýšené ochrany před různými typy útoků a napadení v souvislosti s tímto svým

výkonem pravomoci. Na druhé straně mají tyto osoby zvýšenou trestní odpovědnost, tedy mohou se právě v souvislosti s výkonem své pravomoci dopustit speciálních trestných činů, kterých se nemohou dopustit jiné osoby. Vedle příslušného obecného trestného činu (např. porušení domovní svobody) budou podle okolností potrestány v souběhu s příslušným speciálním trestným činem, kterým je zneužití pravomoci úřední osoby podle § 329 TrZ, resp. trestného činu maření úkolů úřední osoby z nedbalosti podle § 330 TrZ. U některých trestných činů jsou pro úřední osoby zvýšené trestní sazby (např. u trestného činu přijetí úplatku podle § 331 odst. 5 písm. b) TrZ).

Otázka získala na aktuálnosti přijetím nového zákona č. 120/2001 Sb. o soudních exekutorech a exekuční činnosti, který nabyl účinnosti dne 1.5. 2001 (dále EZ). Reagoval na ni i trestní zákon tím, že zařadil soudního exekutora mezi osoby požívající statusu tzv. veřejného činitele podle § 89 odst. 9 trestního zákona. Výslovně je takto považován soudní exekutor za veřejného činitele při výkonu exekuční činnosti, sepisování exekutorských zápisů a při činnostech vykonávaných z pověření soudu, pokud se podílí na plnění úkolů společnosti a státu a používá přitom pravomoci, která mu byla v rámci odpovědnosti za plnění těchto úkolů svěřena. Stát takto pověřil exekutora výslovně prováděním úkonů, které jsou součástí autoritativní role státu. Tomu koresponduje i ust. § 4 EZ, které ještě zdůrazňuje postavení exekutora jako veřejného činitele při výkonu exekuční činnosti, sepisování exekutorských zápisů a při činnostech vykonávaných z pověření soudu podle zvláštního právního předpisu. Důvodem bylo nepochybně zvláštní postavení soudního exekutora, jehož zvýšená ochrana byla požadována vzhledem k charakteru jeho činnosti, a nebylo přitom možno vystačit s obecnější definicí § 89 odst. 9, neboť exekutor vystupuje při své činnosti v postavení podnikatele. Vykonává-li exekutor funkce, které by jinak byl povinen vykonávat stát, bude požívat ochrany jako veřejný činitel.[1] Podobné postavení mají např. i správci konkursní podstaty, resp. insolvenční správci, nicméně zvýšená ochrana jim takto poskytnuta zákonem nebyla a proto veřejnými činiteli úředními osobami nejsou.

Takové postavení exekutora nevzbudilo zatím vážnější pochybnosti. Z ust. § 5 EZ je však zřejmé, že exekutor řídí činnost exekutorského úřadu, v jeho rámci však může pověřovat další osoby, které vykonávají jeho jménem úkony, jimiž je realizována svěřená pravomoc exekutora a kteří vykonávají svěřené úkoly podle jeho pokynů. Jedná se o exekutorského kandidáta, exekutorského koncipienta a jiné zaměstnance, které EZ i samotný soudní exekutor mohou pověřovat činnostmi v různém, ale omezeném rozsahu.

Statusu veřejného činitele, resp. úřední osoby požívá výslovně z těchto osob jen exekutorský kandidát, pokud vykonává funkci zástupce exekutora podle § 16 až 18 EZ, neboť podle § 17 odst. 3 EZ ustanovení tohoto zákona, tedy

1 Viz k tomu Usnesení ÚS, sp.zn. II. ÚS 150/04, usnesení ÚS, sp. zn. IV. ÚS 112/04

i ust. § 4, vztahující se na exekutora, platí také pro exekutorského kandidáta, jestliže vykonává úřad exekutora jako zástupce exekutora. Jak dosud dovozuje nejnovější Komentář, nelze jinak na zaměstnance exekutora při výkonu činnosti přenesené na ně exekutorem pohlížet jako na veřejné činitele. Exekutorský úřad je totiž ve smyslu § 1 spojen s exekutorem jako fyzickou osobou, která v rámci pověření úřadem vykonává zákonem svěřené činnosti. Přenesení těchto činností na další osoby je v mezích zákona tedy možné, avšak přenesení osobního statusu exekutora, a tedy i statutu veřejného činitele, možné není.[2] Výrazné je to zejména ve vztahu k tzv. dalším činnostem podle exekučního řádu, které nejsou nuceným výkonem exekučních titulů (např. poskytování právní pomoci, sepisování listin, přijímání peněz, listin do úschovy atd., které jsou vykonávány tzv. dalšími zaměstnanci exekutora).[3] Tento názor se dosud zdá být podporován i judikaturou, která dosud zaujímá stanovisko, že zejména tzv. další zaměstnanci exekutora veřejnými činiteli být nemohou.[4]

Nový trestní zákoník upravuje tuto problematiku v § 127, kde nově poskytuje definici tzv. úřední osoby, jejíž pojetí se podstatně neliší od pojmu veřejného činitele z předchozího trestního zákona. Výslovně ve výčtu je zde za úřední osobu považován také soudní exekutor při výkonu exekuční činnosti a při činnostech vykonávaných z pověření soudu nebo státního zástupce, pokud plní úkoly státu nebo společnosti a používá přitom svěřené pravomoci pro plnění těchto úkolů (podle dřívější úpravy postačovalo, že se podílel na plnění úkolů společnosti a státu, rozdíl však patrně nelze přeceňovat). K významným změnám však došlo novelizací zákona č. 120/2001 Sb. zákonem č. 286/2009 Sb., který nově upravil postavení zaměstnanců exekutora ve směru rozšíření jejich pravomocí. Důvodová zpráva k novele o důvodech rozšíření mlčí, je však možno se domnívat, že takto mělo být reagováno na názory, že exekutoři by se všech podstatnějších úkonů exekutorské činnosti i na místě samém měli věnovat osobně, což by mohlo mít fatální následky zejména pro fungování exekucí prodejem movitého a nemovitého majetku. Exekutorovi by se tak měly uvolnit ruce pro kvalitnější tvorbu těch nejzásadnějších rozhodnutí. V případě právních komplikací je exekutor povinen sdělit zaměstnanci závazný pokyn k vymezení dalšího postupu, popř. jeho postup dozorovat,ale není povinen tento postup sám provádět.[5]

---

2 Viz k tomu Kasíková, M., Kučera,Z.,Plášil,V.,Šimka,K.,Jirmanová,M.,Hubáček,J. Zákon o soudních exekutorech a exekuční činnosti (exekuční řád). Komentář. 1. vydání . Praha : C.H. Beck, 2007, str. 9

3 Viz k tomu Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. Díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha : C.H.Beck, 2004, str. 665

4 RNS, sp.zn. Tdo 478/2004, RNS 32/2006

5 op. cit. v pozn. č. 2, str. 60

Podle ust. § 5 novelizovaného EZ exekutor může zaměstnávat zaměstnance. Na základě písemného pověření uděleného exekutorem mohou jeho zaměstnanci vykonávat (již ne jen jednotlivé) úkony exekuční činnosti a další činnosti za podmínek a v rozsahu stanoveném tímto zákonem. Ve smyslu ust. §§ 19 až 27 lze pak vyčlenit následující čtyři typy zaměstnanců exekutora s rozdílným stupněm oprávnění:

Exekutorský koncipient. Exekutor může koncipienta písemně pověřit prováděním úkonů, které jsou předmětem exekuční činnosti nebo další činností. Exekutor však nemůže pověřit koncipienta k vydání exekučního příkazu. Koncipient nemůže vykonávat dražbu nemovitostí nebo podniku, vydávat rozhodnutí v exekuci prodejem nemovitostí nebo podniku ani zřizovat exekutorské zástavní právo (§ 21 EZ).

Exekutorský kandidát. Exekutor může kandidáta písemně pověřit prováděním dalších úkonů v exekuční nebo další činnosti (§ 25 EZ). Při zastupování exekutora ve smyslu § 16 a násl. EZ ustanovení tohoto zákona vztahující se na exekutora platí také pro exekutorského kandidáta, jestliže vykonává úřad exekutora jako zástupce exekutora (§ 17 odst. 3 EZ).

Vykonavatel exekutora. Nová úprava podstatně rozšířila oprávnění vykonavatele tak, že exekutor může vykonavatele exekutora písemně pověřit prováděním úkonů, které ve výkonu rozhodnutí podle občanského soudního řádu provádí provádí vykonavatel.[6](§ 27 odst. 1,2 EZ).

Další zaměstnanci exekutora. Exekutor je může pověřit prováděním jednoduchých úkonů, které jsou předmětem exekuční nebo další činnosti (§ 27 odst. 1,2 EZ). Jednoduchými úkony mohou být např. vedení rejstříků, vedení spisovny, zjišťování údajů z obchodního rejstříku, katastru nemovitostí, doručování písemností apod.

Pověření ve vztahu ke všem těmto kategoiím musí být písemné (sporné je u tzv. dalších zaměstnanců, kde písemné pověření vyžaduje stále § 5, ale ne již § 27 EZ). Toto zmocnění však může mít generální povahu ve vztahu k úkonům, které tito zaměstnanci vykonávají, a může být obsaženo např. v jednacím řádu exekutorského úřadu. Musí z něj být patrno, kterého zaměstnance se pověření týká, jaké úkony a v jakých spisech zahrnuje Vykonává-li více zaměstnanců stejný obsah práce, měl by pověření vztahující se ke konkretnímu zaměstnanci obsahovat každý spis nebo by měl být exekutorem stanoven písemný rozvrh založený na objektivních kriteriích, podle něhož by bylo určeno, který zaměstnanec bude úkony v konkretním spise provádět.[7]

---

6 Viz blíže § 265 odst. 2 a 3 občanského soudního řádu, § 46 a následující vyhlášky č. 37/1992 Sb. o jednacím řádu pro okresní a krajské soudy

7 Komentář, str. 60

Poněvadž jsou tedy zaměstnanci exekutora oprávněni k provádění úkonů v exekuční či jiné činnosti, vzniká zákonitě otázka, zda při provádění těchto úkonů, ke kterým jinak je samozřejmě oprávněn také samotný exekutor, požívají ochrany jako úřední osoby, zvláště když samotné ustanovení § 127 TrZ pojmu „při exekuční činnosti" používá a ochranu na něj váže. Zde je ovšem třeba poznamenat, že ani exekutorovi není takto poskytována ochrana při realizaci jakékoliv exekuční činnosti, ale pouze při té, při níž plní úkoly státu nebo společnosti a používá přitom svěřené pravomoci k plnění těchto úkolů, ne tedy např. při poskytování právní pomoci oprávněnému nebo povinnému, přijímání peněz nebo movitých věcí do úschovy podle §§ 74,75 EZ apod. Naproti tomu za výkon pravomoci nelze považovat jen samotné rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob, nýbrž postačí, je-li v pojmu pravomoci a v rozhodování obsažen prvek moci.[8]

Oprávnění zaměstnanců jsou od pravomoci exekutora odvozena, o to je otázka jejich ochrany jako úředních osob složitější. Již dříve bylo poukázáno na RNS sp. zn. Tdo 478/2004 a RNS sp. zn. 4 Tz 32/2006, která prakticky vylučovala založení statusu úřední osoby u vykonavatele a dalších zaměstnanců exekutora, přičemž k postavení exekutorského kandidáta a koncipienta se judikatura dosud nevyjádřila. Je třeba si však uvědomit, že postavení těchto zaměstnanců, zejména vykonavatele, se novelou dosti podstatně změnilo. Vykonavatel exekutora může být exekutorem pověřen celou škálou úkonů, které ve výkonu rozhodnutí podle občanského soudního řádu provádí soudní vykonavatel.

Podle § 265 odst. 2 občanského soudního řádu jednotlivé úkony při provádění výkonu rozhodnutí může činit zaměstnanec soudu (vykonavatel), stanoví-li tak zákon nebo zvláštní právní předpis. Takovým zvláštním předpisem je nepochybně vyhl. č. 37/1992 Sb. o jednacím řádu pro soudy, která ve svém ust. § 46 odst. 2 vypočítává úkony, které může soudní vykonavatel provádět. K těm úkonům, ve kterých je obsažen prvek rozhodování i moci, patří např. prodej movitých věcí při likvidaci dědictví soudem, úkony spojené s odnětím dítěte, prohlídka povinného a prohlídka jeho místností, skříní a jiných schránek, soupis movitých věcí, prodej movitých věcí které se rychle kazí mimo dražbu, zajištění sepsaných věcí, prodej sepsaných věcí v dražbě, vyklizení nemovitostí, odebrání movitých věcí a toho co k nim patří povinnému a jejich odevzdání oprávněnému, úkony spojené s realizací rozhodnutí prodejem movité věci atd.

Provádění těchto úkonů mnohdy nese v sobě prvky rozhodování i moci. Je možné přitom poukázat na R 49/2001, podle něhož soudní vykonavatel, který na podkladě pravomocného a vykonatelného exekučního usnesení provádí, případně hodlá bezprostředně provést soupis věcí povinného, je veřejným činitelem ve smyslu § 89 odst.9 tr. zákona. Z toho lze odvodit, že

8 Viz blíže R 16/1967-II a R 48/1972

jestliže může mít na základě zákona a pověření vykonavatel exekutora stejné oprávnění jako soudní vykonavatel, není důvodu mu postavení úřední osoby v takovém případě nepřiznat, poněvadž jinak by byl pro pracovníky se stejnými oprávněními zakotven rozdílný právní režim. Totéž by pak mělo platit i pro exekutorského kandidáta a koncipienta, jejichž oprávnění při výkonu exekučního rozhodnutí jsou vyšší než oprávnění exekutorského vykonavatele, a tato oprávnění také v sobě zahrnují.

Ve prospěch přiznání statusu úřední osoby těmto subjektům svědčí i další judikát, podle něhož může být veřejným činitelem i osoba, která nemá rozhodovací pravomoc, pokud by zabezpečovala výkon rozhodnutí státního orgánu, a to bez ohledu na to, zda se jedná o rozhodnutí věcně správné (R 11/1988). V daném případě se jednalo o zabezpečení výkonu státního orgánu příslušníkem Policie, ust. § 127 TrZ však klade soudního exekutora na roveň státního orgánu, nebylo by tedy vhodné odepírat ochranu osobě, která zabezpečuje výkon rozhodnutí soudního exekutora. Totéž by mělo platit např. pro pracovníka správního orgánu zajišťujícího výkon rozhodnutí, ale i pro zajišťování výkonu rozhodnutí osob, které jsou sice podnikateli, ale z hlediska § 127 jsou také považovány za úřední osoby a postaveny tedy na úroveň soudního exekutora, např. notář při provádění úkonů v řízení o dědictví jako soudní komisař podle § 127 odst. 1 písm. g) nebo finanční arbitr a jeho zástupce podle § 127 odst. 1 písm. h) TrZ (a to i za předpokladu, že by měly svůj vlastní výkonný aparát).

Od věci není ani úvaha o tom, že osoby realizující výkon rozhodnutí soudního exekutora by mohly požívat ochrany úřední osoby ve smyslu § 327 TrZ. Podle tohoto ustanovení se ochrana podle § 325 a 326 poskytuje též osobě, která vystoupila na podporu nebo ochranu úřední osoby. Lze snad uvažovat o aplikaci tohoto ustanovení v případě, kdy by dotčení zaměstnanci exekutora nebyli úředními osobami primárně, tedy obdrželi by tento statut teprve na základě splnění podmínek tohoto ustanovení. Není sporu o tom, že např. vykonavatel exekutora mu pomáhá plnit jeho úkoly, jedná-li podle zákona. Navíc na podporu úřední osoby může osoba požívající ochrany podle tohoto ustanovení, vystoupit i v její nepřítomnosti.[9] Nicméně přece jen se domníváme, že toto ustanovení v daných souvislostech nelze použít, neboť účelově má směřovat spíše na případy, kdy na podporu úřední osoby vystoupí osoby,které k této osobě nejsou v žádném pracovněprávním ani jiném vztahu, tedy občané, kteří se třeba jen náhodou ocitnou na místě výkonu exekuce, nemají zde žádné profesní úkoly apod.

Věc má i svou druhou stránku. Za situace, kdy by zaměstnanci soudního exekutora realizovali jeho rozhodnutí, tedy zasahovali zásadním způsobem zejména do majetkových práv povinného či do jeho domovní svobody, a neměli by postavení úřední osoby, mohlo by to znamenat i zbytečně

9 Viz opus cit. v pozn. č. 3, str. 995

sníženou ochranu povinného před těmito nesprávnými zásahy, neboť ani při flagrantních úmyslných protiprávních zásazích by tyto osoby nemohly být postiženy pro trestné činy podle § 329 a 330 TrZ. Hrozba takovým postihem by mohla mít značně pozitivní preventivní účinek. Je sice skutečností, že samotný soudní exekutor může nést odpovědnost za své zaměstnance, v trestním právu by však přicházela i v takových případech v úvahu zejména odpovědnost za nedbalostní trestný čin maření úkolu úřední osoby z nedbalosti podle § 330 TrZ (např. při zanedbání kontroly nad svými zaměstnanci, nepřesné vymezení jejich pravomocí, úkolů apod.).

Na základě všech uvedených důvodů se domníváme, že tato problematika by měla být upravena v zájmu odstranění nejasnosti přímo zákonem, nejlépe novelizací § 127 TrZ v tom smyslu, že úředními osobami by měly být i osoby, které zákonným způsobem zajišťují výkony rozhodnutí subjektů uvedených a vypočtených v těchto ustanoveních. Dosavadní stav je podle našeho názoru nejasný, vychází přitom z rozporné, neúplné a postupem času překonané judikatury a zavdává mnoho důvodů k pochybnostem. Týká se přitom zvláště citlivých životních situací, kde je přesná právní úprava zvláště důležitá. Navrhovaná úprava s přesnějším vymezením by tak mohla poskytnout právní jistotu i potřebnou ochranu všem účastníkům exekučních vztahů, případně i vztahů obdobných.

Contact – email
Josef.Kuchta@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

POROVNANIE VYBRANÝCH USTANOVENÍ VŠEOBECNÝCH ČASTÍ REKODIFIKOVANÝCH TRESTNÝCH ZÁKONOV ČR A SR

DARINA MAŠĽANYOVÁ

Právnická fakulta Trnavské univerzity v Trnavě

Abstract in original language
Autorka sa vo svojom príspevku zaoberá komparáciou vybraných ustanovení všeobecných častí trestných zákonov ČR a SR. Analyzuje jednotlivé ustanovenia a porovnáva ich s predchádzajúcou (pôvodne spoločnou) právnou úpravou. Upozorňuje na rozdiely, vyzdvihuje klady a hodnotí nedostatky jednotlivých prístupov. Svoje konštatovania konfrontuje s postupom rekodifikačných prác.

Key words in original language
Rekodifikácia; Trestný zákon; Komparácia; Ustanovenie; Zásada zákonnosti; Zákaz retroaktivity; Predmet zákona; Pôsobnosť trestných zákonov; Trestný čin; Zavinenie; Omyl skutkový a právny; Vývojové štádiá trestného činu; Páchateľ; Spolupáchateľ; Účastník; Vek; Príčetnosť.

Abstract
The author in her article deals with comparison of selected articles from general parts of Criminal Codes Czech Republic and Slovak Republic. She analysis individual articles and compares them with former legal regulations (primarily common). She draws attention to differences, highlights positives and evaluates negatives of individualizations. She confronts her ascertainments with proceeding of re-codification.

Key words
Re-codification; Criminal Code; Comparison; Article; Legality principle; Prohibition of retroactivity; Object of the Code; Jurisdiction of Criminal Codes; Criminal act; Cause; Error of deed and legal; Evolutional stages of the crime, Offender, Accomplice, Abettor, Age, Sane.

Tento príspevok je spracovaný ako voľné pokračovanie vystúpenia na Medzinárodnej vedeckej konferencii – Olomoucké právnické dny, ktorá sa konala 21. a 22. V. 2009. Napriek tomu, že spoločnou témou boli „Aktuálne otázky súdnictva v Českej republike a Európskej únii“ v sekcii trestného práva sa najviac pozornosti venovalo aktuálnym otázkam súvisiacim s rekodifikáciou trestného práva hmotného, teda novému českému trestnému zákonníku. Vystúpenie bolo spracované v spoluautorstve s JUDr. Andrejom Zacharom pod názvom „Komparácia vybraných ustanovení zák. č. 40/2009 Sb. s Trestným zákonom č. 300/2005 Z.z. v znení neskorších predpisov“.

V uvedenom príspevku sme sa zamerali na úvodné ustanovenia § 1 – 21 českého trestného zákonníka.[1]

V rámci dnešného podujatia sa kontinuálne budem venovať nasledujúcim ustanoveniam uvedeným vo 4. diele, II. hlavy všeobecnej časti nového českého trestného zákonníka. Názov štvrtého dielu je „Páchateľ, spolupáchateľ a účastník trestného činu“. V slovenskej úprave je zmienená problematika obsiahnutá v identicky nazvanom 2. oddiele, druhého dielu, I. hlavy všeobecnej časti Trestného zákona nazvanej Pôsobnosť zákona a základy trestnej zodpovednosti, konkrétne v § 19 – 21. Kým slovenská úprava[2] je takmer rovnaká s predchádzajúcou a so súčasnou českou, tak v rekodifikovanom trestnom zákonníku došlo k novému, povedala by som výstižnejšiemu vyjadreniu pojmu páchateľ. Charakterizuje ho ako osobu, ktorá svojím konaním naplnila znaky skutkovej podstaty trestného činu alebo jeho pokusu, či prípravy, ak je trestná. Z uvedeného je evidentné, že o páchateľa ide nielen v prípade dokonaného trestného činu, ale aj jeho pokusu či prípravy, ak je trestná. Aj keď v slovenskej i súčasnej českej úprave je výklad pojmu páchateľ rovnaký, v novej českej úprave to zákonodarca v § 22 ods. 1 expressis verbis uvádza. Keďže za páchateľa trestného činu považujeme i osobu, ktorú v zmysle trestného zákona kvalifikujeme ako spolupáchateľa, či účastníka, je nová česká definícia výstižnejšia.

Kým v slovenskej právnej úprave je v druhom odseku vymedzenia pojmu páchateľ uvedené, že páchateľom trestného činu môže byť fyzická osoba, česká úprava je podstatne obsiahlejšia. Slovné spojenie „môže byť fyzická osoba“ vytvára priestor pre eventuálne zavedenie trestnej zodpovednosti právnických osôb. Inak by tá formulácia nemala mať fakultatívny charakter. Pokiaľ zákonodarca pripúšťa, že to môže byť fyzická osoba, nevylučuje tým osobu inú, ktorou by mohla v budúcnosti byť osoba právnická. Tejto otázke však nevenujem náležitú pozornosť, nakoľko si zasluhuje podstatne širší priestor. Spomínaný § 22 v ods. 2 novej českej úpravy rieši otázku nepriameho páchateľstva, ktorá bola, a v súčasnosti je, v slovenských podmienkach riešená teóriou trestného práva a nie samotnou zákonnou úpravou. V praxi totiž nie zriedkavo dochádza k páchaniu trestných činov za použitia tzv. živého nástroja v rukách páchateľa, t. j. prostredníctvom trestne nezodpovedných osôb z hľadiska veku či nepríčetnosti, ale tiež použitím zvierat. Avšak z nového prístupu k chápaniu pojmu vec v zmysle § 130 odsek 1 slovenskej úpravy, ku ktorej došlo rekodifikáciou, sa vecou na účely trestného zákona rozumie aj zviera. Tým by uvedené konanie malo charakter trestného činu spáchaného so zbraňou v zmysle § 122 ods. 3, kde sa o. i. uvádza, že sa ňou rozumie „každá vec“, ktorou možno urobiť útok

[1] Bližšie pozri In: Jelínek, J. (ed.): O novém trestním zákoníku. Sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny. Praha: Leges, 2009, s. 131 - 137.

[2] Páchateľom trestného činu je ten, kto trestný čin spáchal sám. (§ 19 ods. 1), (§ 9 ods. 1 súčasnej českej úpravy).

proti telu dôraznejším. V predchádzajúcej právnej úprave sa namiesto slova „vec“ používal termín „čokoľvek“, čím možno urobiť útok proti telu dôraznejším.[3] Nová česká úprava sa o danom probléme zmieňuje oveľa podrobnejšie a uvádza, že páchateľom trestného činu je aj ten, kto na vykonanie činu použil inú osobu, čím sa vyhol slovnému spojeniu nepriamy páchateľ, ktoré by mohlo vyvolávať nesprávne predstavy o ňom, prípadne chybné úvahy o trestnej súčinnosti. Okrem tradičných otázok nedostatku veku, nepríčetnosti a omylu, výslovne uvádza konanie v nutnej obrane, krajnej núdzi, či za inej okolnosti vylučujúcej protiprávnosť, alebo ak osoba sama nekonala alebo nekonala zavinene. Ďalej stanovuje, že páchateľom trestného činu je i ten, kto na vykonanie činu použil takú osobu, ktorá nekonala vo zvláštnom úmysle či z pohnútky predpokladanej zákonom; v týchto prípadoch nie je vylúčená trestná zodpovednosť za iný trestný čin, ktorý týmto konaním spáchala.

Pri vymedzení spolupáchateľstva sa rekodifikované úpravy líšia tým, že v českej sa priamo v definícii zdôrazňuje „úmyselné“ spoločné konanie…Uvedenie formy zavinenia priamo v príslušnom ustanovení možno pozitívne hodnotiť. Aj keď v súčasnej českej a slovenskej úprave sa forma zavinenia dôvodí teoreticky, nie konkrétnym zákonným vyjadrením.

Pokiaľ ide o účastníka, považujem za správne, že v novej českej úprave sa návodca nedefinuje tým spôsobom, že naviedol iného na spáchanie trestného činu, ale tak, ako to prezentuje teória trestného práva, že vzbudil v inom rozhodnutie spáchať trestný čin. Modifikovaným spôsobom je tiež upravený pomocník, čím sa česká úprava vyhla tautologickej definícii tým, že upúšťa od takej charakteristiky akou je skutočnosť, že návodca naviedol či pomocník poskytol pomoc. Podľa novej českej úpravy pomocník umožnil alebo uľahčil inému spáchanie trestného činu, potom nasledujú tradičné spôsoby poskytnutia pomoci doposiaľ vyjadrené v zákone, rozšírené o typické konania doposiaľ v zákone nevyjadrené, akými sú „vylákanie poškodeného na miesto činu, či stráženie pri čine. Ďalšou odlišnosťou rekodifikovaných úprav je skutočnosť, že súčasťou slovenskej je zavedenie dovtedy netradičnej formy účastníctva, akou je objednávateľstvo, ktoré spočíva v požiadaní iného, aby spáchal trestný čin. V dôvodovej správe sa k jej zavedeniu uvádza, že vzhľadom na vývoj kriminality, kedy dochádza k častému páchaniu trestnej činnosti tzv. na objednávku, sa na túto skutočnosť reagovalo aj v Trestnom zákone, kde bol popri návodcovi osobitne definovaný aj ďalší účastník na dokonanom trestnom čine alebo jeho pokuse, a to objednávateľ. Nejde tu o typické navedenie na spáchanie trestného činu, pretože nájomní páchatelia trestných činov sú už vopred ochotní tieto spáchať a objednávateľ len prakticky konkretizuje predmet útoku.[4] Druhé odseky sa pri účastníkovi líšia len tým, že v novej českej

[3] Zák. č. 140/1961 Zb. v znení neskorších predpisov.

[4] Dôvodová správa k návrhu nového Trestného zákona v zmysle uznesenia vlády SR č. 385 z 31. V. 2000. II. Osobitná časť. K § 17 -19.

úprave sa k trestnej zodpovednosti doplnila aj trestnosť účastníka. Tým slovenská zákonná úprava končí, a v rekodifikovanej českej nasledujú tri nové odseky, riešiace zánik trestnej zodpovednosti účastníka. Tretí odsek je analogický zániku trestnosti prípravy, či pokusu trestného činu, a v súčasnosti sa rieši v rámci analógie v prospech páchateľa. Štvrtý odsek uvádza prípady zániku trestnej zodpovednosti ak sa na čine zúčastní viacero osôb, a konania, ktoré má za následok zánik trestnej zodpovednosti sa dopustil len niektorý z účastníkov, pričom čin bol spáchaný ostatnými páchateľmi nezávisle na jeho predchádzajúcom prispení k činu alebo napriek jeho včasnému oznámeniu. Ide tu o analogickú úpravu novo koncipovaných štvrtých odsekov pri vývinových štádiách trestného činu. V piatom odseku sa rieši kvalifikované účastníctvo, v doterajšom duchu kvalifikovanej prípravy či pokusu trestného činu.

V § 25 zák. č. 40/2009 Sb. je stanovený vek. Z hľadiska štruktúry rekodifikovaných trestných zákonov sú vek a nepríčetnosť v slovenskej úprave výlučne zakomponované v 3. oddiele, druhého dielu, prvej hlavy všeobecnej časti Trestného zákona nazvanom „Okolnosti vylučujúce trestnú zodpovednosť“. Čo sa týka prvých odsekov stanovujúcich vekovú hranicu trestnej zodpovednosti boli takmer identické. Slovenská úprava sa líši tým, že výstižne uvádza, že ide o „čin inak trestný“, kým v českej úprave sa uvádza slovo čin, čo považujem za menej presné. Na tomto mieste si však dovolím poznámku, ktorú som adresovala aj slovenskej právnej úprave, a síce, že kým rekodifikovaný Trestný zákon nadobudol účinnosť, stačili ho koncom roku novelizovať. Český rekodifikovaný trestný zákon zaznamenal rovnaký postup, avšak v tak závažnej záležitosti akou je veková hranica trestnej zodpovednosti. V pôvodnom zákone č. 40/2009 Sb. bola stanovená veková hranica pre trestnú zodpovednosť rovnako ako v slovenskej úprave, t. j. 14 rokov, avšak zákonom č. 306/2009 Sb. došlo k navráteniu sa k pôvodnej vekovej hranici trestnej zodpovednosti. Tým česká úprava vo vzťahu k veku končí a slovenská úprava má aj odsek druhý, ktorý odlišne stanovuje vekovú hranicu pre trestnú zodpovednosť za spáchanie trestného činu sexuálneho zneužívania podľa § 201. Pôvodná česká rekodifikovaná úprava takúto výnimku vekovej hranice trestnej zodpovednosti nepotrebovala, nakoľko to kulantne vyriešila tým spôsobom, že posunula vekovú hranicu hmotného predmetu útoku pri trestnom čine pohlavného zneužitia podľa § 187 formuláciou „s dieťaťom mladším ako 14 rokov“. Naproti tomu je slovenská úprava formulovaná v intenciách predchádzajúcej, t. j. „s osobou mladšou ako 15 rokov“. K tejto vekovej hranici sa česká úprava uvedenou novelou vrátila, čo vlastne potvrdzuje správnosť úvah smerujúcich k zníženiu vekovej hranice pri trestnom čine pohlavného zneužitia. Tento postup vidím ako vhodný aj pre slovenskú právnu úpravu z toho dôvodu, aby neexistovala výnimka vekovej hranice trestnej zodpovednosti pre jeden trestný čin. Teda zníženie vekovej hranice hmotného predmetu útoku pri trestnom čine sexuálneho zneužívania podľa §

201 Trestného zákona. Domnievam sa, že by to bol v rámci najbližšej novely slovenského rekodifikovaného Trestného zákona pozitívny posun.

Vymedzenie pojmu nepríčetnosť sa v rekodifikovaných úpravách líši tým, o čom som sa už zmienila pri komparácii veku, a síce formuláciou „čin inak trestný“, čo v praxi nezvádza k tomu, aby sa o nepríčetnosti hovorilo v čase spáchania trestného činu a nie „činu“ ako sa uvádza v českom zákone. Druhá odlišnosť spočíva v tom, že na záver definície nepríčetnosti sa v slovenskej úprave uvádza: „…ak tento zákon neustanovuje inak.“. Uvedenou formuláciou mal zákonodarca zrejme na mysli ustanovenie § 363 s názvom Opilstvo, v ktorom ide o tzv. Rauschdelikt. Týmto ustanovením sa naše trestné právo vrátilo k právnej úprave tzv. kvázideliktu. Ide o abstraktný ohrozovací delikt a ohrozenie spočíva v tom, že sa páchateľ požitím alebo aplikáciou návykovej látky privedie do stavu nepríčetnosti.[5] Významný rozdiel v porovnávaných úpravách spočíva aj v tom, že nová česká úprava vo výkladových ustanoveniach[6] v § 123 definuje duševnú poruchu.

V českej úprave treba opäť vyzdvihnúť fakt, že hneď za nepríčetnosťou je definovaný stav zmenšenej príčetnosti, čo súčasná právna úprava postráda. Tento pojem je vykladaný teóriou trestného práva a definícia uvedená v § 27 zák. č. 40/2009 Sb. je vlastne jej zákonným vyjadrením.

V oboch rekodifikovaných zákonoch za touto problematikou nasledujú okolnosti vylučujúce protiprávnosť. V slovenskej úprave sú zahrnuté vo 4. oddiele[7], v českej úprave v samostatnej III. hlave. Na rozdiel od predchádzajúcej úpravy začínajú krajnou núdzou. Kým slovenský Trestný zákon uvádza 7 okolností vylučujúcich protiprávnosť, v českom ich je 5. Krajná núdza je vymedzená analogickým spôsobom. Odseky prvé sú identické, rozdiel je v odsekoch druhých. Aj keď sa javia ako podobné, slovenská úprava urobila významnú zmenu pri uplatňovaní zásady proporcionality v tom, že nepripúšťa krajnú núdzu len v prípade, ak spôsobený následok je zjavne závažnejší ako ten, ktorý hrozil, kým v českej úprave nedošlo k takémuto posunu oproti predchádzajúcej úprave, ktorá nepripúšťa krajnú núdzu ani v prípade, že následok je zrejme rovnako závažný. Keďže to nebolo v Návrhu zákona[8] a dôvodová správa uvádza niečo úplne iné, nie som si istá, či tento posun v slovenskej úprave bol cielený, alebo spôsobený nedopatrením. Dalo by sa vychádzať z uvedeného

[5] Por.: Ivor, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Osobitná časť 2. Bratislava: IURA EDITION, 2006, s. 411.

[6] VIII. hlava všeobecnej časti trestného zákonníka

[7] 2. dielu - Základy trestnej zodpovednosti, I. hlavy Všeobecnej časti Trestného zákona

[8] Návrh slovenského rekodifikovaného Trestného zákona z roku 2002 s predpokladanou účinnosťou od 1. I. 2004.

Návrhu zákona, ktorý v odseku 2 ospravedlňoval prekročenie hraníc uvedených v odseku 3, ak konal v silnom rozrušení spôsobenom charakterom nebezpečenstva, ktoré u neho viedlo k zmätku, strachu alebo ľaku. Či vypustenie týchto ospravedlňujúcich dôvodov nemalo za následok vypustenie spôsobenia zrejme rovnako závažného následku. Tento posun môže v praxi spôsobiť isté disproporcie, ako napríklad obetovať život iného pre záchranu vlastného života, čo bolo v predchádzajúcom prístupe vylúčené.

Pokiaľ ide o nutnú obranu, v ČR sa táto obsahove nezmenila, došlo len k formálnej zmene spočívajúcej v pôvodnom vyjadrení rozdelenom do dvoch odsekov, a síce, kedy ide o nutnú obranu (odsek prvý), a v odseku druhom, kedy o ňu nejde. Slovenská úprava sa nechala inšpirovať zahraničnými vzormi a jej dnešná podoba je nasledovná: za tradičným vylúčením nutnej obrany, ako ju poznali obe naše úpravy, bolo rekodifikáciou doplnené „najmä k jeho spôsobu, miestu a času, okolnostiam vzťahujúcim sa k osobe útočníka alebo k osobe obrancu. V slovenskej úprave pribudli ďalšie dva odseky. V treťom odseku sa uvádza: „ten, kto odvracia útok spôsobom uvedeným v odseku 2, nebude trestne zodpovedný, ak konal v silnom rozrušení spôsobenom útokom, najmä v dôsledku zmätku, strachu alebo zľaknutia. Odsek 4. potom rieši konanie v omyle. „Ak sa niekto vzhľadom na okolnosti prípadu mylne domnieva, že útok hrozí, nevylučuje to trestnú zodpovednosť za čin spáchaný z nedbanlivosti, ak omyl spočíva v nedbanlivosti.

Za týmito tradičnými okolnosťami vylučujúcimi protiprávnosť nastupuje v českej úprave v § 30 svolení poškozeného. V slovenskej úprave je to klasicky oprávnené použitie zbrane, a súhlas poškodeného je uvedený ako predposledná okolnosť vylučujúca protiprávnosť pred plnením úlohy agenta, ktorú česká úprava nepozná[9]. Súhlas poškodeného je okolnosťou, ktorá je vyjadrená v našich úpravách odlišne. Aj keď sa prvé odseky navzájom líšia, napriek tomu sú dostatočne výstižné. To, čo zákonodarca zdôrazňuje v odseku prvom slovenskej úpravy, česká rieši o odseku treťom v súvislosti s lekárskym zákrokom. Pozitívum slovenskej úpravy spočíva v tom, že zachováva istý modus operandi pri štruktúre okolností vylučujúcich protiprávnosť, t. j. v odseku 2 uvádza kedy nejde o súhlas poškodeného ako okolnosť vylučujúcu protiprávnosť. Česká úprava sa v odseku 2 dala cestou pozitívneho vymedzenia podmienok tejto okolnosti tým, že stanovuje obligatórne náležitosti potrebné na splnenie podmienok beztrestnosti uvedeného konania. Komparáciou stanovených podmienok dospejeme k záveru, že česká úprava zostala na pozíciách niekdajšieho teoretického vymedzenia tejto okolnosti, kým sa nestala súčasťou zákonného vyjadrenia. Týka sa to času, kedy možno takýto súhlas udeliť.

[9] Česká rekodifikovaná úprava zakotvuje Beztrestnosť agenta v osobitnej časti trestného zákonníka v § 363, ktorý je zakomponovaný do 7. dielu – Organizovaná zločinecká skupina, X. hlavy – Trestné činy proti poriadku vo veciach verejných.

Česká úprava pripúšťa možnosť udelenia súhlasu aj súčasne s konaním osoby páchajúcej čin inak trestný, od čoho slovenská úprava upustila a mohlo by to mať veľmi dramatický priebeh napr. pri znásilnení. Ďalšie odlišnosti v druhých odsekoch spočívajú v tom, že v slovenskej úprave sa vyžaduje aby bol súhlas vážny a dobrovoľný. V českej úprave sa okrem týchto dvoch požiadaviek vyžaduje aj určitosť a zrozumiteľnosť. Kým v slovenskej úprave nesmie byť v súvislosti s ním spáchaný iný trestný čin, česká úprava pripúšťa udelenie súhlasu aj po spáchaní činu ak páchateľ mohol odôvodnene predpokladať, že osoba uvedená v odseku 1 by tento súhlas inak udelila. V slovenskej úprave možno podľa odseku 3 vylúčiť túto okolnosť, ak podľa skutkovej podstaty trestného činu má byť čin trestný aj vtedy, keď bol daný súhlas poškodeného podľa odseku 1. Česká úprava rieši v odseku 3 lekársky zákrok, opäť vychádzajúci z jeho teoretického výkladu a zdôrazňuje aspekty uvedené v odseku 1 slovenskej úpravy, a síce bezvýznamnosť súhlasu k ublíženiu na zdraví, či usmrteniu.

V § 31 českej úpravy je zakotvené prípustné riziko, v slovenskej je táto okolnosť označovaná ako dovolené riziko a uvedená je v § 27 za oprávneným použitím zbrane. Uvedené okolnosti sú upravené podobne, nie však identicky. Kým prípustné riziko je v trestnom zákonníku definované všeobecne tak, aby sa táto okolnosť vylučujúca protiprávnosť mohla uplatniť v rôznych odboroch ľudskej činnosti, kde je potrebné robiť dôležité rozhodnutia (tzv. riziko vo výrobe a výskume, lekárske riziko, hospodárske riziko, obchodné riziko). Tak v slovenskej úprave je dovolené riziko obmedzené len na činnosť v oblasti výroby a výskumu.[10] Naproti tomu sa v učebnici trestného práva hmotného[11] k dovolenému riziku uvádza, že pôjde o riziko vo výrobe a riziko vo výskume, najmä o lekárske riziko, obchodné alebo podnikateľské riziko o skúšanie nových materiálov, využívanie a výskum nových energetických zdrojov (napr. využitie atómovej energie), skúšanie technických a technologických zariadení alebo nových technologických postupov, výskum vesmíru a pod.

Poslednou okolnosťou vylučujúcou protiprávnosť je podľa českej úpravy oprávnené použitie zbrane vyjadrené v § 32 veľmi stručne: „Trestný čin nespácha, kto použije zbraň v medziach stanovených iným právnym predpisom.“ Podľa slovenského Trestného zákona táto okolnosť je zaradená za nutnou obranou v § 26. V odseku 1 tiež veľmi stručne uvádza: „Použitie zbrane v súlade so zákonom nie je trestným činom.“ Nesplnenie všetkých podmienok oprávneného použitia zbrane môže byť poľahčujúcou okolnosťou podľa § 36 písm. i/. Zaujímavé diskusie už pri návrhu vyvolával dnešný odsek 2, ktorý zďaleka nie je taký stručný, a je prinajmenšom polemický, ak nie bezvýznamný, či nadbytočný. Ide tu o osobitný prípad

[10] Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné.1. vydání. Praha: Leges, 2009, s. 259.

[11] Ivor, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť 1. Bratislava: IURA EDITION, 2006, s.180.

oprávneného použitia zbrane, ktorý nesúvisí s plnením úloh príslušníkov ozbrojených zložiek, a to jej použitie proti inému vo svojom obydlí na ochranu života, zdravia alebo majetku. Odsek 2 teda znie: „Za použitie zbrane v súlade so zákonom sa považuje aj jej použitie proti inému vo svojom obydlí na ochranu života, zdravia alebo majetku, ak osoba do obydlia neoprávnene vnikne alebo v ňom neoprávnene zotrvá a nejde o nutnú obranu. To neplatí, ak bola pritom inému úmyselne spôsobená smrť.“ Ide o prípad, ak osobe v jej obydlí ešte bezprostredne nehrozí útok zo strany cudzej osoby zameraný proti jej životu, zdraviu alebo majetku, ale z neoprávneného vniknutia cudzej osoby do obydlia inej osoby alebo z neoprávneného zotrvania cudzej osoby v obydlí inej osoby vyplýva hrozba pre život, zdravie alebo majetok osoby v jej obydlí. Na naplnenie zákonných podmienok použitia zbrane v súlade so zákonom v obydlí sa vyžaduje, aby išlo o zbraň v technickom slova zmysle, teda to, čo sa podľa jednotlivých zákonov považuje za zbraň, a aby išlo o zbraň v legálnej držbe, buď podľa príslušných ustanovení uvedených zákonov upravujúcich činnosť ozbrojených síl, ozbrojených zborov alebo iných právnických či fyzických osôb, alebo podľa príslušných ustanovení špeciálneho zákona, teda zákona o strelných zbraniach a strelive.[12]

Okolnosti vylučujúce protiprávnosť, ktoré český trestný zákonník neuvádza, a v slovenskej úprave boli už pred rekodifikáciou sú Výkon práva a povinnosti (§ 28) a Plnenie úlohy agenta (§ 30). Uvedeným okolnostiam však v tomto príspevku nebudem venovať náležitú pozornosť, nakoľko nie sú predmetom úpravy nového českého trestného zákonníka a vyžadovali by si oveľa väčší priestor ako poskytuje prezentovaná komparácia.

Literature:

- Ivor, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť 1. Bratislava: IURA EDITION, 2006, 530 s., ISBN 80-8078-099-4
- Ivor, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Osobitná časť 2. Bratislava: IURA EDITION, 2006, 607 s., ISBN 80-8078-099-4
- Jelínek, J. a kol.: Trestní právo hmotné. 1. vydání. Praha: Leges, 2009, 896 s., ISBN 978-80-87212-24-0
- Jelínek, J. (ed.): O novém trestním zákoníku. Sborník z mezinárodní vědecké konference Olomoucké právnické dny. Praha: Leges, 2009, 224 s., ISBN 978-80-87212-21-9

[12] Tamtiež s. 177 – 178.

- Kratochvíl, V. a kol.: Kurs trestního práva. Trestní právo hmotné. Obecná část. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, 834 s., ISBN 978-80-7400-042-3
- Polák, P., Hulmánková, J., Kybic, P., Stočesová, S.: Praktikum z trestního práva hmotného. Obecná část. Skripta. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009, 92 s., ISBN 978-80-7400-161-1
- Zákon č. 140/1961 Zb. v znení neskorších predpisov
- Návrh slovenského rekodifikovaného Trestného zákona z roku 2002 s predpokladanou účinnosťou od 1. I. 2004
- Dôvodová správa k návrhu nového Trestného zákona v zmysle uznesenia vlády SR č. 385 z 31. V. 2000
- Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 40/2009 Sb. trestní zákoník. Částka 11. Rozeslána dne 9. února 2009
- TZ 158. Nový trestní zákoník, trestní řád, přestupky. Texty zákonú. Praha: C. H. Beck, Právní stav ke dni 1. I. 2010.

Contact – email
darina.maslanyova@truni.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

STALKING

JANA NAVRÁTILOVÁ

Fakulta právnická, Karlova Univerzita

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o jevu - stalkingu, který je nejprve charakterizován, poté se článek věnuje historickým souvislostem. Tento jev byl nejprve zkoumán v rámci psychiatrie a až později v souvislosti s kriminalitou. Autorka se zabývá typy pronásledovatelů, dosavadní právní úpravou a možnostmi obrany dle dosud účinného trestního zákona. Závěr pojednává o nové skutkové podstatě v trestním zákoníku, nebezpečném pronásledování, které by mělo postihovat nejzávažnější projevy stalkingu.

Key words in original language
Stalking.

Abstract
The report deals with a phenomenon - the stalking, which is firstly described, then the article is devoted to the historical contexts. This phenomenon was initially examined within the frame of psychiatry and afterwards in connection with criminality. An authoress is considering the types of the pursuers, the present legal regulation, possibilities of a defence according to the still effectual CL. The conclusion deals with the new merit in the CC, the Dangerous Pursuit, which should affect the most important demonstrations of stalking

Key words
Stalking.

1. STALKING NEBOLI PRONÁSLEDOVÁNÍ

1.1 CO JE TO STALKING?

Výraz stalking pochází z anglické lovecké terminologie a znamená uštvat kořist. Hlavním znakem stalkingu je obsesivní fixace známého nebo neznámého pachatele na určitou osobu, kterou pak obtěžuje systematicky a úporně nevyžádanou a nechtěnou pozorností. [1]Jedná se zejména o obtěžování ve formě telefonování, emailování, zasílání SMS zpráv, postávání v blízkosti oběti a její sledování. To může gradovat až k fyzickému násilí, které se nejdříve projevuje poškozováním a ničením věcí ve vlastnictví oběti. Časté jsou také útoky proti zvířecím mazlíčkům. Nakonec pronásledovatel fyzicky napadá i oběť či její blízké. Pokud

[1] *ČÍRTKOVÁ, L. Forenzní psychologie. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o. 225 S.*

k pronásledování dochází elektronickou formou, používá se pro toto jednání označení „cyberstalking“. Jedná se o zneužívání online komunikace k nabízení nevyžádaných služeb a věcí, virtuální pronásledování, obtěžování a zastrašování přes internet, ke kterému dochází například v chatovacích místnostech nebo skrz zasílání spamů nebo virů.[2] Podle statistik se v případech, kdy došlo k pronásledování, vyskytovalo předtím ve čtyřiceti až osmdesáti procentech také domácí násilí.

Stalking vždy zahrnuje porušování privátní sféry života oběti. Za typické projevy nebezpečného pronásledování lze označit zejména následující vzorce chování:

- opakované a pro oběť skličující pokusy o kontakt cestou dopisů, telefonátů, mailů, SMS, zasílání drobných předmětů apod.

- demonstrování moci v podobě přímých nebo nepřímých výhrůžek, které u normální, „rozumné“ osoby vzbuzují oprávněný strach a obavy

- ničení věcí[3]

1.2 HISTORICKÝ EXKURZ

Ačkoliv je stalking považován za relativně moderní fenomén, na půdě psychiatrie je tento jev znám již poměrně dlouho. Již v 18. století se psychiatr Pinel a pak jeho žák Esquirol zabývali jevem nazývaným erotomanie (tj. patologická vazba na jinou osobu projevující se alespoň zpočátku jako umanutý obdiv či erotická náklonnost) a dávali jí do volné souvislosti s jinými monomaniemi, jako je pyromanie, kleptomanie atd. Ve dvacátém století se pak tomuto jevu věnovali další psychiatři. Známým je dobový případ jisté Francouzky, která žila v přesvědčení, že jí miluje anglický král Jiří IV. Potulovala se v okolí Buckinghamského paláce a jakýkoliv drobný podnět (např. záchvěv závěsů v okně) interpretovala jako projev lásky jejího idolu k ní. Francouzský psychiatr De Clérambault jako první upozornil na to, že motivem tohoto jednání vůbec nemusí být nezpracované láska, sexualita či erotika. Větší váhu přikládal pýše, pocitu mimořádnosti sebe sama a narušení kontaktu s realitou. V druhé polovině dvacátého století pak dochází ke změně názorů. Z ryze psychiatrického problému se „umanuté obtěžování druhé osoby nevyžádanou pozorností“

---

[2] *MĚSÍČKOVÁ, L., GŘIVNA, T.* Stalking a jeho právní výklad. *Dostupné z: <http>//cms.e-bezpeci.cz*>.

[3] *ČÍRTKOVÁ, L.* Psychologické poznatky k nebezpečnostnosti pronásledování (stalking). *Kriminalistika - čtvrtletník pro kriminalistickou teorii a praxi č. 4/2004*

pozvolna stává problémem pro vědní obory s těsnou vazbou na kriminalitu. Nejznámějším se pak v tomto období stal případ J. W. Hinckleyho, který dne 30. 3. 1981 podnikl atentát na prezidenta R. Reagana. Ke své motivaci uvedl, že chtěl imponovat herečku Jodie Fosterovou a získat tak její přízeň. Až vražda mladé herečky R. Schaefferové, kterou ve dveřích jejího domu zastřelil obsesivní obdivovatel, vedla v roce 1990 v USA ke vzniku prvního policejního útvaru specializujícího se na nebezpečné pronásledování a vyhrožování.[4]

1.3 ZÁKLADNÍ TYPY PRONÁSLEDOVATELŮ A JEJICH CHARAKTERISTIKA

Kriminologie dělí pronásledování do několika kategorií dle typu pachatele a jeho vztahu k oběti. Od této typologie se pak odvíjí i posouzení nebezpečnosti ze strany policie a zvažuje se následný postup. Ve Velké Británii uplatňuje policie členění do čtyř základních typů, a to:

- pronásledování expartnerem – jedná se o 50 % všech případů pronásledování. V anamnéze vztahu lze obvykle zjistit domácí násilí, pachatelé jsou vedeni negativními emocemi, ale dovedou při pronásledování uplatnit chladnou hlavu. U těchto případů je značné riziko fyzického násilí a ničení věcí. Výhrůžky oběti je třeba brát velmi vážně a doporučuje se eliminovat jakýkoliv kontakt mezi obětí a ohrožovatelem.

- pronásledování umanutým obdivovatelem – vyskytuje se zhruba v 18 % případů. Podle věku se dále rozlišují dva podtypy obdivovatelů: mladý obdivovatel a obdivovatel středního věku. Oběť pronásledování je v tomto případě spíše „idolem“, pronásledovatel sice usiluje o kontakt s idolem, nebývá zde však přítomno zvýšené riziko fyzické agrese.

- fixovaný pronásledovatel s psychickými poruchami – tento typ se vyskytuje v 20 % všech případů. Opět rozlišujeme dva podtypy, tentokrát dle nebezpečnosti. Méně nebezpečný fixovaný pronásledovatel se zaměřuje zejména na ženy, se kterými přichází profesně do kontaktu. Má blízko k poruchám osobnosti a chování. Jen zřídka se však uchyluje k silným hrozbám. I v tomto případě se doporučuje absolutní přerušení kontaktů mezi obětí a pronásledovatelem. Druhý typ se pak vyznačuje závažnějším stupněm psychického narušení. V jeho anamnéze bývají časté sexuální nápadnosti i agresivní projevy. Typické oběti jsou ženy či muži s vyšším sociálním statusem. Obětem se v těchto případech doporučuje eliminovat jakýkoliv kontakt s pronásledovatelem.

---

[4] *ČÍRTKOVÁ, L. Forenzní psychologie. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o. 226-227 S.*

- sadistický pronásledovatel – zbývajících zhruba 12 % procent spadá na tento typ pronásledovatele. V těchto případech se vždy jedná o velmi vážnou situaci, jelikož pachatel vykazuje vysokou nebezpečnost a snaží se zcela kontrolovat život své oběti. Vůči oběti pak pronásledovatel střídá projevy násilnosti a laskavosti, takže oběť ztrácí schopnost orientovat se v situaci. Doporučuje se okamžitá izolace oběti od pronásledovatele. Často je i nutné utajovat pobyt oběti.[5]

1.4 MOŽNOSTI OBRANY DLE NAŠEHO PRÁVNÍHO ŘÁDU

Ačkoliv se stalking stal postupem času trestným činem v různých zemích Evropské unie, v trestním zákoně č. 140/1961 Sb. (dále jen „TZ“) bychom tento pojem hledali marně. Podle současné právní úpravy lze pronásledování řešit v rámci přestupkového řízení, a to tehdy, pokud toto jednání lze hodnotit jako přestupek proti občanskému soužití. Dle § 49 zákona č. 200/1990 Sb., o přestupcích, lze za úmyslné narušení občanského soužití vyhrožováním újmou na zdraví, drobným ublížením na zdraví, schválnostmi nebo jiným hrubým jednáním udělit pokutu do 3000 Kč. Pro oběť pronásledování je toto ovšem jen nepatrná satisfakce.

Není však ani vyloučené postihnout pachatele stalkingu dle některých ustanovení trestního zákona. V úvahu přichází odsouzení pronásledovatele za trestný čin násilí proti skupině obyvatelů a proti jednotlivci (§ 197a TZ), pomluvu (§ 206 TZ), omezování osobní svobody (§ 231 TZ), vydírání (§ 235 TZ), porušování domovní svobody (§ 238 TZ), a to za podmínek uvedených v těchto ustanovení. V případě, že dojde v důsledku stalkingu k újmě na zdraví nebo smrti, je možný též postih za ublížení na zdraví (§ 221, § 222 TZ) nebo za vraždu (§ 219 TZ).

Z výše uvedeného je patrná roztříštěnost a nepřehlednost úpravy postihu stalkingu v trestním zákoně. Některá jednání, kterých se pachatelé pronásledování dopouštějí, navíc ani nelze dle trestního zákona přímo postihnout (např. obtěžování oběti častým telefonováním, zasíláním SMS nebo emailů). V těchto případech může oběť využít na obranu prostředky práva občanského. Jednání pronásledovatele je totiž většinou zásahem do práva na ochranu osobnosti (§ 11 občanského zákoníku) a oběť se může formou žaloby domáhat, aby útočník upustil od zásahů do tohoto práva. Nabízí se také možnost využít institut předběžného opatření, který je upravený v § 76b odst. 1 písm. b) občanského soudního řádu. Podle tohoto ustanovení, je-li jednáním účastníka, proti kterému návrh směřuje, vážným způsobem ohrožen život, zdraví, svoboda nebo lidská důstojnost navrhovatele, může předseda senátu předběžným opatřením uložit účastníku, proti kterému návrh směřuje, aby se zdržel setkávání

---

[5] *ČÍRTKOVÁ, L.* Psychologické poznatky k nebezpečnostnosti pronásledování (stalking). *Kriminalistika - čtvrtletník pro kriminalistickou teorii a praxi č. 4/2004*

s navrhovatelem a navazování kontaktu s ním. Pokud by pronásledovatel porušil takto mu uložené předběžné opatření, mohl by se dopustit trestného činu maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání podle § 171 odst. 4 TZ. [6]

1.5 MEDIÁLNĚ ZNÁMÉ PŘÍPADY STALKINGU V ČR

Jak je uvedeno výše, existují tedy i dle současné právní úpravy možnosti, jak se bránit proti nebezpečnému pronásledování. Jelikož však mnohé z projevů pronásledování nenaplňují společenskou nebezpečnost trestného činu, nejsou orgány činné v trestním řízení v některých případech schopny popsané jednání postihnout a oběti pomoci. Otázkou tak zůstává, nakolik jsou pro oběti stalkingu prostředky, které jim právo v současné době na obranu nabízí, účinné. Vraždy dvou mladých žen spáchané jejich pronásledovateli, které se dostaly díky mediím do povědomí široké veřejnosti, poukazují spíš na potřebu jejich posílení

Asi nejznámější je v této souvislosti kauza Michaely Maličké, kterou v červenci roku 2007 zavraždil její bývalý kolega z práce. Na počátku chtěla mladá žena pouze pomoci svému novému kolegovi začlenit se do pracovního kolektivu. On si to však mylně vyložil jako navazování milostného vztahu a s jejím odmítnutím se pak nehodlal smířit. Následovaly dva roky, kdy svoji oběť pronásledoval a vyhrožoval jí. Nejprve jí posílal maily a dárky, když na to nereagovala, zuřil a poškodil jí auto. Svoji oběť sledoval prakticky čtyřiadvacet hodin sedm dní v týdnu. Po dvou strastiplných letech si na svou oběť počkal před domem a umlátil jí uříznutou větví. Pachatel byl sice již v listopadu 2006 odsouzen ke 200 hodinám veřejných prací za nebezpečné vyhrožování, trest ale nevykonal a měl jít proto na 125 dní do vězení, ještě než trest nastoupil, stačil však ženu zavraždit.

V dubnu 2008 pětadvacetiletou ženu zastřelil její bývalý přítel. Expartner neunesl jejich rozchod a začal ženu pronásledovat, neustále jí volat a psát SMS. Vše vyvrcholilo, když jí sledoval před nákupní centrum a po hádce tam ženu zastřelil. Policie pachatele sice vypátrala, než ho však stačila zadržet, střelil se do hlavy a na následky zranění později zemřel. Ani jedné ženě nepomohlo, že před oběma slídily hledaly pomoc u policie i v médiích. [7]

V některých dalších případech pronásledování bylo pro oběti přínosem, že stalking naplnil i znaky jiných trestných činů, jak to mu bylo například u

---

[6] *MĚSÍČKOVÁ, L., GŘIVNA T. Stalking a jaho právní výuka. Dostupné z: <http://cms.e-bezpeci.cz>*

[7] Google. *Google Inc., 2009. Dostupné na: <http>//www.tyden.cz>;* Google. *Google Inc., 2009. Dostupné na: <http://www.lidovky.cz>*

padesátiletého muže, který byl odsouzen okresním soudem v Kroměříži k dvouletému trestu vězení za vydírání s použitím zbraně a násilí proti jednotlivci, i když šlo o klasický případ stalkingu (svou oběť atakoval nechtěnými pozornostmi, textovými zprávami až nakonec nastoupily i výhrůžky). Dva roky vězení mu pak potvrdil i zlínský senát Krajského soudu v Brně a následně i Nejvyšší soud, který odmítl jeho dovolání. V Semilech pak byl jiný muž odsouzen k šestiměsíčnímu podmíněnému trestu za trestné činy násilí proti skupině obyvatelů a proti jednotlivci a vydírání. I v tomto případě jeho jednání naplňovalo znaky stalkingu, který však ještě české právo jako samostatný trestný čin neznalo. [8]

§ 354 trestního zákoníku nebezpečné pronásledování

Nejen v reakci na výše uvedené případy, zavedl trestní zákoník č. 40/2009 Sb., do našeho právního řádu nový trestný čin „Nebezpečné pronásledování“, který má dle § 354 postihovat právě stalking. O jeho zavedení usilovala i část veřejnosti z řad kriminologů, psychologů a psychiatrů. Jelikož však ohledně zakotvení tohoto trestného činu do nového kodexu trestního práva nepanovala obecná shoda, nebyl tento trestný čin původně ani ve vládním návrhu trestního zákoníku a chybí tak i důvodová zpráva k tomuto ustanovení. Trestní zákoník zakotvuje stalking následovně:

§ 354

„ (1) Kdo jiného dlouhodobě pronásleduje tím, že

vyhrožuje ublížením na zdraví nebo jinou újmou jemu nebo jeho osobám blízkým,

vyhledává jeho osobní blízkost nebo jej sleduje,

vytrvale jej prostřednictvím prostředků elektronických komunikací, písemně nebo jinak kontaktuje,

omezuje jej v jeho obvyklém způsobu života, nebo

zneužil jeho osobních údajů za účelem získání osobního nebo jiného kontaktu,

---

[8] Google. *Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.slovacky.denik.cz>;* Google. *Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.zlinsky.denik.cz>;* Google. *Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.turnovsky.denik.cz>;* Google. *Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.novinky.cz>*

a toto jednání je způsobilé vzbudit v něm důvodnou obavu o jeho život nebo zdraví nebo o život a zdraví osob jemu blízkých, bude potrestán odnětím svobody až na jeden rok nebo zákazem činnosti.

(2) Odnětím svobody na šest měsíců až tři roky bude pachatel potrestán, spáchá-li čin uvedený v odstavci 1

a) vůči dítěti nebo těhotné ženě

b) se zbraní, nebo

c) nejméně se dvěma osobami."

Zákonodárce postihuje pouze nejzávažnější formy stalkingu, pro všechny formy je pak společné, že musí jít o dlouhodobé pronásledování jiného a zároveň toto jednání musí být způsobilé vzbudit v jiném důvodnou obavu o život nebo zdraví vlastní či osob blízkých. V případě, že by jednání nebylo způsobilé vzbudit uvedenou obavu v oběti stalkingu, nepůjde o trestný čin dle § 354 trestního zákoníku. [9]

V jiných zemích, ve kterých je stalking trestným činem, pak skutková podstata většinou zahrnuje:

- jednání (které může, ale nemusí zahrnovat výhrůžky) směřované vůči osobě odůvodňující obavu z možného zranění nebo smrti společně s

- vědomím, že toto jednání vyvolá u dané osoby důvodnou obavu.

Dle věcného záměru nového trestního řádu bude moci soudce již v průběhu trestního řízení zakázat násilníkovi kontaktovat oběť nebo se k ní přiblížit v rámci předběžných opatření, je-li naléhavá potřeba chránit zejména poškozeného (oběť trestného činu) a jemu blízké osoby. Tato potřeba se objevuje zejména v souvislosti s tzv. domácím násilím nebo pronásledováním. Současná právní úprava předpokládá pouze možnost ukládat obviněnému předběžná opatření v souvislosti s náhradou vazby. Tyto formy se však právě u domácího násilí a stalkingu ukazují jako nedostatečně účinné.

Jako předběžná opatření bude možné uložit:

- zákaz styku s poškozeným nebo jeho vyhledávání (z důležitých důvodů bude možné takové setkání povolit za dohledu příslušného orgánu činného v trestním řízení nebo úředníka či asistenta Probační a mediační služby),

- zákaz styku s konkrétně vymezenými osobami a jejich vyhledávání,

---

[9] *JELÍNEK, J. a kol.* Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou. *1. vydání. Praha. Leges, 2009.*

- zákaz návštěv konkrétně vymezených míst, akcí, zařízení nebo jiných prostředí,

- příkaz zdržovat se v místě svého pobytu,

- příkaz nezdržovat se na určitém místě,

- zákaz vycestovat za hranice České republiky apod. [10]

Zavedení nového trestného činu nebezpečného pronásledování do našeho právního řádu spolu s připravovanou novou procesní úpravou, skýtá pro oběti stalkingu do budoucna alespoň nějakou naději. Jak ale budou tyto instituty využívány, zejména nakolik budou účinnou pomocí, ukáže až čas.

Literature:

- ČÍRTKOVÁ, L. Forenzní psychologie. Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o. 225 s.
- Tamtéž. 226-227 s.
- ČÍRTKOVÁ, L. Psychologické poznatky k nebezpečnostnosti pronásledování (stalking). Kriminalistika - čtvrtletník pro kriminalistickou teorii a praxi č. 4/2004
- JELÍNEK, J. a kol. Trestní zákoník a trestní řád s poznámkami a judikaturou. 1. vydání. Praha. Leges, 2009.
- MĚSÍČKOVÁ, L., GŘIVNA, T. Stalking a jeho právní výklad. Dostupné z: <http>//cms.e-bezpeci.cz>.
- Google. Google Inc., 2009. Dostupné na: <http://www.lidovky.cz>
- Google. Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.novinky.cz>
- Google. Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.portal.justice.cz>
- Google. Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.slovacky.denik.cz>
- Google. Google Inc., 2009. Dostupné na: <http>//www.tyden.cz>
- Google. Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.turnovsky.denik.cz>

[10] Google. *Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.portal.justice.cz>*

- Google. Google Ing., 2009. Dostupné na: <http>//www.zlinsky.denik.cz>

Contact – email
jana.navratilova@ak-nbn.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁSADA ULTIMA RATIO, ÚČINNÁ LÍTOST A DAŇOVÝ DELIKT V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU

ALEXANDER NETT

Právnická fakulta, Univerzita Palackého v Olomouci

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá platnou právní úpravou obsaženou v trestním zákoně ohledně použití podmínek účinné lítosti u daňových deliktů. Poukazuje na převažující restriktivní výklad podmínek účinné lítosti ze strany soudní praxe. Tento stav kritizuje. Praxe zcela opomíjí účel a podstatu účinné lítosti. Nový trestní zákon zakotvuje zásadu ultima ratio. Nový daňový řád výslovně umožňuje zaplacení daně z důvodů účinné lítosti. To nepochybně přispěje k aplikaci podmínek účinné lítosti u daňových deliktů v souladu s účelem účinné lítosti.

Key words in original language
Ultima ratio; účinná lítost; daňový delikt; trestní zákoník.

Abstract
The submission examines existing criminal laws in relation to their scope for taking into account genuine remorse and contrition on the part of the accused. It specifically relates to current practice, which sees a narrow interpretation of such laws by judges. The paper criticises this status quo, which it claims does not pay sufficient regard to such factors, and discusses a new criminal code which allows for inclusion of the principle of ultima ratio within the law. It further discusses a new tax law which offers the possibility of paying back previously unpaid tax on the grounds of remorse. This law will clearly increase the now-limited circumstances whereby genuine remorse may be taken into account as a factor in tax law

Key words
Ultima ratio; remorse; tax delict; criminal code.

MOTTO

„Představa pokání je pro moderního člověka nejen nezvyklá, ale i těžko přijatelná. Postup „lítost – obrácení – odpuštění“ se totiž nemůže stát obecným právním pravidlem a myšlenka, že obrácený hříšník je cennější než spravedlivý člověk, je v důsledku téměř anarchická. Nicméně je také zřejmé, že jen upřímným přiznáním a odpuštěním se dá spáchané zlo definitivně odstranit. Žádné lidské spolužití se tak bez odpuštění a smíření nemůže trvale obejít a dokonce i právo nutně potřebuje různé karikatury odpuštění, jako je promlčení zločinu nebo prezidentská milost. Přes všechno paradoxnost si tak staré pojmy pokání a odpuštění zachovávají i svůj lidský a společenský význam, který nelze ničím nahradit“.

1. ÚVOD

Platná právní úprava účinné lítosti obsažená v trestním zákoně je zcela nepochybně vybudována na principu upřimného přiznání, odpuštění a smíření, neboť společenské vztahy chráněné trestním zákonem nepochybně tento přístup vyžadují. Princip ochrany v sobě totiž zahrnuje i možnost spáchané zlo definitivně odčinit.

Poskytnutí takové možnosti představuje pro pachatele v mnoha případech zásadní motivační faktor, který nelze opomenout a nepochybně je nutné vytvořit podmínky pro takovou motivaci. Rovněž i poskytnutí „ odměny“ slibem beztrestnosti v případě, kdy tento motivační faktor je základní pohnutkou jednání pachatele.

Účinná lítost jako jeden z mála právních institutů je souladný nejen s křesťanskou myšlenkou o pokání a následném odpuštění, ale i s moderním přístupem trestního práva budovaným na principu *ultima ratio*.

Naším cílem je proto poukázat na možná aplikační úskalí související s novým trestním zákoníkem při výkladu zásady *ultima ratio* a účinné lítosti u daňových deliktů. Nicméně se chceme také věnovat platné právní úpravě účinné lítosti v oblasti daňových deliktů a soudní praxi.

2. PLATNÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA ÚČINNÉ LÍTOSTI A DAŇOVÝCH DELIKTŮ.

Za daňové delikty je možné podle platné právní úpravy označit trestný čin neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení, na zdravotní pojištění a příspěvků na státní politiku zaměstnanosti dle § 147 tr.zák. a trestný čin zkrácení daně, poplatků a podobné povinné platby dle § 148 tr.zák.

Platná právní úprava rozlišuje obecné ustanovení o účinné lítosti a zvláštní ustanovení o účinné lítosti.

Obecné ustanovení o účinné lítosti je upraveno v obecné části trestního zákona. Konkrétně v ustanovení § 66 tr.zák., který upravuje podmínky zániku trestní odpovědnosti účinnou lítostí. Ve výčtu trestných činů u nichž trestní zákon dovoluje zánik trestní odpovědnosti účinnou lítostí se uvádí trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dle § 148 tr.zák. Trestnost zaniká, jestliže pachatel dobrovolně škodlivý následek trestného činu zamezil nebo napravil, nebo učinil o trestném činu oznámení v době, kdy škodlivému následku trestného činu mohlo být ještě zabráněno. Oznámení je nutno učinil státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu, voják může místo toho učinit oznámení veliteli nebo náčelníku.

Zvláštní ustanovení o účinné lítosti jsou upraveny ve zvláštní části trestního zákona u jednotlivých trestných činů k nimž se vztahují.

Zvláštní případ účinné lítosti vztahující se k trestnému činu neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení na zdravotní pojištění a příspěvků na státní politiku zaměstnanosti dle § 147 tr.zák., je upraven v ust. § 147a tr.zák., s názvem „Zvláštní ustanovení o účinné lítosti“. Trestnost neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení, na zdravotní pojištění a příspěvků na státní politiku zaměstnanosti (§ 147) zaniká, jestliže pachatel svou povinnost dodatečně splnil dříve, než soud prvého stupně počal vyhlašovat rozsudek.

Pro zvláštní případ účinné lítosti je typické, že upravuje podmínky účinné lítosti významně ve prospěch pachatele, neboť dovoluje dodatečné plnění povinnosti, a to až do doby, než soud prvého stupně započne vyhlašovat rozsudek. Obecné ustanovení o účinné lítosti je z tohoto pohledu přísnější.

Z podaného je zřejmé, že právní úprava účinné lítosti u daňových deliktů je rozdílná v tom, že zákonodárce nevytvořil v souvislosti s trestným činem zkrácení daně poplatku a podobné povinné platby dle § 148 tr.zák. zvláštní ustanovení o účinné lítosti. Tento trestný čin zařadil do katalogů trestných činů uvedených v obecném ustanovení o účinné lítosti, tedy v § 66 tr.zák.

3. SOUDNÍ PRAXE

Soudní výklad podmínek účinné lítosti podle § 66 tr.zák., u trestného činu zkrácení daně, poplatku a jiné podobné dávky podle § 148 tr.zák. je velmi restriktivní, zejména pokud se týká pojmu dobrovolně. O této skutečnosti svědčí dále uvedená judikatura Nejvyššího soudu ČR.

4 TZ 173/1998

Užití účinné lítosti podle § 66 písm. a) tr.zák. je možno aplikovat u trestného činu zkrácení daně, poplatku a jiné podobné dávky podle § 148 tr.zák. i v případě, že škodlivý následek trestného činu je napraven jinou osobou, tedy, že povinnou platbu uhradí jiná fyzická nebo právnická osoba, avšak o účinnou lítost půjde jen v případě, kdy pachatel sám svou aktivní činností přispěje ke splnění povinné platby.

3 TZ 119/1998

Nejde o dobrovolné napravení škodlivého následku a tedy o účinnou lítost jako okolnost zániku trestnosti činu podle § 66 písm. a) tr.zák., pokud pachatel trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné dávky podle § 148 tr.zák. daň uhradil až na základě kontroly provedené správcem daně, jíž bylo jeho úmyslné zkrácení daně odhaleno.

7 TZ 298/2000

Jestliže pachatel napravil škodlivý následek trestného činu v době, kdy mu z jeho hlediska trestní stíhání bezprostředně ještě nehrozilo, pak dobrovolnost jeho jednání ve smyslu § 66 tr.zák. není vyloučena, i když jednal obecně z

obavy před trestním stíháním, avšak nikoliv pod vlivem konkrétně již hrozícího nebo zahájeného trestního stíhání.

Průlom v tomto směru představuje nález Ústavního soudu IV. ÚS 3093/08. Ústavní soud konstatoval, že v případě trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dle § 148 tr.zák. nastává reálná hrozba trestního stíhání vždy v okamžiku jeho spáchání. Jakékoliv jednání pachatele je tedy možné považovat za jednání pod reálnou hrozbou trestní sankce.

Dobrovolnost jednání přitom není vyloučena jen proto, že pachatel jednal pod vlivem obavy z možného trestního stíhání. Tato obava nijak nevylučuje dobrovolnost napravení škodlivého následku trestného činu. I jednání, které je motivováno snahou odvrátit trestní stíhání může být dobrovolné.

Nejen s přihlédnutím k uvedenému nálezu Ústavního soudu se domníváme, že tu objektivně existuje priorita zájmu státu na řádném, byť dodatečném splnění daňové povinnosti před zájmem na trestním postihu pachatele pro trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné dávky dle § 148 tr.zák. Tato priorita vyplývá ze samotné podstaty a účelu účinné lítosti.

Primárním účelem účinné lítosti je především motivace pachatele k aktivnímu postoji nebo jednání směřujícímu k zamezení nebo napravení škodlivého následku. Sekundárním účelem účinné lítosti je stanovení podmínek, za nichž trestnost činu zaniká. Tyto podmínky musí být vždy nutně v souladu s primárním účelem účinné lítosti.

Dosavadní dlouholetý soudní restriktivní výklad pojmu dobrovolně jako podmínky účinné lítosti vede k tomu, že došlo zcela k potlačení primárního účelu účinné lítosti, za něž lze považovat zájem na řádném, byť dodatečném splnění daňové povinnosti před zájmem na trestním postihu pachatele pro trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné dávky dle § 148 tr.zák.

Jinými slovy řečeno. Účinná lítost představuje dobrodiní zákonodárce. Podle našeho názoru je naprosto nepřijatelné a v rozporu s ústavněkonformním výkladem, aby praxe prostřednictvím výkladu omezovala samotnou podstatu a účel účinné lítosti.

Ustanovení § 66 tr. zák. proto musí být vykládáno ve prospěch pachatele, a to i pokud jde o výklad pojmu dobrovolnost jednání.

4. ZÁSADA ULTIMA RATIO V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU

V ustanovení § 12 tr.zák. (z.č. 40/2009 Sb., v platném znění) je upravena zásada zákonnosti a zásada subsidiality trestní represe. Podle § 12 odst. 2 trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu.

Důvodová zpráva k § 12 odst. 2 uvádí, že tento vyjadřuje zásadu subsidiarity trestní represe a princip *ultima ratio* z ní vyplývající, který je zejména v poslední době významně akcentován v nálezech Ústavního soudu – např. pod sp. zn. I. ÚS 4/04, I. ÚS 558/01, II. ÚS 413/04 atd. Ze zásady subsidiarity trestní represe vyplývající princip *ultima ratio* byl sice původně chápán spíše jako princip omezující zákonodárce v tom směru, že trestněprávní řešení je krajním prostředkem ve vztahu k ostatní deliktní právní úpravě (správněprávní, občanskoprávní, obchodněprávní apod.), ale v současné době je v zásadě všeobecně uznáváno, že má nepochybně význam i pro interpretaci trestněprávních norem a plyne z něho, že trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispolečenských jednání, a to podle zásady, že tam, kde postačí k regulaci prostředky správního nebo civilního práva v širším slova smyslu, jsou trestněprávní prostředky nejen nadbytečné, ale z pohledu principu právního státu také nepřípustné. Přitom tento princip je uplatňován jak v systémech s formálním pojetím trestného činu, tak i v systémech s materiálním pojetím trestného činu3. S tím je v souladu i judikatura Ústavního soudu České republiky, který v uvedených nálezech opakovaně zdůraznil, že trestní právo má z podstaty principu *ultima ratio* místo pouze tam, kde jiné prostředky z hlediska ochrany práv fyzických a právnických osob jsou vyčerpané, neúčinné nebo nevhodné (nález ze dne 3. března 2005, sp. zn. II. ÚS 413/04). Pravidla liberálního demokratického právního státu vyžadují, aby vina pachatele byla autoritativně konstatována jen ohledně takového jednání, o němž mohl pachatel v době, kdy se ho dopouštěl, důvodně předpokládat, že jde o jednání trestné, a to s ohledem na obsah tehdy účinného trestního zákona, nebo tam, kde je to třeba s ohledem na ustálenou a obecně dostupnou judikaturu obecných soudů. Tento závěr plně koresponduje i s judikaturou Evropského soudu pro lidská práva, tak jak byla např. uvedena v rozhodnutích ve věci Kokkinakis vs. Řecko – 14 307/88, § 52, a Cantoni vs. Francie – 17 862/91, § 29 (srov. nález ze dne 25. listopadu 2003, sp. zn. I. ÚS 558/01, publikovaný ve sv. 31 pod č. 136 Sb. nál. a usn. ÚS ČR). Ústavní soud takto rozhoduje u různých trestných činů především majetkové nebo hospodářské povahy, např. u trestného činu zpronevěry podle § 248 trestního zákona, podvodu podle § 250 trestního zákona, neoprávněného zásahu k domu, bytu či nebytovému prostoru podle § 249a trestního zákona atd., a použití principu *ultima ratio* postupně rozšiřuje. Přitom staví zpravidla použití tohoto principu vedle naplnění znaků trestného činu (srov. např. nález ze dne 22. prosince 2004, sp. zn. II. ÚS 372/03, Sbírka nál. a usn. ÚS, sv. 35, str. 569, nález č. 196). Použití principu ultima ratio je využíváno také v judikatuře obecných soudů (srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu České republiky pod sp. zn. 7 Tz 230/2000 a 5 Tdo 897/2005), a to v podstatě ve stejném smyslu, jako je tomu ve shora citovaných nálezech Ústavního soudu. Zváží-li se tedy tato judikatura Ústavního soudu i Nejvyššího soudu, je možno uzavřít, že z uznávaného principu právního státu, jímž je chápání trestní represe jako prostředku *ultima ratio* vyplývá, že ochrana právních statků má být v prvé řadě uplatňována prostředky práva občanského, obchodního či správního, a teprve tam, kde je taková ochrana neúčinná a kde porušení chráněných

vztahů naplňuje znaky konkrétní skutkové podstaty trestného činu, je namístě uplatňovat trestní odpovědnost. Zásada subsidiarity trestní represe totiž vyžaduje, aby stát uplatňoval prostředky trestního práva zdrženlivě, to znamená především tam, kde jiné právní prostředky selhávají nebo nejsou efektivní, neboť trestní právo a trestněprávní kvalifikaci určitého jednání jako trestného činu je třeba považovat za *ultima ratio*, tedy za krajní prostředek, který má význam především celospolečenský, tj. z hlediska ochrany základních celospolečenských hodnot. Na tom se obecně shodují i představitelé právní teorie i praxe, kteří uznávají, že ze zásady subsidiarity trestní represe plyne, že trestněprávní řešení představuje krajní prostředek ultima ratio pro zákonodárce, ale i pro soudce, státní zástupce a policii, když postulát ultima ratio má nepochybně význam i pro interpretaci trestněprávních norem a plyne z něho, že trestnými činy mohou být pouze závažnější případy protispolečenských jednání. V liberálním demokratickém právním státě je třeba státní zásahy v rámci kriminální politiky uplatňovat přiměřeně a maximálně zdrženlivě, a to zejména při realizaci trestního postihu, kdy s ohledem na závažnost trestní sankce, která je nezřídka způsobilá ohrozit sociální existenci dotčené osoby, je nutno zajistit, aby trestní právo bylo použito teprve tehdy, kdy ostatní sociálně politické a právní prostředky nejsou dostatečně účinné nebo selhávají. Toto řešení, které v obecné poloze řeší vztah hierarchie odpovědností (civilní, disciplinární, správní a trestní), včetně vztahu k přestupkům a jiným správním deliktům (tzv. správnímu trestání), navíc vede k zakotvení zásady subsidiarity trestní represe do textu trestního zákoníku, což nepochybně posiluje její praktické využití při aplikaci konkrétních trestněprávních norem.

Pojem společenské škodlivosti, který je v tomto ustanovení používán, je nepochybně přesnější než dosavadní pojem společenské nebezpečnosti. Opuštění pojmu nebezpečnosti činu pro společnost je namístě nejen proto, že je s ním spojeno tzv. třídní pojetí a třídní uplatňování trestního zákona, ale i pro jeho obsahovou nevhodnost, když z hlediska své povahy směřuje do budoucna. Vhodnějším pojmem je společenská škodlivost činu, která se vztahuje ke spáchanému činu, který zasáhl zájmy chráněné trestním zákonem, a v tomto smyslu je tedy "poškodil", a navazuje i na další pojmy použité v trestním zákoníku [(např. na pojem "škodlivého následku" v § 33 písm. a)]. Společenská škodlivost je určována povahou a závažností trestného činu, jak to vyplývá z § 39 odst. 2 tr.zák.

Zakotvení zásady subsidiarity trestní represe a z ní vyplývajícího principu ultima ratio do trestního zákoníku má význam i interpretační, neboť znaky trestného činu je třeba vykládat tak, aby za trestný čin byl považován jen čin společensky škodlivý. Zároveň neznamená návrat k materiálnímu pojetí trestného činu, neboť není součástí definice trestného činu uvedené v § 13, když zásada subsidiarity trestní represe a z ní vyplývající princip *ultima ratio* se uplatňuje mimo definici trestného činu. Z tohoto důvodu se používá v zahraničí i v soudní praxi těch států, jejichž pojetí trestného činu je ryze formální. Uvedené ustanovení tedy neznamená negaci formálního pojetí

trestného činu, a to z toho důvodu, že i když v převážné většině trestních zákoníků v klasických demokraciích je trestný čin shodně s návrhem trestního zákoníku vymezen jako jednání protiprávní a trestné na podkladě formálních znaků trestného činu, je zároveň vždy chápán jako souhrn takových znaků, které ho ve svém souhrnu charakterizují jako čin společensky škodlivý, před kterým je třeba společnost i jednotlivé občany chránit, neboť porušuje základní právní statky, na nichž je vybudována demokratická společnost. Při tomto přístupu má hledisko společenské škodlivosti povahu významného interpretačního pravidla, které napomáhá zákonnou skutkovou podstatu konkrétního trestného činu i jeho formální znaky vyložit podle jejich smyslu (tzv. teleologický výklad). Zvolené řešení má za cíl napomoci k odlišení trestných činů od těch deliktů, které by neměly být považovány za trestné činy (zvláště přestupky a jiné správní delikty), přestože zdánlivě znaky některé skutkové podstaty naplňují, a zejména je třeba ho použít k výkladu těch znaků trestných činů, které nemají jasnou spodní hranici (např. znaků "hrubé neslušnosti" a "výtržnosti" u trestného činu výtržnictví podle § 355 tr.zák. a jejich odlišení od jednání vymezených zejména jako přestupky proti veřejnému pořádku podle § 47 a § 48 přestupkového zákona). Tímto přístupem se zároveň zabraňuje tomu, aby tzv. bagatelní činy byly považovány za trestné činy, což je reakcí na opakovaně vyslovovanou obavu, že by formální pojetí mohlo vést k přetížení orgánů činných v trestním řízení bagatelními věcmi, které jsou dnes odloženy ještě před zahájením trestního řízení, což by se přirozeně dříve či později nepříznivě projevilo i v nákladech státu. Procesní řešení obsažené v novelizaci ustanovení § 159a odst. 4 a § 172 odst. 2 písm. c) trestního řádu nebylo totiž shledáno dostatečným."

Z důvodové zprávy by bylo možné dovodit, že zásadu *ultima ratio* zákonodárce použil při tvorbě nejen obecné, ale i zvláštní části trestního zákona. Opak je pravdou. Jedná se pouze o proklamaci zákonodárce. Trestní zákon přichází s novou kriminalizací a penalizací. Upravuje nově jednání, která nebyla dosud trestná a zvyšuje i postih za dosavadní trestné činy.

Pokud se týká daňových deliktů, zákonodárce nevyužil možnosti výslovně upravit podmínky zvláštního případu účinné lítosti ve vztahu k trestnému činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dle § 240 tr.zák.

5. PRÁVNÍ ÚPRAVA ÚČINNÉ LÍTOSTI V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU

V ustanovení § 33 tr.zák. jsou upraveny podmínky účinné lítosti, kde ve výčtu trestných činů je uveden i trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dle § 240 tr.zák. a zánik trestnosti je vázán na splnění podmínky, že pachatel dobrovolně škodlivému následku trestného činu zamezil nebo jej napravil nebo učinil o trestném činu oznámení v době, kdy škodlivému následku trestného činu mohlo být ještě zabráněno. Oznámení je nutno učinit státnímu zástupci nebo policejnímu orgánu, voják může místo toho učinit oznámení nadřízenému.

Důvodová zpráva k § 33 tr.zák. uvádí, že v podstatě beze změny oproti současné úpravě nová kodifikace upravuje zánik trestní odpovědnosti ve formě účinné lítosti (§ 33), kde byly jen doplněny některé nové trestné činy a trestné činy, které z hlediska jejich povahy by měly být také pokryty ustanovením o účinné lítosti. Ochrana některých nejdůležitějších zájmů chráněných trestním zákonem totiž vyžaduje, aby v tomto ustanovení uvedené některé těžké zločiny, jakož i další trestné činy zpravidla ohrožující zvýšenou měrou chráněné zájmy anebo kde z hlediska jejich povahy je větší zájem na zabránění následkům než na potrestání pachatele, byly včas odhaleny nebo, aby se jejich následkům jinak včas zabránilo, a to i za cenu, že pachatel nebo některý z pachatelů nebude potrestán. Osnova zachovává účinnou lítost podle § 33tr.zák. také u trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby (§ 238), a to i s přihlédnutím k zvláštnímu ustanovení o účinné lítosti (§ 240) u trestného činu neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby (§ 239). Rozdílná úprava účinné lítosti zde vyplývá z odlišné povahy postihovaného jednání, kdy trestný čin podle § 238 tr.zák. postihuje zkrácení daně nebo podobné povinné platby, které je svoji povahou zpravidla podvodným jednáním, zatímco trestný čin podle § 239 tr.zák. postihuje pouhé neodvedení takové povinné platby, a proto je možno v tomto případě dosáhnout účinné lítosti pouhým dodatečným splněním povinnosti.

V ustanovení § 240 tr.zák. je upravená trestní odpovědnost pachatele za trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby.

V § 241 tr.zák. pak podmínky trestní odpovědnosti týkající se trestného činu neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby.

V § 242 tr.zák. jsou pak upraveny podmínky účinné lítosti vztahující se k trestnému činu neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby dle § 241 tr.zák. Trestní odpovědnost zaniká, jestliže pachatel svou povinnost dodatečně splnil dříve, než soud prvního stupně počal vyhlašovat rozsudek.

Důvodová zpráva k § 240 tr.zák. a § 241 tr.zák. uvádí, že ve vymezení skutkové podstaty neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby (§ 241) jsou upřesněny základní pojmy vymezující dosavadní pojmy “plátce” a “poplatníka” tak, aby byly v souladu nejen s daňovými předpisy, ale i s předpisy upravujícími pojistné na sociální zabezpečení a zdravotní pojištění [srov. zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, ve znění pozdějších předpisů (zejména § 3 a § 8 odst. 1), a zákon č. 48/1997 Sb., o veřejném zdravotním pojištění a o změně a doplnění některých souvisejících zákonů, ve znění pozdějších předpisů (zejména § 4 a § 8 odst. 4)]. Jinou osobou se rozumí například poplatník- fyzická osoba, kterému je plátcem daně stržena a odvedena tzv. srážková daň.

Zařazení úrazového pojištění zaměstnanců do odstavce 2 § 241 navazuje na zákon č. 266/2006 Sb., o úrazovém pojištění zaměstnanců, přičemž okruh pojištěných osob je vymezen v § 3 tohoto zákona. I když placení pojistného za zaměstnance je uložena zaměstnavateli, výše a platba pojistného se stanoví procentní sazbou z úhrnu vyměřovacích základů zaměstnanců pro pojistné na sociální zabezpečení a příspěvku na státní politiku zaměstnanosti v rozhodném období. Vzhledem ke konstrukci výše a placení pojistného jde o situaci podobnou, byť nikoli zcela stejnou, neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení, příspěvku na státní politiku zaměstnanosti, které je upraveno v odstavci 1.

Zvláštní ustanovení o účinné lítosti (§ 242) se přejímá z platné právní úpravy beze změny.

Nový daňový řád, (z.č. 280/2009 Sb., v platném znění), který nabude účinnosti dnem 1.1.2011, představuje zcela novou právní úpravu správu daní a poplatků nahrazující zákon č. 337/1992 Sb., v platném znění obsahuje výslovné ustanovení o účinné lítosti.

V § 148 odst. 7 daňového řádu jsou výslovně upraveny podmínky pro zánik trestnosti daňového trestného činu z důvodu účinné lítosti. Pokud daňový subjekt podá řádné daňové tvrzení nebo dodatečné daňové tvrzení a současně tvrzenou daň včetně jejího příslušenství uhradí, je-li toho třeba pro zánik trestnosti daňového trestného činu z důvodu účinné lítosti, lze daň stanovit bez ohledu na to, zda již uplynula lhůta pro stanovení daně.

Jedná se o novum. V tomto ustanovení je explicitně stanovena provázanost mezi dodatečným daňovým tvrzením a úhradou daně včetně příslušenství na straně jedné a zánikem trestnosti daňového trestného činu z důvodů účinné lítosti. Důvodová zpráva k tomuto ustanovení uvádí cit.: „ Správci daně je podle odst. 7 dána možnost stanovit daň bez ohledu na běh lhůt pokud se daňový subjekt svým tvrzením daně bude domáhat jejího stanovení k naplnění podmínek za nichž zaniká trestnost jeho chování v důsledku účinné lítosti“.

Z uvedené zákonné úpravy vyplývá výslovné upřednostnění ochrany a naplňování fiskálního zájmu před represivním hlediskem. Jinými slovy řečeno. Dobrovolné dodatečné splnění daňové povinnosti a odstranění škodlivého následku v podobě úhrady finanční sankce je společenským zájmem, prioritním základajícím beztrestnost daňového subjektu.

Novou právní úpravu lze uvítat, neboť dosavadní právní úprava takové ustanovení neobsahovala a tudíž nebyla zajištěna potřebná provázanost mezi trestním zákonem a zákonem o správě daní a poplatků v případě, kdy se pachatel rozhodl využít dobrodiní ustanovení o účinné lítosti ohledně trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dle § 148 tr.zák. Účinná lítost nebyla z hlediska zákona o správě daní a poplatků považována za právní důvod pro přijetí daně a jejího příslušenství ze strany správce daně.

6. ÚVAHY DE LEGE LATA.

Platné právní úpravě účinné .lítosti ve vztahu k daňovým deliktům lze především vytknout neexistenci její provázanosti se zákonem o správě daní a poplatků. V důsledku této absence není účinná lítost považována za právní důvod pro přijetí daně včetně příslušenství ze strany správce daně.

Soudní praxi nelze považovat za správnou. Dosavadní dlouholetý soudní restriktivní výklad pojmu dobrovolně jako podmínky účinné lítosti vede k tomu, že je zcela potlačen primární účel účinné lítosti za něž lze považovat zájem na řádném, byť dodatečném splnění daňové povinnosti před zájmem na trestním postihu pachatele pro trestný čin zkrácení daně, poplatku a podobné dávky dle § 148 tr.zák.

Jinými slovy řečeno. Účinná lítost představuje dobrodiní zákonodárce. Podle našeho názoru je naprosto nepřijatelné a v rozporu s ústavněkonformním výkladem, aby praxe prostřednictvím výkladu omezovala samotnou podstatu a účel účinné lítosti.

Nový trestní zákon pouze proklamuje zásadu ultima ratio. Zákonodárce ji při tvorbě trestního zákona nepoužil. To se projevilo v tom, že výslovně neupravil podmínky zvláštního případu účinné lítosti ve vztahu k trestnému činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby dle § 240 tr.zák.

7. ÚVAHY DE LEGE FERENDA

Primárním účelem účinné lítosti je motivace pachatele k aktivnímu postoji nebo jednání směřujícímu k zamezení nebo napravení škodlivého následku. Sekundárním účelem účinné lítosti je stanovení podmínek za nichž trestnost činu zaniká. Tyto podmínky musí být vždy nutně v souladu s primárním účelem účinné lítosti.

Účinná lítost je svojí povahou vyjádřením právních podmínek dobrodiní zákonodárce. Proto bude na místě, aby i v případě trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby byla zvažována možnost k tomuto trestnému činu upravit zvláštní případ účinné lítosti.

Řešení tohoto problému by mohlo být zcela jednoduché. Podmínky zvláštního případu účinné lítosti by mohly být stanoveny *shodně nebo obdobně* jako je tomu v případě trestného činu neodvedení daně, pojistného na sociální zabezpečení a podobné povinné platby dle § 241 tr. zák.

Další inspirací v tomto směru může být zvláštní ustanovení o účinné lítosti týkající se trestnosti trestného činu podplácení a nepřímého úplatkářství.

Literature:

- Madar, Z. a kol. Slovník českého práva, LINDE Praha a.s., 1995, s. 1173.

- Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné (obecná část). MU Brno, 2004, s. 23.

- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. 5. vydání. Praha: C.H.Beck, 2003, s. 523,524.

- Jelínek, J. a kol: Trestní právo hmotné, obecná a zvláštní část, 2 aktualizované vydání. Linde Praha, a.s., 2006, s. 22.

- Telec, I. Metodika výkladů právních předpisů. Právně hermeneutická technika. Brno: Doplněk, 2001.

- Horák, O. Výklad právních předpisů.... Sborník příspěvků z konference Monseho olomoucké právnické dny, ÚP Olomouc, 2006.

- Brož, J., Nett, A.:K problematice pojmu dobrovolnost jako podmínky účinné lítosti ve smyslu ustanovení § 66 trestního zákona, Trestní právo, 2007, č. 11, s. 12.

- Sokol, J. Člověk a náboženství, Praha, 2003.

- Trestní zákon, z.č. 40/2009 Sb., v platném znění.

- Daňový řád, z.č. 280/2009 Sb., v platném znění.

Contact – email
alexandernett@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ODKLONY A NOVÝ TRESTNÍ ZÁKONÍK - DIVERSIONS AND NEW CZECH PENAL CODE

TOMÁŠ PALOVSKÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá změnami v podobě právní úpravy odklonů, které pramení z bipartice třídění trestných činů v novém trestním zákoníku. Zaměřuje se i na možné změny v praktické podobě trestního řízení. Srovnává, zda i v okolních státech došlo v posledních dvaceti letech k obdobným radikálním změnám podoby odklonů.

Key words in original language
Odklony; Trestní zákoník; Střední Evropa; Restorativní justice.

Abstract
The paper deals with the changes of legal regulation of diversions resulting from bipartition of criminal offences in new Czech Penal Code. It focuses also on potential changes in the practice of criminal proceeding and compares development on this field in another Central European countries regarding to analogical radical changes.

Key words
Diversions; Penal Code; Central Europe; Restorative Justice.

1. ÚVODEM

Nový rok 2010 nepřinese pouze změnu spočívající v účinnosti zcela nového trestního zákoníku[1] (zákon č. 40/2009 Sb.), ale významně se dotkne i institutů, které jsou obsaženy v předpise procesním, trestním řádu (zákon č. 141/1961 Sb.), který sice, např. oproti Slovensku či Polsku, neprošel novelizací obdobnou rekodifikaci, ale nutně musel doznat jistých změn, bez nichž by „uvedení v život“ hmotněprávního předpisu bylo ztížené.

Odklony v trestním právu neprošly žádnou revizí ve vlastní formě a s jejich revizí se nepočítá ani v budoucí nové kodifikaci trestního řádu. Přesto v souvislosti s některými novinkami hmotného práva došlo k významným změnám v „dosahu“ odklonů na ty které trestné činy. Příspěvek si klade za cíl tyto změny vymezit, poukázat na některé sporné body nové právní úpravy a porovnat, zda lze v okolních právních řádech vysledovat obdobné či metodu právní regulace.

[1] Pro přehlednost volím pro trestní zákoník (č. 40/2009 Sb.) zkratku tr. zák. a pro trestní zákon (č. 140/1961 Sb.) tr. z. Z textu však obvykle vyplývá, o jaký předpis se jedná.

2. OBECNÉ POZNÁMKY KE ZMĚNĚ PRÁVNÍ ÚPRAVY

Novelizací trestního řádu zákonem č. 41/2009 Sb. s účinností od 1. 1. 2010 dojde u podmíněného zastavení trestního stíhání podle § 307 - § 308 tr. ř. a narovnání podle § 309 - § 314 tr. ř. k nahrazení textu „v řízení o trestném činu, na který zákon stanoví trest odnětí svobody, jehož horní hranice nepřevyšuje pět let“ textem „v řízení o přečinu“. Uvedených rozhodnutí tedy státní zástupce a soud bude moci užít u všech nedbalostních trestných činů a úmyslných trestných činů, na něž trestní zákon stanoví trest odnětí svobody s horní hranicí trestní sazby do pěti let[2]. Formálně tedy na jednu stranu nedochází ve vztahu k úmyslným trestným činům k žádné změně. Naopak, díky tomu, že veškeré kulpózní delikty jsou zahrnuty do kategorie přečin, se možnost odklonu u nedbalostních jednání rozšířila, a to i na delikty, kde horní hranice trestu odnětí svobody činí až deset let (např. přečin usmrcení z nedbalosti podle § 143 tr. zák.). Původní záměr navrhovatele zákona, vyjádřitelný snad úslovím „přidat u přečinů a ubrat u zločinů“, tak vůlí zákonodárce formálně pouze „přidává“. Otázkou je, zda na správné straně.

Kategorizace deliktů není ani v okolních právních řádech neobvyklá, dokonce lze konstatovat, že rozlišujícím kritériem bývá majoritně forma zavinění. Např. polský trestní zákoník z roku 1997[3] v čl. 8 jako zločin (zbrodnia) vymezuje trestný čin, který může být spáchán pouze úmyslně, přečin (występek) úmyslně i nedbalostně, přičemž dělícím kritériem je minimální trestní sazba základních druhů trestů[4]. Obdobné dělení na "Verbrechen" a "Vergehen" obsahuje rakouský trestní zákoník v § 17[5]. Byť se již objevují opatrné pochybnosti o přílišné „rozmáchlosti“ kategorie

[2] Původní znění úpravy přečinu v § 14 odst. 2 tr. zák. vymezovalo definiční horní hranici (trestu odnětí svobody) na tři léta, schváleno bylo znění po pozměňovacím návrhu. Je tedy otázkou, zda výsledek v podobě, kdy se změnil obsah pojmu, byl zákonodárcem sledován. Fakticky totiž mělo dojít s přijetím nového trestního zákoníku ke zúžení současného dosahu odklonů, což by ve výsledku znamenalo místy až výrazné snížení možnosti odklon užít, např. u trestného činu nedovolená výroba a jiné nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy podle § 283 odst. 1 tr. zák. (dříve § 187 odst. 1 tr. zák.). Srov. Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR: *Vládní návrh na vydání trestního zákoníku.* V. volební období, Sněmovní tisk č. 410, 2008, Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR: *Vládní návrh na vydání zákona o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím trestního zákoníku.* V. volební období, Sněmovní tisk č. 411, 2008.

[3] Kodeks karny. Dz.U.97.88.553.

[4] Polský trestní zákoník vymezuje tři druhy trestů – peněžitý trest, omezení svobody, odnětí svobody, zbylé následky spojené se spácháním trestného činu jsou pojmenovány trestní opatření. Srov. Palovský, T.: *Vybrané otázky k alternativám trestání v Polsku*. Trestněprávní revue, roč. 2009, č. 8, s. 250-255.

[5] Strafgesetzbuch, BGBl. Nr. 60/1974.

přečin[6], zahraniční právní úpravy a praxe v tomto problémy nevidí a zřejmě se v praxi problémy nevyskytnou.

Problematické však může být opuštění původní metody ohraničení trestní sazbou a nahrazení metodou, kde je trestní sazba druhořadá a může, absurdně, dosahovat výše korespondující i se zvlášť závažnými zločiny (§ 14 odst. 3 tr. zák.), pokud srovnáme např. loupež (§ 173 tr. zák.) a obecné ohrožení z nedbalosti (§ 273 tr. zák.) v nejzávažnější kvalifikované skutkové podstatě. Působnost odklonů se alespoň při jejich zavádění a propagování[7] týká především bagatelní a masové kriminality, racionalizace trestní justice a odbřemenění soudů[8], nikoli snad rozsáhlé privatizace trestního procesu. Recentní rozhodování soudů ČR však vyvolává jistou obavu[9] z možné diferenciace přístupu k různě majetným pachatelům stejných přečinů, což současná novelizace může prohloubit zvláště u trestné činnosti v dopravě.

Lze poukázat, že oproti okolním zemím je zvolený přístup jiný, možno říci neobvyklý. Slovenský zákonodárce sice při vymezení možnosti odklonů kategorizaci trestných činů používá, ovšem současně se stanovením horní hranice trestní sazby přečinu[10], v Polsku ani Rakousku se kategorizace deliktů u odklonů neužívá, je zde výlučně maximální možná horní hranice trestní sazby, případně další limitace.

Kategorie přečinů, oproti kategorii zločinů vnitřně nijak nečleněná, je z hlediska povahy a závažnosti v ní obsažených jednání ve smyslu materiálním značně heterogenní. Vyjdeme-li rámcově z odlišení povahy a závažnosti přečinů pomocí trestní sazby, pak ve vztahu k odklonům lze zřejmě vyloučit a priori použití narovnání u těch nejzávažnějších přečinů, neboť úprava narovnání povahu a závažnost deliktu reflektuje. U podmíněného zastavení trestního stíhání tomu tak ovšem není; hodnocení povahy a závažnosti činu v § 307 odst. 1 tr. ř. v tzv. materiálních

---

[6] Jelínek, J.: *K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku*. In: Jelínek, J. (ed.): *O novém trestním zákoníku. Sborník příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké právnické dny, květen 2009, trestněprávní sekce*. Praha: Leges, 2009, s. 27.

[7] Např. Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy členským státům č. R (87) 18, týkající se zjednodušení trestní spravedlnosti.

[8] Jehle, J.-M.: The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice systém. In: Jehle, J.M., Wade M. (eds.): *Coping with Overloaded Criminal Justice System. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Berlin, Heidelberg: Springer, 2006, s. 4-25.

[9] Srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 3. 9. 2008 sp. zn. 3 Tdo 996/2008, kde soud příliš nehodnotil tzv. materiální podmínky pro uplatnění narovnání a akceptoval použití tohoto odklonu i u trestného činu ohrožení pod vlivem návykové látky podle § 201 odst. 1, odst. 2 písm. c) tr. z.

[10] Kategorie přečin má zde obdobný obsah jako v českém trestním zákoníku (§ 10 slov. tr. zák., č. 300/2005 Z.z.).

podmínkách použití odklonu chybí a formulace "…vzhledem k okolnostem případu lze důvodně takové rozhodnutí považovat za dostačující" není adekvátní k zajištění toho, aby orgány činné v trestním řízení, nechtějí-li obcházet zákon, takto nerozhodovaly u skutečně závažných kauz. Vůle zákonodárce, pokud by měly být některé přečiny vyčleněny z odklonů, by totiž byla vyjádřena jiným způsobem. Budoucí úprava podmíněného zastavení trestního stíhání se tak jeví jako poněkud bezbřehá, kladoucí na orgány činné v trestním řízení vyšší nároky při rozhodování.

Přes tyto obavy nelze nové úpravě odepřít jistou logiku, návaznost na zvolené pojetí trestného činu a reflexi absence obligatorního hodnocení materiálních podmínek pro použití vyšší trestní sazby. Lze totiž modelově vymezit případy, kdy by díky současnému korektivu v § 88 odst. 1 tr. z. nebyla použita nejpřísnější právní kvalifikace, což nová právní úprava vylučuje. Pachatelé nedbalostních trestných činů, u nichž by nyní bylo možné díky "materiální korekci" právní kvalifikace odklonů použít, by novou právní úpravou o tuto možnost zcela přišli. Na druhou stranu absence možnosti "zmírnění" právní kvalifikace brání tomu, aby se do působnosti odklonů dostaly zločiny coby materiálně závažnější trestné činy.

Ve stádiu řízení před soudem, oproti dřívějšku, bude o odklonech rozhodovat v řízení u okresního soudu rovněž senát, nikoli pouze samosoudce jako dosud. Byť díky nejasnému a odborně i napadanému[11] výkladu § 29 odst. 1 a § 35 odst. 1 zákona č. 6/2002 Sb. o soudech a soudcích rozhodovaly krajské soudy ve věcech podle § 17 tr. ř. v senátech i pokud horní hranice trestní sazby nepřesáhla 5 let, lze o správnosti takového postupu polemizovat, právě pro znění § 314a odst. 1 tr. ř.

3. VYBRANÉ HMOTNĚPRÁVNÍ ASPEKTY ODKLONŮ

Bez nároku na absolutní přesnost lze změny, které pro oblast odklonů přináší nový trestní zákoník, rozdělit do dvou skupin majících stejné jádro. Vždy zde totiž jde především o to, u jakých trestných činů lze odklon použít a zda zde došlo k určitým korekcím buď v kategorizaci trestných činů, nebo trestní sazbě odnětí svobody.

První skupina změn vyplývá, jak bylo naznačeno výše, z nové kategorizace trestných činů. U úmyslných trestných činů je množina formálním vymezením stejná, neboť kategorie přečin zahrnuje všechny úmyslné trestné činy s horní hranicí trestní sazby do 5 let (původní formulace v § 307 tr. ř. byla odlišná, interpretačně jde však o totéž, neboť trestní zákoník používá trest odnětí svobody jako základní trest, který je v každé skutkové podstatě). Rozdíl nastává u trestných činů nedbalostních, kde původní množina byla

[11] Prouza, D., Smejkal, P.: *K personálnímu obsazení soudu v trestních věcech podle § 17 trestního řádu (k diskusi).* Bulletin advokacie, roč. 2007, č. 9, s. 31 - 35. Tomuto článku však Repík v témže čísle oponoval, ovšem jeho argumentace nenabídla alternativní názor mimo plédování pro to, že více rozhodujících soudců je pro procesní stranu výhodnější.

limitována totožně, zahrnutí všech kulpózních deliktů signalizuje kvantitativní nárůst možnosti užít odklon tam, kde to dříve možné nebylo.

Příkladem lze zde zmínit např. usmrcení z nedbalosti (§ 143 tr. zák.), těžké ublížení na zdraví z nedbalosti (§ 147 tr. zák.), obecné ohrožení z nedbalosti (§ 273 tr. zák.), kde do 31.12. 2009 u některých tzv. kvalifikovaných skutkových podstat, kde následkem kulpózního jednání je smrt, event. smrt více osob nejenže byl odklon vyloučen. Pokud se blíže podíváme na jednotlivé trestní sazby, pak v případě, hrozí li pachateli trest od 3 do 10 let, což mnohdy vylučuje podmíněný odklad výkonu trestu, paradoxně existuje možnost procesní dekriminalizace.

Druhá skupina je pak spojena se změnami trestních sazeb úmyslných trestných činů. K těm dochází díky zpřesňování některých skutkových podstat, vytváření nových kvalifikovaných skutkových podstat (např. šíření nakažlivé lidské nemoci § 152 tr. zák.), inovaci určitých skupin trestných činů (trestné činy proti lidské důstojnosti v sexuální oblasti), a to obousměrně.

Poměrně překvapivé jsou ty změny, které úmyslné trestné činy, kde původně nebylo možné řízení ukončit odklonem, nově do působnosti § 307 a § 309 tr. ř. zahrnují. Zejména u znásilnění (§ 185 tr. zák.), sexuálního nátlaku (§ 186 tr. zák.), kvalifikovaného únosu dítěte a osoby stižené duševní poruchou (§ 200 odst. 1, odst. 2 písm. a), b) tr. zák.), padělání a pozměňování peněz (§ 233 tr. zák.) či služby v cizích ozbrojených silách (§ 321 tr. zák.) lze vysledovat pravděpodobně nový náhled na závažnost těchto trestných činů, ovšem je možné, že díky pozměňujícímu návrhu v definici přečinu je tento rezultát spíše náhodný a původně nebyl zamýšlen. Je otázkou, zda bylo cílem rekodifikace, která se majoritně jeví jako úzce navazující na původní trestní zákon, provést tak přelomové změny, a u trestných činů, které byly a jsou materiálně závažné, umožnit procesní dekriminalizaci. Byť např. přečin znásilnění podle § 185 odst. 1 tr. zák. zahrnuje i ta jednání, která původně spadala pod skutkovou podstatu trestného činu vydírání podle § 235 tr. z., pochybnosti o vhodnosti stávajícího snížení horní hranice trestní sazby zůstávají.

I v opačném směru můžeme nalézt mnoho úprav. U části trestných činů, kde odklony byly možné, se v nově vymezených kvalifikovaných skutkových podstatách (které v trestním zákoně vůbec nebyly) užitou trestní sazbou dekriminalizace vylučuje. Převážnou většinu této skupiny tvoří trestné činy hospodářské (např. neoprávněné podnikání § 251 tr. zák.), menší část pak trestné činy obecně nebezpečné (např. přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu § 284 tr. zák.).

Kvantitativně výrazná je i skupina trestných činů, kde došlo díky zpřísnění trestní sazby k vyloučení procesní dekriminalizace, ač dosud byla možná. Očekávané bylo zpřísnění u ublížení na zdraví (§ 146 odst. 1, odst. 3 tr. zák.), rvačky (§ 158 odst. 1, odst. 3 tr. zák.), zbylé změny si na hodnocení počkají po účinnosti předpisu. Jiný náhled je zřejmý u trestných činů,

kterých se pachatel dopustí jako člen organizované skupiny (podílnictví § 214 odst. 1, odst. 2 písm. a) tr. zák., legalizace výnosů z trestné činnosti § 216 odst. 1, odst. 3 písm. a) tr. zák.), neoprávněné provozování loterie a podobné sázkové hry § 252 odst. 1, odst. 2 písm. a) tr. zák., nedovolené ozbrojování § 279 odst. 1, odst. 3, odst. 4 písm. a) tr. zák.), vůči úřední osobě (násilí proti úřední osobě § 325 odst. 1, odst. 2 tr. zák.), trestných činů korupčních (podplácení § 332 odst. 1, odst. 2 tr. zák., padělání a pozměnění veřejné listiny § 348 odst. 1, odst. 2. tr. zák.) atp.

4. VYBRANÉ PROCESNÍ OTÁZKY

Při projednávání a rozhodování trestních věcí se prakticky bezvýjimečně (ovšem srov. např. § 462 tr. ř.) používá předpisu účinného v okamžiku těch kterých procesních úkonů. Dojde-li k takovým legislativním změnám v procesu, které mohou být např. v neprospěch osob, vůči kterým se stíhání vede, ošetří se negativní dopad pomocí přechodných ustanovení a jen výjimečně lze užít předpisů již neúčinných.

Překvapivě, ač § 307 a § 309 tr. ř. obsahují pojem přečin, který dřívější procesní a hmotné předpisy neznají, nebyla přijata přechodná ustanovení pro řízení, která budou probíhat jak v roce 2009, tak v roce 2010, případně pro řízení, kde budou projednávány trestné činy, jejichž trestnost se nebude posuzovat podle trestního zákoníku.

Dosud bohužel chybí podrobnější rozbor dopadu nových pojmů pro "starší trestné činy", zejména zda lze považovat ty trestné činy, které by díky zavinění či trestní sazbě mohly být v kategorii přečin skutečně za přečiny. Je možné namítnout, že kategorie přečinu je "pevně" spojena právě s delikty ve zvláštní části trestního zákoníku a její přesahování mimo tento kodex, jakkoli by se jevilo jako racionální, možné není. Užití kategorie by totiž bylo nutně selektivní, část trestných činů v trestním zákoně již v trestním zákoníku přečinem není právě pro výše popsané zpřísnění trestní sazby (např. ublížení na zdraví).

Je otázkou, zda uvedená situace není velmi závažným pochybením tvůrců trestního zákoníku, které může, vyhnáno ad absurdum, zcela znemožnit rozhodovat odklonem tam, kde se podle § 2 odst. 1 tr. zák. pro posouzení trestnosti užije trestního zákona či předpisů starších. Pokud se trestností rozumí "všechny podmínky relevantní pro výrok o vině i o trestu[12]", pak je významné, zda jde v případě deliktu o přečin či zločin či trestný čin. Nelze libovolně užít pojmu, který určitý předpis nezná, a vytvářet tak absurdní situace, kdy obviněný bude stíhán např. pro přečin ublížení na zdraví podle § 221 odst. 1, odst. 2 písm. c) trestního zákona. Nutno dodat, že uvedená

[12] Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: *Trestní zákon. Komentář.* Praha: C.H. Beck, 2004, s. 144.

pochybení zákonodárce, kterými znemožní dříve běžné způsoby rozhodování, nejsou v ČR neobvyklá.

Jak s uvedenou skutečností naložit? Nabízí se řešení tento problém zcela ignorovat a cestou analogie práva obsah kategorie přečin užívat i na citovaná protiprávní jednání. Jakýkoliv jiný přístup totiž povede vždy k závěru, že postup podle § 307 či § 309 tr. ř. (nikoli však podle § 179g tr. ř.) možný není. Doufejme, že k možné paralýze alternativ k trestání nedojde.

5. ZÁVĚREM

Rekodifikace trestního práva hmotného, ač nebyla provázena stejnou změnou trestního řádu, přinesla v oblasti odklonů jisté klíčové změny, spojené s novou kategorizací trestných činů na přečiny a zločiny. Především u poměrně závažných kulpózních deliktů se systému trestní spravedlnosti otevírá nový způsob meritorního rozhodnutí, který se pohledem trestní sazby sice jeví jako neadekvátní, ovšem může jít o trend rozšiřujícího se důrazu na restorativní aspekty trestního řízení. Doprovodnou změnou, která tu či tam odklon nově umožnila či dále vyloučila, je zpřísnění či zmírnění stávajících trestních sazeb. Jako většina přelomových legislativních změn se ani tato nevyhnula pochybením a nepřesnostem, jejichž vyjasnění leží jako břemeno na státních zástupcích a soudech.

Pokud bychom tyto změny vsadili do srovnávacího rámce, pak rekodifikace na Slovensku v roce 2005 přinesla obdobné změny ve zmírnění, spíše však ve zpřísnění trestních sazeb a vyloučení odklonů u celé řady deliktů. Jistou obdobu však můžeme vidět v rekodifikaci polské v roce 1997, kdy došlo k výraznému rozšíření možnosti podmíněně zastavit trestní řízení u trestných činů s horní hranicí trestu do pěti let, oproti dosavadní hranici tříleté.

Je pouze otázkou další praxe, jak se projeví spojení odklonů a přečinů, jako značně heterogenní kategorie deliktů, a zda nedojde k nežádoucí privatizaci řízení osobami, které budou mít dostatek prostředků uspokojit nároky poškozených.

Literature:

- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2004, 721 s., ISBN 80-7179-896-7.
- Prouza, D., Smejkal, P.: K personálnímu obsazení soudu v trestních věcech podle § 17 trestního řádu (k diskusi). Bulletin advokacie, roč. 2007, č. 9, s. 31 - 35, ISSN 1210-6348.
- Doporučení Výboru ministrů Rady Evropy členským státům č. R (87) 18, týkající se zjednodušení trestní spravedlnosti.

- Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR: Vládní návrh na vydání trestního zákoníku. V. volební období, Sněmovní tisk č. 410, 2008.
- Poslanecká sněmovna Parlamentu ČR: Vládní návrh na vydání zákona o změně některých zákonů v souvislosti s přijetím trestního zákoníku. V. volební období, Sněmovní tisk č. 411, 2008.
- Palovský, T.: Vybrané otázky k alternativám trestání v Polsku. Trestněprávní revue, roč. 2009, č. 8, s. 250-255, ISSN 1213-5313.
- Jelínek, J.: K pojmu trestného činu v novém trestním zákoníku. In: Jelínek, J. (ed.): O novém trestním zákoníku. Sborník příspěvků z mezinárodní konference Olomoucké právnické dny, květen 2009, trestněprávní sekce. Praha: Leges, 2009, s. 20-30, ISBN 978-80-87212-21-9.
- Jehle, J.-M.: The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice systém. In: Jehle, J.M., Wade M. (eds.): Coping with Overloaded Criminal Justice System. The Rise of Prosecutorial Power Across Europe. Berlin, Heidelberg: Springer, 2006, s. 4-25, ISBN-10 3-540-33958-2.

Contact – email
42510@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ALTERNATIVNÍ TRESTY V NOVÉM TRESTNÍM ZÁKONÍKU

ONDREJ ŠTEFÁNIK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Nový trestní zákoník přinesl množství změn, přičemž výjimku v tomto směru nepředstavuje ani alternativní trestání. Alternativní tresty, ukládání kterých připouští již stávající trestní zákon, prodělaly řadu změn a nadto byl katalog alternativních trestů rozšířen o dvě zcela nové sankce, a to trest domácího vězení a trest zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce. Tento příspěvek se bude zaměřovat na novou úpravu peněžitého trestu.

Key words in original language
Nový trestní zákoník; Alternativní tresty; Peněžitý trest.

Abstract
The new Criminal Code has brought many changes and alternative sanctions do not stay apart. Alternative sanctions, which could be imposed due to present Criminal Code changed in many ways and two more sanctions ware added. There is a completely new sentence of home con_nement and also a new ban of access to sporting, cultural and other social events. This paper focuses on new legal regulation of pecuniary penalty.

Key words
New Criminal Code; Alternative Sanctions; Pecuniary Penalty.

Úvod

Peněžitý trest jako sankce za porušení práva nelze považovat za žádné novum. Jeho kořeny v podobě různých pokut či jiných sankcí majetkové povahy bychom snad mohli vypozorovat již v dobách ranního starověku, ne-li ještě dříve. Pravděpodobně již na počátku fungování lidské společnosti, kdy se ještě jenom formovaly zárodky práva, tak jak ho známe dnes, tato sankce v nějaké primitivní podobě existovala. Lze tak usuzovat z důvodu, že lidskému myšlení je přirozeně vlastní úvaha, že je nezbytné „zaplatit“ za své zlé skutky. S velkou mírou pravděpodobnosti lze tedy uzavřít, že již od počátku fungování lidské společnosti představovala určitá majetková ujma (ne nevyhnutně v penězích) následek společensky netolerovatelného chování.

O sankcích majetkové povahy mluví i jeden z nejstarších kodexů chování vůbec – Bible. Na mnoha místech nalezneme příklady, kdy byl majetkový postih pachatele považován za dostatečné řešení jeho protiprávního jednání. Za všechny nelze nezmínit knihu Exodus, 21. Kapitolu, kde třeba nalézáme:

„Když se budou muži prát a uhodí těhotnou ženu tak, že z ní vyjde plod, ale k dalšímu ublížení nedojde, musí pachatel zaplatit pokutu, jakou mu uloží manžel té ženy; zaplatí podle rozhodnutí soudců.“ Nebo v té samé knize v té samé kapitole dál nalézáme: „Když býk potrká muže nebo ženu tak, že zemřou, musí být ten býk ukamenován a jeho maso se nebude jíst; majitel toho býka pak bude bez viny. Jestliže ale byl ten býk trkavý už od dřívějška a jeho majitel byl varován, ale nehlídal ho a ten býk zabije muže nebo ženu, bude býk ukamenován a zemře i jeho majitel. Jestliže mu bude uloženo výkupné, dá výplatou za svůj život vše, co mu bude uloženo.“ Pokud by bylo možno u prvního příkladu vznést námitku, že není zcela jasné, zda se jedná o sankci nebo o náhradu škody za způsobenou tělesnou ujmu, u druhého příkladu lze již zcela jednoznačně mluvit o sankcích veřejnoprávní povahy. Ukamenování býka, kterého maso se nebude jíst je již nutno považovat za majetkovou újmu na straně pachatele, která však nemá žádný ekvivalent v majetkové sféře poškozeného. Nadto existenci možnosti vykoupit se z trestu smrti, lze považovat za primitivní chápání peněžitého trestu jako trestu alternativního, v daném případě jako alternativu k trestu smrti.

Jak je patrno, peněžitý trest, resp. sankce majetkové povahy jsou staré jak lidstvo samo. Není proto žádným překvapením, že tuto sankci v různých obdobách nacházíme v každém moderním psaném trestním kodexu, který kdy platil na území České republiky.[1] Výjimky samozřejmě nepředstavuje ani stávající trestní zákon[2] ani rekodifikovaný trestní zákoník.[3] V plném rozsahu se lze ztotožnit s názorem, že „peněžitý trest je jedním z nejdůležitějších a nejvyužívanějších trestů nespojených s odnětím svobody a je významnou alternativou ke krátkodobým trestům odnětí svobody.“[4] Jakékoli pochybnosti o tom, že peněžitý trest má v českém trestním právu své pevné a nezastupitelné místo rozptyluje již letmý náhled do Statistické ročenky kriminality vydávané Ministerstvem spravedlnosti ČR, ze které plyne, že jen v roce 2008 byl tento trest uložen v 5307 případech, což z něho činí čtvrtý nejvyužívanější trest vůbec.[5]

Nicméně, žádná právní úprava není a nikdy nebude dokonalá, přičemž výjimku z tohoto pravidla pochopitelně netvoří ani úprava peněžitého trestu. Zákonodárce proto na některé problémy, resp. nedostatky peněžitého trestu

---

[1] Např. zákon č. 86/1950, trestní zákon (§§ 48 až 50) nebo zákon č. 117/1852, trestní zákon o zločinech, přečinech a přestupcích (§ 241)

[2] Zákon č. 140/1961 Sb., ve znění pozdějších předpisů, trestní zákon

[3] Zákon č. 40/2009 Sb., ve znění pozdějších předpisů, trestní zákoník

[4] Srov.:, Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha : C.H. Beck, 2000, str. 463

[5] Zdroj: Statistická ročenky kriminality vydávané Ministerstvem spravedlnosti ČR (http://portal.justice.cz/justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=3397&d=47145)

související s rozvojem společnosti v rámci rekodifikace trestního práva pochopitelně reaguje. Následující část příspěvku již bude věnována výlučně podobě peněžitého trestu v rámci rekodifikovaného trestního zákoníku.

Peněžitý trest ve světle rekodifikace trestního práva

V novém trestním zákoníku je úprava peněžitého trestu obsažena v ustanovením §§ 67 až 69 zákona č. 40/2009 Sb. ve znění pozdějších předpisů, trestní zákoník (dále jen „trestní zákoník“).

Podmínky uložení peněžitého trestu

S přihlédnutím ke skutečnosti, že mantinely ukládání tohoto trestu v podobě výčtu trestných činů, na které dopadá, se oproti stávající právní úpravě nikterak nemění, není nevyhnutné je na tomto místě podrobně popisovat a lze odkázat na řadu odborných publikací, které se touto problematikou zevrubně a pečlivě zabývají.[6] Pouze pro úplnost v rámci tohoto textu okrajově uvedu, že dle § 67 odst. 1 a 2 nového trestního zákoníku je možné peněžitý trest uložit, jestliže pachatel pro sebe nebo pro jiného úmyslným trestným činem získal nebo se snažil získat majetkový prospěch. Bez uvedených podmínek může soud uložit peněžitý trest pouze v případě, že trestní zákon uložení tohoto trestu za spáchaný trestný čin dovoluje, nebo ho ukládá za přečin a vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného přečinu a osobě a poměrům pachatele nepodmíněný trest odnětí svobody současně neukládá.

Možnost uložení peněžitého trestu jako trestu samostatného upravuje ustanovení § 69 odst. 3 trestního zákona zásadně obdobně jako je tomu u stávající právní úpravy, tak, že jako samostatný trest může být peněžitý trest uložen, jestliže vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu a osobě a poměrům pachatele uložení jiného trestu není třeba.

Výměra peněžitého trestu

Lze říct, že právě ohledně výměry peněžitého trestu překonala úprava této sankce v rámci rekodifikace největší změny. Stávající trestní zákon upravuje „mantinely“ ukládání peněžitého trestu pouze tak, že tento je možné ukládat v rozmezí od 2.000,- Kč do 5.000.000,- Kč, přičemž je pouze stanoveno, že soud při výměře peněžitého trestu přihlédne k osobní a majetkovým poměrům pachatele.

---

[6] Např. Jelínek, J.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštna část.. Praha : Linde a.s., 2005; Kalvodová, V.: Postavení trestu odnětí svobody v systému trestněprávních sankcí. Brno : Masarykova univerzita, 2002; Kratochvíl, V.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno : Masarykova univerzita, 2005; Sotolář, A, Púry, F., Šámal, P.:Alternatívní řešení trestních věcí v praxi. Praha : C.H.Beck, 2000; Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha : C.H. Beck, 2000; a mnohé další.

Nová právní úpravu podchycuje výměru mnohem komplexněji. Ustanovení § 68 zavádí do českého právního řádu nové pravidla pro určování výměry peněžitého trestu, když stanovuje, že peněžitý trest se ukládá v denních sazbách a činí nejméně 20 a nejvíce 730 celých denních sazeb, přičemž jedna denní sazba činí nejméně 100 Kč a nejvíce 50 000 Kč. Jak je patrno, v prvé řadě se poměrně radikálním způsobem mění „rozpětí", v rámci kterého bude možné peněžitý trest ukládat. Dolní hranice zůstává u 2 000 Kč, nicméně horní hranice tohoto trestu v rámci nové úpravy může dosahovat až 36 500 000 Kč. Uvedený posun horní hranice výměry peněžitého trestu nelze hodnotit jinak, než jako pozitivně. V současné společnosti jsou ekonomické rozdíly mezi občany více než propastné a pokud má peněžitý trest skutečně naplňovat svůj účel, tj. zasáhnout do majetkové sféry odsouzeného natolik citelně, aby se do budoucna vyvaroval páchání trestné činnosti, zákonitě musí být rozpětí výměry peněžitého trestu co nejširší. Horní hranici výměry peněžitého trestu ve výši 36 500 000 Kč lze již považovat za značně citelnou ujmu i pro odsouzené pocházející z více než nadstandardních majetkových poměrů.

Ze změny způsobu určování výměry peněžitého trestu však neplyne pouze navýšení její horní hranice. Mnohem podstatnější skutečností v tomto směru je ustanovení § 68 odst. 3 trestního zákoníku, ve kterém je stanoveno pravidlo pro vyměřování výše peněžitého trestu konkrétním pachatelům. Počet denních sazeb soud určí s přihlédnutím k povaze a závažnosti spáchaného trestného činu. Výši jedné denní sazby peněžitého trestu stanoví soud se zřetelem k osobním a majetkovým poměrům pachatele. Přitom vychází zpravidla z čistého příjmu, který pachatel má nebo by mohl mít průměrně za jeden den. Dále je stanoveno, že příjmy pachatele, jeho majetek a výnosy z něj, jakož i jiné podklady pro určení výše denní sazby mohou být stanoveny odhadem soudu.

Důvodová zpráva[7] k návrhu nového trestního zákoníku k tomuto uvádí, že „nově by měl být systém majetkových sankcí doplněn o ukládání peněžitého trestu ve formě tzv. denních pokut, jejichž podstatou je vyjádření povahy a závažnosti činu počtem denních sazeb, přičemž za každý den musí být uhrazena určitá peněžní částka stanovená na základě pečlivého hodnocení majetkových poměrů pachatele, kdy se při stanovení výše denní sazby přihlíží k majetkovým poměrům pachatele, a vychází se především z čistého příjmu, který pachatel má nebo by mohl mít při náležitém využití svých schopností průměrně za jeden den. Tyto částky mohou být stanoveny i odhadem soudu, zejména v případě, kdy pachatel v době ukládání trestu nepracuje, anebo kdy v důsledku jeho postoje k trestnímu řízení není možné jeho skutečný denní příjem náležitě zjistit. Systém denních pokut je třeba chápat jako způsob výpočtu celkové částky tvořící peněžitý trest a není s ním nutně spojeno jeho placení ve formě řady jednotlivých termínovaných splátek. V našich podmínkách se jeví však potřebným spojit obě tato

[7] Dostupná z www.psp.cz

hlediska - způsob výpočtu i způsob zaplacení ve splátkách, neboť je to nejúčinnější z hlediska účelu trestu i výkonu tohoto trestu."

Přestože se v důvodové zprávě výslovně uvádí, že systém denních pokut představuje způsob výpočtu výměry peněžitého trestu a není s ním nezbytně spojeno uhrazení peněžitého trestu ve splátkách, přinejmenším v rámci úvah de lege ferenda by bylo vhodné uvažovat o denních pokutách i v tomto smyslu. Požadovat po pachateli, aby hradil peněžitý trest v denních splátkách, by bylo samozřejmě nezbytné považovat za zbytečně šikanózní. Avšak výkon peněžitého trestu v pravidelných, třeba týdenních splátkách, klidně spojených s povinností tyto splátky hradit osobně třeba probačnímu úředníkovi, by mohl vnést zejména u pachatelů blízkých věku mladistvých velice zajímavý element z pohledu jejich nápravy. Značně by se tím zvyšovala citelnost tohoto trestu, zejména u takto specifikovaného okruhu pachatelů, kterým by byly v pravidelných intervalech odčerpávány finanční prostředky, které by jinak mohli využít k jiným účelům. Také povinnost hradit jednotlivé splátky osobně by k citelnosti této sankce výrazně, avšak ne neúměrně přispěla. Je potřeba si otevřeně přiznat, že u takto specifikovaného okruhu pachatelů za ně peněžitý trest obvykle uhradí rodiče, nebo jím s úhradou peněžitého trestu alespoň pomůžou. S tímto souvisí další zajímavý aspekt nápravy pachatele, kterým je pocit viny a odpovědnosti, avšak ne vůči státu či společnosti, ale právě vůči nejbližším lidem z okruhu pachatele. Pokud takový pachatel uhradí (resp. někdo za něho uhradí peněžitý trest najednou), vliv rodiny se bude v tomto směru projevovat nanejvýš měsíc, možná dva. Pokud odsouzený pachatel bude nucen pravidelně odnášet určitý finanční obnos, což by mu a jeho nejbližším zároveň jeho deliktní jednání opakovaně a opakovaně připomínalo, byl by tento vliv co do délky a intenzity nepochybně znatelnější.

Splátky peněžitého trestu

Obdobně jako stávající trestní zákon, tak i nový trestní zákoník pamatuje s ohledem na majetkové poměry pachatele na možnost uhrazení peněžitého trestu v pravidelných přiměřených splátkách, které musí být ze zákona měsíční. Stávající právní úprava v tomto směru oproti rekodifikovanému trestnímu zákoníku trpí, resp. lze říct, že už jenom trpěla nedostatkem, který se v rámci rekodifikace podařilo alespoň částečně odstranit. V současné době účinný trestní zákon totiž nepamatoval na situace, kdy by odsouzený pachatel výkon peněžitého trestu v pravidelných měsíčních splátkách nedodržoval. Rekodifikovaný trestní zákoník však ustanovení o přiměřených splátkách peněžitého trestu doplnil v tom smyslu, že odsouzený pachatel ztratí výhodu výkonu peněžitého trestu ve splátkách, nedodrží-li termíny splátek. Z dikce ustanovení § 68 odst. 5 trestního zákoníku „soud může určit" však plyne, že i o této skutečnosti, tj. o ztrátě výhody splátek peněžitého trestu musí soud rozhodnout předem, již v odsuzujícím rozsudku. Pokud tak neučiní, stává se situace opět velice komplikovaně řešitelnou.

Motivace pachatele k dobrovolnému výkonu peněžitého trestu

Stejně jako v rámci stávající právní úpravy, tak i ve světle rekodifikace trestního práva zůstává spornou efektivní možnost motivace odsouzeného pachatele k dobrovolnému splnění peněžitého trestu. Toto motivování pachatele spočívá v „pohrůžce" výkonu náhradního trestu odnětí svobody pro případ dobrovolného nevykonání peněžitého trestu. Je pouze pochopitelné, že s ohledem na zvýšení horní hranice výměry peněžitého trestu došlo také ke zvýšení maximální výměry náhradního trestu odnětí svobody ze dvou na čtyři roky.

S přihlédnutím k horní hranici výměry ve výši 36 500 000 Kč však zůstává na pováženou efektivita této motivace i přes shora uvedené zvýšení maximálně přípustného náhradního trestu odnětí svobody. Řada pachatelů již nyní volí raději výkon náhradního trestu odnětí svobody před zaplacení peněžitého trestu, nebo peněžitý trest zaplatí jenom částečně a posléze vykonají pouze poměrnou část náhradního trestu odnětí svobody, což ne zcela koresponduje s naplněním účelu tohoto alternativního trestu.

Řešení tohoto problému přitom může spočívat ve zcela jednoduché pozitivní motivaci pachatele. Poslední část příspěvku tedy bude věnována ustanovení § 69 odst. 2 v návaznosti na ustanovení § 105 odst. 1 písm. e) trestního zákoníku, resp. ustanovení § 54 odst. 4 v návaznosti na § 69 odst. 1 písm. c) stávajícího trestního zákona, které upravují institut zahlazení odsouzení. Zahlazení odsouzení probíhá u peněžitého trestu ve dvojím režimu, když se rozlišuje, zda byl peněžitý trest uložen pro trestný čin spáchaný z nedbalosti nebo úmyslně. K zahlazení odsouzení k peněžitému trestu uloženému za nedbalostní trestný čin dochází hned jeho výkonem, avšak na zahlazení odsouzení k peněžitému trestu pro úmyslný trestný čin musí pachatel počkat 1 rok. Uvedenou změnu oproti stávající právní úpravě lze zcela jednoznačně považovat za pokrok, neboť podle současného trestního zákona je tato lhůta tříletá.

Vyvstává otázka, proč nemotivovat odsouzeného pachatele k řádnému výkonu peněžitého trestu pozitivně, tj. „čistým" rejstříkem trestů, což lze v dnešní době považovat za esenciální pro každého člověka, který chce ve společnosti fungovat jako její řádný a plnohodnotný člen. De lege ferenda by tedy bylo vhodné uvažovat o tom, že by se ve světle zahlazení odsouzení peněžitého trestu přestaly rozlišovat úmyslné a nedbalostní trestné činy.

Závěr

Peněžitý trest jako alternativa k nepodmíněnému trestu odnětí svobody má v právním řádu České republiky své nezastupitelné a užitečné místo. V současné době již nelze předpokládat, že by se z právní úpravy vytratil. Je ale pochopitelně nevyhnutné pořád diskutovat o jeho konkrétní podobě, aby mohl co nejefektivněji naplňovat svůj účel a do budoucna pozitivně ovlivňovat chování odsouzených pachatelů. Autor tohoto textu doufá, že

svým dílčím příspěvkem této diskuzi do budoucna napomohl, a že nezůstane uzavřená.

Literature:

- Důvodová zpráva k zákonu č. 40/2009 Sb., trestní zákoník
- Jelínek, J.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Zvláštna část.. Praha : Linde a.s., 2005
- Kalvodová, V.: Postavení trestu odnětí svobody v systému trestněprávních sankcí. Brno : Masarykova univerzita, 2002
- Kratochvíl, V.: Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno : Masarykova univerzita, 2005
- Sotolář, A, Púry, F., Šámal, P.:Alternatívní řešení trestních věcí v praxi. Praha : C.H.Beck, 2000
- Statistická ročenky kriminality vydávané Ministerstvem spravedlnosti ČR (http://portal.justice.cz/justice2/MS/ms.aspx?j=33&o=23&k=3397&d=47145)
- Šámal, P., Púry, F., Rizman, S. Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. Praha : C.H. Beck, 2000

Contact – email

ondro@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DUŠEVNÍ PORUCHA VE SMYSLU § 123 TRZ - TÉMA NJEN PRO TRESTNÍ PRÁVNÍKY

HELENA VÁLKOVÁ

Fakulta práva, Západočeská univerzita v Plzni

Abstract in original language
Trestněpolitický zájem na co nejpřesnější a zároveň dostatečně obecně formulované definici toho, co je třeba v zájmu účinné trestněprávní ochrany zahrnovat pod pojem duševní poruchy, je důvodem, proč se nový trestní zákoník v jednom ze svých výkladových ustanovení (§ 123) pokusil o novou definici duševní poruchy. Klíčovým pojmem ve smyslu § 123 TrZ je duševní porucha, nikoli duševní nemoc. Pojmy uvedené v § 123 TrZ nelze pokládat za výlučně medicínsky-psychiatrické, byť se samozřejmě nejedná ani o výhradně právní terminologii. S přihlédnutím k vývoji vědních oborů psychiatrie a psychologie, které především v poslední době zaznamenaly značný pokrok, je též třeba nepokládat výklad jednotlivých pojmů za jednou provždy platné dogma.

Key words in original language
Duševní porucha; duševní nemoc; nepříčetnost; zmenšená příčetnost; nebezpečný pachatel; znalecký posudek; ochranná opatření.

Abstract
Criminal policy is interested in general but enough precious definition of what should be understood under term mental disorder. That is why the new penal law from 2009, which will come in force on 1.1. 2010, determines in its paragraph 123 in relatively concrete way, which mental disorders are covered by the definition of mental disorder. Further the key term in § 123 is not mental disease, but mental disorder. Nevertheless the last findings of psychiatry and psychology signalise our limited knowledges concernig mental health, so that we have to be prepared for possible change of particular terms of mental disorder in the future.

Key words
Mental disorder; mental disease; insanity; decreased insanity; dangerous offender; expert opinion; protective measures.

I. Úvodem

Tradičně mezioborové téma pachatele nepříčetného v důsledku duševní poruchy logicky přitahuje jak pozornost trestních právníků, tak forenzních psychiatrů. Způsobilost pachatele stát se trestně odpovědným, vycházející z jeho duševních schopností (stavu) a o ně se opírajícího konstatování stran jeho nepříčetnosti (§ 26 TrZ), zmenšené příčetnosti (§ 27 TrZ) či plné příčetnosti, jako jedné ze základních podmínek míry jeho trestní odpovědnosti, resp. její absence, je jistě dostatečným důvodem pro to, aby

se nový trestní zákoník v jednom ze svých výkladových ustanovení pokusil o novou definici duševní poruchy (§ 123 TrZ). Krom toho spáchání protiprávního, trestní sankcí ohroženého činu ve stavu vyvolaném duševní poruchou, nemusí ani vždy ke zmenšené příčetnosti či dokonce nepříčetnosti vést, a přesto pro pachatele – právě vzhledem ke stavu, ve kterém se dopustil svého činu - může mít fatální trestněprávní následky: za podmínek § 47 TrZ lze upustit od potrestání takového pachatele za současného uložení ochranného léčení nebo zabezpečovací detence nebo mu lze za podmínek § 99 odst. 2 písm. a) TrZ uložit ochranné léčení, případně za splnění podmínek § 100 odst.2 písm. a) TrZ zabezpečovací detenci.

Trestněpolitický zájem na co nejpřesnější a zároveň dostatečně obecně formulované definici toho, co je třeba v zájmu účinné trestněprávní ochrany zejména před nebezpečnými pachateli závažných trestných činů zahrnovat pod pojem duševní poruchy, je tedy evidentní.. Zda se tohoto úkolu zákonodárce zhostil úspěšně, ukáže až aplikace příslušného ustanovení v praxi, kde bude velkou roli hrát i to, jak se k novému vymezení duševní poruchy „s trestněprávní náplní“[1] postaví soudní znalci z oboru psychiatrie. Nechme se překvapit…

II. Obecné vymezení pojmu duševní porucha

Znění § 123 není komplikované, neboť jednoznačně stanoví, že *„duševní poruchou se rozumí mimo duševní poruchy vyplývající z duševní nemoci i hluboká porucha vědomí, mentální retardace, těžká asociální porucha osobnosti nebo jiná těžká duševní nebo sexuální odchylka“*.

Toto výkladové ustanovení vymezuje pro účely základních trestněprávních předpisů (zákona č. 40/2009, Sb., trestního zákoníku, zákona č. 141/ 1961 Sb., trestního řádu a zákona č. 218/ 2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže) co je třeba rozumět pod pojmem *duševní porucha*. Vychází přitom jak z jejího trestněprávně relevantního obsahu, tak ze současného stavu medicínsko-psychiatrického poznání[2]. Používá terminologie mezinárodně uznávaného, diagnostického klasifikačního systému ICD-10 (*Mezinárodní klasifikace nemocí v 10. revizi/ 10th Revision of the International Classification of Diseases*), případně pracuje i s pojmy a obsahy převzatými z manuálu vyvinutého Americkou psychiatrickou společností (APA), známého pod názvem DSM-IV-TR.

---

* Autorka je profesorkou na Fakultě právnické ZČU v Plzni a na Filozofické fakultě UK v Praze.

[1] *Kratochvíl, V. a kolektiv*. Kurs trestního práva.Trestní právo hmotné. Obecná část.1.vyd. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 196

[2] Srov. *Císařová, D., Vanduchová, M. M.* nepříčetný pachatel. Příručky ministerstva spravedlnosti. Svazek 55. Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1995, s. 24 a násl.; *Solnař, V.* Základy trestní odpovědnosti. Praha: Academia, 1972, s. 178 a násl.

Klíčovým pojmem ve smyslu § 123 je *duševní porucha*, nikoli duševní *nemoc*; forenzní psychiatrie ostatně nediferencuje patologické duševní obtíže na nemoci a duševní poruchy, ale obecně hovoří jen o duševních poruchách. Pokud pak používá užší pojem duševní nemoc ve vlastním smyslu slova, pak je záměrem spíše poukázat na možnosti a meze léčitelnosti daného duševního stavu (např. schizofrenii je vhodné léčit), zatímco u osob s těžkou poruchou osobnosti bude adekvátnější jiný druh působení (např. uložení a výkon zabezpečovací detence).[3]

Protože s výjimkou intoxikací a poruch organického původu se u duševních poruch diagnostikovaných podle ICD-10 jedná o pouhý výčet symptomů podřazených pod určitou diagnózu, bez uvedení jejich příčin,[4] nelze považovat takovou diagnózu za dostatečnou ani jako podklad k právnímu posouzení příčetnosti, resp. nepříčetnosti, a s tím související trestní odpovědnosti pachatele (srov. § 26 a § 27) a často ani jako dostatečný výklad geneze, průběhu a prognózy konkrétní duševní poruchy. V odborné literatuře se proto kriticky poukazuje na nebezpečí příliš zjednodušeného, povrchního, a proto i nepřesného posuzování duševní poruchy omezující se na pouhý odkaz na diagnózu podle ICD-10, popř. DSM-IV-TR, které by měly sloužit jen jako prvý stupeň na cestě ke stanovení komplexní, pro posuzování příčetnosti, resp. nepříčetnosti pachatele relevantní, diagnózy.[5] Znalce ani soud proto nezbavuje odpovědnosti za správné posouzení duševní poruchy a následné rozhodování o odpovědnosti pachatele a jejích trestněprávních následcích, pouhý odkaz na diagnózu a její popis vycházející výlučně z výše cit. klasifikačních manuálů.[6] Znamená to, že na straně jedné se nesmí soudce, např. při řešení otázek trestní odpovědnosti, spoléhat na autoritu znalce, který by jej měl přesvědčit o správnosti svých zjištění srozumitelnými vývody, na straně druhé, by měl mít psychiatr, stejně jako každý znalec v oboru soudního lékařství, určité právní znalosti, aby svým posudkem mohl přispět ke splnění účelu trestního řízení[7].

---

[3] *Raboch, J., Zvolský, P.* Psychiatrie. Praha: Galén, 2001, s.622

[4] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s. 87

[5] *Rasch, W.,Konrad, N.* Forensische Psychiatrie. 3.Aufl. Stuttgart: Kohlhammer, 2004, s. 47

[6] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s. 88

[7] Srov. *Císařová, D., Vanduchová, M. M.* nepříčetný pachatel. Příručky ministerstva spravedlnosti. Svazek 55. Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1995, s. 4

Z výše uvedeného vyplývá, že pojmy uvedené v § 123 TrZ nelze pokládat za výlučně medicínsky-psychiatrické, avšak samozřejmě se zde nejedná ani o pouhou terminologii právní. S přihlédnutím k vývoji vědních oborů psychiatrie a psychologie, které zaznamenaly od dob, kdy se konstituovaly pojmy jako duševní porucha podmíněná duševní nemocí nebo mentální retardace, značný pokrok, je též třeba přistupovat k výkladu jednotlivých diagnostických pojmů dostatečně obezřetně a nepokládat je za jednou provždy platné dogma (spíše opak je pravdou). Poslední biologické výzkumy např. naznačují, že se u pachatelů s diagnostikovanou asociální (dissociální) poruchou osobnosti vyskytují i biologicky podmíněné zvláštnosti, což by pak svědčilo ve prospěch zařazení tohoto typu poruchy spíše pod pojem duševní porucha vyplývající z duševní nemoci než pod samostatnou kategorii označovanou termínem (těžká) asociální porucha osobnosti.[8] Do jaké míry jsou tyto závěry opodstatněné, však ukáže až další výzkum.

V této souvislosti, tj. s ohledem na pokračující vědecký výzkum a z něj vyplývající nové poznatky, se nabízí otázka, proč český zákonodárce raději nezvolil pro trestněprávní účely konstrukci jednotného pojmu duševní poruchy podobně, jak to učinil v rámci revize trestního práva v roce 1992 švédský zákonodárce, když nahradil původní (obdobnou naší nynější) klasifikaci duševní poruchy jednotným pojmem duševní porucha, přičemž se soustředil více na exaktní vyjádření intenzity a závažnosti takové poruchy z hlediska potřeb trestního zákona než na její medicínskou kategorizaci. Na druhé straně i zvolené řešení má pro nás své výhody, neboť umožňuje vycházet z bohatých zkušeností forenzně-psychiatrického zkoumání a korespondující judikatury nejvyšších soudů, které byly v mezidobí s používáním výše uvedených pojmů - v souvislosti s posuzováním příčetnosti a potažmu trestní odpovědnosti pachatelů - nashromážděny v nám historicky a kulturně příbuzných právních systémech v sousedních, německy hovořících zemích.[9]

Problémy mohou vzniknout i u pachatelů se současným výskytem symptomů různých duševních poruch, kdy až posouzení jejich vzájemného působení vede k forenzně relevantním závěrům o příčetnosti konkrétního pachatele.[10] Ze soudněznaleckého pohledu hraje pak vysvětlení tohoto vzájemně podmíněného působení různých typů duševních poruch a jejich příčinné souvislosti s delikventním chováním klíčovou roli, neboť jak

---

[8] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 23

[9] Srov např. rozsáhlou judikaturu německého spolkového soudního dvora(BGH) k předmětné problematice ; Streng, F. „Komorbidität“, Schuldunfähigkeit, und Maßregelanordnung. Strafverteidiger, 2004, 24 (11), s. 614-620

[10] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 23

terapeutické, tak prognostické hodnocení je podstatně závislé na tom, zda představuje v konkrétním případě rizikový faktor jedna nebo více typů duševních poruch.[11]

Z právního hlediska je vyvozování závěrů o nepříčetnosti (§26) nebo o zmenšené příčetnosti (§27) konkrétního pachatele, jak při posuzování jeho trestní odpovědnosti, tak při rozhodování o tom, zda vůbec, a pokud ano, jaké tresty, resp. jaká ochranná opatření (§ 40, § 47, § 99, § 100) jsou z hlediska dostatečné ochrany společnosti před recidivou jeho jednání dostatečné a zároveň přiměřené závažnosti spáchaného činu a osobnosti pachatele (§ 39 odst.1, odst.2) závislé na kvalitě znaleckého posudku (§ 105 TrŘ, § 107 TrŘ) zjišťujícího výskyt duševní poruchy a její souvislost s delikventním jednáním, tj. s projednávaným trestným činem, popř. činem jinak trestným. Význam diagnostického zařazení posuzované duševní poruchy z hlediska trestněprávně relevantních důsledků přitom ztrácí postupně na významu ve prospěch komplexněji provedené analýzy vnitřních souvislostí mezi zjištěnou duševní poruchou, která se nadto navenek nemusí ani výrazněji manifestovat, a spáchanou trestnou činností.[12] S těmito limity je třeba proto přistupovat i k výkladu jednotlivých pojmů, kterými trestní zákoník ve svém ust. § 123 označuje různé duševní stavy a v trestněprávně relevantním smyslu slova je zahrnuje pod obecnější pojem duševní porucha.

Psychiatrické kritérium samo o sobě, včetně své výše vyložené „trestněprávní náplně“, by nadto mohlo vést u institutu nepříčetnosti k jeho příliš široké aplikaci a v důsledku toho i k oslabování trestní represe. Proto je zde nutné uplatnit zároveň i kritérium časové. Z pohledu viny pachatele je proto právně relevantní pouze taková duševní porucha, která existuje v době spáchání trestného, resp. jinak trestného činu (§26). Irelevantní je tak zjištění duševní poruchy před spácháním trestného činu, bude-li jeho pachatel v době činu již příčetný; naopak vypukne-li duševní porucha po spáchání deliktu, může s sebou nést v rovině trestněprocesní již důsledky (srov.např. § 173 odst.1 písm.c), § 188 odst.1 písm.d), § 224 odst.1, § 255 odst.1, § 325 odst.1 TrŘ).[13]

III. Klasifikace duševních poruch

1. Duševní poruchy vyplývající z duševní nemoci

---

[11]*Coid, J.W.. The co-morbidity of personality disorder and lifetime clinical syndromes in dangerous offenders. The Journal of Forensic Psychiatry and Psychology, 2003, č.14, s. 341-366*

[12] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 23

[13] *Kratochvíl, V. a kolektiv*. Kurs trestního práva.Trestní právo hmotné. Obecná část.1.vyd. Praha: C.H.Beck, 2009, s. 196

Pod pojem duševní poruchy vyplývající z duševní nemoci se zařazují, ve shodě s klasickým psychiatrickým pojetím, všechny somaticky podmíněné duševní nemoci, včetně těch, u kterých se takový organický původ postuluje. V tomto smyslu jimi rozumíme především:[14]

- exogenní psychózy, tj. poruchy vyvolané organickým poškozením mozku, jako jsou psychózy po poranění mozku, psychózy způsobené intoxikací anebo infekcí, defekty v systému látkové výměny, epilepsie, mozkové tumory, rozpad osobnosti např. v důsledku arteriosklerózy;

- endogenní psychózy, s předpokládanými, nicméně dosud vědecky neprokázanými somatickými příčinami, jako je schizofrenie, cyklothymie, maniodepresivní poruchy (jejich podobnost s exogenními psychózami tkví v tom, že stejně jako ony nepříznivě zasahují jádro osobnosti a omezují schopnosti rozumného jednání);

- stavy v alkoholovém či drogovém opojení (rauši), vyvolané nadměrnou konzumací alkoholu nebo zneužitím drog, v důsledku nichž dojde k otravě organismu;

- geneticky podmíněné nemoci jako je např. Downův syndrom nebo Klienefelterův syndrom

Společné je výše uvedenému, pestrému katalogu duševních poruch jednak to, že jsou v důsledku své somatické podmíněnosti fatální, tj. nezávislé na lidské vůli, jednak to, že masivně ovlivňují osobnostní schopnosti jedince rozumně jednat a své jednání ovládat[15].

2. Hluboká porucha vědomí

Pod tímto pojmem rozumí forenzní psychiatrie poruchy vědomí, ke kterým může dojít i u jinak zdravého jedince, tzn. jinými slovy, jejichž příčina není organického původu. Aby však mohly být takové duševní stavy diagnostikovány jako hluboké poruchy vědomí, musí vést k podstatnému omezení duševních schopností jedince. Jinak řečeno, postižený není schopen racionálně ani emocionálně objektivně hodnotit sebe a své okolí, neboť jeho schopnost vnímání je podstatně redukována až eliminována.[16]

---

[14] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s. 88

[15] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 23 a násl.

[16] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s.89

Pokud by ovšem chybělo vědomí zcela a šlo o stav bezvědomí, jaký se vyskytne např. při úraze v důsledku autonehody, není důvod příčetnost takového jedince vůbec zkoumat (např. v souvislosti s neposkytnutím pomoci jinému účastníku nehody), neboť zde zcela chybí obligatorní znak skutkové podstaty trestného činu, totiž jeho subjektivní stránka.

Znamená to, že u hluboké poruchy vědomí dochází k dezorientaci, která právě představuje duševní poruchu ve smyslu § 123 TrZ, nikoli však k naprosté absenci vědomí. Důležité je přitom to, že hlubokou poruchou vědomí jsou označovány takové duševní poruchy, které nemají původ v somatickém onemocnění, nýbrž se jedná o tzv. „normální psychické“ poruchy.[17] V praxi se bude nejčastěji jednat o posuzování činů spáchaných jinak duševně zdravým jedincem v extrémních zátěžových situacích (srov. činy spáchané ve zlobném afektu, ze strachu o blízkou osobu, např. malé dítě, ve stavu vyčerpanosti apod.). Taková jednání však, mají-li být zahrnuta pod pojem duševní porucha (§ 123), budou muset zároveň vykazovat značnou intenzitu, odpovídající termínu hluboká.[18] Znamená to, že takto označit bude možné pouze taková jednání, u kterých intenzita posuzované poruchy překračuje výrazně normální projevy chování v zátěžových situacích a paralyzuje, resp. omezuje podstatně schopnost jedince smysluplně jednat.[19] Hlubokými poruchami chování tak nejčastěji rozumíme důsledky masivních afektivních zátěží, jakými jsou strach, hněv, ztráta, resp. utlumení pocitové empatie, apod. Kromě toho se v německé odborné literatuře jako hluboké poruchy vědomí označují i stavy chronické spánkové deprivace, „spánkové opilosti“, jednání v hypnóze a somnambulismus.[20]

3. Mentální retardace

Pod pojem mentální retardace jsou zahrnovány všechny defekty inteligence, s výjimkou vrozených forem mentálních poruch, které patří do kategorie duševních poruch vyplývajících z nemoci.[21] Etiologické faktory mentální

---

[17] *Wolfslast, G.* Die Regelung der Schuldfähigkeit im StGB. Juristische Arbeitsblätter, s.464

[18] *Císařová, D., Vanduchová, M. M.* nepříčetný pachatel. Příručky ministerstva spravedlnosti. Svazek 55. Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1995, s. 28

[19] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s. 90

[20] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 24

[21] *Fischer,Th.* Kommentar zum Strafgesetzbuch. 55. Aufl. München: C.H.Beck, 2008, § 20, marg. č. 35

retardace mohou být primárně organického nebo primárně psychosociálního původu, popř. kombinací obou. Mentální retardace ve smyslu snížené inteligence (s horní hranicí kolem 70 IQ) pak v kombinaci s dalšími faktory, zejména s určitými osobnostními rysy a nepříznivým průběhem socializace, může svést pachatele k delikvenci snadněji než osobu se standardní mentální kapacitou.[22] Proto je nutné znalecky posoudit mentální retardaci ve smyslu duševní poruchy podle § 123 komplexněji než ji jen omezit na zjištění nižšího intelektu.[23]

4.Těžká asociální porucha osobnosti

Existují různé způsoby, jak vysvětlit mechanismus vzniku a průběhu kriminálního chování, jedním z nich je koncept tzv. psychopatického pachatele rozvinutý již v 60. letech minulého století na základě pozorování a rozboru osobnosti zločinců, kteří se opakovaně dopouštěli velmi závažných, brutálně provedených zločinů.[24] Tak např. H.Cleckley[25] popsal psychopata jako morálního idiota, který sice není v zajetí klasické psychózy, ale je neschopný empatie, chronicky lže, je nadprůměrně inteligentní a egocentricky orientovaný. Indikátory psychopatického vývoje se projevují již v dětství a v dospívání v podobě poruch spánku, týrání zvířat, vandalismu, žhářství apod. V jejich impulzivitě a agresivitě, na sebe zaměřeném chování a absenci morálních pravidel se skrývá klíč pozdější celoživotní kriminality.

Existence takto jednoznačně a fatálně popsané osobnosti kriminálního psychopata sice nebyla výsledky provedených empirických výzkumů nikdy spolehlivě prokázána, některé získané poznatky však určité souvislosti mezi výše uvedenými faktory přesto signalizují.

Dehonestující klasifikace jedince označeného termínem psychopat vedla v roce 1968 Americkou psychiatrickou společnost (APA) k nahrazení termínu psychopatická osobnost termínem antisociální osobnost (DSM-IV.); v Evropě jsou obdobné poruchy osobnosti označovány termínem dissociální poruchy osobnosti (ICD-10). Bez ohledu na rozdíly v terminologii, je oběma klasifikacím společné, že označují jako poruchy osobnosti takové projevy chování navenek, jaké má na mysli § 123 TrZ, když pod

---

[22] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 24

[23] Srov. shodně též *Císařová, D., Vanduchová, M. M.* nepříčetný pachatel. Příručky ministerstva spravedlnosti. Svazek 55. Praha: Institut pro další vzdělávání soudců a státních zástupců, 1995, s. 29

[24]*Kuchta, J., Válková, H. a kol.* Základy kriminologie a trestní politiky. Praha: C.H.Beck, 2005, s. 69 a násl., s. 346 a násl.

[25] *Cleckley, H.* The mask of sanity., 5.vyd. St.Luis: Mosby, 1976

trestněprávně relevantní pojem duševní poruchy zařazuje i těžké asociální poruchy osobnosti.

Pokusíme-li se nyní o zobecňující charakteristiku současných poznatků z kriminologických výzkumů pachatelů s asociální poruchou osobnosti, dospějeme k následujícím závěrům[26]:

- ve vězeňské populaci je signifikantně vyšší počet jedinců s poruchami osobnosti než v populaci netrestané;

- pachatelé opakovaných závažných násilných a sexuálních trestných činů se dopouštějí tohoto druhu trestné činnosti často i v pozdějším věku, kdy kriminální aktivity ostatních delikventů s přibývajícím věkem postupně odeznívají; právě tito tzv. chroničtí pachatelé nejzávažnější trestné činnosti jsou vůči různým sankcím, terapiím i změnám svých sociálních poměrů často rezistentní;

- početně malá skupina chronických pachatelů (podle amerických výzkumů kolem 10-15%), tvořící tzv. tvrdé jádro kriminální populace, je odpovědná za 70-80% nejzávažnějších zločinů[27], přičemž je pro ni příznačný častý výskyt problémů registrovaných nejbližším sociálním okolím již kolem šestého roku věku (motorické, mentální, psychické, somatické poruchy a deficity se v dospívání stupňují a nabývají podob typicky asociálních projevů chování, jakými jsou šikana, krádeže, loupeže apod.).[28] V dospělosti se delikvent s výraznými asociálními rysy osobnosti dopouští často domácího násilí vůči své partnerce a dětem a opakovaně páchá závažné trestné činy.

- výzkumu potvrdily, že zde platí pravidlo: čím dříve a hlavně čím závažnější je prvý spáchaný delikt, tím vyšší existuje pravděpodobnost recidivy nejzávažnějších forem kriminality; na druhé straně signifikantní souvislost mezi frekvencí bagatelních deliktů a pozdější závažnou recidivou výzkumy neprokázaly.[29]

---

[26] *Kuchta, J., Válková, H. a kol.* Základy kriminologie a trestní politiky. Praha: C.H.Beck, 2005, s. 72 a násl.

[27] *Siegel, L.J.* Criminology. 6.vyd. Belmont, CA: Wadsworth Publishing Company, 1998, s. 68-71

[28] *Whitte, J., Moffit, T., Earls, F., Robins, L., Silva, P.* How early can we tell? Predictors of Childehood Conduct Disorder and Adolescent Delinquency. Criminology 28, 1990, s. 507-535

[29] *Tracy, P., Kempf-Leonard, K.* Continuity and Discontinuity in Criminal Carees. New York: Plenum Press, 1996

Z výše uvedených poznatků čerpají tzv. neoklasické teorie kriminality a z nich vycházející (zejména v USA oblíbené) trestněpolitické koncepty, které vyúsťují v závěry nereagovat na kriminalitu recidivních pachatelů se závažnými asociálními poruchami osobnosti ukládáním sociálně, resp. terapeuticky zaměřených opatření, ale rozhodovat o jejich vině a trestu výlučně na základě zhodnocení závažnosti spáchaného zločinu (just desert), nicméně vždy rychle a za striktního dodržení principů právního státu (fair trial, determinate sentencing scheme), přičemž je kladen důraz i na omezení možnosti takového pachatele podmíněně propustit z výkonu trestu před uplynutím celé doby, na kterou byl uložen (truth in sentence). [30]

V evropském trestněpolitickém prostředí jsou sice takové koncepty v uvedeném pojetí nepřijatelné, nicméně v poslední době můžeme i zde zaznamenávat různé průlomy do tradičních dualisticky konstruovaných sankčních systémů, dříve striktně rozlišujících mezi podstatou, funkcí a cíli trestů na straně jedné a ochrannými opatřeními na straně druhé (srov. např. nový trestněprávní institut zabezpečovací detence nebo slovenský trestněpolitický koncept „třikrát a dost“, inspirovaný americkými zkušenostmi a uplatňovaný právě u pachatelů závažné trestné činnosti).

Zařazení pojmu těžká asociální porucha osobnosti mezi trestněprávně relevantní duševní poruchy ve smyslu § 123 proto není náhodné a je třeba je chápat i jako důsledek celosvětových tendencí reagovat v zájmu důslednější ochrany potenciálních budoucích obětí na nejzávažnější formy kriminality, pokud jsou páchány osobami jinak duševně zdravými, avšak s výraznými, trvalými asociálními rysy osobnosti, důrazněji než dosud.

Těžká asociální porucha osobnosti je tedy, jak je z výše uvedeného výkladu patrné, spíše kategorií, resp. pojmem náležejícím do vědních disciplin kriminologie a klinické psychologie než by se primárně jednalo o termín, resp. diagnózu psychiatrickou. Přesto je užitečné znát i definice antisociálních, resp. dissociálních osobnostních poruch charakterizujících jedince s vysokým rizikovým kriminálním potenciálem tak, jak jsou uvedeny v ICD-10 a DSM IV.

ICD-10 definuje dissociální poruchy osobnosti jako hluboce zakořeněné, dlouhodobé vzorce chování projevující se v rigidních reakcích na různorodé individuální a sociální životní podmínky jedince.

Naproti tomu DSM-IV stanoví konkrétněji, že u antisociálních poruch se jedná o přetrvávající vzorec prožitků a jednání, který se významně rozchází s představami sociokulturního okolí, je hluboce zakořeněný a neflexibilní, jeho počátek můžeme nalézt již v adolescenci nebo v časné dospělosti, je setrvalý a vede k újmě a znevýhodnění.

[30] *Kunz, K.-L.* Kriminologie. 3.Aufl .Bern: Haupt Verlag, 2003, s. 197

Oběma definicím je společné, že jde o víceméně neměnný, setrvalý stav, pro který je příznačný velký rozpor mezi tím, co je očekáváno ze strany okolí a tím, jak se jedinec s takovou diagnózou chová, resp. je schopen chovat.

Mezi nejčastější projevy dissociální poruchy osobnosti (podle ISD-10) patří:

- výrazná neschopnost vnímat pocity druhých a nedostatek empatie
- trvající velká nezodpovědnost a nerespektování sociálních norem a závazků
- neschopnost udržet si dlouhodobější osobní vztahy
- velmi nízká frustrační tolerance a nízký práh pro projevy agresivního chování
- neschopnost pocitů viny, nepoučitelnost, neefektivnost uplatňovaných sankcí

Z citovaných charakteristik poruch osobnosti je patrné, že komplex uvedených rysů může tvořit výstižný popis duševní poruchy, kterou má zákonodárce v § 123 na mysli pod pojmem těžká asociální porucha osobnosti, a proto nebude obtížné z uvedených definic a klasifikací v těchto případech, samozřejmě i s přihlédnutím ke specifikám konkrétního pachatele a jím spáchaného činu, vycházet při stanovení diagnózy pachatele s duševní poruchou v podobě těžké asociální poruchy osobnosti.

5. Jiná těžká duševní nebo sexuální odchylka

Tento „sběrný“ pojem označuje všechny další duševní poruchy, které se nepodařilo podřadit pod dříve uvedené pojmy duševní poruchy vyplývající z duševní nemoci, hluboké poruchy vědomí, mentální retardace, těžké asociální poruchy osobnosti, které by však - vzhledem k jejich trestněprávně relevantním významu – bylo třeba pod pojmem duševní porucha ve smyslu § 123 TrZ zahrnout.[31]

Jinou těžkou duševní nebo sexuální odchylkou se v tomto smyslu rozumí především[32]:

[31] *Nedopil, N.* Forensische Psychiatrie. 3. vyd. Stuttgart, New York: Georg Thieme Verlag KG, 2007, s. 24

[32] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s. 93-97

- nejrůznější druhy neuróz: např. závažné poruchy chování v období dospívání výrazně vybočující z běžných, drobných excesů příznačných pro životní fázi neukončeného somatického a psychosociálního vývoje, nutkavé, kverulantské až paranoidní jednání, depresivní reakce se suicidálními tendencemi, doprovázené často i masivními psychosomatickými problémy (např. reakce na emocionální deprivaci v útlém dětství); společné je neurotickým poruchám to, že např. na rozdíl od psychóz trvají zpravidla jen přechodnou dobu (často v určitém životním období) a trpí jimi i jinak duševně zdraví, nezřídka i naprosto socializovaní jedinci;

- sexuální deviace: závažné sexuální poruchy chování neorganického původu, v důsledku kterých je výrazně ovlivněno volní a rozumové rozhodování jedince, který pak není sto (zcela nebo částečně) kontrolovat a ovládat své sexuální pudy a prožitky (např. pedofilie, sadomasochismus, apod.);

- další druhy závislostí psychické povahy (chronický abúzus bez somatické závislosti na alkoholu či jiné droze, patologické hráčství, apod.)

Ve všech shora uvedených případech zahrnutých mezi jiné těžké duševní nebo sexuální odchylky je z hlediska trestního práva vždy nezbytné při posuzování konkrétního pachatele vzít v úvahu i všechna další specifika jeho osobnosti (např. skutečnost, že je pachatel sexuálního trestného činu jinak dobře sociálně integrován), která mohou v rámci komplexního vyhodnocení sehrát významnou roli. Nejde tedy jen o správné zodpovězení otázky trestní odpovědnosti takového jedince, ale i o pečlivé zvážení toho, která sankce, resp. postup, bude v projednávaném případě nejlépe garantovat, že již pachatel znovu neselže.

IV. Duševní porucha u mladistvého pachatele

To, co bylo výše uvedeno ohledně druhů duševních poruch zahrnutých pod pojem duševní porucha ve smyslu § 123 TrZ, platí bezezbytku i pokud jde o mladistvé pachatele, byť některé z popsaných osobnostních defektů a deviací se naplno projeví, resp. rozvinou až v jejich pozdějším věku, a proto nemusí být navenek viditelně manifestovány a tedy i jejich včasné odhalení bude obtížné.

Stejné nebezpečí, jaké hrozí, nejsou-li včas diagnostikovány a terapeuticky, popř. i sankčně traktovány duševní poruchy související s trestnou činností mladistvého, v sobě však nese i záměna poruch chování příznačných pro fázi dosud neukončeného psychosomatického a sociálního vývoje s výše uvedenými duševními poruchami závažnějšího rázu. Zatímco v případě juvenilních poruch chování, které v některých (zejména anglosaských) právních systémech nemusí dosáhnout ani závažnosti požadované zákonem pro vyvození trestní odpovědnosti u dospělého pachatele (tzv. statusové delikty spočívající např. v chození za školu, drobných formách výtržnictví,

jako je např. rušení nočního klidu, excesy v pití alkoholu, jednorázové užití drogy apod.), je třeba postupovat uvážlivě a využívat tradičních sankčních prostředků pouze při striktním dodržování zásady ekonomie trestní represe a upřednostňovat výchovná opatření a postupy před represivními (srov. § 1, §3, § 9 ZSM) bude třeba v případě jiných, často ještě skrytých, avšak ve svých důsledcích pro kriminální kariéru mnohem nebezpečnějších duševních poruch postupovat tak, aby se v rámci možností zamezilo jejich pozdějšího rozvinutí do podob těžkých duševních nebo sexuálních deviací, mnohem důsledněji a někdy i razantněji.

U mladistvého pachatele pak komplikuje situaci často i fakt, že se výše popsané problémy - totiž chování vybočující z běžného rámce sociálně aprobovaného jednání, jehož příčinou je nezralost typická pro fázi dospívání a projevy signalizující již přítomnost závažnější duševní poruchy – vyskytují souběžně. [33] Nesnadným, avšak nezbytným úkolem znalce zde pak musí být nejen správně určit různou genezi delikventních projevů, ale především navrhnout takové sankce, postupy a opatření, které by byly způsobilé na tyto etiologicky rozdílné deficity v osobnosti a chování dospívajícího diferencovaně reagovat.[34] Jedině za splnění tohoto předpokladu lze doufat, že i v prognosticky relativně beznadějných případech, se delikventní dráhu mladistvého podaří zvrátit.

Contact – email
hvalkova@vol.cz

[33] *Schreiber, H N., Rosenau, H.* Rechtliche Grundlagen der psychiatrischen Begutachtung.In: *K. Foerster, H. Dreßing(ed.)* Psychiatrische Begutachtung. 5.vyd., München: Elsevier GmbH, 2009, s. 105-106

[34] *Šebek, M.* Forenzní diagnostika. In: *P. Říčan, D. Krejčířová a kolektiv*. Dětská klinická psychologie. 4.vyd. Praha: Grada Publishing, 2006, s.483

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DROGOVÉ TRESTNÉ ČINY PODLE TRESTNÍHO ZÁKONÍKU V KONTEXTU FORMÁLNÍHO POJETÍ TRESTNÉHO ČINU

PETR ZEMAN

Institut pro kriminologii a sociální prevenci, Praha

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá změnami právní úpravy drogových trestných činů, obsaženými v novém trestním zákoníku. Upozorňuje na problémy, jež může nová právní úprava přinést aplikační praxi v souvislosti s dalšími změnami, zejména s přechodem k formálnímu pojetí trestného činu a závazným stanovením kvantitativního kritéria trestnosti některých forem nelegální dispozice s drogami (množství drogy) v nařízení vlády.

Key words in original language
Drogové trestné činy; omamné a psychotropní látky; pojetí trestného činu.

Abstract
The paper deals with changes in definitions of drug offences according to the new penal code. It highlights possible problems that can be brought by the new legislation to the practice in connection with other changes of penal law, especially with the transition to the formal concept of crime and the binding determination of the quantitative criterion of the criminal liability for some forms of illegal handling with drugs (the amount of drug) in the government decree.

Key words
Drug offences; narcotic and psychotropic substances; concept of crime.

1. ÚVOD

Nový trestní zákoník[1] kromě řady jiných změn přináší též modifikace v oblasti právní úpravy primárních drogových trestných činů[2]. V porovnání s jinými, především mediálně vděčnějšími tématy (věková hranice trestní odpovědnosti, trestní odpovědnost právnických osob, eutanazie, nové druhy sankcí apod.), která byla v této souvislosti hojně diskutována odbornou i

[1] Zákon č. 40/2009 Sb.

[2] Tento příspěvek se zabývá výhradně primární drogovou kriminalitou, tedy trestnými činy spočívajícími přímo v nelegální dispozici s omamnými a psychotropními látkami či v šíření jejich užívání (§ 187, § 187a, § 188 a § 188a tr. zák.), nikoliv jinou trestnou činností, jako je kriminalita pod vlivem drog či kriminalita opatřovací, jež bývá označována jako sekundární drogová kriminalita. V tomto smyslu je dále v textu pojmů „drogová kriminalita“ apod. užíváno.

laickou veřejností, probíhala a vlastně stále probíhá příprava nové úpravy postihu tohoto druhu kriminality bez větší pozornosti médií i těch odborníků, kteří se na ní bezprostředně nepodílejí. Cílem mého příspěvku je proto zamyslet se nad novou právní úpravou, a to nikoliv izolovaně z hlediska nových skutkových podstat primárních drogových trestných činů, ale v kontextu celého trestního zákoníku, a upozornit na některé komplikace, které by mohla přinést aplikační praxi. Příspěvek naproti tomu není zaměřen na problematiku změn v oblasti pojetí trestného činu, která je odbornou veřejností probírána dlouhodobě a podrobně.[3] S přechodem k formálnímu pojetí trestného činu v příspěvku pracuji jako s faktem, který utváří podmínky, za nichž budou jednotlivé skutkové podstaty interpretovány a aplikovány.

Posláním trestního práva je především určení, které ze společensky škodlivých činů dosahují takového stupně nebezpečnosti, aby je bylo možno prohlásit za trestné činy, stanovení trestů za jejich spáchání (popř. stanovení podmínek uložení jiných opatření v souvislosti s jejich spácháním), vymezení formálního postupu v jehož rámci má dojít k odhalení a objasnění trestného činu a k potrestání pachatele, jakož i stanovení prostředků, které lze v průběhu uvedeného postupu k dosažení jeho cíle použít. Jedním z charakteristických rysů trestního práva je subsidiarita jeho použití. Trestní právo disponuje těmi nejcitelnějšími prostředky státního donucení, které značně zasahují do práv a svobod občanů a jejich blízkých a mohou vyvolat i řadu vedlejších negativních účinků. Proto legitimitu trestněprávních zásahů může odůvodnit výlučně nutnost ochrany elementárních právních hodnot před činy zvlášť nebezpečnými pro společnost s tím, že neexistuje jiné řešení než trestněprávní a že pasivita státu by mohla vést ke svémoci či svépomoci občanů a k chaosu.[4]

V případě trestné činnosti spojené s neoprávněnou dispozicí s nelegálními drogami[5] nabývají tyto postuláty velmi zřetelného praktického významu. Společenská redukce negativních dopadů užívání drog musí být zaměřena současně na snižování nabídky drog (kontrola a represe), snižování poptávky po drogách (primární prevence, léčba a resocializace uživatelů) a

---

[3] Např. Kratochvíl, V.: Poznámky k legální definici trestného činu v osnově trestního zákoníku 2006 (české, mezinárodněprávní a evropskoprávní přístupy). In: Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného. Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference konané dne 11. 5. 2007 v Praze. Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství Karolinum, Praha 2007, str. 43 – 55; Kratochvíl, V.: Od materiálního pojetí k formálnímu pojetí trestného činu. Časopis pro právní vědu a praxi, 2/2005, str. 169 – 172; Pipek, J.: Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. Trestněprávní revue, 10/2004, str. 309 – 320; Teryngel, J.: K otázce materiálního a formálního pojetí trestného činu. Trestní právo, 10/1996, str. 11 – 13.

[4] Novotný, O. a kol.: Trestní právo hmotné - I. obecná část. CODEX, Praha 1997, s. 15

[5] Drogou se v textu dále rozumí výhradně droga nelegální, tj. omamná či psychotropní látka ve smyslu zákona č. 167/1998 Sb., o návykových látkách, v platném znění.

snižování rizik s jejich užíváním spojených. Tyto složky jsou vzájemně nezastupitelné a doplňují se.[6] Žádoucí míra represe v protidrogové politice je však, a to v celosvětovém měřítku, předmětem dlouhodobé a vzrušené diskuse. Rozdíly jsou již v základní otázce, zda do problematiky neoprávněného nakládání s drogami prostřednictvím trestního práva vůbec zasahovat. Na to navazuje problém určení, která z jednání spadajících do škály možných konkrétních projevů takového nakládání jsou natolik škodlivá aby bylo důvodné posuzovat je jako trestné činy. A konečně je třeba stanovit, jaká opatření je vůči pachatelům vhodné použít, aby bylo dosaženo účelu trestu.[7]

2. DROGOVÉ TRESTNÉ ČINY PODLE TRESTNÍHO ZÁKONÍKU

Vláda České republiky na svém jednání dne 14. listopadu 2001 usnesením č. 1177/01[8] přijala v souvislosti s drogovou problematikou soubor opatření. Jednalo se mimo jiné o požadavek, aby byly drogy legislativně rozděleny do 2 respektive 3 kategorií podle míry jejich zdravotní a společenské nebezpečnosti, tj. podle negativních zdravotních a společenských dopadů v důsledku jejich zneužívání. Dále vláda uložila v rámci přípravy rekodifikace trestního práva hmotného vzít v úvahu výsledky výzkumu „Projekt analýzy dopadů novelizace drogové legislativy (PAD)“[9] a provést revizi skutkových podstat a revizi sankcí trestných činů spojených s drogami. Požadavek na legislativní rozdělení drog se poté objevil i v usnesení vlády č. 753/03 ze dne 21. 7. 2003.[10] Dlužno připomenout, že první paragrafová verze návrhu trestního zákoníku, rozeslaná Komisí pro rekodifikaci trestního práva k připomínkám v červenci roku 2003, uvedenou kategorizaci drog neobsahovala[11]; ta se částečně projevila až ve verzi následující, z října téhož roku. Po neschválení návrhu Parlamentem ČR v březnu roku 2006 pak byla

---

[6] Srov. Národní strategie protidrogové politiky na období 2005 – 2009. Sekretariát Rady vlády pro koordinaci protidrogové politiky, Úřad vlády ČR, Praha 2005, str. 14.

[7] Zeman, P.: Vývoj právní úpravy některých prostředků odhalování a stíhání drogové kriminality po roce 1990. Trestněprávní revue, 2/2007, str. 36.

[8] Viz http://kormoran.vlada.cz/usneseni/usneseni_webtest.nsf/0/C2D60B8C07B7743DC12571B6006ED1C3.

[9] Zábranský, T. a kol.: PAD: Projekt analýzy dopadů novelizace drogové legislativy v ČR – Souhrnná závěrečná zpráva. ResAd/Scan, Praha 2001.

[10] Viz http://kormoran.vlada.cz/usneseni/usneseni_webtest.nsf/0/CE6E91F5EB66665DC12571B6006E337E.

[11] Důvodová zpráva k návrhu k tomu uváděla: „nebylo realizováno původně navrhované rozdělení omamných a psychotropních látek na „měkké“ a „tvrdé“ pro zásadní obtížnost či spíše nemožnost takového dělení“.

do určité míry zohledněna v návrhu novém, jenž byl následně schválen jako zákon č. 40/2009 Sb.

Drogové trestné činy jsou ve stávajícím trestním zákoně č. 140/1961 Sb., v platném znění, upraveny v rámci hlavy IV. zvláštní části (trestné činy obecně nebezpečné) jako trestné činy nedovolené výroby a držení omamných a psychotropních látek a jedů dle § 187, § 187a a § 188 tr. zák., a trestný čin šíření toxikomanie dle § 188a tr. zák.

Nový trestní zákoník řadí drogovou kriminalitu nadále mezi trestné činy obecně nebezpečné, upravené v hlavě VII. zvláštní části. Rozeznává pět drogových trestných činů, jejichž skutkové podstaty obsahují ustanovení § 283 - § 287:

- nedovolená výroba a jiné nakládání s omamnými a psychotropními látkami a s jedy (§ 283);

- přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu (§ 284);

- nedovolené pěstování rostlin obsahujících omamnou nebo psychotropní látku (§ 285);

- výroba a držení předmětu k nedovolené výrobě omamné a psychotropní látky a jedu (§ 286);

- šíření toxikomanie (§ 287).

Hlavní rozdíly oproti současné právní úpravě lze spatřovat v následujících aspektech. Trestní zákoník:

- stanoví rozdílné trestní sazby za neoprávněné přechovávání drogy pro vlastní potřebu v množství větším než malém, pokud jde o konopné drogy na jedné straně a ostatní omamné či psychotropní látky (dále též „OPL“) na straně druhé (§ 284 odst. 1, resp. § 284 odst. 2);

- zavádí nové skutkové podstaty spočívající v neoprávněném pěstování rostlin obsahujících omamnou nebo psychotropní látku pro vlastní potřebu v množství větším než malém, přičemž výší trestní sazby odlišuje takové pěstování rostliny konopí od pěstování jiných rostlin obsahujících OPL (§ 285);

- zmocňuje k určení toho, jaké je množství větší než malé u omamných látek, psychotropních látek a přípravků je obsahujících, vládu, jež tak má učinit nařízením (§ 289). Zároveň má vláda nařízením stanovit též které rostliny nebo houby se považují za rostliny a houby obsahující omamnou nebo psychotropní látku a jaké je jejich množství větší než malé.

Pro úplnost lze doplnit, že omamné a psychotropní látky, přípravky je obsahující a prekursory používané pro jejich nezákonnou výrobu jsou nadále vymezeny zákonem č. 167/1998 Sb., o návykových látkách, v platném znění. Trestní zákoník také ponechává beze změny definici pojmu návyková látka, kterou se tedy budou i nadále rozumět alkohol, omamné látky, psychotropní látky a ostatní látky způsobilé nepříznivě ovlivnit psychiku člověka nebo jeho ovládací nebo rozpoznávací schopnosti nebo sociální chování.

3. VYMEZENÍ VĚTŠÍHO NEŽ MALÉHO MNOŽSTVÍ OPL

Jak již bylo naznačeno, trestní zákoník nadále používá znaku „větší než malé množství“ OPL jako hranice trestnosti některých forem nelegálního nakládání s drogami (§ 284 odst. 1, § 284 odst. 2, § 285 odst. 1, § 285 odst. 2) a nově též jako znaku kvalifikované skutkové podstaty (§ 283 odst. 1, 2 písm. d)).

Uvedený termín byl do současného trestního zákona zaveden novelou č. 112/1998 Sb. jako znak skutkové podstaty trestného činu dle § 187a tr. zák., postihující neoprávněné přechovávání OPL tzv. pro vlastní potřebu. V současnosti není toto hraniční množství vymezeno obecně závazným právním předpisem. Tabulky hodnot množství většího než malého pro několik druhů drog, nejčastěji v ČR užívaných, stanoví interní předpisy policie a státního zastupitelství. Jedná se o Závazný pokyn Policejního prezidenta č. 86/2006, ze dne ze dne 7. září 2006 (Příloha 1 závazného pokynu), a Pokyn obecné povahy nejvyšší státní zástupkyně č. 1/2008, ze dne 29. ledna 2008, o trestním řízení (Příloha 2 pokynu obecné povahy). Třebaže tyto předpisy nejsou závazné pro soudy, soudní praxe je využívá jako určité orientační pomůcky pro výklad zmíněného znaku skutkové podstaty § 187a tr. zák.[12] Zároveň se v této oblasti za uplynulých deset let vytvořila již poměrně bohatá judikatura. Podle ní je třeba množství OPL větší než malé posoudit individuálně u každé takové látky a s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem případu i k osobě uživatele. Určujícím kritériem je účinek dané látky na zdraví a psychiku uživatele, posuzovaný znalcem z oboru zdravotnictví, odvětví psychiatrie, specializace zneužívání OPL. Hraniční množství „větší než malé“ představuje určitý násobek běžné denní dávky (tzv. spotřební dávky) jejího uživatele, stanovený diferencovaně ve vztahu k jednotlivým OPL s ohledem na jejich škodlivé účinky a rizika spojená s jejich zneužíváním.[13] Soudní praxe též rozpracovala koncept tzv. spotřební držby, tj. držení drogy konzumentem před jejím užitím. Pro naplnění znaku „přechovávání“ tak podle judikatury musí jít o držení OPL bez povolení pro sebe v množství převyšujícím dávku potřebnou pro držitele (podle stupně jeho závislosti), neboť držení jen jedné dávky

[12] Viz např. rozsudek Nejvyššího soudu (NS) ČR sp. zn. 3Tz 56/2001.

[13] Usnesení Městského soudu v Praze sp. zn. 7To 206/2001.

konzumentem drog před jejím použitím není přechováváním, ale jen tzv. konzumní držbou, byť by šlo o množství jinak naplňující znak „množství větší než malé". Pod pojmem „přechovávání" (pro vlastní potřebu) je třeba rozumět nezákonné ukrývání takové látky na pozdější dobu, bez záměru tuto látku v nejbližší době fyzicky užít pro sebe.[14]

Z uvedeného vyplývá, že soudy při rozhodování, zda byl daný znak skutkové podstaty naplněn či nikoliv, vycházejí z potřeby individualizace, a to formou zohlednění dalších okolností případu, než jen hmotnosti přechovávané látky, resp. hmotnosti příslušné účinné látky v přechovávané směsi. Po nabytí účinnosti nového trestního zákoníku se situace v tomto směru změní. Ustanovení § 13 odst. 1 trestního zákoníku definuje trestný čin jako protiprávní čin, který trestní zákon označuje za trestný a který vykazuje znaky uvedené v takovém zákoně. V tomto pojetí bude trestným činem přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu dle § 284 trestního zákoníku každé jednání trestně odpovědného pachatele, kterým bude neoprávněně pro vlastní potřebu přechovávat některou z přesně vymezeného okruhu látek, a to nejméně v množství přesně stanoveném prováděcím nařízením vlády.[15]

---

[14] Rozsudek NS ČR sp. zn. 4Tz 142/2000.

[15] *§ 284*

Přechovávání omamné a psychotropní látky a jedu

(1) Kdo neoprávněně pro vlastní potřebu přechovává v množství větším než malém omamnou látku konopí, pryskyřici z konopí nebo psychotropní látku obsahující jakýkoli tetrahydrokanabinol, izomer nebo jeho stereochemickou variantu (THC), bude potrestán odnětím svobody až na jeden rok, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty.

(2) Kdo neoprávněně pro vlastní potřebu přechovává jinou omamnou nebo psychotropní látku než uvedenou v odstavci 1 nebo jed v množství větším než malém, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta, zákazem činnosti nebo propadnutím věci nebo jiné majetkové hodnoty.

…….....

§ 289

Společné ustanovení

……..

(2) Vláda nařízením stanoví, co se považuje za jedy ve smyslu § 283, 284 a 286 a jaké je množství větší než malé u omamných látek, psychotropních látek, přípravků je obsahujících a jedů.

Nařízení vlády, jež má stanovit množství větší než malé u OPL, tak nabývá na významu, neboť na jeho obsahu bude záležet, zda dojde ke změně intenzity trestní represe v oblasti přechovávání drog pro vlastní potřebu. Běžná denní dávka drogy příležitostného konzumenta a závislého chronického uživatele OPL se výrazně (několikanásobně) liší. Dosavadní pojetí hraničního množství drogy (a pojmu „přechovávání"), jak vyplývá z výše citovaných soudních rozhodnutí, přitom vychází právě z této spotřební dávky jako množství individualizovaného pro konkrétního uživatele, jehož držení by nemělo být trestním právem postihováno. Hodnoty, obsažené v tabulkách zmiňovaných interních předpisů policie a státního zastupitelství, jsou i s ohledem na účel a okruh adresátů uvedených předpisů stanoveny blíže množství užívanému příležitostným konzumentem než chronickým toxikomanem. Pokud by tedy prováděcí nařízení vlády tyto tabulky převzalo, došlo by paradoxně ke zpřísnění trestní represe ve smyslu jejího rozšíření na osoby přechovávající OPL pro vlastní potřebu v množství větším, než v daných předpisech uvedeném, které za současného stavu trestnímu postihu unikají proto, že vzhledem ke stupni jejich závislosti soudy uznávají dané množství za jejich běžnou denní dávku a neposuzují takové jednání jako trestný čin. Domnívám se, že takový záměr zákonodárce nebyl, neboť ani nevyplývá z důvodové zprávy k návrhu trestnímu zákoníku, ani není v souladu s aktuálními principy uplatňování trestní represe v rámci protidrogové politiky ČR.

4. MOŽNOST POUŽITÍ MATERIÁLNÍHO KOREKTIVU

V souvislosti s problémem, na který jsem upozornil v předchozí části příspěvku, je třeba zvážit též možnost využití tzv. materiálního korektivu, uvedeného v § 12 odst. 2 trestního zákoníku. Podle citovaného ustanovení lze trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního předpisu. Jedná se primárně o vyjádření zásady subsidiarity trestní represe, a to konkrétně té její části, která se vztahuje k aplikaci a interpretaci již platných a účinných trestněprávních norem v praxi. Bylo by tedy možné uvažovat o tom, že právě toto ustanovení bude možno využít k zohlednění dalších okolností mimo znaky skutkové podstaty při posuzování trestnosti určitého skutku, a to namísto dosavadního materiálního znaku nebezpečnosti pro společnost.

Tato představa není podle mého názoru správná. Bude samozřejmě úkolem soudů nalézt pro ustanovení § 12 odst. 2 místo v aplikační praxi, nicméně než se tak stane, lze vycházet z důvodové zprávy k návrhu trestního zákoníku, kde se k citovanému ustanovení mj. uvádí:

„Uvedené ustanovení tedy neznamená negaci formálního pojetí trestného činu, a to z toho důvodu, že i když v převážné většině trestních zákoníků v klasických demokraciích je trestný čin shodně s návrhem trestního zákoníku vymezen jako jednání protiprávní a trestné na podkladě formálních znaků trestného činu, je zároveň vždy chápán jako souhrn takových znaků, které ho ve svém souhrnu charakterizují jako čin společensky škodlivý, před

kterým je třeba společnost i jednotlivé občany chránit, neboť porušuje základní právní statky, na nichž je vybudována demokratická společnost. Při tomto přístupu má hledisko společenské škodlivosti povahu významného interpretačního pravidla, které napomáhá zákonnou skutkovou podstatu konkrétního trestného činu i jeho formální znaky vyložit podle jejich smyslu (tzv. teleologický výklad). Zvolené řešení má za cíl napomoci k odlišení trestných činů od těch deliktů, které by neměly být považovány za trestné činy (zvláště přestupky a jiné správní delikty), přestože zdánlivě znaky některé skutkové podstaty naplňují, a zejména je třeba ho použít k výkladu těch znaků trestných činů, které nemají jasnou spodní hranici (např. znaků "hrubé neslušnosti" a "výtržnosti" u trestného činu výtržnictví podle § 355 a jejich odlišení od jednání vymezených zejména jako přestupky proti veřejnému pořádku podle § 47 a § 48 přestupkového zákona). Tímto přístupem se zároveň zabraňuje tomu, aby tzv. bagatelní činy byly považovány za trestné činy, což je reakcí na opakovaně vyslovovanou obavu, že by formální pojetí mohlo vést k přetížení orgánů činných v trestním řízení bagatelními věcmi, které jsou dnes odloženy ještě před zahájením trestního řízení, což by se přirozeně dříve či později nepříznivě projevilo i v nákladech státu."[16]

Z toho lze dovodit, že ustanovení § 12 odst. 2 trestního zákoníku bude mít v praxi zejména dvojí účel:

- zabránit trestnímu stíhání za bagatelní činy, které jinak naplní formální znaky skutkové podstaty trestného činu. V té souvislosti je třeba připomenout, že zmíněná zásada subsidiarity trestní represe se má uplatňovat především již v legislativním procesu, kdy zákonodárce rozhoduje, jaká jednání pokládá za tak škodlivá, že je označí za trestné činy a vystaví prostředkům trestního práva. Proto skutečnost, že určité jednání je v určité skutkové podstatě popsáno znamená, že takové jednání zákonodárce typově za dostatečně (pro využití trestní represe) společensky škodlivé pokládá. Přechovávání OPL ve vyšším než stanoveném množství pro vlastní potřebu tímto způsobem jednoznačně jako náležitě typově nebezpečné označeno bylo. Je tedy otázkou, zda přechovávání většího množství OPL, byť osobou s rozvinutou závislostí, je možno v tomto smyslu pokládat za bagatelní čin. Pro oblast drogové kriminality si lze využití ustanovení § 12 odst. 2 představit (při splnění dalších podmínek) spíše v případech např. pěstování a následného zpracování konopí výlučně pro účely alternativní léčby.[17] Rozdíl je mj. v tom, že v posléze uvedeném případě nakládá osoba s OPL výlučně a prokazatelně k účelu, jenž je odlišný od toho, který je důvodem regulace nakládání s danou látkou, včetně trestněprávního postihu, což vyplývá z objektu příslušného trestného činu.

[16] Http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=410&CT1=0

[17] Srov. usnesení NS ČR sp. zn. 3 Tdo 52/2008.

- pomoci při interpretaci skutkových podstat, které obsahují právně neurčité znaky. Důvodová zpráva uvádí příklady, např. znak „hrubá neslušnost“ je jistě možno vykládat širším nebo užším způsobem, přičemž ustanovení § 12 odst. 2 má bránit příliš širokému výkladu, který by zahrnoval i jednání, jež nejsou dostatečně škodlivá na to, aby byla řešena prostředky trestního práva. Skutková podstata § 284 trestního zákoníku žádný podobně vágní znak neobsahuje. Postihuje neoprávněné přechovávání přesně vymezeného okruhu látek pro vlastní potřebu a v množství větším, než prováděcím nařízením vlády také přesně vymezeném. Prostor po interpretační využití ustanovení § 12 odst. 2 v těchto případech proto neshledávám.

Domnívám se, že pokud by soudy navzdory výše uvedenému používaly ustanovení § 12 odst. 2 k tomu, aby v běžných případech zohledňovaly při posuzování trestnosti určitého jednání další okolnosti, než jsou uvedeny v trestním zákoníku, pak by skutečně došlo k negaci formálního pojetí trestného činu, neboť by dále braly v úvahu jakýsi materiální znak skutkové podstaty (škodlivost pro společnost) a situace by se oproti současnosti prakticky nezměnila. To by bylo podle mého názoru v rozporu se záměrem zákonodárce.[18]

5. ZVOLENÉ ŘEŠENÍ

Příprava příslušného prováděcího nařízení vlády probíhá v gesci Ministerstva spravedlnosti ČR, které za tím účelem zřídilo expertní skupinu. Je vhodné připomenout, že součástí zadání pro expertní skupinu bylo kromě stanovení reálných a vědeckými poznatky podložených hodnot množství většího než malého pro jednotlivé OPL též přispět ke snížení nákladů trestněprávního systému souvisejících jak s délkou řízení, tak s počtem provedených kvantitativních analýz množství účinné látky.[19] Současná praxe je taková, že po zajištění látky, u které je podezření, že obsahuje OPL, je nejprve provedena orientační kvalitativní analýza. Pokud tato analýza prokáže přítomnost OPL, provádí se nákladná kvantitativní analýza za účelem zjištění množství účinné látky v zajištěné substanci, a to bez ohledu na celkové množství takové zajištěné substance, tedy i v případech, kdy nelze důvodně očekávat, že by vzhledem k minimálnímu množství zajištěné látky mohla tato obsahovat OPL v množství větším než malém.

Expertní skupina tedy zvolila řešení, kombinující zpravidla celkovou hmotnost zajištěné látky a množství účinné látky, v zajištěném vzorku obsažené. Pro jednotlivé druhy OPL je v Příloze č. 2 návrhu nařízení vlády

[18] Srov. důvodovou zprávu k § 12, § 13 návrhu trestního zákoníku; http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=410&CT1=0.

[19] Příslušné nařízení vlády má též pro účely trestního zákoníku stanovit seznam jedů a určit jejich množství větší než malé, nicméně tato problematika není předmětem tohoto příspěvku.

stanoveno množství větší než malé ve formě celkové hmotnosti zajištěné látky, v níž bude orientační kvalitativní analýzou zjištěna přítomnost OPL. Kvantitativní analýza pak má být prováděna až v případech, kdy takto zajištěná látka bude této hmotnosti dosahovat. Na základě kvantitativní analýzy bude určeno množství účinné látky v zajištěném vzorku, přičemž pro každý druh OPL je zároveň stanoveno minimální množství účinné látky, jež musí být obsaženo ve vzorku, aby bylo zajištěné množství drogy pokládáno za větší než malé. To znamená, že pro naplnění znaku skutkové podstaty „množství větší než malé" bude třeba, aby zajištěný vzorek dosahoval určité minimální celkové hmotnosti, a zároveň aby určité minimální hmotnosti dosahovala také účinná látka obsažená ve vzorku. [20]

Uvedené řešení pokládám za přijatelné. Umožní převést z trestního do přestupkového řízení případy, kdy bude zajištěn vzorek drogy o minimální celkové hmotnosti, aniž by bylo nutno provádět nákladnou kvantitativní analýzu. Zároveň zohledňuje skutečnost, že koncentrace účinné látky v různých vzorcích téhož druhu drogy (tzv. čistota drogy) se v praxi velmi výrazně liší. V rámci připomínkového řízení proti této konstrukci nebyly vzneseny zásadnější námitky. Vzrušenější debata se vedla nad samotnými hodnotami množství většího než malého u jednotlivých druhů OPL, které obsahoval původní návrh ze srpna 2009.[21] Tyto hodnoty stanovili autoři návrhu, snad pod vlivem obav z možného přepínání trestní represe vůči uživatelům drog, poměrně vysoké, a to zejména v porovnání s hodnotami uvedenými v dosud užívaných interních předpisech policie a státního zastupitelství. To spolu s ne zcela vyjasněnou otázkou možného dopadu přechodu k formálnímu pojetí trestného činu, o němž jsem pojednal výše, vedlo k nutnosti nejprve sblížit stanoviska zástupců různých složek trestní justice, resp. protidrogové politiky. Výsledkem je návrh, který v současnosti čeká na projednání vládou.[22] Důvodová zpráva k návrhu uvádí, že hodnoty množství většího než malého u jednotlivých drog „jsou stanoveny na základě poznatků praxe, odborných vyjádření expertů na problematiku omamných a psychotropních látek a údajů poskytnutých Státním zdravotním ústavem pro kontrolu léčiv. Navržené hodnoty množství většího než malého zohledňují toxicitu a návykovost jednotlivých látek, aktuální situaci pokud jde o jejich užívání a pořizování uživateli, stejně jako jejich rozdílnou závažnost a potenciální prospěch pro obchodníky a výrobce."

---

[20] U některých drog je použita jiná měrná veličina, např. u hub obsahujících Psilocin či Psilocybin, zajištěných ve formě plodnic, počet těchto plodnic, nebo u extáze zajištěné ve formě tablet či kapslí počet těchto tablet či kapslí.

[21] Viz návrh nařízení vlády, kterým se pro účely trestního zákoníku stanoví, co se považuje za jedy a jaké je množství větší než malé u omamných látek, psychotropních látek, přípravků je obsahujících a jedů; návrh č.j. 84/2007-LO-SP/231, http://eklep.vlada.cz/eklep/page.jsf

[22] Viz návrh nařízení vlády, kterým se pro účely trestního zákoníku stanoví, co se považuje za jedy a jaké je množství větší než malé u omamných látek, psychotropních látek, přípravků je obsahujících a jedů; návrh č.j. 84/2007-LO, http://eklep.vlada.cz/eklep/page.jsf

Třebaže návrh neodstraňuje (což ani nemůže) výše zmíněný rys nové právní úpravy, spočívající v tom, že soudy nebudou mít podle mého názoru tolik prostoru pro důkladné hodnocení všech okolností případu, zejména osobnosti pachatele a stupně jeho závislosti na OPL, alespoň omezuje riziko, že dojde k výraznému zvýšení trestního postihu nealkoholových toxikomanů, přechovávajících drogu pro vlastní potřebu. Je vhodné připomenout, že žádný z koncepčních materiálů, jako jsou Národní strategie protidrogové politiky na období 2005 – 2009[23], Akční plány realizace Národní strategie protidrogové politiky na léta 2005 – 2006[24] a 2007 – 2009[25], či důvodová zpráva k návrhu nového trestního zákoníku[26], nesignalizuje záměr trestní postih vůči uživatelům drog zpřísňovat, spíše z nich lze vysledovat tendenci k racionalizaci represe ve smyslu zaměření omezených zdrojů systému trestní justice na závažnější formy drogové kriminality.

6. ZÁVĚR

Ve svém příspěvku jsem se pokusil upozornit na možný problém, který může v oblasti postihu drogové kriminality přinést nová konstrukce skutkových podstat drogových trestných činů v souvislosti se změnou pojetí trestného činu. Sporných bodů, které nová právní úprava obsahuje, je více. Patří mezi ně např.:

výčet OPL v navrhovaném nařízení vlády, jež má stanovit množství větší než malé pro jednotlivé druhy drog. Zmocňovací ustanovení § 289 trestního zákoníku ukládá vládě nařízením stanovit množství větší než malé u omamných a psychotropních látek (odst. 2), přičemž zvláštní zákon stanoví, co se za omamné a psychotropní látky považuje (odst. 1). Tímto zvláštním zákonem je zákon č. 167/1998 Sb., o návykových látkách, v platném znění, a výčet OPL je obsažen v přílohách 1 – 7 tohoto zákona. Ze znění zmocňovacího ustanovení vyplývá, že by nařízení vlády mělo stanovit množství větší než malé pro všechny OPL, tj. pro všechny látky, uvedené v citovaných přílohách zákona o návykových látkách. Takový požadavek je

[23] Národní strategie protidrogové politiky na období 2005 – 2009. Úřad vlády ČR, Praha 2005; viz též http://www.vlada.cz/assets/ppov/protidrogova-politika/dokumenty/publikace/Strategie_05-09_CZ_web.pdf

[24] Akční plán realizace Národní strategie protidrogové politiky na období 2005 – 2006. Úřad vlády ČR, Praha 2005; http://www.vlada.cz/assets/ppov/protidrogova-politika/dokumenty/publikace/AkcniPlan_web.pdf

[25] Akční plán realizace Národní strategie protidrogové politiky na období 2007 – 2009. Úřad vlády ČR, Praha 2007; http://www.vlada.cz/assets/ppov/protidrogova-politika/dokumenty/akcni-plan/akcni_plan_realizace_narodni_strategie_protidrogove_politiky_2007-2009_web.pdf

[26] Http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=410&CT1=0

však velmi obtížně realizovatelný, neboť řada látek, uvedených v přílohách zákona o návykových látkách (celkem se jedná o více než 200 látek), se v ČR či Evropě nevyskytuje a nejsou k dispozici poznatky, které by umožnily seriózně hodnotu množství většího než malého stanovit. Návrh nařízení vlády obsahuje hodnoty množství většího než malého pro více než stovku látek, u nichž je podle dostupných zkušeností reálné předpokládat jejich výskyt v ČR. V případě nebezpečí výskytu některé z dalších OPL je pak možné nařízení vlády doplnit.

vypuštění ustanovení o posuzování závažnosti okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby. Nový trestní zákoník vypustil materiální korektiv aplikace okolností podmiňujících použití vyšší trestní sazby, upravený v § 88 odst. 1 platného trestního zákona.[27] Tento korektiv je v praxi v oblasti postihu drogové kriminality používán v případech nižší závažnosti, kdy by důsledná aplikace kvalifikované skutkové podstaty mohla odporovat principu přiměřenosti trestu.[28] Do budoucna tak pro řešení takových případů připadá v úvahu např. institut mimořádného snížení trestu odnětí svobody dle § 58 trestního zákoníku.

nejasný postup pro případy, kdy osoba drží současně více různých druhů drog v malém množství. Tento problém existuje již za současné právní úpravy, přičemž literatura se kloní k názoru, že je třeba jednotlivá množství sčítat, neboť jen tak lze vystihnout specifika konkrétního případu a stupeň nebezpečnosti činu pro společnost.[29] Otázkou je, zda a jak se do řešení těchto případů promítne formální pojetí trestného činu, případně jak by v praxi mělo takové sčítání vypadat, vzhledem k tomu, že při různorodosti jednotlivých druhů drog se jejich hraniční množství liší i několikanásobně (např. 0,05 g Fentanylu oproti 15 g sušiny konopí), popř. využívají rozdílné měrné veličiny (hmotnost oproti počtu plodnic hub obsahujících Psilocin či Psilocybin).

Možné problémy či nejasnosti, na které jsem se ve svém příspěvku pokusil upozornit, by neměly zakrýt skutečnost, že novou úpravu drogových trestných činů v trestním zákoníku pokládám za krok správným směrem. Došlo ke změně koncepční povahy (rozlišení různých druhů drog pro trestněprávní účely) a ke zpřesnění či doplnění dosavadní podoby skutkových podstat, a to v souladu s vědeckými poznatky i připomínkami

---

[27] K této problematice viz např. Fenyk, J.: Několik poznámek ke konstrukci skutkových podstat ve zvláštní části návrhu trestního zákoníku 2006. In: Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného. Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference konané dne 11. 5. 2007 v Praze. Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství Karolinum, Praha 2007, str. 199 – 125.

[28] Srov. Trávníčková, I., Zeman, P.: Možnosti trestní justice v protidrogové politice II. Empirická část. IKSP, Praha 2008, str. 56, 57.

[29] Sotolář, A. a kol: Trestná činnost spojená se zneužíváním drog a formy jejího řešení. Příručky MS ČR, svazek 65, Institut vzdělávání MS ČR, Praha 2002, str. 70.

praxe v dané oblasti. Zároveň lze doufat, že orgány činné v trestním řízení budou při postihu drogové kriminality i nadále postupovat s citem pro zachovávání principu subsidiarity trestní represe, což podle mého názoru a zkušeností v současnosti v převážné míře činí. Výsledkem může být účinnější využití možností a plnění úkolů, které systém trestní justice v rámci protidrogové politiky ČR má.

Literature:

- Akční plán realizace Národní strategie protidrogové politiky na období 2005 – 2006. Praha: Úřad vlády ČR, 2005, ISBN 80-86734-56-0
- Akční plán realizace Národní strategie protidrogové politiky na období 2007 – 2009. Praha: Úřad vlády ČR, 2007
- Fenyk, J.: Několik poznámek ke konstrukci skutkových podstat ve zvláštní části návrhu trestního zákoníku 2006. In: Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného. Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference konané dne 11. 5. 2007 v Praze. Praha: Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství Karolinum, 2007, ISSN 0323-0619
- Kratochvíl, V.: Poznámky k legální definici trestného činu v osnově trestního zákoníku 2006 (české, mezinárodněprávní a evropskoprávní přístupy). In: Aktuální problémy rekodifikace trestního práva hmotného. Sborník příspěvků z mezinárodní vědecké konference konané dne 11. 5. 2007 v Praze. Praha: Univerzita Karlova v Praze – Nakladatelství Karolinum, 2007, ISSN 0323-0619
- Kratochvíl, V.: Od materiálního pojetí k formálnímu pojetí trestného činu. Časopis pro právní vědu a praxi, 2/2005, str. 169 – 172
- Národní strategie protidrogové politiky na období 2005 – 2009. Sekretariát Rady vlády pro koordinaci protidrogové politiky, Praha: Úřad vlády ČR, 2005, ISBN 80-86734-39-0
- Novotný, O. a kol.: Trestní právo hmotné - I. obecná část. Praha: CODEX, 1997, ISBN 80-85963-24-8
- Pipek, J.: Formální pojetí trestného činu a princip oportunity. Trestněprávní revue, 10/2004, str. 309 – 320

- Sotolář, A. a kol: Trestná činnost spojená se zneužíváním drog a formy jejího řešení. Příručky MS ČR, svazek 65, Praha: Institut vzdělávání MS ČR, 2002
- Teryngel, J.: K otázce materiálního a formálního pojetí trestného činu. Trestní právo, 10/1996, str. 11 – 13
- Trávníčková, I., Zeman, P.: Možnosti trestní justice v protidrogové politice II. Empirická část. Praha: IKSP, 2008, ISBN 978-80-7338-072-4
- Zábranský, T. a kol.: PAD: Projekt analýzy dopadů novelizace drogové legislativy v ČR – Souhrnná závěrečná zpráva. Praha: ResAd/Scan, 2001
- Zeman, P.: Vývoj právní úpravy některých prostředků odhalování a stíhání drogové kriminality po roce 1990. Trestněprávní revue, 2/2007

Contact – email
pzeman@iksp.justice.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NĚKOLIK POZNÁMEK K ALTERNATIVNÍM TRESTŮM Z POHLEDU NOVÉHO TRESTNÍHO ZÁKONÍKU

EVA ŽATECKÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zaměřuje na změny provedené trestním zákoníkem v případě alternativních trestů, kdy autorka za tyto považuje tresty nespojené s nepodmíněným trestem odnětí svobody. Poukazuje na pozitiva a negativa této nové úpravy a nastiňuje možné úvahy na praktické využití jak nových alternativních trestů (trest domácího vězení a zákaz vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce), tak již stávajících trestů (podmíněné odsouzení, obecně prospěšné práce) právě s ohledem na změnu jejich trestněprávní právní úpravy.

Key words in original language
Trestní zákoník; Alternativní tresty; Obecně prospěšné práce; Trest domácího vězení; Podmíněné odsouzení; Kontrola výkonu trestů; Probační a mediační služba; Efektivita trestů.

Abstract
The article is aimed to the changes connected with the new criminal code in the case of alternative sanctions. The author means as the alternatives all punishments to the unconditional imprisonment. The article point out the positives and negatives of the new regulative and outlines thoughts about practise use of the new alternative sanctions (the home arrest, the restriction of going to the sport, cultural and other social actions) as well as the current punishments (conditional imprisonment, community service) with regard to changes in the criminal law regulation.

Key words
Criminal Code; Alternative Sanctions; Community service; Home Arrest; Conditional Punishment; Enforcement of these Sanctions; Probation and Mediation Service; Effectiveness of these Sanctions.

1. ÚVOD

V tomto příspěvku se zaměřím na úpravu alternativních trestů v zákoně č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen TZk), a to zejména trestu domácího vězení, podmíněného odsouzení, obecně prospěšných prací a zákazu vstupu na kulturní, společenské a jiné společenské akce. Cílem není podrobně rozepsat platnou právní úpravu, ale poukázat na zlepšení či případná úskalí spojená s pravděpodobnou realizací výkonu těchto trestů.

Jednotná definice *pojmu alternativního trestu* v platném právní úpravě v současné době neexistuje. Tradičně se alternativními sankcemi chápou takové druhy trestů, které nejsou spojeny s odnětím svobody pachatele, ovšem zaručují naplnění účelu trestu stejně, jako kdyby byl na odsouzeném vykonáván klasický trest odnětí svobody.1

Alternativní tresty jsou určitým řešením k přeplněným věznicím, jejichž kapacita se nemůže donekonečna zvyšovat a navíc pachatel je zde izolován od společnosti a rodiny. Tato izolace s sebou nese mnoho nepříznivých dopadů jak na konkrétního jedince, tak na celou společnost. Pomineme-li tu skutečnost, že výkon trestu odnětí svobody stojí stát nemalé peníze, pak zůstává ten fakt, že se pachatel stává pasivním členem společnosti, nemůže nahradit způsobenou škodu, přetrhává sociální vazby s rodinou a navíc není nucen se o cokoliv starat. Ve vězení má zajištěnu komplexní péči a nemusí nic organizovat, zařizovat. Krátkodobý trest odnětí svobody se u pachatelů méně závažných trestných činů jeví jako zbytečně nákladný a z hlediska prevence dalšího páchání trestné činnosti neúčinný.2

Filozofií alternativních trestů je zejména ponechat odsouzené na svobodě a uložit jim takový druh povinnosti nebo omezení, který na ně bude působit preventivně a ochrání společnost, uspokojí zájmy obětí trestného činu a upevní v pachateli návyky a postoje potřebné k vedení řádného života. Soudy ve většině případů ukládají alternativní tresty v případech, kdy se jedná o trestný čin, na který zákon stanoví horní hranici trestu odnětí svobody do pěti let a osoba pachatele není natolik narušená, aby její pobyt na svobodě byl pro ostatní nebezpečný, a prokáže soudu, že bude alternativní trest trestem dostačujícím. Mám na mysli především chování obviněného, z něhož má být zřejmé to, že svého činu lituje, je ochoten nahradit poškozenému škodu, případně se mu omluvit a vzhledem k povaze spáchaného trestného činu lze mít důvodně za to, že účelu trestu bylo dosaženo stejně, jako by tomu bylo v případě uložení trestu odnětí svobody.3 Alternativní trest pachatele nezbavuje svobody, ale vyžaduje od něj dodržování určitých omezení či splnění povinnosti – to podle konkrétního druhu trestu. Obviněný musí například zaplatit ze svého příjmu státu nebo obecně prospěšné společnosti jistý obnos peněz (peněžitý trest, narovnání), podrobit se dohledu, či léčení nebo jiným omezením. Tato omezení nejsou zákonem definována, můžou jimi být např. zákaz zdržování se po jistou dobu v konkrétním městě (trest zákazu pobytu, zákaz vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce), zákaz výkonu určité činnosti po

1 Srovnej např. Kratochvíl, V. a kol. Trestní právo hmotné. Obecná část. Brno: Masarykova univerzita, 2002, 3. vydání, str. 402. Dále např. Osmančík, O. K problematice alternativních trestů a opatření. Praha: IKSP, 1996, str. 9 a 15.

2 Srovnej: Urbánek, J.: Trest obecně prospěšných prací v Nizozemském království a v České republice. Trestněprávní revue, 2003, č. 7, str. 201.

3 Tamtéž, str. 203.

dobu několika měsíců až let (trest zákazu činnosti) nebo povinnost odpracovat určitý počet hodin pro celou společnost (trest obecně prospěšných prací). V průběhu výkonu trestu se sleduje, zda odsouzený plní podmínky uloženého trestu a zda i jeho život probíhá v souladu s normami dané společnosti. V případě, že pachatel tyto uložené podmínky a omezení řádně neplní, může soud rozhodnout o náhradní sankci, kterou je většinou výkon trestu odnětí svobody. Alternativní trest je „šancí" pro pachatele a jeho úspěšným vykonáním se na něj může hledět jako na neodsouzeného.4 Nejprve se zaměřím na dva nové tresty, a to trest domácího vězení a zákazu vstupu na sportovní, kulturní a společenské akce.

2. TREST DOMÁCÍHO VĚZENÍ

Trest domácího vězení používá koncept zbavení, resp. omezení svobody odsouzeného tím, že je mu nařízeno zdržovat se v určitých hodinách ve svém obydlí. Z hlediska jeho závažnosti ho řadíme mezi nepodmíněný trest odnětí svobody a trest obecně prospěšných prací. Trest domácího vězení je zakotven v § 60 a násl. TZk. Může být uložen pachateli přečinu5 za splnění dvou kumulativně daných podmínek. Jedná se o okolnost, že s ohledem na povahu a závažnost spáchaného přečinu a osobu a poměry pachatele, lze mít důvodně za to, že postačí uložení tohoto trestu, a to popřípadě i vedle jiného trestu, a dále pachatel musí dát písemný slib, že se ve stanovené době bude zdržovat v obydlí na určené adrese. Trest domácího vězení může být uložen též samostatně, pokud není uložení jiného trestu třeba.

Obsahem trestu domácího vězení je povinnost zdržovat se v určeném obydlí ve dnech pracovního klidu a pracovního volna po celý den a v ostatních dnech v době od 20.00 hodin do 05.00 hodin, nebrání- li mu v tom důležité důvody. Jedná se zejména o výkon zaměstnání nebo povolání nebo poskytnutí zdravotní péče ve zdravotnickém zařízení v důsledku onemocnění odsouzeného. Zdravotnické zařízení je povinno na vyžádání orgánu činného v trestním řízení mu tuto skutečnost sdělit. Soud může odsouzenému povolit navštěvování pravidelných bohoslužeb nebo náboženských shromáždění i ve dnech pracovního klidu a pracovního volna.

Při uložení trestu domácího vězení může soud pachateli, obdobně jako je tomu v případě podmíněného trestu odnětí svobody, uložit na dobu výkonu tohoto trestu přiměřená omezení nebo přiměřené povinnosti.6 Soud by měl

---

4 Účinek zahlazení odsouzení je v českém TZk výslovně uveden v § 106, dále u nedbalostních trestných činů, je-li uložen peněžitý trest jako trest samostatný v § 69 odst. 2 TZk. V ostatních případech dojde k zahlazení odsouzení až po splnění podmínek uvedených v § 105 TZk.

5 TZk stanovuje dvě kategorie trestných činů, a to zločiny a přečiny. Přečiny jsou všechny nedbalostní trestné činy a ty úmyslné trestné činy, za něž TZk stanoví trest odnětí svobody do 5 let.

6 Přiměřené povinnosti a omezení jsou uvedeny v § 48 TZk.

pachateli uložit i povinnost k náhradě škody. Co se týká osob ve věku blízkém věku mladistvých, může soud v zájmu využití výchovného působení rodiny, školy a dalších subjektů uložit též některá z výchovných opatření uvedených v zákoně o soudnictví ve věcech mládeže7 za obdobného užití podmínek stanovených pro mladistvé.

Protože se jedná o alternativu trestu odnětí svobody, musí být pro případ, že pachatel tento trest nevykoná, stanoven náhradní trest odnětí svobody. Tento může být stanoven až do výše jednoho roku.

K přeměně trestu domácího vězení na trest odnětí svobody dojde jeho zmařením, čímž TZk myslí nedodržení jeho podmínek uvedených v § 60 odst. 3 až 5 TZk. Co se týká způsobu výkonu trestu domácího vězení, tento je upraven v § 334a až 334g trestního řádu.8

Otázky spojené s ukládáním a výkonem trestu domácího vězení

Problematické beze sporu bude *zabezpečení kontroly výkonu tohoto trestu*. Uvažuje se o možnosti soukromého provozovatele elektronického kontrolního systému nebo o namátkové kontrole pracovníkem Probační a mediační služby (dále „PMS“). S ohledem na současnou situaci je zřejmé, že v prvních letech bude probíhat kontrola namátková. Ovšem zde vyvstává otázka, zda výkon trestu prostřednictvím namátkové kontroly PMS je dostačující a efektivní. Odhalení porušení povinností při namátkové kontrole je víceméně věcí náhody, navíc v situaci, kdy počty probačních úředníků rozhodně nejsou dostačující a míra jejich úkolů v trestním řízení je vysoká, nelze očekávat vysokou četnost kontrol.[9] Co se týká soukromého provozovatele, tak je zde obava, aby nedošlo ke zneužití kontrolní techniky, potažmo k selhání lidského prvku skrývajícím se za touto technikou (např. ke korupčnímu jednání ze strany samotného odsouzeného). Budou elektronické náramky v době nedostatečné bezpečnosti elektronických systémů natolik bezpečné, že je nebude možné technicky obejít ze strany samotných odsouzených nebo jejich technicky vyspělých přátel? Elektronický monitoring lze naopak považovat za velmi efektivní, byť jeho zavedení bude určitě dosti nákladné. Tato forma výkonu trestu domácího vězení z něj činí alternativní sankci s výrazně punitivním charakterem, představující nejen výrazné omezení osobní svobody, ale i zásah do

7 Zákon č. 218/2003 Sb. ve znění pozdějších předpisů.

8 Zákon č. 141/1961 Sb., trestní řád, ve znění pozdějších předpisů.

9 K této otázce srovnej Kalvodová,V.: Sankční systém trestního práva ve světle rekodifikace – vybrané problémy. In Rekodifikácia trestného práva, Akadémia PZ Bratislava, 2004, s. 62, ISBN 80-8054-321-6

soukromí, a to jak odsouzeného, tak i jeho rodinných příslušníků. Jako nejefektivnější se nám jeví kombinace obou těchto prvků.

S kontrolou výkonu souvisí otázka, zda je *zásah do soukromí* spojený s tímto trestem ještě v souladu se zásadou personality trestu, nebo zda již překračuje ústavněprávní rámec, a to zejména s ohledem na čl. 10 odst. 2, popř. i čl. 7 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.[10] Některé právní úpravy počítají i se souhlasem osob žijících spolu s odsouzeným v domácnosti, neboť by mohlo dojít k zásahu do jejich soukromí. Podle našeho názoru toto potřebné být nemusí, neboť se nejedná o nijak velký zásah, navíc přece jen si odsouzený musí uvědomit, že se jedná o výkon trestu, byť alternativního. Ovšem problematickou otázkou může být povinnost vpustit probačního pracovníka do obydlí. Trestní řád ukládá pouze odsouzenému povinnost umožnit probačnímu pracovníkovi vstup do obydlí, nikde však není dořešen problém nevpuštění probačního pracovníka do obydlí osobou spolužijící či samotným vlastníkem nemovitosti, v níž dohled probíhá.[11] Bude důležité *vymezit pojem prostoru "doma"*. Velký rozdíl bude v případě odsouzeného majitele rodinného domu - vily a v případě odsouzeného, který bydlí v garsonce. U rodinného domu je třeba elektronicky zabezpečit mnohem větší plochu a je otázkou, zda je možné, aby se odsouzený zdržoval i na předzahrádce či terase domu.

Vzdálení se z místa výkonu trestu domácího vězení je možné nejenom v případě výkonu zaměstnání a z důvodu návštěvy zdravotnického zařízení kvůli onemocnění odsouzeného, ale na povolení soudu rovněž i pro pravidelnou návštěvu bohoslužeb. Výhodu tak mají ti, co jsou nebo se "stanou" věřícími; mohou opouštět domov za účelem návštěvy bohoslužby. Bude soud přistupovat k odsouzeným rovnocenně a nebude docházet k diskriminaci? Povolí soud pravidelnou návštěvu nedělní bohoslužby křesťanovi stejně tak jako jinému věřícímu? V České republice je registrováno 21 církví a náboženských společností12. Budou mít všichni věřící stejnou možnost navštívit svou bohoslužbu? Není tento přístup diskriminačním ve vztahu k ateistům? Co když oni by také rádi navštívili svého psychologa (což není lékařské zařízení), aby se s ním mohli poradit a

10 Kratochvíl, V.: Ústavní rozměr koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného v České republice, in Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky, MU Brno, 2000, s . 154, ISBN 80-210-2469-0

11 Na tento problém by měl pamatovat souhlas osoby spolužijící, resp. vlastníka nemovitosti, s umožněním realizace trestu domácího vězení. Z tohoto hlediska se nám souhlas osoby spolužijící zdá mnohem důležitější než souhlas z důvodu ochrany soukromí spolužijících osob. Blíže srovnej Žatecká, E., Hrušáková, M., Přepechalová, K. Zamyšlení nad trestem domácího vězení. Příspěvek přednesený na mezinárodní konferenci Milníky práva v středoevropském prostoru dne 16. 4. 2009.

12 Viz zák. č. 3/2002 Sb. zákon o církvích a náboženských společnostech

rozjímat nebo svoje sdružení či obecně prospěšnou společnost nebo svou schůzi zahrádkářů nebo se účastnili kulturní či sportovní akce svého klubu.[13]

Institut trestu domácího vězení a s ním spojené elektronické monitorování osob má své zastánce i odpůrce. Mezi přínosnost zavedení trestu domácího vězení je zejména úspora nákladů, které jsou spojené s uvězněním v nápravném zařízení. Rostoucí kriminalitu zaznamenává celý svět a je jasné že nelze donekonečna tomuto „trendu" vězeňský systém, počet a kapacitu věznic, přizpůsobovat. Problém si žádá řešení trestání jinými způsoby, alternativními k trestu odnětí svobody. Bylo by vhodné zvážit možnost podílení se na nákladech výkonu tohoto trestu samotnými odsouzenými. Nesmíme však zapomínat také na to, že kromě penalizujícího charakteru, který trest domácího vězení bezesporu má, zdůrazňuje se dnes jeho restorativní a resocializační charakter. To s sebou nese potřebu vytvoření vhodných doprovodných programů, orientovaných právě na resocializaci, integraci a převýchovu pachatele. Navrhované pojetí výkonu trestu domácího vězení potlačuje a pro „průměrně šikovného" odsouzeného uložený trest nebude znamenat významnější omezení a v odůvodněných případech mu ani nebrání v opakování trestné činnosti14.

3. ZÁKAZ VSTUPU NA SPORTOVNÍ, KULTURNÍ A JINÉ SPOLEČENSKÉ AKCE

TZk upravuje nový trest zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce v §§ 76 a 77, kdy tento trest může uložit na dobu až deseti let, dopustil-li se pachatel úmyslného trestného činu v souvislosti s návštěvou takové akce. Jako samostatný trest může být tento trest uložen, jestliže vzhledem k povaze a závažnosti spáchaného přečinu a osobě a poměrům pachatele uložení jiného trestu není třeba.

Trest zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce spočívá v tom, že se odsouzenému po dobu výkonu tohoto trestu zakazuje účast na stanovených sportovních, kulturních a jiných společenských akcích.

Odsouzený je při výkonu trestu zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce povinen spolupracovat s probačním úředníkem způsobem, který mu stanoví, zejména jak bude postupovat podle stanoveného probačního plánu, vykonávat stanovené programy sociálního výcviku a převýchovy, programy psychologického poradenství, a považuje-li to probační úředník za potřebné, dostavovat se podle jeho pokynů v období bezprostředně souvisejícím s konáním zakázané akce k určenému útvaru

[13] Citováno z Žatecká, E., Hrušáková, M., Přepechalová, K. Zamyšlení nad trestem domácího vězení. Příspěvek přednesený na mezinárodní konferenci Milníky práva v středoevropském prostoru dne 16. 4. 2009.

14 Král, V. : Domácí vězení-další alternativní trest, Trestněprávní revue 8/2007, str. 235-238.

Policie České republiky. Takže by se měl pachatel v době, kdy se koná akce, s níž byla spojena předchozí trestná činnost pachatele, dostavit na pracoviště policie, což je rozumnější než na středisko Probační a mediační služby. Jak jsem již uvedla výše, jednak z důvodu malého počtu pracovníků a taky proto, že některé tyto akce se konají ve dnech pracovního volna. Je však otázkou, zda se přesto dotyčný na akci v pozdější době nedostaví. Do doby výkonu trestu zákazu vstupu na sportovní, kulturní a jiné společenské akce se doba výkonu trestu odnětí svobody nezapočítává.

Tento trest se mi jeví být vhodným, ovšem ukládala bych jej spíše s jiným trestem, přesto, že v případě, že odsouzený tento trest nebude dodržovat, přichází v úvahu postih za trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí a vykázání dle § 337 TZk.

4. PODMÍNĚNÝ ODKLAD VÝKONU TRESTU ODNĚTÍ SVOBODY

Podle § 81 TZk odst. 1 může soud podmíněně odložit výkon trestu odnětí svobody nepřevyšujícího tři léta, jestliže vzhledem k osobě a poměrům pachatele, zejména s přihlédnutím k jeho dosavadnímu životu a prostředí, ve kterém žije a pracuje, a k okolnostem případu má důvodně za to, že k působení na pachatele, aby vedl řádný život, není třeba jeho výkonu. Došlo tu ke sjednocení možnosti podmíněně odložit výkon trestu odnětí svobody, ať už soud uloží zároveň nad pachatelem dohled probačního úředníka. Tedy bude zajímavé sledovat, jak budou soudy stanovovat dohled probačního úředníka i v případě ukládání trestů v rozmezí dvou až tří let, kdy v dosavadní úpravě museli vždy stanovit i nad odsouzeným dohled. Přičemž však ve zkušební době nedošlo ke změnám a jak jsem již uváděla dříve, je na zvážení, zda by nebylo vhodné odlišit dobu, kdy má být nad odsouzeným stanoven dohled a zkušební doby, kdy by nebylo nutné, aby délka obou byla stejně dlouhá.[15]

Výjimečně pak může soud dle § 83 odst. 1 TZk vzhledem k okolnostem případu a osobě odsouzeného ponechat podmíněné odsouzení v platnosti, i když odsouzený zavdal příčinu k nařízení výkonu trestu, a

- stanovit nad odsouzeným dohled,

- přiměřeně prodloužit zkušební dobu, ne však o více než dvě léta, přičemž nesmí překročit horní hranici zkušební doby stanovené v § 82 odst. 1, nebo

[15] Tedy např. odsouzenému bude uložen trest odnětí svobody ve výměře 18 měsíců podmíněně odložený na zkušební dobu tří let se stanovením dohledu probačního úředníka na dobu 18 měsíců.

- stanovit dosud neuložená přiměřená omezení a přiměřené povinnosti uvedené v § 48 odst. 4 směřující k tomu, aby vedl řádný život, což si myslím je, s ohledem na praxi, přínosné.

5. TREST OBECNĚ PROSPĚŠNÝCH PRACÍ

Podle TZk je možné uložit trest obecně prospěšných prací za přečin (§ 62 TZk), přičemž došlo ke snížení výměry tohoto trestu na 50 až 300 hodin (§ 63 TZk). Navíc co se týká doby, do kdy musí být tento trest vykonán, byla zakotvena možnost, v odůvodněných případech prodloužit dobu od nařízení výkonu tohoto trestu (jež je jeden rok ode dne nařízení výkonu tohoto trestu) až o šest měsíců. Domnívám se, že toto je vhodně zejména u pracujících, kterým byl uložen trest v maximální výměře a není v jejich silách jej do jednoho roku odpracovat (připočteme-li např. starost o děti atd.) a případně i stanovení dohledu nebo uložení přiměřených povinností a omezení, případně výchovné opatření (§ 65 TZk).

Z ryze praktických důvodů došlo k omezení ukládání tohoto trestu těm odsouzeným, jimž byl v posledních třech letech tento trest přeměněn. Přičemž přepočet neodpracovaných hodin k trestu odnětí svobody se zpřísnil z původních 2:1 na 1:1. Tedy pokud odsouzený nevykoná trest obecně prospěšných prací ve výměře 300 hodin, bude mu přeměněn na 300 dnů odnětí svobody nepodmíněně, což je obdobné, jako náhradní trest u trestu domácího vězení.[16]

6. ZÁVĚR

Vzhledem k faktu, že nepodmíněné tresty odnětí svobody mají spíše desocializační než resocializační účinky, je žádoucí, aby byly uplatňovány pouze jako *"ultima ratio"*, jako poslední možné řešení.17 Nezanedbatelnou skutečností je i negativní působení věžeňského prostředí na psychiku všech osob, které se uvnitř vězení nachází. Jedná se jak o samotné odsouzené, tak i o ty, kteří ve vězeňství pracují. Považuji za bloudění v začarovaném kruhu, pokud odsouzený k nepodmíněnému trestu odnětí svobody získá za svého pobytu ve vězení nové zkušenosti a znalosti o zdokonalení páchání trestné činnosti, po propuštění spáchá další trestný čin a vrací se opět do vězení. V tomto případě trest neplní svůj účel, nebrání totiž odsouzenému v dalším páchání trestné činnosti a nevychovává jej k tomu, aby vedl řádný život. Pokud se trest míjí svým účinkem, tak je načase začít hledat vhodné alternativy, které by nevyhovující trest nahradily. Je nutné najít nové

[16] Dle § 61 TZk je možné uložit náhradní trest odnětí svobody za porušení trestu domácího vězení až na jeden rok.

17 Srovnej např. Kalvodová, V. Postavení trestu odnětí svobody v systému trestněprávních sankcí. Brno: Masarykova univerzita, 2002, 1. vydání, str. 109-110. Dále Kratochvíl,V. a kol. Trestní právo hmotné-obecná část. 3. Vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2002, str. 402 – 403.

efektivnější způsoby zacházení s pachateli trestných činů a pokusit se až do nedávné doby tolik preferovaný trest odnětí svobody nahradit tresty vykonávanými na svobodě.

Jedním z hlavních cílů, ke kterým se mělo zavedením alternativních opatření dospět, byla eliminace míry zasahování do osobní svobody pachatele. Obecné pravidlo upravující vztah mezi vězeňskými a nevězeňskými tresty v tom smyslu, že omezování ukládání vězeňských trestních sankcí je považováno za žádoucí, nalezneme např. ve švédském trestním zákonu. Stojí zde, že "soud... by měl mít především na paměti skutečnost, že trest má příznivě napomoci pachatelově adaptaci ve společnosti".

Jak už jsem výše zmínila, podle mého názoru trest odnětí svobody uložený v případě, kdy je vhodnější trest alternativní, napomáhá pachateli adaptovat se nikoli ve společnosti, ale spíše v kriminálním prostředí, kde si propuštěný může lépe ověřit své poznatky a zkušenosti, které nabyl ve vězeňském prostředí. Často se z těchto lidí stávají recidivisté, kteří páchají stále závažnější trestné činy, a výrazně se u nich snižuje možnost, že by je soud přinutil k respektování našich zákonů a vychoval z nich řádné občany.

Závěrem lze říci, že právní úprava alternativních trestů odpovídá možnostem naší země a možnostem jejich ukládání. Některé nedostatky TZk již zpřesnil, navíc zpřehlednil samotnou systematiku alternativních trestů, obsahuje některé dosud problematické otázky. Alternativní tresty, pokud jsou ukládány s rozvahou, účinné jsou, byť s ohledem na přeplněnost věznic dochází k jejich častému ukládání takovým odsouzeným, u nichž nelze s jistotou určit, zda budou mít nápravný vliv.

V restorativní justici a z ní vycházejících institutů Probační a mediační služby a alternativních trestů vidím přínos pro celou společnost a byla by škoda, dále v jejich rozvíjení nepokračovat a alternativní tresty v novém trestním zákoníku tomuto trendu zcela jistě pomáhají.

Literature:

- Kalvodová,V.: Sankční systém trestního práva ve světle rekodifikace – vybrané problémy. In Rekodifikácia trestného práva, Akadémia PZ Bratislava, 2004, s. 62, ISBN 80-8054-321-6
- Kratochvíl, V.: Ústavní rozměr koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného v České republice, in Koncepce nové kodifikace trestního práva hmotného České republiky, MU Brno, 2000, s . 154, ISBN 80-210-2469-0
- Král, V. : Domácí vězení-další alternativní trest, Trestněprávní revue 8/2007

- Kalvodová, V. Postavení trestu odnětí svobody v systému trestněprávních sankcí. Brno: Masarykova univerzita, 2002, 1. vydání, str. 109-110.
- Kratochvíl,V. a kol. Trestní právo hmotné-obecná část. 3. Vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2002.
- Osmančík, O. K problematice alternativních trestů a opatření. Praha: IKSP, 1996.
- Urbánek, J.: Trest obecně prospěšných prací v Nizozemském království a v České republice. Trestněprávní revue, 2003, č. 7
- Žatecká, E., Hrušáková, M., Přepechalová, K. Zamyšlení nad trestem domácího vězení. Příspěvek přednesený na mezinárodní konferenci Milníky práva v středoevropském prostoru dne 16. 4. 2009.

Contact – email
Eva.Zatecka@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OBECNÁ ČÁST FINANČNÍHO PRÁVA

GENERAL PART OF FINANCIAL LAW

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

LIABILITY IN POLISH FINANCIAL LAW, EXEMPLIFIED BY LIABILITY FOR TAX COMMINTMENTS

ELŻBIETA AMBROŻEJ

Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Białymstoku

Abstract
Legal liability means to bear legal consequences for the conduct which is not compliant with the obligatory legal standards. The legal construction of liability includes defining the object of the liability (conduct, which one can be sued for), subjects of the lawsuit, legal basis of the liability, subjects that one is legally responsible for the effects of their specific conduct to, and the procedures in cases of liability. Usually liability refers to conduct (acts or omissions) which a subject is directly responsible for, but legal regulations may distinguish liability for conduct of other subjects. There are several types of liability: criminal, civil, administrative, constitutional, financial, employment or international one. Taking into account legal consequences of the liability and the procedures of applying it, the liability in the financial law can be characterised by: 1) variability of sanctions (economic, legal sanctions stated in the financial law regulations and in the regulations of other fields of law); 2) its diversification in relation to the active and passive subjects of the financial law; 3) the possibility to result from several Acts dealing with the liability of the same subject and the same conduct; 4) its basic prerequisite is the protection of financial interests of the state; 5) there is no uniform jurisdiction and procedure in the cases of the liability in the financial law. The liability for tax commitments, which is regulated in the tax law, may serve as an example of the liability in the financial law. In principle, the liability refers to the subjects responsible for their conduct, the taxpayer and tax bearer and the collector (as well as their spouses) subsequently to the obligations imposed by the law regulations. Besides, the tax law regulations projects the liability of someone else's debt, which is based on the unpaid taxes of the taxpayer, resulting from the taxpayer's conduct, which is not paying the tax commitment in the due time and in full amount. Such liability includes the third party. The basis for the third party liability is an assumption that they had or might have had benefited from the taxpayer's conduct. The Tax Ordinance Act precisely defines the subjects, who may bear the liability as the third parties, for the specified in the Act commitments, for the defined time of the unpaid taxes, from the defined in the Act assets. The liability of the third parties has to be linked with the necessity of protecting the financial interests of the state.

Key words
Subject of the liability; Object of the liability; Primary liability; Secondary liability; Liability in the financial law; Liability for tax commitments; Taxpayer collector; Third party.

1. THE NOTION OF LIABILITY

Legal liability means to bear legal consequences for the conduct which is not compliant with the obligatory legal standards. The legal construction of liability includes defining the object of the liability (conduct, which one can be sued for), subjects of the lawsuit, legal basis of the liability, subjects that one is legally responsible for the effects of their specific conduct to, and the procedures in cases of liability[1].

Usually liability refers to conduct (acts or omissions) which a subject is directly responsible for, but legal regulations may distinguish liability for conduct of other subjects.

There are several types of liability: criminal, civil, administrative, constitutional, financial, employment or international one.

The liability in financial law is of varied character, which is a result of diversified subject matter of financial law. Therefore, we can differentiate the liability regarding actions defined by currency and foreign currency law, levy regulations, and public finance law.[2]

Taking into account legal consequences of the liability and the procedures of applying it, the liability in the financial law can be characterised by:

1. variability of sanctions (economic, legal sanctions stated in the financial law regulations and in the regulations of other fields of law);
2. its diversification in relation to the active and passive subjects of the financial law;
3. the possibility to result from several Acts dealing with the liability of the same subject and the same conduct;
4. its basic prerequisite is the protection of financial interests of the state;
5. there is no uniform jurisdiction and procedure in the cases of the liability in the financial law.[3]

---

[1] . Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, Wstęp do prawoznawstwa, Lublin, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii-Curie Skłodowskiej, 2007, s. 192-193, ISBN 978-83-227-2756-0

[2] C. Kosikowski, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (nowa koncepcja), Państwo i Prawo, nr 12 z 2006 r., Warszawa, s. 3-4, ISSN 0031-0980

[3] C.Kosikowski, Prawo finansowe. Część ogólna, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 275-276, ISBN 83-7284-842-4

2. LIABILITY FOR TAX OBLIGATIONS

The liability for tax obligations may serve as an example of the liability in financial law.

According to the article 84 of the Polish Constitution every citizen is obliged to comply with the responsibilities and public duties, including the payment of taxes, as specified by statute. The Tax Act (in compliance with Art. 217 of the Polish Constitution) defines a subject, an object of taxation and tax rates, as well as the regulations for tax benefits, deductions and relieves and the categories of subjects with tax exemptions. It is, therefore, the only source of tax obligations, which is the tax payer's liability to pay taxes to State Treasury, province, county or community (gmina) in the amount and on time and in place defined in the tax law regulations. In case of a voluntary realization of a tax obligation, most often by its payment, the obligation terminates. It means that the tax-legal relation between the taxpayer and the public law subject finishes. The tax liability appears when the obliged subject does not meet the obligation voluntarily.

The tax liability is a right of a tax obligee to clam the tax from the obliges subjects, as well as the right to apply the lawful means of mandatory execution of the tax due from the possessions of responsible persons.[4] When defining the tax liability, therefore, it should be defined who and to what extend the tax oblige can claim the tax payment from and if necessary who and to what extend execute the tax from.

In the obligation relations there is a debt from responsibility. In a civil law it is stressed that a debt is a kind of obligation, which is the obligation of the debtor, whereas the obligation is related not to the obligation itself, but to covering the debt, connected with the obligatory realization of the rendition. As far as the principle of the responsibility is concerned, it applies to the subjects responsible for their conduct, in the range resulting from the obligations set by law regulations. The law regulations may also include the responsibility for a debt of others, which is a guarantee to satisfy the obligee.

3. THE LIABILITY OF A TAX DEBTOR, TAXPAYER AND A TAX COLLECTOR

According to the Tax Act[5], firstly the tax liability refers to the primary tax debtor – the taxpayer. It appears ipso jure, independently from the taxpayer wish. In case the taxpayer does not pay the tax following from the tax

[4] A. Mariański, Odpowiedzialność za zobowiązania podatnika, płatnika, inkasenta w prawie polskim, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1999, s. 13.

[5] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.)

obligation, tax obliges has a right to execute it. Article 26 of the Tax Act states that a taxpayer is accountable with all his possessions for the taxes due to the tax obligations. Such liability is a responsibility for the tax, not for the tax arrears (it is the beginning of the obligation to be set, not its subject matter). [6] The subject matter of the taxpayer obligation includes the main active debt (the tax) as well as interests (if there is any tax overdue) on the arrears and other charges, such as respite charge (in case of prolonging the due date or the instalments are arranged) or the costs of the execution proceedings.

As it has been mentioned before, the taxpayer's liability includes their all possessions. The notion of possessions has not been defined on the basis of Polish law. Possessions can be widely understood as all the assets and liabilities, which are the rights and obligations related to the possessions; or in its narrower meaning as the whole of the assets which a person is entitled to. It is assumed that the possessions included in the taxpayer's responsibility are the properties, as the Civil Code Act (further referred to as: CCA) defines, consisting of ownership and other transferable possessions rights (Art. 44 of the CCA), where the liabilities do not account as the possessions.[7]

The taxpayer's responsibility is of a personal and unlimited. It covers all the possessions of the taxpayer, which exists at the time when the tax appears, as well as at the time of the tax obligation execution, till the limitation of the liability. [8] It means that the tax oblige may execute the obligation on all the possessions belonging to the taxpayer and on the possessions rights. It should be notices that according to the regulations of an act on the execution proceedings in administration some objects are excluded from the execution.[9]

The taxpayer can be a co-owner of an object. If the object is a joint ownership in fractional parts, the taxpayers' possessions include their share in the joint ownership. The situation is quite different when the taxpayer has a joint property of spouses. According to the Family and Guardianship Code Act [10] (later referred to as FGC), at the moment of contracting a marriage

---

[6] W. Wojtowicz (red.), Prawo podatkowe-część ogólna i szczegółowa, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Lublin 2005, s. 95, ISBN 83-89073-84-6

[7] C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Uchla, Ustawa ordynacja podatkowa. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004, s.143, ISBN 83-7416-005-5

[8] A. Mariański, Odpowiedzialność za zobowiązania …, s. 34.

[9] Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.), porównaj art. 8-10.

[10] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. Nr 9 poz. 59 z późn. zm.)

the joint property of spouses (statutory joint property) appears ipso jure. It includes all the possessions purchased during the marriage by both spouses or by one of them (joint possessions). The possessions not included in the statutory joint property belong to the personal possessions of each spouse (Art. 31 § 1 FGC). The personal possessions of each spouse include, among others: the possessions purchased before the statutory joint property came into being, those that they came into possession by inheritance, legacy or donation, unless the testator or the donor has decided otherwise. They also include the possessions right resulting from the joint ownership and being regulated by separate regulations, possessions objects which serve to fulfill the personal needs of one of the spouses, inalienable rights that only one person can be entitled to, copyright and related rights, patents, trademarks and other intellectual rights. In case of a tax bearer who is married the liability for the taxes resulting from the tax obligations include both the separate as well as joint property of spouses (Art. 29 § 1 TOA). The situation is quite different in case if the joint property of spouses was limited, abolished or excluded by contract or legal decision. According to Article 47 § 1 of FGC spouses may limit or abolish statutory joint property in a form of a notary deed (such an agreement may proceed the contract of marriage). In case of an exclusion of joint property there is a separate estate in matrimony. Each spouse may also, by important reasons, demand an abolition of a joint property by court. Also a creditor of one of the spouses is entitled to do so, if one can prove that settling the claim stated in executory document requires a division of joint property of spouses. Separate estates in matrimony appears on the date defined in the document of judgement, which established it. The TOA states that from the cessation of the joint property the joint property of spouses terminates, therefore it is impossible to settle the claim of a creditor from the joint property.

The Tax Ordinate Act regulates the matter of the tax obligations of a tax debtor and their spouse differently. The legal effects, limitations, abolition, exclusion or termination of a joint property do not apply to the tax obligations which appeared before the day;

1. of concluding a contract of limiting or excluding statutory joint property;

2. of abolishing joint property by a legal court order;

3. of termination of joint property in case of incapacitation of a spouse;

4. of validation of a court order deciding separation.

It means that the execution of tax obligations can proceed as if the joint property of spouses still existed. [11]

Exclusion or limitation of joint property does not exclude the spouse from the responsibility. They are still responsible as a third party, with their whole property, together with the tax bearer, who does business, for the tax arrears that resulted from the business and appeared when they cooperated in the business and the spouse was benefiting from the business activity (Art. 111 TOA). The responsibility is limited to the amount of benefits.

Marriage termination does not exclude totally the ex-spouse's liability. Divorced spouse of the taxpayer is responsible with his/her whole property on even basis with the ex-spouse for tax debts that resulted from tax liabilities of their joint property time but only to the amount reflecting the part of his/her share in that property. (Art. 110 § 1 TOA).

The taxpayer's responsibility can be, in some cases, excluded and transferred on the tax bearer (Art.26 TOA). This is the case if the taxpayer receives money under a business contract, work contract, outwork, cooperative work contract, business activities (for example revenue of artistic, literary or scientific activities) as well as property rights revenue (for example author's rights, invention projects rights, brands and decorative patterns) and the tax bearer understated or did not reveal the proper taxation base. In this case the taxpayer's liability is limited to the amount of the advance payment that the tax bearer is obliged.

Tax Ordinate Act and some other tax acts (for example Civil Activities Tax Act, Treasury Fees Act or Local Tax and Fees Act regarding taxes on real estate) say that there can be more than two subjects on the passive side of legal-tax relation, but the regulations indicate only one tax debt. In this situation there is so called debtors solidarity. According to TOA (Art. 91) Civil Code regulations apply to the joined and several obligations for tax liabilities. Joint and several debtor means that a few debtors can be obliged in the way that the creditor can claim the whole or a part of the dept from all the debtors together, from some of them or from each one separately, and repayments made by any of the debtors exempt the other debtors. All joined and several debtors are obliged to make payments for the creditor's benefit until the whole debt is repaid (Art. 366 CC). This means that each debtor is obliged to repay the whole debt as if he was the only debtor. The creditor can claim the repayment of the whole or a part of the dept from all the debtors together, from some of them or from each one separately according to his choice. The creditor is obliged to accept the repayment from any of the debtors even if he asked the repayment from another debtor.

[11] B. Brzeziński, M. Kalinowski, M. Masternak, A. Olesińska, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Dom Organizatora, Toruń 2002, s. 124, ISBN 83-7285-076-3

If, according to tax regulations, the taxpayers are jointly responsible for tax liabilities and the liabilities arise on the day of receiving the tax office decision defining the level of liability, jointly responsible are the taxpayers who received the decision defining the liability level.

Tax liability of a taxpayer is independent of revenue penal liability. The Revenue Penal Code[12] (from now on called RPC) states that the liability is on the taxpayer who neglects taxation (Art. 54 RPC), to conceal running a business on his own or the actual size of the business, use the first name and surname, company name or a firm of another subject (55 RPC), reports untruly or conceals the truth or does not act according to the obligation of providing information about data changes (Art. 56 RPC); constantly refrains from promptly payments of taxes. (Art.57 RPC).

Tax Ordinate Act, apart from taxpayer liability indicates a liability of tax bearer and tax collector.

Tax bearer liability (excluding the case indicated in Art. 26 TOA) and tax collector liability is a liability for not fulfilling their obligations under TOA. This means that their liability reflects their duties and the tax debt existence.[13]

The tax bearer is obliged to calculate and collect the tax from the taxpayer and pay it promptly to the tax office. In case of not fulfilling or improper fulfilment of the duties the tax bearer is liable for unpaid tax or collected and not paid in one (Art. 30 § 1 TOA).

Tax collector is obliged to collect the tax from the taxpayer and pay it in promptly to the tax office. However, the collector's responsibility is limited to the tax collected and not paid in (Art. 30 § 2 TOA). This means that the collector is not liable for not collecting tax from the taxpayer although he is obliged to do so. This model of the collector's liability can be of disadvantageous consequences for the taxpayer who is liable for tax under regulations of Art. 26 TOA.

Tax bearer's and collector's liability is of personal and property character. They are liable with their whole property, both current and future, until the tax liability terminates. Liabilities of the tax bearer and collector who are married and who have joint property extend on their separate properties and joined properties of the tax bearer and collector and their spouses.

---

[12] Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz.U. z 2007 r. Nr 111, poz. 765 z późn. zm.)

[13] W. Wojtowicz (red.), Prawo podatkowe-część ogólna i szczegółowa, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Lublin 2005, s. 97, ISBN 83-89073-84-6

As it was mentioned, the tax bearer is responsible for the taxes resulting from the tax obligations ipso jure, regardless the tax bearer's will. The base of tax bearer's and collector's liability is a decision on tax bearer's or collector's liability issued by the tax office defining the due payment of not collected or collected but not paid in tax. It means that the tax office has to institute tax proceeding in order to decide about the tax bearer's and collector's responsibility.

Tax bearer's and tax collector's liability is excluded in a situation when the tax was not collected through the fault of the taxpayer. In such cases the tax office issues a decision on the taxpayer's liability (Art. 30 § 5 TOA).

Apart from liabilities under TOA the tax bearer and tax collector act under revenue penal liability. It concerns a tax bearer or collector who does not pay in promptly the collected tax in the proper tax office (Atr.77 RPC), tax bearer who does not collect taxes or collects it in the amount lower than the due amount (Art. 78 RPC), tax bearer or collector who does not appoint on due time a person responsible for calculating and collecting taxes and prompt payments of the collected amounts to the tax office, or who do not inform the local tax office about the required data of such a person (Art. 79 RPC).

4. THE LIABILITY OF LEGAL SUCCESSORS AND THE THIRD PARTY

4.1 THE LIABILITY OF LEGAL SUCCESORS

As said before the tax liability refers to the subjects responsible for their conduct, the taxpayer and tax bearer and the collector (as well as their spouses) subsequently to the obligations imposed by the law regulations. Besides, the tax law regulations projects the liability of someone else's debt, which is based on the unpaid taxes of the taxpayer, resulting from the taxpayer's conduct, which is not paying the tax commitment in the due time and in full amount. Such liability includes mainly so called 'the third party'

„The middle category includes legal successors who are responsible for liabilities of the others – the successor, but they are responsible as if the liability was their own."[14]

The substance of legal succession (universal succession) is that the rights and duties of one subject are transferred to the other. Two main groups of regulations regarding the universal succession can be distinguished in the

[14] A. Mariański, Podstawy odpowiedzialności w prawie podatkowym na przykładzie członków zarządu spółki z z.z., Monitor Podatkowy, nr 1 z 2004 r., s.31, ISSN 1231-1855

tax statute: legal succession of legal persons and other business subjects and legal succession of heirs[15]

Tax legal succession regarding the legal persons and other business subjects can happen as a result of an acquisition, transformation, commercialization or privatization of the above subjects as well as their take over or division. On principle the legal persons and other business subjects that were created through an acquisition, transformation, commercialization and privatization success all defined by tax regulations rights and duties of each acquired, transformed, commercialized or privatized subjects. The legal persons that acquire or the legal persons created by division success on the date of the acquisition or division all defined by tax regulations rights and duties of the divided legal person that relate to the property allotted them in the division plan.

Heirs' responsibility for tax liabilities are defined by the Civil Code regulations regarding legacy acceptance and rejection and liability for tax debts. Under Art.1012 CC a heir can accept the legacy without tax debt liability limitations (simple succession) or with the limitations (successions with benefit of inventory) or reject the legacy. To accept or reject the legacy a heir has to, according to the regulations, submit a correct declaration. The declaration regarding acceptance or refusal of the legacy can be submitted within 6 months from the date of acknowledging by the heir his/her legacy right. If a heir does not submit the declaration described above means (apart from exceptions defined by the act) simple succession of the legacy. A heir who rejects the legacy is excluded from inheriting as if he had died before the legacy was opened (Art.1020 CC).

Until the date of legacy acceptance the heir is liable for legacy debts only of the legacy (Art. 1030CC). From the moment of legacy acceptance the heir is liable for these debts with his/her whole property, and in case of simple succession the heir is liable for the legacy debts without limitations, in case of acceptance of the legacy with benefit of inventory the heir is liable for tax debts only to the value specified in an inventory of the active status of the legacy (Art. 1031CC).

The decision about the way of acceptance or rejection of legacy should be based on proper information about tax obligations of the testator. The tax office, on request of a person who lends credence to his/her rights for the inheritance, has a duty of issuing a letter listing all and any of the known tax obligations of the testator regarding:

5. tax arrears

6. interest on tax arrears of the testator

[15] A. Gomułowicz, J. Małecki, Podatki i prawo podatkowe, LexisNexis, Warszawa 202, s. 310, ISBN 83-7334-123-4

7. collected but not paid in taxes that the testator was obliged to pay as a tax bearer or collector,

8. down payments not paid back by the testator for due tax on goods and services and interest on them

9. prolongation fee

10. tax proceeding costs

11. tax reminder and execution proceeding conducted in case of the testator since the date of the opening of the succession

costs of a reminder and costs of execution proceedings against the testator aroused until the date of opening the inheritance.

If tax proceedings in regard to listing or defining the amount of the testator's due taxes has not been finished until the letter issue date the approximate value of the obligation is given on the basis of obtained data concerning the taxation base (Art. 306 f TOA)

According to the tax law regulations the taxpayer's heirs inherit property rights and duties of the testator. If the testator had non-material rights deriving from business activity the rights are inherited under condition that the business is continued on the heirs account. It also concerns rights and duties of the testator who was a tax bearer as well as the ones indicated in any of the issued tax decisions.

The responsibility is also inherited by the one endowed. However, the scope of responsibility in this case is limited to the value of received goods.

Therefore it should be said that heir's (endowed person's) responsibility depends on the way of accepting the inheritance and also on issuance by the proper tax office a decision on the scope of his obligations. Te tax office defines in separate decisions the obligations of each heir (endowed person).

4.2 THE LIABILITY OF THE THIRD PARTI

The basis for the third parties liability is an assumption that they had or might have had benefited from the conduct of taxpayer who had different relations with them. [16] The Tax Ordinance Act precisely defines the subjects, that may bear the liability as the third parties, for the specified in the Act commitments only, for the defined time of unpaid taxes, from the defined in the Act assets. The liability of the third parties has to be linked with the necessity of protecting the financial interests of the State Treasury

[16] C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Uchla, Ustawa ordynacja…, op.cit. s. 329

and local communities. The subject and object scope of the third parties responsibility is precisely defined in the Tax Ordinance Act.

The third parties' responsibility is of joint, accessory (held by the third parties next to the tax payer), subsidiary (supportive, the execution is first directed to the tax payer and if insufficient the whole or part of it can be directed to the third party) and personal (with the third party's whole property) character. [17]

In regard to the subject scope the Tax Ordinate Act in Art from 110 to117a TOA lists the subjects that might bear the responsibility as the third parties. They include:

- an ex-spouse of the tax payer

- the tax payer's family member and spouse who concluded with the tax payer an agreement on limited or excluded joined property, whose joined property was excluded by a court decision, and a separated spouse,

- a buyer of a company or an organized part of it

- one giving his name

- an owner, a sole proprietor or perpetual user of goods or material right of family, capital or property relations, in the meaning of the income tax regulations, or deriving from work relations with the owner of the goods or material right

- a lessee or a user of a real estate if there are any family, capital, property or deriving from work relations between the lessee or the user and the tax payer

- a partner in a civil partnership, general , partner one and an active partner of a limited or a registered-limited company

- board members of a limited liability company, limited liability company under organization, joint-stock company, joint-stock company under organization,

- members of the managing bodies of legal persons other than limited liability company and joint-stock and the companies under organization,

[17] L. Etel (red), Prawo podatkowe, Difin, Warszawa 2008, s. 207, ISBN 978-83-7251-871-2

- legal persons acquiring or legal persons created by a division (new related persons) of other legal person,

- a guarantor or a backer whose guarantee was accepted by the tax office.

The object scope of the responsibility includes not only joint liability with the tax payer (joint debtors) for the tax arrears but also joint liability with the legal successor of the tax payer for any accepted tax arrears. Furthermore, the third parties responsibility includes not collected taxes or collected but not paid in by the tax bearers or collectors, interest on tax arrears, down payments not paid back promptly for due tax on goods and services and interest on them and execution proceedings costs (Art.107 TOA).

The responsibility of the third parties is announced in a separate proceedings by the tax organ that issues a decision about it defining its scope and financial duty. The decision is legally binding after being delivered, and the arrears payment time is 14 days excluding the date of delivery of the decision concerning the third party's liability.

Delivery of the decision concerning the third party's liability does not exclude the tax payer's liability.

The third party's liability terminates when the tax obligation terminates.

Literature:

- A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, Wstęp do prawoznawstwa, Lublin, Wydawnictwo Uniwersytetu Marii-Curie Skłodowskiej, 2007, s. 192-193, ISBN 978-83-227-2756-0
- A. Mariański, Odpowiedzialność za zobowiązania podatnika, płatnika, inkasenta w prawie polskim, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1999, s. 13
- C. Kosikowski, Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (nowa koncepcja), Państwo i Prawo, nr 12 z 2006 r., Warszawa, s. 3-4, ISSN 0031-0980
- C. Kosikowski, Prawo finansowe. Część ogólna, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2003, s. 275-276, ISBN 83-7284-842-4
- C. Kosikowski, H. Dzwonkowski, A. Uchla, Ustawa ordynacja podatkowa. Komentarz, Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 2004, s.143, ISBN 83-7416-005-5

- B. Brzeziński, M. Kalinowski, M. Masternak, A. Olesińska, Ordynacja podatkowa. Komentarz, Dom Organizatora, Toruń 2002, s. 124, ISBN 83-7285-076-3
- W. Wójtowicz (red.), Prawo podatkowe-część ogólna i szczegółowa, Oficyna Wydawnicza Branta, Bydgoszcz-Lublin 2005, s. 97, ISBN 83-89073-84-6
- A. Mariański, Podstawy odpowiedzialności w prawie podatkowym na przykładzie członków zarządu spółki z z.z., Monitor Podatkowy, nr 1 z 2004 r., s.31, ISSN 1231-1855
- A. Gomułowicz, J. Małęcki, Podatki i prawo podatkowe, LexisNexis, Warszawa 202, s. 310, ISBN 83-7334-123-4
- L. Etel (red), Prawo podatkowe, Difin, Warszawa 2008, s. 207, ISBN 978-83-7251-871-2
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.)
- Ustawa z dnia 17 czerwca 1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (t.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.), porównaj art. 8-10.
- Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz.U. Nr 9 poz. 59 z późn. zm.)

Contact – email
elaambr@wp.pl

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

POZDVIHNUTIE FINANČNEJ GRAMOTNOSTI POMOCOU NORIEM FINANČNÉHO PRÁVA – OHNISKO PREVENCIE FINANČNÝCH KRÍZ

LADISLAV BALKO

Právnická fakulta Univerzity Komenského Bratislava, Slovenská republika

Abstract in original language
Autor v úvode svojho príspevku prináša fakty o názoroch na finančné právo. Potom definuje finančné právo a poukazuje na jeho systemizáciu. V ďalšej časti sa zaoberá normami finančného práva a poukazuje na ich vplyv na finančnú krízu. Podstatná časť príspevku je potom orientovaná na konkrétnu právnu úpravu finančného sprostredkovania a ochrany spotrebiteľa na finančnom trhu na Slovensku. Prináša pohľady na dva zákony, ktoré v Slovenskej republiky budú túto problematiku upravovať.

Key words in original language
Finančné právo; normy finančného práva; finančná kríza; ochrana spotrebiteľa na finančnom trhu; finančný trh; finančná gramotnosť; finančné poradenstvo; finančné služby.

Abstract
The author at the beginning of his contribution brings some facts about opinion of a financial law. Then he defines financial law and point to systemization of its. Follow-up he deals with financial law rules and theirs influence on financial crises. Substantial part of the contribution is afterwards oriented to at concrete legal regulations of a financial procurement and protection of a consumers at a financial market in the Slovak republic. He brings also view at two acts, which will regulate this matter.

Key words
Financial law; financial law rules; financial crises protection consumer at financial market; financial market; financial literacy; financial procurement; financial services.

V anotácii tejto sekcie sa píše „bez nadsázky lze říci, že vymezení obecné části finančního práva citelně chybí v celém středoevropském prostoru. Často je tak obecná část finančního práva suplována poznatky z věd ekonomických, místo právní teorie či vědy finančního práva. Cílem této sekce je proto rozbor a definice obecné části finančního práva a jejích institutů. Výstupem sekce bude soubor příspěvků zabývající se problematikou obecné části s využitím poznatků účastníků konference a samozřejmě za použití metody komparace“.

Nemyslím si, že to je tak. Tak na Slovensku ako aj v Čechách existujú učebnice finančného práva, ktoré obsahujú všeobecné časti finančného

práva. Okrem toho my, finanční právnici prinajmenšom od roku 2005 na svojich „federálnych" stretnutiach diskutujeme práve tom, čo kritizuje anotácia. No a aj na takýchto podujatiach sa venujeme všeobecným otázkam finančného práva. Ja osobne napríklad som aj tu v Brne na konferencii Ekonomicko-filosofické myšlení v Tradici brněnské právní Školy (K odkazu V.Chytila a V.Vybrala pred dvoma rokmi poukázal na Finančné právo a jeho vedecký rozmer v súčasnosti. Vtedy som pripomenul myšlienky profesorov Právnickej fakulty Karlovej univerzity Aloisa Bráfa, Josefa Drachovského, Václava Funka, i veľkého Karla Engliša. Prvý z nich - profesor Bráf, formuloval svoje myšlienky na prelome ešte predchádzajúcich dvoch storočí, keď mu v roku 1902 vo Všehrde vyšla séria prednášok nazvaná Finančná veda. Výsledkom uvažovania profesora Bráfa bola charakteristika finančnej vedy: „ *Finanční vědou vyrozumívá se praktická věda o hospodářstvích finančních, t. j. věda o hospodářstvích jež provozují stát a samosprávní tělesa v něm, opatřujíce si hmotné statky ku provádění úkolů svých. Látku potřebnou dodávají vědě finanční kromě specifických bádání finančních, věda právní v celém svém rozsahu*"[1]. Profesor Engliš sa v súvislosti s finančnou vedou zamýšľal nasledovne: „ *Konstrukce veřejného hospodářství je solidaristická, anebo, chceme – li kolektivistická. Mluvíme – li o hranici zbytných a nezbytných potřeb, pak to nejsou potřeby subjektivní, nýbrž objektivní vzhledem k objektivnímu účelu života, zdraví, kultury atakdále. Avšak tento kruh (rodinný) jako celek jest ještě ve větší míře egoistický na venek, vůči jiným osobám a rodinám. Mezi egoisty nemůže vzniknouti kolektivistická soustava hospodářská dobrovolne. Je – li třeba a trvá-li, pak jen z donucení. Egoisté musí býti k solidarite donuceni právní normou. Hospodářství veřejné je tedy hospodářství nucené. Hospodářstvím veřejných svazků se zabývá věda finanční. Normy upravujicí finanční hospodářství, jsou předmětem právní vědy*"[2]. No a napokon profesor Drachovský prednaznačil existenciu samostatného finančného práva odvolávajúc sa na Cahovo dielo Finanční věda a finanční právo publikované v Brne v roku 1921. Podľa Drachovského" *„důležito jest vymeziti si poměr vědy finanční ke vědám právním, zejména k právu finančnímu. Norma jako zjev sociální musí býti posuzována s trojího hlediska: kausálního, účelového a formy příkazu nebo zákazu, všecka tato hlediska vedou k tomu, že norma nám ukazuje, co zpravidla tu skutečne jest, a není-li, má býti, kterýžto příkaz bude také zpravidla vynucen. Ukazuje nám stav, se kterým lidská společnost na určitém území počítá. Jest jasno, že nikdo, kdo zabývá se skutečnými poměry, nemůže nechati normovaný stav bez povšimnutí, ba, že jest nucen vzíti jej za základ svého pozorování, a kritika, která ukazuje na odchylky od skutečného stavu, vhodnost cíle a účinnost příkazu, podává pouze korektury věcného podkladu, který jest dán obsahem normy. Proto finančnovědecké*

[1] Bráf,A.: finanční věda, vydání Všehrdu, Zimní běh 1902, s. 27

[2] Engliš, K.: Finanční věda, nakladatelství Fr.Borový, Praha, 1929, s. 392 an.

výklady , které nepracují se základem fakt normovaných, nemají základu ve skutečných zjevech a jejich dedukce nebývají pravdivé“[3].

V rámci všeobecného vymedzenia finančného práva dnes toto už samostatné právne odvetvie chaakterizujeme ako *súbor právnych noriem upravujúcich spoločensko-ekonomické vzťahy, ktoré vznikajú v procese tvorby, rozdeľovania a využívania centralizovaných a decentralizovaných peňažných fondov (finančných zdrojov) v podmienkach štátu a samosprávnych celkov, v záujme finančného zabezpečenia (krytia) plnenia ich úloh.*[4]

Finančné právo ako samostatné odvetvie práva pozostáva z mnohých osobitných finančnoprávnych noriem, ktorých súhrn tvorí pomerne zložitý systém tohto odvetvia práva. Šírkou rozsahu právnej regulácie ide o najrozsiahlejšie odvetvie, ktoré vzhľadom na rozmanitosť predmetu právnej úpravy nemôže byť obsiahnuté v jednom kódexe. Ten by totiž musel zahŕňať právne normy regulujúce rozpočet, daňovú, poplatkovú a colnú sústavu, menu, devízy, finančný trh a jeho reguláciu, finančnú kontrolu, finančnoprávne procesy. Už z tohto je jasné, že vo vnútri systému finančného práva sa musia finančnoprávne normy deliť do uceleného systému a jeho jednotlivých konkrétnych inštitútov. Takéto členenie finančnoprávnych noriem je podmienené osobitosťou a vzájomným pôsobením finančných vzťahov, ktoré tieto normy upravujú, a teda majú objektívny základ. Právo však má za úlohu nielen vyjadrovať spoločenské vzťahy. Jeho úloha spočíva aj v ich regulácii a aktívnom pôsobení na ne. Preto aj na tvorbu systému finančného práva, na rozčlenenie jeho noriem do určitých skupín, na sformovanie finančnoprávnych inštitútov pôsobia potreby praxe. Uvedené finančnoprávne vzťahy v rámci osobitnej časti finančného práva môžeme ešte rozdeľovať na úseky.

1. Prvým z úsekov, dôležitým z hľadiska verejných financií, je úsek právnych noriem regulujúci tok výdavkov štátu, ktorého úprava je relevantná z hľadiska poznania potrieb štátu pre jeho nerušené fungovanie. Tieto vzťahy štát môže poznať v procese rozpočtovej politiky. Až keď štát, (resp. samosprávy) stanoví výšku svojich potrieb, môže sa zaoberať tým, či bude schopný tieto potreby pokryť, a teda musí určiť výšku svojich príjmov.

2. Finančné právo tvorí v rámci tejto funkcie úsek štátnych a samosprávnych príjmov. Uskutočňuje sa to prostredníctvom určovania daní poplatkov a ciel, čo zabezpečujú príslušné právne normy finančného

[3] Drachovský, J.: Finanční věda, nákladem vlastním v komisi spolku československých právnikú „Všehrd“ Praha 1934, s.7-8.

[4] Pozri Bakeš, M. a kol.: Finanční právo. Praha : C. H. Beck, 2003, s. 12 a n.

práva, t. j. daňové, poplatkové a colné. Finančné procesy by boli nefunkčné, ak by štát nemal silu a nástroje, ktoré by ich dávali do pohybu.

3. Tretím úsekom finančného práva je úsek peňažného obehu. V záujme jeho správneho fungovania sú tu normy regulujúce menu a devízy štátu, finančný trh a peňažný obeh.

Existencia a rozvoj finančného práva ako právneho odvetvia podmienilo vznik a rozvoj rovnomennej právnej vedy. Veda finančného práva je súhrnom vedeckých poznatkov o finančnom práve, ktorým sa zaoberajú finančnoprávni vedci. Určujúci prínos do tejto vedy vniesli predstavitelia ústavného, správneho a ďalších právnych odvetví. Veda finančného práva, podobne ako všetky právne vedy, je spoločenskovednou disciplínou a ako taká skúma spoločenské procesy spojené s formovaním, rozdeľovaním, využívaním a kontrolou peňažných prostriedkov štátom a samosprávami. Veda finančného práva sa zaoberá predovšetkým skúmaním a hodnotením finančnoprávnych noriem v rôznych finančnoprávnych normatívnych právnych aktoch z hľadiska ich reálnosti, efektívnosti ich úpravy, zrozumiteľnosti výkladu noriem finančného práva, ich súladu s ústavou a pod.

Na tohtoročných Dňoch práva a práve v tejto sekcii by som však naše úvahy o všeobecnej časti finančného práva, chcel posunúť trocha ďalej a prepojiť túto dovolím si povedať „sterilnú teóriu“ s tým, kvôli čomu rozvíjame aj teóriu finančného práva. S aplikačnou praxou. Súčasné obdobie, keď prežívame finančnú a hospodársku krízu sa mi k tomu veľmi hodí. Totiž len teraz najlepšie vidíme ako funguj normy finančného práva a čo tieto normy môžu so spoločensko-ekonomickými vzťahmi v oblasti financií narobiť. Samozrejme ekonómovia, štátnici a politici a aj právnici z rôznych odborov vyvíjajú snahy prijímať najvhodnejšie a najosožnejšie opatrenia, ktoré takmer napospol vo všetkých krajinách dostali pomenovanie „balíčky“ opatrení proti hospodárskej kríze.

Takmer všetky opatrenia sa sústreďujú predovšetkým na verejné financie. Teda ide o objekt zamerania noriem finančného práva, ktorých zmenou sa snažia tak vlády jednotlivých krajín ako aj v rámci globálnych prístupov. Dochádza k úpravám „pravidiel hry“ v oblasti rozpočtov, daní a odvodov do verejnoprávnych fondov, dotácií a subvencií, akcelerujú sa postupy v oblasti menovej, a veľkými zmenami prejde finančný trh, predovšetkým jeho regulácia. Napospol tu teda ide o veľké zmeny v oblasti finančného práva. Najväčší nápor je a bude na rozpočtové opatrenia. Samozrejme prijímané opatrenia v rozpočtovej oblasti budú musieť reflektovať normy rozpočtového práva. Ďalšou významnou sférou, ktorá aj v oblasti práva bude nepochybne dosť zasiahnutá sú dane. Celosvetovo sa šíria rôzne názory o tom, aká je úloha daní v zápase s krízou. V oblasti daní sa teda nastoľujú otázky samotného smerovania daní v čase hospodárskej krízy a teda aktuálnym je potom aj problém samotnej reflexie novej daňovej politiky normami daňového práva. Samozrejme, že právo nastúpi až po vyjasnení základnej otázky:“ Znížiť alebo zvýšiť dane v zápase s krízou?“

Hospodárska a fiškálna teória teda bude musieť vytýčiť smer v oblasti daní pre krízu. A normy daňového práva právne tento smer fixovať. Medzi častými opatreniami viacerých štátov sa objavil protekcionizmus, ktorého aplikáciu zabezpečia colnoprávne predpisy a ich zmeny. Hospodárska kríza sa začala ako finančná kríza. Je preto len zákonité, že mnohé prejavy nachádza v oblasti meny. V dôsledku finančnej a následnej hospodárskej krízy došlo k poklesu kurzu meny v mnohých krajinách. Celkovo sa štáty snažia bojovať s krízou konkrétnymi krokmi v oblasti meny, najmä tým, že centrálne banky hýbu základnými úrokovými sadzbami, predovšetkým smerom dolu, aby dávali ekonomike impulzy k zlacňovaniu peňazí a tým aj potenciálnemu hospodárskemu rastu. Takže normy v oblasti meny sú dotknuté tiež. Nie je náhoda, že najviac sa prejavuje úsilie boja proti kríze v oblasti finančného trhu. Aj preto, že sa cez finančný trh vlastne finančná kríza začala. V uznesení, ktoré prijal európsky parlament 22.10.2008 víta opatrenia, ktoré môžu trhom prinavrátiť likviditu, a víta rýchlu a rozsiahlu reakciu Komisie v súvislosti s uplatňovaním pravidiel poskytovania štátnej pomoci na opatrenia prijaté v súvislosti s finančnými inštitúciami[5]. Všetky investície z verejných prostriedkov na záchranu finančných inštitúcií sa však musia byť pod verejným dohľadom, musí sa zlepšiť správa a riadenie týchto inštitúcií a to obmedzením odmeňovania, zvýšením zodpovednosti voči verejným orgánom a investičnými stratégiami v prospech reálnej ekonomiky, zdôrazňuje EP.

Normy práva finančného trhu budú ponúkať mnohé riešenia. Napríklad v podmienkach Slovenskej republiky sú už realizované aj konkrétne legislatívne kroky na riešenie situácie na finančnom trhu. Napríklad v podobe zákona o zmiernení vplyvov globálnej finančnej krízy na slovenský bankový sektor.

V načrtnutých úvahách je teda mnoho inšpirácií ako sa popasovať s fenoménom terajšej finančnej a hospodárskej krízy. Ekonomickí experti, či analytici na celom svete sa zhodujú v tom, že kríza sa neskončí s krátkom časovom horizonte. Tí pesimistickejší prognózujú krízový stav v trvaní až desiatich rokov. Vyskytujú sa názory, že svet už nebude taký ako bol pred krízou. Ktovie? Je to realita? Alebo len predpovedanie nepoznaného vývoja, ktorý sa vymkol z rúk a ktorý sa ľudstvo len začína učiť zvládať.

Aj keď nastali časy zložité, určite bude potrebné s nimi sa vysporiadať. Do celého procesu zápasu s krízou sa bude musieť zapojiť aj právo. Významné úlohy budú aj pred normami finančného práva a všetkých jeho pododvetví. Bude teda aj na nás finančných právnikoch nielen ako pedagógoch, ktorí vysvetľujú normy finančného práva a normy jeho všetkých pododvetví, ale mnohí z nás využijú určite aj spoločenské volanie a ponúkneme aj svoju erudíciu, poznatky a skúsenosti tiež ako kreátori finančnoprávnych noriem v nových podmienkach.

---

[5] http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/004-40027-294-10-43-901-20081020IPR40025-20-10-2008-2008-true/default_sk.htm

Svoj príspevok som nazval – „Pozdvihnutie finančnej gramotnosti pomocou noriem finančného práva – ohnivko prevencie finančných kríz“. Veľmi súvisí s finančným právom. S jeho poznaním a uplatňovaním jeho noriem v praxi. Celosvetovo verejnosť má veľmi nízke povedomie o pôsobení financií v reálnom živote. Aj preto mohlo dôjsť k špekuláciám s finančnými derivátmi, s neúmernou hypotekárnou zadlženosťou a pod. A keď hovoríme o pôsobení financií tak treba podčiarknuť, že aj právne povedomie v tejto oblasti je ešte nižšie. A tak je naozaj aktuálne aby normy finančného práva pomohli dvíhať finančnú gramotnosť. Pri tejto konštatácii sa určite objaví mnoho otáznikov. Čím? A ako?

Odpoveď na tieto otázniky už v podmienkach právneho poriadku Slovenskej republiky dostala aj konkrétne kontúry. V podobe konkrétnej legislatívnej iniciatívy vo dvoch oblastiach.

1. V oblasti skvalitňovania procedúr pri finančnom sprostredkovaní,

2. Pri ochrane spotrebiteľa na finančnom trhu.

Ad 1. Na Slovensku sa teraz pripravuje prijať zákon o ochrane práv spotrebiteľa na finančnom trhu[6].

Cieľom zákona je zvýšenie ochrany práv spotrebiteľa na finančnom trhu pri využívaní finančných služieb poskytovaných finančnými inštitúciami na území Slovenskej republiky. Celý systém ochrany práv spotrebiteľa na finančnom trhu je v prvom rade orientovaný na spotrebiteľa samotného a je navrhnutý tak, aby bol schopný ochranu spotrebiteľa zaručiť.

V prvom rade pôjde o úpravu ochrany práv spotrebiteľa vo vzťahu ku všetkým inštitúciám finančného trhu, a to jednak vo vzťahu k subjektom, ktorých činnosť povoľuje a dohliada Národná banka Slovenska (banky, poisťovne, obchodníci s cennými papiermi, správcovské spoločnosti, dôchodkové spoločnosti, inštitúcie elektronických peňazí, osoby vykonávajúce platobný styk, platobné inštitúcie a finanční sprostredkovatelia), ako aj vo vzťahu k nelicencovaným subjektom pôsobiacim na finančnom trhu (osobám poskytujúcim spotrebné úvery, osobám vykonávajúcim zmenárenskú činnosť a iným osobám s obdobným predmetom činnosti).

Vzhľadom na skutočnosť, že súčasná právna úprava pre ochranu spotrebiteľa s dôrazom na ochranu spotrebiteľa na finančnom trhu, legislatívny a inštitucionálny rámec mimosúdneho riešenia sporov zo

---

[6] Pozri https://lt.justice.gov.sk/Document/DocumentDetails.aspx?instEID=-1&matEID=1763&docEID=71286&docFormEID=14&docTypeEID=5&langEID=1&tStamp=20090902072123640

zmluvných vzťahov klientov s finančnými inštitúciami a inými poskytovateľmi finančných služieb ako aj súčasný stav vo všeobecnom finančnom vzdelávaní a finančnej osvete s cieľmi a úlohami, ktoré stanovila vláda Slovenskej republiky vo svojej Koncepcii ochrany spotrebiteľa v oblasti finančných služieb, zabezpečenia finančného vzdelávania a regulácie sprostredkovateľskej činnosti a poradenskej činnosti na finančnom trhu sa javia ako nedostatočné, bolo potrebné pripraviť komplexnú právnu úpravu a inštitucionálne zabezpečenie ochrany práv spotrebiteľa na finančnom trhu v Slovenskej republike.

Potrebu zvýšenia ochrany práv spotrebiteľa na finančnom trhu vyvolal rýchlo rastúci počet poskytovateľov a sprostredkovateľov finančných služieb a neustále sa zvyšujúca zložitosť a rôznorodosť nástrojov finančného trhu. Finančné inštitúcie alebo sprostredkovatelia ich služieb spravidla disponujú odbornou spôsobilosťou a finančným vzdelaním a ich činnosť je ešte podporená premyslenými formami a metódami predaja. Tým sa vytvorila informačná a odborná asymetria finančného trhu kde na jednej strane vystupujú odborne zdatní zástupcovia finančných inštitúcií a na strane druhej veľká skupina spotrebiteľov, užívajúcich finančné služby len pre svoju osobnú spotrebu, ktorá je ľahko ovplyvniteľná a zraniteľná, keďže jej vedomosti a znalosti o fungovaní finančného trhu a o jeho rozličných službách nie sú dostatočné na to, aby mohli robiť kvalifikované a racionálne nezávislé rozhodnutia, nakoľko finančné služby sú im často ponúkané príliš komplikovaným a netransparentným spôsobom.

Zákon bude regulovať také opatrenia, ktoré povedú k vyššej ochrane spotrebiteľov pri poskytovaní finančných služieb. Aj keď žiadnymi opatreniami nie je možné úplne odstrániť informačnú a odbornú nerovnováhu medzi poskytovateľmi finančných služieb a ich klientmi z radov spotrebiteľov, inštitucionalizáciou ochrany práv spotrebiteľa pri poskytovaní finančných služieb je možné vytvoriť účinnú protiváhu proti ekonomicky prirodzeným záujmom finančných inštitúcií. Pre celkové zdravé fungovanie finančného trhu tak bude prínosom, keď popri fungujúcom dohľade nad podnikaním finančných inštitúcií budú existovať rovnako fungujúce inštitúty ochrany práv a záujmov spotrebiteľov na finančnom trhu. Základným cieľom zákona je vytvoriť právny rámec pre existenciu a efektívne fungovanie takýchto inštitútov.

V záujme vytvorenia potrebnej rovnováhy medzi ochranou záujmov finančných inštitúcií a férovej hospodárskej súťaže na strane jednej a ochranou spotrebiteľa finančných služieb na strane druhej, zákon ustanoví inštitucionálny systém ochrany práv spotrebiteľa na finančnom trhu. Tento systém predstavuje komplexný súbor inštitúcií na ochranu práv a oprávnených záujmov spotrebiteľov, ktorí vstúpili alebo potenciálne môžu vstúpiť do vzťahov s finančnými inštitúciami poskytujúcimi na finančnom trhu svoje služby. Podľa tohto zákona súčasťou inštitucionálneho systému ochrany spotrebiteľa na finančnom trhu budú:

a. Úrad pre ochranu finančného spotrebiteľa ako inštitúcia zriadená na účel zabezpečenia efektívneho mimosúdneho rozhodovania sporov zo zmluvných vzťahov medzi klientom a finančnou inštitúciou a na účel vykonávania inšpekčnej činnosti nad dodržiavaním práv spotrebiteľa na finančnom trhu a povinností finančných inštitúcií. Na Slovensku by teda mal začať pôsobiť „finančný ombudsman“

b. Národná akadémia finančného vzdelávania ako inštitúcia na zabezpečovanie, koordináciu a metodické riadenie finančného vzdelávania,

c. Fond ochrany vkladov, ktorý na základe osobitného predpisu (zákon o ochrane vkladov) sústreďuje peňažné príspevky bánk a pobočiek zahraničných bánk na poskytovanie náhrad za vklady uložené v bankách a v pobočkách zahraničných bánk a nakladá s nimi v súlade s týmto osobitným predpisom,

d. Garančný fond investícií, ktorý na základe osobitného predpisu (zákon o cenných papieroch) sústreďuje peňažné príspevky poskytovateľov investičných služieb na poskytovanie náhrad za nedostupný klientsky investičný majetok a nakladá s nimi v súlade s týmto osobitným predpisom.

Fond ochrany vkladov a Garančný fond investícií sú právnické osoby, ktoré v súčasnosti existujú a svoju činnosť vykonávajú v súlade s osobitnými predpismi, na základe ktorých boli zriadené. Začlenenie Fondu ochrany vkladov a Garančného fondu investícií do systému neznamená zmenu právnej formy ani subjektivity dotknutých inštitúcií a tiež nebude dotknutá ich pôsobnosť podľa príslušných smerníc EÚ/ES.

Normy finančného práva budú určite objektu činnosti navrhovanej Národnej akadémie finančného vzdelávania, ktorá sa koncipuje[7] ako verejnoprávna inštitúcia, ktorej sa zveruje pôsobnosť v oblasti finančného vzdelávania na finančnom trhu v rozsahu a za podmienok ustanovených týmto zákonom.

Nie je vysokou školou a jej vzdelávacie aktivity nepodliehajú akreditácii. Zákon má súčasne aj definovať finančné vzdelávanie ako proces, pri ktorom si fyzické osoby zdokonaľujú svoje znalosti o finančných službách a finančných trhoch a prostredníctvom jednorazového alebo sústavného prijímania informácií alebo inštrukcií, pričom rozvíjajú svoje vedomosti a skúsenosti, aby získali väčšiu informovanosť o finančnom riziku a príležitostiach, aby mohli robiť uvážlivé finančné rozhodnutia, aby vedeli

7 http://www.rokovania.sk/appl/material.nsf/0/90E12D90B5D273D9C12576640033DA37?OpenDocument

kde sa môže finančný spotrebiteľ domáhať svojich práv, aby boli schopní urobiť všetky účinné kroky k zväčšovaniu svojho finančného majetku alebo zlepšujú kvalitu svojich teoretických znalostí a praktických schopností pre vykonávanie odborných činností, pre ktoré je takéto vzdelávanie nevyhnutné,

Pôsobnosť akadémie je orientovaná na tieto oblasti

a. zabezpečuje osobitné finančné vzdelávanie a odborné skúšky osôb podľa osobitných zákonov pre oblasť finančného trhu a vykonáva s tým súvisiace aktivity,

b. podieľa sa na všeobecnom finančnom vzdelávaní,

c. kontroluje vykonávanie odborných skúšok osobami poverenými v súlade s týmto zákonom,

d. metodicky riadi a usmerňuje osoby podieľajúce sa na činnostiach súvisiacich s finančným vzdelávaním a overovaním odbornej spôsobilosti osôb podľa osobitných zákonov pre oblasť finančného trhu.

e. ustanovuje rozsah a obsah osobitného finančného vzdelávania pre jednotlivé sektory podľa osobitného zákona,

f. vedie zoznamy vzdelávacích inštitúcií v členení na vzdelávacie inštitúcie poskytujúce takéto vzdelávanie pre verejnosť a pre vlastných zamestnancov.

Okrem týchto taxatívne určených činností ešte bude môcť

a. zabezpečovať analýzy a prieskumy stavu finančnej gramotnosti a potrieb finančných spotrebiteľov v oblasti nadobúdania a dopĺňania informácií o finančných službách,

b. zabezpečovať a spolupracovať pri vedení mediálnych, informačných a iných kampaní zameraných na finančnú osvetu,

c. spolupracovať pri realizácii a propagácii finančného vzdelávania prostredníctvom masovokomunikačných prostriedkov,

d. monitorovať propagáciu finančných služieb na území Slovenskej republiky,

e. plniť ďalšie úlohy podľa zákona.

Má ísť o „serióznu inštitúciu“, čo dokazuje aj návrh právnej úpravy jej organizácie a riadenia. Štatutárnym orgánom má byť trojčlenné Prezídium, ktoré koná v mene akadémie, pričom na platnosť písomných právnych úkonov sa vyžadujú podpisy najmenej dvoch členov prezídia akadémie, ak

zákon neustanovuje inak. Funkčné obdobie členov prezídia akadémie je päťročné. Členom prezídia akadémie môže byť vymenovaná fyzická osoba s odbornými vedomosťami a skúsenosťami v oblasti finančníctva alebo vzdelávania, ktorá má spôsobilosť na právne úkony v plnom rozsahu a ktorá je bezúhonná. Za odborné vedomosti a skúsenosti sa považuje u predsedu akadémie ukončené vysokoškolské vzdelanie druhého stupňa a najmenej desať rokov praxe v oblasti finančníctva, z toho najmenej päť rokov praxe v riadiacej alebo vedeckej funkcii, u podpredsedu prezídia a ďalšieho člena prezídia akadémie ukončené vysokoškolské vzdelanie druhého stupňa a najmenej päť rokov praxe v oblasti finančníctva, z toho najmenej dva roky praxe v riadiacej alebo vedeckej funkcii. Na funkcie člena prezídia akadémie sa vzťahuje inkompatibilita s ústavnými a podnikateľskými funkciami.

Ad 2. Podľa dizertačnej práce doktorandky autora tejto state JUDr. Mag. Stanislavy Saria „Situácia na slovenskom finančnom trhu zaznamenala v posledných rokoch z pohľadu účastníka tohto trhu ponúkajúceho svoje voľné finančné prostriedky, t. j. investora, prevratný vývoj. Na jednej strane možno pozorovať ústup od v našich podmienkach viaceré desaťročia tradičnej formy zhodnocovania kapitálu prostredníctvom vkladov v bankách, keďže občania sa postupne začínajú zaujímať o diverzifikáciu svojich úspor. Navyše v snahe o dosiahnutie vyššej ziskovosti investície rastie aj miera ochoty siahnuť po riskantnejších produktoch, čo však nie je nevyhnutne sprevádzané rastom skúseností a znalostí investora. Naopak, nástroje finančného trhu už nie sú v praxi vyhradené pre úzku skupinu majetných subjektov s dostatočným prehľadom a vedomosťami týkajúcimi sa investovania, ale sú prístupné všetkým vrstvám obyvateľstva. Na druhej strane ponuka prichádza stále s novými typmi produktov (ako napr. kapitálové či investičné životné poistenie, realitné fondy a pod.), s ktorými u nás ešte nie je dostatok skúseností a v súvislosti s ktorými je mnohokrát vzhľadom na ich komplexnosť takmer nemožné správne posúdiť a zvážiť všetky ich riziká. Napokon výrazne vzrástol aj okruh subjektov pôsobiacich na slovenskom finančnom trhu, takže ponuke bánk a sporiteľní čoraz viac konkurujú aj poisťovne, správcovské spoločnosti, dôchodkové správcovské spoločnosti či doplnkové dôchodkové poisťovne. Investor tak môže byť oslovovaný rôznymi „agentmi“, maklérmi, sprostredkovateľmi investičných služieb, poistenia, starobného či doplnkového dôchodkového sporenia, „nezávislými finančnými poradcami“ a napokon aj sprostredkovateľmi v oblasti druhého – kapitalizačného piliera dôchodkového systému, ktorých cieľom je presvedčiť ho o vhodnosti nimi ponúkaného resp. sprostredkovávaného produktu alebo služby. To môže mať potom za následok, že investor ľahko stratí prehľad o tom, kde končia hranice pôsobnosti resp. zodpovednosti jedného účastníka finančného trhu a začína sféra zodpovednosti iného subjektu.

S prihliadnutím na uvedené skutočnosti sa javí nevyhnutnou tendencia zvyšovania potreby ako aj významu poskytovania finančného poradenstva. S tým je však spojených množstvo otázok týkajúcich sa povinnosti poučenia

investora o všetkých podstatných skutočnostiach, posúdenia finančného postavenia, znalostí, skúseností klienta, rozsahu a obsahu poskytovaného poradenstva, ktoré čakajú na svoju profiláciu súdnou praxou. Keďže ideálny prípad, kedy skúsený a po odbornej stránke vysoko kvalifikovaný poradca poskytne svoje služby rozhľadenému klientovi s náležitými znalosťami pomerov a rizík pri dodržaní všetkých pravidiel a s prihliadnutím na záujmy a očakávania investora, sa v praxi nie vždy vyskytne, je potrebné skúmať, akými prostriedkami a za akých podmienok môže poškodený investor presadiť svoje nároky vyplývajúce z vadného poradenstva a naopak, ako sa poradca môže brániť pred neoprávneným uplatňovaním nárokov zo strany klienta."[8]

Mnohé z týchto požiadaviek zabezpečuje Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve 186/2009 Z. z.[9], ktorý má za cieľ je odstrániť rozdielnosť právnej úpravy finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, ktorá existuje v právnych predpisoch pre jednotlivé sektory finančného trhu a zároveň pokryť tie oblasti trhu, ktoré neboli regulované vôbec. Kde je to však nevyhnutné a odôvodnené špecifickými podmienkami konkrétnej oblasti finančného trhu alebo odôvodnené existenciou právnej úpravy v súlade s právom Európskych spoločenstiev sú prvky osobitnej právnej úpravy v navrhovanej právnej úprave zachované. Vykonávanie činností spojených so sprostredkovaním finančných nástrojov a služieb a poskytovaním finančného poradenstva je v súčasnosti upravené osobitnými zákonmi pre oblasť poistenia a zaistenia, investičných služieb a doplnkového dôchodkového sporenia, pričom do konca roka 2006 bola činnosť sprostredkovateľov osobitne upravená tiež v oblasti starobného dôchodkového sporenia. Nová právna úprava zabezpečuje porovnateľnú ochranu spotrebiteľa pri vstupe do zmluvných vzťahov na základe ktorých sú mu poskytované finančné služby. Na základe zhodnotenia súčasnej právnej úpravy sprostredkovania a odborného poradenstva vo vybraných oblastiach finančného trhu sa vytvoril právny rámec pre spoločnú reguláciu finančného sprostredkovania a finančného poradenstva na slovenskom finančnom trhu. Nová právna úprava zohľadňuje pozitívne prvky a skúsenosti z doterajšej právnej úpravy a výkonu dohľadu nad činnosťou sprostredkovateľov, najmä v oblasti poisťovníctva a investičných služieb. Cieľom tejto právnej úpravy je zabezpečenie ekvivalentnej ochrany spotrebiteľa pri vstupe do zmluvných vzťahov, na základe ktorých sú poskytované finančné služby, navrhovaná právna úprava má dosah na celý finančný trh a určuje spoločné princípy ochrany spotrebiteľa vo všetkých oblastiach finančného trhu. Zákon upravuje finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo. Napriek tomu, že obsah týchto činností sa v mnohom prekrýva, účel, pre ktorý sa tieto

[8] Podrobne In. Saria, Stanislava.: Zodpovednosť za poskytovanie finančného poradenstva, dizertačná práca PF UK Bratislava 2009

[9] Podrobne pozri: http://www.nrsr.sk/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=2673

činnosti vykonávajú sa výrazne líši. Cieľom finančného sprostredkovania je zabezpečiť distribúciu finančných služieb klientom, s poskytovaním informácií, analýz, odborných stanovísk a odporúčaní, týkajúcich sa ponúkaných finančných služieb. Naopak, finančné poradenstvo sa vykonáva za účelom poskytnutia informácií, odborných stanovísk alebo osobných odporúčaní spotrebiteľovi, dostatočných na to, aby mohol vykonať zodpovedné rozhodnutie o vstupe do zmluvného vzťahu s finančnou inštitúciou. Zároveň tieto informácie, analýzy, odborné stanoviská alebo osobné odporúčania nevychádzajú z obmedzenej ponuky finančných služieb.

Účelom zákona je zabezpečenie primeranej ochrany klientov, najmä tých, ktorí sú ovplyvniteľní a zraniteľní a ich vedomosti a znalosti o fungovaní finančného trhu nie sú dostatočné na to, aby mohli prijímať kvalifikované, racionálne a nezávislé rozhodnutia. Na druhej strane nie je cieľom zákona zabezpečovať ochranu osobám, ktoré túto ochranu z objektívnych dôvodov nepotrebujú a preto na základe uvedeného sú v návrhu zákona klienti kategorizovaní na profesionálnych a neprofesionálnych. Zákon vymedzuje osoby, ktoré môžu vykonávať sprostredkovateľskú a poradenskú činnosť a zároveň sa zavádza ich jednotný register, ktorý vedie Národná banka Slovenska. Jednotná registrácia umožní klientom jednoducho si overiť, či osoba disponuje požadovaným povolením. Ustanovený je tiež predmet a rozsah dohľadu nad činnosťou finančných sprostredkovateľov a finančných poradcov, ktorý je v kompetencii Národnej banky Slovenska. Zámerom tohto zákona je zabezpečiť účinnosť dohľadu a vymožiteľnosť ustanovení tohto zákona. Hlavným zámerom zákona je teda vymedziť postupy a pravidlá činnosti finančného sprostredkovateľa a finančného poradcu tak, aby sa minimalizovalo riziko, že sprostredkovaná finančná služba by bola pre danú osobu nevhodná alebo nezodpovedajúca jej finančným alebo osobným možnostiam a aby existujúce pravidlá pre finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo boli v čo najväčšej možnej miere zjednotené na spoločnú platformu.

Celkove možno konštatovať, že úlohou nového zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve je zabezpečiť spotrebiteľom adekvátnu ochranu v tých právnych vzťahoch, na základe ktorých sú im poskytované finančné služby. V súvislosti so zabezpečením ochrany spotrebiteľa v oblasti finančných služieb zákon prináša zásadne nový spôsob regulácie sprostredkovateľskej činnosti a poradenskej činnosti na finančnom trhu pre jednotlivé sektory finančného trhu (poistenie alebo zaistenie, kapitálový trh, prijímanie vkladov, poskytovanie úverov a doplnkové dôchodkové sporenie), v ňom obsiahnutá nová právna úprava tak bude mať dopad na celý finančný trh na Slovensku. Zákon vytvára právny rámec pre spoločnú reguláciu finančného sprostredkovania a finančného poradenstva na slovenskom finančnom trhu, pričom odstraňuje mnohé rozdielnosti vyplývajúce z existujúcich právnych predpisov upravujúcich finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo pre jednotlivé sektory finančného trhu, aby existujúce pravidlá pre finančné sprostredkovanie a finančné

poradenstvo boli v čo najväčšej možnej miere zjednotené. Zákon pokrýva aj tie oblasti finančného trhu, ktoré zatiaľ nie sú regulované.

Zákon po novom zakotvuje spoločné princípy ochrany spotrebiteľa pre jednotlivé sektory finančného trhu, vymedzuje osoby, ktoré môžu vykonávať sprostredkovateľskú a poradenskú činnosť, postupy i pravidlá finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, pričom pre každú z týchto činností ustanovuje rozsiahle požiadavky, ktoré budú povinní dodržiavať ich poskytovatelia, zakotvuje organizačné predpoklady, podmienky na získanie povolenia od Národnej banky Slovenska pre finančné sprostredkovanie a finančné poradenstvo spolu s podmienkami pre ich výkon vrátane požiadaviek na odbornú kvalifikáciu. Zákonom sa po novom zriaďuje register finančných agentov, finančných poradcov, finančných sprostredkovateľov z iného členského štátu v sektore poistenia alebo zaistenia a viazaných investičných agentov (ďalej v texte len „register"). V novozriadenom jednotnom registri bude NBS evidovať údaje o osobách oprávnených na vykonávanie sprostredkovateľskej a poradenskej činnosti a ich sprístupnením na jej internetovej stránke budú mať klienti možnosť preveriť si oprávnenie konkrétneho subjektu na výkon finančných služieb. Subjektom poskytujúcim služby finančného sprostredkovania a finančného poradenstva zákon ustanovuje viaceré povinnosti, novo zakotvuje aj pravidlá ich činnosti vo vzťahu ku klientom, pričom zákon rozlišuje klientov z hľadiska ich finančnej gramotnosti na profesionálnych a neprofesionálnych. Zákon upravuje aj problematiku zodpovednosti za spôsobenú škodu, ukladá povinnosť poistiť sa, rieši otázku konfliktu záujmov, zakotvuje podmienky výkonu dohľadu nad finančným sprostredkovaním a finančným poradenstvom vrátane opatrení na nápravu a prípadných sankcií.

Tieto legislatívne kroky na Slovensku sú ale súčasťou oveľa širšej problematiky, v ktorej pôjde práve o normy finančného práva. Vzhľadom na historický spoločensko-ekonomický vývoj Slovenska (ale podobné je to aj v ostatných krajinách Strednej a Východnej Európy) je všeobecne nízka tzv. finančná gramotnosť.

Uznesením vlády č.447/2008 k návrhu stratégie vzdelávania vo finančnej oblasti a manažmentu osobných financií dňa 2. júla 2008 schválila vláda Slovenskej republiky materiál „ Návrh stratégie vzdelávania vo finančnej oblasti a manažmentu osobných financií“[10].

Vláda si uvedomuje, že prejavom kultúry spoločnosti je aj jej schopnosť pripraviť nastupujúcu generáciu na život vo sfére peňazí a získané

10

http://www.rokovania.sk/appl/material.nsf/0/241846525653EEA4C12576410027982F/$FILE/Zdroj.html#_Toc239813755

skúsenosti posúvať z pokolenia na pokolenie. Nemáme na mysli necitlivý prístup, založený na ponechaní zodpovednosti výlučne na jednotlivcovi. Ide skôr o moderné a optimálne nastavenie vzťahu zodpovednosti človeka a rodiny so spoluzodpovednosťou verejných inštitúcií a ich politikou hospodárskej, sociálnej a územnej súdržnosti spoločnosti. Nie je možné garantovať právo na ľudskú dôstojnosť len sanáciou nezvládania životných situácií cez verejné prostriedky, určené do osobnej spotreby. Naopak svoju spoluzodpovednosť za vytváranie šancí a príležitostí môže realizovať napríklad aj prostredníctvom výchovných a vzdelávacích programov, so zameraním na osobné ekonomické fungovanie jednotlivcov a rodín.

Preto potreba plošného zavedenia vzdelávania vo finančnej oblasti a manažmentu osobných financií a vytvorenie Národného štandardu finančnej gramotnosti sa stala nevyhnutnou.

Východiskom bolo prijatie razantnejšieho celospoločenského prístupu riešenia tohto problému, zasahujúceho do troch dôležitých oblastí:

- zabezpečenia peňazí pre uspokojenie životných potrieb,

- manažovania osobných a rodinných financií,

- finančného trhu a ponúkaných finančných produktov.

Tento prístup predstavuje vyššiu formu celospoločenskej osvety, s dôrazom na prvotné budovanie súboru znalostí v najužšom vzťahu k hodnotovým postojom jednotlivca. Predpokladá to nový prístup aj k zvolenej metodike a formám vo vzdelávacom procese, ktorý musí byť významne doplňaný výchovnými prvkami podľa moderných európskych trendov. Len tak vznikne pravdepodobnosť vedomého prijímania ekonomických a finančných kategórií, keď budú sprostredkúvané na osobných a rodinných modeloch zabezpečovania životných potrieb.

Na základe štátom stanovených všeobecných cieľov, ktoré riešia spoločnosťou nastolené otázky vo vzťahu k finančnej gramotnosti, bol vytvorený Národný štandard finančnej gramotnosti[11]. Okrem spôsobu jeho implementácie je zaujímavý pohľad na organizáciu kompetencií a na témy, ktoré rieši. Ide o také závažné otázky ako je Človek vo sfére peňazí, finančná zodpovednosť a prijímanie rozhodnutí, zabezpečenie peňazí pre uspokojovanie životných potrieb príjem a práca, Plánovanie a hospodárenie s peniazmi, úver a dlh, sporenie a investovanie a riadenie rizika a poistenie

Národný štandard charakterizuje finančnú gramotnosť [12] ako schopnosť využívať poznatky, zručnosti a skúsenosti na efektívne riadenie vlastných

[11] www.siov.sk/ext_dok-narodny-standard-financnej-gramotnosti-verzia-1_0/11294c

[12] www.siov.sk/ext_dok-narodny-standard-financnej-gramotnosti-verzia-1_0/11294c

finančných zdrojov s cieľom zaistiť celoživotné finančné zabezpečenie seba a svojej domácnosti. Finančná gramotnosť nie je absolútnym stavom, je to kontinuum schopností, ktoré sú podmienené premennými ako vek, rodina, kultúra či miesto bydliska. Finančná gramotnosť je označením pre stav neustáleho vývoja, ktorý umožňuje každému jednotlivcovi efektívne reagovať na nové osobné udalosti a neustále meniace sa ekonomické prostredie. Vzhľadom na nedostatočné skúsenosti a ešte neosvojený požadovaný stupeň zodpovednosti, súčasný absolvent strednej školy nebude vykazovať rovnaký stupeň znalostí v oblasti osobných financií ako starší, finančne gramotný dospelý. Finančne gramotní absolventi stredných škôl by však mali aspoň vo všeobecnosti chápať všetky kľúčové aspekty osobných financií. Títo absolventi budú mať istotu, že budú samostatne schopní nájsť si a použiť informácie potrebné pri špecifických finančných výzvach, zoči-voči ktorým sa môžu čas od času ocitnúť. Práve v súvislosti s týmto Národný štandard finančnej gramotnosti naznačuje, akými poznatkami, zručnosťami a skúsenosťami musia pedagogickí zamestnanci a žiaci disponovať, aby mohli nepretržite rozširovať svoje vedomosti o osobných financiách podľa toho, ako sa budú meniť ich zodpovednosti a príležitosti.

Literature:

- Bakeš, M. a kol.: Finanční právo. Praha : C. H. Beck, 2003,
- Bráf,A.: finanční věda, vydání Všehrdu, Zimní běh 1902,
- Drachovský, J.: Finanční věda, nákladem vlastním v komisi spolku československých právnikú „Všehrd“ Praha 1934,
- Engliš, K.: Finanční věda, nakladatelství Fr.Borový, Praha, 1929,
- Saria, Stanislava.: Zodpovednosť za poskytovanie finančného poradenstva, dizertačná práca PF UK Bratislava 2009
- http://www.europarl.europa.eu/news/expert/infopress_page/004-40027-294-10-43-901-20081020IPR40025-20-10-2008-2008-true/default_sk.htm
- https://lt.justice.gov.sk/Document/DocumentDetails.aspx?instEID=-1&matEID=1763&docEID=71286&docFormEID=14&docTypeEID=5&langEID=1&tStamp=20090902072123640
- http://www.nrsr.sk/Default.aspx?sid=zakony/zakon&MasterID=2673

- http://www.rokovania.sk/appl/material.nsf/0/241846525653EEA4C12576410027982F/$FILE/Zdroj.html#_Toc239813755
- www.siov.sk/ext_dok-narodny-standard-financnej-gramotnosti-verzia-1_0/11294c

Contact – email
Ladislav.Balko@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE PAST, PRESENT AND FUTURE OF THE PUBLIC FINANCES LAW IN HUNGARY

DOMINIKA BORSA

Faculty of Law, Széchenyi István University

Abstract
In my essay, I focus on the regulation of the Hungarian public finances law and especially on the act No. XXXVIII./1992 on Public Finances. The reason for this is that this act was modified several times – nearly one hundred times since it was adopted –, and the last amendment will come into force by 1st January 2010.

The above-mentioned act has a very important role concerning this field of law in Hungary, because it was initiated in order to give a stable and complex frame for the whole regulation of public finance. I wondered how an act, that was modified, on the average, at least five times yearly, could meet the requirements that an act should be transparent and calculable. Accordingly, this question was the starting-point of my research and I tried to make a comprehensive analysis, last but not least in order to evaluate one of the achievements of the Hungarian regime change on its 20th anniversary.

Key words
Public finances; act No. XXXVIII/1992.; transparency.

Financial law was and is a very sensitive field of law, and it has always had a very rugged fate, too. According to the different legal systems (anglo-saxon and continental) financial law, in some countries, belongs to some other field of law (for instance: administration law, constitutional law) while, in other countries, it is separated (like in Hungary). In the continental law there are some countries, where there is no standard financial law, but in others there is.

In Hungary, we have separated financial law, which contains the following fields of law[1]:

1. Public finances law,

2. Accounting law,

3. Monetary law,

4. International financial law and

1 István, Simon (ed.). Pénzügyi jog 1., Budapest, Osiris Kiadó, 2007.

5. The law of revenues.

In my research I deal with public finances law, and more precisely with its general regulation in Hungary.

The reason for this is, on the one hand, that in Hungary there is a general framework of statutory instruments, namely the Act no. XXXVIII/1992. on Public Finances, which was modified for the 94th time in this year. That is reason why I believe that an act like this can not meet the requirements, that it should be traceable and clear. Moreover, I also must say that the above-mentioned amendments will entry into force only by the 1st January 2010, so the regulation is still changing. One the other hand, I did my research on for systemizing the most important statutory instruments concerning this field of law in Hungary in order to help to see through its main regulation.

In order to achieve my aim, following the introduction of the history of Hungarian Public Finances Law, I focus on the content of the above-mentioned act and its relations with other statutory instruments.

THE CONFORMATION OF THE HUNGARIAN PUBLIC FINANCES LAW

This field of law was and is very ill-fated in the course of history, whereof there are many evidences. Let me demonstrate some of them.

First, if we see the evolution of budgetary law (that is implied on both side – the revenues and expenditures of the budget), we can diagnose that we had had to wait for it until 1848. In the middle ages Hungarian people (the orders) only had right to recommend taxes, but they did not have right to control the appropriation of public funds. (It was the king, who made decisions and he did not have to account for it.) So the budgetary law appeared thanks to the adoptions of some renowed international documents, such as the Constitution of the United States of America (that was adopted on September 17th, 1787) 2, or in Europe, the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (that was adopted on August 26th, 1789) 3, or the

2 Section 9. Clause 7. *„No money shall be drawn from the Treasury, but in consequence of appropriations made by law; and regular statement and account of the receipts and expenditures of all public money, shall be published from time to time."*

3 Article 14. *„All the citizens have a right to decide, either personally or by their representatives, as to the necessity of the public contribution; to grant this freely; to know to what uses it is put; and to fix the proportion, the mode of assessment and of collection and the duration of the taxes."*

Article 15. *„Society has the right to require of every public agent an account of his administration*."

role model belgian regulation, the Constitution of Belgium4 (that was adopted on February 7th, 1831).

Second, we can see the typical attribution of budget, that was net (system) in its first period. It was Ferenc Deák, „the wise man of the nation", who made a proposal for the first time for passing a budget, that had gross-system, (so in which the revenues and expenditures are separated in the course of accounting).

Third, we can see the role of State Audit Office. It was established for the first time in 1870, and worked until 1949. After that, it was abolished unfortunately (because of the then situation of Hungary's political system) and it was reanimated in 1989, so it did not operate for fifty years.

And last but not least, we can also see the evolution of the main regulation of the Hungarian public finances law. The first act, that has public finances subject, was the act No. XX/1897 on Public Accountancy, that is considered to be the predecessor of our operative legal regulation. So, this act was the first step. After this, the second momentous act was the act No. II/1979 on Public Funds, that is the real direct antecedent act of the act No. XXXVIII./1992 on Public Finances, that is the operative legislation nowadays. The act on Public Funds was modified so many times, that in 1992 there was hardly any paragraphs of it, that were in force and had to be repealed.

THE ACT ON PUBLIC FINANCES

This act was adopted for tackle the problems that were illustrated above, that is to give a stable and complex framework for the regulation of public finances. However, in my opinion, it „opened Pandora's box".

According to the argument of the examined act, this act – within the confines of the Constitution of Hungary – should determine the financial framework of the operation of Hungary. The argument also emphasises that a regulation on the score of functioning of a state – as it is the most important participant of society and economy – is clamor for legal regulation. This is therefore so important among other things, because a state applies taxpayers' money, who want to know what their money was spent on. (And it is also important, because money can be abstracted only in the necessary case and in the necessary measure, and also because the management of public funds is needed publicity.) And additionally, a state – opposite the other particiants of market economy – has to advance on the grounds of more and more effective and more high-standarded carrying out

4 Article 174. *„Each year, the House of Representatives passes the law that settles the final accounts and approves the budget. However, the House of Representatives and the Senate fix their respective operating allowances annually. All State receipts and expenditure must be included in the budget and in the accounts."*

of duties, and not on the grounds of pushing an advantage from unfair competition, or on turning to the maximum profit.

THE DOMAIN AND CONNECTION-POINTS OF PUBLIC FINANCES ACT

This act consists of 14+1 chapters, as follows:

Table 1:The structure of the act on Public Finances

1.	Chapter I: General provisions
2.	Chapter II: The Central Budget
3.	Chapter III: The jurisdiction and adjective rules concerning state budget
4.	Chapter IV: The budget of Special Funds
5.	Chapter V: The budget of Local Governments (From 01/01/2010, this chapter is going to be called: The budget of Governements)
6.	Chapter VI: The budget of Social Security
7.	Chapter VII: The functioning and management of budgetary agencies
7+1.	Chapter VII/A: The supply of public duties involvement in economic organizations
8.	Chapter VIII: The supply of money and the appropriation of budget estimate
9.	Chapter IX: Management of state assets
10.	Chapter X: The national debt
11.	Chapter XI: The information and balance system of public finances
12.	Chapter XII: The accounting of public finances
13.	Chapter XIII: Control of public finances
14.	Chapter XIV: Closing provisions

„As we can see" the act contains the fundamental definitions of public finances, such as the defintions of budget, budgetary revenues and expenditures, the definitions of fiscal deficit or surplus, the definitions of social security, segregated funds…etc., or the effect of the act.

At the same time, the definition of final account and the utterance of its importance are missing. And aditionally there is a loophole now (from 1st July 2009 to 1st January 2010) because the definition of state budget is missing too, although the act use this term in many places.

I think that if we glance at the main structrure of this act, it looks like that this act is very transparent, but if we see it in detailed, we will experience that this is not the truth. For instance if we take a look at the main principles of public finances (such as publicity, transparency, or the principle of yearly budget) unfortunately we can not see them systematically. And to top it all, the regulation concerning the Hungarian State Treasury and the Government Debt Management Agency are hidden in Chapter I. That is the reason why I suggest, that the rules concerning the Hungarian State Treasury should be relocated in Chapter VIII, and the rules concerning the Government Debt Management Agency should be relocated in Chapter X.

As we can see, this act is very comprehensive, and try to cover the main field of public finances. However it is obvious that this act can not cover the whole regulation concerning this field of law, and it is all right, but that is the reason why it is needed additional statutory instruments, implementing decrees. Thus, I made a table in which we can see the most importants acts that are in connection with the act on Public Finances, as follows:

Table 2: The main statutory instruments concerning the Act on Public Finances

Acts:
Central Government:
Act No. XX/1949 on the Constitution of Hungary
Act No. XXXVIII/1989 on the State Audit Office
Act No. CVI/2007 on the State assets
Act No. CV/2008 on the legal status and management of budgetary agencies
Társadalombiztosítás:
Act No LXXX/1997 on the authorized of social security and private pension
Act No LXXXI/1997 on social security pensions
Act No LXXXII/1997 on private pension and private pension funds
Act No LXXXIII/1997 on the compulsory health insurances
Act No XXXIX/1998 on the control of social security funds and social security

agencies
Elkülönített állami pénzalapok:
Act No. IV/1991 on the promotion of unemployement and the supply of unemployed people
Act No. XXIII/1993 on the National Cultural Fund
Act No. CXVI/1996 on the atomic energy
Act No. LVIII/2003 on the Wesselényi Miklós Flood and Inland Water Protection Fund
Act No. II/2005 on the Homeland Fund
Act No. XC/2003 on the Research and Technological Innovation Fund
Helyi önkormányzatok:
Act No. LXV/1990 on Local Governments
Government Decrees:
217/1998. (XII. 30.) on the functional order of public finances
249/2000. (XII. 24.) on the distinctivenesses of budgetary agencies' accounting and reporting obligations
254/2007. (X. 4.) on the management of state assets

I must say that this table is not complete. For instance the Civil Code, or the main acts of adjective law (f.e.:concering economic organizations or public adminstration), have also linkings to this act, but if someone wants to understand the main characteristics of the Hungarian public finances law, he or she has to start with the acts, that were incorporated in Table II.

CONCLUSION:

In my research, I tried to light upon a comprehesive view of the act on Public Finances in Hungary, that covers all the bases part of public finances law, even if it has some parts that only apply to one-one subsystem of public finances[5]. Moreover it has many linkages concerning other statutory instruments, that make it very difficult to see through the regulation, even if we only try to understand the main trend. Our cognitions are more difficult by the reason of the continuous changing of this act.

I can say that, this act can not fill the role, that it was devoted to it, according to the Parliament's will, and in accordance with the arguments of the act, that is the reason why it is not suited for helping the reform of public finances.

Literature:

- Gábor, Földes (ed.): Pénzügyi jog, Budapest: Osiris Kiadó, 2005, 371 p. ISBN: 963 389 553 7.
- István, Simon (ed.). Pénzügyi jog 1., Budapest, Osiris Kiadó, 2007, 493 p. ISBN: 978 963 389 961 8.
- Tibor, Nagy: Költségvetés és költségvetési jog 1848/49-ben. Állam- és Igazgatás. 1955. 3-4. ISSN: 0324-7171
- Tibor, Nagy: A költségvetési jog kodifikációja, Pénzügyi Szemle, 1958. Nr. 10.
- Vilmos Pál, Tomcsányi: Parlamentek költségvetési joga. Politikai tanulmány. Budapest, Benkő Gyula udv. Könyvkereskedése, 1908.
- 1992. évi XXXVIII. törvény az államháztartásról (Áht.) és Indokolása (Act on state budget and its argument).
- http://www.magyarorszag.hu/kozigazgatas/intezmenyek/egyszerv/allszam (30.11. 2009)

Contact – email
borsadominika@yahoo.com

[5] Now we have four subsytems: the Central Governement, the Social Security, the Segregated Funds and the Local Governement subsystems. I must say, that there will be only two subsystems in Hungary from 1st January 2010, because the first three will costitute the central level and the local governments will constituate the govenrments level.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁSADA ÚŘEDNÍHO JAZYKA V ČESKÉM A POLSKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU Z POHLEDU FINANČNÍHO PRÁVA[1]

DAMAIN CZUDEK - KRISTÝNA CHALUPECKÁ - MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra finančního práva a národního hospodářství, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek se bude zabývat problematikou úředního jazyka v daňovém právu a v procesu správy daní. Autorský tým ve složení Czudek, Chalupecká a Moždiáková pracující na projektu s názvem Poskytování informací ve veřejné správě se zaměřením na správu daní a elektronizaci výkonu veřejné správy se zaměřil na problematiku úředního jazyka, jeho ústavní východiska a zákonnou úpravu v procesu poskytování informací jak obecně, tak konkrétně v berním právu. Cílem příspěvku bude také vymezit místo „úředního jazyka“ ve finančním právu a ukázat nutnost kodifikace obecné části finančního práva. Pro lepší dokreslení se autoři pokusí nastíněná česká reália doplnit o úpravu, východiska a zkušenosti v této oblasti v Polsku, Spojených státech Amerických a na Slovensku.

Key words in original language
Úřední jazyk; právní zásady; obecná část finančního práva.

Abstract
The paper will concerns with the problem of official language in the tax law and in the process of tax administration. To illustrate this need, the authors attempt to compare the polish background and experience in this field with the outlined Czech cases, Authors as the working group (Czudek, Chalupecká, Moždiáková) of the project “Providing information in the public administration with a focus on tax administration and computerization exercises of the public administration” will examine the issue on its constitutional and legal bases in the process of providing information both generally and specifically in the tax law. The aim of the paper also is to define the place the place of “official language” in the financial law and demonstrate the need of the codification of the general part of financial law.

Key words
Official language; legal principles; general part of financial law.

---

[1] Článek vznikl v rámci realizace projektu „Poskytování informací ve veřejné správě se zaměřením na správu daní a elektronizaci výkonu veřejné správy“ z programu rektora Masarykovy univerzity na podporu tvůrčí činnosti studentů.

1. ÚVOD DO PROBLEMATIKY

Tak, jak se jazyk součástí našeho každodenního života, tak také je neodmyslitelnou součástí právního řádu, veřejné správy, resp. správy daní jakožto součástí konglomerátu veřejné správy. V souladu s lidskými vlastnostmi a premisou, že člověk je tvorem společenským, potřebuje také v procesu socializace nějakým způsobem komunikovat. Jazyk, jakožto soustava určitých znaků, kterým v různých situacích a kterým různé skupiny osob, převážně podle svého etnického původu, přidělují určitý význam, je nejběžnější formou komunikace, výměny informací.

Jak již z výše uvedeného vyplývá, lidská civilizace v průběhu svého vývoje nevyvinula pouze jeden systém znaků, ba naopak. Jsou jich desítky, stovky, ne-li tisíce. Některé z nich se staly již jazyky obsoletními – latina, některé naopak zažívají rozkvět, myšleno tím, že jsou doplňovány a vznikají nové – jazyky používané v „řeči počítačů“. Proto zde vyvstává potřeba státu uregulovat také problematiku jazyka při styku se svými občany, aby nedocházelo v důsledku nepochopení a vzájemného neporozumění si ke komunikačním šumům a hlavně, aby všem občanům byla zaručena jejich práva a svobody vyplývající z Ústavy, resp. Listiny základních práv a svobod, a také mezinárodních smluv, co se týče českých zemí.

V českém právním řádu najdeme východiska práva na informace v širokém slova smyslu v čl. 17 Listiny základních práv a svobod[2], jenž je řazen mezi práva politická. Nosný výklad nalezneme v usnesení Ústavního soudu[3], ve kterém soud judikoval, že toto právo zaručuje stát. Je to právo na informaci chápanou velmi široce, tj. takovou, kterou člověk žijící ve státě potřebuje k tomu, aby v prakticky dosažitelné míře znal, co se děje na veřejnosti a v okolí. Takzvaná „samovykonatelnost“ odst. 1 a 2 výše citovaného článku znamená, že práva zde obsažená lze vymáhat přímo. Naproti tomu citovaný odst.4 hovořící o omezení přístupu k informacím lze uplatňovat jen na

[2] Článek 17 Listiny základních práv a svobod stanoví:

(1) Svoboda projevu a právo na informace jsou zaručeny.

(2) Každý má právo vyjadřovat své názory slovem, písmem, tiskem, obrazem nebo jiným způsobem jakož i svobodně vyhledávat, přijímat a rozšiřovat ideje a informace bez ohledu na hranice státu.

(3) Cenzura je nepřípustná

(4) Svobodu projevu a právo na informace lze omezit zákonem, jde-li o opatření v demokratické společnosti nezbytná pro ochranu práv a svobod druhých, bezpečnost státu, veřejnou bezpečnost, ochranu veřejného zdraví a mravnosti.

(5) Státní orgány a orgány územní samosprávy jsou povinny přiměřeným způsobem poskytovat informace o své činnosti. Podmínky provedení stanoví zákon.

[3] Usnesení Ústavního soudu ze dne 18.12.2002, sp. zn. III. ÚS 156/02.

základě zákona. K tomu Dr. E. Wágnerová[4] dodává: „Veškerá omezení práva na informace musí mít formu zákona. Jinými slovy, neexistuje-li zákon, který zakazuje veřejné moci poskytovat informace z důvodů obsažených buď v Listině, nebo mezinárodních smlouvách, není veřejná moc oprávněná informace neposkytnout s odkazem kupř. na Listinu základních práv a svobod samotnou, nebo na omezovací klauzule v mezinárodních smlouvách, neboť tyto omezovací klauzule nejsou tzv. selfexecuting, tedy samovykonávací."

A právě v úpravě práva na informace obecně vidíme základ pro úpravu úředního jazyka. Máme tady v podstatě na výběr ze tří základních modelů.

2. AMERICKÝ MODEL ÚPRAVY

Je zde možnost jít po vzoru Spojených států, kde Spojené Státy jako celek nemají společný oficiální jazyk, přestože je tato možnost v podobě přijetí dalšího dodatku k Ústavě projednávána na téměř každém zasedání Kongresu. Jednotlivé státy mají většinou stanovenou angličtinu jako svůj oficiální jazyk, některé, jako kupříkladu Texas nebo Nevada, však oficiální jazyk stanoven nemají a angličtina je zde používána z titulu de-facto oficiálního jazyka. Pro většinu federálních dokumentů, jako jsou zákony a podzákonné předpisy, je však používána primárně angličtina. V případě voleb však zákon předepisuje publikaci ve více jazycích, pokud se jedná o oblast s větším množstvím neanglofonních občanů. Může se zdát, že tento příklad primárně nesouvisí s Českou republikou, protože již nejsme federativním státem, ale není tomu tak. Když se podíváme na Spojené státy jako celek, najdeme spoustu federálních oránu, které ale v souladu s výše nastíněným nemají oficiální úřední jazyk, ale přesto jsou nuceny komunikovat i s běžnými občany. V oblasti finančního, resp. daňového práva, je takovýmto orgánem, přeneseno na české reálie, nepřesně možno říct ústředním orgánem státní správy, Internal Revenue Service. Je vrcholným orgánem zabývajícím se výběrem federálních daní v širokém slova smyslu. A pro něj jsou samozřejmě platné ústava a federální zákony. V praxi to vypadá tak, že se samozřejmě primárně, jakožto nejrozšířenější jazyk používá angličtina, ale například v oblastech s výskytem většího množství neanglofonních občanů úřad sám přistupuje k tomu, že zaměstnává lidi, kteří hovoří rovněž jinými jazyky. V poslední době z důvodu přílivu imigrantů ze Střední Ameriky úřad přistupuje ve větším množství k používání španělsky hovořících úředníků, aby umožnil každému občanu splnit jeho zákonnou povinnost, a to přiznat příjmy a odvést daň. Dalšími, ne méně významnými jsou jazyky asijské, především na západním pobřeží, a také, spíše oblastními jazyky, můžou být polština, francouzština nebo, jak jsme se dozvěděli, v posledních letech také ruština.

[4] Předsedkyně Nejvyššího soudu ČR

Mohlo by se zdát, že pokud člověk dlouhodoběji pracuje v nějaké zemi, má příjmy, ze kterých by měl odvést daň, měl by také umět jazyk této země. Jak jsme již uvedli, Spojené státy nemají oficiální jazyk, ať už proto, na jakých základech byly vybudovány, nebo také proto, že by to byl, aspoň pro některé, přílišný zásah do svobody, na kterou je Amerika tak hrdá. Dále je třeba říct, že imigranti žijí většinou v uzavřených komunitách, proto nemají možnost, nebo potřebu se jej učit. Kolikrát se také jedná o ilegální imigranty, ale i takoví jsou povinni daně odvádět a také je odvádějí. V souladu s ochranou osobních údajů a s tím, že informace v daňovém spise jsou soukromého charakteru, proto jakékoli informace, které poskytne poplatník správci daně, třeba i se kterých vyplývá, že je v zemi a pracuje ilegálně, nebo dokonce, že příjmy plynou s ilegální činnosti, budou důvěrné a nebudou a nejsou poskytovány jiným státním orgánům. Toto je spíše ale materie na samostatný článek.

3. MODEL ÚPRAVY A OCHRANY JAZYKA POMOCÍ SPECIÁLNÍCH ZÁKONŮ

Druhým nabízejícím se řešením je Slovensko a Polsko. Tento model počítá se vznikem zákona, který bude upravovat používání jazyka, především co se týče styku s veřejností.

3.1 SLOVENSKÝ MODEL ÚPRAVY

Na Slovensku je jim zákon č. 270/1995 Z. z., o štátnom jazyku, ve znění pozdějších předpisů, který má zaručovat práva všem občanům Slovenské republiky, aby ve vybraných oblastech veřejného života dostali informaci nebo se mohli anebo se mohli na celém území Slovenska dorozumívat i ve státním, čili slovenském jazyce[5]. S účinností od 1.1.2009 byla přijata kontroverzní novela tohoto zákona. Mezi nejvýznamnější změny tohoto zákona patří[6]:

- určení povinností státních orgánů, orgánů územní samosprávy a jiných orgánů veřejné správy chránit státní jazyk,

- ustanovení, podle kterého se ve školách a školních zařízeních, kde se výchova a vzdělání uskutečňuje v jazyku národnostních menšin, se vede pedagogická dokumentace i ostatní dokumentace dvojjazyčně, a to ve státním jazyce a v jazyce příslušné národnostní menšiny,

[5] Marek Maďarič, minister kultúry SR, http://www.lidovky.cz/nepravdy-o-zakone-o-statnim-jazyce-v-sr-d9z-/ln_dopisy.asp?c=A090919_180045_ln_dopisy_gab.

[6] http://portal.gov.sk/Portal/sk/Default.aspx?CatID=42&NewsID=1082

- nová úprava používání státního jazyka v některých oblastech veřejného styku (např.: rozhlasové vysílání, televizní vysílání, oznámení určená pro informování veřejnosti, nápisy na památkách, památnících)

- ustanovení, podle kterého zařízení sociálních služeb vedou svou agendu ve státním jazyce a komunikují s klienty zpravidla ve státním jazyce

- zpřesnění úpravy výkonu dohledu nad dodržováním zákona,

- znovuzavedení pokut za porušení ustanovení zákona; Ministerstvo kultury SR může za porušení vymezených povinností uložit určeným osobám pokutu od 100 do 5000 EUR.

Tento předpis upravuje obecně používání státního jazyka, především v úředním styku, soudním správním a trestním řízení, školství, v oblasti geografických názvů a nově, jak již bylo zmíněno v některých oblastech veřejného styku. Co se týče vztahu k národnostním menšinám, důležité je zde ustanovení §1 odst. 4, který stanoví, že pokud tento zákon nestanoví jinak, ne používání jazyků národnostních menšit a etnických skupin se vztahují zvláštní předpisy[7].

Když se vrátíme k oblasti našeho zájmu, jíž je především právo finanční a berní, a nahlédneme do zákona č. 71/1967 Z.z., o správnom konaní (správny poriadok) nebo do zákona č. 511/1992 Z.z., o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov, nenajdeme ani v jednom z nich úpravu úředního jazyka. Proč také, když je zde obecný zákon.

Vidíme tedy model úpravy státního, potažmo úředního jazyka, ve kterém je úprava koncentrovaná do jednoho zákona a ne roztříštěnou a speciálně upravenou v každém zákoně.

3.2 POLSKÝ MODEL

Když nahlédneme do polského daňového řádu[8] nebo správního řádu[9] ,nenajdeme ani zde ustanovení upravující jakým jazykem se bude ve

[7] Napríklad § 18 Občianskeho súdneho poriadku v znení zákona č. 341/2005 Z. z., zákon Národnej rady Slovenskej republiky č. 191/1994 Z. z. o označovaní obcí v jazyku národnostných menšín, zákon č. 184/1999 Z. z. o používaní jazykov národnostných menšín, § 5 ods. 1 písm. e) zákona č. 619/2003 Z. z. o Slovenskom rozhlase v znení neskorších predpisov, § 5 ods. 1 písm. g) zákona č. 16/2004 Z. z. o Slovenskej televízii v znení neskorších predpisov, § 2 ods. 20 Trestného poriadku, § 2 ods. 2 zákona č. 167/2008 Z. z. o periodickej tlači a agentúrnom spravodajstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov (tlačový zákon), § 11 ods. 2, § 12 ods. 3 a § 18 ods. 3 zákona č. 245/2008 Z. z. o výchove a vzdelávaní (školský zákon) a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

[8] Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. Nr 137, poz. 926 z póź. zm.)

[9] Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, 1071 z późn. zm.)

správním, resp. daňovém řízení jednat. Není to totiž potřeba. Tak jako na Slovensku, také Polsko řeší úpravu státního, potažmo úředního jazyka jedním zákonem, nepočítajíc práva národnostních menšin a etnických skupin a používání liturgického jazyka, a tím je zákon ze dne 7. října 1999 r. o polském jazyce, ve znění pozdějších předpisů[10].

V porovnání se slovenským zákonem je zákon o polském jazyku napsán více v duchu ochrany jazyka takového, a ne primárně, jak je cítit ze slovenské úpravy, formou zákazů a příkazů. Možná jde pouze o formu, ale na druhé straně i ta může vyvolávat vlnu nevole, jaká se zvedla na Slovensku, např. po přijeti poslední novely. Faktem je, že co se týče jazyka a jeho úpravy je situace v Polsku jednodušší. Na rozdíl od Slovenské republiky je Polsko zemí mononárodnostní, což se o Slovensku a její početné maďarské a české menšině nedá říct.

Zákon o jazyce polském si klade za cíl především ochranu jazyka a také úpravu jeho používání ve veřejných činnostech a v právních oblastech. Také jako slovenský zákon vyjímá úpravu používání jazyka národnostními menšinami a etnickými skupinami a také co se týče kostelů a náboženství. Zde odkazuje na úpravu ve speciálních zákonech.

Zaujal nás především čl.3 odst.1. a 2 zákona o polském jazyce[11]. Ten stanoví, co se rozumí pod pojmem "ochrona języka polskiego" a v odstavci druhém říká, kdo je povinen jazyk chránit. Ze zkušeností můžeme ale říct, že ačkoli podle názoru autorů se jeví zákon jako kvalitnější ve srovnání se slovenským protějškem, český poslanecký návrh zákona o státním jazyce České republiky a o jazycích národnostních menšin, se kterým usnesením ze dne 17. ledna 1996 vláda vyjádřila zásadní nesouhlas[12], vůbec nezmiňujíc,

---

[10] Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim, ze zm.

[11] Art. 3. 1. Ochrona języka polskiego polega w szczególności na:

1) dbaniu o poprawne używanie języka i doskonaleniu sprawności językowej jego użytkowników oraz na stwarzaniu warunków do właściwego rozwoju języka jako narzędzia międzyludzkiej komunikacji,

2) przeciwdziałaniu jego wulgaryzacji,

3) szerzeniu wiedzy o nim i jego roli w kulturze,

4) upowszechnianiu szacunku dla regionalizmów i gwar, a także przeciwdziałaniu ich zanikowi,

5) promocji języka polskiego w świecie,

6) wspieraniu nauczania języka polskiego w kraju i za granicą.

[12] Používání jazyka je v našem právním řádu dostatečně upraveno. Vláda odmítá, aby jazykové právo bylo navrhovaným způsobem kodifikováno, čeština označena za státní jazyk a byl tak vytvořen prostor pro ideologizaci této věci. Podrobněji k tomu vláda uvádí:

1. Součástí našeho platného právního řádu je řada právních předpisů, které řeší otázky používání českého jazyka či cizích jazyků s přihlédnutím k ústavně zaručeným právům národnostních a etnických menšin na jejich svébytný rozvoj. Tak je tomu například v zákonech upravujících soudní řízení, řízení ve věcech daní a poplatků, v živnostenském zákoně, v předpisech matričních, v předpisech týkajících se zápisů do katastru nemovitostí, ve školském zákoně, v branném zákoně, v zákoně o rozhlasovém a televizním vysílání, v zákonech o Českém rozhlase a České televizi, ale i v zákoně o jednacím řádu Poslanecké sněmovny a v dalších. Uvedené otázce je věnována pozornost i při přípravě nových právních úprav. Toto řešení, kdy otázky používání českého jazyka či jiných jazyků a práva a povinnosti s tím spojené jsou podle konkrétních potřeb upravovány v jednotlivých zákonech, považuje vláda za racionální a vyhovující.

2. Vláda nesouhlasí s vydáním samostatného jazykového zákona i proto, že navrhovaná zákonná úprava je z převážné většiny pouhým shrnutím právních úprav obsažených v jednotlivých platných zákonech a je tedy nadbytečná. Vláda však především nevidí ani věcné důvody pro přijetí speciálního zákona určeného k ochraně češtiny jako hlavního komunikačního jazyka v České republice. Dokladem jsou mimo jiné i statistické údaje získané při sčítání lidu v roce 1991. Podle nich žije v České republice pouze 5,2 % obyvatel jiné národnosti než české a z nich jen O,48 % uvedlo jiný mateřský jazyk než češtinu. Vláda proto nepovažuje za reálné a opodstatněné tvrzení předkladatelů, kteří odůvodňují svůj návrh poukazem na "stále intenzivněji se prosazující tendence zatlačování češtiny ve veřejném životě".

3. Předložený návrh není přínosem, ani pokud jde o úpravu jazykových práv národnostních a etnických menšin. Ta je do návrhu z valné části jen převzata, dílem i nepřesně, z platných právních předpisů, a pokud výjimečně obsahuje nová ustanovení, jsou svou povahou problematická. Konkrétně například oprávnění vyhotovovat dvojjazyčně veřejné listiny vydané obcí, které je nepromyšleně a bez jakéhokoliv odůvodnění vázáno na podmínku, že může být využito pouze v těch obcích, kde národnostní či etnická menšina tvoří nejméně 20 % trvale žijícího obyvatelstva (§ 11 odst. 2 návrhu).

Hlavní nedostatek návrhu ve vztahu k právům národnostních a etnických menšin však vláda spatřuje v tom, že zákon vedle jazykových práv menšin právně reglementuje používání českého jazyka jako jazyka státního a poskytuje mu zcela nevyváženě takovou právní ochranu, která nevychází z reálné společenské potřebnosti. Přijetí takového zákona by mělo z hlediska celospolečenského a především i politického negativní dopad, protože by nepochybně vyvolalo řadu oprávněných polemik a pochybností, zda náš stát má skutečně vůli dodržovat ústavně garantovaná práva národnostních a etnických menšin.

4. Předložený návrh obsahuje některá ustanovení, která nepřiměřeným způsobem omezují společenské vztahy dosud právem neupravené. Konkrétně jde zejména o povinnost označovat v českém jazyce sdružení občanů České republiky, politické strany, kulturní a vědecká zařízení a další subjekty,zahrnující všechny právnické osoby založené na základě zákonů České republiky, s tím, že všechny tyto subjekty mají možnost užívat jiných jazyků jen "v nezbytné míře" (§ 4 a 5 návrhu), tedy omezeně. Tato navržená právní regulace znamená nežádoucí zásah do rozvoje občanské společnosti a rozhodně by nepřispěla "k zachování a rozvíjení češtiny jako jednoho ze základních prvků české kulturní identity", jak tvrdí předkladatelé. Její přijetí by naopak mělo jednoznačně negativní dopad, protože používání cizích jazyků v ekonomice, vědě, kultuře a v dalších sférách společenského života je nezbytné a pro naši společnost přínosné.

5. Návrh zákona vykazuje řadu pochybení a nepřesností i z hlediska legislativního. Jako na nejzávažnější vláda upozorňuje, že většina jeho ustanovení pouze opakuje, anebo formou nepřímé novelizace mění úpravy obsažené v jiných platných právních předpisech, aniž je současně ruší. Takové řešení je z hlediska legislativního nepřípustné a pro aplikaci v praxi

je praxe zcela odlišná a polština se začíná vulgarizovat a hlavně zaplevelovat slovy z angličtiny. Došlo to až tak daleko, že místo na oběd půjdete na "lancz", místo na svačinu na "snek", a tak bychom mohli pokračovat.

Pro nás je důležitý také čl. 4 citovaného zákona, kde zákonodárce použil pojem "úřední jazyk". Tím je polština, pokud se jedná o ústavodárné orgány, orgánů územní samosprávy, místních orgánů veřejné správy…

4. MODEL ÚPRAVY ÚŘEDNÍHO JAZYKA V ČESKÉ REPUBLICE

Třetí možností, jakou se lze ubírat, je úprava jazyka v České republice. Zde nenajdeme úpravu v konkrétním zákoně, ačkoli, jak již vyplynulo z předchozího textu, určité pokusy zde byly, musíme úpravu hledat v jednotlivých zákonech upravující konkrétní oblast, odvětví. Co se nás týče, bude ním zákon č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, a krátce se také zmíníme o zákoně č. 500/2004 Sb.,správní řád, ve znění pozdějších předpisů.

Úpravu jazyka, kterým se jedná před správcem daně a ve kterém je nutno předkládat všechna písemná podání a důkazní prostředky, najdeme v § 3 zákona o správě daní a poplatků nazvaném "Úřední jazyk". Úředním jazykem je tak stanoven jazyk český, ale také slovenský. Pokud původní listiny nejsou vyhotoveny v jednom z těchto jazyků, je nutnost opatřit je úředním překladem do jednoho z těchto jazyků. V tomtéž dal zákonodárce správci daně možnost správního uvážení, když zákon stanoví, že v odůvodněných případech má správce daně možnost upustit od toho, aby listinné důkazy byly opatřeny úředními překlady. Můžou tedy nastat 3 situace. Správce daně trvá na úředním překladu, postačí mu překlad neúřední, anebo, jak by tomu mělo podle názoru autorů být, správce daně si je jist svými jazykovými schopnostmi, resp. disponuje zaměstnanci ovládajícími různé jazyky, a postačí mu originál listiny. Třetí možnost by jistě zrychlila celé řízení a ušetřila nemalé prostředky poplatníkovi, neboť právě on nese náklady na překlad.

Z pohledu příslušníků národnostních menšin je stěžejní odstavec 2 téhož článku, který stanoví, že občané České republiky příslušející k národnostním a etnickým menšinám mohou jednat pře správcem daně ve svém rodném jazyce. Jejich povinností je však obstarat si tlumočníka zapsaného do seznamu tlumočníků. Náklady na tohoto tlumočníka nese správce daně. K tomu také blíže vyjádřil soud v rozhodnutí 7 Afs 16/2006-62, ze kterého plynou 2 základní závěry. A to, že právo na tlumočníka

---

neprůchodné. Navrhovaný zákon rovněž používá nejednotně a nesprávně pojmy označující jednotlivé orgány státu (§ 2, § 4, § 11 odst. 5) a tím zpochybňuje okruh subjektů, na něž se mají vztahovat povinnosti v něm zakotvené. S ohledem na výše uvedené zásadní připomínky však vláda nepovažuje za nutné vyjadřovat se k jednotlivým ustanovením návrhu.

hrazeného státem mají pouze občané ČR, ostatní, tzv. neobčanům přísluší právo na soudního tlumočníka, kterého si obstarají na vlastní náklady. Důležité je také to, že právo na tlumočníka je pouze právem daňového subjektu a správce daně neověřuje, zda účastník rozumí úřednímu jazyku. Této skutečnosti se musí dovolat.

5. SHRNUTÍ

Z výše uvedeného vyplývá, že možností, jak se postavit k ochraně jazyka takového, nebo úpravě úředního jazyka, je mnoho. Je třeba však zvážit, s ohledem na okolnosti v daném státě, neboť určitě nemůžeme problém paušalizovat, co bude pro předmětnou věc přínosem. Zda obecná norma zasahující do všech oblastí života, občas přehnaná úprava způsobující v praxi potíže nebo na druhé straně v podstatě neupravenost dané problematiky. Podle názoru autorů je v prostředí kontinentálního práva spíše nereálné, aby žádná úprava, nebo jen kusá, neexistovala. Myslíme si, že nejlepším řešením, co se týče České republiky, je model, který zde v podstatě funguje, s tím, že problematiku jazyka by bylo vhodné upravit ne na úrovni jednotlivých předpisů, ale na úrovni a s platností pro celé právní odvětví. Problémem je zde chybějící kodifikace obecné části finančního práva, kde by nesporně zakotvení problematiky úředního jazyka nejen při správě daní v širokém slova smyslu, ale také například v oblasti bankovnictví, pojišťovnictví a dalších oblastech nefiskální části finančního práva svoje místo našlo.

Literature:

- Kobík, J., Správa daní a poplatků s komentářem. Praha : Nakladatelství ANAG, 2009, 879s. ISBN 978-80-7263-528-3

Contact – email
damian.czudek@law.muni.cz,

kristyna.chalupecka@law..muni.cz,

michaela.mozdiakova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

CURRENT BANKING REGULATION AND SUPERVISION EXECUTED BY CZECH NATIONAL BANK IN THE CZECH REPUBLIC

MARTINA HAVLIŠOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek popisuje a blíže analyzuje některé současné problémy státního dozoru v oblasti bankovnictví v Českе republice. Autorka krátce zminuje vývoj státního dozoru v bankovní oblasti a zabývá se aktuálními otázkami jeho dalšího směřování, zejména v souvislosti s problematikou EU.

Key words in original language
Státní dozor; Banky; Regulace; Česká národní banka.

Abstract
The contribution describes and analyses more in detail some nowadays problems of state supervision in the banking sector in the Czech Republic. The author shortly mentions also development of state supervision in the banking area and deals with actual questions of its further movement, especially in the light of EU problematics.

Key words
State supervision; Banks; Regulation; Czech Central Bank.

Czech banking sector constitutes an inseparable part of the European banking market. However, there are some specific features. The most important banks in the Czech Republic are part of the European banking group. There are reasons for different features of banking sectors between regions as well as each country. They are caused by differences in the transformation process in the economics of the younger EU member countries. Another feature could be also the international influence and the sophisticated and specialised banking services. The banking sectors itself have a different structure. The banking systems nowadays are harmonized in compliance with the EU regulation. The banking regulation and supervision in the Czech Republic is executed by the Czech National Bank. 1 The supervision of banking activities involves seeing to "the sound operation and purposeful development of the banking system in the Czech Republic". This broadly defined objective means in particular supporting the sound development, market discipline and competitiveness of banks, preventing

[1] Cited on 20 November 2009 from the website : http://www.cnb.cz/cs/dohled_fin_trh/bankovni_dohled/.

systemic crises and strengthening public confidence in the banking system. 2

The member states, including the Czech Republic, have an obligation to follow EU regulations and implement EU directives into their local law. The implementation of EU directives in the banking area is another step to better functioning of the European banking market. The harmonisation in the form of EU directives, which from Basel II rules, MiFID Directive etc. Recently, the Payment Services Directive has been implemented into the Czech law. The purpose of this directive is to increase pan-European competition and participation in the payments industry (also from non banks), as well as to provide for a level playing field by harmonising consumer protection and the rights/obligations for payment providers and users.

The PSD contains two main sections: the market rules for payment service providers and the business conduct rules. The market rules which are defined in the PSD directive describe which type of organisations can provide payment services.

The PSD mentions next to credit institutions (i.e. banks) and certain authorities (e.g. Central Banks, government bodies), electronic money institutions (EMI), and also creates the new category of Payment Institutions with its own prudential regime rules. The business conduct rules specify the requirements regarding the transparency of information to be provided by payment service providers, exchange rates, transaction references and maximum execution time. It also stipulates the rights and obligations for both payment service providers and users. This also includes how to authorise and execute transactions, or liability in case of unauthorised use of payment instruments. Further it regulates questions regarding the refunds on payments, revoking payment orders and maximum execution time. The EU Payment Services Directive was implemented in the Czech Republic by means of an amendment to the Act on Transfers of Funds, Electronic Payment Instruments and Payment Systems (124/2002) to the implementation date 1 November 2009. It was crucial to strike a balance between consumer protection requirements and the costs incurred by the payments industry. Moreover, the economic and technical frameworks of existing payment systems had to be taken into account.

We may state that the Czech Republic had already most of above-referred question in place and there was not any need for implementation of new rules to the Czech banking legislation. On the other hand the

---

[2] The Act 21/1992 on Banks, as amended.

The Act No. 6/1993, on the Czech National Bank, as amended.

The Act No. 57/2006 on Amendment of Certain Acts Related to Integration of Financial Market Supervision.

implementation of the directive had a significant impact on the costs incurred by payment services providers, mainly in connection with reporting obligations owed to their clients. The implementation costs which were expected to be were not only simple non-recurring costs, but also repeated costs, including costs arising from new reporting obligations; costs connected to higher operational risk; and costs arising from the burden of proof transferred to the payment services provider in relation to the fulfilment of reporting obligations owed to its clients. (This will also represent considerable costs for the archiving and complaints department.) [3] Recently, there have been some aims to harmonize the provision of facilities within the EU member states countries.

All above named aspects have a significant influence on the activity of the Czech National Bank in the banking area and its supervision. We may conclude that the activity of the Czech National Bank as a Czech banking regulatory authority remains the same and does not show any differences. The Czech regulatory authority further executes the off-site and on-site inspections. [4] The banking supervision in the Czech Republic represents a continuous and a thorough process and it can be stated that all necessary procedures relating to the banking supervision have been implemented already. [5] The Czech National Bank continues in the monitoring of documents submitted to it, e.i. auditory statements, banks ´reports and notifications. [6]

The Czech National Bank closely monitors the capital adequacy requirements and liquidity of banks and branches of foreign banks operating in the Czech market. From the documents available from the Czech National Bank it can be concluded that the current banking sector does not show any substantial irregularities and could be Bank stated as healthy. However, an influence of a current market situation should not be omitted and forgotten.

---

[3] Havlišová, M. in HAVLIŠOVÁ, Martina. Implementation of the EU Payment Services Directive. International Law Office, UK, Globe Business Publishing Ltd. 2009, vol. 2009, no. 6, 3 s. Article for Banking Newsletter.

[4] Annual Report of CNB available from: https://www.cnb.cz/en/financial_market_supervision/banking_supervision/banking_sector/analytical_publ/publikace_rz.html, cited on 23 November 2009.

[5] International Monetary Fund, Report on the Observance of Standards and Codes in the Czech Republic, available from the website: http://www.imf.org/external/np/rosc/cze/bank.htm cited on 25 November 2009.

[6] Cited on 20 November 2009 from the website: http://www.cnb.cz/cs/dohled_fin_trh/bankovni_dohled/bankovni_dohled/metodicke_studie/index.html.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
martina.havlisova@post.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OSOBITNÉ ČRTY ZODPOVEDNOSTI VO FINANČNOM PRÁVE

TOMÁŠ HULKÓ, JAKUB MALÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta -- Univerzita Komenského, Právnická fakulta

Abstract in original language
Vo všeobecnosti v súvislosti s náhradou škody platí, že medzi škodcom a poškodeným vzniká zodpovednostný vzťah. Avšak ak dôsledkom nesprávneho alebo nezákonného postupu alebo rozhodnutia orgánu verejnej správy vznikne škoda, zodpovednostný vzťah vznikne medzi štátom a poškodením.

Ak štát už uhradil náhradu škody v plnej výške, môže za podmienok stanovených v zákone žiadať regresnú náhradu od konkrétneho subjektu, ktorý vznik škody zavinil. Regresná náhrada však nemá zodpovednostný, ale iba postihový charakter. Vzniká tak anomália, že voči subjektom verenej správy *de facto* nie je možné vyvodiť zodpovednosť za ich konanie.

Key words in original language
Finančné právo, regulácia, zodpovednosť, regresná náhrada, hospodárnosť

Abstract
In general, in case of cas fortuit, the responsible has liability for reparations. However, if the damages are the result of improper or unlawful conduct or decisions of state organizations the state has liability for reparations.

If the state has paid the compensation for damages a regress claim can be initiated against the actual subjects who where responsible for the improper or unlawful conduct or decision. Claiming regress is not responsibility related it is only a disciplinary administrative action. This leads to a situation, where state employees de facto aren't taking any responsibility for their actions.

Financial law, regulation, responsibility, regress claim, economic efficiency

1. ÚVOD

Dodnes často počuť typickú tézu skorých deväťdesiatych rokov minulého storočia, že štát je zlý vlastník. Nedávno prebiehali oslavy dvadsiateho výročia nežnej revolúcie. Po páde komunistického režimu sa začala kontroverzná éra privatizácie. Po evidentnom zlyhaní riadeného hospodárstva sme začali stavať zmiešanú ekonomiku, kde trh mal byť hlavným regulačným činiteľom. Odpredaj veľkej väčšiny štátneho majetku bola nevyhnutná, ale počas integrácie do európskych štruktúr sme mohli

vidieť, že téza podľa ktorého štát je zlým vlastníkom, nie je absolútna a neplatí pre každý štát.

Najlepšie príklady sú privatizované podniky, ktoré sa dostali do rúk obchodných spoločností, ktorých majoritným vlastníkom je cudzí štát. Ako je to možné, že kým niektoré štáty vedia štátne podniky prevádzkovať tak úspešne, že aj v medzinárodnom obchode tvoria neraz reálnu konkurenciu nadnárodným spoločnostiam, tak iné štáty ani bežnú prevádzku svojich podnikov nie sú schopné zabezpečiť? - Je to pálčivý problém, zvlášť v období súčasnej ekonomickej kríze. Preto prezentovaný článok bude venovaný skúmaniu tejto anomálie.

2. CIEĽ A METÓDY

Zámerom tohto príspevku je hľadať dôvody nehospodárnosti nakladania verejnými financiami v spôsobe regulácie. Pre finančno-právnu reguláciu je typická aplikácia modifikovanej administratívnoprávnej metódy. V praxi sa to prejavuje tým, že dohľad je zameraný na skúmanie správnosti a legálnosti postupov a nie na hodnotenie ich ekonomickej výnosnosti.

Ako už v úvode bolo uvádzané trh predstavuje v našom spoločenskom zriadení prvotný regulačný faktor. Trh zabezpečuje prosperitu ekonomicky výkonných subjektov a zánik neprosperujúcich subjektov, kvôli tomu nie je potrebné skúmať efektívnosť rozhodnutí jednotlivých podnikateľov. Stačí ak štát určí zákonné medze v rámci ktorých je možné podnikať.

Avšak v prípade vykonávateľov správy verejných financií je potrebné zohľadniť aj ekonomickú efektivitu ich konania. Ide o osobitnú črtu zodpovednosti, ktorým sa vyznačujú vykonávatelia správy verejných financií.

V prípade, ak subjekt vykonáva správu verejných financií nevykonáva činnosť vo vlastnom mene, ale v mene štátu, prípadne orgánu vykonávajúcu finančnú správu. Pritom sa jeho činnosť realizuje v tom istom prostredí, kde k efektivizácií dochádza na základe samo regulujúcich mechanizmov.

Keďže podnikateľ realizuje svoju činnosť za účelom dosiahnutia zisku je vysoko motivovaný skúmať predovšetkým ekonomickú výnosnosť svojich rozhodnutí. V najhoršom prípade ho postihne bankrot a bude eliminovaný z podnikateľského prostredia priamo následkami svojej činnosti.

Keď niekto nehospodárne nakladá s verejnými financiami ohrozuje verejný záujem. Pritom je predstaviteľné, že pri nehospodárnom nakladaní s verejnými financiami sú z hľadiska práva všetky postupy správne a legálne. Treba brať ohľad aj na to, že nemožno z objektívnych dôvodov od nikoho očakávať, aby predvídal vývoj na trhu. Napriek tomu ide o neopomenuteľný faktor, ktorý musí byť zohľadnený pri správe verejných financií.

Cieľom článku je vychádzajúc zo všeobecno-teoretického kontextu metódou komparatistiky dospieť k záveru, či sú ustanovenia vnútroštátneho charakteru dostačujúce na motiváciu úradníkov spravujúcich verejné financie, skutočne nakladať hospodárne s týmito zdrojmi.

3. TEORETICKÝ KONTEXT

Pred porovnaním konkrátnych ustanovení rôznych právnych poriadkov týkajúcich sa zodpovednosti pri správe verejných financií je potrebné určiť ich miesto vo všeobecno-teoretickom kontexte. Finančné právo sa vo všeobecnosti považuje za samostatné právne odvetvie. V tomto zmysle ho vymedzil aj Viktor Knapp, jeden z významných právnych teoretikov XX. -ho storočia: „*Finanční právo je svou povahou specifickou součástí práva správního, jeho zvláštností je však odlišují do té míry, že je většinou považováno (a i u nás bylo již v předmnichovské republice považováno) za samostatné právní odvětví*.“ [1]

Napriek tomu teória práva nedisponuje presnou definíciou, čo vlastne pod pojmom finančné právo rozumieme. Z toho vyplýva aj jeho nekodifikovanosť, keďže bez presnej definície nie je možné ohraničiť oblasť finančného práva. Z povahy finančno-právnej regulácie, však vyplýva, že presné vymedzenie odvetvia finančného práva nie je potrebné. Pri niektorých iných právnych odvetviach môže byť povaha ich vzájomného pôsobenia taká, že je nutné vymedziť kde sa jedno končí a začína druhé. Typický príklad predstavuje vzťah občianskeho a trestného práva. Spôsob regulácie, prvotná funkcia ich noriem je taká odlišná, že aplikácia inštitútov jedného z nich svojou podstatou vylučuje aplikáciu druhej. Opak je pravdou pri finančnom práve, keďže normy a akty finančného práva vo väčšine prípadov svojou aplikáciou priam napomáhajú realizovaniu alebo zabezpečovaniu prvotných funkcií inštitútov iných právnych odvetví. V niektorých prípadoch právna regulácia iných odvetví podmieňuje realizáciu svojej prvotnej funkcie uskutočnením určitého finančného aktu, alebo existenciou danej finančno-právnej skutočnosti.

Môžeme *de facto* konštatovať prejavenie sekundárnej finančno-právnej funkcie. Napríklad občiansky súd nezačne konanie, kým poplatok určený podľa príslušného zákona nebol uhradený. Z toho je zrejmé, že striktné oddelenie finančného práva od iných právnych odvetví, by pravdepodobne nebolo účelné. Predsa je možné aspoň za účelom vedecko-teoretického bádania z hľadiska predmetu skúmania a metodológie určiť, čo vlastne finančné právo predstavuje.

[1] Právník č. 11 (CXXIX), roč.11, Ústav státu a práva ČSAV, Academia Praha 1990, s. 966.

4. ROZDELENIE FINANČNÉHO PRÁVA PODĽA PREDMETU A METODOLÓGIE

Podľa Petra Mrkývku[2] predmet skúmania finančného práva je možné vymedziť ako špecifické spoločenské vzťahy, ktoré vznikajú a realizujú sa v procese tvorby, rozdeľovania a užívania verejných peňažných fondov, alebo ktoré sa uskutočňujú v rámci peňažného systému. Z toho je zrejmé, že vzťahy, ktoré tvoria predmet finančno-právneho skúmania možno rozdeliť na dve hlavné, svojou povahou veľmi odlišné, subsystémy. Ide o správu verejných financií a správu peňažného systému. Tieto dve subsystémy spája do jedného celku predovšetkým to, že sa jedná o vzťahy súvisiace s peniazmi (o peňažné vzťahy) a to, že regulácia týchto vzťahov má verejnoprávny charakter.

Odlišnosť spočíva v cieľoch predmetných regulačných postupov. V prípade správy verejných financií ide o zaistenie materiálnych predpokladov pre fungovanie verejného sektoru. V prípade správy peňažného systému je cieľom regulácie predovšetkým mena a jej fungovanie, ale aj fungovanie finančného trhu. Finančné právo môžeme rozdeliť jednak na fiškálnu časť, kam patrí rozpočtové právo, daňové právo, colné právo a oblasť verejných výdavkov. Potom nefiškálnu časť tvorí menové právo, devízové právo, a subsystémy upravujúce verejnoprávny dohľad nad finančným trhom.

Okrem toho je možné charakterizovať finančné právo podľa metódy právnej regulácie, ako sa uvádza u Petra Mrkývku: „*Obecně metoda právní regulace navazuje na předmět právní regulace, neboť určuje, jakým způsobem předmět regulace je regulován. Jak tedy dané odvětví práva působí na společenské vztahy ve sféře jeho zájmu. S ohledem na zařazení materie finančního právo do veřejného práva a s ohledem na charakter jeho předmětu je metoda uplatněná ve finančním právu metodou veřejnoprávní, vyjadřující převahu subjektů reprezentujících veřejnou moc nebo alespoň veřejný zájem a nerovnost druhého subjektu, který je povinen legitimní a legální mocenského subjektu strpět i proti svým zájmu a své vůli*.“[3]

Keďže odvetvia správne právo a finančné právo sa nedajú od seba oddeliť, pri určovaní predmetu skúmania finančného práva, je dôležité určiť, čo je predmetom regulácie finančno-právnej a čím sa to odlišuje od správno-právnej regulácie. Možno konštatovať, že v prostredí verejnej správy dochádza k realizácií finančno-právnej regulácie vtedy ak subjekt v rámci výkonu verejnej správy spravuje objekt, ktorý je regulovaný finančným právom. V takom prípade predmetom správneho práva je samotná verejná správa, a predmetom finančného práva je predmet verejnej správy.

---

[2] Porovnaj: Mrkývka P.: Finanční sráva – součast realizace finančního práva Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2008

[3] Mrkývka P.: Finanční sráva – součast realizace finančního práva Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, s. 4, 2008

V prostredí verejnej správy teda ide z metodologického hľadiska o syntézu metód finančného a správneho práva z čo výrazne vyplýva na administratívny charakter finančno-právnej metódy regulácie.

V prípade správy verejných financií možno konštatovať, že ide o verejnú službu týkajúcej sa verejno-peňažných fondov. Regulácia sa prejavuje v systéme týchto fondov predovšetkým regulovaním príjmov, regulovaním procesu rozdeľovania, prerozdeľovania a regulovaním spôsobu užívania statkov verejnoprávneho charakteru. Najdôležitejšiu úlohu v správe verejných financií má ministerstvo financií.

Výkonom verejnej správy nad verejnými financiami je poverený každý, kto prijíma peniaze v mene štátu alebo inej verejnoprávnej korporácie a pritom sa nejedná o úhradu súkromnoprávnych plnení ale oprávnenie prijímať tieto peniaze vyplýva priamo z finančno-právnych noriem. Platí, že za verejné peniaze sú považované tie statky, na ktoré má nárok verejný sektor a do tej doby kým tento nárok trvá. Medzi vykonávateľov verejnej správy nad verejnými financiami možno zahrnúť i tých, ktorí spravujú verejné výdavky, inými slovami vydávanie peňazí z verejných peňažných fondov.

Pritom každý má postavenie inštitúcie vykonávajúcej verejnej správy nad verejnými financiami kto za primeraného použitia metódy administratívnej regulácie v spojení s príslušnou metódou finančno-právnej regulácie pôsobí na verejné financie v rámci procesu ich tvorby, rozdeľovania, prerozdeľovania a užívania statkov verejnoprávneho charakteru.

5. ZODPOVEDNOSŤ PRI SPRÁVE VEREJNÝCH FINANCIÍ

Z hore uvedeného vyplýva, že medzi subjektov vykonávajúcich správu verejných financií môžeme zaradiť veľký počet inštitúcií a orgánov. Ako aj iné normy verejnoprávneho charakteru aj normy finančného práva sa vyznačujú prevažne kogentným charakterom. Pri finančno-právnej regulácií je treba brať ohľad aj na iné skutočnosti, ako pri iných oblastiach, kde sa aplikuje metóda administratívnoprávna. Veľmi výstižne to vyjadril Petr Mrkývka cit.: „*Vzhledem k provázanosti předmětu finančněprávní regulace s ekonomikou je účelné a potřebné na místo striktního vymezení vzoru chování vymezit meze či vytvořit prostor pro využití vhodných ekonomických nástrojů, stimulů, ale také v procesu vlastního uvážení provést volbu a aplikaci vlastních strategických postupů, respektujících zákonné meze, principy, cíle a účel regulace a to včetně uplatnění mocenského zhodnocení legálnosti a správnosti postupu, nikoliv však jeho ekonomické efektivity*.“[4]

[4] Mrkývka P.: Finanční sráva – součast realizace finančního práva Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, s. 5 2008

Určite sa môžeme s týmto tvrdením stotožniť, čo sa týka subjektov podriadeným vykonávateľom finančnej správy. Avšak v prípade vykonávateľov správy verejných financií je potrebné zohľadniť aj ekonomickú efektivitu ich konania. Tu vzniká základný rozdiel, medzi podriadenými subjektmi a nadriadenými v rámci výkonu verejnej správy.

Pokiaľ trh ako nástroj regulácie, alebo konkurenčné prostredie, ako samo regulujúci systém zabezpečuje prosperitu ekonomicky výkonných subjektov a na druhej strane zánik neprosperujúcich subjektov nie je potrebné skúmať efektívnosť rozhodnutí jednotlivých podnikateľov, keďže za neblahé následky svojich konaní znášajú zodpovednosť. Ako to hovorí aj § 2 ods. 1 Obchodného Zákonníka cit.: „*Podnikaním sa rozumie sústavná činnosť vykonávaná samostatne podnikateľom vo vlastnom mene a na vlastnú zodpovednosť za účelom dosiahnutia zisku.*“

Na druhej strane ak subjekt vykonáva správu verejných financií nevykonáva činnosť vo vlastnom mene, ale v mene štátu, prípadne orgánu vykonávajúcu finančnú správu. Pritom sa jeho činnosť realizuje v tom istom prostredí, kde k efektivizácií dochádza na základe samo regulujúcich mechanizmov. Keďže podnikateľ realizuje svoju činnosť za účelom dosiahnutia zisku je vysoko motivovaný skúmať predovšetkým ekonomickú výnosnosť svojich rozhodnutí. V najhoršom prípade ho postihne bankrot a bude eliminovaný z podnikateľského prostredia priamo následkami svojej činnosti. Treba ešte dodať, že vo väčšine prípadov podnikateľov, ktorý sa dostali do uvedenej situácie postihuje zvlášť aj štát. Napr. konateľov spoločností, ktorý sa dostali do likvidácie alebo konkurzu, zákazom činnosti alebo inými postihom nemajetkovej povahy.

Keď niekto nehospodárne nakladá s verejnými financiami, nielenže ohrozuje verejný záujem, ale nehrozí mu prakticky žiadna sankcia. Možno konštatovať, že ustanovenia vnútroštátneho charakteru v prípade Slovenska a čiastočne aj Česka nie sú dostačujúce na motiváciu úradníkov spravujúcich verejné financie skutočne nakladať hospodárne s verejnými financiami.

6. POROVNANIE ČESKEJ A SLOVENSKEJ PRÁVNEJ ÚPRAVY

Inštitút, ktorý možno chápať ako analógiu bankrotu vo verejnej správe, čiže vyvodenie osobnej zodpovednosti za nesprávne nakladanie s verejnými financiami, má svoju obdobu tak v českom, ako aj v slovenskom právnom poriadku.

V podstate sa jedná o možnosť štátu žiadať regresnú náhradu od úradníkov, ktorá by mala motivovať jednotlivých úradníkov dodržiavať predpisy. Treba však zdôrazňovať, že ne ide o zodpovednostný vzťah a o náhradu škody, keďže obdobný vzťah existuje iba medzi štátom a poškodeným, ako to vyplýva aj z článku Františka Miklíka cit.: „*Štát totiž škodu nespôsobil. Spôsobili ju uvedení dlžníci svojím nezákonným rozhodnutím alebo nesprávnym úradným postupom. Vzťahy medzi nimi a priamym*

poškodeným Zákon neupravuje. Zodpovednostný vzťah existuje len medzi štátom a poškodeným. Vzťah medzi štátom a postihovaným orgánom nie je vzťahom zodpovednostným. Regresná náhrada nie je preto náhradou škody, ale postihovým nárokom štátu.“ [5]

V rovine platnej právnej úpravy vznik možnosti štátu žiadať regresnú náhrada za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci je definovaná v §17 ods. 1 Zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávnym úředním postupem č. 82/1998 Sb. cit.: „*Nahradil-li stát škodu způsobenou nezákonným rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem nebo poskytl-li ze stejného důvodu zadostiučinění za vzniklou nemajetkovou újmu, může požadovat regresní úhradu*" V slovenskej právnej úprave tohto inštitútu nachádzame obsahovo veľmi podobné ustanovenie v §21 ods. 1 Zákon o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci a o zmene niektorých zákonov č. 514/2003 Z.z. nasledovným spôsobom cit.: „*Právo štátu a územnej samosprávy na regresnú náhradu vznikne iba vtedy, ak bola škoda uhradená.*“

Pre prehľadnosť uvedieme výpočet skutočností, ktorých naplnenie musí byť preukázané v súvislosti so vznikom oprávnenia žiadať regresnú náhradu v Česku a na Slovensku.

1. Došlo ku škodovej udalosti - Vznikla škoda

2. Došlo k nezákonnému alebo nesprávnemu postupu orgánu, ktorý vykonáva verejnú správu

3. Preukázalo sa príčinná súvislosť medzi vznikom škody a postupom orgánu

4. Súd preskúma kauzálny nexus a právoplatne rozhodne, že poškodenému patrí náhrada škody

5. Štát uhradí poškodenému náhradu škody v plnej výške alebo orgán verejnej správy uhradí regresnú náhradu štátu.

V optimálnom prípade po naplnení týchto skutočností je možné postihovať priamo osobu, ktorá svojim konaním škodu spôsobila. Ďalšie kritériá vzniku práva žiadať regresnú náhradu však nájdeme pri vymedzení subjektov, ktoré a voči ktorým je možné uplatniť inštitút regresnej náhrady.

[5] Justičná revue č. 11, Problémy zodpovednosti štátu za škodu pri výkone verejnej moci – 2. časť. / XI. Regresná náhrada roč. 2004 s. 1247

Ako príklad uvedieme ustanovenia, ktoré sa týkajú zamestnancov osôb proti ktorým štát už uplatnil regresnú náhradu § 17 ods. 4 Zákona o odpovědnosti za škodu způsobenou při výkonu veřejné moci rozhodnutím nebo nesprávným úředním postupem č. 82/1998 Sb.cit.: „*Je-li podle tohoto ustanovení uplatněn nárok na regresní úhradu proti osobě, u níž účast na výkonu veřejné moci náležela k povinnostem vyplývajícím z pracovního poměru nebo z poměru mu na roveň postaveného anebo z poměru služebního, řídí se výše regresní úhrady zvláštními předpisy*“ a §22 ods. 3 Zákona o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci a o zmene niektorých zákonov č. 514/2003 Z.z. cit.: „*Fyzické osoby, právnické osoby, verejnoprávne inštitúcie, záujmová samospráva, štátne orgány, obce a vyššie územné celky, voči ktorým si štát uplatnil regresnú náhradu podľa tohto zákona, sú povinné po jej uhradení uplatniť voči zodpovedným zamestnancom, ak škoda bola spôsobená ich zavinením, nárok na náhradu škody podľa osobitných predpisov.*“. Zákon, v obidvoch právnych úpravách odkazuje na Zákonník práce a v slovenskej právnej úprave aj na Zákon o štátnej službe. V týchto zákonoch nájdeme ďalšie ustanovenia, ktoré ďalej obmedzujú inštitút regresnej náhrady stanovením maximálnej výšky plnenia, ktoré je možné od osoby žiadať.

Ťažkopádna regulácia má za následok, že kým účastníci obchodno-právnych vzťahov sú priamo zodpovedný za svoje konanie a znášajú pri nedodržaní predpisov sankcie a nepriaznivé následky svojich ekonomicky nevýhodných rozhodnutí, vykonávatelia verejnej správy nie sú prakticky vôbec konfrontovaný nepriaznivými následkami svojich rozhodnutí.

Vo verejnej správe na rozhodovaní sa podieľajú väčšinou fyzické osoby, ktorí zastávajú dočasné funkcie, napr. starosta je štatutárnym orgánom obce iba 4 roky. Hore uvedený proces je prakticky nemožné ukončiť v dohľadnom čase, v horizonte pár rokov. Celá nadstavba regulácie prostredníctvom regresnej náhrady, čiže postihovanie osôb, ktorý svojim faktickým konaním spôsobili škodu stráca opodstatnenie, keďže nenapĺňa svoj účel a cieľ. Nápravnú funkciu náhrady škody smerom poškodenému už naplnil štát alebo konkrétny orgán, bez toho nevznikne ani právo žiadať regresnú náhradu. Odškodnenie žiadané štátom alebo orgánom vykonávajúcej verejnej správy po viacročnom konaní pred súdom a správnymi orgánmi od fyzickej osoby nastáva pomerne zriedka. V prípade, ak predsa je ochotná fyzická osoba nahradiť ujmu štátu, väčšinou nemožno od neho kvôli pracovnoprávnym a iným ustanoveniam žiadať odškodné v plnej výške a čiastka, ktorá sa vyberie málokedy postačí na pokrytie nákladov samotného konania. V tejto súvislosti je možné uviesť ďalší citát Františka Miklíka cit.: „*K celej úprave regresnej náhrady v §§ 21, 22 Zákona možno teda konštatovať, že vzhľadom na jej obmedzenia prevažná časť škôd hradených štátom nebude voči orgánom a prevažná časť regresných náhrad nebude voči zodpovedným zamestnancom vôbec uplatňovaná a opak bude len výnimkou. Štát bude za škody nielen*

zodpovedný, ale ich aj definitívne ponesie. Podľa dôvodovej správy k §§ 21 až 24 treba usudzovať, že toto nebol zámer návrhu Zákona.“[6]

7. ZÁSADA RIADNEHO FINANČNÉHO HOSPODÁRENIA

Uvedený systém vyvodenia zodpovednosti je predovšetkým administratívno-právneho charakteru a nepreskúmava ekonomickú efektívnosť, alebo hospodárnosť jednotlivých úkonov regulovaných subjektov iba legálnosť a správnosť konania. Pritom nezahŕňa dôležitý faktor hospodárnosti, ktorý v čase globalizácie nie je možné prehliadnuť. Na túto skutočnosť reaguje únijná legislatíva zakotvením zásady riadneho finančného hospodárenia priamo do všeobecno-záväzných predpisov. Týmto spôsobom sa stáva hospodárne nakladanie verejnými financiami predpokladom legálnosti konania subjektu vykonávajúcu správu verejných financií.

V Nariadení Rady č. 1605/2002 z 25. júna 2002 o rozpočtových pravidlách, ktoré sa vzťahujú na všeobecný rozpočet Európskych spoločenstiev je zakotvená zásada riadneho finančného hospodárenia 1. časť, 2. hlava, 7. kapitola článok 27 cit.: „*Rozpočtové prostriedky sa používajú v súlade so zásadou riadneho finančného hospodárenia, t. j. v súlade so zásadami hospodárnosti, účelnosti a efektívnosti. Zásada hospodárnosti požaduje, aby zdroje, ktoré používa orgán na výkon svojich činností, boli dané k dispozícii v správnom čase, vo vhodnom množstve a kvalite a za najlepšiu cenu. Zásada účelnosti sa týka najlepšieho vzťahu medzi využívanými zdrojmi a dosiahnutými výsledkami.*“

Z Nariadenia Rady č. 1605/2002 z 25. júna 2002 je zrejmé, že hospodárnosť použitia verejných financií je právom chránený verejný záujem. Hospodárnosť je, ale abstraktný pojem a vždy treba aplikovať na konkrétnu situáciu alebo postup. Preto pri činnostiach, na ktoré sú použité zdroje z únijného rozpočtu, sa stanovujú ciele podľa ods. 3 článku 27 1605/2002 ES cit.: „*Pre všetky typy činností, na ktoré sa vzťahuje rozpočet, sa stanovujú špecifické, merateľné, dosiahnuteľné, súvisiace a časovo ohraničené ciele. Dosahovanie týchto cieľov sa monitoruje na základe ukazovateľov výkonnosti pre každú činnosť a orgány vynakladajúce rozpočtové prostriedky poskytujú informácie rozpočtovému orgánu.*“

8. ZÁVER

Na záver možno konštatovať, že aj pri dodržiavaní všetkých predpisov, zohľadňujúcich všetky princípy finančnej správy, môže sa určitý finančno-právny akt ukázať, ako ekonomicky nevýhodný. Nedávne diania na

[6] Justičná revue č. 11, Problémy zodpovednosti štátu za škodu pri výkone verejnej moci – 2. časť. / XI. Regresná náhrada roč. 2004 s. 1247

svetových trhoch potvrdili, že pohyby na burzách nie sú predvídateľné. Je zrejmé, že z objektívnych dôvodov nemožno vyvodiť za ekonomicky nevýhodné postupy a konania trestnoprávne následky pre daný subjekt. Únijná legislatíva používa preto pojem nezrovnalosť. Zodpovednosť za vznik nezrovnalosti má však inú povahu ako trestnoprávna, je jednoduchšie vyvoditeľná a vzťahuje sa priamo k úradníkovi.

Nakoniec je možné konštatovať, že nástroje potrebné k motivácii úradníkov k hospodárnemu nakladaniu s verejnými financiami na únijnej úrovni sú už roky prítomné a funkčné. Preto za účelom zvýšiť efektivitu verejnej správy, by bolo zrejme užitočné tieto nástroje zabudovať aj do vnútroštátnych zákonov. Nie je to jednoduchá úloha. Vybudovať funkčný systém so špecifickými merateľnými, dosiahnuteľnými, súvisiacimi a časovo ohraničenými cieľmi žiada plné nasadenie a udržiavanie neustáleho dialógu s odborníkmi. Je to však úloha zvládnuteľná a v prípade, ak sa chce štát zbaviť imidžu zlého vlastníka, nevyhnutná.

Literature:

- Právník č. 11 (CXXIX), roč.11, Ústav státu a práva ČSAV, Academia Praha 1990, s. 966.
- Mrkývka, P. Finanční správa – součást realizace finančního práva. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2008
- Justičná revue č. 11, Problémy zodpovednosti štátu za škodu pri výkone verejnej moci – 2. časť. / XI. Regresná náhrada roč. 2004 s. 1247

Contact – email

Hulko@mail.muni.cz; Jmaly@dlmu.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH PRINCIPŮ MĚNOVÉ REGULACE V PRÁVNÍM SYSTÉMU SE ZAMĚŘENÍM NA EMS

KRISTÝNA CHALUPECKÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tato práce je zaměřena na objasnění základních principů měnové regulace v právním systému. Autorka použije příklad české měny a její regulace, přičemž neopomene zdůraznit specifika v české legislativě. Druhá část práce bude věnována velmi aktuálnímu tématu - Evropské měnové unii - a klíčovým principům její měnové regulace.

Key words in original language
Měna; měnová regulace; měnová suverenita; měnová unie.

Abstract
This paper targets to clarify basic principles of currency regulation in legal system. The author uses the example of Czech currency and its legal regulation whereas she would like to highlight specifics in the Czech legislation. The second part will be dedicated to very actual topic - European monetary union - and key principles of its monetary regulation.

Key words
Currency; monetary regulation; monetary sovereingty; monetary union.

1. PROBLEMATIKA MĚNOVÉ REGULACE V OBECNÉM KONTEXTU

Měnové právo, ač by mělo být, a to zcela oprávněně, korunním subsystémem práva finančního, bývá velmi často opomíjeno s poukazem, že regulace měny a měnové politiky je spíše kategorií ekonomickou. Nicméně, bez alespoň elementární právní regulace by měna nikdy nemohla fungovat, a to ať už by se jednalo o platidlo emitované státem, nadnárodním seskupením, případně soukromými institucemi.

K tomu, jak definovat měnu, lze přistupovat různě. Z hlediska běžného chápání ji lze pojímat jako konkrétní druh peněz upravený právním řádem určitého státu, neboli také jakousi národní formu peněz. Z hlediska funkčně ekonomického můžeme měnu blíže ji vymezit jako kriteriální nástroj kvantifikace všech jevů a projevů probíhajících v národním hospodářství. Měna je prostředkem hospodářství.[1]

[1] Engliš, K. Malá finanční věda. Praha: Pražské akciové tiskárny, 1920, s. 48.

Z hlediska právního lze naopak měnu charakterizovat jako určitou soustavu peněz, jejichž vztah je dán určením názvu základní jednotky, jejích dílů a násobků, a které skutečně obíhají na určitém území a používají, a které se používají při plnění závazků na tomto území.
Na základě těchto rozdílností se lze setkat s odlišnou kategorizací jednotlivých měn. Z hlediska ekonomického se jedná o odlišování měn pomocí odlišné kupní síly a odlišného kolísání cenové hladiny, zatímco z hlediska právního je pak měnová odlišnost spatřována v rozdílnosti právních úprav a v rozdílném působení svrchované moci.[2]
Pokud se budeme pokoušet o vymezení právní regulace měny, je podstatné stanovit zejména to, jaké funkce by měla měna primárně plnit a na základě těchto kritérií přistoupit k regulaci právním řádem. Peníze, potažmo měna, by měla z hlediska ekonomických potřeb plnit následující, notoricky známé funkce, a to být

a) prostředkem směny,
b) zúčtovací jednotkou,
c) uchovatelem hodnoty.

Zastánci volného bankovnictví by jistě argumenty vycházející z těchto tří funkcí měny smetli, nicméně dle mého názoru je nutné upozornit na fakt, že i regulace může nabývat různých podob. Pokud mají být peníze efektivním prostředkem směny, a to bez ohledu na emitenta, je zde nutná úprava pravidel takovéto směny. Nejinak je tomu u úpravy jednotky, která má být určena k všeobecnému zúčtování.
Z hlediska právního jsou funkce měny definovány zejména prostřednictvím tzv. měnového statutu**,** tedy právního řádu, jímž se upravuje měnová jednotka, nad níž nositel měnového statutu vykonává měnovou suverenitu.
Na vnitřní měnovou suverenitu státu můžeme nahlížet ze dvou pohledů, ze strany státu a ze strany občana. Měnová suverenita přináší státu, stejně jako občanu, určitá práva a určité povinnosti. Stát na základě zákona emituje vlastní měnu jako výlučné platidlo na svém území, díky kterému může prostřednictvím nezávislé instituce provádět svébytnou měnovou politiku. Na druhou stranu, pokud atrahuje svým občanům právo volně vytvářet vlastní prostředky směny, musí působit jako dostatečný garant a ochránce měny jako stabilního směnného prostředku. Občanům pak recipročně odpovídá povinnost výhradní akceptace tohoto platebního prostředku a právo požadovat od státu dostatečnou ochranu vlastnického práva hodnot přechovávaných pomocí měny, a to ústavní a právní.
V Ústavě České republiky[3] je stanovena povinnost České národní banky, jako nezávislého orgánu řídícího měnovou politiku, pečovat o cenovou stabilitu. Faktická vynutitelnost této cenové stability, byť se jedná o stabilitu prostředku nucené směny, nicméně z hlediska státu neexistuje. Otázkou však může být dostatečnost takového ochrany. Poměrně spekulativním je

[2] Grúň, L. Menové, bankové a devizové právo. Bratislava: Vydavatelské oddelenie právnickej fakulty UK, 1996, s. 12

[3] čl. 98

v tomto ohledu výrok německého Spolkového ústavního soudu, který prohlásil, že „stát ústavní ochranou vlastnického práva zaručuje volnost vlastníka disponovat se zbožím, čímž však zdaleka nezaručuje, že poptávka na trhu po tomto zboží bude stále ve stejné hodnotě.“[4] Příznivci tohoto výroku se opírají především o to, že nositel měnové suverenity je v demokratickém státním zřízení odlišný od jeho poskytovatele. V tržním hospodářství je pochopitelné, že totožná cenová hodnota měny je neudržitelná. Nicméně formulací „zdaleka nezaručuje“ by se mohlo zdát, že ačkoliv stát cenovou stabilitu garantuje, tak se odpovědnosti za tuto garanci fakticky zříká. Toto pojetí by mohlo v krajním případě velmi lehce svádět až k tomu že v případě státního bankrotu by stát mohl v rámci měnové reformy připravit své občany naprosto legitimně o veškeré úspory (jak se tomu již mnohokrát v minulosti stalo). V rámci zásady nominalismu[5] by byl i tento počin ze strany státu vykládán jako oprávněný a uznávaný.
Možná i proto se stále ozývají hlasy pro měnovou regulaci na úrovni soukromých subjektů, které by z hlediska tržní konkurence mohly optimálněji zaručit stabilní hodnotu jimi emitovaných platebních jednotek. V zásadě však převládá stanovisko k regulaci měny na centrální úrovni státu, případně jiné nadnárodní entity, která může poskytnout mnohem více garance než soukromoprávní subjekt.
Z hlediska měnověprávní regulace v rámci České republiky můžeme v právním řádu objevit následující instituty:

a) peněžní jednotku daného státu a její dělení na jednotky nižšího řádu (pokud jsou) a formy platidel,
b) kompetence a pravidla emise oběhu,
c) hodnota peněžní jednotky a její případnou ekvivalenci k měnovému kovu, je – li zachována, případně nástroje k změně parity měny,
d) vztahy k jiným měnám, pravidla konvertibility (směnitelnosti) měny,
e) regulace oběhu hotových peněz a pravidla bezhotovostních obchodů,
f) nástroje k ochraně měny.[6]

Základním problémem českého měnového práva je fakt, že samotná regulace měnového práva je často prováděna pomocí aktů České národní banky nebo ministerstva financí, kdy chybí explicitní zákonná úprava.

---

[4] Nález Spolkového ústavního soudu z 31. března 1998 č. 2 BvR 1877/97 a BvR 50/98.

[5] Pokud se stát rozhodne svoji měnu redefinovat, naprostá většina ostatních právních řádů tuto novou definici bez dalšího akceptuje a aplikuje na veškeré smluvní vztahy, a to i v případě, že skutečná hodnota staré měny nebude odpovídat měně nástupnické. Tento princip bývá též označován jako **princip nominalismu**, který je uznáván naprostou většinou právních řádů na světě

[6] MRKÝVKA, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa, 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita 2004, 396 s., ISBN 80-210-3578-1, s. 126

2. MĚNOVÁ REGULACE V PŘÍPADĚ TVORBY MĚNOVÉ UNIE

Právní regulace měny na úrovni jednotlivých států v současné době stále převládá. Z hlediska mezinárodního, kdy se měnový regulace opírá o zásadu **lex monetae,**[7] je totiž státu poskytnuta téměř neomezitelná měnová suverenita vyznačující se těmito základními pravidly:

- každý stát je nadán měnovou suverenitou, včetně práva vytvořit a nahradit si svoji měnu,

- suverénní práva každého státu nad vlastní měnou musí být uznávána všemi ostatními státy a jejich soudními a výkonnými orgány,

- uznání suverénních práv jiného státu nad svojí měnou může být odepřeno toliko v případech, kdy je vykonáváno diskriminačním způsobem vůči státům jiným.

Měnovou suverenitu, jakožto pojem spadající do kategorie právní, můžeme tedy popsat pomocí následujících tři základních prvků, a to:

a) vlastní měna a její právní regulace,
b) vlastní měnová politika,
c) orgán, který tuto měnovou politiku provádí, tedy nejtypičtěji centrální banku státu.

K těmto bodům by se dal ještě přiřadit bod čtvrtý, a to právě vlastní efektivně poskytovaná garance k ochraně této měny, protože bez ochrany měny poskytované státem jako nositelem této suverenity nemůže žádný z předchozích bodů obstát, jak jsem již argumentovala výše.

V současné době se však stále důrazněji prosazuje trend přenášení této měnové suverenity, respektive jednotlivých jejich bodů, na nadnárodní jednotky, a to v rámci komplexního procesu hospodářské a politické integrace. Nejmarkantnější, nicméně rozhodně ne jedinou, je samozřejmě postupné formování Evropské měnové unie, vzniknuvší v rámci integračního procesu v rámci EU. Formování Evropské měnové unie a její vlastní měnové suverenity předcházela řada mezikroků, sloužících zejména ke konvergenci jednotlivých států.
K tomu, aby pak došlo k samotnému přenosu jednotlivých bodů měnového práva, je však potřeba vytvoření dostatečného právního rámce, který by tento přenos práva a jeho následný výkon ošetřoval. Je tedy potřeba zabezpečit legislativní oporu pro jednotlivé kroky v rámci měnové sukcese,[8]

---

[7] Tomášek, M. Pojetí zásady „lex monetae“ v právu ES. Evropské a mezinárodní právo, 1998, č. 3, s. 4

[8] Měnovou sukcesi můžeme stručně definovat jako právní, ale i ekonomické, kroky vedoucí k zániku původní měny a k jejímu nahrazení měnou novou. Pojem měnové sukcese v užším

ale i následné fungování celého měnového systému, a to i včetně ustanovení orgánů, které jsou pro toto fungování nezbytné.[9]
Základním pramenem přijetí eura je Smlouva o Evropském společenství ve smyslu změn na základě Amsterodamské smlouvy účinné od 1. května 1999 a na základě smlouvy z Nice účinné od 1. února 2003 ve své hlavě VII, Hospodářská a měnová politika.
Nedílnou součástí Smlouvy o ES jsou její dodatkové protokoly, především Dodatkový protokol o určitých ustanoveních týkajících se Spojeného království Velké Británie a Severního Irska a Dodatkový protokol o určitých ustanoveních týkajících se Dánska. Zatímco Velká Británie si vymínila, že zůstane vně měnové unie na principu opting-out,[10] Dánsko si stanovilo, že svůj postoj vyjádří do zahájení třetí etapy formování EMU.[11]
Dalším důležitým protokolem je Protokol o kritériích konvergence, který vymezuje výše zmíněná Maastrichtská kritéria konvergence.
V článku 123 odst. 3 byla Smlouvy o ES Radě EU uložena další opatření nezbytná pro rychlé zavádění jednotné měny členských států, proto bylo nutné tato opatření specifikovat na základě sekundárních pramenů práva (nařízení). K základním nařízením v oblasti společné měnové politiky patří:

- nařízení Rady č. 1103/97/ES ze dne 17. června 1997 o některých ustanoveních týkajících se zavedení eura, ve znění nařízení Rady č. 2595/2000/ES ze dne 27. listopadu 2000

- nařízení Rady č. 974/98/ES ze dne 3. května 1998 o zavedení eura, ve znění nařízení Rady č. 2596/2000/ES ze dne 27. listopadu 2000, nařízení Rady č. 2169/2005/ES ze dne 21. prosince 2005 a nařízení Rady č. 1647/2006/ES ze dne 7. listopadu 2006

- nařízení Rady č. 2866/98/ES ze dne 31. prosince 1998 o přepočítacích koeficientech mezi eurem a měnami členských států přijímajících euro, ve znění nařízení Rady č. 1478/2000/ES ze dne 19. června 2000 a nařízení Rady č. 1086/2006/ES ze dne 11. července 2006

---

slova smyslu se však vztahuje pouze k faktickému opuštění jedné měny a jejímu nahrazení měnou novou, nikoliv změny hodnoty jedné jediné měny v důsledku měnové reformy

[9] V rámci EU tak funguje Evropská centrální banka (ECB), Evropský systém centrálních bank (ESCB; složený ze všech členských států EU) a tzv. Eurosystém (někdy také označovaný jako Eurofed), který se skládá z ECB a centrálních bank států, kde již funguje jako platební jednotka euro.

[10] Neúčastnění se.

[11] Jedná se o velmi významný příklad principu flexibility, která dovoluje vytvářet užší skupině států intenzivnější integraci a členské státy, které si nepřejí se této politiky účastnit, mohou zůstat vně této integrace, zároveň ji ale nesmějí blokovat.

Tato nařízení tedy tvoří součást „evropského měnového statutu," jejichž prostorový účinek se liší právě kvůli tomu, že euro nezavedly všechny členské státy, nýbrž jen některé, což bylo potřeba nějakým způsobem zohlednit. V této souvislosti je proto nutné zmínit, že zatímco nařízení ES 1103/97 se týká pouze těch států, které jsou součástí měnové unie, nařízení ES 974/98 se vztahuje na všechny členské státy. Zásada přímé použitelnosti a přímého účinku je zde vyřešena na základě výjimky, kterou obecně ustanovuje článek 122 Smlouvy o ES. Nařízení ES 974/98 je někdy označován za **měnový statut v užším slova smyslu**, protože konstatuje samotný fakt nástupnictví. Naopak nařízení ES 1103/97 je považováno za **měnový statut v širším slova smyslu**, protože jeho podstatou je záruka, že na celém území EU (i mimo země eurozóny) dojde k zavedení eura, a má zaručit jistotu kontinuity práv a závazků znějící na jednotlivé měny po přeměně těchto měn na euro.
Přestože břemeno vytvoření legislativního rámce nové měny přešlo na ES, byla potřeba spolupráce i s jednotlivými členskými státy při harmonizaci jednotlivých právních úprav. Proto nerozeznáváme jen ekonomická přístupová kritéria jako jediná, protože do úplné konvergence bylo potřeba zahrnout i kritéria právní**. Právními kritérii konvergence** rozumíme nýbrž legislativní oporu pro plnění konvergenčních kritérií, a to konkrétně:

- splnění právních podmínek dle tzv. maastrichtských kritérií,
- dosažení plné liberalizace volného pohybu kapitálu,
- náležité fungování liberalizovaného volného pohybu finančních služeb,
- odbourání překážek volného pohybu v ostatních základních svobodách,
- zajištění institucionálního rámce pro nezávislost centrální banky.

Od právních kritérií konvergence je však potřeba odlišit **právní konvergenci** jako takovou, která zahrnuje proces úprav legislativy členských států EU, tak aby byla v souladu se Smlouvou a se Statutem pro účely:

- integrace národních centrálních bank do Evropského systému centrálních bank a
- zavedení eura a začlenění národních centrálních bank do Eurosystému.[12]

[12] Ta část centrálních bank v rámci ESCB, kde již bylo zavedeno euro

V souladu s tímto můžeme tedy kritéria konvergence chápat jako legislativní rámec pro splnění přijetí do měnové unie, právní konvergence pak zabezpečuje institut samotného přijetí.
Zajímavé je ovšem to, že kromě úprav jednotlivých legislativ došlo v některých státech i k vytvoření vlastních prováděcích předpisů k přijetí eura, což může být v rozporu s použitelností směrnice. Z judikatury Evropského soudního dvora[13] však vyplývá, že v případě konkretizace obecných ustanovení je možný přenos do národních legislativ, pokud nedojde k zastření právního původu předpisu, což bylo nepochybně zkonstatováno i u jednotlivých národních předpisů k zavedení eura.

Závěr

Účelem a úkolem tohoto článku je zejména rozbor jednotlivých institutů v rámci měnové regulace, a to ať už z hlediska jednotlivých států, tak nadstátních seskupení. Autorka se pokusila o ucelený popis měnové regulace z hlediska státního, zejména jednotlivých bodů regulace a s tím se objevujících problematických bodů, zejména zabezpečení garance státu na cenovou stabilitu, což je dle naší Ústavy také úkolem České národní banky, jako instituce emitující měnu a provádějící nezávislou měnovou politiku.
V současné době se však velmi silně prosazuje trend na postupné přenášení jednotlivých pravomocí v rámci měnové suverenity v rámci integrace hospodářské a politické. Postupné formování Evropské měnové unie klade nároky na vytvoření dostatečného právního zázemí k tomu, aby došlo k přenosu měnové suverenity z jednotlivých států směrem k nadstátnímu seskupení, a aby v rámci toho měnová suverenita mohla efektivně působit.

Literature:

- GRÚŇ, L: Menové, bankové a devizové právo, 1. vydání, Bratislava: Vydavatelské oddelenie právnickej fakulty UK 1996, 297 s., ISBN 80-7160-083-0
- MRKÝVKA, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa, 1. vydání, Brno: Masarykova univerzita 2004, 396 s., ISBN 80-210-3578-1
- RAŠÍN, A.: Můj finanční plán, 1. vydání, Praha: Pražské akciové tiskárny 1920, 208 s.
- TOMÁŠEK, M.: Evropské měnové právo, 1. vydání, Praha: C.H. Beck 2004, 145 s., ISBN 80-7179-860-6

[13] Např. Rozhodnutí Evropského soudního dvora v případě věci Variola, S. p. A. v Administrazione delle finance dello Stato z 10.10. 1973, SbSD 1973, viz Tomášek, M. Evropské měnové právo, Praha: C.H. Beck, 2004, s. 76.

- TOMÁŠEK, M.: Právní nástupnictví měny euro, 1. vydání, Praha: Linde Praha 2000, 269 s., ISBN 80-7201-205-3
- TOMÁŠEK, M.: Právní základy Evropské měnové unie, 1. vydání, Praha: C.H. Beck 2004, 145 s., ISBN 80-7179-860-6

Contact – email
Kristyna.chalupecka@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁSADA PRIORITY KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA V DAŇOVÉM PRÁVU

TOMÁŠ ROZEHNAL - DAVID JEROUŠEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
The aim of the article is to analyze The Principle Of Priority Of Community Law In The Czech Tax Law. Authors try to define the term European Tax Law. The article is not the detailed analisis but compact summary of the problem. The conclusion of the article is that the EU law significantly influences the Czech Tax law.

Key words in original language
Daň z přidané hodnoty; spolupráce; daňová správa; evropské daňové právo; zásada.

Abstract
Cílem článku je pojednat o výskytu zásady priority komunitárního práva v daňovém právu České republiky. Autoři se dále snaží definovat pojem evropského práva daňového. Cílem článku naopak není podat detailní analýzu problému, jako spíše ucelený přehled. Autoři dochází k závěru, že komunitární právo významným způsobem ovlivňuje část daňového práva České republiky. Zásada priority komunitárního práva je právě klíčem k tomuto ovlivnění.

Key words
Value added tax; mutual assistence; tax administration; European Tax Law; principle.

1. ÚVOD

Článek pojednává o výskytu zásady priority komunitárního práva v daňovém právu České republiky. Autoři se snaží definovat pojem evropského práva daňového, pojednat o základech komunitárního práva a jeho konkrétních projevech v daňovém právu České republiky. Cílem článku není podat detailní analýzu problematiky jako spíše ucelený přehled s upozorněním na potencionální problémy. Autoři se věnují konkrétně mezinárodní spolupráci při správě daní a dani z přidané hodnoty (dále jen DPH). Záměrně je z kapacitních důvodů opomenuta problematika směrem k nečlenským státům Evropských společenství. Autoři dochází k závěru, že komunitární právo významným způsobem ovlivňuje část daňového práva České republiky.

2. EVROPSKÉ PRÁVO DAŇOVÉ - POJEM

1. května 2004 se Česká republika stala členem Evropských společenství. Tímto datem se Česká republika zařadila mezi státy, které jsou povinny řídit se právem Evropských společenství. Následující text si klade za cíl poskytnout ucelený přehled projevů práva Evropských společenství v daňové oblasti do právní úpravy v České republice.

V nadpisu kapitoly jsme použili pojem evropské právo daňové. Tento je třeba chápat jako termín užitý výhradně pro účely článku. Na samotné evropské právo se dá nahlížet z několika pohledů - právo evropských mezinárodních organizací, soubor právních řádů evropských států, funkční pojetí evropského práva, právo komunitární a unijní[1]. O pojmu daňového práva jsou pro změnu v současné době vedeny právně-teoretické spory. Daňové právo lze chápat jako součást finančního práva (samostatnost právního odvětví finančního práva je předmětem sporu také) nebo samostatné právní odvětví, které se vyčlenilo ze správního, potažmo finančního práva. Necháme stranou zmíněné spory (pokus o jejich řešení je předmětem jiných příspěvků sborníku) a zařadíme pod evropské právo daňové současně právo komunitární a právo daňové. Komunitárním právem se rozumí právo Evropských společenství, které spadá pod první pilíř Evropské unie. Právo upravující problematiku prvního pilíře Evropské unie je charakterizováno principem supranacionality. Unijní právo představované zbylými dvěma pilíři nedisponuje nadstátním charakterem (i když autoři článku jsou srozuměni s účinky Lisabonské smlouvy, tato není v současnosti účinná). Daňovým právem rozumíme právo, které upravuje společenské vztahy, které mají co dočinění s pravidelnými dávkami, které jsou stanoveny zákonem, směřují do veřejných rozpočtů, a to bez konkrétního protiplnění pro subjekt, který je dávky povinen odvádět. Záměrně nepoužíváme pojmu právo berní, které je užíváno jako souhrnná definice pro všechny dávky stanovené zákonem a směřující do veřejných rozpočtů[2]. Definici berně odpovídá například ust. § 1 odst. 1 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZSDP). ZSDP zahrnuje pod pojem daň i cla, poplatky, odvody za porušení rozpočtové kázně atd.

Evropským daňovým právem budeme pro účely článku rozumět komunitární právo, které v souladu s principem nadstátnosti upravuje

---

[1] *Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, S. 26., ISBN 80-7179-430-9*

[2] *Definice berně např. Matura, A. Změnitelnost správních aktů berních. Bratislava: Hospodárstvo a právo, 1937. - Berní rozumí se majetkové plnění ve prospěch veřejné korporace nebo fondu, stanovené autorativně, pokud to není plnění uložené na základě normy soukromoprávní nebo jako sankce pro chování, odporující právnímu řádu.*

problematiku, jejíž úprava je jinak svěřena daňovému právu členských zemí Evropského společenství.

3. OBSAH EVROPSKÉHO PRÁVA DAŇOVÉHO

3.1 KOMUNITÁRNÍ PRÁVO

Zde považujeme za nezbytné nejprve se krátce věnovat obecným základům evropského, potažmo komunitárního práva. Využitelnými prameny komunitárního práva jsou zejména primární a sekundární prameny, obecné právní zásady, soudní rozhodnutí Evropského soudního dvora (dále jen ESD) a Smlouvy uzavřené na základě článku 293 Smlouvy o Evropské unii. Pravidlem je, že akty primárního práva disponují nejvyšší právní silou. Na jejich úroveň se staví obecné právní zásady a rozhodnutí ESD[3].

Mezi primární prameny se řadí zejména zakládací smlouvy. V případech, kdy se budeme zmiňovat o konkrétních článcích primárního práva, použijeme v příspěvku pojem Smlouva o Evropské unii a využijeme jejího číslování článků (dále jen SEU). Obecné právní zásady vychází z právních řádů členských států, musí odpovídat cílům a koncepci evropského právního řádu a nesmí být odmítány členskými státy. Pro účely článku můžeme zmínit zejména zásady právního státu a zásady stanovící pravidla správního procesu. Ze sekundárního práva je třeba zmínit nařízení a směrnice. Zatímco směrnice představuje jen výsledek, kterého má být dosáhnuto, nařízení disponuje přímou účinností a závazností.

Pro vztah komunitárního práva a vnitrostátního práva platí čtyři pravidla. Jsou jimi zásada přímého a nepřímého účinku, odpovědnost státu za škodu způsobenou jednotlivci porušením komunitárního práva a zásada přednosti komunitárního práva. Přímý účinek je typický pro primární právo a nařízení. Může být vyloučen pouze v případě nejasnosti a právní nedokonalosti komunitární normy. Nejasnosti či právní nedokonalosti však mohou být odstraněny pomocí metod výkladu (gramatického, systematického, teleologického, srovnávacího či historického). Přímý účinek může být založen i u směrnice, ale jen v případě marného uplynutí lhůty k provedení směrnice a současně nesmí dojít ke zhoršení právního postavení třetích osob. Přímého účinku směrnice se však nemůže dovolat jednotlivec vůči jednotlivci (tzv. horizontální přímý účinek)[4].

Nepřímý účinek je zase charakterizován jako povinnost eurokonformního výkladu vnitrostátního práva členských států v souladu s nepřímo

---

[3] *Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, S. 226, ISBN 80-7179-430-9*

[4] *Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, S. 303, ISBN 80-7179-430-9*

aplikovatelnou komunitární normou. Nepřímý účinek však nesmí vyústit v uložení přímé povinnosti jednotlivci. V případě, kdy členský stát poruší komunitární právo, má jednotlivec právo dovolávat se náhrady škody.

Výše uvedené se odráží v zásadě přednosti komunitárního práva před právem vnitrostátním. Jde o přednost aplikační, kdy vnitrostátní předpis není automaticky zrušen rozdílným aktem komunitárního práva. Zásada přednosti komunitárního práva byla definována ESD v rozhodnutí Variola[5]. Zásada přednosti se aplikuje na všechny závazné normy komunitárního práva. Závaznost plyne z povahy jednotlivých aktů komunitárního práva (viz. výše). Přednost se vztahuje na všechny právní akty členských států, dokonce i ústavní povahy. Zásada přednosti se neaplikuje v případě, kdy by mělo dojít k nepřiměřenému poškození práv třetích osob jednajících v dobré víře či ke zneužití komunitárního práva[6].

3.2 DAŇOVÉ SOUSTAVY A EVROPSKÉ SPOLEČENSTVÍ

Daňová soustava nebo-li daňový systém vyjadřuje soustavu platných daní na území daného státu. V každém státě existuje tzv. historický daňový systém, vytvořený na základě společenských a historických podmínek státu. Daňový systém by měl co nejvíce reflektovat společenskou realitu a směřovat k tzv. racionálnímu daňovému systému[7]. Z uvedeného plyne, že daňové systémy jednotlivých států mohou být velmi odlišné. Tyto odlišnosti jsou jednou z příčin ohrožujících rozvoj mezinárodního obchodu. Evropské společenství proto vyvíjí snahu k odstranění rozdílů, resp. směřuje k vytvoření jednotného fiskálního území. Prostředkem je zákaz tzv. daňové diskriminace a dosažení tzv. daňové neutrality. Té lze dosáhnout zdaněním ve státě dovozu či vývozu. Evropské společenství se přiklonilo ke variantě první, která však nevytváří tlak na sjednocení daní v členských státech. Pro posílení komunitárního obchodu se přistoupilo k harmonizaci nepřímých daní, tedy daně z přidané hodnoty[8] a spotřebních daní[9].

---

[5] *34/73 Variola*

[6] *Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, S. 318, ISBN 80-7179-430-9*

[7] *Mrkývka, P. a kol., Finanční právo a finanční správa. 2.díl, Brno, Masarykova univerzita, 2004, str 18, ISBN 80-210-3579-X*

[8] *Nazýváno také druhou daňovou reformou viz. Kubátová, K. Daňová teorie a Politika. Praha: ASPI a. s., 2006, ISBN 80-7357-205-2*

[9] *Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. Třetí aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2001, S. 259. ISBN 80-7201-296-7*

Zmocnění k harmonizaci daňových systémů nalezneme v článcích 95 až 99 SEU. Nespadá-li úprava pod uvedená zmocnění, je přijímána jednomyslně všemi členskými státy.

Na základě SEU byla v daňové oblasti přijata řada směrnic a nařízení. Podstatná většina upravuje společný systém zdanění u daně z přidané hodnoty a spotřebních daní, kde existuje největší pravděpodobnost narušení volného trhu. Ve sféře přímého zdanění se sekundární právo dotýká daňových povinností s mezinárodním prvkem. Ucelený systém úpravy přímého zdanění však neexistuje[10]. Obecněji řečeno, komunitární právo harmonizuje úpravu v oblasti přímých daní jen tam, kde existuje předpoklad ohrožení vytváření a fungování společného trhu[11]. Podstatná část úpravy je svěřena mezinárodním smlouvám, lze jmenovat například oblast převodních cen u daně z příjmu právnických osob. Problematika přímých daní není komunitárním právem přímo řešena a členské státy zde musí hledat cestu prostřednictvím bilaterálních smluv.

Právní úprava mezinárodní spolupráce při správě daní vychází ze stejných článků SEU a opět je následně provedena akty sekundárního práva. Mezinárodní spolupráce v rámci členských zemí Evropských společenství se projevuje ve dvou základních formách. První forma spočívá v možnosti výměny informací mezi jednotlivými daňovými správami členských států. Je nutno rozlišovat mezi DPH a ostatními daněmi. U DPH je úprava s ohledem na vyšší stupeň harmonizace a důraz na společný systém podrobnější. Úprava spolupráce u DPH je specifická rovněž směřováním k vytvoření unikátního informačního systému. Druhá forma spočívá v možnosti spolupráce členských států v rámci mezinárodního vymáhání daňových pohledávek.

3.3 HARMONIZACE DAŇOVÉHO SYSTÉMU V ČESKÉ REPUBLICE

Konkrétním výsledkem harmonizace nepřímých daní jsou dvě základní směrnice. Jedná se o Směrnici Rady 2006/112/ES ze dne 28. listopadu 2006 o společném systému daně z přidané hodnoty a Směrnici 92/12/EHS ze dne 25. února 1992 o obecné úpravě, držení, pohybu a sledování výrobků podléhajících spotřební dani. Směrnice byly implementovány do českého právního řádu zákonem č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů a zákonem č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních, ve znění pozdějších předpisů.

---

[10] *Více např. Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. Třetí aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2001, S. 259. ISBN 80-7201-296-7*

[11] *viz čl. 100 Smlouvy o Evropské unii*

Z oblasti přímých daní lze zmínit speciální Směrnici Rady 2003/48/ES ze dne 3. června 2003, o zdanění příjmů z úspor ve formě příjmů úrokového charakteru. Speciální s ohledem na předmět úpravy. Upravuje totiž spolupráci a mezinárodní výměnu informací v oblasti týkající se tzv. platebních zprostředkovatelů[12]. Jde o směrnici, která spadá do oblasti mezinárodní spolupráce při výměně informací, protože hmotné právo z hlediska přímých daní upravují mezinárodní smlouvy (přijaté buď na základě čl. 293 SEU nebo sjednané s nečlenskými státy Evropských společenství).

Mezinárodní spolupráci při správě daní ve formě výměny informací upravují dva základní prameny sekundárního práva (s ohledem na Směrnici Rady 2003/48/ES, která však upravuje úzce specializovanou oblast zdanění úroků). Směrnice Rady 77//799/EHS ze dne 19. prosince 1977, o vzájemné pomoci mezi příslušnými orgány členských států v oblasti přímých daní a daní z pojistného. Jak plyne z názvu, směrnice je zaměřena pouze na spolupráci v oblasti přímého zdanění. Do českého právní řádu byla implementována prostřednictvím zákona č. 253/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při správě daní a o změně zákona č. 531/1990 Sb., o územních finančních orgánech, ve znění pozdějších předpisů (dále jen o ZOMP).

Na poli DPH spočívá úprava výměny informací v Nařízení Rady 1798/2003/ES, o administrativní spolupráci v oblasti daně z přidané hodnoty. Forma nařízení byla zvolena s ohledem na společný systém daně z přidané hodnoty a vyšší zájem na kontrole probíhajících plnění. S ohledem na absenci vnitřních hranic v rámci Evropských společenství je kladen důraz na rychlost a unifikaci činností jednotlivých daňových správ. U nařízení je předpoklad dosažení zadaných požadavků, a to vzhledem k jeho přímé účinnosti. Členské státy tak vycházejí přímo z nařízení a nejsou nuceny přijímat vlastní zákony zajišťující implementaci. Nařízení je navíc doplňováno činností systému INTRASTAT, který jako statistický systém slouží k zjišťování údajů o pohybu zboží uvnitř Evropských společenství[13].

Mezinárodní spolupráci při správě daní ve formě vymáhání pohledávek upravuje Směrnice Rady 2008/55/ES ze dne 26. května 2008, o vzájemné pomoci při vymáhání pohledávek vyplývajících z některých dávek, cel, daní a jiných opatření a Nařízení Komise č. 1179/2008 ze dne 28. listopadu 2008, kterým se stanoví prováděcí pravidla k výše uvedené směrnici. Funkce těchto pramenů je realizována ve fázi vymáhání. Daň je tedy v členském státě řádně vyměřena, je splatná, ale nepovedlo se ji vymoci

---

[12] *Provedená v ust. § 38 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů.*

[13] *Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 638/2004 ze dne 31. března 2004 o statistice Společenství obchodu se zbožím mezi členskými státy*

běžnými prostředky vymáhacího řízení. Zmíněné prameny jsou do českého právního řádu implementovány zákonem č. 191/2004 Sb., o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZOVP).

4. ZÁSADA PRIORITY KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA

Zásada priority komunitárního práva je uváděna mezi zásadami finančního práva, ale již není uvedena v katalogu zásad berního práva[14]. Domníváme se, že by měla být uvedena nejen v zásadách berního práva, ale i mezi zásadami daňového řízení. Pokusíme se stručně poukázat na již existující a možné nejasnosti plynoucí z praktické aplikace evropského práva daňového.

4.1 APLIKAČNÍ PROBLÉMY V RÁMCI MEZINÁRODNÍ SPOLUPRÁCE PŘI SPRÁVĚ DANÍ

V předchozím textu jsme uvedli, které předpisy evropského práva daňového regulují oblast mezinárodní spolupráce při správě daní a kde se tedy profiluje zásada přednosti komunitárního práva. Problematika přímých daní je upravena prostřednictvím směrnice a prováděcího zákona. Nepřímé daně jsou upraveny prostřednictvím nařízení s přímou účinností. V prvé řadě je třeba konstatovat, že oba dva předpisy evropského práva daňového znamenají obrovský pokrok v dané problematice. S ohledem na zásadu priority komunitárního práva se aplikují přednostně před ZSDP. Samotný ZSDP však upravuje pouze možnost doručení do ciziny[15], avšak jen v případě, kdy to stát určení umožňuje. Tato možnost je svěřena mezinárodním smlouvám a tyto v současné době nejsou uzavřeny. V praxi to znamená, že daňové řízení s mezinárodním prvkem nelze aplikovat bez pomoci pramenů evropského práva daňového. Pochopitelně pouze na území Evropských společenství.

Evropské právo daňové založilo systém výměny informací mezi členskými státy. Informace z daňového řízení jsou sdíleny na několika úrovních, od spontánní výměny informací až po konkrétní dožádání. Nejpraktičtěji je vyřešena oblast daně z přidané hodnoty, kde je výměna informací uskutečňována prostřednictvím speciálního informačního systému, tzv. „Value Added Tax Information Exchange Systém“. Informace získané prostřednictvím mezinárodní výměny informací lze užít jako důkazní

---

[14] *Mrkývka, P. a kol., Finanční právo a finanční správa. 1.díl, Brno, Masarykova univerzita, 2004, Brno, Masarykova univerzita, 2004 ,S. 50 ISBN 80-210-3578-1a Radvan, M. a kol., Finanční právo a finanční správa, Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2008, S. 54, ISBN 978-80-210-4732-7*

[15] *Viz ust. § 18 ZSDP*

prostředek v daňovém řízení, respektive to ZSDP v ust. § 31 odst. 4 nevylučuje. Nařízení Rady 1798/2003/ES dokonce pro oblast DPH v čl. 42 výše uvedené přímo stanoví. Zde se občas v praxi vyskytuje mylný názor, že výše uvedené předpisy povolují jednat i v rozporu s právním řádem členského státu. Lze souhlasit s názorem, že v případě takto nelegálně získaného důkazního prostředku žádající členský stát nezkoumá legálnost, pouze využívá institutu výměny informaci. Dotčený subjekt má právo bránit se prostředky vnitrostátního práva. Například v případě, kdy tuzemský správce daně na základě mezinárodního dožádání vyslechne svědka a nevyrozumí o tomto výslechu daňový subjekt. Takto získanou svědeckou výpověď zašle správci daně v jiném členském státě. Dotčený daňový subjekt má právo bránit se proti nezákonnému postupu tuzemského správce daně podle tuzemských zákonů. Do evropského rozměru se problém přenese v případě, kdy by daňový subjekt namítl nemožnost aplikace komunitárního práva z důvodu zneužití tohoto práva. Účelem úpravy totiž není obcházet zákonnost daňového procesu, ale výměna legálně získaných důkazních prostředků.

V případě mezinárodní spolupráce při vymáhání pohledávek je úprava vzhledem k daňovému subjektu vstřícnější. Při existenci pochybností o vymáhané pohledávce má daňový subjekt právo napadnout pohledávku právní cestou ve státě vzniku. Mezinárodní spolupráce při vymáhání daňových pohledávek se v důsledku napadení pohledávky odkládá[16].

U mezinárodní spolupráce při vymáhání pohledávek spatřujeme jiné problémy. V prvé řadě musíme upozornit, že ZOVP, jako prováděcí zákon neimplementuje přímo zmíněné prameny sekundárního práva, ale spíše úpravu jim předcházející. Do konce roku 2008 se mezinárodní vymáhání daňových pohledávek řídilo Směrnicí Rady č. 76/308/EHS ze dne 15. března 1976, která byla pozměněna Směrnicí Rady č. 2001/44/ES ze dne 15. června. 2001 a jako prováděcí předpis sloužila Směrnice Komise č. 2002/94/ES. Na základě zmíněných právních norem byl zrušen zákon č. 252/2000 Sb., o mezinárodní pomoci při vymáhání některých finančních pohledávek, ve znění pozdějších předpisů. Již neplatný zákon byl výsledkem harmonizace českého práva se Směrnicí Rady č. 76/308/EHS, ale rozsáhlé změny způsobené prováděcí směrnicí přinutily českého zákonodárce k přijetí ZOVP[17]. ZOVP tak reflektuje úpravu předcházející, která je však s předchozí prakticky totožná. Nová úprava sekundárního práva je výsledkem aplikační praxe, zkušeností s problematikou mezinárodního vymáhání daňových pohledávek a reflexe požadavků na elektronizaci mezinárodního styku v daňové oblasti. Otázkou do budoucna je, zda bude třeba novelizovat ZOVP. Z dosavadních zkušeností bychom si dovolili tvrdit, že ne. Činíme tak s ohledem

[16] *Viz čl. 12 Směrnice 2008/55/ES ze dne 26. května 2008*

[17] *viz důvodová zpráva k ZOVP*

na nařízení, které je přímo aplikovatelné a má přednost před tuzemských zákonem. Důvody, které by vylučovaly přímý účinek zatím nevidíme.

Aktuální praktické otázky týkající se příslušenství vymáhané pohledávky a automatické uznatelnosti exekučního titulu by měly být vyřešeny novým nařízením, jehož obsah je členskými státy vyjednáván. Nové nařízení by mělo obsahovat koncepci jednotného exekučního titulu pro daňové pohledávky.

Závěrem můžeme konstatovat, že oblast mezinárodní pomoci při správě daní a vymáhání daňových pohledávek je oblastí daňového práva, která ve vztahu k členským zemím vychází z právní úpravy Evropských společenství. Základní právní úprava pro oblast mezinárodní spolupráce je v zásadě dostatečná a svěřuje členským státům rozsáhlé možnosti a pravomoci. Z úpravy plyne, že Evropské společenství klade zvýšený důraz na oblast spolupráce u nepřímých daní. Do budoucna bude zajímavé sledovat postupný vývoj úpravy, kdy bude nutné dořešit konkrétní praktické otázky. Vzhledem k rychlému vývoji evropského práva daňového se stane aktuální i otázka souladu prováděcích zákonů s akty evropského práva daňového.

4.2 ZÁSADA PRIORITY KOMUNITÁRNÍHO PRÁVA VE VAZBĚ NA SPRÁVU A FAKTICKÉ FUNGOVÁNÍ DPH

Jak již bylo uvedeno výše, na úrovni Evropských společenství (dále jen ES) existovala již na počátku 60.let snaha o nalezení jednotné koncepce nepřímé daně, která by se vázala k obratu, výrobě či spotřebě (resp. tyto zatěžovala). Stejně tak bylo uvedeno, že SEU si v svém čl. 95 a násl. klade za cíl dosáhnout zákazu daňové diskriminace na společném trhu, tedy dosažení tzv. daňové neutrality. Zamýšlené daňové neutrality lze v zásadě dosáhnout dvojím způsobem, a to tak, že zboží, které je předmětem obchodu lze zdaňovat buďto ve státě vývozu anebo ve státě dovozu. Tato koncepce dosažení daňové neutrality se signifikantně zrcadlí a je určujícím prvkem v případě neutrality DPH v rámci jednotného trhu.

Pro DPH, která byla v rámci Evropského společenství zavedena tzv. po francouzském modelu této daně[18], pak dále platí, že je z pohledu práva ES legislativně upravena jak nařízeními, tak i směrnicemi, což bylo uvedeno v úvodu tohoto článku. Z pohledu tématu tohoto článku je pak zásadní zejména interpretační a aplikační praxe z pohledu aplikace směrnic týkajících se DPH.

---

[18] *k tomu dále Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. Třetí aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2001, ISBN 80-7201-296-7.*

4.2.1 VYMEZENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY PŘEDPISY EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ

Pro relevantně vymezenou oblast lze tedy, jak výše uvedeno, primárně vyjít z následujících pramenů evropského práva daňového, kdy správu DPH v širším slova smyslu upravují zejména směrnice přijímané Radou Evropských společenství:

Šestá směrnice Rady č. 77/388/EHS, o sladění zákonů členských států týkajících se daní z obratu – společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně – od 1. 1. 2007 – recast (dále jen Šestá směrnice).

Osmá směrnice Rady č. 79/1072/EHS – úprava vracení daně z přidané hodnoty osobám povinným k dani neusazeným v tuzemsku.

Třináctá směrnice Rady č. 86/560/EHS – úprava vracení daně z přidané hodnoty osobám povinným k dani neusazeným na území Společenství.

Uvedené směrnice přenášejí povinnost členských států provést příslušné změny v národních právních řádech, povinnost vykládat směrnice rovněž v kontextu a celém komplexu pravidel, která obsahují a nevycházet jen ze znění textu. Pokud budou nedostatečnou implementací (věcnou nebo časovou) zejména soukromoprávní subjekty dotčeny na svých právech, řeší spory o výklad směrnic (týkající se i otázek jejich aplikace) ESD

Pokud se pak týče jeho samotných rozhodnutí z pohledu jejich eventuelní přímé závaznosti, pak zde platí, že jsou závazná ve všech svých částech pro ty, kterým jsou určena (členským státům, fyzickým nebo právnickým osobám).

Rozhodnutí ESD, která vykládají ustanovení výše uvedených směrnic (pokud se týče předmětu zájmu tohoto článku) disponují zásadou priority. Tedy, pokud existuje vnitrostátní právní norma v oblasti směrnicí upravenou je třeba tuto vykládat prioritně se zavedeným (založeným rozhodnutím) výkladovým a aplikačním pravidlem směrnice.

Ve svém důsledku jsou tak rozhodnutí ESD ve věci výkladu a aplikace zejména Šesté směrnice Rady určujícím kritériem pro normotvornou činnost členských států, ale i určujícími cestu interpretaci právní normy ze strany veřejné moci členských států (tzv. nepřímý účinek směrnic). V tomto úhlu pohledu lze tedy rovněž zachytit prioritu komunitárního práva.

4.2.2 ROZHODNUTÍ ESD V OBLASTI DPH– APLIKACE SMĚRNIC

Rozhodnutí ESD samozřejmě i v oblasti DPH ovlivňují všechny subjekty komunitárního práva a napomáhají národním soudům správně aplikovat

komunitární právo[19]. Je možno uvést, že v oblasti DPH existuje v dnešní době více než 300 rozhodnutí ESD[20].

V konkrétních příkladech lze zmínit např. případ ESD C – 415/98 L. Bakcsi[21], kde přinesl ESD následující stanovisko, a to, že vyjme-li plátce daně z obchodního majetku pro soukromé použití zboží pořízené od neplátce daně, při jehož pořízení nemohl uplatnit nárok na odpočet daně, nejedná se o dodání zboží, které je předmětem daně. Odraz tohoto závěru lze v českém vnitrostátním právu vysledovat v ust. § 13 odst. 5 z. č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZDPH) k jehož interpretaci pak uvedený závěr jistě prioritně přispívá.

Dále pak v případu C – 291/92 Armbrecht[22] uvedl ESD, že dodání nemovitosti, kterou má plátce zčásti v obchodním majetku nemůže být považováno za zdanitelné plnění jako celek. Pokud se týče tohoto závěru ESD, lze jeho odraz de iure najít v ust. § 13 ZDPH, kde slouží jako výkladové pravidlo.

Jako další instruktivní, lze zmínit závěr ESD v případu C – 190/95 ARO Lease[23], který byl takový, že provozovna plátce v jiném členském státě nevzniká, jestliže nemá minimální stupeň stability odvozený od trvalé přítomnosti lidských a technických zdrojů umožňující nezávislé poskytování služby v příslušném státě. Tento závěr lze v českém vnitrostátním právu pak vysledovat v ust. § 4 odst. 1 písm. y) ZDPH, který obsahuje právní definici provozovny.

---

[19] *Zdroje informací http://eur-lex.europa.eu/cs/index.htm, http://curia.europa.eu/*

[20] *Anotace nejvýznamnějších judikátů: Petr Brejcha, Judikatura Soudního dvora ES v oblasti DPH, Century CZ, 2006.*

[21] *Jednalo se o spor mezi německým správcem daně a podnikatelem L. Bakczim. Předmětem sporu bylo uplatnění daně při prodeji automobilu, který byl pořízen od neplátce a který byl používán jak pro podnikatelské účely, tak pro soukromou potřebu.*

[22] *Jednalo se o spor mezi německým správcem daně a německým hoteliérem Armbrechtem. Předmětem sporu bylo uplatnění daně při prodeji nemovitosti, kterou měl plátce zčásti v obchodním majetku.*

[23] *Jednalo se o spor mezi belgickým správcem daně a holandskou leasingovou společností ARO Lease. Předmětem sporu byl vznik provozovny holandské leasingové společnosti v Belgii.*

Lze pak dále uvést, že závěr ESD v případu C – 173/88 Henriksen[24], který uvedl, že poskytnutí a pronájem nemovitého majetku zahrnuje kromě pronájmu majetku, který je hlavním předmětem pronájmu, i veškerý majetek
k tomu přidružený, tj. pronájem prostor a míst k parkování vozidel a nemůže být vyňat z osvobození od daně tam, kde je tento pronájem úzce spjat s pronájmem nemovitého majetku sloužícího pro jiné účely. Pokud se týče právě uvedeného závěru, bylo možno v českém právu najít jeho odraz v pozitivněprávní úpravě v ust. § 56 odst. 4 ZDPH ve znění účinném do 31.12.2008, respektive v tomto kontextu muselo být dané ustanovení vykládáno.

Jak uvedl ESD v případu C – 2/95 Sparekassernes Datacenter[25] není pro posouzení finančních činností rozhodující, kdo je poskytuje. Služby, jež znamenají jen technickou podporu, nejsou osvobozeny od daně ve smyslu čl. 13 Šesté směrnice Rady. Tento závěr pak lze v českém vnitrostátním právu vysledovat v ust. § 54 ZDPH, tedy ve vymezení finančních činností a v jeho kontextu (a znění rozhodnutí ESD) je pak nutno cit. ustanovení vnitrostátního práva interpretovat a aplikovat.

Zásadním je i rozhodnutí ESD v případu C - 342/87 Genius Holding[26], kdy zaujaté stanovisko ve věci bylo takové, že plátce je oprávněn uplatnit nárok na odpočet daně pouze v rozsahu, v jakém je daň skutečně splatná, nárok nelze uplatnit pouze na základě skutečnosti, že daň je uvedena na faktuře a členské státy musí umožnit opravu daně nesprávně uvedené na faktuře. V kontextu zde uvedeného rozhodnutí ESD, který vycházel ze Šesté směrnice Rady, jakožto prioritního právního předpisu i pro daňové řízení týká-li se správy DPH, bylo nutno novelizovat ust. § 49 odst. 2 a ust. § 72 odst. 6 ZDPH ve znění účinném do 31.12.2008, neboť bylo zřejmé, že tyto ustanovení byly v rozporu se zde uvedeným závěrem a tak přicházel v úvahu přímý účinek Šesté směrnice Rady (horizontální vzestupný) a tedy přímá aplikace uvedené směrnice, tedy za splnění dalších nezbytných podmínek.

---

[24] V daném případě šlo o spor mezi dánským podnikatelem pronajímajícím soubor garáží a správcem daně. Předmětem sporu bylo posouzení skutečnosti, zda se jedná osvobozený pronájem nemovitosti nebo o pronájem prostor a míst k parkování vozidel.

[25] Spor mezi správcem daně a sdružením SDC, který spočíval v posouzení skutečnosti, zda se jedná o finanční činnosti osvobozené od daně či nikoliv, a to s ohledem na osobu jejího poskytovatele.

[26] Spor mezi správcem daně a holandskou společnosti Genius Holding, kdy předmětem sporu bylo posouzení oprávněnosti nároku na odpočet daně.

Neméně významným pak bylo rozhodnutí ESD v případu C - 409/99 Metropol[27] kdy ESD přijal závěr, že není možno zúžit nárok na odpočet daně. Dle autoritativního závěru ESD Šestá směrnice Rady začala platit v Rakousku dnem jeho přistoupení do Evropských společenství [28]. Uvedený závěr ESD je možno vysledovat v kontextu ust. § 75 ZDPH ve znění účinném do 31.12.2008, který je (bylo) nutno vykládat tak, že nelze rozšiřovat zákaz odpočtu daně (např. v českém prostředí užitkové automobily).

Dalším poměrně podstatným rozhodnutím ESD, které má neméně významného vlivu na interpretaci Šesté směrnice Rady a na základě její priority před právem vnitrostátním, toto co do výkladu značně dále usměrňujícím, je rozhodnutí ESD v případu C – 435/03 British American Tobacco[29], kdy byl přijat závěr, že při krádeži nedochází k finanční úplatě ve prospěch poškozeného a krádež nemůže být považována za dodání zboží. Tedy ani skutečnost, že se jedná o zboží, které je předmětem spotřební daně, nemá na tento uvedený přístup vliv. Nastíněný autoritativní výklad ESD vážící se k Šesté směrnici Rady je pak nutno vnímat ve vztahu k ust. § 13 ZDPH, tedy k právnímu a obsahovému vymezení pojmu dodání zboží.

Neméně významným je pak pro správu DPH v jednotlivých členských státech rozhodnutí ESD v případu C - 409/04 Teleos a další[30], kde ESD dospěl k závěru, že osvobození od daně lze uplatnit pouze tehdy, jestliže právo nakládat se zbožím jako vlastník, přešlo na pořizovatele a dodavatel prokáže, že zboží bylo přepraveno do jiného členského státu. Pokud však dodavatel jedná v dobré víře, nemá mu být doměřena daň, pokud se nepodílí na podvodném jednání pořizovatele. Tedy tento není odpovědný za výsledky a negativní důsledky protiprávního jednání pořizovatele (tyto nelze vůči němu zaměřit). Tento princip pak je určujícím při výkladu a aplikaci ust. § 64 ZDPH.

---

[27] V daném případě šlo o spor mezi EK a Rakouskem a předmětem sporu byla možnost (resp. nemožnost) zúžení nároku na odpočet daně po vstupu Rakouska do EU.

[28] Od 1.1.1995.

[29] V tomto případě šlo o spor mezi belgickým správcem daně a společnostmi BAT a Newman dodávající tabákové výrobky. Předmětem sporu bylo, zda vzniká povinnost uplatnit DPH z odcizených tabákových výrobků.

[30] V daném případě šlo o spor mezi britskou daňovou správou a uvedenou firmou dodávající zboží do jiného členského státu. Předmětem sporu bylo prokazování dodání zboží do jiného členského státu.

Závěrem k analyzované problematice pak lze uvést také poměrně významné rozhodnutí ESD v případu C - 146/05 Albert Collée[31], v němž konkrétně ESD dospěl k závěru, že daňová správa nemůže odmítnout osvobození od daně při dodání zboží do jiného členského státu pouze z důvodu, že důkaz takového dodání nebyl předložen včas. Tento závěr je pak plně akceptovatelným ve vztahu k aplikaci ust. § 64 odst. 5 ZDPH, které přímo upravuje povinnosti osoby registrované k dani při prokazování dodání zboží do jiného členského státu.

4.2.3 PRÁVNÍ ÚPRAVA EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ VÁŽÍCÍ SE K PROBLEMATICE PŘEVODNÍCH CEN - PRAVIDLA PŘEVODNÍCH CEN VE SMĚRNICI O SPOLEČNÉM SYSTÉMU (ŠESTÁ SMĚRNICE)

Právní úprava obsažená v Šesté směrnici Rady dále vymezuje pojem "open market value", a ve svém čl. 72 a ještě ve svém čl. 80 odst. 1 stanoví, že za účelem zabránění daňovým únikům nebo vyhýbání se daňovým povinnostem mohou členské státy přijmout opatření, aby při dodání zboží nebo poskytnutí služby osobě, s níž má osoba povinná k dani rodinné nebo jiné úzké osobní vazby, organizační vazby a vlastnické, členské, finanční nebo právní vazby, jak je vymezují členské státy, byla základem daně obvyklá cena s tím, že pokud tomu tak není, přináší vymezení nepříznivých následků pro osobu registrovanou k dani. Koncept "open market value" pak není do dnešního dne implementován ve všech státech EU[32]. Česká republika doposud nepřijala žádná transfer-pricingová pravidla pro oblast DPH, avšak definici spojených osob lze již nyní nalézt pro vymezení účelu skupinové registrace v ust. § 5a ZDPH. V České republice je však v současnosti situace taková, že ZDPH nezná termín „cena obvyklá", tak jak je stanoven v zákoně o daních z příjmů. S ohledem na povahu právní úpravy zde zmiňované, lze uvést, že i tato pravidla vážící se k "open market value" mají svou prioritu (s přihlédnutím k právní povaze směrnice, coby pramene práva ES) před právem vnitrostátním.

Nicméně s ohledem na již dříve zmiňovaný a jedině přípustný přímý účinek směrnic, a to vertikální vzestupný, není možno očekávat, že by neprovedení této části Šesté směrnice Rady (neharmonizování vnitrostátního práva jejímu obsahu) mohlo mít ve svém důsledku výše naznačený přínos pro výkon veřejné moci vnitrostátními správní orgány, neboť takto by se jednalo o vertikální přímý účinek sestupný a tedy v úvahu nepřicházející.

---

[31] Jednalo se o spor mezi německou daňovou správou a dodavatelem zboží do jiného členského státu, jehož předmětem bylo právě prokazování dodání zboží do tohoto jiného členského státu.

[32] Je implementován ve vnitrostátním právu Belgie, Kypru, Finska, Německa, Irska, Litvy, Portugalska, Španělska, Švédska, Velké Británie.

4.2.4 ZÁKAZ ZNEUŽITÍ PRÁVA PŘI APLIKACI EVROPSKÉHO PRÁVA DAŇOVÉHO – OBLAST DPH

Jak jsme dříve uvedli, evropské právo daňové je na základě zásady priority[33] aplikovatelné přednostně (za splnění výše v příslušné kapitole vedených podmínek) před právem vnitrostátním. Uvedené však neznamená, že takto se může, či dokonce má dít v rozporu s oprávněnými zájmy adresátů právních norem. Proto je i evropskému právu daňovému vlastní aplikační korektiv spočívající v zásadě zákazu zneužití práva. Že tohoto lze užít i dle své povahy pro veřejnoprávní normy Evropských společenství, tedy zejména již uvedené směrnice vážící se k DPH, dovodil nejednou ESD. Příkladem lze uvést tyto nezásadnější případy.

Předně je nutno zmínit rozhodnutí ESD v případu C-255/02 Halifax, jehož závěry byly zmíněny i v rozhodnutích vnitrostátních soudů[34], kde byl autoritativně zaujat závěr, že veškerá plnění, která splňují objektivní kritéria stanovená zákonem na jejich formu, musí být také za taková plnění považována, a to bez ohledu na jejich účel, i když by tímto mohlo být jen získání daňového zvýhodnění. Dále bylo vyřčeno, že právní úprava ES nemůže jít tak daleko, aby zahrnovala zneužívající praktiky hospodářských subjektů. Tedy, aby chránila plnění, která nejsou uskutečněna za obvyklých obchodních podmínek, nýbrž pouze za účelem získání výhody. Správní orgán proto musí vzít v úvahu čistě umělý charakter plnění, právní, hospodářské či personální vztahy mezi subjekty. ESD dále uvedl (resp. stanovil pro vnitrostátní nositele moci), že správní orgán je oprávněn zabránit vyplacení odpočtu v případě zneužití, i když jinak je toto vyplacení nezpochybnitelné. Pokud byla zjištěna existence zneužití, musejí být plnění uskutečněná v jeho rámci nově definována tak, aby byla nastolena taková situace, jaká by existovala v případě neexistence plnění představujících toto zneužití.

Dále je pak k uvedené a analyzované zásadě možno zmínit rozhodnutí ESD v případu C-425/06 Italservice, kde byl přijat závěr, že zneužití může být i jen jedním z cílů obchodní transakce a nemusí být tedy cílem jediným, ale musí být cílem hlavním.

---

[33] *Tato zásada je ve své podstatě vlastní i bernímu právu a daňovému řízení.*

[34] *Viz. Nejvyšší správní soud sp. zn. 2 Afs 178/2005 s dalšími odkazy na rozhodovací praxi Ústavního soudu ČR v III. ÚS 374/06.*

5. ZÁVĚR

Autoři článku se pokusili komplexním způsobem podat výklad o výskytu zásady priority komunitárního práva v daňovém právu České republiky. Toto se projevuje zejména v oblastech DPH a mezinárodní spolupráce při správě daní. Oblast mezinárodní spolupráce při správě daní je v porovnání s oblastí DPH prakticky bezproblémovou. Oblast DPH je silně ovlivněna judikaturou ESD, která zde prakticky udává směr vývoje. Zajímavé bude sledovat vývoj evropského práva daňového, zejména s ohledem na nové oblasti, které by mohlo obsáhnout.

Literature:

- Mrkývka, P. a kol., Finanční právo a finanční správa. 1.díl, Brno, Masarykova univerzita, 2004, str. 405, ISBN 80-210-3578-1
- Mrkývka, P. a kol., Finanční právo a finanční správa. 2.díl, Brno, Masarykova univerzita, 2004, str. 382, ISBN 80-210-3579-X
- Radvan, M. a kol., Finanční právo a finanční správa, Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2008, str. 511, ISBN 978-80-210-4732-7
- Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král, R. Evropské právo. 3. vydání. Praha : C. H. Beck, 2006, str. 928, ISBN 80-7179-430-9
- Matura, A. Změnitelnost správních aktů berních. Bratislava: Hospodárstvo a právo, 1937
- Kubátová, K. Daňová teorie a Politika. Praha: ASPI a. s., 2006, str. 280, ISBN 80-7357-205-2
- Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. Třetí aktualizované a doplněné vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2001, str. 336,. ISBN 80-7201-296-7
- Petr Brejcha, Judikatura Soudního dvora ES v oblasti DPH, Century CZ, 2006
- http://eur-lex.europa.eu/cs/index.htm, http://curia.europa.eu/

Contact – email
61238@mail.muni.cz - jerousek@email.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚSTAVNÉ VÝCHODISKÁ FINANČNÉHO PRÁVA - CHRÁNI NÁS ÚSTAVA PRED ŠTÁTNYM BANKROTOM?

MATEJ KAČALJAK

Právnická fakulta, Univerzita komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstract in original language
Príspevok sa zaoberá rozborom ústav Slovenskej republiky a Českej republiky s dôrazom kladeným na základné finančnoprávne inštitúty ako daň, rozpočet alebo mena. Autor poskytuje prehľad stavu de lege lata ako aj poskytuje námety do diskusie o možných úpravách de lege ferenda

Key words in original language
Daň; Rozpočet; Mena; Ústava.

Abstract
The paper offers an analysis of constitutions of Slovak republic and Czech Republic focused on basic institutes of financial law such as tax, budget or currency. The author provides a summary of current state of legislation and proposes several discussion topics regarding legislative amendments in the future.

Key words
Tax; Budget; Currency; Constitution.

Na úvod považujem za potrebné podotknúť, že zľahka nadnesený názov príspevku som zvolil s ohľadom na medializované informácie o hrozbe štátneho bankrotu vo viacerých štátoch v súvislosti s pretrvávajúcou finančnou krízou. Úplne prirodzenou v uvedenom kontexte sa zdá otázka, či existuje vzťah medzi striktnosťou finančnoprávnych splnomocnení v základných zákonoch a sklonom vlád vytvárať dlh. S ňou súvisí otázka voľby prostriedkov na financovanie dlhu.

Pre úsek právnych noriem regulujúcich tok výdavkov štátu sú v Ústave Slovenskej republiky významné ustanovenia čl. 58, podľa ktorého sa finančné hospodárenie Slovenskej republiky spravuje jej štátnym rozpočtom. Štátny rozpočet sa prijíma zákonom. V ods. 2 uvedeného článku je splnomocňovacie ustanovenie umožňujúce podrobnejšiu úpravu príjmov štátneho rozpočtu, pravidiel rozpočtového hospodárenia a vzťahov medzi štátnym rozpočtom a rozpočtami územných celkov. Ustanovenie čl. 86 písm. g) zdôrazňuje úlohu štátneho rozpočtu v právnom poriadku Slovenskej republiky ako istého zákona sui generis a splnomocňuje Národnú radu Slovenskej republiky na kontrolu jeho plnenia a schvaľovanie štátneho záverečného účtu. Postavenie štátneho rozpočtu ako osobitného zákona potvrdzuje aj ust. čl. 119 písm. e), ktoré priznáva vláde výhradnú

iniciatívu na podávanie návrhu štátneho rozpočtu a štátneho záverečného účtu. Napokon je potrebné upozorniť na ustanovenie čl. 93 ods. 3, ktoré štátny rozpočet vylučuje z prípustných predmetov referenda.

V Ústave Českej republiky je postavenie štátneho rozpočtu ako zákona sui generis zvýraznené tým, že procesu podávania a schvaľovania návrhu zákona o štátnom rozpočte je venovaný samostatný článok 42. Je možné konštatovať, že až na uvedenú odchýlku sú úpravy štátneho rozpočtu veľmi podobné s výnimkou vymedzenia jeho vzťahu k predmetu referenda vzhľadom k tomu, že Ústava Českej republiky podrobnejšiu úpravu referenda neobsahuje vôbec.

Je zrejmé, že tvorcovia ústav nemali záujem obmedzovať suverenitu občanov a nimi volených zástupcov vo finančnom hospodárení. Domnievam sa však, že s prihliadnutím na to, že vysokými rozpočtovými deficitmi a v ich dôsledku vytváranými štátnymi dlhmi budú zasiahnuté až generácie, ktoré o tom nemajú možnosť teraz rozhodovať, príslušná úprava by bola vhodná. Pomôžem si analógiou z oblasti súkromného práva a síce práva dedičského. Slovenský aj Český občiansky zákonník chráni dedičov pred prípadnou povinnosťou ručiť za dlhy poručiteľa zakotvením oprávnenia odmietnuť dedičstvo. Obávam sa však, že nie je možné, aby ďalšie generácie občanov odmietli zdediť štát, ktorý zadĺžili ich predchodcovia. Obmedzenie práva súčasných generácií zadlžovať generácie budúce je navyše plne v súlade s princípom trvale udržateľného rozvoja.

Inšpiráciu je možné hľadať napríklad v Ústave Poľskej republiky. Tá obsahuje osobitnú časť X s názvom Verejné financie. Článok uvedenej časti 216 ods. 5 zakazuje vytvorenie štátneho dlhu, ktorý by presiahol tri pätiny hrubého domáceho produktu. Článok 220 taktiež zakazuje schváliť v Sejme rozpočet, ktorého deficit by bol väčší v porovnaní s deficitom v návrhu štátneho rozpočtu predloženého vládou. Napokon v článku 224 ods. 2 je zakotvené oprávnenie prezidenta dať schválený návrh rozpočtu na preventívne posúdenie Ústavnému tribunálu pred jeho podpísaním.

Vo vzťahu k Slovenskej republike je taktiež potrebné spomenúť opatrenia na predchádzanie nadmerného deficitu podľa článku 126 znluvy o fungovaní Európskej únie. Jednak podľa ust. čl. 126 ods. 2 písm. a) zmluvy Európska komisia sleduje, či pomer plánovaného alebo skutočného štátneho deficitu k hrubému domácemu produktu a zároveň podľa ust. čl. 126 ods. 2 písm. b), či pomer štátneho dlhu k hrubému domácemu produktu neprekračuje referenčnú hodnotu. Podľa ust. čl. 1 protokolu č. 12 k zmluve o fungovaní Európskej únie sú referenčné hodnoty uvedené v článku 126 ods. 2 Zmluvy o fungovaní Európskej únie 3 % pre pomer plánovaného alebo skutočného štátneho deficitu k hrubému domácemu produktu v trhových cenách a 60 % pre pomer štátneho dlhu k hrubému domácemu produktu v trhových cenách. Vo vzťahu k štátom, kde sa zistí porušenie uvedených povinností je možné v súlade s ust. čl. 126 ods. 11 zmluvy uložiť nasledovné opatrenia:

- vyžadovať, aby pred vydaním obligácií a cenných papierov daný členský štát uverejnil ďalšie informácie, ktoré určí Rada EÚ,

- vyzvať Európsku investičnú banku, aby prehodnotila svoju úverovú politiku voči tomuto členskému štátu,

- žiadať, aby tento členský štát poskytol Únii bezúročný vklad v primeranej výške, kým sa podľa názoru Rady EÚ neupraví nadmerný deficit,

- ukladať primerané pokuty.

V prvom prípade ide o uloženie určitej informačnej povinnosti, kým ostatné tri sú nástroje ekonomického charakteru. Z uvedeného je však zrejmé, že nástroje, ktoré má Rada k dispozícii, finančnú pozíciu štátov v konečnom dôsledku ešte zhoršujú. Na jednej strane som presvedčený, že je správne, ak komunitárne právo rešpektuje suvernitu členských štátov v rozpočtových otázkach, na strane druhej je potom účinnosť uvedených nástrojov v prípade niektorých chronicky "nezodpovedných" štátov minimálne diskutabilná. Navyše ako tvrdí ekonóm Tomáš Sedláček, stanovenie hranice deficitu na 3 % HDP aj v čase konjunktúry je "nebezpečná hlúposť"[1], naopak v čase krízy je tá hranica stanovená príliš prísne. Podľa ním navrhovaného modelu by mechanizmus na stanovenie prípustnej miery prebytku prípadne deficitu musel počítať aj s rastom HDP. "Napríklad, aby rast HDP mínus deficit tvoril stabilne číslo štyri, prípadne tri."[2] V prípade rastu 6 % by musel mať rozpočet prebytok dve percentá, naopak v prípade poklesu HDP o jedno percento by mohol deficit predstavovať 5 %. Domnievam sa, že uvedený model by bolo možné zakomponovať priamo do ústavy spolu s mechanizmom preventívnej kontroly ústavnosti v prípade návrhu zákona o štátnom rozpočte podľa poľského vzoru.

Rovnakú pozornosť ako úsek výdavkov štátu je potrebné venovať aj úseku štátnych a samosprávnych príjmov. Ako správne poznamenal Balko "finančné procesy by boli nefunkčné, ak by štát nemal silu a nástroje, ktoré by ich dávali do pohybu."[3] Prevažnú časť príjmov štátneho rozpočtu predstavujú dane, poplatky a clá. V zákone NR SR o štátnom rozpočte na rok 2009 predstavujú daňové príjmy 75,4 % všetkých príjmov, z toho priame dane predstavujú 28,2 %.

---

[1] Sedláček, T.: Zjedli sme celé sýpky, In: .týždeň, Bratislava, W PRESS, 2009, č. 13, ISSN: 1336-5932

[2] Ibid.

[3] Balko, L. Králik, J. A kol.: Finančné právo: 1. časť, 1. vyd., Bratislava, Vydavateľské oddelenie PF UK, 2005, ISBN 80-7160-189-6, s. 36

S ohľadom na to, aký vážny zásah dane predstavujú do majetkovej sféry občana a tiež aký podiel majú na financovaní chodu štátu, je im v ústave venovaného žalostne málo priestoru.

Čl. 59 ústavy SR ustanovuje dane a poplatky ako štátne a miestne, pričom ukladať ich možno iba zákonom alebo na základe zákona. Tak ako v prípade štátneho rozpočtu, aj dane sú podľa ust. Čl. 93 ods. 3 vylúčené z predmetu referenda.

Opäť si dovolím vysloviť obavu, že tento "bianco šek" pre zákonodarcu nepredstavuje optimálne riešenie. Už na začiatku 20. storočia švédsky ekonóm Knut Wicksell upozornil na hrozby daňovej diskriminácie určitých skupín obyvateľstva. Oprávnenosť týchto obáv potvrdil Balko, keď konštatuje, že "niektoré zmeny daňových zákonov boli podmienené aj politickými a ďalšími vplyvmi, na základe ktorých do daňových zákonov preniklo veľa nesystémových opatrení, ktoré zvýhodňovali či znevýhodňovali určité skupiny daňovníkov."[4] Výsledkom je rastúca komplikovanosť[5] daňového práva a rastúci pocit nespravodlivosti medzi obyvateľstvom. "Nespravodlivý charakter niektorých opatrení v daňových zákonoch súčasne vedie k tomu, že v spoločnosti sa zvyšuje všeobecná tolerancia k obchádzaniu a porušovaniu takýchto nespravodlivých zákonov"[6] Ako príklad môže poslúžiť uplatňovanie rôznych sadzieb daní, ktoré motivuje daňové subjekty k "optimalizácii" svojich daňových príjmov, mnohokrát praktikami na hranici zákona.

Domnievam sa, že práve rozšírením ústavných obmedzení daňovoprávnej regulácie by bolo možné do budúcnosti predísť mnohým politicky, ba priam populisticky motivovaným zásahom do daňovej legislatívy. Ako inšpirácia by mohol zákonodarcom poslúžiť návrh komisie ministerstva financií SR ešte z apríla 2007, ktorej podstatou bolo zrušenie väčšiny výnimiek v zákone o dani z príjmov.[7] Za zmienku stojí, že napriek všeobecnej zhode o zbytočnosti výnimiek vláda sa rozhodla nepredložiť návrh zákona do parlamentu z dôvodu rozporu zámeru znížiť daňovú sadzdbu na 16 % s politickým presvedčením premiéra.

Na záver si dovoľujem vysloviť presvedčenie, že otázkam financovania štátu bude v budúcnosti venovaná zvýšená pozornosť. Verím, že jedna z

---

[4] Ibid., s. 135

[5] Porovnaj Sulík, R.: Die deutschen und Ihre steuern, http://web.sulik.sk/index.php?section=3&id=51, dátum prístupu: 24.11.2009

[6] Balko, L. Králik, J. A kol.: Finančné právo: 1. časť, 1. vyd., Bratislava, Vydavateľské oddelenie PF UK, 2005, ISBN 80-7160-189-6, s. 135

[7] Porovnaj Jančík, Ľ: Proti znižovaniu daní je iba směr In: http://www.sme.sk/c/3261484/proti-znizovaniu-dani-je-iba-smer.html, dátum prístupu: 24.11.2009

vecí, ktoré nám ukázala finančná kríza je, že nielen súkromný sektor potrebuje rozumnejšiu reguláciu. Potrebujeme takú ústavnú úpravu, ktorá zohľadní možné riziká neobmedzeného zákonodarného splnomocnenia. Snáď najlepšie môžu túto situáciu ilustrovať slová, ktoré vyslovil druhý najmocnejší muž vo Washingtone, šéf kancelárie prezidenta, Rahm Emanuel: "You never want a serious crisis to go to waste." (Nikdy nepremárnim príležitosť využiť vážnu krízu.)

Literature:

- Balko, L. Králik, J. a kol.: Finančné právo: 1. časť, 1. vyd., Bratislava, Vydavateľské oddelenie PF UK, 2005, ISBN 80-7160-189-6
- Jančík, Ľ: Proti znižovaniu daní je iba smer, In: http://www.sme.sk/c/3261484/proti-znizovaniu-dani-je-iba-smer.html, dátum prístupu: 24.11.2009
- Lisý, J. a kol.: Dejiny ekonomických teórií, Bratislava, Iura Edition, 2003, ISBN 80-89047-60-2
- Sulík, R.: Die deutchen und Ihre steuern, http://web.sulik.sk/index.php?section=3&id=51, dátum prístupu: 24.11.2009
- Sedláček, T.: Zjedli sme celé sýpky, In: .týždeň, Bratislava, W PRESS, 2009, č. 13, ISSN: 1336-5932

Contact – email

Matej.kacaljak@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VÝZNAM JUDIKÁTŮ EVROPSKÉHO SOUDNÍHO DVORA PRO HARMONIZACI DANÍ V EU

JAN KOPŘIVA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek je věnován problematice daní v Evropské unii. Nejprve obecně, dále z historického pohledu a posléze na konkrétních příkladech je názorně rozebrána a popsána funkce Evropského soudního dvora v této oblasti, přičemž je dále také popsán její celkový význam pro právní praxi. Pozornost je v samostatných kapitolách věnována významu rozhodování a judikatury ESD v oblasti přímých daní a dále také v oblasti nepřímých daní.

Key words in original language
Daně, Evropská unie, přímé daně, nepřímé daně, daňová harmonizace, Evropský soudní dvůr, judikatura

Abstract
This contribution is devoted to problems of taxes in European Union. These problems are described at first in general, then from historical view and finally on particular examples. Simultaneously is described function of European Court of Justice whereas is depictured the relevance of this function for practise of law. Attention is also in separated chapters devoted to importance of decision making and cases of European Court of Justice in the area of direct taxes and also in the area of indirect taxes.

Key words
Taxes, Eurepean Union, direct taxes, indirect taxes, tax harmonization, European Court of Justice, case law

1. ÚVOD: HARMONIZACE DANÍ OBECNĚ

V současné době jsou v Evropské unii dány pro jednotlivé daně určitá pravidla. Jednoznačně největší harmonizace probíhá v oblasti nepřímých daní a to díky tomu, že bezprostředně ovlivňují fungování jednotného evropského trhu. Osobní důchodové daně naopak zůstávají prozatím v kompetenci jednotlivých členských států. Daně z příjmů podniků mají v rámci jednotného trhu napomáhat k volnému pohybu kapitálu. Další pozornost je věnována sociálním a penzijním systémům, které mají v jednotlivých státech eliminovat diskriminaci obyvatel jednotlivých států a nemají být překážkou svobodného usazování a investování v kterémkoliv z členských států EU.

Podle hloubky sladění jednotlivých daňových systémů rozeznáváme tři stupně mezinárodní spolupráce v daňové oblasti:[1]

a. daňová koordinace,

b. daňová aproximace,

c. daňová harmonizace.

Jako **daňová harmonizace** je označován proces přizpůsobení a slaďování daňových systémů a jednotlivých daní na principu dodržování společných pravidel zúčastněných zemí.

Harmonizace každé daně pak probíhá ve třech fázích:

1. určení daně, která bude předmětem harmonizace,

2. harmonizace daňového základu,

3. harmonizace sazby daně.

1.1 HARMONIZACE A JEJÍ DĚLENÍ V SOUČASNÉM POJETÍ

Budeme-li chtít definovat pojem „harmonizace“, je nutné počítat s tím, že není možné mít na mysli naprosto stejné a rovné daně. To vyplývá jednak z nezpochybnitelných rozdílů mezi jednotlivými členskými státy, jednak z jejich kulturních, vývojových a historických odlišností. Tudíž je spíše na místě chápat daňovou harmonizaci jako: *„proces“ k dosažení cíle i výsledek tohoto procesu.*[2]

V současnosti lze vysledovat dva různé a různě působící způsoby daňové harmonizace. Ovšem ani jeden z nich není bezproblémový a jako takové mají své zastánce i odpůrce. Jedná se o:

pozitivní harmonizaci – jde o sbližování národních daňových systémů EU prostřednictvím implementace směrnic, nařízení atd. Přínosem je dosažení platnosti stejných pravidel ve všech státech. Úskalím tohoto postupu je podmínka jednomyslného přijetí členskými zeměmi.

negativní harmonizaci – výsledek činnosti ESD, v členských státech jsou přijímána individuální opatření podle daňové judikatury ESD. Nedostatkem tohoto způsobu je, že nevytváří jednotná pravidla pro všechny státy.[3]

---

[1] Široký, J (2005) str. 24

[2] Láchová, L. Daňové systémy v globálním světě. 1. Vydání, Praha: ASPI, 2007, s. 13

[3] Láchová, L. Daňové systémy v globálním světě. 1. Vydání, Praha: ASPI, 2007, s. 13

2. EVROPSKÝ SOUDNÍ DVŮR

2.1 VÝZNAM ESD V OTÁZKÁCH DAŇOVÉ HARMONIZACE

„Podle Smlouvy o Evropské unii (konkrétně jejího článku 46) může Evropský soudní dvůr vykonávat kontrolu nad 1. a 3. pilířem Evropské unie. ESD nemá sice právo právo EU vytvářet, ale pouze vykládat a bdít nad jeho dodržováním, v praktickém životě však „zaceluje mezery" a prakticky právo tvoří" svými rozhodnutími, které obecné právní zásady se budou aplikovat."[4]

Podle statě Širokého, J. a Nerudové, D. nazvané „Význam judikátů Evropského soudního dvora v procesu koordinace a harmonizace daní v Evropské unii" lze činnost ESD v oblasti daní rozdělit v podstatě na dvě části.

První oblast vychází z obecných zásad. **Tato je upravena již primárním právem – nařízeními** *(„Nařízení jsou právními akty, které jsou obecně a přímo závazné. Vztahují se na všechny účastníky integrace a stávají se součástí jejich právního řádu ihned po svém schválení orgány EU, resp. tak, jak je uvedeno v Úředním věstníku ES. Pokud jsou v rozporu se zákony některého členského státu, mají přednost. Vždy platí nařízení ES, nikoli ustanovení domácího práva, které mu odporuje. Nařízení jsou tedy nástrojem právní unifikace a EU je užívá tam, kde je třeba společným rozhodnutím dosáhnout jednoty v obsahu i formě zákona").*[5]

Naproti tomu druhá oblast vychází z daňových zásad a **je ošetřena sekundárním právem – tedy především směrnicemi** (jak bylo již výše rozebráno v případě směrnic, se volba forem a prostředků dosažení kýženého výsledku ponechává vnitrostátním orgánům).

2.2 JUDIKATURA OBECNĚ - HISTORIE

Co se týče nepřímých daní, ESD v podstatě zajišťuje výklad práva EU. U přímých daní rozhoduje o zajištění čtyř základních svobod, které mají zvláštní postavení a pokud opomeneme určité výjimky, mají tyto svobody přednost před národními daňovými pravidly.

S právní úpravou daní je zřejmě nejtěsněji spjata úprava volného pohybu zboží. Tento pojem není v žádném právním předpise ES vyložen a definován, tudíž je v tomto případě klíčovým rozsudek ESD **7/68 Komise**

---

[4] Široký, J. Nerudová, D. Význam judikátů Evropského soudního dvora v procesu koordinace a harmonizace daní v Evropské unii. In Sborník z konference „Firma a konkurenční prostředí 2008." Třetí část. Brno, MSD s. r. o. 2008, s. 141 - 147

[5] Základy práva ES pro podnikatele [citováno dne 10.11.2009], dostupný z : http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/pravo-eu/zaklady-prava-es-pro-podnikatele/1000459/8835/

versus Itálie – Vývozní daň z uměleckých předmětů *(zboží je „…cokoliv, co má hodnotu vyjádřitelnou v penězích, a tak může být předmětem obchodní transakce.“).* Volný pohyb zboží nemá být omezován, ale velice často se vyskytovaly a také vyskytují (i když nejsou na první pohled zcela zřejmé) velmi závažné a zásadní překážky. Za ty jsou považována zejména cla, dávky s rovnocenným účinkem a vnitřní diskriminační zdanění (tj. konkurující si nebo podobné výrobky mají rozdílné daňové zatížení).

Zlomovým judikátem ESD v oblasti daní (nejen pro ni) je rozsudek **120/78 Rewe Zentrale** – známější pod názvem **„Cassis de Dijon“**. Tento v podstatě umožnil dovážení francouzského likéru Cassis de Dijon do Německa a tím ho zdanit příslušným německým lihovým akcízem. Jeho význam spočívá mimo jiné také v tom, že definoval tzv. **„pravidlo rozumu“** (zboží, jež bylo řádně vyrobené a obchodovatelné v jednom členském státě, může být obchodováno v jiném členském státě) a **tzv. „kategorické požadavky“**.

2.3 NĚKTERÉ KONKRÉTNÍ JUDIKÁTY – PŘÍMÉ DANĚ[6]

Díky judikatuře ESD je tento druh harmonizace umožněn zejména v korporativním zdaňování a zdaňování osobních příjmů. Většinou jde tedy o oblasti, kde se zatím nepodařilo prosadit jednotnou úpravu, nebylo o takovém postupu vůbec jednáno, případně se vyskytly jiné problémy.

Za nejzajímavější, nejdůležitější a nejvlivnější lze dle literatury považovat zejména případy, které jsem vybral a zahrnul do tohoto oddílu, a které dále stručně charakterizuji. V této oblasti je ovšem možné vysledovat další zajímavou a významnou judikaturu.

V současné době **v rámci přímých daní** projednává ESD nejčastěji případy, jež se dotýkají především následujících čtyř oblastí:

1. zdaňování „přeshraničních pracovníků“ (zejm. diskriminace nerezidentů vůči rezidentům)

2. zdaňování dividend

3. aplikace mezinárodních smluv o zamezení dvojího zdanění

4. aplikace směrnice o dceřiných a mateřských společnostech[7]

Případ Schumacker C–279/33 (zdaňování fyzických osob, volný pohyb osob atd.)

---

[6] Zpracováno podle: Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 95 an

[7] Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 95

Pan Schumacker byl zaměstnán v Německu (SRN), ovšem žil v Belgii, přičemž jeho příjmy ze zaměstnání byly jediným příjmem, který měl. Problém nastal díky tomu, že v Německu byl považován za nerezidenta a měl tedy omezenou daňovou povinnost. Na základě toho mu také nebylo umožněno, aby rozdělil příjem i na svoji manželku (tzv. splitting) a provedl roční vyúčtování daně (díky tomu by totiž jeho daňová povinnost celkově výrazně poklesla). V podstatě tedy došlo k diskriminaci pana Schumackera z toho důvodu, že byl nerezidentem, jelikož ve srovnání s rezidentem byla jeho daňová povinnost a také daňové zatížení vyšší.

ESD na výše uvedené odvětil, že jde o stav, který je *„v rozporu se svobodou volného pohybu pracovních sil, a že pokud poplatník obdrží ve státě, kde je nerezidentem většinu svých příjmů, musí s ním být zacházeno, jako by se jednalo o rezidenta.“*[8]

Případ Verstergaard C–55/98 (zdaňování fyzických osob, poskytování služeb)

V Řecku bylo jistou řeckou společností prováděno školení auditorů. Zúčastnil se jej i dánský auditor, pracující i žijící v Dánsku. Problém, jenž posléze nastal, se týkal toho, že ačkoliv měl jako poplatník platný daňový doklad, na základě dánského daňového práva pro něj nebyly náklady školení daňově účinným nákladem. Tímto ovšem byla narušena svoboda poskytování služeb.

Díku tomuto případu tak bylo Dánsko nuceno ze svých daňových předpisů odstranit uvedené diskriminující opatření, jelikož dle ESD *„daňově musí být posuzováno stejně nakoupení služeb domácích i zahraničních.“*[9]

Případ Gerritse C–234/01 (zdaňování fyzických osob, svoboda poskytování služeb)

V Německu (kde se účastnil představení) byla nizozemskému herci vyplacena odměna. Ta byla zdaněna podle smlouvy o zamezení dvojího zdanění uzavřené mezi Německem a Nizozemím bez možnosti odečtení v tomto případě cestovného; tj. srážkovou daní z hrubé částky.

Podle ESD šlo ovšem o diskriminaci a bylo nařízeno, *„že SRN musí zavést pro nerezidenty možnost uplatňování výdajů. Na základě rozsudku SRN zavedla tuto možnost, a to i v případě, kdy jsou nerezidentům vypláceny*

[8] Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 96

[9] Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 96

úroky a licenční poplatky. Ke stejnému opatření přistoupila Rakousko a to s účinností od roku 2005.“[10]

Případ Saint – Gobain C–307/97 (korporativní zdaňování, svoboda usazování)

Tento případ se týká vyplácení dividend a to následujícím způsobem. Švýcarský ISOVER, dceřinná společnost tyto dividendy vyplácel pobočce v Německu.a ty byly dle německých předpisů předmětem daně. V té době totiž ještě v SRN neplatil dodatek ke směrnici o mateřských a dceřiných společnostech č. 2003/123/EC. Na základě toho bylo možné ze zdanění vyjmout pouze dividendy vyplácené společnosti, jež je v SRN rezidentem (dceřinná společnost).

ESD tento stav opět označil za diskriminaci a nařídil, *„že SRN nesmí diskriminovat společnosti, které nejsou rezidentní, tedy že se stálou provozovnou musí být daňově nakládáno stejně, jako se společnostmi, které jsou v SRN rezidenty.“*[11]

Z dalších rozsudků lze uvést například **C–324/00 Lankhorst – Hohorst GmbH** (svoboda pohybu, zdaňování) nebo **C–446/03 Marks & Spencer plc** (svoboda usazování atd.) a **C–376/03 D**. (odlišné zacházení s rezidenty a nerezidenty - Smlouva o zamezení dvojího zdanění).

2.4 NĚKTERÉ KONKRÉTNÍ JUDIKÁTY - NEPŘÍMÉ DANĚ[12]

Velmi rozmanitou a bohatou judikaturu ESD je možno nalézt i v oblasti nepřímých daní, i když zde se již neuplatňuje jako prostředek tzv. negativní harmonizace, ale spíše (jak již bylo řečeno již výše) ESD **zajišťuje výklad práva EU.**

Ze zajímavých judikátů týkajících se DPH lze uvést inter alia například následující rozsudky, kde ESD uvádí, jak je třeba vykládat určitá ustanovení:

Případ Investrand B.V. C–435/05 (Šestá směrnice o DPH)

„**Článek 17 odst. 2 šesté směrnice 77/388** *o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu* **je třeba vykládat tak**, *že náklady na poradenské služby, které osoba povinná k dani využila za*

[10] Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 97

[11] Nerudová, D. Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 98

[12] Zpracováno podle: Terra, B. J. M., Wattel, P. J. European tax law. Fifth edition. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, s. 135 an, ISBN 9789041127419

účelem určení hodnoty pohledávky, která je součástí jejího majetku a je spojená s prodejem akcií uskutečněným dříve, než se stala osobou povinnou k dani z přidané hodnoty, nemají, při neexistenci skutečností prokazujících, že zmiňované služby mají výlučnou příčinu v hospodářské činnosti osoby povinné k dani ve smyslu uvedené směrnice, přímou a bezprostřední souvislost s touto činností, a v důsledku toho nezakládají nárok na odpočet daně z přidané hodnoty, kterou byly zatíženy.“[13]

Případ Van Tiem C–186/89 (čl. 4 odst. 1 a 2 šesté směrnice o DPH)

„**Otevřené investiční fondy** *(sociétés d'investissement à capital variable, SICAV), jejichž výhradním předmětem činnosti je kolektivní investování kapitálu získaného od veřejnosti do převoditelných cenných papírů v souladu se směrnicí Rady 85/611/EHS ze dne 20. prosince 1985 o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů (SKIPCP***), mají postavení osoby povinné k dani ve smyslu článku 4 šesté směrnice Rady 77/388/EHS ze dne 17. května 1977 o harmonizaci právních předpisů členských států týkajících se daní z obratu** – *Společný systém daně z přidané hodnoty: jednotný základ daně, takže místem poskytování služeb uvedených v čl. 9 odst. 2 písm. e) téže směrnice, které jsou poskytovány těmto SICAV usazeným v jiném členském státě než poskytovatel služeb, je místo, kde tyto SICAV mají sídlo své hospodářské činnosti.“*[14]

Z dalších rozsudků v oblasti DPH lze jmenovat například: **C–16/00 Cibo** (Šestá směrnice o DPH, odpočitatelnost DPH) nebo **C–60/90 Polysar** (Šestá směrnice o DPH).

Pro oblast tzv. spotřebních daní jmenujme za všechny například:

Ottmar Herrman C–491/03

„Daň uloženou na úplatné poskytování alkoholických nápojů k okamžité spotřebě na místě v rámci provozování restaurace **je třeba považovat** *za daň z poskytování služeb spojených s těmito výrobky podléhajícími spotřební dani, která* **nemá povahu daně z obratu** *ve smyslu čl. 3 odst. 3 druhého pododstavce směrnice Rady 92/12/EHS ze dne 25. února 1992 o obecné úpravě, držení, pohybu a sledování výrobků podléhajících spotřební dani.“*[15]

---

[13] Rozsudek Investrand B.V. C – 435/05 [citováno dne 10.11.2009] dostupný z: http://eur-lex.europa.eu

[14] Rozsudek Van Tiem C – 186/89 [citováno dne 10.11.2009] dostupný z: http://eur-lex.europa.eu

[15] Rozsudek Ottmar Herrman C – 491/03 [citováno dne 10.11.2009] dostupný z: http://eur-lex.europa.eu

Van der Water C–325/99 („Daňová ustanovení – Harmonizace právních předpisů – Směrnice 92/12/EHS)

„Směrnice 92/12 o obecné úpravě, držení, pohybu a sledování výrobků podléhajících spotřební dani **musí být vykládána v tom smyslu**, *že pokud nabude jednotlivec nejednající při výkonu svého povolání a neusilující o dosažení zisku v prvním členském státě pro uspokojení svých potřeb i potřeb dalších jednotlivců výrobky podléhající spotřební dani, které byly v tomto členském státě propuštěny pro domácí spotřebu, a nechá je přepravit do druhého členského státu na svůj účet přepravní společností usazenou v tomto druhém státě, použije se článek 7 této směrnice, a nikoli její článek 8, takže se spotřební daň vyměří i v tomto státě…."* [16]

Závěrem lze dodat, že naprostá většina právních problémů spojených s daněmi ESD řeší ve formě **tzv. předběžných otázek**, kdy de facto dochází k tomu, že: „v rámci řízení před vnitrostátním soudem členského státu, které zahrnuje aplikaci práva Společenství, může nebo musí být věc předána Soudnímu dvoru, který rozhodne o výkladu případně platnosti právních předpisů, které jsou součástí práva Společenství a které mají být v dané věci aplikovány."[17]

3. ZÁVĚR

Z výše uvedeného tedy plyne, že judikatura ESD v oblasti harmonizace daní hraje velmi důležitou a nezastupitelnou roli, ať už se jedná o tzv. „negativní harmonizaci" či výklad, což dokazují i uvedené a citované rozsudky. Právě díky těmto rozsudkům se v EU a v rámci jejích právních předpisů podle mého názoru zvyšuje právní jistota a je podporována mimo jiné i zásada „legitimního očekávání".

Je zcela evidentní, že bez existence ESD či jeho „zásahů" a usměrňování výkladu by cesta k harmonizaci daní v EU byla o mnoho složitější. Svou rolí napomáhá ESD k tomu, že harmonizace v rámci možností postupuje kupředu a její proces není tak zdlouhavý, jako by byl bez něj. Domnívám se, že role ESD je při této činnosti natolik výrazná, že lze úspěšně pochybovat, zda by alespoň současného stavu bylo jinou cestou dosaženo bez jeho pomoci.

---

[16] Rozsudek Van der Water C – 325/99 [citováno dne 10.11.2009] dostupný z: http://eur-lex.europa.eu

17 Týč, V. Základy evropského práva pro ekonomy. 5. Aktualizované vydání. Praha: Linde Praha a.s., 2006 s. 124

Literature:

- LÁCHOVÁ, L.: Daňové systémy v globálním světě. 1. Vydání, Praha: ASPI, 2007, s. 272, ISBN: 978-80-7357-320-1
- NERUDOVÁ, D.: Harmonizace daňových systémů zemí Evropské unie. 2. Vydání. Praha: ASPI, 2008, s. 260, ISBN: 978-80-7357-386-7
- ŠIROKÝ, J., NERUDOVÁ, D.: Význam judikátů Evropského soudního dvora v procesu koordinace a harmonizace daní v Evropské unii. In Sborník z konference „Firma a konkurenční prostředí 2008.“ Třetí část. Brno, MSD s. r. o. 2008, s. 141 – 147
- TERRA, B. J. M., WATTEL, P. J. European tax law. Fifth edition. Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2008, s. 471, ISBN 9789041127419
- TÝČ, V.: Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 3. aktualizované a doplněné vyd. Praha: LINDE PRAHA, 2002. 80-7201-478-1.
- ZÁKLADY PRÁVA ES PRO PODNIKATELE [citováno dne 10.9.2009], dostupný z : http://www.businessinfo.cz/cz/clanek/pravo-eu/zaklady-prava-es-pro-podnikatele/1000459/8835/

Contact – email

kopriva@advokacie-brno.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SYSTEMATICKÉ ZAŘAZENÍ VEŘEJNÝCH PODPOR V RÁMCI FINANČNÍHO PRÁVA

MICHAL KOZIEŁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita Brno, Česká republika

Abstract in original language
Tento příspěvek se zabývá problematikou veřejných podpor, především v souvislosti s jejich systematickým zařazením v rámci finančního práva. K pochopení dané problematiky bylo potřeba nejprve definovat pojem veřejná podpora, vysvětlit základní pojmy související s veřejnými podporami a také utřídit různé druhy veřejných podpor vyskytujících se v České republice a v Evropské unii. Veřejné podpory jsou primárně regulovány komunitárním právem. V České republice je stěžejní zákon č. 215/2004 Sb.

Key words in original language
Veřejná podpora, podpora, finanční právo, druhy veřejné podpory, zákon o veřejné podpoře.

Abstract
This contribution deals with question of public support, especially in context of their systematic classification within financial law. For better understanding it is highly desirable to define term „public support“, describe certain terms related to public support and finally classify different class of public support occur in Czech Republic. Public support are primarily regulate with communitary law. In Czech Republic is fundamental Act no. 215/2004 Sb., that regulate some ralationships in sphere of public support.

Key words
Public support; support; financial law; class of public support; Public Support Act

Úvod

V tržním hospodářství realizuje stát svou ekonomickou a společenskou úlohu především dvěma způsoby – makroekonomickými nástroji, týkajícími se všech subjektů působících na trhu, nebo prostřednictvím podpor poskytovaných v souladu s prioritami státu z veřejných prostředků. Tento příspěvek se zabývá právě posledně uvedenou oblastí realizace ekonomické a společenské úlohy státu.

Ve svém příspěvku se budu věnovat především systematickému zařazení právní regulace veřejných podpor v rámci finančního práva. Aby bylo možné zařadit právní regulaci veřejných podpor do určitého právního odvětví, je potřeba nejprve vymezit pojem „veřejná podpora“ a také určit prameny právní regulace dané problematiky. Pro lepší orientaci v daném

tématu je součástí příspěvku také několik možností třídění veřejných podpor.

Zasahování státu do hospodářství, které deformuje tržní mechanismus, je v rozporu s myšlenkou evropské integrace, protože oslabuje konkurenci na vnitrostátních trzích a zároveň i na trhu komunitárním. Ale zase na druhou stranu je stát povinen zasáhnout v případě, že tržní mechanismus selhává, např. v případě problémů souvisejících s omezováním těžby černého uhlí v Evropě.1

Ve své podstatě je tedy veřejná podpora zakázána, protože může narušit běžné konkurenční prostředí. Z tohoto zákazu však existuje nespočet výjimek, jejichž existence přispívá k rozvoji zaostávajících regionů a odvětví a ke zlepšení jejich ekonomické situace.

Definice veřejné podpory

Veřejná podpora je jedním z nástrojů, jimiž stát realizuje svou hospodářskou politiku. Stát takto intervenuje v případě, že má důležitý a dlouhodobý zájem na zachování určitého stupně prosperity daného podniku či odvětví. Veřejná podpora má oproti možnostem, které poskytuje samotný trh, výhodu v tom, že stát očekává trvalé pozitivní účinky až v dlouhodobé perspektivě, nikoliv ihned, jak je to u soukromých investorů.2

Samotnou definici veřejné podpory můžeme najít v již zrušeném Zákoně č. 59/2000 Sb., o veřejné podpoře, ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon definoval veřejnou podporu jako jakoukoliv formu podpory, včetně programů veřejné podpory, nebo výhod zvýhodňujících podnikání nebo odvětví poskytovanou Českou republikou, ministerstvem, jiným správním úřadem, orgánem samosprávy nebo poskytovanou z veřejných prostředků.3 Definici veřejné podpory, umožňující tento druh podpory odlišit od jiných druhů státní intervence, obsahuje rovněž Smlouva o založení Evropského společenství4. Smlouva o založení Evropského společenství sice používá pojem státní podpora, ale přesnější by bylo označení veřejná podpora, neboť pod pojmem stát se zde rozumí i oblast samosprávy.5 Veřejnou podporou se tedy rozumí podpora poskytovaná

---

[1] Woźniak, B. In Pietrzak, B., Polański, Z., Woźniak, B. System finansowy w Polsce, tom 2. 2. vydání. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008, s. 248.

[2] Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 5. aktualizované vydání. Praha: Linde, 2006, s. 195.

[3] § 3 písm. a) Zákona č. 59/2000 Sb., o veřejné podpoře, ve znění pozdějších předpisů.

[4] Smlouva založení Evropského společenství (konslidované znění), Úřední věstník C 325 ze dne 24. prosince 2002 (dále jen Smlouva o založení Evropského společenství).

[5] Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 455.

státem nebo ze státních prostředků v jakékoliv formě, která narušuje nebo může narušit hospodářskou soutěž tím, že zvýhodňuje určité podniky nebo určitá odvětví výroby, a ovlivňuje obchod mezi členskými státy.6

Z výše uvedených definic můžeme rozlišit hned několik charakteristických znaků veřejné podpory. Za prvé se jedná o podporu poskytnutou z veřejných prostředků. Do této kategorie spadají nejen rozpočty orgánů veřejné správy, ale také rozpočty právnických osob, které jsou pod jejich kontrolou a právnických osob pověřených redistribucí veřejných prostředků.7 Za druhé má veřejná podpora selektivní charakter pomoci, čili zvýhodňuje určité podniky nebo odvětví výroby, není tedy určena všem. Za třetí udělení veřejné podpory staví do výhodnější pozice domácí podniky, takže dochází k diskriminaci zahraničních subjektů. A konečně za čtvrté musí tato podpora narušovat nebo hrozit narušováním hospodářské soutěže.8

Pokud na tento problém budeme nazírat z pohledu komunitárního, můžeme říci, že podpory poskytované státy narušují hospodářskou soutěž také v rámci Společenství a zároveň narušují volný pohyb zboží mezi členskými státy, protože vedou ke zhoršení postavení dovozců.9

Smlouva o založení Evropských společenství uvádí v čl. 87 odst. 1 obecný zákaz poskytování podpor narušujících pravidla volného trhu. Tento zákaz však není absolutní a existují z něj tři skupiny výjimek. V první skupině najdeme výjimky, které jsou automaticky ex lege uznány za přípustné. Jedná se o podpory sociální povahy poskytované individuálním spotřebitelům za podmínky, že se poskytují bez diskriminace na základě původu výrobků, podpory určené k náhradě škod způsobených přírodními pohromami nebo jinými mimořádnými událostmi a podpory poskytované hospodářství určitých oblastí Spolkové republiky Německo postižených rozdělením Německa, pokud jsou potřebné k vyrovnání hospodářských znevýhodnění způsobených tímto rozdělením. 10 Dále pak se jedná o podpory, které odpovídají potřebám koordinace dopravy nebo stanoví navrácení výdajů za vykonání určitých plnění spojených s pojmem veřejná služba11, a podpory, které jsou náhradou přiznanou za poskytování

---

[6] Čl. 87 Smlouvy o založení Evropského společenství.

[7] Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 455.

[8] Woźniak, B. In Pietrzak, B., Polański, Z., Woźniak, B. System finansowy w Polsce, tom 2. 2. vydání. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008, s. 251.

[9] Týč, V. Základy práva Evropské unie pro ekonomy. 5. aktualizované vydání. Praha: Linde, 2006, s. 196.

[10] Čl. 87 odst. 2 Smlouvy o založení Evropského společenství.

[11] Na základě čl. 73 Smlouvy o založení Evropského společenství.

veřejných služeb podnikům pověřeným poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu12.

Druhá skupina výjimek je podmíněna souhlasem Evropské Komise, která může určitou výjimku schválit, i kdyby ta narušovala konkurenci a měla by vliv na obchod mezi členskými státy EU13. Schválená podpora však musí přinést efekty, které převyšují ztráty vzniklé v souvislosti s porušením zásad konkurence. Patří sem14:

- podpory, které mají napomáhat hospodářskému rozvoji oblastí s mimořádně nízkou životní úrovní nebo s vysokou nezaměstnaností,

- podpory, které mají napomoci uskutečnění některého významného projektu společného evropského zájmu anebo napravit vážnou poruchu v hospodářství některého členského státu,

- podpory, které mají usnadnit rozvoj určitých hospodářských činností nebo hospodářských oblastí, pokud nemění podmínky obchodu v takové míře, jež by byla v rozporu se společným zájmem,

- podpory určené na pomoc kultuře a zachování kulturního dědictví, jestliže neovlivní podmínky obchodu a hospodářské soutěže ve Společenství v míře odporující společnému zájmu,

- jiné kategorie podpor, které určí Rada na návrh Komise rozhodnutím přijatým kvalifikovanou většinou.

Do třetí skupiny pak řadíme tzv. blokové výjimky, které pokrývají určité druhy státních podpor a mají formu nařízení. Toto nařízení je pak přímo aplikovatelné ve členských státech a veřejnou podporu lze na jeho základě poskytovat bez předchozího souhlasu Evropské komise.15

Jak je možné vidět, je veřejná podpora uznávaná ex lege směřována především k předcházení negativních společensko-ekonomických jevů nebo ke zmírnění jejich následků, k náhradě určitých plnění v oblasti koordinace dopravy souvisejících s pojmem veřejné služby a k náhradě výdajů podnikům spojených s poskytováním služeb obecného hospodářského zájmu.

---

[12] Na základě čl. 86 odst. 2 Smlouvy o založení Evropského společenství, pokud splňují podmínky vyjmenované v Rozhodnutí Komise ze dne 28.11.2005 ve věci aplikace čl. 86 odst. 2 Smlouvy o založení Evropského společenství..

[13] Woźniak, B. In Pietrzak, B., Polański, Z., Woźniak, B. System finansowy w Polsce, tom 2. 2. vydání. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008, s. 256.

[14] Čl. 87 odst. 3 Smlouvy o založení Evropského společenství.

[15] Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 456.

Veřejná podpora může být poskytována buď přímo ze státního rozpočtu anebo z veřejných prostředků v širším slova smyslu.16

Prameny právní regulace

Veřejná podpora je regulována jednak komunitárním právem, a dále také právem národním. V případě komunitární úpravy se jedná především o čl. 87 až 89 Smlouvy o založení Evropského společenství.17 Kromě toho je přípustnost veřejných podpor upravena také v hlavě II (Zemědělství) a hlavě V (Doprava) Smlouvy o založení Evropského společenství. Čl. 87 odst. 1 Smlouvy o založení Evropského společenství obsahuje obecný zákaz poskytování veřejné podpory. Jak jsem již uvedl výše, nejedná se však o zákaz absolutní, neboť Smlouva o založení Evropského společenství v určitých případech připouští výjimky z tohoto pravidla.18 Článek 87 Smlouvy o založení Evropského společenství vymezuje jednak druhy podpor, které jsou slučitelné se společným trhem, dále pak druhy podpor neslučitelné s jednotným trhem, a nakonec také podpory které mohou být slučitelné ze společným trhem po splnění určitých požadavků.

Kromě Smlouvy o založení Evropského společenství je problematika veřejných podpor regulována také několika nařízeními. Mezi ty nejdůležitější patří Nařízení Rady (ES) č. 659/1999 ze dne 22. března 1999, kterým se stanoví prováděcí pravidla k článku 93 Smlouvy o založení Evropského společenství (nyní čl. 88) a Nařízení Rady (ES) č. 994/98 ze dne 7. května 1998 o aplikaci článku 92 a 93 Smlouvy o založení Evropského společenství (nyní čl. 87 a 88) na určité kategorie horizontálních státních podpor. První nařízení konkretizuje pravidla vedení jednotlivých druhů řízení o podporách a podmínky spolupráce Komise s členskými státy. Druhé nařízení reguluje možnost Komise vydat blokovou výjimku, tedy stanovit určité druhy veřejných podpor, které jsou slučitelné se společným trhem a tyto podpory tedy za určitých podmínek není třeba oznamovat Komisi.19

V českém právním řádu byla problematika veřejných podpor řešena poprvé zákonem č. 59/2000 Sb., o veřejné podpoře, ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon byl ke dni, kdy vstoupila v platnost smlouva o

---

[16] Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 143.

[17] Tamtéž, s. 143.

[18] Postuła, I., Werner, A. Pomoc publiczna. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2006, s. 26.

[19] Důvodová zpráva k zákonu č. 109/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje, zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů.

přistoupení České republiky k Evropské Unii, nahrazen zákonem č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje. Původní zákon obsahoval definici pojmu „veřejná podpora“, současná právní úprava již odkazuje na Nařízení Rady (ES) č. 659/1999.20

Zákon č. 215/2004 Sb. upravuje výkon státní správy v oblasti veřejné podpory, práva a povinností subjektů a některé další vztahy související s poskytováním veřejné podpory. Koordinačním orgánem v oblasti veřejné podpory je podle tohoto zákona Ministerstvo zemědělství nebo Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, které vykonávají v oblasti veřejné podpory činnost koordinační, poradenskou, konzultační a monitorující21.

Co se týče poskytování veřejných podpor v oblasti zemědělství a rybolovu, je zde důležité zmínit také zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů. Tento zákon však obsahoval kusou právní úpravu veřejné podpory v oblasti zemědělství a rybolovu, která nebyla dostatečná pro řešení všech právních vztahů, a nebylo možné na základě této právní úpravy efektivně plnit povinnosti vyplývající z předpisů Evropské unie. Proto zákonodárce přistoupil k vytvoření uceleného systému, který zahrnoval rovněž rozšíření zákona č. 215/2004 Sb. na oblast zemědělství a rybolovu.22

Třídění veřejných podpor

Veřejná podpora může mít různou podobu jako např. odstranění byrokratických překážek, snižování daňového břemene, zlepšení vymahatelnosti práva, zajištění ochrany zahraničních investic a vytváření mechanismů finanční podpory jednotlivých podnikatelských subjektů či celých odvětví výroby.23 Nejedná se tedy jen o poskytování peněžních prostředků žadatelům, ale i o jiné způsoby preferování daných subjektů.

Můžeme rozlišit dva základní druhy veřejné podpory. První z nich způsobuje bezprostřední pohyb peněz z veřejných rozpočtů, tedy ze státního rozpočtu a rozpočtu územních samosprávných celků, a také od subjektů,

---

[20] Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 144.

[21] Par. 2 písm. b) zákona č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje, ve znění pozdějších předpisů.

[22] Důvodová zpráva k zákonu č. 109/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje, zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů.

[23] Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 143.

které jsou financovány bezprostředně z veřejných rozpočtů. V tomto případě se jedná zejména o finanční dotace, preferenční půjčky, záruky a garance za půjčky, kapitálové investice z veřejných prostředků a další. Druhým způsobem, jak stát může podporovat vybrané subjekty je možnost prominout jim povinnost platit konkrétní dávky do veřejných rozpočtů formou daňových úlev, odložením termínu splatnosti daně atd.24

Ve většině evropských států převládá tendence k používání nástrojů z první skupiny, protože umožňují větší transparentnost, snazší kontrolu a zároveň jsou ekonomicky výnosnější.

Kromě tohoto základního členění se v rozhodovací praxi Evropské komise ustálily následující druhy veřejných podpor25:

- podpora zemědělství,

- podpora rybolovu,

- horizontální podpora,

- sektorová podpora

- a regionální podpora.

Podpora zemědělství a rybolovu je v rámci komunitárního práva regulována samostatnými pravidly odvozenými od společných politik.

Účelem horizontální podpory je řešení konkrétního problému s obecným dosahem nebo strategického charakteru. Tato podpora je směřována všem podnikům, kterých se týká daná problematika nebo které splňují uvedené podmínky bez ohledu na to, v jakém odvětví působí a kde se nacházejí (např. výzkum a vývoj, ochrana životního prostředí, rozvoj obchodu, udržování zaměstnanosti atd.). Sektorová podpora je určena pro konkrétní odvětví hospodářství. Regionální podpora je oproti tomu určena určitým oblastem státu a slouží ke zmenšení rozdílů ve společenském a hospodářském vývoji daných oblastí.

Pro zjednodušení zavedlo Generální ředitelství pro hospodářskou soutěž26 rozdělení nástrojů podpory do šesti skupin – dotace (grants), dlouhodobé vývozní úvěry za výhodných podmínek (soft loans), daňové

---

[24] Postuła, I., Werner, A. Pomoc publiczna. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2006, s. 33.

[25] Woźniak, B. In Pietrzak, B., Polański, Z., Woźniak, B. System finansowy w Polsce, tom 2. 2. vydání. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008, s. 260.

[26] Directorate General for Competition – posláním tohoto úřadu je prosazovat dodržování pravidel hospodářské soutěže vyplývajících ze smluv Evropského společenství.

úlevy (tax exemptions), kapitálové náhrady (equity participation), odklady splatnosti daně (tax deferrals) a garance a záruky (guarantees).

V praxi však Komise používá nejčastěji třídění do čtyř skupin forem poskytování veřejné podpory27:

A) Tyto podpory jsou charakteristické tím, že celá výše podpory je přenesena přímo k příjemci. Podpora může být udělena buď přímo z rozpočtu (např. dotace, exportní prémie), nebo na úkor rozpočtu (např. daňové úlevy, odložení splatnosti daně).

B) Skupina B obsahuje formy kapitálové spoluúčasti státu v obchodních společnostech.

C) Do této skupiny počítáme poskytování půjček ze strany státu s výhodnějšími podmínkami.

D) Do skupiny D patří garance a záruky.

Všechna tato třídění slouží ke zpřehlednění a zjednodušení rozmanitého systému veřejných podpor v rámci Evropského společenství.

Místo veřejných podpor v rámci finančního práva

Finanční právo reguluje společenské vztahy, které vznikají, mění se a zanikají v procesu tvorby, rozdělování, přerozdělování a používání veřejných peněžních fondů.28 Můžeme tedy směle říci, že právní regulace veřejných podpor patří do oblasti finančního práva, neboť zde stát nakládá s veřejnými prostředky a intervenuje takto tam, kde má důležitý a dlouhodobý zájem na zachování určité úrovně prosperity daného odvětví. Veřejné podpory jsou společně s veřejnými zakázkami považovány za zvláštní formy a způsoby vynakládání výdajů z veřejných rozpočtů. V případě veřejné podpory se jedná o oblast, kde je regulována ingerence veřejného sektoru do oblasti národního hospodářství.29

Abychom však byli přesnější, je potřeba říci, do kterého z pododvětví finančního práva je právní regulace veřejných podpor zařazena. Věda finančního práva řadí právní regulaci veřejných podpor do rozpočtového práva30, kterým rozumíme „souhrn právních norem, které se

---

[27] Postuła, I., Werner, A. Pomoc publiczna. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2006, s. 36.

[28] Mrkývka, P., Pařízková, I. Základy finančního práva. Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 147.

[29] Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007, s. 143.

[30] Viz např. Marková, H., Boháč, R. Rozpočtové právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2007.

zabývají chováním subjektů finančněprávních vztahů k veřejným rozpočtům, ale i jako souhrn finančněprávních norem upravujících rozpočtovou soustavu, rozpočtový proces a každoročně státní rozpočet.“31 Konkrétně se jedná o jednu z oblastí zvláštní části rozpočtového práva.

Na základě výše uvedených skutečností tedy můžeme říci, že právní regulace veřejných podpor je součástí zvláštní části rozpočtového práva, které tvoří pododvětví finančního práva.

Literature:

- Bakeš, M. a kol.: Finanční právo, 4. aktualizované vydání, Praha: C.H.Beck, 2006, 741 s., ISBN 8071794317
- Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, Praha: C.H.Beck, 2007, 248 s., ISBN 9788071795988
- Mrkývka, P. a kol.: Finanční právo a finanční správa. 1. díl, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, 404 s., ISBN 8021035781
- Mrkývka, P., Pařízková, I.: Základy finančního práva, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 252 s., ISBN 9788021045149
- Pietrzak, B., Polański, Z., Woźniak, B.: System finansowy w Polsce, tom 2, 2. vydání, Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN, 2008, 512 s., ISBN 83-01-15248-2
- Postuła, I., Werner, A.: Pomoc publiczna, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, 2006, 456 s., ISBN 8373345760
- Týč, V.: Základy práva Evropské unie pro ekonomy, 5. aktualizované vydání, Praha: Linde, 2006, 287 s., ISBN 8072016318
- Důvodová zpráva k zákonu č. 109/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje, zákon č. 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 218/2000 Sb., o

[31] Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. Brno: Masarykova univerzita Brno, 2004, s. 273.

rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů

- Smlouva založení Evropského společenství (konslidované znění), Úřední věstník C 325 ze dne 24. prosince 2002
- Zákon č. 59/2000 Sb., o veřejné podpoře, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 215/2004 Sb., o úpravě některých vztahů v oblasti veřejné podpory a o změně zákona o podpoře výzkumu a vývoje

Contact – email

m.koziel@post.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OBECNÁ ČÁST FINANČNÍHO PRÁVA Z POHLEDU NEFISKÁLNÍ ČÁSTI

LIBOR KYNCL - PETRA SCHILLEROVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem tohoto příspěvku bude vymezit obecnou část finančního práva v oblastech souvisejících s nefiskální části finančního práva. Nefiskální část finančního práva je definována jako část v rámci zvláštní části finančního práva, jejímž předmětem regulace je podstata peněz. Obecná část finančního práva je však obecnější pojem než fiskální nebo nefiskální část finančního práva, proto bude nutné provést zobecnění a rozpoznat obecné zásady a normy, které jsou společné pro fiskální, nefiskální, procesní a organizační část. Co však mají společného daňové řízení s regulací finančního trhu?

Key words in original language
Obecná část; Finanční právo; Nefiskální část; Fiskální část; Podstata peněz; Finanční trh; Generalizace.

Abstract
The aim of this paper will be to outline general part of the financial law in areas connected to non-fiscal part of financial law. Non-fiscal part of financial law is defined as a part inside special part of financial law which has the substance of money as an object of regu-|lation. However the general part is a more general concept than fiscal or non-fiscal part of financial law so it will be necessary to make ge|neralization and identify general principles and norms that are common for fiscal, non-fiscal, procedural and organizational part. But what do have tax procedure and regulation of financial market in common?

Key words
General part; Financial Law; Non-fiscal Part; Fiscal Part; Substance of money; Financial market; Generalization.

1. ÚVOD

Cílem tohoto příspěvku je vymezit obecnou část finančního práva z pohledu nefiskální části identifikované v rámci zvláštní části finančního práva. Zatímco zvláštní část finančního práva je velmi rozsáhlá a dle brněnské teorie ji dělíme na část fiskální a nefiskální, těžko se hledají paralely a společné rysy právní úpravy mezi fiskální a nefiskální částí. Přes obtížnost tohoto úkolu jsme se jakožto autorský kolektiv rozhodli pokusit se o jeho dosažení a jako základní hypotézu jsme si stanovili předpoklad, že fiskální a nefiskální část mají své společné rysy v právní úpravě, které je možno abstrahovat do obecné části finančního práva. Tuto hypotézu se budeme snažit v našem příspěvku potvrdit nebo vyvrátit.

2. FINANČNĚPRÁVNÍ VZTAHY

Právní vztahy obecně jsou společenské vztahy, které jsou upraveny právem. Vznikají na základě a v souladu s právními normami. Právní vztah je tedy společenský vztah více subjektů, které mají navzájem subjektivní práva a subjektivní povinnosti.

Obecně tedy lze na právní vztah nazírat jako na zvláštní druh společenských vztahů, jehož předpokladem vzniku a trvání je právní norma a právní skutečnost. Účastníci právních vztahů v nich vystupují jako nositelé navzájem spjatých oprávnění a právních povinností. U každého právního vztahu musí jako nezbytné prvky existovat jeho obsah, objekt a subjekty.

Pro finanční právo je charakteristické, že užívá subjektů, které byly konstituovány jinými právními odvětvími, které přebírá a přiděluje jim různá práva a povinnosti ve finančně právních vztazích. Neznamená to však, že by nekonstituovalo subjekty vlastní. Formu jednotlivých subjektů finančního práva většinou stanoví normy jiných právních odvětví, přičemž finanční právo toliko definuje obsah. Občanské a obchodní právo je tak využíváno zejména k definování pojmu fyzické a právnické osoby, když přiřazením různých atributů vznikají z těchto subjektů např. plátci či poplatnici nebo devizová místa. Definice státu a jeho jednotlivých orgánů společně s jejich zakotvením v základním zákoně našeho státu provádí právo ústavní. Správní právo finančnímu „vypomáhá" například konstituováním různých orgánů státní správy, které se za určitých okolností mohou stát orgány finančními, ale dále též především poskytnutím své teoretické základny (např. v případě vymezení právnických osob veřejného práva).

Finančněprávní vztahy jsou tedy ty společenské vztahy, které jsou regulovány normami finančního práva. Avšak ne všechny finanční vztahy jsou regulovány právem vůbec a tedy ne všechny finanční vztahy jsou regulovány finančním právem.[1] Základním předpokladem vzniku a existence finančněprávního vztahu je existence finančněprávní normy. Pokud finanční vztah není regulován finančněprávní normou, není finančněprávním vztahem. Když neexistuje finančněprávní norma, právní vztah může vzniknout, ale nejde o finančněprávní vztah. Příkladem mohou být soukromé peníze, které jsou objektem finančních vztahů a zřejmě budou regulovány soukromým právem, ale nejsou objektem finančněprávních vztahů, pokud nespadají např. do oblasti elektronických peněz.

[1] Srovnej Mrkývka, P. *Finančněprávní vztahy*. In Mrkývka, P. a kol. *Finanční právo a finanční správa (1. díl)*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. s. 100. ISBN 80-210-3578-1.

Charakteristickým rysem finančněprávních vztahů je skutečnost, že vznikají a existují v procesu právní regulace finanční činnosti státu.[2] To znamená, že vedle obecných znaků právních vztahů, jak byly popsány výše, jsou pro ně charakteristické některé zvláštnosti, vyplývající zejména z okolnosti, že finančněprávní vztahy jsou odrazem předmětu regulace finančního práva. Jako každé jiné právní vztahy jsou i finančněprávní vztahy volními, přičemž jejich volní charakter je dán jednak tím, že samotné normy finančního práva, které dané vztahy regulují, jsou výrazem vůle orgánů státní nebo veřejné samosprávné moci, a dále tím, že realizace oprávnění a splnění právních povinností v daných vztazích zpravidla předpokládá volní jednání subjektu těchto vztahů.[3]

Finančněprávní vztahy jsou širším pojmem než vztahy peněžní. Peněžní vztahy jsou ty vztahy, kdy objektem jsou peníze a dochází k toku peněz. Finanční vztahy zahrnují i ty vztahy, které se realizují v rámci finančních činností (nemusí se jednat o vztahy, které souvisí přímo s užitím peněžních fondů, ale může jít o vztahy související se správou těchto fondů, související s ekonomickým modelem). Finanční vztahy souvisí i s dohledem nad pojišťovnami, bankami, realizují se v rámci devizového práva atd.

Finančněprávní vztahy se skládají taktéž ze tří prvků, subjektu, objektu a obsahu.[4] Subjektem finančněprávních vztahů mohou být všechny subjekty finančních vztahů, vždy půjde o vztah mezi nejméně dvěma subjekty a v naprosté většině případů půjde o vztahy mezi subjekty, kdy jeden z nich je druhému nadřazen. Čili půjde o vztahy tzv. vertikální nebo alespoň o vztahy diagonální.[5] V rámci finančněprávních vztahů vždy jedním ze subjektů bude stát reprezentovaný svojí organizační složkou nebo subjekty, na které delegoval svoji pravomoc. Subjekty, na které byla delegována pravomoc státu, mohou být jak právnické osoby veřejného práva, tak ve výjimečných případech právnické osoby soukromého práva a též fyzické osoby, jako např. zaměstnanci státu, osoby ve služebním poměru. Dalším subjektem v nadřazeném postavení bude jiná veřejnoprávní korporace, která může být reprezentována organizační složkou obce, kraje, případně subjektem s delegací.

Problémem zůstává, zda mezi finančněprávní vztahy řadit finanční vztahy v rámci veřejnoprávních korporací zájmových (profesních). Mrkývka se

---

[2] Bakeš, M. et al. *Finanční právo*. 4. aktualiz. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. s. 19. ISBN: 80-7179-431-7.

[3] Průcha, P. *Správní právo, Obecná část*, 6. doplněné a aktualizované vyd. Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004. s. 135, ISBN: 80-210-3350-9 (MU), ISBN: 80-7239-157-7 (Doplněk).

[4] Mrkývka, P. *Základy teorie finančního práva* (přednášky), Brno 2006.

[5] Tamtéž.

přiklání k tomu, že finance profesních korporací jsou složkou veřejných financí a právní regulace finančních činností těchto veřejnoprávních zájmových korporací je součástí finančního práva.[6] Objektem jsou peníze, na které vzniká mocenský mimosmluvní nárok, např. Česká advokátní komora. Každý, kdo chce být zapsán v seznamu advokátů, je povinen zaplatit poplatek. Je to povinná úhrada ve prospěch veřejnoprávní korporace. Vykazuje znaky poplatku, i když není tato dávka zahrnuta do soustavy veřejných poplatků., ale je určena stavovskými předpisy a jeho výši určuje sněm ČAK na základě zmocnění v zákoně. Proto Mrkývka tvrdí, že subjektem finančněprávních vztahů jsou i profesní komory s tzv. povinným členstvím.

Další nadřazený subjekt jsou banky vystupující jako devizové místo, kdy provádí určité kontrolní činnosti ve vztahu ke klientům stanovené v devizovém zákoně a jsou ze zákona povinny neprovést operaci i v rozporu se smlouvou s klientem, pokud naznají, že byl porušen devizový předpis. To je příklad diagonálního finančního vztahu, který patří do právní regulace finančního práva v jeho nefiskální části.

Objektem právních vztahů je to, k čemu směřují vzájemná práva a povinnosti subjektů. Ve finančněprávních vztazích jsou tímto objektem peněžní prostředky nebo konkrétní peněžní plnění.

Objektem mohou být i penězi vyjádřené věci, např. tzv. devizové hodnoty s tím, že musíme zkoumat, zda objekt má co dočinění s veřejným zájmem, tj. zda právní regulace týkající se společenského vztahu je provedena za účelem ochrany veřejného zájmu. Rozhodující je to, zda se jedná o soukromé nebo veřejné peníze. Poznáme to tak, zda nějak souvisí s veřejnými peněžními fondy. Pokud se veřejný finanční fond objevuje, jedná se o veřejné peníze. Pokud není dána existence veřejného finančního fondu v rámci objektu, jedná se o soukromé peníze a nejde o regulaci finančněprávní.[7]

Obsahem finančněprávních vztahů jsou práva a povinnosti subjektů právních vztahu. Jsou to práva a povinnosti, které se vztahují k objektu. Ve finančněprávních vztazích je povinnost zaplatit, odvést a oprávnění státu či veřejnoprávní korporace vymáhat určité plnění od podřízeného subjektu, ale také právo podřízeného subjektu na určité plnění ze strany státu jako správce veřejného peněžního fondu. Není od věci uvažovat o tom, zda některé finanční vztahy mají subjekt nadřízený a podřízený, ale použít terminologii subjekt oprávněný a subjekt povinný. Např. v rámci daní, kdy oprávněným subjektem je stát, kterému vznikl nárok na daň a subjekt povinný, který je povinen daň zaplatit. Pokud vznikne daňový přeplatek

[6] Mrkývka, P. *Základy teorie finančního práva* (přednášky), Brno 2006.

[7] Mrkývka, P. *Základy teorie finančního práva* (přednášky), Brno 2006.

nebo nárok na daňový bonus a postavení se převrátí, subjektem oprávněným (k vyplacení přeplatku na dani) bude daňový subjekt a subjektem povinným bude stát.[8]

Vznik se váže na právní skutečnosti: jednání, události a stavy. Finančněprávní skutečnosti jsou zvláštním druhem právních skutečností a jsou finančněprávní normou stanoveny jako předpoklad vzniku, existence finančněprávního vztahu. Totéž platí pro události a stavy. Ne vždy musí jít o právní událost, která je upravena normami finančního práva, např. úmrtí (promítne se do občanskoprávního vztahu, trestního práva, vznik a existence finančněprávních vztahů - oblast daní, sociálního zabezpečení, finanční správy atd.). Oprávnění k některým finančním činnostem jsou nepřevoditelná na jiné osoby a úmrtím tato oprávnění zanikají, např. v devizovém právu, puncovnictví, pojišťovnictví atd. Protiprávní stavy spadají také do oblasti finančněprávních vztahů.

Bakeš zvláštní část finančního práva dělí dle základních skupin vztahů, které jsou jím upraveny:[9]

1. veřejné rozpočty a státní fondy,
2. daně, poplatky, cla, a další povinné dávky,
3. úvěr,
4. měna a peněžní oběh,
5. devizové hospodářství,
6. finanční trh.

Jak dále uvidíme, kategorizace finančního práva se s těmito základními oblastmi právních vztahů spadajících do jeho oblasti regulace zcela nekryje, neboť například úvěrové vztahy nemají svoje vlastní subodvětví finančního práva.

3. KATEGORIZACE FINANČNÍHO PRÁVA

Finančněprávní vztahy lze dále členit podle různých kritérií, nejobecněji na hmotněprávní, procesněprávní a organizační vztahy (poslední uvedené mají

[8] Mrkývka, P. *Základy teorie finančního práva* (přednášky), Brno 2006.

[9] Srovnej Bakeš, M., Kotáb, P. *Předmět a systém finančního práva*. In Bakeš, M. et al. *Finanční právo*. 4. aktualiz. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. s. 13. ISBN: 80-7179-431-7.

charakter převážně správněprávních vztahů, mají však specifický předmět regulace).[10]

Úplně jiným způsobem dělení je dělení na vztahy fiskální a nefiskální, které je vymezováno v rámci zvláštní části finančního práva.

Neznamená to však, že když je nějaké subodvětví začleněno do fiskální části, všechny vztahy regulované tímto subodvětvím jsou fiskální vztahy. Fiskální bude takový vztah, který přímo souvisí s tvorbou a užitím veřejného peněžního fondu. Nebudou sem patřit vztahy, které souvisí s tokem peněz, ale objektem je správní činnost, evidence, výkaznictví atd. Je těžké hledat čistou hranici mezi fiskální a nefiskální částí.

Věda finančního práva připouští i jiné možnosti členění finančněprávních vztahů. Využívá rozčlenění na jednotlivá subodvětví: celněprávní vztahy, daňověprávní, rozpočtové, devizověprávní, měnověprávní atd.

Fiskální část zahrnuje ta subodvětví, v rámci nichž je regulován tok peněžních prostředků.[11] Nejrozsáhlejší v rámci fiskální části je právní úprava rozpočtu a jeho příjmové stránky, tedy daní, poplatků, cel a dalších povinných dávek. Do rozpočtového práva se řadí jak normy hmotněprávní, tak procesněprávní, které upravují státní rozpočet, jeho základní principy, rozpočtová pravidla, napojení organizačních složek státu a jiných subjektů na rozpočet, rozpočtovou skladbu a klasifikaci, státní účelové fondy i rozpočty nižších složek – územně-samosprávných celků (v České republice obcí a krajů), tj. regulují soustavu veřejných peněžních fondů a principy jejich organizace. Z procesněprávního hlediska sem patří rozpočtový proces, tedy řízení týkající se sestavování, schvalování a plnění veřejných rozpočtů spolu s kontrolou těchto rozpočtů.

Do fiskální části řadíme i právo daňové a poplatkové (berní), u nichž se rovněž rozlišují hmotněprávní a procesněprávní normy. Berní právo upravuje jednotlivé daně a poplatky, vznik, zánik a obsah daňové a poplatkové povinnosti a daňové řízení. Tyto normy určují osoby zatížené daňovou a poplatkovou povinností, objekt, základ a sazbu příslušné dávky. Poslední částí vymezovanou Mrkývkou v rámci nefiskální části finančního práva je celní právo, jež je v mnohém blízké bernímu právu, přičemž reguluje nejdůležitější akcesorický příjem státního rozpočtu, clo jakožto další z povinných dávek.[12] Do fiskální části je třeba zahrnout i řadu právních

---

[10] Srovnej Mrkývka, P. *Finančněprávní vztahy*. In Mrkývka, P. a kol. *Finanční právo a finanční správa (1. díl)*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. s. 105. ISBN 80-210-3578-1.

[11] Mrkývka, P. Finanční právo v právním řádu - několik poznámek. Časopis pro právní vědu a praxi. 2002, vol. 10, no. 2. s. 148.

[12] Srovnej Mrkývka, P. *Finančněprávní vztahy*. In Mrkývka, P. a kol. *Finanční právo a finanční správa (1. díl)*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. s. 101. ISBN 80-210-3578-1.

norem souvisejících s tvorbou a užitím peněžních prostředků alokovaných a distribuovaných ve veřejných fondech.

4. KATEGORIZACE FINANČNÍHO PRÁVA – NEFISKÁLNÍ ČÁST

Naproti fiskální části primárním zájmem nefiskální části je regulováni samotné podstaty peněz a peněžního systému.[13] Jeho první součástí je měnové právo, páteř nefiskální části, které upravují peněžní oběh a měnu, a to především měnovou jednotku, emisi měny, soustavu platidel a jejich ochranu. Dále sem patří normy upravující pokladní operace, peněžní oběh, platební styk a vztah měny k jiným měnám.

Měnové právo velmi úzce souvisí s právem devizovým, které reguluje společenské vztahy, jejichž objektem jsou tzv. devizové hodnoty, tedy hodnoty v cizí měně uchovávané v podobě deviz (bezhotovostní) nebo valut (hotovostní). Zabývá se otázkami určení devizové příslušnosti osob, vymezení devizových hodnot, regulace operací na devizovém a kapitálovém trhu apod. Nutno říci, že devizové právo se za poslední dvě desítky let změnilo, co do obsahu norem devizového práva, resp. je výrazně redukován rozsah příkazů a zákazů v minulosti pro devizové právo charakteristický. Až do 90. let bylo totiž jedním z hlavních cílů respektive prostředků devizového práva bránit nabývání nemovitého majetku v České republice cizozemcům, což však bylo odstraněno ještě před vstupem České republiky do Evropského společenství. Devizové právo je historicky nazíráno jako určitá formou ochrany domácí měny.

Mezi odvozené finančněprávní instituty patří kromě výše uvedeného pojištění rovněž úvěr a finanční trh. Finančněprávní úprava úvěru se zabývá problematikou tvorby a rozdělování peněžní masy a jejích částí prostřednictvím návratné metody financování, otázkami řízení úvěrové činnosti, dalšími veřejnoprávními aspekty úvěru, zejména bankovního (např. klasifikace úvěrů, úvěrová angažovanost, státní podpora některých úvěrů). Nutno podotknout, že institut úvěru je společným pro finanční právo a obchodní právo, včetně cenných papírů i nejmodernějších instrumentů typu finančních a komoditních derivátů vázaných na úvěry. Příkladem právních předpisů, které počítají s těmito instrumenty a operacemi je např. devizový zákon či zákon o podnikání na kapitálovém trhu.

Veřejné bankovní právo tvoří soubor norem regulujících veřejnoprávní dohled nad bankami. Obdobně veřejné pojišťovnické právo reguluje veřejnoprávní dohled nad pojišťovnami a též upravuje obligatorní pojistné fondy zakládané pojišťovnami, které však nemají charakter veřejných peněžních fondů.

---

[13] Mrkývka, P. *Finanční právo v právním řádu - několik poznámek*. Časopis pro právní vědu a praxi. 2002, vol. 10, no. 2. s. 148.

Puncovní právo je nadstavbou k měnovému a devizovém právu upravujícímu veřejnoprávní ingerence do nakládání s drahými kovy v rámci trhu drahých kovů jakožto svébytné části finančního trhu, kterou stát reguluje velmi přísně již od dob královských horních regálů ve 12. století. Puncovní právo se za dlouhá staletí vyvinulo do dnešní moderní podoby, kdy je dle názorů autorů možné jej řadit do odvětví finančního práva, neboť proti klasickým administrativně-právním vztahům ve správním právu mají objekty regulace puncovního práva povahu obdobnou penězům.

5. CO KONKRÉTNĚ LZE ZOBECNIT Z NEFISKÁLNÍ ČÁSTI FINANČNÍHO PRÁVA?

Mrkývka ponechává otázku ohledně přesného obsahu obecné části finančního práva otevřenou, přičemž do ní v souladu s Grúňem a Králikem řadí všeobecné poznatky o finančním právu, jeho předmětu, normách a vztazích.[14]

V tomto příspěvku je tedy naším cílem v souladu s výše uvedenými teoretickými poznatky identifikovat další oblasti, které jsou natolik obecné, aby bylo možné je „vytknout před závorku“ jednotlivých subodvětví nefiskální části finančního práva a navrhnout je k další diskuzi nad jejich obecností.

Prvním institutem, který je obecným již od roku 2006, kdy došlo ke sjednocení dohledu nad finančním trhem s výjimkou trhu drahých kovů, je právě veřejnoprávní dohled nad finančním trhem vykonávaný Českou národní bankou. Vzhledem k současnému stavu právní regulace této oblasti se sice dle názorů autorů jedná o obecný institut, ale jeho úprava je roztříštěná do jednotlivých zákonů.[15] Dle našich aktuálních informací Ministerstvo financí v současné době připravuje kompletní inovaci právní úpravy v této oblasti a sjednocení úpravy dohledu nad finančním trhem do jednoho zákona. I po této změně by zřejmě mělo zůstat současné subsidiární použití správního řádu pro výkon dohledu nad finančním trhem. Pokud by se tak skutečně stalo a byl přijat „dohledový kodex“, máme za to, že by již nic nebránilo uznání úpravy dohledu za součást obecné části finančního práva.

Stranou výše zmíněných úvah stojí zmíněný puncovní zákon a úprava dohledu nad trhem drahých kovů, který vykonává Puncovní úřad a jako

---

[14] Srovnej Mrkývka, P. *Systém finančního práva*. In Mrkývka, P. a kol. *Finanční právo a finanční správa (1. díl)*. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. s. 58. ISBN 80-210-3578-1.

[15] Jedná se zejména o následující zákony: zákon o České národní bance, zákon o bankách, zákon o spořitelních a úvěrních družstvech, zákon o pojišťovnictví, zákon o dohledu nad kapitálovým trhem, zákon o podnikání na kapitálovém trhu, zákon o komoditních burzách, zákon o kolektivním investování, zákon o penzijním připojištění se státním příspěvkem, zákon o finančních konglomerátech, zákon o platebním styku.

druhoinstanční orgán Ministerstvo průmyslu a obchodu. Na specifičnosti této oblasti se zřejmě nic nezmění a tedy dohled nad ní by nemohl ani nadále vycházet z obecné části v oblasti dohledu.

Další samostatnou úpravou, kterou nelze zahrnout do obecného institutu dohledu, je shromažďování informací v rámci boje proti legalizaci výnosů trestné činnosti Ministerstvem financí v režimu zákona o některých opatřeních proti legalizaci výnosů z trestné činnosti a financování terorismu. Ministerstvo používá při tomto shromažďování a vyhodnocování informací jiné postupy než Česká národní banka jako dohledový orgán.

Dalším možným kandidátem na obecný institut v rámci finančního práva je úprava finančních institucí a úvěrových institucí. Odlišení těchto dvou skupin od sebe navzájem je velmi komplexní otázkou, základním vodítkem je směrnice 2006/48/ES o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu, která definuje finanční instituci jako podnik jiný než úvěrová instituce, jehož hlavní činností je nabývání účastí nebo výkon jedné nebo více finančních činností[16] a úvěrovou instituci jako podnik, jehož činnost spočívá v přijímání vkladů nebo jiných splatných peněžních prostředků od veřejnosti a poskytování úvěrů na vlastní účet nebo instituci elektronických peněz. Finanční instituce a úvěrové instituce jakožto subjekty figurující v rámci všech subodvětví nefiskální části finančního práva zahrnují mnoho různých subjektů, mimo jiné banky, obchodníky s cennými papíry, instituce elektronických peněz, platební systémy a vypořádací systémy. Je otázkou pro každou členskou zemi, jak implementuje do svého národního právního řádu úpravu této směrnice. Proto je dle našeho názoru důležitou obecnou otázkou, které subjekty jsou jak vnímány z hlediska jejich teoretické klasifikace a tedy některé části úpravy finančních institucí a úvěrových institucí vykazují znaky obecné části finančního práva.

Poslední a nikoli nejméně důležitou obecnou otázkou, kterou jsme identifikovali v nefiskální části finančního práva je obecná teorie týkající se peněz. Peníze jako objekt finančních vztahů jsou obecným institutem, jehož význam daleko přesahuje hranice finančního práva a který ingeruje víceméně do všech odvětví práva snad s výjimkou některých částí práva rodinného. Protože peníze vedle peněz klasických, tedy bankovek, státovek a mincí, zahrnují i peníze elektronické, peníze bankovní a samostatně stojící velmi zajímavý institut peněz virtuálních jakožto peněz postavených na úplně odlišných základech, jedná se o oblast natolik svébytnou, že dle našeho názoru by měla být jedním z pilířů obecné části finančního práva.

[16] Srovnej čl. 4 odst. 5 směrnice 2006/48/ES o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu, v aktuálním znění.

6. ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku bylo vymezit v rámci obecné části finančního práva oblast, která je obecná jak pro fiskální část, tak i pro nefiskální část v rámci zvláštní části finančního práva, a potvrdit nebo vyvrátit hypotézu, že tato obecná část finančního práva pro nefiskální část existuje. Dle našeho názoru se nám tohoto cíle povedlo dosáhnout a hypotézu jsme potvrdili, neboť jsme jako instituty obecné části pro nefiskální část finančního práva nad rámec v současnosti uznávaných vymezili obecné principy fungování veřejnoprávního dohledu nad všemi částmi finančního trhu, společné rysy nefiskální úpravy finančních institucí a obecnou teorii týkající se peněz jakožto objektu financí, tedy právních vztahů týkajících se peněz.

Literature:

- Mrkývka, P. et al. Finanční právo a finanční správa (1. díl). Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2004. 404 s. ISBN 80-210-3578-1.
- Bakeš, M. et al. Finanční právo. 4. aktualiz. vyd. Praha: C. H. BECK, 2006. 741 s. ISBN 80-7179-431-7.
- Průcha, P. Správní právo, Obecná část. 6. doplněné a aktualizované vyd.. Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004. 418 s. ISBN 80-210-3350-9.
- Mrkývka, P. Finanční právo v právním řádu - několik poznámek. Časopis pro právní vědu a praxi. 2002, vol. 10, no. 2. s. 144 - 152.
- Mrkývka, P. Základy teorie finančního práva (přednášky), Brno 2006.

Contact – email
Libor.Kyncl@gmail.com - PetraSchillerova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OBSZARY KONFLIKTÓW W SYSTEMIE FINANSOWYM

KRYSTYNA PIOTROWSKA – MARCZAK

JAROSŁAW MARCZAK

TOMASZ URYSZEK

Katedra Finansów Publicznych, Instytut Finansów, Bankowości i Ubezpieczeń, Uniwersytet Łódzki, Polsko

Abstract in original language
Występowanie konfliktów rodzi się na gruncie niezaspokojonych interesów. Specyfika pieniądza i jego cechy powodują, że system finansowy jest niespójny. To prowadzi do sprzeczności, a te z kolei, wywołują konflikty, które występują w wielu obszarach. W artykule rozważa się takie obszary konfliktów, które zachodzą między: (1) sektorem publicznym i prywatnym, (2) społecznymi i gospodarczymi funkcjami państwa, (3) preferowanymi kierunkami wydatków budżetowych, (4) między rządem i parlamentem, (5) między rządem a samorządem terytorialnym, (6) między poszczególnymi regionami danego państwa, (7) standardami krajowymi i międzynarodowymi określającymi rozwój społeczno-gospodarczy.

Key words in original language
Finanse; finanse publiczne; konflikty interesów; Hiszpania vs. Katalonia; deficyt; dług publiczny; Government Finance Statistics; Europejski System Rachunków Narodowych i Regionalnych.

Abstract
Conflicts arise when parties' interests have not been satisfied. The special character of money and its characteristics cause inconsistencies in a financial system. This leads to disagreements that produce conflicts in many areas. The article discusses conflict areas occurring between: (1) The public sector and the private sector, (2) The social and economic functions of the state, (3) The preferred directions of budget expenditures, (4) The government and the Parliament, (5) The national government and local or regional governments, (6) Particular regions of the state, (7) National and international standards defining socio-economic development.

Key words
Finance; public finance; conflicts of interests; Spain vs. Catalonia; deficit; public debt; Government Finance Statistics; European System of Accounts.

Miarą wagi, jaką przypisuje się zjawiskom przybierającym postać konfliktu, jest powstanie teorii konfliktu, która wyrosła na gruncie przeciwstawienia się funkcjonalizmowi. Historycznie rzecz biorąc, ważną rolę w tworzeniu

podwalin teorii konfliktu mieli: K. Marks, M. Weber i G. Simmel, a współcześnie L. Coser.

Źródłem procesów konfliktowych, wg K. Marksa, są:

- nierówny podział dóbr,
- wzrost świadomości zbiorowej,
- kwestionowanie nierówności podziału dóbr, powstanie ideologii[1].

Z kolei w teorii M. Webera wskazuje się, że przyczyna konfliktów jest:

- istnienie zbiorowości nadrzędnych i podporządkowanych,
- pojawienie się charyzmatycznych przywódców,
- wprowadzanie systemu reguł i władzy administracyjnej, poczucie zagrożenia,
- spadek prestiżu władzy politycznej[2].

Inne podejście do istoty konfliktów prezentuje G. Simmel[3]. Wskazuje on cechy charakteryzujące układy skonfliktowane. Ma to miejsce kiedy:

- zbiorowości pozostająca w konflikcie cechuje emocjonalizm i solidarność,
- następuje rozszerzenie konfliktu poza interesy indywidualne,
- istnieje potrzeba tworzenia koalicji,
- ma miejsce eliminacja doraźnych celów.
- Współcześnie, jak twierdzi L. Coser, konflikt powstaje kiedy:
- cele założone nie są możliwe do osiągnięcia,

[1] J.H. Turner, Struktura teorii socjologicznych. WN PWN, Warszawa 2004, s. 179, 181, 183, 185, 198.

[2] Tamże s. 181, 183.

[3] Tamże s. 185.

- brak jest instytucjonalnych systemów łagodzenia konfliktu,
- podłożem konfliktu są wartości podstawowe – wtedy trwa on w czasie[4].

Model przyczyn konfliktu przedstawił J. Turner[5]. Jego elementy tworzy:

1. taki system społeczny, który cechuje uzależnienie poszczególnych jego części (segmentów),
2. nierówny podział wartościowych i rzadkich zasobów,
3. układ wycofujących się z poparcia władzy poszkodowanych w podziale,
4. świadomość interesów obiektywnych,
5. pobudzenie emocjonalne pokrzywdzonych,
6. występowanie frustracji,
7. zaangażowanie emocjonalne pokrzywdzonych,
8. podjęcie prób zorganizowania się pokrzywdzonych.
9. otwarty konflikt,[6]

W warunkach wystąpienia konfliktu społecznego nieunikniony jest refleks tego zjawiska na gospodarkę. To powoduje trudności w realizacji przyjętej przez władzę polityki gospodarczej.

W warunkach wystąpienia konfliktu społecznego nieunikniony jest refleks tego zjawiska na gospodarkę. To powoduje trudności w realizacji przyjętej przez władzę polityki gospodarczej.

W literaturze przyjmuje się, że skuteczność polityki gospodarczej państwa zależy od

- możliwości produkcyjnych gospodarki, na co wpływa:
- poziom technologii,
- poziom zasobów naturalnych,

[4] Tamże s. 198.

[5] Tamże s. 209.

[6] Tamże s. 209.

- wielkość populacji,
- efektywność organizacji pracy.
- Stabilność państwa i jego władzy zależy od:
- poziomu dobrobytu społeczeństwa,
- zdolności do „wychodzenia" z kryzysów[7].

Jak wynika z przedstawionego przeglądu, występowanie konfliktów rodzi się na gruncie niezaspokojonych interesów. To zjawisko przyczynia się do powstania grup interesów, których w znacznej części przedsięwzięciem jest walka o taką legislację, aby zabezpieczone były ich cele[8]. M. Gross grupy interesów dzieli na: prywatne organizacje, partie polityczne i organizacje rządowe.[9]

Wydaje się, że ten podział jest niewystarczający, chociażby dlatego, że nie wyczerpuje wszystkich instytucji, choćby takich jak np. związki zawodowe, fundacje czy stowarzyszenia, a także pomija grupy nieformalne, które nie mają instytucjonalnej postaci.

Niezależnie jednak od katalogu rodzajów grup nacisku ważna jest ich rola w procesach, które postępują po konfliktowej drodze. Historycznie rzecz biorąc, szczególną postać przybrały konflikty gdy pojawił się pieniądz. "Kiedy podstawowym środkiem ustalania wartości staje się pieniądz, właściwości i dynamika stosunków społecznych ulegają zmianom. Proces zastępowania innych kryteriów wartościowań, takich jak logiczne, etyczne, estetyczne, przez kryterium monetarne to właściwie długofalowa tendencja ewolucyjna społeczeństw (…) pieniądz powstał po to, aby ułatwić wymianę i jeszcze pełniej zaspokoić podstawowe potrzeby człowieka. Jednakże raz ustanowiony, pieniądz ma moc przekształcenia stosunków społecznych".[10] W pełni należy się zgodzić z powyżej cytowanym rozważaniem.

Specyfika pieniądza, jego cechy i właściwości powodują, że system finansowy jest najczęściej niespójny. Brak spójności spowodowany jest występowaniem konfliktów interesów, które prowadzą do legislacyjnych rozwiązań względem siebie sprzecznych.

---

[7] Tamże s. 219.

[8] S. Ehrlich, Władza i interesy, studium struktury politycznej kapitalizmu, WN PWN Warszawa 1967, s. 52.

[9] M. Gross the Legislative Struggle (Study in Social Combat), New York 1953, s. 17.

[10] J. Turner, Struktura… op. cit. s. 299 – 300.

Obszary konfliktów w systemie finansowym mogą mieć różną genezę, dotyczyć różnego zakresu finansów i różnych szczebli, a także powodować różne skutki. Zanim zostanie przeprowadzony wywód dotyczący jednego, szczególnego konfliktu w obszarze finansów publicznych, trzeba wyraźnie podkreślić, że finanse nie mogą być narzędziem walki politycznej, bo to jest szkodliwe dla wszystkich: uczestników tej walki, gospodarki i społeczeństwa. Niestety, ale należy to traktować jako postulat, a nie jako kanon bezwzględnie obowiązujący. Biorąc pod uwagę, że władzę sprawuje konkretne ugrupowanie polityczne, wyznające konkretne dogmaty ekonomiczne, to nietrudno sobie wyobrazić, żeby ten fakt pozostawał obojętny dla sfery finansów. Etap tworzenia prawa finansowego czy też nowych regulacji, albo ich zmian oraz stosowania doskonale nadaje się do wykorzystania jako narzędzia politycznego. Można w tym przypadku nawet pominąć kwestie patologiczne (przestępczość, korupcje, lobbing). Wystarczy podporządkować rozwiązania prawne regulujące finanse wizji jednej grupy politycznej. Zmiana władzy powoduje zatem zmianę zasad prowadzenia gospodarki finansowej, co z kolei nie sprzyja spokojnemu prowadzeniu działalności gospodarczej różnych podmiotów, bo jest efektem niestabilności systemu. Oczywiście taka sytuacja nie musi występować wszędzie i nie występuje, ale tam gdzie jest, przynosi duże szkody.

Finanse i system finansowy są bardzo obszerne, zatem ognisk zapalnych i konfliktogennych jest bardzo dużo. I choć mogą być one niezbyt istotne samodzielnie je rozpatrując, to w jakimś zestawie mogą stanowić mieszankę wybuchową. Obszarem szczególnie istotnym z punktu widzenia prowadzonych rozważań są finanse publiczne. Ta szczególność wynika z faktu, że są to finanse związków publicznoprawnych, przede wszystkim państwa i samorządu terytorialnego, i z tego powodu są bardzo narażone na różnego rodzaju manipulacje polityczne i podlegają takim manipulacjom. Jeżeli rozpatrywać publiczną gospodarkę finansową jako gromadzenie dochodów publicznych z jednej strony, a wydatkowanie tych dochodów z drugiej strony, to możliwości oddziaływania politycznego są wielkie w jednym i drugim przypadku. W pierwszym przypadku jest to kształtowanie instrumentów dochodowych – podatków i innych danin, różnego rodzaju transferów, możliwości prowadzenia polityki zadłużenia, a w drugim przypadku ustalanie priorytetów wydatkowych oraz mechanizmów i narzędzi finansowania tych wydatków. Łatwość ulegania pokusie wynika stąd, że rząd jest wyłoniony w drodze demokratycznych wyborów, a więc ma legitymację formalną do sprawowania władzy a poza tym posiada odpowiednią większość w parlamencie, aby przekształcać zgodnie ze swoimi wizjami przepisy regulujące publiczną gospodarkę finansową tak od strony dochodów, jak i od strony wydatków.

Stąd można wyodrębnić obszary na polu których sprzeczności te występują.

Aby lepiej wyjaśnić istotę rozważań, przedstawione zostanie kilka głównych obszarów wywołujących konflikty interesów, a następnie, dla lepszej ilustracji, zostanie to poparte przykładami. Z istoty swojej obszary konfliktu zachodzą między:

- sektorem publicznym i prywatnym,
- gospodarczymi i społecznymi funkcjami państwa.
- preferowanymi kierunkami wydatków budżetowych,
- rządem i parlamentem,
- poszczególnymi regionami danego państwa,
- standardami krajowymi i międzynarodowymi określającymi poziom rozwoju społeczno – gospodarczego.

Warto przyjrzeć się poszczególnym obszarom.

Konflikty miedzy sektorem publicznym i prywatnym, sprowadzają się do odpowiedzi na pytanie: jak wiele ma być państwa w gospodarce. Wzajemny układ wymienianych dwóch sektorów można zilustrować na przykładzie Polski, odwołując się do zjawiska deficytu budżetowego i źródeł jego finansowania oraz instytucji partnerstwa publicznoprywatnego.

1. Deficyt budżetowy, który zaplanowano na 2009 r. wynosił 27,2 mld zł, a przewiduje się go zwiększyć do 52 mld zł w 2010 r., którego wysokość może się jeszcze zmienić w zależności od wahań kursu złotego.
2. Dokonano zabiegów zmniejszających zakres budżetu np. przenosząc 10 mld zł z budżetu do Krajowego Funduszu Drogowego.
3. Komisja Europejska szacuje polski deficyt w 2009 r. na poziomie 6,6% PKB, a w 2010 7,3% PKB.

Należy przypomnieć, ze zalecany deficyt powinien być najwyżej na poziomie 3%.

4. Przewiduje się, aby głównym źródłem pokrycia deficytu była prywatyzacja. McKenzie określa to mianem „pędu do prywatyzacji". Planuje się, aby wpływy z tego tytułu wynosiły 36,7 mld zł. Obejmuje to 350 projektów, a najważniejszą rolę w tym programie odgrywa sprzedaż akcji w sektorze energetycznym.

Zapomina się jednak: czego nie można osiągnąć dzięki prywatyzacji?

- Nie przezwycięży się zadłużenia powstałego w wyniku deficytu budżetowego,
- Nie zwiększy się bowiem prywatnych kapitałów, które mogłyby zwiększyć produkcję,

- Nie zmniejszy się zobowiązań socjalnych rządu.

W grudniu 2008 r. uchwalono w Polsce ustawę o Partnerstwie Publicznoprywatnym (PPP)[11]. W przepisach tych nie narzucono katalogu przedsięwzięć, które można realizować w formule PPP.

W Planie Stabilności i Rozwoju z 30.11.2008 r. rząd przyjmuje, że wystarczy, aby obie strony określiły wynagrodzenie zależne od wyników pracy partnera prywatnego a strony podziela się zyskiem.

Na mocy wskazanego przepisu ustala się, że podmiotami w konkretnych przedsięwzięciach będą jednostki sektora publicznego i przedsiębiorstwa krajowe lub zagraniczne.

Na tle wskazanej powyżej instytucji pojawia się problem konfrontacji sektora publicznego i prywatnego. Warto tu jednak wskazać jakie jest ryzyko przedsięwzięć realizowanych w ramach PPP.

W literaturze wymienia się:[12]

1. ryzyko polityczne (brak aprobaty społecznej),
2. ryzyko techniczne (jakość wykonania, terminowość),
3. ryzyko ekonomiczne (niskie dochody),
4. ryzyko finansowe (zmiany kursu)
5. ryzyko społeczne (utrata miejsca pracy w sektorze publicznym),
6. ryzyko gospodarności (ograniczone możliwości oszczędności kosztów),
7. ryzyko środków (dotyczy środków publicznych).

Przedstawiony przykład wskazuje, że może wystąpić konflikt polegający na potrzebie włączenia się sektora prywatnego do realizacji zadań publicznych i obawach sektora publicznego z tego wynikających.

Drugi obszar konfliktów może wyrastać na gruncie wizji państwa i jego funkcji. W klasycznej ekonomii A. Smith'a i D. Ricardo rola państwa jest zredukowana do niezbędnego minimum, co daje preferencje dla przedsiębiorczości. Z kolei w koncepcjach J. M. Keynes'a interwencję państwa w gospodarkę uważa się za konieczność. Inne elementy występują w doktrynie M. Friedmana, który postuluje ograniczenie roli rządu.

---

[11] Dz. U. nr 180 poz. 1112 z 2008 r.

[12] J. Zysnarski, partnerstwo publiczno – prywatne. ODDK, Gdańsk, s. 13 – 14.

W każdym z wymienionych przykładowo koncepcji inny jest model państwa i jego funkcji.

Przyjmując, że podstawowymi funkcjami państwa są: gospodarcza, społeczna i polityczna. Na tym tle pojawiają się sprzeczności, gdyż każda z nich wymaga zaangażowania środków publicznych, a wybór preferowanych kierunków jest często kontrowersyjny. Sprzeczności na tym gruncie powstałe wynikają „(…) m.in. z faktu, że dotychczasowa teoria i praktyka polityki ekonomicznej nie potrafiły wypracować takich narzędzi i metod, które pozwoliłyby realizować wszystkie (…) cele równocześnie”[13].

W Polsce omówione wyżej sprzeczności i powstałe na ich tle konflikty znajdują wyraz w postaci dopłat z budżetu państwa do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych (FUS) i Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego (KRUS), które przekraczają 21% PKB.

W lipcu 2009 r. zrealizowano 66% dotacji dla FUS, natomiast w lipcu 2008 r. było to tylko 44%. Dotacja na FUS w 2009 r. to: 37,9 mld zł a na KRUS 15,4 mld. zł. Tak się dzieje w skutek spadku liczby legalnie zatrudnionych.

Następna płaszczyzna konfliktów wiąże się z poprzednią i dotyczy preferowanych kierunków wydatków budżetowych. W sytuacji występowania deficytu budżetowego nabiera to szczególnego znaczenia. W warunkach Polski w 2009 r. nastąpiło:

1. Ograniczenie kwoty ogółem wydatków z 321,2 mld zł do 300 mld zł.

2. Ograniczenie wydatków miało charakter selektywny i dotyczyło: oświaty i wychowania, ochrony zdrowia, pomocy społecznej, kultury fizycznej i sportu.

3. Zmniejszenie wydatków ze środków publicznych nie odpowiadało tendencjom mających miejsce w UE, ani nie przyczyniło się do ograniczenia dysproporcji poziomu życia.

Kolejna płaszczyzna, znajdująca odzwierciedlenie w systemie finansowym, leży na linii: rząd – parlament.

Przejawia się to w sytuacjach podejmowania decyzji legislacyjnych. Opozycja i grupy nacisku wywierają wpływ na ostateczny kształt aktów prawnych, których postać ostateczna może być sprzeczna z polityką rządu.

W systemach demokratycznych władza publiczna jest na ogół podzielona między rząd (centralna władza publiczna) i samorząd terytorialny co najmniej dwu, a najczęściej trójszczeblowy. Wybory wyłaniające w efekcie nowy rząd i samorządowe rządzą się swoimi prawami. Nie zawsze są

[13] K. Markowski, Rola państwa w gospodarce rynkowej, PWE, Warszawa 1992, s. 41.

paralelne, albo to zjawisko nie jest zawsze powszechne. Odmienne opcje polityczne na poziomie centralnym i samorządowe stanowią duże prawdopodobieństwo pojawiania się konfliktów, które będą miały charakter finansowy. Nie tylko, ale finansowe trudności są bardzo bolesne i mogą przyczyniać się do trudności w normalnym działu władzy samorządowej. Właśnie ten obszar wydaje się interesujący jako przykład konfliktu na tle finansowym między państwem a samorządem terytorialnym różnych szczebli. Jako przykład posłuży Hiszpania, określana mianem państwa autonomii, właśnie od bardzo szerokiego zakresu autonomii regionów – wspólnot autonomicznych.

Podstawową jednostką samorządu terytorialnego w Hiszpanii jest gmina. Jednakże, z punktu widzenia rozwiązań i praktyki, miejsce to należy regionom, czyli wspólnotom autonomicznym. Ma to swoje historyczne i polityczne uzasadnienie, którego nie ma potrzeby rozwijać osobno, a, co najwyżej, w odpowiednim momencie rozważań zasygnalizować. Hiszpańskie regiony są bardzo zróżnicowane. Dotyczy to wielu obszarów porównań: zajmowanej powierzchni, liczby mieszkańców, ilości prowincji (są regiony będące równocześnie prowincjami[14]), zasad gospodarki finansowej (wyróżnia się zasady wspólne – común i uprzywilejowane - foral[15]), kultury, historii, języka, kwestii narodowościowych i, wreszcie, co najważniejsze, sytuacji ekonomicznej. Poszczególne regiony charakteryzują się dużym zróżnicowaniem pod względem rozwoju gospodarczego, PKB na 1 mieszkańca, potencjałem ekonomicznym. Sam fakt zróżnicowania nie jest niczym szczególnym w świecie, a także w Europie, to jednak biorąc pod uwagę dodatkowe aspekty, wcześniej wymienione, ma to istotne znaczenie. Hiszpania zaczęła budować swoje struktury demokratyczne dopiero w końcu lat siedemdziesiątych. Ich fundamentem stała się konstytucja uchwalona w końcu 1978 roku. Na jej mocy nadano regionom bardzo silną pozycję, co przyczyniło się do utrzymania integralności państwa, ale nie wyeliminowało rozbieżności jakie istniały wcześniej. Silna pozycja regionów – wspólnot autonomicznych polegała na ich autonomii, od 1981 roku pogłębianej i rozszerzanej. Stwarzało to duże szanse dla rozwoju każdego regionu według jego możliwości i potrzeb. W praktyce jednak pojawiły się pewne problemy wynikające także z regulacji carta magna. Zawiera ona postanowienia o równości wszystkich Hiszpanów bez względu na zamieszkanie wobec prawa oraz o zasadzie solidarności wszystkich Hiszpanów i regionów. Tym samym przyjęto założenie, że należy dążyć do wyrównywania różnic jakie istniały w państwie. Wymagało to stworzenia funduszu dochodów wyrównawczych. Ale taki fundusz musi posiadać swoje źródła finansowania. I w tym momencie rodzi się sytuacja konfliktowa. Fundusz tworzy państwo, ale z dochodów wypracowywanych

[14] Jest sześć takich wspólnot autonomicznych: Asturia, Kantabria, Madryt, Murcja, Nawarra, Rioja.

[15] Na zasadach *foral* jest oparty system finansowania Nawarry i Kraju Basków.

głównie przez najbogatsze regiony. Do najbogatszych regionów należą przede wszystkim Katalonia i Kraj Basków, które są zróżnicowane także narodowościowo i uważają, że to ich obciąża finansowanie wyrównywania różnic między najbogatszymi (czyli de facto nimi) a najsłabiej rozwiniętymi regionami. Te najsłabiej rozwinięte regiony to przede wszystkim Andaluzja (najludniejszy region w Hiszpanii) oraz Estremadura. Z tych regionów także rekrutowało się bardzo dużo imigrantów, zwłaszcza do Katalonii. Z tego też względu podejmowane są różne działania, trzeba przyznać dyplomatyczne i poprawne politycznie, mające odwrócić tę sytuację Katalonii, najlepiej przez jej usamodzielnienie się polityczne od Hiszpanii. Zwolennicy zmian uważają, że obowiązujący model autonomii nie jest wystarczający, bowiem Katalonia więcej wnosi do wspólnego budżetu niż sama otrzymuje, a w wielu przypadkach (np. autostrad) jest traktowana dyskryminująco wobec pozostałych regionów. Niewątpliwie takie stanowisko zawiera wiele prawdy, ale nie wyłącznie. Działanie w ramach państwa hiszpańskiego przynosi wiele korzyści. Katalońskie podmioty gospodarcze traktowane są tak samo jak z pozostałych regionów. Odrębna państwowość Katalonii mogłaby wiele tych przedsiębiorstw unicestwić, bowiem mogłyby mieć duże trudności konkurowania na rynku hiszpańskim z przedsiębiorstwami nie tylko hiszpańskimi, czy europejskimi, ale przede wszystkim z przekonaniem hiszpańskich konsumentów, którzy, w ramach solidarności plemiennej, mogliby bojkotować towary katalońskie. Np. w Katalonii działa bardzo wiele wydawnictw o zasięgu ogólnokrajowym, wydających książki w języku hiszpańskim. W przypadku odłączenia się Katalonii, publikowanie tam, nawet przyjmując obecny stan (Unia Europejska i jednolity rynek gospodarczy), trudno byłoby uznać za sensowne.

Wyrazem prezentowanych wyżej postaw Katalończyków jest publikacja Úrsuli de Serrallonga pt.: Deficyt fiskalny Katalonii z Hiszpanią. Analiza informacyjna.[16] Autorka dowodzi, że Katalonia więcej wnosi pieniędzy niż otrzymuje w formie usług i inwestycji, co jest, jej zdaniem deficytem fiskalnym. We wstępie do tej publikacji edytor zwraca uwagę na fakt, że władze – rząd hiszpański (potocznie określa się je nazwą stolicy Hiszpanii, czyli Madryt) świadomie nie publikują balansów wspólnot autonomicznych, bo jest to skomplikowane i nie wnosi nic nowego. Rzeczywistość jest bardziej skomplikowana. Żądania Katalończyków, z ich punktu widzenia słuszne, zrealizowane mogą przyczynić się do powstania większych problemów, niż występują obecnie. Także mogą odbić się negatywnie na gospodarce finansowej Katalonii, np. poprzez wzrost wydatków publicznych, które są, obecnie, współfinansowanie przez wszystkie wspólnoty (np. służby dyplomatyczne, armia i wiele innych służb, które są w wyłącznej kompetencji państwa).

[16] Úrsula de Serrallonga, El Déficit Fiscal de Cataluña con España. Una análisis divulgativo, Ómnium Cultural, Barcelona 1999, versión castellana 2000.

Innym przykładem przyczyniającym się do powstawania konfliktów na tle finansowym, przede wszystkim w wymiarze międzynarodowym, są, często, zasadnicze różnice w opisach różnych zjawisk gospodarczych, zwłaszcza finansowych, wynikających z przesłanek historycznych.

Kwestie sporne, powodujące konflikty interesów w obszarze krajowych i międzynarodowych standardów określających sytuację społeczną, gospodarczą i finansową krajów powodowane są różnorodną interpretacją zjawisk, procesów a nawet wskaźników ekonomicznych, uznawanych ogólnie za ujednolicone i zdefiniowane. Dobrą ilustracją takiej sytuacji są metody ustalania wielkości deficytów i zadłużenia publicznego na szczeblu krajowym i ponadnarodowym.

Obok unikalnych rozwiązań poszczególnych krajów, we współczesnych finansach wykształciły się międzynarodowe standardy dotyczące obliczeń deficytu i długu. Obecnie dominują dwa podejścia. Pierwsze, zwane metodą GFS, zgodne jest z koncepcją Międzynarodowego Funduszu Walutowego. Drugie – nazywane metodą brukselską – wykorzystywane jest przez kraje Unii Europejskiej. Metody te dotyczą całego sektora finansów publicznych (SFP), jednak są wobec siebie różne. Ich wykorzystanie w konkretnym kraju w tym samym czasie daje różne wyniki. Obliczając wysokość deficytu lub długu metodą specyficzną dla danego kraju, najprawdopodobniej otrzyma się trzeci, jeszcze inny wynik. Jako przykład posłużyć mogą porównania międzynarodowych metod obliczeń wartości deficytu i długu sektora finansów publicznych z metodologią stosowaną w Polsce.

Metoda GFS została opracowana w 1986 roku. Jej nazwa jest skrótem od A Manual on Government Finance Statistics – dokumentu wydanego przez MFW w 1986 roku[17]. Dokument ten został następnie zaktualizowany i uszczegółowiony w 2001 roku[18]. Definiuje on zasady przygotowania i prezentacji statystyki budżetowej w celu umożliwienia porównywalności danych między poszczególnymi krajami. Zawarte są w nim sposoby klasyfikacji dochodów i wydatków publicznych oraz metoda mierzenia deficytu. Należy podkreślić, że deficyt rozumiany jest jako niedobór całego sektora finansów publicznych (tzw. general government). W skład tego sektora wchodzą: budżet państwa, budżety jednostek samorządu terytorialnego (szczebla regionalnego i lokalnego), sektora ubezpieczeń społecznych oraz instytucje finansowane i kontrolowane przez ograny władzy państwowej lub samorządowej[19]. Jednocześnie z sektora tego wyłączone są, z pewnymi wyjątkami, podmioty gospodarcze (np. banki lub

[17] A Manual on Government Finance Statistics, IMF, Washington 1986.

[18] Government Finance Statistics Manual, IMF, Washington 2001.

[19] Por.: tamże, s. 10 – 14.

przedsiębiorstwa) będące własnością publiczną[20]. Dochodami sektora finansów publicznych, zgodnie z metodą GFS, są wpływy z podatków, składek na ubezpieczenie społeczne a także dotacje oraz tzw. pozostałe dochody, do których zalicza się m.in. otrzymane dywidendy, dochody z majątku, darowizny na rzecz budżetu centralnego lub budżetów lokalnych, itd.[21] Kategorię dochodów można zdefiniować jako „dochody i dotacje otrzymane", czyli: wszystkie ekwiwalentne i nieekwiwalentne bezzwrotne przychody, zarówno bieżące jak i kapitałowe[22]. Wydatki to z kolei przede wszystkim płace dla pracowników sektora publicznego, udzielone dotacje i subwencje, pożyczki netto, płatności odsetek, oraz inne wydatki[23] (czyli, de facto, wszystkie ekwiwalentne i nieekwiwalentne, bieżące i kapitałowe rozchody sektora finansów publicznych)[24]. Wyrażenie „pożyczki netto" oznacza różnicę między udzielonymi pożyczkami a dokonanymi już spłatami z tego tytułu. Ponadto, w skład tej wielkości wchodzą transakcje akcjami i udziałami kapitałowymi w podmiotach gospodarczych. Co ciekawe, w tej pozycji księguje się również wpływy z prywatyzacji majątku publicznego (ze znakiem minus). Wielkość ta wpływa na zmniejszanie się (lub nawet na ujemną wartość) całej pozycji „pożyczki netto"[25].

Sposób obliczania deficytu zgodnie z metodą GFS jest podobny do metody wykorzystywanej w Polsce[26]. Oba sposoby wykorzystują zasadę kasową. Nie uwzględniają w rachunku należności i zobowiązań, a jako dochody i wydatki rejestrują jedynie te wielkości, które są powiązane z rzeczywistym ruchem środków pieniężnych. Różnicą między obiema metodami jest sposób ujmowania wpływów z prywatyzacji. W metodzie GFS wpływy te pomniejszają rzeczywistą wielkość deficytu. Zgodnie z polskimi normami prawnymi wpływy z prywatyzacji od 1998 roku są wyłączone z rachunku budżetu państwa (nie są jego dochodami) i stanowią źródło finansowania deficytu.

---

[20] Szerzej: A. Wernik, Niektóre problemy obliczeniowe i interpretacyjne deficytów budżetowych, w: Finanse, banki i ubezpieczenia w Polsce u progu XXI wieku, tom I – Finanse publiczne, Wyd. Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 2000.

[21] Szerzej zob.: Government Finance…, op. cit., tabela 5.1., s. 49.

[22] W. Gradoń, Deficyt budżetowy – wybrane problemy interpretacyjne, w: E. Ruśkowski (red.), Deficyt budżetowy i dług publiczny w wybranych krajach europejskich, Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Białymstoku, Białystok 2003, s. 44 – 45.

[23] Szerzej zob.: Government Finance…, op. cit., tabela 6.1, s. 63.

[24] W. Gradoń, Deficyt budżetowy…, op. cit., s. 45.

[25] Por.: W. Gradoń, Miary deficytu budżetowego w kontekście fiskalnych kryteriów konwergencji, w: T. Famulska, J. Nowakowski (red.), Finanse i Bankowość w integrującej się Unii Europejskiej, Polskie Stowarzyszenie Finansów i Bankowości, Difin, Warszawa 2006, s. 46.

[26] W. Gradoń, Miary deficytu budżetowego…, op. cit., s. 46.

Metoda brukselska wprowadzona została przez Unię Europejską. Opiera się ona na Europejskim Systemie Rachunków Narodowych i Regionalnych ESA[27]. Pod względem obliczeniowym, metoda ta jest zdecydowanie różna od metody GFS, metody wykorzystywanej w Polsce, oraz innych, „klasycznych" sposobów obliczania deficytu (które definiują deficyt jako kwotę wydatków nie znajdujących pokrycia w dochodach). Metoda brukselska zakłada obliczanie deficytu dla całego sektora finansów publicznych, jednak definiuje go jako tzw. przyrost zadłużenia netto. Wyrażenie „netto" oznacza, że chodzi tu o przyrost zadłużenia całego sektora pomniejszony o jego należności. Dodatkowo do rachunku dochodzi jeszcze korekta o saldo operacji majątkowych w sektorze finansów publicznych. Jest to więc ujęcie majątkowo – kapitałowe, sporządzane zgodnie z zasadą memoriałową (a nie – jak dotychczas – kasową)[28]. Deficyt wystąpi wtedy, gdy różnica między przyrostem aktywów a przyrostem pasywów w danym okresie jest ujemna. Aktywa w tym wypadku obejmują: gotówkę, depozyty na rachunkach bankowych, papiery wartościowe będące w posiadaniu sektora finansów publicznych, udzielone przez ten sektor pożyczki, należności z tytułu podatków, opłat i ubezpieczeń społecznych a także różnego rodzaju inne należności i otrzymane zaliczki. Pasywa obejmują natomiast: wyemitowane przez jednostki należące do sektora finansów publicznych dłużne papiery wartościowe, otrzymane kredyty i pożyczki a także zapłacone z różnych tytułów zaliczki. Uczestnictwo Polski w Unii Europejskiej oraz perspektywa członkostwa w Unii Gospodarczej i Walutowej powodują, że szczególny nacisk należy obecnie kłaść na monitorowanie deficytu obliczanego zgodnie z metodą brukselską. Tak obliczonego deficytu dotyczą bowiem kryteria fiskalne z Maastricht.

Wartości deficytu sektora finansów publicznych oraz deficytu budżetowego obliczonego różnymi metodami przedstawia tabela 1.

Tabela 1. Deficyt SFP i deficyt budżetu państwa w Polsce w latach 2002 – 2008

rok	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
metoda ESA95	-40 487	-52 832	-52 685	-40 057	-38 476	-22 105	-46 447
metoda GFS (MFW)	-26 394	-35 921	-33 377	-42 344	-39 514	b.d.	b.d.

[27] European System of Accounts (ESA) jest dokumentem zatwierdzonym przez Radę Europejską w czerwcu 1996 roku. Dokument ten zawiera zasady rachunkowości wykorzystywane na potrzeby Eurostatu. Został on opublikowany również w Polsce jako: Europejski System Rachunków Narodowych i Regionalnych ESA 1995, GUS, Warszawa 2000.

[28] Por.: K. Marchewka-Bartkowiak, Zarządzanie długiem publicznym w krajach Unii Europejskiej i w Polsce, Biblioteka Menedżera i Bankowca, Warszawa 2003, s. 16.

deficyt budżetu państwa, metoda krajowa	-39 403	-37 043	-41 408	-28 361	-25 036	-16 922	-24 346

Źródło: opracowanie własne na podstawie Roczników statystycznych GUS oraz danych Eurostatu.

Analiza danych zawartych w tabeli 1 wskazuje na znaczące różnice w wartościach deficytu, w zależności od metody przyjętej do obliczeń. Umożliwia to różnorodne interpretacje tego samego zjawiska. Sytuację tę komplikuje ponadto fakt utrudnionego dostępu do porównywalnych danych. Są one publikowane w różnej formie: w walucie krajowej, zagranicznej lub w odniesieniu do PKB. Dodatkowe przeliczenia (polegające m.in. na przewalutowaniu) prowadzą do otrzymywania coraz mniej dokładnych wyników. Ponadto, instytucje zajmujące się gromadzeniem i upublicznieniem danych statystycznych (w tym Eurostat), dokonują przeszacowań danych ex post, co powoduje publikowanie kilku kwot deficytu bądź długu SFP dla tego samego kraju i tego samego okresu.

Niezależnie od wcześniejszych rozważań, jednym z istotnych problemów, utrudniających ocenę rzeczywistej sytuacji budżetu państwa są zabiegi księgowe, przedstawiające niektóre wypływy z budżetu w formie rozchodów a nie wydatków budżetowych. Przykładem takich działań w Polsce jest księgowanie części środków przekazywanych do Funduszu Ubezpieczeń Społecznych z budżetu państwa, nie jako wydatków, lecz jako rozchodów budżetowych. Jednocześnie, znaczną część finansowania tego funduszu stanowią dotacje z budżetu państwa[29]. Z punktu widzenia równowagi finansów publicznych nie jest to rozwiązanie dobre. System emerytalno-rentowy powinien być oparty na podstawowym źródle finansowania, czyli na składce[30].

Przeksięgowywanie części wydatków budżetowych „pod kreskę" powoduje obniżenie podawanych do publicznej wiadomości i publikowanych wielkości deficytu finansów publicznych. Nie zmienia jednak rzeczywistej sytuacji sektora finansów publicznych. Działania takie mogą się wydawać szczególnie „uzasadnione" w sytuacjach, gdy relacja deficytu budżetu państwa oraz deficytu finansów publicznych do PKB zbliża się do granicy wynikającej z jednego z kryteriów fiskalnych Traktatu z Maastricht. Taki zabieg umożliwia osiąganie celów politycznych, krótkookresowych, polegających na wykazaniu obniżenia (lub braku zwiększenia) deficytu.

[29] K. Piotrowska-Marczak, Fundusze celowe jako forma dywersyfikacji środków publicznych, w: T. Famulska, J. Nowakowski (red.), Finanse i bankowość w integrującej się Unii Europejskiej, Polskie Stowarzyszenie Finansów i Bankowości, Difin, Warszawa 2006, s. 24 – 25.

[30] K. Piotrowska-Marczak, Warunku równowagi finansów publicznych, Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz, Informacja nr 1073, październik 2004, s. 6.

Obniżanie deficytu, poprzez przesuwanie części wydatków „pod kreskę" i księgowanie ich jako rozchodów budżetu zaniża bowiem wielkość wydatków i – przy niezmienionych dochodach – zmniejsza wartość deficytu budżetu państwa i deficytu całego sektora finansów publicznych. Jest to jednak wyłącznie zabieg księgowy. Jednocześnie, takie postępowanie powoduje, że spadkowi deficytu towarzyszy wzrost długu Skarbu Państwa. Rozchody budżetu (mimo, iż nie powodują zwiększenia deficytu) muszą zostać sfinansowane. Pozyskanie środków na ten cel odbywa się za pomocą zwiększenia zadłużenia (najczęściej emisji skarbowych papierów wartościowych). W dłuższym okresie takie działania są więc nie tylko niewłaściwe z ekonomicznego punktu widzenia, lecz stają się także nieskuteczne politycznie. Ponadto, częste zmiany sposobów księgowania tych samych lub podobnych wielkości związanych z sektorem finansów publicznych, zmniejszają transparentność systemu obliczeń deficytu lub długu. Informacja o ich wysokości powinna być w takim przypadku każdorazowo uzupełniona o składniki wchodzące w skład rachunku lub wymaga dokładnej analizy ustawy budżetowej. Stąd uzasadnione wydaje się wykorzystywanie międzynarodowych metod obliczeń wysokości deficytu i długu. Metody te mogą wydawać się niedoskonałe, część księgowań tam zawartych może budzić kontrowersje. Ich podstawową zaletą jest jednak daleko posunięta standaryzacja i stosunkowo niewielka zmienność przyjętych zasad. Ponadto, wskaźniki obliczone na podstawie standaryzowanych danych umożliwiają porównania między poszczególnymi krajami.

Literature:

- A Manual on Government Finance Statistics, IMF, Washington 1986.
- Ehrlich S., Władza i interesy, studium struktury politycznej kapitalizmu, PWN Warszawa 1967.
- Europejski System Rachunków Narodowych i Regionalnych ESA 1995, GUS, Warszawa 2000.
- Government Finance Statistics Manual, IMF, Washington 2001.
- Gradoń W., Deficyt budżetowy – wybrane problemy interpretacyjne, w: Ruśkowski E. (red.), Deficyt budżetowy i dług publiczny w wybranych krajach europejskich, Wyższa Szkoła Finansów i Zarządzania w Białymstoku, Białystok 2003.
- Gradoń W., Miary deficytu budżetowego w kontekście fiskalnych kryteriów konwergencji, w: Famulska T., Nowakowski J. (red.), Finanse i Bankowość w integrującej się Unii Europejskiej, Polskie Stowarzyszenie Finansów i Bankowości, Difin, Warszawa 2006.

- Gross M., The Legislative Struggle (Study in Social Combat), New York 1953.
- Marchewka-Bartkowiak K., Zarządzanie długiem publicznym w krajach Unii Europejskiej i w Polsce, Biblioteka Menedżera i Bankowca, Warszawa 2003.
- Markowski K., Rola państwa w gospodarce rynkowej, PWE, Warszawa 1992.
- Piotrowska-Marczak K., Fundusze celowe jako forma dywersyfikacji środków publicznych, w: Famulska T., Nowakowski J.(red.), Finanse i bankowość w integrującej się Unii Europejskiej, Polskie Stowarzyszenie Finansów i Bankowości, Difin, Warszawa 2006.
- Piotrowska-Marczak K., Warunku równowagi finansów publicznych, Kancelaria Sejmu, Biuro Studiów i Ekspertyz, Informacja nr 1073, październik 2004.
- Serrallonga Ú. de, El Déficit Fiscal de Cataluña con España. Una análisis divulgativo, Ómnium Cultural, Barcelona 1999, versión castellana 2000.
- Wernik A, Niektóre problemy obliczeniowe i interpretacyjne deficytów budżetowych, w: Finanse, banki i ubezpieczenia w Polsce u progu XII wieku, tom I – Finanse publiczne, Wyd. Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 2000.
- Zysnarski J., Partnerstwo publiczno-prywatne, ODDK, Gdańsk 2000.

Contact – email
jjm@uni.lodz.pl - marczak.jaroslaw@gmail.com - turysz@poczta.fm

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZPOČTOVÉ VÝDAJE – JEJICH POVAHA A ČLENĚNÍ

HANA MARKOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, katedra finančního práva a finanční vědy

Abstract in original language
Na členění výdajů z veřejných rozpočtů není jednotný názor. Názory se liší v historickém pohledu na potřebu úhrady výdajů z veřejných rozpočtů, tak z pohledu ekonomického, volby přístupu k této rozpočtové kategorii apod. Právní normy se zpravidla zabývají pouze výčtem jednotlivých druhů výdajů ve veřejných rozpočtech, členění chybí také v oblasti teorie práva, což je možné označit za určitý důsledek podcenění této oblasti finančního práva,

Key words in original language
Veřejné potřeby; rozpočet; veřejné výdaje; veřejné výdajové programy; veřejné výdajové projekty; rozpočtová skladba

Abstract
There is no single opinion on a structure or on a need for a refund of expenditures from public budgets. Some opinions prefer historical or economical view, some of them are rather engaged in a method of approach etc. Legal rules usually deal only with a listing of particular type of expenditure in public budgets, structure is also missing in legal theory, which can be considered as a consequence of underestimation of this area of Financial law.

Key words
Public needs; budget; public expenditures; public expenditure programs; public expenditure projects; structure of budget

HISTORICKÉ OHLÉDNUTÍ

Otázka úhrady určitých potřeb, které se dotýkají života celého státu, byla rozebírána již v počátcích praktického a teoretického vymezování finančního hospodaření státu a jeho součástí. Na rozdíl od příjmové stránky veřejných rozpočtů však do současné doby chybí všeobecně přijímaná a uznávaná systematika rozdělení výdajů veřejných rozpočtů. S touto otázkou se potýkala řada finančních teoretiků a finančních právníků ve vzdálenější i nedávné minulosti a ani dnes není úplně dořešena. Tento příspěvek je třeba chápat jako jeden ze střípků, které by měly vytvořit mozaiku názorů na dané

téma a tak přispět k formování teoretického systému v oblastí rozpočtových výdajů.[1]

Formy státních vydání vznikaly postupně - jako výsledek změn sociálních podmínek. Je možné, na základě historického vývoje jednotlivých států dohledat a doložit, že jsou státní potřeby ve svých hlavních znacích až překvapivě stálé a záleží jen volbě způsobu, kterým si stát v dané době zajistí jejich úhradu.

Existovaly a stále existují oblasti, jejichž úhrada se chápala a chápe jako povinnost státu a z tohoto pohledu ji bylo třeba vždy z veřejných prostředků zabezpečit. Byla a stále to je oblast obrany státu a výkonu státní správy, včetně oblasti spravedlnosti. Spor v jednotlivých státech nastal (a do současné doby trvá) jedná-li se o výši státních výdajů pro oblast hospodářské a sociální správy. Velká část sporných otázek je však v oblasti mimo finanční vědu – jde o řešení otázek hospodářské politiky státu a navazující oblasti finanční politiky.

Nejdříve praxe i teorie vycházela z dělení řádných a mimořádných potřeb státu a panovníka a na toto dělení potřeb navazoval také způsob jejich úhrady. Řádnými byly ty potřeby, které stát, z povahy své funkce, musel zajistit, což byly již zmíněná obrana země před nepřítelem nebo náklady panovnického dvora (a to včetně dluhů panovníka). Jednalo se o potřeby, jejichž úhrada spadala do kategorie toho, co příslušelo panovníkovi podle práva (co tedy vyplývalo ze zvykového práva, později z ústavy či jiného zákona). Druhou skupinou byly potřeby mimořádné, tj. takové na které nevyplýval žádný nárok a o jejichž úhradu musel panovník požádat- např. stavy. Tyto potřeby byly hrazeny z mimořádných příjmů, zejména z válečné kořisti, darů, konfiskací apod. Také mnohé daně tak např. měly ve středověku povahu mimořádných plateb.

Postupem času – jak se měnily poměry ve společnosti - se také veřejné úhrady stále více opíraly o finanční zdroje v podobě daní, kterým byl přikládán stále větší význam. Daňové příjmy se staly hlavní a do značné míry pravidelnou součástí veřejných zdrojů určených k úhradě veřejných potřeb. Teorie i praxe proto začaly pohlížet na daně jako na pravidelný příjem státu. K daním se postupně přidávaly různé další platby jako byly dávky a úhrady, které byly již dříve za řádné příjmy k úhradě potřeb považovány, ale které vzhledem k významu daní poněkud ustupovaly do pozadí.

---

1 Příspěvek byl vytvořen v rámci řešení výzkumného záměru č. MSM 0021620804.

Pro klasifikaci úhrad vstoupil do popředí moment pravidelnosti a od toho byl jen krok ke shodnému novému klasifikování potřeb, kde se pravidelnost výskytu a výše platby staly základním třídícím momentem.

Třídění potřeb a úhrad na řádné a mimořádné částečně ustoupilo, ale nezmizelo. Objevila se členění nová např. z hlediska zákonného podkladu, předurčitelnosti, souladu se životem státu či jiné veřejné korporace, souladu s finančním a hospodářským plánem, se zásadami finančními a daňovými apod.2 Ve veřejné korporaci se např. za řádné potřeby označovaly potřeby zaměstnanců (platy), věcná režie korporace, trvalé příplatky k udržování podniků zřízených ve veřejném zájmu, režie veřejného dluhu a povinné příspěvky placené např. z důvodu existence mezinárodních smluv apod. Za mimořádné potřeby se potom považovaly některé investice, podpory při katastrofách, úspory či jiné potřeby, jejichž znakem bylo to, že se neopakovaly pravidelně. Za ideální byl považován stav, kdy řádné úhrady kryly řádné výdaje a mimořádné potřeby byly hrazeny z mimořádných příjmů, což však v praxi nikdy zcela nefungovalo. Častěji nastával stav, kdy řádné úhrady nestačily ani na pokrytí řádných potřeb, což vedlo k revizi úkolů (jak na úrovni státu tak jiných veřejných korporací) a změnám v jejich provádění či k využití úhrad mimořádných. Samostatnou skupinu tvořily potřeby, které i když se pravidelně neopakovaly, byly takového druhu, že mohly přinést v budoucnosti pravidelné úhrady např. v podobě nějaké formy výnosu z majetku. Za takovou potřebu se považovaly investice, což vedlo finanční teoretiky k úvaze, že není vyloučeno, aby se řádné úhrady využily i pro krytí mimořádných potřeb, ale tak, aby nebyla (uplatněním tohoto způsobu úhrady) ohrožena existence státu.

Jak již bylo uvedeno výše, obrana státu, udržování bezpečnosti, oblast spravedlnosti (včt.vězenství) tvořily a tvoří tradiční a nezpochybnitelnou část veřejných výdajů a záleží na situaci v dané etapě vývoje příslušného státu a dalších např. zahraničních vlivech, jaká část veřejných prostředků bude na tuto oblasti věnována. Je na úvaze každého státu, zda a do jaké míry a v jaké formě zapojí do financování této oblasti obyvatelstvo jako celek či jednotlivé osoby např. ve výši daní či poplatků.

Z hlediska členění výdajů státu by také bylo možné zmínit rozdělení výdajů na produktivní a neproduktivní, což je dělení, které zavedl Adam Smith.3

První skupina v jeho pojetí byla chápána jako část výdajů, která poskytuje výnos ve formě hmotných statků a takový výdaj byl chápán jako výdaj, který lze podpořit i za cenu půjček. I tato skupina však měla v jeho pojetí ještě další dělení. V jedné části se jednalo o výdaje na nakup něčeho, co má hodnotu, ale nepřinese to bezprostředně žádný výnos (např. koupě budovy

2 Drachovský J.: Finanční věda, Všehrd Praha 1934, s. 26 a n.

3 Smith A.: Pojednání o podstatě a původu bohatství národů, svazek druhý, SNPL Praha 1958, s.265 n.

pro schůze zastupitelských sborů), kdy náklad na jeho existenci (opravy, údržba apod.) bude nutno opatřit z jiných pramenů. Není však podle jeho názoru vyloučeno, že v budoucnosti tento majetek výnos přinese (pronájmem či prodejem). V druhé části by šlo o výdaje na nákup majetku, jehož fungování bude zajištěno z vlastních příjmů a který bude současně přinášet nějaký výnos.

Neproduktivní výdaje v tomto pojetí nic na stranu příjmů státu nepřinesou – jde jen o spotřebu a bude záležet na státu, zda to bude výdaj, který považuje stát za nezbytný i přes to, že nic jako protihodnotu nepřináší. Zajímavý je z tohoto pohledu také např. Smithův názor na platby za užití silnic jako veřejných staveb. Podle jeho názoru, platí-li povozy projíždějící po silnici poplatky úměrné své váze a nosnosti, platí na udržování veřejných staveb přesně podle toho, do jaké míry je opotřebovávají, což považuje za správné. Kriticky se naopak vyjadřuje k takové podobě mýtného, jako neekvivalentní platbě, platbě daňového charakteru, která by fakticky byla jen příspěvkem do rozpočtu státu bez dalšího, tj. sloužila na úhradu jakýchkoliv výdajů státu. To, že by nastal takový případ a výše platby by nebyla vázána přímo na opotřebení silnic, nepovažoval Smith za vhodné řešení ze strany státu.

ČLENĚNÍ VÝDAJŮ V SOUČASNÉM POJETÍ

Finanční teorie, v aplikaci na moderní stát, má za úkol ukázat možnosti a meze rozšiřování státních činností v závislosti na pohybech finanční masy a finanční věda by měla vymezit právní souvislosti této oblasti. Ve finanční teorii se objevily další členění výdajů např. podle prospěchu který přinášejí (prospěch pro všechny, prospěch obecný a indivuální), další autoři dělili výdaje na ochranné, obchodní a rozvojové, další pak na vydání bez výnosu, vydání nepřímo užitečné pro důchody, vydání s částečně přímým výnosem a vydání s plným výnosem nebo se ziskem.4

Na řešení otázky členění výdajů jsou různé názory i v současnosti – od názoru, že není třeba nic dělat a že se výdaje vždy rozdělí tam, kam bude třeba a hledat členění je proto zbytečné, až to detailní členění výdajů podle přesně zvolených kriterií.

Moderní stát postupně rozmnožil úkoly spojené se správou státu, což znamenalo, že veřejný rozpočet musel být sestaven tak, aby pokryl další výdaje, a to jak výdaje na činnost úřadů (včt. platů úředníků), kontrolu a řadu dalších. Je zřejmé, že náklady na výkon správy – na úrovni státu i municipalit – rostou a budou pokračovat ve svém růstu i v budoucnosti, což platí do všech oblastí včetně výdajů do sociální oblasti. Stát s těmito výdaji musí počítat. Jde o výdaje, které se zpravidla opírají o platnou právní

4 Bastable C.F.: Veřejné finance Praha 1927, s.144 n,

úpravu různých oblastí upravenou zvláštními zákony, které se zpravidla označují jako mandatorní výdaje.

Další oblastí kam mohou směřovat výdaje státu je oblast vzdělání, někde i oblast církví, kultury apod. Někdy se tyto výdaje označují jako quasi mandatorní. Je na rozhodnutí státu, zda a do jaké míry bude stát jednotlivé oblasti podporovat a zda budou tyto náklady chápány jako nezbytné a bude je stát hradit či zda se rozhodne chápat tyto výdaje jako výdaje, do jejichž úhrady je třeba zapojit více vlastních prostředků obyvatelstva.5 Jde o výdaje, které zpravidla jako mandatorní označovány nejsou (s výjimkou těch výdajů, kde potřeba úhrady z veřejných prostředků vyplývá z povinností uložených v právních normách).6

V neposlední řadě tvoří nezbytnou část potřeb státu ty potřeby, které souvisejí s fungováním samotného státního aparátu, centrálních orgánů (dříve panovnického dvora), což jsou výdaje, které mají také charakter mandatorních výdajů a rozpočty s nimi musí počítat. Prakticky každý stát (nejen ten současný) zahrnoval a bude zahrnovat do této části svých výdajů položku nákladů spojených se státním dluhem.

Z ekonomického pohledu se lze na veřejné výdaje dívat jako na tok finančních prostředků, které jsou v rámci veřejné rozpočtové soustavy alokovány na realizaci fiskálních funkcí státu na principu nenávratnosti a neekvivalence.7 Struktura výdajů konkrétního státu či municipalit je podle této části názorů teoretiků do značné míry determinovaná vývojem v minulosti, prioritami volených představitelů či ekonomickou silou daného článku. Svou roli může sehrát např. takový faktor, jako je velikost obce, pokud platí, že čím je obec větší, tím má i vyšší rozpočtové příjmy (což nemusí platit absolutně, ale většinou v přepočtu na obyvatele) a rozmanitější strukturu výdajů.

Další z názorů označuje veřejné výdaje za vztahy rozdělování a užití veřejných rozpočtů a účelových mimorozpočtových fondů v rozpočtové soustavě a připojuje vymezení, že“ veřejné výdaje jsou částí HDP, která je spotřebována kolektivně na základě veřejné volby.“[8]

---

5 Podpora průmyslu a obchodu byla po dlouhou dobu považována za vůdčí státní funkci, které vděčíme za vznik finanční vědy. Tyto myšlenky jsou spojeny s vymezním úlohy kamerální vědy 18.století. napsal C.F.Bastable v publikaci Veřejné finance vydané v Praze v roce 1927

6 Např. povinná školní docházka znamená povinnost uhradit nejen provoz školských zařízení, ale také uhradit platy učitelů a dalších zaměstanců

7 Hamerníková B., Maaytová A. a kol.: Veřejné finance, Aspi Praha 2007,s .83, ISBN 78-80-7357-301-0

8 Peková J.: Veřejné finance, Codex Bohemia Praha 1999, s.117, ISBN 80-85963-88-4

V období, kdy stát příliš nezasahoval do rozsáhlého okruhu činností, zaměřoval se více na financování státních a místních institucí. To se změnilo v okamžiku, kdy vyvstal problém profinancovat konkrétní veřejné projekty či celé výdajové programy (v oblasti sociální péče, vzdělávání apod.). V ekonomické teorii, právních normách i v praxi se začaly objevovat pojmy jako veřejné projekty, výdajové programy, výdajové rámce apod. Pro rozbor těchto pojmů má významné místo časový faktor. Rozpočtové výdaje jsou realizovány v rámci jednoho rozpočtového období, jednoho roku, projekty či programy jsou přijímány na delší časové období. Vymezit obsah jednotlivých pojmů se dá např. tak, že za veřejné výdaje jsou označeny finanční prostředky v určitém objemu a struktuře, s určitými zásadami přidělování, čerpání a kontroly plnění. Veřejné výdajové projekty a veřejné výdajové programy potom označují věcné ekonomické procesy, činnosti, produkce nebo účelové transfery prostředků různým subjektům podle určitých zásad. 9 Pro členění výdajových projektů a programů se využívá členění podle účelu a odvětí, ve kterém jsou realizovány .10

V rámci veřejných výdajů se v ekonomické literatuře rozlišují dvě skupiny výdajů11 - vládní výdaje a transfery. Vládní výdaje mohou být výdaje spotřebního či investičního charakteru. Jejich důsledkem je spotřeba určitého množství surovin, práce lidí apod. Jde o realizaci alokační funkce financí cestou výdajů na nákup služeb či zboží . Transfery jsou specifickými veřejnými výdaji, které jsou poskytovány s určitým cílem různým subjektům, nevzniká zde žádné protiplnění , nemusí ani nic vyprodukovat ani poskytnout. Je to projev neekvivalence ve veřejných financích, který typický např. pro daně. Transfery zvyšují důchody lidí, dovolují jim nakupovat více služeb a zboží, do určité míry však snižují motivaci např. k pracovní motivaci. Obdobný charakter mají i slevy na daních, které sice nejsou veřejným výdajem ale jakýmsi daňovým výdajem, protože se stát vzdává části svých příjmů ve prospěch jiných subjektů.

Z hlediska funkcí veřejných financí se dělí výdaje na alokační, redistribuční nebo stabilizační činnost, dále je možné najít členění výdajů na plánované a neplánované nebo členění na výdaje dle společných rysů formy a oblasti, tj.

---

9 Zákon č.218/2000 Sb., pracuje s pojmem program pro označení souboru věcných, časových a finančních podmínek konkrétních akcí na pořízení nebo technické zhodnocení hmotného a nehmotného dlouhodobého majetku, s výjimkou drobného hmotného a nehmotného dlouhodobého majetku

10 Další kriteria lze pro tyto projekty či programy nalézt v díle autorů Musgrave, R.A., Musgraveová,P.B.: Veřejné finance v teorii a praxi, Management Press Praha 1994, s.123 n.

11 Maaytová A.: Veřejné výdaje in Hamerníková B,Maaytová A. a kol.: Veřejné finance , Aspi Praha 2007 s.83 n., ISBN978-80-7357-301-0

jak a kam jsou směřovány tj. na vlastní činnost, na dotace, úhradu návratných příjmů apod.12

Okruh výdajů státního rozpočtu České republiky, stejně jako rozpočtů obcí a krajů, je vymezen v právních normách, kterými jsou zejména zákony o rozpočtových pravidlech.13 Rozsah plánovaných výdajů státu, krajů i obcí závisí na velikosti předpokládaných příjmů příslušného rozpočtu. Výdaje (jak ty plánované, tak ty skutečně realizované) se odvíjejí od velikosti příjmů, rezerv vytvořených v minulosti (v podobě přebytku rozpočtu krajů a obcí) a případně od schopnosti jednotlivých článků rozpočtové soustavy zvýšit si své příjmy cizími zdroji, především půjčkou či úvěrem. I zda však existují určitá omezení, která je třeba respektovat a to zejména s ohledem na celkové zadlužení státu. Objem výdajů ovlivňuje zásadním způsobem rozvojové možnosti a rozsah poskytovaných služeb. Jedna věc je však celkový objem výdajů, jiná jejich struktura. Výsledná struktura obecních a krajských výdajů do určité míry charakterizuje preference obyvatel (popřípadě místních zastupitelů) v daném územím naopak výdajová stránka státního rozpočtu zase musí odrážet potřeby státu a jeho obyvatelstva jako celku a to jak v úrovni celostátně hrazených výdajů tak v podobě dotací, které směřují do rozpočtů krajů a obcí.

Vývoj jednotlivých výdajových položek na všech úrovních rozpočtů nebyl, není a nebude rovnoměrný. Nejrychleji se stále zvyšují výdaje na sociální oblast (ve státním i místním měřítku) a to zejména s ohledem na věkové složení obyvatelstva a další obdobné aspekty. V municipální sféře je zaznamenáván např. růst objemu výdajů na zastupitele, kromě toho rostou i výdaje na veřejnou hromadnou dopravu a bezpečnost či veřejný pořádek. Výdaje mimo příslušný článek rozpočtové soustavy jsou zajištěny přerozdělovacími procesy uvnitř rozpočtové soustavy.[14] Tyto přerozdělovací procesy se ve vyspělých zemích i u nás uskutečňují peněžními transfery ve formě dotací nebo podílů na výnosu daní centralizovaných v ústředních rozpočtech.15

Jako krok na cestě k určitému utřídění výdajů se považuje rozpočtová skladba, závazné rozdělení příjmů a výdajů podle určitých kriterií u subjektů napojených na veřejný rozpočet, a to zejména s ohledem na to, jaký pohled

---

12 Marková H.: Finanční hospodaření územních samosprávných celků, Univerzita Karlova v Praze Právnická fakulta 2008, ISBN 978-80-87146-08-8 s.97 a n.

13 Zákon č. 218/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů a zákon č.250/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

14 Pařízková I.: Rozpočtové právo in Janošíková, Mrkývka, Tomažič a kol.: Finanční a daňové právo, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 2009, ISBN 978-80-7380-155-7

15 Podrobněji viz Marková H., Boháč R.: Rozpočtové právo, C.H.Beck Praha 2007, ISBN 978-80-7179-598-8

je preferován. Jde o propracovanou klasifikaci veřejných výdajů v rámci České republiky, tj. jde o klasifikaci domácího charakteru.16

MEZINÁRODNÍ SOUVISLOSTI

Výbor ministrů Rady Evropy členským státům doporučuje mimo jiné i to, aby centrální vláda vytvářela předpoklady pro vypracovávání statistických a komparativních analýz výdajů municipalit, jejichž smyslem má být mj. včas identifikovat anomálie ve vývoji výdajů jedné obce nebo skupiny obcí a krajů, a tím vytvořit prostor pro nápravné procesy. Toto doporučení vychází z předpokladu, že přehledy a srovnání obvykle zvýší zájem obyvatel o využívání veřejných peněz na daném území a že se tím posiluje vazba mezi zájmy lidí a prioritami volených zástupců.[17] Ministerstvo financí ČR sice pravidelně zveřejňuje podrobné údaje o hospodaření jednotlivých obcí a krajů, což je považováno za základní krok k vytváření předpokladů pro široce dostupné komparace činností těchto subjektů, ale bylo by třeba zvolit pro tento účel přitažlivější formu.

Centrum pro rozpočet a politické priority se sídlem ve Washingtonu D.C. zveřejnilo počátkem roku 2009 výsledky rozsáhlého srovnávacího projektu o transparentnosti veřejných rozpočtů v 85 zemích. Hodnocen byl rozsah informací o hospodaření státu poskytovaných vládou široké veřejnosti, a to prostřednictvím Indexu otevřeného rozpočtu (Open Budget Index), který umožňuje rychlé porovnání různých zemí i vývoj v jedné zemi v čase.18 Česká republika se umístila se 66 body ze 100 možných na 11.-13. místě a celkově je její přístup k poskytování informací o veřejných financích hodnocen jako velmi dobrý.19 Zkoumala se situace odpovídající rozpočtovému roku 2007, (tedy situace před dvěma lety), ale výsledné hodnocení ČR se oproti předchozímu měření příliš nezměnilo. Nejslabším bodem, podle výše uvedeného dokumentu, při poskytování informací veřejnosti zůstává u nás neexistence informačního dokumentu primárně určeného pro širokou veřejnost, ve kterém by byly vhodnou formou shrnuty informace o rozpočtovém procesu, rozpočtových prioritách, nejvýznamnějších příjmech, výdajích, saldu, způsobu jeho financování a

16 Mezinárodní klasifikace výdajů jsou např. Klasifikace Mezinárodního měnového fondu či GFS (Government Finance Statistics) zakládající se na funkčním principu a členění výdajů podle jejich účelu a odvětví, do nichž směřují a ekonomickém principu a členění výdajů, jakožto druhu vládních transakcí, jejich ekonomické charakteristiky.

17 Kosikowski C. : Financial Law of the European Union, Temida 2,Bailaystok 2008, ISBN 987-83-89620-41-5

18 http://www.openbudgetindex.org

19 Pro srovnání Slovinsko získalo 73 bodů, Polsko 67 a Německo 64. Slovensko nebo Maďarsko hodnoceny nebyly.

vývoji státního zadlužení, či alespoň srozumitelný slovníček základních pojmů z této oblasti.

ZÁVĚREM

Veřejné výdaje jsou důležitým nástrojem rozpočtové a fiskální politiky. Najít všeobecně přijímané členění rozpočtových výdajů, které by umožnilo mezinárodní srovnatelnost rozpočtových výdajů, by bylo velmi přínosné nejen pro sledování vývojových trendů v jednotlivých zemích, ale mohlo by také výrazně přispět k rozhodování o velikosti státního rozpočtu, potřebě zavádění či změnách daňové soustavy a zatížení obyvatelstva platebními povinnostmi.

Literature:

- Bastable C.F.: Veřejné finance Praha 1927, s.144 n.
- Drachovský J.: Finanční věda, Praha 1934, s. 26 a n.
- Hamerníková B., Maaytová A. a kol.: Veřejné finance, Aspi Praha 2007,s .83, ISBN 78-80-7357-301-0
- Kosikowski C. : Financial Law of the European Union, Temida 2, Bailaystok 2008, ISBN 987-83-89620-41-5
- Marková H., Boháč R.: Rozpočtové právo, C.H.Beck Praha 2007, ISBN 978-80-7179-598-8
- Marková H.: Finanční hospodaření územních samosprávných celků, Univerzita Karlova v Praze Právnická fakulta 2008, ISBN 978-80-87146-08-8, s.97 a n.
- Peková J.: Veřejné finance, Codex Bohemia Praha 1999, s.117, ISBN 80-85963-88-4
- Pařízková I.: Rozpočtové právo in Janošíková, Mrkývka, Tomažič a kol.: Finanční a daňové právo, Plzeň, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk 2009, ISBN 978-80-7380-155-7
- Smith A.: Pojednání o podstatě a původu bohatství národů, svazek druhý, SNPL Praha 1958s.265 n.

Contact – email
markova@prf.cuni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

FINANČNÍ PRÁVO A EKONOMICKÉ ASPEKTY

PAVEL MATOUŠEK

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language
V příspěvku je popsán a analyzován vztah „ekonomie a právo“ ve vzájemných filosofických souvislostech obsahu a formy. Výsledek analýzy představuje neoddělitelnou vzájemnou interakci ekonomických a právních procesů a vztahů. Řešení ekonomické krize není jen o ekonomických opatřeních, ale o pochopení společnosti, že úroveň života společnosti se odvíjí od úrovně ekonomické podstaty společnosti s regulací vzájemných vztahů právem, které je taktéž determinováno ekonomickými podmínkami společnosti.

Key words in original language
Ekonomie; Engliš Karel JUDr. profesor; Finanční právo; Forma; Interdisciplinární postavení; Keynesiánský typ; Konzervativní typ; Krize; Neokeynesiánský typ; Obsah; Právo; Společnost; Veřejné právo.

Finanční právo má svůj předmět, vytváří ucelený systém finančního práva, realizuje se prostřednictvím finančně-právních norem, má svou specifickou procesní stránku, vytváří síť orgánů finanční správy – finanční právo prokazatelně existuje jako samostatné právní odvětví. Finanční právo podle systematiky práva patří do práva veřejného. To, čím je finanční právo specifické, proti jiným právním odvětvím je rozsáhlý výrazný přesah principů finančního práva z oboru veřejného práva i do oblasti soukromoprávní (finanční úvěry, peněžní půjčky, pojištění, směnky, šeky, platební karty, držba cenných papírů a operace s nimi, a další). Významný přesah v podstatě existuje i do všech ostatních odvětví práva, neboť ve všech odvětvích práva jsou upravovány právní vztahy v jejichž pozadí jsou platební, zúčtovací, úvěrové finanční a peněžní operace, které představují finančně-právní vztahy, které jsou v širším či užším slova smyslu vždy předmětem finančního práva.

Právě tato vysoká úroveň interdisciplinárního charakteru finančního práva vytváří specifickou nutnost existence finančního práva jako samostatného právního odvětví, a to i vůči správnímu právu, ze kterého se finanční právo vydělilo.

To, co má finanční právo naopak se všemi právními odvětvími společné, je ekonomická podstata práva. V této vazbě opět finanční právo je specifické , neboť propojovací vazby s ekonomií přes finance a finanční činnosti v prostředí moderní tržní ekonomiky jsou velmi těsné, (snad nejtěsnější ze všech odvětví práva), vzájemně se ovlivňující a vyžadující trvale vzájemnou součinnost. V případě finančního práva otázka „Právo nebo ekonomie?“ –

nepředstavuje rozpor, protiklad a nesoulad, ale naopak vztah nepominutelného vzájemného pozitivního propojení.

I když právníci mají tendenci úlohu práva absolutizovat, ve skutečnosti si musíme připustit, že ekonomické procesy ve společnosti, ekonomické vztahy jsou pro samotnou existenci společnosti primární již i jen v nejzákladnější formě vztahového řetězce „výroba, směna, spotřeba". V ekonomických vztazích, při velkém zjednodušení, jde vždy o zajištění a uspokojování lidských potřeb, proto ekonomická oblast je vždy středem celospolečenského zájmu.

Teoreticky, pokud by ekonomické uspokojování lidských potřeb bylo na úrovni absolutního nadbytku všeho, nebylo by třeba jakékoliv společenské regulace a každému jedinci by se dostalo všeho co potřebuje a co si přeje. Bohužel objektivní stav lidské společnosti na celém světě z hlediska uspokojování lidských potřeb je v současnosti stavem, který bychom mohli označit za stav oscilující kolem střední úrovně mezi hranicemi nedostatku a dostatku. Tento stav společnosti můžeme označit za velmi proměnlivý a nestabilní a vyžaduje v rámci celé společnosti soustavnou regulaci. Samotný ekonomický tržní mechanismus k této regulaci nestačí, neboť tržní mechanismus reaguje živelně až v souvislosti se vzniklou situací, mnohdy až jako důsledek vzniklé ekonomické, případně ekonomicko-společenské situace. Vývoj společnosti ale vyžadoval pro zajištění regulace ekonomického života společnosti regulaci v širším měřítku, v míře zahrnující celou škálu činností lidské společnosti. Mechanismus regulace na vyšší úrovni, než je přirozený ekonomický tržní mechanismus, je právo, tedy systém právních regulativů, působících nejenom jako korektor vzniklých situací, ale jako nástroj řízené prevence a cílené regulace budoucího vývoje.

Od vzniku lidské společnosti mezi jejími členy existují společenské vztahy (soužití, soupeření, spolupráce, pomoc, ….dělba práce,), které vynucením, dobrovolným uznáním, zvykem, vytvořily řád v němž se společenské vztahy uskutečňovaly a rozvíjely – právo dalo společenským vztahům formu, umožňující účinnou, bezkonfliktní, efektivní ekonomickou činnost.

Vztah ekonomie a práva z pohledu filosofie je vztahem obsahu a formy. Obsah bez formy je neurčitý, neuchopitelný, neřiditelný. Forma bez obsahu je prázdná, nepoužitelná, nerealizovatelná. Ekonomie je obsahem, právo formou. Oba dva instituty jsou existenční podmínkou vzniku funkčního systému. Ekonomie a právo jsou objektivně ve vztahu součinnosti, spolupráce, kooperace a nemohou být jinak. Jakékoliv jejich oddělování, separování vede k deformacím, chaosu, narušením ekonomického řetězce „výroba, směna, spotřeba", k hospodářské kriminalitě a jiným negativním jevům poškozujícím společnost.

Proto v celém vzdělávacím procesu, v každém jeho odborném zaměření, by měli být vždy zařazeny předměty ekonomie a práva, a oba obory by měly být učeny a studovány ve vzájemných souvislostech. Žádná společnost

nemůže spotřebovávat, aniž by produkovala, žádná společnost nemůže do nekonečna produkovat bez spotřeby. Žádná společnost nezorganizuje a neuskuteční výrobu, směnu a spotřebu bez jasných organizačních pravidel. Právě vyváženost znalosti ekonomických procesů se znalostí práva, dává společnosti schopnost účinného ovlivňování ekonomických procesů ve společnosti, je podmínkou vývoje společnosti a vývoje každé její činnosti, včetně vědy, vzdělávání. Je tedy nade vší pochybnost, že výuka ekonomických předmětů a práva je nezbytnou součástí kvalitní výuky jakéhokoliv zaměření. To také znamená výuku základů práva na školách ekonomického zaměření, právě tak jako nezbytnost výuky ekonomie na právnických fakultách univerzit.

Skutečnost však je taková, že v rámci systému organizace vzdělávání o vztazích samostatně „společnost a právo“ a samostatně „společnost a ekonomika“ není žádných pochybností, kdežto propojení „právo a ekonomika“ se neustále nachází ve stavu vnitřního vývojového boje o vzájemný vztah podřízenosti a nadřazenosti těchto dvou institutů, o úroveň a těsnost vzájemných vazeb.

Tento nežádoucí stav vzájemné rivality práva a ekonomie v rámci vzdělávacího systému není rozporem samotného práva a ekonomie, není sporem mezi právnickými a ekonomickými školami. Příčina vychází ze zjednodušeného ztotožnění práva se státem a dále pak již je realita obrazem současného vývoje uvnitř ekonomie jako vědní disciplíny, kde na úrovni makroekonomické existují v rámci hospodářské politiky státu vývojové trendy připouštějící různou úroveň úlohy státu vůči ekonomice státu, od

- liberálního postoje, tj. postoje prosazujícího „laissez-faire“ (nezasahování státu) a „free trade“ (svobodný obchod), což představuje extrémní případ přenechání vývoje pouze mechanismům trhu s pasivní úlohou státu

až po

- socialistický, komunistický regulační státní systém řízení ekonomických operací s potlačením tržních mechanismů a nadřazeností státních opatření a cílů.

Hodnocení úrovní zásahů státu do ekonomiky v základních typech hospodářské politiky (Keynesiánský typ , Konzervativní typ, Neokeynesiánský typ,) je různé od žádoucí až po škodlivou, a tím vzniká i současné hodnocení a vymezení různé úrovně propojení práva a ekonomie od žádoucího vztahu jejich vzájemné součinnosti až po nežádoucí rozpornost a odmítání interakce ekonomie a práva.

Uvedený současný vztah „ právo a ekonomika“ není tedy soupeřením o nadřazenost či podřízenost, neboť se jedná o instituty vzájemně nesouměřitelné, nýbrž je to vztah hledání optimálního vzájemného vztahu vazby interakce a ovlivnění. Právo musí ctít a brát v úvahu pružnost a variabilitu ekonomických dějů a procesů a ekonomika musí uznat nutnost

v nezbytné míře státní regulací zabezpečeného souladu ekonomických dějů se záměry státu pro dosažení stanoveného ideálu politiky státu. Tento vztah soupeření je zcela jistě podmínkou vývoje kvality a obsahu vztahu ekonomie, právo, ale neměl by se projevovat v provozu státu a neměl by v žádném směru zasahovat do vzdělávacího systému.

Dnes, v krizové současnosti, je nutno se začít zamýšlet nad příčinami krizového stavu. A dovolte mi, kacířskou myšlenku, byť to co nás dusí je krizí ekonomickou, hospodářskou, dle mého názoru jde o krizi celospolečenskou, proto se tato hospodářská krize projevuje jako krize globální. Je možné, že jednou z příčin, v širším slova smyslu, je odtržení společenského dění od ekonomických základů společnosti. Můžeme to nazývat různě , např. život v souladu s přírodou, život v mezích trvale udržitelného vývoje, nebo zcela prozaicky „mohu žít jen to, na co mám“. A tady došlo k nesouladu.

Odtržení od ekonomických základů a podstaty společnosti vykazují všechny oblasti společenského dění, např.:

Politika: populismus a politický kariérismus bez ohledu na ekonomické možnosti

Životní prostředí: skoková opatření o ozdravění životního prostředí bez ohledu na ekonomickou náročnost a ekonomické možnosti

Právo: obecně vymahatelnost práva ve společnosti je čím dál více ekonomickou záležitostí

- trestní právo – ochrana tresty s vysokou úrovní humanizace bez ohledu na to, zda společnost na tuto úroveň vězeňství ekonomicky má prostředky

- správní právo – úprava správy neustále vede ke zvyšování byrokracie, bez ohledu na to zda společnost na to ekonomicky má

- finanční právo – ve veřejných i soukromých financích došlo k vytvoření virtuálních peněz, k vytvoření virtuálního kapitálu, který nemá zakotvení v ekonomické podstatě společnosti

V současné době celosvětově krizi řešíme ekonomickými zásahy do ekonomik jednotlivých států, „naléváním“ nových peněz do procesů ekonomik, které mají zajistit jejich nastartování a rozběhnutí. Ale hrozivé je, že se nic nedělá v mimoekonomických oblastech. Nedochází k uvědomění, že ekonomická úroveň společnosti je determinantem úrovně všech ostatních společenských oblastí a že je třeba společnost v těchto oblastech kultivovat.

Pro soužití s touto determinací je nutno si uvědomit, že v poměru ekonomika - právo nelze hovořit o nadřazenosti a podřízenosti, jedná se o součinnost. Právo navazuje na ekonomiku a vytváří pro ekonomiku

podmínky, ekonomika vytváří společenskou poptávku po určité regulaci. Ekonomiku je nutno ctít. A na to právníci zapomínají a nechtějí ekonomiku jako limitující faktor i pro právo uznat. Je nutno si uvědomit, co pomůže právní regulace, když na její realizaci, její vymahatelnost nebudou potřebné prostředky.

Je třeba se nutnosti vzájemné součinnosti a spolupráce učit. Ekonomie zná ekonomické dopady chování společnosti na ekonomiku společnosti. Je známé působení cenových mechanismů na vztahy nabídky a poptávky, je známá vzájemná interakce daňového zatížení státu a dopadu této úrovně daní do ekonomiky státu. Právo má dát daním formu účinného regulujícího předpisu zajišťujícího existenci a funkčnost státu, ale současně podporujícího rozvoj ekonomiky státu. V současnosti však o daních rozhoduje politika, volební cíle jednotlivých politických stran a nikdo zásady ekonomické optimalizace daní nechce znát, nechce o nich slyšet. Právě tak, jako v současnosti poklesl význam právní vědy, která zkoumá dopady právní úpravy na reálnou skutečnost. Nikdo výsledky zkoumání právní vědy nechce slyšet, nechce o nich vědět, pokud nejsou v souladu s politickými cíli té či oné politické strany. Politika v současnosti nevytvořila žádný budoucí dlouhodobý cíl - ideál společnosti, státu, ke kterému by společnost vývojem měla dospět. Posledním cílem společnosti v České republice byl vstup státu do NATO a do Evropské unie. Dá se konstatovat, že v současné době společnost nemá žádný budoucí cíl a ideál, a to ani na úrovni České republiky, ani na úrovni Evropské unie, ke kterému by se společnost mohla vychovávat, kultivovat, ke kterému by společnost směřovala, regulovala a cíleně rozvíjela svou ekonomiku.

Je nutno znovu si uvědomit propojení ekonomického základu společnosti s její veškerou činností, uvědomit si plně determinaci úrovně společnosti úrovní její ekonomické podstaty. Život v souladu s reálnou ekonomickou podstatou je východiskem ze současné ekonomické krize.

K pochopení uvedených souvislostí výraznou měrou by mělo a může přispět vzdělání společnosti. Vzájemné prolnutí aspektů ekonomie do výuky práva je nezbytnou podmínkou kvalitní výuky kteréhokoliv právního odvětví, výuky kteréhokoliv předmětu z oboru práva. Tímto lze přispět k vytvoření žádoucí propojené úrovně ekonomického i právního vědomí u členů budoucích generací společnosti, ze kterých by mohli vyjít politici schopní vidět dál, než jen na jedno volební období, vidět šířeji, než jen v rozsahu stranických zájmů, ze kterých by mohli vyjít jedinci - osobnosti, kteří by společnosti znovu vytvořili budoucí ideál, cíl vývoje.

Nezbytné propojení ekonomie s právem a obráceně práva s ekonomií není žádné nóvum. Nezbytnost součinnosti a propojení v uvedených oblastech zdůrazňoval již v minulosti profesor JUDr. Karel Engliš ve svém článku věnovaném studiu národního hospodářství a reformě právnického studia uveřejněném ve Vědecké ročence Právnické fakulty Masarykovy univerzity v Brně, ročník XIII – 1934/1935 (str. 499), kde uvedl:

„…Je nadmíru důležité, aby nejenom všichni právníci ve veřejné správě, ale i soudcové, rozuměli problémům národohospodářským, sociálním i finančním, ať již spolupůsobí při tvorbě norem v ústředních úřadech, komorách, velkých časopisech atd. a nebo při jejich provádění. Máme celou řadu oborů působnosti, kde pracuje právník především jako národohospodář, avšak jde-li nakonec o normativní formulaci, potřebuje také erudici právnickou. Nejde tedy jen o právníky se vzděláním národohospodářským, nýbrž i také o národohospodáře se vzděláním právnickým.“

Contact – email
matousek@p-p-mat.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MÍSTO KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ V SYSTÉMU FINANČNÍHO PRÁVA

MICHAELA MOŽDIÁKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem tohoto příspěvku je blíže specifikovat místo kolektivního investování ve vnitřním systému finančního práva, zejména vymezit kolektivní investování vůči právu kapitálového trhu a celkově určit jeho vztah k ostatním složkám nefiskální části finančního práva. Z toho je patrné, že příspěvek je zaměřen na systém finančního práva, jeho vnitřní soudržnost a systém, s akcentem silně kladeným především na jeho nefiskální část.

Key words in original language
Finanční právo; finanční trh; kapitálový trh; kolektivní investování; peněžní trh; systém finančního práva.

Abstract
The main aim of the paper is to specify the position of collective investment schemes in the internal system of financial law, in particular to define the collective investment schemes to the capital market law, and generally determine its relationship to the other sections of non-fiscal part of the financial law. It is obvious that the paper is focused on the system of financial law, its internal coherence and system, with the accent strongly imposed primarily on the non-fiscal part.

Key words
Capital market; collective investment schemes; financial law; financial market; collective investment; money market; system of financial law.

1. ÚVOD

Cílem příspěvku je vymezení práva kolektivního investování a jeho místa v českém právním systému. Cíl byl takto zvolen zejména proto, že problematika pozice práva kolektivního investování v českém právním systému bývá ve vědeckých statích často úplně opomíjena a akcent bývá kladen pouze na kolektivní investování jako takové, nikoli na jeho postavení, které není v rámci českého právního systému úplně samozřejmé.

Pro to, aby bylo možné definovat právo kolektivního investování a vyčlenit jeho místo v českém právním systému je nezbytně nutné se nejdříve vypořádat s postavením finančního práva v českém právním systému, zejména pak reflektovat jeho vnitřní systémovou soudržnost.[1] Z těchto

[1] K tomu více viz RADVAN, M. et al. Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008. s. 64.

základů je pak možné dále vycházet v rámci snah o charakterizaci práva kapitálového trhu, práva kolektivního investování a jejich vzájemného vztahu. Ambicemi příspěvku není položit nevyvratitelné axiomy týkající se pozice práva kolektivního investování, ale nastínit možný způsob nahlížení na danou materii, která je již ze své povahy[2] poměrně komplikovaná.

2. SYSTÉM FINANČNÍHO PRÁVA

Tato kapitola se věnuje postavení finančního práva v českém právním systému, dále pak jeho vnitřní systémové soudržnosti a jejím cílem je ověřit, zda je vhodné z postavení finančního práva a možných způsobů jeho členění vycházet při formování názoru na místo práva finančního trhu a v jeho rámci práva kapitálového trhu a práva kolektivního investování v českém právním systému.

Dle Petra Mrkývky[3] je finanční právo naplněním všech odvětvotvorných kritérií[4] samostatným odvětvím právního řádu České republiky s vlastním předmětem právní úpravy a specifickou metodou právní regulace. Finanční právo má povahu specifického veřejnoprávního odvětví s úzkými vazbami zejména ke správnímu právu a soukromoprávním odvětvím vzhledem k povaze jím regulovaných veřejných finančních činností. Milan Bakeš[5] definuje finanční právo jako souhrn právních norem, které upravují vztahy vznikající v procesu tvorby, rozdělování a používání peněžní masy a jejích částí, přičemž dodává, že finančním právem jsou upravovány především ty vztahy, ve kterých vystupuje či do nichž zasahuje stát.[6] Dle Jozefa Králika[7] je finanční právo, jako jeden z nástrojů uskutečňování finanční politiky státu, považováno za samostatné právní odvětví právního pořádku

---

[2] Zde je možné poukázat na relativní novost právní úpravy kolektivního investování (zavedena zákonem č. 248/1992 Sb., o investičních spolnostech a investičních fondech, ve znění pozdějších předpisů, účinným od 29.5.1992) a malou četnost odborných publikací zabývajících se tímto tématem.

[3] MRKÝVKA P., PAŘÍZKOVÁ, I. Základy finančního práva. Brno : Masarykova univerzita, 2008. s. 6.

[4] Dle Petra Průchy jsou odvětvotvornými kritérii samostatnost předmětu právní úpravy a jeho odlišnost od předmětu právní úpravy jiných právních odvětví, příslušná metoda právní regulace, vnitřní systémová soudržnost předmětného okruhu právních norem a objektivní zájem společnosti na dané výseči právního řádu jako samostatného odvětví práva. Více viz. PRUCHA, P. Správní právo: obecná část. 6. dopl. a aktualit. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2004. s. 34.

[5] BAKEŠ, M. *Finanční právo.* 5. upr. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. s. 12.

[6] Na tomto místě je třeba upozornit, že vztahy vznikající na smluvním základě jsou upraveny soukromoprávními odvětvími, zejména pak právem obchodním a občanským.

[7] KRÁLIK, J. JAKUBOVIČ, D., ŠMÁTRALA, M. *Abeceda finančního práva*. Bratislava : Veda, 2005. s. 14.

Slovenské republiky, jehož předmětem je osobitý okruh majetkových vztahů. Delší dobu odbornou veřejností diskutovaná samostatnost finančního práva jako veřejnoprávní části českého právního systému již není odbornými kruhy zpochybňována. Lze konstatovat, že došlo k naplnění posledního odvětvotvorného kritéria, kterým je společenská akceptace samostatnosti odvětví.

Vnitřní systém finančního práva se zabývá jeho vnitřní diferenciací, tedy členěním finančního práva na ucelené skupiny finančněprávních norem (odvětví) s ohledem na jejich obsah a příbuznost jimi regulovaných společenských vztahů.[8] V současnosti neexistuje úplná shoda na systematizaci finančního práva jako relativně nového samostatného právního odvětví. Milan Bakeš[9] například člení finanční právo na část obecnou a zvláštní. Do obecné části řadí problematiku finanční činnosti, předmětu, systému, pramenů a institutů finančního práva, finančněprávních vztahů, dozor, kontrolu ve finančním právu a do části zvláštní zařazuje oblast veřejných rozpočtů a státních fondů, daní, poplatků a cel, úvěru, měny a peněžního oběhu, deviz a finančního trhu, které pak tvoří jednotlivá pododvětví finančního práva. Petr Mrkývka[10] pak používá následující podrobnější členění na část obecnou (řeší základní otázky finančního práva v obecné rovině, zabývá se instituty obecného charakteru, které se pak dotváří v jednotlivých částech finančního práva), část zvláštní (resp. finanční právo hmotné, jež se dále člení na fiskální část, do níž spadá regulace toku peněz a jež je dále členěna na rozpočtové právo, berní právo, celní právo a právní regulaci veřejných výdajů a nefiskální část, do níž spadá regulace podstaty peněz a jež je dále členěna na měnové právo, devizové právo, veřejné bankovní právo, veřejné pojišťovnické právo a veřejné právo kapitálového trhu), část procesní (resp. finanční právo procesní, které není upraveno jedním právním předpisem, ale promítá se ve fiskální i nefiskální části a jednotlivých pododvětvích finančního práva, např. rozpočtový proces, proces správy daní, proces udělování licencí bankám, atd.), část správní (resp. finanční právo správní, je souborem norem regulujících veřejnou správu na úseku veřejných financí a jiných veřejných činností) a část trestní (resp. finanční právo trestní, vymezuje základ a následky odpovědnosti za porušení finančněprávních norem).

Jak již bylo zmíněno výše, neexistuje shody o systematickém uspořádání finančního práva a ani autorka se plně neztotožňuje s uvedenými členěními.

---

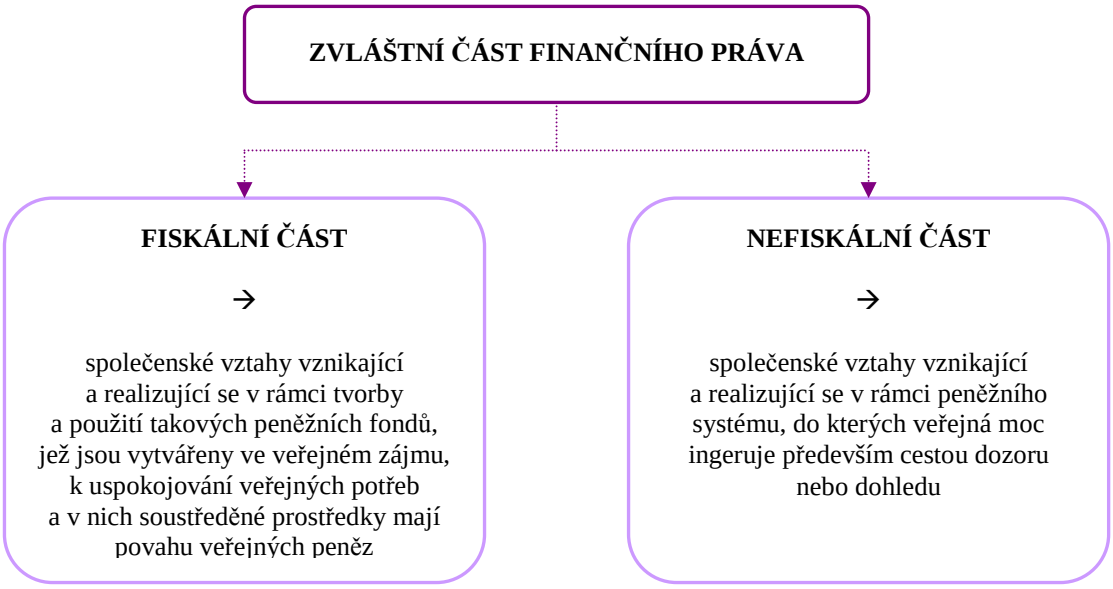
[8] SLOVINSKÝ, A. a kol. Základy česko-slovenského finančného práva. Bratislava: Univerzita Komenského, 1992.

[9] BAKEŠ, M. *Finanční právo*. 5. upr. vyd. Praha : C. H. Beck, 2009. s. 13.

[10] MRKÝVKA P., PAŘÍZKOVÁ, I. Základy finančního práva. Brno : Masarykova univerzita, 2008. s. 48-56.

V plné míře však akceptuje členění zvláštní hmotněprávní části finančního práva na část fiskální a nefiskální, tak jak je uvádí Petr Mrkývka.[11]

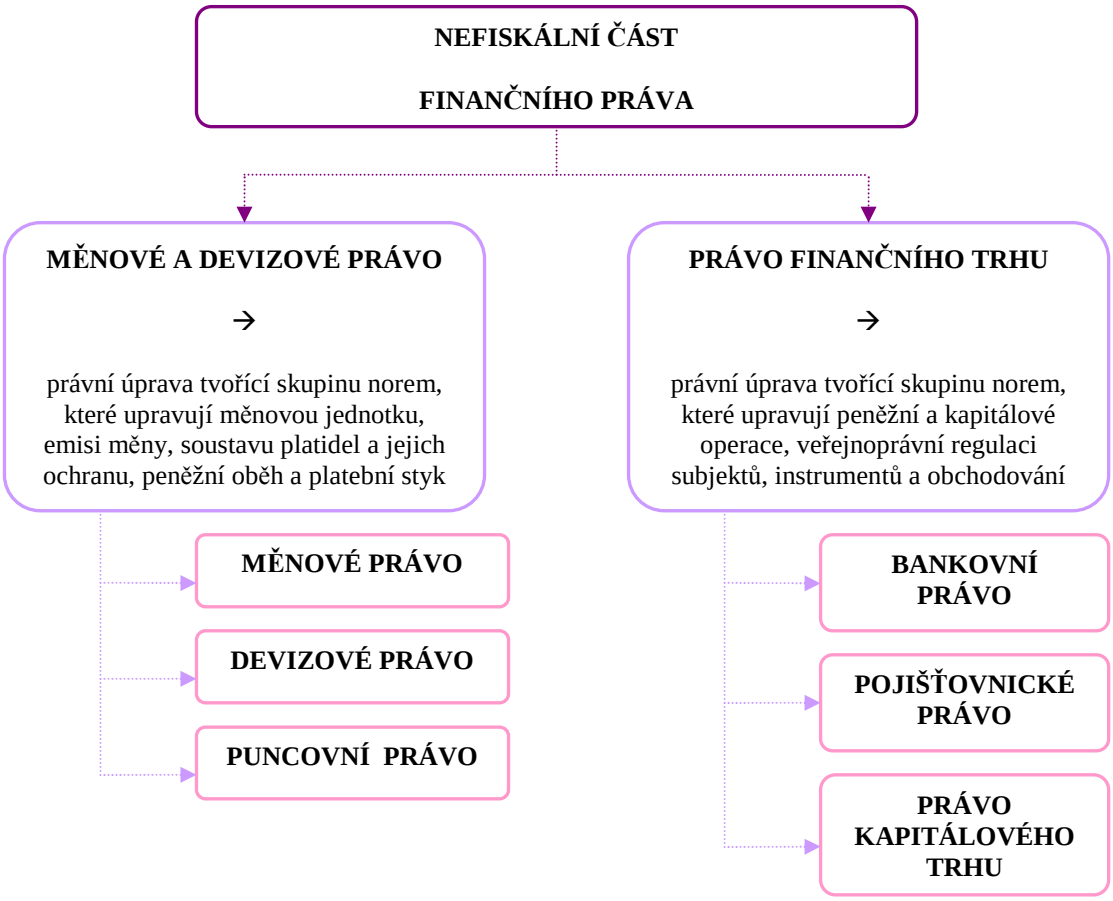
Obr. 1 Členění zvláštní části finančního práva



V dalším vnitřním členění nefiskální části finančního práva se autorka nemůže bez jistých výhrad ztotožnit ani s jednou ze zmiňovaných diferenciací a domnívá se, že existuje vhodnější strukturování nefiskální části tak, aby odpovídala současným ekonomickým trendům, které jsou koneckonců materiálním pramenem finančního práva a které se tak postupně, jak je zákonodárci vnímají, odrážejí ve formálních pramenech finančního práva. Autorka se dále pokusí navrhnout systém nefiskální části finančního práva jako části práva finančního, který by korespondoval s globálním pojetím současné ekonomiky a zároveň respektoval formální prameny finančního práva.

Obr. 2 Nestandardní systematika nefiskální části finančního práva

[11] MRKÝVKA P., PAŘÍZKOVÁ, I. Základy finančního práva. Brno : Masarykova univerzita, 2008. s. 25.



Výše uvedené členění bylo zvoleno proto, že autorka rozlišuje mezi veřejnoprávní regulací nezbytně nutnou pro fungování státu, jeho vnějších vztahů a uskutečňování finanční politiky státu s tím, že neexistuje soukromoprávní regulace upravující stejný předmět činnosti (měnové a devizové právo, puncovní právo) a mezi veřejnoprávní regulací mající za cíl ochranu subjektů jinak soukromoprávních vztahů, kde je ingerence státu v podobě veřejnoprávní regulace žádoucí pro udržení stability (právo finančního trhu). Tyto důvody vedou autorku k tomu vydělit v nefiskální části další dvě kategorie a ty pak teprve členit na jednotlivá subodvětví dle předmětu úpravy.

V závěru kapitoly lze potvrdit samostatné postavení finančního práva jako veřejnoprávního odvětví českého právního systému s tím, že v odborných kruzích neexistuje shoda na přesnou vnitřní diferenciaci finančního práva. Z tohoto důvodu autorka nepovažuje za vhodné vycházet při formování názoru na místo práva peněžního trhu a v jeho rámci práva kapitálového trhu a práva kolektivního investování v českém právním systému z nastíněných členění, ale poskytuje vlastní řešení, od kterého se bude odrážet v následujíc kapitole.

3. PRÁVO KAPITÁLOVÉHO TRHU A PRÁVO KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ

Tato kapitola se věnuje argumentaci pro řazení práva kapitálového trhu a práva kolektivního investování do nefiskální části finančního práva, jakožto samostatného veřejnoprávního odvětví v rámci českého právního systému. Jak bylo naznačeno výše, právo finančního trhu lze v rámci jeho vnitřní systémové soudržnosti členit na soubory právních norem upravujících postavení, pravomoci a činnosti jeho jednotlivých článků (subjektů).[12] V rámci této diferenciace se dle předmětu právní úpravy vyčleňují soubory právních norem upravujících bankovnictví, pojišťovnictví a kapitálový trh.

3.1 PRÁVO KAPITÁLOVÉHO TRHU

Je nutné si uvědomit, že právo kapitálového trhu nemá žádnou zákonnou definici. Dle Zdeňka Hustáka[13] se jedná spíše o obecnou kategorii odpovídající jeho širokému ekonomickému vymezení, přičemž naopak některá vymezení kapitálového trhu v právních předpisech neodpovídají plně obsahu ekonomického vymezení kapitálového trhu, a proto je obsah tohoto pojmu třeba dovozovat z kontextu jeho použití. Neexistuje tedy žádná přesná definice práva kapitálového trhu a v právních pramenech přetrvává nejednotné používání pojmu kapitálový trh jak v právním, tak v ekonomickém slova smyslu.

Vzhledem k tomu, co bylo uvedeno výše (nejednotnost názorů na systém finančního práva a nesoulad v používání pojmu kapitálový trh) je pochopitelné, že lze snadno inklinovat k názoru, že právo kapitálového trhu se jeví spíše jako pododvětví některého ze soukromoprávních odvětví, zejména obchodního práva s tím, že právo kapitálového trhu v podstatě upravuje podnikání (obchodování) na kapitálovém trhu. O tenké hranici svědčí i řazení oblasti práva kapitálového trhu jednou jako součásti obchodněprávních, podruhé jako součásti finančněprávních odborných publikací.[14]

Nicméně, při snaze o zařazení práva kapitálového trhu pod určité právní odvětví jako jeho pododvětví, nelze v právních předpisech regulujících tuto oblast opomenout převažující výskyt vrchnostenských (nerovných) právních vztahů a zřejmý veřejný zájem. V souladu s kontinentální právní kulturou je

---

[12] KRÁLIK, J. JAKUBOVIČ, D., ŠMÁTRALA, M. *Abeceda finančního práva*. Bratislava : Veda, 2005. s. 193.

[13] HUSTÁK, Z. Kapitálový trh. In KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J., RABAN, P. *Kurs obchodního práva : právo cenných papírů*. 5.vyd. Praha : C.H.Beck, 2005. s 85.

[14] U obchodněprávních publikací je navazováno na cenné papíry jakožto nejčastěji obchodované instrumenty, u finančněprávních odborných publikací můžeme sledovat návaznost na finanční trhy.

třeba uvažovat o právu kapitálového trhu jako o součásti některého veřejnoprávního odvětví. Pokud se na tomto místě zaměříme na vymezení kapitálového trhu dle Petra Kotába,[15] jako jednoho z finančních trhů, který je definován jako systém vzájemně provázaných vztahů, nástrojů a institucí umožňující soustřeďování, rozmisťování a přerozdělování dočasně volných peněžních prostředků na dobrovolném smluvním základě, prostřednictvím tržního principu, tj. střetu nabídky a poptávky a který je, narozdíl od trhu peněžního, zaměřen na financování dlouhodobých investic, pak si uvědomíme, jak velký akcent je kladen na peněžní prostředky.

Dle Zdeňka Hustáka[16] právo kapitálového trhu reguluje zejména problematiku nástrojů kapitálového trhu a jejich vydávání, subjektů kapitálového trhu a jejich postavení, fungování organizovaných trhů a vypořádání obchodů, ochrany kapitálového trhu a investorů a dohled nad kapitálovými trhy. Při zvážení všech výše uvedených důvodů lze právo kapitálového trhu v českém právním systému zařadit do systému práva finančního (veřejnoprávní regulace, akcent kladen na finanční prostředky) a to do jeho nefiskální části (ingerence státu ve formě právní úpravy peněžních a kapitálových operací, veřejnoprávní regulaci subjektů, instrumentů a obchodování) a v rámci nefiskální části pak do práva finančních trhů (veřejnoprávní regulací s cíli směřujícími k ochraně subjektů a udržení stability). Autorka tedy nechápe právo kapitálového trhu za přemosťující pododvětví mezi obchodním a finančním právem, ale za samostatné pododvětví nefiskální části finančního práva, tedy jako specifickou veřejnoprávní regulaci vznikající na základě jinak soukromoprávních vztahů a vystavěnou na soukromoprávních institutech.

3.2 PRÁVO KOLEKTIVNÍHO INVESTOVÁNÍ

Kolektivním investováním se rozumí podnikání, jehož předmětem je shromažďování peněžních prostředků upisováním akcií investičního fondu nebo vydáváním podílových listů podílového fondu, investování na principu rozložení rizika a další obhospodařování tohoto majetku.[17] Právem kolektivního investování je pak souhrn právních norem upravující činnost institucí kolektivního investování. Jedná se tedy o souhrn právních norem upravujících zvláštní formu podnikání, jehož předmětem je kolektivní investování (instituce kolektivního investování zprostředkovávají svým klientům nepřímou formou investici do bezpečných majetkových hodnot). Právo kolektivního investování spadá svým charakterem do práva

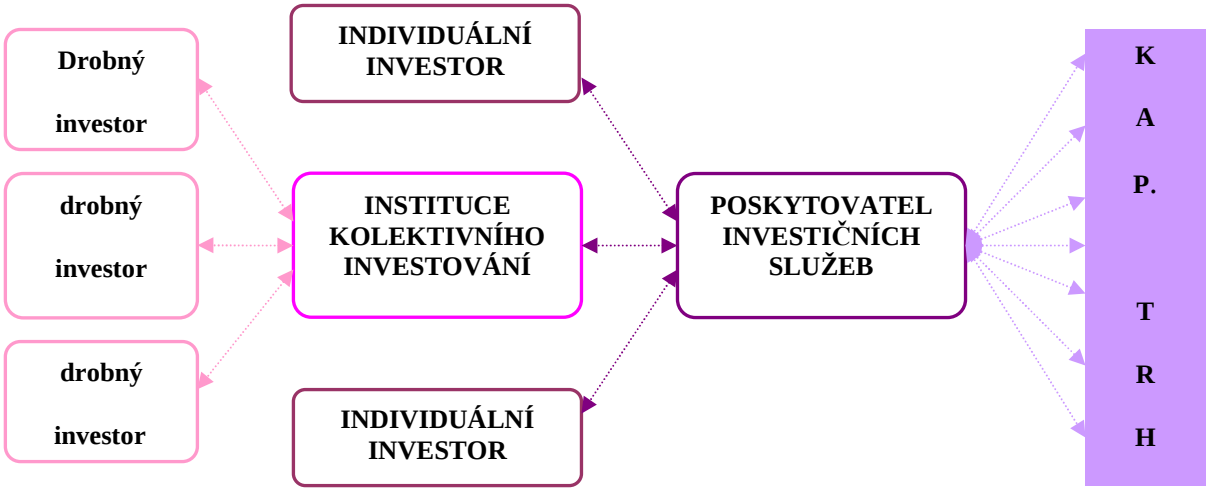
[15] KOTÁB, P. Základní finančněprávní instituty. In BAKEŠ, M. *Finanční právo*. 4. aktualiz. vyd.. Praha : C. H. Beck, 2006. s.108.

[16] HUSTÁK, Z. Kapitálový trh. In KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J., RABAN, P. *Kurs obchodního práva : právo cenných papírů*. 5.vyd. Praha : C.H.Beck, 2005. s 86.

[17] § 2 odst. 1 písm. a) zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, ve znění pozdějších předpisů.

kapitálového trhu. Otázkou však je, zda je možné právo kolektivního investování vůči právu kapitálového trhu přesně vymezit.

Obr. 3 Vztah kolektivního investování ke kapitálovému trhu



Kolektivní investování probíhá tak, že drobní individuální investoři svěří za účelem dosažení zvýšeného výnosu své disponibilní prostředky instituci kolektivního investování. Instituce kolektivního investování použije sdružené prostředky drobných investorů k nákupu cenných papírů obchodovaných na kapitálovém trhu do svého portfolia a to právě prostřednictvím poskytovatele investičních služeb. Instituce kolektivního investování se tak ocitá v postavení institucionálního investora na kapitálovém trhu.

Dle názoru autorky tedy lze za jistého zjednodušení vymezit právo kapitálového trhu v širším slova smyslu jako soubor právních norem upravujících poskytování služeb v oblasti kapitálového trhu a postavení institucionálních investorů a finančních zprostředkovatelů, úpravu nástrojů kapitálového trhu a veřejnou nabídku cenných papírů, fungování organizovaných trhů a vypořádání obchodů a ochranu kapitálového trhu a investorů.[18] Ze zastřešujícího práva kapitálového trhu v širším slova smyslu je pak možno vyčlenit právo kapitálového trhu v užším slova smyslu a právo kolektivního investování jako dva souběžně postavené soubory právních norem upravujících činnost poskytovatelů investičních služeb na

[18] Srov. § 1 zákona č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, ve znění pozdějších předpisů a HUSTÁK, Z. Kapitálový trh. In KOTÁSEK, J., POKORNÁ, J., RABAN, P. *Kurs obchodního práva : právo cenných papírů*. 5.vyd. Praha : C.H.Beck, 2005. s 86.

kapitálovém trhu nebo činnost institucí kolektivního investování a současně ochranu investorů jinak soukromoprávních vztahů.

Obr. 4 Vymezení práva kolektivního investování

4. ZÁVĚR

V závěru lze konstatovat, že vymezení práva kolektivního investování a jeho místa v českém právním systému není lehkým úkolem, zejména proto, že neexistuje shoda odborné veřejnosti na konkrétní podobě vnitřní systémové soudržnosti finančního práva (především pak jeho nefiskální části) a tímto chybí řádné teoretické zázemí, ze kterého by bylo možno vycházet. Autorka byla nucena suplovat tuto absenci vlastní diferenciací, kdy nefiskální část finančního práva člení na právo měnové a devizové (veřejnoprávní regulací nezbytně nutná pro fungování státu, jeho vnějších vztahů a uskutečňování finanční politiky státu s tím, že neexistuje soukromoprávní regulace upravující stejný předmět činnosti) a právo finančního trhu (veřejnoprávní regulace mající za cíl ochranu subjektů jinak soukromoprávních vztahů, tedy ingerence státu do činnosti subjektů, jejímž cílem je udržení stability).

Právo finančního trhu dále autorka dělí dle předmětu právní regulace na bankovní právo, pojišťovnické právo a právo kapitálového trhu. Právo kapitálového trhu autorka nepovažuje za přemosťující pododvětví mezi

obchodním a finančním právem, ale za samostatné pododvětví nefiskální části finančního práva, tedy za specifickou veřejnoprávní regulaci vznikající na základě jinak soukromoprávních vztahů a vystavěnou na některých soukromoprávních institutech.

Otázka členění práva kapitálového trhu není zcela jednoznačná a pohledy různých autorů na ni se tedy zákonitě liší. Dle názoru autorky však lze vysledovat určité funkční uskupení finančněprávních norem i v právu kapitálového trhu. Autorka vymezuje právo kapitálového trhu v širším slova smyslu jako soubor právních norem upravujících poskytování služeb v oblasti kapitálového trhu a postavení institucionálních investorů a finančních zprostředkovatelů, úpravu nástrojů kapitálového trhu a veřejnou nabídku cenných papírů, fungování organizovaných trhů a vypořádání obchodů a ochranu kapitálového trhu a investorů. Z práva kapitálového trhu v širším slova smyslu pak vyčleňuje právo kapitálového trhu v užším slova smyslu jako soubor právních norem upravující činnost poskytovatelů investičních služeb na kapitálovém trhu, dozor nad jejich činností a ochranu investorů a právo kolektivního investování jako soubor finančněprávních norem upravující činnost institucí kolektivního investování, dozor nad jejich činností a ochranu investorů.

Dle názoru autorky je tedy možné považovat právo kolektivního investování za část práva kapitálového trhu, které je součástí nefiskální části finančního práva.

Literature:

- Bakeš, M. Finanční právo. 4. aktualiz. vyd.. Praha : C. H. Beck, 2006. 741 s. ISBN: 80-717-9431-7
- Kotásek, J., Pokorná, J., Raban, P. Kurs obchodního práva : právo cenných papírů. 5.vyd. Praha : C.H.Beck, 2005. 728 s. ISBN 80-717-9855-X.
- Králik, J. Jakubovič, D., Šmátrala, M. Abeceda finančního práva. Bratislava : Veda, 2005. 282 s. ISBN 80-224-0851-4.
- Mrkývka P., Pařízková, I. Základy finančního práva. Brno : Masarykova univerzita, 2008. 252 s. ISBN: 978-80-210-4514-9.
- Průcha, P. Správní právo: obecná část. 6. dopl. a aktualit. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2004. 356 s. ISBN: 80-210-3350-9.
- Radvan, M. et al. Finanční právo a finanční správa – berní právo. Brno: Masarykova univerzita, 2008. 509 s. ISBN: 978-80-210-4732-7.

- Slovinský, A. a kol. Základy česko-slovenského finančného práva. Bratislava: Univerzita Komenského, 1992.

Contact – email
michaela.mozdiakova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚLOHA VEŘEJNÉ SPRÁVY PŘI REALIZACI FINANČNÍHO PRÁVA

JAN NECKÁŘ

Katedra finančního práva a národního hospodářství, Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Brno, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá úlohou veřejné správy při realizaci finančního práva. Veřejná správa jako významná součást veřejného sektoru, producent i produkce veřejných statků, závisí na úrovni veřejných financí regulovaných normami finančního práva. Mocenské ovlivňování těchto vztahů je realizováno metodami a formami veřejné správy, jejichž cílem je zajištění materiálních prostředků pro fungování produkce veřejných statků v dostatečném množství. Realizace této funkce veřejné správy je označována za finanční správu.

Key words in original language
Veřejná správa; finanční právo; Finanční správa; Metoda; Funkce; Produkce.

Abstract
The paper deals with the role of public administration in the implementation of financial law. Public administration as a major component of public sector, producer as will as a production of public goods, depends on the level of public finance regulated by financial law. Influences of these relationships are realized by methods and forms of public administration, aimed at ensuring the material resources for the operation of the production of public goods in sufficient quantities. Implementation of this function of public administration is called financial administration.

Key words
Public administration; Financial law; Financial administration; Method; Function; Production.

1. ÚVOD

Všechny oblasti fungování a života společnosti se dotýkají ve větší nebo menší míře zvláštního druhu společenských vztahů – financí, jejichž hlavním účelem je opatření peněžních prostředků pro zabezpečení materiální základny jako předpokladu a potřeby dalších účelových činností.

Veřejné finance jako jedna ze složek veřejných financí vznikají, se rozvíjejí a zanikají s postulátem zajištění fungování produkce veřejných statků veřejným sektorem. Současně platí, že veškerá veřejná moc je přímo závislá a odkázaná na objem veřejných peněz. Veřejná správa jako významná součást veřejného sektoru, producent i produkce veřejných statků, závisí na

úrovni veřejných financí. Veřejné finance vyžadují zvláštní pozornost ze strany veřejné moci, jakož i celá škála soukromých financí a jiných společenských vztahů, které mohou ovlivnit fungování veřejných financí. Mocenské ovlivňování těchto vztahů je realizováno metodami a formami veřejné správy, jejichž cílem je zajištění materiálních prostředků pro fungování produkce veřejných statků v dostatečném množství. Realizace této funkce veřejné správy je označována za finanční správu.[1]

2. VEŘEJNÁ SPRÁVA

Veřejnou správou je ve společnosti zorganizované ve stát označována správa věcí veřejných, realizovaná jako projev výkonné moci ve státě. Charakteristické pro tuto výkonnou moc je, že se jedná především o veřejnou moc, jíž je nadán v prvé řadě stát sám a dále touto mocí disponují jím aprobované subjekty povolané ke správě veřejných záležitostí.[2]

Veřejnou moc, jejíž výkon představuje veřejná správa, je dělena na moc státní a zbývající veřejnou moc, která je v určitém rozsahu a z důvodu správy veřejných věcí svěřena subjektům nestátního charakteru. Zejména se jedná o subjekty územní samosprávy. Realizace této zbývající veřejné moci však nemůže být v rozporu s mocí státní.

Na výkonu veřejné správy se za určitých okolností mohou podílet také subjekty se soukromoprávním postavením. Právě z tohoto důvodu je zcela zásadní vymezení a odlišení pojmů veřejná správa a soukromá správa. Veřejná správa jako správa veřejných záležitostí je správou ve veřejném zájmu; subjekty, které ji realizují, ji vykonávají jako právem uloženou povinnost a z pozice veřejnoprávních subjektů. Naproti tomu soukromá správa je správa soukromoprávních záležitostí, je vykonávána v soukromém zájmu soukromými osobami řídícími se vlastní vůlí a sledující vlastní cíle.

Pojem veřejná správa je užíván jak v tzv. organizačním pojetí, kdy se jím rozumí orgány veřejné správy, resp. správní orgány, tak v tzv. funkčním pojetí, kdy jde prakticky o výkon veřejné správy jako výkonu podzákonné a nařizovací činnosti těchto orgánů.[3]

Rámec veřejné správy vymezený organizačním pojetím je tedy užší než vymezení veřejné správy ve funkčním pojetí, kde jde o veřejnou správu jako

---

[1] Mrkývka, P. In Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. s. 107 an.

[2] Průcha, P. Základní pojmy a instituty správního práva. Brno, Masarykova univerzita, 1998. s. 349. ISBN 80-210-2002-4.

[3] Průcha, P. Základní pojmy a instituty správního práva. Brno, Masarykova univerzita, 1998. s. 350. ISBN 80-210-2002-4.

určitou specifickou činnost.[4] V organizačním pojetí představují veřejnou správu především stát prostřednictvím vlastních orgánů a dále jiné veřejnoprávní subjekty, které jsou představiteli a nositeli veřejné moci. Těmito veřejnoprávními subjekty jsou samosprávné veřejnoprávní korporace (územní i zájmové), které svoji subjektivitu odvozují od státu a veřejnou správu vykonávají svým jménem a ve své působnosti.

Veřejná správa ve funkčním pojetí je tedy výkonnou činností státu jako základního veřejnoprávního subjektu, uskutečňovanou prostřednictvím jeho orgánů, jakož i výkonnou činností dalších veřejnoprávních subjektů, resp. jejich orgánů, spočívající ve správě veřejných záležitostí a realizovanou jako projev výkonné moci ve státě. Svým obsahem se zaměřuje na organizování chodu veřejných záležitostí, resp. veřejných služeb, a na mocenskou ochranu veřejných zájmů. Veřejná správa jako správa státu není však výlučně činností státní povahy, nýbrž je vedle ní doplňována i činností nestátní povahy výkonného charakteru.[5]

3. FINANČNÍ SPRÁVA

Finanční správa je širší pojem než veřejná správa veřejných financí. Za finanční správu sensu largo je považována veškerá činnost, která metodami a formami veřejné správy působí na materiální základ veřejného sektoru včetně dopadu na soukromý sektor. Finanční správa sensu stricto se omezuje na činnost zejména dekoncentrovaných orgánů, co jejichž působnosti spadá realizace výkonné moci při nakládání s veřejnými peněžními prostředky, čímž se finanční správa omezuje pouze na správu veřejných financí.[6] Vhledem k provázanosti materiálního základu veřejného sektoru a veřejných financí bývá finanční správa chápána v uvedeném pojetí sensu largo.

Finanční správa je realizována dvěma činnostmi – činností finanční a činností správní.

Finanční činnost se skládá z distribučních činností, jejichž cílem je shromaždování veřejných financí ve veřejných fondech, dále z distribučních funkcí zabývající se primárně výdaji a činnostmi neutrálními. Tyto neutrální činnosti úzce souvisejí s činnostmi distribučními i alokačními, při jejich realizaci ale nedochází ke změně výše prostředků ve fondech.

---

[4] Průcha, P. Správní právo, obecná část. Brno: Doplněk, 2007. s. 58. ISBN 978-80-7239-207-0.

[5] Průcha, P. Základní pojmy a instituty správního práva. Brno, Masarykova univerzita, 1998. s. 353. ISBN 80-210-2002-4.

[6] Mrkývka, P. In Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. s. 109.

Správní činnosti jsou děleny na aktivní a pasivní. U aktivních správních činností je předpokladem vykonávání správy nositeli veřejné správy. Pasivní správní činnosti jsou činnosti adresátů veřejné správy při realizaci veřejné správy.

4. ZÁVĚR

Z výše uvedeného lze definovat finanční správu jako soubor finančních a správních činností, v jejichž rámci se uskutečňuje mnoho různorodých společenských vztahů a veřejné finance tvoří pouze jeden z nich.

Literature:

- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vyd. Praha: C.H.Beck, 2006. 822 s. ISBN 80-7179-442-2.

- Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. 1. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. 404 s. ISBN 80-210-3578-1.

- Průcha, P. Správní právo, obecná část. Brno: Doplněk, 2007. 420 s. ISBN 978-80-7239-207-0.

- Průcha, P. Základní pojmy a instituty správního práva. Brno, Masarykova univerzita, 1998. s. 349. ISBN 80-210-2002-4.

Contact – email
jan.neckar@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁSADY V ROZPOČTOVÉM PRÁVU

MARTIN NETOLICKÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Obecná část rozpočtového práva zahrnuje vedle vymezení základních pojmů a pramenů také problematiku zásad (resp. principů) rozpočtového hospodaření. Většina z nich je obsažena přímo v ustanoveních příslušných právních předpisů, jiné lze označit jako nenormativní pravidla společná pro veřejné rozpočty. Příspěvek se zabývá odrazem rozpočtových zásad v právní úpravě jednotlivých stupňů soustavy veřejných rozpočtů.

Key words in original language
Rozpočet; Rozpočtové právo; Zásady.

Abstract
The general part of the budgetary law includes in addition to the definition of basic concepts and sources, the issue of principles of budgetary management. Most of them are directly included in the provisions of relevant legislation, others can be described as unwritten rules common to public budgets. The paper deals with the principles reflected in the budget legislation for each level of the system of public budgets.

Key words
Budget; Budgetary law; Principles.

1. NEJOBECNĚJŠÍ POJETÍ ZÁSAD V ROZPOČTOVÉM PRÁVU

Právní zásady (resp. principy) lze označit v nejobecnějším smyslu za základní společná obecně uznávaná myšlenková východiska, případně zobecněná pravidla, která byla formulována v průběhu historického vývoje dle teoretických i praktických zkušeností v nejrůznějších odvětvích práva.

Pokud jsem užil přívlastek postupně rozvíjející ve snaze definovat zásady, potom jeho výběr nebyl náhodný. Předně jde o východiska myšlenková, která jsou původně nenormativní. Často jsou ovšem zásady zákonodárcem vneseny přímo do textace zákonů, přičemž jejich význam spočívá hlavně ve vyjádření hodnot a východisek, na kterých je daná právem regulovaná oblast postavena. Dále jde o principy obecně závazné, mohli bychom výstižněji říci společensky akceptované. Vedle toho musíme zdůraznit tu jejich vlastnost, že bývají společné pro určitou výseč práva, a tím vyjadřují jistou soudržnost a shodné hodnotové základy příslušné právní oblasti.

Snad největší význam mají zásady při interpretaci a aplikaci právních norem v rámci jednotlivých právních odvětví. Zásady tak často napomáhají v rámci interpretace zaplňovat mezery, které jsou a bohužel vždy budou součástí

nedokonalých normativních textů právních předpisů. Domnívám se, že zvláště v dnešní době, kdy se společnost snaží co možná nejvýstižněji a precizně upravit prostřednictvím regulace a norem společenské vztahy tak, aby vytvořila rámec svého fungování, stávají se zásady stále důležitějšími. Znalost zásad při aplikaci a interpretaci právních norem ponechává dostatečný odstup a nadhled nad danou problematikou, který je v praxi nezbytný.

Nejinak tomu je v rozpočtovém právu, které lze bezpochyby nazvat samostatným pododvětvím systému finančního práva v rámci jeho fiskální části. Význam zásad v rozpočtovém právu je mimořádný už proto, že vyjadřují nejen ony společné přístupy tohoto subodvětví finančního práva, ale také určité hodnoty veřejných financí jako takových, případně hodnoty národohospodářské či ekonomické.

2. ZÁSADY A JEJICH PROJEVY V ROZPOČTOVÉM PRÁVU

Zásady v rozpočtovém právu úzce souvisí především se sestavováním, schvalováním, hospodařením a kontrolou rozpočtových prostředků. Jejich výčet si vyžaduje pro zpřehlednění jisté členění. Nejčastěji se setkáme s členěním na:

a) univerzální (společné) rozpočtové zásady,

b) zásady rozpočtového procesu.

Vedle toho lze nalézt mnohem jednoduší a prozaičtější členění může být na:

a) zásady rozpočtového práva České republiky (s možností subsumpce do této části zásad státního rozpočtu a zásad územních rozpočtů),

b) zásady rozpočtového práva Evropských společenství.

Nemělo by asi valného smyslu na tomto místě rozebírat všechny jednotlivé zásady rozpočtového práva. Jejich detailní komentář by totiž ve skutečnosti znamenal výklad podstatné části účinné legislativy. Dovolím si provést bližší seznámení jen s některých z nich, a to především s těmi, které jsou souvisí s rozpočtovým procesem, tedy obdobím počínajícím přípravou samotného rozpočtu a končícím kontrolou, resp. hodnocením rozpočtu.

3. ZÁSADY ROZPOČTOVÉHO PROCESU

V České republice nalezneme zásady související s rozpočtovým procesem v zákoně č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla), ve znění pozdějších předpisů a v zákoně č. 250/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech územních rozpočtů, ve znění pozdějších předpisů. Jen pro připomenutí uvádím, že prvním z jmenovaných zákonů se řídí rozpočtové hospodaření hlavně státního rozpočtu, státních fondů, Národního fondu a dalších. V pořadí druhý

uvedený zákon se vztahuje na rozpočty obcí, krajů, dobrovolných svazků obcí a Regionálních rad regionů soudržnosti.

A) Zásada každoročního sestavování a schvalování rozpočtu

Jedná se o časovou omezenost použití rozpočtových prostředků. Na rozpočet pohlížíme z různých úhlů jako na peněžní fond, finanční plán, bilanci příjmů a výdajů, případně nástroj finančního hospodaření a politiky. Tato zásada vyjadřuje skutečnost, že rozpočtování je jakýmsi krátkodobým plánováním hospodaření veřejnoprávního subjektu se svěřenými prostředky z veřejných zdrojů. Hovoříme-li o každoročním sestavování a schvalování, potom je zřejmé, že toto plánování je pouze roční. Legislativa v České republice přímo stanoví, že rozpočtový rok je shodný s rokem kalendářním, tedy vždy od 1.1 do 31.12. příslušného roku. Časová omezenost se projevuje i v jiných ustanoveních zákonů upravujících rozpočtová pravidla, a to ve vztahu k převodům finančních prostředků z jednoho rozpočtového období do druhého, apod.

B) Zásada reálnosti a pravdivosti rozpočtu

Tuto zásadu bychom přímo v textu zákona hledali obtížně. Je však velmi důležitým pravidlem, z něhož vychází i celá řada dalších institutů v zákoně upravených. Právě na reálnosti a pravdivosti rozpočtu bude záležet celá jeho kvalita. Při jeho přípravě a sestavování musí být vzaty v úvahu ekonomická situace, vývoj příjmové a výdajové stránky v minulých letech, předpokládané legislativní změny v daňové oblasti, které by mohly ovlivnit rozpočet, další aspekty podstatné pro veřejné rozpočty.

Kvalita rozpočtu se odvíjí od reálnosti jeho splnění, tj. od správného a co možná nejpřesnějšího odhadu příjmové i výdajové stránky. Pravidelně každý rok Ministerstvo financí ČR zveřejní předpoklad vývoje výnosů ze svěřených a sdílených daní v následujícím roce, což je nezávazné vodítko (doporučení) pro sestavování rozpočtů územních samosprávných celků. Obvykle je takový odhad součástí návrhu státního rozpočtu na příslušný rok.

Mimořádný význam je této zásadě nutno přisoudit v období hospodářské krize. I když jsem výše upozornil na možné využití metodické pomoci Ministerstva financí, pak je nutné podotknout, že i ono se velmi mýlilo, když ještě v srpnu 2008 předpokládalo růst inkasa sdílených daní pro územní samosprávné celky v celkové výši 4%. Příchodem hospodářské recese se tento růst inkasa daní zastavil, naopak došlo k mnohdy výraznému poklesu. Za této situace se může zdát, že sestavení reálného rozpočtu je téměř nesplnitelným úkolem. Jakkoliv si ministerstvo vysloužilo kritiku z mnoha stran, že nedokázalo předpovědět vývoj ekonomiky, na jeho obranu je nutno uvést, že vycházelo z tehdy známých údajů, i když i ty zaznamenávaly jistý obrat ve vývoji.

Vedle příjmové predikce je nezbytné odhadnout i výdajovou část rozpočtu, investiční a neinvestiční výdaje, které lze očekávat. Výdaje neinvestičního

charakteru bývají dlouhodobě velmi stabilní s tendencí pravidelného mírného nárůstu. Jejich největší část je tvořena tzv. mandatorními výdaji, které jsou určeny přímo ze zákona, někdy označované jako nárokové výdaje. Plánování investičních výdajů by mělo vycházet až z důkladné analýzy neinvestičních výdajů a též očekávaných příjmů. Často se vychází z metody vyjádření minimálních nutných příjmů a maximální výše výdajů příslušného rozpočtu.

Dalo by se obecně říci, že čím je kvalitnější odhad, tím méně jsou potom potřeba změny rozpočtu v průběhu rozpočtového roku ve formě rozpočtových opatření. Přijímání častých rozpočtových změn vede k tomu, že samotný rozpočet je méně přehledný a jeho výsledná podoba se potom zásadně liší od podoby původně schválené v návrhu.

Na tomto místě je dobré připomenout pomocný nástroj střednědobého finančního plánování, a to rozpočtového výhledu, který může pomoci při sestavování rozpočtů na jednotlivé roky. Při zpracování ročního rozpočtu by se mělo totiž vycházet z rozpočtového výhledu, který má na příkladu územních rozpočtů zahrnovat souhrnné základní údaje o příjmech a výdajích, o dlouhodobých pohledávkách a závazcích, finančních zdrojích a potřebách dlouhodobě realizovaných záměrů. Rozpočtový výhled je dokladem snahy zákonodárce, aby rozpočty nebyly sestavovány bez dlouhodobé vize, ale vždy s delší časovou perspektivou. K tomuto má institut rozpočtového výhledu přispět. Patrná je též snaha o to, aby takovéto výhledy a návazně i rozpočty nebyly sestavovány nahodile, ale dle skutečně navázaných nebo předpokládaných právních vztahů.

C) Zásada účelovosti

Tato zásada vyjadřuje skutečnost, že rozpočtové prostředky mohou být použity pouze k účelům, pro které byly určeny. Mezi ně příkladně patří krytí nezbytných potřeb, opatření zakládající se na právních předpisech, zajištění chodu orgánů a organizací, apod. Jedná se tedy o zásadu, která se týká především výdajové stránky rozpočtu. Existuje však též účelovost mezi příjmy a výdaji, která je typická zejména pro systém poskytování dotací. Některé dotace, jakožto rozpočtové příjmy územních rozpočtů bývají poskytovány za předem daných podmínek pro konkrétní stanovený účel. Je proto nutné tyto přijaté prostředky ve formě účelových dotací k příslušnému účelu použít.

Každá rozpočtová položka, ve struktuře dle rozpočtové skladby, je mj. také přesným vyjádřením účelu, na který mají být stanovené prostředky využity. Tyto prostředky mohou být čerpány pouze do výše určené v rozpočtu. Praxe samozřejmě ukazuje, že není možné dopředu a zcela přesně naplánovat veškeré položky. Třeba u výdajů na investice mohou vzniknout nejrůznější vícenáklady, které nešlo předpokládat. Taková situace se řeší schvalováním změn rozpočtu ve formě rozpočtových opatření.

Nedodržení účelovosti použití rozpočtových prostředků bývá považováno za porušení rozpočtové kázně, což ve svém důsledku může vést až k finančnímu postihu.

Zásada účelovosti se uplatňuje v rozpočtovém právu poměrně často. Ve vzájemných vztazích mezi státním rozpočtem a územními rozpočty, kde hrají důležitou roli dotace, se s ní setkáváme na denním pořádku. Stát i územní samosprávné celky poskytují účelové dotace právě proto, aby podpořily určité aktivity a realizovaly tak svoji politiku, k čemuž slouží stanovení podmínek užití vymezených prostředků.

D) Zásada úplnosti a jednotnosti rozpočtu

V tomto případě jde o zásadu, která akcentuje jednotnou rozpočtovou skladbu, tj. vnitřní klasifikaci tak, aby rozpočet byl přehledný s možností jednoduché orientace. Vnitřní úprava rozpočtu je důležitá také pro kvalitní analytické srovnávací práce. Meziroční komparace jednotlivých položek zjednodušuje také přípravy rozpočtů na další období.

E) Zásada dlouhodobé vyrovnanosti

Při sestavování rozpočtu by měla být snaha o vyrovnané hospodaření s rozpočtovými prostředky. Vyrovnaností rozumějme situaci, kdy rozpočtové výdaje odpovídají rozpočtovým příjmům. Hospodaří-li příslušný celek tak, že výdaje v rozpočtu převyšují jeho příjmy, pak hovoříme o schodkovém (deficitním) rozpočtu, nastane-li opačný případ, kdy jsou rozpočtové příjmy vyšší než výdaje, pak je rozpočet přebytkový (suficitní). Autoři se shodují, že krátkodobě mohou existovat schodkové rozpočty, takový jev by ovšem neměl být trvalý.

Upozorňuji na to, že vyrovnaný rozpočet je pouze ten, když rozpočtové příjmy odpovídají rozpočtovým výdajům bez zapojení financování. Někdy se setkáváme s názory, že rozpočet je vyrovnaný, když příjmy a financování (např. úvěr) na jedné straně odpovídá výdajům na straně druhé. Jednoduše řešeno levá strana se rovná pravé. Není tomu tak. I když zapojíme pouhé přebytky z minulých let, jde o financování, kterým zapojujeme prostředky z jiného rozpočtového období, proto musí být rozpočet též schodkový.

F) Zásada publicity

Hospodaření s jakýmikoliv veřejnými financemi by mělo být dostatečně průhledné, transparentní a efektivní. K tomuto slouží také zásada publicity, jejíž hlavním cílem informování veřejnosti, případně její zapojení do rozpočtového procesu tím, že legislativa dává jistá oprávnění, jak se k návrhům rozpočtů vyjádřit.

Praktickým promítnutím této zásady je zveřejňování návrhu rozpočtu před jeho projednáním a schvalováním. Účast veřejnosti považuji za důležitou součást projednávání jakéhokoliv materiálu v příslušném zastupitelském

orgánu. Přestože veřejnost přílišný zájem neprojevuje, i pouhá teoretická možnost jejího zapojení do rozpočtového procesu znamená důležitou součást kontroly veřejnosti nad hospodařením s veřejnými prostředky.

4. ZÁVĚR

Nelze pochybovat o tom, že zásady jsou nezbytnou součástí každého právní odvětví. Rozpočtové právo není výjimkou a obsahuje celou řadu těchto obecných pravidel společných pro hospodaření s veřejnými prostředky v rámci veřejných peněžních fondů, které nazýváme rozpočty. Ve svém příspěvku jsem chtěl poukázat jen na některé z nich. Myslím, že sekce "Obecná část finančního práva" letošní konference byla ideální příležitostí pro zamyšlení nad tímto tématem.

Literature:

- Pařízková, I.: Finance územní samosprávy, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 238 s., 978-80-210-4511-8
- Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, Praha: C.H.Beck, 2007, 248 s., ISBN 978-80-7179-598-8
- Netolický, M.: Rozpočty obcí v naší legislativě, Brno: Tribun EU, 2008, 50 s., ISBN 978-80-7399-340-5
- Ministerstvo financí: Státní závěrečný účet územních rozpočtu za rok 2008
- Ministerstvo financí: Návrh zákona o státním rozpočtu na rok 2010, Část G - Finanční hospodaření územních samosprávných celků, dobrovolných svazků obcí a Regionálních rad RS

Contact – email
m.netolicky@email.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OBECNÁ ČÁST ROZPOČTOVÉHO PRÁVA

IVANA PAŘÍZKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá problematikou existence obecné části v rozpočtovém právu. Autorka nastiňuje jednotlivé obecné pojmy v souvislosti s veřejnými rozpočty, definuje základní instituty a současně se zaměřuje na charakteristiku subjektů rozpočtového práva. Navazující část popisuje základní zásady rozpočtového práva.

Key words in original language
Obecně pojem rozpočet; rozpočtová politika; hospodářská politika; subjekt rozpočtového práva; obecně pojem zásady rozpočtového práva; univerzální zásady.

Abstract
Contribution deals with the problem of the existence of the general budget law. The author outlines various general concepts related to public budgets, defines the basic institutes, while focusing on the characteristic entities of the financial law. Follow section describes the basic principles of budgetary law.

Key words
General concept of the budget; budget policy; economic policy; agency budget; general concept of the budget law; universal principles

Pojem rozpočet neboli budget je slovo anglické, které vzniklo ze starofrancouzského boulgette což znamenalo kožený vak na peníze.[1]

Rozpočtem v nejširším slova smyslu se rozumí přehled vydání nějakého soukromého nebo veřejného hospodářství pro určité období a přehled příjmů taktéž pro určité rozpočtové období.[2]

Nalézt v odborné literatuře jednoznačnou definici pojmu rozpočet není možné. Důvodem je především to, že rozpočet sehrává dvojí roli ve společnosti a to roli hospodářskou a roli státoprávní. Podle toho, která role vystupuje do popředí, je i jednotlivými odborníky rozpočet charakterizován. Zpravidla bývá rozpočet posuzován ze stránky hospodářské a to jako číselný hospodářský plán pro určité, časově omezené jednoroční období, jehož hlavní náplní jsou příjmy i výdaje spojené s tímto obdobím.

[1] Ottův slovník naučný sv. IV., J. Otto, Praha 1891, s. 223.

[2] Všeobecný slovník právní Fr.Xaver Veselý, Praha 1899,

Z historického hlediska lze rozpočet chápat jako produkt historického vývoje společnosti a její ekonomiky.[3] Vznik státního rozpočtu je reakcí na vzrůstající společenské potřeby veřejné instituce se specifickým účelem,kterým by bylo podílení se na dotváření a zlepšování životních podmínek lidí s možností uplatnit dílčí solidaristické prvky. Vývoj společnosti ukazuje, že období předcházející vzniku státního rozpočtu lze charakterizovat v dějinném kontextu požadavkem na tvorbu nejrůznějších pokladen. Prvotní příčinou byla trvalá poptávka po zdrojích financování válečných akcí a druhotnou pak zájem na tlumení následků přírodních kalamit. Za první veřejné rozpočty v modernějším pojetí lze považovat rozpočty státní z 19.století. V této době se přerozdělování národního důchodu státním rozpočtem omezovalo v podstatě na získání státních příjmů ke krytí výdajů spojených s udržováním státního aparátu, státních zařízení a armády. V té době rozpočtová politika byla skutečně jen fiskální politikou, politikou státní pokladny. S rozvojem sociální a ekonomické funkce státu objem rozpočtového fondu v porovnání s národním důchodem stoupal. [4]

V tržní ekonomice má ovlivňování ekonomických procesů rozpočtovou politikou své ekonomické meze, které jsou dány rozumnou hranicí rozsahu centralizovaného způsobu přerozdělování národního důchodu. Pokud toto přerozdělování překročí určitou mez zvláště mezi podnikovou sféru, může působit proti smyslu fungování svobodného trhu, tedy systému tzv. tržní samoregulace.[5]

V teorii veřejných financí prezentované v Evropské unii převládá názor, že fungování rozvinuté tržní ekonomiky je možné jen za předpokladu, že systém tržní regulace bude v odůvodněných případech doplněn účinným systémem státních regulačních zásahů.

Vzhledem k takovéto v podstatě velké účinnosti rozpočtové politiky se pojem finanční politika dosti často chápe jen jako rozpočtová politika a takto zúženě chápaná finanční politika se staví vedle měnové a devizové politiky. Z hlediska celkové hospodářské politiky však rozpočtová, měnová a devizová politika spolu natolik bezprostředně souvisí a navzájem se prolínají, že se jeví jako teoreticky správnější a prakticky účelnější chápat je jako úseky téhož procesu finanční politiky.[6]

Obecně o subjektech rozpočtového práva a subjekt rozpočtově právního vztahu

---

[3] K tématu blíže Bakeš, M. a kol.: Finanční právo IV. aktualizované vydání, C.H.Beck, Praha 2006, s. 114.

[4] Viz. Vybíhal, V.: Veřejné finance, E.I.A.,Hradec Králové 1995, s. 43. a následující

[5] Srovnej Mrkývka, P.: Finanční správa, MU, Brno 1997, s. 19.

[6] Mrkývka, P.: Finanční správa, MU, Brno 1997, s. 39.

Subjekty rozpočtového práva jsou možnými účastníky finančně právních vztahů, prostřednictvím kterých se realizují normy objektivního finančního práva. K tomu, aby se subjekty rozpočtového práva staly reálnými subjekty rozpočtově právních vztahů, musí nezbytně přistoupit určitá právní skutečnost předpokládaná rozpočtovou normou, která je nezbytnou podmínkou vzniku rozpočtově právního vztahu. Subjekt rozpočtového práva je tedy právní normou vymezený, stanovený a určený nositel práv a povinností. Subjekt rozpočtově právního vztahu je pak účastník konkrétního vztahu regulovaného rozpočtovou právní normou. Mezi rozpočtově právní normou a vznikem rozpočtově právního vztahu stojí jako nezbytná podmínka rozpočtově právní skutečnost, v jejímž důsledku dochází ke vzniku všech dalších komponentů rozpočtově právního vztahu, tedy i k transformaci subjektu rozpočtového práva na subjekt rozpočtově právního vztahu. Vzájemný vztah pojmů subjekt rozpočtového práva a subjekt rozpočtově právního vztahu vyplývá především z toho, že subjekt rozpočtového práva je nositelem subjektivního práva a subjekt rozpočtově právního vztahu realizátorem tohoto subjektivního práva.[7]

Subjekt rozpočtového práva je vymezen rozpočtovou normou či normou jiného odvětví práva, na kterou finančně právní norma odkazuje, zatímco subjekt rozpočtově právního vztahu je konkrétní subjekt, který má práva a povinnosti vyplývající z konkretizovaného roletově právního vztahu.[8]

Konkrétní subjekty rozpočtového práva

Pokud bychom brali v úvahu nejobecnější kriterium členění subjektů rozpočtového práva, tak za ně považujeme, jak již bylo zmíněno výše fyzické osoby, právnické osoby a stát. Mezi další subjekty rozpočtového práva patří i organizační jednotky, které nemají právní subjektivitu, což znamená, že nejsou právnickými osobami (například organizační složky územních samosprávných celků). I přes to, že tyto subjekty nemají právní subjektivitu, tak i přes to jim rozpočtové právo přiznává být subjektem těchto právních vztahů.

Kromě státu jsou za subjekty rozpočtového práva považovány orgány státu a správní úřady, i když některé tyto správní úřady nemají právní subjektivitu, tak i přes to jsou subjektem rozpočtového práva, přičemž například za zmínku stojí ministerstvo financí a správci jednotlivých kapitol státního rozpočtu.

Dalšími subjekty rozpočtového práva jsou:

- obce

[7] Srovnej Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa 1. díl, Masarykova univerzita Brno, 2004, s. 75.

[8] Bakeš, M. a kol.: Finanční právo IV. aktualizované vydání, C.H.Beck, Praha 2006

- kraje
- dobrovolné svazky obcí
- státní fondy
- Regionální rady regionů soudržnosti
- Příspěvkové organizace státu či územních samosprávných celků
- Všeobecná zdravotní pojišťovna
- Česká konsolidační agentura
- státní podniky, apod.[9]

Souhrnně subjektem rozpočtového práva jsou ti, kteří jsou napojeni různou měrou na státní rozpočet či jiný veřejný peněžní fond, popřípadě hospodaří s majetkem státu nebo územního samosprávného celku. [10]

Další subjekty rozpočtového práva podle doc. Markové lze označit jako rozpočtové jednotky, které jsou napojeny na veřejné rozpočty, přičemž je můžeme označovat jako jednotky s právní subjektivitou, tak i jako jednotky bez právní subjektivity.

Tyto jednotky po té ještě můžeme rozlišovat na jednotky na celostátní úrovni a na jednotky na místní úrovni:

- rozpočtové jednotky státu
- místní rozpočtové jednotky.

Zásady uplatňované ve finančním a rozpočtovém právu

Pro určení zásad rozpočtového práva je třeba provést zobecnění principů platných v rámci jeho jednotlivých systémů nižších řádů a určit, zda se jedná o principy platné v rámci celého pododvětví.

Zásady rozpočtového práva představují jednak obecné principy tvorby rozpočtového práva a jednak principy nutné pro odpovídající použití jeho právních norem. Obě roviny zásad jsou samozřejmě provázány, vzájemně se doplňují, překrývají. V obou rovinách lze podobně jako v jiných odvětvích

[9] Srovnej Bakeš, M. a kol.: Finanční právo V. aktualizované vydání, C.H.Beck, Praha 2009

[10] Srovnej Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, C. H. Beck, Praha, 2007, s. 78.

práva rozlišovat zásady obecné jako obecné principy platné pro celý právní řád, zásady veřejnoprávní, tedy principy uplatňované v odvětvích práva majících tzv. veřejnoprávní charakter. Zbývající principy jsou již specifické zásady, které jsou vlastní výlučně rozpočtovému právu.[11]

Současně za zmínku stojí i to, že je nutné rozlišovat zásady hmotně právní a procesně právní.

Obecné principy finančního práva jsou:

1. zásada demokratismu,

2. zásada legality

3. zásada legitimity.[12]

Ad. 1.) Zásada demokratismu je obecným principem zakotveným již v čl. 1 Ústavy ČR, který vychází z podstaty České republiky jako demokratického státu založeného na úctě k právům a svobodám člověka a občana.

Ad. 2.) Zásada legality je jedním ze základních principů platných v právním státu kontinentální právní kultury. Vzhledem k mocenskému charakteru finančně právních vztahů ten ze subjektů, který má povahu orgánu státní moci, je oprávněn tuto moc uplatňovat jen v souladu se zákonem, který stanoví případy, meze a způsoby jejího uplatnění, čili může činit jen to, k čemu je zákonem oprávněn nebo co je mu přikázáno. Naopak adresát mocenského působení, většinou adresát finanční správy, není-li sám orgánem státní moci, může činit vše, co není zákonem zakázáno a nemůže být nucen k něčemu, co zákon neukládá.

Ad. 3.) Zásada legitimity je posledním z principů uplatňovaných ve finančním právu a rozpočtovém právu při jeho realizaci, kdy mocensky nadřazený subjekt se tímto subjektem stává jedině a toliko na základě zákona.[13]

Specifické zásady uplatňované v rozpočtovém právu

Všechny rozpočty mají řadu společných rysů, zejména pokud jde o proces jejich navrhování či schvalování, rovněž tak kontrola či sankce uplatňované

[11] Mrkývka, P.: Přednáška Finanční právo I., přednáška, Právnická fakulta MU, 2007, sylaby k přednášce-nepublikováno

[12] Srovnej Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, Masarykova univerzita, Brno, 1998

při porušení stanovených pravidel jsou obdobné. Tyto společné rysy upravuje stát zákonem a jsou označovány jako rozpočtové zásady. Při hospodaření s rozpočtovými prostředky musí subjekty-adresáti, kterých se to týká, dodržovat další pravidla či zásady, které stanoví zákon a to zákon o rozpočtových pravidlech, tak i předpisy vydané k jeho provedení.

Rozpočtové zásady představují určitý systém poznatků, zkušeností, které se nahromadily v průběhu historického vývoje státního rozpočtu a ostatních veřejných rozpočtů, a současně i rozpočtového procesu, které odrážejí určité zákonitosti a kterými se vyjadřují určité skutečnosti. Tyto zásady dělíme:[14]

- zásady univerzální
- zásady uplatňované v rozpočtovém procesu
- zásady při řízení rozpočtového procesu
- na zásady, které se uplatňují při hospodaření s rozpočtovými prostředky.[15]

Nejdůležitější pro obecnou část rozpočtového práva jsou zásady univerzální, které mají v podstatě univerzální platnost pro celou soustavu veřejných rozpočtů a patří mezi ně zásada:[16]

a) úsilí o dosažení maximálních příjmů a optimální využívání a úspornost na vynakládání výdajů,

b) zásada včasnosti tzv. publicity veřejných rozpočtů a vyrovnanosti rozpočtů,

c) povinné provádění změn schváleného rozpočtů,

d) vymezení odpovědnosti za rozpočtové hospodaření,

e) časové použití rozpočtových prostředků,

f) účelovost rozpočtových prostředků

---

[14] Srovnej Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, Masarykova univerzita, 2. přepracované vydání, Brno, 2008

[15] Srovnej Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, Masarykova univerzita, Brno, 2008

[16] Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, 2. přepracované vydání, Masarykova univerzita, Brno, 2008

g) zásada každoročního sestavování a schvalování veřejných rozpočtů,

h) zásada reálnosti a pravdivosti veřejných rozpočtů,

i) zásada úplnosti veřejných rozpočtů,

j) zásada jednotnosti veřejných rozpočtů,

k) zásada přehlednosti veřejných rozpočtů.[17]

Toto pořadí jednotlivých zásad nemá žádný podstatný význam pro hodnocení jejich důležitosti nebo priority pro jejich dodržování, ale jen vyplývá z jejich logické návaznosti.[18]

Literature:

- Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, C. H. Beck, Praha, 2007,
- Pařízková, I.: Finanční právo Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2005
- Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa 1. díl, Masarykova univerzita Brno, 2004, 80-210-3578-1
- Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, 2. přepracované vydání, Masarykova univerzita, Brno, 2008
- Pařízková, I.: Finance územních samosprávných celků, Masarykova univerzita, Brno, 1998, 80-210-1997-2
- Bakeš, M. a kol.: Finanční právo V. aktualizované vydání, C.H.Beck, Praha 2009
- Bakeš, M. a kol.: Finanční právo V. aktualizované vydání, C.H.Beck, Praha 2009

[17]Srovnej Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, C. H. Beck, Praha, 2007, Pařízková, I.: Finanční právo Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2005 a Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa 1. díl, Masarykova univerzita Brno, 2004

[18] Srovnej Marková, H., Boháč, R.: Rozpočtové právo, C. H. Beck, Praha, 2007, Pařízková, I.: Finanční právo Finance územní samosprávy, Masarykova univerzita Brno, 2005 a Mrkývka, P. a kolektiv autorů: Finanční právo a finanční správa 1. díl, Masarykova univerzita Brno, 2004

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
Ivana.Parizkova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

METODA REGULACE V DAŇOVÉM PRÁVU

MICHAL RADVAN

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Specializace právních věd se vyvíjí postupně a povětšinou v závislosti na různosti předmětu poznání. Každá věda si předmět poznání v procesu svého vývoje vymezuje sama a u každé z nich trvají diskuze o tom, co je jejím předmětem, čím je tento předmět vymezen, kde jsou jeho hranice odlišující jej od předmětu jiných právních věd. Právní věda je tedy živou vědou, která se neustále rozvíjí. A právě v této souvislosti je třeba zahájit i v České republice diskuzi tom, zda je tu prostor pro vědu daňového práva a o tom, zda je možné berní právo (daňové právo) považovat za samostatné právní odvětví. Odpověď na tuto otázku můžeme nalézt ve splnění tzv. odvětvotvorných kriteriích, ze která jsou považována samostatný a specifický předmět právní úpravy, systém a systémová soudržnost norem, společenská akceptace odvětví a metoda právní regulace, které je věnována pozornost v následujícím příspěvku.

Key words in original language
Daňové právo; předmět právní regulace; metoda právní regulace.

Abstract
Specialization of legal science is evolving gradually and largely depending on the diversity of object knowledge. Every science defines its object knowledge during its development process and lasting debate on what is the object of the science, how is this object defined, where are its boundaries distinguishing it from an object of other legal sciences. Legal science is a living science that is constantly developing. In this context the discussion should be initiated in the Czech Republic whether there is a place for tax law science and whether tax law can be considered separate branch of legal science. The answer to this question can be found in the meeting of so-called branch-of-legal-science-creating criteria: a separate and specific object of legal regulation, systems and systemic coherence of legal norms, social acceptance, and the method of legal regulation, which is described in the following paper.

Key words
Tax law; object of legal regulation; method of legal regulation.

1. ÚVOD

Specializace právních věd se vyvíjí postupně a povětšinou v závislosti na různosti předmětu poznání. Každá věda si předmět poznání v procesu svého vývoje vymezuje sama a u každé z nich trvají diskuze o tom, co je jejím předmětem, čím je tento předmět vymezen, kde jsou jeho hranice odlišující

jej od předmětu jiných právních věd.1 Právní věda je tedy živou vědou, která se neustále rozvíjí.

A právě v této souvislosti je třeba zahájit i v České republice diskuzi tom, zda je tu prostor pro vědu daňového práva a o tom, zda je možné berní právo (daňové právo) považovat za samostatné právní odvětví. Odpověď na tuto otázku můžeme nalézt ve splnění tzv. odvětvotvorných kriteriích, ze která jsou považována:

- samostatný a specifický předmět právní úpravy,

- metoda právní regulace,

- systém a systémová soudržnost norem,

- společenská akceptace odvětví.

Pro další výklad je třeba specifikovat rozdíly mezi pojmy „berní“ a „daňové“ právo, resp. mezi pojmy „berně“ a „daň“. Daň je pojem ekonomický i právní, avšak v našem právním řádu není nijak přesně definován. Finanční teorie definuje daň jako povinnou, zákonem předem sazbou stanovenou částku, kterou se více méně pravidelně odčerpává na nenávratném principu část nominálního důchodu ekonomického subjektu ve prospěch veřejného peněžního fondu bez poskytnutí ekvivalentního protiplnění.2

Jiného ekonomického i právního charakteru než daně jsou poplatky. Poplatek je peněžitou dávkou zákonem stanovenou, nenávratnou, vybíranou státem nebo jinými veřejnoprávními korporacemi za zákonem stanovené úkony jejich orgánů. Poplatek na rozdíl od daně je dávkou nepravidelnou s ekvivalentem, tedy je vybírán ad hoc za protiplnění ze strany státu nebo jiné veřejnoprávní korporace. Tím se více podobá ceně a také nesprávně je někdy cena soukromého statku uváděna jako poplatek (poplatek za šatnu, poplatek za úschovu zavazadla, poplatek za použití WC apod.). Některé dávky nesou označení „poplatek“, přitom plně naplňují finanční definici daně a postrádají elementární znaky skutečných poplatků. Jedná se zejm. o místní poplatek ze psů, který svou konstrukcí připomíná spíše daň ze psů. Nicméně členění příjmů veřejných rozpočtů na daně a poplatky je již v praxi zastaralé a překonané a ztrácí čím dál tím více na významu. Vždyť vzhledem k určení výnosu můžeme konstatovat, že silniční daň je spíše

1 Knapp, V. Teorie práva, Praha: C.H.Beck, 1995, str. 4.

2 Obdobně angloamerická literatura definuje daň jako peněžní částku, kterou vláda uvaluje na fyzické osoby, právnické osoby, majetek a transakce k zajištění veřejných (státních) příjmů. in: Garner, B. A. (ed.). Black`s Law Dictionary. St. Paul: West, 2004, s. 1496. K definicím pojmů „daň“, „poplatek“ a „clo“ se vyjadřuje rovněž Hudcová, Z. Možné definice pojmů daň, poplatek a clo z hlediska výuky předmětu finanční právo. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 3–4/2003, s. 89-95.

poplatkem (celý výnos směřuje do SFDI, z něhož jsou financovány opravy a modernizace dopravní infrastruktury). Na druhé straně se v mnoha obcích z poplatku ze psů stává daň ze psů (není poskytována žádná protislužba, a to ani v instalaci odpadkových košů se sáčky na exkrementy). Z hlediska daňověprávní teorie je však třeba na rozlišení mezi daněmi a poplatky i nadále trvat a prosazovat jej.

Pro úplnost je třeba poznamenat, že pojmy „daň" a „poplatek" nejsou v právním řádu České republiky ani definovány. Pouze v zákoně č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů, je vyjádřena legislativní zkratka daň,3 podle níž je daní každá daň (v užším, tedy ekonomickém smyslu), poplatek, odvod, záloha na tyto příjmy a odvod za porušení rozpočtové kázně. Tato legislativní zkratka však nemůže nahradit chybějící definici pojmu „daň". Bylo by případnější použít souhrnného termínu starší československé právní i ekonomické teorie a praxe, a to pojmu „berně", která byla chápána jako majetkové plnění ve prospěch veřejné korporace nebo fondu, stanovená autoritativně, pokud to není plnění uložené na základě soukromoprávní normy nebo jako sankce pro chování odporující právnímu řádu.4

Pro další výklad bude použito termínu „daň" v rozsahu zmíněné legislativní zkratky, pokud nebude třeba její složky rozlišovat. Stejně tak termín „daňové právo" bez bližšího vymezení bude používán jako synonymum pojmu „berní právo".

2. PŘEDMĚT DAŇOVÉHO PRÁVA

Předmětem daňového práva jsou společenské vztahy, jejichž objektem jsou daně, poplatky a případné odvody, pokud jsou příjmem státního rozpočtu, územních rozpočtů, státních fondů nebo Národního fondu („berně"). Jsou to takové vztahy, které vznikají, realizují se a zanikají v procesu tvorby veřejných peněžních fondů. Primárním účelem regulace je zajištění materiálního základu pro následné poskytování veřejných statků, a to cestou naplňování veřejných fondů. Je nepochybné, že se vždy bude jednat o vztahy s ekonomickým charakterem. Na obsah je regulujících právních norem, při jejich tvorbě, interpretaci a aplikaci, má vliv i v daném státě uplatňovaný typ ekonomiky a ekonomický model odvíjející se od hospodářské politiky vlády. Daňověprávní vztahy jsou peněžními vztahy sui generis, kdy objektem těchto vztahů jsou veřejné peněžní prostředky, tedy pohledávky veřejných fondů za daňovými subjekty a dalšími subjekty s obdobným postavením. Nejedná se o peněžní vztahy v rámci soukromých financí, avšak i určité vztahy z kategorie soukromých financí mohou na základě zákona představovat finanční skutečnosti zakládající vznik, změnu

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

4 Matura, A. Změnitelnost správních aktů berních. Bratislava: Hospodárstvo a právo, 1937.

nebo zánik peněžního vztahu spadajícího do kategorie daňověprávních vztahů, tedy do předmětu berního práva.5 Daňověprávní vztah je třeba považovat za vztah bez ekvivalentu, bez přímého protiplnění veřejného peněžního fondu, resp. správce fondu, subjektu plnícímu svoji daňověprávní povinnost. Můžeme též konstatovat, že v rámci těchto vztahů jsou plnění nejenom neekvivalentní, ale též nenávratná.

Z výše uvedených zásad je patrné, že předmětné vztahy mají mocenský charakter: jeden z účastníků je nadán ze zákona mocenskou převahou, a to s mocí vynutit si plnění povinností pohrůžkou sankce nebo přímo uplatněním sankce ze zákona a v jeho mezích, druhý účastník je ze zákona povinen zákonem stanovenou povinnost splnit, strpět kontrolu plnění povinnosti a podrobit se případné sankci, avšak vše potud, pokud mocensky nadřazený subjekt postupuje v mezích oprávnění, prostředků a postupem stanoveným zákonem. Na rozdíl od předmětu odvětví práva řazených mezi tzv. soukromoprávní odvětví, kdy tyto společenské vztahy můžeme klasifikovat jako vztahy horizontální (,,rovného s rovným“), vztahy regulované berním právem patří do kategorie vztahů veřejnoprávních, tedy vztahů mezi subjekty v nerovném postavení – vztahy vertikální, a vzhledem k metodě regulace, také případně diagonální.

3. SYSTÉMOVÁ SOUDRŽNOST NOREM

Systémová soudržnost představuje míru vzájemných vztahů norem dané výseče právního řádu, nakolik normy této výseče jsou k sobě vázány oproti normám jiných právních odvětví. Právní odvětví není osamoceným ostrovem v moři právního řádu, ale normy určitého odvětví mají určitý vztah (i když slabší) k normám jiného odvětví. Nejtěsnější vazby jsou mezi normami upravující stejnou kategorii společenských vztahů (např. soubor právních norem upravujících společenské vztahy, jejichž objektem je daň z příjmů fyzických osob, a to ze závislé činnosti a funkčních požitků), dále budou následovat normy upravující vztahy s ohledem na méně konkretizovaný objekt těchto vztahů (daň z příjmů fyzických osob), po nich normy vztahující se k oběma důchodovým daním (jak k dani z příjmů fyzických osob, tak k dani z příjmů právnických osob) a konečně normy daňového práva – normy vztahující se ke všem daním (zde půjde především o obecné instituty, zásady a principy platné pro celé daňové právo). Mimo daňové právo budou vazby tak těsné, nakolik se právní úprava vzájemně prolíná (např. nakolik na sebe vzájemně odkazuje). Větší míra vazeb by měla být mezi daňovým právem a ostatními veřejnoprávními odvětvími.

Systémovou soudržnost norem berního práva je třeba rozdělit na vnější systémovou soudržnost vyjadřující vztah k dalším odvětvím právního řádu a

5 Podrobněji viz Mrkývka, P., Radvan, M. Berní právo – obecná ustanovení. in: Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2008, s. 57-58.

vnitřní systémovou soudržnost, tj. systém berního práva. Z hlediska vztahu k dalším právním odvětvím je třeba uvést na prvním místě právo ústavní, dále finanční a správní (především v souvislosti s obdobnou metodou regulace), trestní a životního prostředí. V rámci procesněprávních norem zmiňme občanské právo procesní. Zdánlivě volnější by měla být vazba k soukromoprávním odvětvím, avšak normy daňového práva využívají některých institucí a institutů upravených normami občanského práva, obchodního práva, rodinného práva nebo pracovního práva. Daňové právo, jakož i celý právní řád České republiky, je ovlivňováno právem evropským a mezinárodním.

Vnitřní systémová soudržnost je vyjádřena v systémovém uspořádání berního práva. Daňové právo může být členěno obdobně jako další právní odvětví na část obecnou a zvláštní. Z doktrinálního a didaktického pohledu na berní právo jeho obecnou část tvoří všeobecné poznatky o daňovém právu, jeho předmětu, normách a vztazích.6 Při zkoumání daňového práva lze postupně dospět k názoru, že ačkoliv není obecná část daňového práva kodifikována, lze vystopovat určité instituty obecného charakteru, které se dotváří v rámci jednotlivých částí daňového práva, jakož i určité obecné principy platné pro celé daňové právo, které slouží pro jeho tvorbu, realizaci a interpretaci. Je otázkou dalšího vývoje daňového práva, na kolik se podaří vytvářet z něho harmonický celek, používající jednotnou terminologii, zásady, právní instituty platné pro veškeré daňověprávní vztahy. Tyto obecné otázky by se mohly objevit jak např. v zákoně o správě daní a poplatků či v obdobném nově vzniklém předpise,7 který není pouze předpisem procesním, tak i ve zcela novém zákoně, např. v zákoně o veřejných financích, který by obsahoval obecné instituty jak z oblasti práva berního, tak i finančního. V tomto procesu by měla nemalou roli sehrát také věda daňového práva. Zvláštní část, označovaná jako daňové právo hmotné, obsahuje hmotněprávní úpravu v rámci jednotlivých berněprávních vztahů. Jejich úprava je roztříštěna v mnoha právních předpisech. Přesto můžeme ve změti jednotlivých právních předpisů a norem vypozorovat určitou systematiku, na základě které je zvláštní část berního práva tvořena právem daňovým, poplatkovým a celním. V rámci systému berního práva nelze opomenout i poměrně ucelený soubor norem procesněprávního charakteru.

4. SPOLEČENSKÁ AKCEPTACE

Z hlediska čtvrtého odvětvotvorného kriteria – společenské akceptace – bude v České republice ještě nějakou dobu trvat, než dojde k jeho naplnění. Jakkoliv prošlo daňové právo velmi dlouhou evolucí a s trochou nadsázky můžeme tvrdit, že se jedná o jedno z prvních, ne-li úplně první právní

6 Grúň, Ľ., Králik, J. Základy finančného práva na Slovensku, Bratislava: MANZ, 1997.

7 Např. několik let připravovaný a dnes již schválený daňový řád (zákon č. 280/2009 Sb.).

odvětví,8 většina autorů se přiklání spíše k názoru, že berní právo je pododvětvím práva finančního a jeho fiskální části. Jak je však zřejmé z výše uvedeného textu a rovněž z textu následujícího vztahujícího se k metodě právní regulace daňového práva, má berní právo velmi specifický předmět regulace odlišný od ostatních subodvětví finančního práva, vyznačuje se vlastní metodou právní regulace a nepochybně má svůj vnitřní systém. Připočteme-li k těmto aspektům také tradici a význam norem daňového práva a především jeho účel, je nasnadě, že si berní právo zasluhuje i společenskou akceptaci, čímž bude splněno i poslední odvětvotvorné kriterium a berní právo tak bude moci být považováno za samostatné právní odvětví. Těmto závěrům ostatně svědčí i zkušenosti ze zahraničí. Např. angloamerické právo akceptovalo samostatnou úpravu daní a běžně tak užívá pojmu „tax law“. Za samostatné a svébytné právní odvětví považuje daňové právo také např. košická právní škola představovaná prof. Babčákem či bialystocká právní škola pod vedením prof. Etela.

5. METODA PRÁVNÍ REGULACE

Z mocenského charakteru společenských vztahů regulovaných berním právem je zřejmé, že i v rámci daňověprávní regulace bude použita metoda s charakteristickými rysy vlastními metodám těch právních odvětví, kterou v rámci tradičního kontinentálně evropského pojetí systému práva (právní kultury), založeného na koncepci práva římského, řadíme do kategorie veřejného práva. Patří sem vedle berního práva nepochybně finanční právo, ústavní právo, správní právo, trestní právo atd.

Jak uvádí Průcha, pro společenské vztahy, které vznikají a realizují se v souvislosti s výkonem veřejné moci, je charakteristické, že jsou upravovány specifickou metodou právní regulace označovanou jako metoda administrativněprávní. Její podstata spočívá v tom, že vyjadřuje mocenskou převahu subjektů veřejné správa jako nositelů veřejné moci v příslušných správněprávních vztazích. Je tedy výrazem nerovnosti subjektů v příslušných vztazích, a to výrazem právní nerovnosti a závislosti adresáta správněprávního působení na subjektu tohoto působení. Tato metoda vyplývá z právně-mocenské podstaty veřejné správy a je výrazem skutečnosti, že záměr regulace práva může směřovat proti konkrétním zájmům či vůli adresáta příslušného pravidla chovní, a stejně tak i adresáta působení orgánů veřejné správy ve smyslu těchto pravidel chování.9 Metoda administrativněprávní vychází z působení orgánů veřejné správy na adresáty veřejné správy, a to zejm. cestou veřejnou mocí vynutitelných norem obsažených v normativních správních aktech, tedy nařízeních a

8 V odborné literatuře se uvádí, že právo vzniklo současně se vznikem prvních států. Aby se tyto státy udržely, bylo třeba nemálo finančních zdrojů (daní), které byly, ať už násilím či nenásilnou formou, vybírány od osob žijících na daném území.

9 Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 6. doplněné a aktualizované vydání. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2004, s. 36-37.

vyhláškách vydávaných veřejnou správou na základě zmocnění v zákoně a k jeho provedení, ovšem v rámci mantinelů stanovených zase zákonem, a dále pak cestou individuálních správních aktů – rozhodnutí k tomu zákonem oprávněných orgánů veřejné správy v konkrétní správní věci.

Klasická metoda administrativněprávní je nepochybně použitelná i pro právo daňové. Nicméně jak postupně veřejná správa absorbuje klientský model svého působení, kdy naplňuje svou činností obraz skutečné veřejné služby na místo více méně represivní policejně vrchnostenské správy tradičního byrokratického rázu, tak postupně přibírá metoda administrativněprávní nové elementy blízké soukromoprávním metodám (smlouva). Metoda uplatněná ve finančním právu je v podstatě modifikovanou administrativněprávní metodou, a to vzhledem k působení veřejné správy i v rámci vztahů regulovaných finančním právem. Statisticky by bylo možné dokázat, že v rámci finančněprávní regulace je nižší míra uplatnění podzákonných norem oproti správnímu právu, je tedy zákonem dán menší prostor veřejné správě k jeho provedení. Veřejná správa na tomto místě ve větší míře uplatňuje ekonomické nástroje působení na adresáty – úrokové sazby centrální banky, povinná depozita v případě nouzových stavů apod. Dále administrativněprávní metodu modifikují určité soukromoprávní prvky – sjednání podmínek čerpání grantových prostředků, využití principu konkurence při čerpání prostředků z veřejných fondů v rámci veřejných zakázek apod. Uplatňuje se např. také přenesení působnosti v některých správních činnostech na subjekty soukromoprávního charakteru – např. kontrola splnění povinností stanovených devizovým zákonem klientovi v rámci provádění devizových obchodů, kdy je zákonem tato správní činnost přenesena na devizové místo (banka nebo jiný subjekt s devizovou licencí).

Obdobná situace panuje i v právu daňovém. Najdeme zde jen velmi málo podzákonných norem, valná většina právních předpisů v oblasti berního práva má podobu zákona, a to především s ohledem na ustanovení Listiny základních práv a svobod.10 Největší význam z podzákonných předpisů pak mají obecně závazné vyhlášky, kterými obce „dotvářejí“ právní regulaci zdaňování nemovitostí a oblast místních daní (poplatků). I v této oblasti najdeme spoustu ekonomických nástrojů, kterými může veřejná správa působit na adresáty. Těmito nástroji jsou obecně např. slevy na dani a další korekční prvky daní, daňové prázdniny atd. Naprosto specifické je pak velmi časté užití soukromoprávních prvků, které modifikuje klasickou administrativněprávní metodu regulace. Příkladem budiž možnost sjednání daně, posečkání daně a povolení splátek apod. V berním právu můžeme dokonce najít i typické vztahy soukromoprávní, např. vztah zaměstnavatele, který vyplácí mzdu (plat) svému zaměstnanci: jejich vztah je nepochybně vztahem pracovněprávním, avšak zaměstnavatel je povinen srazit zaměstnanci zálohu na daň z příjmů fyzických osob a rovněž tak pojistné a

10 Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

další zákonem stanovené dávky. Zaměstnanec je povinen takové jednání strpět. Působnost srážet daň je tak přenesena ze státu na soukromoprávní subjekt. Obdobných vztahů můžeme v daňovém právu najít více (banka sráží daň z připsaných úroků, akciová společnost sráží daň z dividend, prodávající vybírá od kupujícího v rámci kupní ceny také DPH atd.).

Co je však pro daňové právo zcela specifické, je tzv. autoaplikace. V daňovém řízení totiž nedochází (na rozdíl od správního či finančního práva) ke správnímu jednání mezi správním orgánem (správcem daně) a (daňovým) subjektem, ale naopak se primárně předpokládá znalost a orientace daňového subjektu v oblasti daňového práva. Poplatník sám na sebe aplikuje normy daňového práva, když si na základě svých znalostí určuje základ daně, použije na sebe příslušnou sazbu daně, uplatní si pro sebe korekční prvky. Takto vyplněné daňové přiznání pak doručí správci daně, který, pokud nemá pochybnosti o správnosti a úplnosti takového přiznání, vyměří daň konkludentně, tj. mlčky. Ve většině případů tak vůbec nedojde k interakci mezi správcem daně a daňovým subjektem.

Na základě výše uvedených skutečností tak můžeme konstatovat, že daňověprávní vztahy mají nepochybně veřejnoprávní charakter, který je promítnutím priority veřejného zájmu v dané oblasti. Imperativní charakter je ale v některých okamžicích zmírněn možností volby (dobrovolný plátce DPH, způsob odpisování). S ohledem na výše uvedená specifika metody právní regulace daňového práva je možné metodu regulace definovat jako administrativněprávní modifikovanou o soukromoprávní prvky za použití autoaplikace.

Literature:

- Garner, B. A. (ed.). Black`s Law Dictionary. St. Paul: West, 2004.
- Grúň, Ľ., Králik, J., Základy finančného práva na Slovensku, Bratislava: MANZ, 1997.
- Hudcová, Z. Možné definice pojmů daň, poplatek a clo z hlediska výuky předmětu finanční právo. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 3–4/2003, s. 89-95.
- Knapp, V. Teorie práva, Praha: C.H.Beck, 1995.
- Matura, A. Změnitelnost správních aktů berních. Bratislava: Hospodárstvo a právo, 1937.
- Mrkývka, P., Radvan, M. Berní právo – obecná ustanovení. in: Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2008.

- Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 6. doplněné a aktualizované vydání. Brno: Masarykova univerzita a Doplněk, 2004.

Contact – email
michal.radvan@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DOHLED VE FINANČNÍM PRÁVU

ALENA SALINKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Česká republika

Abstrakt
Článek je věnován oblasti dozoru ve finančním právu. Ten je v českém právu koncipován jako věcně specializovaný, zaměřený na určitou oblast ochrany veřejných zájmů. Příspěvek pojednává jednak o finančních institucích a subjektech, kterých se dozor dotýká, o subjektech které dozor vykonávají a o oblastech, ve kterých je vykonáván.

Klíčová slova
Dohled, ochrana veřejných zájmů, finanční regulace, Česká národní banka

Abstract
The main aim of the article is devoted to the supervision in financial law. The supervision in the czech law designed to be factually specialized, focusing on a specific area of protection of public interests. The article discusses both the financial institutions and entities, which the supervision affects, and the bodies that carry out the supervision and on areas where is practiced.

Key words
Supervision, protection of public interest, financial regulation, Czech National Bank

Problematika dohledu patří do nefiskální části finančního práva a bývá z obecné části finančního práva často opomíjená, resp. jí není věnován dostatečný prostor. Dle mého mínění neoprávněně. Finanční právo jako takové je propojeno se všemi oblasti práva a reálné fungování státu a jeho orgánů a institucí si lze bez něho jen stěží představit. Finanční regulaci a dohled lze považovat za jednu z nejdůležitějších činností každého státu s tržní ekonomikou.

K tomu, aby byla zajištěna účelnost fungování finančního trhu je nutná nejenom kvalitní právní regulace, ale také dohled, resp. výkon dozoru v této oblasti. Dohledem lze rozumět realizování dozoru nad dodržováním právních předpisů v dané oblasti a v případě jejich porušení vyvozování důsledků (sankcí peněžitých i nepeněžitých). Důležitým souvisejícím prvkem je také veřejný zájem. Zákonný rámec tedy stát vytváří sám a dozorový orgán, který by měl být nezávislý, vykonává dozor nad subjekty a vynucuje dodržování zákona, případně zajišťuje určitou celistvost v dané oblasti. Dohled lze v podmínkách právní teorie považovat za součást právních záruk zákonnosti.

Co se týče samotných pojmů "dohled", "dozor", případně "kontrola" v českém jazyku není možné jednoznačně tyto pojmy rozlišit nebo definovat rozdíly mezi nimi a zákonodárce v různých případech v podstatě stejné činnosti pojmenovává odlišně.

Dozor či dohled lze členit dle okamžiku vykonávání na předběžný, průběžný či následný, nebo na základě frekvence jeho výkonu na soustavný nebo jednorázový.

Účel, ke kterému dohled slouží lze rozdělit na makroekonomický, sloužící k zajištění národohospodářské rovnováhy a mikroekonomický, který by měl zajistit ochranu subjektů (klientů).

Dozor je státem zajišťován prostřednictvím České národní banky, která je i k tomuto účelu zřízena a vybavena pravomocí v daných oblastech. Jeho hlavími cíli jsou podpora bezpečnosti, důvěryhodnosti a efektivnosti finančního trhu, zabezpečení dodržování právních předpisů, ochrana před riziky, prevence nežádoucích výkyvů, ochrana subjektů působících na tomto poli, včasné a spolehlivé informování. Cílem dohledu není, ani nemůže být zabránění kolapsu jednotlivých finančních subjektů a nahrazování funkcí policie či jiných orgánů činných v trestním řízení. Existence a fungování dozorových institucí se může v souvislosti finančními "skandály" (např. Parmalat, nebo z nedávné doby Madoff) zdát nedostatečné, či zbytečné. Státní dozor zajisté představuje určitý zásah do svobody podnikání subjektů. Jsou tací, kteří zastávají názor, že tyto instituce komplikují podnikajícím subjektům práci a zvyšují jejich náklady, zatímco investory před nebezpečím stejně neochrání. Nicméně těžko si lze efektivní fungování této oblasti bez dozorových institucí představit a je nemožné aby jakousi "samokontrolu" prováděly samotné soukromoprávní finanční subjekty.

Dozor na českém finančním trhu je zastřešen Českou národní bankou. Pro finanční trhy má význam i část výkonu veřejného práva na kapitálových trzích např. Burza cenných papírů Praha nebo RM-systém. Souvislost má třeba (i když jde primárně o správní dozor) dozor sázkových her nebo boj s praním špinavých peněz.[1] Česká národní banka vykonává dohled bankovní a devizový, nad kapitálovým trhem, nad kolektivním investováním, nad penzijními fondy a dohled nad pojišťovnictvím. V minulosti dozor vykonávaly také instituce jako Komise pro cenné papíry, nebo Ministerstvo financí, později však pravomoci byly převedeny na Českou národní banku.

[1] Havel, J. Dilemata českého dozoru finančních trhů. / dostupné z http://veda.fsv.cuni.cz/doc/ KonferenceRCS/ek_havel.doc/ ze dne 11.11.2009/

Vlastní systém a postupy při dohledu nad subjekty jsou v zásadě velmi podobné a odlišují se jen v konkrétních věcech jako např. podmínky činnosti, procesní postup při realizaci dohledu, výše a druh sankcí.[2]

Česká národní banka plní svoji roli integrovaného orgánu regulace a dohledu prostřednictvím dohledové činnosti formou dohledu na dálku, tj. nad finančními institucemi, tržním jednáním a infrastrukturou kapitálového trhu a analýzy finančního trhu a jeho sektorů a formou dohlídky na místě ve finančních institucích a dalších institucích tvořících infrastrukturu kapitálového trhu. Dále stanovováním opatření k nápravě, popřípadě i ukládání sankcí v případě zjištění nedostatků v činnosti subjektů, nad nimiž vykonává dohled a shromažďovaní, zpracovávání a vyhodnocování informací, jež slouží k podpoře dohledu a k informování veřejnosti o stavu a vývoji finančního trhu České republiky.[3]

Dozorový orgán spolupracuje s profesními organizacemi, dostává od nich podněty pro zdokonalování regulatorního a dozorového rámce a informuje o svých záměrech.

Základními subjekty, nad kterými je dozor vykonáván jsou banky, pojišťovny, penzijní fondy, investiční společnosti a investiční fondy.

Nástroje, kterými tyto instituce disponují, tj. nástroje regulace lze rozdělit do tří části, kterými jsou nástroje orientované na investory, regulace obchodníků s cennými papíry a dohled a regulace nad celým trhem.

Dohled v oblasti bankovnictví a peněžního trhu je koncipován poměrně široce a je svěřen České národní bance, která má (ve smyslu zákona č. 6/ 1993 Sb., o České národní bance, v platném znění) postavení správního úřadu a řídí se při výkonu bankovního dohledu také zákonem č. 552/1991 Sb., o státní kontrole v platném znění. Bankovní dohled je vykonáván nad komerčními bankami, nad pobočkami zahraničních bank, nad stavebními spořitelnami, družstevními záložnami a nad nebankovními subjekty peněžního trhu, kterými jsou držitelé koncesních listin opravňujících ke směnárenské činnosti a držitelé devizových licencí. Institut bankovního dozoru se pak dotýká také stavebných spořitelen a družstevních záložen.

Bankovní dohled je vykonáván v oblasti licenční politiky, nad finančními institucemi, nad pojištěním vkladů a nad likvidacemi bank. Orgán dohledu musí mít možnost postihnout instituce, nad kterými vykonává dohled a má

---

[2] Přednáška z finančního práva /dostupné z upol http://www.upol.cz/ uploads/media/ Presentace_Kontrola_a_financni_trh.ppt ze dne 11.11.2009/

[3]Poslání České národní banky při dohledu nad finančním trhem České republiky /dostupné zhttp://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/dohled_fin_trh/poslani_cnb_dohled_FT .pdf ze dne 11.11.2009/

také právo stanovit, jakým způsobem budou zjištěné nedostatky odstraněny.[4]

V oblasti kapitálového trhu a penzijního připojištění se dohled vztahuje na široký okruh subjektů a vykonává ho Česká národní banka. Subjekty, které podléhají dohledu v oblasti kapitálového trhu, vyjmenovává zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu, v platném znění a jsou jimi mimo jiné makléř, obchodník s cennými papíry, emitent cenných papírů, burza aj. Česká národní banka státní dozor vykonává také nad subjekty kolektivního investování (ve smyslu zákona č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování, v platném znění), kterými jsou např. investiční společnost, investiční fond, banka aj. K subjektům, nad kterými dohled vykonává Česká národní banka, se také vyslovuje zákon č. 190/2004 Sb., o dluhopisech, v platném znění a dopadá na emitenty dluhopisů. Česká národní banka vykonává dohled také nad některými subjekty, které plní povinnosti ve smyslu zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, v platném znění. Česká národní banka může v těchto případech ukládat opatření k nápravě nebo k odstranění zjištěných nedostatků, a to např. pozastavit, omezit nebo zakázat určitou činnost dozorovanému subjektu, odnímat povolení, ukládat peněžité sankce ve formě pokut.[5]

Dohled v oblasti pojišťovnictví vykonává Česká národní banka a je zaměřen především na ochranu zájmů pojištěných subjektů a je vykonáván nad penzijním připojištěním, provozováním pojišťovací a zajišťovací činnosti subjektů, kterými jsou pojišťovny provozující na území České republiky pojišťovací činnost, tuzemské pojišťovny a zajišťovny a právnické a fyzické osoby, které provozují zprostředkovatelskou činnost v oblasti pojišťovnictví aj. Ústředním právním předpisem v této oblasti je zákon č. 363/1999 Sb., o pojišťovnictví a o změně některých souvisejících zákonů, v platném znění, od 01.ledna 2010 však nabude účinnosti zcela nový zákon č. 277/2009 Sb., o pojišťovnictví.

Obecné zásady, kterými se Česká národní banka při výkonu dozoru řídí, jsou předvídatelnost, uplatňování mezinárodně uznávaných standardů, slaďování strategie s operativním výkonem dohledu, informační otevřenost a odpovědnost vůči veřejnosti a spolupráce s Ministerstvem financí ČR a dalšími orgány státní správy.

Literature:

- Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha : C.H. Beck, 2006.

[4] Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. aktualizované vydání. Praha : C.H. Beck, 2006.

[5] tamtéž.

- Havel, J. Dilemata českého dozoru finančních trhů. / dostupné z http://veda.fsv.cuni. cz/doc/ KonferenceRCS/ek_havel.doc/ ze dne 11.11.2009/
- Poslání České národní banky při dohledu nad finančním trhem České republiky /dostupné z http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/ dohled_ fin_trh/poslani_cnb_dohled_FT.pdf ze dne 11.11.2009/
- Přednáška z finančního práva /dostupné z upol http://www.upol.cz/ uploads/media/ Presentace_Kontrola_a_financni_trh.ppt ze dne 11.11.2009/

Contact – email
asalinkova@post.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VÝUKA PŘEDMĚTU FINANČNÍ PRÁVO NA FAKULTÁCH EKONOMICKÉHO SMĚRU

MARIE SCISKALOVÁ

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

Abstract in original language
Výuka vybraných odvětví soukromého veřejného evropského práva na ekonomických fakultách již patří k neoddělitelným komponentám jejich studijních programů. Slezská univerzita v Opavě se svými součástmi Filozoficko-přírodovědeckou fakultou v Opavě, Obchodně podnikatelskou fakultou v Karviné, Matematickým ústavem, Fakultou veřejných politik a Vzdělávacím centrem v Krnově, není v tomto ohledu výjimkou.

Výuka předmětu Finanční právo na Slezské univerzitě v Opavě, Obchodně podnikatelské fakultě v Karviné našla své místo, při volbě výběru ze strany studentů. Tato skutečnost vedla členy katedry práva k vypracování studijních opor, které se stanou pomůckou studentům k získání vědomosti a dovednosti.

Key words in original language
Vysoká škola; student; výuka; přednáška; seminář; klauzurní práce; ekonomie; finance; finanční právo; závazný předmět; volně volitelný předmět; podnikání; správa věcí veřejných; subjekt; zpětná vazba; zkouška; zápočet; státní závěrečná zkouška.

Abstract
Education of some parts of the private, public, European law is inextricably components of study programs in Silesian university in Opava and also in The Faculty of Philosophy and Science in Opava, The School of Business Administration in Karviná, The Mathematical Institute in Opava, The Faculty of Public Policy in Opava and The Educational Centre in Krnov. Financial Law at the Silesian university in Opava, The School of Business Administration in Karviná found its place in the choice of the students. This fact led members of the department to work up university mimeographed, that becomes tool students to acquire knowledge and skills.

Key words
College; student; education; lecture; seminar; rolling test; economy; finance; financial law; compulsory subject; elective subject; business activity; administration of public things; subject; feedback; exam; inclusion; state final examination.

V předloženém příspěvku se budu věnovat výuce předmětů z odvětví veřejného práva, konkrétně práva finančního na Slezské univerzitě v Opavě, Obchodně podnikatelské fakultě v Karviné. Obchodně podnikatelská fakulta

v Karviné směruje od svého vzniku studium i svoji vědecko výzkumnou činnost do oblasti podnikatelské, veřejnoprávní i regionální. V její nabídce studia najdeme studijní programy bakalářské studia a to Hospodářská politika a správa, Ekonomika a management, Systémové inženýrství a informatika, Gastronomie, hotelnictví a turismus. Po vzoru vysokých škol v České republice ekonomického směru byly ve studijních programech zařazeny mj. předměty z oboru právo.

V navazujících magisterských studijních programech, pak program Hospodářská politika a správa, Ekonomika a management, Systémové inženýrství a informatika. Doktorský program je akreditován v oboru Ekonomika a management.

Fakultu prezentují odborné katedry, Ústav poradenských informací, Ústav malého a středního podnikání, Ústav informačních technologií a Ústav doktorských studií. Spolupráce se za body od vzniku Obchodně podnikatelské fakulty odvíjí intenzivně s institucemi ekonomického charakteru, podnikatelskými subjekty a též i subjekty veřejné správy.

V doktorském studiu pak v programu Ekonomika a management mohou absolventi navazujícího magisterského studia studovat studijní obor Podniková ekonomika a management, ten je zaměřen do ekonomických kategorií.

Naše fakulta nabízí široké veřejnosti možnost získat znalosti a dovednosti i v celoživotním vzdělávání, na základě získané akreditace Ministerstva vnitra poskytuje též vzdělání pro přípravu úředníků veřejné správy na zkoušky odborné způsobilosti a vzdělání. Zvláštní pozornost věnuje fakulta již tradičně studium v rámci Univerzity třetího věku.

Po vzoru ekonomických fakult v České republice má Obchodně podnikatelská fakulta v Karviné, ve svých studijních programech od svého vzniku v roce 1990 zařazeny předměty z oblasti práva. Předměty z oblasti práva, jak je uvedeno výše, byly vybírány tak, aby přispěly k naplnění profilu absolventa j jednotlivých akreditovaných studijních programech.

Na základě této skutečnosti byly předměty z oblasti práva zařazeny do studijních plánů jako povinné se „statutem A“, povinně volitelné, se „statutem B“ nebo i volitelné se „statutem C“. Do fakultních povinných předmětu ekonomických fakult již tradičně patří výuka obecné charakteristiky práva. Tento předmět absolvují studenti prvního ročníků všech akreditovaných studijních programů. Ve výběru tj. povinně volitelných a volitelných předmětů, Obchodně podnikatelská fakulta nabízí studentům další možnosti jak se seznámit a získat dovednosti z odvětví práva soukromého, veřejného, evropského i mezinárodního.

Jak se praxí potvrzuje, je potřeba ustoupit od pozic struktury a formy výuky, se kterou jsem se například já setkávala při mém studiu na alma mater i v postgraduální a doktorské formě studia, kde jsem si doplňovala odborné

znalosti a dovednosti v oboru veřejná správa a mezinárodní a obchodní právo. Tuto skutečnost jsem si uvědomila ihned po prvních přednáškách i seminářích, totiž že před sebou nemám studenty studující obor právo, ale jiný. Jejich oborem studia je problematika zaměřena na ekonomické kategorie. Jak tedy výuku pojmout a jaké změny provést?

Po konzultacích s členy kateder práva a z jiných ekonomických fakult, první krok směřoval ke koncepci výuky na naší fakultě. Nejdůležitější a nejtěžší bylo stanovení cíle, uspořádání struktury předmětů, jejich závaznosti i dosažení vytýčeného výsledku. Na základě daného, byl na naší fakultě sestaven režim výuky do oblastí vybraných odvětví práva veřejného, soukromého a evropského. Výuka je koncipována odlišně od výuky na právnických fakultách, i když z nich čerpá. Zde můžu z vlastních zkušeností uvést poznatky, které jsem nabyla za období mého působení na Obchodně podnikatelské fakultě od roku 1993 doposud.

V zimním semestru I. ročníku studia, studenti získávají znalosti obecné charakteristiky práva, to je jejich fakultní povinný předmět. Témata přednášek jsou směrovány do práva ústavního, teorie práva a vybraných kapitol z práva občanského. Hlavní důraz je zde kladen na ústavní pořádek České republiky a to znalost Ústavy České republiky a Listiny základních práv a svobod. Z teorie práva je rozebírána problematika pramenů práva, právních norem a systému práva. Neoddělitelně do obecné charakteristiky patří také výklad o subjektech, jejich postavení ve společnosti, jejich práva a povinnosti, právní vztahy mezi nimi. Občanskému právu je věnována z hlediska výuky pozornost co do postavení občana a jiných subjektů soukromého práva ve společnosti, zásad a občanskoprávních vztahů a osvětlení vybraných typů smluv. V rámci obecné charakteristiky občanského práva, studenti najdou možnost seznámit se také s věcnými právy, vlastnictvím a jeho nabytím, omezením a zánikem. Stranou nezůstávají ani závazkové právní vztahy v tomto odvětví práva.

V našich podmínkách jsou to nejen přednášky, ale i semináře, kde jejich náplni jsou názorné ukázky práce se Sbírkou zákonů České republiky, sestavení plné moci, kupní smlouvy, práce vybraného úřadu ve věcech vůči občanovi nebo jiné osoby. V průběhu výuky mohou studenti při absolvování tzv. průběžného testu zjistit, jak pochopili nastudované vědomosti. Předmět v tomto úvodním semestru je ukončen ústní zkouškou. Nutno na tomto místě poznamenat, že se zavedením strukturovaných studijních programů na naší fakultě byly do roku 2007 zrušeny semináře, které byly vždy prostorem pro ověření zpětné vazby a diskusi se studenty.

Absolvováním tohoto předmětu získá student základní orientaci pro volbu jiných už specifičtějších disciplín oboru právo. Volbu proto, že předměty oboru práva studijního programu Hospodářská politika a správa, Ekonomika a management, Systémové inženýrství a informatika a Gastronomie, hotelnictví a turismus jsou ve studijních plánech stanoveny v ve statutech A, B a C. Například student, který si vybral studium v programu Hospodářská politika a správa, obor Veřejná ekonomika a správa absolvuje jako závazné

předměty Veřejnou správu a Správní právo. Oba předměty jsou koncipovány tak, aby ve dvou po sobě jdoucích semestrech podaly přehledný náhled na systém veřejné správy v České republice. Student tohoto oboru si dále může zvolit jako povinně volitelný předmět Právo sociálního zabezpečení. Absolvent takové oboru má základní dispozice stát se schopným pracovníkem státní správy či úředníkem územně samosprávného celku.

Kromě uvedených předmětů katedra práva zajišťuje také výuku předmětů Finančního práva Občanského právo, Pracovního práva, Práva Evropské unie, Práva mezinárodního obchodu aj. Také Obchodní právo bylo v uplynulých letech, stejně jako Základy práva, povinným předmětem všech studentů Obchodně podnikatelské fakulty, ale již třetím rokem je pouze nabízeným volitelným předmětem. Tuto skutečnost považujeme za nedostatečnou a usilujeme o opětovné zařazení obchodního práva, jako základního práva v oblasti podnikání, mezi povinné předměty.

Z uvedeného vyplývá, že katedra poskytuje studentům možnost získat znalosti a dovednosti ve dvou hlavních směrech různého zaměření. Prvním směr vede k podnikatelské činnosti a profiluje absolventa ve prospěch znalostí obchodního, živnostenského, finančního, daňového, poplatkového a dalších právních disciplín malého a středního podnikání v souladu s názvem fakulty. Vedle toho existuje druhá možnost profilace absolventa do oblasti veřejné správy, když mu dává možnost získat znalosti v oblastech systému veřejné správy, správního práva apod.

Personální pedagogické a vědecké zastoupení „katedry právo“ nebo jinak nazvaných kateder, které zajišťují výuku v oboru právo na ekonomických fakultách, je dalším důležitým aspektem pro kvalitní přenesení znalosti a dovednosti studentům. Dobré zkušenosti v naších podmínkách již máme, dalo by se říci, letité. Především jsou to vyučující, kteří mají kromě výuky na naší fakultě svou právnickou praxi. Samozřejmě, že činnost katedry zajišťují i kmenoví pracovníci, ti však jsou již v menším počtu. Je potřeba vysoce ohodnotit přístup a ochotu vědeckých pracovníků právnických fakult zejména Masarykovy univerzity v Brně, kteří ač vytížení svými povinnostmi, vyhověli požadavku naší fakulty, přijali za své se podělit se svými bohatými zkušenostmi jak teoretickými tak i praktickými pro studenty naší fakulty a přijíždějí, aby se o své znalosti podělili.

Dovolím si z mých osobních zkušeností tvrdit, že výuka vybraných odvětví práva na ekonomických fakultách má své místo. Věřím, že to netvrdí jen právníci, kteří se zaobírají výukou na těchto fakultách, ale snad se daří tento názor stále více prosadit i u ostatních vědeckých pracovníků jiných než právních oborů, kteří výuku práva považuji nadále za neopodstatněnou s náznaky zatracování.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

K VLASTNÍ VÝUCE PŘEDMĚTU FINANČNÍ PRÁVO

Předmět Finanční právo, byl zařazen do výuky studijního programu Hospodářská politika a správa pro obor Finance a Bankovnictví jako povinný (statut A) v ostatních programech akreditovaných na Slezské Univerzitě v Opavě, Obchodně podnikatelské fakultě jako předmět volitelný (statut C).

Struktura předmětu byla sestavená z třinácti kapitola (viz příloha č. 1). Vstupní část předmětu je věnována obecné charakteristice oboru, konkrétně pojmům v oblasti financí a finanční činnosti státu, finančně právním vztahům, subjektům finančního práva, jejich právům a povinnostem.

Druhá část výkladu poskytuje studentům informace o systému, postavení a působnosti finančního práva, poté následuje pojednání o pramenech finančního práva s poukazem na ústavní základy finančního práva, ostatní prameny finančního práva, finančně právní normy, jejich druhy, vznik, změn a zánik.

Samostatnost část představuje přednáška o finančně právních vztazích, prvcích právních vztahů. Dále orgánech finanční správy,mj. i ministerstvu financí, územních finančních orgánech, celních orgánech, České národní bance, Nejvyšším kontrolním úřadu.

Další oblasti výuky předmětu finanční právo je rozpočtové právo státu a územních samosprávných celků z hlediska právní úpravy, zásad kontrolní činnosti i výkladu k závěrečnému účtu.

Pozornost je věnována státnímu dozoru na úseku finanční činnosti státu, bankovnictví, kapitálového trhu a v oblasti pojišťovnictví.

Daňové a poplatkové právo je nepochybně pododvětvím finančního práva. Zařazení samostatné kapitoly do výkladu předmětu je tedy nasnadě. Zde se studenti mají možnost povědět podrobnosti k základním prvkům právní konstrukce daní a poplatků (státních i místních) jejich významu a funkce.

Na úseku procesního řízení je předmětem výkladu řízení ve věci daní a poplatků, tj. charakteristika daňového řízení, zásady daňové řízení, subjekty daňového řízení. Jádro přednášky představuje pojednání o jednotlivých fázích daňového řízení.

Dalšími kapitolami jsou:

- celní právo v těchto podrobnostech - podstata, funkce a druhy cla, právní úprava cla, celní orgány a organizace, řízení a úkoly, povinnosti, oprávnění a prostředky celníka, celní dohled, dovoz a vývoz zboží a uplatňování sankční politiky,

- devizové právo v rozsahu - podstata, funkce a význam devizového práva v České republice. Dále práva a povinnosti tuzemců a cizozemců se zřetelem na devizovou kontrolu,

- bankovní systém v České republice s poukazem na obecnou charakteristiku bankovního systému. Pravomoci České národní banky jako ústředního správního úřadům ve vtahu k založení, vzniku, podnikání vyhlášení nucené správy komerčních bank v České republice,

- pojišťovnictví v České republice rozsahu - obecné charakteristiky pojišťovnictví, provozování a podmínek provozování pojišťovnictví a zajišťovací činnosti i kontrolní činnost v oblasti pojišťovnictví.

ZÁVĚR

Výuka vybraných odvětví soukromého veřejného evropského práva na ekonomických fakultách již patří k neoddělitelným komponentám jejich studijních programů. Slezská univerzita v Opavě se svými součástmi Filozoficko-přírodovědeckou fakultou v Opavě, Obchodně podnikatelskou fakultou v Karviné, Matematickým ústavem, Fakultou veřejných politik a Vzdělávacím centrem v Krnově, není v tomto ohledu výjimkou.

Výuka předmětu Finanční právo na Slezské univerzitě v Opavě, Obchodně podnikatelské fakultě v Karviné našla své místo, při volbě výběru ze strany studentů. Tato skutečnost vedla členy katedry práva k vypracování studijních opor, které se stanou pomůckou studentům k získání vědomosti a dovednosti.

Literature:

- PELLEŠOVÁ, P. Výuka hospodářské politiky na Obchodně podnikatelské fakultě v Karviné. Sborník příspěvků z mezinárodní vědecká konference „Nové směry – nové nápady 2006.“ Znojmo: SVŠE, 2006, s. 134-141. ISBN80-239-8268-0.
- PELLEŠOVÁ, P. Hospodářská politika. Distanční studijní opora. Karviná: OPF SU, 2006, 141 stran. I BAKEŠ, M. a kol. Finanční právo. 3. vydání Praha: C.H.Beck, 2003. ISBN 80-7179-667-0.

Contact – email
sciskalova@opf.slu.cz

PŘÍLOHA Č.1:

<table>
<tr><td colspan="6">Slezská univerzita v Opavě

Obchodně podnikatelská fakulta v Karviné</td></tr>
<tr><td>Platnost akreditace do</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td>Kód studijního předmětu</td><td>PFP</td><td colspan="2">Kód katedry</td><td colspan="2">PRA</td></tr>
<tr><td>Název studijního předmětu</td><td colspan="5">Finanční právo

Financial Law

Finanzrecht</td></tr>
<tr><td>Typ zařazení předmětu do studijních programů</td><td colspan="2">Povinný (A) - EKMBP (FF)

Povinně volitelný (B) – HPSBP (BA, FI),

Volitelný (C) – EKMBP (MM, ECR, EKPO, ŘL); HPSBP (SOMA, VES, EI);</td><td>Doporučený ročník/semestr</td><td colspan="2">3/5</td></tr>
<tr><td>Jiný způsob vyjádření rozsahu</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td>Rozsah studijního předmětu</td><td>2+1</td><td>Hodin za týden</td><td>2 h</td><td>Počet kreditů</td><td>3 ECTS</td></tr>
<tr><td>Způsob zakončení</td><td colspan="5">Zkouška</td></tr>
<tr><td>Forma výuky</td><td colspan="5">Přednáška</td></tr>
<tr><td>Rozsah konzultací (soustředění)</td><td colspan="5"></td></tr>
<tr><td>Podmínky absolvování předmětu</td><td colspan="5">1x průběžný test, 1zkouška, 60% účast na seminářích a přednáškách</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Návaznost předmětu</td><td>podmiňující</td><td colspan="4">Předmět může být zapsán až po úspěšném absolvování předmětů Právo a Obchodní právo</td></tr>
<tr><td>vylučující</td><td colspan="4">Není</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Vyučující</td><td>interní</td><td colspan="4">JUDr. Marie Sciskalová, Ph.D.</td></tr>
<tr><td>externí</td><td colspan="4"></td></tr>
</table>

Stručná anotace předmětu
Posluchači získají ucelený přehled z oblasti právních norem, jejichž obsahem jsou finanční veřejnoprávní vztahy tak, aby se v nich dokázali orientovat v praxi. Seznámení s teorií správy finančních záležitostí státu je pro studenty přínosem i z hlediska pochopení provázanosti probíhajících ekonomických procesů ve společnosti.
Struktura výkladu
Finance a finanční činnost státu Pojem, systém, postavení a působnost finančního práva Prameny finančního práva Finančně právní vztahy Státní dozor na úseku finanční činnosti státu Rozpočtový proces Státní rozpočet Daňové a poplatkové právo Řízení ve věci daní a poplatků Celní právo Devizové právo Bankovní systém v České republice Pojišťovnictví v České republice

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INSTITUT ZNEUŽITÍ PRÁVA V PRÁVU DAŇOVÉM

VLADIMÍR ŠEFL

Právnická fakulta, Masarykova universita

Abstrakt
Cílem příspěvku je zhodnotit aplikaci institutu zneužití práva v právu daňovém. Tento institut daňové právo výslovně neupravuje a soudy jej aplikují jen několik málo let, proto je příspěvek zaměřen na různé aspekty jeho aplikace v praxi s ohledem na dosavadní judikaturu.

Klíčová slova
Zásady daňového práva; zneužití práva; dissimulovaný úkon.

Abstract
The contribution is aimed at the review of the application of the legal institute "legal malice" in tax law. The Czech tax law doesn´t take in the express enactment of this institute and the institute has been applied by the courts of justice only for a few years. The contribution is focused in different aspects of his using in practice, especially regarding to the practice of the courts.

Key words
Principles of tax law; legal malice; simulated act.

1. ÚVOD

Cílem mého příspěvku je zhodnotit aplikaci institutu zneužití práva v právu daňovém, zaměřit se komplexněji na aspekty jeho aplikace s ohledem na dosavadní judikaturu k této problematice a na základě toho prezentovat osobní názor na jeho užití.

Institut zneužití práva do oblasti daňového práva proniknul teprve v roce 2006 a to díky prvním soudním rozhodnutím Nejvyššího správního soudu, která tomuto institutu v oblasti daní otevřela další cestu. Protože do té doby převládal názor, že institut zneužití práva je institutem práva soukromého, první judikát v této věci rozvířil odborné diskuse k možnosti a často i legálnosti jeho užití právě v oblasti daňového práva jako součásti veřejného práva. Tyto diskuse nebyly vyvolány jen čistě právními úvahami nad tímto institutem v obecné rovině, ale rovněž v souvislosti se specifikou úpravy norem daňového práva a jejich dopadem na subjekty, zejména pak s možností daňových optimalizací.

V oblasti daní se střetává zájem státu na výběru daní, přičemž žádný právní předpis ani judikatura neuvádí, že se jedná o povinnost nebo zájem státu na co nejvyšším výběru daní, ale na správném výběru daní. Proti tomuto stojí zájem daňových poplatníků minimalizovat v rámci daného legislativního

rámce svou daňovou povinnost, tedy odvádět státu daň, která je nezbytně nutná z hlediska platných právních předpisů – jinými slovy svou daňovou povinnost optimalizovat. A k tomuto poplatníci využívají různé nástroje. Pokud jsou použité nástroje a cesty v souladu s právními předpisy nebo přesněji řečeno nejsou v rozporu s právními předpisy, i soudy takovému chování přisuzují určitou ochranu, protože takové chování vyplývá z čl. 11 Listiny základních práv a svobod zaručující vlastnické právo, zejména pak z jeho odstavce 5, podle kterého daně a poplatky lze ukládat jen na základě zákona, a je i v souladu s ústavním principem „co není zakázáno, je dovoleno" podle čl. 2 odst 4 Ústavy. Při aplikaci institutu zneužití práva vstupuje do hry i další ústavní princip obecně povolovací podle čl. 2 odst. 3 Ústavy (státní moc lze uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon). Zároveň je tato problematika zasažena i vzájemným poměrem mezi objektivistickým a subjektivistickým pojetím norem daňového práva a konkrétními výkladovými metodami v rozhodnutích správců daně i soudů.

2. DEFINICE ZNEUŽITÍ PRÁVA

Definice zneužití práva je v současné době tak již projudikována nejen v oblasti soukromého práva, ale i práva daňového.

Jednání jako zneužití práva v soukromoprávní oblasti bylo vymezeno v soudní judikatuře poměrně úzce, např. rozsudek Nejvyššího soudu, sp.zn. 21 Cdo 992/99 (stejně tak v rozsudku sp.zn. 21 Cdo 1893/2002), konstatoval, že „za zneužití výkonu práva lze považovat pouze takové jednání, jehož cílem není dosažení účelu a smyslu sledovaného právní normou, nýbrž které je v rozporu s ustálenými dobrými mravy vedeno přímým úmyslem způsobit jinému účastníkovi újmu".

Podle této civilněprávní definice by tak bylo shledáno zneužitím práva pouze jednání, jehož jediným cílem je pouze způsobit újmu jiné osobě a ne zároveň uspokojení svého zájmu. Institut zneužití práva v právu soukromém tak vychází především z § 3 odst. 1 občanského zákoníku, který pracuje s pojmem dobré mravy. Takto úzce vymezenou definici by tak nebylo možné uplatnit v oblasti daňového práva. Pro úplnost je nutné zmínit i další rozhodnutí Nejvyššího soudu sp.zn. 25 Cdo 1839/2000, ve kterém k této problematice uvádí: „Na druhé straně je však fungování systému psaného práva založeno zejména na důsledném dodržování pravidel vyplývajících z právních předpisů a korektiv dobrých mravů nesmí být na újmu principu právní jistoty a nesmí nepřiměřeně oslabovat subjektivní práva účastníků vyplývající z právních norem."

Definici zneužití práva v oblasti daní přinesl judikát Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS") sp.zn. 1 Afs 107/2004-48 a na tuto definici se odkazují i další rozhodnutí NSS:

„Zneužitím práva je situace, kdy někdo vykoná své subjektivní právo k neodůvodněné újmě někoho jiného nebo společnosti; takovéto chování, jímž

se dosahuje výsledku nedovoleného, je jenom zdánlivě dovolené. O chování toliko zdánlivě dovolené jde z toho důvodu, že objektivní právo nezná chování zároveň dovolené a zároveň nedovolené; vzhledem k tomu, že ze zásady lex specialis derogat legi generali vyplývá, že zákaz zneužití práva je silnější, než dovolení dané právem, není takové chování výkonem práva, ale protiprávním jednáním (viz. Knapp, V.: Teorie práva. C. H. Beck, Praha, 1995, s. 184-185). Výkonu práva, který je vlastně jeho zneužitím, proto soud neposkytne ochranu.

Právo je jedním ze společenských normativních systémů; je tedy nerozlučně spjato s existencí společnosti, kterou svým regulativním působením významně ovlivňuje. Úkolem práva jako společenského normativního systému je zabezpečit reprodukci společnosti a tedy i vůbec její řádné fungování. Aby společnost nebyla pouhým souhrnem autonomních individuí, sledujících výlučně své vlastní zájmy, potřeby a toliko svůj prospěch, a nerespektujících zájmy, potřeby a prospěch ostatních, resp. celku, musí ve společnosti existovat i určitá shoda ohledně základních hodnot a pravidel vzájemného soužití. Z tohoto pohledu je evidentní, že právní řád nemůže být hodnotově neutrální, ale musí obsahovat, chránit a prosazovat alespoň hodnoty, které umožňují bezporuchové soužití jednoho člověka s lidmi dalšími, tedy život člověka jako člena společnosti.

V tomto svém regulativním působení musí právo předkládat svým adresátům racionální vzorce chování, tedy takové vzorce, které slouží k rozumnému uspořádání společenských vztahů. To je příkaz nejen pro zákonodárce, ale i pro adresáty právních norem a orgány, které tyto právní normy autoritativně interpretují a aplikují; smyslu práva jako takového odpovídá pouze takový výklad textu právního předpisu, který takové uspořádání vztahů ve společnosti respektuje. Výklad, který by – při existenci několika různých interpretačních alternativ – racionalitu uspořádání společnosti pomíjel, nelze považovat za správný a závěr, k němuž dospívá, potom důsledně vzato nelze považovat ani za existující právo, a to z toho důvodu, že se příčí základnímu smyslu práva. Ostatně odedávna platí, že znát zákony neznamená znát jenom jejich text, ale především pochopit jejich smysl a působení; obdobné platí o právu samém.

Při existenci několika interpretačních alternativ tedy takové chování, které není v souladu s požadavkem rozumného uspořádání společenských vztahů, je chováním protiprávním; takové chování může mít zároveň povahu zneužití subjektivního práva. Tak je tomu i v daném případě, v němž jde o zneužití subjektivního veřejného práva na odečtení hodnoty daru od základu daně ve smyslu § 15 odst. 8 zákona o daních z příjmů.“

Zajímavé bylo, že ke zcela stejnému případu se vyslovil i další senát NSS, který došel v rozsudku sp. zn. 7 Afs 115/2004-47 k závěru, že v daném případě se jednalo o zastřený právní úkon podle § 2 odst. 7 zákona č. 337/1992 Sb., o správě daní a poplatků.

Účastníci v této kauze postupovali formálně zcela v souladu s právními předpisy a dikcí právních předpisů, nicméně dosáhly cíle, který daňové předpisy nepředvídají a který šel proti smyslu daňových předpisů. Nejvyšší správní soud tak do jisté míry korigoval formálněprávní pojetí daňového předpisu, čímž se snaží v podobných případech určitým způsobem zohlednit hledisko spravedlnosti. Tento postup soudu je zapříčiněn skutečností, že přestože se obecně předpokládá existence racionálního a efektivního zákonodárce, právní normy musí být ze své podstaty obecné a nemohou tak zahrnout a předjímat všechny eventuality z jejich účinnosti vyplývající. Soud je pak nadán poměřovat v každém individuálním případě postup subjektů nejen z pohledu formálního výkladu právních norem a tedy jejich pozitivněprávního vyjádření ale i v kontextu základních hodnot a rozumného uspořádání společenských vztahů.

3. PROBLÉMY APLIKACE ZNEUŽITÍ PRÁVA V OBLASTI DANÍ

Rozsudek konstatující zneužití práva byl tehdy kritizován z několika důvodů. Především oba rozsudky svým rozdílným zdůvodněním jen dokládaly, že hranice mezi institutem zneužití práva a principem přednosti obsahu právního úkonu před jeho formou je poměrně nejasná. Dále bylo zdůrazňováno, že institut zneužití práva je institutem soukromoprávním a v daňovém právu je tak jeho použití problematické, protože v základních zásadách daňového řízení ani v hmotněprávních daňových předpisech není pozitivněprávně zakotveno. Tomuto institutu je v oblasti daňového práva nejblíže základní zásada daňového řízení uvedená právě v § 2 odst. 7 zákona č. 337/1992 Sb. (zásada materiální pravdy).

Další významnou výtkou k odůvodnění tohoto rozsudku byla skutečnost, že nepřispívá k jednomu ze základních principů práva - jeho předvídatelnosti, protože se zdálo, že nelze objektivně dovodit, na které jednání tento institut bude dopadat, když se jedná, jak konstatoval NSS, o výjimku z pravidla. NSS vymezil v tomto prvním rozsudku rozsah aplikace zneužití veřejného práva poměrně široce a ne zcela určitě. Jak je vidět i ze 2 rozdílných závěrů soudu k jedné kauze, jednalo se o poměrně významné soudcovské uvážení, jaké lze těžko očekávat nejen při konkrétním jednání u daňového subjektu ale rovněž tak i u správce daně.

Protože se účastníci této kauzy neztotožnili ani s jedním ze závěrů senátů NSS, obrátili se se stížností na Ústavní soud, který v rozhodnutí sp. zn. III. ÚS 374/06 uvádí:

„Zneužitím práva (abusus iuris) je chování zdánlivě dovolené, jímž má být dosaženo výsledku nedovoleného; specifickým případem zneužití práva je šikanózní chování (šikanózní výkon práva), které spočívá v tom, že někdo vykonává své právo se záměrem způsobit jinému nepřiměřenou újmu. O chování toliko zdánlivě dovolené jde z toho důvodu, že objektivní právo nezná chování zároveň dovolené a zároveň nedovolené; ze zásady lex specialis derogat generali vyplývá, že zákaz zneužití práva je silnější, než dovolení dané právem. Platí tedy, že pokud právní norma určité chování

dovoluje a jiná (za předpokladu, že je ho ve výše uvedeném smyslu zneužíváno) je zakazuje, je takovéto chování ve skutečnosti nikoliv výkonem práva, ale protiprávním jednáním (V.Knapp, Teorie práva, C.H.Beck, 1. vydání 1995, str. 184).

(V podobné souvislosti lze uvažovat též o obcházení zákona /chování in fraudem legis/, jenž spočívá v tom, že se někdo chová podle právní normy /secundum legem/, ale tak, aby záměrně dosáhl výsledku právní normou nepředvídaného a nežádoucího - viz kupříkladu rozhodnutí Ústavního soudu ve věci sp. zn. IV.ÚS 319/05.)

Institut zneužití práva povýtce nenachází v českém právním systému své explicitní vyjádření; výjimku lze nalézt v § 7 odst. 2 zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění do 29. 2. 2004, přičemž občanský zákoník v § 3 odst. 1 hovoří (pouze) o zákazu výkonu práva v rozporu s dobrými mravy. To však neznamená, že by v těch oblastech práva, jež se nepřiklonily k jeho explicitnímu vyjádření, nebyly jeho ideje použitelné; jinými slovy, to, že konkrétní norma (zde kupř. zákon o daních z příjmů či daňový řád, jako předpisy veřejného práva) pojem zneužití práva neužívá (nepracuje s ním), neznamená, že by v této oblasti ke zneužívání práva či jeho obcházení docházet nemohlo, resp. že by chování, jež vykazuje znaky zneužití práva, nemohlo být za takové označeno, a vyvozovány odtud i adekvátní právní důsledky.

V rozsudku ve věci sp. zn. 21 Cdo 992/99, uveřejněném pod č. 126/2000 v časopisu Soudní judikatura, Nejvyšší soud vyslovil, že "za zneužití práva ve smyslu ustanovení § 7 odst. 2 zák. práce lze považovat pouze takové jednání, jehož cílem není dosažení účelu a smyslu sledovaného právní normou, nýbrž které je v rozporu s ustálenými dobrými mravy vedeno přímým úmyslem způsobit jinému účastníku újmu".

V systému práva daňového se doktrína zneužití práva zjevuje především v nazírání práva Evropského společenství a svůj výraz nachází zejména v judikatuře Evropského soudního dvora; kupř. ve věci C-63/04 [Centralan Property Ltd proti Commissioners of Customs & Excese - žádost o rozhodnutí o předběžné otázce High Court of Justice (England & Wales) Chancery Division (Spojené království)] se Komise, opírajíc se o definici zneužití práva, kterou Soudní dvůr rozvinul v rozsudku ze dne 14. 12. 2000 ve věci Emsland-Stärke (C-110/99), vyslovila ku zneužití práva v oblasti daní (zde daně z přidané hodnoty) tak, že "se jedná o právní zásadu uznávanou v mnoha právních oblastech práva Společenství, podle níž zůstanou nezohledněny ty transakce, které by skupina osob povinných k dani provedla bez hospodářského odůvodnění, nýbrž pouze za účelem vytvoření umělé situace, která umožňuje odpočet daně..." (srov. stanovisko generální advokátky přednesené ve věci C-63/04).

Připomenout lze též věc C-255/02 (Halifax plc a další proti Commissioners of Customs & Excese, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná VAT and Duties Tribunal, London), v níž soud vyslovil, že pro zjištění existence

zneužití práva je "nezbytné, aby výsledkem dotčených plnění přes formální použití podmínek stanovených relevantními ustanoveními ... bylo získání daňového zvýhodnění, jehož poskytnutí by bylo v rozporu s cílem sledovaným těmito ustanoveními", "krom toho musí ze všech objektivních okolností vyplývat, že hlavním účelem dotčených plnění je získání daňového zvýhodnění; ... zákaz zneužití není relevantní, pokud dotčená plnění mohou mít jiné odůvodnění než pouhé dosažení daňových zvýhodnění vůči daňovým orgánům". Podle soudu pak "vnitrostátnímu soudu přísluší, aby v souladu s důkazními pravidly vnitrostátního práva ověřil ... zda jsou v původním řízení naplněny znaky zakládající takové zneužití" (srov. též Eichsfelder Schlachtbetrieb GmbH proti Hauptzollamt Hamburg-Jonas, věc C-515/03, bod 40), tedy aby "zjistil skutečný obsah a význam dotčených plnění, přitom může vzít v úvahu čistě umělý charakter těchto plnění jakož i právní, hospodářské nebo personální vztahy mezi subjekty účastnícími se plánu na snížení daňové zátěže".

K závěru soudu týkajícího se principu "zneužití" ve věci C-255/02 - Halifax, se k pojmu "hlavní účel transakce" (resp. hlavní účel dotčených plnění) vyslovil Nejvyšší správní soud ve věci sp. zn. 2 Afs 178/2005, tak že "hlavním účelem transakce ve smyslu uvedeném v judikátu Halifax je takový její účel, který ve srovnání s případnými jinými dalšími jejími účely je natolik neporovnatelně významnější, že tyto ostatní účely ve své podstatě zastiňuje a zásadně marginalizuje, takže od nich lze při zkoumání hospodářského smyslu dotyčné transakce odhlédnout".

Není důvod vyslovené názory nevztáhnout - v mezích daných ústavními kautelami a s ohledem na případnou odlišnou úpravu vyplývající z aplikovatelného vnitrostátního práva - i na skutkové situace, na něž dopadá zákon o daních z příjmů (srov. též rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 Afs 178/2005).

Pak je zjevné, že závěr Nejvyššího správního soudu, který v napadené věci sp. zn. 1 Afs 107/04 spatřoval v jednání stěžovatele 1/ zneužití práva, zakotveného v ustanovení § 15 odst. 8 zákona o daních z příjmů, obstojí. (…).

Ústavní soud pravidelně konstatuje, že neudržitelným způsobem používání práva je jeho aplikace, vycházející "pouze" z jeho jazykového výkladu, neboť představuje "jen prvotní přiblížení se k aplikované právní normě". Ten je východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího smyslu a účelu, k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd. (srov. např. Pl. ÚS 33/97). Každé ustanovení právního předpisu je proto třeba chápat v kontextu s jinými ustanoveními příslušného právního předpisu a v souvislostech celého právního systému (rovina systematického výkladu); nelze je proto zkoumat, vyložit, poznat izolovaně.“

4. ZNEUŽITÍ DAŇOVÉHO PRÁVA V SOUDNÍ PRAXI

Možnost aplikace institutu zneužití práva v daňovém právu tak Ústavní soud stvrdil. Pokud si položíme otázku, čím se NSS a následně ÚS „inspirovaly" při aplikaci institutu zneužití práva v daňovém právu, je z výše uvedeného podle mého názoru zcela zřejmé, že soudy vycházely především z judikatury Evropského soudního dvora a to přesto, že tento soud zneužití práva jako zásadu výkladu práva užil v tehdejší době v oblasti daně z přidané hodnoty, na který se NSS odvolal ve své první aplikaci zneužití práva u daně z příjmu.

Od té doby NSS projednával několik kasačních stížností, v nichž častěji potvrdil v dané kauze zneužití práva (např. 5 Afs 53/2008-70, 7 Afs 45/2008-44), ale v některých případech i toto odůvodnění aplikované správcem daně nebo krajským soudem odmítnul (např. poměrně zajímavý závěr NSS v rozhodnutí sp. zn. 7 Afs 72/2008-97 týkající se švarcsystému nebo 1 Afs 24/2009-71).

Případy zneužití práva se týkaly jak daně z příjmů (zejména odečitatelné položky na tzv. charitativní dary), tak daně z přidané hodnoty, ale NSS se vyjádřil ke zneužití práva i v oblasti daňového řádu (např. 8 Aps 2/2007-6, 1 Afs 50/2007-06 nebo 2 Afs 101/2007-49).

V některých případech NSS posoudil jednání jako dissimulovaný právní úkon podle § 2 odst. 7 zákona č. 337/1992 Sb., popř. jako obcházení zákona a jak bylo uvedeno výše, ne vždy je tak hranice mezi těmito instituty zcela zřetelná, přestože podmínky aplikace institutu zneužití práva NSS v obecné rovině nastavil.

NSS shodně s Evropským soudním dvorem dovozuje (např. rozsudek 2 Afs178/2005-64, dále sp. zn. 7 Afs 55/2006-122) 2 nezbytné a kumulativně nastupující podmínky pro aplikaci zneužití práva a to:

hlavním účelem jednání daňového subjektu je získání daňového zvýhodnění, tento účel musí být buď jediným účelem jednání nebo alespoň jednoznačně převažujícím, přičemž další okrajový účel jednání je irrelevantní

přiznání práva by bylo v rozporu se smyslem a účelem příslušných ustanovení zákona

Zároveň NSS v rozsudku sp.zn. 7 Afs 55/2006-122 uvádí, že „ objektivní analýza zákazu zneužití práva musí být v rovnováze se zásadami právní jistoty a ochranou legitimního očekávání (tyto principy jsou v českém právu na ústavní rovině zakotveny v čl. 1 odst. 1 Ústavy, neboť jsou imanentní pojmu materiálního právního státu, nepřímo pak vyplývají i z čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod), proto daňový subjekt má právo dopředu vědět, jaká bude jeho daňová situace, a z tohoto důvodu musí mít právo se spolehnout na prostý smysl slov právních předpisů o DPH."

A dále

„Daňové subjekty mají právo uspořádat si svoje podnikání tak, aby si snížily svoji daňovou povinnost. Volba daňového subjektu mezi osvobozenými a zdanitelnými plněními může tedy být založena na řadě faktorů, včetně daňového hlediska ve vztahu k systému DPH. Neexistuje žádná povinnost podnikat takovým způsobem, aby se zvýšil daňový příjem státu. Základní zásadou je vybrat si co nejméně zdanitelný způsob provozování podnikání, aby se minimalizovaly náklady. Na druhé straně taková svoboda existuje pouze v rozsahu legálních možností stanovených režimem DPH. Normativní cíl zákazu zneužití v rámci systému DPH je přesně tím, který definuje oblast volby, již společná pravidla DPH nabízejí plátcům daně. Taková definice musí ovšem brát v úvahu zásadu právní jistoty a ochrany legitimního očekávání daňových subjektů.

Z uvedeného vyplývá, že institut zneužití práva v oblasti daní je vymezen šířeji než v civilistické judikatuře, protože při jeho aplikaci není, a z podstaty ani nemůže být, v oblasti daní kladen důraz na pouhé způsobení újmy jinému subjektu, ale na jediný cíl, kterým je dosažení daňového zvýhodnění, což jinak může být za splnění určitých podmínek nejen oprávněným ale i chráněným cílem jednání daňového subjektu ve smyslu povolené daňové optimalizace. Neboli pokud daňový subjekt sleduje i jiný cíl než samotné dosažení daňového zvýhodnění a tento cíl není natolik nevýznamný proti cíli pouhého daňového zvýhodnění, nelze takové jednání posuzovat jako zneužití práva.

Institut zneužití práva tak úzce souvisí s metodou výkladu právních norem a již zmíněnou předvídatelností práva, pokud daňový subjekt postupuje zcela v dikci právního předpisu, musí správce daně i soud důsledně zdůvodnit případné zneužití práva subjektem, stejně tak i jeho případný dissimulovaný úkon nebo obcházení zákona.

Na jedné straně je tak možné najít v judikatuře následující postoj Ústavního soudu k výkladu práva v jeho nálezech např. sp. zn. III ÚS 258/03, Pl. ÚS 33/97 a v poslední době v nálezu sp. zn. III. ÚS 384/08, kde konstatuje, že „neudržitelným momentem používání práva je jeho aplikace, vycházející pouze z jazykového výkladu. Jazykový výklad představuje pouze prvotní přiblížení se k aplikaci právní normy. Je pouze východiskem pro objasnění a ujasnění si jejího obsahu a účelu (k čemuž slouží i řada dalších postupů, jako logický a systematický výklad, výklad e ratione legis atd.).“

Zároveň např. rozšířený senát NSS ve svém rozsudku sp. zn. 7 Afs 54/2006-155 konstatuje, že je věcí zákonodárce, aby „při legislativních změnách eliminoval obtíže spojené s výkladem a užitím zákona a dále, při kolizi dvou možných výkladů, z preference výkladu daňového práva respektujícího ochranu ústavních principů právní jistoty a předvídatelnosti právní regulace.“ V této soudní kauze tak NSS nepřisvědčil aplikaci zneužití subjektivného daňového práva a vycházel tak především z formálního výkladu novely právního předpisu.

V této souvislosti je tak nutné pro výklad daňových předpisů zmínit zásadu in dubio mitius, podle které v případě, že právo umožňuje dvojí výklad, by měly státní orgány v oblasti veřejného a tedy i daňového práva postupovat v případě pochybností mírněji ve prospěch daňového subjektu a to ve smyslu čl. 4 odst. 4 Listiny základních práv a svobod (viz. např. nález Ústavního soudu sp. zn. IV ÚS 666/02).

Jak je tedy vidět, NSS jednání daňových subjektů z pohledu zneužití práva nehodnotí zcela výjimečně, ale naopak poměrně často. I přes relativně ustálené vymezení podmínek jeho použití v oblasti daní nelze zkonstatovat, že daňové subjekty mohou předvídat, jak nakonec daňové aspekty jejich ekonomických aktivit a úkonů správci daně a rovněž tak soudy posoudí. Toto konstatování podtrhuje navíc to, že u postupů, u nichž Nejvyšší správní soud dovodil nejen zneužití daňového práva, ale i obcházení zákona, mohou nakonec ještě trestní soudy zkonstatovat trestněprávní odpovědnost účastníků za takové postupy, jak se již v minulosti stalo (viz. rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 7 Tdo 1301/2003). To je nutné si uvědomit i s ohledem na nový trestní zákoník, který tím, že zařazuje trestný čin zkrácení daně, poplatku a jiné povinné platby mezi trestné činy, pro něž platí povinnost je překazit, může dopadnout zhodnocení ekonomické aktivity jako zneužití práva nejen na její samotné účastníky.

5. ZÁVĚR

Nelze nijak polemizovat s názorem, že s ohledem na charakter norem daňového práva musí správci daně a zejména pak soudy určitým způsobem korigovat jejich formálněprávní dopady a při rozhodování zohledňovat i určitým způsobem nejen smysl norem daňového práva ale i spravedlnost. Jak je vidět, tyto orgány mají více možností, jak tohoto cíle dosáhnout.

Na základě výše uvedeného se nemohu zcela ztotožnit s názory, že institut zneužití práva může být aplikován v praxi ve stejné míře jako zásada materiální pravdy podle § 2 odst. 7 zákona č. 337/1992 Sb. Důvodem je především to, že zásada materiální pravdy je výslovně upravená v daňovém právu a to na rozdíl od zneužití práva. S ohledem na zásadu dovolovací pro subjekty a zásadu povolovací pro orgány státní moci by podle mého názoru měla aplikace zneužití práva přicházet v úvahu zcela výjimečně a v jednoznačných případech, jinak může být skutečně ohrožen jeden ze základních principů právních norem – předvídatelnost. Z odůvodnění jednotlivých soudních rozhodnutí vyplývá nárok na poměrně hluboké právní posouzení každého případu, které však nelze automaticky očekávat nejen od daňových subjektů ale i správců daně.

Protože je ale jednak zjevný tlak z mezinárodního prostředí na eliminaci daňových optimalizací a rovněž tak i snaha českého zákonodárce zakomponovat institut zneužití práva do daňových předpisů, přestože ani nový daňový řád účinný od roku 2011 tento institut nadále neupravuje (na rozdíl od zásady materiální pravdy), dá se reálně předpokládat, že tento institut budou jak správci daně tak i soudy aplikovat čím dál častěji. O to

více by měl být kladen důraz na jasné odůvodnění každého takového případu tak, aby daňové subjekty při svých úkonech a aktivitách mohli předvídat jejich daňové posouzení v daňovém řízení.

Literatura:

- KNAPP, V. Teorie práva. Praha :C. H. Beck, 1995, s. 184-185
- GERLOCH, A. - TRYZNA, J., Nad vázaností soudce zákonem z pohledu některých soudních rozhodnutí, Právní rozhledy, 2007, č. 1, s. 23-28. ISSN 1210-6410
- NOVÁKOVÁ, P. - LICHNOVSKÝ, O., Obcházení zákona ve věcech daňových, Právní rozhledy, 2008, č. 4, s. 125-130. ISSN 1210-6410
- BURDA, Z., Zneužití práva. Bulletin KDP ČR, duben 2009, číslo 4, str.5-15. ISSN: 1211-9946
- Nejvyšší správní soud (online). Dostupné z: http://www.nssoud.cz/main.aspx?cls=AnonymZneniList&menuactive=;ml119;ml134;&menuactive=;ml119;ml134;ml120;&menuactive=;ml119;ml134
- Ústavní soud (online). Dostupné z: http://nalus.usoud.cz

Kontakt – email

sefl@kdpcr.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TEORETICKÉ PROBLÉMY SYTÉMU FINANČNÉHO PRÁVA

JANA ŠIMONOVÁ - MÁRIA SABAYOVÁ

Akadémia Policajného zboru v Bratislave

Abstract in original language
Spoločenské zmeny uplynulých dvoch desaťročí významne posilnili postavenie finančného práva v právnom poriadku postkomunistických krajín. Adaptácia spoločnosti na nové finančno-právne normy a finančno-právne vzťahy, či posilnenie finančno-právneho vedomia sú dôkazom legitimity tohto odvetvia práva. Autorky vo vedeckej štúdii analyzovali pripravované zmeny v hmotnoprávnych i procesnoprávnych inštitútoch a ich možný vplyv na systém finančného práva. Analýzou čiastkových problémov autorky vyvodili záver, že po zavedení uvedených zmien do praxe je posudzovanie teoretickej základne finančného práva ako vedeckej, či pedagogickej disciplíny nevyhnutné aktualizovať. Výsledkom vedeckej štúdie bol návrh na prehodnotenie teoretického prístupu k systému finančného práva a spracovanie možných alternatív. Vedecká štúdia je výstupom z vedecko-výskumnej úlohy „Vysoká škola jako facilitátor rozvoja spoločnosti a regionu“.

Key words in original language
Spoločenské zmeny; teoretickej základne finančného práva; systém finančného práva; finančno-právne normy; analýza.

Abstract
The social changes in the past two decades have significantly strengthened the position of financial law in the legal order of the post-communist countries. The social adaptation to new precepts of financial law and financial-legal relations, and development of financial-legal consciousness, are the evidence of legitimacy of this branch of law. Authors of the scientific study analyze the upcoming changes in substantive and procedural institutes and their potential impact on the system of financial law. Based on the analysis of sub-issues the authors have come to a conclusion that after introduction of the changes into practice it is necessary to update the view on the theoretical base of financial law as a scientific and educational discipline. The result of this scientific study was a proposal to review the theoretical approach to the system of financial law and to suggest possible treatment options. The scientific study is an outcome of the scientific research project "University as a facilitator of development of society and region."

Key words
Social changes; theoretical base of financial law; system of financial law; financial-legal relations; analysis.

Na strategické postavenie finančného práva ako právneho odvetvia, vedeckej disciplíny a zároveň predmetu systematického vzdelávania vysokých škôl právnického a ekonomického charakteru poukazuje nielen historický aspekt, ale najmä aktuálny stav právneho poriadku Slovenskej republiky. Prvotným prelomovým historickým momentom bola transformácia finančného práva, resp. osamostatnenie vedy o finančnom práve z pod správneho práva. Komplexne uvedený proces sa začal formovať približne od 50. rokov 20. storočia.[1] Už v uvedenom období teoretici konštatovali osobitú potrebu samostatne právne upravovať problematiku peňažných vzťahov, hospodársku, resp. spoločensko-ekonomickú činnosť štátu, komplexne finančnú oblasť. Napriek tomu sa aj po vyčlenení stretneme v staršej literatúre s názormi jeho subsumácie do osobitnej časti niektorých odvetví, napr. správneho, štátneho, hospodárskeho práva. Eventuálnym dôvodom uvedeného zmýšľania je spoločné využívanie rovnakých právnych noriem pre rôzne inštitúty právnych odvetví, ktoré sa navzájom prelínajú. O nevyhnutnosti právne regulovať vzťahy finančnej činnosť, resp. politiky štátu, ako komplexu právnych noriem realizujúcich jeho hospodárstvo a ekonomiku, niet pochýb.

Pri vymedzení definície finančného práva je nutné analyzovať financie, ekonomickú kategóriu podmieňujúcu jeho vznik. Ide o súhrn špecifických peňažných vzťahov, a to vzťahov finančných, vznikajúcich pri tvorbe, rozdeľovaní, používaní a vysporiadaní peňažných fondov, spravovaných určitými ekonomickými subjektmi. Vychádzame teda z názoru, že:

- pojem financie je užší ako pojem peniaze
- pojem finančné vzťahy je užší ako pojem peňažné vzťahy
- peňažné vzťahy zahŕňajú ceny (cenové vzťahy), mzdy (mzdové vzťahy) a aj financie (finančné vzťahy)[2].

Na základe vyššie uvedeného môžeme prejsť priamo k vymedzeniu pojmu finančného práva. Napriek spoločnej teoretickej báze, definície uvedeného právneho odvetvia majú drobné nuansy, na ktoré poukážeme komparáciou vybraných konštatovaní. Pri analýze definícií poukážeme sčasti aj na historický aspekt ich syntézy in status quo.

Slovinský A. a kol. v Československom finančnom práve definujú pojem finančné právo ako: „súhrn právnych noriem, ktoré upravujú spoločenské vzťahy vznikajúce v procese finančnej činnosti socialistického štátu,

[1] Normy finančného práva predstavovali v roku 1945 gros zákonodarstva v hospodárskej činnosti štátu. Príkladom je právna úprava mimoriadnych majetkových daní v roku 1946, ktorá spoločne s inými daňovými zákonmi sa podieľala na obnove nášho hospodárstva a meny po druhej svetovej vojne.

[2] KRÁLIK.J., JAKUBOVIČ D.: Finančné právo. Bratislava: VEDA,2004. s.15.

vykonávanej za účelom zabezpečenia jeho funkcií a úloh v etape budovania rozvinutej socialistickej spoločnosti.“[3]

Pre porovnanie približne z historicky rovnakej časovej línie Bakeš M. rozumie pod finančným právom „souhrn právních norem, které upravují finanční vztahy, vznikající v procesu plánovité tvorby, rozdělování a používání peněžních fondu socialistického státu (tedy v průběhu finanční činnosti) za účelem zabezpečení jeho úloh a funkcí v dané etapě jeho vývoje.“[4]

Babčák V. v publikácií Slovenské finančné právo ho charakterizuje ako „súhrn právnych noriem, ktoré upravujú spoločensko-ekonomické vzťahy vznikajúce v súvislosti so sústreďovaním peňažných prostriedkov do štátnych a iných verejných peňažných fondov, ich rozdeľovaním a používaním na finančné zabezpečenie verejných potrieb a funkcií štátu, obcí a iných verejnoprávnych subjektov.“[5]

Uvedené definície sú špecifické najmä z historického hľadiska, vzhľadom na skutočnosť, že priamo poukazujú na postupnú tvorbu aktuálnych definícií. Osobitosťou prvých dvoch je zakomponovaný prvok štátneho zriadenia, resp. socialistického štátu. Prvá definícia obsahuje taktiež prvok zovšeobecnenia, tzn. nevymedzuje podrobnejšie finančnú činnosť štátu, kým ďalšie dve ich taxatívne vymedzujú. Je nevyhnutné však konštatovať, že pojmoslovie finančného práva obsahuje spoločné základné prvky, ktoré sa následne premietli aj do súčasnosti.

Českí autori pod vedením Bakeša M. v publikácií Finančné právo konštatujú, že finančné právo tvorí „souhrn právních norem, které upravují vztahy vznikající v procesu tvorby, rozdělování a používaní peněžní masy a jejich částí.“[6] Musíme však dodať, že uvedené vymedzenie je nutné chápať v kontexte finančno-právnych vzťahov, vzhľadom na úpravu niektorých stránok finančnej činnosti normami iných právnych odvetví ako finančným právom.

Komplexné zhrnutie jednotlivých prvkov definícií vidieť v Heslári verejného práva, kde finančného práva je chápané ako „samostatné, nekodifikované a dynamicky sa rozvíjajúce odvetvie práva, predstavujúce súhrn finančno-právnych noriem upravujúcich spoločensko-ekonomické vzťahy vznikajúce v súvislosti s plánovitým sústreďovaním peňažných prostriedkov do štátnych a iných verejných peňažných fondov, ich

---

[3] SLOVINSKÝ A. et al. . Československé finančné právo. Bratislava: Obzor, 1985. s. 33.

[4] BAKEŠ M. Základy finančního práva. Praha: Vysoká škola sboru národní bezpečnosti, 1987.s. 16.

[5] BABČÁK V. Slovenské finančné právo. Košice: Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach, 1993. s. 31.

[6] BAKEŠ M. et al. Finanční právo. Praha : C.H.Beck, 2006. s.12.

rozdeľovaním a používaním na finančné zabezpečenie verejných potrieb a funkcií štátu, obcí a iných verejnoprávnych subjektov".[7]

Z pohľadu čiastkovej analýzy ďalších definícií od iných autorov[8] musíme konštatovať, že ide v zásade o porovnateľné vymedzenie s vyššie uvedeným, vzhľadom na implikáciu významných prvkov nami odcitovaného pojmu finančného práva. Okrajovo však musíme poznamenať, že výraznú názorovú rozdielnosť vidíme pri systemizácií finančného práva, ktorá predstavuje jadro našej vedeckej štúdie.

Ako sme už naznačili, na dôležitosť existencie finančného práva poukazuje realizácia finančnej politiky štátu, ktorá bazíruje na striktnej právnej regulácií vzťahov všetkých stanovených účastníkov. Z toho vyplýva, že jedným z nástrojov plniacich hlavné úlohy štátu je aplikácia finančno-právnych noriem na vymedzených úrovniach, konkrétne reguluje vzťahy patriace do objektu finančného práva.

Predmetom finančného práva je „osobitný okruh majetkových vzťahov, ktoré sú vyjadrené v peniazoch a ktoré vznikajú pri sústreďovaní peňažných prostriedkov do štátnych a iných verejných peňažných fondov, ako aj v procese ich opätovného rozdeľovania a používania."[9]

Autori Balko L., Babčak V. a kol. v publikácií Finančné právo vymedzujú predmet tohto odvetvia práva ako „finanční vztahy (finance) upravené normami finančního práva je možné označit jako finančněprávní vztahy."[10]

Z historického pohľadu si myslíme, že napríklad vymedzenie predmetu finančného práva v diele Československé finančné právo od Slovinského A. a Giráška J.[11], ako aj od iných autorov je z pohľadu vedy o finančnom práve ucelenejšia, vzhľadom na konkrétne vymedzenie charakteru spoločenských vzťahov. Na druhej strane však načrtnuté definície sú všeobecnejšie, čo umožňuje evokáciu širšieho spektra alternatív obsahu spoločensko-ekonomických a majetkových vzťahov tvoriacich predmet finančného práva. Jeho podstata však obdobne ako pri definovaní finančného práva má prevažne spoločné prvky, ktoré sú akceptované a dodržiavané.

Predmet finančného práva teda tvorí osobitný okruh spoločenko-ekonomických a majetkových vzťahov vyjadrených v peniazoch, majúcich

---

[7] KRÁLIK J. et al. Heslár verejného práva (Výkladový slovník). Bratislava: Eurounion, 2005. s. 129.

[8] Napr. Babčák V., Balko L., Bujňáková M., Kubincová S. a pod.

[9] KRÁLIK J., JAKUBOVIČ D., ŠMÁTRALA M. Abedeceda finančného práva. Bratislava: VEDA, 2005. s. 14.

[10] BALKO, L., BABČAK, V., et. al. Finančné právo. Žilina: Poradca podnikateľa s.r.o., 2006. s. 17.

[11] SLOVINSKÝ A., GIRÁŠEK J. Československé finančné právo. Bratislava: Obzor, 1979. s. 43.

finančný charakter, vznikajúcich v rámci sústreďovania peňažných prostriedkov do štátnych a iných verejných peňažných fondov, týkajúcich sa práv a povinností fyzických a právnických osôb vo vzťahu k týmto fondom, pravidiel nakladania s nimi, resp. celkového procesu ich opätovného rozdeľovania a používania a organizácie a štruktúry finančných orgánov. Tieto vzťahy sú právom upravené finančné vzťahy, teda finančno-právne vzťahy.

Vymedzenie predmetu finančného práva je stále často diskutovanou otázkou na odborných fórach. Práve verejný záujem odlišuje vzťahy regulované finančno-právnymi normami od iných peňažných vzťahov, aj keď zjednocujúcim prvkom týchto vzťahov sú práve verejné peniaze. Rôznorodosť týchto vzťahov však automaticky determinuje rôznorodosť predmetov regulácie subsystémov finančného práva, ktoré fungujú relatívne samostatne. Ak k tomu prirátame vnášanie súkromnoprávnych prvkov, resp. posúvanie pomyselnej hranice medzi verejnoprávnou a súkromnoprávnou reguláciou v niektorých subsystémoch finančného práva, nie je prakticky možné predmet finančného práva generalizovať.

Viackrát sme už poukázali na význam finančného práva a z toho dôvodu základné body zosumarizujeme. Prvotný význam vidíme v elementárnej úlohe a to v realizácií cieľov finančnej politiky štátu s využitím noriem finančného práva. Pre konkretizáciu ide o vytvorenie normatívnej základne zabezpečujúcej uskutočňovanie pohybu finančných prostriedkov v nadväznosti na peňažné fondy, právnej úpravy podmienok existencie a fungovania celej finančnej činnosti štátu, zahŕňajúc aj inštitucionálnu základňu. Komplexne je to zabezpečené aj prostredníctvom určitých garancií a sankcií pri porušení právnych noriem a v neposlednom rade ide o vyformovanie základných práv a povinností subjektov vstupujúcich do finančno-právnych vzťahov. Význam finančného práva je umocnený alternatívami kreovania podmienok pre formovanie finančno-právnych inštitútov založených na demokratických a právnych princípoch. Včlenením sa Slovenskej republiky do Európskej únie plní finančné právo úlohu integračného faktora v procese prebiehajúcich zmien, ktoré ho priamo, resp. nepriamo ovplyvňujú.

Vymedzený význam finančného práva zodpovedá požiadavkám, ale aj aktuálnemu stavu vývoja spoločnosti s ohľadom na poslanie a úlohu finančného práva ako nástroja finančnej potreby štátu v procese transformácie Slovenskej republiky. Podľa finančnej vedy dosahovanie cieľov finančnej politiky štátu realizuje finančné právo prostredníctvom svojich funkcií, medzi ktoré patria regulatívna, represívna a stabilizačná funkcia, ale aj kontrolná a stimulačná.

Právnu reguláciu finančného práva komplexne zabezpečujú jeho pramene, tzn. štátom uznané formy práva, v ktorých sa vyskytujú finančno-právne normy. Vychádzajúc zo všeobecného pojmu právna norma môžeme špecifikovať normy finančného práva ako pravidlá správania sa subjektov vystupujúcich ako účastník na úrovni finančnej činnosti štátu či

realizujúcich ju. Na základe prameňov práva, ktoré pozná slovenský právny poriadok, medzi pramene finančného práva patria primárne normatívne právne akty (Ústava Slovenskej republiky, ústavné zákony, zákony), sekundárne normatívne právne akty (nariadenia vlády, vyhlášky, výnosy a iné všeobecne záväzné právne predpisy) a medzinárodné zmluvy. Ústavné zakotvenie vidíme „vo vymedzení Slovenskej republiky ak sociálneho štátu s trhovou ekonomikou, čo vyplýva z miesta a postavenia tzv. druhej generácie ľudských práv, t.j. práv hospodárskych, sociálnych a kultúrnych, ktoré v pomerne širokom rozsahu sú zakotvené v II.hlave Ústavy Slovenskej republiky a z III. hlavy Ústavy Slovenskej republiky a osobitne z článku 55 Ústavy Slovenskej republiky“.[12] Špecifické postavenie majú európske právne normy z pohľadu europeizácie finančného práva.

Ako sme už vyššie uviedli v minulosti predstavovalo finančné právo subsystém iného právneho odvetvia, a to správneho práva. Odôvodnili sme to skutočnosťou jednotnej právnej úpravy pre viaceré inštitúty rôznych právnych odvetví. Vzhľadom však na osobitosti postavenie finančného práva, konkrétne spoločenských vzťahov upravovaných finančno-právnymi normami, jednoznačne vyplýva potreba chápania finančného práva ako samostatného odvetvia slovenského právneho poriadku, ktoré v sebe upravuje významné inštitúty finančnej politiky štátu. Uvedenú samostatnosť však nemôžeme chápať absolútne, keďže žiadne právne odvetvie nie je izolované od ostatných, ale dochádza vo vybraných bodoch k prelínaniu sa objektov iných právnych odvetví. Z hľadiska týchto vzájomných väzieb vidieť v súčasnosti vo finančnom práve úzku previazanosť s rôznymi právnymi odvetviami, ako sú správne právo, trestné právo, obchodné a občianske právo alebo medzinárodné právo. Musíme však podotknúť, že recipročné pôsobenie nesmie byť v rozpore, tzn. je dôležitý súlad právnych noriem vyplývajúci aj priamo z Ústavy Slovenskej republiky.

Prvé právne odvetvie majúce priamy vzťah nielen k finančného právu, ale ku každému právnemu odvetviu je ústavné právo. Jeho prameňmi sú ústava a ústavné zákony, ktoré upravujú základné princípy fungovania nášho právneho poriadku, finančnej činnosti štátu, a to nielen inštitucionálnu základňu, ale aj okruh základným kompetencií najvyšších štátnych orgánov. Relevantnými sú teda ustanovenia od čl.56 a nasl. Ústavy Slovenskej republiky, ktoré ustanovujú východiskové princípy rozpočtovej, daňovej, poplatkovej, colnej sústavy, hospodárskej samostatnosti obcí a vyšších územných celkov a vo všeobecnosti právomoci štátnych orgánov vo finančnej oblasti.

Bezprostredný vzťah vyplývajúci aj z histórie má finančné právo k správnemu právu, na ktorý môžeme nazerať v dvoch rovinách. V prvom prípade ide o väzbu na hmotnoprávnej úrovni, čo vidíme najmä pri právnej

[12] Marczyová K., Ústavné právo SR (Svák ,J. a kol., Bratislava : Akadémia Policejného zboru v Bratislave, 2008, str. 229 a nasl.

úprave finančných orgánov, ktoré majú zároveň postavenie orgánov štátnej správy (napr. Ministerstvo financií SR). Ich komplexnú činnosť, štruktúru, spôsoby a metódy práce upravujú spoločné predpisy, a to právne normy správneho práva. V druhom prípade ide o prepojenie na úrovni procesnoprávnej, a to napríklad v rozpočtovom práve, kedy pri rozhodovaní o sankciách za porušenia rozpočtovej disciplíny podľa zákona o rozpočtových pravidlách verejnej správy sa použijú ustanovenia zákona o správnom konaní.[13]

Vzťah finančného práva s trestným právom vidíme v realizácií ukladania sankcií za porušenie finančno-právnych vzťahov, tzn. po naplnení konkrétnej skutkovej podstaty trestného činu finančného charakteru nastupuje uplatnenie trestného práva. Keďže finančné právo upravuje kompletnú finančnú politiku štátu, hospodársku činnosť, ako aj problematiku finančného trhu a s ohľadom na neustály vývoj legislatívneho rámca je logické aj z dôvodu pohybu peňažnej masy, že sa na danom úseku objavuje výrazné páchanie trestnej činnosti súvisiacej s jednotlivými subsystémami finančného práva. Jednou z príčin nárastu páchania uvedených trestných činov je aj skutočnosť, že v spoločnosti vládne neúcta k zákonom a iným právnym predpisom, čoho výsledkom je nedostatočné a deformované právne vedomie. Dané konštatovanie je však všeobecným postulátom pre akúkoľvek oblasť páchanej trestnej činnosti. Na trestnú činnosť, ktorá je súčasťou ekonomickej kriminality[14], pôsobia rôzne vplyvy, napr. sociálne, ekonomické a iné problémové otázky občanov, nedostatok a nedôslednosť kontrolných mechanizmov vyplývajúcich z neustále sa meniacej legislatívy a pod. K uvedeným príčinám prispelo aj otvorenie hraníc, došlo k vzniku nových doposiaľ neexistujúcich foriem podnikania, došlo k zásadným zmenám spoločenského života, k zmenám právnych noriem, zvýšila sa aj organizovanosť a internacionalizácia zločinnosti prekračujúca stredoeurópsky či európsky rozmer. V blízkej budúcnosti sa predpokladá ešte užšia previazanosť oboch právnych odvetví vzhľadom na to, že trestné činy majúce finančnú povahu budú mať tendenciu narastať najmä v súvislosti s medzinárodnou organizovanosťou či vzrastom operácií s finančnými hodnotami na vnútornom i svetových finančných trhoch. Z trestnoprávneho hľadiska je možné trestnú činnosť finančnej povahy analyzovať podľa rôznych kritérií, napr. aj podľa jeho systematizácie.

---

[13] V zákone 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy je v § 32 uvedené, že Ministerstvo financií môže subjektu, ktorému vyplývajú povinnosti z tohto zákona, uložiť za ich nesplnenie pokutu až do výšky cca 33 194 Eur podľa všeobecných predpisov o správnom konaní v lehote podľa §31. Za nesplnenie povinností ustanovených v §8 ods.11 a §19 ods.3 a 6 môže uložiť pokutu aj príslušná správa finančnej kontroly podľa všeobecných predpisov o správnom konaní v lehote podľa § 31. Pokuty sú príjmom štátneho rozpočtu.

[14] Podľa zákona 300/2005 Z.z. Trestného zákona spadajú do tzv. ekonomickej kriminality najmä trestné činy proti majetku uvedené v druhej časti štvrtej hlave a trestné činy hospodárske, vymedzené v druhej časti piatej hlave Trestného zákona.

Vývojové tendencie poukazujú na čiastočné stieranie striktného vymedzenia právnych odvetví na verejné a súkromné, pričom na to poukazuje aj vzťah finančného práva s občianskym a obchodným právom. Odôvodnením uvedeného prepojenia sú vo všeobecnosti peniaze, ktoré majú osobité postavenie vo finančno-právnych vzťahoch. K občianskemu právu vidíme priamu súvislosť najmä v právnej úprave peňažných služieb poskytovaných občanom, vzťahy zmluvného charakteru (napr. zmluvné poistenie, zmluva o pôžičke, sprostredkovateľská zmluva, poistné zmluvy atď.) a pod. Obchodné právo s finančným právom spája prevažne právna úprava zasahujúca do problematiky finančného trhu, a to úverové, platobné a do určitej miery aj poistné vzťahy[15]. Špecifickou črtou vzťahov, v ktorých sa prelínajú, resp. dopĺňajú právne normy vymedzených odvetví je rozdielnosť rovnoprávnosti subjektov, tzn. kým v občianskom a obchodnom práve sú subjekty navzájom rovnoprávne, vo finančnom práve vidíme nadradené postavenie, a to prevažne charakterizované záujmom štátu, obce, vyššieho územného celku alebo iného verejnoprávneho subjektu.

Poslednú väzbu, na ktorú poukážeme je spojitosť s medzinárodným právom. Tá je charakteristická tým, že niektoré finančné vzťahy obsahujúce zahraničný prvok sú upravené medzinárodnými zmluvami, ktoré sa stávajú prameňmi slovenského finančného práva transformáciou do nášho právneho poriadku. Typickým príkladom sú napríklad zmluvy o zamedzení dvojitého zdanenia a zabránení daňového úniku alebo dohody o začlenení Slovenskej republiky do medzinárodných finančných inštitúcií.

Systém finančného práva - vybrané vývojové trendy a teoretické nezrovnalosti

Finančné právo je samostatné právne odvetvie pozostávajúce z množstva finančno-právnych noriem, ktoré sú neustále novelizované z čoho vyplýva aj, že ide o právo nekodifikované. Na základe analýzy rozsiahlej právnej regulácie upravujúcej širokú a rozmanitú oblasť finančného charakteru je jednoznačné, že finančné právo je vnútorne diferencované, čo ho nielen sprehľadňuje, ale najmä zjednocuje finančno-právne normy na základe obsahovej príbuznosti do ucelených subsystémov. Vzájomné väzby právnych noriem finančného práva sú pritom oveľa silnejšie ako je to u noriem iných právnych odvetví, a možno povedať, že voči normám iných právnych odvetví sú aj relatívne autonómne. Keďže finančné právo je jedným z najdynamickejších právnych odvetví a v období predchádzajúcich rokov prešlo mnohými zmenami, odrážajúc jednak spoločenské zmeny, jednak globalizačné procesy, vytvárajú sa v týchto súvislostiach nové rámce a nové väzby, ktoré môžu ovplyvniť kritériá systematiky finančného práva.

[15] V zákone 513/1991 Zb. Obchodnom zákonníku je viacero ustanovení majúcich finančnú povahu, a to § 313 a nasl. upravujúcich bankovú záruku, § 497 a nasl. zmluva o úvere, § 692 a nasl. zmluva o inkase, § 708 a nasl. zmluva o bežnom účte a pod.

V snahe špecifikovať systém finančného práva, akceptujúc do istej miery finančno-právne teórie, do istej miery tradície ponúkajú rôzne teórie systematizáciu podľa rôznych kritérií, pričom je zjavné, že aj vzhľadom na veľký rozsah noriem finančného práva, i ich prameňov, bude táto vždy čisto účelová. V podstate pri formulovaní systému finančného práva je možné vychádzať výhradne zo spoločného predmetu regulácie.

Podľa Balka L. predstavuje systém slovenského finančného práva „objektívne podmienený systém spoločenských finančných vzťahov, ich vnútornú výstavbu, zoskupenie a rozsah finančno-právnych noriem v určitej postupnosti.“[16] Obdobne ako väčšina pozitívnych právnych odvetví sa aj systém finančného práva systematicky klasifikuje na dva úseky, a to časť všeobecnú a osobitnú.

Obsahová náplň všeobecnej časti finančného práva ako pedagogickej disciplíny zahrňuje základy finančnej politiky štátu, resp. konkrétne základné informácie, fakty a poznatky, ktoré umožňujú poznanie procesu tvorby a aplikácie finančno-právnych inštitútov nachádzajúcich sa v osobitnej časti. V podstate sem patria všeobecné poznatky o finančnom práve, o jeho pojme, predmete, prameňoch, systéme, metódach, finančno-právnych normách a finančno-právnych vzťahoch, či o kontrolnej činnosti realizovanej na úseku finančnej činnosti. Stále sa však vedú polemiky či naozaj existuje alebo neexistuje všeobecná časť finančného práva. Zdôvodňuje sa to tým, že neexistuje spoločný inštitút pre všetky subsystémy, a preto nemožno o nejakej všeobecnej časti vôbec hovoriť. Napriek tomu si myslíme že veda o finančnom práve je schopná prijatím jednotnej, resp. jednotiacej terminológie sformulovať všeobecne platné právne inštitúty. Prinajmenšom sú zjednocujúcim prvkom všeobecné zásady finančného práva.

Osobitná časť finančného práva predstavuje rozsiahly komplex hmotnoprávnych a procesnoprávnych noriem finančného práva. Pre potreby systemizácie bolo potrebné finančno-právne normy usporiadať na základe určitých kritérií, a to obsahovej príbuznosti a vzájomnej podmienenosti. Z toho dôvodu zvolený metodologický postup vytvoril jednotlivé pododvetvia finančného práva nazývané aj subsystémy:

- rozpočtové právo,
- daňové a poplatkové právo,
- colné právo,
- právna úprava meny a peňažného obehu,

[16] Balko, L. Slovenské finančné právo v nových podmienkach. s.933.

- devízové právo,

- právna úprava finančného trhu.

Už pri diverzifikácii osobitnej časti finančného práva nám nedá poukázať na drobné teoretické nezrovnalosti jej vymedzenia, na čo poukážeme komparáciou vybraných príkladov. V publikácií Finančné právo na Slovensku a v Čechách sú uvedené dve systémové členenia osobitnej časti. Prvá, prezentovaná slovenskou vedeckou obcou, obsahuje podrobné črty, pričom podľa nej do osobitnej časti patria „okruhy finančno-právnych noriem regulujúce sústavu verejných rozpočtov, sústavu daní z hmotnoprávnej i procesnoprávnej stránky, poplatkov, cla, upravujú finančné hospodárenie štátnych podnikov a štátnych a obecných rozpočtových a príspevkových organizácií, menové právo, devízové hospodárstvo, bankový sektor a organizáciu a činnosť poisťovní.“[17] Bakeš M. ju vymedzuje vecne na „právní úpravu veřejných rozpočtů a státních fondů, právní úpravu daní, poplatků a cla a dalších povinných dávek, právní úpravu úvěru, právní úpravu měny a peněžního oběhu, právní úpravu devizového hospodářství a právní úpravu finančního trhu.“[18] Grúň L. do členenia osobitnej časti zaraďuje „ rozpočtové právo vrátane právnej úpravy finančného hospodárenia štátnych podnikov, rozpočtových a príspevkových organizácií, daňové právo, poplatkové a colné právo, menové a devízové právo, právnu úpravu finančného trhu a právnu úpravu finančnej kontroly.“[19] Králik J. v nami vybraných publikáciách poukazuje na dve systémové členenia, a to na „rozpočtové právo, colné právo, normatívnu právnu úpravu finančného hospodárenia štátnych podnikov, rozpočtových a príspevkových organizácií štátu a územnej samosprávy, normatívnu právnu úpravu meny, bankovníctva a komerčného poisťovníctva a devízové právo“[20], alebo na „rozpočtové právo, daňové právo, poplatkové právo, colné právo, menové právo, resp. normatívnu právnu úpravu meny, právo finančného trhu, resp. normatívnu právnu úpravu bankovníctva a komerčného poisťovníctva a ich nástrojov a devízové právo“[21]. Ako poslednú uvedieme delenie osobitnej časti podľa Jánošíkovej P. na „rozpočet a státní fondy, daně, poplatky, cla a jiné povinné dávky, úvěr, měnu a peněžní oběh, devizové hospodářství, finanční trh. Okrem toho člení osobitnú časť na „fiskální část (rozpočtové právo, berní právo, celní právo),

[17] PAULIČKOVÁ, A., BAKEŠ M. et al. Finančné právo na Slovensku a v Čechách. Sládkovičovo: Eurounion, 2007. s. 12.

[18] PAULIČKOVÁ, A., BAKEŠ M. et al. Finančné právo na Slovensku a v Čechách. Sládkovičovo: Eurounion, 2007. s. 28.

[19] GRÚŇ, L. Od financií k finančního právu. In Právni obzor 3/2004. s.238.

[20] KRÁLIK J., JAKUBOVIČ D. Finančné právo. Bratislava: VEDA, 2004. .s 19.

[21] KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ D., ŠMÁTRALA M. Abeceda finančního práva. Bratislava: VEDA, 2005. s. 16.

nefiskální část (měnové právo, devizové právo, veřejné bankovní právo, veřejné pojišťovací právo, puncovní právo).“[22]

Z uvedených definícií je zrejmé, že všetci autori vedia presne, čo predstavuje obsah osobitnej časti systému finančného práva, no napriek tomu neexistuje jednotné vymedzenie. Otázkou je, prečo nemáme jednotný systém, keďže z významového hľadiska ho tvoria základné inštitúty? Grúň L. hovorí o subsystéme finančnej kontroly, ktorú iní autori priraďujú do všeobecnej časti. Taktiež viacerí autori systémovo odčleňujú finančné hospodárenie štátnych podnikov, rozpočtových a príspevkových organizácií štátu a územnej samosprávy. Podľa nášho názoru by bolo vhodné vedecky i pedagogicky zjednotiť systém a významovo sa ho pridržiavať. Nedochádzalo by ku mnohým teoretickým nezrovnalostiam na všeobecnej úrovni. Prikláňame sa k diverzifikácií v novej publikácii Finanční a daňové právo, ako aj k publikácií Abeceda finančného práva, vzhľadom na to, že podľa nášho názoru ide o komplexné systémové vymedzenie, kde je naplnená entita skúmaného javu.

Pre vyšpecifikovanie problémových otázok v analyzovanom systéme finančného práva so zameraním na osobitnú časť si myslíme, že je potrebné aspoň v skratke definovať jednotlivé subsystémy.

Jednou z veľmi rozsiahlych oblastí finančného práva je rozpočtové právo. Môžeme ho chápať v užšom a širšom ponímaní. „V užšom slova zmysle je to súbor právnych noriem, ktoré upravujú rozpočtovú sústavu, rozpočtový proces, ako aj výšku príjmov a výdavkov jednotlivých rozpočtov. V širšom zmysle sa do tohto práva zahrňujú navyše aj právne normy upravujúce jednotlivé druhy rozpočtových príjmov a výdavkov.“[23] Výrazná zmena bola uskutočnená v roku 2004, keď došlo k zmene zákona č. 303/1995 Z.z. o rozpočtových pravidlách. Nový zákon č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy obsahuje množstvo zmien, napríklad: všeobecná a ucelená definícia sektora verejnej správy, verejných prostriedkov a z toho vyplývajúca úprava nakladania s týmito prostriedkami, zavedenie viacročného rozpočtovania v rámci verejnej správy, zosúladenie zriaďovania a existencie príspevkových organizácií štátu, obce a vyššieho územného celku s metodikou ESA (Európsky systém účtov), nové vymedzenie porušenia finančnej disciplíny, ktoré sa vrátane sankcionovania vzťahuje rovnako na všetky subjekty verejnej správy a pod.

Následnou reakciou na vykonané zmeny v štruktúre orgánov verejnej správy bol zákon č. 583/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách územnej samosprávy. Postavenie orgánov obcí a vyšších územných celkov v štruktúre verejnej správy sa posilnilo najmä konštituovaním samosprávy vyšších územných

[22] JÁNOŠÍKOVÁ P., MRKÝVKA P., TOMAŽIČ I. et al. Finanční a daňové právo. Plzeň: Aleš Čeněk, s.r.o., 2009. s. 48.

[23] KRÁLIK J., JAKUBOVIČ D. Finančné právo. Bratislava: VEDA, 2004. s. 54.

celkov a presunom kompetencií z orgánov štátu na obce a vyššie územné celky spolu s prislúchajúcimi finančnými prostriedkami.

Reforma a decentralizačné procesy verejnej správy tvoria dôležitú súčasť transformácie slovenskej spoločnosti, pričom hlavný dôraz je kladený na priblíženie výkonu verejnej správy čo najbližšie občanovi a zaistenie jej dynamickosti a finančnej efektívnosti.

Ďalším podsystémom osobitnej časti finančného práva je daňové a poplatkové právo. Tvoria ho hmotnoprávne a procesnoprávne normy upravujúce problematiku daní[24] a poplatkov[25], vzniku, zániku, obsahu daňových a poplatkových povinností, ako aj daňové konanie. Výrazné zmeny začali daňovou reformou z roku 2004. Odstránili sa mnohé slabé stránky a deformačné účinky daňových zákonov, daňové bremeno a presunulo z priamych daní na nepriame dane, eliminovali sa všetky výnimky, oslobodenia a špeciálna režimy, bolo zrušené progresívne zdaňovanie príjmov zavedením rovnej dane, a v neposlednom rade došlo k odstráneniu dvojitého zdanenia príjmov. Súčasťou daňovej reformy boli aj zmeny v majetkových daniach a bola zrušená daň z dedičstva a z darovania a napokon aj daň z prevodu a prechodu nehnuteľností. Transponovaním jednotlivých ustanovení smernice Rady č. 92/12/EHS o všeobecnom systéme, držbe, preprave a kontrole tovarov podliehajúcich spotrebným daniam a ostatných smerníc a iných právnych predpisov Spoločenstva boli prijaté nové zákony o spotrebných daniach (najmä so zadefinovaním štruktúry jednotlivých daní, definovaním produktov, unifikáciou jednotiek, zadefinovaním spôsobu výpočtu dane, možnosti výnimiek, stanovením záväzných minimálnych sadzieb pri niektorých skupinách tovarov a pod.), dani z pridanej hodnoty, poplatkoch za uloženie odpadov, miestnych daniach a miestnom poplatku za komunálne odpady a drobné stavebné odpady. Takáto daňová reforma predstavuje proces významného prebudovania daňovej sústavy na štrukturálne a principiálne inú daňovú sústavu. Vďaka tomu v oblasti nepriamych daní je dosiahnutá taká úroveň harmonizácie, ktorá zaisťuje dosiahnutie primárneho cieľa a tým je fungovanie spoločného trhu založeného na voľnom pohybe osôb, tovarov, služieb a kapitálu.

---

[24] Daň je ekonomická a historická kategória, finančno právny inštitút predstavujúci zákonom striktne stanovený verejný peňažný záväzok fyzických a právnických osôb voči štátu a jeho organickým prvkom, ktorý je vyberaný od nich na základe donucovacej dispozície štátu ním určenými orgánmi v osobitnom procese, vo forme povinnej nenávratnej a neúčelovej peňažnej platby, určenej vo vopred vymedzenej výške, s presne stanoveným termínom splatnosti, slúžiaci na finančné krytie predpokladaných celospoločenských a komunálnych potrieb verejných záujmov. Na pojmové vymedzenie dane existujú však neustále rozličné názory.

[25] Poplatky sú peňažné platby, ktoré sú povinné fyzické aj právnické osoby platiť v súvislosti s činnosťou príslušného štátneho orgánu vyvíjanou na ich podnet alebo v ich záujme do príslušného verejného rozpočtu.

Subsystém colného práva zaznamenal výrazný prelomový krok taktiež v roku 2004, kedy nadobudol účinnosť zákon č. 199/2004 Z.z. Colný zákon, ktorý bol následne novelizovaný zákonom č. 652/ 2004 Z.z. o orgánoch štátnej správy v colníctve. Aktualizácie priamo nadväzovali na vstup Slovenskej republiky do Európskej únie, a to formovaním zásad a postupov zaobchádzania s tovarom, ktorými sa zabezpečuje uplatňovanie opatrení vydaných na základe osobitných predpisov Európskej únie pre pohyb tovaru medzi úniou a tretími štátmi na území Slovenskej republiky, ako aj opatrení na zabránenie protiprávnemu konaniu osôb pri dovoze, vývoze a tranzite tovaru medzi úniou a tretími štátmi na území Slovenskej republiky.

V rámci menového práva je významnou a neustále aktuálnou zmenou prechod meny Slovenskej republiky na Euro. Slovensko sa stalo členom Európskej únie 1. mája 2004, avšak to neznamenalo, že v rovnakom čase sa začala u nás zavádzať aj spoločná európska mena. Eurobankovky a eurocenty sa dostali do peňažného obehu v Slovenskej v plánovanom termíne 1. januára 2009. Z pohľadu práva predstavuje Európska menová únia zlomový moment, nakoľko menová suverenita je prenesená zo štátu ako jej tradičného nositeľa na nadštátne spoločenstvo. Tento prenos znamená úplný prechod kompetencií členského štátu EÚ v menovej oblasti na orgány EÚ, v dôsledku čoho sa menová suverenita stáva výlučnou právomocou Európskeho spoločenstva.

Vzájomnú väzbu k menovému právu má devízové právo, pretože popri platidlách a platobných prostriedkoch v tuzemskej mene, sú predmetom devízovo právnych vzťahov aj platidlá a platobné prostriedky znejúce na zahraničnú menu. Právnymi normami devízového práva je napríklad vymedzený okruh devízových hodnôt, upravujú práva a povinnosti fyzických a právnických osôb tuzemcov a cudzozemcov pri nakladaní s devízovými hodnotami, získavanie nehnuteľností cudzozemcami v Slovenskej republike tzn. že upravujú devízové vzťahy.

Posledným podsystémom finančného práva, ktorý prešiel od roku 2001 mnohými zmenami je právo finančného trhu. Podstatnou teoretickou otázkou je explanácia finančného trhu, ktorý hoci obsahuje špecifické prvky, avšak doteraz nie je tomu vytvorená zodpovedajúca univerzálna definícia[26]. Na finančnom trhu sa sústreďuje dopyt a ponuka po finančných nástrojoch, medzi ktoré patria peňažný kapitál, platobné prostriedky, cenné papiere, predkupné práva, warranty, deriváty, valuty, devízy, drahé kovy, poistná ochrana a mnohé ďalšie. Uvedené sústreďovanie sa uskutočňuje prevažne prostredníctvom finančných sprostredkovateľov, ktorí zabezpečujú vzájomné spojenie všetkých ekonomických subjektov, ktorí na finančnom

[26] Finančný trh je možné definovať z pohľadu ekonomického a právneho. Okrem uvedeného sa diferencujú definície daného pojmu aj z hľadiska časovej postupnosti. Pozri napr. MIHÁLIKOVÁ, A., HORNIAKOVÁ, Ľ. Finančné a menové vzťahy v teórii a praxi. Bratislava: PF UK 1999, HRVOĽOVÁ, B. Finančný trh. Bratislava: EMKA 1994, KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ, D. Finančné právo. Bratislava: VEDA 2004, BALKO, L., BABČÁK, V. et al. Finančné právo. Bratislava: Poradca podnikateľa, s.r.o. 2006 a pod.

trhu vystupujú. Finančných sprostredkovateľov poznáme bankových aj nebankových[27].

PRÁVO FINANČNÉHO TRHU

Právna úprava predstavuje jeden významný aspekt zabezpečovania fungovania finančného trhu v praxi, v mikroekonomickom a makroekonomickom ponímaní, ako aj regulovania, resp. vykonávania dohľadu nad ním. Podľa Čunderlíka Ľ. „finančný trh sa dá definovať ako systém vzťahov, inštitúcií a nástrojov, v rámci ktorého sa sústreďujú, rozmiestňujú a prerozdeľujú dočasne voľné peňažné prostriedky na základe ponuky a dopytu“.[28] Z globálneho pohľadu je problematike práva finančného trhu venovaná patričná pozornosť laickej i odbornej verejnosti. Dôvodom môže byť vzájomné pôsobenie sústavy finančného trhu štátu na stabilitu národnej meny, jej kurzu vo vzťahu k zahraničnej mene, či vplyvu na hospodársku stabilitu štátu. Slovenská normatívna právna úprava finančného trhu sa postupne kompletizuje a dopĺňa, pričom toho času je len v začiatkoch, ktoré poznamenávajú jej rozptýlenie v celom právnom poriadku[29]. Neustále vidíme zmeny v právnej úprave tejto problematiky, pričom vo veľkej miere sú aktuálne ovplyvňované normami Európskej únie.

S finančným trhom sa stretávame na národnej, ale aj nadnárodnej resp. medzinárodnej úrovni. Vo vyspelých krajinách predstavuje dôležitý barometer úspešnosti, resp. neúspešnosti hospodárskeho vývoja a celkovej ekonomiky, pričom závisí na akom stupni je realizovaný. Keďže ide o tak špecifický inštitút, malo by byť viac ako samozrejmé, že je presne terminologicky vymedzený. Ad deliberandum (tzn. na odborné uváženie) ostáva skutočnosť, či je entita uvedeného problému dostatočne definovaná alebo nie je. S terminologickým vymedzením základných pojmov sa úzko prepája aj otázka začlenenia práva finančného trhu v systéme práva. Diskutabilným ostáva nielen samotné diverzifikovanie, ale taktiež špecifikovanie, na akých vedeckých pilieroch je možné postaviť jeho stabilné miesto v systéme právnych odvetví.

Po komparácii historického a medzinárodného aspektu vyplynula spornosť názorov v otázkach výberu systému regulácie, existencie ideálneho modelu, selekcie modelu dohľadu a následne správnosti voľby aplikácie na podmienky SR. Nasledujúcou problémovou otázkou, na ktorú poukážeme sú práve perspektívy možného vývoja, vzhľadom na fakt, že odborníci nie sú vôbec jednotní v názoroch. Budúcnosť je nejasná z viacerých aspektov, z ktorých načrtneme v závere len tie najmarkantnejšie. Prvou je integrálna

---

[27] Pozri bližšie HORNIAKOVÁ, Ľ., ČUNDERLÍK, Ľ.: Finančný trh. 1. vydanie. Bratislava: Vydavateľské oddelenie PraF UK, 2009. s. 17 – 32 a s. 48- 83.

[28] HORNIAKOVÁ, Ľ. - ČUNDERLÍK, Ľ.: Finančný trh. 1. vydanie. Bratislava: Vydavateľské oddelenie PraF UK, 2009. s. 10.

[29] KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ, D. Finančné právo. Bratislava: VEDA 2004, s.113.

otázka budúcnosti vrcholovej dohliadajúcej inštitúcie v podmienkach SR, a teda kam bude smerovať samotné postavenie NBS a aké právomoci bude v sebe subsumovať. Následne je diskutabilným samotná legislatívna činnosť, v ktorej sa stretávame s rozsiahlym objemom právnych noriem a tým pádom častou neprehľadnosťou. Taktiež diskutabilným ostáva výraznosť európskeho a medzinárodného vplyvu na danú problematiku, pričom nie je doteraz špecifikované, do akej miery bude zasahovať a do akej miery ponechá suverenitu v daných otázkach SR.

Na základe načrtnutých problémových otázok vyplynula aj diskutabilná otázka začlenenia práva finančného trhu v rámci sústavy práva. V roku 2005 sa na Právnickej fakulte Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach[30] začala viesť vedecká rozprava ohľadom daného odborno-teoretického problému. Vystúpili viaceré vedecko-odborné osobnosti, všeobecne uznávané a akceptované kapacity nielen z teoretického, ale aj z praktického prostredia finančného práva. J. Suchoža načrtol aktuálnu otázku, či je vhodné zaradiť právo finančného trhu do predmetu finančného práva, do jeho štruktúry ako relatívne samostatného pododvetvia alebo či je vhodné ho inkorporovať pod predmet obchodné právo. V niektorých publikáciách[31] bolo právo finančného trhu zatriedené ako pododvetvie finančného práva. Dokonca v učebnici Finančné právo od L. Balka, V. Babčáka a kol. vydanej v roku 2006 je uvedené: „V podmienkach slovenskej právnej teórie sa začínajú objavovať názory (a autor týchto myšlienok je ich zápalistým šíriteľom[32]) o etablovaní sa práva finančného trhu ako právneho pododvetvia v rámci finančného práva.[33]“ Z uvedeného sa teda jasne formuje názor, že právo finančného trhu je pododvetvím finančného práva. Avšak v iných publikáciách je vedecky odôvodnený a prezentovaný fakt začleniť právo finančného trhu do odvetvia obchodného práva[34]. Poslednú tendenciu, ktorú načrtneme je vytvorenie samostatnej vednej disciplíny.

Na jednej strane možno konštatovať, že právo finančného trhu v sebe subsumuje časť finančného práva a časť obchodného. Z uvedeného pohľadu riešenie daného problému vidíme pozitívne. Avšak na druhej strane, keby vzniklo samostatné odvetvie, mohli by sa časom o podobný postup pokúšať aj iné samostatné odvetvia, ako napríklad právo sprostredkovateľského trhu, rozpočtové právo, menové právo, bankové právo a pod. Názor kreácie práva

---

[30] pozri BUJŇÁKOVÁ M. et al. Aktuálne otázky práva. Zborník. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach 2006.

[31] pozri KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ, D. Finančné právo. Bratislava: VEDA 2004, PAULIČKOVÁ A., GRÚŇ L. Finančné právo na Slovensku. Bratislava: Eurounion 2007.

[32] BALKO, L. Právo finančného trhu. Bratislava: Epos 2001, s.17 a nasl.

[33] BABČÁK, V. , BALKO, L., KRÁLIK, J. Finančné právo. In Práca PP č. 12-13/2001, s.16 a nasl.

[34] pozri KRÁLIK, J., JAKUBOVIČ, D. K aktuálnemu právno-teoretickému problému vymedzenie predmetu a rozsahu finančného práva vo vzťahu k tzv. právu finančného trhu. In Obchodné právo č.1/2006, s. 26-40.

finančného trhu ako odvetvia práva, vedy a učebnej disciplíny zastáva aj autor L. Balko vo vybraných publikáciách[35]. V súvislosti s daným konštatovaním sa načrtá otázka vytvorenia Bankového práva, ktoré funguje aj v krajinách EÚ[36].

V závere by sme chceli konštatovať, že do určitej miery sa stotožňujeme s názormi V. Bakeša, J. Králika, M. Šmátralu a D. Jakuboviča. Výrazne sa tiež prikláňame k možnosti tvorby samotného predmetu a možno aj samotného právneho odvetvia, vzhľadom na to, že sa dotýka úzko aj finančného aj obchodného práva. Druhým dôvodom je fakt, že v rámci práva finančného trhu sa jasne stierajú hranice medzi súkromným a verejným právom, čo možno považovať za jeden z malých "odrazových mostíkov" tvorby nového právneho odvetvia alebo vytvorenia nového pohľadu na striktné rozdeľovanie práva na súkromné a verejné. Komplexne však je nutné poznamenať, že podľa nášho názoru právo finančného trhu je veľmi aktuálnou oblasťou, ktorú nemôže finančné právo opomínať, ba práve naopak, je potrebné ho postaviť do iného odborného pohľadu.

INŠTITUCIONÁLNE ZMENY - SEKUNDÁRNY DOPAD NA NORMY FINANČNÉHO PRÁVA

Poslaním daňovej správy a colnej správy je ochrana ekonomických záujmov štátu. Efektívny výber a správa daní a cla determinuje napĺňanie príjmovej časti štátneho rozpočtu Slovenskej republiky a súčasne je jej úlohou ochrana výdavkovej časti, a to najmä zamedzovaním porušovania colných a daňových predpisov. Z pohľadu finančného práva daňová správa a colná správa v Slovenskej republike v súčasnom období zabezpečujú plnenie svojich úloh na základe platných právnych noriem lex specialis, lex universalis, prípadne sa v niektorých oblastiach postupuje v zmysle identickej právnej normy. Ak pridáme k tomu relatívne samostatný systém výberu poistných odvodov, zhodne sa väčšina zainteresovaných na tom že ide o pomerne široké spektrum noriem. Veď aj keď majú spomínané inštitúty veľa spoločných charakteristík, súčasný systém ich výberu vzhľadom na to, že je realizovaný prostredníctvom vecne rozdielnych inštitúcií, je komplikovaný a administratívne i finančne náročný. Dokonca štúdia Svetovej banky, Medzinárodnej finančnej korporácie (IFC) a Pricewaterhouse Coopers tvrdí, že systém platenia daní na Slovensku patrí medzi najzložitejšie na svete.37 Nezriedka v tejto súvislosti dochádza k duplicte úkonov, k rozdielnemu prístupu pri riešení rovnakých problémov a v neposlednom rade sa znižuje úspešnosť výberu, ako aj vymáhania,

[35] pozri BALKO, L. Nad reformou finančného práva v podmienkach Slovenskej republiky v transformačnom procese. In Acta Universitatis Carolinae Iuridica č. 3-4/2003.

[36] pozri HORN, N. German banking law and practice in international perspective. New York : de Gruyter 1999, BALKO, L. Bankové práva. Bratislava: Elita 2000.

[37] www.euractiv.com, článok v sekcii Daňová politika z 2.11.2007-Platiť dane na Slovensku je ťažké

v dôsledku čoho sa zužuje priestor pre prípadné zníženie sadzieb daní i odvodov. Aj preto vláda Slovenskej republiky prišla s problematikou zjednotenia výberu daní, cla a postupne aj poistných odvodov prostredníctvom „Koncepcie reformy daňovej a colnej správy s výhľadom zjednotenia výberu daní, cla a poistných odvodov“ (ďalej len „Koncepcia“) schválenej vládou Slovenskej republiky v roku 2008[38].

Základné vývojové trendy ale aj zahraničné skúsenosti v oblasti takýchto inštitucionálnych reforiem môžu napomôcť k systematickej a komplexnej implementácii nástrojov tak, aby boli v rámci správy daní a cla aplikované cielene. Motiváciou je predpokladané zvýšenie účinnosti pri výbere štátnych príjmov, event. efektivity výberu prostredníctvom zníženia nákladov.

Zjednotenia výberu daní, cla a v druhej fáze aj poistných odvodov, ako sme už povedali si vyžaduje komplexné zmeny v organizácii daňovej a colnej správy, Sociálnej poisťovne, zdravotných poisťovní, ako aj ďalších dotknutých orgánov verejnej správy, čo vzhľadom na rozsah je možné realizovať len prostredníctvom súboru navzájom koordinovaných projektov, etapovite, v niekoľkých krokoch. Aj preto koncepcia projektu je sústredená do dvoch základných fáz. Prvá fáza pod názvom UNITAS I. zahŕňa reformu daňovej a colnej správy, druhá fáza UNITAS II. sa následne venuje zjednoteniu výberu daní, cla a poistných odvodov.

Cieľom reformy je zmeniť daňovú a colnú správu tak, aby bola efektívnejšia v zmysle zníženia nákladov na správu, účinnejšia vo výbere príjmov, pripravená prevziať úlohu zjednoteného výbercu daní, cla a poistných odvodov. Východiskom koncepcie je analýza súčasného stavu a vyhodnotenie návrhov riešení domácich i zahraničných odborníkov ale aj odbornej a laickej verejnosti.

Očakáva sa komplexná a zásadná zmena nielen v systéme výberu daní, cla a poistných odvodov, ale predovšetkým reorganizácia dotknutých orgánov verejnej správy. Nový systém riadenia a organizovania výberu štátnych príjmov bude postavený na optimalizácii organizačnej štruktúry, a to zlúčením daňovej a colnej správy a vytvorením „Finančnej správy Slovenskej republiky“.

Daňové riaditeľstvo Slovenskej republiky a Colné riaditeľstvo Slovenskej republiky, sa spoja do jednej rozpočtovej organizácie s názvom „Finančné riaditeľstvo Slovenskej republiky“ a rovnako existujúce daňové a colné úrady nahradia finančné úrady, ktorých počet bude zredukovaný. Pôjde o osem finančných úradov v sídlach VÚC a dva špecializované úrady (

[38] Uznesenie vlády Slovenskej republiky č. 285 zo dňa 7. mája 2008 ku Koncepcii reformy daňovej a colnej správy s výhľadom zjednotenia výberu daní, cla a poistných odvodov

„Finančný úrad pre vybrané subjekty“ s celoslovenskou pôsobnosťou, ktorý nahradí existujúci Daňový úrad pre vybrané daňové subjekty Bratislava a rozšírením agendy Colného kriminálneho úradu o tzv. daňové trestné činy „Finančný kriminálny a justičný úrad). Na lokálnej úrovni vzniknú pracoviská finančného úradu a stanice finančného úradu.

Ďalšími nemenej významnými oblasťami zmien budú zjednotenie metodiky, elektronizácia, riadenie zmien a kvality interných výkonov, rozvoj ľudských zdrojov, obávame sa však, že tou najcitlivejšou stránkou bude najmä dotknutá legislatíva. Optimalizácia procesov totiž stojí nie len na centralizácii daňovej a colnej metodiky a administratívnych činností, ale hlavne na zabezpečení včasnej aplikácie právnych noriem.

Významným krokom by mala byť unifikácia a zjednodušenie formulárov v súlade so zavádzaním IFRS (medzinárodné účtovné štandardy), nahradenie širokého spektra identifikátorov (rodné číslo, IČO, DIČ, CRČ) jednotným identifikátorom fyzických a právnických osôb, ako východiska pre zriadenie individuálnych účtov v rámci finančnej správy. Zavedenie takéhoto identifikátora predpokladá integráciu registrov finančnej správy a ostatných registrov a zámerom je možnosť premietnutia akejkoľvek zmeny údajov spravovaných konkrétnym registrom do iných registrov a výhľadovo aj s pripravovaným registrom EÚ. Zámer vytvoriť technické zázemie pre zamestnancov finančnej správy s cieľom odbúrať byrokraciu a duplicitu úkonov vo vzťahu k iným inštitúciám i k verejnosti, naráža však zatiaľ na nedôslednosť legislatívcov v tejto oblasti.

Zavedenie jednotného výberu daní, cla a poistných odvodov bude teda z hľadiska právnej regulácie mimoriadne komplikovaným procesom, ktorý sa chtiac nechtiac dotkne aj podstatnej časti finančno-právnych noriem. V intenciách cieľov reformy budú musieť byť realizované pomerne rozsiahle úpravy právnych predpisov tak na strane finančnej správy, ako aj na strane subjektov komunikujúcich s finančnou správou.

Za technický problém považujeme prechodné obdobie nábehu činností daňovej a colnej správy na novú legislatívu. Spôsobí totiž dočasnú platnosť postupov, usmernení, ale aj nekonzistentnosť primárnych dát v rôznych časových obdobiach i na rôznych úrovniach daňovej a colnej správy. Predpokladá sa postupná úprava právnych predpisov, keď vždy na základe vykonanej analýzy budú navrhované ich aktualizácie, resp. budú vypracované návrhy nových právnych predpisov súvisiacich s oblasťou daní, colníctva a poistných odvodov, a to predovšetkým tých, ktoré vymedzujú

- postavenie dotknutých inštitúcií v sústave orgánov verejnej správy,
- právomoci dotknutých inštitúcií,
- zadefinovanie spôsobu reguláciu procesov ,

- práva a povinnosti fyzických osôb a právnických osôb, s ktorými v rámci plnenia základných úloh vstupujú dotknuté inštitúcie do právnych vzťahov,

- právne vzťahy medzi Slovenskou republikou a inými štátmi v oblasti daní a cla alebo vzťahy vznikajúce na základe účasti v medzinárodných organizáciách, európskych zoskupeniach, ako aj cezhraničnej spolupráce v oblasti daní, cla a kontroly pohybu tovaru.

Ak vezmeme do úvahy fakt, že už dnes je nesporne chronickým problémom finančných predpisov týkajúcich sa daňovej a colnej správy veľmi krátka legisvakančná lehota, ktorá neumožňuje dotknutým stranám kvalitne sa pripraviť na zavedenie schválených zmien do každodennej praxe, ako po odbornej stránke (napr. prostredníctvom metodických príručiek), tak aj po technickej stránke (týkajúcej sa výmeny tlačív, zapracovania legislatívnych zmien do informačných systémov a pod.), dôsledkom čoho sú zamestnanci daňovej a colnej správy nútení používať aj rôzne neštandardné riešenia, považujeme takýto postup za prinajmenšom nesystémový.

V každom prípade pripravované zmeny sa budú týkať širokého spektra právnych noriem finančného i nefinančného charakteru, vrátane súvisiacich právnych predpisov. V prvej fáze sa budú meniť a dopĺňať napr. normy upravujúce postavenie, organizáciu a pôsobnosť orgánov zabezpečujúcich výber daní a cla ako sú Zákon č. 652/2004 Z.z. o orgánoch štátnej správy v colníctve a Zákon č. 150/2001 Z.z. o daňových orgánoch. Ďalej sú to procesné normy, najmä Zákon č. 199/2004 Z. z. Colný zákon a Zákon č. 511/1992 Z.z.o správe daní a poplatkov. Zmeny sa samozrejme dotknú aj hmotnoprávnych predpisov, ako sú Zákon č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov, Zákon 222/2004 o dani z pridanej hodnoty, či zákony o spotrebných daniach (úprava v súvislosti so zmenou správcu dane), a nezabúdame ani na ostatné normy z ktorých možno spomenúť napr. Zákon č. 312/2001 Z.z. o štátnej službe, Zákon č. 200/1998 Z.z. o štátnej službe colníkov Zákon č. 301/2005 Z. z.Trestný poriadok , Zákon č. 171/2005 Z.z. o hazardných hrách, ako aj normy podporujúce elektronizáciu spoločnosti a výmenu údajov medzi orgánmi verejnej správy, resp. inými orgánmi a organizáciami.

Spomeňme aspoň pár najviac rezonujúcich zmien, ktoré už v týchto chvíľach prechádzajú schvaľovacím legislatívnym procesom.

Prijatím návrhu Zákona o orgánoch štátnej správy v oblasti daní a poplatkov, tak ako je dnes predložený na rokovanie Národnej rady Slovenskej republiky (ďalej len „NR SR“), sa čiastočne vytvorí základňa pre realizáciu prvej fázy projektu, konkrétne reforma daňovej správy. Definuje konkrétne zmeny v aktuálnej organizačnej štruktúre daňových orgánov tak ako sme uviedli vyššie.

Zákon o správe daní a poplatkov v aktuálnej podobe[39], ako procesná norma nie je z hľadiska spektra daní ktoré postihuje koncipovaný príliš zrozumiteľne a jasne, čo síce správca dane spravidla rieši metodickými usmerneniami, avšak aj v nadväznosti na pripravovanú reformu sa žiada vytvoriť normu, ktorá reflektuje pripravované zmeny. V rámci nového zákona o správe daní, tak ako dnes prebieha schvaľovacím procesom, sú navrhnuté úpravy týkajúce sa o.i. nasledovných oblastí:

- zabezpečuje sa zjednotenie terminológie, najmä pojmov, ktoré sa v súčasnom zákone o správe daní používajú podľa toho, s ktorým ustanovením zákona súvisia – napr. pojem daňové konanie sa používa výlučne v prípadoch v ktorých sa rozhoduje o právach a povinnostiach daňových subjektov, postupy súvisiace so správnym zistením dane a zabezpečením úhrady dane sú špecifikované pojmom správa daní. Alebo napr. za daňovú pohľadávku podľa pôvodnej úpravy sa označuje ako pohľadávka správcu dane na dani do lehoty splatnosti dane, daňový nedoplatok je chápaný ako dlžná suma dane po lehote splatnosti dane, na účely započítania pohľadávok sa za daňovú pohľadávku považuje daňový nedoplatok, na účely postúpenia daňových pohľadávok sa za daňovú pohľadávku považuje daňová pohľadávka znížená o daňové záväzky a pod. Návrh zákona v tomto prípade napríklad uvažuje v intenciách zákona o účtovníctve[40], o prevzatí účtovného pohľadu a jednotne používa pojmy „pohľadávka do lehoty splatnosti“ a „pohľadávka po lehote splatnosti“.

- zadefinovala sa vecná príslušnosť a upravilo sa ustanovenie o miestnej príslušnosti a to v zmysle, že definovaná miestna príslušnosť by sa nemala vzťahovať na vykonanie kontroly, ktorú bude môcť realizovať ktorýkoľvek kontrolór voči pre ktorémukoľvek subjektu v prípade, že tak rozhodne jeho nadriadený. Čo sa daňového subjektu týka, tento by mal napriek existencii pravidla miestnej príslušnosti mať právo vykonať akýkoľvek úkon u ľubovoľného správcu príslušnej dane, teda aj požiadať o registráciu, predkladať akékoľvek písomnosti, vyžiadať si potvrdenia rôzneho charakteru, či požiadať o poskytnutie konzultácie.

- návrh zákona prináša nóvum v podobe sprístupnenia elektronického výpisu osobného účtu daňovému subjektu, ako aj právo daňového subjektu podať správcovi dane námietku k nezrovnalostiam zisteným v elektronickom výpise z jeho osobného účtu. Vzhľadom na pripravované zjednotenie daní a cla bude dotknutý subjekt tieto platiť na jeden účet štátnych príjmov, pričom správca vo vlastnej réžii zabezpečí ich rozúčtovanie podľa interných predpisov, alebo vychádzajúc z princípu, že subjekt je povinný uhradiť svoje záväzky voči štátu bez ohľadu na ich charakter, zabezpečí subsidiárne priradenie platby k pohľadávke po lehote

[39] Zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších právnych predpisov

[40] Zákon č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov

splatnosti, ktorej splatnosť nastala najskôr. K zjednodušenie fungovnania takéhoto systému by mala prispieť samozrejme elektronizácia finančnej správy, postupné vylúčenie predkladania dokladov v listinnej forme, riešenie podávania neštrukturalizovaných tlačív elektronickou formou, vďaka čomu prijaté informácie z rôznych zdrojov do finančnej správy ako budú ľahko overiteľnými pri zisťovaní príjmov či možností daňových a colných únikov.

Z dôvodu existencie exponovaných termínov na predkladania daňových priznaní a na realizáciu úhrady daňovej povinnosti, by mala byť prínosom ich diverzifikácia, resp. taký mechanizmus, ktorý umožní z hľadiska času dôkladnú prípravu štátu na kontrolu splnenia platobných povinností, či vrátenie preplatkov subjektom.

Analýza potreby zjednotenia daní, cla a poistných odvodov, teda poistného na dôchodkové, nemocenské, úrazové poistenie, poistenie v nezamestnanosti, poistného do rezervného fondu solidarity a garančného fondu, príspevkov na starobné dôchodkové sporenie a poistného na zdravotné poistenie do jedného miesta výberu vychádza zo skutočnosti, že existujúci systém výberu týchto inštitútov v SR je mimoriadne komplikovaný a to nie len súvislosti s administratívnou a na to nadväzujúcou finančnou náročnosťou, ale aj vo vzťahu k občanovi. Ten je nútený orientovať sa v množstve zákonov, uplatňujúcich rozdielny prístup k rovnakému problému, nehovoriac o neprimerane častých zmenách často len formálnych problémov, ktoré však v konečnom dôsledku môžu viesť k nepríjemným sankciám.

Zjednotenie systému výberu daní a poistných odvodov a vytvorenie jedinej efektívnej inštitúcie bude zaiste komplikovaný dlhoročný proces. Inštitucionálne zjednotenie je však len jednou stránkou problému. Citlivou témou budú pravdepodobne otázky zjednotenia vymeriavacieho základu a sociálne aspekty na strane výdavkov. Pripravované sú už legislatívne zmeny v normách zdravotného a sociálneho poistenia i zákona o dani z príjmov umožňujúce realizáciu návrhov plynúcich z Koncepcie, najmä ustanovení upravujúcich výber poistného na jednotlivé formy poistenia a kompetencií poisťovní zmenou právnych noriem ako sú Zákon č. 461/2003 Z. z. o sociálnom poistení v znení neskorších predpisov, Zákon č. 43/2004 Z. z. o starobnom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, Zákon č. 581/2004 Z. z. o zdravotných poisťovniach, dohľade nad zdravotnou starostlivosťou a o zmene a doplnení niektorých zákonov, Zákon č. 580/2004 Z. z. o zdravotnom poistení a o zmene a doplnení zákona č. 95/2002 Z. z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov a mnohé ďalšie.

Bude potrebné legislatívne upraviť zmeny, najmä čo sa týka metodiky, jednotného výkladu práv a povinností subjektov, termínov pre rôzne hlásenia, vymedzenie rozhodujúcich období, určenie jednotného vymeriavacieho základu daní a poistných odvodov, odstránenie rôznych režimov statusu poistenca (povinne alebo dobrovoľne poistená osoba)

a možno zavedenia jedinej sadzby odvodu na „sociálne poistenie“. Takto nastavený efektívne fungujúci model bude v personálnej oblasti síce znamenať zníženie počtu zamestnancov potrebných na výkon týchto činností, avšak na druhej strane prinesie motivujúcejšie ohodnotenie zamestnancov, a v neposlednom rade aj efektívnejšie predchádzanie daňovým únikom a neplateniu poistného.

Transformácia zmien vybraných teoretických nezrovnalostí do systému finančného práva so zameraním na osobitnú časť

Či si chceme pripustiť, alebo nie, zasahuje finančné právo cez finančné vzťahy do všetkých odvetví práva. Vo všeobecnosti ho verejnosť vníma najmä cez oblasť rozpočtovej a daňovej politiky, v ktorej sú v istom zmysle zakódované pozitívne impulzy napredovania spoločnosti, no pripusťme, že aj prvky retardácie, v prípadoch, ak kompetentné štátne orgány nerešpektujú moderné vývojové trendy a nekonfrontujú svoju činnosť s objektívnymi potrebami spoločnosti, či jej subjektívnymi možnosťami a schopnosťami. V tejto súvislosti reforma daňovej a colnej správy bude nesporne zaťažkávacou skúškou o.i. aj vo vzťahu k tvorbe, zmenám a aplikácii finančno-právnych noriem.

Z pohľadu finančného práva ako teórie, alebo pedagogickej disciplíny však možno uvažovať o určitej systematizácii noriem osobitnej časti finančného práva spôsobom, že by sa tieto prezentovali ako normy finančného práva súkromnoprávneho charakteru a normy verejnoprávneho charakteru.

V rovine teoretického prístupu sa v posledných rokoch sa čoraz viac objavujú v odbornej verejnosti názory o tom, že tradičné kritériá, na základe ktorých sa vytváral systém práva a jeho teória, ako i právnych odvetví, prípadne pododvetví sú dnes už prekonané. Čoraz častejšie rezonujú hlasy na osamostatnenie niektorých odvetví finančného práva, ktoré v sebe obsahujú prvky tak súkromného, ako aj verejného práva, zdôvodňujúc toto skutočnosťou, že striktná hranica sa viditeľne stiera, čo možno pozorovať napríklad na práve finančného trhu, či bankovom práve. Iní teoretici zas argumentujú nevyhnutnosťou odčleniť daňové právo, práve kvôli jeho relatívne autonómnemu postaveniu, špecifickosti, či rozsahu. Nespochybňujeme síce vývoj, na druhej strane s odčleňovaním ktorejkoľvek súčasti finančného práva tak ako je dnes prezentované nesúhlasíme. Dôvodom je jednak skutočnosť, že takýmto prístupom by sa finančné právo ako odvetvie zúžilo do takej miery, až by súčasným kritikom poskytlo relevantné argumenty k ich pochybnostiam o opodstatnenosti existencie finančného práva ako takého. Netreba totiž zabúdať že verejné financie či už v ponímaní sústavy fondov alebo sústavy vzťahov, ako aj nerovnosť subjektov v týchto vzťahoch sú nesporne zjednocujúcim prvkom.

Bez ohľadu na optiku nazerania na finančné právo, bez ohľadu na tendencie prístupu, nemyslíme, že v blízkej budúcnosti dôjde k radikálnej zmene v intenciách vyššie prezentovaných názorov, napriek tomu akákoľvek konfrontácia bude vždy prínosom pre obidve strany a je určite vítaná.

Literature:

- Babčák, V.: Slovenské Finančné právo, Košice: Právnická Fakulta UPJŠ v Košiciach, 1993, 201s., ISBN 80-7097-260-2
- Babčák, V., Balko, L., Králik, J. : Finančné Právo. Bratislava: In Práca PP č. 12-13/2001
- Bakeš M. et al.: Finanční právo, Praha : C.H.Beck, 2006, 786s., ISBN: 80-7179-431-7
- Bakeš M.: Základy finančního práva, Praha: Vysoká škola Sboru národní bezpečnosti, 1987
- Balko, L.: Bankové práva, Bratislava: Elita ,2000, 346s. , ISBN 80-8044-069-7
- Balko, L.: Nad Reformou Finančného práva v podmienkach Slovenskej republiky v transformačnom procese, Praha: In Acta Universitatis Carolinae Iuridica Č. 3-4/2003,
- Balko, L.: Právo finančného trhu, Bratislava: Epos, 2001, 152s., ISBN 80-8057-342-5
- Balko, L.: Slovenské finančné právo v nových podmienkach. In Právnik, 2004, č.9, s. 920-943.
- Balko, L.,: Babčak, V., et. al. :Finančné právo, Žilina: Poradca Podnikateľa s.r.o., 2006, 680s., ISBN 80-88931-53-3
- Bujňáková M. et al.: Aktuálne otázky práva. Zborník. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach 2006. ISBN 80-7097-642-X
- Grúň, L.: Od financií k finančního právu, Bratislava: Právny obzor 3/2004
- Horn, N.: German Banking Law and Practice in International Perspective, New York : de Gruyter , 1999, 361 s., ISBN 3-11-016573-2
- Horniaková, Ľ. - Čunderlík, Ľ.: Finančný trh. 1. vydanie. Bratislava: Vydavateľské oddelenie PraF UK, 2009. ISBN 978-80-7160-278-1.
- Jánošíková P., Mrkývka P., Tomažič I. et al.: Finanční a daňové právo. Plzeň: Aleš Čeněk, S.R.O., 2009., 524s., ISBN 978-80-7380-155-7

- Králik J. et al.: Heslár verejného práva (Výkladový slovník). Bratislava: Eurounion, 2005, 447s., ISBN 80-88984-75-0
- Králik J., Jakubovič D.: Finančné právo, Bratislava: Veda, 2004. ISBN 80-224-0804-2
- Králik, J., Jakubovič D., Šmátrala M.: Abeceda finančního práva. Bratislava: Veda, 2005, 282s., ISBN 80-224-0851-4
- Králik, J., Jakubovič, D.: K aktuálnemu právno-teoretickému problému Vymedzenie predmetu a rozsahu finančného práva vo vzťahu k tzv. právu finančného trhu, Bratislava: In Obchodné právo č.1/2006, s. 26-40
- Pauličková, A., Bakeš M. et al.: Finančné právo na Slovensku a v Čechách, Sládkovičovo: Eurounion, 2007, 334s., ISBN 978-80-88984-99-3
- Slovinský A. et al.: Československé finančné právo, Bratislava: Obzor, 1985, 338s., 65-064-85
- Slovinský A., Girášek J.: Československé finančné právo. Bratislava: Obzor, 1979.
- Svák, J. a kol.: Ústavné právo SR, Bratislava : Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2008, 478s., ISBN 978-80-8054-455-3
- Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov v znení neskorších právnych predpisov
- Zákon č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 461/2003 Z. z. o sociálnom poistení v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 43/2004 Z. z. o starobnom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 581/2004 Z. z. o zdravotných poisťovniach, dohľade nad zdravotnou starostlivosťou a o zmene a doplnení niektorých zákonov,

- Zákon č. 580/2004 Z. z. o zdravotnom poistení a o zmene a doplnení zákona č. 95/2002 Z. z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov a mnohé ďalšie.
- Zákon č. 523/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 300/2005 Z.z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov
- Uznesenie vlády Slovenskej republiky č. 285 zo dňa 7. mája 2008 ku Koncepcii reformy daňovej a colnej správy s výhľadom zjednotenia výberu daní, cla a poistných odvodov

Contact – email
jana.simonova@minv.sk - maria.sabayova@minv.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EUROPEIZACE FINANČNÍHO PRÁVA

DANA ŠRAMKOVÁ - DAVID SEHNÁLEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Vliv práva EU je v členských zemích patrný takřka v celém systému právních odvětví. Finanční právo pak nepředstavuje výjimku. Vliv europeizace lze přitom vysledovat de facto ve všech subodvětvích fiskální i nefiskální části finančního práva - od práva rozpočtového, přes právo daňové a celní až po právní úpravu práva měnového, devizového a vlastně celé oblasti finančních trhů. V některých případech jsou základní kodexy právní úpravy daných subodvětví na národní úrovni tvořeny tu více, tu méně zdařilými překlady směrnic. V oblastech jako je celní právo pak hrají prim přímo aplikovatelná nařízení. Předložený text se však nezabývá detailním rozborem konkrétních projevů europeizace finančně právních subodvětví a institutů. Cílem autorů bylo zpracovat materii z pohledu obecné části finančního práva, konkrétně pak rozebrat otázku vlivu práva EU na finanční právo z pohledu základních zásad tvorby finančního práva.

Key words in original language
Finanční právo; celní právo; europeizace; právo EU; zásady tvorby finančního práva; fiskální část finančního práva; nefiskální část finančního práva; směrnice; nařízení.

Abstract
The influence of the European Union law is notable almost in legal branches of the Member States. The financial law is, of course, not an exception. Significant effects of Europeanization can be observed within both the whole fiscal and non-fiscal part of the financial law from the budget law, the tax and customs law to the legal regulation of monetary system, foreign exchange, and financial market. In some cases, the main codes of regulation of those financial sub-branches have been created as more or less successful translation of the directives. In other areas such as customs law dominates the directly applicable regulations. Our paper, however, does not address the detailed analysis of specific manifestations of Europeanization of the financial law and all its institutes. Its aim is to describe this issue from the general point of view, especially to analyze the impact of the EU law from the perspective of the fundamental principles of financial law legislation process.

Key words
Financial law; Customs law; Europeanisation; EU law; Principles of creating financial law; Fiscal part of the financial law; Non-fiscal part of the financial law; Directives; Regulations.

ÚVODEM

V současné době je pro tvorbu, interpretaci a aplikaci finančně právních norem vedle znalosti pravidel daného typu hospodářství, stávajících národních finančně právních norem i znalost relevantních norem práva EU.[1] Členství v EU a případná ne/participace v hospodářské a měnové unii totiž významným způsobem ovlivňují i podobu národních finančně právních úprav. Koexistence finančního práva EU a národních finančně právních regulací představují do značné míry složitý systém právních norem. Proto jsou zvýšené nároky kladeny i na zákonodárce v jednotlivých členských zemích, kteří by při své normotvorné činnosti měli co nejpečlivěji dbát na dodržování nejen obecných zásad tvorby práva, ale též speciálních zásad tvorby práva finančního.

Pro vymezení role a významu europeizace finančního práva lze s ohledem na historickou blízkost využít i literatury správně právní. Obdobně jako v právu správním lze i v rámci práva finančního konstatovat, že europeizace zde slouží k zabezpečení jednotného provádění práva EU v členských státech. V řadě případů a obzvláště tam, kde je finanční právo dotčeno nejen příslušnými směrnicemi, ale i přímo aplikovatelnými nařízeními (např. v právu celním) je vysledovatelný dogmatický základ pro ovlivňování a transformaci národního finančního práva.[2] Lze souhlasit s tvrzením, že "rozsah europeizace je přitom určován požadavkem efektivity ("effect utile") a zásadou konformního výkladu národního práva s právem ES."[3]

FINANČNÍ PRÁVO A FINANČNÍ PRÁVO EU

Před vlastním rozborem jednotlivých zásad tvorby finančního práva je však třeba věnovat pozornost již samotným pojmům finanční právo, resp. finanční právo EU. V odborné literatuře se lze nejen v rámci zemí EU, ale i v různých členských státech často setkat s celou řadou definic finančního práva, které se do jisté míry liší. S tímto plně koresponduje názor C. Kosikowského[4], podle něhož je termín "finanční právo" diskutabilním již na úrovni právní vědy v jednotlivých zemích. Rozsah a vymezení finančního práva je obvykle stanovován nejen pro vlastní právní odvětví, ale

---

[1] Viz Kosikowski, C. Financial Law of the European Union. Bialystok: Temida, 2008, s. 15 a n.ISBN 987-83-89620-41-5.

[2] Blíže viz Dittman, A. Europäisierung des Verwaltungsrechts. In Tichý, L. a kol. Europeizace národních právních řádů. Praha: Univerzita karlova v Praze - Právnická fakulta, 2000, s. 140 a n. ISBN 80-85889-30-7.

[3] Blíže viz Dittman, A. Europäisierung des Verwaltungsrechts. In Tichý, L. a kol. Europeizace národních právních řádů. Praha: Univerzita karlova v Praze - Právnická fakulta, 2000, s. 140 a n. ISBN 80-85889-30-7.

[4] Viz Kosikowski, C. Financial Law of the European Union. Bialystok: Temida, 2008, s. 23 ISBN 987-83-89620-41-5.

též pro finanční právo jako pedagogickou a vědeckou disciplínu. V podmínkách České republiky jsou pak v rámci finančního práva obvykle chápána subodvětví jako rozpočtové právo, berní (daňové) právo a celní právo coby součásti fiskální části finančního práva a v rámci části nefiskální pak právo měnové, devizové, puncovní, (veřejné) bankovní a pojišťovnické právo, případně další subodvětví v rámci veřejnoprávní regulace finančních trhů. Jak již bylo naznačeno výše, lze vysledovat jisté rozdílnosti v nahlížení na systém finančního práva. Někdy bývá na finanční právo nahlíženo šířeji či naopak úžeji. V některých zemích pak odborná veřejnost zastává názor, že již dochází k vyčleňování a osamostatňování některých disciplín, typicky práva daňového.

V rámci práva EU lze ve finančně právní oblasti vysledovat regulaci takřka ve všech subodvětvích, přičemž řadu významných ustanovení nalezneme již ve smlouvě o fungování Evropské unie (např. čl. 110 až 113, čl. 127 až 133 nebo 313 až 322). Je tedy zřejmé, že předmět finančně právní regulace je značně široký.[5]

Hovoříme-li o finančním právu EU, pak ani zde není situace jednodušší, neboť i pro finanční právo EU platí, že není chápáno zcela jednotně. Za pozornost stojí názor, podle řadě je třeba odlišit:

- vnitřní finanční právo EU a

- vnější finanční právo EU.[6]

Pokud jde o interní finanční právo EU, pak lze za jeho základ považovat právní regulaci společné měny. Existence tzv. eurozóny dává vzniknout úpravě, v rámci které využívají ("pouze") některé členské státy euro jako svou národní měnu, zatímco jiné do eurozóny buď vstoupit nechtějí, případně dosud nesplnily stanovená konvergenční kritéria.[7] Do oblasti interního finančního práva EU lze pak zařadit i oblast organizace a fungování Evropské investiční banky. Tzv. externí finanční právo pak bývá charakterizováno jako úprava, na jejímž základě jsou členské státy a státy, které se ke vstupu chystají povinny harmonizovat své právní řády s unijním systémem. Z tohoto procesu pak vyplývá nejen řada povinností, ale z jiného úhlu pohledu i možnost využívat stejných pravidel a těžit ze svobod

[5] K předmětu regulace finančního práva blíže viz též např. Bakeš, M., Kotáb, P. Předmět a systém finančního práva. In Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. vyd. Praha, C.H.Beck, 2006, s. 12 a n. ISBN 80-7179-431-7.

[6] Viz Kosikowski, C. Financial Law of the European Union. Bialystok: Temida, 2008, s. 25 a n. ISBN 987-83-89620-41-5.

[7] K tomu blíže srovnej např. Jurkowska-Zeidler, A. Europejski obszar płatniczy. In Drwiłło, A., Maśniak, D. a kol. Leksykon prawa finansowego. Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck, 2009, s. 116. ISBN 978-83-255-0348-2.

jednotného trhu EU. V rámci berního práva zde jako příklad může být uvedena harmonizace nepřímých daní a spolupráce členských států při správě daní.[8]

ZÁSADY TVORBY FINANČNÍHO PRÁVA VE SVĚTLE JEHO EUROPEIZACE

Finanční právo jako právní odvětví je ovládáno řadou zásad. Patří mezi ně zásady obecné (např. zásada legality či zásada priority komunitárního a mezinárodního práva) a zásady další (např. zásada provázanosti nástrojů sektoru veřejných financí, zásada veřejnosti a přehlednosti veřejných peněžních fondů, zásada finanční disciplíny či zásada kontroly). Neméně významné jsou však zejména v dnešní době i zásady tvorby finančního práva. Vedle zásad obecných společných de facto pro všechna právní odvětví lze v rámci katalogu zásad odvětvově specifických zmínit následující:[9]

- Principy typu ekonomiky
- Předvídání krátkodobých a dlouhodobých následků finančně právní regulace
- Zohlednění vazeb norem v rámci systému finančního práva
- Omezení vlivů výkyvu v hodnotě peněz na stabilitu norem finančního práva
- Plynulost změn ve výši finančních dávek
- Ochrana zájmu většiny před lobby
- Respektování terminologie

---

[8] Blíže viz např. Šramková, D. Mezinárodní aspekty berního práva. In Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2008, s. 498 a n. ISBN 978-80-210-4732-7. Srovnej však též Mrkývka, P. Daňové právo Evropského společenství a ČR. In Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004: sborník z workshopu konaného na Právnické fakultě MU v Brně dne 26.9.2006. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 147 a n. ISBN 80-210-4182-X; případně Brzeziński, B., Kalinowski, M. Prawo podatkowe Wspólnoty Europejskiej. Wydanie 2. Gdańsk: ODDK Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2006. 288 s. ISBN 83-74263-02-4.

[9] Podle definice zásad dle B. Brzezińského zpracoval v České republice Mrkývka, P. In Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. I. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. ISBN 80-210-3578-1.

- Úroveň právního a ekonomického vědomí adresátů finančně právních norem

- Respektování závazků České republiky

Na první pohled se jedná o zásady jednoznačné a samozřejmé, které by měly být zákonodárcem bez dalšího respektovány v rámci legislativního procesu v případě každého předpisu z oblasti finančního práva. V případě (nejen) České republiky se však jedná o zásady v praxi značně problematické. Je již smutnou praxí, že v český zákonodárce nepřistupuje k dodržování shora uvedených zásad důsledně ani v případě harmonizačních počinů. Za obzvláště problematické pak lze ve vztahu k europeizaci finančního práva považovat předvídání krátkodobých a dlouhodobých následků finančně právní regulace, zohlednění vazeb norem v rámci systému finančního práva a respektování terminologie.

PŘÍKLAD

Jako poměrně aktuální příklad lze uvést zákony a návrhy zákonů z oblasti měnového práva. Dne 1. listopadu 2009 (tedy dva měsíce před koncem lhůty pro přijetí) nabyl účinnosti nový zákon č. 284/2009 Sb., o platebním styku. Oproti původní úpravě zde došlo k transpozici směrnice o platebních službách.[10] V rámci přijímání byl zákon označen jako "EU". V důvodové zprávě k tomuto zákonu se (s ohledem na skutečnost, že Směrnice o platebních službách je směrnicí v režimu tzv. plné harmonizace) uvádí, že "při její transpozici do tuzemského právního řádu u institutů upravených touto směrnicí se nemohou členské státy odchýlit od úpravy, která je obsažena ve směrnici, s výjimkou výslovně uvedených národních diskrecí." Směrnici samu lze považovat za přínosnou, reagující na řadu problémů z praxe, které doposud nebyly ani na území České republiky uspokojivě upraveny. Faktem však zůstává, že se při přejímání směrnice zákonodárce dopustil řady pochybení.

Vedle problémů v chybách v odkazech v rámci poznámek pod čarou se u tohoto zákona jedná i o pochybení závažnější. Zákonodárce používá v některých případech novou terminologii i na místech, kde bylo možné využít stávající pojmosloví z původního zákona o platebním styku[11] a dalších předpisů. Ještě závažnější je však pochybení věcné, kdy naopak nedržením se doslovné citace dané směrnice došlo k zásadní změně obsahu

---

[10] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2007/64/ES ze dne 13. listopadu 2007 o platebních službách na vnitřním trhu, kterou se mění směrnice 97/7/ES, 2002/65/ES, 2005/60/ES a 2006/48/ES a zrušuje směrnice 97/5/ES (dále jen směrnice o platebních službách).

[11] Zákon č. 124/2002 Sb., o o převodech peněžních prostředků, elektronických platebních prostředcích a platebních systémech (zákon o platebním styku), ve znění účinném do 31. října 2009

daného ustanovení o odpovědnosti poskytovatele platebních služeb. Směrnice o platebních službách ve svém článku 61 stanoví, že:

"…Odchylně od článku 60 nese plátce ztrátu do výše 150 EUR plynoucí z veškerých neautorizovaných platebních transakcí, která vyplývá z použití ztraceného nebo odcizeného platebního prostředku nebo ze zneužití platebního prostředku v případě, že plátce nezajistil ochranu jeho osobních bezpečnostních prvků před zneužitím…"

Je tedy zřejmé, že například v případě odcizení platební karty a uskutečnění transakcí neautorizovaných plátcem nese tento tzv. spoluúčast do celkového úhrnu 150 EUR, byť by se nejednalo o jednu transakci znějící na tuto částku, ale i o více transakcí. Na druhou stranu, pokud limit na dané kartě umožní provést například dvě platby, každou v hodnotě 150 EUR (celkem tedy 300 EUR), činí spoluúčast plátce dle směrnice o platebních službách "pouze" právě oněch 150 EUR.

V novém zákoně o platebním styku je však uveden text obsahově odlišný. Text § 116 odst. 1 zní:

" Plátce nese ztrátu z neautorizované platební transakce

a) do částky odpovídající 150 eurům, pokud tato ztráta byla způsobena

1. použitím ztraceného nebo odcizeného platebního prostředku, nebo

2. zneužitím platebního prostředku v případě, že plátce nezajistil ochranu jeho personalizovaných bezpečnostních prvků,

b) v plném rozsahu, pokud tuto ztrátu způsobil svým podvodným jednáním nebo tím, že úmyslně nebo z hrubé nedbalosti porušil některou ze svých povinností stanovených v § 101."

Podle tohoto ustanovení by se spoluúčast plátce měla týkat každé jednotlivé transakce, neboť zákonodárce v textu ponechal singulár namísto plurálu. Na první pohled drobná nedůslednost však měla za následek poměrně bouřlivé reakce odborné a posléze i laické veřejnosti. Některé banky se chystaly postupovat podle dikce zákona, jiné se znalostí směrnice o platebních službách avizovaly, že budou postupovat ve smyslu jejího článku 61. S cílem uklidnit a vyjasnit pro některé subjekty poněkud nepřehledný stavu vydala hned na počátku listopadu 2009 Česká národní banka úřední sdělení k ustanovení § 116 odst. 1 zákona o platebním styku týkající se ztráty z neautorizované platební transakce, kterou nese plátce.[12] K odpovědnosti, kterou nese plátce z neautorizované platební transakce, zde ČNB uvádí:

[12] Viz Věstník ČNB, částka 15/2009 ze dne 11. listopadu 2009, dostupné též na http://www.cnb.cz/m2export/sites/www.cnb.cz/cs/legislativa/vestnik/2009/download/v_2009_15_21909320.pdf

"Plátce nese ztrátu ze všech neautorizovaných platebních transakcí do celkové částky odpovídající 150 eurům, a to za podmínek stanovených v § 116 zákona. Limit 150 eur se tedy vztahuje na souhrn částek všech platebních transakcí, které byly provedeny od okamžiku ztráty, odcizení, zneužití nebo neautorizovaného použití platebního prostředku do doby oznámení této skutečnosti poskytovateli podle § 101 písm. b) zákona."

Nedůslednost při transpozici daného ustanovení tedy dala vzniknout poměrně zásadnímu problému. Přestože je text směrnice v daném bodě jednoznačný a ČNB se svým opatřením poměrně úspěšně snažila situaci vyřešit, zůstává faktem, že zákonná úprava je stále chybná. Definitivním řešením ze strany České republiky může být až novelizace § 116 nového zákona o platebním styku ve smyslu opatření ČNB.

Zákon o platebním styku tak vinou nerespektování zásad tvorby finančního práva nebyl bankami ani jejich klienty přijat jednoznačně pozitivně. Nerespektování původní terminologie, zvýšené nároky na adresáty norem vzhledem ke složitým formulacím a zásadní věcné pochybení tak na jistou dobu takřka zastínily potenciální přínos nové směrnice.

Bohužel je třeba konstatovat, že jako problematický se jeví i další připravovaný zákon. V roce 2010 se bude Legislativní rada vlády zabývat návrhem zákona o oběhu platidel. Jistě chvályhodný záměr zákonodárce transponovat do českého právního řádu příslušné směrnice upravující oběh bankovek a mincí[13] však bude zřejmě limitován tím, že zákonodárce nespojí v jednom zákoně úpravu transponovanou s ustanoveními, které sice z práva EU nevyplývají, nicméně v prostředí národní právní úpravy značně absentují. Česká republika v současné době nemá žádný zákon o měně a jeho ustanovení do značné míry supluje několik paragrafů zákona o ČNB[14] a provádějící vyhlášky. V rámci legislativního procesu však není potřeba

[13] Nařízení Rady (ES) č. 1338/2001 ze dne 28. června 2001, kterým se stanoví opatření nutná k ochraně eura proti padělání; Nařízení Rady (ES) č. 44/2009 ze dne 18. prosince 2008, kterým se mění nařízení (ES) č. 1338/2001, kterým se stanoví opatření nutná k ochraně eura proti padělání; Nařízení Rady (ES) č. 1339/2001ze dne 28. června 2001, kterým se rozšiřuje účinnost nařízení (ES), kterým se stanoví opatření nutná k ochraně eura proti padělání na členské státy, které nepřijaly euro jako jejich společnou měnu; Nařízení Rady (ES) č. 45/2009 ze dne 18. prosince 2008, kterým se mění nařízení (ES) č. 1339/2001, kterým se rozšiřuje účinnost nařízení (ES) 1338/2001, kterým se stanoví opatření nutná k ochraně eura proti padělání na členské státy, které nepřijaly euro jako jejich společnou měnu; Nařízení Rady (ES) č. 2182/2004 ze dne 6. prosince 2004 o medailích a žetonech podobných euromincím; Nařízení Rady (ES) č. 46/2009 ze dne 18. prosince 2008, kterým se mění nařízení (ES) č. 2182/2004, o medailích a žetonech podobných euromincím; Nařízení Rady (ES) č. 2183/2004 ze dne 6 prosince 2004, kterým se na nezúčastněné členské státy rozšiřuje použitelnost nařízení (ES) č. 2182/2004 o medailích a žetonech podobných euromincím; Nařízení Rady (ES) č. 47/2004 ze dne 18. prosince 2008, kterým se mění nařízení (ES) č. 2183/2004, kterým se na nezúčastněné členské státy rozšiřuje použitelnost nařízení (ES) č. 2182/2004 o medailích a žetonech podobných euromincím.

[14] Viz zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance, ve znění pozdějších předpisů

komplexní úpravy (jakési dílčí kodifikace) měnového práva ani zásada zohlednění vazeb norem v rámci systému finančního práva dostatečně reflektována.

ZÁVĚREM

Závěrem lze opět slovy Armina Dittmana[15] konstatovat, že z pohledu členských států představuje proces europeizace současně zisk i ztrátu, zároveň však i příležitost ke konstruktivnímu začlenění vlastního práva do procesu europeizace. Europeizace tedy neznamená vnucování národního finančního práva cizí mocí, ale jde (resp. by mělo jít) o proces vzájemného dávání a přijímání.

Literature:

- Bakeš, M., Kotáb, P. Předmět a systém finančního práva. In Bakeš, M. a kol. Finanční právo. 4. vyd. Praha, C.H.Beck, 2006, s. 12 a n. ISBN 80-7179-431-7.
- Brzeziński, B., Kalinowski, M. Prawo podatkowe Wspólnoty Europejskiej. Wydanie 2. Gdańsk: ODDK Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2006. 288 s. ISBN 83-74263-02-4.
- Dittman, A. Europäisierung des Verwaltungsrechts. In Tichý, L. a kol. Europeizace národních právních řádů. Praha: Univerzita Karlova v Praze - Právnická fakulta, 2000, s. 140 a n. ISBN 80-85889-30-7.
- Jurkowska-Zeidler, A. Europejski obszar płatniczy. In Drwiłło, A., Maśniak, D. a kol. Leksykon prawa finansowego. Warszawa: Wydawnictwo C.H.Beck, 2009, s. 116. ISBN 978-83-255-0348-2.
- Kosikowski, C. Financial Law of the European Union. Bialystok: Temida, 2008, s. 15 a n.ISBN 987-83-89620-41-5
- Mrkývka, P. Daňové právo Evropského společenství a ČR. In Evropský kontext vývoje českého práva po roce 2004: sborník z workshopu konaného na Právnické fakultě MU v Brně dne 26.9.2006. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 147 a n. ISBN 80-210-4182-X.

[15] Blíže viz Dittman, A. Europäisierung des Verwaltungsrechts. In Tichý, L. a kol. Europeizace národních právních řádů. Praha, Univerzita karlova v Praze - Právnická fakulta, 2000, s. 166 ISBN 80-85889-30-7.

- Mrkývka, P. a kol. Finanční právo a finanční správa. I. díl. Brno: Masarykova univerzita, 2004. ISBN 80-210-3578-1.
- Šramková, D. Mezinárodní aspekty berního práva. In Radvan, M. a kol. Finanční právo a finanční správa. Berní právo. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2008, s. 498 a n. ISBN 978-80-210-4732-7.

Contact – email
Dana.Sramkova@law.muni.cz - David.Sehnalek@gmail.com

Zpracováno za podpory Grantové agentury České republiky, grantový projekt č. 407/09/P494.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

K NĚKTERÝM OTÁZKÁM FINANČNÍ SPRÁVY ORGANIZAČNÍ SLOŽKY STÁTU - DEMONSTROVÁNO NA PŘÍKLADU STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ

RENATA VESECKÁ

Nejvyšší státní zastupitelství, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek je věnován zejména obecným otázkám finanční správy organizační složky státu, přičemž jako konkrétní příklad pro ilustraci bylo zvoleno státní zastupitelství. Jednotlivé části se pak zaměřují postupně na otázky od základních zásad přes právní subjektivitu a rozpočtové financování až po kontrolu této organizační složky státu. Tento příspěvek pohlíží na danou problematiku z teoretického i praktického úhlu pohledu.

Key words in original language
Organizační složka státu, státní zastupitelství, státní rozpočet, právní subjektivita, kontrola.

Abstract
The article is mostly focused on general issues of the financial management of government organizational component of the State; as a concrete illustrative example was chosen the Public Prosecutor's Office. Particular points concern from the basic principles, through the legal identity and budget funding to the control of the government organizational component of the State. The paper examines financial management of the Public Prosecutor's Office both from academic and practical point of view.

Key words
Government organizational department, Public prosecutor's office, State budget, Legal personality.

1. ÚVOD

Společenské změny probíhající od roku 1989 se projevily v mnoha oblastech právního řádu, přičemž jednou z oblastí finančního a správního práva, které prošly za posledních dvacet let výraznými změnami je bezesporu právní úprava hospodaření státu a státního aparátu.

Nejvýraznějším mezníkem pak bylo zejména přijetí zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích (dále jen „o majetku ČR"). V období před platností tohoto zákona totiž většina státních orgánů, institucí a zařízení zpravidla přímo ze zákona anebo s ohledem na své organizační uspořádání a charakteristické znaky vystupovala jako právnické osoby - státní organizace, a to i přesto, že z hlediska své působnosti nebo vykonávané činnosti přímo realizovali základní funkce státu a byly tomu odpovídajícím způsobem státem

financovány, včetně jejich zpravidla přímého a úplného napojení na státní rozpočet. Relativně samostatné právní postavení vybraných státních organizací začalo však být zejména po zrušení hospodářského zákoníku vnímáno jako neadekvátní jejich přímé vazbě na stát, a to nejvýrazněji v oblasti majetkoprávní, neboť tyto státní organizace na základě svého speciálního práva hospodaření a prozatímní správy realizovaly a podle dosavadní právní úpravy stále realizují výkon vlastnických a jiných majetkových práv státu.

V rámci zákona o majetku ČR tak bylo přistoupeno k vytvoření konstrukce tzv. organizační složky státu. Tyto složky jsou vymezeny v ustanovení § 3, kde se jimi rozumí ministerstva a jiné správní úřady státu, Ústavní soud, soudy, státní zastupitelství, Nejvyšší kontrolní úřad, Kancelář prezidenta republiky, Úřad vlády České republiky, Kancelář Veřejného ochránce práv, Akademie věd ČR, Grantová agentura ČR a jiná zařízení, o kterých to stanoví zvláštní právní předpis anebo tento zákon. Obdobné postavení jako organizační složka státu má Kancelář Poslanecké sněmovny a Kancelář Senátu. Jedná se o jednotky bez právní subjektivity, skrze něž stát jako právnická osoba vystupuje navenek.

Velice významným pojmem navazující na vymezení organizační složky pak dále je zda jí zákon přiznává postavení účetní jednotky. Zákon o majetku ČR však obsahuje pouze odkazující ustanovení § 3 odst. 3, dle kterého je organizační složka účetní jednotkou, pokud tak stanoví zákon o majetku ČR nebo jiný právní předpis.

2. ZÁSADY

Jako ostatní právní oblasti i oblast hospodaření s majetkem státu je ovládána, určitými základními principy. Situace je zde, na rozdíl od některých jiných právních odvětví, kde je třeba tyto zásady či principy složitě dovozovat, poměrně jednoduchá, jelikož jejich seznam vymezuje přímo § 14 zákona o majetku České republiky. Je tak možné hovořit o pěti základních zásadách, a to:

1. zásada hospodárného a účelného využívání majetku státu k plnění funkcí státu a k výkonu stanovených činností,

2. zásada vedení majetku v účetnictví a provádění jeho inventarizace,

3. zásada péče o zachování majetku a jeho údržba,

4. zásada ochrany majetku a uplatňování všech právních prostředků k hájení práv státu jako vlastníka,

5. zásada rozhodnout o nepotřebnosti majetku a naložit s ním způsoby a za podmínek stanovených zákonem.

Nejprve je třeba připomenout, že všechny shora uvedené zásady je nutné před tím, než se jimi začneme zabývat individuálně, posuzovat v rovině obecné, a to zejména ve vztahu k ústavnímu principu dobré správy jako služby občanům,1 což se vztahuje i na výkon majetkové správy státu. Rovněž je třeba pamatovat, že tento výčet je pouze demonstrativní a velice průřezový, a že v případě rozboru hospodaření té které organizační složky státu, by bylo nutné vždy uvažovat v souvztažnostech právě k této složce, jelikož všechny tyto zásady nalézají své uplatnění v zákonných konkrétních ustanoveních kladoucích nároky na organizační složky v jednotlivých stupních ekonomického procesu hospodaření s majetkem státu. Ať již se jedná o povinnost písemnosti smlouvy o nabývání majetku[2] s podpisy na jedné listině, a to i v případě, že to obecné právní předpisy nevyžadují, o obecnou povinnost schválení Ministerstvem financí[3] každé smlouvy o převodu nemovité věci, která se eviduje v katastru nemovitostí, jakož i smlouvy o převodu bytu a nebytového prostoru[4], či podléhání zadávání zakázek právní regulaci veřejných zakázek5. Jelikož však je počet těchto složek relativně vysoký není v možnostech tohoto příspěvku uvádět rozbor v takto konkrétní rovině, nýbrž je možné podat pouze rozbor obecný s tím, že k němu musí čtenář přistupovat s tímto vědomím.

2.1 ZÁSADA HOSPODÁRNÉHO A ÚČELNÉHO VYUŽÍVÁNÍ MAJETKU STÁTU K PLNĚNÍ FUNKCÍ STÁTU A K VÝKONU STANOVENÝCH ČINNOSTÍ

Jedná se o klíčovou zásadu, neboť stát nemůže užívat majetek libovolným způsobem, ale právě pouze způsobem, jenž odpovídá požadavku hospodárnosti a účelnosti a dále také požadavku, aby využívání bylo v souladu s cílem plnit funkce státu a vykonávat stanovené činnosti. Z výše uvedeného vyplývá, že stát musí mít majetek v takovém rozsahu, druhu a kvalitě, který mu umožní řádně a efektivně plnit své funkce. V tomto smyslu uvádí důvodová zpráva zákona o majetku ČR zejména zabezpečování činnosti orgánů státní moci, orgánů státní správy a justice, realizování speciálních činností a služeb v dopravě, energetice apod.

---

[1] Čl. 2 odst. 3 Ústavy č. 1/1993 Sb.

[2] O nabývání majetku státu lze hovořit pouze v případě, kdy organizační složka státu nebo státní organizace získávají určitý majetek od nestátního subjektu.

[3] Při převodu věci mající strategickou povahu nebo značnou peněžitou či jinou hodnotu si může schválení vyhradit dokonce vláda.

[4] Uzavírání smluv o poskytnutí věcí, bytu nebo nebytového prostoru do užívání, spojené se smlouvou o následném převodu této věci do vlastnictví, je zakázáno zcela.

[5] Zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách.

2.2 ZÁSADA VEDENÍ MAJETKU V ÚČETNICTVÍ A PROVÁDĚNÍ JEHO INVENTARIZACE

Tato zásada je vystavěna na premise, že pouze pomocí evidence je možné, aby měla organizační složka státu dostatečný přehled o svém majetku, zejména pak o jeho rozsahu a skladbě. Tato evidence je pak vedena na základě zvláštního zákona, a to zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví.[6] Další povinností, která se s touto zásadou pro organizační složky státu váže, je nutnost evidence majetku v katastru nemovitostí. Jsou to tak právě organizační složky státu, na něž dopadají povinnosti dle § 10 zákona č. 344/1992 Sb., o katastru nemovitostí České republiky, zejména pak povinnost ohlásit katastrálnímu úřadu změny údajů katastru týkající se jejich nemovitostí, a to do 30 dnů ode dne jejich vzniku, a předložit listinu, která změnu dokládá. K zápisu následně dochází formou záznamu dle § 7 zákona č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, neboť se jedná o pouhé osvědčení příslušnosti dané organizační složky.

2.3 ZÁSADA PÉČE O ZACHOVÁNÍ MAJETKU A JEHO ÚDRŽBA

Třetí zásada je shrnutím jednak imperativu obsaženého v § 14 odst. 1 zákona o majetku ČR přikazujícího organizační složce si počínat tak, aby svým jednáním majetek nepoškozovala a neodůvodněně nesnižovala jeho rozsah a hodnotu anebo výnos z tohoto majetku a jednak imperativu zakotveného v § 14 odst. 3 zákona o majetku ČR, dle něhož je příslušná organizační složka povinna pečovat o zachování majetku, jeho údržbu, popř. o jeho zlepšení nebo rozmnožení a dále jej chránit před poškozením, zničením, ztrátou, odcizením či zneužitím. Tuto velice obecnou zásadu není možné chápat odděleně jako jakýsi abstraktní pojem, nýbrž vždy pouze v souvztažnosti s ustanoveními konkrétně vymezujícími nakládání s majetkem organizačních složek státu, a to jak v zákoně o majetku ČR, tak i ve zvláštních právních předpisech (např. i ZoSZ). Typickým příkladem je povinnost státu v případě úplatného převodu převést svůj majetek nejméně za cenu obvyklou, v opačném případě musí svůj postup odůvodnit.

2.4 ZÁSADA OCHRANY MAJETKU A UPLATŇOVÁNÍ VŠECH PRÁVNÍCH PROSTŘEDKŮ K HÁJENÍ PRÁV STÁTU JAKO VLASTNÍKA

Touto zásadou je zejména postihována povinnost příslušné organizační složky důsledně využívat všechny právní prostředky při uplatňování a hájení práv státu jako vlastníka a při ochraně majetku před neoprávněnými zásahy, dále povinnost včas uplatňovat právo na náhradu škody a právo na vydání

[6] Plíva, S. Hospodaření s majetkem státu. Praha: Nakladatelství C. H. Beck Praha, 2001, s. 97.

bezdůvodného obohacení a průběžně sledovat, zda dlužníci včas a řádně plní své závazky, a zejména včasným uplatněním a vymáháním práv státu zajišťovat, aby nedošlo k promlčení nebo zániku těchto práv[7].

2.5 ZÁSADA ROZHODNOUT O NEPOTŘEBNOSTI MAJETKU A NALOŽIT S NÍM ZPŮSOBY A ZA PODMÍNEK STANOVENÝCH ZÁKONEM

Stane-li se majetek nepotřebným, přičemž o této nepotřebnosti rozhodl písemně vedoucí příslušné organizační složky, či jím písemně pověřený jiný vedoucí zaměstnanec organizační složky, naloží příslušná organizační složka s majetkem způsoby a za podmínek podle zákona o majetku ČR. Za nepotřebný se pro tyto účely považuje zejména majetek, který přesahuje potřeby příslušné organizační složky, anebo majetek, na jehož ponechání státu přestal být veřejný zájem, v případě věcí též takové věci, které pro ztrátu, popřípadě zastarání svých technických a funkčních vlastností nebo pro nepřiměřenou nákladnost provozu nemohou sloužit svému účelu.

3. FINANCOVÁNÍ

Hospodaření s majetkem státu by se dalo na jednu stranu přirovnat k hospodaření kterékoliv jiné právnické osoby, na stranu druhou je však třeba mít na paměti určitá specifika, která pro hospodaření organizačních složek státu vyplývají jak ze zákona o majetku ČR, tak i z vlastní specifické povahy těchto útvarů.

Ona specifičnost se projevuje zejména v zákonném základu existence těchto složek, což velice snižuje rozhodovací prostor vlády ohledně jejich financování. S určitou mírou zjednodušení se dá říci, že beze změny zákona, na základě něhož je daná organizační složka státu vytvořena, není možné výrazněji zasáhnout ani do jejího financování, neboť vždy je nutné ji ponechat na daný rozpočtový rok nutné náklady pro její existenci. Zákon o majetku ČR pak problém financování neřeší přímo, nýbrž pouze odkazujícím ustanovením § 3 odst. 4 na zvláštní právní předpisy, kterým je v první řadě zákon č. 218/2000 Sb., o rozpočtových pravidlech a o změně některých souvisejících zákonů (rozpočtová pravidla). Ten v § 45 stanovuje, že organizační složka státu hospodaří s prostředky státního rozpočtu, které jí stanoví správce kapitoly v rámci rozpočtu kapitoly, pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak, minimálně v rozsahu členění závazných ukazatelů daných zákonem o státním rozpočtu. Její příjmy jsou příjmy státního rozpočtu a výdaje jsou výdaji státního rozpočtu, nestanoví-li tento zákon jinak. Rozpočet organizační složky státu může zahrnovat pouze příjmy a výdaje související s činnostmi vymezenými ve zřizovací listině, případně stanovenými jí zákonem, kterým byla zřízena. Každá organizační složka

[7] Pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak, požaduje od dlužníků úroky z prodlení (poplatek z prodlení) ve výši stanovené nařízením vlády č. 142/1994 Sb. a sjednané smluvní sankce.

státu sestavuje rozpočet příjmů a výdajů v členění podle rozpočtové skladby. Veškeré rozpočtové příjmy dosažené v rámci svého hospodaření soustřeďuje na příslušném příjmovém rozpočtovém účtu a uhrazuje všechny rozpočtové výdaje z příslušných výdajových rozpočtových účtů. Zůstatky těchto účtů Česká národní banka uspořádá vždy ke dni 31. prosince tak, aby výsledný zůstatek těchto účtů byl nulový.

4. STÁTNÍ ZASTUPITELSTVÍ

Jak již bylo výše uvedeno, soustava státního zastupitelství se řadí jednak mezi organizační složky státu, jak vyplývá přímo ze zákona o majetku ČR, avšak zároveň se řadí mezi ty organizační složky státu, jimž zvláštní zákon přiznává postavení účetní jednotky. V případě státního zastupitelství je tímto zvláštním zákonem konkrétně zákon č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství (dále jen „ZoSZ“), kde je v § 6 odst. 3 zakotveno, že Nejvyšší státní zastupitelství (dále jen „NSZ“), vrchní státní zastupitelství (dále jen „VSZ“) a krajská státní zastupitelství (dále jen „KSZ“) jsou účetními jednotkami - okresní státní zastupitelství tedy nikoliv. Toto zákonné ustanovení však i přes svou zdánlivou jednoznačnost vyvolává v právní teorii mnohé otázky. Zmiňované ustanovení bylo totiž vloženo do ZoSZ až v roce 2001 zákonem č. 11/2001 Sb., který byl ovšem již v roce 2002 zrušen jako celek zákonem č. 6/2002 Sb., o soudech, soudcích, přísedících a státní správě soudů a o změně některých dalších zákonů (dále jen „zákon o soudech a soudcích“). Dochází zde tak ke vzniku otázky, zda zrušením daného předpisu došlo taktéž ke zrušení § 6 odst. 3 ZoSZ. Při hledání odpovědi je třeba vyjít z ustálené judikatury Ústavního soudu vyslovené např. v nálezu sp. zn. Pl. ÚS 25/2000 ze dne 15. 08. 2001, ve kterém v odůvodnění tento soud konstatoval, že ustanovení zákona, kterými jsou novelizovány jiné zákony, se stávají součástmi těchto novelizovaných zákonů a samostatně již nejsou součástí právního řádu České republiky. Z tohoto nálezu je jasně patrné, že ustanovení § 6 odst. 3 ZoSZ zůstalo v platnosti i po zrušení zákona č. 11/2001 Sb., a to i přesto, že zásady obsažené v citovaném nálezu Ústavního soudu nebyly následně vždy důsledně respektovány. Zákonodárce, tak nejspíše právě z obavy o nejednoznačnost výkladu dané problematiky, přistoupil v roce 2003 v zákoně 192/2003 Sb., k opětovnému výslovnému zakotvení daného ustanovení. Ač se dle názoru autorky nejedná o postup odporující právním předpisům, jde zcela jistě o přístup nikoliv de lege artis, jelikož dochází de facto k opakování již platné úpravy; pro tento názor hovoří i začlenění § 6 odst. 3 do úplného znění ZoSZ vyhlášeného pod č. 153/2002 Sb. V současné době tak základní význam uváděné interpretace spočívá v posuzování povahy NSZ, VSZ a KSZ v období od zrušení zákona č. 11/2001 Sb. do účinnosti zákona č. 192/2003 Sb.

Ohledně financování je třeba říci zejména, že pro státní zastupitelství je správcem rozpočtové kapitoly ministerstvo spravedlnosti[8], přičemž tato skutečnost je častým námětem článků i odborných diskusí; zejména bývá upozorňováno na to, zda by ústavní požadavek na oddělení jednotlivých státních mocí, i vlastní § 3 ZoSZ nebyl lépe naplněn, pokud by došlo k posílení autonomie státního zastupitelství na ministerstvu spravedlnosti tím, že by mělo vlastní rozpočtovou kapitolu[9]. Takovéto uspořádání by nejen dovolilo státnímu zastupitelství určovat si vlastní finanční priority, ale zároveň by dalo širší prostor vedoucím státním zástupcům, kteří jsou obecně za chod příslušných státních zastupitelství odpovědni a jsou tak nejlépe pro tuto činnost kvalifikováni. Nedostatečnou rozpočtovou samostatnost nejen státního zastupitelství, ale i soudů lze tak považovat za vážný problém ve struktuře státního rozpočtu[10]. Pro srovnání může sloužit úprava Slovenské republiky, kde má prokuratúra samostatnou kapitolu státního rozpočtu[11], což logicky navazuje jak na nesporné vymezení prokuratury jako samostatného státního orgánu, tak i na postavení Generálního prokurátora jako ústavního činitele a vedoucího ústředního orgánu Slovenské republiky.

5. ZÁVĚR

Pokusila jsem se ve svém příspěvku nastínit několik základních otázek spjatých s problematikou tzv. organizačních složek státu a jejich financováním. Jako určitý ukázkový příklad jsem následně zvolila soustavu státního zastupitelství, jelikož je mi pracovně velice blízká a jsou mi tak velice blízké i problémy, které jsou spojené s jejím fungováním. A to nejen v rámci problematiky svěřené do působnosti této organizační složky Ústavou České republiky či ZoZS, ale také v oblasti finanční, hospodářské či správní. Jsem totiž přesvědčena, že hospodaření každé fyzické osoby,

[8] Návrh rozpočtu zpracovává konkrétně ekonomický odbor ministerstva, jenž stanovuje rozpočet pro jednotlivé resortní organizační složky státu a odpovídá ve spolupráci s příslušnými odbory za hospodaření s prostředky státního rozpočtu a EU.

[9] Je určitým paradoxem, že přestože ZoSZ nestanovil, že státní zastupitelství jsou rozpočtovými nebo příspěvkovými organizacemi, ministr spravedlnosti vydal dne 14. 2. 1994 resortní instrukci č. 1581/93-OOD, o správě státního zastupitelství, kde bylo v § 3 uvedeno, že NSZ, VSZ, KSZ a Městské státní zastupitelství v Praze jsou samostatnými rozpočtovými organizacemi a okresní státní zastupitelství jsou hospodářsky nedílnou součástí krajských státních zastupitelství. Uvedená státní zastupitelství jednala jako rozpočtové organizace pouze na základě této instrukce, avšak v rozporu se zákonem. Na tento stav upozornil Nejvyšší kontrolní úřad ve svém kontrolním závěru č. 98/22.

[10] Zde je zajímavé srovnání, že instituce s daleko menší tradicí i omezenějšími pravomocemi jako Kancelář Veřejného ochránce práv či dokonce instituce, kde je tato samostatnost dle názoru některých autorů přímo na závadu, jako je Bezpečnostní informační služba, vlastní rozpočtovou kapitolu mají.

[11] Rozpočet přináležející soustavě prokuratury ve Slovenské republice byl pro rok 2008 schválen ve výši 1 649 688 000 Sk.

právnické osoby či organizační složky státu je existenčně spjato se všemi ostatními činnostmi, které vykonává.

Literature:

- Plíva, S.: Hospodaření s majetkem státu, Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2001, 286 s, ISBN 8071795569
- Fenyk, J.: Vademecum státního zástupce, Praha: ASPI, 2003. ISBN 8086395804
- Kocourek, J., Záruba, J.: Zákon o soudech a soudcích, Zákon o státním zastupitelství – Komentář, 2. vydání, Praha: ASPI, 2004. ISBN 8071797618
- Průcha, P.: Správní právo, 7. vydání, Brno: Masarykova univerzita Brno, 2007. ISBN 9788021042766

Contact – email

patockova@nsz.brn.justice.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOURCES OF FINANCIAL LAW IN CONNECTION WITH POLITICAL SYSTEM OF THE STATE

ANTON YAKUSHEV

Law Department of Voronezh State Univercity, Russia

Abstract in original language
Темой доклада является анализ системы источников финансового права России. Автор рассматривает основные источники как в статическом, так и в динамическом аспекте. Нормативно-правовые акты являются «классическими» источниками финансового права в РФ. Несмотря на это постоянно увеличивается количество и значимость «нетрадиционных» источников, которыми являются судебные и административные прецеденты. Автор приходит к выводу, что использование прецедентов для регулирования финансовых отношений происходит из-за ненадлежащего качества законодательных актов, принимаемых парламентом без надлежащего обсуждения при отсутствии реальной политической дискуссии.

Key words in original language
Источники права, законы, подзаконные акты, судебные прецеденты, ненадлежащее качество законов, влияние политической системы на источники права.

Abstract
The concept of this article is a review of sources of financial law in Russia. Author analyzed the main sources of financial law in “static” and “dynamic” aspects. Legal texts (laws and by-laws) are the “classical” sources of financial law in Russia. In spite of this the quantity and significance of “non-traditional” law sources such as administrative and court precedents (cases) is constantly increases. Author makes a conclusion, that the reason of increase of using precedents in financial regulation is poor quality of legal text, which are made by parliament without real political discussion

Key words
Law sources; laws; by-laws; precedents; quality of legal text; influence of policy on sources of law.

Up-to-date Tax System exists in Russia for about 17 years. During this period the practice of the Russian taxation worked out rather original approach to solve some problems connected with formation and modernization of the state Tax system.

Any state realizes its sovereign rights and follows the certain tax policy. The aim of the state tax policy is to form the Tax System which could redistribute financial sources from private to public funds to provide the

balance between public and private interest and to form the conditions for maximum development in public and private sectors in economics as well.

Tax System is formed by the state by the elaboration and implementation legal tax regulations into force. Tax regulations get their outer securing in so-called formal Tax Law sources.

Legal Theory marks out the following types of formal (textual) legal sources: legal standard rules, judicial precedents, legal customs, international treaties. It is also possible to regard judicial and administrative practice and legal tenets as legal sources[1].

The classical in the Legal Theory is the subdivision of the states into the states of the German-Romanic and Anglo-Saxon legal families. From this point of view contemporary Russian Law including the Tax Law must be formed according to the "German-Romanic" example when the main legal source is the legal-standard rule[2].

Just because of that very reason the Tax Code of the RF recognizes the Tax Law sources as law, by-law and international treaty. The structure of the Tax Law sources enters completely into "German-Romanic" model of legislation.

The growth of significance of the justice and precedent practice for the regulation of public relation is vivid sequence of the influence of globalization on Russian legal system[3].. This process is especially evident in Tax Law, where the significance of the 'non-traditional' legal sources for the RF as precedents and tenet is very high.

At the moment in the RF the Tax Law sources can be not only Taxes and Fees Law, by-laws and international treaties which reflect state fiscal interests. Also the Tax Law sources must be called judicial precedents, judicial and administrative practice and legal tenet which reflect in certain degree the taxpayers' point of view.

Of course, legal-standard rule, namely, the Tax Code of the RF of 1998 is the major source of Tax Law of the RF. The Tax Code of the RF gives definitions for tax and fee, formulates taxation principles, secures the status of the participants of the taxation relations and forms the system of taxes and fees. The TC of the RF defines the order for execution by the taxpayers the duty to pay tax, forms the procedure to fulfill tax control and to call to tax account for the law infringements. The by-laws which are passed out by

---

[1] Bregel J.L. Theory of law. Moscow, Nota Bene, p. 97-157.

[2] David R. Modern Legal Systems. Moscow, 1967, p.59-65.

[3] Alexeev S.S. Theory of law. Moscow. 2008, Prospect, p.95.

the Finance Ministry can not change and supplement the rules secured in the Tax Code.

Nevertheless, there is not always enough the provisions in the Tax Code of the RF to regulate complex and constantly changing economic relations. The practice of Tax administration always leads to disclosure the mistakes and gaps in the text of the TC of the RF which the deputies of the legislative body can not or in time liquidate by passing out the correspondent bills to current law.

Just in these cases the practice has to follow the way of forming and application 'non-traditional' tax law sources such as precedents and legal tenets. Some tax rules which first were as judicial precedents or tenet are included into the text of the Tax Code of the RF later. The main part of precedents or tenet propositions connected with the regulation of taxation relations formed by the courts during some years do not receive the legislative security and exist as 'non-traditional' sources. What is the explanation for such inconsequence of the state in forming the Tax Law sources structure ?

It seems to us that this phenomenon has political reasons and closely connected with the specific features of parliamentary and law-making procedure in modern Russia.

According to prof. M.V. Karaseva, 'politics is indispensable condition to form any … legislative rules… Law is the most efficient provider of the policy reflected in it'[4]. Tax Law rules are politically 'tense', because their realization entails redistribution the property between taxpayers and legal-public institutions on the benefit of the last. Besides, the above-mentioned 'tense' appears in the connection with that redistribution takes place on the rules formed by the one part of the public relation, so, the second part influence highly the law-maker to provide responsiveness the interests of the second, subordinate part.

The same features of tax rules are also noticed in the work of foreign specialists Richard K. Gordon and Victor Thuronyi "Tax law design and drafting". It is said in this work that in most of OECD member countries, the tax rules drafting changed into complete ritual in the frames of which different social groups compete in the attempts to pass through the legislative body the law draft which contains their point of view on the proper tax policy. The serious Tax draft is based on the results of work of thousands professional lobbyists, political analytics, lawyers, accountants, economists and even ordinary citizens[5].

[4] Karaseva M.V. Budget and tax law and policy. Moscow, 2005 p.25.

[5] Victor Thuronyi .Tax Law Design and Drafting IMF, 1996, C. 1.

With the correspondent approach and use of the democratic ways of fulfillment the state power the economic interests of the most active social groups or even some persons can transform into national interest. This national interest will be later expressed in passing by these or those legal rules which let redistribute the tax duty taking into account the point of view of the most active politically taxpayers. Political struggle presumes the fact of appearance of some tax rules and influences the form and structure the these very rules. In its turn, tax rules in the result of their realization lead to deprivation the part of the property from the taxpayers, so new tax rules are always the reason for worsening the political processes in the society.

The special features of the taxation policy in Russia are partly of economic features in taxation system. Depending on the part of indirect taxes , taxation systems can be classified as:

- based on income taxation, where the main receipts to the budget are from taxes on incomes and property and the part of the indirect taxes is not more than 35% of the total tax incomes. The examples of such taxation systems are countries of Anglo-Saxon law, such as the USA, Great Britain, Canada etc.;

- based on combined taxation, where tax burden directed equally by the taxation the consumption as well as property and incomes. In these systems the part of indirect taxes is from 35 to 50%. Such taxation systems are in the most European state3s;

- based on indirect taxation, where indirect taxes give more than 50% of taxation income to the state. This approach to the taxation characterizes the developing countries, such as Brazil, Mexico, Argentina, India including Russia[6].

The analysis of incomes of consolidated budget of the RF brings to the conclusion that the most part of tax budget income forms as the result of applying the VAT, excise and import and export custom duties including deals with carbohydrates, ferrous and non-ferrous metals. Also the great part of the budget income gives the Tax on Extraction (following TE), receipts from which are also connected with extracting carbohydrates and raw materials for the metallurgy. That is, the main part of the tax income Russian budget gets from indirect taxes, customs duties and taxes connected with extraction and export by the giant corporations the carbohydrates, ferrous and non-ferrous metals. The percent of taxation receipts into budget from income taxation of physical persons as well as taxation of physical persons' property is extremely low.

[6] Maiburov I.A. Theory and history of taxation. Moscow, 2007, p.306.

So, taxation system of the RF is formed in such a way that by taxes the burden of financing the state expenses is put mainly on corporations and at the least degree it concerns the interests of physical persons - taxpayers.

Physical persons - taxpayers are the most numerous participants of political process, because they are the voters at elections, members of political parties and movements, the participants of referendums. It is supposed that citizens - taxpayers

taking part in elections or referendums are under the influence of taxation reasons in their decisions as well. The voters leading by interests of owners are not ready to support the candidates or parties offering tax growth affecting the interests of this category of voters. In equal degree the deputy of legislative body must note vote actively for passing out tax documents additionally burdening the voters - taxpayers the interests of which this deputy presents. The specific significance for tax reasons in parliamentary activity is proved additionally by the fact that the first Parliament in history (English) was formed in accordance with "Great Charter" firstly as representative body giving the executive body (the Crown) agreement to make out and put into practice new taxes. The other legislative powers were given to the Parliament much more later[7].

Russian voters - taxpayers take an active part in political process only when drafting and passing out taxation documents, which regulate income or property taxation of physical persons. The example of such demonstration of active civil position is the political company connected with the attempts to rise Tax on Transport under the initiative of the Finance Ministry of the RF.

Tax on Transport in on-property tax which is paid by the physical persons and organizations - owners of the transport as well. The tax is paid to the budgets of the subjects of the Russian Federation at the rate which depends on car engine capacity. The progressive scale of rates of this tax is defined by the Law, that is as the engine capacity grows, the rate of tax on each unit of measuring the capacity grows, too[8].

In November, 2009, the deputies of Russian Parliament adopted bills into Tax Code, drafted by the Finance Ministry of the RF, which increase the base rate of the Transport Tax in two times beginning with 2010. The base tax rate of the Transport Tax is defined by the federal legislator. Region authorities have the right to determine Transport Tax rate under the condition that it will not be higher than the base rate more than five times. At present, it is, in particular, 5rbl. from each horse power for the cars with capacity under 100 hp (in accordance with the law draft it is offered to rise

[7] Pepeliaev S.G. Tax law. Moscow, 2005, p.25.

[8] Tax code of Russia. Ch 28 \\ SZ, 2002,# 30..

the rate to 10 rbl.), 10rbl. With the capacity from 150 to 200 hp (it is offered the rise of rate to 20rbl.), and 30 rbl. - with the capacity of the car more than 250hp (it is offered the rise to 60 rbl.). So, for 97 hp Hyundai Gets the maximum rate of the tax can be 4850 rbl. a year. For the cars with the capacity more than 250hp the tax rate theoretically could rise to 300rbl. Per horse power (now 150rbl.). So for the owner of expensive and powerful car like Audi A6 3.0 TFSI(290 hp) the tax could rise to 87 000 rbl. instead of 43,500 rbl a year. For other categories of car owners the tax could rise on average for 10-30%.

The discussion of this draft provoked heated protest of some car owners, opposition political parties and public unions. Opposition conducted street mass demarches of protest in large cities including Moscow and promised the social exposure if the above mentioned bills would be put into force. Remonstrative insistence of citizens are clear because the rise of income tax from 10 to 200% is clearly seen on the wellbeing of some taxpayers which is especially negatively perceived during economic crisis.

In connection with that so-called "party of power" has the constitutional majority of 2/3 in the Parliament of the RF, the negative opinion of all other oppositional parties was not taken into account, the taxpayers' protests were also ignored and the law draft on increasing the Transport Tax introduced by the Finance Ministry was approved by the low chamber of the Parliament of the RF without any significant changes.

But, the opinion of the politically active part of the population was suddenly heard by the high chamber of the Parliament of the RF. Under public pressure the high chamber of the Russian Parliament (which is controlled the same political party of power as the low chamber) declined the law draft about increasing the Transport Tax as breaking the principles of justice and economic validity of the tax formulated in the Tax Code. The same opinion was expressed by the President who was going to use his right of veto on this law draft quoted on its insufficient studying and vivid anti-sociality.

During the second voting in the low chamber on the law draft it was significantly elaborated, as a result the right of increasing the tax rate was given to regional authorities which will be able to take decisions according to the playability of taxpayers and other legally meaningful circumstances.

So, we can see, that when working out and adopting the tax law is clear and affects directly the rights and legal interests of taxpayers - physical persons, then law-making process is accompanied by the heat political discussion. Such discussion of tax draft is usual and leads to understanding and correcting the most legal mistakes, which can be in the text of the law draft and passing out qualitative and efficient legal standard rule.

The passivity of public when discussing and adopting tax law draft is unusual. The example of adopting the most important tax law draft without any political discussion is reforming tax law of the RF on Common Social Tax (CST).

CST in Russian taxation is the tax which is paid by the employers. The object of taxation is money paid to employees. The rate of CST is regressive, from 26% and lower as salaries grow. The receipts from CST have the special purpose and are expended on the filling the Pension Fund of the RF, Medical Insurance and Social Insurance Funds of the RF.

In connection with that formally employers (corporations as a rule) but not employees (physical persons) pay CST , the majority bof the Russians did not think that this law draft could break their rights and legal interests. It is clear fo the specialists that this opinion is wrong and that the rate of the tax on salary fund determines the employees' amount and form of the salary fund itself. But the majority of the Russian citizens-taxpayers did not come to this conclusion. That is why there was not any national political discussion on its issue, nobody from the voters organized protest demarches or any companies in Mass Media against the law about changing CST by insurance pays into extra budget funds with higher rates. Such passivity led to the following sequences:

At the end of 2008 - the beginning of 2009 the representatives of the Health and Social defense Ministry worked out the draft of the radical reform in the mechanism of financial provision in the system of pension, social and medical insurance. The reform supposes the complete repeal the CST from 2010 and exchange it with insurance pays paid directly to the Pension Fund, Social Fund and Medical Insurance Funds of the RF. All tax benefits which were before are declined and the total amount of payments of the employers increases from 26% to 34% from the money paid to employees.

Actually, only the state authorities as well as representatives of organizations-employers took part in the procedure of public discussion of the law draft. The discussion was not very long but extremely active. The Finance Ministry of the RF, Economic Development Ministry of the RF ad business representatives were against the initiative of declining CST and turning to different pays on higher rates . Such unanimity of representatives can be rarely seen and tells about many things. The reasons for businessmen-taxpayers to be discontented are vivid. The officials of the Finance Ministry of the RF together with the Economic Ministry of the RF as well thought that increasing tax burden for business at the heat of the crisis will unfavorably influence business and rise the heaviness of its sequences. Only the Prime Minister and the originator of this law draft - the Health Ministry- support it openly.

The Government of the RF ignored the negative meaning of the Finance and Economic Ministries of the RF, the negative reaction of public and introduced the law draft to the Russian Parliament. Under the pressure of

authority and administrative source of the Prime Minister of the RF the Parliament adopted the correspondent law by changing the CST with insurance pays and increasing the rate of pays from 26% to 34% under the weak public protest and in the shortest time.

The above mentioned example of changing the Tax Law by substitution the CST with insurance pays at higher rates is rather demonstrative. It convinces us once again that the lack of real political discussion as well as unwillingness to take reasonable opinion of the counterpart into account lead to passing out documents in Tax Law with legal mistakes and which can not act efficiently.

In both above mentioned cases tax rules were made out and adopted by the legislative body which in any case passes out legal standard rules after they have been discussed and in accordance with the results of voting. It is undoubtedly that with the lack of real discussion of parties and public unions this law draft is essential necessity. But even such procedures imitating political struggle are possible even if the necessity of adopting tax rule is recognized by the subject of the legislative initiative and is introduced to the discussion to the Parliament. As a rule, law drafts on reducing tax or benefits are introduced and lobbied by the representatives of private persons -taxpayers. Law drafts on introducing new taxes and increasing rates of active taxes are usually worked out and lobbied by the Governments of the states or Ministries in charge of public sector of state economics. In number of countries it is legally fixed the list of subjects to be in charge of working out new law drafts but in any case the list of subjects which have legislative initiative is limited.

If no one from possible initiators of law draft does not want or can not start the process of making the object tax rule then the court or any other law enforcement body has to fill the gap or collision in the Tax Law by creating judicial or administrative precedent.

So, from the above said it is possible to make resolutions which seem to be valid:

- adopting legal tax rules s legal standard documents passing out by the legislative body under the real political discussion is the guarantee to create the quality source for efficient legal rules;

- adopting legal standard documents on taxes and fees without any discussion by interested in it parts increases the possibility of legal mistake in the text of tax rule and reduces the efficiency of its application;

- the lack of interest from legislative body to the tax making activity because of object or subject reasons is abnormal. With such passivity of the Parliament the rules which are objectively necessary to regulate tax

relations begin to be created as non-traditional for continental law the judicial or administrative precedents or tenets as well.

Literature:

- Bregel J.L. Theory of law. Moscow, 2004 Nota Bene. p.
- David R. Modern Legal Systems. Moscow, 1967.
- Alexeev S.S. Theory of law. Moscow. 2008, Prospect.
- Karaseva M.V. Budget and tax law and policy. Moscow, 2005.
- Victor Thuronyi .Tax Law Design and Drafting IMF, 1996.
- Maiburov I.A. Theory and history of taxation. Moscow, 2007.
- Pepeliaev S.G. Tax law. Moscow, 2005.

Contact – email

yao@law.vsu.ru

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OMEZENOST SANKČNÍCH NÁSTROJŮ

LIMITS OF SANCTION INSTRUMENTS

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OZNAČENIE PODNIKATEĽSKÉHO SUBJEKTU A VEREJNOPRÁVNE SANKCIE

STANISLAV BARKOCI

Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Department of Commercial, Financial and Economic Law, Slovak Republic

Abstract in original language
Príspevok je zameraný na problematiku používania označení podnikateľských subjektov v hospodárskej súťaži, ich základnej charakteristike a zaradeniu v systéme práva. Ťažisková časť je venovaná verejnoprávnym sankciám ukladaným za zásahy do práv alebo porušenia povinností spojených s označeniami a ich výskytu v jednotlivých predpisoch. V záverečnej časti je možné oboznámiť sa so štatistickými údajmi viazanými na rozoberanú problematiku.

Key words in original language
Označenie; hospodárska súťaž; verejnoprávna sankcia.

Abstract
Contribution focuses on appellations of business entities in competition, their basic characteristics and classification in system of law. Dominant part of the work deals with public law sanctions imposed for infringement of rights or duties connected to appellations and their appearance in regulations. In final part statistic data linked with topic is presented.

Key words
Appellation; competition; public law sanction.

1. OZNAČENIA A ICH VÝZNAM V HOSPODÁRSKEJ SÚŤAŽI

Snaha podnikateľa v konkurenčnom prostredí býva postavená na motivačných základoch rôzneho druhu. Pozitívny hospodársky výsledok, všeobecné uznanie v odborných kruhoch, sláva a popularita v očiach verejnosti, bývajú motiváciou a zároveň aj najcennejšou odmenou základnej snahy podnikateľa, ktorou je úspech v súťaži.

Metódy konkurenčného boja sú tvorené portfóliom mnohorakých nástrojov a spôsobov ako dosiahnuť v hospodárskej súťaži úspech. Voľba podnikateľa môže padnúť na jednu alebo viacero marketingových stratégií, môže ňou byť napríklad zameranie na výraznú kvalitu, rozsiahle kvantitatívne pokrytie trhu, cenová politika alebo masívna reklamná kampaň. Cieľom všetkých stratégií je odlíšenie svojich produktov alebo služieb od konkurenčných. Nad týmito aspektmi súťažnej stratégie sa nachádza obchodné meno, logo, ochranná známka, alebo jedným slovom označenie. V konečnom dôsledku je označenie tým prvkom, pod ktorým sú vnímané charakteristické vlastnosti produktu, či už tovaru alebo služby bez ohľadu na to, aká stratégia

bola použitá na presadenie sa na trhu. Z týchto dôvodov je význam označenia nesmierne dôležitý, označenie predstavuje nenahraditeľný prvok súťažnej stratégie a preto je na mieste venovať jeho ochrane náležitú pozornosť.

2. ZARADENIE OZNAČENÍ DO SYSTÉMU PRÁVA

Právny režim označení je vymedzený rozsahom práv a povinností na ne viazaných. Z pohľadu práva duševného vlastníctva sa na označenia viažu práva spadajúce do skupiny priemyselných práv vymedzené ako priemyselné práva na označenie. Pre správne vnímanie podstaty takejto skupiny práv je potrebné uviesť, že *„do tejto skupiny priemyselných práv zaraďujeme práva, ktoré sa neviažu na určité výsledky tvorivej duševnej činnosti (ako je to pri priemyselných právach na výsledky tvorivej duševnej činnosti), ale práva, ktoré sa viažu na používanie týchto predmetov predovšetkým v obchodnom (hospodárskom) podnikateľskom styku jednotlivými fyzickými a právnickými osobami a na odlíšenie ich výrobkov a služieb od iných osôb.“*[1]

Medzi označenia, ktoré spadajú do skupiny priemyselných práv na označenie zaraďujeme:

- ochranné známky,
- označenia pôvodu výrobkov,
- obchodné mená,
- tzv. nezapísané označenia (napr. logo).

Uvedené označenia v závislosti od viacerých aspektov ako doba ich používania, dobrá povesť podnikateľa, množstvo prostriedkov investovaných do propagácie, predstavujú cenné obchodné aktívum (pre niektorých podnikateľov môže napr. ochranná známka predstavovať najhodnotnejšiu časť ich obchodného majetku), ktoré je nevyhnutné patrične chrániť.

S úpravou podmienok používania a ochrany vyššie uvedených označení sa stretneme vo viacerých predpisoch súkromného aj verejného práva. V rámci súkromnoprávnej úpravy venuje pozornosť označeniam napríklad zákon č. 55/1997 Z. z. o ochranných známkach, zákon č. 455/1991 Zb. Zákon o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon) a tiež samozrejme Obchodný zákonník v ustanoveniach týkajúcich sa úpravy obchodného mena, jeho absolútnej ochrany podľa § 12 a tiež relatívnej ochrany prostredníctvom ustanovení o nekalej súťaži, konkrétne § 45 upravujúceho

[1] Vojčík, P.: Právo priemyselného vlastníctva, Bratislava: Iura Edition, 1998, str. 194

klamlivú reklamu, § 46 venovaného klamlivému označovaniu tovarov a služieb, vyvolávaniu nebezpečenstva zámeny podľa § 47 a parazitovaniu na povesti podľa § 48. Povinnosti viazané na používanie označení upravuje Obchodný zákonník vo viacerých ustanoveniach napríklad v § 3a ustanovujúcom úpravu obchodných dokumentov alebo § 9 ods. 4 upravujúcom povinnosť uvádzať obchodné meno spolu s dodatkom označujúcim jeho aktuálny právny stav.

Predpisov verejnoprávnej alebo zmiešanej povahy, ktoré upravujú podmienky používania niektorých označení je taktiež viac, napríklad zákon č. 469/2003 Z. z. o označeniach pôvodu výrobkov a zemepisných označeniach výrobkov a o zmene a doplnení niektorých zákonov, zákon č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov alebo zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon.

Používanie označení sa riadi právnymi predpismi a pravidlami v nich stanovenými, v momentoch, keď dochádza k používaniu označenia v rozpore so stanovenými pravidlami, resp. dochádza k zásahom do práv na riadne používanie prichádza do úvahy použitie sankčných nástrojov.

Sankcie ako negatívny dôsledok porušenia právne stanovenej povinnosti, ktoré sú nám v rámci nášho právneho poriadku k dispozícii v spojitosti so zásahom do práv alebo nesplnením povinností viazaných na označenia, možno rozdeliť do skupiny sankcií:

- súkromnoprávnych – napr. vo forme kompenzácií,

- verejnoprávnych – vo forme represívnych opatrení.

V povedomí podnikateľskej a spotrebiteľskej verejnosti sú pravdepodobne známejšie sankcie súkromnoprávne a to predovšetkým vo forme uplatniteľných nárokov napríklad pri zásahu do práv nekalosúťažným konaním. Medzi takéto súkromnoprávne sankcie patria predovšetkým povinnosť nahradiť škodu, vydať bezdôvodné obohatenie alebo poskytnúť primerané zadosťučinenie.

3. VYBRANÉ PREDPISY OBSAHUJÚCE SANCKIE TÝKAJÚCE SA OZNAČENÍ

Sankčné nástroje verejnoprávneho charakteru viazané na označenia, resp. niektoré z označení je možné nájsť vo viacerých právnych predpisoch, ako príklad uvádzam niektoré z nich.

Zákon č. 455/1991 Zb. Zákon o živnostenskom podnikaní (živnostenský zákon)

Živnostenský zákon ukladá podnikateľovi v zmysle § 30 ods. 1 povinnosť označiť prevádzkareň a nesplnenie tejto povinnosti sankcionuje.

§ 30 ods. 1

(1) Podnikateľ je povinný prevádzkareň označiť. Spôsob označenia prevádzkarne určujú osobitné predpisy.

Nesplnenie povinnosti podnikateľa dodržiavať podmienky stanovené živnostenským zákonom (§ 29 ods.1) vo všeobecnosti a nesplnenie konkrétnej povinnosti označiť prevádzkareň (§30 ods. 1) živnostenský zákon sankcionuje uložením pokuty podľa §§ 65a a 65b.

§ 65a ods. 2 písm. c)

(2) Živnostenský úrad uloží podnikateľovi pokutu až do 1659 eur, ak podnikateľ nedodržiava podmienky podľa § 29 ods. 1; pokutu nemožno uložiť, ak iný orgán c) začal v rovnakej veci konanie o uloženie pokuty podľa osobitných predpisov.

§ 65b ods. 1

(1) Za porušenie povinností ustanovených v § 30 ods. 1 a v § 65a ods. 2 písm. b) a ods. 3 písm. c), d) a e) môže kontrolór uložiť podnikateľovi blokovú pokutu do 165 eur, ak je porušenie povinnosti spoľahlivo zistené a podnikateľ je ochotný pokutu zaplatiť.

Zákon č. 530/2003 Z. z. o obchodnom registri a o zmene a doplnení niektorých zákonov

Uloženie sankcie vo forme pokuty upravuje aj zákon o obchodnom registri, ktorý v nadväznosti na § 3a, § 9 ods. 4 a § 21 ods. 7 až 9 Obchodného zákonníka upravuje v § 11 ods. 1 písm. c) uloženie sankcie registrovým súdom tej zapísanej osobe, ktorá si nesplní povinnosti stanovené v predmetných ustanoveniach Obchodného zákonníka.[2]

§ 11 ods. 1 písm. c)

Registrový súd uloží zapísanej fyzickej osobe alebo fyzickej osobe oprávnenej konať v mene zapísanej právnickej osoby pokutu do výšky 3 310 eur, ak si táto osoba nesplní povinnosť c) ustanovenú podľa osobitného predpisu.

Zákon č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch

Ukladá v spojitosti s používaním označení viacero povinností, medzi ktoré patrí napríklad zákaz klamania spotrebiteľa, zákaz používania nekalých

[2] pozri tiež Patakyová, M. a kol.: Obchodný zákonník: Komentár: 2. aktualizované vydanie, Praha: C. H. Beck, 2008, str. 17

obchodných praktík, medzi ktoré patria aj klamlivé obchodné praktiky. Zákon o ochrane spotrebiteľa považuje za klamlivú obchodnú praktiku tiež praktiku, ktorá v dôsledku marketingu spôsobujúceho zámenu s obchodným menom, ochrannou známkou alebo iným rozlišujúcim znakom účastníka hospodárskej súťaže ovplyvní spotrebiteľa natoľko, že sa rozhodne uskutočniť obchodnú transakciu, ktorú by inak neurobil.[3]

Sankcie v zákone o ochrane spotrebiteľa sú upravené v § 24 a v rámci § 23, kde je stanovená výška pokuty za spáchanie priestupku porušením zákona o ochrane spotrebiteľa alebo iného predpisu na ochranu spotrebiteľa [4]

§ 24 Sankcie

(1) Za porušenie povinností ustanovených týmto zákonom alebo právnymi aktmi Európskych spoločenstiev v oblasti ochrany spotrebiteľa uloží orgán dozoru výrobcovi, predávajúcemu, dovozcovi alebo dodávateľovi alebo osobe uvedenej v § 26 pokutu …

Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon

Trestné právo ako typické verejnoprávne odvetvie poskytuje ochranu právam spojeným s označeniami prostredníctvom takého prísneho represívneho opatrenia, akým je trest odňatia slobody. V prípade, že nie je možné ochranu riadneho priebehu hospodárskej súťaže, resp. ochranu subjektov trhu účinne zabezpečiť súkromnoprávnymi prostriedkami a konanie osoby porušujúcej pravidlá súťaže vo vzťahu k označeniam je uskutočňované v takej miere, že existuje dôvodné podozrenie zo spáchania trestného činu, je nevyhnutné siahnuť po ochrane poskytovanej § 281 Trestného zákona upravujúcom porušovanie práv k ochrannej známke, označeniu pôvodu výrobku a obchodnému menu. Sankcia stanovená Trestným zákonom pri spáchaní tohto trestného činu je stanovená na odňatie slobody v rozmedzí 3 až 8 rokov.

§ 281 Porušovanie práv k ochrannej známke, označeniu pôvodu výrobku a obchodnému menu

(1) Kto uvedie do obehu tovar alebo poskytne služby neoprávnene označené označením zhodným alebo zameniteľnými s ochrannou známkou, ku ktorej právo používať ju patrí inému, potrestá sa odňatím slobody až na tri roky.

[3] pozri § 8 ods. 2 zákona č. 250/2007 Z. z. o ochrane spotrebiteľa a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch

[4] napríklad zákon č. 108/2000 Z. z. o ochrane spotrebiteľa pri podomovom predaji a zásielkovom predaji; 147/2001 Z. z. Zákon o reklame a o zmene a doplnení niektorých zákonov

(2) Rovnako ako v odseku 1 sa potrestá, kto na dosiahnutie hospodárskeho prospechu

a) uvedie do obehu tovar neoprávnene označený označením zhodným alebo zameniteľným so zapísaným označením pôvodu výrobku a zemepisným označením výrobku, ku ktorému právo používať ho patrí inému, alebo

b) neoprávnene použije označenie zhodné alebo zameniteľné s obchodným menom alebo názvom právnickej osoby alebo fyzickej osoby.

(3) Odňatím slobody na jeden rok až päť rokov sa páchateľ potrestá, ak spácha čin uvedený v odseku 1 alebo 2

a) a spôsobí ním značnú škodu,

b) z osobitného motívu, alebo

c) závažnejším spôsobom konania.

(4) Odňatím slobody na tri roky až osem rokov sa páchateľ potrestá, ak spácha čin uvedený v odseku 1 alebo 2

a) a spôsobí ním škodu veľkého rozsahu, alebo

b) ako člen nebezpečného zoskupenia.

4. ŠTATISTICKÉ ÚDAJE

Z uvedených predpisov je zrejmé, že väčšina verejnoprávnych sankcií predstavuje peňažný postih vo forme pokuty a sankciou stanovenou Trestným zákonom je odňatie slobody. Z hľadiska praktického môže byť zaujímavá otázka, v akej miere sú verejnoprávne sankcie v spojitosti s označeniami uplatňované a či je možné ich vzhľadom na rozsah využívania považovať za efektívne, alebo sú len málo využívaným doplnkom sankcií súkromnoprávnych. Zodpovedanie týchto otázok môže spôsobiť značné problémy pri pokuse uviesť štatisticky čo najpresnejšiu a zároveň právne relevantnú odpoveď. Z toho dôvodu sa pokúsim načrtnúť ich uplatňovanie podľa štatistík Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky a Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky. Vzhľadom na nedostupnosť štatistických údajov týkajúcich sa ukladania pokút v správnom konaní za porušenie povinností týkajúcich sa označení bude možné vytvoriť si aspoň obrazný prehľad využívania prostriedkov verejného práva pri ochrane označení prostredníctvom údajov o civilných a trestných konaniach predmetom ktorých boli niektoré z označení.

Zo štatistík Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky vyplývajú nasledovné údaje:

Ukončené trestné stíhania osôb za trestný čin porušovania práv k ochrannej známke, obchodnému menu a chránenému označeniu

pôvodu (§ 150 zákona č. 140/1961 Zb. Trestný zákon)* a trestný čin porušovania práv k ochrannej známke, označeniu pôvodu výrobku a obchodnému menu (§ 281 zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon) [5]

rok	stíhaní	obžalovaní	odsúdení
2008*	21	7	9
2008	96	56	38
2007*	26	11	7
2007	65	52	17
2006*	34	16	14
2006	0	0	0
2005	35	19	7
2004	68	21	6

Tabuľka 1

Zo štatistík Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky vyplývajú nasledovné údaje:

Občianskoprávne spory týkajúce sa ochranných známok [6]

rok	počet uplatnených nárokov
2008	4

[5] Zdrojom údajov v tabuľke 1 sú Štatistické ročenky Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky za príslušný rok a údaje sa vzťahujú na územie celej Slovenskej republiky. Podľa legendy ku štruktúre kriminality v štatistických ročenkách Generálnej prokuratúry Slovenskej republiky je potrebné pojmy uvedené v tabuľke 1 vykladať nasledovne: stíhaná osoba je osoba, proti ktorej bolo vznesené obvinenie - podľa § 160 Trestného poriadku do 01.11.1999, podľa § 163 Trestného poriadku od 01.11.1999; obžalovaná osoba je osoba, na ktorú podal prokurátor na súd obžalobu podľa § 176 Trestného poriadku; odsúdená osoba v informačnom systéme prokuratúry je osoba s vyznačením právoplatného rozhodnutia súdu, ktoré bolo doručené prokuratúre v odsudzujúcom rozsudku.

[6] Zdrojom údajov v tabuľkách 2 a 3 týkajúcich sa občianskoprávnych a obchodných sporov sú Štatistické ročenky Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky za príslušný rok a údaje sa vzťahujú na územie celej Slovenskej republiky

rok	**počet uplatnených nárokov**
2007	9
2006	37
2005	údaje sa nespracovávali
2004	údaje sa nespracovávali

Tabuľka 2

Obchodné spory týkajúce sa ochrany obchodného mena

rok	**počet uplatnených nárokov**
2008	38
2007	25
2006	18
2005	39
2004	42

Tabuľka 3

Z uvedených štatistických údajov je možné dospieť k záveru, že za obdobie rokov 2004 až 2008 boli zásahy do práv týkajúcich sa označení riešené vo väčšej časti v rovine trestnoprávnej, a to platí aj pri argumente, že mohlo ísť o súbežné prejednávanie sporu v trestnoprávnej rovine a občianskoprávnej rovine. Vzhľadom na uvedené štatistické údaje je vo všeobecnosti vo vzťahu k ochrane práv spojených s označeniami možné konštatovať, že predstavujú marginálnu časť agendy súdov, keďže len za rok 2008 bolo súdmi v Slovenskej republike vybavených v občianskoprávnych konaniach 81 937 vecí, v ktorých bolo uplatnených 120 426 nárokov.

Napriek štatistickým údajom vykazujúcim v porovnaní s celkovým množstvom vecí prejednávaných súdmi spory týkajúce sa označení ako periférne, je krajne nepravdepodobné, že by reprezentovali všetky reálne spory tohto druhu, ktoré v trhovom prostredí existujú. Mnohokrát, môže to byť v dôsledku viacerých faktorov, medzi ktoré často patrí aj neznalosť možností a spôsobov ako označenie chrániť, zostávajú konflikty tohto druhu nevyriešené alebo sú riešené alternatívnymi spôsobmi mimoprávneho charakteru, napr. rezignáciou jedného z používateľov označenia vedúcou k upusteniu od používania sporného označenia alebo jeho zmenou.

Dôležitosť označení v podnikateľskom prostredí je nespochybniteľná, v dôsledku toho by mala byť venovaná patričná pozornosť ich ochrane a v prípade neoprávnených zásahov do práv na ne viazaných, by malo byť ukladanie sankcií súkromnoprávneho alebo aj verejnoprávneho charakteru samozrejmosťou.

Literature:

- Patakyová, M a kol.: Obchodný zákonník: Komentár: 2. aktualizované vydanie, Praha: C. H. Beck, 2008, 1143 s., ISBN 978-80-7400-039-3
- Vojčík, P.: Právo priemyselného vlastníctva, Bratislava: Iura Edition, 1998, 455 s., ISBN 80-88715-38-5
- Švidroň, J.: Základy práva duševného vlastníctva, Bratislava: Juga, 2000, 252 s., ISBN 80-85506-93-9
- Šámal, P. a kol.: Trestní zákon: Komentář: 2. díl, 6. dopl. a přeprac. vyd., Praha: C. H. Beck, 2004, 723-1719 s., ISBN 80-7179-896-7
- http://www.justice.gov.sk/
- http://www.genpro.gov.sk/

Contact – email

stanislav.barkoci@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TREST JAKO VŮLE A PŘEDSTAVA? (O KOMPLEMENTARITĚ A KONKURENCI SANKCÍ)

JOSEF BEJČEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Podstata právních sankcí je v reálné hrozbě jejich vynucení. Různé právní i mimoprávní sankce mohou působit komplementárně, protisměrně, ale mohou být i vzájemně neutrální. Odpuštění sankcí může být sociálně přínosné (leninency). Nevyřešená koncepce kriminalizace kartelů může konkurovat veřejnému zájmu na potírání kartelů s využitím programu shovívavosti.

Key words in original language
Funkce sankcí; jejich vztah.Komplementarita konkurence sankcí. Koncepce kriminalizace kartelů.

Abstract
The substance of legal sanctions consists in a real threat of their enforcement. Different kinds of sanctions may work in a rival, complementary or indifferent way. Condonation or moderation of sanctions can be socially advantageous (leniency). Unsolved concept of criminal penalties imposed for cartelization might contravene the public interest on fighting cartels with applying leniency programme.

Key words
Social functions of sanctions. Complementarity and rivalry of sanctions. Concept of criminalizing cartels.

1. PODSTATA A SPOLEČENSKÉ FUNKCE SANKCÍ

Právní sankce je pojmotvorným znakem právní normy, neboť charakterizuje způsob sociální regulace. Příkaz nebo zákaz, jenž není doprovázen reálnou právní hrozbou vynucení pravidla chování nebo náhradního postihu za jeho nesplnění formou právní sankce, lze stricto sensu sotva pokládat za příkaz nebo zákaz právní. Může jít o organizační, morální, či jinou společenskou normu, jejíž společensky regulativní účinky samozřejmě nemusí být vůbec zpochybněny, ovšem o právní normu bez právní sankce se nemůže jednat. Tím se nevylučuje možnost, že sankce je obsažena v jiné právní normě, a třeba i v jiném předpisu, dokonce i z jiného právního odvětví.

Důležitý je právní charakter sankce, nikoliv její konkrétní umístění v právním řádu. Váhám označit za právní sankci dokonce takovou, jež je v právním řádu sice formálně obsažena, ale má reálnou váhu „papírového

tygra“, protože se v praxi z různých důvodů nerealizuje vůbec nebo téměř vůbec[1].

Taková sankce narušuje autoritu práva a právní vědomí a společensky je spíše škodlivá (škodlivější nežli neuložení sankce vůbec), neboť demonstruje nedostatek vůle státu vynucovat právo. Prohlašovat právní normu a s ní spojenou sankci za „hodnotový soud“, jímž společnost vyjadřuje svoje priority a hodnotová stanoviska, je velmi pokrytecké, pokud onen „hodnotový soud“ je vyjádřen jen slovy na papíře, a pokud onen skutečný (a ne pouze předstíraný) hodnotový soud se v praxi projeví tak, že to společnosti nevadí, protože určité právně sankcionovatelné jednání nepostihuje.

Právní sankce, jejíž uplatnění je nereálné nebo velmi nepravděpodobné, je společensky škodlivá a je horší alternativou než rezignace na právní regulaci. Taková sankce je škodlivá z hlediska právní jistoty i tím, že se dá snadno zneužít v určité politické konstelaci (když už jednou v zákoně je), a jindy se dá zase „nevidět“ v jiné konstelaci (když se to naopak „nehodí“). Neexistující (v právu nezakotvenou) sankci naproti tomu zneužít možné není.

Stupeň dodržování pravidla chování a právní charakter sankcionování tohoto pravidla nemusí být v žádném vztahu. Důležitá je především neodvratnost sankce, její časový odstup po porušení pravidla, její výše a senzitivita porušitele, komplementarita a konkurence s jinými sankcemi a obecně s jinými motivacemi porušitele.

Funkce právních sankcí a funkce právní odpovědnosti se sice dají rozlišovat, ale reálné praktické důvody k tomu nevidím. Všeobecně se uznává, že hlavní funkcí odpovědnosti je dodat váhu a naléhavost právní příkazům a zákazům a donutit jejich adresáty obavou ze sankce k právně konformnímu jednání. Hovoří se o preventivní funkci. Protože žádná sankce nemůže být tak přísná, neodvratná a citelná, že by se v konkrétní situaci povinný subjekt nemohl pokusit o protiprávnost v naději, že odpovědnosti a sankci unikne, nebo že se mu sankce i v případě jejího uložení vyplatí (zakalkuluje sankci na „nákladové“ straně chování nebo transakce a zjistí, že je protiprávní

---

[1] Srov. např. trestný čin nekalé soutěže nebo pletich proti veřejné soutěži. V současnosti hrozí, že se do této kategorie zařadí od 1.1.2010 trestný čin podle § 248/2 trestního zákoníku:

Odnětím *svobody* až na tři léta, zákazem *činnosti* nebo propadnutím věci nebo jiné *majetkové hodnoty* bude potrestán, *kdo* v rozporu s právním předpisem na ochranu hospodářské soutěže *se svým konkurentem* uzavře dohodu o *určení ceny*, dohodu o *rozdělení trhu* nebo *jinou* dohodu narušující hospodářskou soutěž,…. a způsobí tím ve *větším* rozsahu *újmu* jiným soutěžitelům nebo spotřebitelům, zadavateli *nebo* jinému dodavateli nebo opatří tím sobě nebo jinému ve větším rozsahu *neoprávněné* výhody.

jednání pravděpodobnější), musí se předpokládat porušení sankcionovaného pravidla.

Navíc musíme kalkulovat s neracionálním jednáním; typ riskujícího adrenalinového hazardéra - „hráče" se samozřejmě pohybuje i v obchodní sféře, a nikoliv jen na silnicích, kde se chování řady řidičů a jeho chováním získaná „výhoda" vymyká jakékoliv racionální úvaze i při započtení rizika ztráty vlastního života hazardérových nejbližších osob. K tomu přistupuje i neracionální (neboť neinformované) jednání osob nevědomých, které o právní sankci spojené s jejich chováním nevědí nic nebo o ní mají jen mlhavé tušení. Tyto osoby se nepochybně vyskytují nejen mezi mentálně handicapovanými občany v právu občanském, ale i mezi formálními profesionály, vystupujícími v právu obchodním a v právu správním, trestním finančním, atd.

Na takové lidi samozřejmě nemůže působit preventivní funkce odpovědnosti. Funkce reparační, ve vztahu ke třetím osobám, přímo poškozeným (nebo jinak znevýhodněným protiprávním jednáním porušitele) nesmí být dotčena. Zásadně slouží reparace tomu, aby ani v rámci analýzy nákladů a prospěch v souvislosti s porušením právního pravidla nemohl porušitel externalizovat svoje náklady a přenášet je na poškozeného. Protiprávní jednání jedné osoby by se nemělo nepříznivě promítnout do majetkové sféry třetích osob; může být sice stále pro porušitele výhodné, ale ne na úkor nezúčastněných.

V případech, kdy reparační funkce selže, nebo kdy reparace není možná, protože protiprávnost nemusela bezprostředně a/nebo dokazatelně narušit něčí majetkovou sféru (třeba proto, že právní pravidlo chování chrání jiné, nemajetkové hodnoty), vystupuje do popředí funkce represivní. Represe může doplňovat reparaci, ale může také působit poměrně izolovaně. Věrohodná (velmi pravděpodobná až neodvratná), důrazná (citelná) a bezprostřední represe je nejlepším nástrojem k dosažení prevence.

Ze samotné povahy veřejnoprávních sankcí vyplývá, že jejich účelem je především tlak na dodržování pravidel chránících veřejný zájem - důraz je kladen na prevenci, dosahovanou především represivními sankcemi (pokutami a tresty). Ani v případě veřejnoprávních pokut jakožto majetkové represe není hlavním cílem majetková restituce, ale odstrašení budoucích porušitelů od protiprávního jednání, výchovné zreálnění předchozí pouhé hrozby na skutečnou újmu u toho, kdo již pravidlo porušil – jde tedy o individuální a generální výchovu adresátů (resp. individuální a generální prevenci). Je-li pouta příjmem státního nebo jiného veřejného rozpočtu, není vesměs nijak zaručeno, že bude použita právě na zmírnění nebo odstranění konkrétní majetkové újmy třetí osoby, která byl poškozena jednáním proti zájmům chráněným veřejným právem. Protiprávnost i ve vztahu k právu veřejnému je však využitelná jako předpoklad právní odpovědnosti v právu soukromém a poškozená osoba se může domáhat náhrady škody v civilním řízení.

Je tedy nesporné, že právní odpovědnost je jedním z prostředků motivace chování lidí a právnických osob, které působí především negativně, tj. potlačováním nežádoucího chování. Jevově se někdy hranice mezi odpovědností a pozitivní stimulací stírají[2]; přesto však podle mého soudu právní odpovědnost zůstává projevem společenského odsouzení a nemůže proto stimulovat pozitivně. „Honorovat" určitá jednání může snad jen tím, že se na ně plně nebo částečně nevztahuje, čili že nenastává. Právní odpovědnost může vést jen k více či méně důrazné sankci. Z hlediska praktického působení pozitivní stimulace a sankce je dopad snížení odpovědnosti podobný odměně - nepatrný trest a nepatrná odměna stimulují přibližně stejně málo. Pokud na základě odpovědnosti nevznikne sankce, přibližuje to právní odpovědnost k pozitivní stimulaci (podobně, je-li sankce nepatrná).

2. SELEKTIVNÍ ODPUŠTĚNÍ VEŘEJNOPRÁVNÍ SANKCE JAKO VEŘEJNÝ ZÁJEM

Proti černobílým schématům výše naznačeným jako by se stavěla dnes celosvětová kampaň propagace shovívavosti vůči těm účastníkům kartelových dohod omezujících soutěž, kteří existenci kartelu oznámí příslušnému úřadu, spolupracují s ním poskytnutím závažných informací na jeho odhalení a prokázání potřebných skutečností, o nichž úřad nevěděl,

Protiprávnost vzniknuvší v důsledku uzavření kartelové dohody se odpuštěním nebo snížením sankce neodčiní a protiprávní jednání je nadále spojeno se společenským odsudkem. V závislosti na tom, jaké následky tato protiprávnost skutečně má nebo může mít, se i v programu shovívavosti jen stanoví nižší intenzita negativního sankčního stimulu nebo se sankce úplně vyloučí při zvážení společenského přínosu „účinné lítosti" porušitele k odhalení tajné dohody a k boji proti konkrétnímu kartelu nebo v rámci generální prevence proti pokusům o kartelizaci v budoucnosti.

Odpuštění nebo snížení pokut za uzavření kartelových dohod není striktně vzato pozitivním stimulem, ale spíše gradací negativního stimulu v závislosti na zvážení společenského přínosu dodatečné (ex post) spolupráce porušitele práva. Úplně stejné účinky jako program shovívavosti by z hlediska sociálního dopadu měla taková zákonná právní úprava[3], která by odstupňovala sankce v závislosti na kritériích, za jejichž splnění je nyní jen aplikační praxe snižuje nebo úplně odpouští.

---

[2] Srov. HAJN, P.: *K funkcím hospodářskoprávní odpovědnosti při podpoře rizikového rozhodování* , referát na vědecké konferenci k 10. výročí UJEP, Brno 1979, str. 3.

[3] Snad s tím rozdílem, že by explicitní právní úprava byla věrohodnější nežli nejistý výsledek správního uvážení, protože by pravděpodobně musela býti transparentnější a přesnější a patrně by obsahovala přezkoumatelná kritéria vzniku a výpočtu výše nároku na vlídnější zacházení.

Praktické účinky pozitivní stimulace a pokut mají nesporně plynulé hranice; z hlediska státního rozpočtu či daňového poplatníka je odpuštění nebo snížení sankce za účast v kartelové dohodě srovnatelné s tím, že by se účastníkovi protiprávního spolčení udělila ze státního rozpočtu finanční prémie za to, že se přiznal k protiprávnosti. To by ovšem platilo jen v případě, že by přiznání tohoto účastníka nebylo conditio sine qua non odhalení kartelu a tím i možnosti získat do státního rozpočtu pokuty od dalších účastníků, na něž by bez spolupráce udávajícího státní moc vůbec nedosáhla.

Z hlediska teorie transakčních nákladů je vlastně snížení nebo odpuštění pokuty jen hypotetickou ztrátou – ve skutečnosti je investicí nezbytnou k inkasu pokut za jinak nezjistitelné protiprávní jednání dalších účastníků kartelu. Tím samozřejmě není zpochybněn další – penězi sotva ocenitelný – všeobecný odstrašující efekt proti uzavírání kartelových dohod, který může mít všeobecné prosoutěžní účinky s nemalými dalšími ekonomickými i mimoekonomickými dopady.

Z výše uvedených důvodů je nutná vysoká jasnost a transparentnost podmínek pro uplatnění programu shovívavosti, aby nebyly spekulativně zneužitelné účastníky kartelových dohod; je nutná též záruka, že program nebude vzhledem k (úplně nikdy neodstranitelnému podílu) určité arbitrárnosti a rozhodovací tolerance v rozhodování eventuálně zneužit nepoctivými pracovníky protimonopolních úřadů k osobnímu obohacení na základě jejich dohody s udávajícím účastníkem kartelu.

Vzhledem k tomu, že při udělování pokut se vždy uplatňuje a musí uplatnit určitá míra subjektivizace[4] a že tím pádem není jasný ani určitý základ, z něhož se pokuta může snížit, hrozí i nebezpečí subjektivizace shovívavosti., ba dokonce arbitrárnosti v rozhodování o ní[5].

V rozhodovací praxi českého ÚOHS se např. ještě neustálil názor na to, zda mají

---

[4] Tak např. již starší Metodické pokyny ES (98/C 03) obsahovaly určité schéma pro stanovení výše pokuty, jimiž se inspiroval i český Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS). Přihlíží se mj. např. k tomu, po jakou dobu účastník zákon porušoval, zda uznal porušení zákona, zda činil nátlaková opatření ve vztahu k jiným soutěžitelům, zda šlo o první nebo opakované porušení zákona atp., a to vždy s možnostmi značného rozpětí při uložení sankce. Navíc jde o vnitřní metodickou pomůcku, která je účastníkům nedostupná a jíž se nemohou ve správním ani v soudním řízení dovolávat.

[5] Může se třeba stát, že protikartelový úřad – při vědomí, že udávající bude spadat pod program shovívavosti – sníží pokutu třeba na 50%, ale ze základu, který již proto stanovil mnohem vyšší, nežli kdyby program shovívavosti uplatněn nebyl. Takový přístup by samozřejmě podkopal důvěru v celý program. Případný argument, že by si porušitel práva neměl v tomto směru klást žádné podmínky pro uplatnění shovívavosti vůči sobě samému, je mravně fundamentalistický a kontraproduktivní. Bez těchto jasných podmínek bude pravděpodobně jako dosud jen vysoká latence protiprávnosti a velmi málo odhalení.

být pokuty relativizovány v závislosti na ekonomické situaci účastníka[6] tak, aby pokutu konkrétní účastník při rozdílné ekonomické situaci pocítil subjektivně podobně jako jiný účastník v odlišné ekonomické situaci, nebo zda mají být ukládány v podstatě lineárně (např. jako u dopravních přestupků podle zásady „za objektivně stejné porušení stejný trest").

Právně filozofická otázka spravedlnosti správního trestání (individualizace nebo objektivizace trestu) se podle mého názoru posouvá do právně sociologické roviny – jaký trest má vlastně smysl. Jde-li především o individuální všeobecnou prevenci, dosáhne se jí jen uložením trestu subjektivně citelného, který je nad hranicí vnímavosti porušitele. Jinak bude trest konkurovat jiným hodnotám (zejména vlastnímu ekonomickému prospěchu porušitele z protiprávního jednání, jehož dosáhne i při započtení objektivně třeba vysoké, ale subjektivně málo důrazné sankce).

Soukromoprávní shovívavost není zásadním problémem. Závisí na svobodné úvaze a obchodní psychologii a taktice smluvního partnera, zda protistraně odpustí nebo sníží sankci, kterou si s ním za porušení smluvních povinností dojednal. Eventuální negativní účinek jeho rozhodnutí jde k tíži jeho samotného. Jen v omezeném okruhu případů se kogentními normami chrání slabší strana před důsledky vlastní slabosti, kterou by mohla silnější strana využít ve svůj prospěch[7]

Principiálním problémem je selektivnost postupu státních orgánů vůči porušitelům zákona. Obvykle se ze strany státu očekává přísný a nesmlouvavý postup vůči všem, kteří zákon nedodržují. Výjimka z tohoto principu se obvykle odůvodňuje nezbytností porovnávat určité priority a vyvažovat náklady a přínosy ve vynucování práva. Předpokládá se, že celková efektivnost realizace a vynucování práva se pravděpodobně zvýší, pokud shovívavost vůči několika účastníkům umožní přísnější aplikaci práva vůči ostatním[8]. Jistá nespravedlnost vůči šťastnějšímu porušiteli - udavači, jemuž je umožněno vyhnout se důsledkům svého protiprávního jednání tím, že břemeno předá spolupachatelům[9], je zřejmá. Programy

---

[6] Kromě základního objektivizujícího zákonného rámce zákoně o ochraně hospodářské soutěže (ZOHS), který stanoví jako maximum 10% čistého obratu za poslední kalendářní rok zůstává stále obrovské rozpětí pro správní uvážení v intervalu 0% – 10% z tohoto obratu.

[7] Srov. např. ustanovení občanského zákoníku o spotřebitelských smlouvách, ustanovení zákoníku práce o odpovědnosti zaměstnavatele za škodu způsobenou zaměstnanci nebo obchodně právní zákaz limitace náhrady škody před porušením škodorodé povinnosti.

[8] Nejsem si jist tím, zda není tímto přístupem porušováno právo na spravedlivý proces a zda nedochází k jisté diskriminaci některých účastníků řízení jakožto přirozenému protipólu bonifikace jiných účastníků.

[9] Ctícím princip „*pacta sunt servanda*" i v jeho patologické podobě u smluv zakázaných zákonem.

shovívavosti se očividně neřídí jen dvouhodnotovou formální logikou zvláštních zákonů o ochraně hospodářské soutěže, ale zahrnují do svého zdůvodnění i širší hodnoty sociální efektivnosti práva, kterým do jisté míry požadavek subjektivně pociťované spravedlnosti či nespravedlnosti podřizují[10].

Tradicionalistický „stroze úřednický" přístup ke kartelovým dohodám může programu shovívavosti vytýkat, že vede k zužování povinností protikartelových úřadů, které zmírňují aplikaci práva v případech zákonem zakázaných kartelových dohod. Právo, které není aplikováno vůbec nebo zřídkakdy, přesto, že existuje vysoká míra jeho porušování a vysoká latence protiprávních jednání, není společenskou hodnotou samo o sobě. Je otázkou, zda takové právo někdy více neškodí a nedemoralizuje společnost. Důležité je, aby právo plnilo svoje společenské funkce.

Existuje-li cesta, jak všeobecně zvýšit stupeň realizace práva a je-li touto cestou ústupek v konkrétním jednotlivém případě v zájmu zvýšení efektivnosti práva vcelku, jde o hodnotový konflikt společenských nákladů, užitků a priorit.

Nespatřuji nic závadného na situaci, kdy se v podstatě arbitrární rozhodovací prostor svěřený kartelovému úřadu zákonem strukturuje a ex ante se vymezují podmínky, za nichž úřad učiní rozhodnutí o sankci v tom či onom moderačním pásmu. Tento postup spíše posiluje nežli oslabuje transparentnost rozhodováni státního orgánu, která patří k atributům právního státu. Program shovívavosti je jednou z možných cest, jak zajistit lepší všeobecnou realizaci práva za cenu ústupku tomu účastníkovi protiprávního jednání, který účinně pomohl k odhalení společenského zla, na němž se podílel.

Případné námitky proti tomuto programu by se důsledně měly soustředit a rozšířit i na úpravu tzv. účinné lítosti a polehčujících okolností v trestním právu, která je založena na podobném principu – a to navíc nemusí mít za následek odhalení dalších protiprávně jednajících subjektů, které je v oznámení kartelu přítomno z povahy věci vždy. Není mi známo, že by se takové námitky vůči trestně právním úpravám vznášely.

Proti spekulativnímu zneužití programu shovívavosti někým, kdo by inicioval kartel, chvíli z něj těžil a pak jej jako prvý běžel oznámit s nadějí na vlídnější zacházení, bývá aplikována zásada, že v zájmu spravedlnosti a poctivost není výhoda vlídnosti přiznána těm účastníkům, kteří kartel zosnovali nebo kteří nutili ostatní soutěžitele k účasti v něm. Není-li možné

[10] Jde o opačnou modelovou situaci, nežli se cynicky vyjadřuje slovy „když se kácí les, létají třísky". S cynismem omluvitelným jakýmsi vyšším společenským zájmem na potlačení kartelových dohod se dá i tady vyjádřit podobná maxima: „když se kácí nemocný les, některé stromy (ty, které přivolaly lesníky a spolupracující s nimi na své léčbě) zůstanou stát".

identifikovat, kdo kartel zorganizoval nebo inicioval, neexistuje pak žádný jednotlivý iniciátor a výhoda programu shovívavosti může být poskytnuta kterémukoliv účastníkovi[11].

Rovněž jiné formě zneužití – skupinovému nebo „dominovému" přiznávání a vypočítavým projevům kajícnosti poté, co se kartel prozradil - se staví překážka v podobě přiznání výhody shovívavého přístupu jen tomu, kdo přišel jako prvý[12].

Elementárním požadavkům spravedlnosti vyhovuje i podmínka, aby oznamovatel žádající o shovívavost projevil dobrou víru k ukončení a nápravě svého protiprávního jednání. Je dále samozřejmé, že jakkoliv může být veřejnoprávně udávající subjekt chráněn (včetně imunity před trestním stíháním v USA a v Kanadě), nelze na oltář boje o prosazení veřejného zájmu na potírání kartelů obětovat soukromé zájmy osob postižených uzavřením kartelové dohody. Program shovívavosti tedy zásadně neomezuje civilní žaloby vůči jeho účastníkům.

3. KOMPLEMENTARITA NEBO KONKURENCE LENIENCY A KRIMINALIZACE KARTELŮ?

Snížení trestnosti, případně až její ev. vyloučení v rámci programu shovívavosti, je doprovázeno korporátním prospěchem porušitele veřejnoprávního zájmu. Může z něj však nepřímo profitovat i individuální osoba – např. zaměstnanec, jenž se podílel na protiprávním jednání, akcionář a člen orgánů společnosti, který věděl o kartelu a léta z jeho existence těžil v podobě vyšších dividend a tantiém, umožněných díky vyššímu zisku v důsledku kartelové dohody o fixaci cen mezi konkurenty. Transfer výhody ve prospěch porušitele práva a v neprospěch spotřebitelů plativších vyšší než soutěžní ceny, zůstává. Měl by být odčerpán pomocí soukromého vymáhání náhrady škody z porušení antitrustu? Který účastník kartelové dohody by však v budoucnu využil programu shovívavosti, kdyby nebyl proti takovému důsledku ochráněn? Nesoustředilo by se jeho úsilí namísto toho na dokonalé utajení kartelu? Přitom jak v USA, tak v EU se právě díky programu shovívavost odhalila již drtivá většina všech kartelových dohod, o nichž se vedlo správní (soudní) řízení).

---

[11] Tato interpretace *in favorem* spolupracujících účastníků se potvrzuje v OECD Journal of Competition Law and Policy , 2001, Vol. 3/No.. 2, , str. 17.

[12] Tak v USA platí tento automatismus za předpokladu, že dosud nebylo zahájeno vyšetřování a Department of Justice neměl k němu ani dostatek důkazů) -srov. Shearman @Sterling, cit. pramen, str. 4. V USA se však připouští amnestie účastníka, který „nepřijde jako prvý", pokud je zapleten do dalšího spiknutí a pokud dobře spolupracuje. Hovoří se o tzv. „Amnesty Plus". Podobná byla úprava v již dřívějším sdělení Komise ES 2002/C 45/03, bod 8.

Prostředkem pro další a důraznější vymáhání veřejného soutěžního práva se stala v posledních letech i v Evropě kriminalizace kartelového práva, známá již z dřívějška z USA a z Kanady. Zatímco v USA se již od počátku úpravy kartelového práva počítalo s trestními sankcemi vůči jednotlivcům, v Evropě se kartely chápaly především jako záležitost ekonomická, již je nejlépe regulovat pomocí administrativních nástrojů[13]. V Evropě proběhlo první trestní řízení za kartel v Irsku (fixace cen) a individuální pachatelé byli odsouzeni až k dvanáctiměsíčním trestům odnětí svobody.

Zdá se, že i u nás byla přijata nepromyšlená taktika[14] napřed upravit nový trestný čin v Trestním zákoně[15] a teprve poté se potýkat s nevyřešenými koncepčními otázkami s tím spojenými, resp. smířit se s tím, že nová skutková podstat trestného činu stejně jen tak „neožije". To navíc v situaci, kdy neexistuje silná politická podpora kriminalizace kartelů a stanoviska odborné veřejnosti ke kriminalizaci kartelů při tomto stupni přípravy jsou nanejvýš skeptická[16].

4. ZÁKLADNÍ VÝCHODISKA OECD

Velmi komplexně se otázkou trestní odpovědnosti jednotlivců zabývala OECD[17]. Konstatovala, že[18]

1. Korporátní sankce za kartely nejsou zpravidla dostatečně vysoké, aby optimálně odstrašovaly od kartelizace, a proto je vhodné je doplnit o sankce vůči jednotlivcům, aby se zvýšil sankční odstrašující potenciál; korporátní sankce, které by dostatečně odstrašující byly, by zase mohly vést k ohrožení porušitele úpadkem a mohly by vést k jeho zániku, takže by se vlastně soutěž ještě dodatečně poškodila.

---

[13] O´KANE, M.: *The law of criminal cartels*, Oxford, Oxford University Press, 2009, str. 10, 17.

[14] Srov. BEATON-WELLS, C.: *Australia´s criminalization of cartels – should it be contagious?*, The 4th ASCOLA conference, Washington (16.6. - 17.6. 2009), str. 41.

[15] Srov. § 248 zákona č. 40/2009 Sb., ve znění pozdějších předpisů, Trestní zákon, jenž nabude účinnosti 1.1. 2010.

[16] Tak např. VALOUŠKOVÁ, Z.: *Kriminalizace kartelů – nad § 248 trestního zákoníku*, Antitrust, 2009, nulté číslo, str. 19 a násl.; POKORNÝ, R.: *Bude možnost trestního postihu kartelů v ČR přínosem a přispěje k efektivnějšímu vymáhání soutěžního práva?* Competition Day, ÚOHS, Brno , 13.5. - 14. 5. 2009, str. 29 – 30.

[17] Cartels*: sanctions against individuals*, OECD Journal of competition law and policy, 2007, Vol. 9, Nr. 3. Z tohoto materiálu vychází následující informativní pasáž.

[18] Tamtéž, Executive Summary, str. 10 – 14.

2. Přestože není dostatek empirického materiálu k závěru, že trestní sankce vůči jednotlivcům mají odstrašující účinek, země OECD akceptují stanovisko, že individuální sankce (včetně vězení) mohou být jako součást účinného vymáhání kartelového práva užitečné. Neví se přitom ovšem, zda celkové náklady kriminalizace nebudou vyšší než prospěch ze zavedení sankcí. Důležitý bude zřejmě správný „mix" sankcí; případné zavedení kriminalizace kartelů bude záviset na mnoha okolnostech, mezi nimi na kulturním a právním prostředí dané země, na tradicích vymáhání kartelového práva, na vztazích mezi antitrustovými řady, soudy a vyšetřovateli, na zdrojích antitrustového úřadu apod.

3. Krátké tresty odnětí svobody se pokládají za nejúspornější řešení. Existuje shoda na tom, že samotná hrozba peněžní pokuty má na jednotlivce malý odstrašující účinek. Jsou i názory preferující delší vězení jako vhodný trest ukládaný těm manažerům, kteří okradli spotřebitele a oslabili ekonomiku. Jejich nahrazení na delší dobu (pokud si budou odpykávat trest ve vězení) se pokládá za přijatelný náklad pro společnost, která tím navíc vyjadřuje vyšší společenské odsouzení protiprávní aktivity manažerů a zaměstnanců jakožto závažného druhu kriminality. Trest odnětí svobody nemůže být (na rozdíl od peněžité sankce) pachateli jeho zaměstnavatelem kompenzován.

4. Hrozba individuální trestní sankce může být silným motivem pro poskytnutí informací o existujícím kartelu a pro spolupráci při vyšetřování. Jde o motivaci odlišnou od motivace korporátní; může přitom přispět k efektivnosti programu shovívavosti (komplementarita kriminalizace a leniency). Pravděpodobnost spolupráce s vyšetřujícími orgány roste s počtem účastníků sledujících různé zájmy.

5. Trestní sankce proti jednotlivci vyžadují mj. odpovídající přesné vymezení skutkové podstaty trestného činu a koordinaci mezi jeho vyšetřovatelem a antitrustovým úřadem, aby se zajistila komplementarita trestních sankcí a programu shovívavosti. Některé země se rozhodly definovat skutkovou podstatu trestného činu úžeji nežli v antitrustovém zákoně. Potenciální pachatelé tak mohou předem ohodnotit, jaké chování je vystavuje riziku trestního postihu. Všeobecné definice soutěžního práva (včetně prvků jako relevantní trh, překážky vstupu, účinky na soutěž) by mohly přinejmenším znesnadňovat soudní trestní postih. Je přitom nutné zajistit, aby se minimalizovalo riziko, že žádost o leniency u antitrustového úřadu povede k trestnímu postihu (ex)zaměstnanců žadatele o leniency u jiného orgánu.

6. Vyšetřování kartelů při použití více jurisdikcí musí zajistit, že vyšetřování kartelu se povede pouze pod jednou z nich; jinak hrozí násobení postihu za jeden skutek (bis in idem), které by mohlo vést k ještě důkladnějšímu utajování kartelů a mohlo by úplně vyloučit příspěvek leniency k prosazování soutěžního práva. Akumulační zásada při ukládání trestů uložených v různých jurisdikcích se pokládá za nepřijatelnou.

Kriminalizace kartelů se prozatím objevuje jen v několika zemích; naráží především na dosavadní právní a kulturní tradice a na překážku vyššího důkazního standardu, jenž se požaduje v trestním řízení. Zpochybňuje se především vhodnost kriminalizace jednotlivců za kartelová jednání korporací, jejich preventivně odstrašující efekt na jedné straně a jejich motivační způsobilost ke spolupráci jednotlivců při vyšetřování kartelů. klade se otázka po optimální výši individuální trestní sankce a identifikují se další problémy, jako např. koncepční námitky proti trestním sankcím vůči jednotlivcům, přesná definice skutkové podstaty, možný souběh trestného činu a správního deliktu (a ev. přednost jednoho z těchto porušení), možnost trestního postihu za totéž jednání ve více jurisdikcích.[19]

4.1 K VÝZNAMU INDIVIDUÁLNÍCH SANKCÍ V HARD-CORE KARTELECH

Někdy se tvrdí, že trestní sankce proti jednotlivcům jsou v boji proti tzv. tvrdým kartelům tím nejúčinnějším nástrojem, protože ostře oddělují pohled na kartely jako na jakési rozumné „rizikové cvičení“, založené na kalkulaci nákladů a zisku, od skutečně vážného odstrašení, jež navíc může být užitečné při vyšetřování kartelu. Hrozba individuální sankce a individuálního rizika nepříjemného potrestání brání jednotlivci, aby se zapojil do protiprávní kartelizace a poskytuje zaměstnanci oporu proti korporátnímu tlaku na loajalitu, jež by se měla projevit v perverzní formě účasti na kartelu. Individuální sankce vůči jednatelům společností může působit účinněji nežli dohled nad nimi a ukládání korporátních sankcí, které jsou zřídkakdy dost vysoké, aby skutečně odstrašily; naopak se s nimi může kalkulovat jako s jakýmsi „vedlejším nákladem“ obecně ziskové kooperace s konkurenty. I finanční dopad korporátní sankce na akcionáře není tak vysoký, aby je motivoval k účinnější kontrole manažerů, kteří navíc mohou společnost včas opustit.

Individuální sankce mohou být vhodným doplňkem sankcí korporátních, ovšem za předpokladu, že

- odhalení kartelu je velmi pravděpodobné[20]
- hrozící trestní sankce je přísná
- riskující osoba považuje uložení sankce za velmi pravděpodobné.

Vyhlídka na zbavení svobody je pro obchodníky uvažující o kartelizaci patrně tím nejvíce odstrašujícím motivem. Ve srovnání s jinými

[19] Srov. REINDL, A.: *Background note,* v pramenu cit. sub 17, str. 17 - 33. V této pasáži jen volně referuji o obsahu tohoto materiálu.

[20] K čemuž může výrazně přispět - kartelisty silně znejišťující - politika *leniency*...

demotivacemi (jako je např. zákaz pracovat ve vedoucí pozici ve veřejném sektoru, ztráta licence opravňující k soukromému podnikání, zveřejnění skutečností o porušení soutěžního práva) patrně tolik neváží.

Kdyby byli odpovědní jednotlivci pouze pokutováni, záleželo by na tom, zda sankce jsou dostatečně vysoké a odstrašující, a také na tom, zda - i kdyby sankce byly drastické – nebudou jednotlivci ze strany společnosti, v jejímž zájmu jednal, kompenzovány.[21]

Trestněprávní odpovědnost sama o sobě vyjadřuje společenské odsouzení způsobem, jímž to soukromoprávní odpovědnost (a asi ani odpovědnost administrativně právní – pozn. JB) nedokáže. Některé jedince může snad odstrašit i pouhá hrozba trestního postihu (a záznamu v rejstříku trestů).

Při absenci individuální odpovědnosti nemají běžní jednotlivci loajální se svým zaměstnavatelem důvod dobrovolně poskytovat informace, které by mohly napomoci v odhalení a prokázání kartelů. Hrozba individuální trestní sankce může naopak jednotlivce motivovat ke spolupráci s antitrustovým úřadem; program leniency by při reálné hrozbě trestního postihu jednotlivců mohl být aplikován mnohem účinněji. S růstem počtu účastníků s různými zájmy vzrůstá i pravděpodobnost „vybočení z řady“ některým z nich.[22] Je velmi potřebná koordinace trestních sankcí a programu leniency. Zejména je podstatné, zda se podaří (např. mimosoudním narovnáním) zajistit individuálnímu oznamovateli kartelu v rámci leniency zajistit trestněprávní imunitu (zúčastnil se kartelu)výměnou za jeho cenné informace, vedoucí k celospolečensky (makroekonomicky a spotřebitelsky) prospěšnému odhalení a zničení kartelu.

4.2 „OPTIMÁLNÍ“ VÝŠE SANKCÍ

Vyřešit tuto otázku je asi ještě obtížnější než v případě sankcí korporátních. Např. se na rozdíl od sankcí pro společnosti dá sotva odhadnout prospěch, který jednotlivec z protiprávního jednání měl. Další věc je, zda existuje něco jako „optimální délka vězení“. Někdy se tvrdí, že optimalita má blízko k trestům krátkým, neboť marginální společenské náklady spojené s dalším trestem mohou převýšit zisky s tímž trestem spojené. Vychází se z toho, že i krátký trest odnětí svobody a s ním spojená stigmatizace a ztráta dobrého

[21] Takové náhrady se přitom v některých zemích považují za legitimní, a případné zásahy do nich ze strany státu se pokládají za nepřípustné vměšování do vnitrokorporátních záležitostí - tak se podle posledně cit. pramene (str. 19 a 20) podobné postupy výslovně zakazují třeba na Novém Zélandu. I kdyby ovšem byly takové kompenzace zakázány, korporace by nepochybně našly nenapadnutelné způsoby, jak takový zákaz obejít (např. placení prémií předem za riziko, zvyšování platu manažerů a zaměstnanců apod.).

[22] Tamtéž (str. 21) se konstatuje, že např. v USA vytvořily antitrustové orgány velmi přísné a nesmlouvavé prostředí vůči porušitelům antitrustového práva („*dog-to-dog environment*“), jež zvyšuje jejich informovanost díky ochotě jednotlivců i korporací spolupracovat při vyšetřování.

jména jsou pro normálního člověka vrcholně nepříjemné, takže i ony mohou dostatečně věrohodně odstrašovat od trestné činnosti. Na druhé straně je však nízký trest symbolickým vyjádřením nízké společenské nebezpečnosti trestného činu; mohou tak signalizovat vyšetřovatelům i soudům, že se vlastně o nic tak závažného nejedná a mohly by se potom více uplatňovat alternativní tresty.

4.3 ZVLÁŠTNOSTI TRESTNÍCH SANKCÍ

Zásah do práv postižených uložením trestní sankce je natolik závažný, že může příslušné orgány paradoxně – i přes nesporné širší společenské přínosy takového postihu – od ukládání těchto sankcí vlastně odrazovat. Může nastat určitý nesoulad s právní kulturou a tradicí, jakož i jistá hodnotová kontroverze s jinými sociálními normami. Jiná opatření se mohou pokládat za dostatečná a přitom úspornější (pozn. JB: věznění je drahé; viz aktuální příklon k dekriminalizaci, s nímž je snaha o kriminalizaci kartelů v rozporu).

Může se argumentovat v neprospěch kriminalizace (jako ostatně v případě i jiných trestných činů „bílých límečků“) tak, že prospěch z kartelů mají především korporace a zaměstnanci a ředitelé zřídkakdy. Z podobného důvodu je v některých zemích ochota trestat kriminálními sankcemi jen (škodlivější a odsouzeníhodnější) kartely v oblasti veřejných institucí (př.: kartely při zadávání veřejných zakázek - bid rigging).

Ekonomizující hledisko může namítat, že vězení je společensky nákladný druh trestu, a že pokuta může být srovnatelně odstrašující. Nastavit jakýsi „výměnný přepočítací poměr“ mezi výší peněžité pokuty a délkou odnětím svobody je však sotva možné. Proti tomu se namítá, že pokuta, která by byla jakýms takýms ekvivalentem odnětí svobody, by byla tak vysoká, že by to přesahovalo finanční možnosti porušitele. Navíc u tvrdých kartelů nelze podle těchto názorů použít argumentaci, že i některá jednání protiprávní mohou být efektivní, a že je lepší , když je společnost aspoň „zdaní“ formou pokuty, nežli by je zakazovala. To se totiž nedá aplikovat u tvrdých kartelů, jež nemohou nikdy být společenským přínosem, a z nichž by nemělo být možné se prostě jen „vyplatit“ pokutou.

Vyšší důkazní standard v trestním řízení může paradoxně vést ke snížení počtu úspěšně uzavřených případů. Negativně působí i právo pachatele odmítnout informace, které by mohly způsobit trestní stíhání jemu nebo osobám blízkým.

S ukládáním účinných trestních sankcí nemusí navíc být srozuměni státní zástupci a soudy, jež jsou v případě kriminality „bílých límečků“ (presentovaných obhajobou jako ctihodní a vážení lidé a jako podnikatelské opory společnosti) tradičně shovívavější. Protichůdný sociální efekt může mít samozřejmě kriminalizace kartelů v jejich zvýšené latentnosti – tedy v tom, že se jejich účastníci v obavě před drastickým postihem budou ještě sofistikovaněji krýt a zajišťovat proti odhalení. Zatímco dnes se

metaforicky hovoří o „špičce ledovce“, odhalující 10% kartelů, mohli bychom se dočkat i příměru, že se nám ledovec již jaksi celý ponořil...

Klíčový význam má definice skutkové podstaty kartelu jakožto trestného činu. Zejména je důležité, zda se bude formulovat zvláštní skutková podstata v trestním zákoně, nebo zda se použije vymezení v obecných protikartelových předpisech. Trestní sankce by totiž mohly být excesivní, pokud by skutková podstata trestného činu nebyla vymezena dostatečně přesně. Ještě nezávadná (a dokonce prosoutěžní a proinovační) spolupráce mezi konkurenty může být totiž plynule a spojitě nerozeznatelná od dohody již omezující soutěž, nebudou-li stanovena jasná kritéria. Kriminalizace by v opačném případě mohla působit vlastně i protisoutěžně a protiinovačně, pokud by hranice trestnosti nebyly ex ante jasně vymezené. Toho se dá docílit řadou způsobů – od taxativního výčtu jednotlivých případů narušení, přes výčet ilustrativní s uvedením nejčastějších příkladů, až po spoléhání se na všeobecné formulace a upřesňující judikaturu a uvážení vyšetřovatelů. V pochybnostech o charakteru skutku by trestní stíhání zahajováno být nemělo (není-li např. jasný důkaz o dohodě, nebo n je-li sporné, zda jde o tvrdý kartel).

Koncepční je samozřejmě otázka, kdo by měl případy tvrdých kartelů řešit. Jsou argumenty ve prospěch toho, aby případy řešil antitrustový orgán:

- lepší odborné vybavení a zázemí,

- méně obav o ukládání citelných sankcí nežli u vyšetřovatelů zabývajících se např. násilnou trestnou činností ,

- možnost koordinovat řízení s programem leniency,

- nezávislost antitrustového orgánu a nesnadnější exekutivní ovlivňování jeho činnosti nežli při vyšetřování orgány činnými v trestním řízení

V neprospěch vyšetřovací kompetence antitrustových orgánů hovoří především to, že:

- nemají potřebnou odbornost a zdroje,

- se rozdvojí vyšetřovací proces a bude nutná koordinace mezi dvěma či více orgány (ev. nelze vyloučit ani zapojení externí agentury kvůli kontrole a vyvažování vlivu),

- by bylo nutné přesvědčit státní zástupce o podání obžaloby, ale ten může být veden vlastními kritérii a podat ji jen v „jistých“ případech.¨

Konkurence trestních a jiných (správních, civilních) sankcí

V některých právních řádech může být kartel posuzován jednak jako trestný čin, ale také jako správní delikt nebo delikt civilní. Mělo by být přitom předem jasné, zda se jedná o jednoznačně a za všech okolností (per se) protiprávní delikt, nebo o jakousi „šedou zónu", podléhající správnímu uvážení (rule of reason). Možnost vést správní řízení o kartelu může přitom vést k jisté zdrženlivosti vyšetřovatelů zahajovat trestní stíhání, resp. ochotu státních zástupců podat žalobu. Na druhé straně se upozorňuje[23] na nepřípadný „pákový efekt": hrozba trestního stíhání může napomoci antitrustovému orgánu v ne právě férovém opatřování důkazů i v případě, že by neměl v úmyslu podat trestní oznámení.

Principiální je problém použitelnosti (ev. zneužitelnosti) důkazů opatřených v jednom řízení i pro účely řízení jiného. Ctít se musí právo na přípustnost odmítnout spolupráci v případě, že hrozí trestní stíhání obviněnému nebo osobám jemu blízkým (self-incrimination).

Přeshraniční vyšetřování a zdvojení rizika

V rámci jedné jurisdikce by nemělo být přípustné, aby byla jedna osoba podrobena dvakrát trestnímu stíhání za účast v jednom kartelu. Není ovšem zaručeno, že orgány různých států nepovedou trestní řízení s toutéž osobou za jeden a týž skutek. Mohlo by dojít k akumulaci trestů odnětí svobody za tentýž čin, uložených soudy různých států. Orgány projednávající tyto činy by spolu měly spolupracovat, mj. i kvůli snížení celkových nákladů na vymáhání práva.

Vzhledem k tomu, že trestní odpovědnost za kartely byla v minulosti ukládána jen v několika zemích, bude pravděpodobnější situace, že v žádné nebo jen v jedné zemi bude uložena trestní sankce při přeshraničních kartelech. S růstem počtu zemí zavedších trestní postih vzroste i pravděpodobnost možného souběžného (tedy násobného) trestního postihu za totéž protiprávní jednání.

Některé poznatky z diskuse

O odstrašujícím účinku trestních sankcí se nepochybuje. US DOJ například potvrdil, že řada účastníků kartelů nabízela platby vyšších pokut výměnou za vyhnutí se výkonu trestu odnětí svobody, zatímco nikdy nenastal případ, že by účastník nabízel delší dobu ve vězení výměnou za s níženou pokutu. Je též jasná tendence setkávat se s konkurenty a ev. uzavírat kartely častěji mimo území USA s cílem vyhnout se jejich trestněprávní jurisdikci[24].

Švýcarsko bylo skeptické vůči individuálním sankcím za kartely obecně, tedy i k finančním pokutám – platí je totiž zpravidla za jedince jeho

[23] Tamtéž, str. 29.

[24] Jde samozřejmě o mylnou snahu vzhledem k principu teritoriality účinků kartelu.

společnost. Se zavedením trestních sankcí by se dalo počítat až po spolehlivých zkušenostech z jiných zemí, že jsou v boji proti kartelům skutečně účinné. Problémem je i identifikace fyzické osoby, která za kartel uzavřený korporací byla skutečně odpovědná ve smyslu přísných požadavků trestněprávní odpovědnosti.[25] Rovněž kulturně právně podmíněné rozdíly mohou hrát odrazující roli – v zemi, kde se ukládá za vraždu dvacetiletý trest vězení, se mohou tresty odnětí svobody za kartel zdát nepřiměřené.[26]

Rozdíly v kulturně právní tradici se projevily i na postoji Tchajwanu, kde se dává přednost správním sankcím před trestními. Trestní sankce za kartely se neukládaly prvoporušitelům – na druhé straně však není znám případ recidivy[27].

O postoji k tomu, zda kriminalizace má odstrašující efekt, rozhoduje - zdá se - více kulturní a právní prostředí, nežli empirické důkazy o odstrašujícím účinku individuálního trestání prostředky práva trestního.

V otázce optimální délky vězení jako trestu se projevují velké rozdíly[28], podobně jako v postojích k důkazním standardům.

Velká Británie byla skeptická ve vztahu k důkazům o vlivu kartelu na ceny, protože cenová úroveň je ovlivněna mnoha faktory. Navíc nesouhlasila s kriminalizací jednání podle čl. 81 Římské smlouvy, jenž zakazuje dohody, jejichž výsledkem je ohrožení soutěže, aniž by bylo třeba zavinění[29] a trvala na přesnějším vymezení skutkové podstaty.

---

[25] Problém může být u kartelově závadných kolektivních rozhodnutí statutárních a jiných orgánů společnosti – o jejich „hradbu“ by se individualizace a kriminalizace odpovědnosti mohla i rozbít – pozn. JB.

[26] Přitom podle mého soudu „sociálně inženýrský“ a pedagogický účel generální prevence (trestat jedny se záměrem vychovat jiné) nemůže převážit nad ohledem k přiměřenosti sankce vůči konkrétnímu porušiteli – jeho osobní svobodu nelze ani zčásti instrumentalizovat jako nástroj výchovy společnosti a ostatních jednotlivců k „lepšímu příštímu“.

[27] Takže šlo buď o vzorný odstrašující účinek, nebo se kartelisté díky osobní zkušenosti naučili vyhýbat se lépe odhalení.

[28] Zatímco např. Tchajwan dává přednost kratším a údajně dostatečně odstrašujícím (a méně nákladným) trestům mezi 6 a 12 měsíci, Norsko trvalo na delších trestech jako na lépe odstrašujících a tvrdilo, že krátké tresty se příčí zásadám rovnosti a spravedlnosti. USA trvaly na krátkých trestech, přestože kartely pokládají za podvod na spotřebitelích a kupujících. Přitom průměrná délka vězení (18 měsíců) je relativně krátká ve srovnání s jinými trestnými činy „bílých límečků“. Srov. posledně cit. pramen, str. 39 – 40.

[29] V Británii se uplatňuje požadavek, aby žalobce prokázal porušiteli „*dishonesty*“ (nepoctivost) - porotě se musí dokázat, že pachatel věděl o závadnosti svého chování, a že by rozumný člověk býval takové chování hodnotil jako nesprávné.

Kanada na základě zkušeností uvedla, že ekonomické pojmy jako definice relevantního trhu, bariéry vstupu a cenová elasticita byly dříve povinně zkoumány podle trestněprávních standardů, což vyžadovalo (nereálné) důkazy mimo jakoukoliv pochybnost. Navržená změna předpokládá zjednodušení v tom, že „tvrdé kartely" budou trestné per se (nebudou vyžadovat důkaz o svém účinku), zatímco u ostatních kartelů se bude zkoumat, zda vedly k podstatnému narušení soutěže (hledisko skutečného efektu).

Zásadní význam má spolupráce antitrustového orgánu s vyšetřovateli trestného činu. Velmi inspirativní je úprava v anglickém zákonu o podnikání [30], podle něhož je vyšetřovatel vázán udělením výjimky antitrustovým orgánem podle programu leniency, takže motivační náboj programu shovívavosti je zachován a podporuje lidi, aby o něj usilovali.

Evropské právo neupravuje odpovědnost jednotlivců za účast v kartelu vůbec a situace mezi členskými státy se liší. Pouhé spoléhání se na korporátní sankce je nedostatečným motivem proti kartelizaci a jen velmi nepřímo ovlivňuje chování jednotlivců. Vzhledem k možnosti paralelní aplikace národního práva by měla být zajištěna kompatibilita programů shovívavosti a trestních sankcí. Je nežádoucí, aby aplikace leniency vedla k trestním stíhání zaměstnanců a bývalých zaměstnanců podle národního práva. Tomu by měla sloužit koordinace mezi orgány antitrustovými a orgány činnými v trestním řízení. Evropská komise deklarovala posun v soutěžní kultuře směrem k odpovědnosti jednotlivců. Vzhledem k novosti tohoto nástroje však třeba nejvyšší obezřetnosti a trpělivosti při úvahách o jeho postupném zavádění.[31]

Výhrada může spočívat i v nebezpečí disproporcionality postihu na národní a nadnárodní úrovni – pokud by se v národních právních řádech posílali účastníci do vězení za účast v malých národních kartelech, a nikoliv za účast v kartelech evropského dosahu, bylo by to sotva právně politicky udržitelné.

Předpokladem účinnosti kriminalizace kartelů je nejen optimální délka trestu, ale mj. též minimální odstup od zjištění kartelu, publicita sankcí (odstrašuje do budoucna), komplementarita se soukromoprávní odpovědností za škodu způsobenou kartelovým deliktem a s dalšími sankcemi.

[30] Enterprise Act, viz cit. pramen, str. 42.

[31] Podle cit. materiálu (str. 44) Irsko upozornilo na to, že v právních řádech zemí, v nichž je úprava antitrustu nová, a kde ministři běžně hostili schůzky kartelistů, nebudou soudci právě ochotni posílat účastníky kartelů do vězení.

5. ZÁVĚREM: OBECNĚA K NAŠÍ SITUACI

Mezi správním deliktem a trestním deliktem je mj. rozdíl v závažnosti porušeného zájmu. Posun od správního trestání k trestání kriminálnímu je důkazem změny v právní politice, ovlivněné změnou ve vnímání různých hodnot. Hodnota nenarušené soutěže se posouvá výše, čemuž odpovídá volání po dramatičtější sankci. Existují však „šedé zóny", u nichž není jasné, zda by měly být v režimu trestního postihu. Tyto případy je třeba v zájmu účinné prevence a právní jistoty eliminovat.

V českém trestním zákoně se s účinností od 1.1.2010 objevuje nová skutková podstata trestného činu (viz pozn. 1). Může být modifikována podle § 248 odst. 3 pomocí zvýšené trestní sazby pro kvalifikované podstaty[32].

Existuje řada dosud nevyjasněných otázek:

Kdo je pachatelem? Podle zákona pouze fyzická osoba (ne nezbytně statutární orgán nebo jeho člen); tato osoba ale nebude „konkurentem", ani stranou protisoutěžní dohody. Účastníkem správního řízení u ÚOHS bude jiný subjekt (právnická osoba). Nejasná je tedy souvislost obou řízení.

Kdo povede řízení? Budou to orgány činné v trestním řízení - ty asi budou vázány rozhodnutím ÚOHS (posuzování předběžné otázky podle § 9 odst. 1 Trestního řádu : je-li o ní pravomocné rozhodnutí soudu nebo jiného státního orgánu, jsou tyto orgány takovým rozhodnutím vázány, pokud nejde o posouzení viny obviněného). Je nejasné, zda bude naopak vázán ÚOHS rozsudkem o spáchání trestného činu.

Vztah k programu leniency: sotva bude postačovat k zajištění funkčnosti tohoto nástroje diskreční pravomoc státního zástupce podle § 172 odst. 2 Trestního řádu.[33] Absence jasného pravidla (závazné trestněprávní imunity v případě aplikace leniency) může úplně sabotovat úspěšně se rozvíjející program shovívavost. Jeho úprava by však neměla být ponechána ústavně

---

[32] Je-li pachatel členem organizované skupiny, spáchá-li takový čin opětovně, způsobí-li takovým činem značnou škodu, resp. škodu velkého rozsahu, získá-li takovým činem pro sebe nebo pro jiného značný prospěch, event. prospěch velkého rozsahu, způsobí-li takovým činem jinému úpadek

[33] Podle něho státní zástupce *může* zastavit trestní stíhání,

b) bylo-li o skutku obviněného již rozhodnuto jiným orgánem…a toto rozhodnutí lze považovat za postačující, nebo

c) jestliže vzhledem k významu a míře porušení nebo ohrožení chráněného zájmu, který byl dotčen, způsobu provedení činu a jeho následku, nebo okolnostem, za nichž byl čin spáchán, a vzhledem k *chování obviněného po spáchání činu*, zejména k jeho snaze nahradit škodu nebo *odstranit* jiné škodlivé následky činu, je zřejmé, že účelu *trestního* řízení bylo dosaženo.

právně pochybnému zakotvení v podobě soft law (oznámení ÚOHS), ale měla by dostat formu zákona. Chybějící vazba na program leniency může z kriminalizace kartelů učinit pouhý nástroj odstrašení jednotlivců před trestním postihem, který může doslova sabotovat účinnou detekci kartelů, která je dnes celosvětově založena právě na úspěchu programů shovívavosti. Bez této vazby obou přístupů by tedy kriminalizace kartelů mohla poskytnout spíš „medvědí službu".

Trestněprávní postih porušování pravidel hospodářské soutěže (stávající § 127 Trestního zákona) byl sice možný, ale nepoužíval se. Skutková podstata porušování závazných pravidel hospodářského styku se - navzdory (nebo snad kvůli?) své „bezbřehosti"[34] hraničící s ústavním principem nullum crimen sine lege - též nestíhala. Je podle mého soudu velmi nepravděpodobné, že vytvoření další teoretické možnosti slovy zákona poskytne motivaci a další předpoklady k tomu, aby se určité jednání, stíhatelné již dříve, stíhat opravdu začalo.

Úspěch „kriminalizačního trendu" závisí totiž nejen na formálních předpokladech, ale především na rozšíření občanského a společenského mínění, že („tvrdé") kartely jsou zločinem, zasluhujícím tvrdé tresty.

Důležité je i technické zvládnutí "bludného kruhu" mezi shovívavostí sloužící k detekci kartelů a tvrdým postihem kartelů; samotný tvrdý postih kartelů trestními sankcemi by mohl paradoxně vést až k tomu, že by nebylo co postihovat nejen trestně (i kdyby se nakrásně chtělo), ale ani administrativně, neboť žádné kartely bez funkčního programu leniency nebudou odhaleny. Spolupráce orgánů činných v trestním řízení a ÚOHS, založená nejen na diskreci a předpokladu rozumnosti, ale na jasných pravidlech poskytujících právní jistotu a funkčnost státního aparátu při dosahování společného cíle, je klíčová.

Trestní sankce jsou jen jedním z komplementárních opatření v boji proti společenskému zlu kartelů. Pokud by měly být prostředkem fakticky konkurenčním k působení antimonopolního práva - bez ohledu na proklamované cíle a chráněné zájmy , je prostě škodlivá a bylo by lépe ji v této podobě nemít. Podle mého soudu by škodila i ta (nikoliv tak úplně nepravděpodobná) varianta, že by se uznalo, že to v této podobě a v těchto právních poměrech fungovat nemůže, a proto se nebude trestní postih uplatňovat. Vážnosti práva a ideji právního státu škodí skutkové podstaty „papírových tygrů", které navíc vytvářejí možnost ad hoc účelového zneužití.

Kriminalizace není nikdy spásou ničeho, tedy ani antitrustu. Smysl má jen jako účelná a účinná (a nikoliv potenciálně kontraproduktivní), kompatibilní a doplňková součást komplexu nástrojů vynucování práva.

---

[34] rov. VALOUŠKOVÁ, Z. v cit. práci, str. 19.

* * * * *

Při současné nevyjasněnosti trestněprávní úpravy a její praktické proveditelnosti se obávám, že nově zavedená skutková podstata trestného činu je spíše „vůlí a představou“ zákonodárce, nežli funkčním (preventivním) nástrojem společenské regulace; navíc může vážně narušit společensky přínosné působení programu shovívavosti.

Literature:

- HAJN, P.: K funkcím hospodářskoprávní odpovědnosti při podpoře rizikového rozhodování , referát na vědecké konferenci k 10. výročí UJEP, Brno 1979.
- O´KANE, M.: The law of criminal cartels, Oxford, Oxford University Press, 2009
- BEATON - WELLS, C.: Australia´s criminalization of cartels – should it be contagious?, The 4th ASCOLA conference, Washington
- VALOUŠKOVÁ, Z.: Kriminalizace kartelů – nad § 248 trestního zákoníku, Antitrust, 2009, nulté číslo
- POKORNÝ, R.: Bude možnost trestního postihu kartelů v ČR přínosem a přispěje k efektivnějšímu vymáhání soutěžního práva? Competition Day, ÚOHS, Brno , 13.5. - 14. 5. 2009.

Contact – email
bejcek@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KODIFIKÁCIA SANKČNÝCH USTANOVENÍ V OBLASTI FINANČNÉHO TRHU - REALITA ALEBO ILÚZIA?

ĽUBOMÍR ČUNDERLÍK

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstract in original language
Autor poukazuje na súčasné sankčné ustanovenia finančného trhu a ich význam. Opisuje konštrukciu sankčných ustanovení a hodnotí jej dostatočnosť. Zaoberá sa ich aplikačnými problémami, pričom poukazuje najmä na relatívne obmedzenia použitia sankčných nástrojov. Následne analyzuje možnosti kodifikácie takýchto ustanovení, jej prínosu a inšpirácie.

Key words in original language
Sankčné ustanovenia v oblasti finančného trhu; dohliadané subjekty; konštrukcia sankčných ustanovení; neobmedzená penalizácia; obchodno-právna úprava; kodifikácia sankčných ustanovení.

Abstract
Author deals with current penal provisions of financial market area and their importance. He describes the construction of them and estimates its sufficiency. Further he analyses the problems of application, especially relative sanction limits by using sanction instruments. In following text author also deals with the possibilities of codification of penal provisions within the financial market scope, with their contribution and possible inspiration.

Key words
Penal provisions within the financial market scope; supervised bodies; construction of penal provisions; unlimited penalization; commercial law regulation; codification of penal provisions.

1. ÚVOD

Predmetom tohto článku[*] je teoretické zvažovanie možnosti kreácie jednotného kódexu pre sankcionovanie subjektov finančného trhu v podmienkach Slovenskej republiky. Zjednodušene možno tento predmet zaradiť skôr do oblasti správneho či finančného práva, v rámci starobného sporenia môžeme uvažovať aj o práve sociálneho zabezpečenia. Avšak

[*] Príspevok bol vypracovaný v súvislosti s riešením grantu Univerzity Komenského č. 459/2009 s názvom „Trestnoprávna ochrana ekonomických vzťahov: ochrana trhovej ekonomiky a regulácia finančného trhu - teoreticko-praktické aspekty slovenskej právnej úpravy v nadväznosti na právo ES a EÚ."

vzhľadom na okolnosť, že mnohé zo subjektov finančného trhu sú súčasne subjektmi obchodného práva, ktoré sú vystavené potenciálnemu sankcionovaniu niekedy aj s existenčným dosahom na ich ďalšie pôsobenie, je potrebné prihliadať aj na obchodno-právne ustanovenia, ktoré ustanovujú základné podmienky vzniku, existencie, výkonu a ukončenia činnosti s následným zánikom podnikateľského subjektu. Osobitne je hrozba sankcionovania dôležitá najmä pre riadny výkon činností špecifických podnikateľských subjektov, označovaných tiež ako dohliadané, licencované alebo regulované subjekty. Finančný trh je komplexné prostredie, v ktorom vystupuje veľké množstvo nehomogénnych subjektov a dohliadané subjekty sú iba jedny z nich. Napriek tomu regulácia finančného trhu je zameraná práve na ne, pretože povahou svojej činnosti a vstupom do rôznych právnych vzťahov vyvolávajú systémové riziko. Pri svojej činnosti zaujímajú pozíciu finančných sprostredkovateľov. Osobitná právna regulácia takýchto subjektov a ich činností je potom hybridom súkromnoprávnych a verejnoprávnych prvokov. Súkromnoprávne prvky sú vo vzťahu k základným obchodnoprávnym ustanoveniam ako lex specialis a predstavujú osobitné obchodné právo. Takéto ustanovenia potom upravujú osobitné ustanovenia týkajúce sa orgánov, základného imania, riadiacich a kontrolných postupov a pod. Verejnoprávne prvky sa miestami so súkromnoprávnymi prelínajú a tvoria vyššie štandardy podnikania na finančnom trhu, inde zas vystupujú do popredia samostatne ako rýdzo verejnoprávna regulácia, a to najmä prostredníctvom inštitútu dohľadu nad finančným trhom a jeho verejnoprávnym sankčným aparátom. Súkromnoprávne sankcie (napr. zmluvná pokuta) plnia iný účel ako sankcie verejnoprávne a v právnych predpisoch regulujúcich finančný trh sa objavujú zriedkavo ak vôbec (napr. niektoré ustanovenia o zmluve o stavebnom sporení v zákone č. 310/1992 Zb. o stavebnom sporení v znení neskorších predpisov). Ich cieľ by sme mohli zjednodušiť na udržiavanie individuálnych zmluvných vzťahov na určitej kvalitatívnej úrovni tak, aby sa významne nezhoršilo postavenie jednej zo zmluvných strán. Kodifikácia sankčných ustanovení súkromnoprávnej povahy v oblasti finančného trhu v podobe samostatného zákonného kódexu je podľa môjho názoru neúčelná, nakoľko možno tieto inštitúty nájsť v základných súkromnoprávnych kódexoch ako je Občiansky zákonník alebo Obchodný zákonník. Dohliadané subjekty po nich môžu siahnuť kedykoľvek a každý podľa svojho vlastného uváženia. Preto svoj výklad v ďalšom texte zameriam na sankčné ustanovenia verejnoprávnej povahy, ktoré sa v osobitných právnych predpisoch – zákonoch regulujúcich finančný trh vyskytujú v hojnom počte.

2. VEREJNOPRÁVNE SANKČNÉ USTANOVENIA V OBLASTI FINANČNÉHO TRHU - ZÁKLADNÁ CHARAKTERISTIKA

Verejnoprávne sankčné ustanovenia v oblasti finančného trhu sú v zásade jednotne právne upravené v osobitných častiach zákonov regulujúcich finančný trh, ktoré sa zaraďujú pred časť o spoločných, prechodných a záverečných ustanoveniach. Popri týchto základných sankčných ustanoveniach by sme mohli v jednotlivých zákonoch regulujúcich finančný

trh objaviť aj iné ustanovenia sankčnej povahy, ktoré sú z dôvodov logickej systemizácie a priamej súvzťažnosti zaradené do iných častí takých zákonov[1]. Takéto ustanovenia však nepostihujú delikty, nakoľko nehrozia sankciami trestnej povahy. Domnievam sa, že ich zaradenie medzi sankcie by mohlo byť dokonca právne spochybniteľné.

Základné sankčné ustanovenia v oblasti finančného trhu majú administratívno-právnu povahu[2] a možno na ne aplikovať teóriu správneho trestania. Predpokladom ich použitia je naplnenie znakov správneho, resp. finančno-právneho deliktu, ktorého základom je protiprávnosť konania (na rozdiel od súkromnoprávnych sankčných ustanovení, ktorých uplatnenie je viazané na konanie, ktoré je právom akceptované, hoci postihované v záujme právnej istoty, transparentnosti vzťahov, udržania rovnocenného postavenia subjektov zmluvného vzťahu a pod.). Protiprávnosť konania, resp. nekonania spočíva v porušení konkrétnej právnej povinnosti vyplývajúcej z právnej normy. „Tato právní povinnost může být přitom vyjádřena dvěma zbůsoby. Za prvé explicitně – pozitivní dikcí, nezávisle na normativním vyjádření skutkové podstaty správního deliktu; sankční norma pak navazuje (odkazuje) na tyto povinnosti. Za druhé pouze negativní dikcí, a to až přímo v sankční normě.“.[3] V podmienkach finančného trhu sa možno

[1] Napr. § 9 ods. 1 písm. d) zákona č. 594/2003 Z. z. o kolektívnom investovaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, ktorý upravuje ako osobitný dôvod zákonného zániku povolenia na vznik a činnosť správcovskej spoločnosti nepodanie návrhu na zápis povolenia na vznik a činnosť správcovskej spoločnosti do obchodného registra v zákonom ustanovenej lehote na zápis povolených činností do obchodného registra. Takéto ustanovenie postihujúce nekonanie správcovskej spoločnosti sa objavuje v druhej časti predmetného zákona, sankčné ustanovenia sú však v deviatej časti predmetného zákona. Nemožno však hovoriť o sankcii za konanie alebo nekonanie v rozpore so zákonom. Jedným z cieľov takej právnej úpravy môže byť prevencia pred neoprávneným podnikaním subjektu, ktorý si povolené činnosti nedal zapísať a tým aj ochrana potenciálnej investorskej verejnosti. Obdobne možno podľa niektorých autorov považovať za sankciu napr. aj neplatnosť úkonu, na ktorý sa v zákonoch regulujúcich finančný trh vyžaduje predchádzajúci súhlas, ak bol vykonaný bez neho, prípadne na základe už neplatného predchádzajúceho súhlasu. Pozri Husár, J. Verejnoprávna regulácia obchodovania. In Právo a obchodovanie. Zborník z vedeckej konferencie, Košice : UPJŠ, 2008, s. 109. „Verejnoprávna regulácia obchodovania napr. bánk využíva inštitút predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska (§ 28 zákona č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov) ako orgánu dohľadu na uskutočnenie niektorých obchodov, napr. na zlúčenie, splynutie alebo rozdelenie banky s inou bankou, resp. s inou právnickou osobou, na predaj podniku banky. Udelený predchádzajúci súhlas na uskutočnenie uvedených úkonov platí najviac jeden rok, pričom sankciou je neplatnosť úkonu, ktorý bol urobený bez predchádzajúceho súhlasu Národnej banky Slovenska.“.

[2] K východiskám pre určovanie povahy sankčných ustanovení v oblasti finančného trhu pozri Čunderlík, Ľ. Právne aspekty trestania na finančnom trhu (náčrt vybraných problémov). In Dny práva – 2008/Days of law. 1. Vydání, Brno : Tribun EU s.r.o., 2008, s. 66.

[3] Mates, P. a kol. Základy správního práva trestního. 4. vydání. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 11.

stretnúť výlučne len s verejnoprávnymi sankčnými ustanoveniami, ktoré odkazujú na povinnosti vyjadrené v celom normatívnom texte príslušného zákona regulujúceho finančný trh alebo všeobecne na ustanovenia osobitných právnych predpisov[4], na podmienky výkonu činnosti alebo na povinnosti ustanovené v individuálnom správnom akte (rozhodnutí orgánu dohľadu[5]), prípadne na povinnosti ustanovené v texte interného predpisu dohliadaného subjektu, napr. stanov[6]. Výnimku predstavujú ustanovenia o odobratí povolenia na výkon regulovaných činností na finančnom trhu alebo ustanovenia o zavedení nútenej správy nad dohliadaným subjektom, ktoré explicitne vymenúvajú prípady konkrétnych porušení príslušného zákona, v ktorých je orgán dohľadu povinný konať a v ktorých je konanie ponechané na jeho diskrécii.

Podľa toho, či dochádza k porušeniu hmotnoprávnej povinnosti alebo procesnoprávnej povinnosti rozlišujeme správne (resp. finančno-právne) delikty v oblasti finančného trhu na hmotnoprávne a procesnoprávne:

- Hmotnoprávne delikty v oblasti finančného trhu sú deliktami páchanými fyzickými aj právnickými osobami, ktoré majú špecifické postavenie spočívajúce v povahe (najmä) podnikateľskej činnosti (špeciálny subjekt deliktu), sú postihované predovšetkým bez ohľadu na zavinenie (objektívna zodpovednosť bez existencie liberačných dôvodov), dôkazné bremeno v konaní o nich znáša orgán dohľadu, protiprávne porušenie povinnosti spočíva prevažne v komisívnom správaní, sú prejednávané ex offo, pričom v prevažnej miere má orgán dohľadu na zváženie, či k sankcionovaniu pristúpi (fakultatívnosť ukladania sankcií).[7] V zákonoch regulujúcich finančný trh sa nachádzajú výlučne len hmotnoprávne delikty, keďže tieto zákony majú prevažne hmotnoprávne ustanovenia, ktoré reglementujú povinnosti dohliadaných subjektov.

- Procesnoprávne delikty (poriadkové delikty) sú upravené jednotne pre všetky sektory finančného trhu v základnom procesnoprávnom zákone v oblasti finančného trhu v § 38 ods. 1 zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov

[4] Vo viacerých zákonoch regulujúcich finančný trh pritom chýba explicitné vyjadrenie, o aké osobitné zákony má ísť, a ak takéto vyjadrenie existuje, má podobu odkazu pod čiarou s demonštratívnym výpočtom.

[5] Orgánom dohľadu uplatňujúcim sankčné ustanovenia je v podmienkach Slovenskej republiky Národná banka Slovenska.

[6] Pozri napr. § 106 ods. 1 zákona č. 594/2003 Z. z. o kolektívnom investovaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

[7] Výnimku tvoria len najzávažnejšie protiprávne konania, ktoré sú postihované odobratím povolenia na výkon dohľadu podliehajúcej činnosti, alebo ktoré sú postihované zavedením nútenej správy alebo uložením prijatia opatrení na ozdravenie dohliadaného subjektu.

v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o dohľade“). Ich účelom je zabezpečiť nerušený priebeh procesov realizovaných orgánom dohľadu (výkonu dohľadu na mieste a na diaľku alebo postup v konaní pred orgánom dohľadu).

Vzhľadom na zrozumiteľnú a postačujúcu úpravu verejnoprávnych sankčných ustanovení týkajúcich sa procesnoprávnych deliktov a existenciu samostatného konania o uložení sankcií[8] v jednom právnom predpise (zákon o dohľade) budem nasledovnú pozornosť venovať iba problematike verejnoprávnych sankčných ustanovení upravujúcich hmotnoprávne delikty, t. j. hmotnému správnemu právu trestnému v oblasti finančného trhu.

Verejnoprávne sankčné ustanovenia v oblasti finančného trhu majú vo všeobecnosti vo všetkých jednotlivých zákonoch regulujúcich finančný trh viac menej rovnakú právnu konštrukciu v nasledovnom poradí:

- ustanovenie, ktoré vymedzuje skutkovú podstatu hmotnoprávneho správneho (resp. finančno-právneho) deliktu dohliadaných subjektov,

- ustanovenie o taxatívnom výpočte sankcií (vrátane nápravných a reštrukturalizačných opatrení),

- ustanovenie, ktoré vymedzuje skutkovú podstatu hmotnoprávneho správneho (resp. finančno-právneho) deliktu členov orgánov, prokuristov, niektorých vedúcich zamestnancov dohliadaných subjektov a ich zamestnancov zodpovedných za výkon vnútornej kontroly,

- ustanovenie, ktoré vymedzuje skutkovú podstatu hmotnoprávneho správneho (resp. finančno-právneho) deliktu výkonu neoprávneného podnikania (výkon činnosti, regulovanej príslušným zákonom regulujúcim finančný trh, bez príslušného povolenia udeleného orgánom dohľadu),

- ustanovenie o prípadnej možnosti opakovane uložiť peňažnú pokutu vo výške dvojnásobku uloženej peňažnej pokuty, ak dôjde k opätovnému porušeniu povinností (v stanovenom čase od nadobudnutia právoplatnosti

[8] Ide o konanie podľa § 12 až § 34 zákona o dohľade, ktoré je osobitým správnym (resp. finančno-právnym) konaním pre oblasť finančného trhu. Nejde však výlučne o správny (finančno-právny) trestný proces pre oblasť finančného trhu, nakoľko sa v uvedenom konaní postupuje aj pri licencovaní dohliadaných subjektov. Napriek tejto skutočnosti možno konštatovať, že procesné ustanovenia sú kodifikované a nie je potrebné emancipovanie samostatného procesného postupu na uplatňovanie zodpovednosti na finančnom trhu. Rozhodnutia vydané v konaní sú preskúmateľné v správnom súdnictve Najvyšším súdom SR. K zákonnej úprave správneho súdnictva a vývoja príslušnosti pozri Martvoň, A. Historický vývoj správneho súdnictva na území Slovenska. In Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae. Tomus XXV, Bratislava : Univerzita Komenského Bratislava, 2007, s. 239-256.

rozhodnutia o uložení prvej peňažnej pokuty), za ktoré už bola uložená peňažná pokuta,

- ustanovenie subjektívnej a objektívnej lehoty pre možný postih správneho (resp. finančno-právneho) deliktu,

- ustanovenie o diskréčnych kritériách, z ktorých musí orgán dohľadu vychádzať pri voľbe konkrétnej sankcie a pri určovaní jej výšky (ak ide o peňažnú pokutu),

- ustanovenie o možnom súbežnom a opakovanom ukladaní sankcií, splatnosti peňažnej pokuty a o tom, že výnosy z pokút sú príjmom štátneho rozpočtu,

- ustanovenie o tom, že vyvodením právnej zodpovednosti podľa tohto zákona nie je dotknutá zodpovednosť podľa iných všeobecne záväzných právnych predpisov (rozumej Trestný zákon, Zákonník práce),

- ustanovenie, podľa ktorého je orgán dohľadu oprávnený aj mimo konania o uložení sankcie prerokovať nedostatky v činnosti dohliadaného subjektu s členmi orgánov, prokuristami, niektorými vedúcimi zamestnancami dohliadaných subjektov a ich zamestnancami zodpovednými za výkon vnútornej kontroly,

- ďalšie ustanovenia, ktoré podrobnejšie pojednávajú o niektorých vybraných sankčných nástrojoch (napr. opatrenia na ozdravenie, pozastavenie výkonu akcionárskych práv, nútená správa, odobratie povolenia).

Na základe uvedenej konštrukcie, ktorá je zhodná pre všetky hmotnoprávne zákony na finančnom trhu, by sme mohli dospieť k záveru, že ide o parciálnu kodifikáciu sankčných ustanovení pre dohliadané subjekty, ktoré pôsobia v tom ktorom sektore finančného trhu (bankovníctvo, poisťovníctvo, kapitálový trh, dôchodkové sporenie). Súčasne tým, že je spoločná pre všetky sankčné ustanovenia v hmotnoprávnych zákonoch, zohľadňuje príbuznosť činnosti dohliadaných subjektov (najmä finančné sprostredkovanie). V nadväznosti na to by sme sa mohli domnievať a tvrdiť, že uvedená právna konštrukcia je postačujúca, dostatočne prehľadná a nemali by sa v praxi vyskytovať väčšie problémy pri vyvodzovaní administratívno-právnej (resp. finančno-právnej) zodpovednosti prostredníctvom procesného predpisu, ktorým je spomenutý zákon o dohľade. Nie je tomu tak... Je to len dojem vychádzajúci z ilúzie.

3. PROBLÉMY KODIFIKÁCIE HMOTNOPRÁVNEJ ÚPRAVY VEREJNOPRÁVNYCH SANKČNÝCH USTANOVENÍ

Právna prax orgánu dohľadu pri sankcionovaní na finančnom trhu permanentne naráža na problémy, ktoré sú spojené s vyššie uvedenou

právnou konštrukciou verejnoprávnych sankčných ustanovení v hmotnoprávnych zákonoch regulujúcich finančný trh. Sú nedostatočné a predstavujú len nevyhnutné torzo, z ktorého má pre právnu istotu dohliadaných subjektov význam (a súčasne v skutočnosti ich zaujíma predovšetkým) výpočet sankčného aparátu (výška peňažnej pokuty) a plynutie subjektívnej a objektívnej lehoty pre možnosť penalizácie. Naproti tomu najväčším otáznikom zostáva diskréčne oprávnenie orgánu dohľadu, ktoré by mohlo hraničiť so svojvôľou. No nielen to. Orgán dohľadu nemá k dispozícii v sankčnom konaní jednoznačný návod na trestanie dohliadaných subjektov, čo ho niekedy núti spoliehať sa na svoju predchádzajúcu rozhodovaciu činnosť[9]. Takýto prístup však vychádza z dvoch predpokladov: 1. rozsiahla rozhodovacia činnosť orgánu dohľadu vo veciach uloženia sankcií v rámci celého finančného trhu, 2. dôsledné vypracovanie jednotlivých sankčných rozhodnutí s dôrazom na popis skutkového stavu v odôvodnení, jeho správnu právnu subsumpciu vo výroku a posúdenie miery závažnosti protiprávneho konania, ktoré je následne nutné zaradiť do vytvárajúcej sa hierarchie protiprávnych konaní na finančnom trhu, odstupňovaných od stupňa závažnosti skutku. Oba predpoklady sú v takom prípade prepojenými nádobami, ktoré majú svoje objektívne aj subjektívne podmienky.[10] S naplnením prvého predpokladu môžeme mať v podmienkach slovenského finančného trhu vážny problém. V nadväznosti na to by sme s kreovaním akéhosi „práva v dôsledku rozhodovacej činnosti orgánu dohľadu“ neuspeli (teda nielen z dôvodu podstaty kontinentálneho prístupu tvorby práva). Vyvstáva preto otázka, či pre sankčnú rozhodovaciu činnosť orgánu dohľadu nie je potrebné prijať „kódex pravidiel trestania na finančnom trhu“, či už vo forme nového osobitného zákona, na ktorý by jednotlivé zákony regulujúce finančný trh odkazovali, alebo ho ustanoviť ako súčasť niektorého z existujúcich zákonov finančného trhu. Za vážnejšiu výzvu ako spôsob kodifikácie ale považujem konkrétne obsahové zakotvenie skutkových podstát hmotnoprávnych správnych (resp. finančno-právnych) deliktov dohliadaných subjektov. Je existujúce zakotvenie skutkovej podstaty dostatočné a mohli by sme vyššie zmienenú konštrukciu použiť aj na tvorbu nového kódexu? Na nasledovnom základnom vymedzení deliktu v zákone č. 8/2008 Z. z. o poisťovníctve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o poisťovníctve“) sa pokúsim predostrieť základné problémy, s ktorými je spojená súčasná právna úprava a s ktorými by bola spojená aj kodifikácia. Nejde pritom o absolútny

[9] Zákon o dohľade vyjadruje záujem na zachovaní jednotnosti rozhodovacej praxe orgánu dohľadu explicitne v ustanovení § 24 ods. 11 druhá veta. Podľa neho: „Národná banka Slovenska dbá na to, aby v rozhodovaní o skutkovo a právne zhodných prípadoch nevznikali neodôvodnené rozdiely.“.

[10] Objektívnou podmienkou je rozvinutosť finančného trhu a rozsiahla protiprávna činnosť dohliadaných subjektov na ňom, ktorá si vyžaduje sankčný zákrok orgánu dohľadu. Subjektívnou podmienkou sú odborné schopnosti personálneho aparátu orgánu dohľadu zvládnuť náročnosť sankčnej agendy.

výpočet ale o poznámky týkajúce sa predovšetkým stavby skutkovej podstaty v členení subjekt, subjektívna stránka, objekt a objektívna stránka.

Podľa § 67 ods. 1 zákona o poisťovníctve:

„Ak Národná banka Slovenska zistí nedostatky v činnosti poisťovne, zaisťovne, pobočky zahraničnej poisťovne alebo pobočky zahraničnej zaisťovne spočívajúce v nedodržaní podmienok určených v povolení podľa § 5 alebo § 7 až 9 alebo v rozhodnutí o predchádzajúcom súhlase, podmienok alebo povinností vyplývajúci z iných rozhodnutí Národnej banky Slovenska uložených poisťovni, zaisťovni, pobočke zahraničnej poisťovne alebo pobočke zahraničnej zaisťovne, v nedodržiavaní alebo v obchádzaní iných ustanovení tohto zákona, osobitných zákonov[*] *alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa vzťahujú na výkon dohľadu, alebo na vykonávanie poisťovacej činnosti alebo zaisťovacej činnosti, alebo ak Národná banka Slovenska zistí, že činnosť vykonávaná poisťovňou, zaisťovňou, pobočkou zahraničnej poisťovne alebo pobočkou zahraničnej zaisťovne môže viesť k ohrozeniu záujmov jej klientov, môže podľa závažnosti, rozsahu, dĺžky trvania, následkov a povahy zistených nedostatkov:“*[11] *uložiť / obmedziť / nariadiť / odobrať / zaviesť príslušnú sankciu*

3.1 SUBJEKT A SUBJEKTÍVNA STRÁNKA

Pri vymedzení subjektu je potrebné vychádzať zo skutočnosti, že ide o dohliadaný subjekt, ktorým môže byť **právnická** alebo **fyzická osoba**. Mnohé z dohliadaných subjektov totiž pôsobia nielen ako inštitucionalizovaní sprostredkovatelia, ale aj ako drobní finanční sprostredkovatelia, napr. poistenia. Pochopiteľne z uvedeného rozlíšenia subjektov možno vyvodiť niektoré dôležité skutočnosti, ktoré je potrebné pri kodifikácii brať do úvahy. Predovšetkým má pre spôsob a rozsah postihu protiprávneho konania fyzickej osoby význam, či tak konala úmyselne alebo z nedbanlivosti, pričom by na spáchanie deliktu malo postačovať zavinenie z nedbanlivosti, ak zákon neustanoví inak. Existujú však aj také porušenia, ktorých postih by mal nasledovať na základe objektívnej skutočnosti protiprávneho konania, bez ďalšieho skúmania zavinenia. Pôjde najmä o také porušenia, ktoré majú významný dopad na finančný trh, sankcia je jednoznačne prikázaná zákonom, napr. peňažná pokuta a nie je potrebná diferenciácia odlišných sadzieb pre rôzne formy zavinenia. Považujem za osobitne dôležité, aby sa v takom prípade ustanovili liberačné dôvody, ktoré umožnia zbaviť sa objektívnej zodpovednosti. Forma zavinenia by mohla

[*] Zákon o poisťovníctve príkladmo vymenúva niektoré zákony, medzi nimi aj zákon o dohľade a zákon č. 431/2002 Z. z. o účtovníctve v znení neskorších predpisov.

[11] Skutkové podstaty sa v jednotlivých zákonoch finančného trhu odlišujú dohliadanými subjektmi, prameňmi, v ktorých sú ustanovené povinnosti, ktorých porušenie môže byť postihované a rozsahom sankcií.

potom slúžiť len ako jedna z poľahčujúcich/priťažujúcich okolností pri výmere konkrétnej výšky peňažnej pokuty, prípadne aj ako jeden z liberačných dôvodov. Zmienená všeobecná konštrukcia v zákonoch finančného trhu pamätá v tomto prípade len na fyzické osoby členov orgánov dohliadaných subjektov a pod. Dohliadané fyzické osoby (v postavení finančných sprostredkovateľov) sú upravené zriedkavejšie, prípadne ako subjekt porušujúci právo splývajú s dohliadanými právnickými osobami[12]. *Zastávam názor, podľa ktorého je žiaduce rozlíšenie subjektu deliktu na fyzické osoby – dohliadaných finančných sprostredkovateľov, dohliadané právnické osoby a fyzické osoby so vzťahom k dohliadanému subjektu.* V závislosti od toho je potrebné stanoviť aj adekvátny rozsah potenciálnych sankcií, pričom najväčším rozsahom by mal orgán dohľadu disponovať u právnických osôb. V súčasnosti možno tento model v zákonoch finančného trhu nájsť a je dostačujúci. Možno nájsť aj ustanovenia, podľa ktorých sa má skúmať miera zavinenia aj u právnických osôb. Tu je zisťovanie skutkového stavu pri aplikácii príslušných sankčných ustanovení pomerne komplikované. Podľa teórie správneho trestania: „Koncepcí může být více. Zavinění právnické osoby lze podle nejrozšířenější z nich uvažovat jako stav, kdy právnická osoba nevynaložila veškeré úsilí, ktoré na ní lze požadovat, k tomu, aby zabránila porušení právní povinnosti. K průkazu zavinění právnické osoby se u této koncepce nepožaduje prokázat zavinění nějaké fyzické osoby, ktorá za právnickou osobu jednala. Podle jiné koncepce jde ale právě o přičtení zavinění fyzické osoby, která jednala za právnickou osobu, této právnické osobě.“.[13] Prikláňam sa k názoru, že sankcionovanie právnických osôb by malo byť realizované na základe objektívnej zodpovednosti za protiprávne konanie tak, aby sa orgán dohľadu vyhol zbytočne problematickému zisťovaniu skutkového stavu v tejto oblasti, nakoľko už len objasňovanie protiprávneho konania v rámci procesov na finančnom trhu je nesmierne zložité a samo o sebe vystavuje sankčné rozhodnutie možnej nepreskúmateľnosti.

Z hľadiska zakotvenia zavinenia v právnej úprave sankčných ustanovení možno konštatovať, že správne (finančno-právne) delikty v oblasti finančného trhu rozlišujeme na:

- Delikty dohliadaných subjektov - právnických osôb a delikty fyzických osôb - postihované bez ohľadu na zavinenie, t. j. delikty zmiešanej povahy[14] (primárne sa dôraz kladie na charakter vykonávanej činnosti,

[12] Napr. postih sprostredkovateľa investičných služieb podľa § 144 ods. 3 zákona č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov, účinného do 31.12.2009.

[13] Mates, P. a kol. Základy správního práva trestního. 4. vydání. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 18.

[14] Mates, P. a kol. Základy správního práva trestního. 4. vydání. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 138.

zodpovednosť je uplatňovaná za zásadne zhodných podmienok pre obe kategórie subjektov, skutkové podstaty sú konštruované podobne, ale odôvodnene - najmä s prihliadnutím na rozsah hroziaceho postihu ako aj na inú výšku sankcie – by mali byť od seba oddelené).

- Delikty dohliadaných subjektov - fyzických osôb postihované na základe zavinenia (blízke predchádzajúcim deliktom dohliadaných fyzických osôb bez ohľadu na zavinenie, avšak s možným nižším stupňom závažnosti).

- Iné delikty fyzických osôb, ktoré majú špecifické postavenie (členovia štatutárneho alebo dozorného orgánu dohliadaných subjektov, ich prokuristi, niektorí vedúci zamestnanci alebo zamestnanci zodpovední za výkon vnútornej kontroly, ale napr. aj správcovia na výkon nútenej správy, likvidátori dohliadaných subjektov atď.). Tento druh deliktu je podľa môjho názoru upravený v súčasnej právnej úprave finančného trhu dostatočne.

3.2 OBJEKT A OBJEKTÍVNA STRÁNKA

Všeobecným objektom deliktu na finančnom trhu je verejný záujem na jeho ochrane. Konkretizovaný je vo formulácii samotného deliktu: ide najmä o dodržiavanie podmienok v rozhodnutí, dodržiavanie ustanovení príslušného zákona, osobitných zákonov alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa na výkon činnosti dohliadaného subjektu vzťahujú. Mám za to, že rozsah objektu musí byť pre celý finančný trh určený jednotne. V zákonoch regulujúcich starobné sporenie (zákon č. 43/2004 Z. z. o starobnom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, zákon č. 650/2004 Z. z. o doplnkovom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov) môžeme nájsť objekt deliktu zúžený. Tak napríklad v § 115 ods. 1 zákona o starobnom dôchodkovom sporení je objekt zúžený na dodržiavanie rozhodnutí, stanov, štatútu dôchodkového fondu, dodržiavanie systému vnútornej kontroly a povinností ustanovených týmto zákonom a na dodržiavanie osobitných predpisov, ktoré upravujú povinnosti dohliadaného subjektu. Po dôslednom rozbore tohto ustanovenia dospejeme k záveru, že tento spôsob definovania objektu je naproti vyššie zmienenému „ochudobnený“ o aspekt sekundárnych právnych predpisov, nakoľko nie všetky (a na finančnom trhu prevažná väčšina z nich) obsahujú aj povinnosti, ale iba podrobnosti k zákonnému ustanoveniu alebo metodiku výkazníctva ohlasovaných údajov orgánu dohľadu.

Objektívnou stránkou deliktu je protiprávne konanie, ktoré je, ako už bolo vyššie uvedené, vymedzené všeobecne odkazom na porušenie akýchkoľvek povinností ustanovených v príslušnom zákone finančného trhu, osobitných zákonoch, resp. iných všeobecne záväzných právnych predpisoch vzťahujúcich sa na činnosť dohliadaného subjektu, v jeho internom predpise alebo aj v rozhodnutí orgánu dohľadu, ktoré sa týka dohliadaného subjektu.

Porušenie povinnosti spočíva v nedodržiavaní podmienok alebo povinností vyplývajúcich z rozhodnutí orgánu dohľadu, v nedodržiavaní alebo v obchádzaní ustanovení príslušného zákona, osobitných zákonov, ktoré sa vzťahujú na výkon dohľadu, alebo na vykonávanie príslušnej regulovanej činnosti. V niektorých zákonoch finančného trhu možno nájsť aj osobité protiprávne konania, ako napr. v zmienenom ustanovení zákona o poisťovníctve: *ak činnosť dohliadaného subjektu môže viesť k ohrozeniu záujmov klientov.* Tu sa potom miešajú poruchové delikty s deliktom ohrozovacím. V takýchto prípadoch by bolo vhodné minimalizovať správnu úvahu orgánu dohľadu aspoň v tom, že takému porušeniu (vychádzajúcemu navyše z neurčitých právnych pojmov ako „záujmy klienta“) by bola priradená jednoznačne určitá sankcia tak, aby nedochádzalo k neadekvátnemu sankcionovaniu.

3.3 NEOBMEDZENÁ PENALIZÁCIA VERZUS OBCHODNO-PRÁVNA ÚPRAVA A NIEKTORÉ ĎALŠIE PROBLÉMY

Kodifikácia by mohla nadobudnúť svoje reálne kontúry pomerne rýchlo jednoduchým zhromaždením skutkových podstát z jednotlivých zákonov finančného trhu. Domnievam sa, že príliš široko koncipovaná skutková podstata vytvára neprimerane veľký priestor na penalizáciu (v zmysle trestať možno úplne všetky porušenia zákona) a vystavuje orgán dohľadu riziku pochybenia pri právnom posúdení skutku. Bolo by preto vhodnejšie konanie v rozpore s právom špecifikovať. S tým súvisí bezprostredne problém rozlíšiť stupeň závažnosti a rozsah následkov protiprávneho konania, ktoré spočívajú opäť na voľnej úvahe orgánu dohľadu. Naproti ustanoveniam Trestného zákona, ktoré upravujú jednotlivé skutkové podstaty v konkrétnych skupinách a tým vyjadrujú podľa ich homogénnosti čiastočne aj stupeň závažnosti skutku, predstavuje zákonná dikcia spôsobom „prosté porušenia zákona“ závažný nedostatok skutkovej podstaty.

Ďalším problematickým aspektom široko vymedzenej skutkovej podstaty, resp. jej objektívnej stránky je *nedodržiavanie alebo obchádzanie ustanovení osobitných zákonov alebo iných všeobecne záväzných právnych predpisov, ktoré sa vzťahujú na vykonávanie regulovanej činnosti*. Neistotu vnáša aj skutočnosť, že vo viacerých zákonoch finančného trhu nie sú uvedené odkazy pod čiarou, ktoré by uvádzali, o aké právne predpisy má ísť, prípadne je výpočet len príkladmý. Celkom prirodzene by sme potom mohli sankcionovať porušovanie ustanovení takých právnych predpisov, ako je napr. aj Obchodný zákonník, a to nielen jeho druhej časti o obchodných spoločnostiach ale aj jeho záväzkovej časti.[15] Takto široko

[15] Súčasne autor nevylučuje ani porušovanie ostatných častí Obchodného zákonníka. Zvláštnym sa javí napr. porušenie obchodného tajomstva dohliadaného subjektu členom jeho predstavenstva a možný postih dohliadaného subjektu v prípade, že nedošlo k zverejneniu dôvernej informácie (povinnosť v rámci úpravy insiderských obchodov) prekrývajúcej sa s obchodným tajomstvom. K insider tradingu pozri Kotásek, J. Ochrana vnitřních informací. Brno : Tribun EU, 2008. Čunderlík, Ľ. Potreba právnej regulácie insider obchodov. In Regulace, deregulace, autoregulace. Sborník příspěvků z IV.

koncipované sankcionovanie dohliadaných subjektov alebo napr. aj členov predstavenstva a dozornej rady za porušenie svojich zákonných povinností je skutočne neobvyklé. Natíska sa mám preto myšlienka, či je takýto stav žiaduci. Podľa niektorých právnych názorov „veřejným (obecným) zájmem je též to, aby byly chráněny zájmy soukromé.“.[16] Taktiež sa môžeme prikloniť k tvrdeniu toho istého autora, podľa ktorého „veřejný zájem v soukromém právu je přítomen i mimo explicitně formulovaná ustanovení zákona. *(Domnievam sa, že uvedený príklad je práve takým verejným záujmom, poznámka Ľ.Č.)* Soukromé právo sa publicizuje i v případě, že realizace základní zásady soukromého práva (např. zásady rovnosti, či nediskriminace) je vynucována prostředky práva veřejného.“.[17] K tomuto problému je zaujímavé stanovisko, podľa ktorého „je pak soukromé právo vystaveno na autonomii vůle, když leccos lze testovat potřebou veřejnosti? *(V spomenutom prípade rozumej zásah orgánu dohľadu napr. ak dohliadaný subjekt porušuje záväzkové ustanovenia Obchodného zákonníka týkajúce sa procesu uzatvárania zmlúv s jeho klientmi, a to v podobe sankcie uloženia povinnosti prijať nápravné opatrenie, ktoré by taký protiprávny stav odstraňovalo, poznámka Ľ.Č.)* Je zachována teze enumerativnosti státních pretenzí, když stát dostává téměř neomezenou zbraň jak zasahovat do soukomého života jednotlivce? Mám za to, že pro obě otázky platí odpověď ne (když navíc ex post koncipovaný soudní přezkum reálně nepomáhá). Veřejný zájem chápu jako jeden z nástrojů paternalismu, resp. intervencionalismu, které však v právu soukromém mají pramálo co dělat. (...) Mám za to, že použití veřejného zájmu (pořádku) v právu soukromém není zdůvodněno, resp. nestojí na rozumném vyvážení výhod a nevýhod a střetává se se zásadami soukromého práva. (...) Veřejný zájem, resp. nástroje veřejného práva vůbec by v soukromém právu měly být vystaveny na principu subsidiarity.“.[18] Ide tak vlastne o publicizáciu obchodného práva, a to aj v záväzkovej časti? Alebo je to len nesprávna interpretácia spôsobená legislatívnymi nedostatkami a potom možno argumentovať druhým citovaným názorom? Obávam sa, že obidva zmienené názory sú natoľko silné, že v závislosti od konkrétnej spoločenskej nálady môžu striedavo prevládnuť. Súčasne sa ale domnievam, že riešenie je potrebné

---

mezinárodní vědecké konference pořádané katedrou obchodního práva, Brno : Právnická fakulta MU, 2006.

[16] Bejček, J. Veřejný zájem v obchodním právu. In Veřejný zájem v obchodním právu. Sborník příspěvků z VI. mezinárodní vědecké konference pořádané katedrou obchodního práva, Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 12.

[17] Bejček, J. Veřejný zájem v obchodním právu. In Veřejný zájem v obchodním právu. Sborník příspěvků z VI. mezinárodní vědecké konference pořádané katedrou obchodního práva, Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 19.

[18] Havel, B. Veřejný zájem v obchodním právu – *contradictio in adiecto*? Aneb ouroboros na postupu. In Veřejný zájem v obchodním právu. Sborník příspěvků z VI. mezinárodní vědecké konference pořádané katedrou obchodního práva, Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 33.

hľadať aj v ustanoveniach upravujúcich zásady výkonu dohľadu, a teda aj s ohľadom na negatívne vymedzenie predmetu dohľadu nad finančným trhom podľa § 2 ods. 3 zákona o dohľade *„predmetom dohľadu nad dohliadanými subjektmi nie je rozhodovanie sporov z právnych vzťahov medzi dohliadanými subjektmi a ich klientmi, na ktorých prejednávanie a rozhodovanie sú príslušné súdy alebo iné orgány podľa osobitných predpisov.“*. Táto pozitivisticky vyjadrená zásada výkonu dohľadu (a tým nepriamo aj v rámci neho vykonávaného sankčného konania v zmysle § 1 ods. 3 písm. a) bod 3 zákona o dohľade) však iba zdôrazňuje potrebu rešpektovania zmluvnej slobody a priority súkromnoprávneho riešenia. Preto sa prikláňam k názoru, podľa ktorého by objektom protiprávneho konania deliktu na finančnom trhu nemali byť ustanovenia súkromnoprávneho predpisu. Ich dodržiavanie (aspoň v rozsahu záväzkovo-právnej časti) je predsa zverené súdnym orgánom. Domnievam sa, že nemožno postihovať porušovanie Obchodného zákonníka ani iného súkromnoprávneho predpisu, nakoľko nie je taká verejnoprávna ingerencia štátu potrebná. Primárne sú také porušenia „súkromnoprávnymi deliktmi“ so svojimi vlastnými súkromnoprávnymi sankciami.

V uvedenom § 67 ods. 1 zákona o poisťovníctve sa v odkaze pod čiarou spomína aj zákon o účtovníctve a zákon o dohľade. Zákon o dohľade je pritom prevažne procesnoprávny predpis a jeho zmienkou v hmotnoprávnom sankčnom ustanovení iného zákona finančného trhu sa tým umožnilo ukladať sankcie aj za porušovanie jeho ustanovení, hoci zákon o dohľade pozná na účely zabezpečenia procesných postupov vlastný inštitút „poriadkové opatrenia“ (poriadkové pokuty).

Vzhľadom na uvedené považujem za potrebné, aby sa v príslušných skutkových podstatách zakotvili odvolávky na osobitné zákony a popri nich na ostatné všeobecne záväzné právne predpisy (hoci tu sa mi javí situácia jednoznačnejšia, nakoľko pôjde o vykonávacie právne predpisy k zákonom regulujúcim finančný trh). Následne je nevyhnutné v odkaze pod čiarou enumeratívne vymedziť, o aké zákony má ísť. Pri ich voľbe pritom budeme musieť **dôsledne zvážiť**, čo sa má sankcionovať v rámci dohľadu nad finančným trhom a kde nám predsa prioritne nastupuje pôsobnosť iných orgánov (napr. daňových úradov, Úradu pre dohľad nad výkonom auditu, atď.).

Pre vymedzenie skutkovej podstaty do budúcna by mohla zohrať významnú úlohu práve právno-rozhodovacia prax. Orgán dohľadu v odôvodnení svojich rozhodnutí definuje skutok, čím individualizuje súčasnú skutkovú podstatu deliktu. Z takýchto rozhodnutí (pri hojnej aplikačnej praxi, teda pri množstve rozhodnutí rôzneho druhu a relatívne homogénnych v rámci jedného porušenia) by bolo možné potom generalizovať skutkovú podstatu, ktorá by sa premietla do konkrétneho ustanovenia zákona. Táto možnosť je však v súčasnosti realite ešte veľmi vzdialená.

Problematickosť súčasných sankčných ustanovení dopĺňa aj relatívne obmedzenie správneho uváženia. Priestor pre správne uváženie je totiž stále

pomerne rozsiahly: neexistuje žiadny návod, akú sankciu je potrebné zvoliť pre konkrétne porušenie, a či vôbec sankcionovať[19]. Obdobne je problematický aj výmer konkrétnej výšky sankcie, ak je uložená peňažná pokuta, chýba spôsob výpočtu sankcie, nehovoriac o jednočinnom a viacčinnom súbehu viacerých deliktov. Určitou pomôckou by mohlo byť vypracovanie akéhosi sadzobníku, ktorý by nemusel mať ani povahu všeobecne záväzného právneho predpisu. Napriek tomu však „volnou úvahu nemohou nahradit ani vyloučit případné matematicky vyjádřené modelové situace či propočty, jež používá správní orgán jako základ a východisko úvahy, popř. použití interního sazebníku jako metodické pomůcky.“.[20] Možno sa len stotožniť s názorom, podľa ktorého „aby účinně zabezpečili ochranu zájmů a hodnot společnosti i jednotlivců, musí být druhy a výše sankcí stanoveny tak, aby odpovídaly charakteru a závažnosti protiprávního jednání, braly ohled na majetkové a jiné výhody, které pachatel deliktem nabyl, apod. “.[21]

4. ZÁVER

Domnievam sa, že kodifikácia hmotnoprávnych sankčných ustanovení v oblasti finančného trhu je nám v súčasnosti pomerne vzdialená. Vyplýva to z praktických problémov, ktoré nastávajú pri aplikácii súčasných sankčných ustanovení. Doteraz sme sa totiž nevysporiadali so závažnými nedostatkami momentálnej právnej úpravy, ktorá pôsobí navonok ako homogénna a čiastočne systemizovaná. Opak je ale pravdou. Pokiaľ nenájdeme odvahu výraznejšie zasiahnuť do právneho zakotvenia skutkových podstát finančno-právnych deliktov, priradiť konkrétnym skutkom konkrétne sankcie a v závislosti od miery ich závažnosti odstupňovať konkrétne sadzby peňažných pokút, nemožno dospieť k takému štádiu, aby sme ich mohli zozbierať do jedného právneho predpisu a vyhlásiť za „kodifikované“. Na tejto ceste, ceste k efektívnemu a spravodlivému správnemu trestaniu na finančnom trhu, by sme sa mohli inšpirovať práve pokročilou českou právnou úpravou, ktorá ono nevyhnutné štádium už začína dosahovať.[22]

---

[19] Tento nedostatok chabo kompenzuje zákonná možnosť orgánu dohľadu bez vedenia sankčného konania prerokovať nedostatky, problémy či nezrovnalosti v činnosti dohliadaného subjektu s členmi jeho riadiaceho alebo kontrolného orgánu (pozri § 2 ods. 8 zákona o dohľade).

[20] Mates, P. a kol. Základy správního práva trestního. 4. vydání. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 153.

[21] Mates, P. a kol. Základy správního práva trestního. 4. vydání. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 152.

[22] Pozri napríklad ustanovenia § 61 až 63 zákona č. 104/2008 Sb. o nabídkách převzetí a o změně některých dalších zákonů (zákon o nabídkách převzetí).

Literature:

- Bejček, J.: Veřejný zájem v obchodním právu. In Veřejný zájem v obchodním právu. Sborník příspěvků z VI. mezinárodní vědecké konference pořádané katedrou obchodního práva, Brno: Masarykova Univerzita, 2008, s. 5-19, ISBN 978-80-210-4574-3
- Havel, B.: Veřejný zájem v obchodním právu – *contradictio in adiecto*? Aneb ouroboros na postupu. In Veřejný zájem v obchodním právu. Sborník příspěvků z VI. mezinárodní vědecké konference pořádané katedrou obchodního práva, Brno: Masarykova Univerzita, 2008, s. 29-34, ISBN 978-80-210-4574-3
- Husár, J.: Verejnoprávna regulácia obchodovania. In Právo a obchodovanie. Zborník z vedeckej konferencie, Košice: UPJŠ, 2008, s. 106-117, ISBN 978-80-7097-702-6
- Kotásek, J.: Ochrana vnitřních informací. Brno: Tribun EU, 2008, s. 256, ISBN 978-80-7399-355-9
- Martvoň, A.: Historický vývoj správneho súdnictva na území Slovenska. In Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae. Tomus XXV, Bratislava: Univerzita Komenského Bratislava, 2007, s. 239-256, ISBN 978-80-223-2331-4
- Mates, P. a kol.: Základy správního práva trestního. 4. vydání. Praha: C.H.Beck, 2008, s. 224, ISBN 978-80-7179-806-4

Contact – email

lubomir.cunderlik@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOFT LAW VE ŠVÝCARSKÉM BANKOVNICTVÍ

LENKA DOUBRAVOVÁ

Kancelář veřejného ochránce práv

Abstract in original language
Sankce může být mimo jiné chápána jako újma (postih) za porušení právních povinností stanovených v dispozici právní normy. Z povahy sankce tedy plyne její těsné sepjetí s normami tzv. hard law. Vedle těchto „klasických" sankčních nástrojů stojí systém soft law, tedy komplex sice právně nezávazný, ale mající obrovský význam. Tento příspěvek analyzuje význam soft law v oblasti švýcarského bankovnictví, jelikož bankovnictví je vedle například lékařství jedním z modelových příkladů, kde hrají prim zejména etické kodexy či jiné nezávazné dokumenty (best practices, principles, standard terms atd.). Jejich porušení může být sankcionováno disciplinárně, ale může mít i nedozírné mimoprávní důsledky. Příkladem je třeba vliv na rating bank či kampaně nevládních organizací nebo ztráta důvěryhodnosti celého sektoru.

Key words in original language
Soft law; Švýcarsko; Sankce; Bankovnictví.

Abstract
Sanction can be understood as an injury (recourse) for violation of legal obligations determined by the legal norm. The nature of sanction predestines its close connection with so called "hard law" norms. Aside from these "classical" sanction means there is a system of soft law, a complex that despite not being legally binding has a huge significance. The present conference paper analyses a role of soft law in Swiss banking sector, because banking is, alongside for example medicine, one of the model examples of domains where mainly ethic codexes or other not-binding documents (best practices, principles, standard terms etc.) play the first fiddle. Their violation may be sanctioned disciplinary, but it can also have immense non-legal consequences. As an example the impact on the bank rating or non-governmental organization campaigns or loss of banking credibility can be listed.

Key words
Soft law; Switzerland; Sanction; Banking.

ÚVOD

Profesor Pickl z Institutu evropského ombudsmana řekl, že[1]:

[1] Zápis ze semináře o úloze ombudsmana v evropských zemích pořádaného výborem petičním, pro lidská práva a národnosti Poslanecké sněmovny České republiky dne 10. 6.

„ombudsman nemá moc, protože kde je moc, hrozí autoritativní systém; proti právu nařizovat existuje právo "jemné" – tedy soft law – právo na slušnost, jedná se o určitou výchovu“

Trochu s nadsázkou je tedy cílem tohoto příspěvku zaměřit se právě na jemné právo, soft law, v tvrdém tržním prostředí švýcarského bankovnictví. Chci poukázat na skutečnost, že tam, kde selhávají klasické sankční nástroje práva, se vytváří jaksi spontánně a vedle tohoto systému pravidla svou povahou odlišná, která jej doplňují a dotváří. Význam soft law bude ilustrován na oblasti švýcarského bankovnictví, jelikož bankovnictví je vedle například lékařství, jedním z modelových příkladů, kde hraje dle mého názoru soft law velkou roli.

Na úvod se tedy pokusím definovat samotné pojmy hard law a soft law, jejich povahu a pojetí v různých státech. Poté budou prezentovány praktické případy sankcí soft law z oblasti švýcarského bankovnictví.

NOVÉ PRAMENY ZÁVAZKOVÉHO PRÁVA

Před definováním pojmů si dovolím zmínit současné trendy či změny v závazkovém právu. Podle ředitelky Švýcarského institutu srovnávacího práva v Lausanne, Eleanor Cashin Ritaine, je možné pozorovat tři nové tendence týkající se aktuálních pramenů závazkového práva[2]. Patří mezi ně:

1) Nové nezávazné instrumenty „soft law“ na národní i mezinárodní úrovni

2) Paralelně vedle soft law mění národní prameny práva svoji povahu, což vede k transformaci národního práva, k jakémusi převratu „hard law“

3) Za třetí evropský vývoj mezinárodního práva přijetím nařízení Řím I a Řím II značí dle Eleanor Cashin Ritaine nevyhnutelně „platonický sňatek“ hard a soft law

Tyto tendence již tedy naznačují, že prameny závazkového práva mění svoji povahu a soft law tak upevňuje své postavení.

HARD LAW VS. SOFT LAW

Teď se již dostávám k samotným pojmům soft law a hard law. Nejprve se třeba zdůraznit, že pojem sankce má mnoho podob, ale já bych se ráda zaměřila na pojetí sankce jako újmy (nebo také postihu) za porušení právních povinností stanovených v dispozici právní normy. Z povahy sankce tedy plyne její těsné sepjetí s normami tzv. hard law. Hard law bývá

1994 [cit 1-11-2009], dostupné online na http://www.psp.cz/cgi-bin/ascii/eknih/1993ps/vybory/vplpn/seminar/zapis/zp00a.htm

[2] Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit d´applique? Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l´harmonisation du droit OHADA des contrats.

považováno za jádro práva, jelikož stanoví pravidla chování vynutitelné státní mocí. Vedle těchto „klasických" sankčních nástrojů stojí systém soft law, tedy komplex právně nezávazný. Prim soft law hrají zejména etické kodexy či jiné nezávazné dokumenty (best practices, principles, standard terms atd.).

Kritériem dělení na hard a soft law je podle právních teoretiků rozdílná kvalita norem[3]. Hard law reprezentuje normy dostatečně určitého a jednoznačného obsahu v příslušné právní formě, jež implikuje jejich právní závaznost. V případě soft law se někdy tvrdí, že „pokulhává obsah", což je patrné zejména v oblasti mezinárodních smluv, kde se to jen hemží neurčitými vyjádření jako např.: „státy budou usilovat", „vytvářet podmínky", „podmínky k postupnému dosažení" apod. Soft law je tedy považováno buď za jakési programové právo umožňující odklad plnění některými subjekty na neurčito, zatímco jiné už mohou plnit nebo je charakteristickým znakem jeho nezávazná forma. Většinou se bude jednat o gentlemanské dohody, čistě politická ujednání, jednostranné akty či etické kodexy[4].

Například v pojetí Evropské skupiny pro spotřebitelské právo[5] znamená pojem soft law:

"Jakýkoli regulační systém mimo tradiční proces, který zahrnuje demokraticky zvolenou zákonodárnou moc, jejíž právní předpisy jsou následně vymáhány s využitím občanských nebo trestních soudních postupů."

Až již vyjdeme z jakéhokoli chápání soft law, vždy bude zdůrazňováno jeho postavení vedle klasických právních norem založených na „tvrdých" sankčních opatřeních a jeho nezávazný charakter.

Rozdíl mezi hard law a soft law se může jevit dle těchto jednoduchých znaků jako banální. Záleží ale na pojetí každého právního řádu nebo alespoň na jejich tradici, jak bude konkrétně vnímáno. Pojetí popsáno výše vychází z židovsko-křesťanské tradice. Například podle profesora Sengera[6] je v čínském právu považováno za hard law veškeré tzv. neústupné právo,

---

[3] Druhy pravidel mezinárodního práva, [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.lineconsulting.eu/Law%20Faculty/Mezin%E1rodn%ED%20pr%E1vo.

[4] Tamtéž.

[5] Pechlát, J.: Soft law a zájmy spotřebitelů. 25.09. 2001 [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.spotrebitele.info/vase-prava/clanek.shtml?x=200053.

[6] Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit d´applique? Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l´harmonisation du droit OHADA des contrats. Poznámka pod čarou č. 12 - Haro von Senger - Einführung in das Recht der Volksrepublik China, konference červen 2004.

které chrání zájmy čínské komunistické strany. Naopak soft law se netýká čínské komunistické strany a je aplikováno pružněji jako například osvojení dítěte nebo pravidla silničního provozu. Je tedy jasně patrné, že kritérium rozlišení hard a soft law je v čínských podmínkách poněkud odlišné. Zatímco v židovsko-křesťanské tradici je kladen důraz na právní nevynutitelnost soft law a jeho obecný obsah, v Číně je kritériem pro dělení reprezentace zájmů vládnoucí strany, pružnost aplikace či možnost změny těchto norem[7].

SANKCE ZA PORUŠENÍ SOFT LAW

Porušení soft law může být sankcionováno disciplinárně (například co se týče etických kodexů banky), ale může mít i nedozírné mimoprávní důsledky, které chci ilustrovat právě na švýcarském bankovnictví. Dovolím si důsledky porušení soft law rozdělit do tří skupin[8].

1) Vliv na rating bank: V oblasti švýcarského bankovnictví byly v roce 2002 přijaty dva zásadní dokumenty, a to Code suisse de bonne pratique[9] (dále jen "Švýcarský kodex"[10]) a Directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance[11] (dále jen "Směrnice SWX"). V případě Švýcarského kodexu se jedná o „pouhá“ doporučení vydaná Comité d’economiesuisse[12] pro řízení akciových společností. Poté vydala švýcarská burza Směrnici SWX vycházející z těchto nezávazných doporučení. Na rozdíl od Švýcarského kodexu je směrnice závazná, ale pouze pro akciové společnosti kótované na švýcarské burze, které nepodléhají pravidlům burzy státu sídla. I přes svoji omezenou závaznost jsou tato pravidla dobrovolně

---

[7] Dále v textu se budu držet židovsko-křesťanského pojetí.

[8] S vědomím toho, že se jedná o pouhé ilustrativní případy, nikoli vyčerpávající seznam. Stranou ponechávám například profesní kodexy, které budou předmětem samostatného článku.

[9] Francouzské znění dostupné online na http://www.economiesuisse.ch/web/fr/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf

[10] S ohledem na možné nepřesnosti zapříčiněné překladem si dovolím na základě diskuze v den konference používat pouze výraz "kodex". Doslovným překladem by měl být používán výraz "zákoník", ale ten je vzhledem k povaze dokumentů velmi zavádějící. K etymologii termínu "kodex" blíže viz Salák, P.; Frýdek, M.: Materiální prameny práva a jejich vliv na vznik soukromých kodifikací. In Sborník Dny práva – 2009, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1 (v tisku).

[11] Francouzské znění dostupné online na http://www.ecgi.org/codes/documents/rlcg_02_fr.pdf

[12] Jedná se o Federaci švýcarských společností, nejde tedy o žádný vládní ani zákonodárný orgán.

přijímána i společnostmi mimo burzu, event. kótované akciové společnosti plní další povinnosti nad rámec Směrnice SWX či Švýcarského kodexu.

Proč? Udržují si tím či zvyšují svůj rating. Společnost Ethos je zjednodušeně řečeno jednou z ratingových agentur ve Švýcarsku, která si vytvořila v podstatě vlastní dotazník, jenž je založen právě na tom, jaké informace nad rámec požadavků stanovených zákonem či směrnicí a kodexem společnosti zveřejňují. Konkrétním příkladem může být například doporučení (u kótovaných společností povinnost) zveřejňovat odměnu členů řídících a kontrolních orgánů jako celek, tedy v jejich součtu. Kladný vliv na rating podle společnosti Ethos mělo zveřejnění konkrétní výše odměn u konkrétních osob. Na základě této praxe byla poté Směrnice SWX rozšířena o požadavek uvádět prvních deset nejlépe odměňovaných osob řídících a kontrolních orgánů akciových společností kótovaných na burze. Tento požadavek a zejména jeho plnění vyvolal samozřejmě velkou diskuzi široké veřejnosti. Nechci jej nijak hodnotit, jen je mým cílem poukázat na skutečnost, že nejen právně nezávazné dokumenty, ale i informace nad jejich rámec, mají nedozírné mimoprávní důsledky, v tomto konkrétním případě jde o vliv na rating bank.

2) Ztráta důvěryhodnosti celého sektoru: Dalším příkladem je obava ze ztráty důvěryhodnosti celého sektoru. Proto činí banky jednostranná prohlášení či uzavírají dohody s jinými finančními institucemi týkající se zdánlivě nesouvisejících oblastí. Příkladem je jedna ze dvou největších švýcarských bank UBS, která vydala svůj etický kodex Business Conduct and Ethics[13]. I další banky vydávají prohlášení o zachování bankovního tajemství, zapojují se do dohod bojujících proti dětské pornografii[14], podporují trvale udržitelný rozvoj, apelují na ochranu životního prostředí apod. Banka UBS si velmi zakládá na své mlčenlivosti a diskrétnosti, jež je součástí jejího etického kodexu. Proto se kromě špatných investic otřásla v souvislosti s diskuzí o bankovním tajemství. UBS se s americkými úřady po vleklých sporech dohodla, že odtajní jména amerických klientů, u nichž má podezření, že se dopustili daňových podvodů. Reakce na tuto situaci nebyly jednoznačné. Někteří pozorovatelé se obávali, že dohoda by mohla být začátkem nové éry švýcarského bankovnictví a zdůrazňovali

[13] Anglické znění dostupné online na http://www.ubs.com/1/e/about/corp_responsibility/commitment_strategy/policies_guidelines.html

[14] Coalition Financière Européenne et MasterCard : mettre un terme aux achats sur Internet de photos d'enfants abusés, 5.3.2009 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://www.cfo-news.com/Coalition-Financiere-Europeenne-et-MasterCard-mettre-un-terme-aux-achats-sur-Internet-de-photos-d-enfants-abuses_a9151.html.

katastrofální možné následky týkající se jen možnosti nedodržení bankovního tajemství[15].

3) Kampaně nevládních organizací: Třetím možným důsledkem porušení soft law mohou být kampaně nevládních organizací. Například v roce 2004 volaly neziskové organizace po zákazu poskytovat dluhopisy pro čínský bankovní sektor. Obávaly se možného financování projektu kontroverzní přehrady (Three Gorges Dam)[16]. Tímto krokem chtěly (mimo jiné samozřejmě) přimět banky dodržovat své etické kodexy týkající se ochrany lidských práv a životního prostředí.

Opačným procesem je například kampaň vedená Rainforest Action Network od roku 2000 nazvaná Global Finance campaign[17]. Byla namířena proti největším světovým bankám jako Citi, Bank of America, JP Morgan Chase, Goldman Sachs a Toronto Dominion. Cílem bylo přesvědčit banky, aby přestaly financovat uhelný průmysl a jiné projekty mající negativní vliv na globální oteplování. Výsledkem byla série soft law dokumentů. Tento krok byl z pohledu nevládních organizací považován za úspěch. První byla v roce 2004 Citigroup, která přijala pravidla své politiky, podle kterých bude respektovat ochranu životního prostředí a lidská práva.

VÝZNAM A VÝHODY SOFT LAW

I když nemá soft law charakter bezprostřední právní závaznosti a vynutitelnosti státní mocí, má, jak bylo naznačeno v předchozích případech, přesvědčující charakter a je silným argumentem nátlakových skupin.

Slovy Evropské skupiny pro spotřebitelské právo se používání soft law v jednotlivých zemích velmi liší. Je to dáno kulturními a ústavními přístupy a také existencí silných obchodních asociací či jiných nátlakových skupin[18]. V posledních letech se ale soft law dostává do popředí zájmu zákonodárců a podnikatelů. Příčinu lze hledat například v globalizaci, která způsobuje nutnost kontroly chování, které překračuje hranice států. Soft law je pro tento účel považováno za praktičtější. Dále soft law podporuje tržní síly při poskytování vyšší kvality tam, kde jsou podnikatelé připraveni slíbit více

---

[15] Případ UBS prý bankovní tajemství ve Švýcarsku neohrozil [online] [cit 22-2-2009]. URL:<http://www.financninoviny.cz/zpravodajstvi/index_view.php?id=361426>.

[16] Maitland, A: The value of an investment in human rights, THE FINANCIAL TIMES, 28. 10. 2004 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://ran.org/media_center/news_article/?uid=3537

[17] Banking on climate change, [cit 2-11-2009], dostupné online na http://ran.org/campaigns/global_finance/about_the_campaign/

[18] Pechlát, J.: Soft law a zájmy spotřebitelů. 25.09. 2001 [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.spotrebitele.info/vase-prava/clanek.shtml?x=200053.

než požaduje zákon. V neposlední řadě je soft law vnímáno jako flexibilnější a rychleji se vyvíjející než legislativa.

ZÁVĚR

Soft law tedy není jen souborem proklamací bez právní závaznosti, ale svébytným systémem s vlastními pravidly, který hraje nejen ve švýcarském bankovním sektoru významnou úlohu. Soft law a hard law nejsou dva oddělené systémy, ale vzájemně se doplňují a odkazují na sebe[19].

Literature:

- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky, Praha:C.H.Beck, 2003, 603 stran, ISBN 80-7179-746-4.
- Hendrych, D.; Fiala, J.: Právnický slovník. 3. podstatně rozš. vyd. Praha : C.H. Beck, 2009, 1459 stran, ISBN 9788074000591.
- Maitland, A: The value of an investment in human rights, THE FINANCIAL TIMES, 28. 10. 2004 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://ran.org/media_center/news_article/?uid=3537
- Pechlát, J.: Soft law a zájmy spotřebitelů. 25.09. 2001 [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.spotrebitele.info/vase-prava/clanek.shtml?x=200053
- Tercier, P.: Le droit des obligations, Zurich: Schulthess Médias Juridiques SA, 2004, 385 stran, ISBN 3-7255-4843-9.
- Ritaine, E.C.: Nouvelles tendances en droit des obligations - Quel droit d´applique?. Ouagadougou, 2007, Actes du Colloque sur l´harmonisation du droit OHADA des contrats.
- Salák, P.; Frýdek, M.: Materiální prameny práva a jejich vliv na vznik soukromých kodifikací. In Sborník Dny práva – 2009, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1 (v tisku).
- Banking on climate change, [cit 2-11-2009], dostupné online na http://ran.org/campaigns/global_finance/about_the_campaign/

[19] Příkladem může být třeba v oblasti bankovnictví Nařízení Basilej II., které ve svém třetím pilíři otevírá právě prostor pro soft law.

- Coalition Financière Européenne et MasterCard : mettre un terme aux achats sur Internet de photos d'enfants abusés, 5.3.2009 [cit 12-11-2009], dostupné online na http://www.cfo-news.com/Coalition-Financiere-Europeenne-et-MasterCard-mettre-un-terme-aux-achats-sur-Internet-de-photos-d-enfants-abuses_a9151.html
- Code of Business Conduct and Ethics of UBS, [cit 10-11-2009], dostupné online na http://www.ubs.com/1/e/about/corp_responsibility/commitment_strategy/policies_guidelines.html
- Code suisse de bonne pratique, [cit 10-11-2009], dostupné online na http://www.economiesuisse.ch/web/fr/PDF%20Download%20Files/pospap_swiss-code_corp-govern_20080221_fr.pdf
- Directive SWX concernant les informations relatives au Corporate Governance, [cit 10-11-2009], dostupné online na http://www.ecgi.org/codes/documents/rlcg_02_fr.pdf
- Druhy pravidel mezinárodního práva, [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.lineconsulting.eu/Law%20Faculty/Mezin%E1rodn%ED%20pr%E1vo
- Ethos: Publication du Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise, 28.08.2002 [cit 12-11-2009] dostupné online na http://www.ethosfund.ch/f/news-publications/news.asp?code=47
- Office fédéral de la statistique: UE – Code de bonnes pratiques, Neuchâtel, 8.04.2008 [cit 2-11-2009], dostupné online na http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/fr/index/institutionen/oeffentliche_statistik/ethische_prinzipien/eu.html
- Případ UBS prý bankovní tajemství ve Švýcarsku neohrozil [cit 22-2-2009]. URL:<http://www.financninoviny.cz/zpravodajstvi/index_view.php?id=361426>.
- Zápis ze semináře o úloze ombudsmana v evropských zemích pořádaného výborem petičním, pro lidská práva a národnosti Poslanecké sněmovny

České republiky dne 10. 6. 1994 [cit 1-11-2009], dostupné online na http://www.psp.cz/cgi-bin/ascii/eknih/1993ps/vybory/vplpn/seminar/zapis/zp00a.htm

Contact – email
lenkadou@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SMLUVNÍ POKUTA JAKO HODNOTÍCÍ KRITÉRIUM VE VEŘEJNÝCH ZAKÁZKÁCH A MOŽNOST JEJÍ MODERACE SOUDEM

DAVID DVOŘÁK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem článku je rozbor smluvní pokuty jako jednoho z možných dílčích hodnotících kritérií při zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, ve vazbě na možnou moderaci výše této smluvní pokuty soudem podle § 301 obchodního zákoníku.

Key words in original language
Smluvní pokuta; veřejné zakázky; hodnotící kritéria; moderační právo.

Abstract
Aim of the article is an analysis of the contractual fine as one of possible award criteria in public procurement according to the Act No. 137/2006 Coll. on Public Contracts in connection with possible moderation of its amount by the court according to art. 301 of the Commercial Code.

Key words
Contractual fine; public procurement; award criteria; moderation.

1. ÚVOD

Cílem tohoto článku je rozbor smluvní pokuty jako jednoho z možných dílčích hodnotících kritérií při zadávání veřejných zakázek podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, (dále jen „**ZVZ**“) ve vazbě na možnou moderaci výše této smluvní pokuty soudem podle § 301 obchodního zákoníku. Specifickým záměrem je s odvoláním na aktuální judikaturu dokázat, že existují důvody pro to, aby tyto případy byly posuzovány specificky a moderace nebyla používána.

2. SMLUVNÍ POKUTA JAKO HODNOTÍCÍ KRITÉRIUM PODLE ZVZ

Kritéria, na jejichž základě je z nabídek podaných v zadávacím řízení podle ZVZ vybrána nejvhodnější nabídka, upravuje ustanovení § 78 ZVZ. Podle tohoto ustanovení je možné nabídky hodnotit jednokritériální metodou (pak je tímto kritériem vždy nabídková cena) nebo podle více kritérií (v takovém případě ZVZ hovoří o tzv. ekonomické výhodnosti nabídky); jde o tzv. základní hodnotící kritéria.

Pokud je veřejná zakázka zadávána podle základního hodnotícího kritéria ekonomické výhodnosti nabídky, musí zadavatel dále stanovit tzv. dílčí hodnotící kritéria, která budou blíže specifikovat, k jakým dalším parametrům nabídky bude přihlížet. Těmto dílčím hodnotícím kritériím musí být stanoveny procentuální váhy, které stanoví jejich relativní význam; ve výjimečných případech je připuštěno, aby byla dílčí hodnotící kritéria uvedena bez vah v sestupném pořadí důležitosti. Tato kritéria včetně vah musí být uvedena v oznámení o zahájení řízení (případně výzvě k zahájení řízení) nebo zadávací dokumentaci, případně ve výzvě k podání nabídky v užším řízení a jednacím řízení s uveřejněním, výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění nebo v dokumentaci soutěžního dialogu.

Podle § 78 odst. 4 ZVZ se musí dílčí hodnotící kritéria vztahovat k nabízenému plnění veřejné zakázky a mohou jimi být vedle nabídkové ceny zejména „*kvalita, technická úroveň nabízeného plnění, estetické a funkční vlastnosti, vlastnosti plnění z hlediska vlivu na životní prostředí, provozní náklady, návratnost nákladů, záruční a pozáruční servis, zabezpečení dodávek, dodací lhůta nebo lhůta pro dokončení*“.

Na základě odkazu v § 11 odst. 2 zákona č. 139/2006 Sb., o koncesních smlouvách a koncesním řízení (koncesní zákon), v platném znění, se výše uvedené uplatní i pro výběr nejvhodnější nabídky v koncesním řízení, kde však je výběr podle základního hodnotícího kritéria nejvhodnější nabídky jedinou připuštěnou možností.

Výčet dílčích hodnotících kritérií v § 78 odst. 4 ZVZ je demonstrativní. Smluvní pokuta v tomto výčtu obsažena není, avšak přesto je v praxi velmi často k hodnocení nabídek používána. Vhodnost jejího použití přitom záleží na nejrůznějších faktorech a je třeba ji posoudit vzhledem ke konkrétním okolnostem veřejné zakázky. ZVZ žádným způsobem blíže nestanoví, jakým způsobem má zadavatel hodnotící kritéria zvolit, ani jak jim má stanovit váhy, aby dosáhl toho, že zvolená kombinace bude skutečně odrážet ekonomickou výhodnost nabídky a nebude se jednat pouze o více či méně vhodně zvolenou kombinaci více kritérií bez jasného dopadu na výsledek zadávacího řízení. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže se v rámci řízení o přezkoumání úkonů zadavatele podle § 113 ZVZ prozatím touto otázkou také příliš nezabývá a přístup k ní je spíše formalistický; pokud zadavatel dodrží veškeré povinnosti uvedené v § 78 ZVZ, nehrozí mu žádný postih za porušení zákona.[1] Často se může jednat o kritéria zjevně

[1] Stanovit povinnost více zohledňovat při volbě dílčích hodnotících kritérií veřejné zakázky skutečnou ekonomickou výhodnost se snaží návrh novely ZVZ, který je v současnosti projednáván Poslaneckou sněmovnou Parlamentu České republiky pod č. tisku 833; otázka však je, zda tak činí vhodným způsobem.

nevhodná, která mohou zásadním způsobem ovlivnit výsledek řízení, resp. výši nabídkové ceny, aniž by pro to byl dán racionální důvod.[2]

Jedním z takových kritérií je i výše smluvní pokuty. I v tomto případě by zcela jistě bylo možno najít v praxi mnoho případů, kdy toto kritérium bylo použito bez rozmyslu s příliš vysokou vahou, bez limitace či přinejmenším bez kalkulace toho, jaký vliv budou mít nabídnuté hodnoty na průběh hodnocení (resp. bez ekonomického posouzení, které by analyzovalo, zda zvýšena smluvní pokuta skutečně ospravedlní vyšší cenu, zvláště ve spojitosti s otázkou, jak často přichází uplatnění smluvní pokuty v úvahu, její reálné vymožitelnosti apod.). Vyskytují se také případy, kdy jsou nabízeny extrémně vysoké smluvní pokuty (např. ve výši statisíců Kč za den prodlení), ve kterých je zřejmé, že se spíše jedná o spekulativní chování uchazečů, kteří spoléhají na to, že z nejrůznějších důvodů nebudou muset tuto pokutu ani v případě nedodržení svého závazku uhradit (často se právě zde operuje s možností následné moderace smluvní pokuty soudem).

Na druhou stranu lze v praxi najít celou řadu případů, kdy smluvní pokuta plní i ve smluvních vztazích uzavřených na základě ZVZ či koncesního zákona významnou úlohu a možnost uchazeče nabídnout její výši (s vlivem na výsledné hodnocení) plní významnou zajišťovací funkci ve vztahu k přebíraným závazkům. Velmi důležité jsou smluvní pokuty v rámci projektů veřejně-soukromých partnerství (PPP), ať už se jedná o outsourcingové, kvazikoncesní (§ 156 ZVZ) či koncesní smlouvy. V těchto smlouvách se obvykle dodavatel zavazuje poskytovat služby v určité, často nadstandardní úrovni (označované např. jako tzv. service level agreement - SLA nebo smluvní výkonové ukazatele) a za nesplnění těchto úrovní se zavazuje platit smluvní pokuty (ve vztahu k SLA označovaných někdy jako tzv. kredity); výše smluvních pokut je přitom taková, aby sice nebyla v případě rozsáhlejšího neplnění těchto závazků likvidační, avšak měla na příjem dodavatele z poskytování služby citelný dopad.[3]

---

[2] Jako příklad lze uvést délku záruční doby bez stanoveného limitu s vahou 25 %. Pokud uchazeč nabídne (účelově) záruku v délce 100 let, může být jeho nabídka vybrána jako nejvýhodnější, i když jeho nabídková cena výrazně překračuje nabídkové ceny ostatních uchazečů. Dalšími kritérii, která bývají takto nevhodně používána, jsou např. doba realizace, výše bankovní záruky za řádné splnění veřejné zakázky či reakční doba v případě havárie či jiné nestandardní situace. Tato kritéria však nelze považovat za nevhodná apriori; jde pouze o jejich nevhodné použití či chybějící limitaci přípustných hodnot, aniž by si zadavatel předem zanalyzoval dopady na výsledek řízení.

[3] Viz např. Praktická příručka Smluvní výkonové ukazatele v oboru vodovodů a kanalizací ČR (dostupná na http://www.opzp.cz), která stanoví systém smluvních výkonových ukazatelů vztahujících se k dodávkám pitné vody a čištění a odvádění odpadních vod a pokut za jejich nedodržování, jejichž implementace se vyžaduje v rámci smluv o provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu (§ 8 odst. 2 zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích pro veřejnou potřebu a o změně některých zákonů (zákon o vodovodech a kanalizacích), v platném znění) v případech, na něž má být poskytnuta dotace z Operačního programu Životní prostředí 2007-2013.

Jak je zřejmé, je u smluvní pokuty, která je využita v rámci hodnocení nabídek veřejných zakázek, výrazně zdůrazněna její punitivní funkce oproti funkci reparační, přičemž je obvyklé v těchto smlouvách zakotvit v souladu s § 545 odst. 2 občanského zákoníku možnost požadovat vedle smluvní pokuty rovněž nárok na náhradu škody.

3. MOŽNOST MODERACE SMLUVNÍ POKUTY VE SMLOUVÁCH NA PLNĚNÍ VEŘEJNÝCH ZAKÁZEK

Jak již bylo naznačeno úvodem, cílem tohoto článku není podrobně rozebírat smluvní pokutu a její vhodnost obecně, nýbrž se zaměřit na její používání jako hodnotícího kritéria s ohledem na následnou možnost snížení nepřiměřeně vysoké smluvní pokuty soudem podle § 301 obchodního zákoníku (moderační právo).[4]

V této souvislosti je třeba vzít v úvahu způsoby, jakým může být smluvní pokuta jako dílčí hodnotící kritérium v zadávacím řízení konstruována; v zásadě se nabízí dvě základní možnosti:

- neomezená možnost nabídnout výši smluvní pokuty podle uvážení uchazeče nebo

- limitovaná možnost se stanovenou dolní a/nebo horní hranicí.

Moderace smluvní pokuty hrozí zejména v prvním případě, neboť nabídnutá výše smluvní pokuty je čistě na uvážení uchazeče; může zde proto snadno dojít k nabídnutí smluvní pokuty nepřiměřeně vysoké. Pokud by však soud přistoupil k moderaci smluvní pokuty, jednalo by se o zásah do parametru, který byl nabídnut samotným dlužníkem, který díky jeho výši získal výhodu v zadávacím řízení.

Ve druhém případě by jako nepřiměřené muselo být posouzeno zřejmě již samotné rozmezí stanovené zadavatelem, které je uchazeč pod sankcí vyloučení ze zadávacího řízení nucen respektovat. Horní hranice smluvní pokuty zde působí jako obrana zadavatele před účelovým nabízením nepřiměřeně vysokých smluvních pokut ze strany uchazečů (a do jisté míry i před využitím moderačního práva ze strany soudů). Účelem dolní hranice je naproti tomu zajistit, aby nabízené smluvní pokuty byly v dostatečné výši ve vztahu k zajišťovanému závazku. V těchto případech je výše smluvní pokuty (v daném intervalu) výsledkem požadavku zadavatele, proto je dopad případné moderace jiný, respektive lze uvažovat o tom, že by moderace mohla být využita v případech, kdy by sám zadavatel stanovil

[4] Vycházíme zde z toho, že smlouvy na plnění veřejných zakázek se budou zpravidla řídit obchodním zákoníkem podle § 261 odst. 2 obchodního zákoníku; u koncesních smluv toto bude s ohledem na znění § 19 odst. 6 koncesního zákona pravidlem.

i dolní hranici pro požadovanou smluvní pokutu v takové výši, která by mohla být považována za nepřiměřenou.

Pro úplnost je třeba dodat, že za účinnosti předchozího zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, byla v § 8 odst. 4 jeho prováděcí vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění vyhlášky č. 137/2005 Sb., stanovena možnost, aby hodnotící komise nevzala *„zjevně nepřiměřené hodnoty*“ v úvahu a nabídce v takovém dílčím hodnotícím kritériu přidělila 0 bodů. Tato úprava reagovala právě na vyskytující se zneužívání nabízení extrémních hodnot v rámci některých kritérií a u smluvní pokuty specificky na obavu z možné moderace (na kterou by uchazeč mohl spoléhat). Obdobný postup byl následně často používán v rámci specifikace hodnotící metody (již neupravené zákonem) v rámci aktuálně účinného ZVZ. Rozsudkem Krajského soudu v Brně ze dne 28. dubna 2009, sp. zn. 62 Ca 55/2008-63, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 6. listopadu 2009, sp. zn. 5 Afs 75/2009-99 však byl tento způsob označen za netransparentní, neboť ponechává příliš velkou možnost uvážení hodnotící komisi; zadavatel tak musí nově vždy uvést, jakou hodnotu již považuje za nepřiměřenou, tedy stanovit podle okolností nejvyšší či nejnižší přípustnou hodnotu daného kritéria.

Při teoretických úvahách o případné možnosti moderace smluvní pokuty vysoutěžené v zadávacím řízení podle ZVZ můžeme dojít ke dvěma krajním přístupům:

- moderace by měla být možná (např. proto, že uchazeč byl nepřímo nucen nabídnout nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu, aby veřejnou zakázku získal, a to v důsledku nevhodné konstrukce hodnotících kritérií zadavatelem – neomezeného kritéria nebo v důsledku nutnosti respektovat určitý požadovaný interval);

- moderace by neměla být využívána, neboť vysokou smluvní pokutu nabízí uchazeč zcela záměrně s cílem získat výhodu v zadávacím řízení (často na úkor nabídkové ceny), ať už jako určitou spekulaci nebo jako vyjádření jeho důvěry ve vlastní schopnost splnit smluvní pokutou zajištěný závazek.

Podle § 301 obchodního zákoníku „*Nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu může soud snížit s přihlédnutím k hodnotě a významu zajišťované povinnosti, a to až do výše škody vzniklé do doby soudního rozhodnutí porušením smluvní povinnosti, na kterou se vztahuje smluvní pokuta. K náhradě škody vzniklé později je poškozený oprávněn do výše smluvní pokuty podle § 373 a násl.*“

Pokud se pokusíme dovodit z judikatury závěr, jaký by mohl být přístup soudů k posuzování této otázky, musíme vyjít ze skutečnosti, že neexistuje judikatura, která by se týkala specificky smluv uzavřených v zadávacích řízeních. Je proto třeba se pokusit dovodit určité závěry z rozsudků, které se týkaly uplatnění moderačního práva v jiných případech.

Pro posouzení položené otázky je třeba nejprve stanovit, jaká jsou kritéria pro rozhodování soudu o tom, zda moderační právo podle § 301 obchodního zákoníku využije a zda lze nalézt určitá kritéria, která by brala v potaz skutečnost, že výše smluvní pokuty byla nabídnuta samotným uchazečem (tedy potenciálním povinným) v zadávacím řízení.

V tomto ohledu je zajímavé rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. prosince 2003 sp. zn. 32 Odo 631/2002, ve kterém Nejvyšší soud ve vztahu k otázce uplatnění moderačního práva uvedl: „*Rozhodnutí o tom, zda je sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta, je věcí volného uvážení soudu, kterému zákon pouze ukládá povinnost řídit se při jejím posuzování hodnotou a významem zajišťované povinnosti*. **Posouzení otázky (ne)přiměřenosti smluvní pokuty tak závisí na okolnostech konkrétního případu, zejména pak na důvodech, které ke sjednání posuzované výše smluvní pokuty vedly a na okolnostech, které je provázely**.“ Citovaná část rozsudku by mohla naznačovat, že právě skutečnost, že určitá výše smluvní pokuty byla nabídnuta uchazečem (dlužníkem) v zadávacím řízení s cílem získat tímto výhodu, by mohla být rozhodujícím kritériem pro odlišení této specifické subkategorie.

Soud dále v rozhodnutí uvedl: „*Odvolací soud tak v rozporu s ustanovením § 301 obchodního zákoníku zcela pominul hodnotu a význam zajišťované povinnosti a přiměřenost smluvní pokuty poměřoval pouze následky, které porušením zajišťované povinnosti v ekonomické situaci žalobce nastaly, přestože výše škody vzniklé do doby soudního rozhodnutí porušením smluvní povinnosti, není kritériem pro snížení smluvní pokuty, nýbrž pouze hranicí, pod kterou nelze pokutu snížit.*“ Toto je důležité z toho důvodu (jak již bylo zmíněno výše), že smluvní pokuta používaná jako hodnotící kritérium ve veřejných zakázkách má výraznou funkci punitivní a otázka vzniklé škody je až sekundární (smluvní pokuta je často uplatňována vedle nároku na náhradu škody).

Obdobný přístup lze nalézt v rozsudku Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. ledna 2005, sp. zn. 32 Odo 400/2004, který je zajímavý hned ze dvou důvodů. Nejvyšší soud v něm jednak obdobně jako v předešlém rozsudku potvrdil, že podstatné pro rozhodování o moderačním právu jsou okolnosti, které ke sjednání posuzované výše smluvní pokuty vedly, a jednak potvrdil názor, že využití moderačního práva nemá místo v případech, kdy výši smluvní pokuty navrhl sám povinný.

Soud nejprve vymezil tři fáze, ve kterých se proces rozhodování o využití moderačního práva odehrává, a kritéria, která je během nich třeba vzít v úvahu:

„Rozhodnutí soudu o použití jeho moderačního práva ve smyslu § 301 obch. zák., kdy nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu sníží, je výsledkem určitého procesu rozhodování, který zahrnuje dále popsané tři postupné fáze.

V první fázi *soud řeší otázku, zda byla sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta. Pro toto posouzení zákon žádná kritéria nestanoví; závěr o tom, zda je sjednána nepřiměřeně vysoká smluvní pokuta, je tedy věcí volného uvážení soudu.* **Posouzení otázky (ne)přiměřenosti smluvní pokuty závisí na okolnostech konkrétního případu, zejména na důvodech, které ke sjednání posuzované výše smluvní pokuty vedly a na okolnostech, které je provázely**. *Není rovněž vyloučeno, aby soud již při posuzování této otázky přihlédl k významu a hodnotě zajišťované povinnosti, zákon mu to však neukládá.*

V případě, kdy soud dojde k závěru o nepřiměřenosti smluvní pokuty, nastupuje **druhá fáze** *jeho rozhodování, kdy posoudí, zda-li použije svého moderačního práva či nikoli, tj. zda-li nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu sníží. Ustanovení § 301 obch. zák. zakotvuje právo soudu, nikoli však jeho povinnost snížit nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu. Stejně jako ve shora popsané první fázi jeho rozhodování, zákon ani v této druhé fázi nevymezuje žádná kritéria pro rozhodnutí soudu, zda svého moderačního práva použije a je rovněž věcí jeho úvahy, zda při tomto posouzení přihlédne případně i k významu a hodnotě zajišťované povinnosti.*

Bude-li výsledkem druhé fáze rozhodování soudu jeho závěr, že svého moderačního práva využije, nastupuje poslední **třetí etapa** *jeho rozhodování, kdy posuzuje, až kam (v jakém rozsahu) nepřiměřeně vysokou smluvní pokutu sníží. Teprve v této poslední fázi rozhodování je soud ze zákona povinen přihlédnout k hodnotě a významu zajišťované povinnosti, přičemž možnost soudu snížit smluvní pokutu není neomezená - věřitel má vždy právo na pokutu alespoň ve výši vzniklé škody.*

Z výše uvedeného vyplývá závěr, že ustanovení § 301 obch. zák. neukládá soudu povinnost přihlédnout k hodnotě a významu zajišťované povinnosti při posouzení přiměřenosti (nepřiměřenosti) smluvní pokuty, ani při rozhodování, zda svého moderačního práva využije, nýbrž pouze při následném posouzení rozsahu snížení smluvní pokuty.“

Z citované části rozsudku je pro posouzení zkoumané otázky rozhodující, že při úvahách o přiměřenosti smluvní pokuty je mimo jiné třeba vzít v úvahu konkrétní okolnosti, zejména důvody vedoucí ke sjednání výše smluvní pokuty. Zároveň je důležité, že při rozhodování o nepřiměřenosti smluvní pokuty v první fázi i při rozhodování o využití moderačního práva ve fázi druhé není soud povinen přihlédnout významu a hodnotě zajišťované povinnosti; nemusí proto zkoumat závažnost zajištěné povinnosti v rámci daného smluvního vztahu.

Nejvyšší soud dále potvrdil názor odvolacího soudu, který konstatoval, že *„Odvolací soud se ztotožnil jak se skutkovými zjištěními soudu prvního*

stupně, tak i s jeho právním posouzením věci. I když odvolací soud přisvědčil námitce odvolatelky (žalované), že **otázka, kdo je navrhovatelem a kdo akceptantem návrhu** *na uzavření dvoustranného právního úkonu, může mít význam zejména při posuzování, zda smlouva platně vznikla, má v daném případě tyto skutečnosti za* **podstatně významné i při rozhodování, zda smluvní pokuta nebyla sjednána v nepřiměřené výši, zda její sjednání není v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku a rovněž pro posouzení důvodnosti návrhu na snížení smluvní pokuty podle § 301 obch. zák.** *Konstatoval, že v souzené věci to byla sama žalovaná, která, ačkoliv si musela být vědoma nepoměru mezi vymáhanými částkami v předmětných soudních řízeních, vzala na sebe dobrovolně povinnost zaplatit smluvní pokutu za nesplnění závazku vzít žalobu zpět v dohodnuté lhůtě. Vytkl jí, že úvahami o přiměřenosti či nepřiměřenosti smluvní pokuty se měla zabývat při vypracování dohody, případně před jejím uzavřením. Odvolací soud je téhož názoru jako soud prvního stupně, že* **nelze přistoupit na argumentaci žalované o nepřiměřené výši smluvní pokuty**, *o jejím údajném rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, ani o důvodnosti jejího snížení,* **jestliže je to sama žalovaná, která vypracovala návrh dohody včetně předmětného ujednání o smluvní pokutě a teprve v situaci, kdy nesplnila svůj závazek sankcionovaný smluvní pokutou, vznáší proti ujednání o smluvní pokutě uvedené námitky**.“

Z uvedeného tedy plyne, že skutečnost, že uchazeč je tou smluvní stranou, která sama navrhuje výši smluvní pokuty, může být dalším rozhodujícím argumentem pro to, aby soud ve specifických případech smluv na plnění veřejných zakázek k moderaci nepřistupoval.

4. ZÁVĚR

Na základě výše uvedeného lze shrnout, že jakkoliv neexistuje judikatura, která by řešila otázku využití moderačního práva soudu ve vztahu ke smluvním pokutám, jejichž výše byla navržena uchazečem v rámci zadávacího řízení jako jedno z dílčích hodnotících kritérií, lze se na základě rozboru výše citovaných rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR domnívat, že v současné judikatuře je možné nalézt argumenty pro to, aby soud při rozhodování o využití moderace přihlédl k tomu, že smluvní pokuta byla navržena v rámci zadávacího řízení a že její výši navrhl sám uchazeč s cílem získat pro sebe výhodu, a k moderaci nepřistupoval.

Tento závěr platí zejména pro případy, kdy konstrukce hodnotícího kritéria byla taková, že umožňovala uchazeči nabídnout výši smluvní pokuty bez jakékoliv limitace. Návrh uchazeče[5] na snížení výše smluvní pokuty soudem v situaci, kdy nejprve tuto výši využil k získání veřejné zakázky a následně

[5] Otázka, zda moderace výše smluvní pokuty je možná jen na návrh povinného nebo i bez návrhu, není předmětem tohoto článku.

v okamžiku, kdy nesplnil své závazky, žádá o její snížení, by neměl být brán v potaz; opačný přístup by totiž zcela negoval předchozí soutěž a nahrával by zneužívání takového kritéria se spoléháním na to, že smluvní pokuta nebude muset fakticky být placena.

Odlišný přístup přichází podle mého názoru v úvahu v případě, kdy uchazeč byl povinen nabídnout výši smluvní pokuty v rámci určitého limitu, neboť zde by mohla být již dolní hranice výše smluvní pokuty (stanovená zadavatelem) shledána jako nepřiměřená.

Závěrem je třeba podotknout, že pokud by se judikatura v této otázce vyvíjela opačným směrem, tedy směrem k možnosti moderace i smluvních pokut v rámci veřejných zakázek, bylo by vhodné uvažovat de lege ferenda o omezení či vyloučení používání smluvní pokuty jako hodnotícího kritéria.

Literature:

- Šebesta, M., Podešva, V., Olík, M., Machurek, T.: Zákon o veřejných zakázkách s komentářem, Praha: ASPI, a.s., 2006, 524 s., ISBN 80-7357-213-3
- Bejček, J., Eliáš, K., Raban, P. a kol.: Kurs obchodního práva. Obchodní závazky. 3. vydání, Praha: C.H.Beck, 2003, 603 s., ISBN 80-7179-746-4
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník: komentář. 12. vydání, Praha: C.H.Beck, 2009, 1375 s., ISBN 978-80-7400-055-3
- Patěk, D.: Smluvní pokuta v obchodních vztazích. 1. vydání, Praha: C.H.Beck, 2006, 124 s., ISBN 80-7179-538-0
- Čech, P.: K přiměřenosti smluvní pokuty, Právní rádce č. 5/2008, s. 24
- Nováček, R.: Přiměřenost smluvní pokuty a moderační právo soudu, Právní rádce č. 3/2002, s. 116
- Patěk, D.: Smluvní pokuta a moderační oprávnění podle § 301 obchodního zákona (k některým rozhodnutím Nejvyššího soudu), IURIDICA č. 1/2008, s. 147
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 16. prosince 2003 sp. zn. 32 Odo 631/2002
- Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. ledna 2005, sp. zn. 32 Odo 400/2004

- Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 28. dubna 2009, sp. zn. 62 Ca 55/2008-63
- Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 6. listopadu 2009, sp. zn. 5 Afs 75/2009-99

Contact – email
dvorak@mt-legal.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KOMPARÁCIA PRÁVNEJ ÚPRAVY SQUEEZE OUT V PODMIENKACH SLOVENSKEJ REPUBLIKY A ČESKEJ REPUBLIKY

JAROSLAVA HEČKOVÁ

Faculty of Management, Prešovská univerzita in Prešov, Slovakia

Abstract in original language
Príspevok sa zaoberá právnym inštitútom právo výkupu, resp. vytesnenie menšinových akcionárov (squeeze out). Cieľom príspevku je vymedziť teoretické východiská problematiky squeeze out a porovnať vývoj právnej úpravy squeeze out v podmienkach Slovenskej republiky a Českej republiky.

Key words in original language
Squeeze out; Vytesnenie minoritných akcionárov; Právo výkupu; Právna úprava squeeze out.

Abstract
The paper deals with the legal buy-out right, resp. displacement of minority shareholders (squeeze out). The aim of the paper is to define the contribution of theoretical issues squeeze out and compare the development of legislation squeeze out in the Slovak Republic and Czech Republic.

Key words
Squeeze out; Displacement of minority shareholders; Buy-out right; Legislation of squeeze out.

1. ÚVOD

Rozvoj podnikania a obchodných vzťahov v rámci Európskej únie, harmonizácia a postupné zbližovanie právnych úprav jej členských štátov prinieslo do slovenského i českého obchodného práva viaceré nové inštitúty z obchodnej praxe iných členských štátov. V oblasti práva obchodných spoločností, jedného z najdynamickejšie sa rozvíjajúcich oblastí súkromného práva, k nim nepochybne patrí inštitút práva na odpredaj - squeeze out, označovaný aj ako právo výkupu, resp. vytesnenie minoritných akcionárov.

Dôvody zavedenia právnej úpravy squeeze out do slovenského i českého právneho poriadku možno rozdeliť do dvoch základných skupín, a to na dôvody právne a ekonomické.

Dôležitým právnym dôvodom bola povinnosť Slovenskej i Českej republiky splniť záväzky plynúce z ich členstva v Európskej únii, a to harmonizovať národné právne úpravy s komunitárnou legislatívou. V danom prípade bolo potrebné harmonizovať slovenskú i českú národnú úpravu so Smernicou

Európskeho parlamentu a Rady Európskej únie 2004/25/ES[1] (tzv. takeover bid smernica) z 21. apríla 2004 o ponukách na prevzatie. Lehota pre transpozíciu smernice bola stanovená do 20. mája 2006.

Ekonomické dôvody sa argumentačne opierajú predovšetkým o potrebu skvalitnenia riadiacich procesov vo vnútri akciových spoločností a zníženia nákladov spoločností na uspokojenie práv minoritných akcionárov.

Cieľom príspevku je vymedziť teoretické východiská problematiky squeeze out a porovnať vývoj právnej úpravy squeeze out v podmienkach Slovenskej republiky a Českej republiky.

2. TEORETICKÉ VÝCHODISKÁ PROBLEMATIKY SQUEEZE OUT

Squeeze out (právo výkupu, resp. vytesnenie menšinových akcionárov) znamená možnosť majoritného akcionára, ktorý dosiahol určitú vysokú hranicu vlastníctva, vytesniť ostatných (minoritných) akcionárov. Účelom tohto kroku je „prečistiť" vlastníctvo v tých akciových spoločnostiach, v ktorých existuje silný majoritný akcionár, prípadne viac akcionárov konajúcich v zhode, ktorí majú záujem ďalej rozvíjať podnikateľskú činnosť akciovej spoločnosti podľa vlastných predstáv, zjednodušiť a znížiť administratívnu záťaž spoločnosti, zracionálniť a zvýšiť flexibilitu jej riadenia, prípadne zmeniť jej dividendovú politiku, a to vytesnením ostatných akcionárov, ktorí na základe vlastníckych práv disponujú nízkym rozhodovacím potenciálom.

Podľa Koblihu et al (2006) je inštitút squeeze out zvláštnym oprávnením majoritného akcionára, ktorý môže rýchle a bez väčších nákladov zjednodušiť akcionársku štruktúru spoločnosti a umožniť ďalšie znižovanie nákladov spojených s činnosťou jej vnútorných orgánov. Zbavuje spoločnosť povinnosti chrániť často zložitými formálnymi postupmi právne postavenie minoritných akcionárov s nepatrným vlastníckym podielom pre rozhodovacie procesy vo vnútri spoločnosti a z hľadiska vplyvu na podnikateľskú politiku spoločnosti často irelevantné a umožňuje vytvárať spoločnosti s jediným akcionárom.

Hlavné motívy uplatnenia squeeze out[2] – práva výkupu podľa Maříka (2007) vychádzajú z potreby zvyšovania konkurenčnej schopnosti podniku. Sú nimi:

[1] Smernica Európskeho parlamentu a Rady Európskej únie 2004/25/ES z 21. apríla 2004 o ponukách na prevzatie bola prijatá v rámci Akčného plánu pre finančné služby (The Financial Services Action Plan – FSAP), ktorého cieľom bolo integrovanie národných finančných trhov do jedného celoeurópskeho trhu (European Commission, 1999). Uvedená smernica bola výsledkom vyše dvadsaťročného úsilia o zjednotenie úpravy inštitútu squeeze out a predstavuje jeden z pilierov zvyšovania konkurencieschopnosti Európskej únie (Report on the Implementation of the Directive on Takeover Bids).

- znižovanie správnych nákladov, ktoré nie sú úmerné reálnym prínosom minoritných akcionárov. Patria sem predovšetkým náklady na publicitu, náklady na uskutočnenie valných zhromaždení a náklady spojené s poskytovaním informácií o hospodárení akciovej spoločnosti[3],

- zjednodušenie systému riadenia ako dôsledok vytesnenia minoritných akcionárov, ktorí nezriedka zneužívajú svoje postavenie (Bartošíková, 2004, s. 1) a snažia sa predať aj svoje právo napadnúť rôzne rozhodnutia akciovej spoločnosti. Ďalším zdrojom komplikácií v systéme riadenia sú rôzne zákonné práva poskytované minoritným akcionárom v snahe ochrániť ich pred dôsledkami rôznych rozhodnutí spoločnosti (Pokorná, 2004, s. 239), ktoré sa z pohľadu minoritných akcionárov môžu javiť ako nevýhodné. Príkladom sú problémy, vznikajúce koncernom pri riadení dcérskych spoločností, kde sa vplyv minoritných akcionárov dcérskych spoločností pociťuje ako komplikácia pri správe majetku, ktorý kontrolujú. Tieto práva minoritných akcionárov sú v praxi spojené s rôznymi relatívne komplikovanými procedúrami, značne časovo a

---

[2] Skúsenosti a poznatky z praxe naznačujú, že inštitút squeeze out má riešiť predovšetkým problém ekonomickej efektívnosti akciových spoločností. V tejto súvislosti je potrebné rozlíšiť systém správy akciových spoločností, tzv. corporate governance, a to na (Mařík, 2007, s. 17):

- *„outsider" systém*

„Outsider" systém je charakteristický existenciou pomerne rozptýleného držania akcií, ktoré sú kótované na kapitálovom trhu. Pokiaľ kapitálový trh funguje dobre, vykonáva zároveň kontrolu nad efektívnosťou hospodárenia akciovej spoločnosti. Ak hospodárenie akciovej spoločnosti nedosahuje očakávané výsledky, príčina spočíva v nákladoch zastúpenia, ktorých základom je konflikt záujmov medzi vlastníkmi – akcionármi na jednej strane a manažmentom spoločnosti na strane druhej, tzv. konflikt „principal-agents". Manažment spoločnosti koná predovšetkým vo vlastnom záujme, ktorý nemusí vždy stotožniť so záujmom akcionárov. Riešením je v takomto prípade prevzatie spoločnosti iným investorom, ktorý vymení manažment spoločnosti a v prípade potreby stiahne akcie z kapitálového trhu. Akciová spoločnosť sa stane súkromnou spoločnosťou, pričom nový vlastník presadí potrebnú reštrukturalizáciu, zvýši jej efektívnosť a spoločnosť sa môže prípadne vrátiť na kapitálový trh s tým, že akcie budú ponúknuté za podstatne vyššie ceny. Zostávajúci minoritní akcionári sa v takomto prípade javia ako príťaž, pretože nielen komplikujú prijatie potrebných rozhodnutí, ale profitujú z prevedených opatrení bez toho, aby sa zodpovedajúcim spôsobom podieľali na uskutočnených vkladoch a vynaloženom úsilí.

- *„insider" systém*

„Insider" systém je založený na koncentrovanom vlastníctve akcií spoločnosti, ktoré umožňuje majoritnému akcionárovi primeranú kontrolu manažmentu spoločnosti. V tomto systéme však spravidla dochádza ku konfliktu záujmov medzi hlavným, majoritným akcionárom a minoritnými akcionármi. Jadrom týchto konfliktov je informačná asymetria a s ňou spojená možnosť majoritných akcionárov privlastňovať si rôzne úžitky zo správy akciovej spoločnosti bez poskytnutia rovnakých úžitkov minoritným akcionárom.

[3] V tejto súvislosti sa uvádzajú tzv. *agency cista* ako dodatočné náklady správy akciových spoločností, ktoré sú spojené s administratívou, informovaním a riadením vzťahov k akcionárom (Weston, Chung, Hong, 1990, s. 107-110). Elimináciou tzv. *agency costs* sa konkrétne efekty squeeze out premietnu do absencie nutnosti zvolať valné zhromaždenie verejne a s predstihom, možnosti rozhodovať ad hoc podľa súčasnej obchodno-ekonomickej situácie, možnosti dať operatívne súhlas predstavenstvu na dôležité obchodné transakcie, investície, kapitálové presuny, schopnosti operatívne rozhodovať o reštrukturalizačných opatreniach a do schopnosti efektívne rozhodovať o formalitách typu schvaľovanie účtovnej závierky a rozdelenie výsledku hospodárenia (rozhodnutia jediného akcionára o skutočnostiach a zmenách, nevyžadujúce si zápis do obchodného registra). Flexibilita je zachovaná aj pri rozhodnutia vyžadujúcich si zápis do obchodného registra (zmena sídla spoločnosti, zmena stanov spoločnosti, zmena v zložení orgánov spoločnosti, zmena základného kapitálu spoločnosti).

finančne náročnými a vo svojich dôsledkoch znižujúcimi flexibilitu akciových spoločností podnikajúcich v zostrujúcom sa konkurenčnom prostredí,

- prevod akciovej spoločnosti, ktorej akcie sú verejne obchodovateľné na súkromnú akciovú spoločnosť, tzv. „going private“[4], čo môže byť žiadúce v prípade potreby zásadnej reštrukturalizácie akciovej spoločnosti.

Význam inštitútu squeeze out zdôrazňuje aj medzinárodné zoskupenie renomovaných právnych expertov – High Level Group of Company Law Experts, ktoré považuje squeeze out za verejný záujem v zmysle zefektívnenia riadenia a nákladov spoločností ako aj celej ekonomiky. Podľa ich názoru je v súlade s medzinárodnými zmluvami na úrovni Európskej únie i s medzinárodnou Listinou základných práv a slobôd (European Commission, Advisory Group on Corporate Governance and Company Law, 2005a, 2005b, 2005c, 2006).

3. ÚPRAVA SQUEEZE OUT V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

Schválením zákona č. 644/2006 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov a č. 209/2007 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov Slovenská republika transponovala do svojho vnútroštátneho právneho poriadku Smernicu Európskeho parlamentu a Rady Európskej únie 2004/25/ES a implementovala inštitút článku 15 tejto smernice právo výkupu - squeeze out.

Účelom zavedenia inštitútu práva výkupu - squeeze out bola podľa Ministerstva financií Slovenskej republiky potreba reagovať na prípady zmeny pôvodne rozptýlenej štruktúry akciových spoločností na koncentrovanú štruktúru. Nutnosť zvolávania valných zhromaždení, informačné povinnosti a iné požiadavky kladené zákonom na akciové spoločnosti sa pre efektívne fungovanie akciovej spoločnosti stávajú záťažou, ktorá môže viesť v konečnom dôsledku k stratám pre všetkých akcionárov.

V zmysle zavedenej právnej úpravy v Slovenskej republike má väčšinový akcionár právo nadobudnúť všetky zostávajúce akcie predmetnej akciovej

[4] Legitímnou súčasťou „going private“ ako trendu zmeny rozdrobeného vlastníctva na koncentrované je podľa Westona, Chunga, Honga (1990, s. 393) ako aj podľa Damodarana (1997, s. 692) princíp squeeze out, ktorý v kontexte realizovaných akvizičných procesov (najmä typu Management Buyout, Leveraged Buyout, Hostly/Friendly Takeover) prináša benefity nielen akciovým spoločnostiam, ale aj celej ekonomike.

spoločnosti (tzv. cieľovej spoločnosti), ktoré sú obchodované na regulovanom trhu v Slovenskej republike alebo v inom členskom štáte Európskej únie, za primeranú odplatu (protiplnenie) vo forme peňažného protiplnenia, výmenou za iné cenné papiere, alebo kombináciou oboch foriem, a to bez ohľadu na prípadný nesúhlas menšinových akcionárov s touto kúpou, resp. výmenou.

Dohľad nad dodržiavaním noriem zavedených touto smernicou je zverený národnému nestrannému orgánu, Národnej banke Slovenska, v rámci integrovaného výkonu dohľadu nad finančným trhom v oblasti bankovníctva, kapitálového trhu, poisťovníctva a dôchodkového sporenia podľa zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov. Národná banka Slovenska týmto zodpovedá, že menšinoví akcionári budú v procese uplatňovania práva výkupu požívať ochranu v zmysle zákona č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov.

Podľa platnej právnej úpravy má majoritný akcionár, ktorý vlastní akcie s úhrnnou menovitou hodnotou predstavujúcou aspoň 95 % základného imania predmetnej akciovej spoločnosti (tzv. cieľovej spoločnosti) a s ktorými je spojených aspoň 95 % podiel na hlasovacích právach všetkých akcionárov cieľovej spoločnosti, možnosť požadovať od všetkých zostávajúcich (minoritných) akcionárov, aby na neho previedli svoje akcie cieľovej spoločnosti prijaté na obchodovanie na regulovanom trhu za primerané protiplnenie.

Uplatneniu práva výkupu predchádza ponuka na prevzatie. Ide o verejný návrh na uzatvorenie zmluvy, ktorej predmetom je kúpa cenných papierov, s ktorými sú spojené hlasovacie práva. Táto ponuka nemôže byť ani čiastočná (týkajúca sa iba časti zostávajúcich akcií cieľovej spoločnosti vlastnených menšinovými akcionármi) ani podmienená (navrhovateľ sa nezaviazal v rámci tejto ponuky nadobudnúť akcie iba v prípade, ak bude dosiahnutý istý minimálny počet týchto akcií). Ponuka na prevzatie môže byť povinná alebo vyhlásená dobrovoľne.

Povinnosť vyhlásiť ponuku na prevzatie zákon č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch v znení neskorších predpisov ukladá v niekoľkých prípadoch, napríklad, ak fyzická alebo právnická osoba prekročí kontrolný podiel v cieľovej spoločnosti (podiel najmenej 33 % na hlasovacích právach spojených s akciami jednej cieľovej spoločnosti) alebo ak valné zhromaždenie akcionárov emitenta kótovaných akcií rozhodne, že akcie vydané týmto emitentom prestanú byť kótované, je emitent povinný vyhlásiť povinnú ponuku na prevzatie na kúpu všetkých kótovaných akcií od akcionárov, ktorí na valnom zhromaždení nehlasovali za rozhodnutie, že tieto akcie prestanú byť kótované, alebo ktorí sa tohto valného zhromaždenia nezúčastnili. Dobrovoľná ponuka na prevzatie môže byť

vyhlásená napríklad na účely nadobudnutia kontrolného podielu v cieľovej spoločnosti.

Väčšinový akcionár, ktorý rozhodol o tom, že uplatní právo výkupu, je povinný svoje rozhodnutie vrátane skutočností, na základe ktorých mu toto právo vzniklo, oznámiť bez zbytočného odkladu cieľovej akciovej spoločnosti, Národnej banke Slovenska ako aj všetkým zostávajúcim akcionárom cieľovej spoločnosti. Zoznam akcionárov, ako aj ich prípadných záložných veriteľov s potrebnými údajmi, môže pre tento prípad získať majoritný akcionár (navrhovateľ) na základe písomnej žiadosti od Centrálneho depozitára cenných papierov SR, a.s.

Právo výkupu je účinné voči dotknutým minoritným akcionárom až po udelení súhlasu Národnou bankou Slovenska.

V prípade, že minoritný akcionár návrh neprijme, môže sa navrhovateľ (majoritný akcionár) domáhať na súde, aby prijatie návrhu nahradil súdnym rozhodnutím. Toto právo musí navrhovateľ uplatniť proti všetkým povinným osobám, ktoré návrh neprijali v jednom konaní do troch mesiacov od uplynutia lehoty na prijatie návrhu.

Jedným zo základných princípov uplatnenia squeeze out je ponúknuť minoritným akcionárom protiplnenie, ktoré bude primerané hodnote akcií cieľovej akciovej spoločnosti. Primerané protiplnenie môže mať podobu peňažného protiplnenia, cenných papierov alebo kombinácie oboch uvedených foriem. Ak majoritný akcionár ponúka aspoň časť protiplnenia vo forme cenných papierov, musí byť rovnako alternatívne ponúknutá aj možnosť výlučne peňažného protiplnenia. Práve určenie primeraného protiplnenia sa javí ako najproblematickejší prvok celého postupu squeeze out. Pri povinnej ponuke na prevzatie, pri uplatnení práva výkupu či v prípadnom súdnom konaní je popri iných dôležitých faktoroch významným ukazovateľom primeranosti protiplnenia a spôsobom spravodlivého vysporiadania všeobecná hodnota akcií stanovená znaleckým (expertným) posudkom. Výber znalca vykonáva Národná banka Slovenska a môže ním byť iba znalec – právnická osoba.

Hodnota primeraného protiplnenia by mala zodpovedať tzv. absolútnemu odškodneniu. To znamená, že by sa mala rovnať takej hodnote akcií, aby vytesnený (minoritný) akcionár mohol za získané protiplnenie nadobudnúť alternatívnu investíciu s rovnakým výnosom i rizikom. Vyhláška Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 626/2007 Z. z., ktorou sa mení a dopĺňa vyhláška Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 492/2004 Z. z. o stanovení všeobecnej hodnoty majetku s účinnosťou od 1. januára 2008 má prílohou č. 16 za cieľ regulovať proces squeeze out z hľadiska použitých postupov a metód ohodnocovania (stanoviť všeobecnú hodnotu akcií na účely zistenia primeranej hodnoty protiplnenia podľa zákona č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch v znení neskorších predpisov), a vylúčiť tým subjektívnosť pri stanovení primeranej hodnoty protiplnenia v znaleckých (expertných) posudkoch.

4. ÚPRAVA SQUEEZE OUT V ČESKEJ REPUBLIKE

Požiadavky Smernice Európskeho parlamentu a Rady Európskej únie 2004/25/ES boli do českého právneho poriadku implementované zákonom č. 216/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 189/1994 Sb., o vyšších soudních úřednících, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů ktorým bol novelizovaný zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů a po prvýkrát zavedený inštitút práva výkupu účastníckych cenných papierov (squeeze out) v ustanoveniach § 183i až § 183n. Podľa zavedenej právnej úpravy osoba (majoritný akcionár), ktorá vlastnila v spoločnosti účastnícke cenné papiere, ktorých súhrnná menovitá hodnota predstavovala aspoň 90 % jej základného kapitálu, alebo ktoré nahrádzali účastnícke cenné papiere, ktorých súhrnná menovitá hodnota predstavovala aspoň 90 % základného kapitálu spoločnosti, alebo s ktorými bol spojený aspoň 90 % podiel na hlasovacích právach v spoločnosti bola oprávnená požadovať, aby predstavenstvo zvolalo valné zhromaždenie, ktoré rozhodlo o prechode všetkých ostatných účastníckych cenných papierov spoločnosti na ňu. Držitelia ostatných účastníckych papierov mali právo na protiplnenie v peniazoch, ktorého výšku určil hlavný akcionár. Jeho povinnosťou bolo doložiť primeranosť protiplnenia znaleckým posudkom.

Lehota pre majoritného akcionára na požiadanie na zvolanie valného zhromaždenia bola stanovená do troch mesiacov odo dňa účinnosti novely alebo do troch mesiacov odo dňa nadobudnutia 90 % podielu na hlasovacích právach.

Inštitút squeeze out prijatý uvedenou novelou v dôsledku viacerých legislatívnych, technických i vecných nedostatkov, rozprúdil v Českej republike vlnu diskusií a polemík zo strany odbornej verejnosti i minoritných akcionárov. Predmetom kritiky sa stal predovšetkým samotný princíp vytesnenia a spôsob stanovenia výšky protiplnenia.

Reakciou na uvedené kritické názory a nedostatky bolo prijatie zákona č. 377/2005 Sb., o doplňkovém dozoru nad bankami, spořitelními a úvěrními družstvy, institucemi elektronických peněz, pojišťovnami a obchodníky s cennými papíry ve finančních konglomerátech a o změně některých dalších zákonů (zákon o finančních konglomerátech), ktorým bol s účinnosťou od 29. septembra 2005 novelizovaný zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů. Uvedená novela okrem iného zaviedla k posilneniu ochrany minoritných akcionárov nad vybranými aspektmi vytesnenia dozor Komise pro cenné papíry. K prijatiu uznesenia valného zhromaždia o prechode všetkých ostatných účastníckych cenných papierov spoločnosti na hlavného akcionára sa zaviedol predchádzajúci súhlas Komise pro cenné papíry, resp. od 1. apríla 2006 České národní banky. Neudelenie súhlasu spôsobilo neplatnosť uznesenia valného zhromaždenia.

Úlohou Komise pro cenné papíry (od 1. apríla 2006 České národní banky) sa stalo aj posúdenie primeranosti výšky protiplnenia, pričom základom bol znalecký (expertný) posudok. Názor Komise na squeeze out vo vzťahu k spracovaniu znaleckých posudkov bol obsiahnutý v stanovisku č. STAN/13/2005 Komise pro cenné papíry z 9. novembra 2005. Podľa názoru Komise v tomto stanovisku nebolo dôvodné rozlišovať medzi ocenením účasti v spoločnosti pre účely ponúk na prevzatie a verejných návrhov podľa § 186a zákona č. 513/1991 Sb. obchodního zákoníka ve znění pozdějších předpisů a ocenením pre účely vytesnenia, pričom zrážku za minoritu považovala za neprípustnú a zdôrazňovala, že ocenenie by malo v plnom rozsahu zohľadňovať vplyv majoritného akcionára (začlenenie do štruktúry koncernu hlavného akcionára, synergické efekty a pod.). Komise pro cenné papíry doporučila použitie metodiky „Znalecké posudky pro účely nabídek převzetí a veřejných návrhů smluv o koupi účastnických cenných papírů (ZNAL)“.

Ďalšou zmenou oproti predchádzajúcej právnej úprave bola povinnosť majoritného akcionára odovzdať obchodníkovi s cennými papiermi alebo banke pred konaním valného zhromaždenia peňažné prostriedky vo výške potrebnej k výplate protiplnenia a valnému zhromaždeniu túto skutočnosť preukázať. Banka alebo obchodník s cennými papiermi následne realizovali výplatu protiplnenia.

I uvedená novela obchodného zákonníka priniesla pomerne búrlivú nielen odbornú diskusiu. Predmetom sporov sa stalo postavenie Komise pro cenné papíry, resp. České národní banky pri schvaľovaní výšky primeraného protiplnenia pre minoritných akcionárov, zákonom určené lehoty príslušného správneho konania i skutočnosť, že znalecké (expertné) posudky pre určenie primeraného a spravodlivého plnenia pre minoritných akcionárov boli objednávané priamo majoritným akcionárom, čím bola ohrozená objektívnosť a nezávislosť znalca. Skupina senátorov Senátu Parlamentu Českej republiky v novembri 2005 napadla samotnú ústavnosť právnej úpravy squeeze out.

27. marca 2008 došlo rozhodnutím Ústavného súdu sp. zn. PI ÚS 56/05 k zamietnutiu návrhu skupiny senátorov Senátu Parlamentu Českej republiky na zrušenie ustanovení § 183i až § 183n zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníka. Týmto bola v Českej republike ukončená diskusia o ústavnosti a súlade squeeze out s Listinou základných práv a slobôd.

1. apríla 2008 nadobudol účinnosť zákon č. 104/2008 Sb. o nabídkach na převzetí a o změně některých dalších zákonů (zákon o nabídkách převzetí). Prostredníctvom novely zákona č. 513/1991 Sb. obchodního zákoníku ve znění pozdějších předpisů došlo aj k zmene právnej úpravy squeeze out. Medzi hlavné zmeny patrí predovšetkým zrušenie trojmesačnej prekluzívnej lehoty, ktorá plynula odo dňa nadobudnutia 90 % podielu v akciovej spoločnosti, v ktorej mohol majoritný akcionár využiť svoje právo vytesniť minoritných akcionárov. Možnosť uplatnenia práva výkupu tak nie je časovo obmedzená. Ďalšou zmenou je zrušenie dohľadu České národní

banky nad vytesnením minoritných akcionárov vo vzťahu k účastníckym cenným papierom, ktoré nie sú obchodované na regulovanom trhu. Pre účastnícke cenné papiere obchodované na regulovanom trhu ostáva dohľad nezmenený, avšak nie je vyžadovaný znalecký posudok preukazujúci primeranosť výšky protiplnenia. Postačuje iba zdôvodnenie výšky protiplnenia, ktoré podlieha predchádzajúcemu súhlasu České národní banky. Znalecký posudok sa vyžaduje iba pre stanovenie primeraného protiplnenia pre akcie neobchodovaných spoločností. Zmenou je i zavedenie práva minoritných akcionárov na obvyklý úrok z omeškania podľa zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníka ve znění pozdějších předpisů ve v prípade prechodu vlastníckeho práva k cenným papierom, a to odo dňa prechodu vlastníckeho práva na hlavného akcionára až do úhrady primeraného protiplnenia minoritným akcionárom.

5. ZÁVER

Problematika squeeze out je aktuálnym problémom, ktorého riešenie v rámci slovenskej, českej i európskej legislatívy nie je definitívne ukončené. Inštitút squeeze out je už v súčasnosti v Európe bežným právnym nástrojom pre realizáciu zmien vo vlastníckej štruktúre akciových spoločností. Jeho zakotvenie v jednotlivých národných právnych úpravách, aj napriek ich nejednotnosti smeruje k ochrane záujmov tak majoritných ako aj minoritných akcionárov. Rovnako názory laickej i odbornej verejnosti na legitimitu a efektívnosť tohto procesu nie sú doposiaľ zjednotené a stále sa môžeme stretnúť s kritikmi i priaznivcami inštitútu squeeze out. Kritické názory poukazujú na rozpor s ústavnoprávnou konformitou, so všeobecnými princípmi ochrany vlastníctva a práv menšín, na rozpor s európskymi hodnotami a cieľmi, pričom mnohé z nich nezohľadňujú globálne ciele Európy, nenazerajú na inštitút squeeze out pohľadom majoritných akcionárov v kontexte zabezpečenia efektívnosti ekonomického systému. Squeeze out možno v tomto smere vnímať ako pozitívnu zmenu, ktorá má potenciál prekonať prekážky a neefektívnosť spojenú s rozdrobeným vlastníctvom akcií. Môže predstavovať jeden z nástrojov zefektívnenia fungovania kapitálových trhov a slobodného pohybu kapitálu, posilnenia corporate governance v spoločnostiach ako aj flexibility korporácií v ich schopnostiach reagovať na globálne zmeny v svetovej ekonomike. Rovnako môže byť squeeze out i determinantom zvyšujúcim atraktívnosť podnikateľského prostredia a v rámci slovenských (podobne aj českých) podmienok nástrojom eliminujúcim rozdrobenosť vlastníctva v dôsledku kupónovej privatizácie zo začiatku 90. tych rokov 20. storočia. Práve roztrieštená akcionárska štruktúra je považovaná za jednu z prekážok náležitej corporate governance.

Vlna squeeze out začala v Českej republike v roku 2005 po schválení novely zákona č. 513/1991 Sb. obchodního zákoníka upravujúcej právo výkupu (squeeze out). Podľa údajov z databázy IN-SERVER-Informační deník o společnostech v období rokov 2005 až august 2009 ohlásilo squeeze out spolu 366 akciových spoločností, z toho v roku 2005 - 149 spoločností, v roku 2006 - 62 spoločností, v roku 2007 - 53 spoločností, v roku 2008 - 54

spoločností a do augusta 2009 – 48 spoločností. Odhadovaná čiastka, ktorú majoritní akcionári zaplatia za oznámené procesy, je 14,6 mld. Kč.

I keď právna úprava v Slovenskej republike umožňuje squeeze out už od roku 2007, možno konštatovať, že squeeze je stále v úplných začiatkoch. Podľa dostupných informácií udelila doposiaľ Národná banka Slovenska potrebný súhlas len v dvoch prípadoch (DOPRAVOPROJEKT, a. s., Železiarne Podbrezová a. s.). Hlavný rozdiel medzi Slovenskou republikou a Českou republikou spočíva pravdepodobne v tom, že v slovenských podmienkach nevznikla vlna odporu minoritných akcionárov z dôvodu prijatia prísnejších pravidiel pre squeeze out a ochranu minoritných akcionárov. V tejto súvislosti stojí za zmienku, že procesy squeeze out v mnohých českých spoločnostiach nie sú ešte doposiaľ (niekoľko rokov) definitívne ukončené vzhľadom na nespokojnosť minoritných akcionárov, ktorá navyše vyústila do množstva súdnych sporov

Literature:

- Bartošíková, M.: Využití, či zneužití práva menšinového akcionáře? In: Právní rádce, 2004, č. 4, s. 1. ISSN 1210-4817
- Brabenec, T.: Squeeze-out v podmínkách České republiky. In: Oceňování. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze, Nakladatelství Oeconomica č. 2/2009. ISSN 1803-0785
- Damodaran, A.: Corporate Finance – Theory and Practise. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1997. ISBN 0-471-07680-5
- European Commision (1999): Implementing the framework for financial markets: Action Plan. COM(1999) 232 final. <http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/actionplan/index/action_en.pdf>
- European Commision (2005a): Advisory Group on Corporate Governance and Company Law: Minutes of the Meeting of 2 June 2005. Brussels: MARKT/F2/MFS/LZ D(2005) ADG CG& CL 05/12_minutes_final.
- European Commision (2005b): Advisory Group on Corporate Governance and Company Law: Minutes of the Meeting of 3 October 2005. Brussels: MARKT/F2/MFS/LZ D(2005) ADG CG& CL 05/24_minutes_final

- European Commision (2005c): Advisory Group on Corporate Governance and Company Law: Minutes of the Meeting of 29 November 2005. Brussels: MARKT/F2/MFS/LZ D(2005) ADG CG& CL 05/36_minutes
- European Commision (2006): Advisory Group on Corporate Governance and Company Law: Minutes of the Meeting of 27 January 2006. Brussels: MARKT/F2/LZ/MFS D(2005) ADG CG& CL 06/04_minutes
- Gofusová, K. - Chapčáková, A.: Výskum zahraničného trhu ako predpoklad úspešného vstupu na tento trh. In Národohospodářský obzor. - Brno: Ekonomicko-správní fakulta MU, č. 2, s. 13-18, 2003. ISSN 1213-2446
- Hečková, J. - Chapčáková, A.: Explikácia významu inštitútu Squeeze Out v podmienkach Slovenskej republiky In: Ekonomický časopis, roč. 57, č. 5, 2009, s. 424-444. ISSN 0013-3035
- Chapčáková, A. - Varcholová, T.: Prístupy k riadeniu finančných rizík v činnosti finančných inštitúcií. In Acta academica karviniensia. - Karviná: Slezská univerzita v Opavě, Obchodně podnikatelská fakulta, č. 1, s. 123-130, 2003. ISSN 1212-415X
- Chapčáková, A.: Methods of determination of a value of an enterprise in new economy. In: Management 2008. (Part I.): in times of global change and uncertainty / (Eds.) Róbert Štefko, Miroslav Frankovský. Prešov: University of Prešov in Prešov, pp. 265-274, 2008. ISBN 978-80-8068-849-3
- Chapčáková, A.: Hodnotové kritériá na meranie výkonnosti podnikov 1. vyd. - Prešov: Prešovská univerzita v Prešove, Fakulta manažmentu, 2009. ISBN 978-80-555-0040-9
- Kačúr, M.: Vykupovanie akcií od menšinových akcionárov (uplatnenie práva výkupu „squeeze-out“). Dostupné na internete: <http://www.daneauctovnictvo.sk/2009/7-8-2009/Vykupovanie-akcii-od-mensinovych-akcionarov-uplatnenie-prava-vykupu-squeeze-out/>
- Kobliha, I. et al: Obchodní zákoník úplný text zákona s komentářem. Praha: Linde, 2006. ISBN 80-7201-564-8

- Komise pro cenné papíry: Stanovisko k některým otázkám spojeným s vytěsněním č. STAN/13/2005, Praha, 2005
- Kuklis, R.: Squeeze-out alebo nútený výkup menšinových akcionárov od 1. januára 2007. In: Finančník o slovenskej a svetovej ekonomike. Dostupné na internete: <www.financnik.sk/finance.php?did=349&article>
- Mařík, M.: Několik poznámek k diskusím o squeeze outu. In: Odhadce a oceňování majetku, roč. 13, 2007, č. 2, s. 15-22. ISSN 1213-8223
- Morava, T.: Vytěsnení minoritních akcionářů. Doktorská disertační práce. Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze – Fakulta podnikovohospodářská, 2006
- Pokorná, J.: Squeeze-out: ochrana menšinových akcionářů nebo efektivita činnosti akciové společnosti? In: Právní fórum, 2004, č. 6, s. 237-239. ISSN 1214 -7966
- Úradný vestník Európskej únie L142/12: Smernica Európskeho parlamentu a Rady Európskej únie 2004/25/ES z 21. apríla 2004 o ponukách na prevzatie, 17/zv. 2
- Vyhláška Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 626/2007 Z.z., ktorou sa mení a dopĺňa vyhláška Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky č. 492/2004 Z. z. o stanovení všeobecnej hodnoty majetku
- Weston, J. F. – Chung, K. S. – Hong, S. E.: Mergers, Restructing and Corporate Control. New Jersey: Prentice-Hall, 1990. ISBN 0-13-577172-2
- Wollny, Ch.: Der objektivierte Unternehmneswert. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe, 2008. ISBN 978-3-482-54981-6
- Zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 513/1991 Sb. Obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 483/2001 Z. z. o bankách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov

- Zákon č. 566/2001 Z. z. o cenných papieroch a investičných službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov (zákon o cenných papieroch) v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 216/2005 Sb., kterým se mění zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 189/1994 Sb., o vyšších soudních úřednících, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 358/1992 Sb., o notářích a jejich činnosti (notářský řád), ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 377/2005 Sb., o doplňkovém dozoru nad bankami, spořitelními a úvěrními družstvy, institucemi elektronických peněz, pojišťovnami a obchodníky s cennými papíry ve finančních konglomerátech a o změně některých dalších zákonů (zákon o finančních konglomerátech)
- Zákon č. 104/2008 Sb. o nabídkach na převzetí a o změně některých dalších zákonů (zákon o nabídkách převzetí)
- http://www.in-server.cz/clanky/statistika-squeeze-out/22

Contact – email
jheckova@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

UVEŘEJNĚNÍ ROZSUDKU JAKO SANKCE SUI GENERIS

ONDŘEJ HRUDA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
V mém příspěvku se zabývám uveřejněním rozsudku jako sankcí, důraz kladu především na právo nekalé soutěže.

Key words in original language
Uveřejnění rozsudku; Zveřejnění rozsudku; Nekalá soutěž; Přiměřené zadostiučinění; Sankce; Satisfakce; Prevence.

Abstract
This paper analyzes the right to publish a judgment as a sanction with the focus on the Unfair Competition Law.

Key words
Publication of a Judgment; Unfair Competition Law; Approriate Compensation; Sanction; Satisfaction; Prevention.

V následujícím příspěvku se budu věnovat právu na uveřejnění rozsudku, důraz budu klást především na nekalosoutěžní spory. K 1. 1. 2003 bylo speciální ustanovení regulující právo na uveřejnění rozsudku ve věcech nekalé soutěže, tedy dnes již zrušený § 55 odst. 2 obch. zák., nahrazeno obecným ustanovením v občanském soudním řádu. Dle ust. § 155 odst. 4 o.s.ř. ve věcech ochrany práv porušených nebo ohrožených nekalým soutěžním jednáním, ochrany práv z duševního vlastnictví a ve věcech ochrany práv spotřebitelů může soud účastníkovi, jehož žalobě vyhověl, přiznat na jeho návrh ve výroku rozsudku právo rozsudek uveřejnit na náklady neúspěšného účastníka; podle okolností případu soud stanoví též rozsah, formu a způsob uveřejnění. Krok zákonodárce, jímž měla být sjednocena a zjednodušena právní úprava, je možno označit za značně nedůsledný. Nárok na uveřejnění rozsudku je totiž dále upraven v ust. § 12 odst. 3 obch. zák., dle kterého soud může účastníku, jehož návrhu bylo vyhověno, přiznat v rozsudku právo uveřejnit rozsudek na náklady účastníka, který ve sporu neuspěl, a podle okolností určit i rozsah, formu a způsob uveřejnění (práva se podle ust. § 12 odst. 1 obch. zák. může domáhat ten, kdo byl dotčen na svých právech neoprávněným užíváním firmy). Téměř shodnou úpravu obsahují i ust. § 4 odst. 5 zákona č. 221/2006 o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví a o změně zákonů na ochranu průmyslového vlastnictví (zákon o vymáhání práv z průmyslového vlastnictví), ust. § 27 odst. 5 zák. 408/2000 ochraně práv k odrůdám rostlin a o změně zákona č. 92/1996 Sb., o odrůdách, osivu a sadbě pěstovaných rostlin (zákon o ochraně práv k odrůdám), a § 40 odst. 3 zák. č. 121/2000 o

právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů (autorský zákon).

Zatímco obecné ustanovení v o.s.ř. právo uveřejnit rozsudek na náklady neúspěšného účastníka přímo podmiňuje návrhem žalobce, speciální úpravy (včetně zrušeného ust. § 55 odst. 2. obch. zák.) tak nečiní. Spíše než o úmysl se i zde patrně nebude jednat o nic více než nedůslednost a s ohledem na ust. 153 odst. 2 o.s.ř., dle kterého soud může překročit návrhy účastníků a přisoudit něco jiného nebo více, než čeho se domáhají, jen tehdy, jestliže řízení bylo možno zahájit i bez návrhu, nebo jestliže z právního předpisu vyplývá určitý způsob vypořádání vztahu mezi účastníky, nemůže soud přiznat právo na uveřejnění rozsudku sám ze své iniciativy.

Chtěl bych upozornit ještě na jeden rozdíl. Zatímco ust. 155 odst. 4 o.s.ř. nevyvolává pochybnosti o tom, že soud může přiznat právo uveřejnit rozsudek na náklady neúspěšného účastníka pouze žalobci, výklad speciálních úprav tak jednoznačný není. Gramatický výklad ponechává otevřené obě varianty, dle mého názoru je tedy nutné pátrat po účelu speciálních ustanovení. Má-li zveřejnění rozsudku plnit satisfakční funkci, není důvod nepřiznat právo na uveřejnění rozsudku i žalovanému, navrhne-li to během řízení. Jeho právo bylo žalobou zpochybněno, a i když ji soud následně zamítne, pochybnosti mohou přetrvávat. Domnívám se, že k odstranění pochybností, resp. jejich zmírnění může dobře sloužit právě uveřejnění rozsudku. Jinými slovy, domnívám se, že obecná úprava obsažená v občanském soudním řádu je věcně nesprávná a zasloužila by revizi, zatímco speciální ustanovení upravující uveřejnění rozsudku je vhodné vykládat extenzivně. Za inspirativní by zákonodárci pro případnou novelizaci mohlo dobře posloužit ust. § 40 odst. 1 zákona č. 111/1927 Sb. o ochraně proti nekalé soutěži, dle kterého soud může soukromému žalobci k jeho návrhu přiznati v rozsudku oprávnění uveřejniti odsuzující rozsudek na útraty odsouzeného v jednom nebo několika časopisech. Stejné oprávnění může soud přiznati obžalovanému k jeho návrhu, byl-li obžaloby zproštěn, při čemž útraty uveřejnění nese žalobce.

Již jsem se zmínil o účelu uveřejnění rozsudku, jež úzce souvisí s rozsahem, ve kterém je rozsudek uveřejněn. Dle rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 5. 1995, sp. zn. 3 Cmo 1031/95, pokud má zveřejnění rozsudku plnit svůj účel, pak nestačí obvykle pouze zveřejnění výroku rozsudku. Obecně řečeno, publikace rozhodnutí má nesporně význam sankce, jež i mnohdy po časovém odstupu může přispět k narovnání těch soutěžních vztahů, jejichž narušení bylo předmětem řízení, rovněž ale i určité satisfakce pro v řízení úspěšného účastníka. Má však i význam výchovný. Je možno doplnit, že uveřejnění rozsudku nemusí mít jen funkci sankční, satisfakční a výchovnou, ale může mít i význam preventivní,[1] dle mého názoru je nezanedbatelný také význam informační. Účelem i formou se uveřejnění

[1] Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. 11. 2008, sp. zn. 32 Cdo 3982/2007.

rozsudku velmi blíží omluvě, kterou soud žalobci přizná na základě práva na přiměřené zadostiučinění. Jedno s druhým však nelze směšovat a oba nároky se navzájem nevylučují, ale mohou se doplňovat.[2] Přizná-li soud žalobci (pro srozumitelnost se dále budu zabývat uveřejněním rozsudku pouze z pohledu žalobce) právo uveřejnit rozsudek, může tím být uspokojen žalobcův subjektivní pocit spravedlnosti tím, že se informace o žalobcově soudním úspěchu dostane do povědomí širšího okruhu osob. Dle mého názoru uveřejněním rozsudku může být lépe napraven pocit křivdy než uveřejněním omluvy, kterou si žalobce zpravidla sám zformuluje a jež zpravidla stejně není myšlena upřímně.[3]

Uveřejnění rozsudku má i povahu sankce, jež je pro žalovaného dvakrát nepříjemná. Žalovaný musí snášet, že informace o jeho protiprávním jednání je šířena, což je navíc činěno na jeho náklad.

Výchovný a preventivní význam uveřejnění rozsudku v podstatě splývají, uveřejnění působí preventivně nejen na dotčené strany, ale i na třetí osoby. Většinu soutěžitelů při pohledu na rozsudek uveřejněný v celostátním tisku, jímž byla třetí osoba odsouzena za i jim známou protisoutěžní praktiku, pravděpodobně napadne, že lze investovat i za reklamní plochu s jiným obsahem. S preventivní funkcí úzce souvisí i již zmíněná funkce informativní, čímž se uveřejnění rozsudku podstatně liší právě od zmíněného uveřejnění omluvy jako přiměřeného zadostiučinění. Informativní funkce má význam z několika důvodů. Většina soutěžitelů jednak nejsou právníci a spíše než Sbírku zákonů si přečtou denní tisk. Prostřednictvím uveřejnění rozsudku tak může být zvyšováno jejich právní vědomí, což je první předpoklad, aby se následně chovali v souladu s dobrými mravy soutěže. Normy upravující nekalou soutěž jsou formulovány značně abstraktně[4], a ač např. příloha I Směrnice 2005/29/ES z 11. 5. 2005 o nekalých obchodních praktikách vůči spotřebitelům[5] je postavena na kasuistice, právo proti nekalé soutěži je a zůstane do značné míry právem soudcovským. Jednou z žalobcových pohnutek k uveřejnění rozsudku tak může být i jeho snaha důrazně upozornit své konkurenty, že předmětná praktika je nekalá a že je připraven ji postihovat. Je však nutno připomenout, že soutěžitel zpravidla musí jednat bezodkladně a rychle, chce-li účinně ochránit svá práva. Ochrana poskytnutá uveřejněním rozsudku tak bude spíše doplňková a sama o sobě nedostatečná. Jedná se ostatně o ochranu akcesorickou i v tom smyslu, že žalobce se uveřejnění

[2] Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. 9. 2002, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

[3] Cítím-li potřebu se omlouvat, nepotřebuji odsuzující rozhodnutí.

[4] Srov. např. ust. § 45 odst. 3 obch. zák. „…jestliže vzhledem k okolnostem a souvislostem…“

[5] Tzv. „černá listina“

rozsudku může domáhat jen ve spojení s jiným žalobním nárokem a nikoliv samostatně.

Otázkou je, v jakém rozsahu má být rozsudek uveřejněn. Obecné i speciální ustanovení se omezují na abstraktní soud podle okolností určí rozsah, formu a způsob uveřejnění. Otázkou tak zůstává, zda se uveřejňuje jen výrok, nebo i odůvodnění rozsudku. Dle již citovaného rozsudku Vrchního soudu v Praze ze dne 22. 5. 1995, sp. zn. 3 Cmo 1031/95 pokud má zveřejnění rozsudku plnit svůj účel, obvykle nestačí pouhé zveřejnění výroku rozsudku. Ve většině případů však není řešením ani zveřejnění celého odůvodnění, jež je zpravidla nepřiměřeně dlouhé a pro většinu čtenářů nesrozumitelné. Takové uveřejnění by plnilo jen funkci sankční, jejíž jedinou smyslem by bylo, že odsouzený by byl nucen zaplatit za zbytečný reklamní prostor. Skutečným vítězem by tak nebyl ani úspěšný žalobce, ani soutěž jako celek, ale tisk.[6] Řešení tentokrát nenalezneme ani v již zmiňovaném předválečném zákoně o ochraně proti nekalé soutěži. Dle ust. § 40 odst. 3 zák. č. 111/1927 Sb. zpravidla uveřejniti jest rozsudek bez důvodů, podle okolností může však soud povoliti, aby uveřejněny byly i důvody rozsudku zcela nebo z části. Nezbývá tedy než uzavřít, že skutečně bude záviset na okolnostech případu. Domnívám se, že zpravidla bude nejvhodnější uveřejnit výrok rozsudku a jeho zkrácené odůvodnění. Zatímco tak soud může žalobci nárok na uveřejnění rozsudku přiznat jen na jeho návrh, rozsah, forma a způsob uveřejnění je na úvaze soudu. Pokud tak soud přizná žalobci právo uveřejnit výrok a zkráceného odůvodnění, měl by zároveň ve výroku přesně specifikovat jeho rozsah. Jinak by se mohlo stát, že se role žalobce a žalovaného obrátí a soud bude nucen řešit nový spor, protože původní žalobce uveřejnil zrovna tu část rozsudku, která sama o sobě a vytržená z kontextu např. působí klamavým dojmem.

S výše uvedeným souvisí i otázka, zda úspěšný účastník může uveřejnit rozsudkem sám ze své iniciativy a na svůj náklad. S výjimkou obsaženou v ust. § 54 odst. 3 věty druhé zák. č. 18/2003 Sb. o odpovědnosti mládeže za protiprávní činy a o soudnictví ve věcech mládeže a o změně některých zákonů (zákon o soudnictví ve věcech mládeže), dle které pravomocný odsuzující rozsudek může být uveřejněn ve veřejných sdělovacích prostředcích jen bez uvedení jména, popřípadě jmen, a příjmení mladistvého, při přiměřené ochraně mladistvého před nežádoucími účinky jeho uveřejnění, žádná právní norma přímo nezakazuje uveřejnit rozsudek. Soudní jednání je ostatně zpravidla veřejnosti přístupné a média o něm mohou referovat, působilo by proto schizofrenně, kdyby sám žalobce musel tajit, že byl ve sporu úspěšný. Uveřejnění na vlastní pěst však sebou přináší nejedno riziko, uveřejnitel by musel sám zvážit, zda nezasáhne do osobnostních práv, neohrozí cizí obchodní tajemství, mravnost, zda se uveřejněním rozsudku sám nedopustí nekalosoutěžního deliktu apod.

[6] Tedy zpravidla Hospodářské noviny, neboť žalobci ve věcech nekalé soutěže žádají uveřejnění rozsudku mimo jiné většinou právě zde.

Poslední otázce, které bych se chtěl věnovat, a kterou žalobce naopak musí vyřešit již na počátku sporu, je, zda se vůbec vyplatí domáhat se uveřejnění rozsudku. Soudní spor může poškodit pověst obou stran, je tak třeba zvážit, jestli není výhodnější vše vyřešit potichu a bez zvýšeného zájmu veřejnosti. V některých odvětvích je navíc trh již více méně rozdělen[7], malý počet soutěžitelů je nucen spolu žít na omezeném prostoru a je proto výhodnější si nedělat zbytečné naschvály. Méně v takových případech bývá méně více a úspěch v podobě vykonatelného zápůrčího nároku může být zcela dostatečný.

Zbývá uzavřít, že i přes zřejmé výhody, které sebou uveřejnění rozsudku na náklady neúspěšného účastníka může přinášet, je tento nárok prozatím žalován spíše výjimečně a judikatura související s uveřejněním rozsudku je prozatím velmi chudá. Nastíněné otázky tak zůstávají otevřeny.

Contact – email
Ondrej.hruda@seznam.cz; ondrej.hruda@nsoud.cz

[7] Typicky např. telefonní služby mobilních operátorů.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚČINNOSŤ SANKCIÍ ZA PORUŠENIE ZÁKAZU KONKURENCIE V OBCHODNÝCH SPOLOČNOSTIACH

JÁN HUSÁR

PRÁVNICKÁ FAKULTA UNIVERZITY PAVLA JOZEFA ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH

Abstract in original language
Obchodné spoločnosti vykonávajú svoje podnikateľské aktivity v podmienkach intenzívneho súperenia so svojimi konkurentmi, a preto majú záujem, aby sa spoločníci, £i osoby, ktoré pôsobia v orgánoch týchto spoločností a majú prístup k informáciám dôležitým pre podnikateľskú činnosť týchto spoločností, nedopúšťali konaní proti záujmom samotnej spoločnosti. Od takýchto praktík by mali tieto osoby odradiť aj účinné sankcie za porušenie zákazu konkurencie.

Key words in original language
Zákaz konkurencie; Spoločník; Štatutárny orgán obchodnej spoločnosti; Náhrada škody; Vydanie prospechu z obchodu.

Abstract
Companies conduct their business activities in conditions of intense rivalry with their competitors, and therefore are of interest to shareholders, or persons working in these companies and institutions have access to information relevant to the business of these companies they did not act proceedings against the interests of the company itself. Since such practices should they discourage effective sanctions for breach of the prohibition of competition.

Key words
Prohibition of competition; Shareholder; Statutory body company; Compensation; Benefit from the trade edition.

CHARAKTERISTIKA INŠTITÚTU ZÁKAZU KONKURENCIE

Pojem zákaz konkurencie nevystihuje podstatu daného inštitútu. Doslovný preklad tohto inštitútu by znel „zákaz súťaženia, súperenia“. Účasť v hospodárskej súťaži je nevyhnutná pre naplnenie podnikateľských zámerov, a teda ak by mal podnikateľ zakázané súťažiť, súperiť, nemohol by podnikať. Takéto ponímanie zákazu konkurencie však nie je správne, pretože zákaz konkurencie predstavuje inštitút, ktorého podstatou je práve chrániť podnikateľa pred nedovoleným konaním zo strany iných účastníkov hospodárskej súťaže. Podľa M. Majeríkovej zmyslom úpravy zákazu konkurencie je „snaha zabrániť spoločníkom a členom orgánov spoločnosti správať sa v obchodných vzťahoch špekulatívne a konať proti zásadám

poctivého obchodného styku.[1] Zákaz konkurencie plní preventívnu a tiež zabraňovaciu funkciu. Inštitút zákazu konkurencie je inštitútom súkromnoprávnym a preto je len na spoločnosti, resp. spoločníkoch, či zákaz konkurencie rozšíria nad minimálne zákonom stanovené požiadavky a tiež len od nich závisí, či budú uplatňovať právo postihnúť prípady porušenia tohto zákazu. Pôvodná liberálna úprava zákazu konkurencie zostala zachovaná v osobných spoločnostiach, kým v kapitálových spoločnostiach bola táto úprava výrazne sprísnená. Pôvodné znenie § 136 „pokiaľ zo spoločenskej zmluvy alebo stanov nevyplýva niečo iné, konateľ nesmie.....“ bolo nahradené formuláciou „pokiaľ zo spoločenskej zmluvy alebo stanov nevyplývajú ďalšie obmedzenia, konateľ nesmie.....“. Sprísnenie právnej úpravy spočíva v tom, že v spoločenskej zmluve alebo stanovách môže byť zákaz konkurencie len rozšírený o ďalšie obmedzenia.

OKRUH OSÔB PODLIEHAJÚCICH ZÁKAZU KONKURENCIE

Obchodná spoločnosť, v pozícii účastníka hospodárskej súťaže, súťažiteľa potrebuje ochranu pred zneužitím informácií využiteľných v hospodárskej súťaži zo strany tých, ktorí majú k takýmto informáciám prístup, k tým, ktorí tieto informácie vo svojej, najmä manažérskej činnosti, priamo využívajú. Vymedzenie okruhu osôb podliehajúcich zákazu konkurencie by sa malo odvíjať predovšetkým od tých, ktorí disponujú takýmito informáciami z titulu výkonu svojej funkcie. Takýmito osobami sú predovšetkým osoby, ktoré sú štatutárnym orgánom obchodnej spoločnosti alebo členmi štatutárneho orgánu obchodnej spoločnosti. Významný okruh osôb ktoré disponujú informáciami predstavujú osoby, ktoré pôsobia vo vrcholných manažérskych funkciách v obchodných spoločnostiach. Ďalší okruh osôb predstavujú osoby, ktoré sú členmi dozorných orgánov obchodných spoločností. Napokon do okruhu osôb, ktoré môžu taktiež podliehať zákazu konkurencie možno zaradiť aj spoločníkov obchodných spoločností. V tomto vymedzení nie sú zahrnutí zamestnanci obchodných spoločností, ktorí pôsobia v obchodných spoločnostiach, na základe klasického pracovnoprávneho vzťahu a ktorí podliehajú zákazu konkurencie v zmysle Zákonníka práce. Okruh osôb podliehajúcich zákazu konkurencie je významnou mierou ovplyvnený charakterom spoločnosti. V osobných spoločnostiach, ktorých spoločníci ručia za záväzky solidárne, je relatívne menšia obava zo zneužitia informácií proti samotnej spoločnosti, kým v kapitálových spoločnostiach, v ktorých dominuje manažment, resp. osoby pôsobiace v orgánoch spoločnosti, je hrozba zneužitia informácií proti samotnej spoločnosti oveľa vyššia.

Podľa slovenskej právnej úpravy podliehajú zákazu konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti spoločníci, pričom spoločník nesmie bez dovolenia ostatných spoločníkov podnikať v predmete podnikania spoločnosti, a to ani

[1] Majeríková, M., in Ovečková, O. a kol.: Obchodný zákonník – komentár, Bratislava, IURA EDITION, 2005, s. 194 – 195, ISBN 80-8078-027-7

v prospech iných osôb (§ 84 Obchodného zákonníka (ďalej iba ObchZ)). Úprava zákazu konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti má dispozitívny charakter a v spoločenskej zmluve môže byť zákaz konkurencie upravený inak. Napr. tak, že sa bude vzťahovať len na spoločníkov, ktorí sú štatutárnym orgánom spoločnosti, prípadne len na spoločníkov, ktorí sú oprávnení na obchodné vedenie spoločnosti. Navonok táto úprava vyznieva akoby jej záber bol veľmi široký, keďže sa vzťahuje aj na spoločníkov, čo by však bolo príliš zjednodušené ponímanie tohto inštitútu. Vo verejnej obchodnej spoločnosti je štatutárnym orgánom každý zo spoločníkov, pričom môžu byť v spoločenskej zmluve poverení konaním v mene spoločnosti len niektorí spoločníci a len títo sú potom štatutárnym orgánom spoločnosti. Z toho potom vyplýva, že aj keď z vymedzenia zákazu konkurencie by bolo možné vyvodiť, že sa vzťahuje na spoločníkov spoločnosti, v skutočnosti zahŕňa osoby, ktoré sú štatutárnym orgánom spoločnosti.

Česká právna úprava zákazu konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti, obsiahnutá v ustanovení § 84 českého Obchodného zákonníka (ďalej len ČObchZ) je z hľadiska okruhu osôb podliehajúcich zákazu konkurencie, identická so slovenskou úpravou.

V komanditnej spoločnosti je inštitút zákazu konkurencie upravený špecificky v ust. § 99 ObchZ, podľa ktorého zákaz konkurencie neplatí pre komanditistu, ak spoločenská zmluva neurčuje inak. Vzhľadom na primerané použitie ustanovení o verejnej obchodnej spoločnosti na komanditnú spoločnosť, úprava zákazu konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti obsiahnutá v ust. § 84 ObchZ sa primerane použije aj na úpravu zákazu konkurencie, ktorý sa vzťahuje na komplementárov komanditnej spoločnosti. Len komplementári, ako spoločníci komanditnej spoločnosti, sú štatutárnym orgánom komanditnej spoločnosti (§ 101 ObchZ). Zákaz konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti a v komanditnej spoločnosti sa vzťahuje na osobne ručiacich spoločníkov, ktorí sú súčasne (v prevažnej väčšine spoločností) štatutárnymi orgánmi týchto spoločností.

Česká právna úprava zákazu konkurencie v komanditnej spoločnosti, obsiahnutá v ustanoveniach § 93 ods. 4 a § 99 ČObchZ je z hľadiska okruhu osôb podliehajúcich zákazu konkurencie, identická so slovenskou úpravou.

V spoločnosti s ručením obmedzeným je úprava zákazu konkurencie obsiahnutá v ust. § 136 ObchZ. Podľa tohto ustanovenia, ktoré má kogentný charakter, sa zákaz konkurencie vzťahuje na konateľa spoločnosti. V súlade s ustanovením § 139 ObchZ sa zákaz konkurencie vzťahuje tiež na členov dozornej rady, pravda, len ak bola v spoločnosti vytvorená. Dispozitívny charakter má ust. § 136 ods. 3 ObchZ, podľa ktorého v spoločenskej zmluve alebo v stanovách spoločnosti môže byť zákaz konkurencie rozšírený aj na spoločníkov obchodnej spoločnosti.

Česká právna úprava zákazu konkurencie v spoločnosti s ručením obmedzeným je z hľadiska okruhu osôb podliehajúcich zákazu konkurencie identická so slovenskou úpravou.

V akciovej spoločnosti je zákaz konkurencie upravený v ust. § 196 ObchZ, a vzťahuje sa na člena predstavenstva. Zákaz konkurencie sa vzťahuje aj na členov dozornej rady (§ 200 ods. 4 ObchZ).

Česká právna úprava zákazu konkurencie v akciovej spoločnosti je z hľadiska okruhu osôb podliehajúcich zákazu konkurencie identická so slovenskou úpravou.

TRVANIE ZÁKAZU KONKURENCIE

Pri skúmaní doby trvania zákazu konkurencie je potrebné ustáliť, odkedy sa zákaz konkurencie vzťahuje na danú osobu, teda začiatok zákazu konkurencie, a na druhej strane určiť, dokedy tento zákaz trvá. S istým zjednodušením možno povedať, že zákaz konkurencie sa na osoby, ktoré sú štatutárnym orgánom obchodnej spoločnosti alebo členom štatutárneho orgánu vzťahuje od ich ustanovenia do funkcie, napr. na konateľa spoločnosti s ručením obmedzeným sa zákaz konkurencie vzťahuje od jeho vymenovania valným zhromaždením spoločnosti. Vymenovanie konateľa valným zhromaždením má konštitutívny účinok a daná osoba sa stáva konateľom spoločnosti už v tomto okamihu a nie až zápisom do obchodného registra. Obdobne je tomu tak aj u osôb, ktoré pôsobia ako členovia v dozorných orgánoch obchodných spoločností. Zákaz konkurencie sa na osoby pôsobiace v orgánoch spoločnosti nepochybne vzťahuje počas výkonu ich funkcie, teda až do skončenia výkonu funkcie. Výkon funkcie konateľa spoločnosti zaniká konkrétnej fyzickej osobe v okamihu rozhodnutia valného zhromaždenia spoločnosti o jeho odvolaní z funkcie konateľa spoločnosti. Obmedzenie doby trvania zákazu konkurencie len na obdobie od začiatku vykonávania funkcie, do skončenia výkonu funkcie nemusí byť z hľadiska záujmov spoločnosti dostačujúce. Ten, kto pôsobil ako štatutárny orgán obchodnej spoločnosti alebo člen štatutárneho orgánu, disponuje predsa aj po zániku jeho pôsobenia v tejto funkcii informáciami, ktoré by mohli byť pre konkurenciu zaujímavé a teda využiteľné či zneužiteľné voči samotnej spoločnosti. Javí sa preto opodstatnené, obdobne ako je to napr. v pracovnoprávnych predpisoch, predĺžiť zákaz konkurencie aj na obdobie po zániku vykonávania funkcie. Pre predĺženie trvania zákazu konkurencie poskytuje ObchZ viacero možností. Napr. v ust. § 16 ObchZ možno v spoločenskej zmluve alebo dokonca v stanovách určiť aj ďalšie obmedzenia pre výkon funkcie konateľa spoločnosti. Takýmto obmedzením by mohlo byť predĺženie zákazu konkurencie o konkrétne obdobie po skončení vykonávania funkcie. Toto časové predĺženie zákazu konkurencie však nemôže byť neprimerane dlhé, pretože by to bolo na úkor oprávnených záujmov osoby, ktorá pôsobila v danej funkcii. Primárnym dôvodom pre určenie pomerne krátkej doby trvania zákazu konkurencie po zániku výkonu funkcie, napr. obdobie dvoch, maximálne troch rokov, je rýchle zastarávanie informácií, ktorými disponuje osoba, ktorá pôsobila ako štatutárny orgán

spoločnosti po skončení výkonu jej funkcie. Ak takáto osoba nedisponuje aktuálnymi informáciami, ktoré by bolo možné zneužiť voči záujmom spoločnosti, niet dôvodu, aby sa na ňu naďalej vzťahoval zákaz konkurencie. Aj by spoločnosť presadila v spoločenskej zmluve, prípadne v stanovách spoločnosti dlhšie trvanie zákazu konkurencie po skončení výkonu funkcie, bolo by možné takúto situáciu posúdiť ako rozpor s poctivým obchodným stykom podľa § 265 ObchZ.

Doba trvania zákazu konkurencie pre spoločníkov kapitálových spoločností by mala byť obmedzená na obdobie trvania statusu spoločníka konkrétnej spoločnosti, t. j. od nadobudnutia statusu spoločníka až do zániku pozície spoločníka v danej spoločnosti. Dôvodom pre takéto obmedzenie trvania zákazu konkurencie je to, že spoločník disponuje spravidla menšou sumou informácií, ktoré by bolo možné zneužiť proti záujmom spoločnosti, než členovia orgánov spoločnosti. Aj sa spoločník stane členom orgánu spoločnosti, tak sa naňho bude vzťahovať prípadné predĺženie trvania zákazu konkurencie.

Spoločníka, ktorý by prípadne zneužil informácie o spoločnosti, ktoré sa ako spoločník dozvedel, by bolo možné postihnúť aj z titulu porušenia obchodného tajomstva.

OKRUH ČINNOSTÍ PODLIEHAJÚCICH ZÁKAZU KONKURENCIE

Vo verejnej obchodnej spoločnosti spočíva zákaz konkurencie v zákaze podnikať v predmete podnikania spoločnosti, a to ani v prospech iných osôb. Obdobne aj v komanditnej spoločnosti spočíva zákaz konkurencie v zákaze komplementárov podnikať v predmete podnikania spoločnosti, a to ani v prospech iných osôb.

Česká právna úprava rozširuje zákaz konkurencie vo verejnej obchodnej spoločnosti a tým primerane aj v komanditnej spoločnosti o zákaz sprostredkovávať obchody spoločnosti pre iného a o zákaz pôsobiť ako štatutárny alebo iný orgán, alebo člen orgánu spoločnosti s obdobných predmetom podnikania.

V spoločnosti s ručením obmedzeným zákaz konkurencie konateľa spočíva v zákaze

a. vo vlastnom mene alebo na vlastný účet uzavierať obchody, ktoré súvisia s podnikateľskou činnosťou spoločnosti;

b. sprostredkúvať pre iné osoby obchody spoločnosti;

c. zúčastňovať sa na podnikaní inej spoločnosti ako spoločník s neobmedzeným ručením a

d. vykonávať činnosť ako štatutárny orgán alebo člen štatutárneho alebo iného orgánu inej právnickej osoby s podobným predmetom podnikania, ibaže ide o právnickú osobu, na ktorej podnikaní sa zúčastňuje spoločnosť, v ktorej vykonáva pôsobnosť konateľa.

Okruh činností, ktorých sa zákaz konkurencie týka je u členov predstavenstva akciovej spoločnosti identický s okruhom činnosti, ktorých sa týka zákaz konkurencie konateľa spoločnosti s ručením obmedzeným.

a. vo vlastnom mene alebo na vlastný účet uzavierať obchody, ktoré súvisia s podnikateľskou činnosťou spoločnosti;

b. sprostredkúvať pre iné osoby obchody spoločnosti;

c. zúčastňovať sa na podnikaní inej spoločnosti ako spoločník s neobmedzeným ručením a

d. vykonávať činnosť ako štatutárny orgán alebo člen štatutárneho alebo iného orgánu inej právnickej osoby s podobným predmetom podnikania, ibaže ide o spoločnosť, na ktorej podnikaní sa zúčastňuje spoločnosť, ktorej štatutárneho orgánu je členom.

Obdobne je vymedzený okruh činností, ktorých sa týka zákaz konkurencie v spoločnosti s ručením obmedzeným a v akciovej spoločnosti, aj v českej právnej úprave.

Pri podrobnejšom rozbore vymedzenia okruhu činnosti, ktorých sa týka zákaz konkurencie možno zistiť, že právna úprava používa na vymedzenie okruhu činnosti viaceré inštitúty:

1. predmet podnikania (§ 84 ObchZ - spoločník nesmie podnikať v predmete podnikania spoločnosti),

2. podobný predmet podnikania (§ 84 ČObchZ - spoločník nemôže byť členom orgánu spoločnosti s podobným predmetom podnikania),

3. súvislosť s podnikateľskou činnosťou (§ 136 ods. 1, písm. a) ObchZ - konateľ nesmie ..... uzavierať obchody, ktoré súvisia s podnikateľskou činnosťou spoločnosti)

4. obchody spoločnosti (§ 136, ods. 1, písm. b) - konateľ nesmie sprostredkúvať obchody pre iné osoby spoločnosti),

5. podnikanie inej spoločnosti (§ 136, ods. 1, písm. c) - konateľ nesmie zúčastňovať sa na podnikaní inej spoločnosti.....),

6. podobný predmet podnikania (§ 136, ods. 1, písm. d) - konateľ nesmie vykonávať činnosť ako štatutárny orgán..... inej právnickej osoby s podobným predmetom podnikania.....),

7. rovnaký alebo podobný odbor podnikania (§ 136, ods. 1, písm. a) ČObchZ - konateľ nesmie podnikať v rovnakom odbore alebo v podobnom odbore podnikania.....).

Skôr, než budú analyzované jednotlivé inštitúty vymedzujúce okruhy činností, na ktoré sa vzťahuje zákaz konkurencie, je potrebné posúdiť, či sa zákaz konkurencie vzťahuje na zapísané, zaregistrované druhy činností, ktorých súbor vytvára predmet podnikania obchodnej spoločnosti, alebo len na činnosti, ktoré sú aj skutočne v podnikateľskej činnosti obchodnej spoločnosti realizované, a to tak v podnikateľskej činnosti, v ktorej pôsobí konkrétna osoba vo funkcii na ktorú sa vzťahuje zákaz konkurencie, ako aj u tej spoločnosti, vo vzťahu ku ktorej by sa táto osoba mohla dopustiť porušenia zákazu konkurencie. Tieto konštrukcie možno demonštrovať na nasledovnom príklade: Jozef Novák je konateľom spoločnosti Alfa, s. r. o., ktorá má v predmete podnikania okrem iných činností aj výrobu keramických obkladačiek. Túto činnosť spoločnosť Alfa, s. r. o. aj reálne vykonáva, ba tvorí ťažisko jej podnikateľských aktivít. Jozef Novák sa stane členom dozornej rady Beta, a. s., ktorá má v predmete podnikania zaregistrovanú taktiež výrobu keramických obkladačiek, avšak túto činnosť spoločnosť Beta, a. s. zatiaľ nerozvinula, avšak do budúcna zvažuje tak urobiť. Otázkou je, či v tomto prípade sa Jozef Novák dopúšťa porušenia zákazu konkurencie, keďže spoločnosť Beta, a. s. má rovnaký predmet podnikania ako spoločnosť Alfa, s. r. o.

Zákaz konkurencie je inštitút, ktorý súvisí s ochranou hospodárskej súťaže, treba skúmať tento inštitút z pohľadu súťažných vzťahov medzi spoločnosťou Alfa, s. r. o. a spoločnosťou Beta, a. s. Medzi týmito subjektmi v danej chvíli nie je súťažný vzťah, pretože tieto subjekty reálne nesúperia na relevantnom trhu o zákazníkov a teda postihovať v tomto prípade Jozefa Nováka za porušenie zákazu konkurencie by nebolo namieste, pretože zatiaľ z jeho konania spoločnosti Alfa, s. r. o. nehrozí žiadna ujma.

Ďalším argumentom v prospech takéhoto posúdenia popísaného prípadu je tiež to, že zákaz konkurencie je inštitútom súkromného práva a že postih postupu Jozefa Nováka, ktorý porušil formálny zákaz konkurencie, by bol neadekvátny súkromnoprávnemu posudzovaniu.

Vychádzajúc z uvedeného možno sformulovať záver, že porušenie zákazu konkurencie možno dopustiť len ak medzi dotknutými osobami existuje reálna hospodárske súťaž, reálne súperenie obchodných spoločností ako podnikateľov.

Ad 1.: Obmedzenie okruhu činností, na ktoré sa vzťahuje zákaz konkurencie len na rovnaký predmet podnikania spoločnosti sa javí ako príliš úzke a opäť s odkazom na hospodársku súťaž. Súperenie súťažiteľov v hospodárskej súťaži prebieha na relevantných trhoch, ktoré sú síce nestále, ale ktoré sa vytvárajú ako priesečník troch faktorov, a to predmetu, priestoru a času. Faktor predmetu trhu zahŕňa nielen identické tovary a služby či

činnosti, ale aj, ktoré sú nimi nahraditeľné alebo zastupiteľné a preto v pozícii súťažiteľov na danom relevantnom trhu nie sú len tí, ktorí reálne podnikajú v rovnakom predmete podnikania, ale aj tí, ktorí podnikajú v podobných, zastupiteľných či nahraditeľných podnikateľských činnostiach.

Ad 2.: Česká právna úprava v súčasnom znení reflektuje skutočnosť, že na relevantnom trhu súperia medzi sebou nielen podnikatelia, ktorí podnikajú v identických predmetoch podnikania, ale aj tí, ktorí podnikajú v podobných predmetoch podnikania. Česká právna úprava tak vymedzuje okruh činností podliehajúcich zákazu konkurencie širšie a tým poskytuje spoločnosti účinnejšiu ochranu pred nedovolenými praktikami spoločníkov (štatutárnych orgánov) verejnej obchodnej spoločnosti a komanditnej spoločnosti.

Ad 3.: Úprava zákazu konkurencie konateľa v spoločnosti s ručením obmedzeným má kogentný charakter, a preto je v záujme samotnej spoločnosti ale aj konateľa ustáliť, ktoré jeho činnosti alebo úkony sú ešte v súlade s právom, ktoré sú lege artis a ktoré už túto hranicu prekračujú a sú v pozícii contra legem. Aj v tomto prípade je potrebné vychádzať z reálne vykonávaných podnikateľských aktivít, činností spoločnosti. V tomto ustanovení je zákon precíznejší, keď sa na rozdiel od ust. § 84 neodvoláva na predmet podnikania ale operuje s pojmom podnikateľská činnosť, ktorou môžu byť nielen tie činnosti, ktoré sú vymedzené alebo zaregistrované v predmete podnikania (avšak iba tie, ktoré sú reálne vykonávane), ale aj tie činnosti, ktoré spoločnosti vykonáva bez oprávnenia (napr. preto, že jej oprávnenie na vykonávanie takej činnosti zaniklo). Problematickejší však bude vymedzenie pojmu „súvislosť s podnikateľskou činnosťou“, pričom ObchZ používa napr. v ust. § 261 namiesto pojmu !súvislosť, súvisiaci“ pojem „týkať sa“. Obdobne aj v ust. § 261 ods. 2 sa používa pojem „týkať sa“ napr. týkať sa zabezpečovania verejných potrieb. Podľa Synonymického slovníka[2] sú pojmy súvisieť a týkať sa synonymami. Popísanú situáciu možno demonštrovať na príklade, ak spoločnosť Alfa, s. r. o. má v predmete podnikania výrobu keramických obkladačiek, ktoré sú balené do zmršťovacích fólií a následne umiestnené na paletách. Otázkou je, či nákup fólií, resp. paliet súvisí s podnikateľskou činnosťou spoločnosti Alfa, s. r. o. Takto položenú otázku je opodstatnené zodpovedať kladne, pretože keramické výrobky je potrebné vhodne zabaliť a vybaviť na prepravu do miesta určenia, obdobne bude súvisieť s podnikateľskou činnosťou spoločnosti aj uzavretie prepravnej zmluvy na prepravu výrobkov spoločnosti k zákazníkovi.

[2] PhDr. Mária Pisárčiková, PaedDr. Matej Považaj, CSc., a kol.: Synonymický slovník, tretie, nezmenené vydanie, Bratislava, Veda 2004; http://slovnik.juls.savba.sk/?w=s%C3%BAvisie%C5%A5&s=exact&c=zb04&d=kssj4&d=psp&d=scs&d=sss&d=peciar&d=hssjV&d=ma&d=obce&d=priezviska&d=un&ie=utf-8&oe=utf-8

Ad 4.: Pojem obchod (obchody), ktorý by mal byť ťažiskovým pojmom v ObchZ, vymedzuje ObchZ v ust. § 652 len ako legislatívnu skratku výrazu "vyvíjať činnosť smerujúcu k uzatvoreniu určitého druhu zmlúv". V tomto význame treba interpretovať aj pojem obchody v ust. § 136 ods. 1, písm. b) ObchZ. Určitým druhom zmlúv, ktoré spoločnosť uzatvára, treba rozumieť zmluvy, ktoré sa týkajú, ktoré súvisia s podnikateľskou činnosťou spoločnosti.

Ad 5.: Pre konateľa platí zákaz zúčastňovať sa na podnikaní inej spoločnosti ako spoločník s neobmedzeným ručením. Tento zákaz však obsahovo nepatrí do inštitútu zákazu konkurencie, pretože takýto zákaz platí pre konateľa bez ohľadu na to, čo je predmetom podnikania „inej spoločnosti“, v ktorej by pôsobil ako spoločník s neobmedzeným ručením. Takáto spoločnosť by nemusela byť vzhľadom na odlišný predmet podnikania vôbec v súťažnom, konkurenčnom vzťahu so spoločnosťou, v ktorej daná osoba pôsobí ako konateľ. Tento inštitút (t. j. zákaz pre konateľa zúčastňovať sa na podnikaní inej spoločnosti ako spoločník s neobmedzeným ručením) patrí medzi obmedzenia v podnikaní, ktoré sú v zákone upravené v záujme ochrany veriteľov. Napr. podľa ust. § 56 ods. 5 môže byť fyzická alebo právnická osoba spoločníkom s neobmedzeným ručením iba v jednej spoločnosti. Aj toto ustanovenie slúži predovšetkým na ochranu veriteľov, ktorí by sa nemuseli úspešne domôcť svojej pohľadávky, ak by určitá osoba pôsobila ako spoločník s neobmedzeným ručením vo viacerých spoločnostiach.

Ad 6.: Podobnosť predmetu podnikania treba ponímať užšie ako súvislosť s podnikateľskou činnosťou. Na druhej strane však zákon tým, že konateľovi zakazuje pôsobiť ako štatutárny orgán alebo člen štatutárneho orgánu inej právnickej osoby s podobným predmetom podnikania, poskytuje spoločnosti reálnejšiu ochranu pred konaniami konateľov, ktorými porušujú zákaz konkurencie. Takto vymedzený zákaz konkurencie sa netýka navzájom previazaných spoločností, pre ktoré sa vžilo označenie holding či koncern a ktoré náš ObchZ vymedzuje ako ovládaná a ovládajúca spoločnosť.

Ad 7.: Odbor podnikania nie je pojmom, ktorý by bol legálne definovaný v ČObchZ a tak tento pojem možno interpretovať len podľa výkladových pravidiel. Odbor podnikania je pojem nadradený pojmu podobný predmet podnikania a zahŕňa skupinu rovnakých alebo podobných podnikateľských činností. Na druhej strane je však tento pojem užší než napr. pojem obchodné odvetvie, použité v ust. § 730 ObchZ. Z toho potom možno vyvodiť, že zákaz konkurencie je pre konateľa podľa českej úpravy užší než podľa slovenskej úpravy (arg. podnikať v rovnakom odbore alebo v podobnom odbore podnikania spoločnosti – súvislosť s podnikateľskou činnosťou spoločnosti).

SPÔSOBY PORUŠENIA ZÁKAZU KONKURENCIE

Klasickým spôsobom porušenia zákazu konkurencie je podnikanie osoby (fyzickej alebo právnickej), na ktorú sa vzťahuje zákaz konkurencie v rovnakom alebo podobnom predmete podnikania. Osoba, na ktorú sa vzťahuje zákaz konkurencie, teda či už spoločník alebo štatutárny orgán, alebo člen štatutárneho alebo iného orgánu spoločnosti nesmie ako podnikateľ podnikať v rovnakom alebo podobnom predmete podnikania. Frekventovaným spôsobom porušenia zákazu konkurencie sú tiež prípady, keď osoba, na ktorú sa vzťahuje zákaz konkurencie je v pozícii komisionára alebo zasielateľa (§ 136 ods, 1, písm a) ObchZ) alebo v pozícii sprostredkovateľa, prípadne obchodného zástupcu (§ 136, ods. 1, písm. b) ObchZ). Treba však poznamenať, že obchodný zástupca môže byť v dvojakej pozícii, a to buď v pozícii obdobnej sprostredkovateľovi, kedy vyvíja činnosť smerujúcu k uzatvoreniu určitého druhu zmlúv alebo ako zástupca, kedy dojednáva a uzatvára obchody v mene zastúpeného a na jeho účet. Takúto pozíciu obchodného zástupcu ako zástupcu ObchZ v § 136 nezahŕňa pod zákaz konkurencie, avšak takéto konanie obchodného zástupcu je obdobným konaním, ako je uzavieranie obchodov vo vlastnom mene alebo na vlastný účet, a preto by aj bez výslovného rozšírenia zákazu konkurencie v spoločenskej zmluve alebo v stanovách spoločnosti bolo možné aj takéto konanie konateľa spoločnosti posudzovať ako konanie porušujúce zákaz konkurencie. Spôsobom porušenia zákazu konkurencie je tiež vykonávanie činnosti štatutárneho orgánu alebo člena štatutárneho alebo iného orgánu u inej právnickej osoby s podobným predmetom podnikania.

DÔSLEDKY PORUŠENIA ZÁKAZU KONKURENCIE

Dôsledky porušenia zákazu konkurencie upravuje ObchZ spoločne pre všetky prípady porušenia zákazu konkurencie a to v ust. § 65, ods. 2 ObchZ. Podľa tejto úpravy je spoločnosť oprávnená požadovať, aby osoba, ktorá porušila zákaz konkurencie

a. vydala prospech z obchodu, pri ktorom porušila zákaz konkurencie alebo

b. previedla tomu zodpovedajúce práva na spoločnosť.

Rozdiel medzi vydaním prospechu a prevedením zodpovedajúcich práv podľa M. Majeríkovej spočíva v tom, že vydanie majetkového prospechu prichádza do úvahy v prípade, keď záväzok na plnenie v prospech osoby, ktorá porušila zákaz konkurencie, už bol splnený. Povinnosť previesť práva zodpovedajúce prospechu z konkurenčného obchodu vzniká vtedy, keď osobe porušujúcej zákaz konkurencie plnenie ešte nebolo vydané, ale právo

na toto plnenie jej už vzniklo[3]. Prospech z obchodu možno vymedziť ako to, čo osoba, ktorá porušila zákaz konkurencie porušením tohto zákazu získala, napr. vyplatená provízia. Prevod práv zodpovedajúcich prospechu, ktorý osoba porušujúca zákaz konkurencie mohla nadobudnúť, sa realizuje zmluvou o postúpení pohľadávky. Nie vždy je však možné jednoznačne vymedziť výšku prospechu z obchodu, pri ktorom bol porušený zákaz konkurencie alebo presne vymedziť zodpovedajúce práva, ktoré majú byť prevedené na spoločnosť ako sankcia za porušenie zákazu konkurencie. Zložité bude ustáliť prospech, ktorý osoba porušujúca zákaz konkurencie získala z podnikania v rovnakom alebo podobnom predmete podnikania.

Aktívne legitimovanou na požadovanie vydania prospechu alebo na prevod práv je spoločnosť, avšak takéto právo má nepochybne aj spoločník na základe žaloby actio pro socio, napr. spoločník spoločnosti s ručením obmedzeným sa podľa § 122, ods. 3 ObchZ môže domáhať v mene spoločnosti aj tzv. iných nárokov, ktoré má spoločnosť voči konateľovi spoločnosti, medzi ktoré patrí aj nárok na vydanie prospechu, resp. nárok na prevod tomu zodpovedajúcich práv na spoločnosť.

Oprávneným na tieto nároky je vždy len spoločnosť. Tieto nároky je potrebné uplatniť u zodpovednej osoby v relatívne veľmi krátkej prekluzívnej lehote troch mesiacov, ktorá začína plynúť odo dňa, keď sa spoločnosť o tejto skutočnosti dozvedela, najneskôr však do jedného roka od vzniku týchto práv.

Konania porušujúce zákaz konkurencie, aj keď by boli uskutočnené s úmyslom porušiť takýto zákaz, nie sú sankcionované neplatnosťou právneho úkonu podľa § 39 Občianskeho zákonníka. Podľa M. Majeríkovej je úprava dôsledkov porušenia zákazu konkurencie špeciálnou obchodnoprávnou úpravou vo vzťahu k všeobecnej úprave neplatnosti právnych úkonov vykonaných v rozpore so zákonom v Občianskom zákonníku.

Sankciou za porušenie zákazu konkurencie je tiež právo na náhradu škody, ktorá vznikla spoločnosti porušením tohto zákazu, pričom spoločnosť poškodená konaním v rozpore so zákazom konkurencie má právo domáhať sa nielen náhrady skutočnej škody, ale aj náhrady ušlého zisku. Právo na náhradu škody je upravené ust. § 757 ObchZ, podľa ktorého pre zodpovednosť za škodu spôsobenú porušením povinností ustanovených ObchZ platia ustanovenia o náhrade škody spôsobenej poruším povinností zo záväzkového vzťahu podľa ust. § 373 a nasl. ObchZ.

---

[3] Majeríková, M., in Ovečková, O. a kol.: Obchodný zákonník – komentár, Bratislava, IURA EDITION, 2005, s. 196, ISBN 80-8078-027-7

Porušenie zákazu konkurencie možno považovať za podstatné porušenie spoločenskej zmluvy a spoločníka, ktorý sa dopustil takéhoto porušenia spoločenskej zmluvy možno popri sankciách upravených v ust. § 65 ObchZ postihnúť aj ďalšími sankciami:

- spoločníka verejnej obchodnej spoločnosti, ktorý porušil zákaz konkurencie, možno postihnúť len tým, že súd na návrh iného spoločníka alebo iných spoločníkov, verejnú obchodnú spoločnosť zruší. Takáto „sankcia“ upravená v ust. § 90 ObchZ sa môže javiť ako kontraproduktívna, pretože súdne rozhodnutie o zrušení spoločnosti postihuje všetkých spoločníkov a nielen toho, ktorý sa dopustil porušenia zákazu konkurencie.

- rovnako ako spoločníka verejnej obchodnej spoločnosti možno „sankciou“ zrušenia komanditnej spoločnosti postihnúť aj porušenie zákazu konkurencie komplementárom.

- porušenie zákazu konkurencie zo strany spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným možno postihnúť jeho vylúčením zo spoločnosti, rozhodnutím súdu. Predpokladom pre to, aby súd rozhodol o vylúčení spoločníka je, že spoločník bol upozornený na to, že porušením zákazu konkurencie porušuje závažným spôsobom svoje povinnosti a bol písomne upozornený na možnosť vylúčenia zo spoločnosti. Spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným bude možné vylúčiť zo spoločnosti za porušenie zákazu konkurencie v každom prípade vtedy, ak spoločenská zmluva obsahuje ustanovenie, že zákaz konkurencie sa vzťahuje aj na spoločníkov a tiež vymedzenie rozsahu, v akom sa zákaz konkurencie týka spoločníkov. Aj v prípade, ak by v spoločenskej zmluve nebolo výslovne ustanovené, že porušenie zákazu konkurencie je závažné porušenie spoločenskej zmluvy, bolo by možné spoločníka zo spoločnosti vylúčiť, pravda, za podmienok ustanovených v § 149 ObchZ. Podľa môjho názoru však spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným možno zo spoločnosti vylúčiť postupom upraveným v ustanovení § 149 ObchZ aj v tom prípade, ak spoločenská zmluva neobsahuje úpravu rozsahu v akom sa zákaz konkurencie vzťahuje aj na spoločníkov, pretože porušenie zákazu konkurencie je závažným porušením lojality voči spoločnosti a možno ho považovať aj za konanie v rozpore s dobrými mravmi.

Osobu, ktorá je štatutárnym orgánom spoločnosti, členom štatutárneho alebo iného orgánu, ktorá sa dopustila porušenia zákazu konkurencie, nemožno okrem sankcií podľa § 65 ObchZ, postihnúť aj podľa osobitných úprav upravujúcich zodpovednosť osôb, ktoré pôsobia v týchto funkciách. Napr. konateľa spoločnosti s ručením obmedzeným, ktorý porušil zákaz konkurencie, porušil síce aj povinnosť vykonávať svoju funkciou s odbornou starostlivosťou a v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej spoločníkov, avšak ak by ho bolo možné postihnúť aj z tohto titulu, bol by postihnutý vlastne dvakrát za to isté porušenie, čo by bolo v rozpore so

zásadou ne bis in idem. Inak povedané, sankcia podľa § 65 ObchZ je v tomto osobitnou úpravou, vo vzťahu k sankcii podľa § 135a ObchZ.

Konateľa spoločnosti s ručením obmedzeným by však bolo možné postihnúť tiež odvolaním z funkcie. Na odvolanie z funkcie konateľa zákon nevyžaduje preukázanie nejakých konkrétnych dôvodov.

Vzťah medzi obchodnou spoločnosťou a členom orgánu spoločnosti je upravený v zmluve o výkone funkcie. V zmluve o výkone funkcie možno dohodnúť, aj zmluvnú pokutu ako sankciu za porušenie zákazu konkurencie. Zmluvná pokuta by mohla byť dohodnutá aj diferencovane, napr. odlišne pre prípad podnikania v rovnakom alebo podobnom predmete podnikania a odlišne pre prípad sprostredkovania obchodov spoločnosti a pod. Zmluvnú pokutu by bolo možné dohodnúť napr. aj v spoločenskej zmluve pre prípad porušenia zákazu konkurencie zo strany spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným.

Osoby, ktoré profitovali z porušenia zákazu konkurencie, t. j. napr. iní podnikatelia, či už fyzické alebo právnické osoby, nie je možné podľa platnej úpravy postihnúť sankciami za porušenie zákazu konkurencie, avšak niektoré konania týchto osôb je možné posúdiť ako naplnenie či už konkrétnej skutkovej podstaty nekalosúťažného konania, napr. podplácania alebo cez generálnu klauzulu nekalosúťažného konania a tieto osoby by bolo možné postihnúť právnymi prostriedkami na ochranu proti nekalej súťaži.

ZHODNOTENIE SÚČASNEJ ÚPRAVY ZÁKAZU KONKURENCIE

Samotná koncepcia právnej úpravy zákazu konkurencie, ktorá je založená na ochrane obchodnej spoločnosti pred konaniami (dôsledkami konaní) porušujúcimi zákaz konkurencie zo strany niektorého (menšiny) spoločníka, resp. osôb pôsobiacich v orgánoch spoločnosti, je stabilná, všeobecne akceptovaná. Predmetná právna úprava má súkromnoprávny charakter, t. j. len obchodná spoločnosť a spoločník tejto spoločnosti sa žalobou actio pro socio môžu domáhať odstránenia prípadov porušenia zákazu konkurencie a kompenzácie spôsobenej ujmy. Takéto oprávnenie nemá nikto iný, ani žiadny orgán verejnej moci. Právna úprava má pôsobiť predovšetkým preventívne, v smere odradenia potenciálnych porušiteľov od porušenia zákazu konkurencie a má byť „poruke“, ak nastane porušenie zákazu konkurencie.

Okruh osôb podliehajúcich zákazu konkurencie v osobných spoločnostiach by mal byť diferencovaný na osoby, ktoré ako spoločníci spoločnosti pôsobia ako štatutárny orgán spoločnosti a ktoré by mali byť prísnejšie postihnuté za porušenie zákazu konkurencie a osoby ktoré sú len spoločníkmi osobnej spoločnosti, u ktorých by mala zostať zachovaná súčasná liberálna úprava.

Úprava zákazu konkurencie spoločníka spoločnosti s ručením obmedzeným, ktorá má dispozitívny charakter, nie je účinná, pretože spoločník v čase uzavretia spoločenskej zmluvy nedokáže predvídať zmeny v zložení spoločníkov, napr. v súvislosti so vstupom ďalšieho spoločníka cestou zvýšenia základného imania a potom už nedokáže presadiť takú zmenu zákazu konkurencie, ktorá by zodpovedala jeho záujmu ako spoločníka.

V súčasných najmä akciových spoločnostiach, ale aj v spoločnostiach s ručením obmedzeným (z hľadiska obratu, počtu zamestnancov a pod.) majú rozhodujúcu pozíciu manažéri týchto spoločností (manažment spoločnosti). Obchodný zákonník však pozíciu tejto kategórie osôb v obchodných spoločnostiach neupravuje. Širšou otázkou je, či by tomu tak malo byť, alebo i naďalej bude vzťah medzi manažérmi a spoločnosťou ponímaný ako pracovnoprávny vzťah alebo pozícia manažérov by mala byť odvodená (obdobná) od pozície osôb, ktoré sú štatutárnymi orgánmi alebo pôsobia ako členovia štatutárnych a iných orgánov obchodných spoločností. Podľa môjho názoru, by aj podľa dnešnej právnej úpravy bolo možné dohodnúť zákaz konkurencie aj pre vrcholových manažérov spoločnosti v spoločenskej zmluve spoločnosti s ručením obmedzeným alebo v stanovách akciovej spoločnosti, ak by spoločenská zmluva resp. stanovy obsahovali výpočet manažérskych funkcií, ktoré sú dané v organizačnej štruktúre spoločnosti.

Pri úprave trvania zákazu konkurencie by bolo vhodné ustanoviť v zákone maximálnu dobu, počas ktorej by bola konkrétna osoba povinná dodržiavať zákaz konkurencie po skončení výkonu funkcie. Aj v súčasnosti, by podľa môjho názoru bolo možné dohodnúť v spoločenskej zmluve alebo v stanovách, že zákaz konkurencie bude platiť aj pre určité obdobie po skončení vykonávania funkcie.

Okruh činností podliehajúcich zákazu konkurencie možno považovať za optimálny, s výhradou zákazu obsiahnutého v ust. § 136, ods. 1, písm. c)[4], podľa ktorého sa konateľ nesmie zúčastňovať na podnikaní inej osoby ako spoločník s ručením obmedzeným, pretože v tomto prípade ide o inštitút ochrany veriteľov a nie o zákaz konkurencie. Medzi spoločnosťou s ručením obmedzeným, v ktorej určitá osoba je konateľom spoločnosti a spoločnosťou, v ktorej by táto osoba pôsobila ako spoločník s neobmedzeným ručením, nemusí byť vôbec súťažný vzťah, pretože tieto osoby môžu podnikať v rozdielnych predmetoch podnikania, avšak podľa súčasnej úpravy by v takomto prípade došlo k porušeniu zákazu konkurencie.

[4] obdobne podľa § 196, ods. 1, písm. c)

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NÁMETY DE LEGE FERENDA NA ÚPRAVU ZÁKAZU KONKURENCIE

Contact – email
jan.husar@upjs.sk

Príspevok vznikol v rámci riešenia projektu č. APVV-0381-07 Efektivita modelov zodpovednosti kvalifikovane poverených osôb za škodu.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INVESTIČNÍ SLUŽBY - VEŘEJNOPRÁVNÍ A SOUKROMOPRÁVNÍ SANKCE

ZDENĚK HUSTÁK

Masarykova univerzita

Abstract in original language
Tématem příspěvku je nastínění základních typů sankcí uplatňovaných při poskytování investičních služeb. Úvodem jsou nastíněny základní aspekty odpovědnosti a sankcí při poskytování investičních služeb. Dále jsou uvedena rámcová východiska evropské právní úpravy investičních služeb a požadavky vztažené na harmonizaci správních sankcí a mimosoudního řešení sporů a souvisejících soukromých sankcí. Dále je podán přehled a zhodnocení sankcí správních, trestních a občanskoprávních. Závěrem je uvedeno několik poznámek k efektivitě sankcí a jejich ukládání.

Key words in original language
Investiční služby; Odpovědnost; Sankce; Soukromé právo; Veřejné právo.

Abstract
The contribution outlines major types of sanction applicable to provision of the investment services. The basic aspects of responsibility and sanctions are discusses at the beginning followed by summary of the EU law requirements in respect of administrative sanction and out-of-the-court redress and sanctions. The overview of criminal, administrative and civil sanctions applicable in the Czech Law is provided. Closing remarks point at main features of the efficiency of the sanction mechanism.

Key words
Investment services; Responsibility; Sanctions; Private Law; Public Law.

Úvodem

Právní úprava poskytování investičních služeb v České republice zaznamenala v posledních letech řadu významných změn, které přinesly do tuzemského práva řadu nových institutů a znamenaly pro poskytovatele investičních služeb nutnost podstatné změny podmínek pro jejich činnost a způsob, jakým poskytují investiční služby. Obecně je nutno poznamenat, že oblast poskytování investičních služeb je jednou z nejvíce regulovaných oblastí podnikání. Změny a nárůst rozsahu regulace se dotkly i odpovědnosti poskytovatelů investičních služeb - jak v rovině odpovědnosti veřejnoprávní, tak i soukromoprávní a sankcí, které právo s příslušným odpovědnostním vztahem spojuje.

Původní právní rámec pro poskytování investičních služeb z počátku 90. let obsažený v zákoně o cenných papírech[1] doznal postupně řady změn a v rostoucí míře je odvozován z předpisů evropských. Institutů, které mají svůj původ ryze v tuzemských podmínkách postupem času značně ubylo na úkor institutů obdobných či zcela nových majících původ jak v právu evropském, tak v různých mezinárodních standardech. To je samozřejmě důsledkem procesu přistoupení České republiky k Evropské unii a rostoucí integrace evropského vnitřního trhu, přičemž v oblasti finančních služeb obecně je harmonizační trend velmi dobře viditelný. Vedle tohoto harmonizačního trendu, či právě v souvislosti s ním, lze v jistém ohledu pozorovat trend pronikání veřejnoprávní regulace do oblastí původně spíše soukromoprávních - např. detailní popis požadavků na vnitřní uspořádání podniku poskytovatele investičních služeb, požadavky na informace obsažené ve smlouvách se zákazníky či na způsob uzavírání těchto smluv. Nárůst rozsahu povinností uložených poskytovatelům investičních služeb v právních předpisech se promítá i do rozsahu jejich odpovědnosti a možných sankcí za porušení těchto povinností jak v podobě veřejnoprávních sankcí, tak i sankcí soukromoprávních.

Cílem tohoto příspěvku je poskytnou přehled veřejnoprávních a soukromoprávních sankcí, které přichází v úvahu při poskytování investičních služeb, požadavků evropského práva v této oblasti a uvést několik poznámek k efektivitě sankcí a jejich ukládání v této oblasti právní úpravy.

K soukromoprávní a veřejnoprávní odpovědnosti a sankcím

Právní teorie charakterizuje odpovědnost jako právem (zákonem) stanovenou povinnost snášet újmu,[2] které je uložena jako sekundární (odvozenou) právní povinnost tomu subjektu, který porušil určitou primární právní povinnost. Primární (původní) právní povinnost uložená odpovědností dotčenému subjektu vyplývá ze zákona, smlouvy, soudního či správního rozhodnutí. Odpovědnost je součástí každé právní povinnosti. Pokud je někdo povinný něco splnit, je zároveň odpovědný za to, že danou povinnost splní.[3] Povinnosti snést právem stanovenou újmu v případě, že nastane právem stanovená skutečnost je chápána jako obecný znak odpovědnosti a tato povinnost snést újmu resp. újma sama se nazývá sankce.[4] Teorie rozlišuje sankci v objektivním smyslu, tj. sankci hrozící obecně (např. ze zákona za porušení určité právní povinnosti) a sankci

---

1 Zákon č. 591/1992 Sb., o cenných papírech ve znění pozdějších předpisů.

2 Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde Praha, 2007. s. 142.

3 Fiala, J. a kol. Občanské právo. Praha: ASPI, a.s., 2006. s 248.

4 Knap. V., Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, s. 200.

subjektivní uloženou konkrétnímu subjektu na základě např. zákona.[5] Sankci v subjektivním smyslu lze jinými slovy charakterizovat jako konkrétní materializaci sankce v objektivním smyslu poté, co došlo k právem předvídanému porušení primární právní povinnosti.

Sankce za porušení povinnosti má obecně několik funkcí - funkce preventivní (tedy předcházet porušení primárním povinnosti), funkci reparační (zajištění nápravy stavu, ke kterému došlu porušením primární právní povinnosti), funkci satisfakční (poskytnutí adekvátního zadostiučinění např. tomu, kdo byl dotčen na svých právem chráněných zájmech porušením primární právní povinnosti) a funkci represivní (tj. postih subjektu, který porušil primární právní povinnost). Tatáž sankce může současně plnit i více funkcí.[6] Obecně lze účel odpovědnosti a tedy i sankcí v rámci mechanismu právní regulace charakterizovat jako působení negativní zpětné vazby, která koriguje chování subjektů, jimž jsou uloženy primární právní povinnosti tak, aby při porušení těchto primárních právních povinností nesly negativní následky. Vědomí těchto, potenciálně hrozících, negativních právních následků by subjekty primárních právních povinností mělo motivovat k jejich plnění a pro případ nesplnění primárních právních povinností by sankce měly vést ke znovu obnovení právního stavu nebo k omezení negativních důsledků s porušením primárních povinnosti se pojících ať v podobě poskytnutí zadostiučinění či kompenzace tomu, kdo měl mít určitý přínos či výhodu z řádného splnění primární povinnosti. Případně může sloužit také jako určité varování jiným subjektům primárních povinností tak, aby upřednostnily splnění primárních povinností před jejich nesplněním.

S pojmem odpovědnost se spojuje pojem zavinění, přičemž můžeme obecně rozlišit odpovědnost subjektivní, tj. odpovědnost za zaviněné porušení primární povinnosti, která vyžaduje, aby vedle příčinné souvislosti mezi jednáním a jeho výsledkem, který je právním důvodem odpovědnosti, bylo dáno i zavinění a odpovědnost bez zřetele na zavinění a to v podobě odpovědnosti objektivní, kdy se lze této odpovědnosti zprostit pouze ze zákonem stanovených důvodů nebo odpovědnost absolutní, které se nelze zprosti vůbec.[7]

V právu jako systému právních odvětví vystupují odvětvově profilované typy odpovědnosti (ústavní trestní, občanskoprávní, správní apod.), přitom je možné, aby porušení určité právní povinnosti bylo postiženo sankcemi ve více právních odvětvích.[8] Z hlediska možného členění právních norem na

---

5 Ibid. s. 200.

6 Ibid. s. 201.

7 Ibid. s. 201.

8 Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde Praha, 2007. s. 142.

soukromoprávní a veřejnoprávní lze také rozlišit odpovědnost za porušení soukromoprávních norem a norem veřejnoprávních.[9] Při tomto členění lze sankce, pojící se k porušení příslušné primární povinnosti, rozlišit sankce na veřejnoprávní a soukromoprávní - a to podle způsobu realizace sekundární právní povinnosti, je-li tím, kdo iniciuje uložení sankce orgán veřejné moci v rámci výkonu veřejné svrchované moci, tj. v rámci nadřazeného postavení vzhledem k subjektu vůči němuž sankce směřuje, nebo subjekt v postavení rovném.

K charakteristikám odpovědnosti při poskytování investičních služeb

Z hlediska struktury odpovědnostního vztahu lze rozlišit objektivní znaky (objekt, objektivní stránka porušení práva) a subjektivní znaky (subjekt, subjektivní stránka porušení práva).[10] Objektem porušení práva se zpravidla rozumí společenské vztahy, zájmy a hodnoty chráněné právem. Objektivní stránka porušení práva představuje určité protiprávní jednání (omisivní či komisivní), vznik škodlivého následku (porušení primární právní povinnosti) a existence kauzální nexu mezi jednáním a vznikem škodlivého následku. Subjektem porušení práva je osoba, která je způsobilá k právům a povinnostem a které je uložena určitá primární právní povinnost. Subjektivní stránka porušení práva spočívá v existenci zavinění subjektu, který svým chování porušil právní normu, tj. v psychickém vztahu toho, kdo právo porušil k výsledku jeho chování.

Ve vztahu ke struktuře odpovědnostního vztahu můžeme dále rozlišit okolnosti vylučující protiprávnost, tj. okolnosti, které vedou k tomu, že jednání, které by bylo považováno za protiprávní, je takovým jednáním a to zejména tím, že absentuje znak společenské nebezpečnosti takového jednání. Zejména se jedná o oprávněný výkon práva, svépomoc či souhlas poškozeného.

Právem chráněným zájmem je v oblasti poskytování investičních služeb primárně zájem na ochraně investorů, a to zejména těch investorů, kteří jsou spotřebiteli. Právní úprava se zde snaží řešit problém tzv. informační asymetrie, kdy na jedné straně stojí kvalifikovaný informačně dobře vybavený profesionální poskytovatel investičních služeb a na straně druhé jeho zákazník - investor, který je často osobou s minimálními zkušenostmi na kapitálovém trhu, omezenými informacemi a schopnostmi tyto informace adekvátně zpracovat a vyhodnotit. Další právem chráněným zájmem je zájem na řádném a stabilním fungování kapitálového trhu.

Právní důvod vzniku odpovědnosti při poskytování investičních služeb bude zpravidla spočívat v porušení povinnosti stanovené zákonem pro poskytovatele investičních služeb, případně povinnosti vyplývající ze

---

9 Ibid. s. 22 a násl.

10 Ibid. s 144.

smlouvy, na jejímž základě dochází k poskytování investičních služeb[11]. Vzhledem k výraznému nárůstu rozsahu kogentních ustanovení právních předpisů, které specifikují požadavky na informace obsažené ve smlouvách o investičních službách a na pravidla jednání poskytovatelů investičních služeb, může často docházet k tomu, že porušení určité povinnosti stanovené smlouvou bude zároveň i porušením povinnosti stanovené zákonem. Ve většině případů porušení povinností stanovených právními předpisy upravujícími poskytování investičních služeb (zejm. ZPKT) bude škodlivým následkem samotné porušení požadavků stanovených právním předpisem bez toho, aby byl nutný vznik skutečné škody - materiální újmy u zákazníka. Škodlivým následkem zde bude vznik určitého ohrožení zákazníků, zvýšení pravděpodobnosti možného selhání poskytovatele investiční služby, které může ohrozit řádné fungování kapitálového trhu a důvěru v něj. Samozřejmě sem patří i případy, kdy následkem protiprávního jednání poskytovatele investiční služby dojde ke vzniku škody.

Subjektem odpovědnostního vztahu při poskytování investičních služeb bude vždy poskytovatel investičních služeb, kterému jsou právem ukládány určité primární povinnosti - povinnosti, které je povinen dodržovat proto, aby poskytoval investiční služby řádně, tj. tak, aby nedocházelo k ohrožování právem chráněných zájmů zákazníků (investorů) či zájmů na stabilním fungování kapitálového trhu. Poskytovatelem investičních služeb rozumíme osobu, která je oprávněna k poskytování investičních služeb. V České republice jsou osobami oprávněnými k poskytování investičních služeb obchodník s cennými papíry, investiční zprostředkovatel a investiční společnost. Tyto osoby mohou ke své činnosti využívat vázané zástupce. V některých případech může být subjektem odpovědnostního vztahu a případných sankcí, které se k této odpovědnosti pojí také osoba, která nemá příslušné povolení k poskytování investičních služeb - a poskytuje investiční služby neoprávněně. Právem chráněné zájmy (ochrana investorů, stabilita fungování trhu) se zde promítají do určité „negativní primární povinnosti“ - zdržet se poskytování investičních služeb bez příslušného povolení. Konstrukce právní úpravy stanovené k naplnění zájmů na ochranu investorů a trhu totiž předpokládá, že tyto právem chráněné zájmy budou s největší pravděpodobností nejlépe zabezpečeny v situaci, kdy investiční služby budou poskytovat výhradně osoby s příslušným povolením, které splní určité penzum obezřetnostních požadavků a dodržují určitá pravidla jednání.

V rámci popisu odpovědnosti při poskytování investičních služeb je možno také identifikovat subjekt, v jehož prospěch svědčí příslušné primární právní povinnosti uložené povinnému subjektu. Tímto oprávněným subjektem je zpravidla zákazník, poskytovatel investičních služeb (investor), vůči kterému je poskytovatel povinován dodržením mj. určitých standardů

[11] Např. komisionářské smlouvy o obstarání koupě nebo prodeje cenných papírů podle § 28 a násl. ZCP, smlouvy o obhospodařování cenných papírů podle § 37a ZPC a dalších.

jednání či odborné péče při poskytování investičních služeb. Oprávněným subjektem však může být také příslušný orgán dohledu, vůči kterému je poskytovatel investičních služeb povinován poskytováním určitých informací či součinností např. v rámci státní kontroly.

Subjektivní stránka porušení povinností při poskytování investičních služeb zahrnuje posouzení zavinění povinného subjektu za porušení primární právní povinnosti. Tuzemská právní úprava vychází obecně z principu objektivní odpovědnosti, kdy zákon stanoví liberační důvody, které umožňují zproštění se odpovědnosti za porušení příslušné právní povinnosti.

Z hlediska systematiky je dále účelné zmínit také druhy porušení práva (delikty) při poskytování investičních služeb, které tuzemská právní úprava rozlišuje. Největší skupinu porušení práva (deliktního jednání) při poskytování investičních služeb tvoří správní delikty. Správními delikty se rozumí společensky škodlivé jednání, které má nižší míru nebezpečnosti pro společnost než trestný čin, a za které sankci (újmu) ukládá správní orgán. Správní delikty lze v zásadě členit na přestupky (méně závažné porušení právních povinností fyzických osob), a jiné správní delikty (fyzických a právnických osob). Sankce za spáchaný správní delikt mají zpravidla povahu peněžité pokuty, ale jako určitou formu sankce lze chápat také odejmutí či pozastavení příslušného povolení, registrace či souhlasu, které nepochybě představuje rovněž určitou újmu, která se materializuje v rámci odpovědnostního vztahu, vzniklého v důsledku porušení primární právní povinnosti. Jako určitou specifickou sankci lze vnímat také uveřejnění informace o tom, že došlo k porušení určité právní povinnosti povinným subjektem, případně že za toto porušení byla udělena jiná sankce. Vzhledem k významu reputačního rizika a váze dobrého obchodního jména v obchodních vztazích na finančním trhu a v povědomí aktuálních i potenciálních zákazníků může být uveřejnění informace o určitém prohřešku poskytovatele investiční služby samo o sobě podstatně výraznější újmou něž např. udělená pokuta.

V rámci výkonu dohledu nad poskytováním investičních služeb se uplatní i pořádkové delikty, kterými se rozumí protiprávní jednání a k nim příslušné pořádkové sankce. Jejich účelem prosazení splnění právních povinností v rámci nějakého právního rozhodovacího procesu, případně kontrolního procesu (např. v průběhu státní kontroly, při sběru informací pro účely vedení šetření či ve správním řízení)[12] jako obrana proti narušení, maření či ztěžování postupu správního orgánu.[13] Primárními právními povinnostmi u pořádkových deliktů jsou vesměs povinnosti poskytnout určité informace a

---

[12] Např. § 9a až 9c zákona č. 15/1998 Sb., o dohledu v oblasti kapitálového trhu ve znění pozdějších předpisů, § 19 zákona č. 552/1991 Sb., o státní kontrole ve znění pozdějších předpisů, § 46b zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance ve znění pozdějších předpisů.

[13] Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde Praha, 2007. s. 151.

součinnost správnímu orgánu, který v rámci výkonu svých pravomocí kontroluje splnění určitých povinností uložených subjektu, jehož činnost je předmětem kontroly. Sankcemi u pořádkových deliktů jsou peněžité pokuty.

Trestnými činy rozumí právo taková porušení právních povinností, která jsou společensky nebezpečná, přičemž nebezpečnost je větší než nepatrná, a jejichž znaky jsou popsány v trestním zákoně. Při poskytování investičních služeb se mohou uplatnit jak trestné činy hospodářské - např. trestný čin neoprávněného podnikání při poskytování investičních služeb bez příslušného povolení[14] či zneužívání informací v obchodním styku,[15] např. při využívání informací, které se poskytovatel investičních služeb dozvěděl v rámci poskytování služeb zákazníkovi např. při provádění pokynů, kdy se může jednat o vnitřní informace, tak trestné činy proti majetku např. porušování povinností při správě cizího majetku[16].

Sankce za trestné činy při poskytování investičních služeb mohou zahrnout odnětí svobody či peněžitý trest, ale také trest propadnutí věci či zabrání věci či jiné majetkové hodnoty[17], případně zabrání náhradní hodnoty.[18] V určitých specifických případech daných osobními vlastnostmi pachatele příslušného trestného činu lze uvažovat také o zabezpečovací detenci.[19]

Při občanskoprávních deliktech vzniká oprávnění z odpovědnostního vztahu tomu, komu bylo protiprávním jednáním porušeno, resp. ohroženo právo.[20] Zde spočívá základní odlišnost občanskoprávních deliktů od deliktů správní a od trestných činů, kde odpovědnostní vztah vzniká mezi státem a subjektem, který nesplnil primární povinnost, která je stanovena obecným způsobem a potenciálně svědčí širšímu nebo neomezenému okruhu osob. Povaha deliktů občanskoprávních je především majetkového charakteru - způsobení škody, prodlení při plnění konkrétního závazku či bezdůvodné obohacení. Sankce za občanskoprávní delikty se zpravidla realizuje v podobě sekundární povinnosti povinného subjektu uhradit vzniklou škodu, provést restituci či poskytnout přiměřené zadostiučinění subjektu, kterému svědčilo splnění primární právní povinnosti.

---

[14] § 118 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[15] § 128 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[16] § 255 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[17] § 73 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[18] § 73a zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[19] § 72a zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[20] Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde Praha, 2007. s. 152.

Při poskytování investičních služeb půjde o občanskoprávní delikt zpravidla za situace, kdy poskytovatel investiční služby nedodrží určité podmínky pro poskytování investiční služby stanovené zákonem nebo případně dohodnuté smluvně a zákazníkovi tak vznikne škoda. Oproti správním deliktům, kde škodlivý následek může zahrnovat (i) jak situace, kdy vznikne škoda, tak (ii) situace, kdy škoda nevznikne, ale dojde k ohrožení určitého právem chráněného zájmu. Škoda může vzniknout např. na svěřených listinných cenných papírech svěřených poskytovateli investiční služby do úschovy v důsledku požáru či povodně. V případě správy cenných papírů může škoda vzniknou např. neuplatněním práva na výplatu kupónu či výměnu cenného papíru. V případě poskytování investičních služeb s poradenským prvkem (investiční poradenství, asset management), které předpokládají ověření vhodnosti zákazníkovi doporučené investice z hlediska jeho investičních záměrů a individuálních podmínek, může škoda vniknou navržením nevhodné (příliš agresivní/rizikové) investiční strategie, která vede ke snížení hodnoty portfolia zákazníka nad mez zákazníkem tolerovanou či nákupu nelikvidního cenného papíru, které není možné v zákazníkem očekávané době prodat.

Z okolností vylučujících protiprávnost při poskytování investičních služeb lze zmínit především souhlas poškozeného, tj. osoby v jejíž prospěch svědčí určitá primární povinnost a tato osoba se tohoto „prospěchu“ či výhody vzdá a následně určitým jednáním, které je v rozporu s primární povinností, dojde ke vzniku škody. Takový souhlas poškozeného se ovšem může týkat pouze takových zájmů, o kterých poškozený subjekt může sám rozhodovat, přičemž musí jít o svéprávnou osobu a souhlas musí být dán předem. Jako konkrétní příklad lze uvést povinnost poskytovatele investičních služeb provádět pokyny za nejlepších podmínek (§ 15l a násl. ZPKT), přičemž od pravidel, která relativně objektivně umožňují dosáhnout při provedení pokynu zákazníka nejlepších výsledků (např. ceny), se poskytovatel může odchýlit pouze na základě výslovného pokynu zákazníka, aby pokyn byl proveden jiným způsobem a to i za podmínek, které jsou pro zákazníka méně výhodné (např. je dosažena nižší prodejní cena cenných papírů), něž podmínky, kterých bylo dosaženo, pokud by poskytovatel investiční služby řádně splnil primární právní povinnost uloženou mu zákonem provést pokyn v souladu s pravidly provádění pokynů za nejlepších podmínek. Škodu, která zde vzniká lze vyjádřit pro názornost zjednodušeně jako rozdíl prodejní ceny cenných papírů, která by byla dosažena při dodržení pravidel provádění pokynů za nejlepších podmínek a ceny, která byla dosažena na základě plnění výslovného požadavku zákazníka. Poškozeným je zde tedy zákazník a souhlas poškozeného je zde dán v podobě výslovného pokynu k provedení obchodu s cennými papíry (jejich prodeje) za výslovně zákazníkem specifikovaných podmínek.

Zákon zde na ochranu zákazníka však požaduje, aby se poskytovatel investičních služeb zdržel jakéhokoliv jednání, kterým by zákazníka vybízel k udělaní takového pokynu, který by oprostil poskytovatele od plnění primární právní povinnosti a který může vést ke vzniku škody zákazníkovi

(§ 15l odst. 2 věta druhá ZPKT). Přitom však možnost postupu poskytovatele v souladu s výslovným pokynem zákazníka neplatí patrně absolutně - vzhledem základní maximě jednání obchodníka s cennými papíry s odbornou péčí, by poskytovatel měl zákazníka upozornit na zjevnou nevýhodnost zákazníkem podaného pokynu. Dále vzhledem k obecné povinnosti komisionáře odchýlit se od pokynů komitenta, jen když je to v zájmu komitenta a nemůže-li si vyžádat jeho včasný souhlas (§ 578 odst. 2 ObchZ), nemusí za určitých okolností, pokud má poskytovatel investiční služby informace nasvědčující zjevné nevýhodnosti pokynu podaného zákazníkem a nemůže-li si včas vyžádat souhlas zákazníka, podaný pokyn provést, neboť by mohl porušit obecnou povinnost odborné péče.

K evropskému kontextu dohledu nad plněním povinností při poskytování investičních služeb a k sankcím v této oblasti

Základním východiskem pro právní úpravy poskytování investičních služeb je směrnice o trzích finančních nástrojů („MiFID“).[21] Primárním cílem úpravy obsažené v této směrnici je vytvořit harmonizovaný rámec mj. pro poskytování investičních služeb v rámci celého evropského společenství[22] včetně jasného systému povolování a dohledu nad činností poskytovatelů investičních služeb.[23] Dále směrnice sleduje cíl zajištění adekvátní ochrany investorů,[24] stability finančního trhu, rozvoje trhu včetně posílení soutěže a přeshraničního nabízení investičních služeb.

Pro zajištění těchto cílů považuje MiFID za fundamentální zajištění efektivní kontroly a vynucování pravidel stanovených pro činnost poskytovatelů investičních služeb a to jak v rámci jednotlivých členských států, tak i v celoevropském měřítku zajištěním podmínek pro otevřenou

---

[21] Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/31/ES.

[22] Např. bod (7) Preambule MiFID

[23] Např. bod (17) preambule MiFID, který zmiňuje, že „*Pro zajištění ochrany investorů a stability finančního systému by měly osoby, které poskytují investiční služby nebo vykonávají investiční činnost spadající do oblasti působnosti této směrnice, podléhat povolení vydanému domovským členským státem.*“

[24] Bod (2) Preambule MiFID uvádí, že „*neustále se zvyšující intenzitu zapojení individuálních investorů do obchodování na finančních trzích a zvětšující se šíři nabídky služeb a (investičních) nástrojů. Vzhledem k tomuto vývoji, považovalo Evropské společenství za potřebné významně rozšířit evropský právní rámec o řadu opatření orientovaných na investory. K efektivnímu zajištění tohoto cíle je nezbytné vytvořit dostatečně harmonizovaný právní rámec, který jednak poskytne investorům vysokou úroveň ochrany, jednak investičním podnikům umožní poskytovat v rámci jednotného trhu společenství poskytovat investiční služby na základě dohledu svého domovského státu.*

komunikaci a úzkou spolupráci národních orgánů dohledu. Zakotvuje proto povinnost členských států ustanovit na národní úrovni příslušné orgány, které mají mít veřejnoprávní povahu, a vybavit je dostatečnými pravomocemi tak, aby mohli účinně kontrolovat a vynucovat dodržování povinností stanovených v MiFID.[25] Směrnice přitom ukládá členským státům postupovat tak, aby byly vytvořeny předpoklady k dosažení stejné harmonizované úrovně při vymáhání povinností na celém jednotném finančním trhu v rámci Společenství. Tento požadavek je konkretizován v podobě katalogu minimálních kompetencí, kterými mají být vybaveny orgány dohledu v každém členském státě a které mají umožnit takový rozsah a způsob činnosti, který umožní naplnění cílů předvídaných směrnicí.[26] Směrnice dále požaduje po členských státech, aby zavedly

---

[25] Bod (60) preambule MiFID: „*Je nutné posílit sbližování pravomocí příslušných orgánů tak, aby byly vytvořeny předpoklady k dosažení stejné úrovně při vymáhání a dodržování povinností po celém integrovaném finančním trhu. Účinnost dohledu by měl zaručit společný minimální soubor pravomocí spolu s přiměřeným objemem prostředků.*“

[26] Čl. 50 MiFID vymezuje požadavky na pravomoci příslušných orgánů následovně:

„*1. Příslušné orgány musí mít veškeré dohlížecí a vyšetřovací pravomoci, které jsou pro výkon jejich úkolů nezbytné. V mezích stanovených vnitrostátním právem vykonávají tyto pravomoci*

a) přímo, nebo

b) ve spolupráci s dalšími orgány, nebo

c) v rámci své odpovědnosti přenesením na subjekty, na které byly úkoly přeneseny podle čl. 48 odst. 2, nebo

d) prostřednictvím dožádání u příslušných soudních orgánů.

2. Pravomoci uvedené v odstavci 1 jsou vykonávány v souladu s vnitrostátním právem a zahrnují přinejmenším právo

a) mít přístup k jakémukoli dokumentu v jakékoli formě a obdržet jeho kopii;

b) požadovat informace od kterékoli osoby a v případě nutnosti osobu předvolat a vyslechnout ji za účelem získání informací;

c) provádět kontroly na místě;

d) požadovat existující telefonní záznamy a existující záznamy o datovém provozu;

e) vyžadovat ukončení jakéhokoli jednání, které je v rozporu s předpisy přijatými k provedení této směrnice;

f) požádat o zmrazení nebo obstavení aktiv;

g) požádat o dočasný zákaz profesionální činnosti;

h) požadovat, aby auditoři povolených investičních podniků a regulovaných trhů poskytovali informace;

systém sankcí a opatření k nápravě za porušení povinností stanovených národními právními předpisy v návaznosti na MiFID.[27] Směrnice také uvádí zásady pro vytvoření příslušného systému sankcí, přičemž by příslušné sankce zavedené členskými státy měly být účinné, přiměřené a odrazující. Mezi sankce zařazuje MiFID rovněž možnost odejmutí povolení a dále požaduje, aby sankcí bylo postihováno také odepření či neposkytnutí adekvátní součinnosti při výkonu dohledu nad plnění povinností vyplývajících z MiFID. Směrnice také zdůrazňuje požadavek na transparentnost sankcí, resp. přístupu členských států a jejich národních orgánů dohledu k ukládání sankcí. MiFID stanoví, že orgán dohledu by měly být oprávněn uveřejnit jakékoliv opatření k nápravě nebo sankci uloženou za porušení povinnosti vyplývající z MiFID. Diskrece národních orgánů dohledu ohledně možnosti uveřejnit jakékoliv rozhodnutí o sankci či opatření k nápravě je korigováno kriteriem, že takové uveřejnění nesmí vážně ohrozit finanční trhy nebo způsobit neúměrnou škodu dotčeným osobám.

Vedle požadavku na zajištění veřejnoprávní kontroly a vynucování, včetně možnosti ukládat sankce za porušení povinností stanovených na základě MiFID, požaduje směrnice, aby členské státy podporovali vytváření mimosoudních mechanismů řešení sporů mezi poskytovateli investičních služeb a jejich zákazníky, zejména spotřebiteli.[28] Tento požadavek je

---

i) přijmout jakýkoli druh opatření k zajištění toho, že investiční podniky a regulované trhy budou nadále splňovat právní požadavky;

j) požadovat pozastavení obchodování s finančním nástrojem;

k) požadovat stažení finančního nástroje z obchodování na regulovaném trhu nebo z jiného systému obchodování;

l) postoupit věci k trestnímu stíhání;

m) umožnit auditorům nebo odborníkům provádět kontrolu či šetření."

[27] Článek 51 MiFID upravuje správní sankce takto: „*1. Aniž jsou dotčeny postupy pro odnětí povolení nebo právo členských států ukládat tresty, zajistí členské státy v souladu se svým vnitrostátním právem, aby mohla být přijata vhodná správní opatření nebo aby mohly být ukládány správní sankce osobám za porušení předpisů přijatých k provedení této směrnice. Členské státy zajistí, aby tato opatření byla účinná, přiměřená a odrazující.*

2. Členské státy stanoví sankce za neposkytnutí spolupráce při vyšetřování podle článku 50.

3. Členské státy zajistí, aby příslušný orgán mohl zveřejnit jakékoli opatření nebo jakoukoli sankci, která bude uložena za nedodržení předpisů přijatých při provádění této směrnice, ledaže by toto zveřejnění vážně ohrozilo finanční trhy nebo způsobilo neúměrnou škodu dotčeným osobám."

[28] Bod (61) Preambule MiFID: „*Na ochranu klientů, aniž je tím ovšem dotčeno jejich právo podávat žaloby k soudům, je vhodné, aby členské státy podporovaly veřejnoprávní či soukromoprávní subjekty zřízené za účelem mimosoudního urovnávání sporů a spolupracovaly při urovnávání přeshraničních sporů, s ohledem na doporučení Komise*

koncipován jako doplněk ke standardnímu systému řešení sporů před obecnými soudy, kdy je zdůrazňována jeho větší flexibilita a expertíza oproti obvyklé situaci při řešení obdobných sporů před obecnými soudy. Rovněž je zdůrazňován požadavek, aby členské státy zajistily možnost spolupráce mezi systémy mimosoudního řešení sporů mezi jednotlivými členskými státy mj. za využití systému FIN-NET.[29]

Je důležité podotknout, že problematika sankcí zůstává zatím stále v kompetenci členských států a výše o podmínky pro ukládání sankcí jsou poměrně různorodé. Nicméně s prohlubující se integrací finančního trhu se ukazuje potřeba větší harmonizace i v těchto otázkách. V rámci připravované revize MiFID se uvažuje také o problematice sladění principů pro ukládání sankcí při poskytování investičních služeb.[30] Dále v rámci výboru CESR,[31] který sdružuje orgány dohledu nad kapitálovým trhem ze všech členských států je vytvořena speciální pracovní skupina (CESR- Pol), jejímž cílem je koordinovat činnost orgánů dohledu nad kapitálovým trhem z jednotlivých členských států v oblasti kontroly pravidel stanovených evropskými předpisy pro kapitálový trh a jejich vynucování.[32] Lze

---

98/257/ES ze dne 30. května 1998 o zásadách pro orgány příslušné pro mimosoudní urovnávání spotřebitelských sporů. Při uplatňování ustanovení o postupech pro vyřizování stížností a zjednávání nápravy v rámci mimosoudního urovnávání sporů by členské státy měly být podporovány při využívání existujících mechanismů přeshraniční spolupráce, zejména sítě reklamací finančních služeb (FIN-Net).“

Dále čl. 53 MiFID upravuje požadavky na mimosoudní mechanismy pro stížnosti investorů následovně: „*1. Členské státy podporují zavedení účinných postupů vyřizování stížností a zjednávání nápravy pro mimosoudní řešení spotřebitelských sporů v souvislosti s investičními a doplňkovými službami, které poskytují investiční podniky, popřípadě s využitím stávajících subjektů.*

2. Členské státy zajistí, aby těmto subjektům právní předpisy nebránily v účinné spolupráci při řešení přeshraničních sporů.“

[29] FIN-NET je sdružení národních institucí působících v oblasti mimosoudního řešení sporů mezi spotřebiteli a poskytovateli finančních služeb, které byly vytvořeny na základě Doporučení Komise (98/257/EC). Základní zásady činnosti FIN-NET upravuje Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area - dokument je dostupný na http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/en.pdf.

[30] Tento záměr provést přehodnocení a navrhnout sladění kompetencí a orgánů dohledu a sankcí v jednotlivých oblastech finančního trhu vyplývá z cestovní mapy ECOFIN (ECOFIN Roadmap) odsouhlasené v říjnu 2007 (str. 25 a násl.). O záměru provést tuto revizi během roku 2010 se zmiňuje také dokument Komise Call for evidence Review of Directive 2003/6/EC on insider dealing and market manipulation (Market Abuse Directive) na straně 4.

[31] Committee of European Securities Regulators.

[32] CESR- Pol doposud zpracoval analýzu správních sankcí a opatření k nápravě v oblasti zneužíván trhů v návaznosti na směrnici Evropského parlamentu a Rady 2003/6/ES ze dne 28. ledna 2003.

předpokládat, že výsledkem těchto snah budou podrobná doporučení či spíše závazné standardy pro členské státy k nastavení harmonizovaných postupů a kriterií pro ukládání sankcí a opatření k nápravě, včetně nastavení výše pokut.

Správní delikty a přestupky v oblasti investičních služeb

Převážnou část sankcí veřejnoprávní povahy upravuje ZPKT, který jednak stanovuje peněžité pokuty za spáchání správních deliktů a přestupků, jednak upravuje další opatření k nápravě za porušení povinností při poskytování investičních služeb. Při koncipování správních deliktů a přestupků upravených v ZPKT vycházel předkladatel (Ministerstvo financí) z koncepce správního trestání zpracované Ministerstvem vnitra[33]. Jejím základem je důsledné rozlišování odpovědnosti právnických osob a podnikajících fyzických osob za porušení primárních povinností v podobě správních deliktů a odpovědnosti za porušení primárních povinností fyzických osob (pokud nepodnikají) v podobě přestupků.

ZPKT vymezuje v § 157 správní delikty osob, které poskytují investiční služby Vzhledem k požadavkům koncepce správního trestání na přesné vymezení okruhu subjektů, které se mohou dopustit správního deliktu v návětí příslušného deliktu, volí ZPKT u těch deliktů, kterých se mohou dopustit všechny osoby, které mohou poskytovat investiční služby nebo některé z nich jejich seskupení do příslušných odstavců v § 157. V tomto paragrafu jsou zahrnuty správní delikty obchodníka s cennými papíry (s rozlišením, zda se jedná o všechny obchodníky nebo jenom ty nebankovní), správní delikty zahraničních poskytovatelů investičních služeb a správní delikty investičních zprostředkovatelů (ti poskytují investiční službu přijímání a předávání pokynů a investiční poradenství). U zahraničních poskytovatelů se správní trestání omezuje jenom na ty, kteří v České republice poskytují služby prostřednictvím organizační složky. Zahraniční poskytovatelé investičních služeb, kteří své služby poskytují v České republice, podléhají přímo dohledu dozorového orgánu svého domovského státu a ČNB postupuje vůči těmto subjektům podle § 146 ZPKT. ČNB by rovněž neměla sankcionovat poskytování služeb organizační složkou umístěnou mimo území České republiky, protože v tomto případě se hledí, jako by zahraniční osoba poskytovala služby přímo[34]. Pro všechny tyto

---

o obchodování zasvěcených osob a manipulaci s trhem (zneužívání trhu)

[33] Usnesení vlády České republiky č. 162 ze dne 20. února 2002 a příloha „Zásady právní úpravy přestupků a správních deliktů v zákonech upravujících výkon veřejné správy“.

[34] Srov čl. 32 odst. 7 MiFID „*Příslušný orgán členského státu, ve kterém je pobočka umístěna, odpovídá za zajištění toho, že služby poskytované pobočkou na jeho území plní*

osoby se stanoví také stejná sazba pokuty za stejné správní delikty. Z hlediska závažnosti tedy není rozlišováno, která osoba se dopustila konkrétního správního deliktu - závažnost (společenská nebezpečnost) konkrétních deliktů je tak deklarována jednotným způsobem bez ohledu na typ osoby delikventa. V prvním odstavci § 157 se nerozlišuje, zda mají zahraniční osoby sídlo v členském státě Evropské unie nebo mimo Evropskou unii, a to proto, že povinnosti dohlížené ČNB podle MiFID při přeshraničním poskytováním prostřednictvím poboček se podle české právní úpravy obsažené v § 28 ZPKT (zejména v odstavci 7) vztahují i na mimoevropské poskytovatele. Na druhou stranu se nepostihují poskytovatelé z Evropské unie, kteří poskytují investiční služby přeshraničně bez zřízení pobočky, protože podle zásad MiFID vykonává dohled primárně orgán dohledu domovského státu takového poskytovatele investiční služby.[35] ČNB, pokud zjistí porušení povinností tímto poskytovatelem investičních služeb, informuje o tom příslušný zahraniční orgán dohledu, který přijme vhodná opatření k zamezení dalšího porušování právních povinností (§ 146 ZPKT). Pokud jsou taková opatření přijatá domovským orgánem dohledu neúčinná, může ČNB přijmout opatření k nápravě podle § 136 ZPKT - zjištěné závadné jednání však nebude správním deliktem, za který by ČNB mohla uložit pokutu.

Ohledně vymezení správních deliktů poskytovatelů investičních služeb v § 157 ZPKT je potřebné poznamenat, že vedle deliktního jednání spočívajícího v porušení povinností stanovených v ZPKT se považuje podle § 157 odst. 2 písm. d) za správní delikt také porušení povinnosti poskytnou

---

povinnosti stanovené v článcích 19, 21, 22, 25, 27 a 28 a v opatřeních přijatých na jejich základě.

Příslušný orgán členského státu, ve kterém se pobočka nachází, má právo prověřovat opatření přijatá pobočkou a požadovat změny, které jsou nezbytně nutné k tomu, aby příslušný orgán mohl vymáhat povinnosti podle článků 19, 21, 22, 25, 27 a 28 a podle opatření přijatých na jejich základě týkajících se služeb nebo činností poskytovaných pobočkou na jeho území.“

[35] Srov. čl. 62 odst. 1 MiFID: “*Pokud má příslušný orgán hostitelského členského státu jasné a prokazatelné důvody se domnívat, že investiční podnik činný na jeho území v rámci volného pohybu služeb porušuje povinnosti vyplývající z předpisů přijatých na základě této směrnice nebo že investiční podnik, který má na jeho území pobočku, porušuje povinnosti vyplývající z předpisů přijatých na základě této směrnice, které nesvěřují pravomoc příslušnému orgánu hostitelského členského státu, postoupí tato zjištění příslušnému orgánu domovského členského státu.*

Pokud i přes opatření přijatá příslušným orgánem domovského členského státu nebo proto, že se tato opatření ukáží jako nepřiměřená, jedná investiční podnik i nadále způsobem, který jasně poškozuje zájmy investorů hostitelského členského státu nebo řádné fungování trhů, přijme příslušný orgán hostitelského členského státu poté, co uvědomí příslušný orgán domovského členského státu, veškerá vhodná opatření nezbytná k ochraně investorů a k řádnému fungování trhů. To zahrnuje možnost zabránit investičním podnikům, které se chovají protiprávně, v zahájení jakékoli další transakce na jeho území. Komise je o takových opatřeních neprodleně informována.”

spotřebiteli příslušné informace při uzavírání smlouvy o finančních službách na dálku podle § 54a a násl. občanského zákoníku, za který může ČNB udělit poskytovateli investičních služeb pokutu.

V případě neoprávněného výkonu nebo nabízení investičních služeb vymezuje ZPKT jednak správní delikt v § 164 odst. 1 písm. a), jednak přestupek v § 166 odst. 1 písm. a). Ve vztahu k poskytování investičních služeb se tedy jedná o výkon činnosti spočívající v poskytování investičních služeb osobou, která nemá povolení obchodníka s cennými papíry, povolení pobočky zahraničního obchodníka s cennými papíry, registraci investičního zprostředkovatele nebo není zapsaná v seznamu vázaných zástupců. Pod tento správní delikt (§ 164 odst. 1 písm. a) ZPKT) by spadalo i přeshraniční poskytování investičních služeb poskytovatelem investičních služeb řádně licencovaným v jiném členském státě, který však svůj záměr poskytovat investiční služby neoznámil příslušným způsobem domovskému orgánu dohledu resp. ČNB.

Konstrukce odpovědnosti za správní delikty podle ZPKT vychází z principu odpovědnosti objektivní. ZPKT v § 192 odst. 1 vymezuje libační důvody, když stanoví, že právnická osoba neodpovídá za správní delikt, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení právní povinnosti zabránila.

Ze správních sankcí stanovených dalšímu předpisy veřejného práva, které se dotýkají poskytování investičních služeb, lze zmínit například zákon o ochraně spotřebitele[36] („ZOS“). Mezi primárními povinnostmi uložené ZOS, které se dotýkají činnosti poskytovatelů investičních služeb patří zákaz používání nekalých obchodních praktik, zákaz diskriminace spotřebitele a dodržování pravidel o cenách služeb a způsobu jejich stanovení. Podle definice v § 4 odst. 1 ZOS je obchodní praktika nekalá, je-li jednání podnikatele vůči spotřebiteli v rozporu s požadavky odborné péče a je způsobilé podstatně ovlivnit jeho rozhodování tak, že může učinit obchodní rozhodnutí, které by jinak neučinil. Taková praktika je zakázána. Podle § 6 ZOS nesmí prodávající při poskytování služeb spotřebitele diskriminovat. Obecně se diskriminací rozumí úmyslné či nedbalostní rozlišování, vyloučení, omezení nebo zvýhodnění na základě diskriminačního důvodu. Dodržování povinností a pravidel pro informování o ceně služeb a způsobu jejich stanovení podle § 12 ZOS se rozumí povinnost prodávajícího informovat v souladu s cenovými předpisy spotřebitele o ceně poskytovaných služeb nebo informaci o ceně služeb jinak vhodně zpřístupnit.

ZOS obsahuje také vymezení příslušných správních deliktů a sankcí v podobě peněžitých pokut. Dohled nad dodržováním povinností uložených ZOS poskytovatelům investičních služeb vykonává ČNB podle § 23 odst. 9

---

[36] Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele ve znění pozdějších předpisů.

ZOS a § 44a ZČNB. Pro možnost liberace právnických osob, které spáchali správní delikt se podle § 24b odst. 1 ZOS uplatní stejná pravidla jako v případě správních deliktů podle ZPKT.

Opatření k nápravě při poskytování investičních služeb

Opatření k nápravě představují specifickou skupinu sankcí. Jejich cílem je buď ověření skutečného stavu na náklady dotčené osoby (provedení mimořádného auditu) nebo ukončení trvání protiprávního stavu nebo zmírnění či odstranění škodlivých následků tohoto stavu. Opatření k nápravě při poskytování investičních služeb koncipuje ZPKT odlišně od správních deliktů a přestupků. V § 136 zavádí katalog opatření k nápravě, které může ČNB uložit osobě, u které zjistí porušení povinnosti stanovené ZPKT nebo povinnosti stanovené přímo použitelným předpisem Evropských společenství, tj. příslušnými nařízeními. Při poskytování investičních služeb se jedná o povinnosti stanovené především prováděcím nařízením ke směrnici MiFID.[37]

V rámci opatření k nápravě při poskytování investičních služeb uvedených v § 136 ZPKT lze rozlišit situace, kdy opatření k nápravě, kdy k odstranění protiprávního stavu dochází tím, že subjekt, který porušuje primární právní povinnost, od tohoto porušování upustí sám, resp. svým aktivním konáním či naopak upuštěním od určitého konání, zajistí sjednání nápravy (byť na základě výzvy a hrozby potenciální peněžitou pokutou) nebo dojde k nucenému ukončení protiprávního stavu určitým aktem ze strany ČNB. Do první skupiny případů opatření patří např. zvýšení kapitálu, omezení distribučních aktivit, úprav interních procesů a postupů. Do druhé skupiny patří opatření k nápravě v podobě odejmutí povolení, souhlasu či registrace, nařízení výměny vedoucí osoby, nucené omezení rozsahu činností, ať dočasné nebo trvalé, nebo uveřejnění určité informace. Speciálním případem opatření k nápravě patřícím do této druhé skupiny je nucená správa, kdy dochází k nahrazení „vůle“ a rozhodovacích a řídících kompetencí statutárního orgánu právnické osoby, která porušuje primární právní povinnosti tím, že na místo statutárního orgánu je ustanovena rozhodnutím ČNB osoba jiná - nucený správce.

K trestným činům při poskytování investičních služeb

[37] Nařízení Komise (ES) č. 1287/2006 ze dne 10. srpna 2006, kterým se provádí směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES, pokud jde o evidenční povinnosti investičních podniků, hlášení obchodů, transparentnost trhu, přijímání finančních nástrojů k obchodování a o vymezení pojmů pro účely zmíněné směrnice

V rámci veřejnoprávních sankcí právo pamatuje také na taková jednání při poskytování investičních služeb, která dosahují vysokého stupně společenské nebezpečnosti, v rámci řady ustanovení trestněprávních předpisů, zejména při vymezení skutkových podstat trestných činů. Sankce za spáchání příslušných trestných činů jsou koncipovány jednak jako peněžité tresty, jednak jako tresty odnětí svobody či případně propadnutí věci.

Při poskytování investičních služeb se mohou uplatnit především trestné činy hospodářské. Např. trestný čin neoprávněného podnikání při poskytování investičních služeb bez příslušného povolení.[38] Trestný čin poškozování spotřebitele[39] se také může uplatnit, pokud by poskytovatel investičních služeb svou činnost úmyslně vykonával tak, že by vedla k soustavnému poškozování uživatelů jeho služeb, zejména spotřebitelů. Dalšími skutkovými podstatami trestných činů při poskytování investičních služeb jsou např. zkreslování údajů o stavu hospodaření a jmění (§ 125), porušování závazných pravidel hospodářského styku (§ 127) - např. při manipulaci s trhem, zneužívání informací v obchodním styku (§ 128) např. při využívání informací, které se poskytovatel investičních služeb dozvěděl v rámci poskytování služeb zákazníkovi, např. při provádění pokynů, kdy se může jednat o vnitřní informace, trestný čin pletich při veřejné soutěži a veřejné dražbě (§ 128a) může být spáchán v případě, kdy obchodník s cennými papíry organizuje veřejnou dražbu a neadekvátním způsobem stanovení vyvolávací ceny, poskytování informací o předmětu dražby či organizací průběhu dražby, dojde k dosažení nestandardního výsledku dražby, mající za následek např. poškození majitele dražené věci či zvýhodnění některého z dražebníků.

Z trestných činů proti pořádku ve věcech veřejných přichází v úvahu např. trestný čin maření výkonu úředního rozhodnutí (§ 171) např. v případě pokračování v poskytování určitých investičních služeb u poskytovatele, kterému byl zúžen rozsah jeho povolení k poskytování investičních služeb.

Z trestných činů proti majetku může při poskytování investičních služeb docházet ke zpronevěře (§ 248), např. v situaci, kdy je poskytovateli investičních služeb svěřen určitý majetek zákazníka spočívají např. v cenných papírech, který má poskytovatel investiční služby obhospodařovat a poskytovatel si tyto cenné papíry přisvojí. K trestnému činu neoprávněného užívání cizí věci (§ 249) může docházet v situaci, kdy si poskytovatel bez získání příslušného souhlasu zákazníka svěřené cenné papíry „vypůjčí“ za účelem provádění svých obchodů. K trestnému činu podvodu (§ 250) může dojít kupř. v situaci, kdy poskytovatel investiční služby, který obstarává pro emitenta vydávání cenných papírů, úmyslně

---

[38] § 118 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů.

[39] § 121 zákona č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů

poskytuje zákazníkům nepravdivé informace tak, aby ovlivnil jejich rozhodování o upsání nově emitovaných cenných papírů. Pokud by se jednalo o činnost koordinovanou mezi poskytovatelem a emitentem s cílem zajistit úspěšné upsání emise cenných papírů, mohlo by případně jít o trestný čin zločinného spolčení (§ 163a). Speciální skutkovou podstatou, které se obecně uplatní při poskytování investičních služeb, je porušování povinností při správě cizího majetku (§ 255), neboť základní povinností uloženou poskytovatelům investičních služeb je poskytovat služby s odbornou péčí, která mj. zahrnuje ochranu zájmů zákazníka a majetku zákazníka. Nejmarkantněji se tato povinnost a její porušení projevují např. při aplikaci pravidel provádění pokynů zákazníků za nejlepších podmínek či při asset managementu.

Ke kompetencím České národní banky při dohledu nad poskytováním investičních služeb a uveřejňování rozhodnutí

Správním orgánem kompetentním ke kontrole a vynucování povinností při poskytování investičních služeb je Česká národní banka, která je k tomu zmocněna na základě ustanovení § 44 ZČNB, § 3 ZDKT a § 135 ZPKT. Při výkonu dohledu ČNB postupuje podle zvláštní procesní úpravy uvedené v ZPKT případně v ZDKT. Při výkonu státní kontroly se její postup řídí ZSKo[40].

Při řízení, ve kterém projednává porušení povinností stanovených poskytovatelům investičních služeb a dalším osobám působícím v oblasti kapitálového trhu, se obecně postup ČNB řídí správním řádem s některými odchylkami. Takovým speciálním případem je možnost ČNB uplatnit diskreci ohledně zahájení správního řízení při zjištění porušení povinnosti v rámci dohledu v oblasti kapitálového trhu, zakotvená v § 6 odst. 2 ZDKT. Toto ustanovení umožňuje ČNB zvážit, zda vůbec zahájí správní řízení, ve kterém by rozhodovala o uložení opatření nápravě nebo sankce za porušení povinnosti stanovené zvláštním právním předpisem - tj. v případě poskytování investičních služeb povinností uložených ZPKT.

Při rozhodování o tom, zda řízení zahájí či nikoliv, vychází ČNB zejména z povahy, závažnosti, doby trvání a následku protiprávního jednání a případného postupu osoby podezřelé z porušení právní povinnosti při odstraňování následků protiprávního jednání. Takto koncipovaná diskrece umožňuje ČNB posoudit, zda je efektivní vést správní řízení a případně ukládat opatření k nápravě či pokutu, zejména v případech, kdy osoba, která porušila příslušnou primární právní povinnost učinila kroky, které omezují negativní dopady jejího protiprávního jednání. Tato osoba se tak sama rozhodla přijmout určitou újmu v souvislosti se svým (s vysokou

[40] Zákon č. 552/1991 Sb., o státní kontrole ve znění pozdějších předpisů.

pravděpodobností) protiprávním jednáním. Např. se jedná o situace, kdy v důsledku porušení povinnosti odborné péče poskytovatelem investiční služby vznikne jeho zákazníkovi škoda a poskytovatel se se zákazníkem dohodne na určitém odškodnění, o situaci, kdy poskytovatel, který nedodržuje požadavky na kapitálovou přiměřenost navýší adekvátním způsobem kapitál atp. ČNB tak před rozhodnutím o zahájení správního řízení má možnost posoudit, zda náprava či kompenzace přijatá osobou, která porušila primární právní povinnost je adekvátní z hlediska rozsahu vzniklé škody či ohrožení a zda je efektivnějším a dostatečným řešením příslušného protiprávního stavu, než-li je vedení správního řízení a uložení opatření k nápravě či peněžité sankce.

Výsledkem posouzení příslušné situace ze strany ČNB je buď rozhodnutí o zahájení správního řízení a případné uložení opatření k nápravě nebo peněžité sankce v jeho rámci nebo sepsání zápisu o odložení věci v případě, kdy se ČNB rozhodne správní řízení nezahájit. Z praktického hlediska je ze strany ČNB i poskytovatelů investičních služeb a dalších účastníků kapitálového trhu vesměs toto diskreční oprávnění ČNB vnímáno pozitivně. V případě zjištění protiprávního stavu umožňuje poskytovatelům investičních služeb aktivně odstranit protiprávní stav a případně kompenzovat škody, umožňuje to snížit náklady na případné správní řízení, právní služby a související náklady. Zásadním faktorem pro poskytovatele investičních služeb, proč hodnotí tuto diskreci ČNB jako přínosnou je, že jim umožňuje, při splnění určitých podmínek, vyhnout se negativnímu vlivu správního řízení a případného uveřejnění rozhodnutí, kterým by se jim uložilo opatření k nápravě nebo peněžitá sankce, na jejich dobrou pověst.

V rámci kompetencí ČNB stanovených v ZDKT je z hlediska sankcí relevantní také uveřejňování pravomocných nebo vykonatelných rozhodnutí upravené v § 14 ZDKT. V praxi toto uveřejňování probíhá prostřednictvím webové stránky ČNB.[41] ČNB konkrétně uveřejňuje výroky všech pravomocných rozhodnutí vydaných podle ZDKT nebo podle zvláštních právních předpisů v oblasti kapitálového trhu. ČNB dále uveřejňuje pravomocná nebo vykonatelná rozhodnutí, která jsou zásadní povahy, s výjimkou těch, která obsahují informace, na které se vztahuje režim ochrany utajovaných skutečností podle zvláštního zákona.[42] Tato rozhodnutí se vždy uveřejňují s anonymizovanými údaji třetích osob. Při uveřejňování plných textů pravomocných rozhodnutí provede ČNB posouzení, zda by plným uveřejněním mohl být ohrožen kapitálový trh nebo způsobena neúměrná újma dotčeným osobám a případně uveřejní rozhodnutí v anonymizované

[41] Výroky pravomocných rozhodnutí ČNB jsou dostupné zde: http://www.cnb.cz/cs/dohled_fin_trh/dohled_kapitalovy_trh/pravomocna_rozhodnuti/susr.html

[42] Zákon č. 148/1998 Sb., o ochraně utajovaných skutečností a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů

podobě. Obdobné oprávnění uveřejnit rozhodnutí může ČNB využití i v případě rozhodnutí, která nejsou zásadní povahy.

Uveřejnění rozhodnutí, jak v podobě uveřejnění výroku, tak tím spíše v případě uveřejnění celého textu rozhodnutí, lze chápat také jako určitou specifickou sankci, která osobě porušivší primární povinnost přináší určitou újmu - informace o pravomocně konstatovaném nedostatku v její činnosti se stává veřejně známou, působí negativně na její dobrou pověst a tím této osobě přináší určitou újmu. Vzhledem k tomu, že podnikání poskytovatelů investičních služeb je velmi výrazně ovlivňováno faktorem důvěry zákazníků k poskytovatelům a relativně velkou mobilitou zákazníků, může být uveřejnění rozhodnutí sankcí poměrně tvrdou.

K soukromoprávním sankcím

Při poskytování investičních služeb se zpravidla jedná o výkon činnost na základě smlouvy uzavřené mezi poskytovatelem investičních služeb a zákazníkem. Při poskytování investičních služeb může dojít jak k odpovědnosti deliktní, tak i k odpovědnosti smluvní. V případě, že relevantní jednání poskytovatele investiční služby, které povede k porušení zákonné či smluvní povinnosti bude mít za následek vznik materiální újmy na straně zákazníka, materializuje se sankce zpravidla v povinnost nahradit vzniklou škodu podle obecných ustanovení občanského práva (§ 420 a násl. občanského zákoníku). V případě porušení smluvní povinnosti, kdy nárok na plnění na základě tohoto porušení je upraven přímo v příslušné smlouvě, je sankcí zpravidla příslušná sekundární povinnost zakotvená ve smlouvě. Pokud je smluvní pokutou podle § 554 občanského zákoníku zajištěna povinnost, z jejíhož porušení vznikla škoda, nárok na náhradu škody nevzniká, pokud si ovšem účastníci neujednali v dohodě o smluvní pokutě něco jiného. Věřitel (poškozený) se může domáhat náhrady škody v rozsahu přesahujícím sjednanou výši smluvní pokuty, jen je-li to výslovně ujednáno.[43] Pro možnost vyvinění se uplatní obecná zásada obsažená v § 420 odst. 3 občanského zákoníku, která vychází z předpokládaného zavinění. Osoba, z jejíhož jednání vznikla škoda, se však může vyvinit, pokud prokáže, že škodu nezavinila.

V případě, kdy je k poskytování investičních služeb využíváno vázaného zástupce, který je v příslušném smluvním vztahu buď s obchodníkem s cennými papíry, investičním zprostředkovatelem (§ 32a ZPKT) nebo s investiční společností (§ 76 odst. 4 ZKI), stanoví ZPKT v § 32a odst. 5, že za výkon činností vázaného zástupce spočívající v zařizování či uzavírání obchodů týkající se investiční služby, přijímání a předávání pokynů anebo

[43] Švestka, J., et al. Občanský zákoník: komentář. 1. vydání. C.H.Beck, 2008. sv. 1, s. 1061.

investičního poradenství, odpovídá příslušný zastoupený poskytovatel investičních služeb. Zastoupená také odpovídá za škodu způsobenou vázaným zástupcem. Jedná se o ustanovení analogické k § 420 odst. 2 občanského zákoníku upravující odpovědnost za jiného. Je zde ovšem určitá modifikace v tom, že vázaní zástupci nejsou v pracovněprávním vztahu, jejich registrace je koncipována jako samostatné podnikatelské oprávnění. Na druhou stranu určitou podobnost postavení vázaných zástupců, kteří mohou svou činnost vykonávat pouze pro jediného poskytovatele investičních služeb, s postavením zaměstnanců je zde nutno připustit. Při náhradě škody vzniklé činností vázaného zástupce má zastoupený nárok na postih za vázaným zástupcem, přičemž ZPKT nestanovuje žádná omezení jako je tomu v případě občanského zákoníku, který odkazuje na limitaci odpovědnosti podle pracovněprávních předpisů. Lze předpokládat, a v praxi je to obvyklé ustanovení ve smlouvách o obchodním zastoupení uzavíraných, že postih se uplatní v plné výši škody nahrazované poskytovatelem investičních služeb.

Určitou sankční roli může sehrát také institut odstoupení od smlouvy ve smyslu § 48 odst. 1 občanského zákoníku. Tímto se smlouva od počátku ruší a strany jsou povinny si vrátit vzájemně poskytnutí plnění. Újmu (sankci) lze v případě odstoupení od smlouvy o poskytování investičních služeb zákazníkem spatřovat v tom, že poskytovatel investičních služeb přichází o zákazníka, který by mu platil poplatky za poskytované služby. Speciální možnost jednostranného odstoupení od smlouvy svědčícího zákazníkovi poskytovatele investičních služeb resp. finančních služeb v podobě zákonného práva na odstoupení, obsahuje § 54c občanského zákoníku v rámci úpravy ze finančních smluv uzavíraných na dálku. Tato úprava jednostranně zvýhodňuje zákazníka, který je spotřebitelem, a účelem tohoto institu je poskytnou určitou zvýšenou ochranu spotřebitelům dopřát jim určitou ochrannou dobu (tzv. „cooling off period“). Odstoupit lze bez udání důvodů ve lhůtě 14 dnů od uzavření smlouvy, vyjma případů, kdy je cena poskytované služby ovlivněna pohybem tržních cen. Přísnější sankční povahu má možnost odstoupení zákazníka, který je spotřebitelem, v případě, že poskytovatel investičních resp. finančních služeb nedodrží předepsané informační povinnosti při uzavírání finančních smluv na dálku (§ 54b). Neposkytnutí předepsaných informací je zde sankcionováno tím, že spotřebiteli zákon (§ 54b odst. 11 občanského zákoníku) přiznává právo odstoupit od smlouvy 3 měsíce poté, co se spotřebitel dozví o porušení povinnosti poskytovatelem investiční resp. finanční služby.

V případě, kdy mezi poskytovatelem investičních služeb a zákazníkem vznikne spor ohledně poskytovaných investičních služeb a případně uplatnění příslušného sankčního nástroje, zpravidla náhrady škody, a tento spor není vyřešen dohodou mezi stranami, je nutné příslušný nárok uplatnit soudní cestou, případně cestou rozhodčího řízení podle zákona o rozhodčím řízení. V současnosti pro oblast investičních služeb neexistuje institucionalizovaný mechanismus mimosoudního řešení sporů ani pro zákazníky, kteří jsou spotřebiteli tak, jak k tomu členské státy vyzívá např.

MiFID. V současnosti takový systém existuje na finančním trhu pouze pro oblast platebního styku v podobě institutu finančního arbitra. Nicméně Ministerstvo financí ve svém konzultačním dokumentu k problematice mimosoudního řešení sporů mezi spotřebiteli a finančními institucemi předpokládá vytvoření takovéhoto institutu i pro oblast investičních služeb.[44]

Pravidla profesních sdružení a sankce při poskytování investičních služeb

Vedle právních předpisů upravujících primární povinnosti, odpovědnost za jejich porušení a sankce jsou v oblasti investičních služeb relevantní také pravidla přijatá profesními organizacemi působícími v oblasti kapitálového trhu. Tato pravidla nejsou pravda obecně závazná, uplatní se pouze ve vztahu ke členům příslušného profesního sdružení, nicméně jejich regulační role není zcela zanedbatelná. V České republice v současnosti působí čtyři profesí sdružení, která sdružují poskytovatele investičních služeb:

Česká bankovní asociace, sdružující banky včetně těch, které poskytují investiční služby,

Asociace pro kapitálový trh, sdružující obchodníky s cennými papíry, banky poskytující investiční služby a investiční společnosti,

Asociace finančních zprostředkovatelů a finančních poradců České republiky, sdružující mj. investiční zprostředkovatele,

Unie společností finančního zprostředkování a poradenství, sdružující mj. investiční zprostředkovatele.

Všechny tyto asociace upravují ve svých stanovách a v příslušném etickém kodexu povinnosti svých členů mj. při poskytování investičních služeb. Porušení povinností projednávají příslušné etické výbory nebo komise, které mohou navrhnout vedení příslušné asociace uložení určitých sankcí nebo opatření k nápravě členům, u kterých bylo zjištěno porušení příslušné povinnosti stanovené předpisem přijatým profesním sdružením. Sankcionování vychází především z principu „blame and shame“, který zdůrazňuje váhu dobré pověsti jak v obchodních vztazích, tak ve vztazích se zákazníky, kdy samotná skutečnost projednání pochybení člena sdružení před příslušným etickým výborem nebo komisí je vnímáno jako svého druhu sankce. Mezi sankcemi, které je členům profesního sdružení možno ukládat, jsou v profesních předpisech uváděny například udělení výtky členovi sdružení, udělení výtky s uveřejněním, pozastavení členství či

[44] Konzultační materiál - Mimosoudní řešení spotřebitelských sporů na finančním trhu, Ministerstvo financí. Praha. Srpen 2008. s. 22. [zpřístupněno 30. října 2009 na www.mfcr.cz].

vyloučení. Předpisy některých sdružení (např. Stanovy AKAT) uvádějí mezi sankcemi i možnost sdružení podat podnět k prošetření předmětného jednání člena sdružení příslušnému orgánu dohledu.

Závěrem

Oblast investičních služeb patří beze sporu mezi nejvíce regulované oblasti podnikání. Tuzemská právní úprava poskytování investičních služeb se prakticky bez výhrady odvíjí od příslušných evropských předpisů a jejím primárním cílem je vytváření jednotného evropského trhu, ochran spotřebitelů a zajištění stability trhu. K těmto cílům se upínají povinnosti uložené poskytovatelům investičních služeb s cílem zajistit řádný a stabilní výkon jejich činnosti a vytvořit předpoklady pro poskytování kvalitních investičních služeb zákazníkům, kdekoliv v rámci celého jednotného trhu. Pro zajištění kontroly plnění těchto povinností je členským státům uloženo vytvořit adekvátní rámce správních institucí vybavených dostatečnými kontrolními oprávněními a sankčními pravomocemi. Adekvátní správní sankce a opatření k nápravě, jako odpovědnostní korektiv či negativní zpětná vazba, jsou považovány za zásadní prvek v celém evropském mechanismu regulace investičních služeb. Aktuálně se proto uvažuje o potřebě další harmonizace těchto kompetencí, správních opatření k nápravě a sankcí na evropské úrovni, přičemž diskuse nabývá na intenzitě v souvislosti s návrhy na vytvoření evropských institucí pro dohled nad jednotlivými sektory finančního trhu.

Vedle správních sankcí obsahuje právní řád pro porušení povinností při poskytování investičních služeb, které dosáhne významné úrovně společenské nebezpečnosti, také sankce trestního práva, byť zde nejsou stanoveny žádné speciální skutkové podstaty trestných činů, které by se týkaly výlučně poskytování investičních služeb. V oblasti trestních sankcí pro oblast investičních služeb, resp. finančního trhu, však zatím nejsme svědky tak intenzivního harmonizačního úsilí, jako je tomu v oblasti správních sankcí.

Omezením veřejnoprávních sankcí však je, že jejich uložením zpravidla nedochází k poskytnutí příslušné kompenzace, restituce či zadostiučinění zákazníkům poskytovatelů investičních služeb. Pro jejich zajištění je nutno uplatnit příslušné odpovědnostní a sankční instituty soukromého práva. Při poskytování investičních služeb se vesměs jedná o náhradu škody při deliktní odpovědnosti či smluvní pokutu při závazkové odpovědnosti. Případně se v některých vztazích může uplatnit sankce v podobě odstoupení od smlouvy, která je při poskytování finančních smluv na dálku koncipována jako institut na ochranu zákazníka, který je spotřebitelem. Z hlediska mechanismu vynucování těchto sankcí přichází v úvahu vedle standardní soudní cesty i mimosoudní řešení, přičemž v tuzemsku doposud neexistuje specializovaná platforma pro řešení sporů mezi finančními

institucemi a spotřebiteli při poskytování investičních služeb, byť o záměru na vytvoření takového mechanismu se vedou koncepční diskuse.

Klíčovým předpokladem pro efektivní působení sankcí jako korekčního prvku mechanismu právní regulace je nutné jejich efektivní ukládání poté, co je zjištěno porušení primárních povinnosti. Zde je důležitá dostatečnost pravomocí příslušného dohledového orgánu a také možnost uplatnění určité diskrece při rozhodování o zahájení případného správního řízení, kdy je možno využití určitých objektivně stanovených faktorů k motivaci osoby, která porušila svou primární povinnost ke sjednání nápravy. Ke kompetencím ČNB pro výkon dohledu v oblasti investičních služeb a vedení příslušných řízení lze závěrem uvést, že v rámci dlouhodobějších záměrů prezentovaných ministerstvem financí se uvažuje o sladění těchto pravidel pro výkon dohledu v jednotlivých sektorech finančního trhu v podobě souhrnného zákona o dohledu nad finančním trhem.[45] Doufejme, že výsledná podoba legislativní úpravy umožní při výkonu dohledu a vedení správního řízení i nadále dostatečnou flexibilitu. Ke zvýšení účinnosti sankcí je také vhodné zajistit jejich otevřenou komunikaci celkového přístupu orgánu dohledu (ČNB) k ukládání sankcí a formulaci „sankční politiky“, která by byla veřejně prezentována obdobně jako je tomu v případě Financial Services Authority ve Velké Británii.[46]

Literature:

- Fiala, J. a kol. Občanské právo. Praha: ASPI, a.s., 2006, 1000 s. ISBN: 80-7357-212-5
- Švestka, J. et al., Občanský zákoník: komentář. 1. vydání. C.H.Beck, 2008. 2. sv. ISBN 978-80-7400-004-1
- Knap. V., Teorie práva. Praha: C.H.Beck, 1995, 245 s. ISBN 80-7179-028-1
- Kubů, L., Hungr, P., Osina, P. Teorie práva. Praha: Linde Praha, 2007, 336 s. ISBN 978-80-7201-637-2

---

[45] Věcný záměr zákona o dohledu nad finančním trhem. [zpřístupněno 30. října 2009 na www.mfcr.cz].

[46] Blíže např. FSA Enforcement Information Guide

http://www.fsa.gov.uk/pages/doing/regulated/law/pdf/enf_procedure.pdf

- Commission Recommendation of 30 March 1998 on the principles applicable to the bodies responsible for out-of-court settlement of consumer disputes
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/39/ES ze dne 21. dubna 2004 o trzích finančních nástrojů, ve znění směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/31/ES
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2006/48/ES ze dne 14. června 2006 o přístupu k činnosti úvěrových institucí a o jejím výkonu (přepracované znění)
- Memorandum of Understanding on a Cross-Border Out-of-Court Complaints Network for Financial Services in the European Economic Area [zpřístupněno 30.10. 2009 na http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/docs/mou/en.pdf]
- Call for evidence Review of Directive 2003/6/EC on insider dealing and market manipulation (Market Abuse Directive), European Commission. Brusel, duben 2009, 20 s. [zpřístupněno 10.11. 2009 na http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2009/market_abuse_en.htm]
- FSA Enforcement Information Guide
- http://www.fsa.gov.uk/pages/doing/regulated/law/pdf/enf_procedure.pdf
- Zásady právní úpravy přestupků a správních deliktů v zákonech upravujících výkon veřejné správy. Ministerstvo vnitra České republiky. Praha. 2002
- Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 15/1998 Sb., o dohledu v oblasti kapitálového trhu a o změně a doplnění dalších zákonů ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 6/1993 Sb., o České národní bance ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 552/1991 Sb., o státní kontrole ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 140/1964 Sb., trestní zákon ve znění pozdějších předpisů

- Zákon č. 634/1992 Sb., o ochraně spotřebitele ve znění pozdějších předpisů.
- Etický kodex České bankovní asociace, www.czech-ba.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Etický kodex AFIZ, www.afiz.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Etický kodex AFAM, www.akat.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Etický kodex AKAT, www.akat.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Etický kodex USF, www.usfcr.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Stanovy České bankovní asociace, www.czech-ba.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Stanovy Asociace pro kapitálový trh, www.akatcr.cz, [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Stanovy AFIZ, www.afiz.cz [zpřístupněno 15.11. 2009]
- Konzultační materiál - Mimosoudní řešení spotřebitelských sporů na finančním trhu, Ministerstvo financí. Praha. Srpen 2008. [zpřístupněn 30. října 2009 na www.mfcr.cz]
- Konzultační materiál Ministerstva financí - Věcný záměr zákona o dohledu nad finančním trhem. [zpřístupněno 30. října 2009 na www.mfcr.cz].

Contact – email
zdenek.hustak11@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SELECTED PROBLEMS OF CONCENTRATION OF OWNERSHIP IN JOINT STOCK COMPANIES AND THEIR SOLUTION IMPLEMENTATION SQUEEZE OUT

JAROSLAVA HEČKOVÁ - ALEXANDRA CHAPČÁKOVÁ

Faculty of Management, Prešovská univerzita in Prešov, Slovakia

Abstract in original language
Príspevok poukazuje na problémy pri koncentrácii vlastníctva v akciových spoločnostiach, ktorých akcie sú obchodované na kapitálovom trhu vrátane problému "free-rider" a navrhuje ich riešenie uplatnením a realizáciou inštitútu squeeze out.

Key words in original language
Akciová spoločnosť; Problém "Free-Rider"; Vlastníctvo; Squeeze Out.

Abstract
The paper points to problems in concentration of ownership in public joint stock companies whose shares are traded on the capital market including the "free rider" problem and the solution implementation and execution squeeze out.

Key words
Joint-stock company; Free-Rider problem; Ownership; Squeeze Out.

1. INTRODUCTION

Economic theory (Samuelson, 1954, pp. 387-389, Musgrave, 1959, Musgrave, Musgrave, 1994, pp. 38-41, Buchanan, 1998, pp. 117-118) explains the free-rider problem as a hiding of „actual preferences“of an individual with the aim "to hamper" an achievement of generally beneficial results of group decision-making. An individual will not be willing to absorb certain costs, unless at the same time to be able to expect certain visible benefits, measured from the point of view of a contribution to his/her personal benefit. If an individual expects that other individual (or more individuals) will provide certain benefits to him/her, he/she shall not initiate an action in accordance with costs takeover. Because the individual thinks in such a manner that his/her attitude cannot influence the attitude of others, and therefore the effort to maximize the benefit does not force him/her to make anything independently or privately in respect of common interests.

2. TAKEOVER BID VERSUS FREE RIDER

Empirical studies of Grossmann, Hart (1980), Yarrow (1985), Weston, Chung, Siu (1998), Fishman (1988) and other authors in the sphere of takeover bids at joint-stock companies from the part of new shareholder are dealing with an influence of dynamic changes in proprietary structure of

these companies to general system of their administration (so called corporate governance). Empirical observation of the influence of changes in proprietary structure of the joint-stock companies on internal structure of management of these companies, was determined by certain basic prerequisites, such as:

- there were joint-stock companies the stock of which is publicly marketable at capital market,
- joint-stock companies had perfectly disintegrated proprietary structure,
- rational consideration of all „concerned" subjects were taken into account,
- the base was knowledge of value of particular joint-stock companies,
- transaction costs were taken into account.

The results of studies proved and confirmed a difference in a perception of value of joint-stock company from the point of view of current shareholders within the framework of disintegrated proprietary structure of the company and from the point of view of a new accessory shareholder. New shareholder, carrying out a takeover bid, is sure that he/she will achieve the increases of economic-efficiency and performance in target joint-stock company by appropriate management of the company, implementation by economies of scale and achieved synergic actions. Finally, the total value of this company will subsequently increase as well.

Takeover Bid Model	Before Takeover Bid		After Takeover Bid	
	Current shareholder	External Subject carrying out takeover bid	New shareholder	Former shareholder
Stock value	AS	AP (AP>AS)	AN	AB
Price quoted	M/A	AB(AP>AB>AS)	AB(income=AP-AB)	M/A

Takeover Bid Model	Before Takeover Bid	After Takeover Bid
Source: Modified after Morava (2006, pp. 16-17) AS – a value perceived by current shareholder (or price at stock exchange), AP - a value perceived by shareholder carrying out a takeover bid within management buy-outs[1] (MBO - Management-Buy-Outs) and leveraged buy-outs[2] (LBO -Leveraged-Buy-Outs), AB - a price quoted to current shareholders for their stock.		

Table 1 Model of takeover bid

The increase of performance of joint-stock company according to Damodaran (1997, p. 677) must be higher than the price quoted to current shareholder for their stock (AB) so as to achieve the mentioned synergic actions after the takeover bid has been carried out. Failing this, a loss in the amount of transaction costs connected with the takeover bid could occur, what would finally conduce to withdrawal of the takeover bid.

Similar situation occurs also on the side of current shareholder, who compares the price quoted for stock possessed by him/her (AB) to publicly marketable stock, or to the price of a share perceived by him/her (AS). If the price quoted (AB) is equal or even lower than the value perceived by current shareholder (AS), the takeover bid will not occur. It results from abovementioned that takeover bids are carried out only from certain significant boundaries of differences of the price, which is perceived by current shareholder and the price quoted by external subject (new shareholder) carrying out the takeover bid.

In the case of takeover bid (purchase of major block of shares) of joint-stock company operating in capital market from the part of external subject (new shareholder), the effort of current shareholders to maximize their income within disintegrated proprietary structure in form of price for the stock possessed by them is on the one side, and the effort of external subject to maximize the takeover effects is on the other side.

[1] Management buyouts (MBO) are carried out (Kislingerová, 2007) if a company as a whole, or a certain part of it, is bought by management itself or with another participants (investment companies). Management buyouts are used in large companies in the case of so called spin-off, what means a separation of those parts of the companies, which are not suitable for its basic profile. The benefit of management buyouts is usually very good information about the company from the part of purchasing management. On the contrary, more extensive utilization of loan capital is the disadvantage (buying on loan).

[2] Leveraged buyout is carried out if a company is bought by a group of persons not coming from the given company (Kislingerová, 2007).

Under the given circumstances, current shareholder is adopting a decision, whether he/she will sell his/her stock for price quoted (AB) to external subject (a new shareholder) (suppose that price quoted is higher than the value of a share AB>AS perceived by him/her), or he/she will hold the stock and try to benefit from the situation after the takeover bid carried out in the form of a difference between the value perceived by new shareholder carrying out the takeover bid and the value perceived by current shareholder (AP - AS).

In the case of notice of takeover bid, the current shareholder supposes that the external subject (new shareholder) will carry out the takeover for the price quoted (AB), which is higher than the value perceived by current shareholder (AS) while there is concurrent intention to achieve a prospective of additional income in the form of a difference (AP - AB). At the same time, current shareholder need not know the value perceived by external subject (AP), which carries out the takeover bid within management or leverage buy-outs.

There is no certainty for any current shareholder that external subject (new shareholder) did not come to terms with other shareholders within disintegrated proprietary structure of the company. Considering the circumstances, any of current shareholders shall intend to trade his/her stock for the price quoted (AB). Because, he/she shall try „to ride free“ as a „free-rider“.

Thus, Free-rider Problem will become evident at takeover bid in the effort of current shareholder to maximize takeover effects, what will cause that any current shareholder will not respond even under ideal conditions of takeover bid, what means that takeover will not occur.

Free-rider problem occurs, if current shareholders within disintegrated proprietary structure are indifferent to sale of stock to external subject (new shareholder) and further persistence in the given joint stock company. The given circumstances occur when the price quoted to current shareholder for their stock (AB) equals to the value perceived by new shareholder (AP). Therefore, a motivation to takeover from the part of current shareholders occurs only if the price quoted (AB) is higher than the value (AP). However, in the given case, external subject (new shareholder) will not be interested in carrying out of takeover, because he/she could suffer a loss in the amount of a sum of transaction costs (connected with possible takeover execution) and value quantified by the difference between the price quoted (AB) and the value perceived by him/her (AP).

3. FREE-RIDER VERSUS SQUEEZE OUT

Squeeze out („right to buy out“, or „displacement of minor shareholders“) enables for major shareholder, who has achieved a certain high property limit, to displace other (minor) shareholders. Thus, the aim of squeeze out is „to clear“ property in the joint stock companies, where strong major

shareholder, or more shareholders acting concordant, exist. These ones are concerned with further developing of business activity of joint stock company according their own ideas and as well as are ready to simplify and decrease the administrative burden of the company, to make more rationalized and to decrease the flexibility of its management, or to change its dividend policy through displacement of other shareholders, who, based on proprietary rights, dispose of low decision-making potential.

The effort of major shareholder to acquire 100 per cent interest in the joint stock company is, to some extent, similar to takeover bid. Every minor shareholder can sell his/her stock for the value perceived by him/her (AS), and perceived identically by major shareholder as well. In the case that major shareholder offers the price for stock of minor shareholders, which is higher than the value of the stock perceived commonly (AS), minor shareholders expect correctly that major shareholder tries to acquire 100-per cent majority. Therefore they will "wait for willingness" of major shareholder to offer even higher price for their stock, what, theoretically, can continue for ages. And finally, it may significantly raise total costs for takeover.

Efficient solution of the abovementioned problems incidental to „free riding“ can be the application of squeeze out institutes. In the situation, when every minor shareholder actually considers possible "free ride", and thereby also implementation of the effect in the amount of the difference between the value perceived by major shareholder and the price offered for their stock (AP - AB), but at the same time he/she is afraid that just at the application of squeeze out from the part of major shareholder he/she will be displaced for market price (AS) or for the price set in the expert’s statement (not taking the value perceived by major shareholder (AP) into account in full extent), he/she will finally accept the price offered in the amount of AB, despite the fact that AB is lower than the value perceived by major shareholder (AP). The price offered (AB) will be equal or higher than the value perceived by minor shareholder (AS).

4. CONCLUSION

Solving of problems connected with the concentration of property in the joint stock companies, which operate at capital markets, including the problem of free-rider, enables to apply efficiently the institutes of squeeze out (thus the right of buyout) and subsequently their implementation. The change of proprietary structure from disintegrated one with many minor shareholders to the concentrated one with 100-per cent majority of one shareholder as so called going private process carries synergic effects of rationalization and flexibility of management system of a joint stock company at concurrent economies of scale and lower administrative burden of its management.

Literature:

- Buchanan, J. M.: Veřejné finance v demokratickém systému (Public Finance in Democratic System), Brno: Computer Press, 1998, ISBN 80-7226-116-9
- Damodaran, A.: Corporate Finance – Theory and Practise, New York: John Wiley & Sons Inc., 1997, ISBN 0-471-07680-5
- Fishman, M. J.: A Theory of preemptive takeover bidding. In: The RAND Journal of Economics Vol. 19, 1988, p. 88-101, ISSN 0741-6261
- Grossmann, S. J. et al: Takeover Bids, the Free-Rider Problem, and the Theory of the Corporation. In: Bell Journal of Economics Vol. 11, 1980, p. 42-64, ISSN 0361-915X
- Hečková, J., Chapčáková, A.: Explikácia významu inštitútu Squeeze Out v podmienkach Slovenskej republiky (Explication of Importance of Squeeze Out Institute under Conditions of the Slovak Republic). In: Ekonomický časopis Vol. 5/57, 2009, p. 424-444, ISSN 0013-3035
- Kislingerová, E. et al: Manažérske financie (Managerial Finance). Praha: C. H. Beck, 2007, ISBN 978-80-7179-903
- MORAVA, T.: Vytěsnení minoritních akcionářů (Displacement of Minor Shareholders). Doktorská disertační práce (Doctoral Thesis), Praha: Vysoká škola ekonomická v Praze – Fakulta podnikovohospodářská, 2006
- Musgrave, R. A.: The Theory of Public Finance. New York: McGraw-Hill, 1959, ISBN 0333613554
- Musgrave, R. A. et al: Veřejné finance v teorii a praxi (Public Finance in Theory and Practice), Praha: Management Press, 1994, ISBN 80-85603-76-4
- Samuelson, P. A.: The Pure Theory of Public Expenditures. In: Review of Economics and Statistics Vol. XXVI, 1954, p. 387-389, ISSN 0034-6535
- Weston, J.F. et al: Takeovers, Restructuring and Corporate Governance, New Yersey: Prentice Hall, 1998, ISBN 0-13-755233-5

- Yarrow, G. K.: Shareholder Protection, Compulsory Acquisition, and the Efficiency of the Takeover Process, In: The Journal of Industrial Economics Vol. XXXIV, 1985, p. 3-16, ISSN 0022-1821

Contact – email
chapcakova@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

REÁLNÁ MÍRA DOPADU SANKČNÍCH NÁSTROJŮ NA JEDNATELE, KTERÝ PORUŠIL ZÁKAZ KONKURENCE A ZÁKAZ NEKALOSOUTĚŽNÍHO JEDNÁNÍ

PETRA JELÍNKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tato práce se zabývá sankčními nástroji, které jsou schopné potrestat jednatele a zabránit jim v porušování jejich zákonných povinností. Tato práce se věnuje zejména sankčním nástrojům pro porušení zákonných ustanovení týkajících se zákazu konkurence a soutěžního jednání. Tato práce se zaměřuje například na tyto sankce: smluvní pokuta, odvolání jednatele, trestní odpovědnost a tak dále.

Key words in original language
Sankční nástroje; Smluvní pokuta; Odvolání jednatele; Trestněprávní odpovědnost.

Abstract
This paper deals with the penalty measures that would be able to punish the directors and would be able to prevent the director to breach their legal duties. This paper is concerned especially the penalty measures for the breach of the legal provisions deals with the competition clause and competition dealing. This paper aims for example to these penalty measures: penal clause, withdrawal of the directors, criminal liability and so on.

Key words
Penalty measures; Penal clause; Withdrawal of the directors; Criminal liability.

1. OBECNĚ O SANKČNÍCH NÁSTROJÍCH

Ačkoliv naše právní úprava na mnoha místech přímo či nepřímo upravuje odpovědnost statutárních orgánů a s tím spojené sankční opatření, není to podle mne právní úprava příliš efektivní, která by měla preventivní charakter zabraňující jednatelům v nedodržování právních povinností.

Jednatelům jako statutárnímu orgánu je svěřena velká pravomoc, kterou pokud zneužijí, hrozí dané společnosti s ručením omezeným při nejmenším velká škoda, v poslední řadě pak i zánik. Z důvodu toho je více jak zapotřebí, aby důsledky porušení povinností jednatelů byly natolik závažné, aby měly dostačující preventivní charakter.

Na sankční nástroje jednatele se můžeme dívat jak ze širšího úhlu pohledu, tak z pohledu zúženého. Z užšího pohledu za sankční nástroje považujeme pouze ty nástroje, které mají předně za cíl potrestání jednatele. Zde není

místo pro ty nástroje, jež sledují účel navrácení do předešlého stavu či vydání toho, o co se jednatel v důsledku porušení jeho povinnosti obohatil. Širší pojetí sankčních nástrojů pak vnímám jako vše, co směřuje proti jednateli, tedy například povinnost nahradit škodu, poskytnout přiměřené zadostiučinění či vydat bezdůvodné obohacení.

2. ZÁKAZ KONKURENCE

Co se týče zákazu konkurence jednatele, ten je upraven v ust. § 136 ObchZ. Pro účel tohoto článku není ani tak důležité rozebírat jednotlivá jednání, která jsou dle zákona kvalifikovaná jako konkurenční. Naopak stěžejní je se zabývat ust. § 65 ObchZ, na které samo ust. § 136 ObchZ odkazuje.

Ust. § 65 ObchZ totiž upravuje důsledky porušení zákazu konkurence, které lze shrnout do těchto dvou nároků společnosti vůči jednateli:

- Jednatel je povinen vydat prospěch, který porušením zákazu konkurence získal či převést na společnost právo, které takto získal

- Společnost má dále právo i na náhradu škody, která jí vznikla porušením zákazu konkurence jednatele

Na nárok prvně uvedený má však společnost právo jen za předpokladu, že jej společnost vůči danému jednateli uplatní ve lhůtě do tří měsíců ode dne, kdy se společnost o této skutečnosti dověděla, nejpozději však uplynutím jednoho roku od jeho vzniku.

Za nástroj sankčního charakteru z hlediska užšího pohledu nepovažuji ani jeden z těchto důsledků. Za sankční nástroj v širším pohledu však považuji oba tyto důsledky uvedené v ust. § 65 ObchZ.

Pokud se týče nároku společnosti na prospěch, který jednatel získal porušením zákazu konkurence, uplatnění tohoto nároku u jednatele ač zní dle ust. § 65 ObchZ jednoduše, působí v praxi nemalé potíže.

Pokud totiž jednatel nevydá tento prospěch dobrovolně, nezbude společnosti nic jiného, než tento prospěch po jednateli vyzískat soudní cestou. Právně kvalifikován bude tento prospěch jako bezdůvodné obohacení na straně jednatele, a to konkrétně plnění získané z nepoctivých zdrojů.

K tomu však, aby soud přisoudil tento prospěch společnosti, je zapotřebí, aby sama společnost jako žalobkyně daný prospěch přesně specifikovala, prokázala jeho vznik, a aby jej přesně vyčíslila. A právě samo vyčíslení spolu s prokázáním toho, že tento prospěch skutečně jednateli vznikl z nějakého konkrétního důvodu, bývá nemalým problémem, který mnohdy končí zamítnutím žaloby, nebo nepřisouzením částky v takové výši, jež by se danému prospěchu rovnala.

3. NEKALOSOUTĚŽNÍ JEDNÁNÍ

Ve většině případů je porušení zákazu konkurence spojeno s nekalosoutěžním jednáním. Stejně jako u konkurenčních jednání je pro účel tohoto článku bezpředmětné zabývat se výkladem jednotlivých zákonných nekalosoutěžních jednání. Je však důležité soustředit se opět na důsledky, které pro jednatele vyvstanou v případě několikasoutěžních jednání.

Právní prostředky proti nekalosotěžnímu jednání jsou pak upraveny v ust. § 53 ObchZ a násl. Mezi tyto prostředky, které společnost může po jednateli požadovat, patří:

- Zdržení se nekalosoutěžního jednání
- Odstranění závadného stavu
- Nepeněžité přiměřené zadostiučinění
- Peněžité přiměřené zadostiučinění
- Náhradu škody
- Vydání bezdůvodného obohacení

Domnívám, že za sankční z hlediska užšího smyslu nemůžeme považovat žádný ze shora vymezených důsledků.

Naopak za sankční nástroj v širším slova smyslu můžeme považovat všechny důsledky v ust. § 53 ObchZ vymezené.

Stejně jako výše u důsledků spojených s porušením zákazu konkurence ani v případě soudního vymožení například přiměřeného zadostiučinění, není situace lehká. I zde totiž za situace, kdy jednatel neposkytne společnosti dobrovolně tuto finanční kompenzaci, následuje soudní řízení. V tomto soudním sporu pak musí společnost jednak dané přiměřené zadostiučinění nejen přesně vyčíslit, odůvodnit jeho výši a vznik, avšak i prokázat, že újma společnosti byla způsobena v takové míře, že je zapotřebí přiměřené zadostiučinění přisoudit a dále že jde o újmu v takovém rozsahu, že ji nevynahradí ani nepeněžité přiměřené zadostiučinění a tudíž musí dojít k peněžité náhradě.

Zde si dovolím tvrdit, že získání nějakého finančního plnění od jednatele v důsledku porušení jeho nekalosoutěžního jednání je ještě složitější než jej získat cestou vydání prospěchu z porušení zákazu konkurence.

Ač se jedná o dvě zcela odlišná porušení, se kterými zákon spojuje odlišné důsledky, ve většině případů, dopustil-li se jednatel porušení zákazu

konkurence, bude se tím samým jednáním dopouštět i nekalosoutěžního jednání. Pak společnost bude mít nárok jak na uplatnění nároků z porušení zákazu konkurence dle ust. § 65 ObchZ, tak i na uplatnění nároků z ust. § 53 ObchZ a násl.

Otázka, která se v této souvislosti nabízí, je, kdo bude moci za společnost podat žalobu vůči jednateli, ať už o přiměřené zadostiučinění, vydání bezdůvodného obohacení a jiné.

Zde se totiž nemůže aplikovat ust. § 131a ObchZ, neboť společník může podat žalobu proti jednateli jen, co se náhrady škody týče.

Z důvodu tohoto shledávám pak problematické, kdo bude za společnost žalobu podávat. Situace je vyřešena v případě, kdy je v dané společnosti více jednatelů a jen jeden z nich se dopustí daného protizákonného jednání. Problematickou však spatřuji situaci, kdy ve společnosti bude jen jeden jednatel a ten se daného jednání dopustí.

Co se pak týče břemena důkazního o tom, že daný jednatel se daného jednání skutečně dopustil, to podle mého názoru, budeme-li se na dané porušení dívat jako na porušení obecné povinnosti, nenese společnost. Jednatel totiž dle ust. § 194 odst. 5 ObchZ musí prokázat, že se porušení své obecné povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře nedopustil. Pokud pak toto své břemeno důkazní neprokáže, či o tomto zůstanou pochybnosti, pak se bude mít za to, že danou svoji obecnou povinnost porušil.

4. ODVOLÁNÍ JAKO SANKČNÍ NÁSTROJ

Jedním z nejdůležitějších možných sankčních postihů jednatele za porušení zákazu konkurence či za nekalosoutěžní jednání a další provinění je jistě jeho odvolání, ke kterému je, není-li tento úkol svěřen jinému orgánu, oprávněna valná hromada dle ust. § 125 odst. 1 písm. f) ObchZ.

Zákon dle mého názoru záměrně neupravuje, a to ani demonstrativně důvody odvolání jednatele a ponechává tak na samotné společnosti, zda danou osobu jako jednatele dále ve funkci ponechá či nikoliv.

Není vyloučeno, že si společnost, respektive její zakladatelé či později společníci v zakladatelském dokumentu taxativně vymezí důvody odvolání statuárního orgánu. To bude mít pak za následek, pokud důvody budou stanoveny taxativně, že pro jiné, než takto vymezené důvody, nebude moct být jednatel odvolán. Z důvodu tohoto se tak doporučuje, pokud již chce společnost nějaké důvody odvolání vymezit, učinit tak jen demonstrativně. Toto samé se stejnými účinky pak způsobí i ustanovení důvodů odvolání přímo ve smlouvě o výkonu funkce uzavřené mezi jednatelem a společností.

Nelze ani vyloučit, že si společnost ve společenské smlouvě stanoví, že o odvolání jednatele bude rozhodovat jiný orgán než valná hromada, či že valná hromada o odvolání bude rozhodovat kvalifikovanější většinou hlasů.

S ohledem na název tohoto článku musím konstatovat, že odvolání jednatele jako sankční nástroj v širším smyslu je jedním z těch, kde omezení je minimální, respektive skoro žádné. Zákon totiž ponechává zcela záměrně v rukou společnosti, respektive společníků, úpravu důvodů odvolání i podmínky a způsob odvolání.

Efektivnost tohoto sankčního institutu je podle mého názoru podlomena zejména v případě, kdy jednatel, který danou povinnost porušil je většinovým společníkem společnosti či je jediným jednatelem a zároveň jediným společníkem ve společnosti.

V případě, kdy je jednatel zároveň většinovým společníkem ve společnosti, zcela jistě si své odvolání z funkce na valné hromadě neodhlasuje. Jelikož zde se jedná o odvolání jednatele nikoliv o vyloučení společníka, neuplatní se dle mého názoru ust. § 127 odst. 5 ObchZ, byť se jedná o jednu a tatáž osobu.

5. SANKČNÍ NÁSTROJE Z POHLEDU TRESTNÍHO PRÁVA

Dalším, a to nejzávažnějším sankčním nástrojem je pak trestněprávní odpovědnost daného jednatele. Ta však a to nejen dle současné právní úpravy v trestním zákoně, avšak ani v novém trestním zákoníku účinném od 1.1. 2010 není nikterak jednoznačná.

Budeme-li hovořit o současné platné právní úpravě trestního zákona, zde je vymezeno několik skutkových podstat trestného činu, které by mohl naplnit jednatel z výkonu své funkce a porušit tak zároveň zákaz konkurence či se dopustit nekalosoutěžního jednání. Jejich aplikace je však v praxi mnohdy ve vztahu k jednateli ne zcela jasná.

Jedním z takovýchto ustanovení, které mohou učinit jednatele trestněprávně odpovědným je ust. § 127 TZ. To, zda toto ustanovení může založit trestně právní odpovědnost je však poměrně nejasné, ač si myslím, že úmysl zákonodárce takovýto byl.

Základní prvky této skutkové podstaty se pokusil vymezit A. Dolenský[1], který k tomuto st. § 127 TZ uvedl: „*Jaký je smysl nového znění? Komentáře a učebnice dospěly k názoru, že tu jde o porušení takových pravidel, jež stanoví meze, v nichž se může rozvíjet hospodářská činnost, že jde o tzv. pravidla hry. Na rozdíl od podvodu tu není třeba dokazovat úmysl sebe nebo jiného obohatit, ale stačí úmysl "opatřit sobě nebo jinému neoprávněné výhody*".

Pro naplnění této skutkové podstaty trestného činu uvedeného v ust. § 127 trestního zákona je nezbytné splnit tyto předpoklady:

[1] Dolenský, A. Možnosti trestního postihu nejsou omezené. Hospodářské noviny, 1920, č. 10.

- Úmysl opatřit sobě nebo jinému ve značném rozsahu neoprávněné výhody

- Porušení závažným způsobem pravidel hospodářského styku stanovených obecně závazným právním předpisem

V posledně uvedené podmínce je uvedeno slovní spojení pravidla hospodářského styku, aniž by bylo toto podrobněji konkretizováno a dále i zmínka o závazném právním předpisu, aniž by byl tento podrobněji specifikován.

Dle mého názoru se uvedenými pravidly hospodářského styku má namysli jakákoli pravidla, jež se vztahují k hospodářské soutěži, zejména pak pravidla, jejichž porušení má či je způsobilé mít negativní dopad na existenci hospodářské soutěže.

Podrobněji se pojmem: „*pravidla hospodářského styku“ zabývali i F. Púry a P. Šámal2, když uvádějí: „Účelem závazných pravidel hospodářského styku je zajištění rovných podmínek pro přístup a činnost hospodářských subjektů na trhu, ochrana před zneužíváním postavení těchto subjektů a nutnost zvláštních omezení a zákazů stanovených v obecném zájmu. Skutková podstata podle § 127 TrZ chrání pravidla hospodářského styku, která vymezují závazné hranice hospodářské soutěže, tzv. pravidla hry (§ 41 ObchZ), jejichž nedodržení nebo porušení může vést k větším hospodářským škodám nebo neoprávněným výhodám subjektů na trhu, pokud není možný trestní postih podle speciálních ustanovení (např. podle § 148a TrZ). Za taková pravidla se považují zejména ustanovení předpisů na ochranu hospodářské soutěže (zák. č. 63/1991 Sb., o ochraně hospodářské soutěže, ve znění pozdějších novel), předpisů proti nekalé soutěži (§ 44 až § 52 ObchZ), dále např. ustanovení o zákazu konkurence v obchodních společnostech (§ 65 ObchZ).*“

S právě uvedeným stanoviskem se pak ztotožňuje i J. Rubek[3] a J. Rod[4], když tento uvádí: „*Pravidly hospodářského styku jsou míněna taková pravidla, jejichž nedodržení nebo porušení vede k větším hospodářským škodám. Jde o pravidla stanovená obecně závaznými právními předpisy, v nichž se může rozvíjet hospodářská činnost*.“

---

[2] Púry, F, Šámal, P. K diskuzi o trestní odpovědnosti fyzických osob jednajících za právnické osoby. IV. Trestní právo, 1997, č. 5, str. 12.

[3] Srov. Rubek, J. Komentář k trestnímu zákonu. Hospodářské trestné činy. § 127, ASPI, 1997

[4] Rod, J. Trestné činy proti hospodářské soustavě. Některé další skutkové podstaty trestných činů. ASPI, 2005

Není pochyb o tom, že jednatel činí v rámci výkonu své funkce úkony, které jsou schopny danou existenci hospodářské soutěže ohrozit, avšak je také na druhé straně pravdou, že jeho jednání není možné považovat za jeho vlastní jednání, nýbrž za jednání dané obchodní společnosti. Jednání jednatele se totiž považuje za osobní jednání společnosti.

Na základě tohoto právě uvedeného, tím kdo naplní danou skutkovou podstatu trestného činu porušování závazných pravidel hospodářského styku dle ust. § 127 odst. 1 TZ není jednatel, nýbrž sama společnost.

Na druhou stranu je však nutné mít na paměti dosavadní neexistenci trestněprávní odpovědnosti právnických osob. Z tohoto důvodu považuji jednatele, a to navzdory shora uvedeným pochybnostem, jako personálně způsobilého naplnit ust. § 127 odst. 1 TZ. Myslím, že to byl i smysl zákonodárce, což ostatně potvrzuje odborná veřejnost jako J. Rubek[5] i P. Šámal[6], když uvádí: „*Pachatelem tohoto trestného činu může být nyní kdokoli (nevyžaduje se speciální subjekt), ale z povahy věci plyne, že to může být jen osoba, pro kterou jsou pravidla hospodářského styku závazná, tedy osoba, která z titulu svého zaměstnání, pracovního či funkčního zařazení, povolání nebo postavení atd. odpovídá za plnění hospodářských úkolů, při nichž musí dodržet závazná pravidla hospodářského styku.*“

Zajímavé je i stanovisko pana JUDr. Teryngela, který ve vztahu k možnému naplnění ust. § 127 trestního zákona uvádí, že lze připustit trestněprávní odpovědnost člena statutárního orgánu, ačkoliv jeho jednání, které porušení existence hospodářské soutěže zapříčinilo, je přičitatelné dané obchodní společnosti a nikoliv jemu. Toto jeho stanovisko se však dostává do sporu s jiným jeho tvrzením, v rámci kterého uvádí[7]: „ *že statutární orgán, popř. jiná fyzická osoba, jednající jménem právnické osoby nebo v jejím zastoupení, nemůže nést trestní odpovědnost za porušení povinnosti uložené právnické osobě (např. u trestného činu podle § 256a TrZ).*“

V souladu se shora uvedenými názory pak postupuje i praxe, konkrétně Nejvyšší soud ČR, kdy v jednom z jeho rozhodnutí se uvádí: „*Pokud rozhodlo představenstvo akciové společnosti jako kolektivní statutární orgán o určité otázce, která má význam pro naplnění znaků trestného činu, nevylučuje to obecně individuální trestní odpovědnost jednotlivých fyzických osob, jako členů takového kolektivního orgánu, kteří se na zmíněném rozhodnutí podíleli, jestliže naplnili svým jednáním všechny znaky*

[5] Srov. Rubek, J. Komentář k trestnímu zákonu. Hospodářské trestné činy. § 127, ASPI, 1997

[6] Šámal, P. Trestní odpovědnost osob oprávněných jednat za právnickou osobu. Právní rádce, 1996, č. 9, str. 16.

[7] Púry, F, Šámal, P. K diskuzi o trestní odpovědnosti fyzických osob jednajících za právnické osoby. IV. Trestní právo, 1997, č. 5, str. 12.

konkrétního trestného činu. To vyplývá z konstrukce trestní odpovědnosti, jež je založena na individuální trestní odpovědnosti fyzických osob, která vzniká naplněním znaků konkrétního trestného činu, bez ohledu na to, zda k němu popřípadě došlo v rámci právnické osoby."

Další skutkovou podstatou trestného činu, která může dopadat na samotného jednatele ve vztahu k porušení zákazu konkurence či k nekalosoutěžnímu jednání je i skutková podstata trestného činu zneužívání informací v obchodním styku dle ust. § 128 TZ.

Je nesporné, že jednatel v souvislosti se svou funkcí jednatele disponuje poměrně dosti rozsáhlou pravomocí a má přístup k mnohým informacím, které jsou mnohdy i předmětem obchodního, výrobního tajemství. Je dále bezesporu, že pokud tyto informace jednatel zneužije, ať už ve prospěch svůj či prospěch někoho jiného, dopustí se nejen nekalosoutěžního jednání, popřípadě zákazu konkurence, nýbrž naplní i tuto skutkovou podstatu trestného činu.

Tyto dvě skutkové podstaty jsou tak těmi nejpodstatnějšími, kterých se za větších či menších potíží může dopustit jednatel, a které se bezprostředně týkají hospodářské soutěže.

Nový trestní zákoník

V souvislosti s tématem této práce, nelze ani opominout právní úpravu platného, avšak doposud neúčinného trestního zákoníku. Z tohoto hlediska nás v novém trestním zákoníku může zajímat skutková podstata trestného činu porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže dle ust. § 248 odst. 2 trestního zákoníku. V tomto ustanovení je uvedeno, že bude potrestán každý, kdo v rozporu s právními předpisy uzavře dohodu narušující hospodářskou soutěž.

Na první pohled se může zdát, že touto skutkovou podstatou je učiněno za dost všem pochybnostem o možnosti trestněprávně postihnout jednatele za narušení existence hospodářské soutěže, které může mít počátek právě v porušení zákazu konkurence.

Mám však za to, že stejně jak je z hlediska postižení trestní odpovědností neurčitá současná účinná právní úprava, tak i tato platná avšak ještě neúčinná právní úprava, a to navzdory všem snahám zákonodárců.

Nemyslím si, že skutkovou podstatu v ust. § 248 odst. 2 trestního zákoníku může naplnit jednatel, neboť ač je pravdou, že on je tou osobou, která může fakticky uzavírat dané dohody narušující soutěž, není to ve skutečnosti jednatel, který dané dohody uzavírá, nýbrž společnost.

Navíc oproti, nyní stále ještě účinném, trestním zákonu, trestní zákoník činí trestně odpovědnými i právnické osoby. Z naplnění této skutkové podstaty trestného činu tedy nebude trestně odpovědný jednatel ale společnost.

Ustanovení trestněprávní odpovědnosti právnických osob v novém trestním zákoníku vyžaduje, aby byly dané skutkové podstaty pečlivěji a podrobněji vymezeny, pokud jimi zákonodárce sleduje i odpovědnost jejich statutárních orgánů.

Jak je tedy zřejmé, ani trestněprávní úprava ať už současného trestního zákona či ještě neúčinného trestního zákoníku příliš nenapomáhá zvrátit nedostatek sankčních nástrojů vůči jednatelům.

6. SMLUVNÍ POKUTA

Nelze tedy než konstatovat, že sám právní řád ČR upravuje velice málo sankčních nástrojů ve prospěch společnosti vůči jednateli, kdy většina nástrojů zákonem upravená, mají spíše charakter sankčního nástroje v širším slova smyslu.

Na druhou stranu je však nutno připomenout, že lze ve smlouvě o výkonu jednatelské funkce učinit jednatele povinného i k dalším sankčním plněním jako například ke smluvní pokutě za porušení nějaké jeho povinnosti.

Tuto smluvní pokutu lze upravit jak pro porušení zákazu konkurence, pro nekalosoutěžní jednání tak i pro jakékoliv porušení povinnosti, neboť zákon zpřísnění negativních důsledků pro jednatele nevylučuje.

Je však nutné mít na paměti, že i smluvní pokuta je sankčním nástrojem omezeným, neboť její výše je limitována, a to jednak možností zákonného moderačního práva soudu a jednak výší, jež soudy v rámci rozhodovací praxe učinili horní hranicí, která je ještě v souladu s dobrými mravy. V současné době se horní hranice výše smluvní pokuty pohybuje okolo 0,5 % denně z dlužné částky za každý den prodlení, s tím že 1% denně je soudy jednotně vnímáno jako ujednání v rozporu s dobrými mravy.[8],[9]

Tento právě uvedený limit se však projeví u jednatelů velice výjimečně, neboť většinou nejsou povinni vůči společnosti k nějakému finančnímu plnění, nýbrž k nějaké činnosti. Horní limit smluvní pokuty u jednatelů, tedy nebude moct být stanoven jako procento z dlužné částky. Při posuzování toho, zda daná smluvní pokuta stanovená jednateli je ještě v souladu s dobrými mravy či nikoliv, bude tedy záležet na úvaze soudu a bude tedy záviset i na okolnostech konkrétního případu.

Contact – email
petra.jelinkova.lawpartners@gmail.com

[8] Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 30.5. 2007, sp.zn. 33 Odo 438/ 2005

[9] Srov. Rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 27.2. 2007, sp.zn. 33 Odo 236/2005

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZRUŠENÍ PRÁVNICKÉ OSOBY JAKO SANKCE

JAROMÍR KOŽIAK

Masarykova Univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá zrušením právnické osoby jako sankcí. Soustřeďuje se především na obecnější otázky, jako jsou podmínky aplikace této sankce, její funkce a využitelnost. Autor se též věnuje limitům a nedostatkům tohoto právního nástroje a zmiňuje některé praktické problémy, které mohou při aplikaci nastat.

Key words in original language
Zrušení právnické osoby, sankce, obchodní právo, obchodní zákoník

Abstract
This Contribution is analysing the dissolution of a company used as a penalty. It is focused on general topics such as prerequisities of aplication, functions of this sanction and its usability. The author also deals with limits and imperfections of this tool and mentions several practical issues that may arise.

Key words
Dissolution of a company, Penalization, Commercial law, Commercial Code

K POVAZE ZÁSAHU DO EXISTENCE PRÁVNICKÉ OSOBY

Zrušení právnické osoby je jednou ze sankcí, které používá právo obchodních společností. Její speciální povaha a způsob využití odůvodňují, proč by měla být této problematice věnována bližší pozornost. V českém právu se v současnosti jedná o již zavedený institut, o jehož potřebnosti vcelku nepanují pochybnosti.

Podstatou této sankce je zánik právnické osoby z rozhodnutí státního orgánu. Jako taková je to nepřísnější sankce, která může právnickou osobu zasáhnout, neboť zasahuje do její samotné existence. S trochou nadsázky můžeme říci, že se jedná o analogii k trestu smrti u fyzických osob, neboť v obou případech dochází k ukončení existence právního subjektu na základě mocenského aktu, který stanoví sankci za porušení práva. V dalším ovšem pochopitelně již podobnost pokulhává a je zapotřebí ji brát se značnou rezervou spíše jen jako řečnický obrat. Z uvedeného je však zjevné, že se jedná o velmi významný zásah do fungování dané právnické osoby a jako takový by měl podléhat přísným podmínkám pro uplatnění.

Je otázkou, zda můžeme u právnických osob dovozovat právo na existenci v podobě srovnatelné s právem na život fyzických osob. Listina základních práv a svobod o této otázce mlčí a obdobné základní právo nevymezuje.

Z judikatury Nejvyššího soudu z poslední doby by snad bylo možné vyvodit, že takové právo existuje. V žádném případě se ovšem nemůže jednat o neomezitelné právo a může být omezeno nebo vyloučeno za podmínek stanovených zákonem (ostatně i u práva na život fyzických osob existuje názorový proud, který zastává teorii omezitelnosti tohoto práva zákonem. Pokud bychom uznali, že právnické osoby mají právo na existenci ve formě ústavního práva, je třeba zásahy do něj odůvodnit obdobně jako u jiných základních práv – tedy např. existencí veřejného zájmu na takové restrikci, omezením na základě zákona apod.

Ať již bychom přijali teorii, že právnické osoby mají právo na existenci nebo nikoliv, lze se ztotožnit se závěrem, že takto intenzivní zásah do vnitřní sféry právnické osoby a s tím spojený zásah do práv společníků, resp. akcionářů by měl být realizován na základě přísných podmínek zajišťujících že nežádoucí negativní následky nepřevýší současně přinášený žádaný pozitivní efekt. Pro shora uvedené důvody je nutná při uplatňování sankce zrušení právnické osoby zvýšená opatrnost. Když se uvážíme, jaká pravidla by měla být před uložením takové sankce v prvé řadě dodržena, můžeme dojít k formulaci následujících zásady:

1) Výjimečné použití a subsidiární povaha

2) Transparentnost, nezávislost a přezkoumatelnost

3) Rovné podmínky

4) Restriktivní výklad aplikovatelnosti

Výjimečností použití rozumím to, že by tento nástroj měl sloužit v případech nejzávažnějších porušení právních povinností nebo ke zhojení zásadních vad společnosti samé. Mělo by se jednat o subsidiární nástroj použitelný v situacích, kdy nelze najít jiné řešení. Pokud se přikloníme k některým autorům, kteří vnímají hlavní roli tohoto institutu v odstranění tzv. „nemocných“ společností, nelze se ubránit myšlence, že by nejprve mělo být hledáno jiné řešení. Zrušení společnosti by totiž v tomto případě bylo „odstřelem nemocných kusů“ bez předchozí snahy odstranit závadné skutečnosti. Tato problematika má úzkou souvislost s níže zmiňovanou problematikou preventivní funkce sankce.

Velmi podstatné je, že u závažných sankcí by měl být kladen požadavek na zvýšenou kvalitu aplikace. Ta by měla být vykonávána transparentním způsobem prostřednictvím nezávislého orgánu, jehož rozhodnutí je možné přezkoumat. V zásadě současné řízení před rejstříkovým soudem tyto podmínky splňuje.

Rovné podmínky aplikace této sankce je možné vnímat jednak jako formální rovnost spočívající v zaručení shodných podmínek v právním řádu a jednak jako materiální skutečnou rovnost projevující se v tom, že s jednotlivými subjekty v obdobném postavení je zacházeno skutečně shodně.

Formální rovnost je vcelku bez pochyb zajištěna, důvody pro aplikaci této sankce stanoví zákon pro obecně určený okruh subjektů a nečiní z něj neodůvodněné výjimky, ani neumožňuje preferenční režim. Jistou pochybnost je možné mít v materiální rovině, kdy sankce zrušení dopadá na jednotlivé subjekty v závislosti na tom, zda je zahájeno řízení o zrušení, což v praxi závisí na řadě okolností. Nicméně i v těchto případech se jedná o rozdílné zacházení způsobené okolnostmi majícími podstatu v efektivitě výkonu činnosti státních orgánů a v jejich vědomosti o existenci podmínek pro zahájení řízení.

Velmi důležité je také zvažovat, jakým způsobem vykládat ustanovení umožňující uložit sankci zrušení právnické osoby. Už z pradávné právní zásady „in dubio pro reo" vyplývá, že by mělo být postupováno opatrně a v případě pochybnosti, zda lze ustanovení aplikovat se přiklonit spíše ke zdrženlivému stanovisku. Extenzivní výklad by tak zásadně neměl být v těchto případech použit a orgán aplikující právo by měl zvolit spíše výklad restriktivní[1]. V praxi se ovšem čas od času s extenzivním výkladem setkat můžeme, rozmanitost rozhodovaných případů a skutečnost, že aplikační činnost vykonávají jednotlivé rejstříkové soudy do značné míry samostatně vede takřka nutně k občasným odchylkám od většinového výkladu[2].

FUNKCE SANKCE ZRUŠENÍ PRÁVNICKÉ OSOBY.

Mezi základní funkce sankčních nástrojů obecně řadíme zpravidla funkci preventivní, reparační, represivní a satisfakční. Zatímco první tři se v případech zrušení právnické osoby výrazně uplatňují, satisfakční funkce zůstává v pozadí (jen těžko lze v případech postihovaných zrušením vysledovat poškozený subjekt, který by došel sankcí satisfakce.

Těžištěm a jádrem tohoto institutu by měla být dle mého preventivní funkce. Není společensky přínosné, aby byly právnické osoby často rušeny z důvodů uvedených níže. Naopak, nejlépe se tato sankce uplatní jako hrozba přísným postihem. Sankce zrušení právnické osoby by tak v ideálním případě měla viset nad společnostmi jako pomyslný Damoklův meč. Základním smyslem důsledné snahy o primární preventivní uplatnění tohoto institutu je zabránit „odstřelu zdravých kusů", tedy společností, kde ještě mohlo dojít k nápravě přirozenou cestou nebo méně rušivým zásahem do jejich vnitřní sféry, bez ingerence do samotné existence těchto subjektů.

Základním projevem preventivní funkce je možnost v případě, že je řízení o zrušení vedeno z důvodu, že společnost nesplňuje zákonné podmínky

[1] K potřebě restriktivního výkladu důvodů pro zrušení právnických osob podle § 68 odst. 6 obchodního zákoníku blíže viz Doležil, T., K některým důvodům neplatnosti společnosti, Právní rozhledy 3/2002, str. 136-138.

[2] Blíže viz Kožiak, J., Obchodní rejstřík a výklad § 119 obchodního zákoníku, Ad Notam 3/2007, str. 84-85.

v průběhu tohoto řízení až do okamžiku, kdy dojde k rozhodnutí o zrušení společnosti uvést stav do souladu se zákonem, přičemž tato skutečnost vede k zastavení řízení, neboť tím pominul důvod pro zrušení právnické osoby. K této otázce je k dispozici ustálená judikatura Nejvyššího soudu[3] ze které vyplývá, že se jedná o okolnost zabraňující zrušení.

Kromě toho též pravidelně dochází (což kladně hodnotím) k zasílání předchozího písemného upozornění rejstříkového soudu, že zapsané údaje vykazují, že je společnost stižena nedostatkem, který odůvodňuje zahájení řízení o zrušení. Tento postup stanoví § 68 odst. 7 obchodního zákoníku a uvádí, že v tomto oznámení má být uvedena lhůta ve které má být odstraněn důvod pro zrušení, než soud zahájí řízení.

Projevuje se rovněž funkce reparační, kdy v řadě případů zrušení právnické osoby směřuje k tomu, že zhojí závadný stav. Jde zejména o případy, kdy existuje a je v obchodním rejstříku zapsána společnost, jejíž fungování je stiženo zásadními nedostatky – tak jako je tomu v možnosti zrušit společnost rozhodnutím soudu podle § 68 odst. 6 ObchZ. V této souvislosti je třeba stále mít na paměti, že se jedná o prostředek ultima ratio neboť zrušení takových společností neodstraňuje přímo příčinu těchto nedostatků, ale ukončuje existenci subjektu který je jejich nositelem. Toto je akceptovatelné v situaci, kdy preventivní funkce selhala – např. proto, že společnost je zcela ochromena a nápravu není možné zjednat, nebo se tak nestane např. z důvodu, že společníci nemají na dalším trvání společnosti zájem nebo tato existuje pouze jako prázdná slupka. V těchto případech by škodlivé následky dopadu takové sankce byly minimální, odůvodnitelné a vyvážené přínosem spočívajícím v odstranění nežádoucího stavu.

Represivní dopad na postiženou osobu by neměl být primárním účelem této sankce, nejedná se o nástroj trestněprávní ale obchodně-právní. Represe by měla z tohoto důvodu být opodstatněna především tím, že motivuje subjekty práva k chování v souladu s právními pravidly a posiluje tak preventivní funkci. Represivní následky zrušení právnické osoby mohou být podle okolností velmi silné, ale též prakticky žádné. Jejich síla závisí především na tom, v jaké míře existuje zájem osob ovládajících společnost na jejím dalším zachování – z toho také zjevně vyplývá, jak problematická je represe v právu obchodních společností.

V této souvislosti lze také uvažovat o otázce, nakolik represivní funkce dopadá přímo na společnost samotnou, nakolik na její orgány a nakolik na společníky/akcionáře. Je správné, aby dopadala sankce v případě porušení povinností orgánů nebo společníků přímo na společnost samotnou a způsobila její zánik? Podle mého je to v zásadě odůvodnitelné, neboť tím na

[3] Např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 20.6.2008, sp.zn. 29 Odo 1238/2005 nebo rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 21.2.2007, sp. Zn. 7 Cmo 358/2006 publikované v Soudní rozhledy, 5/2008, str. 191-192.

společnosti vzniká zákonem Uplatnění sankce zrušením společnosti samo o sobě nevylučuje odpovědnost osob účastnících se na činnosti společnosti, postihuje toto jednání v další rovině s úmyslem chránit třetí osoby před existencí právnických osob stižených některými vadami. Okolnosti zakládající možnost uplatnění této sankce mohou také za jistých podmínek vzniknout bez porušení povinností osob zúčastněných na činnosti společnosti (např. společnost je ochromena uprázdněním obchodního podílu jediného společníka) a v tomto případě poskytuje zrušení společnosti jediný nástroj, jak danou situaci řešit.

PRAKTICKÉ OTÁZKY

Praktické otázky spojené s uplatňováním sankce zrušení právnické osoby zahrnují především problém časové a administrativní náročnosti a finančních nákladů.

Proces zrušení právnické osoby je nutné vnímat jako déletrvající fenomén, který se sestává z více dílčích kroků. Časový harmonogram zrušení by tedy vypadal ve většině případů nějak takto:

1) Postup před zahájením řízení - podnět státního orgánu nebo osoby s právním zájmem, případně zjištění, že má být zahájeno řízení bez návrhu (případně předchozí upozornění na vady zjevné z rejstříkového zápisu)

2) Zahájení řízení o zrušení společnosti, jeho průběh a rozhodnutí o zrušení

3) Zápis zrušení do obchodního rejstříku - zápis rozhodnutí o zrušení, dodatku obchodní firmy "v likvidaci", zápis likvidátora

4) Likvidace - provedení jednotlivých úkonů likvidátora a ukončení likvidace

5) Výmaz z obchodního rejstříku - zánik právnické osoby

Jak je vidět, časová a administrativní náročnost zrušení právnické osoby je velmi vysoká. Tvoří tak jeden z limitujících faktorů užití tohoto právního nástroje. Proces zrušení trvá nejméně několik měsíců, může se však protáhnout i na několik let, což snižuje efektivitu tohoto institutu. Významným zdržením je také současná praxe, kdy nejprve dojde rozhodnutím soudu ke zrušení společnosti, ale není zároveň jmenován likvidátor. V tomto případě nelze jmenovat likvidátora rozhodnutím valné hromady společnosti pro rozpor s § 71 odst. 2 obchodního zákoníku a je třeba aby bylo o tomto jmenování vydáno rozhodnutí soudu. Celý proces klade vcelku vysoké nároky na aplikující orgány a zatěžuje do značné míry rejstříkové soudy, praktická zkušenost však ukazuje, že situace je vcelku únosná.

Náklady tohoto procesu zatěžují především rušenou právnickou osobu a zahrnují v sobě především soudní poplatek, poplatek za zápis/výmaz v obchodním rejstříku odměnu likvidátora a další náklady likvidace.

ZÁVĚREM

Sankce zrušení právnické osoby je podle mého názoru integrální součástí našeho právního řádu, která za splnění v příspěvku stanovených korektivů pomáhá řešit situace, které by jinak nebylo možné postihnout. Je však vždy nutné si uvědomovat výjimečnou povahu této sankce a brát v úvahu závažnost zásahu do práv a povinností společníků i třetích osob, které v sobě ze samé podstaty nese. Není možné ji vnímat jako samospásný nástroj, který odstraní většinu problémů společenstevního práva nebo napraví všechny vady a nedostatky v zápise právnických osob do obchodního rejstříku, ale především jako preventivní a motivační nástroj, neboť časová a administrativní náročnost (jako zrcadlo zachování kvalitní aplikace tohoto institutu) znesnadňují jeho použitelnost v masovém měřítku. Jako u většiny právních nástrojů je tedy potřeba mít na paměti jeho silné stránky i limity.

Literature:

- Doležil, T., K některým důvodům neplatnosti společnosti, Právní rozhledy 3/2002, str. 136-138.
- Kožiak J., Obchodní rejstřík a výklad § 119 obchodního zákoníku, Ad Notam 3/2007, str. 84-85.
- Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 21.2.2007, sp. Zn. 7 Cmo 358/2006 publikované v Soudní rozhledy, 5/2008, str. 191-192.
- Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 20.6.2008, sp.zn. 29 Odo 1238/2005.

Contact – email
jkoziak@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZODPOVEDNOST CLENOV PREDSTAVENSTVA A.S. ZA PORUSENIE POVINNOSTI VCASNEHO ZAHAJENIA KONKURZNEHO KONANIA

LENKA KUKUČKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave, Slovenská republika

Abstract in original language
V prípade, keď sa akciová spoločnosť dostane do úpadku, prioritou by malo byť uspokojenie pohľadávok jej veriteľov. Príspevok upozorňuje na povinnosť člena predstavenstva včas zahájiť konkurzné konanie a porovnáva ju s fiduciárnymi povinnosťami. Dva systémy zodpovednosti za škodu vzniknutú v dôsledku porušenia týchto povinností by malo byť na osoh veriteľom. Za konzultácie a cenné pripomienky si dovoľujem poďakovať doc. JUDr. Márii Patakyovej, PhD. a Mgr. Andrejovi Glézlovi, LL.M..

Key words in original language
Úpadok, konkurzné konanie, fiduciárne povinnosti, členovia predstavenstva, zodpovednosť za škodu.

Abstract
When a joint stock company gets into a bankruptcy, there should be a priority to settle claims of all creditors. This paper deals with a commencement of bankruptcy proceeding duty of executive directors of the company in comparison with their fiduciary duties. Two different systems of liability for damage caused by violation of executive directors´ duties are imposed on behalf of creditors.

Key words
Bankruptcy, bankruptcy proceeding, fiduciary duties, executive directors, liability for damage.

1. ÚPADOK PODNIKATEĽA A MOŽNOSTI JEHO RIEŠENIA

Podnikanie v trhovej ekonomike sa vyznačuje istou mierou podnikateľského rizika. V dôsledku silnej konkurencie na trhu a ďalších interných a externých faktorov sa niektorí podnikatelia môžu dostať do ekonomického neúspechu. Ak sa podnikateľ ocitne v ekonomickej pozícii dlžníka, ktorý nie je schopný uhrádzať svojim veriteľom svoje splatné pohľadávky [1] v miere ustanovenej zákonom č. 7/2005 Z. z. o konkurze a reštrukturalizácii a

[1] Alebo je predĺžený, t.j. výška splatných záväzkov presahuje hodnotu majetku spoločnosti.

o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len "ZKR") a vykonávacími predpismi k ZKR[2], hovoríme, že sa dostal do úpadku.

Úpadok podnikateľa prináša ekonomické a právne následky, ktoré dopadajú na mnohé subjekty zainteresované na spoločnosti [3] a v prípade veľkých akciových spoločností aj na ekonomiku ako celok. Je nutné ho riešiť v súlade s právom tak, aby bolo možné uspokojiť pohľadávky veriteľov, voči ktorým je spoločnosť v postavení dlžníka. V prípade úpadku sa totiž znižuje vymožiteľnosť pohľadávok veriteľov, pričom v horšom postavení budú tí nezabezpečení.

Potreba ochrany veriteľov je vyjadrená v dôvodovej správe k návrhu ZKR, deklaruje sa v nej tiež proveriteľský smer orientácie ZKR. Manažment vo všeobecnosti nie je sám od seba zvlášť motivovaný chrániť veriteľov [4], preto túto úlohu má splniť aspoň zákonná úprava a hrozbou sankcií za nesplnenie povinností, ktoré ZKR ustanovuje za účelom ochrany veriteľov má motivovať členov predstavenstva k aktívnemu konaniu a plneniu svojich povinností [5]. Potrebu zohľadnenia záujmov veriteľov tiež vyjadrujú americkí právni teoretici vo svojich prepracovaných dielach tzv. teóriou prednosti kapitálovej spoločnosti [6] ako celku.

Úpadok spoločnosti sa na Slovensku najčastejšie rieši konkurzom, ten však nie je jediným riešením, sú tu ďalšie možnosti, ktoré by sa mali uprednostniť, ak sú v konkrétnom prípade ekonomického neúspechu použiteľné. Predovšetkým by sa malo apelovať na predchádzanie úpadku, ak to nie je možné, pokúsiť sa dohodnúť s veriteľmi na neformálnej

---

[2] ZKR v ust. § 3 stanovuje, kedy je dlžník v úpadku, čo znamená byť platobne neschopným a čo predlženým. Úlohou práva nie je zabrániť bankrotu ale iba riešiť právne dôsledky krízového ekonomického stavu, pričom miera ekonomického neúspechu môže byť rôzna.

[3] Ide o tzv. stakeholderov, ktorí tvoria spoločnosť. V slovenskej odbornej právnickej a ekonomickej literatúre sa používa pojem tzv. zainteresované osoby. Sú nimi zamestnanci, akcionári , veritelia, manažment- štatutárne orgány, zákazníci, dodávatelia, obchodní partneri, verejnosť, štát, pričom rôzni autori sa do istej miery medzi sebou odlišujú vo výpočte subjektov, ktorí ešte spadajú pod daný pojem stakeholderov. Pozri bližšie Glézl, A.: *Právo obchodných spoločností v Slovenskej republike - inštitúty ochrany veriteľov v práve kapitálových spoločností*, Dizertačná práca, Bratislava 2009, Wöhe, G. - Kislingerová, E.: *Úvod do podnikového hospodářství*, Praha, 2007, str.65

[4] Glézl, A.: *Právo obchodných spoločností v Slovenskej republike - inštitúty ochrany veriteľov v práve kapitálových spoločností*, Dizertačná práca, Bratislava 2009

[5] tamtiež

[6] Ide o teóriu podobnú teórii stakeholderov, často sa zamieňajú. Podľa nej manažéri majú dbať na záujmy všetkých zainteresovaných osôb, v prípade úpadku najmä o záujmy veriteľov a starať sa o zvyšovanie všeobecného blaha. Táto teória tvorí protipól teórie záujmu akcionárov, ktorá prevláda v čase ekonomickej prosperity spoločnosti a manažment sa vtedy usiluje o dlhodobú maximalizáciu zisku a zvyšovanie hodnoty akcií (shareholder value, resp. trhová hodnota vlastného kapitálu). Pozri bližšie Hansmann, H. - Kraakman, R.: *The end of History for Corporate Law*, USA, 2008, Jensen, M.C.: *Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Coporate Objective Function*, USA, 2001K teórii prednosti kapitálovej spoločnosti pozri tiež Hu, H.T.C. - Westbrook J.L.: *Abolition* of the Corporate *Duty to Creditors*, In Columbia Law Review, 2007, str. 1321, 1331, Wöhe, G. - Kislingerová, E.: *Úvod do podnikového hospodářství*, Praha, 2007, str. 65

reštrukturalizácii alebo podať najskôr návrh na súd na povolenie reštrukturalizácie. [7]

Výber spôsobu riešenia úpadku by mal vychádzať z ust. § 5 ZKR, ktorý naznačuje, že úpadok dlžníka sa má riešiť spôsobom (podľa ZKR prichádza do úvahy buď reštrukturalizácia alebo konkurz), aby sa dosiahla pre veriteľov čo najvyššia miera uspokojenia ich pohľadávok. Aby bola však reštrukturalizácia úspešná [8], je potrebné návrh na jej povolenie podať včas, aby sa podnikatelia nebáli "priznať" svoju situáciu a za pomoci odborníkov mohli ozdraviť podnik. Napokon, vôľa veriteľov pristúpiť na reštrukturalizáciu vyjadruje ich vieru v danú spoločnosť a to svedčí o jej pozitívnej povesti [9]. Miera uspokojenia veriteľov pri reštrukturalizácii je vyššia - pohybuje sa od troch až po niekoľko desiatok percent [10]. Pre porovnanie, priemerná výťažnosť z konkurzných konaní na úrovni len 3 až 5 % [11], resp. do 10 % [12].

Ak spoločnosť nemôže splatiť svoje dlhy veriteľom zo svojho majetku, nastupujú zákonné možnosti ako vymáhať zodpovednosť za škodu od členov predstavenstva, ktorí porušili svoje povinnosti a tým spôsobili daný stav. [13] Na tieto účely existujú zodpovednostné režimy, kde člen predstavenstva, ktorý poruší svoju povinnosť (zmluvnú, či mimozmluvnú), zodpovedá za škodu spôsobenú porušením povinností na jednej strane spoločnosti a na druhej strane veriteľom. Vo vzťahu k spoločnosti upozorníme na porušenie fiduciárnych povinností členov predstavenstva v zmysle zákona č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník (ďalej len "ObZ") a vo vzťahu k veriteľom, upozorníme na povinnosť včasného zahájenia konkurzného konania v zmysle ust. § 11 ods. 4 ZKR, s ktorou sa spájajú ďalšie povinnosti v zmysle ust. § 4 ZKR a v súvislosti s nimi sa aj vyvodzuje zodpovednosť za škodu spôsobenú porušením povinnosti včasného zahájenia konkurzného konania.

---

[7] Pozri bližšie Sivák, R. - Mikocziová, J.: *Teória a politika kapitálovej štruktúry a majetkovo finančnej stability podnikateľských subjektov*, Bratislava, 2005

[8] a aj býva, pozri Sobinkovič, B. - Jesný, M.: *Dáždnik pred insolventnosťou*, In Trend, č. 35, 2009

[9] Sivák, R. - Mikocziová, J.: *Teória a politika kapitálovej štruktúry a majetkovo finančnej stability podnikateľských subjektov*, Bratislava, 2005

[10] Sobinkovič, B. - Jesný, M.: *Dáždnik pred insolventnosťou*, In Trend, č. 35, 2009

[11] Zachar, D.: *Reformy na Slovensku 2004 - 2005*, Bratislava, 2005

[12] Sobinkovič, B. - Jesný, M.: *Dáždnik pred insolventnosťou*, In Trend, 2009, Dôvodová správa k návrhu zákona o konkurze a reštrukturalizácii. Tieto dáta budú preverené v rámci výskumu, ktorý prebieha v spolupráci s Mgr. Glézlom.

[13] Oni totiž konajú v mene spoločnosti. Možno zhodnotiť, že sú jedným zo subjektov zodpovedných za neúspech spoločnosti. Zodpovedajú totiž za riadne a včasné plnenie svojich povinností, ktorých účelom je predchádzanie ekonomickému neúspechu spoločnosti.

2. POVINNOSŤ VČASNÉHO ZAHÁJENIA KONKURZNÉHO KONANIA

Jednou z právnych pák na predchádzanie negatívnym dopadom ekonomického neúspechu spoločnosti na jej veriteľov by mal byť právny inštitút povinnosti včasného podania návrhu na insolvenčné konania. Týmto návrhom sa podľa ZKR rozumie návrh na vyhlásenie konkurzu (§ 11) alebo návrh na povolenie reštrukturalizácie (§ 111), ktorú možno skrátene nazvať povinnosťou včasného zahájenia insolvenčného konania. Na účel tohto príspevku sa budeme zaoberať konkurzným konaním. Včasné vyhlásenie konkurzu zabráni negatívnemu ekonomickému pôsobeniu neúspešného subjektu. Je základným predpokladom na zachovanie majetku dlžníka, na uspokojenie nárokov veriteľov i na zabránenie vzniku ďalších záväzkov, ktoré by znižovali mieru uspokojenia týchto pohľadávok [14]. Možno ju teda charakterizovať ako povinnosť zameranú na dosiahnutie čo najvyššej miery uspokojenia pohľadávok veriteľov, v čase keď sa spoločnosť nachádza už v úpadku.

2.1 SUBJEKT POVINNÝ SPLNIŤ POVINNOSŤ

Podať návrh na vyhlásenie konkurzu [15] je jednak oprávnením určitých subjektov (veritelia), ale tiež je povinnosťou inej skupiny subjektov [16]. V zmysle ust. § 11 ods. 2 má povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu predovšetkým dlžník [17] v úpadku. V prípade dlžníka- podnikateľa obchodnej spoločnosti, vo všeobecnosti podáva tento návrh štatutárny orgán, resp. člen alebo viacerí členovia štatutárneho orgánu, v závislosti od vnútorných predpisov spoločnosti. Táto úprava je obsiahnutá v ust. § 11 ods. 2 druhá veta ZKR. V prípade akciovej spoločnosti podáva návrh na vyhlásenie konkurzu predstavenstvo, resp. jeho členovia. Predstavenstvo akciovej spoločnosti má najlepšie informácie o finančnej situácii, resp. o stave majetku a záväzkov spoločnosti ako aj budúcom vývoji postavenia spoločnosti na trhu - a preto by členovia predstavenstva mali vedieť najlepšie zhodnotiť kedy je potrebné začať formálne konkurzné konanie tak, aby veritelia mohli byť uspokojení v čo najvyššej miere [18]. Tieto znalosti členov predstavenstva vyplývajú z jeho postavenia ako štatutárneho orgánu, ktorý spoločnosť riadi a koná v jej mene a následne, okrem iných, aj z

---

[14] Sivák, R. - Mikocziová, J.: *Teória a politika kapitálovej štruktúry a majetkovo finančnej stability podnikateľských subjektov*, Bratislava, 2005, str. 246

[15] Začatie konkurzného konania je ovládané dispozičnou zásadou. Podstata dispozičnej zásady vo všeobecnosti v súlade so súkromnou autonómiou subjektov súkromného práva spočíva v tom, že o otázke začatia či nezačatia konania rozhodujú zásadne účastníci.

[16] Hoci zákonodarca v ust. § 11 ods. 1 ZKR používa pre všetky vymenované osoby, ktoré podávajú návrh na vyhlásenie konkurzu slovo "môže", z ďalších ustanovení môže vyplynúť, že nejde len o oprávnenie. v prípade dlžníka ide jednoznačne o povinnosť, ak sú splnené podmienky podľa ust. § 11 ods. 2.

[17] Ak návrh na vyhlásenie konkurzu podáva dlžník, rozumie sa tým, že je v úpadku, čo podloží zoznamom svojho majetku a zoznamom svojich záväzkov, prípadne poslednou účtovnou závierkou a správou audítora podľa § 17.

[18] Dôvodová správa k návrhu zákona o konkurze a reštrukturalizácii

povinnosti zabezpečenia riadneho vedenia účtovníctva v zmysle ust. § 192 ObZ. Je teda správne, že oni by mali mať povinnosť v záujme spoločnosti v tom najširšom zmysle (a teda tiež v záujme veriteľov spoločnosti) podať na súd návrh na vyhlásenie konkurzu a to v mene spoločnosti.

2.2 VČASNÉ SPLNENIE POVINNOSTI

ZKR vyžaduje, aby dlžník splnil svoju povinnosť riadne a včas. Zákon definuje vhodný čas podania návrhu, teda podmienky včasného splnenia povinnosti. Člen predstavenstva má zákonnú povinnosť zahájiť konkurzné konanie do tridsiatich dní [19] od kedy sa dozvedel, alebo sa pri zachovaní odbornej starostlivosti mohol dozvedieť o úpadku spoločnosti. Akonáhle nastane niektorá z foriem úpadku, vzniká povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu. Táto doba tridsiatich dní je maximálne možné časové rozpätie, v ktorom majú členovia predstavenstva povinnosť podať návrh - kedykoľvek v rámci lehoty, najneskôr však v tridsiaty deň. Ak nedodržia lehotu, nesplnia túto svoju povinnosť, a teda nastupujú právne následky a tiež sa zvyšuje pravdepodobnosť nástupu negatívnych ekonomických dôsledkov. O úpadku sa predstavenstvo dozvedá z účtovných predpisov, pričom sa vyžaduje rozsiahla finančná analýza a diagnostikácia stavu podniku [20]. Do nich však môžu nahliadať v zmysle ust. § 192 ObZ aj akcionári a tak oni by mali vo svojom záujme apelovať a kontrolovať predstavenstvo. Kontrolnú právomoc má aj dozorná rada a tiež by mala byť motivovaná konať v záujme spoločnosti.

2.3 RIADNE SPLNENIE POVINNOSTI

ZKR taktiež vyžaduje, aby dlžník a v jeho mene člen predstavenstva splnil svoju povinnosť riadne. Návrh na vyhlásenie konkurzu sa podáva na príslušnom súde. Vecnú príslušnosť upravuje ust. § 9 zákona č. 371/2004 Z. z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky a o zmene zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov a miestnu príslušnosť ustanovuje zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov. Člen predstavenstva akciovej spoločnosti splní riadne svoju povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu v prípade ak dodrží formálne a materiálne požiadavky v zmysle ZKR [21]. Súd jeho návrh príjme, bude sa ním zaoberať a teda začne

[19] Pre porovnanie, podľa predošlého zákona bol dlžník v zásade oprávnený podať návrh na vyhlásenie konkurzu. Povinný bol len ten dlžník, ktorý ako podnikateľ bol nepretržite počas 60 dní v predĺžení, teda nie každý dlžník. Povinnosť dlžníka podať návrh je oproti predchádzajúcej úprave sprísnená v troch smeroch: 1, zákon ukladá takúto povinnosť každému dlžníkovi, ktorý je v úpadku, to znamená aj tomu, kto nie je podnikateľom 2, povinnosť podať návrh nie je viazaná len na úpadok vo forme predĺženia, ale aj na úpadok vo forme platobnej neschopnosti. 3, zákon skracuje lehotu na podanie návrhu na 30 dní odkedy sa dlžník dozvedel alebo sa pri zachovaní odbornej starostlivosti mohol dozvedieť o svojom úpadku.

[20] Pozri bližšie Kupkovič, M. a kol.: *Podnikové hospodárstvo*, Bratislava, 2003

[21] Náležitosti návrhu v zmysle ust. § 12 ZKR, zaplatenie preddavku v zmysle ust. § 13 ZKR a pod.

konkurzné konanie. Inými slovami, povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu sa musí splniť tak, aby návrh nebol odmietnutý z dôvodu nedostatkov zákonom ustanovených náležitostí. Nestačí splniť len formálne náležitosti, ale aj materiálne. Z tohto dôvodu ZKR v ust. § 14 ods. 1 ustanovuje, že ak návrh na vyhlásenie konkurzu nespĺňa zákonom ustanovené náležitosti, súd tento návrh odmietne. Rovnako v zmysle ust. § 15 sa povinnosť podať návrh na vyhlásenie konkurzu nepovažuje za splnenú, ak z dôvodu späťvzatia návrhu súd konkurzné konanie zastaví [22]. ZKR v ust. § 11 ods. 4 výslovne uvádza, že povinnosť zahájenia konkurzného konania sa nepovažuje za splnenú, ak súd návrh na vyhlásenie konkurzu odmietol alebo konkurzné konanie zastavil z dôvodu späťvzatia návrhu.

3. ZODPOVEDNOSŤ ZA NESPLNENIE POVINNOSTI VČASNÉHO ZAHÁJENIA KONKURZNÉHO KONANIA

Zodpovednosťou člena predstavenstva rozumieme v tej najvšeobecnejšej rovine dôsledok protiprávneho konania - porušenia povinnosti člena štatutárneho orgánu. Sankciou za porušenie povinnosti podať včas návrh na vyhlásenie konkurzu je zodpovednosť za škodu, ktorá týmto protiprávnym konaním veriteľom vznikne. Povinnosť včas zahájiť konkurzné konanie je ustanovená v § 11 ods. 2 ZKR, následne zodpovednosť za škodu, ktorá porušením tejto povinnosti vznikne, je ustanovená v § 11 ods. 4 ZKR takto: Ak osoba povinná podať návrh na vyhlásenie konkurzu v mene dlžníka poruší povinnosť včas podať návrh na vyhlásenie konkurzu, zodpovedá veriteľom za škodu, ktorá im v dôsledku toho vznikla.

Právna úprava zodpovednosti za škodu spôsobenú veriteľom porušením povinnosti osoby povinnej podať za dlžníka návrh, je osobitnou právnou úpravou zodpovednosti za škodu a to na účely ZKR. [23] Táto zodpovednosť je objektívna, teda pre jej vznik sa nevyžaduje zavinenie. Predpokladmi vzniku zodpovednosti sú porušenie povinnosti ustanovenej ZKR, vznik škody a príčinná súvislosť medzi vznikom škody a porušením povinnosti. Existenciu týchto predpokladov musí preukázať poškodený, teda veriteľ spoločnosti.

Nárok zo zodpovednosti za škodu môže veriteľ uplatniť len v premlčacej lehote a to v trvaní jedného roka. ZKR osobitne upravuje začiatok plynutia tejto premlčacej lehoty z dôvodu toho, že veriteľ môže uplatniť svoj nárok až po skončení konkurzného konania [24], kedy bude možné uplatniť domnienku o výške škody, náhradu ktorej požaduje. Konkurzné konanie však trvá niekoľko rokov a môže skončiť dávno po tom, ako veriteľovi

[22] Pospíšil, B.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom*, Bratislava, 2005
[23] Keďže ide o osobitnú úpravu zodpovednosti, ustanovenú "iným zákonom", ako všeobecná úprava voči nej sa v zásade používa OZ, okrem prípadov komplexnej úpravy, prípadne výslovného odkazu na ObZ. Úprava zodpovednosti za škodu je v tomto prípade nielen osobitná, ale aj komplexná.
[24] zrušením konkurzu alebo zastavením konkurzného konania

vznikol nárok na náhradu škody [25]. Premlčacia lehota preto začína plynúť v zmysle ust. § 11 ods. 4 ZKR od zrušenia konkurzu alebo zastavenia konkurzného konania pre nedostatok majetku.

Osobou zodpovednou za nesplnenie povinnosti zahájenia konkurzného konania za dlžníka, je jeden, alebo viacerí členovia predstavenstva, a to v závislosti od interných predpisov spoločnosti, resp. inak bude platiť ust. § 191 ods. 1 ObZ. Zodpovednosť za škodu voči veriteľom bude solidárna, zodpovedajú spoločne a nerozdielne [26].

3.1 DOMNIENKA O PORUŠENÍ POVINNOSTI KONAŤ S ODBORNOU STAROSTLIVOSŤOU

Právna úprava ustanovuje dve domnienky, a to o porušení povinnosti konať s odbornou starostlivosťou a o výške škody. ZKR pripúšťa možnosť liberácie. Člen predstavenstva totiž podľa ust. § 11 ods. 4 ZKR zodpovedá veriteľom za škodu, ktorá im v dôsledku nesplnenia povinnosti včasného zahájenia konkurzného konania vznikla, ibaže preukáže, že konal s odbornou starostlivosťou. A tu sa dostávame k prvej domnienke úpravy zodpovednosti za škodu a to, že sa prezumuje také konanie člena predstavenstva, ktoré nebolo konaním s odbornou starostlivosťou. Dôkazné bremeno spočíva na členovi predstavenstva, ktorý musí v súdnom konaní na vlastné náklady dokázať, že s odbornou starostlivosťou [27] konal a tak sa môže zbaviť zodpovednosti. V takomto prípade člen predstavenstva neporušil právnu povinnosť, konanie nie je protiprávne a preto nemožno hovoriť o samotnej zodpovednosti.

3.2 DOMNIENKA O VÝŠKE SPÔSOBENEJ ŠKODY

Ak sa členovi predstavenstva nepodarí dokázať, že konal s odbornou starostlivosťou, je tu daná jeho zodpovednosť za škodu. Nastupuje druhá domnienka a to o výške škody spôsobenej veriteľom tým, že si člen predstavenstva ako osoba povinná konať za dlžníka, nesplnil povinnosť včasného zahájenia konkurzného konania a tak zostali splatné a nevymožiteľné pohľadávky veriteľov voči spoločnosti. ZKR ju obsiahol v ust. § 11 ods. 4 takto: Ak návrh na vyhlásenie konkurzu nebol podaný včas, predpokladá sa, že výška škody, ktorá tým veriteľom vznikla, je suma ich pohľadávok, ktoré po zrušení konkurzu alebo zastavení konkurzného konania pre nedostatok majetku zostali neuspokojené, ibaže sa preukáže iná výška škody. ZKR rieši stanovenie škody domnienkou, pretože je ťažké vyčísliť skutočnú škodu. Vyvrátiteľná domnienka o výške škody teda hovorí, že škodou je suma pohľadávok, ktorá po zrušení konkurzu (§ 102)

---

[25] Pospíšil, B.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom*, Bratislava, 2005
[26] čo vyplýva analogicky z ust. § 194 ods. 6 ObZ
[27] Pojem odborná starostlivosť je na účely ZKR všeobecne definovaný v ust. § 7 ZKR a rozumie sa ním konanie so starostlivosťou primeranou funkcii alebo postaveniu konajúcej osoby po zohľadnení všetkých dostupných informácií, ktoré sa týkajú alebo môžu mať vplyv na jej konanie.

alebo zastavení konkurzného konania pre nedostatok majetku (§ 20) zostali neuspokojené [28]. Keďže však ide o vyvrátiteľnú právnu domnienku, člen predstavenstva má možnosť vo svojom vlastnom záujme, vo vlastnom mene a na vlastné náklady preukázať, že skutočná škoda je iná. Dôkazné bremeno teda leží na ňom, pretože on má škodu nahradiť.

3.3 POSUDZOVANIE ZODPOVEDNOSTI V SÚLADE S UST. § 4 ZKR

Zodpovednosť členov predstavenstva je potrebné posudzovať v nadväznosti na povinnosti ustanovené v § 4 ZKR, a teda povinnosť predchádzania úpadku, povinnosť sledovať vývoj finančnej situácie, povinnosť včas zistiť hrozbu úpadku a povinnosť prijať bez zbytočného odkladu vhodné a primerané opatrenia na jeho odvrátenie. Tieto patria medzi základné zásady, na ktorých spočíva konkurzné právo [29]. Majú sa uplatňovať najmä v čase, keď sa spoločnosť ešte nenachádza v úpadku a sú zamerané na jeho predchádzanie. Ich dôsledné plnenie umožňuje včas rozpoznať kedy nastal úpadok a teda aj včas splniť povinnosť včasného zahájenia konkurzného konania. Keďže sú predpokladom dôsledného splnenia povinnosti členov predstavenstva podať včas návrh na vyhlásenie konkurzu, tak zodpovednosť za škodu, ktorá môže vzniknúť porušením povinnosti včasného zahájenia konania, treba hodnotiť v priamej súvislosti s povinnosťami ustanovenými v §4 ZKR [30].

Povinnosť predchádzania úpadku je ustanovená v § 4 ods. 1 ZKR. Týka sa podnikateľa, ktorý je v postavení dlžníka voči svojim veriteľom, teda ak voči podnikateľovi existujú pohľadávky. Týka sa všetkých dlžníkov, aj takých, ktorí nie sú podnikateľmi. Povinnosť predchádzať úpadku sa uplatňuje v každom čase, teda nie len keď sa v ňom už nachádza, alebo keď mu hrozí, ale aj keď mu vôbec nehrozí [31]. V ust. § 4 ZKR je stanovená povinnosť, ktorá sa vzťahuje na dlžníkov, ktorí sú povinní účtovať podľa zákona č. 431/ 2002 Z.z. o účtovníctve. Títo podnikatelia sú povinní sústavne sledovať vývoj svojej finančnej situácie, ako aj stav svojho majetku a záväzkov tak, aby mohli včas zistiť prípadnú hrozbu úpadku a prijať opatrenia, ktoré hroziaci úpadok odvrátia. Splnenie povinnosti včasného zistenia hrozby úpadku umožňuje splniť aj povinnosť prijať bez zbytočného odkladu vhodné a primerané opatrenia na jeho odvrátenie. Táto povinnosť sa viaže k okamihu len hroziaceho úpadku, a teda nie okamihu, keď je už dlžník v úpadku. To je hlavný rozdiel od povinnosti včas podať návrh na vyhlásenie konkurzu, ktorej predchádza.

[28] Pospíšil, B.: Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom, Bratislava, 2005
[29] Zároveň tieto zásady plnia prevenčnú a ochrannú funkciu konkurzného práva.
[30] Pospíšil, B.: *Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom*, Bratislava, 2005
[31] tamtiež

4. FIDUCIÁRNE POVINNOSTI A ZODPOVEDNOSŤ ZA ŠKODU SPÔSOBENÚ ICH PORUŠENÍM

Inštitút fiduciárnych povinností je výrazne rozvinutý v krajinách common law a zahŕňa viac čiastkových povinností. Vzťahujú sa na členov štatutárnych orgánov a v ObZ sú označené ako povinnosť štatutárnych orgánov vykonávať svoju pôsobnosť s náležitou starostlivosťou. Ich právna úprava sa nachádza v § 194 ods. 5 ObZ pre akciovú spoločnosť, a v § 135a ods. 1 ObZ pre spoločnosť s ručením obmedzeným. Fiduciárne povinnosti sa v akciovej spoločnosti vzťahujú na členov predstavenstva. Ich povinnosťou podľa ObZ je vykonávať svoju pôsobnosť s náležitou starostlivosťou, ktorá zahŕňa povinnosť jednak konať v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej akcionárov a tiež konať s odbornou starostlivosťou.

Je otázkou, či sú fiduciárne povinnosti zamerané aj voči veriteľom. S ňou súvisí otázka, či je porušenie ust. § 11 ods. 4 ZKR zároveň porušením fiduciárnych povinností. Zaujímavé je slovné vyjadrenie ObZ, že členovia predstavenstva sú povinní vykonávať svoju pôsobnosť v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej akcionárov. Záujmy spoločnosti by bolo možné definovať v širšom zmysle tak, že sem spadajú záujmy nielen tzv. insiderov, ale aj všetkých zainteresovaných osôb. Z toho vyplýva, že fiduciárne povinnosti môžu byť podľa rôzneho uhla pohľadu zamerané buď do vnútra spoločnosti- povinnosti voči akcionárom, alebo navonok - povinnosti voči stakeholderom, kam patria aj veritelia spoločnosti [32]. Pojem "záujmy spoločnosti", použitý v povinnosti štatutárnych orgánov vykonávať svoju pôsobnosť v súlade so záujmami spoločnosti a všetkých jej akcionárov, je širší ako pojem "záujmy akcionárov" [33]. Záujmy spoločnosti sú totiž aj záujmami jej veriteľov a to najmä v prípade keď je spoločnosť v blízkosti úpadku [34]. Ak majú štatutárne orgány zastávať záujmy spoločnosti, v prípade keď sa spoločnosť dostáva do úpadku, záujmy spoločnosti sú zároveň záujmami jej veriteľov. Z toho vyplýva, že fiduciárne povinnosti sú naozaj zamerané aj voči veriteľom a to je aj zmyslom právnej úpravy. Tým by bolo vysvetlené, že štatutárne orgány majú fiduciárnu povinnosť konať v záujme spoločnosti aj na účely konkurzného práva a insolvenčných konaní. Pod fiduciárne povinnosti štatutárnych orgánov by potom bolo možné zaradiť povinnosť včasného zahájenia konkurzného konania podľa ZKR.

Prejdeme ďalej k zodpovednosti členov predstavenstva za škodu. Keďže fiduciárne povinnosti sú právne povinnosti, a to bez ohľadu na to, či sú

---

[32] Takto bol tento názor odkonzultovaný s Doc. Patakyovou a Mgr. Glézlom.

[33] Hoci sa pod vplyvom anglického práva zvykne stotožňovať záujem spoločnosti so záujmami akcionárov. Pozri bližšie Patakyová, M. a kol.: *Obchodný zákonník: komentár*. 2. vydanie, Praha, 2008

[34] Ide o spomínanú tzv. duty shifting doctrine, ktorá reaguje presne na takéto situácie a zvýrazňuje záujem veriteľov na splnením si povinnosti dlžníka. Pozri bližšie Glézl, A.: *Právo obchodných spoločností v Slovenskej republike - inštitúty ochrany veriteľov v práve kapitálových spoločností*, Dizertačná práca, Bratislava 2009

súčasne zmluvne zakotvené preto sa v zmysle ust. § 757 uplatní všeobecnú úpravu náhrady škody v obchodnom zákonníku (§ 373 a nasl. ObZ). Tá je v prípade zodpovednosti členov štatutárnych orgánov za porušenie fiduciárnych povinností do určitej miery osobitne modifikovaná právnou úpravou obsiahnutou v § 194 ods. 6 až 9 ObZ [35] . Týka sa primárne vzťahu členov predstavenstva voči spoločnosti ako celku, za spoločnosť môže nárok uplatniť viacero subjektov [36] :

- samotné predstavenstvo (§ 13 ods. 2 v spojení s § 191 ods. 1)

- dozorná rada (§ 197 ods. 1 v spojení s/resp. § 182 ods. 1)

- menšinoví akcionári (§182 ods. 2) [37]

- veritelia (§ 194 ods. 9)

- správca konkurznej podstaty

Veritelia sami o sebe nemôžu vyvodzovať zodpovednosť členov štatutárnych orgánov za porušenie fiduciárnych povinností. Môžu však vyvodzovať podľa ust. § 194 ods. 9 zodpovednosť za škodu, ktorá vznikla spoločnosti, hoci aj porušením fiduciárnych povinností, v prípade, ak nemôžu uspokojiť svoju pohľadávku z majetku spoločnosti. Veritelia takúto žalobu podajú vo svojom mene a na svoj účet a žalovaným bude člen, resp. členovia predstavenstva. Veritelia musia však dokázať, že škoda vznikla v príčinnej súvislosti s porušením fiduciárnych povinností členmi predstavenstva a že nemôžu svoju pohľadávku z majetku spoločnosti [38]. Dokazovanie je náročné. Veritelia však majú uľahčenú situáciu v tom, že porušenie fiduciárnych povinností je prezumované, hoci členovia predstavenstva majú možnosť vyvrátiť túto domnienku. V zmysle ust. § 194 ods. 7 člen predstavenstva nezodpovedá za škodu, ak preukáže, že postupoval pri výkone svojej pôsobnosti s odbornou starostlivosťou a v dobrej viere, že koná v záujme spoločnosti. Z toho vyplýva, že obchodný zákonník prezumuje porušenie fiduciárnych povinností členov predstavenstva a títo môžu na vlastné náklady preukázať opak. Ak vyvrátia

---

[35] Ovečková, O.: *Zodpovednosť členov štatutárnych a dozorných orgánov kapitálových obchodných spoločností.* In Právny obzor. č. 3, 2007. Špeciálne sú upravené sú napr. liberačné dôvody. Pozri bližšie tiež Čavojský, P.: *Poznámky k uplatneniu zodpovednosti za škodu v kapitálových spoločnostiach*. In Obchodné právo č. 2, 2004

[36] Možno podať žalobu len na člena, resp. členov predstavenstva, nie na predstavenstvo samotné, pretože sa predpokladá porušenie povinností jedným alebo viacerými členmi predstavenstva ako štatutárom a nie porušenie povinnosti štatutárnym orgánom ako celkom. Podľa ust. § 191 ods. 1 členovia predstavenstva, ktorí konajú v mene spoločnosti, a spôsob, ktorým tak robia, sa zapisujú do ObReg.

[37] Akcionári môžu podľa § 182 ods. 2 podať akcionársku žalobu (derivatívnu žalobu) na náhradu škody v mene spoločnosti na člena alebo členov predstavenstva, len ak tieto zodpovednostné nároky neuplatní bez zbytočného odkladu dozorná rada (§ 182 ods. 1 písm. e), alebo predstavenstvo.

[38] Patakyová, M. a kol.: *Obchodný zákonník: komentár*. 2. vydanie, Praha, 2008, str. 548

prezumované porušenie povinnosti, preukážu splnenie oboch podmienok (t.j. že konali s odbornou starostlivosťou a v dobrej viere, že konajú v záujme spoločnosti), zaniká prvý predpoklad vzniku zodpovednosti za škodu a to samotné porušenie povinnosti. V takomto prípade člen predstavenstva neporušil právnu povinnosť, konanie nie je protiprávne a preto nemožno hovoriť o samotnej zodpovednosti. Ak nedokážu, že konali tak, aby vyvrátili domnienku, je tu daná zodpovednosť za škodu. Členovia predstavenstva sa následne ešte môžu liberovať zo zodpovednosti za škodu tak, že preukážu liberačné dôvody [39]. V zmysle ust. § 194 ods. 7 členovia predstavenstva nezodpovedajú za škodu spôsobenú spoločnosti konaním, ktorým vykonávali uznesenie valného zhromaždenia [40]. V zmysle ust. § 194 ods. 9 ObZ nároky veriteľov spoločnosti voči členom predstavenstva nezanikajú, ak sa spoločnosť vzdá nárokov na náhradu škody alebo s nimi uzatvorí dohodu o urovnaní. Ak je na majetok spoločnosti vyhlásený konkurz, pokračuje v konaniach, v ktorých si uplatnili svoje nároky voči členom predstavenstva veritelia, správca konkurznej podstaty.

5. DVA RÔZNE ZODPOVEDNOSTNÉ SYSTÉMY NA VYMÁHANIE ŠKODY VERITEĽMI

Ako bolo naznačené v predchádzajúcom texte, veritelia môžu uplatniť voči členom predstavenstva (na účel tohto príspevku) 2 rôzne zodpovednostné nároky:

- nároky spoločnosti na náhradu škody, ktorá vznikla spoločnosti konaním členov predstavenstva, ktorí porušili fiduciárnu povinnosť (§ 194 ods. 9 ObZ)

- svoje vlastné nároky, ktoré veriteľom vznikli v konkurznom konaní tým, že členovia predstavenstva porušili svoju povinnosť podať včas návrh na vyhlásenie konkurzu (§ 11 ods. 4 ZKR)

---

[39] Liberačný dôvod v zmysle ust. § 194 ods. 7 ObZ vzbudzuje rozdielne názory právnych teoretikov. Podľa Doc. Ovečkovej zakladá špeciálnu úpravu liberácie zo zodpovednosti za škodu, avšak nevylučuje použitie všeobecnej úpravy ust. § 374 ObZ o okolnostiach vylučujúcich zodpovednosť, len ju dopĺňa. Aj okolnosti vylučujúce zodpovednosť môže člen predstavenstva využiť vo svoj prospech a liberovať sa. Pozri bližšie Ovečková, O.: *Zodpovednosť členov štatutárnych a dozorných orgánov kapitálových obchodných spoločností.* In Právny obzor. č. 3, 2007, str. 337. Na druhej strane JUDr. Čavojský vo svojom príspevku tvrdí, že v ust. § 194 ods. 7 ObZ ide o osobitné liberačné dôvody a je potrebné ich vnímať ako špeciálnu právnu úpravu ku všeobecným liberačným dôvodom uvedeným v § ust. § 374 ObZ, ktoré sa vzhľadom na tento vzťah nepoužijú. Pozri bližšie Čavojský, P.: *Poznámky k uplatneniu zodpovednosti za škodu v kapitálových spoločnostiach*. In Obchodné právo č. 2, 2004, str. 20.

[40] to však neplatí, ak je uznesenie valného zhromaždenia v rozpore s právnymi predpismi alebo stanovami spoločnosti

Podstatou a účelom oboch nárokov [41] je chrániť záujmy veriteľov, ktorým bola spôsobená škoda v dôsledku porušenia povinností členmi predstavenstva ustanovených či už v ObZ alebo v ZKR. Keďže súčasťou záujmu spoločnosti je aj záujem veriteľov, možno povedať, že obe sankcie zodpovednosti za škodu sú na prospech veriteľov, avšak ich uplatňovanie je podľa platnej právnej úpravy v každom prípade odlišné. Nie je možné aby veritelia uplatnili oba nároky naraz. V prípade uplatnenia toho prvého, vymáha škodu po začatí konkurzného konania správca konkurznej podstaty. V prípade uplatnenia druhého nároku, keďže sa to deje až po skončení konkurzného konania, prvý nárok bol alebo mohol byť už vymáhaný a to správcom konkurznej podstaty. Je však možné zároveň vyvodzovať zodpovednosť členov predstavenstva za škodu vzniknutú spoločnosti za porušenie fiduciárnych povinností a to či už ešte pred začatím, alebo v priebehu konkurzného konania a zároveň zodpovednosť za porušenie povinnosti včas zahájiť konkurzné konanie, pretože táto sa môže vyvodzovať až po skončení konkurzného konania, keď budú môcť veritelia preukázať škodu, ktorá zodpovedá nevymoženým pohľadávkam.

Vymožiteľnosť oboch nárokov závisí na jednej zásadnej okolnosti a tou je majetková dispozícia členov predstavenstva. Keďže zodpovedajú ako fyzické osoby, budú povinní, ak tak rozhodne súd [42], nahradiť veriteľom škodu zo svojho vlastného majetku. Ak by títo nemali z čoho nahradiť škodu, bolo by znefunkčnené aj danú zákonné ustanovenie. V takých prípadoch by veritelia mohli za istých okolností uplatniť napr. inštitút odporovateľných právnych úkonov.

V akej miere je ustanovenie o fiduciárnych povinnostiach, resp. ustanovenie o povinnosti včasného zahájenia insolvenčných konaní (ako konkurzného, tak aj reštrukturalizačného konania) motivujúce pre členov predstavenstva, aby plnili svoje povinnosti, je predmetom samostatného výskumu, ktorý spolu s Mgr. Glézlom uskutočňujeme na Právnickej fakulte Univerzity Komenského v Bratislave. Budeme testovať efektívnosť sankcie zodpovednosti za škodu podľa ust. § 11 ods. 4 ZKR a jeho vplyv na rozhodovanie členov predstavenstva. Tiež budeme zisťovať mieru využívania tohto ustanovenia v praxi a výsledky konaní, v ktorých bolo využité. Tento príspevok tvorí akúsi prípravnú bázu k výskumu, v ktorom pristúpime tiež k hlbšej analýze súvisiacich ekonomicko-právnych inštitútov, platnej právnej úpravy, prípadne návrhov zmeny právnej úpravy

[41] Každý z týchto nárokov má však rôzne uplatnenie a zakladá inú zodpovednosť za škodu.
[42] Súd tak rozhodne zvyčajne po náročnom, časovo zdĺhavom konaní, v ktorom je dokazovanie mimoriadne obtiažne.

Literature:

Brecht, M. - Bolton, P. - Röell, A.: Corporate Governance and Control, In ECGI, August 2005 dostupné na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=343461&high=%20becht%3E.

Čavojský, P.: Poznámky k uplatneniu zodpovednosti za škodu v kapitálových spoločnostiach. In Obchodné právo č. 2, 2004, s. 18-24

Clark, R.C.: Firemní právo. Praha : Victoria Publishing, 1992, 985 s. ISBN 80-85605-16-3

Dôvodová správa k návrhu zákona o konkurze a reštrukturalizácii

Ďurica, M. - Husár, J.: Sprievodca konkurzným právom, Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti SR, 2008, 137 s.

Gilson, J. - Whitehead, Ch. K.: Deconstructing Equity: Public Ownership, Agency Costs, and Complete Capital Markets, In USA: Columbia Law Review, August 2007 dostupné na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991352

Glézl, A.: Právo obchodných spoločností v Slovenskej republike - inštitúty ochrany veriteľov v práve kapitálových spoločností, Dizertačná práca, Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2009, 147 s.

Hansmann, H. - Kraakman, R.: The end of History for Corporate Law, In USA: Yale, International Center for Finance. January 2000 ISBN 1045-6333 dostupné na http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/280.pdf

Hu, H.T.C. - Westbrook J.L.: Abolition of the Corporate Duty to Creditors, In Columbia Law Review, Volume 107, s. 1321-1403, Október 2007, dostupné na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=977582

Jensen, M.C. - Meckling, W.H. : Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, In Journal of Financial Economics 3, North-Holland Publishing Company, 1976, s. 305-360.

Jensen, M.C.: Value Maximization, Stakeholder Theory, and the Coporate Objective Function, In USA: Journal of Applied corporate Finance, Fall 2001, Volume 14.3 s. 8-20

Kislingerová, E.: Inovace nástrojů ekonomiky a managementu organizací, Praha: C. H. Beck, 2008, 293 s. ISBN 80-7179-882-8

Kupkovič, M. a kol.: Podnikové hospodárstvo, Bratislava: SPRINT, 2003, 452 s. ISBN 80-88848-71-7

Ovečková, O.: Niektoré výkladové a aplikačné problémy zodpovednosti členov štatutárnych orgánov kapitálových obchodných spoločností. In Právny obzor. Roč. 90, č. 4, 2007, s. 336-342.

Ovečková, O.: Zodpovednosť členov štatutárnych a dozorných orgánov kapitálových obchodných spoločností. In Právny obzor. Roč. 90, č. 3, 2007, s. 226-237.

Patakyová, M. a kol.: Obchodný zákonník: komentár. 2. vydanie, Praha: C. H. Beck, 2008, 1143 s. ISBN 978-80-7400-039-3

Pospíšil, B.: Zákon o konkurze a reštrukturalizácii s komentárom, Bratislava: Poradca podnikateľa, 2005, 519 s. ISBN 8088931398

Sivák, R. - Mikocziová, J.: Teória a politika kapitálovej štruktúry a majetkovo finančnej stability podnikateľských subjektov, Bratislava: EKONÓM, 2005, 262 s. ISBN 80-89085-63-6

Sobinkovič, B. - Jesný, M.: Dáždnik pred insolventnosťou, In Trend. september 2009, č. 35, s. 26-29.

Wöhe, G. - Kislingerová, E.: Úvod do podnikového hospodářství, Praha: C. H. Beck, 2007, 928 s. ISBN 80-7179-897-2

Zachar, D.: Reformy na Slovensku 2004 - 2005, Bratislava: INEKO Inštitút pre ekonomické a sociálne reformy, 2005, 128 s. ISBN 80-89026-20-6

Contact – email
lenka.kukuckova@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

K LIMITACI SANKČNÍCH NÁSTROJŮ (LIMITACI NÁHRADY ŠKODY)

KAREL MAREK

Právnická fakulta, Masarykova univerzita, Katedra obchodního práva, Česká republika

Abstract in original language
Při tvorbě nového občanského zákoníku a obchodního zákoníku bychom měli respektovat evropské trendy, současně vycházet z možné právní kontinuity a posoudit i dosavadní znění právní úpravy. Současně se jeví nutnost prohloubit provádění srovnávacího výzkumu. Při funkčním pojetí efektivnosti práva hledáme podstatu efektivnosti především v jeho funkčnosti; vycházíme přitom z pojetí představitele funkční teorie p. prof. Hajna a jeho přednášek vyslovených na brněnské právnické fakultě.

Key words in original language
občanský zákoník, obchodní zákoník, limitace náhrady škody, kvalifikované uzavírání smluv

Abstract
During making a new Civil and Commercial Code we should respect the European trends as well as follow a legal continuity and judge also a contemporary legal regulation. It is important also to work on the comparative studies. The essence of a functional theory of efficiency of law is based on a functionality of a law. We result from the functional theory of professor Hajn and his lectures professed on the Faculty of Law in Brno.

Key words
Civil Code, Commercial Code, Limitation of the Damages, Disposition of the Contractual Parties

V našem dnešním příspěvku vycházíme z tzv. funkčního pojetí efektivnosti práva; vycházíme přitom z pojetí představitele funkční teorie p. prof. Hajna a jeho přednášek vyslovených na brněnské právnické fakultě. Jde o zjištění míry, jak se naplňují funkce práva, i o zjištění okolností, za nichž se plní. Navazujeme přitom též na naše pojednání K efektivnosti právní úpravy in Marek, K.: Smluvní obchodní právo, Kontrakty, MU Brno, 2009, 1. dotisk 4. vydání a na pojednání K odpovědnosti za škodu in Marek, K.; Průcha, P.: České stavební právo v evropském kontextu, MU Brno, 2009, 1. vydání.

Obecně jsou rozlišovány dvě skupiny funkcí práva: organizačně - regulativní a ochranně - zajišťovací. Tyto skupiny funkcí vyjadřují potřebu zabezpečit veřejné zájmy, ale i ochránit zájmy jednotlivých osob. V rámci těchto skupin funkcí bývají pak zejména na úrovni jednotlivých odvětví specifikovány a zkoumány funkce těchto odvětví. Příčiny odlišností ve funkcích jednotlivých právních odvětví se shledávají zejména v okolnosti,

že jednotlivá odvětví přispívají k realizaci obecných funkcí práva v různé míře a různých oblastech.

Funkce naplňující se v obecných skupinách i funkce ve vztahu mezi skupinami funkcí mohou být navzájem komplementární (např. kogentní právní úprava promlčení stanoví lhůty dostatečné pro uplatnění práva, hájí obecný zájem a brání sjednávání nepřiměřeně krátkých lhůt, avšak po uplynutí těchto lhůt umožňuje námitku promlčení).

Funkce vůči sobě mohou však být i ve vztahu konkurence (kogentní právní úprava může prezentovat zájem společenský a může bránit individuálnímu odlišnému smluvnímu řešení i v případech, kdy by takové řešení bylo v souladu se zájmem obou smluvních stran). Při konkurenčním vztahu funkcí může přitom být diskusní, zda převažuje zájem společnosti nad zájmem jednotlivců či naopak (viz např. ustanovení § 446 českého obchodního zákoníku, které stanoví zásadně vlastnické právo kupujících z kupní smlouvy i tehdy, kdy nebyl vlastníkem prodávající; na jedné straně se zde preferuje jistota kupujících - což je jistě obecným zájmem, na straně druhé jde však o podstatný zásah do dosavadních vlastnických práv; může přitom vyvstat otázka, zda je žádoucí zvyšovat jistotu kupujících právě takovým ustanovením a zda je to skutečně též v zájmu společenském).

Vztah konkurence funkcí můžeme chápat též jako vztah jejich vzájemné limitace - např. snaha o zajištění práv věřitele pomocí zástavního práva je limitována ochranou právního postavení zástavního dlužníka, do jehož vlastnického práva může zástavní věřitel zasáhnout jen zákonem stanoveným způsobem.

Vyvážený vztah naplňování funkcí je sice žádoucí, ale jen obtížně dosažitelný stav. Je jistým ideálním modelem, kterému by se měla legislativa i realizační praxe stále přibližovat.

Dnes se spíše může jevit, že po období silných společenských preferencí určitých subjektů, event. určitých ekonomických aktivit (viz mj. dřívější hospodářskoprávní povinnost k uzavírání smluv stanovená zrušeným hospodářským zákoníkem), se pomyslné váhy naklonily ve prospěch individuálních zájmů (viz např. možnost působení obchodních společností s poměrně nízkým základním kapitálem a možnost působení živnostníků u tzv. živností volných), což může mít pozitivní vliv na rozšiřování počtu podnikatelských subjektů, avšak i nechtěné důsledky spočívající v případné nestabilitě i nižší profesionální úrovni těchto osob.

V této souvislosti hovoříme - v závislosti na tom, jak jsou uskutečňovány funkce práva - o efektivnosti jednak předpokládané (vznik desetitisíců podnikatelských subjektů), a jednak nepředpokládané (někteří podnikatelé se slabým majetkovým a odborným zázemím a případně nízkou morální a občanskou úrovní narušují vztahový řetězec podnikové sféry se společenskými dopady). Lze též hovořit o předpokládaných či

nepředpokládaných negativních důsledcích právní normy (nebo více právních norem) či právních předpisů.

K základním skutečnostem podmiňujícím realizaci funkcí práva náleží: kvalita právních norem samotných, kterou určuje adekvátnost upravovaným vztahům v právní normě, koordinovanost právních norem, respektování výslednosti práva a jeho mezí, systematika právních norem a kromě toho i jazyk a styl právních předpisů (základním požadavkem stylu právních norem je stručný a v tomto smyslu ekonomický způsob vyjadřování; omezuje rozsah normativního materiálu a usnadňuje jeho ovládnutí; stručnost právnického stylu je ovšem v jisté konkurenci s jeho komunikativností), faktory spojené s osobami, které budou právo realizovat, zejména jejich postoje (které jsou pro realizaci právních norem limitující), znalosti a dovednosti (kde lze přispět ke zlepšení dosavadního stavu i publikační činností, např. články v odborném tisku a veřejnými přednáškami), existence odpovídajících kontrolních mechanismů. To vše je třeba brát v potaz při nahlížení na dnešní právní úpravu a především při tvorbě nové právní úpravy, protože právě tím lze mj. přispět k trvale udržitelnému rozvoji společnosti.

Přestože právní úprava jednotlivých smluvních typů českého obchodního zákoníku (což platí i pro zákoník slovenský) je značně stručná, obsahuje pochopitelně ve svém souhrnu řadu právních ustanovení. Celý český obchodní zákoník (přestože zrušil cca 80 rozličných právních předpisů) je z pohledu převážné většiny adresátů právních norem (neprávníků) dílem tak rozsáhlým (měřeno jejich viděním), že mnozí (často právě i z důvodu dřívějšího působení desítek předpisů, v nichž se neodborník nemohl orientovat) jen těžko překonávají zábrany k seznamování se s textem zákona. Přitom některé komplikované partie různých zákonů (roztříštěné řadou novelizací do nepřehlednosti), v nichž se příslušný subjekt snaží orientovat, mohou působit negativní postoje vůči právu vůbec (z tohoto pohledu se nám jeví úprava smluvních typů podle druhé hlavy třetí části obchodního zákoníku příznivější ve srovnání s úpravami jinými).

Na postoje k právu výrazně působí kvalita právních norem. Závislost je tu však oboustranná. Oboustranná podmíněnost existuje i mezi právními znalostmi a dovednostmi.

Podaří-li se však postupně dosahovat kladných postojů subjektů k právu (můžeme k tomu přispět i delší přípravou rozhodujících předpisů za účasti odborné veřejnosti) a k získávání jeho širších znalostí, lze pak teprve hovořit o rozvíjení příslušných dovedností. Individuální znalosti lze sice nahrazovat různými pomůckami - vzory, předtisky, formuláři, avšak každou takovou pomůcku můžeme použít jen jako východisko k individuálnímu řešení daného případu (vzor není dotazník). Čas a úsilí, o něž se při přípravě kontraktu obchodní případ zkrátí, může mít příp. i negativní důsledky.

Zdá se, že nepřetržité novelizace různých právních předpisů bez jejich sladění v průběhu jejich přípravy by mohly navozovat dojem, že pro běžné

adresáty norem jde o stav, který nejsou schopni reflektovat; může se jevit, že podmínka efektivnosti není dána.

Předpoklady efektivnosti práva pak jsou ty či ony okolnosti, které v tom či onom stupni ovlivňují výslednou efektivnost práva (příkladem nenaplnění předpokladů může být i nepublikování úplných znění předpisů po sérii jejich novelizací ve Sbírce zákonů České republiky a nedostatečné legisvakanční lhůty, přitom např. formulované tak, že předpis "nabývá účinnosti prvního dne druhého měsíce pro vyhlášení"). Stupeň existence každého předpokladu ovlivňuje - ve vzájemném spolupůsobení s předpoklady ostatními - míru efektivnosti práva, aniž by o ní mohl sám rozhodovat či ji vylučovat. Příkladem vytváření základních předpokladů může být dodržení legislativní procedury, vhodný obsah předpisů, legislativně technická úroveň; tyto předpoklady samy ještě efektivnost práva nezabezpečují.

Při přípravě nových právních úprav je třeba mít na paměti, že vedle nových, právem vyžadovaných způsobů chování přežívají ve větší či menší míře i způsoby chování dřívější a jejich efekty. K takovému stavu dochází zvlášť v případech, kdy se požadavky nových právních norem výrazně liší od požadavků norem původních; zásadní změny by tedy měly být jen ve zvláště odůvodněných případech (příkladem mohou být dnešní "zápisy o splnění" smlouvy o dílo ve výstavbě, obsahující soupis tzv. "ojedinělých drobných vad a ojedinělých drobných nedodělků", neboť se jim v praxi plně nelze vyhnout, což dřívější úprava respektovala; tyto zápisy, které v praxi dnes "osvědčují" splnění díla, jsou přitom naopak důkazním prostředkem o jeho nesplnění, neboť kogentní ustanovení § 324 českého obchodního zákoníku přineslo zcela nový požadavek na plnění, a to i ve výstavbě - plnit řádně a včas, tj. bez jakýchkoli vad a nedodělků; přitom převzetí s limitovanými vadami a nedodělky a zápisy o převzetí s těmito vadami jsou v souladu se zákonem - neosvědčují však splnění).

Novelizace mohou napravovat nedostatky platné právní úpravy, ale jejich působení nemusí být vždy jen pozitivní.

Z tohoto pohledu se nemusí jevit efektivní dílčí novelizace právních předpisů řešící jen jednotlivé otázky. Např. i k právní úpravě smluvních typů podle druhé hlavy třetí části českého obchodního zákoníku existují náměty de lege ferenda. Po jejich pečlivém posouzení by však bylo i z nákladového hlediska vhodné jejich řešení komplexní.

Objevení dílčího nedostatku právní úpravy však často vede k volání po její okamžité změně.

Neustálá příprava novelizací současně klade vysoké nároky na koordinaci, aby obecně docházelo k opakování normativního textu jen výjimečně.

Na druhé straně, je-li třeba dílčí novely případné dispozitivní úpravy některého smluvního typu, může se odložit potřebná novelizace s

argumentací, že může být "nahrazena" odchylným ujednáním smluvních stran. Pokud by však bylo takové ujednání u "převažujícího počtu smluv", může to společensky zvyšovat nákladové hledisko při volbě odchylných ujednání. I dispozitivní právní úprava smluv je totiž nepochybně vzorem - můžeme mluvit o naplňování racionalizační funkce práva - při organizaci závazkových vztahů a měla by konkrétním řešením začasté vyhovovat.

Naplňování racionalizační funkce práva dovoluje, aby mohly mít subjekty uspořádány vztahy způsobem, který byl propracován odborníky a dostatečně ověřen. Brání se tak mj. tomu, aby se pracně hledala již ověřená řešení.

Racionálnost ekonomického rozhodování předpokládá perspektivnost, a proto i určitou míru jistoty. Prvek nejistoty je přitom možné pouze regulovat, nelze jej zcela vyloučit.

Při zkoumání efektivnosti práva specifikujeme již její základní předpoklady, potřebujeme však znát i aktuální stav efektivnosti platné právní úpravy. Zkoumat naplňování funkcí práva můžeme různými způsoby. Můžeme provést mj. porovnání s jiným právním řádem. Tuto metodu je vhodné též použít tam, kde se v našem právním řádu formuje nový institut (např. leasing). Porovnání s dalším právním řádem dovoluje totiž především zvážit úplnost či neúplnost (a v tomto smyslu adekvátnost či neadekvátnost) úpravy té či oné oblasti společenských vztahů.

I tam, kde případně zjistíme, že naše právní úprava není v porovnání s jiným právním řádem úplná (např. že v porovnání s regulací některých druhů závazků ve Spolkové republice Německo chybí právní úprava vystavování účtů za provedené služby, tj. právní úprava fakturace) není možno očekávat, že event. doplněním této úpravy do našeho právního řádu "automaticky" odstraníme některé nežádoucí jevy (např. pozdní provádění plateb mezi podnikateli a neplnění povinností stanovených "daňovými předpisy"). Tyto jevy mohou mít totiž celou řadu objektivních a subjektivních příčin.

Respektování známé skutečnosti, že právo není ani všemocné, ani bezmocné (může svým dílem přispívat ke zlepšení daného stavu), je důležitým předpokladem efektivnosti právních norem.

Při našich úvahách o funkcích právní úpravy se nevyhneme ani otázkám možných priorit a preferencí. Jsme přesvědčeni, že mají-li preference vůbec působit, musí se týkat jen úzkého okruhu případů (na podporu tohoto názoru můžeme uvést dřívější negativní zkušenost s kontraktačními prioritami pro tzv. závazné úkoly státního plánu v dřívějším společenském zřízení; jakmile totiž jejich počet dosahoval několika set a vyjádření jejich objemu přesáhlo kapacitní možnosti příslušných oborů, pak nebyla priorita žádnou prioritou - vše bylo prioritní). U preferencí se naplňují funkce organizačně - regulativní. Z opačného pólu však nemusí jít jen o potlačení smluvní svobody, ale i o zvýšenou ochranu určitých vztahů - o naplňování funkcí ochranně - zajišťovacích.

Preferovat ty či ony aktivity (stimulovat k nim) lze i snížením rozsahu sankcí pro případ určitých nezdarů. Jde - jak je zřejmé - také o poměrně tradiční techniku. V hospodářském životě však nalézá širokou příležitost k uplatnění. Převládají tu racionální, kalkulované způsoby chování. Výběr aktivit se provádí zpravidla tak, že se srovnávají výhody a rizika celé řady příležitostí. Je možno mj. posoudit, zda preferovat např. dodávky složitých investičních celků a též tzv. provozně nevyzkoušených strojů. Případně přiznáním možnosti limitace náhrady škody omezujeme sice jednoho partnera daného vztahu, na druhé straně poskytujeme možnost, aby vznikly vztahy, které by jinak vznikaly jen obtížně, popř. by nevznikaly jako vztahy právní, ale jen faktické, což by ve svém důsledku limitovalo i naplnění funkcí ochranně - zajišťovacích.

Pokud vznik určitých vztahů preferovat nebudeme, můžeme sice "vítat naplňování funkcí ochranně - zajišťovacích" (bez limitace je možnost, že by škodu snášel poškozený, menší), k realizaci právních vztahů však pro velikost rizika vůbec nemusí dojít a pak nebude o efektivnosti takové právní úpravy možno vůbec mluvit. Preferencí některých činností se lze přiblížit stavu, kdy to, co je výhodné pro společnost, je výhodné i pro podnikatele.

Bylo by jistě žádoucí, aby to, co je výhodné obecně, bylo výhodné také v konkrétním případu. Představa, že by tomu tak vždy mohlo být, je představou ideální. Plné dosažení tohoto stavu možné není. I zde však lze vyvíjet úsilí tímto směrem.

Efektivnost podnikatelských činností, jak z hlediska společenského, tak i individuálního, nelze podle našeho názoru dosáhnout jedním nebo několika opatřeními, ale jen postupným systémovým působením. I když individuálním izolovaným opatřením nebo několika opatřeními nelze dosáhnout žádaných výsledků, je potřebné některé otázky zkoumat relativně samostatně. Mezi takové řadíme i prohlubování racionalizační funkce práva na úseku smluvních typů českého obchodního zákoníku (sem proto orientujeme a chceme směrovat naše publikační výstupy).

V právní vědě existují pochopitelně integrační směry - společné zkoumání problémů řadou disciplín; vytváření vysoce abstraktních pojmů, konstrukcí, teorií, které by byly schopny postihnout základní, společné znaky širokých oblastí reality. Obecně teoretické studium je doplňováno výzkumem v rámci jednotlivých disciplín pozitivního práva, dochází ke specializaci tohoto poznání.

Schopnost předvídat v legislativní činnosti efektivnost právních norem se vůbec může prohlubovat jen za podmínky rozvinutého zjišťování efektivnosti aktuálně platných právních norem. Takové zjišťování má totiž charakter zpětné informační vazby. Mělo by nás současně zajímat i evropské dění.

Pro evropské občanské právo je zatím typické, že upravuje jen jednotlivé dílčí otázky, které nevytvářejí ucelený systém. Neexistuje ani není navržen

"evropský občanský zákoník", který by mohl sblížit právo členských států, i když úvahy o jeho možné přípravě existují. Jeví se však, že by mohl být vytvořen "Společný referenční rámec" zabývající se otázkami smluvního práva, resp. otázkami závazkových vztahů, což je třeba vítat. I kdyby byl totiž vypracován Společný referenční rámec jen jako nezávazný nástroj (metodického charakteru), bylo by to významné východisko pro zákonodárce i pro smluvní strany.

Cestou, která vede ke sbližování civilního, resp. soukromého práva, je dnes sbližování prostřednictvím soukromých projektů. Do této skupiny lze řadit např. UNIDROIT a další.[1]

Při tvorbě nového občanského zákoníku a obchodního zákoníku bychom měli respektovat evropské trendy, současně vycházet z možné právní kontinuity a posoudit i dosavadní znění právní úpravy. Současně se jeví nutnost prohloubit provádění srovnávacího výzkumu.[2]

To přitom neznamená, že by nebylo možno čerpat i z výsledků již učiněných legislativních prací.

Komplexně by se přitom mohlo posoudit i dosavadní znění právní úpravy smluvních typů III. části obchodního zákoníku. Řada těchto zákonných textů může být totiž při rekodifikaci využita.[3] Podle našeho soudu by jich však nemělo být využito tak, že se příslušný smluvní typ zruší v dosavadním obchodním zákoníku a zařadí do zákoníku občanského.

Do případného vytvoření evropského občanského práva, jehož základem bude občanský zákoník, je ještě daleko. V nejbližším období lze nejspíše očekávat fragmentární úpravy k aktuálním dílčím problémům.

V oblasti evropského sekundárního práva bylo již uskutečněno rozsáhlé uspořádávací dílo. Jak známo, inkorporační metodou jsou nahrazovány starší směrnice směrnicemi novými, kodifikujícími. Náš obchodní zákoník

---

[1] Blíže viz např. Šilhán, J.: Evropské smluvní právo, Právní fórum č. 11/2006, s. 381-389. Čech, P.: Několik dalších poznámek ke smluvní limitaci náhrady škody, Právní fórum č. 12/2006, s. 429.

[2] Pelikánová, I.: Návrh občanskoprávní kodifikace, Právní fórum č. 10/2006, s. 343-354.

[3] Náměty ke změnám ve III. části obchodního zákoníku viz mj. Bejček, J. in Eliáš, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C. H. BECK Praha, 1996, 2. vydání 1999 a 3. vydání 2005.; Bejček, J.: Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva), MU Brno, 2. aktualizované a doplněné vydání, 1994, s. 217 a násl.; Ke změnám jednotlivých ustanovení in Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 3., 4. a 5. díl, Linde Praha, 1996, 1997, 1999, 959 s., 600 s., 687 s.; Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, Komentář, 10. rozšířené a přepracované vydání, C. H. Beck Praha, 2005, 11. vydání 2006.

přitom směrnice ES implikuje a transponuje. Příkladem je kromě III. části obchodního zákoníku i jeho II. část.

Druhá část, kromě obecných ustanovení o obchodní společnosti, upravuje veřejnou obchodní společnost, komanditní společnost, společnost s ručením omezeným, akciovou společnost a v samostatné hlavě družstvo. Obsah této části je jen potvrzením toho, že obchodní zákoník je kodexem, který obsahuje problematiku dříve rozloženou do řady předpisů (např. o akciových společnostech a o družstvech).[4]

Co se týká limitace sankčních nástrojů, proběhla (i ve vztahu k úpravě v jiných evropských zemích) podnětná diskuse k limitaci náhrady škody. Těmto otázkám se věnuje průběžně odborná knižní i časopisecká literatura.[5]

Velmi složitá situace v praxi nastává, když dochází k uzavírání smluv na dodávku provozně nevyzkoušených strojů a zařízení a zejména také smluv na dodávky ("ušité na míru") složitého strojního zařízení pro výstavbu.

---

[4] K otázkám subjektů viz mj. Patakyová, M. in Patakyová a kol.: Obchodný zákonník, komentár, C. H. Beck, Praha, 2006; Patakyová, M. ve Kubíček, P., Mamojka, M., Patakyová, M.: Obchodní právo, Bratislava, 2006; Kubíček, P. a kol.: Akciová spoločnosť - jej organizačné a finančné riadenie, Praktická príručka pre vrcholový management akciovej spoločnosti, Bratislava, Verlag Dashöfer, 2004; Mamojka, M.: Právo obchodných spoločností v európskom kontexte, Európska únia v kontexte s právnym systémom Slovenskej republiky: 3. Právnické dni Karola Planka, Bratislava: Nadácia profesora Karola Planka, 2005, s. 62-67; Štenglová, I.; Plíva, S.; Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, 11. vydání, C. H. Beck Praha 2006; Pokorná, J.: Informace o koncernových strukturách, Právní fórum: český právnický měsíčník, Praha, ASPI Publishing, č. 3/2006, s. 32-35; Suchoža, J., Babčák, V., Husár, J. a kol.: Obchodný zákonník, komentár, EUROUNION Bratislava, 2007, 1023 s.; Hajnišová, E.: Základná charakteristika akciovej spoločnosti, Naukovyj visnyk Užgorodskovo nacionalnovo Universytetu, seria Pravo, vypusk 5, Užhorod 2006, s. 178-179; Hajnišová, E.: Akciová spoločnosť ve Zodpovednosť a riziko pri vedení firmy, Verlag Dashöfer, 2006; Vitez, M.: Značaj medunarodniti zadruženich principa u zadružnom pravu, Pravni život, 2007, sborník 20 godina Kaopaničke škole, díl IV., s. 333-348 (viz v Ústřední knihovně PrF MU, Brno).

[5] Viz např. Bejček, J.: Nad interpretačními úskalími odpovědnosti za škodu v obchodních vztazích, Právní rozhledy, 2000, č. 9, s. 375; Marek, K.: Limitace náhrady škody, Ekonom, 1995, č. 51, s. 63; Vích, J.: Limitace škody v mezinárodním obchodu, Ekonom, 1996, č. 18, s. 63; Hándl, J.: Omezení nároku na náhradu škody dohodou stran, Právní rádce, 1995, č. 6, s. 13; Horáček, V.: Omezení odpovědnosti za škodu v obchodních vztazích, Právo a podnikání, 1997, č. 10, s. 13; Salačová, M.: Vzdání se práva, které může v budoucnu teprve vzniknout, Právo a podnikání, 1996, č. 12, s. 25; Bejček, J.; Eliáš, K.; Raban, P. a kol.: Kurs obchodniho práva, Obchodní závazky, 3. vydání, C. H. Beck, 2003, s. 122; Tobeš, Z.: Limitace náhrady škody, Právní rádce, č. 1/2006; Marek, K.: Smluvní obchodní právo, Kontrakty, MU Brno, 2006, 2. vydání, s. 221-7; Šilhán, J.: Formy smluvní limitace náhrady škody v obchodních vztazích, Bulletin advokacie, č. 7-8/2006, s. 41-45.

Tyto smlouvy jsou uzavírány jednak v případech, kdy všemi účastníky jsou tuzemské subjekty (v souladu s ustanovením § 261 odst. 1 a odst. 2 obchodního zákoníku), jednak mezi tuzemskými subjekty na jedné straně a osobami, které nemají sídlo nebo místo podnikání na území České republiky, na straně druhé, když je dohodnuto, že se vztah bude řídit českým (slovenským) obchodním zákoníkem.

Při sjednávání jednotlivých ustanovení smlouvy je často diskutována právě otázka rozsahu náhrady škody. Dřívější názory na tuto problematiku publikované v odborném tisku nebyly jednotné.

Příslušnou právní úpravu (která řeší rozsah náhrady škody, vynaložené náklady a náhradu průměrného zisku) v obchodním zákoníku obsahují ustanovení § 379 až 381. Tato ustanovení nejsou uvedena v § 263 obchodního zákoníku, tudíž jsou dispozitivní (přestože harmonizační novela zařadila mezi kogentní ustanovení dvě ustanovení týkající se náhrady škody, ustanovení § 379 až 381 se to nedotklo), strany si tedy mohou ujednat znění odchylné, které má přednost před zněním zákona.

Ustanovení § 379 obchodního zákoníku uvádí: "Nestanoví-li tento zákon jinak, nahrazuje se skutečná škoda a ušlý zisk."

Skutečnou škodu představuje zmenšení hodnoty majetku, snížení nebo ztráta majetkového práva a dále pak vynaložené náklady, kterých by jinak nebylo třeba.

Navazující ustanovení § 380 obchodního zákoníku určuje: "Za škodu se považuje též újma, která poškozené straně vznikla tím, že musela vynaložit náklady v důsledku porušení povinnosti druhé strany." Tato složka náhrady škody bývá označována jako tzv. náklady související. Musí jít ovšem jen o náklady, které jsou přímým důsledkem porušení povinnosti.

Další text zákona v ustanovení § 381 stanoví, že "místo ušlého zisku může poškozená strana požadovat náhradu zisku dosahovaného zpravidla v poctivém obchodním styku za podmínek obdobných podmínkám porušené smlouvy v okruhu podnikání, v němž podniká" (viz též § 737 obchodního zákoníku).

V souvislosti s těmito dispozitivními ustanoveními uveďme ještě, že povinnost k náhradě škody může být vyloučena sjednáním smluvní pokuty (viz § 545 odst. 2 občanského zákoníku); připomeňme však moderační právo soudu v případě, kdy se jeví, že smluvní pokuta v dané výši není sjednána jako přiměřená.

V souvislosti s uvedenými ustanoveními nemůžeme pominout příslušný související normativní text obchodního zákoníku, konkrétně kogentní ustanovení § 386, které nelze změnit ani vyloučit ujednáním stran. Toto ustanovení stanoví, že nároku na náhradu škody se nelze vzdát před

porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout. Náhradu škody nemůže snížit ani soud.

Rovněž nelze opomenout kogentní ustanovení § 265 obchodního zákoníku upravující, že výkon práva, který je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, nepožívá právní ochrany.

Navážeme nyní na výše uvedenou právní úpravu a pokusíme se formulovat faktické požadavky na limitaci náhrady škody. Praktická potřeba limitovat rozsah náhrady škody je dána vysokou rizikovostí některých plnění. Jako příklad takových plnění uveďme výzkumné práce, dodávky nových technologií, dodávky rozsáhlých investičních celků apod.

Je velmi pravděpodobné, že pokud by u takových plnění nebyl rozsah náhrady škody vymezen, mohli bychom se setkávat se situacemi, kdy by pokračovala obava z kontraktace takových plnění, popř. by snaha všechna možná rizika pojistit (pokud se to vůbec může podařit) ústila do výrazného zvyšování cen těchto plnění. Argumentem pro umožnění limitace může být i ta skutečnost, že se limitace náhrady škody obecně provádí u mezinárodních operací. Chceme-li, aby se u těchto operací používalo českého obchodního zákoníku, mělo by naše právo limitaci rozsahu náhrady škody umožnit.

Po vyjádření věcné potřebnosti limitace náhrady škody bychom chtěli vyjádřit i přesvědčení, že naše dosavadní právní úprava limitaci umožňuje. Ostatně sjednání vhodné výše smluvní pokuty není fakticky ničím jiným. Není však, po našem soudu, nutno tento problém řešit jen sjednáváním smluvní pokuty.

Vzhledem k tomu, že ustanovení § 379 až 381 obchodního zákoníku jsou dispozitivní, domníváme se, že nic nebrání smluvní formulaci, která rozsah škody vymezuje. Sjednání je ovšem třeba provést v konkrétním případu v takové výši, aby vzhledem ke specifikům dané smlouvy nedošlo k rozporu se zásadami poctivého obchodního styku (obvykle se uvádí jako markantní příklad, že by v rozporu bylo např. u standardního opakovaného plnění - např. běžného strojírenského zboží - dohodnutí rozsahu náhrady škody ve výši několika procent škody skutečné).

Jak vyplynulo z předchozího textu, jsme přesvědčeni, že sjednání vhodného limitu rozsahu náhrady škody je podle obchodního zákoníku možné. Nemyslíme si ani, že by limitace byla v rozporu s kogentním ustanovením § 386 obchodního zákoníku. Ustanovení § 386 obchodního zákoníku určuje, že nároku na náhradu škody se nelze vzdát před porušením povinnosti, z něhož může škoda vzniknout. To podle našeho mínění míří na ty případy, kdy by bylo sjednáno vyloučení nároku na náhradu škody vůbec.

Náš názor již dříve podpořil mj. J. Vích, který uvedl: "V praxi mezinárodního obchodu s investičními celky se uplatňuje poznatek, že pouhá aplikace obecných právních norem ohledně odpovědnosti za způsobenou škodu by v konkrétních případech znamenala pro dodavatele

(zhotovitele) mnohdy neúnosný závazek, který svým rozsahem neodpovídá ekonomické motivaci připravovaného či už realizovaného smluvního vztahu."[6]

V mezinárodních dodacích podmínkách (např. Ženevské podmínky EHK-OSN) i v národních právních řádech se proto připouští, že smlouvou lze účelně a rozumně omezit a také vyloučit náhradu tzv. nepřímých škod (indirect damages), jako jsou třeba poškození nebo zničení hmotné podstaty, která nebyla předmětem dodávky investičního celku, následných škod (consequential damages) - např. škoda spočívající ve ztrátě zisku z kontraktu, který nemohl zahraniční zákazník uzavřít.

"Ve smluvní praxi dodávek investičních celků zpravidla dochází také ke smluvnímu uplatnění limitace rozsahu náhrady některých druhů škod (limitation of liability). Obvykle se limituje:

- rozsah náhrady škody z titulu opožděného plnění investičního celku,

- rozsah veškerých odškodnění (liquidated damages) z titulu vadnosti dodávky celku nebo jeho (provozně) ucelených částí, která spočívá v nedosažení sjednaných výkonových parametrů (např. limit 3% z ceny kontraktu),

- rozsah náhrady škody z titulu odpovědnosti za právní vady."[7]

Zahraniční praxe připouští smluvní limitaci náhrady škody, která by vůbec v příčinné souvislosti s dodávkou investičního celku mohla vzniknout (např. do výše 8% z ceny).

O praxi v mezinárodním obchodu hovoří i M. Tomsa.[8] Uvádí, že praxe v mezinárodním obchodu omezení nároku na náhradu škody připouští. To mluví podle M. Tomsy též pro naše přijetí této možnosti při kontraktaci podle obchodního zákoníku.

Danou problematikou se aktuálně zabývá i S. Plíva.[9] Zkoumá vztah kogentního § 386 odst. 1 obchodního zákoníku ve vztahu k dispozitivní povaze § 379: "Problém záleží v řešení otázky, zda zákaz vzdát se nároku na náhradu škody brání uzavřít před porušením povinnosti dohodu, která by vymezovala rozsah náhrady škody menší, než stanoví § 379 obchodního

---

[6] Vích, J.: Limitace škody v mezinárodním obchodu, Ekonom č. 18/1996.

[7] Tamtéž.

[8] Tomsa, M. in Štenglová, I.; Plíva, S.; Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, 10. podstatně rozšířené vydání, C. H. Beck 2005, s. 1117.

[9] Plíva, S.: Obchodní závazkové vztahy, ASPI, Praha 2006, s. 145, 146.

zákoníku, takže by omezovala nárok poškozeného. Takové jednání je v rámci dispozitivní povahy zákonné úpravy náhrady škody. Obecně je nelze považovat za vzdání se nároku." Dohodu omezující rozsah náhrady škody uzavřenou před porušením povinnosti proto zásadně považuje za dovolenou.

Otázky limitace náhrady škody zkoumá z dalších autorů i J. Šilhán. Provádí mj. rozlišení, jakým způsobem je náhrada škody a dispozice s jejím rozsahem určena (druhově, fixní částkou, poměrně, nepřímým způsobem). Uvádí, že konkrétní rozsah limitace, vzhledem ke všem ostatním kritériím, nesmí znamenat takové omezení náhrady škody, které bude nepřiměřené nebo které bude ve svém důsledku znamenat vlastně vzdání se nároku na náhradu škody jako celku.[10] I J. Šilhán však limitaci náhrady škody připouští.[11]

Otázky limitace náhrady škody posoudila pečlivým rozborem (v němž se též mj. uvádí, jakým způsobem lze limitaci náhrady škody provést) a argumentací i O. Ovečková, která uvádí, že je možno pozorovat, že praxe se celkem jednoznačně přiklání k názoru podporujícího možnost smluvního omezení rozsahu náhrady škody. Uvádí rozhodnutí Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR a názor rozhodčího soudu uznávající oprávněnost smluvních stran omezit ex ante dohodou stran nárok na náhradu škody pokládá za správný.[12]

V posuzované otázce se tedy jeví, že jak autoři z odvětví obchodního práva (většinově), tak i rozhodovací praxe[13] se přiklánějí pro řešení spočívající v možné limitaci náhrady škody. Zdůrazněme, že při smluvním sjednávání limitace náhrady škody budou velmi důležitým faktorem i praktické znalosti kontrahentů.

Příznivý průběh obchodních případů (bez nepříznivých důsledků), realizace, event. aplikace právních ustanovení je po našem soudu limitován zejména úrovní právních předpisů, úrovní smlouvy i kvalitním dokladováním průběhu plnění smlouvy a rychlostí a kvalitou rozhodování sporů.

---

[10] Šilhán, J.: Formy smluvní limitace náhrady škody v obchodních vztazích, Bulletin advokacie, č. 7 - 8/2006, s. 41-45.

[11] Viz Šilhán, J.: Smluvní limitace náhrady škody v obchodním právu, Právní rozhledy, 2005, č. 23, s. 845-854.

[12] Ovečková, O.: Limitovanie rozsahu náhrady škody v obchodných vzťahoch, in Pocta Miloši Tomsovi, nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, s. 300-309.

[13] Tomsa, M. in Štenglová, I.; Plíva, S.; Tomsa, M.: Obchodní zákoník, komentář, 10. podstatně rozšířené vydání, C. H. Beck 2005, s. 1117.

Z těchto předpokladů k úspěšné realizaci a aplikaci práva přispívá tedy i kvalifikované uzavírání smluv (jasných, srozumitelných, určitých) a dokladování průběhu plnění smlouvy, které je v možnostech subjektů obchodního práva. Rozhodující význam přitom má výběr smluvního partnera.

S ohledem na konkrétního obchodního partnera je vhodné volit také právní či obchodní zajišťovací prostředky (např. smluvní pokuty, sjednávání zástavního práva, ručení, výhradu vlastnického práva, sjednávání zálohy, sjednávání dílčího plnění a dílčí fakturace), případně volit limitaci náhrady škody.

Literature:

- Šilhán, J.: Evropské smluvní právo, Právní fórum č. 11/2006, s. 381-389.
- Čech, P.: Několik dalších poznámek ke smluvní limitaci náhrady škody, Právní fórum č. 12/2006, s. 429.
- Pelikánová, I.: Návrh občanskoprávní kodifikace, Právní fórum č. 10/2006, s. 343-354.
- Bejček, J. in Eliáš, K. a kol.: Kurs obchodního práva, Obchodní závazky, Cenné papíry, C. H. BECK Praha, 1996, 2. vydání 1999 a 3. vydání 2005.;
- Bejček, J.: Obchodní závazky (obecná úprava a kupní smlouva), MU Brno, 2. aktualizované a doplněné vydání, 1994, s. 217 a násl.
- Pelikánová, I.: Komentář k obchodnímu zákoníku, 3., 4. a 5. díl, Linde Praha, 1996, 1997, 1999, 959 s., 600 s., 687 s.
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník, Komentář, 10. rozšířené a přepracované vydání, C. H. Beck Praha, 2005, 11. vydání 2006.
- Patakyová, M. in Patakyová a kol.: Obchodný zákonník, komentár, C. H. Beck, Praha, 2006
- Patakyová, M. ve Kubíček, P., Mamojka, M., Patakyová, M.: Obchodní právo, Bratislava, 2006
- Kubíček, P. a kol.: Akciová spoločnosť - jej organizačné a finančné riadenie, Praktická príručka pre vrcholový management akciovej spoločnosti, Bratislava, Verlag Dashöfer, 2004

Mamojka, M.: Právo obchodných spoločností v európskom kontexte, Európska únia v kontexte s právnym systémom Slovenskej republiky: 3. Právnické dni Karola Planka, Bratislava: Nadácia profesora Karola Planka, 2005, s. 62-67

- Pokorná, J.: Informace o koncernových strukturách, Právní fórum: český právnický měsíčník, Praha, ASPI Publishing, č. 3/2006, s. 32-35
- Suchoža, J., Babčák, V., Husár, J. a kol.: Obchodný zákonník, komentár, EUROUNION Bratislava, 2007, 1023 s.
- Hajnišová, E.: Základná charakteristika akciovej spoločnosti, Naukovyj visnyk Užgorodskovo nacionalnovo Universytetu, seria Pravo, vypusk 5, Užhorod 2006, s. 178-179
- Hajnišová, E.: Akciová spoločnosť ve Zodpovednosť a riziko pri vedení firmy, Verlag Dashöfer, 2006
- Vitez, M.: Značaj medunarodniti zadruženich principa u zadružnom pravu, Pravni život, 2007, sborník 20 godina Kaopaničke škole, díl IV., s. 333-348 (viz v Ústřední knihovně PrF MU, Brno).
- Viz např. Bejček, J.: Nad interpretačními úskalími odpovědnosti za škodu v obchodních vztazích, Právní rozhledy, 2000, č. 9, s. 375
- Marek, K.: Limitace náhrady škody, Ekonom, 1995, č. 51, s. 63
- Vích, J.: Limitace škody v mezinárodním obchodu, Ekonom, 1996, č. 18, s. 63
- Hándl, J.: Omezení nároku na náhradu škody dohodou stran, Právní rádce, 1995, č. 6, s. 13
- Horáček, V.: Omezení odpovědnosti za škodu v obchodních vztazích, Právo a podnikání, 1997, č. 10, s. 13
- Salačová, M.: Vzdání se práva, které může v budoucnu teprve vzniknout, Právo a podnikání, 1996, č. 12, s. 25
- Bejček, J.; Eliáš, K.; Raban, P. a kol.: Kurs obchodniho práva, Obchodní závazky, 3. vydání, C. H. Beck, 2003, s. 122
- Tobeš, Z.: Limitace náhrady škody, Právní rádce, č. 1/2006

- Marek, K.: Smluvní obchodní právo, Kontrakty, MU Brno, 2006, 2. vydání, s. 221-7
- Šilhán, J.: Formy smluvní limitace náhrady škody v obchodních vztazích, Bulletin advokacie, č. 7-8/2006, s. 41-45.
- Plíva, S.: Obchodní závazkové vztahy, ASPI, Praha 2006, s. 145, 146.
- Šilhán, J.: Smluvní limitace náhrady škody v obchodním právu, Právní rozhledy, 2005, č. 23, s. 845-854.
- Ovečková, O.: Limitovanie rozsahu náhrady škody v obchodných vzťahoch, in Pocta Miloši Tomsovi, nakladatelství Aleš Čeněk, Plzeň, 2006, s. 300-309.

Contact – email
kmarek@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PŘIMĚŘENÉ ZADOSTIUČINĚNÍ VE SPORECH Z NEKALÉ SOUTĚŽE A MEZE JEHO UPLATNĚNÍ

DANA ONDREJOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá přiměřeným zadostiučiněním jakožto jedním z právních nástrojů ochrany proti nekalé soutěži, a to jak v jeho peněžité, tak nepeněžité formě. Příspěvek přináší přehled a diskusi nad vybranými rozhodnutími českých soudů, zejména Nejvyššího soudu České republiky, týkající se posuzované problematiky. Autorka se rovněž zabývá rozdíly mezi náhradou škody a přiměřeným zadostiučiněním ve sporech z nekalé soutěže.

Key words in original language
Přiměřené zadostiučinění; nekalá soutěž; právní prostředky ochrany; nemateriální újma; peněžitá forma; omluva.

Abstract
The contribution deals with the adequate satisfaction such as one of the legal means of unfair competition protection in both – financial and immaterial form. The contribution brings summary of decision – making of the Supreme Court of the Czech Republic which refers to the review problems. The author deals with the differences between the damage compensation and the adequate satisfaction in disputes of unfair competition.

Key words
Adequate satisfaction; unfair competition; legal means of protection; immaterial detriment; financial form; plea.

1. PODSTATA INSTITUTU PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ

V souladu s ustanovením § 53 ObchZ platí, že „osoby, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena, mohou… požadovat přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích…".

Žaloba, jíž se žalobce domáhá přiznání přiměřeného zadostiučinění za nekalosoutěžní jednání, se nazývá rovněž žaloba satisfakční, neboť přiměřené zadostiučinění se označuje za prostředek satisfakce.[1]

Kromě uvedené satisfakční funkce má institut přiměřeného zadostiučinění Podle Nejvyššího soudu ČR[2] také funkci sankční: „Nelze neuznat, že pe-

[1] Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. září 2001, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

[2] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. září 2001, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

něžní satisfakce má rovněž sankční povahu, neboť zaplacení zadostiučinění představuje pro rušitele také finanční újmu, nejen újmu morální, která má vyrovnat porušenou rovnováhu v postavení rušitele a postižené osoby. Tato sankční stránka nicméně hraje při poskytování zadostiučinění vedlejší, podružnou roli, protože rozhodující je nemateriální stránka satisfakce."

K oběma funkcím přiměřeného zadostiučinění se souhrnně vyjádřil Vrchní soud v Praze:[3] „Při posuzování odůvodněnosti nároku na poskytnutí přiměřeného zadostiučinění v penězích je třeba vzít v úvahu, že na jedné straně jde o vyrovnání újmy postiženého, ale z druhé strany také o určitou soukromoprávní sankci postihující toho, kdo závadně jednal."

Z právních prostředků ochrany proti nekalé soutěži, ať už obsažených v obchodním zákoníku či jiných právních předpisech, představuje přiměřené zadostiučinění (zejména ve formě peněžní) de facto jedinou skutečnou „sankci" za nekalosoutěžní jednání, neboť jedině v důsledku úspěšného uplatnění tohoto nároku dojde k zásahu do majetkové sféry delikventa (jakási vzdálenější obdoba „pokuty"), byť tento zásah není až tak významný s ohledem na současné „sazby" přiměřeného zadostiučinění v penězích (k tomu blíže dále v textu).

Přiměřené zadostiučinění je chápáno jako nástroj k odstranění újmy nemateriálního charakteru, tedy nikoliv jako náhrada za způsobenou materiální škodu.[4] K tomu Nejvyšší soud ČR uvedl: „Právní praxe i teorie jsou zajedno v tom, že nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem, jímž se reparuje újma nemateriální povahy. Tento aspekt vyvěrá již z podstaty tohoto nároku, který se označuje jako zadostiučinění neboli satisfakce, aby se již v názvu zdůraznila jeho imateriální povaha."[5]

Újmou nemateriálního charakteru, tedy tzv. nehmotnou újmou, může být například poškození dobré pověsti (tzv. goodwill),[6] ztráta sebeúcty, jedinečnosti, rozlišovací způsobilosti (zejména v případě označení), prestiže z hlediska jeho solidnosti a poctivosti.[7] Bude tak záležet z velké části na

---

[3] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 684/95.

[4] Srov. Vážný č. 12 508 nebo rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 25. března 1998, sp. zn. 1 Odon 45/97.

[5] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. září 2001, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

[6] *Dobrá pověst* neboli *goodwill* je vymezována jako souhrn nehmotných hodnot, samostatně finančně nevyčíslitelných a nezpeněžitelných, které jsou spojeny s určitým subjektem a odrážejí j důvěryhodnost podniku u obchodních partnerů, oblíbenost jeho produkce a mínění o jeho kvalitě u zákazníků, rozsah a stabilitu sítě dodavatelů a odběratelů atd. In Macek, J. K právním prostředkům ochrany proti jednání nekalé soutěže. Obchodní právo, 1993, str. 17.

[7] Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008.

argumentačních schopnostech žalobce, co bude považovat za újmu nemateriálního charakteru a v jakém rozsahu jej ohrozila či poškodila. Tato pravděpodobnost vzniku újmy však musí být možností reálnou, nikoliv vyspekulovanou a velmi nepravděpodobnou.[8] Podle rozhodovací praxe Nejvyššího soudu ČR[9] bude také v tomto případě záležet na tom, jak bude vykládán pojem „újma"; podle Nejvyššího soudu ČR lze dospět k názoru, že „újma (ať již hrozící nebo skutečně existující) v zanedbatelném rozsahu vlastně újmou není". Rozsah přiměřeného zadostiučinění je obvykle stanovován přiměřeně k rozsahu způsobené újmy. Vrchní soud v Praze[10] k tomuto uvedl: „Rozsah nemajetkové újmy není úměrný rozsahu poklesu prodejnosti výrobku žalobce, tím není vyjádřen rozsah snížení dobré pověsti žalobce. Vstup dalšího soutěžitele na trh, pokud je úspěšný, nutně s sebou přinese snížení prodeje, pokud je poptávka určitým způsobem limitována. To však neznamená zásah do dobré pověsti konkurujícího subjektu a vznik újmy nemateriální, nýbrž snížení zisků a újmu materiální povahy."

Podle Nejvyššího soudu ČR[11] je „přiměřené zadostiučinění, které může být poskytnuto i v penězích, jedním z nároků osob, jejichž práva byla nekalou soutěží porušena nebo ohrožena rušitelem. Právní praxi i právní teorie jsou zajedno v tom, že nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem, jímž se reparuje újma nemateriální povahy. Tento aspekt vyvěrá již z podstaty tohoto nároku, který se označuje jako zadostiučinění neboli satisfakce, aby se již v názvu zdůraznila jeho imateriální povaha. Ve formě zadostiučinění, jako prostředku satisfakčního, není možno proto brát ohled na prvky, které mají materiální povahu, poněvadž materiální reparaci tento právní prostředek ochrany proti nekalé soutěži neslouží. Pokud tudíž se dovolatel domáhá, aby při určení výše přiměřeného zadostiučinění bylo přihlédnuto i ke hmotným (majetkovým) hlediskům, jakým je získaný majetkový prospěch z uskutečněného obchodního případu, nebo snížení objemu obchodu žalobce (samozřejmě v číselném vyjádření) apod., nelze se s takovým právním názorem ztotožnit. Materiální či majetkové aspekty jsou rozhodné pro vznik nároků materiální povahy, jako je např. náhrada škody, avšak nikoli pro nárok satisfakční povahy, jak shora zdůrazněno…" Ke shodnému závěru dospěl Nejvyšší soud ČR také ve svém dalším rozhodnutí.[12]

Přiměřeného zadostiučinění se může po rušiteli domáhat soutěžitel, a to ve všech skutkových podstatách nekalé soutěže. Rovněž spotřebitel může po-

---

[8] Viz Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000, str. 127.

[9] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008.

[10] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze ze dne 30. listopadu 1998, sp. zn. 3 Cmo 209/97.

[11] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. září 2002, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

[12] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 3. května 2006, sp. zn. 32 Odo 447/2006.

žadovat přiměřené zadostiučinění, avšak pouze ve vybraných skutkových podstatách, tj. ve skutkových podstatách, kde budou jejich práva přímo ohrožena či porušena, tj. nejčastěji v případě skutkových podstat upravených v ustanovení § 44 až 47, 50a a § 52 ObchZ. Přiměřeného zadostiučinění se však nemůže domáhat právnická osoba oprávněná hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů (srov. ustanovení § 54 odst. 1 ObchZ).

Jestliže se však práva na přiznání přiměřeného zadostiučinění v případech uvedených v § 44 až 47 a § 52 ObchZ domáhá spotřebitel, musí rušitel prokázat, že se jednání nekalé soutěže nedopustil. Závažnost a rozsah jiné újmy však musí prokázat vždy žalobce, i když jím je spotřebitel (srov. ustanovení § 54 odst. 2 ObchZ).

Ať už bude žalobce požadovat v žalobě materiální či nemateriální podobu přiměřeného zadostiučinění, bude muset zejména prokázat následující skutečnosti:

- žalovaný se dopustil nekalosoutěžního jednání (§ 44 – 52 ObchZ) a

- důsledkem nekalosoutěžního jednání žalobce je určitá nemajetková újma.

V případě, že bude žalobce požadovat přiměřené zadostiučinění v penězích, bude muset navíc prokázat závažnost a rozsah nemateriální újmy.

Nejvyšší soud Slovenské republiky[13] považuje nekalou soutěž a konkrétní nárok z ní vyplývající za jeden vzájemně neoddělitelný nárok: „Nekalá soutěž a nárok na majetkové zadostiučinění jeden nárok, jeden od druhého není možné oddělit. Když soud rozhoduje o nekalé soutěži, musí rozhodnout také o majetkovém zadostiučinění; není možné v odvolacím řízení rozhodnout o nekalé soutěži a v části týkající se majetkového zadostiučinění vrátit rozhodnutí soudu prvního stupně k dalšímu řízení."

2. FORMA PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ

Obchodní zákoník připouští, že přiměřené zadostiučinění může být přiznáno v nepeněžní (nehmotné) nebo peněžní formě nebo v obou uvedených formách (srov. ustanovení § 53 ObchZ, podle něhož platí, že „… přiměřené zadostiučinění může být poskytnuto také v penězích…"; obchodní zákoník tak nestanoví alternativní použití obou uvedených forem přiměřeného zadostiučinění).[14] To potvrdil i Nejvyšší soud ČR,[15] když uvedl, že „již ze sa-

[13] Rozsudek Nejvyššího soudu Slovenské republiky ze dne 19. března 2008, sp. zn. 2 Obo 189/2007.

[14] Srov. Faldyna, F. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Praha: CODEX Bohemia, 2000, str. 143.

[15] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. května 2006, sp. zn. 32 Odo 511/2006.

motné formulace ustanovení § 53 obchodního zákoníku nepochybně vyplývá, že zákon upřednostňuje při nápravě nekalosoutěžního jednání nemateriální satisfakci, avšak pro zcela specifické a výjimečné případy umožňuje zadostiučinění i ve formě peněžní. Zákon tudíž nevylučuje ani jednu ani druhou formu zadostiučinění, ale nevylučuje ani jejich souběh, tj. případné přiznání obou forem zadostiučinění vedle sebe". Shodně se k dané otázce vyjádřil i Vrchní soud v Praze:[16] „Je třeba zdůraznit, že imateriální újma může být reparována zadostiučiněním i v jiné podobě než jako úhrada peněžní částky. Ze znění právního předpisu vyplývá, že zadostiučinění v penězích má být poskytnuto v případech, ve kterých by nepeněžitá forma neposkytovala přiměřené zadostiučinění. Lze-li shledat nepeněžité zadostiučinění za odpovídající, je třeba dát mu přednost. Uvedená formulace však nevylučuje kombinaci peněžité a nepeněžité formy zadostiučinění tak, aby v úhrnu bylo dosaženo přiměřeného zadostiučinění. Volba formy zadostiučinění je sice na žalobci, spočívá však na něm i břemeno tvrzení a břemeno důkazní k odůvodněnosti a oprávněnosti jeho volby."

Pro přiznání peněžitého zadostiučinění neuvádí obchodní zákoník žádné bližší speciální podmínky.

2.1 NEMATERIÁLNÍ PODOBA PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ

Satisfakce v nehmotné (nemateriální) podobě spočívá nejčastěji ve formě veřejné omluvy (uveřejněné v tisku, televizi, rozhlase) či neveřejné omluvy, může se však jednat také o jinou formu nápravy – např. zaslání dopisů uvádějících určité skutečnosti na „pravou míru" (např. se může jednat o sdělení, v čem byla původní reklama klamavá) či učinění vysvětlujícího veřejného prohlášení.

Přiměřené zadostiučinění v nemateriální podobě má přednost před přiměřeným zadostiučiněním v penězích. Požaduje-li žalobce přiměřené zadostiučinění formou nepeněžitou, musí v petitu uvést přesné znění omluvy včetně toho, kde (např. billboard, rozhlas, televize, místní periodikum; nejčastěji se však jedná o celostátní periodikum) a v jakém rozsahu má být uveřejněna. Omluvu soud nebude opravovat a nesmí znamenat například skrytý útok na žalovaného. Podle rozhodnutí Vrchního soudu v Praze[17] „jednou z možných forem zadostiučinění je uveřejnění omluvy v tisku; nelze sice žalovanému uložit povinnost uveřejnit omluvu v určité rubrice novin, když ani jejich vydavatel není povinen do rubriky omluvu převzít, ale noviny mají inzertní část a uveřejnění omluvy v této části může žalovaný dosáhnout. Takovou povinnost tudíž lze žalovanému uložit".

[16] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 684/95.

[17] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 135/95.

Ovšem omluva, která přichází až po delší době (po nabytí právní moci soudního rozhodnutí), mívá jen velmi malý význam, především v případě omluvy za zlehčující nekalosoutěžní výrok, neboť samotná omluva však bývá z hlediska určité satisfakce osoby dotčené nekalou soutěží mnohdy spíše kontraproduktivní - pokud se již na nekalosoutěžní útok zapomnělo, omluva by jej mohla opět připomenout. Navíc z marketingového pohledu i nezákonná (či neetická) reklama vykazuje pozitivní výsledky (pod heslem „i negativní reklama je reklama" modifikovaným současným postojem „právě negativní reklama je reklama"), protože se dostává do podvědomí zákazníků, jež si raději koupí „známý" produkt, než ten neznámý. P. Hajn[18] tuto skutečnost velmi výstižně charakterizuje takto: „Říká se, že povinnost k omluvě připomíná snahu vrátit jednou vymačkanou zubní pastu zpátky do tuby."

„V zahraniční praxi (zejména USA) musí být taková vysvětlující omluva uveřejněna jako svého druhu „sebetrestající antireklama", která je šířena ve stejných prostředcích (v periodicích, na billboardech, v televizních spotech), po stejnou dobu, ve stejné vnější úpravě (velikost, typ písma, grafické rozvržení, poutající prvky) jako původní závadná reklama."[19]

Nejvyšší soud ČR[20] se zabýval případem, v němž se domáhal žalobce, poskytovatel pohřebních služeb, po žalované, zdravotnickém zařízení, zdržet se používání letáku „Informace pro pozůstalé k vyřízení pohřbu", tj. nabídky pohřebních služeb způsobem omezujícím se toliko na dva jí vybrané subjekty (zde nebyl uveden žalobce), aniž by stejným způsobem informovala o ostatních subjektech poskytujících služby v oblasti pohřebnictví. Výčet poskytovatelů pohřebních služeb byl však demonstrativní (v letáku bylo uvedeno, že „další pohřební služby je možné vyhledat např. v indexu Z.s.").

Krajský soud v Brně dospěl k závěru, že se jedná o nekalosoutěžní jednání a kromě povinnosti zdržet se nekalosoutěžního jednání uložil žalované povinnost zveřejnit na své náklady omluvu žalobkyni ve třech denících (tj. nepeněžitá forma přiměřeného zadostiučinění). Vrchní soud v Olomouci se s argumentací prvoinstančního soudu ztotožnil, dospěl však k odlišnému závěru ohledně nepeněžité formy přiměřeného zadostiučinění, když naznal, že „úvahu o vhodnosti té které formy zadostiučinění je třeba vést vzhledem ke konkrétním okolnostem případu – v daném případě by masivní omluvní kampaň v tisku zcela nepřiměřeným způsobem poškodila dobré jméno žalované (zdravotnického zařízení) a ve svém důsledku též samotné pacienty". Podle odvolacího soudu „medializace jakéhokoli zdravotnického zařízení ve

[18] Hajn, P. K dřívějším, současným a budoucím prostředkům ochrany proti nekalé soutěži. Časopis pro právní vědu a praxi, 2001, č. 4, str. 401.

[19] Hajn, P. Náhrada škody a jiné prostředky ochrany proti nekalé soutěži. In Sborník z konference „Odpovědnost za škodu". Brno: Masarykova univerzita, 2004, str. 22.

[20] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 30. května 2007, sp. zn. 32 Odo 229/2006.

spojení s pohřebními službami by byla velmi nešťastná, když by ve vědomí široké laické i odborné veřejnosti mohla vzniknout představa o zainteresovanosti zdravotnického zařízení na ekonomické prosperitě subjektu poskytujícího pohřební služby, což by ovlivnilo názor veřejnosti na kvalitu poskytovaných lékařských služeb". Z toho důvodu upřednostnil odvolací soud přiměřené zadostiučinění v penězích, a to v částce 100.000,- Kč. Nejvyšší soud ČR dospěl v daném případě k závěru, že „dané jednání nenaplňovalo znaky nekalosoutěžního jednání". V letáku byly sice podle Nejvyššího soudu ČR uvedeny dva subjekty podnikající v oblasti pohřebních služeb, avšak v demonstrativním výčtu, což klienty žalované podle Nejvyššího soudu ČR v žádném případě nemohlo omezit v jejich svobodě výběru pohřební služby. Podle Nejvyššího soudu ČR nebylo v řízení rovněž prokázáno, že by jednání žalované směřovalo k možnému úbytku objednatelů služeb žalobkyně, nebyl prokázán ani jakýkoliv prospěch či zvýhodnění jejích konkurentů.

2.2 MATERIÁLNÍ PODOBA PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ

Přiměřené zadostiučinění v penězích je možné požadovat až tehdy, pokud zadostiučinění v nepeněžité formě nemůže sloužit k satisfakci nebo by nemateriální újmu nekompenzovalo v dostatečné míře.[21]

K uvedené problematice se Nejvyšší soud ČR[22] vyjádřil následovně: „K tomu, aby soud mohl jednáním nekalé soutěže dotčenému účastníkovi přiznat právo na přiměřené zadostiučinění v penězích, musí být v řízení prokázáno, že tento účastník utrpěl v souvislosti s jednáním nekalé soutěže nemajetkovou újmu, a to v takovém rozsahu nebo takového druhu, že nepostačuje její vyrovnání přiměřeným zadostiučiněním v nepeněžité formě. Teprve poté lze posuzovat, jaká částka, požadovaná k zaplacení jako zadostiučinění, je přiměřená k vyrovnání vzniklé nemateriální újmy."

V dalším svém rozhodnutí Nejvyšší soud ČR[23] uvedl: „Přiměřené zadostiučinění v penězích nejčastěji přichází v úvahu v případě, kdy zásah do nemateriální sféry dotčeného soutěžitele může způsobit ztráty také v jeho majetkové sféře a nelze předpokládat, že nepeněžitá satisfakce (např. omluva apod.) tuto ztrátu vyrovná Podle téhož rozhodnutí je „nehmotná újma žalobce v důsledku zásahu do práv k ochranným známkám a v důsledku jednání nekalé soutěže několikanásobně vyšší".

Podle Nejvyššího soudu ČR[24] musí být „… při rozhodování o náhradě nemajetkové újmy v penězích vždy prokázáno, že tu jsou okolnosti, které do-

[21] Srov. např. Eliáš, K., Bejček, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 1996, str. 371 a 372.

[22] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 15. června 2005, sp. zn. 32 Odo 1318/2004.

[23] Srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. října 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007.

[24] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 27. října 2003, sp. zn. 30 Cdo 2005/2003.

kládají, že v konkrétním případě nestačí jen přisouzení zadostiučinění podle ustanovení § 13 odst. 1 občanského zákoníku, a to zejména z hlediska intenzity, trvání a rozsahu nepříznivých následků vzniklých žalobci (např. s ohledem na jeho postavení v interpersonálních vztazích)".

Na rozdíl od požadavku na náhradu škody nemá žalobce povinnost dokazovat rozsah přiměřeného zadostiučinění, žalobce však musí ve své žalobě uvést důvody, pro něž přiměřené zadostiučinění požaduje (tj. jakou nemateriální újmu utrpěl), v jaké formě přiměřené zadostiučinění požaduje (peněžité nebo nepeněžité) a proč, případně v jaké výši. Částku peněžité formy přiměřeného zadostiučinění uvedenou v petitu nemůže soud zvýšit, pouze přiznat v požadované výši nebo snížit, případně nepřiznat vůbec. „Žalobce nemusí dokazovat (jako u náhrady škody), jaký je přesný peněžní ekvivalent jemu způsobené imateriální újmy, na druhé straně se však nemůže omezit na všeobecné tvrzení, že mu vznikla újma" (srov. Vážný č. 11 142).

Podle rozhodnutí Vrchního soudu v Praze[25] „u nároku na poskytnutí zadostiučinění ve finanční podobě je třeba, aby žalobce v žalobě výši takto požadovaného zadostiučinění uvedl. Je třeba totiž vycházet z předpokladu, že přiměřené zadostiučinění požadované v penězích má nahradit nemajetkovou újmu, jež jednáním žalovaného žalobci vznikla, nárok má a musí vycházet ze skutečností, jež jsou známy pouze žalobci, neboť jím vyjadřuje svou vlastní újmu nemajetkové povahy".

Nejvyšší soud ČR[26] dovodil, že „…právě proto, že nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem, který podléhá volné úvaze soudu, je třeba vycházet z povinnosti tvrdit a dokazovat, jež stíhají žalobkyni podle § 79 odst. 1 a § 120 odst. 2 občanského soudního řádu, ve smyslu kterých bylo její povinností způsobem určitým a srozumitelným vylíčit a prokázat rozhodné skutečnosti, jimiž byla vedena k uplatnění nároku na přiměřené zadostiučinění v požadované peněžité formě. Povinností žalobkyně tedy je tvrdit, proč právě forma peněžité satisfakce je s ohledem na tvrzené a prokázané nekalosoutěžní jednání žalované na místě, a proč, pakliže nárok na peněžitou formu zadostiučinění bude prokázán, je přiměřenou právě požadovaná částka. Ze skutečnosti, že nárok na zadostiučinění podléhá volné úvaze soudu, nelze bez dalšího dovodit, že soud „nepotřebuje kritéria", která by pro přiměřenost takovéhoto nároku posuzoval. Volná úvaha soudu neznamená libovůli soudu, který bez dalšího, aniž by posuzoval v daném případě konkrétně zjištěné a také prokázané skutečnosti a okolnosti jednání v nekalé soutěži určí, kdy požadovaná forma satisfakce je či není na místě a tudíž je či není přiměřenou. Pro svoji úvahu musí mít soud k dispozici dostatek tvrzených a prokázaných skutečností, vymezujících určité hranice, z nichž soud při svých

[25] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 58/97.

[26] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 5. května 2006, sp. zn. 32 Odo 511/2006.

úvahách vychází a to nejen z pohledu maximální či minimální možnost peněžní reparace vzniklé nemateriální újmy."

Konkrétní výše peněžní částky, kterou soud může přiznat jako přiměřené zadostiučinění, není v obchodním zákoníku stanovena určitou sazbou, avšak již ze samotného názvu tohoto právního prostředku ochrany proti nekalé soutěži vyplývá, že kritériem je tu právě přiměřenost. Přiměřenost by měla spočívat jak ve formě zadostiučinění, tak v její výši.

Soud přiznává peněžní zadostiučinění včetně jeho konkrétní výše na základě své vlastní úvahy; soud tak má značný prostor pro své uvážení s ohledem na veškeré okolnosti případu. Návrhem žalobce (petitem) je soud vázán do té míry, že nesmí požadovanou výši peněžního zadostiučinění překročit; nemusí však požadavku na peněžní zadostiučinění vyhovět vůbec či jej může přiznat v menším rozsahu, než jak bylo požadováno.[27]

Vrchní soud v Praze[28] ve svém rozhodnutí obsáhl úvahu o nalezení přiměřené výše zadostiučinění a rovněž o otázkách důkazního břemene: „Lze přihlédnout k tomu, jak a jakým způsobem výši zadostiučinění oprávněný zdůvodňuje, jaké důkazy nabízí v tomto směru, avšak rozhodnou je zde úvaha soudu, jež směřuje k nalezení přiměřenosti přiznávaného zadostiučinění v penězích k vzniklé újmě. Nelze sice stanovit určitou stupnici, jakési ohodnocení závadného jednání, tato úvaha však není a nemůže být libovolná. Vždy bude soud o výši uvažovat v intencích konkrétního sporu. Ve svém hodnocení musí vycházet z konkrétních zjištěných skutkových okolností a pro základ tohoto svého uvážení může provést i důkazy, které sám oprávněný nenavrhoval. Je třeba vžit v úvahu, že na jedné straně jde o vyrovnání újmy postiženého, ale z druhé strany také o určitou soukromoprávní sankci postihující toho, kdo závadně jednal. Možnými hledisky přitom jsou např. závažnost a intenzita závadného jednání a dosah tohoto jednání a je třeba zhodnotit i subjektivní přístup obou účastníků k závadnému jednání. Pak musí soud posoudit, jaká výše zadostiučinění je přiměřená. Nepřichází v úvahu doložení určité výše újmy žalobcem, neboť sama povaha této újmy přímé její vyčíslení neumožňuje. Nelze proto zamítnout žalobu jen z toho důvodu, že žalovaný nenavrhl důkazy o výši jim požadované újmy, když jinak má soud za prokázané, že tato újma zde je. Rozhodnutí je na úvaze soudu. Pak za situace, že dosavadní skutková zjištění nejsou k této úvaze postačující, je zapotřebí, aby pokud tak i dodatečně žalobce sám neučiní a potřebné důkazy neoznačí soud sám ve smyslu ustanovení § 120 odst. 3 občanského soudního řádu okruh svých zjištění doplnil a provedl ty důkazy,

---

[27] Srov. Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000, str. 243. Shodně Hajn, P. in Faldyna, F. a kol. Obchodní zákoník s komentářem. I. díl. Kodex, 2000, str. 143 nebo Eliáš, K., Bejček, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 1996, str. 371 a 372.

[28] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 684/95.

jež sám bude považovat za potřebné ke své úvaze, neboť půjde o důkazy, u nichž potřeba jejich provedení takto vyšla v řízení najevo".

Soudcovská úvaha ohledně výše peněžního zadostiučinění však musí být přezkoumatelná. Výslovně to uvedl Nejvyšší soud ČR:[29] „Přiměřenost zadostiučinění, která představuje též přiměřenost výše peněžní formy zadostiučinění, je nutno posuzovat v závislosti na konkrétních podmínkách každého jednotlivého případu… …Přiměřenost výše peněžního zadostiučinění musí být posuzována jak z objektivních, tak subjektivních hledisek. Objektivními kritérii jsou zejména závažnost a intenzita nekalosoutěžního jednání, dosah tohoto jednání (jak velkou oblast trhu zasáhlo), vliv tohoto jednání na počet soutěžitelů v oboru, hodnota goodwillu postiženého, úroveň obratu v daném okruhu obchodů i výše obratu. Patří sem také okolnost, zda ten, kdo se nekalosoutěžního jednání dopustil, si byl tohoto jednání vědom, popř. si mohl a měl být tohoto jednání vědom, dále motiv tohoto jednání, okolnost, jak ten, kdo se jednání dopustil, reagoval na upozornění a požadavky postiženého, popř. zda naopak postižený dával najevo nezájem o nekalosoutěžní jednání druhého subjektu."

Ve svém pozdějším rozhodnutí však Nejvyšší soudu ČR[30] uvedl, že „nárok na přiměřené zadostiučinění je nárokem, který má převážně, popřípadě výlučně, objektivní charakter; dovozuje se, že je nárokem „objektivním, který není vázán na naplnění jakýchkoli subjektivních podmínek".[31] Přiznání přiměřeného zadostiučinění tak není, stejně jako jiné právní prostředky ochrany proti nekalé soutěži, vázáno na nutnost zavinění, jedná se o projev objektivní odpovědnosti za nekalosoutěžní jednání.[32]

V dlouhodobější soudní praxi se vyvinuly určité „taxy" pro peněžní formu přiměřeného zadostiučinění, které jsou obvyklé, nejsou však samozřejmě pro rozhodovací činnost soudů závazné. Pro žalobce však mohou sloužit jako určité vodítko k vytvoření si reálné představy o tom, jakou konkrétní výši přiměřeného zadostiučinění mu soud pravděpodobně (ne)přizná. Co se týká konkrétních peněžních částek přiměřeného zadostiučinění, které české soudy žalobcům obvykle přiznávají, pohybují se ve statisících korun českých,[33] přičemž doposud nejvyšší částka, kterou potvrdil Nejvyšší soud ČR,

---

[29] Rozsudek Nevyššího soudu ČR, sp. zn. 1 Odon 45/97.

[30] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. září 2002, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

[31] Nejvyšší soud ČR zde odkázal na pramen Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 9. vydání. Praha: C.H. Beck, 2004, str. 148.

[32] Viz např. usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. března 2006, sp. zn. 32 Odo 1230/2005.

[33] Například Nejvyšší soud ČR ve svém usnesení ze dne 18. ledna 2006, sp. zn. 32 Odo 1642/2005, a v rozsudku ze dne 23. října 2008, sp. zn. 32 Cdo 4661/2007, potvrdil povinnost zaplatit přiměřené zadostiučinění v penězích ve výši *350.000,- Kč*. Rozsudkem Nej-

byl jeden milion korun českých.[34] Vždy však bude záviset na okolnostech konkrétního případu, když soud bude zejména zvažovat délku nekalosoutěžního jednání,[35] okruh postižených subjektů, závažnost protiprávního jednání apod.

Dá se tak říci, že v České republice obecně nedosahují částky, které bývají přiznávány jako peněžní forma přiměřeného zadostiučinění, nikterak přehnaně vysoké (což je významný rozdíl oproti sankcím za veřejnoprávní soutěžní delikty)[36]. To je výhodou pro nekalosoutěžně jednající subjekty, jež tato skutečnost může de facto motivovat k takovému jednání, neboť nemají dostatečně odstrašující účinek. Poté lze konstatovat, že se v současné době nekalosoutěžní jednání poměrně „vyplatí". To platí zejména pro „silné hráče" na trhu, kdy je pro mnohé levnější využít nekalosoutěžní praktiky (např. parazitovat na reklamním sloganu, využít klamavé reklamy apod.) než vymýšlet a investovat značné finanční prostředky do vlastní reklamní kampaně (ona konečná výše peněžního přiměřeného zadostiučinění je pro mnohé „hráče" toliko „kapkou v oceánu").

Řešením uvedeného problému, který je svojí podstatou významnější než precizní regulace nekalosoutěžního jednání, je vytvořit takové „sazby" peněžní formy přiměřeného zadostiučinění (samozřejmě při respektování okolností konkrétního případu), které by byly dostatečným odstrašujícím prostředkem pro všechny potenciální rušitele. Samozřejmě, že soud musí vždy vycházet z návrhu žalobce a částek tam navržených (advokáti se často řídí zásadou „chceš-li získat jednohrbého velblouda, musíš požádat o dvouhrbého",[37] tzn. navrhují o něco více než pravděpodobně dostanou), nicméně v praxi to funguje spíše tak, že hrozí nebezpečí, že soud příliš vysokou částku sníží či nepřizná vůbec (soudy se tak zase mnohdy řídí zásadou „kdo chce moc, nedostane nic").

---

vyššího soudu ČR ze dne 3. května 2006, sp. zn. 32 Odo 447/2006, bylo žalobci přiznáno přiměřené zadostiučinění ve výši *200.000,- Kč.*

[34] Rozsudek Nejvyššího soudu ČR ze dne 18. září 2002, sp. zn. 29 Odo 652/2001.

[35] K časovému omezení práva proti nekalé soutěži blíže viz usnesení Nejvyššího soudu ČR ze dne 14. července 2008, sp. zn. 32 Cdo 2085/2007.

[36] Dosud nejvyšší pokuta, kterou udělil Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, přesahovala částku 940 milionů Kč. Krajský soud v Brně jeho rozhodnutí zrušil rozsudkem ze dne 25. června 2008, sp. zn. 62 Ca 22/2007, jeho rozsudek následně zrušil Nejvyšší správní soud rozsudkem ze dne 10. dubna 2009, sp. zn. 2 Afs 93/2008.

[37] Hajn, P. Přiměřené zadostiučinění ve sporech z nekalé soutěže. Právní rádce, 1994, č. 7, str. 19.

3. DALŠÍ ZÁSADY (LIMITY) OVLÁDAJÍCÍ ROZHODOVÁNÍ SOUDŮ O TZV. SATISFAKČNÍ ŽALOBĚ

Při ukládání sankce, za niž lze přiměřené zadostiučinění s ohledem na jeho charakter považovat, je třeba dbát výše uvedené zásady přiměřenosti z hlediska jejího účelu. Pro správné a spravedlivé ukládání sankce je významné dodržování principu zákonnosti a principu individualizace sankce. Zásada zákonnosti spočívá v tom, že soud se musí důsledně řídit pravidly pro ukládání sankcí, které jsou obsaženy v příslušném právním předpisu (zde značně kusá úprava obsažená v obchodním zákoníku). Individualizace sankce vyjadřuje, že druh, kombinace a intenzita sankcí musí být v konkrétním případě stanoveny tak, aby odpovídaly všem okolnostem a zvláštnostem případu.[38]

V souvislosti s individualizací sankce vyvstává nutně otázka rovnosti při ukládání sankcí. Stanoví-li totiž zákon určité mantinely při ukládání sankcí, je nutno zohlednit majetkové poměry osoby, jíž je sankce ukládána a nevycházet z jejího paušálního stanovení (zde by mohlo vzniknout nebezpečí narušení zásady rovnosti v oblasti sociální). To souvisí zejména se zásadou represe a prevence sankce.[39]

Preventivní úloha postihu nespočívá jen v účinku vůči osobě, jíž je sankce ukládána. Postih musí mít sílu odradit od nezákonného postupu i jiné nositele stejných zákonných povinností; tento účinek pak může vyvolat jen postih odpovídající významu chráněného zájmu, včas a věcně správně vyvozený. Jde-li o finanční postih, musí být znatelný v majetkové sféře delikventa, tedy být nikoli pro něho zanedbatelný, a nutně tak musí v sobě obsahovat i represivní složku, nesmí být však pro tuto osobu likvidační. V opačném případě by totiž postih delikventa smysl postrádal.[40]

Podle současné judikatury není možné uložit osobě porušivší svoji právní povinnost sankci, která by byla svým charakterem pokutou likvidační (na druhé straně by však výše přiměřeného zadostiučinění v penězích podle současné rozhodovací praxe neměla vést ani k přílišnému obohacování žalobce). Je samozřejmě závislé případ od případu, jaká výše sankce bude pro konkrétní osobu likvidační, a proto zde budou rozhodující zejména majetkové poměry delikventa, když sankce v určité výši může být pro jednu oso-

[38] Rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 12. dubna 2007, sp. zn. 57 Ca 49/2006.

[39] Nejvyšší správní soud zdůrazňuje tzv. preventivní a represivní úlohu sankcí obecně. Srov. např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 2 As 8/2007.

[40] Srov. rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 16. listopadu 2004, sp. zn. 10 Ca 250/2003.

bu likvidační a pro jinou nemusí představovat ani částečné naplnění její represivní funkce.

Zákaz likvidačního účinku sankce vyplývá hned z prvního ustanovení článku 1 Listiny základních práv a svobod, z něhož vyplývá zásada rovnosti v právech (zde v právu nebýt dotčen zásahem soudu v důsledku nekalosoutěžního jednání jak pro osoby disponující značnými finančními prostředky, tak pro osoby, jejichž majetkové poměry jsou mizivé), a z ustanovení článku 11 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, na jehož základě má každý právo vlastnit majetek, přičemž vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu.

Podle článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod je zakotveno právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost. Omezení tohoto práva upravené v odstavci 2 se vykládá tak, že slouží k upřesnění výkonu podnikatelské činnosti pro různé obory podnikání zejména s ohledem na charakter tohoto podnikání a roli veřejného zájmu na výkon určitých činností, nikoliv ke znemožnění výkonu podnikatelské činnosti za porušení ustanovení právního předpisu v důsledku udělení sankce, která je svojí výší pro tuto likvidační.

Argumentem pro nepřípustnost likvidačního účinku správního trestání bývá rovněž ochrana zájmů věřitelů porušitele práva (ve smyslu „proč by měli nést příslušné důsledky rovněž věřitelé onoho porušitele práva“?). Proti tomu se nabízí k úvaze otázka, zda by nebylo dostatečně odstrašující a tudíž správné, kdyby byli odvozeně sankcionováni také ti, co s porušitelem práva obchodují…

Na druhou stranu však lze nalézt v podstatě ve stejných ustanoveních rovněž argumenty pro přípustnost likvidačního účinku sankcí. Vyjdeme-li z Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, konkrétně z jejího článku 1 Dodatkového protokolu č. 1, má „každá fyzická i právnická osoba právo pokojně užívat svůj majetek; nikdo nemůže být zbaven svého majetku s výjimkou veřejného zájmu a za podmínek, které stanoví zákon a obecné zásady mezinárodního práva“. Z uvedeného tedy vyplývá, že samotná Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod nevylučuje, aby v případě, kdy určitá osoba poruší právní předpis, který umožňuje určitému orgánu (zde soudu) udělit za takové jednání určitou sankci, byla taková sankce likvidační, stanoví-li předpoklady jejího udělení a její výši zákon a je-li tato udělována ve veřejném zájmu (o splnění této podmínky nebudou většinou vedeny žádném spory).

Jak již bylo uvedeno výše, v článku 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod je zakotveno právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost.[41] Ve druhém odstavci téhož článku je obsaženo omezení uvedeného

[41] Pokud by z omezení základního práva (v daném případě základního práva obsaženého v ustanovení čl. 26 odst. 1 Listiny základních práv a svobod) vyplynula právní povinnost,

práva tak, že „zákon může stanovit podmínky nebo omezení pro výkon určitých povolání nebo činností“.

Stanoví-li tak například obchodní zákoník ve svém ustanovení § 44 odst. 1, že se zakazuje nekalosoutěžní jednání, lze toto považovat za omezení výkonu podnikatelské činnosti v souladu s výše uvedeným článkem 26 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Může-li poté soud v souladu s ustanovením § 53 ObchZ uložit soutěžiteli, který se dopustil nekalosoutěžního jednání, určitý postih, nabízí se poté otázka, proč by taková pokuta neměla být likvidační, zvláště tehdy, když právní předpis určité jednání jasně, určitě a transparentně zakazuje, stanoví za takové jednání sankci a pokud se soutěžitel na základě vlastní volby (rozhodnutí) nekalosoutěžního jednání dopustí, vydává se tak sám dobrovolně „vstříc“ případné sankci, která by po zvážení veškerých okolností daného případu zejména s ohledem na závažnost porušení právní normy a následky takového jednání měla být skutečnou „sankcí“, a to objektivní, aby byla odstrašujícím případem pro ostatní soutěžitele a naplňovala tak svoji skutečnou represivní funkci.

O likvidačním účinku sankcí by se tak dalo uvažovat zejména v případech zvlášť závažných porušení práva.

4. ROZDÍLY MEZI NÁROKEM NA NÁHRADU ŠKODY A NÁROKEM NA PŘIZNÁNÍ PŘIMĚŘENÉHO ZADOSTIUČINĚNÍ V NEKALOSOUTĚŽNÍCH SPORECH

Základním předpokladem uplatnění nároku na náhradu škody je prokázání, že škoda vznikla jako důsledek nekalosoutěžního jednání a její výši je nutno prokázat, zatímco přiměřenost zadostiučinění v penězích spočívá na odhadu poškozeného a může zahrnovat prakticky cokoliv, je-li toto kvalifikovatelné jako újma nemateriálního charakteru.

Právě z uvedených důvodů značně složitého prokazování příčinné souvislosti mezi nekalosoutěžním jednáním a vznikem škody, příp. její výše, bývá vhodnější zvolit jiný právní prostředek ochrany proti nekalé soutěži, a to přiměřené zadostiučinění, samozřejmě za předpokladu, že bude nekalosoutěžním jednáním způsobena nemateriální újma (viz výše). Prokázání nemateriální újmy však s ohledem na skutečnost, že v podstatě v důsledku každého nekalosoutěžního jednání lze poměrně snadno argumentovat tím, že byla v důsledku takového jednání současně způsobena nemateriální újma (např. na pověsti žalobce, jeho psychické strádání apod.), nebude činit v praxi větší problémy.

---

mohlo by se tak stát jen na základě zákona v jeho mezích. Za meze základních práv a svobod je přitom nutno považovat jakékoliv omezení svobodné vůle oprávněného subjektu, tj. též stanovení podmínek omezujících výkon podnikatelského oprávnění. Srov. nález pléna Ústavního soudu ČR ze dne 2. dubna 1996, sp. zn. Pl. ÚS 31/95.

Striktní odlišení materiální a nemateriální újmy způsobené v důsledku nekalosoutěžního jednání v žalobě nebývá snadné. To vyplývá i z rozhodnutí Vrchního soudu v Praze:[42] „Rozsah nemajetkové újmy není úměrný rozsahu poklesu prodejnosti výrobku žalobce, tím není vyjádřen rozsah snížení dobré pověsti žalobce. Vstup dalšího soutěžitele na trh, pokud je úspěšný, nutně s sebou nese snížení prodeje. To však neznamená zásah do dobré pověsti a vznik nemateriální újmy, ale snížení zisku a újmu materiální povahy."

V žádném případě však nelze v žalobě přímo argumentovat tím, že v důsledku, že se žalobci nepodařilo prokázat příčinnou souvislost mezi vznikem škody a nekalosoutěžním jednáním, případně výši škody, tak žalobce požaduje přiměřené zadostiučinění. To je podle současné judikatury, například Vrchního soudu v Praze,[43] nepřípustné: „Pokud oprávněnému vznikla hmotná újma, prostředkem nápravy může být pouze náhrada škody, event. vydání bezdůvodného obohacení. Nelze připustit, aby (např. z důvodu obtížného prokazování výše škody) si cestou požadavku na zaplacení přiměřeného zadostiučinění oprávněný řešil jemu vzniklou újmu hmotnou." Stejný názor zastávala již prvorepubliková judikatura: „Náhrada za příkoří má být jen vyvážením imateriálních újem, nikoliv náhradou materiální škody." Výše uvedenou úvahou („je-li problém prokázat příčinnou souvislost vzniku škody, případně její výši, budu požadovat přiměřené zadostiučinění") sice může být žalobce při uplatňování nároku na přiznání peněžité formy přiměřeného zadostiučinění veden (a často právě touto úvahou veden je), neměl by však na ní založit svoji argumentaci v žalobě a svoje tvrzení v žalobě podepřít argumenty svědčícími ve prospěch náhrady nemateriální újmy.

Případnou argumentaci žalobce spočívající v tom, že z důvodu důkazní nouze při prokazování výše náhrady škody požaduje nárok na přiznání peněžní formy přiměřeného zadostiučinění, by do jisté míry mohlo podpořit rozhodnutí Vrchního soudu v Praze:[44] „… Jestliže však je možno uplatnit alternativně různé nároky (nároky různé právní kvalifikace), je rozhodující, který nárok žalobce zvolil a soudu nepřísluší zkoumat, z jakých důvodů tuto volbu učinil." Posledně uvedenou argumentaci však nelze doporučit.

Striktní oddělování vymezení materiální a nemateriální újmy v žalobě je tak nezbytné, jelikož každá bude reparována jiným způsobem. Zatímco pro reparaci škody nemateriální povahy bude použitelný institut přiměřeného zadostiučinění (ať už ve formě nepeněžní či peněžní), pro škodu materiální je vyhrazen zejména institut náhrady škody. To je plně v souladu se současnou rozhodovací praxí soudů (viz judikatura uvedená u institutu přiměřeného zadostiučinění).

---

[42] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 209/97.

[43] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp. zn. 3 Cmo 684/95.

[44] Rozhodnutí Vrchního soudu v Praze, sp.. zn. 3 Cmo 198/96.

Oba nároky, tj. nárok na náhradu škody i na přiznání přiměřeného zadostiučinění, lze v žalobě kumulovat, neboť v praxi bude časté, že určitým nekalosoutěžním jednáním bude žalobci způsobena jak újma materiální, tak nemateriální. K tomu se vyjádřil také Nejvyšší soud ČR: „… jednání žalovaného bylo způsobilé přivodit újmu materiální, projevující se deformací trhu a cen, a rovněž újmu imateriální, projevující se ve ztrátě prestiže žalobce z hlediska solidnosti a poctivosti při jednání jeho pracovníků, potažmo samotného žalobce…“.[45] Náhrada škody i přiměřené zadostiučinění však představují dva rozdílné instituty s rozdílným způsobem dokazování.

5. ZÁVĚREM K PŘIMĚŘENÉMU ZADOSTIUČINĚNÍ

Jak již bylo uvedeno výše, přiměřené zadostiučinění je v podstatě jedinou „sankcí“ za nekalosoutěžní jednání v pravém slova smyslu, a to zejména tehdy, je-li přiznáno v penězích (na rozdíl od zdržení se nekalosoutěžního jednání a odstranění závadného stavu, neboť tyto sankční prostředky nemají finanční charakter, a náhrady škody a vydání bezdůvodného obohacení, které vycházejí z náhrady způsobené škody a ušlého zisku v důsledku nekalosoutěžního jednání a vydání příslušného obohacení, když dva posledně uváděné instituty nelze považovat za skutečnou „sankci“, ale spíše „nápravu“).

Přiměřené zadostiučinění (zejména poskytnuté v peněžní podobě) lze tak považovat za jistou formu „pokuty“ za nekalosoutěžní jednání, aniž by pro tuto byly zákonem stanoveny striktní mantinely, v jejichž rámci se má její výše pohybovat. Konečná výše přiměřeného zadostiučinění je tak výsledkem úvahy soudu po zvážení jednotlivých okolností konkrétního případu. Soudy by však při využití svého diskrečního oprávnění měly dbát toho, aby se i nadále nenaplňovala teze, že se nekalá soutěž v současné době vyplatí.

V praxi bude jednodušší uplatnění nároku na přiměřené zadostiučinění než na náhradu škody či vydání bezdůvodného obohacení, a to zejména s ohledem na problematičnost dokazování u dvou posledně uvedených institutů. Požadavek na přiznání přiměřeného zadostiučinění tak bude v praxi mnohem častější a mnohdy bude uplatňován tam, kde nebude možné přesně vyčíslit hmotnou újmu, neboť zdůvodnění újmy nehmotné je obecně snazší, byť tuto skutečnost nelze uvést v žalobě.

Literature:

- Hajn, P. Soutěžní chování a právo proti nekalé soutěži. Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2000.
- Faldyna, F. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. I. díl. Praha: CODEX Bohemia, 2000.

[45] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 29. dubna 2008, sp. zn. 32 Cdo 139/2008.

- Hajn, P. Náhrada škody a jiné prostředky ochrany proti nekalé soutěži. In Sborník z konference „Odpovědnost za škodu“. Brno: Masarykova univerzita, 2004.
- Eliáš, K., Bejček, J. a kol. Kurs obchodního práva. Obecná část. Soutěžní právo. 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 1996.
- Hajn, P. Přiměřené zadostiučinění ve sporech z nekalé soutěže. Právní rádce, 1994, č. 7.

Contact – email
dana.ondrejova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SANKCE A VÝKONNÉ ORGÁNY OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ

JARMILA POKORNÁ

Právnická fakulta, katedra obchodního práva, Masarykova universita, Brno

Abstract in original language
Příspěvek specifikuje sankce, které se mohou uplatňovat při porušení povinností členů představenstev a jednatelů, upozorňuje na omezení, s nimiž se setkáváme při jejich aplikaci a zabývá se možnostmi překonání těchto omezení.

Key words in original language
Sankce, odpovědnost, členové výkonných orgánů, náhrada škody, ručení za závazky společnosti, odvolání z funkce, zákaz konkurence

Abstract
Conference paper specifies the sanctions, which can be claimed, when the executive heads break their duties. It describes the limitations by their application and deals with possibilities of passing this limitations.

Key words
Sanction, responsibility, executive heads, compensation for damage, liability on obligations of the company, suspension from office, ban of competition

1. POJEM A FUNKCE SANKCE

Obsahové zaměření příspěvků, které mají být předneseny v sekci nazvané „Omezenost sankčních nástrojů“ do značné míry předznamenává očekávání, že se jednotliví referující budou zkoumat nedostatečnost sankcí a dalších právních nástrojů sankční povahy a upozorňovat na jiné možnosti, které by pomohly dosáhnout cíle, k němuž právní regulace směřuje.

Takové zkoumání vyžaduje, aby jeho východiskem bylo vymezení pojmů sankce a sankční nástroj, protože i ve výseči právních vztahů, které jsme si zvykli chápat jako vztahy obchodněprávní, je mnoho různých povinností, účinků a postupů, jež je možno jako sankce nebo sankční nástroje označovat.

Omezená plocha jednoho příspěvku nedovoluje rozvinout samostatné úvahy na toto téma, neboť příspěvek sám směřuje do konkrétní oblasti právních vztahů, v níž se chce zabývat jejími specifiky. Omezí proto svoji pozornost jen na sankce a jako východisko volí obecně přijímané poznatky o nich, které zde jen stručně rekapituluje.

Sankce jsou nejčastěji spojovány s právní odpovědností, jejímž nejobecnějším znakem je to, že spočívá v povinnosti snést zákonem stanovenou újmu v případě, že nastane zákonem stanovená skutečnost. Sankcí je potom nazývána tato povinnost snést újmu, popř. újma sama. Sankce je tedy obecným znakem odpovědnosti. Odpovědnost sama bývá nejčastěji vymezována jako vztah vzniký porušením primární povinnosti, popř. jako jiný zákonu odporující stav1.

Postavení sankce je vnímáno různě, historická literatura uvádí následující názory:2

- sankce je nová povinnost vzniklá porušením povinnosti původní,

- sankce je plnění, které je předmětem nově vzniklé povinnosti, spočívající v chování, např. dání něčeho, konání, nekonání,

- sankce je sám předmět, který je poskytován – např. peníze předávané poškozenému,

- sankce je újma, která stíhá toho, kdo porušil svou povinnost.

Po podrobném zkoumání je posléze uveden syntetizující závěr, který definuje sankci jako změnu hmotněprávního postavení subjektu primární povinnosti, k níž došlo v důsledku toho, že primární povinnost byla porušena. Je to tedy změna hmotněprávního postavení, která je právním následkem porušení právní povinnosti, přičemž tato změna zhoršuje postavení subjektu, jehože se týká, ve společenském vztahu upravovaném právem.3

Nejtypičtějším případem odpovědnosti v soukromém právu, a tedy i v právu obchodním, je odpovědnost jako právní vztah vzniklý v důsledku porušení povinnosti, jehož obsahem je povinnost snést sankci. Skupina odpovědnostních vztahů se v tomto pohledu jeví jako skupina vztahů, které jsou vztahy odvozenými, sekundárními, vztahy, které nemusí nutně vzniknout, nýbrž vznikají pouze tehdy, když dojde k narušení primárních právních vztahů vytvořených projevem vůle jejich účastníků. V primárním vztahu na sebe jeho účastníci vzali povinnosti, jejichž plnění mělo vést

---

1 KNAPP, V., Teorie práva, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 1995, str. 200, ISBN 80-7179-028-1

2KNAPPOVÁ, M., Povinnost a odpovědnost v občanském právu. Praha: Academia, 1968, str. 180

3 Tamtéž, str. 196 - 197

k realizaci účelu, pro který byl takový vztah založen. Porušení uvedených povinností je nežádoucí, uskutečnění účelu vztahu ohrožuje a musí nutně vyvolat vznik ochranných mechanismů, tedy sekundárních odpovědnostních vztahů, v nichž se – jak bylo uvedeno shora – postavení narušitele zhoršuje a toto zhoršení přináší nutnost zachovat se určitým způsobem, popř. strpět určité chování, nutnost, která by povinného nezasáhla, kdyby neporušil primární právní povinnost. Zhoršení právního postavení povinného však zpravidla není samoúčelné – směřuje k realizaci účelu původního vztahu alespoň náhradním způsobem, poskytuje reparaci porušením vzniklé újmy. Může působit i prevenčně – komplikace s ním spojené mohou odrazovat od porušování primární povinnosti. Literatura v této souvislosti běžně hovoří o třech základních funkcích, které má sankce plnit: funkci reparační, represivní a preventivní.4

Specifikace funkcí dovoluje, abychom se pokusili též vymezit předpoklady pro to, aby funkce splňovaly očekávání, která s nimi spojujeme. Domníváme-li se, že funkce mají zajistit, aby povinný realizoval původně smluvené povinnosti, musí sankce splňovat následující parametry:

- musí být citelné, aby zhoršení právního postavení porušitele bylo natolik nevýhodné, že jej bude od porušování primární povinnosti odrazovat. Citelnost nemusí při tom spočívat jen v kvantitativních charakteristikách sankce (např. velikost pokuty), ale též v druhu sankce. Je docela dobře představitelné, že pokuta nebude vnímána jako citelná sankce, neboť si ji pokutovaný vyrovnat jiným majetkovým přínosem, zatímco např. trestněprávní sankce spočívající v odnětí svobody může být vnímána jako mnohem citelnější;

- citelnost musí být přiměřená závažnosti a rozsahu porušení primární povinnosti, aby neodrazovala od přijímání rizik, která mohou primární povinnosti doprovázet5. Sankce mohou tvořit i určitou posloupnost počínaje nejjemnějšími a konče sankcemi, které jsou likvidující. Sankce může dávat šanci na odstranění závadného stavu (např. vyřešení problému obchodního podílu v majetku společnosti s ručením omezeným), ale může spočívat i v odstranění celku, který porušuje svoje povinnosti (např. zrušení a likvidace společnosti, pokud uvolněný obchodní podíl nevypořádá ani v náhradní lhůtě).

4KNAPP, V., Teorie práva, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 1995, str. 201, ISBN 80-7179-028-1

5 Tento poznatek není nový, byl zkoumán již v souvislosti s výzkumy efektivnosti práva v osmdesátých letech minulého století – viz HAJN, P., Efektivnost hospodářského práva, Brno: Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, 1980, str. 249

- Musí nastupovat jako nevyhnutelný následek každého porušení primární povinnosti - pokud by tomu tak nebylo, sankce by působily jen výběrově a jejich účinnost by se snižovala. Sankce musí být konstruována tak, aby se čelilo i pokusům o její obcházení. Pokud by bylo možno uniknout z dosahu sankce tím, že porušitel práva využije slabá místa v její konstrukci, hrozí opět jen výběrové působení sankcí a snížení jejich významu.

Z hlediska oprávněného musí plnění, které je se sankcí spojeno, přinášet skutečnou reparaci, musí reálně vyvažovat újmu, k níž došlo porušením primární povinnosti.6 Pro oprávněného je dále důležité, aby sankce nebylo nutno uplatňovat ve složitých postupech náročných na shromažďování důkazů, popř. vyžadujících zvýšené náklady neúměrné reparaci porušeného vztahu.

2. SANKCE V PRÁVNÍ ÚPRAVĚ OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ

Sankční ustanovení nejsou pro právní úpravu obchodních společností charakteristická, neboť jde o úpravu, která se snaží poskytnout pravidla pro vztahy vznikající ve vnitřní sféře obchodních společností, vztahy zajišťující cílené směřování společníků i orgánů společnosti k naplňování účelu, pro který byla společnost založena. Jde proto zejména o úpravu mechanismu rozhodovacích procesů uvnitř společnosti a právního postavení společníků. Ve vztahu ke třetím osobám musí uvedená pravidla poskytnout dostatečnou právní ochranu třetím osobám, které vstupují se společnostmi do právního styku.

Z tohoto vymezení je patrno též, kde především může docházet k porušování povinnost, a tudíž i uplatnění sankcí:

- povinnost vytvářet základní kapitál, ochrana principů vytváření a vázanosti základního kapitálu, s nimiž je spojována funkce ochrany právního postavení třetích osob, které vstupují do vztahů s kapitálovými společnostmi, před rizikem plynoucím z toho, že tyto společnosti podnikají s vlastním majetkem a nemají osobně ručící společníky. Společníci těchto společností nemají tudíž povinnost bezprostředně osobně snášet nepříznivé výsledky podnikání společnosti a věřitelé nemají v jejich osobách náhradní subjekt, který je možno postihnout, pokud společnost neplní svoje závazky.

6 I touto otázkou se zabývaly výzkumy efektivnosti práva - viz HAJN, P., Efektivnost hospodářského práva, Brno: Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, 1980, str. 251

- Sankce stíhající členy orgánů kapitálových obchodních společností – tyto sankce představují jeden z nástrojů ochrany zájmů společnosti a společníků.

- Speciální sankce - součástí úpravy obchodních společností je dále celá řada dílčích sankcí za neplnění speciálních povinností. Pro tyto sankce se obtížně nachází nějaké společné klasifikační kriterium, uvádíme proto jen příklad některých z nich: neplatnost samotné obchodní společnosti ze zákonem stanovených důvodů, zrušení společnosti rozhodnutím soudu, pokud je pro to důvod upravený zákonem, neplatnost usnesení valných hromad, pokud došlo k porušení povinností při svolávání a průběhu valné hromady nebo pokud bylo jejím usnesením porušeno právo nebo společenská smlouva nebo stanovy společnosti, zákaz výkonu hlasovacích práv pro společníky, vyloučení společníka společnosti s ručením omezeným rozhodnutím soudu apod.

3. SANKCE STÍHAJÍCÍ ČLENY VÝKONNÝCH ORGÁNŮ KAPITÁLOVÝCH OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ

Předmětem našich úvah v tomto příspěvku bude pouze skupina sankcí uplatňovaná vůči členům výkonných orgánů kapitálových obchodních společností, neboť řádné plnění jejich povinností vůči společnosti je pro ni do značné míry existenční otázka.

Základem právní úpravy je určení kriterií pro posouzení, zda členové výkonných a dozorčích orgánů svoje povinnosti řádně plní. Toto kriterium stanovuje obchodní zákoník v podobě požadavku péče řádného hospodáře, s níž musí být záležitosti společnosti zařizovány.

Sám pojem péče řádného hospodáře je v české obchodněprávní teorii předmětem dlouholeté diskuse a jeho hranice nejsou vymezeny zcela exaktně. Pro srovnání uvádíme přehled základních názorů.

J. Dědič vyslovuje závěr, že požadavek péče řádného hospodáře zahrnuje požadavek plnit povinnosti na určité odborné úrovni, která však nemusí dosahovat úrovně znalostí odborníka daného oboru. Člen představenstva však musí být odborníkem na řízení korporací a musí být schopen seznamovat se s novými poznatky v oboru řízení a správy společností a uplatňovat je v činnosti společnosti. Při rozhodování má vždy rozhodovat se znalostí věci. Požadavek péče řádného hospodáře vyžaduje dále aktivní přístup k plnění povinností s tím, že nedostatek znalostí potřebných k výkonu funkce nebo nedostatek času pro jejich uplatnění není omluvitelným důvodem pro nevynaložení péče řádného hospodáře. Součástí

péče je i povinnost loajality, která od člena představenstva vyžaduje, aby jednal v zájmu společnosti, nikoli jen v zájmu určitého akcionáře nebo dokonce ve vlastním zájmu či zájmu třetí osoby, a vyžaduje po něm dále, aby se aktivně se zájmy společnosti seznamoval.7

I. Štenglová uvádí, že pod pojmem řádného hospodáře si lze představovat takovou péči, s jakou by hospodář, který je vybaven potřebnými znalostmi a dovednostmi a chová se odpovědně a svědomitě, pečoval o svůj vlastní majetek. Nelze při tom vyžadovat, aby člen představenstva byl odborníkem ve všech oblastech, které je třeba při obchodním vedení společnosti a jednání jejím jménem uplatňovat. Součástí péče je však i schopnost rozpoznat, které činnosti již člen představenstva není schopen vykonávat, a zajistit pro jejich výkon kvalifikované osoby. Součástí péče je i přednost zájmů společnosti před zájmy akcionáře, který daného člena představenstva do tohoto orgánu vahou svých hlasů prosadil.8

S. Černá zastává názor, že pro řádný výkon funkce člena představenstva se vyžaduje taková míra a kvalita péče o záležitosti společnosti, kterou vynaloží pečlivý a řádně jednající hospodář. Konkrétní obsah povinnosti vykonávat funkci s péčí řádného hospodáře je věcí výkladu a zahrnuje svědomitost a obezřetnost při plnění funkce, odborné řízení společnosti, které v sobě nese i schopnost rozpoznat potřebu odborného posouzení projednávané záležitosti jiným specialistou, protože každý člen představenstva nemusí být odborníkem ve všech oblastech činnosti společnosti.9

Velmi podrobně strukturovaný pohled na péči řádného hospodáře přináší P. Čech. Osobní charakteristiku řádného hospodáře spatřuje jednak v tradičních hodnotách starostlivosti, šetrnosti a opatrnosti, jednak upozorňuje na nutnost odvahy a kreativity. Ideální spojení vlastností leží podle názoru tohoto autora na půli cesty mezi starostlivým, leč poněkud úzkoprsým správcem a odvážným a kreativním dobrodruhem s novátorskými nápady, které mění svět. Postavení správce cizího majetku je podle něho spojena s menší averzí k riziku, což by mohlo být pro společnost v jistém směru nebezpečné, avšak současně je podstupování rizik nutné pro dynamiku a rozvoj podniku společnosti. Povinnost loajality chápe

---

7 DĚDIČ, J. in DĚDIČ, J. a kol., Obchodní zákoník. Komentář, díl III, Praha, POLYGON 2002, str.2417, ISBN 80-7273-071-1

8 ŠTENGLOVÁ, I. in ŠTENGLOVÁ, I., PLÍVA, S., TOMSA, M., Obchodní zákoník, komentář, 11. vyd., Praha, C. H. Beck 2006, str. 745, ISBN 80-7179-487-2

9 ČERNÁ, S., Obchodní právo. Akciová společnost, Praha, ASPI, 2006, str. 244, ISBN 80-7357-164-1

tento autor jako zvláštní povinnost, kterou musí členové představenstva plnit vedle povinné péče. Povinná osoba má jednat v nejlepším zájmu a ku prospěchu společnosti a zdržet se všeho, čím by tento zájem mohla ohrozit.10

Podle J.Bejčka zahrnuje péče řádného hospodáře patřičnou odbornost a loajalitu k zájmům společnosti. Loajalitu považuje za součást péče řádného hospodáře, avšak upozorňuje na její možný přesah. Interpretační význam loajality koriguje zásadu „diligentia quam in suis", aby byl prospěch společnosti vždy nadřazen prospěchu vlastnímu (doslovný výklad této zásady by mohl poněkud potměšile respektovat jen prospěch reprezentanta). Reprezentant se tedy chová při správě společnosti jako ve vlastních věcech, ale s rezignací na svoje osobní zájmy, pokud by se mohly křížit se zájmy společnosti.11

Pokud bychom měli vytvořit syntetizující stanovisko, je zřejmé, že standard péče řádného hospodáře předpokládá, že se u člena představenstva spojí prvky objektivní (odborné znalosti, preference zájmů společnosti) s prvky subjektivními (schopnost podstupovat riziko, svědomitost, pečlivost, organizační schopnosti, tvůrčí myšlení, aktivita, samostatnost …). Péče řádného hospodáře zahrnuje i obsah, kvalitu a účinky vlastního rozhodnutí.

Právní úprava spojuje s nedodržením požadavku postupu s péčí řádného hospodáře sankci v podobě náhrady škody, jestliže členové představenstva škodu způsobili porušením právních povinností při výkonu působnosti představenstva. Předpoklady vzniku odpovědnostního vztahu (protiprávnost, existence škody, příčinná souvislosti mezi protiprávností a vznikem škody) musí prokázat společnost, člen představenstva prokazuje ve sporných případech, že s péčí řádného hospodáře jednal, pokud se chce závazku k náhradě škody zprostit. Povinnost nahradit škodu se řídí úpravou v obchodním zákoníku, nezkoumá se proto, zda člen orgánu porušení povinnosti zavinil. Zákon zakazuje odpovědnost za škodu ve společenské smlouvě nebo stanovách jakkoli omezovat nebo dokonce vyloučit. Ti členové orgánu, kteří škodu společnosti porušením požadavku péče řádného hospodáře způsobili, odpovídají společně a nerozdílně.

O nároku na náhradu škody rozhoduje ve sporných případech soud, který tak musí měřítkem péče řádného hospodáře zhodnotit chování člena představenstva a rozhodnout o jeho odpovědnosti a rozsahu náhrady způsobené škody. Judikatura Nejvyššího soudu ČR upřesnila v některých

10 ČECH, P., Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, Právní rádce 2007, č. 3, průběžně od str. 4

11 BEJČEK, J., Principy odpovědnosti statutárních a dozorčích orgánů kapitálových společností, Právní rozhledy 2007, č. 17, str. 614 a 615

případech výklad pravidel o péči řádného hospodáře. Dovodila např., že člen orgánu, který nemá potředné profesionální znalosti (např.účetní), splní svou povinnost péče řádného hospodáře i tak, že zajistí výkon příslušných činností v potřebném rozsahu kvalifikovanou osobou, které vytvořil pro plnění povinností potřebné podmínky (poskytl potřebnou součinnost).12

Další sankcí založenou na povinnosti poskytnout v případě porušení péče řádného hospodáře majetkové plnění, tentokrát ale vůči věřitelům společnosti, je zákonné ručení za závazky společnosti, pokud členové představenstva nebo jednatelé odpovídají za škodu vzniklou společnosti, tuto škodu však neuhradili a věřitelé nemohou dosáhnout uspokojení jejich pohledávek z majetku společnosti pro její platební neschopnost nebo proto, že zastavila platby. Rozsah ručení je omezen rozsahem povinnosti k náhradě škody a ručení zaniká, jakmile člen představenstva nebo jednatel škodu nahradí.

Do majetkové sféry členů představenstva a jednatelů dopadá sankce upravená v ust. § 66 odst. 3 ObchZ: plnění, která nejsou upravena jako nároková v právních předpisech nebo vnitřních předpisech společnosti, společnost neposkytne, jestliže členové orgánů vykonávali svou funkci tak, že to zřejmě přispělo k nepříznivým hospodářským výsledkům společnosti. Obdobně ztrácejí členové orgánů na tato plnění nárok, pokud se dopustili zaviněného porušení právních povinností v souvislosti s výkonem funkce. Sankce v obou případech dopadá na nenároková plnění, tedy zejména na tantiémy nebo odstupné, její dosah je však širší, než je tomu v předešlých případech, které jsou vázány na porušení povinné míry péče. Ztráta nenárokových majetkových plnění může být spojena i se situací, kdy sice členové výkonného orgánu žádnou povinnost neporušili, avšak nevhodným způsobem výkonu sv funkce přivodili společnosti hospodářské těžkosti.

Sankční povahu může mít i odvolání člena představenstva nebo jednatele z funkce. Příslušným orgánem je valná hromada, popř. u představenstva ustanovovaného dozorčí radou v akciové společnosti tato dozorčí rada.

Kromě péče řádného hospodáře je členům představenstva akciové společnosti a jednatelům společnosti s ručením omezeným uložen zákaz konkurovat společnosti (ust. § 136 a § 196 ObchZ). Porušení zákazu je stíháno speciálními sankcemi uvedenými v ust. § 65 odst. 2 ObchZ: povinností vydat společnosti prospěch z obchodu, jímž byl porušen zákaz konkurence, nebo převést odpovídající práva na společnost. Porušitele též může stihnout povinnost k náhradě škody.

12 Judikát byl publikován v časopise Soudní judikatura č. 9/2000, str. 355

Sankce mohou dopadat na členy představenstva nebo jednatele v dalších speciálních případech: odpovídají za škodu vzniklou porušením jejich povinností při přeměnách obchodních společností (§ 50 zákona č. 125/2008 Sb.), ručí ze zákona za splnění povinnosti k náhradě škody vzniklé ovládané společnosti v podnikatelském seskupení (§ 66a odst. 15 ObchZ), jsou povinni zdržet se protiprávního jednání, odstranit závadný stav a poskytnout příslušná majetková plnění (náhrada škody, vydání bezdůvodného obohacení, přiměřené zadostiučinění), pokud by se dopustili vůči společnosti jednání v nekalé soutěži. Vzhledem k úzkému okruhu případů, na něž speciální sankce dopadají, a omezenému rozsahu příspěvku, upouštíme u těchto speciálních sankcí od dalšího rozboru.

4. OMEZENOST SANKCÍ UPLATŇOVANÝCH VŮČI ČLENŮM ORGÁNŮ KAPITÁLOVÝCH OBCHODNÍCH SPOLEČNOSTÍ

Další výklad se bude soustřeďovat na akciovou společnost – společnost s ručením omezeným jako společnost s výraznými osobními prvky a omezeným počtem společníků může některé deficity, které budou zmiňovány níže, lépe překonávat, resp. u ní nenastanou, protože společníci jsou osobně zapojeni do činnosti společnosti. Problém působení sankcí zde spíše může spočívat v tom, že osobní vazby mezi společníky mohou uplatňování sankcí značně omezovat. Exaktní údaje nebo takto zaměřené výzkumy však nejsou k dispozici.

4.1 NÁHRADA ŠKODY

Povinnost k náhradě škody je obsahem vnitřního vztahu členů představenstva a společnosti. K účinnosti této sankce určitě přispívá to, že je konstruována jako objektivní a důkazní břemeno skutečnosti, že člen představenstva jednal s péčí řádného hospodáře, leží na něm samotném. Na druhé straně musí společnost - zde zastoupena členy dozorčí rady - prokázat existenci všech předpokladů odpovědnosti za škodu - protiprávní úkon, vznik škody a příčinnou souvislost mezi protiprávním úkonem a vzniklou škodou. V informační výhodě jsou zde členové představenstva, kterým přísluší zabezpečovat obchodní vedení společnosti včetně účetnictví a rozhodovat o všech záležitostech společnosti, pokud nejsou stanovami nebo obchodním zákoníkem svěřeny valné hromadě nebo dozorčí radě. Členové dozorčí rady mají sice právo nahlížet do všech dokladů a záznamů týkajících se činnosti společnosti, sami však nemohou procesy probíhající ve společnosti přímo ovlivňovat nebo řídit ani realizovat opatření k nápravě nedostatků. Působnost dozorčí rady je zde omezena na dohled nad výkonem působnosti představenstva. Pokud by bylo nutno svolat k rozhodnutí o náhradě škody valnou hromadu, opět je to představenstvo, které má potřebnou působnost. Dozorčí rada může svolat valnou hromadu jen v nouzovém režimu, pokud to vyžadují zájmy společnosti.

Další možností, jak uplatnit právo na náhradu škody, resp. iniciovat uplatnění náhrady škody proti členovi představenstva pomocí dozorčí rady, jsou ustanovení o menšinových právech, konkrétně ust. § 182 odst. 1 písm.

c) ObchZ. Jde o jedinou možnost, jak mohou akcionáři požadovat náhradu škody způsobené porušením povinností člena představenstva. Česká právní úprava akciové společnosti nedává tuto možnost akcionářům obecně, nemá ustanovení obdobné § 131a, které dává právo uplatnit náhradu škody proti jednateli společnosti s ručením omezeným každému společníkovi.

Tak i sankce, která by mohla být při zákazu její limitace či úplného vyloučení docela přísná, dostatečně selektivní a motivační ztrácí na své účinnosti.

4.2 RUČENÍ ČLENŮ PŘEDSTAVENSTVA ZA ZÁVAZKY SPOLEČNOSTI

Ručitelská povinnost dopadá přímo na členy představenstva, kteří ručí ze zákona a opět nemohou vznik svého ručitelského závazku vyloučit. Uplatnění ručitelského závazku je však problematické, neboť by věřitel musel prokazovat všechny předpoklady vzniku odpovědnosti za škodu a navíc i skutečnost, že společnost je v platební neschopnosti.13 Věřitel by tedy musel disponovat informacemi, které se týkají vnitřní sféry společnosti, k nimž nemá přístup. Musel by vědět, že člen představenstva porušil povinnost postupovat s péčí řádného hospodáře, že toto porušení bylo příčinou vzniku škody určitého rozsahu (rozsah ručení členů představenstva je omezen výší této škody) a že společnost škodu proti členu představenstva neuplatnila, resp. že ji neuhradil.

Vzhledem k tomu, že jde o povinnost vyplývající z ručení, není z textace ustanovení zcela jasné, zda by věřitel vždy musel nejprve uplatnit svoji pohledávku u soudu a terpve poté by se mohl pokusit uplatnit ji vůči členům představenstva, nebo zda by to nebylo nutné, zejména tehdy, pokud by byly splněny podmínky platební neschopnosti nebo zastavení plateb.

Není též zřejmé, zda je uvedený postup možný kdykoli, pokud členové představenstva způsobili společnosti škodu a neuhradili ji, nebo zda musí jít o škodu v souvislosti s uplatňovanou pohledávkou. Obecná textace ustanovení by spíše nasvědčovala první úvaze.

U daného ustanovení není tedy splněn požadavek jednoduché vymahatelnosti sankce ze strany oprávněné osoby, dá se naopak konstatovat, že překážky jsou ve srovnání s pravděpodobností úspěšného výsledku tak velké, že dané ustanovení zůstane patrně mrtvou literou zákona.

---

[13] DĚDIČ, J. in DĚDIČ, J. a kol., Obchodní zákoník. Komentář. Praha: POLYGON, 2002, str. 2421, ISBN 80-7273-071-1

4.3 ODNĚTÍ NENÁROKOVÝCH PLNĚNÍ

Plnění, na které má člen představenstva nárok z právního předpisu nebo vnitřního předpisu, lze poskytnout i bez souhlasu valné hromady (tedy akcionářů společnosti). Problémem zůstává výklad pojmu "vnitřní předpis". Přikláníme se zde k názoru J. Dědiče, podle něhož nemůže jít o jakýkoli vnitřní předpis vydaný ve společnosti, protože potom by úprava ztrácela smysl. Jestliže k poskytování plnění již následně není nutné rozhodnutí valné hromady, měl by tento vnitřní předpis vycházet ze schvalovacího rozhodnutí valné hromady.14

Plnění může být též přiznáno smlouvou o výkonu funkce - v tomto případě je nárok na plnění založen smlouvou, která upravuje vzájemná práva a povinnosti společnosti a členů orgánů. Lze předpokládat, že ze smlouvy o výkonu funkce, která musí být schválena valnou hromadou, budou vyplývat i sankce pro případ, že by členové představenstva svoje povinnosti vyplývající ze smlouvy porušili, tedy že zde bude upravena též možnost nevyplatit smluvená plnění, pokud člen představenstva nesplní povinnosti zakotvené ve smlouvě. Jsou-li však majetková plnění upravena ve smlouvě o výkonu funkce, nepodléhá již jejich výplata dalšímu schvalování valnou hromadou. Chybí zde tedy možnost společníků bezprostředně zasáhnout a minimálně přezkoumat oprávněnost plnění, pokud by toto plnění mělo být poskytnuto za špatné hospodářské situace, do níž se společnost mohla dostat i působením členů představenstva.

Plnění, která nejsou upravena právními předpisy, vnitřními předpisy nebo smlouvou o výkonu funkce, lze poskytnout jen se schválením valné hromady. Požadavek schvalovacího rozhodnutí orgánu společníků je zde zcela opodstatněný, neboť plnění neupravené zákonem nebo vnitřním předpisem či smlouvou mezi členem představenstva a společností by mělo být zcela závislé na hospodářských výsledcích společnosti a podílu členů představenstva na nich. Poskytování jakéhokoli plnění, pokud hospodářské výsledky společnosti nejsou dobré, resp. pokud se zhoršují a nejsou zřejmé vnější objektivní příčiny tohoto stavu, je všeobecně považováno za nemravné.

Zákonná úprava na to pamatuje a zakazuje poskytovat jakékoli nenárokové plnění případě, že členové představenstva vykonávali svou funkci takovým způsobem, že přispěli k nepříznivým hospodářským výsledkům společnosti nebo že dokonce v souvislosti s výkonem funkce zaviněně porušili svoje povinnosti. Nepříznivé hospodářské výsledky je nutno vykládat poměrně široce, nemusí se projevovat jen v účetní ztrátě, ale i při dosahování zisku v

---

[14] DĚDIČ, J. in DĚDIČ, J. a kol., Obchodní zákoník. Komentář. Praha: POLYGON, 2002, str. 460, ISBN 80-7273-071-1

jeho klesající míře nebo v celkově nepříznivé prognóze dalšího vývoje hospodářské situace společnosti.15 Člen představenstva nemusel porušit žádnou povinnost, avšak nevhodný způsob, jakým vykonával svou funkci musel zásadním způsobem přispět k nepříznivým výsledkům hospodaření společnosti. Zákonná dikce zde říká "zřejmě přispěl", míra závislosti činnosti člena představenstva a nepříznivých hospodářských výsledků zde musí být značná a zřejmá, nestačí jen nevýznamný podíl. I když společnost nemusí v tomto případě prokazovat, že byla porušena povinnost při výkonu funkce člena představenstva, v některých případech bude obtížný i důkaz o souvislosti mezi způsobem řízení společnosti a jejími hospodářskými výsledky.16

Zavinění může být ve formě úmyslu i nedbalosti a musí provázet jednání, jimiž členové představenstva vykonávají svoji funkci ve společnosti. Důkaz, že porušení povinnosti bylo zaviněno, leží na společnosti, zákonná konstrukce zde nepracuje s presumpcí zavinění, jako je tomu u obecné občanskoprávní úpravy odpovědnosti za škodu. Postavení společnosti může být svízelné, pokud uvážíme, že akcionáři nemají přístup ke všem informacím o činnosti společnosti. Jediným orgánem, který může potřebné důkazy shromáždit, je dozorčí rada při výkonu své dohledové působnosti.

I když to zákon výslovně nestanoví, vyplývá podle mého názoru z povahy věci, že valná hromada bude muset vydat rozhodnutí schvalovací i zamítavé, v obou případech budou akcionáři postaveni před složitý úkol rozpoznat, jaké byly příčiny zhoršených hodpodářských výsledků, popř. jak si při řízení společnosti vedli členové představenstva. Potřebné informace jsou však dostupné především členům představenstva, kteří je vtělují do zprávy o podnikatelské činnosti společnosti a stavu jejího majetku, která je valné hromadě předkládána minimálně jednou za účetní období a tvoří východisko pro její rozhodování. Je proto velmi důležité, jaké informace zde představenstvo akcionářům předloží, a ještě důležitější je úloha dozorčí rady, z jejíž dohledové působnosti vyplývá povinnost přezkoumávat účetní závěrku i předkládanou zprávu a podávat valné hromadě vyjádření. Účinnost sankce odnětí nenárokových plnění je tak ve značné míře podmíněna aktivitou akcionářů a jejich zájmem o situaci společnosti a aktivitou členů dozorčí rady a jejich schopností účinně dohlížet na činnost představenstva.

---

[15] Tamtéž, str. 461

[16] Na problém upozorňuje RADA, I. v publikaci *Jednatelé s. r. o. Představenstvo a. s.*, 2. přepracované vydání. Praha: Linde, 2004, str. 177, ISBN 80-86131-55-6

4.4 ODVOLÁNÍ Z FUNKCE

K odvolání člena představenstva z funkce je příslušný orgán, který jej do této funkce ustanovil, tj. valná hromada nebo dozorčí rada. Možnost odvolat člena představenstva není vázána na existenci nějakého důvodu, valná hromada nebo dozorčí rada mohou zcela volně uvážit, zda v činnosti představensta vznikly problémy tak závažného rázu, že je nutno je řešit pomocí změn v jeho osobním složení. Odvolání z funkce je sankce, která zasahuje velmi důrazně do běžících aktivit představenstva, měla by proto být využívána jen k řešení skutečně krajních situací. Efektivita takového zásahu však může být ohrožena postupem předepsným pro svolávání valné hromady: svolání valné hromady je v působnosti představenstva, jiné možnosti jsou akcionářům k dispozici jen v podobě menšinového práva žádat svolání mimořádné valné hromady k projednání záležitostí, které menšinový akcionář navrhne (§ 181 odst. 1 ObchZ), popř. mimořádné oprávnění dozorčí rady ke svolání valné hromady, pokud to vyžadují zájmy společnosti (§ 199 odst. 1 ObchZ). Další problémy jsou potom spjaty s úpravou hranic pro usnášeníschopnost valné hromady a případná nutnost svolat náhradní valnou hromadu. Pokud členy představenstva ustanovila svým rozhodnutím dozorčí rada, je i proces jejich případného odvolání pružnější a rychlejší.

4.5 ZÁKAZ KONKURENCE

Ustanovení o zákazu konkurenčního jednání je speciální regulací, která navazuje na obecnou úpravu v § 65 zákona. Navazuje i na požadavek péče řádného hospodáře v § 194 odst. 5 ObchZ, neboť konkretizuje požadavky loajality a preference zájmů společnosti, které tvoří součást tohoto kvalitativního kriteria, podle něhož se posuzuje, zda člen představenstva řádně vyřizuje záležitosti společnosti. Požadavek dodržovat zákaz konkurence proto nepatří mezi podmínky zákonem stanovené pro osoby, které se mají stát členy představenstva, a jejichž nesplnění znamená pro danou osobu diskvalifikaci ve vztahu k výkonu funkce. Obrana společnosti spočívá ve speciální sankci upravené v § 65 (vydat prospěch z obchodu, při němž člen představenstva zákaz porušil, převést tomu odpovídající práva na společnost, nahradit škodu způsobenou porušením zákazu), popř. v možnosti požadovat náhradu škody nebo člena představenstva, který zákaz porušil, odvolat z funkce.

Problémem aplikace ustanovení o zákazu konkurence je posuzování rozdílnosti nebo příbuznosti oborů podnikání pro účely rozhodnutí, zda by přicházelo v úvahu porušení zákazu konkurence. Je záležitostí konkrétního zkoumání v každém jednotlivém případě, zda člen představenstva podnikán ve stejném nebo obdobném oboru jako společnost. Při zkoumání se musí vycházet z reality činnosti společnosti i společníka, protože zápisy předmětů podnikání v obchodním rejstříku mohou poskytnout jen pomocné vodítko. Názvy jednotlivých živností jsou živnostenským zákonem a praxí živnostenských úřadů natolik formalizovány, že pod stejným označením mohou být provozovány činnosti naprosto odlišné. Jednotlivé

případy výčtu konkurenčních jednání uvedené v prvním odstavci cit. ust. se liší svou povahou: zatímco zákazy podle písm. a) a b) směřují proti vlastnímu podnikání členů představenstva v oboru podnikání společnosti a oborech příbuzných, a zachycují i ty případy, které mají formu uzavírání smluv obstaravatelského typu, zákaz uvedený pod písm. c) chrání majetkové zájmy společnosti v případě realizace odpovědnosti člena představenstva za škodu způsobenou společnosti. Zákaz obsažený v písm. se celkovému zaměření úpravy poněkud vymyká – zakazuje souběžně vykonávat funkce statutárního orgánu, jeho člena nebo člena jiného orgánu ve více společnostech, které mají podobný předmět podnikání, aniž by zákon odlišoval, zda v tomto případě jednatel dané společnosti nebo některé z nich poškozuje či nikoli. Sankce za porušení zákazu konkurence by proto zde byly vyloučeny, pokud by si členové představenstva počínali ve všech společnostech, v nichž tuto funkci vykonávají, naprosto korektně a dbali zájmů těchto společností.17

Efektivnost sankcí, které stíhají porušení zákazu konkurenčního jednání, dále poněkud omezují relativně krátké lhůty předepsané zákonem k jejich uplatnění vůči odpovědné osobě. Subjektivní tříměsíční i objektivní jednoroční lhůta mají prekluzivní povahu, jejich zmeškání vede k zániku práv. Opět proto bude velmi záležet na tom, jak vykonává svoji dohledovou působnost dozorčí rada a zda bude mít včas dostatek informací nutných ke stanovení rozsahu práv, jež by měla být převedena na společnost, i k určení výše požadované škody.

5. ZÁVĚRY

I jen z výše nastíněného přehledu sankcí a jejich limitů je zřejmé, že právní postavení představenstva jako výkonného a řídícího orgánu akciové společnosti samo o sobě znamená výraznou komplikaci uplatnění sankcí, které obchodní zákoník spojuje s jednotlivými případy porušení povinností tvořících obsah funkce člena představenstva akciové společnosti. Problém efektivity jejich působení spočívá především v procesu jejich uplatňování, který je komplikován skutečností, že rozhodné informace i právo ke svolání valné hromady jako orgánu příslušného ve většině případů k přijetí rozhodnutí o sankci, jsou v rukou samotného představenstva.

Vyvážit silné postavení představenstva může jen dozorčí rada jako orgán, jemuž ze zákona přísluší dohlížet na činnost představenstva, vyžadovat si potřebné informace i zastupovat společnost v řízení před soudy a jinými orgány v řízeních vedených proti členovi představenstva. Posílení funkčního

---

[17]POKORNÁ, J., VEČERKOVÁ, E., K zákazu konkurenčního jednání v obchodních společnostech. *Právní rozhledy : časopis pro všechna právní odvětví,* Praha : Beck, roč. 5, č. 12s. 601-604. ISSN 1210-6410. 1997

působení sankcí závisí proto na osobním obsazení dozorčí rady i na organizačních podmínkách, které jsou ve společnosti pro činnost dozorčí rady vytvořeny. Z hlediska předpokladů pro rychlost a neodvratitelnost uplatnění sankce se též ukazuje, že výhodnější je takové uspořádání, v němž jsou členové představenstva ustanovováni do své funkce rozhodnutím dozorčí rady. Dohled nad jejich činností je potom snazší a případné zásahy do složení představenstva jsou rychlejší a pro společnost levnější. Opatření k optimalizaci postavení dozorčích rad a požadavky na jejich členy lze pro společnosti, jejichž akcie jsou přijaty k obchodování na regulovaném trhu, nalézt i na úrovni EU v doporučení Komise č. 2005/162/ES o úloze nevýkonných členů správní rady nebo členů dozorčí rady a o výborech správní nebo dozorčí rady společností kótovaných na burze. Doporučení vyslovuje zásadu nezávislosti a odborné způsobilosti členů dozorčích rad, navrhuje vytvářet pro rozhodování o jmenování a odměňování členů představenstev zvláštní výbory a práci dozorčí rady pravidelně analyzovat a hodnotit. Dozorčí rada by měla též pravidelně informovat akcionáře o své vnitřní organizaci a pravidlech vlastní činnosti a zajistit, aby akcionáři byli řádně informováni o záležitostech společnosti, o rizicích, které podstupuje, i případných střetech zájmů. Měla by být jasně vymezena komunikace s akcionáři.

V textu doporučení je tak vyjádřen i další faktor posilující působení sankcí - aktivita akcionářů, jejich zájem o řízení společnosti, ochota využívat všechny nástroje, které jim právní úprava a stanovy pro rozhodování o záležitostech společnosti poskytují. Akcionáři mohou rozhodnout nikoliv pouze o jmenování a odvolání členů představenstva, ale přísluší jim i rozhodování o jejich odměnách za výkon funkce, o tantiémách, popř. o dalších plněních pro členy představenstva. Mají tedy v rukou nikoli pouze sankce, ale též významné motivační nástroje, které působí na rozdíl od sankcí v pozitivním smyslu. I zde bylo vydáno doporučení Komise o podpoře vhodného systému odměňování členů správních orgánů společností kótovaných na burze č. 2004/913/ES doplněné v roce 2009 doporučením č. 2009/385/ES. Jeho hlavní zásadou je transparentnost odměňování členů představenstev, uveřejňování politiky odměňování i uveřejňování odměn jednotlivých členů představenstva. Celkové odměny a další výhody poskytnuté jednotlivých členům správních orgánů v průběhu finančního roku by měly být podrobně uveřejněny v roční účetní uzávěrce či v poznámkách k roční účetní uzávěrce nebo případně ve zprávě o odměňování. O všech součástech systémů odměňování i všech způsobech odměňování by měli rozhodovat akcionáři, kterým budou za tímto účelem poskytnuty všechny potřebné informace.

Základem k překonání limitů sankcí uplatňovaných vůči členům představenstev akciových společností jsou tedy organizační opatření ve vnitřní sféře společností a souladné působení všech motivačních systémů.

Změny legislativního řešení by si vyžádala realizace některých opatření vyplývajících z obou doporučení Komise a změněna by měla být i

úprava ručení členů představenstva za závazky společnosti, pokud společnost není schopna plnit svoje dluhy vůči věřitelům.

Literature:

- Bejček, J., Principy odpovědnosti statutárních a dozorčích orgánů kapitálových společností, Právní rozhledy 2007, č. 17
- Čech, P., Péče řádného hospodáře a povinnost loajality, Právní rádce 2007, č. 3
- Černá, S. Obchodní právo. Akciová společnost, Praha, ASPI, 2006, ISBN 80-7357-164-1
- Dědič, J. A KOL., Obchodní zákoník. Komentář, díl III, Praha, POLYGON 2002, ISBN 80-7273-071-1
- Hajn, P., Efektivnost hospodářského práva, Brno: Univerzita Jana Evangelisty Purkyně, 1980,
- Knapp, V., Teorie práva, 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 1995, ISBN 80-7179-028-1
- Knappová, M., Povinnost a odpovědnost v občanském právu. Praha: Academia, 1968
- Pokorná, J., Večerková, E., K zákazu konkurenčního jednání v obchodních společnostech. Právní rozhledy : časopis pro všechna právní odvětví, Praha : Beck, roč. 5, č. 12, ISSN 1210-6410. 1997
- Rada, I. v publikaci Jednatelé s. r. o. Představenstvo a. s., 2. přepracované vydání. Praha: Linde, 2004, ISBN 80-86131-55-6
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M., Obchodní zákoník, komentář, 11. vyd., Praha, C. H. Beck 2006, ISBN 80-7179-487-2

Contact – email
pokorna@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MODELY POJETÍ ODPOVĚDNOSTI ČLENŮ PŘEDSTAVENSTVA

FILIP REJLEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá obecnými modely pojetí odpovědnosti členů představenstva akciové společnosti. Oba dva modely (subjektivní a objektivní) mají zcela odlišný princip omezení uplatňování sankcí proti konkrétnímu členovi představenstva. Zatímco subjektivní model staví limit odpovědnosti k osobním vlastnostem člena představenstva při obstarávání vlastních záležitostí, objektivní pracuje s ideální osobou, jejíž péče by měla být zachována. Příspěvek ve zkratce shrnuje jejich výhody i nevýhody.

Key words in original language
Odpovědnost členů představenstva; akciová společnost; představenstvo; povinnost péče; péče řádného hospodáře; odpovědnost statutárních orgánů.

Abstract
This article is dedicated to concepts of legal liability of corporate directors. Both of them (subjective concept and objective concept) are entirely different. Subjective concept limits liability of a corporate director by his individual characteristics. Objective concept creates an virtual ideal entity whose characteristics must be always kept by any corporate director. This article summarizes its advantages and disadvantages.

Key words
Legal liability of corporate directors; incorporation; board; duty of care.

V obecném pojetí existují dva modely, jak přistupovat k odpovědnosti členů členů představenstva. Jedná se o model subjektivní a objektivní odpovědnosti. Tyto koncepce se liší naprosto zásadně. Objektivní model odpovědnosti staví na tom, že vytváří fiktivní ideální osobu, jejíž vlastnosti pak vyžaduje i po členech představenstva. V případě české právní úpravy se jedná o tzv. „řádného hospodáře“. Naproti tomu subjektivní model vyžaduje po každém z členů představenstva, aby poskytli společnosti nejméně právě takovou péči, s jakou obstarávají své vlastní záležitosti, a to s přihlédnutím k jejich osobních znalostem a zkušenostem.

SUBJEKTIVNÍ MODEL ODPOVĚDNOSTI

Model subjektivní odpovědnosti se objevuje pouze v zahraničních úpravách. Jedná se např. o právo německé či rakouské v případě úpravy statutárních orgánů osobních společností. České obchodní právo (i v historickém kontextu) má tradici modelu objektivního.

Základním principem tohoto modelu odpovědnosti je, že dotčené osoby odpovídají pouze za takové porušení péče, kterou vynakládají ve vlastních věcech.Ve své podstatě vychází subjektivní model odpovědnosti z osobních vlastností každého jednotlivého člena představenstva. Volbou konkrétních osob tedy teoreticky můžeme nastavit míru odpovědnosti jeho členů. Rozdílná situace nastane jmenováním pečlivého, zkušeného a konzervativního manažera oproti nezkušenému lajdáckému alkoholikovi. Zatímco míra odpovědnosti prvního bude velmi vysoká, druhý nebude za péči věnovanou společnosti odpovědný prakticky vůbec. Někteří autoři tento systém považují za výhodný, protože akcentuje svobodu akcionářů.

Dle mého názoru však výhody tohoto modelu nejsou ani zdaleka tak jasné. V první řadě mám výhrady k míře a vůbec možnosti poznání volených osobností. Z hlediska hloubky poznání je na místě zastavit se u toho, jak moc reálně může a jak moc by měl každý z akcionářů zodpovědně poznat osobnost navrhovaného člena představenstva. Žádný z akcionářů nemá zákonem uloženou a kvantifikovanou povinnost chovat se ke svému majetku svědomitě, zodpovědně a není tedy žádnou povinností péče vázán. Může se tedy chovat i krajně nezodpovědně a s navrhovaným kandidátem se třeba vůbec neseznámit. Jenže co když se s kandidátem seznámit chce, ale ten jej uvede v omyl, byť třeba neúmyslně? Může stačit, aby kandidát dobře vystupoval a neměl žádné viditelné škraloupy z minulosti. Tím okamžikem si po dobu jeho funkčního období valná hromada může fakticky zavřít jakékoliv dveře ženoucí člena představenstva k odpovědnosti. Bude-li dostatečně ledabylý ve svých osobních záležitostech, snadno se vyviní. Dále je pak třeba zdůraznit, že funkční období jednotlivého člena může trvat řadu let. V takovém časovém horizontu se může dotyčný jednotlivec výrazně změnit. Jestliže se pak výrazně změní jeho přístup k osobním záležitostem, bude třeba tuto jeho změnu zohlednit i ve vztahu k povinné péči vůči společnosti. Otázkou pak je, zda by se akcionáři hlasující na valné hromadě ve světle nových informací nerozhodli při hlasování o jeho osobě jinak. Jenže ti se o tom nemusí dozvědět vůbec, anebo už pozdě.

Ač nepopírám, že akcionáři vždy mají určité více či méně zdlouhavé a komplikované možnosti, jak zvolené funkcionáře odvolat a zabránit tak vzniku dalších škod, na takovém argumentu stavět nelze – právě pro množství potenciálních škod, které mohou být napáchány do okamžiku dovršení procesu výměny, a právě proto, že vzhledem ke změnám v čase se o její potřebě mohou dozvědět velmi pozdě nebo vůbec. Objektivní princip odpovědnosti tak v sobě obsahuje oproti subjektivnímu vždy určitou dávku garance minimální péče a zachování určitých minimálních odpovědnostních vztahů, které v modelu subjektivním mohou být podstatně či zcela redukovány.

V této souvislosti je na místě vzpomenout legendární žalobu na předsedu správní rady Cardiffské spořitelny, který byl do jejího čela jmenován jako tzv. figure head – tedy osoba která bance propůjčí své jméno a šlechtický titul. Ten byl pak žalován pro zanedbání povinné péče, ačkoliv byl za celý život na jednání správní rady pouze jednou. Rozsudkem byl pak shledán za

zanedbání povinné péče. Je jasné, že se jednalo o případ extrémní, avšak na extrémních příkladech je možné nejlépe ukázat nevýhody subjektivního principu odpovědnosti za škodu.

Zásadní nevýhodou subjektivního modelu odpovědnosti tak je dle mého názoru zcela absentující elementární ochrana nejen akcionářů, ale i společnosti samé. Akciová společnost je kapitálová právnická osoba, na níž jsou akcionáři nezávislí; odpadnutí kteréhokoliv z nich není právním důvodem jejího zániku. Proto se akcionáři, kteří pro daného člena představenstva hlasovali, nemusí na společnosti účastnit později. Z toho důvodu je nezbytné alespoň částečně chránit společnost před jejími akcionáři stanovením těch nejzákladnějších ochranných prvků. Přirozeně není možné takové ochranné povinnosti aplikovat na samotné akcionáře, protože to by bylo samo o sobě proti hlavnímu principu nesvázanosti akcionáře a akciové společnosti. Nabízí se tedy jednoduché řešení, kterého užívá objektivní model odpovědnosti: přenesení určité minimální úrovně povinnosti péče vždy a v každém případě na členy statutárního orgánu. Elegantně se tak vyhneme nežádoucímu svazování společníků (akcionářů) a zároveň ochráníme společnost samu.

OBJEKTIVNÍ MODEL ODPOVĚDNOSTI

Objektivní přístup k pojetí odpovědnosti členů představenstva, který nalezneme i v § 194 odst. 5 českého obchodního zákoníku má svou největší výhodu, ale i nevýhodu právě ve své metodě stanovení povinností. Pokud definujeme řádného hospodáře jako zcela novou virtuální entitu, je třeba stanovit mu i jeho (virtuální) práva a povinnosti. To je pak možné udělat několika způsoby; jejich normativním ustanovením zákonodárcem, interpretací, akademickou diskuzí či judikaturou. Vyjma prvního (ryze normativního), jakýkoliv jiný způsob vždy vytvoří určitou dávku právní nejistoty, které se není možné nikdy úplně vyhnout. A volbou právě toho prvního bychom zcela popřeli smysl této zobecňující úpravy, protože zákonodárce není schopen pozitivně postihnout veškeré možné případy, které mohou nastat.

Na rozdíl od subjektivního modelu, který přesouvá stanovení konkrétních povinností v podstatě až na dokazování, respektuje osobní model kategorii, která se sice může obtížněji vykládat, ale není závislá na konkrétním jedinci a jeho změnách v čase. Dá se očekávat, že na základě akademických diskuzí dojde k ustálení určité judikatury, která použitý pojem časem vyplní v podstatě beze zbytku. V takovém okamžiku jednoznačně převažují pozitiva objektivního přístupu. Každý ze členů představenstva má právní jistotu v tom, co po něm může být vyžadováno a zejména pak zákonnými prostředky vymáháno. Dle P. Čecha „Objektivizace povinné péče glorifikuje průměrnost. Měřítko řádného hospodáře sice zvyšuje požadovaný standard u členů orgánů, kteří o vlastní záležitosti nedbají dost obezřetně. Současně ale snižuje laťku na běžný průměr i tam, kde by subjektivní přístup mohl být pro společnost výhodnější, vzhledem ke speciálním vlastnostem, schopnostem či zkušenostem zvoleného kandidáta“.

S tímto Čechovým názorem však nemohu souhlasit, a to hned z několika důvodů, které pramení z toho, že P. Čech zcela odložil optiku praxe a daným modelem se zabývá ryze teoreticky.

Za prvé opomíjí to, že smyslem zákonné úpravy přece není nařídit společnosti sehnat si co nejzodpovědnější představenstvo plné vysoce kvalifikovaných elitních odborníků, jejichž kvalifikace je „hvězdná", a ingerovat tak zásadním způsobem do jejího fungování. Smyslem je stanovit určitý právní rámec, nezbytné minimum, které zajistí patřičnou minimální ochranu a jistotu akcionářům. Minimální ochranu proto, že akcionáři mají další možnosti své ochrany (dozorčí rada, valná hromada). Stát jim prostřednictvím své normotvorby nemůže vnucovat, že se nemohou spokojit s něčím, slovy P. Čecha, průměrným. Vždyť ne každá společnost je založena za účelem tvorby závratných zisků a jejich neustálého navyšování. Existují společnosti, které se s průměrností docela dobře spokojí – např. společnosti založené za účelem správy nemovitostí, jejichž zisky jsou dlouhodobě v podstatě konstantní. Pro takovou společnost může být „glorifikovaná průměrnost" docela dobrým a vyhovujícím (např. z hlediska nákladů na odměny členů představenstva) řešením.

Za druhé proto, že ona „glorifikovaná průměrnost" přece členy představenstva nijak shora neomezuje. Jestliže člen představenstva má schopnosti nadprůměrné, může tyto společnosti bez dalšího poskytnout, aniž by byl s jakoukoliv normou v nesouladu. Dokonce se může dohodnout s akcionáři i na tom, že jeho smluvní odpovědnost z výkonu funkce bude vyšší než odpovědnost zákonná, má-li příslušné schopnosti nad rámec průměrnosti. Taková dohoda by mohla definovat ve smluvním rámci vyšší standard povinnosti péče, než zákonný. Nabízí se použití pojmu „odborná péče" či např. „péče vysoce kvalifikovaného hospodáře". Je jasné, že jednodušší a praktičtější cestou je stanovení konkrétních cílů, které by měl člen představenstva splnit, avšak pro účely akademické debaty přichází v úvahu i zvýšení samotného standardu péče. Pak mohou být jeho nadprůměrné schopnosti náležitě oceněny a dotyčný člen představenstva může být motivován ke zvyšování vlastních schopností.

Dle mého názoru je tedy objektivizace povinnosti péče nikoliv glorifikací průměrnosti, ale její garancí. Zvyšuje onu Čechovu laťku tam, kde je toho potřeba a naopak ji nemusí nezbytně snižovat tam, kde schopnosti daného jedince průměr převyšují. Dokonce ve spolupráci se smluvním řešením může působit motivačně pro ostatní členy představenstva, aby zvyšovali svou kvalifikaci.

Za třetí proto, že obrovskou výhodou objektivní koncepce odpovědnosti je to, že tato zamezuje stavu, kdy je představenstvo plné nekompetentních jedinců, z nichž pouze jediný vyčnívá. V rámci subjektivní kompetence by to v podstatě znamenalo, že jsou-li schopnosti takového jedince dostatečné, může se z něj doslova stát „otloukánek", který za určitých okolností může být odpovědný nejen za chyby vlastní, ale i za chyby svých nekompetentních kolegů. Naopak jeho nekompetentní kolegové (při

dostatečné míře nekompetentnosti) mohou snadno podléhat tlakům, které společnost poškodí. Přitom za své jednání, které z toho vyplyne nemusí být prakticky vůbec odpovědní. Objektivní model odpovědnosti tak zachováním určité minimální hranice kompetentnosti takovým selháním předchází a garantuje určitou kvalitu představenstva. Ta sice nemusí být vždy v očích společnosti dostačující, ale v takovém případě nic nebrání, aby byla dále rozváděna na bázi smluvní. Při respektování smluvní volnosti se tak stává ideálním nástrojem, který může dobře posloužit v celé šíři rozmanitého podnikatelského prostředí.

Literature:

- Eliáš, K., Bartošíková, M., Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva. Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. Praha : C. H. Beck, 2005, s. 260
- Čech, P. Péče řádného hospodáře a povinnost loajality. Právní rádce, č. 3, 2007, s. 1-2

Contact – email

filip.rejlek@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SANKČNÍ INSTITUTY V BEZDŮVODNÉM OBOHACENÍ DE LEGE FERENDA

JAN SÝKORA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se věnuje novému institutu z bezdůvodného obohacení, jak jej navrhují předkladatelé nového občanského zákoníku, spočívajícím v obnovení klasické žaloby *ob turpem causam* a jeho výluk v českém soukromém právu. Ustanovení je podrobeno kritice jak z pohledu systematiky navrhovaného kodexu a právního řádu vůbec, tak z perspektivy odlišného stupně společenského vývoje.

Key words in original language
Bezdůvodné obohacení; sankce; odpovědnost; condictio ob turpem vel iniustam causam; rekodifikace.

Abstract
This article concerns one particular case of unjustified enrichment which rests in classical Roman *condictio ob turpem vel iniustam causam* and its exceptions in proposed new Czech Civil code. This legal form is called in question from perspective of the system of new Code and the whole legal order as well as from the perspective of different stage of social development.

Key words
Unjustified enrichment; sanction; liability; condictio ob turpem vel iniustam causam; recodification.

Mým záměrem v této stati je poukázat na případ sankce při bezdůvodném obohacení, navrhované v rámci komplexní rekodifikace občanského zákoníku. Přestože se na pozadí rekodifikace celého soukromoprávního kodexu, potenciálně představující v českém právu posledních dvou dekád nebývalou míru právní diskontinuity, může zdát taková otázka titěrnou, podle mého názoru představuje prubířský kámen důsledného zpracování koncepce a metodiky zákoníku.

České soukromé právo obsahuje pouze minimum toho, co lze v právní vědě považovat za sankční institut v nejužším slova smyslu. Sankce v širším slova smyslu, tedy coby základní prvek struktury právních norem v paradigmatu soukromoprávní metody regulace, ať už charakteru odpovědnostního či mimoodpovědnostního, zde pojednávány nebudou. Stejně tak se nebudu zabývat pojmem sankcí v užším slova smyslu, představujících v systému soukromého práva negativní právní následky v případě určitých právních skutečností, zejména změnu či zánik práva, neplatnost úkonu, přechod rizika zkázy, ztráty a poškození věci a další.

Pro účel této statě, v nejužším smyslu, rozumím sankcí nastoupení nepříznivého následku pro porušitele právní dispozice primární normy chování, který vyplývá ze závazkového odpovědnostního vztahu a který svým rozsahem plnění jde nad rámec funkce reparační. Typickým příkladem je smluvní pokuta, ať už v pojetí občanského či obchodního práva v případech, kdy svou výší přesahuje skutečnou škodu i ušlý zisk. Jak uvádí Josef Bejček[1], mohou smluvní strany téhož výsledku lehce dosáhnout i „bonifikačním cenovým ujednáním", aniž by se takto vystavily právním rizikům z institutu smluvní pokuty. Podobně může kontrahentům v závislosti na způsobu stanovení výše posloužit úrok z prodlení v obchodních vztazích či odstupné.

Sankční povahou odpovědnostních vztahů v soukromém právu, tedy jednoho z vícero způsobů, jak definovat odpovědnostní vztah, se v průběhu uplynulých dekád zabývala již řada autorů. Ve své době existující koncepční přístupy shrnul civilista Josef Macur[2] do pěti skupin. Za kritéria dělení jednotlivých koncepcí společenské odpovědnosti však v této práci posloužil různě akcentovaný předpoklad *společenského odsouzení*, *nepříznivých následků pro narušitele práva* a *státního donucení*. I přes podmíněnost dobou, danou zejména odlišnou filosofií a funkcí občanského práva, nejblíže současnému pojetí odpovědnosti v soukromém právu je i dnes koncepce odpovědnosti sankční. Tato koncepce zahrnuje různá pojetí, hledající vymezení mezi pojmy soukromoprávní sankce a odpovědnosti, podstatu sankčního donucení ke splnění povinnosti a především řešící otázku původnosti nebo odvozenosti odpovědnostního vztahu. Posledně zmíněnou otázku, tedy zda je odpovědnostní vztah prvkem závazkového právního vztahu od jeho založení, nebo vzniká jako následek porušení primárního vztahu, lze kategorizovat[3] jako *pozitivně perspektivní* nebo *aktivní* koncepci v prvním případě a jako *negativně retrospektivní* či *pasivní* koncepci v případě druhém.

V aktuální podobě rekodifikačního návrhu se uplatňuje snaha pojem *odpovědnost* prakticky vypustit s tím, že pro situaci nástupu hrozby soukromoprávní sankce v důsledku porušení právní povinnosti se pojmenování *odpovědnost* nehodí, neboť je konzumována odpovědností za řádné chování, které je v souladu s primárními povinnostmi. Navrhované řešení je odůvodněno filosofickou koncepcí zákoníku, které ukládá jednotlivcům povinnost chovat se řádně již z důvodu existence primárních

[1] Bejček, J. Skrytá úskalí smluvní pokuty. Ekonom, 1993, č. 30, s. 60 an.

[2] Macur, J. Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno, UJEP, 1980.

[3] Macur, J. Rozlišování aktivní a pasivní právní odpovědnosti. Právník, 1990, č. 2, s. 112 – 122.

povinností a tedy dobře odpovídá výše zmíněné *pozitivně perspektivní* koncepci odpovědnosti[4].

Takový záměr se setkal s ostrou kritikou[5], neboť pojem odpovědnosti je jednotně inkorporován napříč odvětvími českého právního řádu a dosud v něm tvoří jeden z mála jednotných prvků, který není radno bez dobrého důvodu v soukromoprávní kodifikaci opouštět[6].

Po tomto exkurzu se ale vraťme zpět k bezdůvodnému obohacení. Na první pohled totiž není zřejmé, jak s tímto institutem souvisí výklad o odpovědnostních vztazích, uvážíme-li, že jde o institut jak mimosmluvní, tak současně kvazideliktní - mimoodpovědnostní. Závazky z bezdůvodného obohacení totiž vznikají na základě zákonem předpokládané situace - naplněním hypotézy některé ze skutkových podstat § 451 obč. zákoníku, které jsou podle současné úpravy převážně[7] chápány jako taxativní, což má své konkrétní historické důvody. Z absence odpovědnostního závazku při založení právního vztahu z bezdůvodného obohacení lze odvodit, že tento zcela postrádá charakter sankce[8]. Odpovědnostní vztah ve skutečnosti vzniká až nesplněním povinnosti předmět bezdůvodného obohacení vydat. Z definice tak nemůže plnit funkci sankční v užším slova smyslu, kterou ve vztahu k bezdůvodnému obohacení plní až systémově jiná oblast soukromého práva – nároky při prodlení s plněním dluhu, povinnost vydat užitky, popřípadě právo procesní vůbec. V navrhované rekodifikaci to však již takto jednoznačně platit nemá.

V současném znění rekodifikačního návrhu, který prošel širokým připomínkovým řízením, nalezneme v **§ 2858** ustanovení tohoto znění:

Plnila-li strana vědomě proto, aby druhá strana něco vykonala za účelem zakázaným nebo zcela nemožným, nemá právo požadovat, aby jí to bylo vráceno. Dal-li však někdo, aby zabránil protiprávnímu činu, něco tomu, kdo se chtěl činu dopustit, může požadovat vrácení.

---

[4] Srov. Důvodová zpráva k Občanskému zákoníku. [citováno dne 15. 11. 2009] URL: http://obcanskyzakonik.justice.cz/cz/navrh-zakona.html (str. 50).

[5] Kol. autorů PrF MU a NS ČR. Připomínky k návrhu občanského zákoníku. Právní zpravodaj, 2008, č. 10, s. 22.

[6] Na nedůslednosti v legislativně technickém provedení v průběhu rekodifikačních prací upozornil např. Hurdík, J. Institucionální pilíře soukromého práva v dynamice vývoje společnosti. Praha: C. H. Beck, 2007, s. 94.

[7] Opačné stanovisko např. Fiala, J. a kol. Občanské právo hmotné. 3. vyd. Brno: Doplněk, 2002, s. 383.

[8] Srov. Bejček, J. Bezdůvodné obohacení. Právní rádce, 1994, č. 11, str. 9 – 10.

Jedná se ustanovení, kterým se do českého soukromého práva má vrátit zvláštní skutková podstata bezdůvodného obohacení, odpovídající klasické *condictio ob turpem vel iniustam causam*, a to v podobě, v jaké byla navrhována i pro rekodifikaci soukromého práva v roce 1937, kritickým převzetím z Obecného zákoníku občanského (dále jen o.z.o.). Tato úprava je vlastní například i německému BGB v problematickém § 817, popřípadě úpravě polské a švýcarské. Obsahově toto řešení odpovídá i tradiční podobě tohoto institutu, jak jej nalézáme v Justiniánových Digestech.

Podle mého názoru v případě obou ustanovení však již o odpovědnostní vztahy jde, jakkoliv se pohybujeme v režimu bezdůvodného obohacení. Potenciální porušení práva však vyplývá z neurčitého okruhu právních pravidel, ať již mají povahu práva soukromého, veřejného nebo obou současně. Rovněž tak není stanoveno, zda se nesoulad chování s právem musí přímo dotýkat práv a svobod druhého účastníka, nebo zda jde o jakékoliv porušení aplikovatelného práva. V omezeném rozsahu se tak do rozsahu zaručených skutkových podstat bezdůvodného obohacení vrací nepoctivost zdrojů, které jinak autoři z historických důvodů programově opouštějí jakožto relikt socialistického občanského práva. Problém však spatřuji v povaze samotné sankční povinnosti, konkrétně ve větě první, k čemuž se vrátím v závěru pojednání.

Druhá věta ustanovení § 2858 vyjadřuje nárok ochuzeného proti obohacenému[9] na vydání plnění, jehož poskytnutím se ochuzený snažil zabránit nebo skutečně zabránil provedení protiprávního činu obohaceným. Z navržené formulace lze dovodit, že stejně jako není určující, zda se protiprávnímu činu podařilo skutečně jednáním ochuzeného zamezit či ne, není určujícím prvkem ani to, zda obohacený věděl, že jím zamýšlené či provedené jednání není v souladu s právem[10]. V žádném z těchto případů nedojde k přechodu vlastnictví. Systematické zařazení tohoto ustanovení mezi zavedené skutkové podstaty bezdůvodného obohacení je tradiční a nebudí pochybnosti. Tato varianta *condictio ob turpem causam* odpovídá situaci, kdy se protiprávního jednání dopouští jen obohacený (*turpitudo solius accipientis, turpitudo accipientis dumtaxat*) a kdy je nárok na vydání ochuzenému zásadně přípustný.

Význam by toto ustanovení mohlo paradoxně mít i z jiného důvodu, a sice proto, že by v daném případě předešlo možným výkladovým problémům ohledně neplatnosti takového právního úkonu převodem předmětu bezdůvodného obohacení pro nedostatek svobody vůle. Díl *Právní jednání*

---

[9] Pozn. aut.: S povděkem přejímám tuto zatím jen nesměle a nahodile užívanou terminologii, kterou zamýšlí zavést návrh občanského zákoníku k „osobě, která obohacení získala“ a k „osobě, která předmět bezdůvodného obohacení vydává“.

[10] Srov. Rouček, F., Sedláček, J. a kol. Komentář k československému Obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl pátý (§§ 1090 až 1341). Praha, Právnické knihkupectví a nakl. Linhart, 1937, s. 378.

navrhovaného Občanského zákoníku totiž oproti současnému pojetí právního úkonu neobsahuje výslovné ustanovení, požadující k platně projevené vůli svobodnost takového jednání, a to ani v rámci právního jednání *zdánlivého* či *neplatného*, jak nový zákoník rozlišuje. Stejně tak není všeobecně převzato ustanovení o tísni a nápadně nevýhodných podmínkách s možností odstoupení a nově se v § 1654 navrhuje jen pro užší okruh právních vztahů, konkrétně závazků se vzájemným majetkovým plněním. Ačkoliv autoři důvodové zprávy k rekodifikaci ani na okamžik nepochybují[11], že atribut svobody je ve vyjádření „vůle jednající osoby" obsažen, mám za to, že ustupovat od současného definičního standardu, obsaženého v § 37 obč. zákoníku, judikatuře a nauce, je nešťastné, zvláště pokud současně dochází k tak komplexní změně úpravy právních úkonů, resp. *jednání*. Dlužno podotknout, že případný výklad úmyslem autorů zákonů by v procesu interpretace práva měl pouze podpůrný charakter[12], byť z pohledu současné právní vědy by jistě bylo velmi žádoucí dospět ke stejnému závěru, jaký je v současnosti platným právem a jaký byl platným i v § 869 v samotném o.z.o.

Z této pozice je pak paradoxně možno zavedení kondikce *ob turpem causam* považovat za přínosné, neboť pokrývá dosud problematický okruh situací, o kterých je všeobecně uvažováno spíše prizmatem trestního práva, dost možná v závislosti na přepjaté tendenci vyvolávat kriminalizaci nejrůznějších jednání na úkor využití soukromoprávních institutů, např. svépomoci. Na absenci tohoto ustanovení může poukazovat i existence ustanovení o předstíraném převodu v trestním řádu, který může být chápán nejen jako zvláštní způsob aktivního opatřování důkazních prostředků proti pachatelům trestné činnosti, ale zároveň jako veřejnoprávní výluku ze vzniku závazkového vztahu[13], který by takto mohl mezi podezřelými a státem vznikat. V případě neexistence tohoto trestněprocesního institutu by kvalifikace neplatností takového právního úkonu podle § 39 obč. zákoníku mohla být totiž z důkazního hlediska závislá až na výsledku téhož trestního stíhání. Přijetí tohoto pravidla je zároveň vhodným doplněním záměrné vypuštění skutkové podstaty bezdůvodného obohacení, je-li získáno z nepoctivých zdrojů, přestože výčet skutkových podstat bezdůvodného obohacení je již koncipován jako demonstrativní a tato absence tedy nepředstavuje aplikační překážku zcela nepřekonatelnou.

---

[11] Srov. vyjádření v Důvodové zprávě ke dni 30. 4. 2009: „(...) právně - tedy způsobem právem aprobovaným - jedná osoba projevující vůli konáním nebo opomenutím, a to, jak je zřejmé z § 499 a násl., nejen vážně a svobodně, ale také dostatečně určitě a srozumitelně."

[12] Srov. Telec, I. Metodika výkladu právních předpisů (Právně hermeneutická technika). Brno: Karbo, 2001, s. 28 an.

[13] Šámal, P. a kol. Trestní řád, I. díl (§ 1 až 179h). 6. vyd. Praha: C.H.Beck, 2008. Str. 1237.

Druhá věta tohoto ustanovení nepochybně představuje soukromoprávní sankci ve smyslu nepříznivého právního následku, nelze v ní však spatřovat sankci ve smyslu úvodu této statě, neboť zde pravidlo soukromého práva reparací (přednostně formou restituce, podpůrně peněžní kompenzace) pouze narovnává majetkovou nerovnost účastníků právního vztahu, vzniklého na základě protiprávního jednání a kterou ochuzený nezavinil, resp. se účinně snažil předejít protiprávnímu jednání obohaceného.

Jiná situace však vyplývá z **věty první** pojednávaného **ustanovení § 2858**, která pak představuje rovněž z o.z.o. převzaté ustanovení, které kondikci *ob turpem causam* pro konkrétní situaci omezuje. Konkrétně pro situaci, kdy nezákonně jedná ochuzený. Autoři současné navrhované rekodifikace zapracovali ve formulaci řešení interpretačního problému, který vznikl nad povahou zakázaného plnění a přiklonili se k řešení[14], omezujícímu aplikaci tohoto ustanovení pouze na případy plnění, spočívající v činnosti, *facere*[15]. Takovou redukcí byla z aplikace ustanovení vyloučena řada případů, která mohla vést k nežádoucím výsledkům. Přesto podle mého názoru nelze omezení plněním charakteru *facere* stále ještě považovat za záruku, že k takovým situacím nedojde, zejména přijmeme-li jen obtížně vyvratitelnou premisu, že zamýšlená úprava se má aplikovat ve společnosti, která historickým vývojem dospěla ke stavu, charakterizovanému v sociologii jako *společnost sítí*. Nejrůznější formy nehmotných statků, vstupujících do směnných vztahů, získávají stále více na své důležitosti oproti hodnotám materializovaným[16] a nemalá část jich bude mít právě podobu *facere*, uvážíme-li, že již dnes existuje bezpočet profesí, bez nichž se moderní společnost prakticky neobejde.

Varianta hypotézy ustanovení, kdy jedna strana něco plní druhé, aby ta vykonala něco nemožného, pro nás není tolik zajímavá. Podle záměrů autorů má pokrývat případy, kdy dochází ke skrytému darování., neboť poskytovatel plnění si je vědom, že sjednávané protiplnění druhého je nemožné. Z pohledu systematiky navrhovaného kodexu jde o výjimku z pravidla o absolutní neplatnosti (§ 535) jednání, spočívá-li v nemožném plnění (§ 527 odst. 2). Otázku, nakolik je takové ustanovení potřebné s ohledem na úpravu zastřených právních jednání v § 503 odst. 2, zmíním i v dalším textu. Stejně tak ponechme představivosti, jak zajímavé a pestré by bylo rozhodování skutkové otázky, zda si byl účastník právního vztahu vědom či nevědom nemožnosti plnění, ať už je míněna nemožnost subjektivní či pouze objektivní.

Varianta hypotézy ustanovení, kdy jedna strana něco plní druhé, aby ta vykonala něco zakázaného, však již podle mého představuje zásadní

---

[14] Viz Rouček, F., Sedláček, J. a kol. Cit. d., str. 379.

[15] Pozn. aut.: Srov. formulaci „..., aby druhá strana něco vykonala...“.

[16] V podrobnostech odkazuji na Hurdík, J. Cit. d., s. 68 an.

problém. Jen pro úplnost zmiňuji výhradu k pojmu „vykonala“, z něhož samotného lze jen obtížně dovodit i situaci opomenutí - *nonfacere*, tedy deliktu omisivního, ačkoliv by to zřejmě i pro autory tohoto ustanovení bylo žádoucím výsledkem pojetí jeho rozsahu. Radikálnost ustanovení, které nepřiznává právo na navrácení plnění tomu, kdo zamýšlel prostřednictvím jednání jiné osoby realizovat protiprávní jednání, si vysvětluji nejspíše tak, že autoři nedocenili význam důsledků, jaké takové ustanovení může způsobit, jelikož je v rámci systematiky navrhovaného kodexu natolik speciálním, že by mohlo přehlušit jiná obecná ustanovení, podle kterých by jinak takový výsledek neobstál. Vysvětlením by rovněž mohlo být, že oproti o.z.o. byla vypuštěna hned za tímto ustanovením následující klauzule[17], která ohledně práva státu na takové plnění odkazovala na *politické předpisy*, čímž se ustanovení dostává do poněkud jiného světla a nabízí se závěr, že navzdory své pokrokové koncepci byl i o.z.o. projevem zcela odlišného stupně právního vývoje soukromého práva a odrazem jinak rozvinuté společnosti[18].

Lze se ještě srovnat s pojetím takové sankce pro případ, kdy obohacený je osobou, která je v dané skutkové situaci nad pochybnost poctivou a její úmysl byl po celou dobu s právním řádem souladný (*turpitudo solius dantis*). V takovém případě lze uvažovat o rozvinutí vazeb mezi sankcemi práva soukromého a veřejného, přičemž prolnutí do práva soukromého lze obhajovat z pozice subsidiarity trestní represe. Narážím tak na systémovou změnu v českém právním řádu, která by měla nastat s účinností nového trestního zákoníku č. 40/2009 Sb. k 1. 1. 2010. Ten v § 12 odst. 2 opouští dosavadní koncepci posuzování materiální stránky trestného činu a zavádí formalizované pojetí v podobě subsidiárního charakteru trestní represe v tom smyslu, že trestněprávní následky jednání přicházejí v úvahu až vposled, zejména nelze-li dosáhnout nápravy užitím netrestních institutů a charakter jednání má závažné protispolečenské důsledky.

I zde však s ohledem na to, že protiplnění mělo spočívat ve *facere*, které poctivý obohacený neuskutečnil, představuje jeho výhoda ponechání si předmětu obohacení zásadní vychýlení rovnosti subjektů soukromého práva, zejména pokud jde o větší majetkové hodnoty. Autoři v důvodové zprávě sice pro případ porušení zájmů, chráněných trestním právem, odkazují na instituty trestního práva (nejspíše tedy *zabrání věci nebo jiné majetkové hodnoty*), avšak považuji to za nesystémové a nikoliv spolehlivé řešení. Zejména proto, že obohacený bude v takto probíhajícím řízení sledovat zcela jiné zájmy, než trestní právo a orgány činné v trestním řízení. Dalším aspektem trestněprávních souvislostí, který staví tuto koncepci do poněkud paradoxní pozice, je současná existence trestného činu *podílnictví* (§ 251

[17] Pozn. aut.: Druhá věta ustanovení § 1174 o.z.o. do 31. 12. 1950: „Pokud je fiskus oprávněn to vzíti, ustanovují nařízení politická“.

[18] V podrobnostech odkazuji na pojednání P. Lavického: Kritické poznámky ke koncepci návrhu občanského zákoníku. Právní rozhledy, 2007, č. 23, str. 848 an.

trestního zákona), popř. *podílnictví z nedbalosti* (§ 252 tamtéž), přejímaných bez výrazné změny i do nového trestního kodexu. Obohacený by se dopustil jednoho z těchto trestných činů, pokud by sice neměl v úmyslu spáchat trestný čin[19], za který obdržel od ochuzeného „zálohu", ale tuto zálohu by si přisvojil nebo ji užíval. Bylo by asi jen řečnickou otázkou ptát se, zda skutečně bylo úmyslem autorů příslušnou situaci z takové trestněprávní kvalifikace orgány činnými v trestním řízení takovouto formou legalizace napříště vyloučit.

Společensky a eticky závažnější situace však nastane v případě, že ani obohacený neměl v transakci zcela čisté svědomí ohledně souladnosti svých záměrů s právem. Takovouto situaci (*turpitudo utriusque*) stíhá následkem nemožnosti žádat vrácení plnění rovněž poklasické římské právo. V takovém případě by však současné soukromé právo posvěcovalo oprávněnost přechodu majetkové hodnoty mezi potenciálními přestupci, popř. pachateli zločinu, resp. v budoucnu i přečinu, aniž by bylo zřejmé, jak takovou jednostrannou výhodu odůvodnit. Nelze se myslím již dnes spokojit s postulátem, že soukromé právo nemá vůbec zasahovat do vztahů mezi přestupiteli zákona a z toho důvodu neumožnit žádat zpět takové plnění. Zda v takovém případě má či nemá soukromé právo poskytnout takovému nároku ochranu, by zůstalo na posouzení konkrétního případu prostřednictvím dobrých mravů, na které návrh rekodifikace jinak zhusta odkazuje. Takto by naopak soukromé právo do trestního intervenovalo a konkurovalo by i stanovení sankcí jednotlivým pachatelům. Takto koncipovaná výluka z kondikce *ob turpem causam* představuje jen obtížně ospravedlnitelnou odchylku od obecné povinnosti vydat předmět bezdůvodného obohacení. Jedinou garancí naplnění obecné ideje spravedlnosti v právu by v případě přijetí takové úpravy zůstala naděje, že věc bude deliktně projednána v jiném řízení, což nepovažuji za spolehlivé řešení.

Závěrem pojednání lze říci, že pojetí sankce se v soukromém právu omezuje na urovnání vztahů mezi jednotlivci. Takový stav je s ohledem na koncepční oddělení práva soukromého a veřejného pochopitelný, neboť narozdíl od pojetí sankce v právu veřejném, kde nastupuje mocenský prvek, v právu soukromém má funkci zejména stabilizace individuálních závazkových vztahů. Jako hraniční příklad sankce na pomezí s právem veřejným může posloužit angloamerický institut tzv. *punitive damages*, kterým je žalobci, žalujícím civilní žalobou pro mimosmluvní občanskoprávní delikt, v případech veřejného zájmu žalobci přiznána nad rámec náhrady škody. A to i v částce, která je mnohdy násobkem výše vlastní škody a která má takto předejít podobnému chování žalovaného v budoucnu. Dlužno podotknout, že takové rozhodnutí je důsledkem existence angloamerického *law of tort* a v kontinentálních právních řádech by takové rozhodnutí bylo nevykonatelné pro rozpor s veřejným pořádkem. Hraničním

[19] Např. podplácení (§ 161 tr. zákona) nebo nepřímé úplatkářství (§ 162 odst. 2 tr. zákona).

příkladem v právu veřejném, trestním, pak může být v českém právu chápán institut narovnání, kdy podmínkou jeho užití je rovněž existence poškozeného a předchozí uzavření dohody o narovnání mezi ním a pachatelem. Taková dohoda odráží ve vztahu k poškozenému nároky, vyplývající ze soukromého práva, ovšem pachatel je k uzavření tlačen rovněž pohrůžkou pokračování v trestním stíhání. Přesto se však nebude moci v občanskoprávních vztazích platně domáhat neplatnosti podle § 49 obč. zákoníku.

V případě první věty ustanovení § 2858 v navrhovaném občanském zákoníku mám za to, že taková forma sankce již vybočuje z principů, na nichž stojí moderní soukromé právo. Jak bylo výše zmíněno, doposud platná koncepce bezdůvodného obohacení sankční charakter postrádá zcela, což je akceptovatelné teoretické východisko obecného pohledu na tento institut. Navrhovaná úprava však toto pravidlo prolamuje jak v podobě sankce v užším smyslu, tedy nepříznivých právních následků porušení primárně uložené povinnosti, tak sankce ve smyslu nejužším, neboť potenciálně výrazně narušuje ekvivalenci ve stranami směňovaných plněních. Ve své podstatě jde o mnohem tvrdší sankci, než například přemrštěná smluvní pokuta, neboť nejde o odpovědnost smluvní, stranami ujednanou, ale o odpovědnost za porušení normy napříč právním řádem. Jde tedy i takové porušení, které přímo nezasahuje do právní sféry obohaceného či ochuzeného a nevyplývá ze závazkových vztahů. Ačkoliv ve vztazích závazkových nejsem nepřítelem přiměřených sankcí v nejužším smyslu, v probíraném případě mám z charakteru a rozsahu takového necitlivého ustanovení v občanském zákoníku značné obavy, neboť porušení rovnosti účastníků neodpovídá metodě soukromoprávní regulace, aniž by taková výluka byla náležitě zdůvodněna, a může mít jen obtížně předvídatelné následky. Navrhované řešení se tak v určitých momentech nebezpečně blíží úpravě, jakou do 31. 12. 1991 obsahoval § 457 odst. 2 a 3 obč. zákoníku, podle níž mohl soud na návrh prokurátora vyslovit propadnutí předmětu plnění a to ve prospěch státu.

Přirozeně by vypuštění první věty ustanovení ponechalo větu druhou z pohledu systematického poněkud bezprizorní. Přestože by i takto měla v navrhované podobě kodexu svůj nezastupitelný význam, jistě by mnohem systémově elegantnějším řešením bylo tuto otázku raději zapracovat do pojetí *zdánlivosti* a *platnosti právních jednání* a otázku restituce plnění ponechat k řešení obecným variantám vydání bezdůvodného obohacení.

Literature:

- Bejček, J. Bezdůvodné obohacení. In Právní rádce, 1994, No. 11.
- Bejček, J. Skrytá úskalí smluvní pokuty. In Ekonom, 1993, No. 30.
- Fiala, J. et al. Občanské právo hmotné. 3rd ed. Brno: Doplněk, 2002, 433 p., ISBN 8072391119.

- Fiala, J. et al. Připomínky k návrhu občanského zákoníku. In Právní zpravodaj, 2008, No. 10.
- Hurdík, J. Institucionální pilíře soukromého práva v dynamice vývoje společnosti. Praha: C. H. Beck, 2007, 119 p., ISBN 9788071793793.
- Lavický, P. Kritické poznámky ke koncepci návrhu občanského zákoníku. In Právní rozhledy, 2007, No. 23.
- Macur, J. Odpovědnost a zavinění v občanském právu. Brno, UJEP, 1980.
- Macur, J. Rozlišování aktivní a pasivní právní odpovědnosti. In Právník, 1990, No. 2.
- Rouček, F., Sedláček, J. et al. Komentář k československému Obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl pátý (§§ 1090 až 1341). Praha: Právnické knihkupectví a nakl. Linhart, 1937.
- Šámal, P. et al. Trestní řád, I. díl (§ 1 až 179h). 6th ed. Praha: C.H.Beck, 2008, 1501 p., ISBN 9788074000430.
- Telec, I. Metodika výkladu právních předpisů (Právně hermeneutická technika). Brno: Karbo, 2001, 44 p., ISBN 8023869671.

Contact – email
77092@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OMEZENÍ SANKCÍ OBCHODNÍ SMLUV VE VZTAHU K PRÁVŮM SPOTŘEBITELE

KAREL ŠEMÍK

Fakulta sociálně ekonomická Univerzity Jana Evangelisty Purkyně

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá aktuálními limitacemi pro použití právních sankcí v obchodních smlouvách, kde jednou ze smluvních stran je spotřebitel. Příspěvek reaguje i na aktuální judikaturu v oblasti smluvní volnosti při stanovení úroků z prodlení vůči spotřebiteli v právním vztahu, který se řídí obchodním zákoníkem, částečně též otázkou smluvních pokut.

Key words in original language
Sankce; smlouva; spotřebitel; obchodní smlouva.

Abstract
The paper deals with current limitation for the use of sanctions in commercial contracts where one party is the consumer. Responded to the current case law concerning contractual freedom in setting interest on late payments to the consumer in a legal relationship which is governed by the Commercial Code, in part, whether the issue of contractual penalties.

Key words
Sanctions; contract; consumer; commercial contract.

Tento příspěvek na konferenci Dny práva Brno 2009 je krátkou úvahou nad aktuálním právním stavem posuzování právních vztahů, zejména smluvních, v situaci, kdy právní režim smlouvy se řídí obchodním zákoníkem, ale přesto je jednou ze smluvních stran tzv. spotřebitel.

Toto téma, které by jistě dovolovalo mnohem rozsáhlejší úvahy nad postavením spotřebitele,[1] zmíní především otázku limitace výše úroku z prodlení. Téma se tedy zcela přímo dotýká otázky smluvní volnosti při stanovení úroků z prodlení vůči spotřebiteli a obecně vůbec na otázku limitace sankcí za neplnění právních povinností (ve vztahu k úroku z prodlení to platí při povinnostech peněžního charakteru - tj. zaplatit dlužnou částku).

V dosavadní praxi, alespoň jak jsem se s ní setkal při vlastní právní činnosti, obvykle soudy prvého stupně, zejména soudy okresní, nezkoumaly nijak zvlášť povahu smluvního vztahu účastníka smlouvy a rozsah jeho práv jako práv spotřebitele (resp. přesněji, osoby nepodnikající). Na tomto místě je

[1] srovnej např. Raban, P.: Drobní dlužníci a zakázaná smluvní ujednání, in Právní rádce č. 11/2009, Praha, 2009

nutné citovat ustanovení obchodního zákoníku, konkrétně § 262 odst. 2: "Ve vztazích podle § 261 nebo podřízených obchodnímu zákoníku dohodou podle odstavce 1 se použijí, nevyplývá-li z tohoto zákona nebo ze zvláštních právních předpisů něco jiného, ustanovení této části na obě strany ustanovení občanského zákoníku nebo zvláštních právních předpisů o spotřebitelských smlouvách, adhezních smlouvách, zneužívajících klauzulích a jiná ustanovení směřující k ochraně spotřebitele je však třeba použít vždy, je-li to ve prospěch smluvní strany, která není podnikatelem. Smluvní strana, která není podnikatelem, nese odpovědnost za porušení povinností z těchto vztahů podle občanského zákoníku a na její společné závazky se použijí ustanovení občanského zákoníku." Další úvahy se budou týkat zejména smlouvy o úvěru (§ 497 an. obchodního zákoníku č. 513/1991 Sb. v aktuálním znění), jsou však platné pro jakoukoliv obchodní smlouvu, kde jedna ze smluvních stran je nepodnikatelem dle výše uvedeného.

V situaci, kdy je nepodnikající osoba v prodlení s plněním peněžitého závazku, vzniká jí povinnost hradit úroky z prodlení, a to ze zákona (§ 369 odst. 1 obchodního zákoníku). Bylo a je běžnou praxí, že v obchodních smlouvách, zejména ve smlouvě o úvěru,[2] se vyskytují ustanovení, které stanoví výši úroků z prodlení v rozdílné výši od výše stanovené vyhláškou č. 142/1994 Sb. v platném znění, a to právě s odkazem na výše zmíněné ustanovení obchodního zákoníku umožňující v obchodním vztahu nahradit předepsanou výši úroku z prodlení, která platí pro obecný občanskoprávní režim prodlení s placením peněžitých závazků, výší smluvní. V praxi pak výše úroků z prodlení může být oproti aktuální výši úroku z prodlení navýšena o několik procentních bodů, může však být vyšší i dvojnásobně či trojnásobně.

Je zřejmé, že porušení povinnosti uhradit včas svůj peněžitý závazek je právně sankcionováno právě vznikem další nové povinnosti, tj. povinnosti hradit úrok z prodlení. Je však otázkou, zda na výši takové sankce platí ve vztahu ke smluvní straně, která není podnikatelem, pouze obecná ustanovení obchodního zákoníku (např. dle § 265 obchodního zákoníku výkon práva, který je v rozporu se zásadami poctivého obchodního styku, nepožívá právní ochrany), či zda je nutné s ohledem na ustanovení § 262 odst. 4 aplikovat právní předpis obecného občanského práva, konkrétně vyhlášku č. 142/1994 Sb. Domnívám se, že znění § 262 odst. 4 je natolik jasné, že nepřipouští jiný výklad, než že i pro odpovědnost za prodlení při placení peněžitého dluhu je nutné použít pravidel (sankcí) upravených v občanském zákoníku, resp.

[2] v této souvislosti jsou jistě zajímavé úvahy nad právní a faktickou odlišností úvěrové smlouvy a smlouvy o půjčce a tomu odpovídající právní důsledky (v marketingové praxi se produkty bank jeví jako půjčky, smluvní režim je však striktně směřován ke smlouvě o úvěru), rozdíly mezi nimi se zabýval např. Nejvyšší soud ČR ve svém rozhodnutí Sp. 32 Cdo 922/2007

upravených v prováděcím právním předpise vydaném na základě zmocnění z občanského zákoníku.[3]

Tento závěr je možné podepřít rozhodnutím Nejvyššího soudu ČR, který ve svém rozhodnutí sp. zn. 32 Odo 873/2006[4] ze dne 30. října 2008 zaujímá shodný názor a názorem autora tohoto příspěvku. Je vhodné citovat z tohoto rozhodnutí následovně: „Na závazkový vztah mezi podnikatelem a nepodnikatelem regulovaný částí třetí obchodního zákoníku je třeba kromě jeho ostatních ustanovení aplikovat i § 262 odst. 4 ObchZ. Ten mimo jiné stanovuje, že smluvní strana, která není podnikatelem, nese odpovědnost za porušení povinností vyplývajících ze závazkového vztahu jinak regulovaného obchodním zákoníkem pouze podle zákoníku občanského. V daném případě to znamená, že odpovědnost za prodlení s plněním peněžitého závazku žalovaného vystupujícího v tomto vztahu v postavení nepodnikatele se bude řídit ustanoveními o prodlení dlužníka obsaženými v občanském zákoníku v § 517. Ten umožňuje věřiteli v případě prodlení dlužníka požadovat vedle samotného plnění i úroky z prodlení. Ohledně výše úroků z prodlení odkazuje občanský zákoník na prováděcí předpis. Otázkou zůstává, zda je v obchodněprávní smlouvě, z níž plynoucí odpovědnostní vztahy jsou podrobeny režimu občanského zákoníku, možné ignorovat zákonný odkaz na způsob stanovování výše úroků z prodlení a smluvit si vlastní výši úroků z prodlení či nikoli. Jinými slovy, zda je § 517 odst. 2 ObčZ kogentní nebo dispozitivní normou. Tuto otázku řešil Nejvyšší soud v rozsudku ze dne 17. 3. 2005 sp. zn. 33 Odo 1117/2003, jenž byl publikován ve Sbírce soudních rozhodnutí a stanovisek pod č. 26/2006, kde naznal, že povaha ustanovení § 517 odst. 2 ObčZ vylučuje, aby výše úroků z prodlení byla v občanskoprávních vztazích dohodnuta jinak, než stanoví právní předpis, který toto ustanovení provádí. Nejvyšší soud tedy v citovaném rozhodnutí naznal, že § 517 ObčZ odst. 2 je normou kogentní. Na základě toho lze s jistotou konstatovat, že v předmětné smlouvě … si strany nemohly sjednat úrok z prodlení v jiné výši, než stanoví příslušný prováděcí předpis k § 517 ObčZ, konkrétně nařízení vlády č. 142/1994 Sb.“

Z výše uvedeného plyne, právní režim úroku z prodlení pro smluvní stran subjektu nepodnikajícího se řídí striktně úpravou práva občanského. To, že se jedná o tzv. absolutní obchod (§ 261 odst. 3 písm. d) obchodního zákoníku, např. smlouvu o úvěru), na věci ničeho nemění. Úroky z prodlení určené v rozporu se zákonem jsou pak jednoznačně neplatné. Pokud se pak u soudu žalobce domáhá nároku na smluvní úrok z prodlení, který je smluvně stanoven jako vyšší, než úrok z prodlení dle práva občanského, nemůže soud na základě takového neplatného smluvního ustanovení žalovaný nárok přiznat, když žalobu v tomto rozsahu (ať už vyčísleném

[3] § 517 odst. 2 občanského zákoníku č. 40/1964 Sb.

[4] dostupné např. na www.nsoud.cz, sekce Rozhodnutí

úroku z prodlení nebo v procentním nevyčísleném úroku z prodlení) žalobu zamítnout.

Domnívám se, že nelze v dané věci argumentovat opačně např. tak, že by v takových případech docházelo k nedůvodnému zvýhodnění jedné smluvní strany (např. klientů bank, kterým byly poskytnuty peněžní prostředky úvěrovou smlouvou[5]), když tato smluvní strana neplní své povinnosti. Tedy, pokud by jim nemohl být účtován vyšší smluvní úrok z prodlení. K tomu je třeba uvést, že smysl úroku z prodlení je sice také sankční, ale tato sankční složka je pouze částí celkového významu úroku z prodlení, který má i ekonomické funkce. Smluvní strana jako poskytovatel peněžních prostředků může zajistit plnění smluvních povinností jinými instituty s větší váhou sankční složky, např. smluvní pokutou, či možností jednostranně od smlouvy odstoupit a požadovat zaplacení dluhu najednou - namísto ve splátkách.[6] V případě, že výše úroků z prodlení bude stanovena v rozporu s výše uvedeným rozhodnutí, bude třeba postupovat analogicky dle ustanovení § 369a odst. 4 obchodního zákoníku. Věřitel v takovém případě může u soudu nárokovat pouze úrok z prodlení dle vyhlášky č. 142/1994 Sb. Takto ovšem musí svůj nárok uplatnit, popř. při nesprávně uplatněném nároku podle mého názoru změnit žalobu (při neplatném ustanovení smlouvy o úroku z prodlení nemůže soud bez změny žaloby přiznat automaticky zákonný úrok z prodlení, ačkoliv jinak věřiteli vzniká právo na úrok z prodlení dle občanskoprávních předpisů).

Domnívám se, že smluvní praxe zejména bank a dalších institucí poskytujících peněžní prostředky musí být s ohledem na výše uvedené rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR přehodnocena tak, aby úrok z prodlení plnil skutečně jen funkci právní sankce za pozdní placení dluhu v limitované výši dané právním předpisem (byť s určitým ekonomickým přínosem pro věřitele), nikoliv jako nástroj k získání dalšího nároku na zaplacení další peněžní částky pojatého jako nikoliv zanedbatelné ekonomické navýšení původní pohledávky.

Pracovní verze příspěvku.

Literature:

- Švestka, J. a kol.: Občanský zákoník, Komentář, I. a II. díl, Praha: C. H. Beck, 2009, 2526 s., ISBN 978-80-7400-108-6
- Štenglová, I. a kol.: Obchodní zákoník, Komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, 1378 s., ISBN 978-80-7400-055-3

[5] a to bez ohledu na to, pod jakými obchodními názvy se úvěrová smlouva může skrývat (kreditní karta, povolené přečerpání účtu - kontokorent, "půjčka" peněž atd.)

[6] když získání peněž úvěrovou formou s odložením placení poskytnutých peněz je jednou z nejdůležitějších motivací uzavření takové úvěrové smlouvy

- www.nsoud.cz

Contact – email
karel.semik@ujep.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KOMANDITISTA JEDNAJÍCÍ, RUČÍCÍ

JOSEF ŠILHÁN

Právnická fakulta, Masarykova Univerzita, Katedra obchodního práva,
Česká republika

Abstract in original language
Text analyzuje otázku nezmocněného uzavření smlouvy komanditistou jménem komanditní společnosti. Autor vyvrací převažující interpretační stanovisko ohledně aplikace ustanovení § 101 odst. 2 ObchZ, které vede k velice široké možnosti komanditisty zavazovat svým jednáním samotnou společnost, a nabízí alternativní výkladový postup.

Key words in original language
Komanditista, komanditní společnost, nezmocněné jednatelství, ručení komanditisty

Abstract
The article analyzes the question of contracts entered into by the limited partner (in the Czech limited partnership) in the name of the company itself. The author refuses the prevailing interpretation of the art. 101/2 of the Commercial Code leading to broad acceptance of ability of the limited partner to oblige the company without any legal authorization or mandate and proposes much stricter view.

Key words
Limited partner, in commendam, liability of limited partner, limited partnership

1. ÚVOD

Zabýváme-li se sankcemi a jejich funkcemi, efektivitou a omezeností jejich působení, nacházíme v obchodním právu nespočetnou řadu vhodných objektů zájmu. Vskutku z mnoha pohledů by bylo možné se zabývat sankcemi v obchodněprávní oblasti obecně, i v jeho jednotlivých užších „subodvětvích“.

V následujícím příspěvku je předmětem rozboru právo obchodních společností, zejména pak otázka ručení společníků za závazky samotné společnosti.

Ručení je ve společenstevním právu sankcí tradiční; týká se v různé míře všech druhů obchodních společností. Stíhá, začasté společně s jinými sankcemi, porušení povinností společníků, zejména v souvislosti se splácením vkladů, ale též porušení povinností členů výkonných i jiných orgánů společnosti.

Sankci ručení nacházíme i v poměrně kuriózním a z pohledu úvah de lege ferenda velmi kontroverzním ustanovení § 101 odst. 2 obchodního zákoníku (ObchZ). Týká se ručení komanditisty v případě, že jménem společnosti jedná bez jakéhokoliv zmocnění.

Text citovaného ustanovení zní následovně: *„komanditista ručí za závazky ze smluv, které jménem společnosti uzavřel bez zmocnění, ve stejném rozsahu jako komplementář.“*

Zdánlivě neškodná norma nevyvolává na první pohled nikterak zvýšenou pozornost. Komanditista, uzavřevší smlouvu jménem společnosti přesto, že k tomu nebyl oprávněn, za tento svůj „prohřešek“ zaplatí svým (neomezeným) ručením; spravedlnosti bude tedy učiněno zadost.

Jde však o mimořádně zajímavý právní problém, vezmeme-li v úvahu většinovou, přesněji řečeno jedinou existující interpretaci obchodněprávní doktríny.

Zmíněné ustanovení je totiž chápáno způsobem, který – ač o to cíleně neusiluje – ve svém *důsledku* přesto vede k téměř neomezené *faktické* „moci“ komanditisty zavazovat komanditní společnost *bez jakéhokoliv zmocnění* v podstatě k čemukoliv, aniž by se tomu mohla komanditní společnost efektivně bránit.

Je sice pravdou, že se analyzovaný problém týká pouze a jenom *komanditní společnosti*, jejíž využití není právě masové; význam problému proto není třeba nijak přeceňovat. Nicméně empirické zkušenosti dokládají, že o zcela zapomenutou formu obchodní korporace se na druhé straně zdaleka nejedná. Jde navíc z hlediska praktického, každodenního obchodního jednání takových společností o natolik významný aspekt jejich fungování – ve hře je otázka právních úkonů platně zavazujících společnost bez jakéhokoliv zmocnění[1]), že je třeba se tímto problémem zodpovědně zabývat.

2. PANUJÍCÍ INTERPRETAČNÍ NÁHLED A JEHO ANALÝZA

Text citovaného ustanovení § 101 odst. 2 ObchZ lze jednoduše vykládat následujícím způsobem: jestliže zákon výslovně spojuje nezmocněné jednání komanditisty se vznikem jeho ručení, musí být učiněný právní úkon nejprve platný a závazek musí účinně vzniknout. Bez existence primárního závazku by totiž nemohla existovat ani „sankce“ ručení, tedy zákon by nebyl naplněn a nebyl by dodržen jeho zřejmý smysl. Komanditistovo nezmocněné jednání proto bude komanditní společnost i přes neexistenci oprávnění zavazovat, a důsledkem bude právě jeho neomezené ručení (které

[1] Nejedná se tedy o případy, kdy je komanditista zástupcem společnosti např. na základě ust. § 15 ObchZ nebo na základě plné moci či prokury. Jde o jednání doslova „bez zmocnění“, ať již zákonného, nebo smluvního.

ho stihne jako „trest“ za to, že zavázal společnost bez zmocnění, a jako posílení ochrany třetí osoby).

Při hlubším zamyšlení nad tímto interpretačním závěrem nicméně nutně vyvstanou poměrně znepokojující otázky.

Má tedy komanditista faktickou možnost uzavřít *jakoukoliv* smlouvu jménem společnosti zcela bez zmocnění, bez jakékoliv předchozí i následné komunikace s ostatními společníky, zejména komplementáři, a dle zákona bude tato smlouva automaticky *platná a účinná*? A *jedinou sankcí*, kterou s takovým zjevně protiprávním postupem právo spojí, bude komanditistovo ručení (nepočítáme-li případný nárok na náhradu škody)?

Obě (poněkud sugestivně) položené otázky dle mého názoru nelze odpovědět než záporně. Přesto však převládající (či spíše panující) názor, který nalezneme takřka v každém komentáři či učebnici obchodního práva, i ve specializovaných monografiích zaměřených na obchodní společnosti, se ke kladné odpovědi až nebezpčeně přibližuje a v uvedeném duchu i argumentuje.

Například I. Štenglová k ustanovení § 101 odst. 2 ObchZ doslova uvádí: „V ustanovení odstavce 2 zákon *zhojuje nedostatek plné moci* komanditisty a stanoví důsledky takového jednání odchylně od obecné úpravy v § 33 ObčZ. Ze smluv, které komanditista takto uzavřel, je *zavázána komanditní společnost bez ohledu na to, zda smlouvu následně schválila* ve smyslu ustanovení § 33 ObčZ.“[2]

Ke shodnému stanovisku dochází po zevrubném rozboru i I. Pelikánová. Dle jejího názoru je ust. § 101 odst. 2 ObchZ *„odchylkou od úpravy neplatnosti*, resp. nicotnosti právních úkonů. Bez zvláštní úpravy by jednání neoprávněného jednatele mělo za následek neplatnost právního úkonu. Vzhledem k této zvláštní úpravě *úkon bude platný a dokonce bude zavazovat společnost*. Postih vady bude spočívat jenom ve *vzniku ručení*.“[3]

Velmi podobně argumentuje také T. Dvořák ve své monografii o osobních obchodních společnostech. Výslovně aprobuje dokonce i případy, kdy třetí osoba o neexistenci zmocnění ví. Svůj výkladový závěr prezentuje v následující podobě: „Tato konstrukce sanuje tedy nedostatek plné moci a k.s. je povinna ze smlouvy nebo smluv plnit; ani dodatečný souhlas k.s. s těmito závazky se zde nevyžaduje. (...) Jak vidno, *jedná se tu o zjevný*

---

[2] *Štenglová, I.* in *Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.*: Obchodní zákoník. Komentář. 11. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006, s. 351. [kurzíva doplněna]

[3] *Pelikánová, I.* Komentář k obchodnímu zákoníku. 2. díl. 3. vyd. Praha: ASPI, 2004, s. 546. Autorka sice záhy dodává, že „takovou úpravu neinterpretujeme jako zákonné dovolení, aby komanditista jednal, ale naopak jako *zápověď* jeho jednání jménem společnosti“, nicméně na závěru ohledně vzniku závazku samotné společnosti to nic nemění.

průlom principu absolutní neplatnosti právních úkonů učiněných v rozporu se zákonem, neboť komanditista není oprávněn k jednání, pokud však jedná, pak i za podmínky, že třetí osoba o této skutečnosti ví, nevede toto k neplatnosti smlouvy.“[4]

I v komentáři J. Dědiče nacházíme obdobnou konstrukci: „Jednal-li by komanditista jménem KS bez zákonného či smluvního zmocnění (tzv. nezmocněný jednatel), je z tohoto jednání přesto zavázána KS bez ohledu na to, zda dodatečně toto jednání schválí podle § 33 ObčZ. Komanditista na rozdíl od jiných nezmocněných jednatelů není nikdy z jednání bez plné moci jménem KS zavázán sám, avšak z druhé strany ručí za závazky KS, které vznikly KS z jeho jednání jako nezmocněného jednatele.“[5]

Bylo by možné citovat i další odborné prameny, které se k většinovému náhledu přiklánějí[6], případně které ho nijak nevyvracejí[7], argumentační podstata a především nevyhnutelné praktické důsledky pro komanditní společnost jsou však evidentní. Dle mého názoru je uvedený výkladový závěr nutno považovat za nesprávný.[8], [9]

---

[4] K tomu pak doplňuje, že „výjimkou by byla jen taková situace, kdy by se jednalo ze strany komanditisty a třetí osoby o zvlášť nemravné jednání se zjevným úmyslem k.s. a její ostatní společníky poškodit - pak by bylo možno dovodit neplatnost právního úkonu pro rozpor s dobrými mravy (§39 obč.z.)“ *Dvořák, T.* Osobní obchodní společnosti. Praha: ASPI, 2008, s. 248 [kurzíva doplněna] K tomu lze dodat, že poukaz na rozpor s dobrými mravy je nicméně možnost zcela obecná, která přichází v úvahu i u běžného zmocnění. Nepředstavuje tedy dostatečnou protiváhu sporného výkladovému závěru ohledně samotného ust. § 101 odst. 2 ObchZ.

[5] *Dědič, J. a kol.* Obchodní zákoník. Komentář. II. díl, Praha: Polygon, 2002, s. 908.

[6] Např. *Pokorná, J.* in Obchodní zákoník, komentář. Praha: Linde, 2006, s. 305; *Pokorná, J.* in *Kolektiv autorů*. MERITUM Obchodní právo. Praha: ASPI, 2005, s. 311.

[7] Viz *Eliáš, K.* Ručení společníků v osobních obchodních společnostech. Obchodní právo. č. 12, 1995, s. 6.

[8] Jedním z odlišných názorů, který se mi podařilo v běžně dostupné české odborné literatuře dohledat (což samozřejmě nevylučuje, že existují mnohé další), je dnes již starší publikace z roku 1992 *Forejt, A.* Obchodní společnosti. Praha: Prospektrum, 1992. Na straně 72 autor uvádí: „Pokud komanditista jedná bez zmocnění, nebo překročí rozsah zmocnění, není tím společnost vázána, pokud dodatečně jeho jednání neschválí (srov. § 33 obč. zák.). Pokud by společnost jeho jednání neschválila, nešlo by již o ručení za závazky společnosti (pokud šlo jen o překročení, tedy v části, kterou rozsah zmocnění překročil), ale o osobní odpovědnost komanditisty, na němž může osoba, se kterou jednal, požadovat buď splnění závazku, nebo náhradu škody.“ Právě aplikaci ust. § 33 ObčZ ovšem současná doktrína v případě jednání komanditisty vylučuje, s poukazem na speciální povahu ust. § 101 odst. 2 ObchZ. Problémem se zabývá také slovenská komentářová literatura. Srov. např. *Blaha, M.* in *Patakyová, M.* a kol. Obchodný zákoník. Komentár. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008 s. 292-293. Dochází nicméně také k závěru, že nezmocněné jednání komanditisty bude závazné pro společnost i bez dodatečného schválení podle § 33 odst. 2 ObčZ.

3. SYSTEMATICKO-TELEOLOGICKÉ HLEDÁNÍ ALTERNATIVY

Pokusíme-li se na problém nezmocněného jednání komanditisty nahlédnout z komplexnějšího pohledu, i v kontextu ostatních součástí právní úpravy obchodních korporací, vyvstane pochybná konstrukce normy, resp. jejího převažujícího chápání, velmi nápadně. Je přinejmenším k diskusi, zda by zcela nezmocněné jednání komanditisty mělo komanditní společnost skutečně platně a účinně zavazovat. Ani samotný text ustanovení takový závěr dle mého názoru nijak nevyhnutelně nevyžaduje; o teleologickém smyslu nemluvě.

Z pouhého *stanovení sankce* ručení pro hypotetické případy jednání, kdy by z nezmocněného jednání vzešel platný závazek, ať již na základě jakéhokoliv právního důvodu, dle mého názoru nikterak nevyplývá, že by snad takové jednání mělo vést k *platnému a účinnému závazku ve všech případech obecně*. Zvláště pokud jde o natolik silný průlom, jakým je *faktická* možnost uzavřít smlouvu jménem jiného subjektu *bez jakéhokoliv zmocnění*.

Nepochybně zde účelem neměla být konstrukce nového „pravidla jednání“ v komanditní společnosti. K tomu ale převažující výklad ve svém *důsledku* vede (i když uvozovky v předchozí větě přesto nevynechávám).

Při neapriorním pohledu nelze nevidět, že dokonce ani z textualistického hlediska nečiní větší problémy chápat toto ustanovení jinak - jako konsekventní *doplnění sankce ručení* pro ty případy, kdy nezmocněné jednání komanditisty případně výjimečně vede k zavázání společnosti na základě jiných norem. Z hlediska teleologického a systematického je pak potřeba jiného náhledu ještě zřejmější.

Pro ilustraci uvedeného rozporu se nyní zabývejme zkoumanou otázkou v kontrastu několika modelových situací, kdy platné právo stíhá určité situace sankcemi a porovnejme je s publikovanými závěry o jednání komanditisty.

Hovoříme-li o jednání obchodních společností, nabízí se jistě otázka působení zásady *publicity*. Pro jednoduchost budeme v dalším uvažovat uzavření běžné kupní smlouvy jménem společnosti.

---

[9] Lze poukazovat i na historický kontext předmětného ustanovení - T. Dvořák v cit. monografii na str. 248 zmiňuje, „konstrukce je převzata z čl. 167 třetího odstavce ADHGB“. Nicméně ani takové „vysvětlení“, při kterém navíc musíme brát v úvahu návaznost ostatních detailů právní úpravy, které se se současným stavem v mnohém neshodují, není uspokojivé.

Máme-li například v komanditní společnosti více komplementářů a k zavázání společnosti je na základě zápisu v obchodním rejstříku třeba jednání vícero z nich, nebo dokonce všech, není v doktríně obchodního práva pochyb o tom, že jednání jediného komplementáře společnost nezaváže.[10] Třetí osoba může a má vědět, že taková společnost vždy jedná prostřednictvím více komplementářů, že tedy nestačí jeden jediný. A shodně tomu bude u jakékoliv jiné společnosti, kde statutárním orgánem není jedna jediná osoba.

Poukazem na publicitu zápisu v obchodním rejstříku a na závaznost stanoveného *způsobu jednání* právnické osoby, který musí být dodržen, aby šlo skutečně o *jednání této osoby*, se bez větších problémů dovozuje, že smlouva podepsaná pouze jednou osobou, ač měla být podepsána alespoň dvěma, je z pohledu společnosti nicotná. A není důvod takový pohled napadat.

Ovšem je-li na základě zápisu v obchodním rejstříku zjevné, že *jediný komplementář* v daném případě společnost zavazovat nemůže, není pak o to zjevnější, že komanditista to udělat nemůže už vůbec? Argumentem *a fortiori* je možné logicky poměrně jednoznačně dovodit, že sankce neplatnosti by měla nastoupit i zde. (O výjimečných situacích vycházejících z §16 ObchZ, § 15 ObchZ, či dodatečném schválení úkonu dle ust. § 33 ObčZ prozatím neuvažujeme - jde o možnosti, které s podstatou řešeného problému jednání komanditisty jako takového nijak nesouvisejí.)

Uspokojivou argumentaci nenabízí ani poukaz na *specifika komanditní společnosti* jako entity s osobními i kapitálovými prvky. Ani ve společnosti s ručením omezeným, ani ve veřejné obchodní společnosti nenajdeme pro nezmocněné jednání společníka žádnou obdobu. Ani převažující *osobní povaha* komanditní společnosti neobstojí; vždyť ve veřejné osobní společnosti, ve které by statutárním orgánem byli na základě společenské smlouvy pouze někteří společníci, nebude jednání ostatních společníků pro společnost nijak závazné. Připustili-li bychom argument osobní povahou společnosti, ve veřejné obchodní společnosti by pro to byly mnohem pádnější důvody, a přesto zde nic podobného nenacházíme. Proč by tedy měla taková možnost existovat u komanditistů (kteří navíc osobním prvkem komanditním společnosti nejsou)?

I pokud bychom o problému uvažovali z pohledu *ochrany společníků, věřitelů* a koneckonců i společnosti jako takové, dospěli bychom i tentokrát k závěru, že ze systematického pohledu je převažující výklad neudržitelný. V právu obchodních společností je i řada mnohem méně závažných nedostatků předepsaného postupu sankcionována absolutní neplatností,

[10] Nezabýváme se nyní v teorii spornou otázkou, zda více komplementářů tvoří jediný kolektivní orgán, anebo zda se jedná o více statutárních orgánů. Pro účely zde rozebíraného problému je podstatný způsob jednání vůči třetím osobám.

případně alespoň neúčinností smlouvy. Vzpomeňme třeba kontroverzní ust. § 196a či § 193 odst. 2 ObchZ, ze kterých vyplývají důrazné sankce pro úkony, které by mohly zájmy společnosti poškodit. Na druhé straně při jednání komanditisty je platnost, účinnost a závaznost úkonu pro společnost dovozena v podstatě automaticky, navíc bez jakéhokoliv omezení - i kdyby tedy šlo o hodnoty v řádech několikanásobně převyšujících celý majetek komanditní společnosti?

Pokud se komanditista rozhodne, byť třeba v i naivní neodborné neinformované, přesto ještě dobré víře, že uzavře jménem společnosti obrovskou, nevýhodně úročenou úvěrovou smlouvu (samozřejmě bez možnosti předčasného splacení), nebo že prodá nějakou pro společnost klíčovou nemovitost, samozřejmě hluboko pod tržní cenou, nebude moci soudce skutečně udělat nic jiného, než pokorně sklonit hlavu před nekompromisním neprůstřelným ust. § 101 odst. 2 ObchZ a přiznat třetí osobě vše, co žádá? Bude uzavřená smlouva zkrátka společnost zavazovat, ať to stojí co to stojí, jenom proto, aby mohlo vzniknout ono poněkud přeceňované ručení?

Jistě, vždy lze argumentovat právě sankcí neomezeného ručení a také odpovědností za škodu, které komanditistu stihnou. Ručení by mělo nedostatek zmocnění vynahradit a situaci vlastně vyvážit. O dostatečnosti takové sankce, a zejména je-li komanditista běžnou fyzickou osobou, lze však na první zamyšlení pochybovat. Jak pomůže společnosti ručení komanditisty, bude-li nucena životně důležitou nemovitost (proti „své“ vůli) převést na třetí osobu?[11] Nebylo by mnohem smysluplnější nepřiznat takové smlouvě, uzavřené bez jakéhokoliv zmocnění, vůbec právní účinky?

Otázka tedy zní, zda je při vědomí všech teleologických a systematických argumentů právně „citlivé“ zvolit z možných gramatických výkladů takový, který směřuje k téměř absurdním důsledkům.

Komu vlastně takový výklad může reálně prospět? O jaké hodnoty či ochranu jakých zájmů je taková interpretace opřena? Uvážíme-li ochranu společnosti, jejích majetkových i jiných zájmů, ochranu věřitelů, ochranu ostatních společníků, především komplementářů, kterým kvůli takto vzniknuvšímu závazku společnosti vznikne i jejich neomezené ručení (!), stěží nějaké hodnotné argumenty nacházíme.

Opodstatnění má samozřejmě argumentace *ochranou dobré víry třetí osoby*. Tu ovšem dostatečně chrání obecně použitelné ust. § 16 ObchZ v případě,

[11] Doplňující otázkou by zřejmě mohlo být, zda by katastr nemovitostí bez výhrad smlouvu jménem společnosti podepsanou pouze komanditistou přijal. Vzhledem k naprosté jednotnosti doktríny a souznějícímu hlasu veškerých komentářů i učebnic obchodního práva to vyloučeno zdaleka není.

že půjde o jednání v provozovně a třetí osoba nemohla o absenci zmocnění vědět, případně ust. § 15 odst. 2 ObchZ, pokud komanditista zároveň působí ve společnosti jako osoba pověřená určitou činností a své oprávnění překročí.

Kvůli ochraně dobré víry není ale jistě třeba konstituovat obecné „zmocnění" komanditisty jednat „bez zmocnění"[12], které by pak paušálně působilo i v případech, kdy by o dobrou víru třetí osoby vůbec nešlo. Jednalo by se o poněkud příliš hrubou záplatu. Právě v tomto kontextu se potom jeví explicitní prohlášení, že jednání bude platné a účinné *i v případech, kdy třetí osoba o neexistenci zmocnění ví* - jak bylo výše citováno z publikovaných názorů, jako mimořádně diskutabilní. Dobrá víra třetí osoby v jádru tohoto náhledu viditelně nespočívá.

4. FORMULACE VÝKLADOVÉHO STANOVISKA

Jak již bylo zmíněno, samotný *text* ustanovení § 101 odst. 2 ObchZ k rozšířenému extenzivnímu výkladovému závěru rozhodně nijak nevyhnutelně nesměřuje . I bez potřeby jakéhosi „lámání textu přes koleno" a účelového ohýbání slov či celých vět lze dle mého dospět k jiným závěrům, s méně kontroverzními důsledky.

Jako základ je třeba ale vždy vzít východisko, že ze samotného ust. § 101 odst. 2 ObchZ *nemůže plynout* žádná automatická možnost *zavazovat společnost bez zmocnění.* Jakýkoliv interpretační postup, který by k takovým *důsledkům* vedl (ať už cíleně, nebo jen mimoděk), postrádá potřebné teleologické a systematické opodstatnění.

Umístění normy právě do § 101 ObchZ, který v prvním odstavci hovoří o statutárním orgánu a jednání jménem společnosti, sice může nahrávat argumentaci, že jde také o úpravu pravidel jednání, nicméně nezdá se být přesvědčivé, že by tento „formálně-systematický" argument měl zcela převálcovat všechny vznesené argumenty teleologické a „materiálně-systematické".

Je třeba mít za to, že ustanovení nové oprávnění k jednání jménem společnosti nekonstruuje. Naopak, lze ho chápat jako pouhé *posílení sankce* pro komanditistu v těch případech, kdy jeho nezmocněné jednání jménem společnosti tuto společnost přesto zaváže (a následně již jen řešit otázku, kdy k takovým eventualitám dochází). Právě tehdy, kdy z jeho jednání vzniká závazek pro společnost – ovšem toliko na základě jiných ustanovení

[12] Použitá formulace „zmocnění" je samozřejmě nadsázkou. Ani protagonisté většinového názoru nepochybně netvrdí, že ust. § 101 odst. 2 ObchZ je univerzálním „zmocněním" komanditisty jednat jménem společnosti. Fakt protiprávnosti takového postupu, včetně jeho následků, zůstává nedotčen. *Praktické konsekvence* v podobě vznikajícího *platného a účinného závazku* komanditní společnosti nicméně rozhodují. Pro společnost může být často právě tato otázka tím klíčovým problémem.

obchodního nebo občanského zákoníku, přistupuje jako důsledek tohoto jednání ještě sankce v podobě neomezeného ručení.

Jde tedy o míru naplnění hypotézy normy. Dle mého názoru není třeba cíleně usilovat o její co nejširší uplatnění. Rozhodně tedy ne za situace, kdy tím zároveň fakticky dáváme průchod nežádoucímu "vedlejšímu produktu" v podobě závěru, že nezmocněné komanditistovo jednání bude společnost bez dalšího zavazovat, aniž se pro to vyžadují jakékoliv podmínky dobré víry či ochrany oprávněných zájmů kohokoliv.

O jaké případy nezmocněného, ale přesto zavazujícího jednání, tedy může prakticky jít? Dle doslovného znění zákona má jít o uzavření smlouvy „jménem společnosti“ (nikoliv „za společnost“). Jde tedy o tzv. *přímé jednání* společnosti. Explicitně jde o situace, kdy smlouva je uzavřena za splnění tří podmínek: (1) jde o *jednání přímé*, (2) jednajícím je *komanditista* a (3) není k tomuto jednání *nijak zmocněn*. Na první pohled jde o podmínky kumulativně nesplnitelné. Jelikož k přímému jednání je v obchodní společnosti způsobilý pouze statutární orgán, kterým ale komanditista nikdy být nemůže, ani se jím svým jednáním v žádném případě nestává (a na tom v literatuře shoda panuje), nebyla by vlastně hypotéza normy naplněna nikdy.

Takový výklad by však byl až příliš mechanistický; příliš dogmatizující dichotomické rozlišování jednání „jménem“ společnosti a jednání „za“ ní, resp. absolutizující spojitost jednání „jménem“ společnosti pouze s jednáním statutárního orgánu, což by ale při použití v normě upravující jednání komanditisty bylo očividným protimluvem. Spojení „jednání jménem společnosti“ se současným stanovením podmínky „neexistence zmocnění“ v samotném textu ustanovení napovídá o poněkud jiném smyslu.

Trvat na důsledném vyloučení všech jednání komanditisty z hypotézy normy by navíc bylo hledáním přísné formální systematiky tam, kde, upřímně řečeno, nikdy nebyla. Co se týče smyslu celého ustanovení nelze totiž nezmínit, že v prvním odstavci bylo ještě donedávna naopak v souvislosti s jednáním komplementářů uvedeno, že *komplementáři* jednají *„za“ společnost.*

Nechceme-li se tedy vydat cestou tohoto nejužšího možného výkladu, který by normu učinil zcela neaplikovatelnou, interpretujeme její hypotézu takovým způsobem, že bude zahrnovat i nepřímé jednání komanditisty. Takovou cestu osobně preferuji, neboť nejlépe chrání a vyvažuje zájmy, o kterých byla v předchozím oddílu řeč.

Již byla zmínka o ust. § 16 ObchZ a § 15 odst. 2. Obě ustanovení vyžadují splnění dodatečných podmínek a směřují k ochraně dobré víry třetí osoby.[13]

[13] (Ne)existence dobré víry při zkoumaných jednáních by obecně mohla být také základem ještě jiné interpretační cesty. Vyloučíme-li obě zmíněná ustanovení (§ 15 i 16 ObchZ), která ji předpokládají, a zaměříme se právě na sporné případy *vědomého* obcházení

Tyto dva případy, kdy i bez zmocnění dochází k zavázání společnosti, budou představovat způsobilou náplň hypotézy ust. § 101 odst. 2 ObchZ.

Právě s cílem posílit *ochranu dobré víry třetích osob* bude komanditista stižen sankcí neomezeného ručení za závazky z uzavřených smluv, jednal-li v provozovně za podmínek § 16 ObchZ, respektive překročil-li své zákonné zmocnění, které mu svědčí dle § 15 ObchZ na základě pověření určitou činností při provozování podniku.[14]

Kromě těchto dvou případů (které mají vzhledem ke specialitě obchodního zákoníku aplikační přednost), nebude zřejmě vyloučeno ani použití zákoníku občanského – v úvahu přichází použití obecného ust. § 33 odst. 2 ObčZ, které vyžaduje pro úkon učiněný bez zmocnění dodatečné schválení komanditní společností.[15]

V těchto a jenom těchto výše uvedených případech by šlo o ony „smlouvy uzavřené jménem společnosti bez zmocnění“, a nastoupilo by ručení

---

zmocnění, odbornou literaturou přesto akceptované, tedy když třetí osoba o nedostatku zmocnění ví, bylo by možno dospět k „umírněnějšímu“ výkladu skrze použití ust. § 265 ObchZ, případně i ust. § 3 odst. 1 ObčZ. I pokud bychom tak prohlásili uzavřenou smlouvu jménem společnosti za platnou a účinnou, nebyla by ale (vůči společnosti) vymahatelná, neboť odporuje zásadám poctivého obchodního styku. Totiž, věděla-li třetí osoba o neexistenci zmocnění a přesto smlouvu uzavřela, nemohla být v dobré víře, že jedná poctivě. Úmyslně bez zmocnění zavazovat jiného není právním jednáním, nýbrž jde zásadně o protiprávní zneužití. Ani komanditista pak v dobré víře být nemůže, neboť o neexistenci svého jednatelského oprávnění ví, rozhodně o něm tedy vědět má a může. Taková smlouva by tedy byla uzavřena v situaci, kdy ani jedna ze stran není v dobré víře, a to vědomě a záměrně. Argumenty pro aplikaci ust. § 265 ObchZ by se tak jistě nehledaly složitě. Pro otázku vědomosti třetí osoby o (ne)existenci zmocnění komanditisty pramenící z jeho samotného postavení ve společnosti pak je třeba posoudit v kontextu již zmíněné zásady publicity zápisu v obchodním rejstříku.

[14] K diskusi zůstává (krom jiného), zda § 15 odst. 2 ObchZ vůbec pod režim § 101 odst. 2 ObchZ zařazovat. Na rozdíl od ust. § 16 ObchZ, které je natolik obecné, že větší problémy s průnikem do vztahu komanditisty a komanditní společnosti nečiní, u § 15 ObchZ je situace méně zřejmá, s ohledem na jinou povahu vztahu zákonného zmocnění pramenícího z pověření určitou činnosti při provozování podniku. Je tak možno argumentovat, že jde o natolik nesouvisející postavení konkrétní osoby, která se ocitá v roli zmocněnce dle § 15 ObchZ a zároveň je komanditistou, že sankční ručení dle § 101 odst. 2 ObchZ nepřichází v úvahu. Přesto se však přikláním k silnější odpovědnosti komanditisty, který by se v těchto dvou rolích ocitl. Jeho vztah ke komanditní společnosti je oproti běžnému zmocněnci § 15 ObchZ intenzivnější. Na základě § 101 odst. 2 ObchZ se tato intenzita promítne i do majetkové sféry a ochranu dobré víry třetí osoby, ke které § 15 odst. 2 ObchZ směřuje, účinně posílí.

[15] Diskutabilní je i aplikace úpravy jednatelství bez příkazu dle ust. § 742 ObčZ a násl. To se obecně nemusí nutně týkat jen činění právních úkonů, resp. konkrétně uzavírání smluv. V otázce, kterou zde v souvislosti s ust. § 101 odst. 2 ObchZ analyzujeme, tedy uzavírání smluv jménem společnosti, by se zřejmě stejně uplatnil požadavek dodatečného schválení dle ust. § 33 ObčZ. V úvahu tak přichází jedině odvracení hrozící škody přímo dle ust. § 742 ObčZ, kde by bylo možno uvažovat o speciálním režimu.

komanditisty. V žádných jiných případech by se o úkony učiněné jménem společnosti jednoduše vůbec nejednalo, protože k jejich uzavření - jménem společnosti - zkrátka nebyl dán žádný právní podklad.

Dispozice normy se tedy celkově uplatní v poměrně úzkém okruhu případů, v porovnáním s až bezbřeze širokým záběrem, který vyplývá z většinového výkladu. Ke škodě věci to však de mého názoru není. Právě naopak.[16]

Pokud ve výše vymezených situacích k aplikaci ust. § 101 odst. 2 ObchZ výjimečně dojde, navazující otázkou hodnou zamyšlení je ještě *povaha ručení* komanditisty ve vztahu k ručení komplementářů. Těm totiž ručení za závazek společnosti pochopitelně vzniká také, neboť ručí za všechny závazky společnosti, které platně vznikly. Jde v těchto případech o ručení solidární?

Argumenty lze nalézt pro obě cesty (a v literatuře se také s oběma setkáváme[17]), nicméně vzhledem k výše vysloveným úvahám, vzhledem k povaze ručení v osobních společnostech a požadavku ochrany dotčených zájmů v těch případech, kdy jednání komanditisty opravdu společnost zaváže, ručení by mělo být *solidární*. Jinak by tomu bylo patrně v případě, že bychom chápali ust. § 101 odst. 2 ObchZ široce, ve shodě s většinovým náhledem. Pak by rozumná interpretační snaha zřejmě vedla k co největšímu posílení sankce komanditisty a ochraně komplementářů. S ohledem na značné zúžení hypotézy je však dle mého možné setrvat u ručení solidárního, ve prospěch třetích osob. Komanditista ručí tedy na základě ust. § 101 odst. 2 ObchZ spolu s komplementáři společně a nerozdílně.

5. ZÁVĚR

Výklad ust. § 101 odst. 2 ObchZ, který je takřka jednotně uváděn v komentářové i monografické literatuře, považuji za nesprávný. Z uvedeného ustanovení dle mého názoru nemůže jakýmkoliv rozumným výkladem vyplynout *důsledek*, že jednání komanditisty jménem společnosti *bez zmocnění* tuto společnost *bez dalšího zavazuje*, dokonce včetně případů, kdy třetí osoba o nedostatku zmocnění výslovně ví.

---

[16] Bližší pohled by si zasloužil i pojem „smlouva“, který zákon v ustanovení používá. Je použitím spojení „závazky ze smluv“, a nikoliv obecně „závazky z právních úkonů“, myšleno, že ručení se má týkat skutečně jen a pouze závazků vzniklých ze *smluv*, a nikdy z jednostranných úkonů, pokud by k tomu už výjimečně nějakým způsobem došlo? Z teleologického hlediska lze mít spíše za to, že by ustanovení mělo dopadat na jakékoliv závazky, pokud se dlužníkem na základě komanditistova nezmocněného jednání stane komanditní společnost.

[17] Pro solidaritu se vyslovuje např. J. Dědič in *Dědič, J. a kol.* Obchodní zákoník. Komentář. II. díl, Praha: Polygon, 2002, s. 908. Opačně T. Dvořák v cit. monografii na s. 248 uvádí, že „komanditista ručí neomezeně (...), ovšem samostatně, odděleně od komplementářů“.

Uvedené ustanovení považuji za pouhý *doplněk sankce* pro komanditistu v těch případech, kdy jeho nezmocněné jednání komanditní společnost přesto zaváže, k čemuž může výjimečně na základě jiných ustanovení zákona dojít (zejména ust. § 16 či § 15 odst. 2 ObchZ, případně § 33 odst. 2 ObčZ). A právě jen tehdy, kdy z jeho nezmocněného jednání skutečně po právu vzniká závazek pro společnost, přistupuje jako sankční důsledek ještě komanditistovo ručení.

Komanditistou „uzavřenou" smlouvu jménem komanditní společnosti proto není možné obecně považovat za platnou a účinnou na základě samotného ust. § 101 odst. 2 ObchZ. V obecném případě totiž *nezmocněné* jednání komanditisty společnost vůbec nezaváže.

Literature:

- Dědič, J. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. II. díl, Praha: Polygon, 2002
- Eliáš, K. Ručení společníků v osobních obchodních společnostech. Obchodní právo. č. 12, 1995
- Pokorná, J. in Obchodní zákoník, komentář. Praha: Linde, 2006
- Pokorná, J. in Kolektiv autorů. MERITUM Obchodní právo. Praha: ASPI, 2005
- Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: ASPI, 2008
- Patakyová, M. a kol. Obchodný zákoník. Komentár. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2008
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M.: Obchodní zákoník. Komentář. 11. vyd. Praha: C. H. Beck, 2006
- Pelikánová, I. Komentář k obchodnímu zákoníku, 2. díl. 3. vyd. Praha: ASPI, 2004

Contact – email

josef.silhan@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SANKCE VE SPORECH Z FIREMNÍHO PRÁVA A NEKALÉ SOUTĚŽE

EVA VEČERKOVÁ

Právnická fakulta, Masarykova universita, Brno, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o různých druzích sankcí, které je možno využít v případě zásahu do práv k obchodní firmě a v případech nekalé soutěže. Také se zabývá omezeními, která nevyplývají přímo ze zákona, ale jen z rozhodnutí soudů. Na konkrétních případech z některých soudních rozhodnutí je zkoumána vhodnost právní úpravy dané obchodním zákoníkem.

Key words in original language
Sankce; Práva k obchodní firmě; Nekalá soutěž; Soudní rozhodnutí; Obchodní zákoník.

Abstract
The paper deals with variously kinds of sanctions which is exploitabled in the case of intervention in rights to trade name and in cases of unfair competition. It is also occupied with limitations that is not resulted from act directly, but only from the judgments of the courts. It is researched advisability of legal adjustment in Commercial Code in the concrete cases from some of the judgments of the courts.

Key words
Sanctions; Rights to trade name; Unfair competition; Judgments of the courts; Commercial Code.

1. ÚVOD

Ve firemním právu i v právu nekalé soutěže jsou obchodním zákoníkem (dále obch. zák.) upraveny tytéž žalobní nároky, které aktivně legitimované subjekty mohou uplatnit jako prostředky ochrany svých práv (srov. § 12 a § 53). Vedle nároků, jejichž výčet vyplývá z obchodního zákoníku, mohou oprávněné subjekty využít i jiné prostředky ochrany proti zásahům do svých práv, jako např. možnost navrhnout vydání předběžného opatření (podle § 74 a násl. občanského soudního řádu - dále jen o. s. ř.) či požadovat přiznání práva uveřejnit rozsudek (podle § 155 odst. 4 o. s. ř.). Nároky oprávněné osoby znamenají na druhé straně sankce postihující toho, kdo jednal protiprávně.

Smyslem tohoto příspěvku je pojednat o rozdílech v použitelnosti jednotlivých sankčních nástrojů, dojde-li k zásahům do práv k obchodní firmě nebo k jednání nekalé soutěže.

2. SANKCE VE FIREMNÍM PRÁVU

Ustanovení § 12 obch. zák. umožňuje každému, kdo byl dotčen na svých právech neoprávněným užíváním firmy, v soudní žalobě požadovat, aby se rušitel takového jednání zdržel, aby odstranil závadný stav, aby mu vydal bezdůvodné obohacení, aby mu poskytl přiměřené zadostiučinění anebo náhradu škody, pokud mu byla tímto neoprávněným užíváním firmy způsobena škoda.

Nejprve se pozastavím u aktivní legitimace, konkrétně nad tím, komu a v jakých případech vlastně zákon umožňuje podat soudní žalobu. Zákon se v úvodu první věty § 12 nezmiňuje o „podnikateli zapsaném v obchodním rejstříku" či o „majiteli obchodní firmy", říká pouze „kdo byl dotčen na svých právech". V zákoně použitým pojmem „kdo" se tedy rozumí kdokoliv, kdo byl dotčen na svých právech. Přesto nejčastěji to bude právě podnikatel, resp. majitel firmy, komu svědčí oprávnění požadovat soudní cestou nápravu stavu. Lze si však představit i situaci, v níž „podnikatel - majitel firmy" byl zlikvidován právě osobou, která mu neoprávněně zasáhla do jeho práv k firmě, a proto se ocitl v pozici „nepodnikatele".

Většinový odborný názor vysvětluje slovní spojení „dotčen na svých právech", užité v § 12, pouze jako dotčení určitého subjektu na jeho právech k firmě a nikoliv - s uplatněním rozšiřujícího výkladu - jako dotčení postiženého subjektu na jakýchkoliv jiných jeho právech, tj. např. na právech k ochranné známce (která bývají velmi často neoprávněným užíváním firmy také porušena), na právech ke svému jménu (jsou-li fyzickými osobami) nebo názvu (jsou-li právnickými osobami), na právech k obchodnímu tajemství, na autorských právech, apod. Z uvedeného výkladu zákona vyplývá určité omezení uvedených sankcí, může-li je použít pouze ten, kdo byl dotčen na svých právech k firmě, nicméně toto omezení se jeví velmi logické.

Opačný názor zastává H. Heroldová[1], která má za to, že „nároku z § 12 obch. zák. se může domáhat nejen jiný podnikatel - soutěžitel, kupříkladu na základě svých prioritních práv či práv k ochranné známce, ale jakákoli třetí osoba, jejíž práva jsou dotčena užitím firmy, tedy i nepodnikatelský subjekt, jehož název je jinak chráněn podle ustanovení § 19b obč. zák., či fyzická osoba ve smyslu svých nároků na ochranu jména a příjmení či jiných osobních atributů. V neposlední řadě se může domáhat svých nároků např. i autor v důsledku porušení jeho osobních či majetkových autorských práv."

Dalším předmětem právního rozboru odst. 1 a 2 § 12 obch. zák. jsou jednotlivé sankce, resp. žalobní nároky aktivně legitimovaných osob. Zdánlivě je ve všech případech zásahů do práv k firmě využitelný každý

[1] Heroldová, H. in Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. § 1 – § 92e. 1. díl, 1. vydání, Praha: Polygon, 2002, s. 90.

z uvedených nároků a v jakékoliv kombinaci (např. jen jediný nárok, více nároků současně), jsou-li splněny podmínky pro jejich použití.

Pokud požádá dotčený subjekt (žalobce) současně také o uveřejnění rozsudku, jak umožňuje § 12 odst. 3 obch. zák.[2], jde o určité vedlejší právo, které může být soudem přiznáno pouze společně s tím, že bylo vyhověno alespoň jednomu z žalobních návrhů žalobce. Sankce formou uveřejnění rozsudku na návrh účastníka, jemuž bylo vyhověno, tedy funguje jako sankce vedlejší, přídatná, sama o sobě je nepoužitelná. Soud nemůže žalobci, jehož žalobnímu návrhu nevyhověl, přiznat jen právo uveřejnit rozsudek (v daném případě zamítavý). A naopak - rozsudek nemůže být uveřejněn bez přiznání tohoto práva soudem; mohlo by to být považováno za nekalosoutěžní jednání.[3]

Při výkladu jednotlivých žalobních nároků podle § 12 obch. zák. je třeba přihlédnout k judikatuře, která vymezuje, resp. omezuje jejich použitelnost v určitých případech zásahu do práv k firmě. Pouze z vydaných soudních rozhodnutí, nikoliv ze zákonného textu, totiž jednoznačně vyplývá, že ne každá sankce je vhodnou za konkrétní porušení práva k obchodní firmě.

V souvislosti s (ne)možností uplatnění určité sankce za neoprávněné užívání firmy, které mají zabraňovací funkci (tj. zdržovací a odstraňovací nárok), je třeba zmínit již dávné rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 808/93 :

Proti obchodní společnosti, jež užívá v obchodním rejstříku později zapsané obchodní jméno zaměnitelné s obchodním jménem žalobce (§ 10 odst. 1 obch.zák.), lze dosáhnout odstranění závadného stavu návrhem na uložení povinnosti, aby změnila obchodní jméno v základních dokumentech o založení společnosti a v návaznosti na tuto změnu požádala rejstříkový soud o zápis takové změny. Nárok na zdržení se užívání je na místě tam, kde obchodní jméno oprávněného je používáno jinou osobou zcela či zčásti neoprávněně (např. je zvoleno k označení provozovny podnikatele), a tato osoba užívané obchodní jméno nemá v této podobě v obchodním rejstříku zapsáno.“[4]

---

[2] Třetí odst. § 12 je svou povahou procesním ustanovením, které i přes změny provedené novelou občanského soudního řádu (zákonem č. 151/2002 Sb. s účinností od 1. 1. 2003) zůstalo i nadále zařazeno v obch. zák., na rozdíl od stejně znějícího § 55 odst. 2, jež byl z úpravy nekalé soutěže vyňat a přesunut do o. s. ř. (nový odst. 4 § 155).

[3] Heroldová, H. in Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. § 1 – § 92e. 1. díl, 1. vydání, Praha: Polygon, 2002, s. 91.

4 Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2000, s. 31 - 34.

Právní věta dalšího rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 234/93 zní takto:

„Není v souladu s charakterem předběžného opatření a jeho podmínkami uložení povinnosti zdržet se (byť jen dočasně) užívání v obchodním rejstříku zapsaného obchodního jména.“[5]

Z uvedených dvou rozhodnutí, přestože se datují ještě k období právní úpravy obchodního jména, vyplývá, že ne v každém případě zásahu do práv k firmě je použitelný nárok na zdržení se užívání obchodní firmy. Jsou-li dvě firmy zaměnitelné, lze dosáhnout nápravy pouze skrze nárok na odstranění závadného stavu. Jedině v případech, kdy do práv k firmě určitého subjektu zasáhl neoprávněný uživatel jiným způsobem než užitím své firmy (např. použitím jména, názvu, označení podniku, provozovny apod., které se nezapisují do obchodního rejstříku), bylo by možné uplatnit proti němu zdržovací nárok.

Vezmeme-li v úvahu další možné sankce za neoprávněné užívání firmy, a to sankce s náhradovou funkcí, je třeba rozlišovat mezi povinností poskytnout oprávněnému přiměřené zadostiučinění či satisfakci (ať už formou peněžitého či nepeněžitého plnění) a povinností k náhradě škody. Z charakteru obou těchto sankcí vyplývá, že jsou použitelné pouze tehdy, vznikla-li oprávněnému subjektu nějaká konkrétní újma.

Obchodní zákoník, na rozdíl např. od zákona proti nekalé soutěži z r. 1927, který upravoval pouze náhradu škody, přísně rozlišuje náhradu škody (sankci za způsobenou škodu či-li újmu materiální) a přiměřené zadostiučinění (sankci za způsobenou nemateriální újmu). Pro oprávněné by bylo pochopitelně pohodlnější v obou případech újmy využít vždy jen nároku na přiměřené zadostiučinění, hlavně proto, že by nemuseli přesně vyčíslit a prokazovat škodu, která jim protiprávním jednáním vznikla, a prokazovat také příčinnou souvislost mezi vzniklou škodou a protiprávním jednáním rušitele.

Z právní věty rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 684/95 je zřejmé, že je na soudu, aby takové možnosti zamezil a trval na zdůvodnění návrhu na zaplacení přiměřeného zadostiučinění v penězích oprávněným:

„Pokud oprávněnému vznikla hmotná újma, prostředkem nápravy může být pouze náhrada škody, event. vydání bezdůvodného obohacení. Nelze připustit, aby (např. z důvodů obtížného prokazování výše škody) si cestou

5 Blíže in Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2000, s. 1 – 3.

požadavku na zaplacení přiměřeného zadostiučinění oprávněný řešil jemu vzniklou újmu hmotnou.“[6]

Pokud jde o možnost oprávněného zvolit nárok na přiměřené zadostiučinění v penězích nebo v jiné formě, z textu zákona je patrné, že se dává přednost přiměřenému zadostiučinění v nehmotné podobě (omluva, opravné sdělení, odvolání určitých výroků) před satisfakcí v penězích. Nic však nebrání tomu, aby si oprávněný subjekt zvolil podle svého mínění nejvhodnější formu zadostiučinění (peněžitou, nepeněžitou, příp. i obě dvě společně) a ve své žalobě vyjádřil vhodnost zvolené formy ve vztahu k újmě, kterou utrpěl protiprávním jednáním. Je pak již jen věcí soudu, aby s přihlédnutím ke všem okolnostem případu posoudil, zda v žalobě uvedená forma zadostiučinění je skutečně tou nejvhodnější satisfakcí za konkrétní způsobenou újmu a zda jí může být vyhověno.

Z výše uvedeného rozhodnutí Vrchního soudu v Praze sp. zn. 3 Cmo 684/95 vyplývá nepřímo pokyn soudcům, jak postupovat při rozhodování v případech s nárokem na přiměřené zadostiučinění:

„Imateriální újma může být reparována zadostiučiněním i v jiné podobě než jako úhrada peněžní částky. Ze znění právního předpisu (§ 12, 53 obch. zák.) vyplývá, že přiměřené zadostiučinění v penězích má být poskytnuto v případech, ve kterých by nepeněžitá forma neposkytovala přiměřené zadostiučinění. Lze-li shledat nepeněžité zadostiučinění za odpovídající, je třeba dát mu přednost. Uvedená formulace však nevylučuje kombinaci peněžité a nepeněžité formy zadostiučinění tak, aby v úhrnu bylo dosaženo přiměřeného zadostiučinění. Volba formy zadostiučinění je sice na žalobci, spočívá však na něm i břemeno tvrzení a důkazní břemeno k odůvodněnosti a oprávněnosti jeho volby.

Při posuzování odůvodněnosti nároku na poskytnutí přiměřeného zadostiučinění v penězích je třeba vzít v úvahu, že na jedné straně jde o vyrovnání újmy postiženého, ale z druhé strany také o určitou soukromoprávní sankci postihující toho, kdo závadně jednal.“[7]

Nejeden soudní případ, v němž z žaloby vyplývaly obě formy přiměřeného zadostiučinění, bývá uzavřen rozhodnutím soudu, že nepeněžitá forma je ve vztahu ke konkrétnímu případu nevhodnou satisfakcí a že se žalovanému ukládá pouze povinnost zaplatit jako přiměřené zadostiučinění určitou sumu (často i mnohem nižší, než bývá požadována v žalobě).

---

6 Blíže in Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2000, s. 255 - 260.

7 viz též předchozí poznámku

3. SANKCE V PRÁVU NEKALÉ SOUTĚŽE

V případech nekalé soutěže nabízí úprava prostředků ochrany obchodním zákoníkem v § 53 osobám dotčeným nekalou soutěží a v § 54 odst. 1 právnickým osobám oprávněným hájit jejich zájmy celkem pět žalobních nároků. Rušiteli může tedy soud uložit celkem pět možných povinností (sankcí) za jeho nekalosoutěžní jednání, a to v jakékoliv kombinaci, která byla žalobcem v žalobě zvolena.

Zákon blíže nevymezuje, v jakých případech nekalé soutěže je který z nároků využitelný a která osoba je v konkrétních případech nekalé soutěže aktivně legitimována (jako tomu bylo výslovně v zákoně proti nekalé soutěži z r. 1927). Stejně jako ve firemněprávních sporech i ve sporech z nekalé soutěže může docházet k jistému omezení ve využitelnosti žalobních nároků pouze ze strany soudů, a to při rozhodování o konkrétních sankcích. V soudních rozhodnutích se lze setkat např. s formulací typu: „Nelze vyhovět žalobě, pokud jde o uložení povinnosti zdržet se jednání, neboť žalovaná svoje jednání (realizaci reklamy) již ukončila. Povinnost zdržet se jednání lze uložit pouze tehdy, pokud závadné jednání ze strany soutěžitele trvá nebo hrozí.“ Může se objevit i takováto formulace: „Není na místě přiznat žalobci zadostiučinění, neboť se nejedná o nevyčíslitelné zadostiučinění, které by přiznání přiměřeného zadostiučinění opodstatňovalo.“

Zákonné omezení pro právnické osoby oprávněné hájit zájmy soutěžitelů nebo spotřebitelů lze spatřovat přímo v § 54 odst. 1, z něhož vyplývá, že ne ve všech případech nekalé soutěže mohou úspěšně podat žalobu na zdržení se nekalé soutěže či odstranění závadného stavu (viz text „mimo případy uvedené v § 48 až 51“). Jde o omezení dvojího druhu: co do případů nekalé soutěže upravených obch. zákoníkem (v pěti konkrétních skutkových podstatách tyto právnické osoby nemají aktivní legitimaci) a co do žalobních nároků (z pěti nároků uvedených v § 53 jim přísluší pouze dva nároky).

Další zákonné omezení vyplývá nepřímo z textu § 54 odst. 2 „v případech uvedených v § 44 až 47 a § 52“[8], příp. v kombinaci s generální klauzulí, a to pro spotřebitele. Jsou-li spotřebitelé v roli žalobců, nemohou se úspěšně bránit proti takovým jednáním nekalé soutěže, jimiž sami vůbec nebyli dotčeni, z nichž jim nemohla (ani potenciálně) vzniknout újma - jako např. z parazitování na pověsti, z podplácení, ze zlehčování a dalších konkrétních skutkových podstat nekalé soutěže typických pro vztah pouze mezi soutěžiteli bez jakéhokoliv negativního dopadu na spotřebitele.

[8] Nutno přitom odhlédnout od chyby zákonodárce spočívající v nesprávném uvedení § 44, má-li na mysli pouze § 44 odst. 1, tedy generální klauzuli nekalé soutěže.

Konkrétní sankční dopad pro rušitele v prokázaných případech nekalé soutěže je pouze v rukou soudců, kteří posuzují a rozhodují nekalosoutěžní spory. Soudci například mohou (ale nemusí) omezit výši požadované náhrady škody, příp. i celou náhradu škody v daném konkrétním případě vyloučit, mohou snížit výši nebo omezit požadované přiměřené zadostiučinění (tj. přiznat pouze jednu z požadovaných forem) či nepřiznat je vůbec.

4. ZÁVĚR: SANKCE V RUKOU SOUDCŮ ?

V soudních sporech, v nichž se nekalá soutěž rušitele kombinuje ještě se zásahem do jiných práv postiženého (např. práv k firmě, práv z ochranné známky, autorských práv), lze někdy sledovat určitou bezzubost sankcí. Pokud soud prvního stupně například nesprávně rozhodne, že se vůbec nejedná o nekalosoutěžní jednání ani o jednání v rozporu s autorským zákonem, zákonem o ochranných známkách apod. (k němuž byla podána pouze žaloba o určení, zda se jedná o zásah do práv podle zvláštního zákona), rušiteli pak není uložena žádná sankce. Podá-li žalobce případně odvolání proti tomuto nesprávnému rozhodnutí soudu, které však směřuje jen do části, v níž byla soudem zamítnuta žaloba o určení, zda jde o zásah do autorských či jiných práv (a již ne do části zamítavého rozhodnutí o nekalé soutěži), pak jednání nekalé soutěže rušitele nemůže být ani soudem odvolacím či následně dovolacím vůbec sankcionováno, ač by po právu být mělo. Tato omezenost ovšem není omezeností zákona nebo samotných sankčních nástrojů. Při odpovídající znalosti práva nekalé soutěže a vědomí, že nelze nikdy úspěšně předvídat ani kladné ani záporné rozhodnutí soudu, by se v soudních podáních (žalobách, odvoláních i dovoláních) měly objevovat argumenty, jimiž by se naděje na konečnou „výhru“ žalobce zvýšila a došlo by k závěrečnému „potrestání“ viníka - rušitele či k spravedlivému „vyměření sankce“.

Absence sankce nebo sankcí pro rušitele může být způsobena v jiném případě sice správným rozhodnutím soudu, v němž je řádně odůvodněno, že se jedná o nekalosoutěžní jednání žalovaného - rušitele (např. klamavou reklamu, vyvolání nebezpečí záměny, parazitování na pověsti), ale zamítnutím všech uplatněných žalobních nároků, které se podle názoru soudu jeví ve vztahu k danému konkrétnímu případu zcela nevhodnými (např. zdržovací nárok, náhrada škody, přiměřené zadostiučinění). Případ evidentně nekalosoutěžního jednání je soudem tedy pouze konstatován, resp. je jím potvrzena domněnka žalobce, že rušitel jednal nekalosoutěžně, nicméně rušitel za to vůbec není sankcionován.

Do jisté míry o omezení či úplné vyloučení přiznaných sankcí se může postarat i sám žalovaný, pokud podá odvolání k nesprávně rozhodnuté věci soudem prvního stupně a k jeho závěru, že se jedná o nekalé soutěžní jednání, za něž se mu ukládají určité konkrétní sankce (např. zdržení se určitého jednání, odstranění závadného stavu, poskytnutí přiměřeného zadostiučinění žalobci za způsobenou újmu). Nelze totiž s jistotou předvídat a tvrdit, že odvolací soud tento případ zhodnotí a uzavře shodně jako soud

prvního stupně. Může nastat - a často i nastává - situace, že odvolací soud (potažmo pak i dovolací soud, bude-li podáno dovolání proti rozhodnutí odvolacího soudu) jej odůvodní a rozhodne zcela opačně - o nekalou soutěž se podle jeho názoru nejedná a žádná povinnost se žalovanému tedy neukládá.

Situace k řešení žalovaným může nastat také až po rozhodnutí soudem odvolacím, který rozhodoval věc k odvolání žalobce proti zamítavému rozhodnutí soudu prvního stupně (tento ukončil své rozhodnutí závěrem, že se nejedná o nekalou soutěž), ale případ rozhodl s jiným odůvodněním - se závěrem, že jednání žalovaného je nekalosoutěžní, a proto se mu ukládají konkrétní sankce, a to ve výši a rozsahu dle žalobního návrhu a uvážení soudu. V této fázi je tedy řada na žalovaném, má-li za to, že jeho jednání skutečně nekalosoutěžním není a on se nepovažuje za rušitele, aby se pokusil skrze podané dovolání k Nejvyššímu soudu ČR proti rozhodnutí odvolacího soudu o vyloučení jemu uložených sankcí, příp. alespoň o jejich určité omezení. V některých případech dovolací soud posoudí a rozhodne případ shodně se soudem odvolacím (pro žalovaného to znamená potvrzení sankcí anebo příp. ještě i nějakou úpravu či změnu v uložených sankcích), v jiných případech zase shodně se soudem prvního stupně (žalovaný tedy zůstává i nadále v očekávání, že bude při novém rozhodování soudem druhého stupně rozhodnuto v jeho prospěch a původně uložené sankce zůstanou jen pouhým „strašákem“). V posléze popsaném případě napětí na všech stranách samozřejmě vzrůstá, neboť každý účastník řízení očekává pro sebe příznivý závěr: žalovaný chce mít potvrzeno, že se o nekalou soutěž nejedná, on není tím rušitelem a nenáleží mu žádné sankce (odvolací soud je vázán právním názorem Nejvyššího soudu ČR, pak by tomu takto mělo být), žalobce pochopitelně trvá na potrestání žalovaného (rušitele?) za nekalosoutěžní jednání a na uložení všech jím požadovaných sankcí. Případ skončí tak, že bude o něm spravedlivě soudem rozhodnuto.

Ve sporech z nekalé soutěže se velmi obtížně argumentuje tzv. ustálenou judikaturou, neboť každý případ má své zvláštnosti a je vlastně vždy ojedinělý. Sankce pro rušitele vyplývají prvořadě z petitů žalob, v nichž jsou jednotlivé uplatněné žalobní nároky (sankce) konkretizovány co do formy, výše, způsobu provedení a také odůvodněny (někdy řádně, někdy i ledabyle), avšak přiznání konkrétní sankce je vždy v rukou soudců, kteří o případech rozhodují. Na základě (ne)správného rozhodnutí soudu může být i (ne)správné osobě uložena (ne)správná sankce.

Literature:

- Dědič, J. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. § 1 – § 92e. 1. díl, 1. vydání, Praha: Polygon, 2002.
- Macek, J.: Rozhodnutí ve věcech obchodního jména a nekalé soutěže. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2000.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
eva.vecerkova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROLE SANKCÍ V OCHRANĚ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU AKCIOVÉ SPOLEČNOSTI

KAREL VODIČKA

Fakulta právnická Západočeské univerzity v Plzni

Abstract in original language
Článek se zamýšlí nad rolí sankcí v právní úpravě ochrany základního kapitálu ve vztahu k hlavní funkci, která je základnímu kapitálu připisována, tj. k ochraně věřitelů. Otázka je nahlížena zejména z pohledu nedobrovolných věřitelů akciových společností a jejich možností domoci se prostřednictvím sankcí sloužících k ochraně základního kapitálu uspokojení jejich pohledávek.

Key words in original language
Akciová společnost, Druhá směrnice, obchodní zákoník, základní kapitál, ochrana věřitelů, sankce.

Abstract
The paper thinks about the role of sanctions in regulation of protection of registered capital in relation to its main function, i.e. protection of creditors. This issue is regarded especially from the viewpoint of involuntary creditors of joint-stock companies and their possibilities to demand settlement of their claims through sanctions which serve to protect the registered capital.

Key words
Joint-stock company, Second Directive, Commercial Code, registered capital, protection of creditors, sanctions.

1. ÚVOD

Předmětem tohoto příspěvku je zamyšlení nad rolí, jakou hrají sankce v ochraně základního kapitálu akciové společnosti a do jaké míry přispívají k zachování funkce ochrany věřitelů[1], která je s institutem základního kapitálu tradičně spojována.

2. OBECNĚ K PRÁVNÍ ÚPRAVĚ SANKCÍ V OCHRANĚ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

Pravidla, která řadíme k institutu základního kapitálu, lze rozdělit na dvě základní skupiny, a to jednak pravidla směřující k jeho vytvoření (minimální základní kapitál, vkladová povinnost a minimální výše vkladů, důsledky prodlení se splácením emisního kursu akcií) a jednak pravidla směřující k

[1] Habersack M. Europäisches Gesellschaftsrecht. 3. Auflage. München : Verlag C. H. Beck, 2006, s. 135-136.

jeho udržení (pravidla přípustnosti výplaty dividend a jiných vlastních zdrojů společnosti, nabývání vlastních akcií, finanční asistence, apod.).

Systém ochrany základního kapitálu se vyznačuje širokým spektrem příkazů a zákazů. Sankční systém pak tvoří doplněk těchto příkazů a zákazů. Jednotlivá ustanovení obchodního zákoníku tedy obsahují řadu sankcí, které stanoví právní důsledky porušení pravidel směřujících k ochraně základního kapitálu.

Subjektem, na který sankce dopadají, je zpravidla sama společnost, která se proti ochranářským pravidlům základního kapitálu provinila. Společnosti tak může být uloženo např. snížení základního kapitálu, či musí strpět nemožnost výkonu práv spojených s vlastními akciemi apod. Kromě toho však zákon reflektuje i tu skutečnost, že správa akciové společnosti je vykonávána představenstvem, které má přirozeně povinnost dbát, aby pravidla ochrany základního kapitálu byla dodržována. Proto také v případě, že v důsledku porušení této povinnosti společnosti vznikne škoda, či dojde k zakázanému upsání či nabytí akcií, či k zakázané výplatě, může nastoupit odpovědnost představenstva za škodu (objektivní či se speciálním liberačním důvodem), případně též ručení za splnění příslušného závazku jiné osoby (zejm. akcionáře či příjemce neoprávněné výplaty). Sankce však stíhají též akcionáře a další osoby, a to zejména, dochází-li v jejich prospěch k zakázaným výplatám.

Sankce spojené s právní úpravou spojenou s ochranou základního kapitálu mají přirozeně za cíl obnovit stav souladný se zákonem a napravit nežádoucí stav, který je výsledkem porušení primární povinnosti. Je však otázkou, nakolik se to právní úpravě u jednotlivých složek ochrany základního kapitálu daří, tj. nakolik sankční systém přispívá k efektivní ochraně základního kapitálu. Je totiž faktem, že právní úprava obsažená ve druhé směrnici, obsahuje relativně velmi kusé sankční prvky a v zásadě otázku sankcí ponechává na členských státech. Jsou-li tedy členské státy vázány pravidly druhé směrnice, mají určitý prostor pro vytvoření svébytného sankčního systému, byť jeho efektivnost může být a priori zpochybněna podobně jako celý koncept základního kapitálu.

3. K JEDNOTLIVÝM SANKCÍM V OCHRANĚ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

3.1 ZAMÍTNUTÍ NÁVRHU

Přestože se právní úprava o této sankci (až na výjimky) nezmiňuje, je zamítnutí návrhu na zápis (zpravidla) změn na společnosti do obchodního rejstříku v souvislosti se změnami základního kapitálu (tj. např. nová výše základního kapitálu po zvýšení či snížení, nový rozsah splacení základního kapitálu, apod.) jednou z nejvýraznějších sankcí, alespoň pro zdravé společnosti.

Zamítnutí rejstříkového návrhu pro zdravou společnost může znamenat nepříjemnou překážku v jejím podnikání. Sankcí, která na společnost dopadne, je v jistém smyslu dvojí. Jednak je pro společnost trestem ta skutečnost, že stav, jehož chtěla podáním rejstříkového návrhu dosáhnout, pravděpodobně v požadované lhůtě dosažen nebude, což s sebou nese také významné riziko, že doposud vynaložené náklady byly vynaloženy marně, a jednak je trestem sám systém přezkumu zamítavých rozhodnutí. Troufám si říci, že rejstříkové řízení je v současné době v ČR s trochou nadsázky stále vystavěno na principu jednoinstančního řízení, neboť podstupovat odvolací řízení pro společnosti znamená značnou právní nejistotu a zvýšené náklady na právní služby. Je-li návrh zamítnut pro formální chybu, raději společnosti vynaloží náklady spojené s příslušným rozhodnutím ještě jednou, aby získaly požadované rozhodnutí v co možná nejkratší době.

Přirozeně test soudním přezkumem se automaticky aktivuje, pouze je-li podán rejstříkový návrh. Soudní přezkum z hlediska požadavků na tvorbu a udržení základního kapitálu tedy nemá větší šanci na prosazení, nejedná-li se o návrhové řízení. Případy, kdy soud ex offo vyzve společnost k nápravě určitého pochybení v souvislosti s nedodržením některého z pravidel ochrany základního kapitálu, nejsou příliš četné. Lze tak uzavřít, že soudní přezkum, který je aktivován na základě rejstříkových návrhů, dopadá na společnosti spíše zdravé (domáhá-li se společnost změny zápisu skutečností souvisejících se základním kapitálem, lze soudit, že tak nečiní nahodile, ale s určitým cílem, tzn. lze předpokládat určitou hospodářskou činnost a nikoli jen prázdnou skořápku).

Soudní přezkum však přirozeně nic nezmůže s případy, kdy je cifra základního kapitálu jen prázdným číslem, které se rozplynulo druhý den po zápisu společnosti do obchodního rejstříku.

3.2 SANKCE DOPADAJÍCÍ NA AKCIONÁŘE PRODLÉVAJÍCÍ SE SPLÁCENÍM EMISNÍHO KURSU

Prodlení akcionáře se splácením emisního kursu jím upsaných akcií vytváří z pohledu povinnosti vnesení vkladů ke krytí základního kapitálu nežádoucí situaci jak z hlediska ochrany věřitelů, tak z hlediska rovnosti akcionářů. Společnosti není řádně a včas poskytnut slíbený vnos do jejích vlastních zdrojů, což znamená nižší kapitálovou vybavenost, než která je v cifře základního kapitálu zápisem v obchodním rejstříku proklamována. Jednak tak prodlení brzdí společnost, neboť se jí nedostává počátečního provozního kapitálu, jednak nižší kapitálová vybavenost znamená riziko nižšího uspokojení věřitelů společnosti. Též ve vztazích mezi akcionáři je prodlení nežádoucí, neboť zakládá mezi akcionáři navzájem nerovnost, neboť v

zásadě by mělo platit, že poměr, jakým se akcionáři podílejí na zisku společnosti, odpovídá míře, v jaké též splnili svoji vkladovou povinnost[2].

3.2.1 ÚROK Z PRODLENÍ

Nastane-li tedy takové prodlení, je v prvé řadě sankcionováno úrokem z prodlení ve výši 20% p. a., není-li ve stanovách určena jiná úroková míra, ať už vyšší či nižší (§ 177 odst. 1 ObchZ). Vyloučeno není ani to, že stanovy sankční úrok z prodlení v tomto případě vyloučí úplně[3]. Dalším citelným sankčním důsledkem prodlení je zablokování možnosti akcionáře vykonávat hlasovací práva spojená se zatímním listem (§ 186c odst. 2 písm. a) ObchZ), ledaže všichni akcionáři společnosti jednají ve shodě.

Osnova zákona o obchodních korporacích[4] (dále jen „ZOK“) obsahuje pouze jinak koncipovanou výši úroku z prodlení, a to ve výši dvojnásobku úrokové sazby stanovené jiným právním předpisem, neurčí-li stanovy jinak (§ 359 odst. 2).

3.2.2 KADUČNÍ ŘÍZENÍ

Kromě toho má představenstvo k dispozici možnost zahájit s akcionářem kaduční řízení, v jehož rámci je vždy povinno akcionáře vyzvat ke splnění závazku splatit emisní kurs jím upsaných akcií či jeho splatnou část a stanovit akcionáři dodatečnou lhůtu ke splnění této povinnosti, kterou určují buďto stanovy, anebo tato lhůta ze zákona činí 60 dnů od doručení výzvy. Mine-li se výzva účinkem, důsledkem je vyloučení upisovatele ze společnosti a souběžná výzva k vrácení zatímního listu či zatímních listů.

Automatickým důsledkem vyloučení upisovatele je i vznik zákonného ručení upisovatele za placení emisního kursu jím upsaných akcií, které nemohou stanovy vyloučit. Nesplatí-li tedy emisní kurs nabyvatel akcií, může se společnost domáhat úhrady emisního kursu akcií z titulu ručení po vyloučeném upisovateli, který má posléze regres vůči nabyvateli těchto akcií. S ohledem na skutečnost, že případně vrácený zatímní list, přechází do majetku společnosti (§ 161b odst. 2 ObchZ), je společnost povinna tento zatímní list zcizit ve lhůtě 18 měsíců (§ 161b odst. 3 ObchZ). Aby bylo případně prakticky dostupné zákonné ručení vyloučeného, je mj. i z důvodu povinnosti zcizit takovýto zatímní list, společnost motivována, nabyvatele takového zatímního listu v co nejkratší době nalézt, tak aby na společnost

---

[2] Pentz, A., Priester, H., Schwanna, A. Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhőhung. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Sonderheft 17. Berlin : De Gruyter Recht, 2006, s. 53.

[3] Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání. Praha : C. H. Beck, 2009, s. 548.

[4] Sněmovní tisk č. 836.

případně nemohly dopadnout sankce dle § 161b odst. 4 ObchZ, tj. povinnost snížit základní kapitál, či následná hrozba zrušení společnosti a její likvidace.

Nevrácení zatímního listu upisovatelem, má za následek jeho prohlášení za neplatný. Místo takového zatímního listu je vydán nový zatímní list či akcie, a to nabyvateli, který splatí emisní kurs.

Vyloučenému upisovateli bude následně vráceno plnění, které společnosti na splacení emisního kursu poskytl, avšak až po započtení pohledávek společnosti vůči vyloučenému upisovateli.

Kaduční řízení je v zásadě shodně řešeno i v § 360 až 362 ZOK.

3.2.3 UPUŠTĚNÍ OD VYDÁNÍ AKCIÍ

Nerozhodne-li se představenstvo pro kaduční řízení proti prodlévajícím akcionářům, přichází v úvahu též snížení základního kapitálu upuštěním od vydání akcií (§ 213d ObchZ), a to v rozsahu, v jakém jsou upisovatelé v prodlení se splácením jmenovité hodnoty upsaných akcií, maximálně však na hranici minimálního základního kapitálu.

Při uplatnění tohoto postupu vyzve představenstvo prodlévající akcionáře k vrácení zatímních listů s tím, že společnost nevydá akcie, které zatímní listy nahrazují. Upisovatelům pak budou vráceny části již splacených emisních kusů, to však až poté, co si společnost vůči upisovateli započte své nároky vůči upisovateli. Případné nepředložení zatímního listu má za následek ztrátu možnosti upisovatele vykonávat zbylá práva s ním spojená až do jeho předložení a rovněž prohlášení takových zatímních listů za neplatné (§ 214 ObchZ).

Upuštění od vydání akcií je v § 546 ZOK řešeno v zásadě shodně jako v dosavadní úpravě.

3.2.4 PRÁVA MINORITNÍCH AKCIONÁŘŮ

Pakliže by bylo představenstvo nečinné, mají minoritní akcionáři (ve smyslu § 181 odst. 1 ObchZ) možnost představenstvo vyzvat k podání žaloby na splacení emisního kursu akcií proti prodlévajícímu akcionáři, nebo zahájit kaduční řízení (§ 182 odst. 1 písm. d) ObchZ). Případná další nečinnost představenstva pak má za důsledek možnost minoritních akcionářů, aby tito podali žalobu na splacení emisního kursu sami (§ 182 odst. 2 ObchZ).

V § 381 ZOK jsou nově posílena práva akcionářů, kteří – bez ohledu na to, zda se kvalifikují jako minoritní akcionáři (ve smyslu ZOK jako kvalifikovaní akcionáři) – mají právo domáhat se akcionářskou žalobou za společnost jednak splacení emisního kursu proti prodlévajícímu akcionáři a jednak soudního vyloučení akcionáře pro prodlení se splácením emisního kursu. Předpokladem podání akcionářské žaloby je předchozí upozornění

představenstva na záměr akcionáře příslušnou žalobu podat. Představenstvo pak má možnost zvážit, zda žalobu podá samo či nikoli. Nedojde-li k podání žaloby na splacení emisního kursu představenstvem či k zavedení kadučního řízení, může žalobu podat akcionář. Možnost žalovat je omezena speciální promlčecí lhůtou, a to subjektivní lhůtou 6 měsíců a objektivní 1 roku.

3.2.5 SHRNUTÍ

Sankční nástroje, které zákon poskytuje společnosti proti prodlévajícímu akcionáři, jsou uspořádány vhodně, společnosti se nabízí celá řada postupů, navíc obě strany, jak společnost, tak prodlévající akcionář jsou sankcemi dostatečně motivováni, a to akcionář ke splacení emisního kursu, a společnost k včasnému postupu proti meškajícím. De lege ferenda by mělo dojít k posílení obecných akcionářských práv o možnost jednotlivého akcionáře domáhat se za společnost akcionářskou žalobou splacení emisního kursu proti prodlévajícímu akcionáři či domáhat se jeho soudního vyloučení. Toto oprávnění jednotlivého akcionáře může přinést vyšší tlak na představenstva, pokud jde o dohled nad splácením emisního kursu akcionáři, na druhou stranu je možnost žalovat omezena rozumnými promlčecími lhůtami, které by měly předejít šikanóznímu výkonu práva podat akcionářskou žalobu.

3.3 SANKCE V PŘÍPADĚ NEZÁKONNÝCH VÝPLAT

Ustanovení § 179 a 179 ObchZ upravují pravidla pro rozdělování zisku a jiných vlastních zdrojů společnosti mezi akcionáře a jiné osoby. Tato ustanovení nepřipouští výplatu dividend či jiných vlastních zdrojů společnosti v situacích, kdy hodnota čistého obchodního majetku společnosti nedosahuje částky základního kapitálu. Účelem je ochrana věřitelů společnosti před oportunistickým jednáním akcionářů[5] a tedy v podstatě zákonné nastavení rovnováhy mezi poskytovateli vlastního a cizího kapitálu. Akcionáři nemají možnost se těmto kogentním ustanovením zákona vyhnout a de facto tak tato ustanovení do vztahu mezi společností a jejími věřiteli vnášejí zákonné omezení přípustnosti výplat vlastních zdrojů. Tato pravidla jsou pro akcionáře cenou, kterou platí za vyloučení osobního ručení za závazky společnosti a lze je vnímat jako zákonem uložený závazek společnosti vůči jejím věřitelům.

Zmíněná ustanovení především stanoví příkazy a zákazy, které je představenstvo povinno respektovat při výplatě vlastních zdrojů společnosti. Jsou-li tyto příkazy a zákazy respektovány, mohou tato ustanovení přispět k tomu, že vlastní zdroje společnosti nebudou k újmě věřitelů společnosti

[5] Armour, J. Legal Capital: An Outdated Concept? EBOLR, 2006, číslo 7, s. 11.

ztenčovány. Ponechejme stranou, nakolik je toto řešení, které je navázané na cifru základního kapitálu, vhodné[6].

Nejsou-li pravidla o výplatě vlastních zdrojů dodržena, nastupují nezbytně sankce.

3.3.1 POVINNOST VRÁTIT DIVIDENDU

Na akcionáře, který přijal dividendu, dopadá povinnost vyplacenou dividendu vrátit pouze tehdy, nebyl-li v dobré víře ohledně okolností její výplaty, přičemž dobrá víra se ze zákona presumuje (§ 179 odst. 1 ObchZ) a důkazní břemeno v případném sporu o vrácení dividendy leží, co se týče vyvrácení dobré víry na společnosti. Akcionáři v případě, že nebyl v dobré víře, není nic platné ani schválení výplaty valnou hromadou.

De lege ferenda bude povinnost vrátit dividendu řešena v zásadě shodně (srov. § 36 ZOK).

3.3.2 POVINNOST DALŠÍCH PŘÍJEMCŮ VRÁTIT VÝPLATY

Pokud se jedná o další příjemce výplat z vlastních zdrojů společnosti (jiných než dividend) jakými jsou např. členové představenstva, zaměstnanci či jiné osoby, zákon se o dobré víře nezmiňuje a dle § 179 odst. 1 ObchZ jsou tak tito příjemci povinni neoprávněnou výplatu vydat. Jedinou výjimkou jsou zaměstnanci, na které se uplatní zvláštní ustanovení § 243 odst. 3 ZPr, podle něhož vrácení neoprávněně vyplaceného podílu na zisku může společnost požadovat, jen jestliže zaměstnanec věděl nebo musel z okolností předpokládat, že byl podíl na zisku vyplacen neoprávněně[7]. Jejich situace bude tedy srovnatelná se situací akcionářů, kteří přijmou neoprávněně vyplacenou dividendu.

3.3.3 SANKCE DOPADAJÍCÍ NA PŘEDSTAVENSTVO

Zatímco povinnost akcionářů vrátit neoprávněně vyplacenou dividendu i povinnost dalších příjemců vrátit neoprávněné výplaty je v podstatě jen jiným vyjádřením povinnosti vydat bezdůvodné obohacení (modifikovaná u

---

[6] Toto řešení je kritizováno jako neefektivní, neboť ukládá omezení přípustnosti výplat paušálně všem akciovým společnostem, aniž je schopno blíže zohlednit konkrétní situaci konkrétní společnosti, neboť jako míru přípustnosti si bere právě cifru základního kapitálu. S ohledem na skutečnost, že čistý obchodní majetek společnosti se v čase neustále mění, je problematické vázat přípustnost výplat z vlastních zdrojů na historickou částku základního kapitálu a tedy na historické vnosy akcionářů, neboť toto měřítko není s to dostatečně nastavit rovnováhu mezi zájmy akcionářů jako poskytovatelů vlastního kapitálu a věřiteli jako poskytovateli cizího kapitálu. Proto také v praxi věřitelé jako např. banky v úvěrových smlouvách stanoví další a podrobnější pravidla pro přípustnost výplat z vlastních zdrojů. Ke kritice srov. op. cit. sub 5, s. 16 an.

[7] Op. cit. sub 3, s. 555.

akcionářů o povinnost společnosti vyvrátit dobrou víru akcionáře, resp. u zaměstnanců o povinnost prokázat, že zaměstnanec o neoprávněnosti výplaty věděl nebo na ni musel z okolností usuzovat), jsou důsledky takových výplat pro představenstvo typicky sankční.

Členové představenstva se nemohou zprostit své odpovědnosti za škodu, která tím společnosti vznikne, pakliže se jedná o neoprávněnou výplatu dividend akcionářům, byť by byla výplata schválena valnou hromadou. Oproti obecné úpravě v ust. § 374 ObchZ je tak modifikována možnost liberace a jedná se tak o absolutní objektivní odpovědnost. Ve spojení se skutečností, že je to společnost, která musí v případném sporu o výplatu neoprávněně vyplacené dividendy prokazovat, že akcionář v dobré víře nebyl, je též na členech představenstva, kteří budou jménem společnosti před soudem jednat, aby si ještě před provedením výplaty zvážili případné důsledky své neschopnosti takový důkaz unést, mají-li sebemenší pochybnost o dodržení pravidel obsažených v § 178 a 179 ObchZ, neboť jinak půjdou tyto výplaty k jejich tíži.

Pokud jde o neoprávněné výplaty z vlastních zdrojů společnosti jiným osobám než akcionářům, není jejich důsledkem pro představenstvo odpovědnost za škodu, ale zákonné solidární ručení členů představenstva za splnění závazku příjemce výplaty neoprávněně přijatou výplatu vrátit. Z hlediska praktického není pro členy představenstva příliš velkého rozdílu, neboť v případě, že příjemce výplaty závazek nesplní, dopadne povinnost uspokojit společnost na členy představenstva. Ti sice mají regres vůči příjemci, ale riziko za neoprávněné výplaty je tak přeneseno především na ně.

De lege ferenda bude představenstvo nikoli odpovídat společnosti za škodu způsobenou neoprávněným vyplacením dividendy, nýbrž bude dle § 36 odst. 2 ZOK ex lege solidárně ručit za splnění povinnosti vrátit nezákonně vyplacenou dividendu.

3.3.4 SHRNUTÍ

Z výše podaného přehledu jednotlivých sankcí spojených s neoprávněnými výplatami z vlastních zdrojů společnosti, je zřejmé, že v tomto případě plní sankce preventivní funkci ve vztahu k představenstvu, které je právní úpravou motivováno nepřistupovat k neoprávněným výplatám, neboť negativní důsledky těchto výplat, by pocítili především členové představenstva sami, a dále pak funkci restorativní ve vztahu k příjemcům a členům představenstva. Tato restorativní funkce sankčního systému tak může přispět k udržení kapitálové vybavenosti společnosti.

3.4 SANKCE PŘI PORUŠENÍ USTANOVENÍ O NABÝVÁNÍ VLASTNÍCH AKCIÍ

Nabývání vlastních akcií či zatímních listů společností není obecně žádoucím jevem, neboť kromě neoprávněných výplat dividend je nabývání

vlastních akcií druhým způsobem, jakým mohou akcionáři obcházet zákaz vrácení kapitálu akcionářům (srov. § 179 odst. 2 ObchZ)[8], případně u kótovaných společností může vznikat nežádoucí riziko manipulace kursem jejích kótovaných akcií[9] či obecně u všech společností nebezpečí autokontroly společnosti jejím představenstvem.

3.4.1 SANKCE V PŘÍPADĚ ORIGINÁRNÍHO NABYTÍ VLASTNÍCH AKCIÍ

Originární nabývání vlastních akcií je společnosti zakázáno (§ 161 odst. 1 ObchZ). Je-li tento zákaz porušen, nastupuje solidární povinnost zakladatelů (v případě, že je společnost zakládána) či členů představenstva (jde-li o zvyšování základního kapitálu) splatit emisní kurs akcií upsaných v rozporu s tímto zákazem (§ 161 odst. 3 ObchZ) s tím, že splacením se tyto osoby stávají vlastníky těchto akcií namísto společnosti, které je originární nabytí vlastních akcií zapovězeno. Jedná-li se o osoby, které vlastním jménem, ale na účet společnosti upsaly akcie společnosti, platí, že tyto osoby upsaly akcie společnosti na svůj vlastní účet (§ 161 odst. 2 ObchZ).

České právo využilo možnosti, kterou jí dává druhá směrnice v čl. 18 odst. 3 pododstavci druhém Druhé směrnice a zakotvilo pro tyto osoby speciální liberační důvod, podle něhož se mohou závazku splatit emisní kurs takových akcií zprostit, prokáží-li, že o takovém upsání nevěděly ani vědět nemohly. Lze soudit, že tento liberační důvod bude mít význam zejména pro ty osoby, které se upsání osobně nezúčastnily[10].

Dalším důsledkem porušení zákazu upisovat vlastní akcie je nemožnost výkonu veškerých práv spojených s takto upsanými akciemi (§ 161 odst. 4 ObchZ). Přirozeně však trvá vkladová povinnost osoby, na níž závazek splatit emisní kurs dopadá. Nemožnost výkonu práv spojených s takovými akciemi se zdá být dle současné úpravy časově neomezená, neodpadá tedy okamžikem úplného splacení emisního kursu takto upsaných akcií, přestože pro takovou sankci zjevně absentuje jakékoli rozumné odůvodnění.

De lege ferenda budou sankce za originární nabývání vlastních akcií řešeny v zásadě shodně jako v současné úpravě (srov. § 310 ZOK). Jediným zásadním rozdílem je pravidlo, podle něhož zakladatelé či členové představenstva, kteří v rozporu se zákonným zákazem upisovat vlastní akcie společnosti tyto upsali, nebudou oprávněni vykonávat akcionářská práva jen

---

[8] Rickford, J., et al. Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance. EBLR, číslo 15, s. 17.

[9] Santella, P., Turrini, R. Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive? EBOLR, číslo 9, s. 448.

[10] Op. cit. sub 3, s. 503.

do okamžiku splacení emisního kursu jimi upsaných akcií (§ 310 odst. 2 ZOK)[11].

3.4.2 SANKCE V PŘÍPADĚ DERIVATIVNÍHO NABYTÍ VLASTNÍCH AKCIÍ

Druhá směrnice i obchodní zákoník reflektují skutečnost, že případy, kdy společnost nabývá vlastní akcie, jsou v praxi nevyhnutelné (např. v případě vyloučení akcionáře, v případě odvracení značené škody apod.). Ani v těchto případech však není žádoucí, aby společnost měla ve svém majetku své vlastní akcie v jakémkoli rozsahu a po jakkoli dlouhou dobu. Proto ustanovení § 161a an. ObchZ blíže upravují podmínky dovolených nabytí vlastních akcií, jakož i přípustný rozsah takových nabytí a související povinnost v zákonem určených lhůtách vlastní akcie zcizit.

Nezcizí-li společnost vlastní akcie v příslušných lhůtách (srov. § 161a odst. 2 a 3, § 161b odst. 3, § 161c odst. 2 ObchZ), nastupuje povinnost společnosti snížit o jmenovitou hodnotu těchto vlastních akcií základní kapitál. Pokud společnost tuto povinnost nesplní, vystavuje se riziku svého zrušení a následné likvidace (§ 161b odst. 4 a § 161c odst. 2 ObchZ). Úprava těchto v § 318 a 320 ZOK zůstává v zásadě shodná.

Dalším sankčním důsledkem je neplatnost právních úkonů učiněných v rozporu s § 161a a 161b, nebyla-li protistrana v dobré víře (§ 161c odst. 1, shodně § 320 odst. 1 ZOK). Pokud bude právní úkon učiněný v rozporu s ust. § 161a a 161b ObchZ platný, je dalším sankčním důsledkem – oproti nabytím v souladu s § 161a a 161b ObchZ – pro společnost kratší lhůta ke zcizení akcií, a to lhůta 1 roku ode dne jejich nabytí (shodně § 320 odst. 2 ZOK).

Kromě již zmíněných důsledků spojených s nabytím vlastních akcií nemůže dále společnost vykonávat hlasovací a přednostní práva s nimi spojená a nevznikne jí právo na dividendu (§ 161d odst. 1 ObchZ, obdobně též § 321 ZOK). Tímto důsledkem zákon zabraňuje představenstvu zneužít svého postavení a předchází se riziku autokontroly společnosti. Tento důsledek je žádoucí, neboť v případě jeho absence by hrozilo, že se stávající členové představenstva, kteří by na valné hromadě uplatňovali hlasovací právo spojené s vlastními akciemi, byli vystaveni pokušení oportunistického jednání k újmě akcionářů společnosti. Případné uplatňování přednostních práv by jim pak mohlo umožňovat uměle zvyšovat podíl vlastních akcií na celkovém objemu základního kapitálu a tedy k upevňování svého postavení.

[11] Blíže srov. důvodovou zprávu k osnově ZOK. Eliáš, K., Havel, B. Osnova občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodních korporacích. Plzeň : Aleš Čeněk, 2009, s. 562.

3.4.3 SANKCE DOPADAJÍCÍ NA OVLÁDANOU OSOBU

Upisování, nabývání či zastavování vlastních akcií společnosti společností jí ovládanou osobou je obecně stejně nežádoucí jako nabývání vlastních akcií společností, a proto je také zákon blíže reguluje (§ 161g ObchZ), neboť zákaz nabývání vlastních akcií by bylo možno prostřednictvím ovládaných osob obcházet.

Kromě toho, že důsledkem je nemožnost výkonu hlasovacího práva spojeného s takovými akciemi, hrozí ovládaným osobám zrušení, pakliže nedojde ke zcizení akcií společnosti v zákonem stanovených lhůtách, tj. bez dalšího, neboť logicky snížení základního kapitálu ovládané osoby by nepřineslo sledovaný efekt. De lege ferenda je i tato úprava řešena v zásadě shodně (§ 330 ZOK).

3.4.4 SHRNUTÍ

Sankce dopadající na zakladatele, členy představenstva, či osoby, na jejichž učet platí akcie za upsané, dále na společnost či osoby jí ovládané, jsou nepochybně velmi přísné. V této oblasti některé sankce stanoví Druhá směrnice (srov. čl. 18, 20 a 21), která však stanoví jako nejpřísnější sankci povinné zrušení akcií.

Druhá směrnice přirozeně nezakazuje členským státům upravit sankce přísnější, jako je tomu v případě úpravy české u sankce zrušení společnosti. S ohledem na nebezpečí, s nimiž může být upisování, nabývání či zastavování vlastních akcií společnosti spojeno, lze dle mého soudu říci, že hrozba sankcí zrušení společnosti je přiměřená. Je totiž třeba vzít v úvahu, že porušování ustanovení o nabývání vlastních akcií může vést v extrémním případě jednak k riziku autokontroly společnosti, kterou bude řídit oportunisticky se chovající představenstvo, přičemž čím vyšší bude podíl vlastních akcií vůči základnímu kapitálu, tím nižší bude vlastní kapitálové vybavení společnosti, a to přirozeně k újmě věřitelů společnosti. Takovou situaci nelze připustit, neboť akciová společnost by byla v takovém případě jen prázdnou skořápkou řízenou všehoschopným managementem. Není tedy jediného důvodu, proč by měl se takový subjekt účastnit právního styku.

3.5 SANKCE V PŘÍPADECH ZMĚN VÝŠE ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

Rovněž pro případy, kdy dochází ke změnám ve výši základního kapitálu, upravuje obchodní zákoník některé sankce spojené s určitými spíše zvláštními povinnostmi.

3.5.1 SANKCE V PŘÍPADECH ZVÝŠENÍ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

Nepředloží-li akcionář včas své listinné akcie za účelem jejich výměny či za účelem vyznačení jejich nové jmenovité hodnoty, dopadá na něj nemožnost

vykonávat práva s takovými akciemi spojená (§ 209 odst. 2 ObchZ, shodně § 510 odst. 3 ZOK) a zároveň se uplatní postup podle § 214 ObchZ, jehož důsledkem může být prohlášení akcií za neplatné.

K převzetí nových listinných akcií v případě, že jsou na zvýšení základního kapitálu nové akcie vydávány, motivuje zákon akcionáře tak, že stanoví zvláštní lhůtu pro promlčení práva na vydání akcií na zvýšení základního kapitálu, a to lhůtu 1 roku (§ 209 odst. 4 písm. c) ObchZ). Nechce-li se tak akcionář vystavovat nebezpečí, že mu zůstane pouze naturální obligace a že představenstvo bude postupovat dle § 214 odst. 4 ObchZ, je na něm, aby převzal akcie včas. De lege ferenda nebude právo převzít nové akcie omezeno zvláštní promlčecí lhůtou, nýbrž právem společnosti po 1 roce od doručení výzvy k převzetí nových akcií tyto akcie prodat (§ 513 odst. 1 písm. c) ZOK), přičemž věcně se na podstatě práv akcionáře nic nezmění, neboť nevčasný postup akcionáře povede – stejně jako za stávající úpravy – k prodeji akcií.

3.5.2 SANKCE V PŘÍPADECH SNÍŽENÍ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

Speciální sankcí v souvislosti se snížením základního kapitálu je absolutní objektivní odpovědnost představenstva společnosti a jejím věřitelům za škodu způsobenou poskytnutím plnění z důvodu snížení základního kapitálu nebo prominutím nebo snížením nesplacených částí jmenovitých hodnot akcií, a to buďto před zápisem nové výše základního kapitálu do obchodního rejstříku, nebo před uspokojením nebo zajištěním věřitelů (§ 216 odst. 4 ObchZ). Důvodem je konstitutivní povaha zápisu nové výše základního kapitálu do obchodního rejstříku a zákaz poskytnutí takového plnění před zápisem do obchodního rejstříku. Byť to v zákoně výslovně vyjádřeno není, takovéto plnění jsou akcionáři povinni vrátit, a to bez ohledu na případnou dobrou víru.

De lege ferenda ZOK v § 530 odst. 2 precizuje, že členové představenstva odpovídají za újmu způsobenou společnosti či jím věřitelům tím, že v rozporu se zákonným zákazem poskytnou akcionářům plnění z důvodu snížení základního kapitálu před účinností snížení základního kapitálu, resp. způsobenou prominutím nebo snížením nesplacené části emisního kursu akcií.

Dochází-li ke zjednodušenému snížení základního kapitálu podle § 216a ObchZ, zakazuje zákon poskytovat akcionářům v souvislosti se snížením základního kapitálu jakékoli plnění, neboť účelem je buďto úhrada ztráty nebo převod do rezervního fondu za účelem úhrady budoucí ztráty. Pokud k takové výplatě dojde, jedná se o neoprávněnou výplatu, jíž jsou akcionáři povinni vrátit. Členům představenstva v takovém případě vzniká zákonné solidární ručení za splnění tohoto závazku, podobně jako v případě neoprávněné výplaty jiných vlastních zdrojů než dividend (srov. § 179 odst. 1 ObchZ). Shodně jsou sankce v případě zjednodušeného snížení základního kapitálu řešeny v § 555 ZOK.

Sankcí dopadající na společnost v případě souběžného snížení a zvýšení základního kapitálu, nedosahuje-li základní kapitál po souběžném snížení a zvýšení alespoň minimální výše základního kapitálu, je zamítnutí rejstříkového návrhu (§ 216c odst. 3 ObchZ)[12].

3.5.3 SHRNUTÍ

V případech změn výše základního kapitálu jsou stanoveny dílčí sankce, které výslovně řeší některé specifické situace, k nimž v souvislosti s procesem změn výše základního kapitálu může dojít. Sankce jsou nastaveny motivačně tak, aby jak akcionáři, tak představenstvo měli důvod postupovat dle zákona.

3.6 TREST KORPORAČNÍ SMRTI

Výše byly zmíněny případy, kdy se společnost vystavuje neplněním svých zákonných povinností nebezpečí soudního zrušení. Kromě rozhodnutí soudu mohou přirozeně zrušit společnost též sami akcionáři, mj. mají k uvážení tuto možnost v případě vážných ztrát upsaného základního kapitálu, kdy je představenstvo povinno svolat valnou hromadu za účelem informování akcionářů a rozhodnutí o dalším osudu společnosti (§ 193 odst. 1 ObchZ, shodně § 416 ZOK).

Trest korporační smrti, tedy zrušení společnosti soudem, dopadá na společnosti, které se proti pravidlům ochrany základního kapitálu provinily těmi nejhoršími způsoby, tj. např. nezcizily vlastní akcie, resp. nesnížily v tomto rozsahu základní kapitál, či u nich nebyla dodržení o splácení emisního kursu.

Bylo by přirozeně nevhodné rušit fungující společnosti s řádným podnikatelským programem, proto zákon stanoví, že rejstříkový soud je povinen nejprve vyzvat prodlévající společnost ke zjednání nápravy (§ 68 odst. 7 ObchZ, shodně § 167 odst. 2 osnovy občanského zákoníku). To je jistě vhodné pravidlo, které předchází zbytečným tvrdostem sankčního systému a umožňuje pod hrozbou zrušení společnosti odstranit závadný stav.

Pokud se výzva soudu mine účinkem, je zrušení společnosti na základě rozhodnutí soudu nabíledni. Problematické však je, nakolik bude rozhodnutí o zrušení vlastně trestem a pro koho vůbec. Neměli-li akcionáři a představenstvo společnosti zájem zjednat nápravu, pak tato skutečnost může znamenat, že společnost je již pouhou prázdnou skořápkou, z níž byl již majetek k/ke škodě věřitelů společnosti vysán. Jedná-li se o tento případ, je

[12] Zákon nesprávně hovoří o tom, že rejstříkový soud souběžné snížení a zvýšení „nepovolí“. To je však nepřesné, neboť rejstříkový soud zápis změny na společnosti nepovoluje.

rozsudek korporační smrti do značné míry jen formalitou, kterou si právo pomáhá zbavit se nemocné společnosti a odstranit ji z právního styku.

Lze myslím konstatovat, že význam tohoto trestu není příliš velký, neboť zdravé společnosti před rozsudkem smrti zachrání povinná výzva soudu ke zjednání nápravy, a v případě nemocných společností je zrušení formalitou, které pravděpodobně mrzí více případné věřitele, než akcionáře společnosti.

4. ROLE SANKCÍ V OCHRANĚ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

4.1 OCHRANA VĚŘITELŮ

Pakliže je hlavní funkcí tradičně přisuzovanou konceptu základního kapitálu ochrana věřitelů společnosti, nabízí se otázka, nakolik sankce v ochraně základního kapitálu napomáhají realizaci této tradiční funkce základního kapitálu.

Z pohledu ochrany věřitelů přirozeně koncept základního kapitálu nezaručuje, že společnost bude neustále udržovat úroveň čistého obchodního majetku alespoň na úrovni cifry upsaného základního kapitálu. Věřitel se však díky zákonným pravidlům může:

1. spolehnout alespoň na to, že vyloučení osobního ručení akcionářů společnosti za její závazky bylo „vykoupeno“ vstupní cenou minimální výše základního kapitálu, kterážto bariéra může z obchodního styku vyřadit unáhlené projekty (či řečeno opačně: může omezit přístup k omezenému ručení)[13], a

2. spolehnout alespoň na to, že případné výplaty akcionářům podléhají zákonným omezením, které jsou vázány na historickou cifru základního kapitálu, tedy součtu výše historických vkladů jednotlivých akcionářů[14].

4.2 DOBROVOLNÍ A NEDOBROVOLNÍ VĚŘITELÉ

Jednotliví věřitelé mají ve vztahu k akciové společnosti různé postavení, a to podle toho, zda se jedná o věřitele dobrovolného (angl. adjusting creditors či voluntary creditors), tedy o věřitele, jehož vztah ke společnosti byl založen (nejčastěji obchodní) smlouvou, či o věřitele nedobrovolného (angl. non-adjusting creditors či involuntary creditors), nejčastěji jde o osoby postižené deliktním jednáním společnosti či o stát a jeho daňové či obdobné veřejnoprávní nároky. Rozdíl je zřejmý: zatímco dobrovolní věřitelé (zejména banky a jiní poskytovatelé úvěrů) mají možnost smluvně ovlivnit rovnováhu mezi poskytovateli vlastního a cizího kapitálu prostřednictvím smluvních pravidel týkajících se případných výplat akcionářům,

[13] Op. cit. sub 9, s. 434.

[14] Op. cit. sub 5, s. 16.

nedobrovolní věřitelé takovouto možnost nemají, neboť se žádného kontraktačního procesu z podstaty věci neúčastní.

Racionální dobrovolný věřitel, který poskytuje společnosti úvěr, se nespolehne na zákonná omezení výplat akcionářům, tedy na historickou cifru základního kapitálu a z tohoto měřítka vyplývající omezení, ale bude spíše usilovat o nadstavbovou smluvní úpravu omezení výplat akcionářům či jakýchkoli výplat z majetku společnosti. Je-li dobrovolný věřitel v pozici, že je jednání o takovém smluvním ujednání myslitelné, pak lze též předpokládat, že bude mít přístup k aktuálním účetním výkazům společnosti a k informacím o aktuální finanční situaci společnosti, podle nichž bude moci zvážit rizika vyplývající z konkrétního obchodu a jim též přizpůsobit smluvní omezení výplat z majetku společnosti. Pro tyto dobrovolné věřitele tedy plní ochrannou funkci především takovéto smluvní ujednání a význam jejich ochrany základním kapitálem je spíše podpůrný.

Zaměřím se proto při další úvaze o roli sankcí v ochraně základního kapitálu na věřitele nedobrovolné, jejichž pozice je oproti věřitelům dobrovolným zhoršena kromě toho, že se neúčastní žádné kontraktace a nemohou tak ovlivnit pravidla týkající se omezení výplat z majetku společnosti, též značnou informační asymetrií[15].

4.3 SANKCE ZA PORUŠENÍ POVINNOSTÍ SMĚŘUJÍCÍCH K VYTVOŘENÍ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

Není v silách nedobrovolného věřitele, aby přiměl společnost vymáhat případný úrok za prodlení se splacením emisního kursu akcií, a tím posílit majetek společnosti, nemá ani právní nárok na zahájení kadučního řízení proti prodlévajícímu akcionáři. Nedobrovolný věřitel tak může pouze doufat, že prodlévající akcionář bude dostatečně právní úpravou a hrozbami vyplývajícími z jednotlivých sankcí motivován ke splnění vkladové povinnosti, což přispěje k vyššímu kapitálovému vybavení společnosti a tím potenciálně též k vyšší míře uspokojení pohledávky nedobrovolného věřitele. V některých odvětvích lze nebezpečí vyplývající pro nedobrovolné akcionáře zmírnit zákonným pojištění odpovědnosti[16]. Zavedení plošného

[15] Odhlédneme-li od pozice státu, který má z pochopitelných důvodů přístup k řadě informací, které nejsou běžným věřitelům dostupné. Srov. op. cit. sub 5, s. 20.

[16] Op. cit. sub 5, s. 19. Společnost, která je pouhou skořápkou bez kapitálového vybavení, jejímž jediným účelem je využití korporační subjektivity pro zmírnění rizika podstupovaného akcionáři a jeho přenesení na třetí subjekty, lze přirovnat k autovlaku bez pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou provozem takového vozidla. Pro provoz na pozemních komunikacích je jistě přítomnost takových vraků nežádoucí. Tím méně je žádoucí, aby jejich provozovatelé neměli uhrazené povinné pojištění. Avšak pro případy, že k tomu dojde, obsahuje zákonná úprava odpovídající řešení a osoby poškozené provozem takového vraku se mohou domoci pojistného plnění z garančního fondu. Podobně by bylo možné uvažovat též o společnostech-prázdných skořápkách, které se účastní právního styku. Osoba, která byla jejich jednáním poškozena, by neměla doplácet na skutečnost, že kapitálové vybavení takové korporace je nulové, zejména jde-li o nedobrovolného věřitele.

zákonného pojištění odpovědnosti akciových společností, které by mohlo případné pohledávky nedobrovolných věřitelů saturovat, je však dle mého názoru nereálné.

4.4 SANKCE ZA PORUŠENÍ POVINNOSTÍ SMĚŘUJÍCÍCH K UDRŽENÍ ZÁKLADNÍHO KAPITÁLU

Skutečná vymahatelnost povinnosti akcionářů, zaměstnanců, členů představenstva či jiných osob vrátit neoprávněně vyplacenou dividendu, resp. jiné podíly na zisku, závisí především na aktivitě představenstva a akcionářů. Role nedobrovolných věřitelů při vymáhání těchto povinností je z právního hlediska nulová. Zejména v situacích, kdy je představenstvo závislé na přízni akcionáře, jemuž byla neoprávněná výplata poskytnuta, nebude zřejmě vymáhání nároku vůči akcionáři příliš časté.

Jistou naději skýtá nedobrovolným akcionářům jednak absolutní objektivní odpovědnost představenstva za škodu způsobenou porušením § 178 a 179 ObchZ a jednak zákonné solidární ručení členů představenstva za závazek vrátit neoprávněně vyplacený jiný podíl na zisku. Nedobrovolný věřitel se v tomto případě může domáhat své pohledávky vůči členům představenstva z titulu zákonného ručení dle § 194 odst. 6 ObchZ, jeho procesní pozice ve sporu však bude značně nelehká. Kromě toho, že nedobrovolný věřitel bude muset prokázat svoji pohledávku, bude muset prokázat též, že žalovaní členové představenstva společnosti odpovídají za škodu dle § 179 odst. 1 ObchZ. To znamená, že:

1. věřitel bude muset prokázat, že došlo k neoprávněné výplatě – je zjevné, že jen málokterý nedobrovolný věřitel se o takovéto výplatě vůbec dozví, a dále

2. věřitel bude muset prokázat neoprávněnost takové výplaty – prokázat takovou skutečnost bude moci pouze tehdy, pokud bude vůbec schopen prokázat výplatu a pokud sama společnost bude plnit povinnost zakládat do sbírky listin obchodního rejstříku účetní výkazy, z nichž by bylo možno neoprávněnost dedukovat, a dále

3. věřitel bude muset v případě, že by se jednalo o neoprávněně vyplacenou dividendu vyvrátit dobrou víru akcionáře.

Je zjevné, že využití ručení členů představenstva dle § 194 odst. 6 ObchZ nebude pro nedobrovolné věřitele příliš praktické, neboť rizika, která by v případě jeho realizace věřitelé podstupovali, by pravděpodobně převážila nad případnými přínosy.

Oproti autovrakům – jejichž opotřebovanost je zjevná na první pohled – však takové společnosti není snadné pouhým pohledem do obchodního rejstříku rozeznat, protože povinnost zakládat do sbírky listin účetní výkazy je v tuzemských podmínkách masivně ignorována a ze strany soudů vynucována jen liknavě.

Jediným pro nedobrovolné věřitele v úvahu připadajícím řešením ze zde presentovaných sankcí směřujících k ochraně základního kapitálu, tak zůstává hrozba zrušení společnosti. Věřitel se tak může obrátit na soud s podnětem ke zrušení společnosti a doufat, že tento postup přispěje k uspokojení jeho pohledávky (např. společnost zjedná nápravu a s věřitelem se dohodne).

Dojde-li ke zrušení společnosti, ať už na základě rozhodnutí soudu či rozhodnutí valné hromady, pak po zániku společnosti se nedobrovolní věřitelé mohou domáhat úhrady svých pohledávek vůči akcionářům z titulu ručení za závazky společnosti do výše podílu na likvidačním zůstatku (§ 56 odst. 6 ObchZ).

5. ZÁVĚR

Ochrana věřitelů je hlavním odůvodněním existence základního kapitálu. K naplnění této funkce základního kapitálu mají mimo jiné přispívat též sankce, jež jsou s porušením povinností směřujících k vytvoření a udržení základního kapitálu spojeny. Nejsou-li povinnosti vyplývající z ochranného systému základního kapitálu aktivně plněny představenstvem společnosti, je postavení zvláště nedobrovolných věřitelů značně komplikované, neboť ani sankce stanovené obchodním právem příliš nepřispějí k uspokojení pohledávek takových věřitelů.

Je přirozené, že vzhledem ke stávající úpravě Druhé směrnice nemůže zákonodárce na vžitý koncept základního kapitálu rezignovat, byť je jeho funkce v posledním desetiletí zpochybňována. V mantinelech, které jsou tuzemskému zákonodárci vymezeny Druhou směrnicí a samotným konceptem základního kapitálu, je sankční systém jeho ochrany nastaven správně – motivuje akcionáře i členy představenstva, má snahu obnovovat případné porušení pravidel ochrany základního kapitálu, avšak není s to ochránit věřitele před oportunismem akcionářů a managementu, před podvodnými jednáními, před neúspěchy podnikání akciové společnosti či před nekompetencí jejího vedení. Objeví-li se u akciové společnosti neduhy tohoto zrna, nabízí obchodní právo nedobrovolným věřitelům prostředky, jejichž využití je pro ně spojeno se značnými riziky a začasté tak nezbude, než aby byly tyto neduhy řešeny v insolvenčním či trestním řízení, v jejichž rámci mohou věřitelé dosáhnout (zpravidla však pouze částečného) uspokojení své pohledávky.

S ohledem na to, že úprava sankcí v ochraně základního kapitálu se ani de lege ferenda výrazně koncepčně nezmění a v nejbližší době nelze ani na komunitární úrovni očekávat odvrat od konceptu základního kapitálu, bylo by vhodné uvažovat za použití stávajících instrumentů ochrany základního kapitálu o posílení pozice nedobrovolných věřitelů. Posílení této pozice je dle mého soudu možné dosáhnout následujícími postupy:

1. zmírnění informační asymetrie, jíž jsou nedobrovolní věřitelé vystaveni – tj. vyšší dohled rejstříkových soudů nad plněním povinnosti akciových

společností zakládat do sbírky listin zejm. účetní výkazy a zprávy o vztazích mezi propojenými osobami;

2. obecně zvýšení dohledu rejstříkových soudů nad plněním jednotlivých povinností souvisejících s ochranou základního kapitálu;

3. zvážení zavedení povinného pojištění odpovědnosti v určitých rizikových oblastech[17].

Literature:

- Habersack, M.: Europäisches Gesellschaftsrecht. 3. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- Pentz, A., Priester, H., Schwanna, A.: Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhőhung. Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht. Sonderheft 17. Berlin: De Gruyter Recht, 2006.
- Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol.: Obchodní zákoník. Komentář. 12. vydání. Praha: C. H. Beck, 2009.
- Armour, J.: Legal Capital: An Outdated Concept? EBOLR, 2006, číslo 7.
- Rickford, J., et al.: Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance. EBLR, číslo 15.
- Santella, P., Turrini, R. Capital Maintenance in the EU: Is the Second Company Law Directive Really That Restrictive? EBOLR, číslo 9.
- Eliáš, K., Havel, B.: Osnova občanského zákoníku. Osnova zákona o obchodních korporacích. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009.

Contact – email
vodicka@akst.cz

[17] Např. v oblasti tzv. developerských projektů, které jsou realizovány jednorázově zakládanými společnostmi s často pouze minimálním základním kapitálem (jedná se v praxi spíše o společnosti s ručením omezeným, ale vyskytují se též akciové společnosti), existuje minimální ochrana kupujících. Vzhledem k tomu, že se v praxi vyskytují též případy, kdy jsou jednotlivé developerské společnosti, likvidovány bezprostředně po dokončení příslušného projektu, aniž by jmění těchto společností přecházelo na nástupnický subjekt, je absence ochranných mechanismů na považenou, neboť za likvidací takové společnosti lze spatřovat snahu vyhnout se odpovědnosti za vady. Základní kapitál je v tomto případě skutečně jen mizivou ochranou věřitelů.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZHODČÍ ŘÍZENÍ VE VNITROSTÁTNÍM A MEZINÁRODNÍM STYKU

ARBITRATION PROCEDURE IN INTRASTATE AND INTERNATIONAL CONNECTIONS

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

K PODJATOSTI, NEZÁVISLOSTI A NESTRANNOSTI ROZHODCE A TŘETÍ OSOBY, JEŽ MÁ JMENOVAT ROZHODCE

PAVEL ANDRLE

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language:
Článek se zabývá problémem podjatosti, nestrannosti a nezaujatosti jednak rozhodce, jednak třetí osoby, jež má jmenovat na žádost stran sporu rozhodce.

Je třeba, aby ve vztahu rozhodce – účastníci řízení byly vyloučeny vlivy na průběh řízení a rozhodování, aby rozhodce byl nepodřízen třetímu subjektu a v posledku, aby rozhodce byl nezúčastněný na zájmu na způsobu řešení dané věci.

Tentýž závěr se týká i třetí osoby, která by měla jmenovat osobu rozhodce.

Key words in original language:
Rozhodčí řízení; rozhodce; podjatost; nestrannost; nezaujatost.

Abstract:
The article deals with the problem of partiality, neutrality and impartiality arbitrator, both third party, to appoint at the request of the parties to the dispute arbitrator. The key to this issue, the question of legitimate procedural fault in the execution thereof, respectively management during execution.

It must, in respect of an arbitrator - the parties have excluded the effects of the conduct of the proceedings and decision to an arbitrator was not subject to third party and, ultimately, to an arbitrator for the casual interest in how to resolve the matter.

The same conclusion applies to the third party should appoint a person arbitrator.

Key words:
Arbitration; arbitrator; objectivity; neutrality; impartiality.

Základními nároky, jež jsou kladeny na jakéhokoliv rozhodce, je předpoklad, že spor bude rozhodovat jako rozhodce nezaujatý, nestranný a nepodjatý[1].

Je otázkou, zda se tyto nároky uplatní i na třetí osobu, jež by rozhodce měla jmenovat, jak je častým zvykem u arbitrážních center v České republice, kdy rozhodce jmenuje většinou předseda tohoto arbitrážního centra.

[1] Viz § 1 odst. 1, § 8 ZRŘ. Z dostupné literatury viz např. Růžička, K.: Osoba rozhodce v rozhodčím řízení, Právní rádce č. 8/1998. Bělohlávek, A., J.: Osoba rozhodce v rozhodčím řízení. Právní rádce č. 10/2003; okrajově Lisse, L.: K požadavkům na výkon funkce rozhodce a liberalizace rozhodčího soudnictví. Právní rozhledy č. 6/2006

Z těchto důvodů se v první části svého příspěvku pokusím stručně vymezit požadavky na nezávislost rozhodce a ve druhé části ukázat, zda tyto předpoklady lze vyžadovat i po osobě, jež jako třetí nezávislá osoba jmenuje osobu rozhodce. Závěr příspěvku je věnován zhodnocení předložených úvah.

Principy nezávislého postavení rozhodce v jakémkoliv rozhodčím řízení, jenž se nesou národní úpravou rozhodčího řízení[2], jsou upraveny zákonem č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (dále též „ZRŘ“).

Předpoklady nepodjatosti, nestrannosti a nezávislosti[3] jsou ve smyslu nároků na funkci rozhodce v komplexní, vzájemné funkční vazbě: je-li porušena jedna z nich, nelze hovořit o nestranném (a nepodjatém) rozhodci.

Byť by mohlo být při povrchním pohledu na ustanovení § 8 ZRŘ konstatováno, že pro funkci rozhodce je potřebná pouze jeho nepodjatost vůči některé ze stran sporu nebo k předmětu řízení mám za to, že *v komparaci* s ustanovením § 10 odst. 1 ZRŘ a *z charakteru postavení rozhodce v rozhodčím řízení*[4] je možné uzavřít, že mimo podjatost rozhodce je nutné trvat i na jeho nestrannosti a nezávislosti: tedy, pro výkon funkce rozhodce je potřeba splnit jednak podmínku jeho nepodjatosti, zároveň však je nutné trvat na tom, aby byl nezávislý a nestranný.

Pojmy nepodjatosti, nezávislosti a nestrannosti nebyly pro potřebu výkonu funkce rozhodce odbornou literaturou ani judikaturou definovány.

Z publikovaných odborných pramenů, zabývajících se nezávislostí rozhodovacího orgánu (soudce), se můžeme podle mého názoru obrátit na literaturu[5] zabývající se procesním právem. Byť nelze na otázku podjatosti rozhodce v žádném případě použít právní úpravu obsaženou v občanském soudním řádu[6], neboť zákon o rozhodčím řízení má vlastní, speciální úpravu, domnívám se, že výklad jednotlivých pojmů použitých v odborné literatuře na výkon funkce soudce použít pro rozhodce naopak lze.

Tak např. Stavinohová uvádí, že *optimální pro výkon soudcovské funkce je vyloučení všech vlivů na průběh řízení a rozhodování, dále, že soud může*

---

[2] Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI. 2002. str. 107.

[3] Jak uvádí Klein: „Rozhodci musejí být samozřejmě vždy nezávislí a nestranní (přičemž se vychází z toho, že nezávislost je kategorie objektivní a nestrannost kategorie subjektivní)“ in: Klein, B. Pozapomenuté výhody rozhodčího řízení. Právní fórum. 22.4.2008. cit. ASPI LIT30233CZ.

[4] Nehledě na zahraniční a mezinárodní úpravu, která výslovně hovoří nejenom o podjatosti, ale o nestrannosti a nezávislosti rozhodce. Viz například 1976 - UNCITRAL Arbitration Rules dostupné z http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html.

[5] Stavinohová, J., Hlavsa, P., Civilní proces a organizace soudnictví. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk. 2003. str. 76 a násl. nebo Winterová, A. a kol., Civilní právo procesní. Vysokoškolská učebnice. 3. vydání. Praha: Linde. 2004. str. 70 a násl.

[6] Bělohlávek, A., J.: Procesní předpisy a rozhodčí řízení. Právní fórum č. 12/2007, nebo Bělohlávek, A. J., Pezl, T.: Aplikace procesních předpisů na rozhodčí řízení. Právní rádce č. 2/2008.

vystupovat v roli třetí osoby nezúčastněné na existenci zájmu na způsobu řešení dané věci; nestrannost je zabezpečována zákazem ovlivňování ze strany kohokoliv; nezávislost znamená nepodřízenost soudce při rozhodování komukoliv jinému a jako poslední, podjatost soudce je dána, jestliže se zřetelem na jeho poměr k věci, k účastníkům (stranám) nebo k jejich zástupcům je zde důvod pochybovat o jeho nepodjatosti (…).

Naproti tomu, jak Bělohlávek uvádí v komentáři k zákonu o rozhodčím řízení[7], *„Důvod pro možné vyloučení rozhodce ve smyslu § 8 RozŘ je však zapotřebí vykládat jako konkrétní závislost rozhodce na průběhu a výsledku sporu, kdy výsledek sporu může rozhodce považovat za svou výhodu nebo výhodu osoby blízké či výhody osoby personálně a majetkově spojené. Takové hledisko musí být zásadní a v podstatě jediné.“*

Porovnáním obou výše uvedených závěrů, výslovně se vztahující na orgány soudního typu a soudce, druhý, jež se vztahuje na rozhodčí řízení a rozhodce dle národní úpravy rozhodčího řízení, resp. řízení soudního, lze seznat, že závěry nauky ohledně nezávislosti rozhodce jsou užší, než-li úprava nezávislosti soudce. Mám však za to, že Bělohlávkovo vymezení je příliš úzké a nepřiléhavé závažnosti postavení rozhodce.

Stát umožnil, aby strany sporu vyloučili národní soudy z rozhodování jejich majetkových sporů a aby tyto strany svěřili pravomoc rozhodovat o jejich majetkových sporech rozhodci k tomu ustavenému.

Takto ustanovený rozhodce by však podle mého názoru neměl být pouze nepodjatý, a to z Bělohlávkova pohledu, tj. pouze se zřetelem k jeho případné výhodě či výhodě osoby blízké (…). Takovéto vymezení požadavků na nepodjatost rozhodce by bylo příliš úzké, zaměřené pouze na subjektivní stránku vztahu rozhodce – účastník řízení.

Je třeba trvat spíše na tom, aby ve vztahu rozhodce – účastníci řízení byly vyloučeny vlivy na průběh řízení a rozhodování, aby byla zajištěna a dodržena nepodřízenost rozhodce při rozhodování komukoliv jinému, dále, jak uvádí Bělohlávek, avšak řečeno slovy Stavinohové, aby rozhodce byl nezúčastněný na existenci zájmu na způsobu řešení dané věci. Tyto požadavky na nepodjatost rozhodce jsou naopak postaveny z velké části na objektivní stránce vztahu rozhodce – účastníci řízení, která však podle mého názoru mnohem lépe koresponduje s postavením rozhodce jakožto nezávislého arbitra, byť jmenovaného stranami sporu.

Pro tuto chvíli je možné učinit ten dílčí závěr, že k povaze postavení rozhodce vůči účastníkům řízení a věci samé podle mého názoru lépe přiléhá objektivní posouzení jeho nezávislosti, nestrannosti a nepodjatosti, neboť subjektivní pohled směřující pouze k jeho závislosti na výsledku řízení a výhodě osobní nebo ve prospěch osoby blízké je příliš úzkým kritériem, jež dostatečně nepostihuje celou šíři problému, jakým by nezávislost, nestrannost a nepodjatost rozhodce je.

[7] Bělohlávek, A.J., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C.H.Beck. 2004. str. 82. Totéž viz cit. 5.

Ovšem, bude závěr výše učiněný aplikovatelný i pro osobu, jež jako třetí osoba je pověřena stranami sporu k tomu, aby určila rozhodce? Může či musí být na tento subjekt kladeny stejné nároky ohledně jeho nepodjatosti, nezaujatosti a nestrannosti jako na osobu rozhodce? Samotný vztah mezi rozhodcem a třetí osobou pověřenou k určení rozhodce musí být vztahem rovnoprávným, nikoliv vztahem nadřízenosti a podřízenosti, známým například ze správního práva procesního[8].

V rozhodčí doložce může být mezi smluvními stranami sjednáno, že rozhodce jmenuje třetí osoba[9] odlišná od osoby rozhodce i samotných (budoucích) účastníků řízení. Takové ujednání je platné, navíc má nespornou výhodu, že třetí osoba může vybrat rozhodce, o kterém bude vědět, že se specializuje na určité oblasti vědomostí, které jsou nutné a potřebné pro daný spor nebo kdy se strany nedohodnou přímo na určitém rozhodci, ale mají důvěru ve třetí osobu, nebo právě například v případě tzv. arbitrážních centrech, jež však nejsou rozhodčími soudy ve smyslu ZRŘ[10].

Problém však podle mého názoru u výše uvedeného ujednání v rozhodčí doložce tkví právě v tom, že zákon o rozhodčím řízení nestanoví, že by tato třetí osoba měla vůči stranám (straně) nebo předmětu řízení rovněž vykazovat kvalitativní znaky nepodjatosti, nestrannosti a nezávislosti.

To však podle mého mínění neznamená, že by třetí osoba (klasicky předseda arbitrážního centra apod.) neměla tyto kvalitativní znaky nezávislosti, nepodjatosti a nestrannosti vykazovat. V dalším textu si ukážeme, jak se lze s nastíněným problémem vyrovnat a nalézt odpovídající řešení.

Zákon o rozhodčím řízení soubor nároků na třetí osobu jmenující rozhodce nijak neřeší. Jiné procesní předpisy tuto problematiku, jak níže uvedeno, neupravují, respektive pokud upravují, nejedná se o vztah mezi dvěma nezávislými subjekty[11], jakým je vztah mezi třetí osobou a rozhodcem.

Na druhou stranu, otázka nezávislosti subjektu, jež bude jmenovat rozhodce, je úpravě ZRŘ imanentní, neboť má-li rozhodce být jmenován soudem ve smyslu § 9 a § 10 ZRŘ a zjistilo by se, že dotčený soudce je (nebo byl) podjatý, je namístě otázka, zda-li rozhodce jmenovaný podjatým soudcem může být shledán způsobilým k rozhodování či nikoliv. Tímto případem se

[8] Ve správním právu procesním platí, že je-li zjištěna podjatost vedoucího pracovníka, je tím prokázána podjatost všech jeho podřízených. Dotčený správní orgán je tím vyloučen z řízení z důvodu podjatosti.
[9] Tzv. „appointing authority".
[10] § 13 ZRŘ; viz také Tomsa, M., K rozhodování majetkových sporů v rozhodčím řízení a k postavení rozhodčích institucí. Obchodní právo č. 12/2005, str. 11 – 17.
[11] Viz § 12a zákona č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství. Viz také Výkladové stanovisko NSZ: K postavení státního zástupce, který v téže věci vystupoval v minulosti jako obhájce obviněného. Nejvyšší státní zastupitelství. 8.4.2003. cit. ASPI LIT23197CZ: „Obecně lze tedy k této otázce konstatovat, že pokud je vedoucí státní zástupce vyloučen z vykonávání úkonů trestního (a nejen trestního) řízení v konkrétní věci, je z vykonávání úkonů v téže věci vyloučeno i státní zastupitelství, jehož je vedoucím, aniž záleží na tom, zda jde o výkon působnosti, spočívající v dozoru, dohledu či instanční působnosti."

odborná literatura doposud nezabývala[12], judikatura taktéž mlčí a přitom v praxi je tato otázka na denním pořádku.

Je možné pro řešení otázky podjatosti, nezávislosti a nestrannosti třetí osoby použít analogii iuris? Domnívám se, že nikoliv. Výše uvedenou právní úpravu lze aplikovat pouze na vztah mezi subjekty, jež jsou ve vztahu vzájemné podřízenosti a nadřízenosti, respektive, žádná právní úprava neřeší problematiku nezávislosti, nestrannosti a nepodjatosti třetí osoby – subjektu, který má jmenovat rozhodce (odlišný subjekt od jmenujícího a účastníků řízení). Snad nejbližší právní úprava je vymezena v § 14 a násl. zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (dále též „OSŘ"), ve které je komplexně upravena problematika řešení podjatosti soudce, znalce, notáře nebo zaměstnanců soudů.

Nicméně, ani v OSŘ není na normativní úrovni řešena problematika procesních následků, jež by nastaly v případě zjištění podjatostí subjektu, jež má jmenovat například znalce, právě ve vztahu k nezpůsobilosti znalce[13].

Proti použití OSŘ taktéž hovoří ten argument, že v soudním řízení je příslušný soudce určen rozvrhem práce, který je závazný pro všechny strany sporu a de facto i pro soudce; neexistuje tedy ani možnost, aby v soudním řízení určovala zákonného soudce třetí nezávislá osoba. Postup určení rozhodce je zcela odlišný, závislý zcela na vůli třetí osoby, jež má tohoto rozhodce jmenovat.

Uzavřeme-li na tomto místě, že na problém nepodjatosti, nezávislosti a nestrannosti třetí osoby, jež má určit rozhodce nelze použít analogii legis, ani analogii iuris, je namístě se ptát, jak lze tuto závažnou otázku vyřešit.

Mám za to, že je nutné využít procesní principy typické pro jakékoliv kontradiktorní řízení, principy, jež vyvěrají v občanském soudním řízení a jsou zároveň použitelné v rozhodčím řízení.

Tímto esenciálním principem, jež se jako červená nit táhne každým kontradiktorním řízením, je princip rovnosti účastníků řízení. Uvedený princip se promítá do národní úpravy prostřednictvím mezinárodní smlouvy[14], na národní úrovni je zakotven v Ústavě[15], respektive v Listině základních práv a

[12] Bělohlávek, A.J., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha : C.H.Beck. 2004. str. 88 až 92.
[13] Řešeno pouze judikaturou a právní vědou: viz Mádr, ml. J. Procesní následky tzv. námitky podjatosti soudce. Právní rozhledy č. 10/1997. str. 528 a násl. cit. ASPI LIT7082CZ.
[14] Tak např. čl. 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů č. 3, 5 a 8. Sdělení federálního ministerstva zahraničních věcí č. 209/1992 Sb. ve znění Sdělení č. 41/1996 Sb.
[15] čl. 96 odst. 1 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, podle něhož „Všichni účastníci řízení mají před soudem rovná práva."

svobod[16]. Na zákonné úrovni je tato zásada upravena jak v zákoně o rozhodčím řízení, tak v občanském soudním řádu[17].

Jak k principu rovnosti stran uvádí Rozehnalová[18] „*Základní předpoklad zachování rovnosti stran zákon (ZRŘ – pozn. aut.) zabezpečuje v ustanoveních o nárocích na rozhodce, v otázkách nestrannosti, nepodjatosti atd.*“ Bělohlávek uvádí[19], že „*Zásada rovného zacházení se stranami je jednou z esenciálních zásad nejen rozhodčího řízení, nýbrž každého kontradiktorního civilního řízení, přičemž tato zásada musí být zachována v každé fázi řízení.*“ Stavinohová[20] uvádí, že „*Zásada rovnosti účastníků se projevuje vytvářením stejných procesních podmínek a procesního postavení subjektů (…)*“. Shodně uvádí Klíma[21], že „*Princip rovnosti jako základní zásada má tedy zajistit rovnost účastníků ve všech druzích řízení (…).*“

Podle mého soudu by nebylo v souladu se shora vymezenou zásadou rovnosti účastníků řízení, kdyby rozhodce byl jmenován třetí osobou – subjektem, který by sám byl podjat. Třetí osoba by mohla účelově preferovat „vhodného“ rozhodce, eventuálně by rozhodce byl přímo závislý na třetí osobě; v každém případě je porušena zásada rovnosti účastníků řízení. Mám za to, že následné rozhodčí řízení by bylo zatíženo vadou spočívající v podjatosti rozhodce[22].

Lze tedy uzavřít, že je-li osoba, která jmenuje rozhodce, podjatá, nemůže být její rozhodnutí v souladu se zásadou rovnosti účastníků řízení, neboť podjatá (ne nestranná, nezávislá) třetí osoba, jež má vybrat rozhodce, určí (může určit) rozhodcem subjekt, jež bude více vyhovovat jednomu z účastníků řízení nebo který bude mít zájem na určitém způsobu řešení dané věci.

Mám za to, že ještě horším prohřeškem proti zásadě rovnosti účastníků řízení je případ, kdy subjekt, jenž má jmenovat rozhodce, není účastníkům řízení vůbec znám. Tak například Společnost pro rozhodčí řízení, a.s., se sídlem Sokolská 60, Praha 2[23], uvádí ve svém jednacím řádu k rozhodčímu řízení[24], že „rozhodce bude (může být) jmenován správcem seznamu rozhodců“. Ani po zevrubném zkoumání však nelze zjistit, kdo je oním správcem seznamu rozhodců (dále též „Správce seznamu“).

---

[16] § 37 odst. 3 Usnesení předsednictva České národní rady o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, podle něhož „Všichni účastníci jsou si v řízení rovni.“

[17] § 18 ZRŘ; § 18 OSŘ. Zásada rovnosti účastníků je primárním principem všech soudních a správních řádů, respektive řízení.

[18] Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI. 2002. str. 150.

[19] Bělohlávek, A.J., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha : C.H.Beck. 2004. str. 88 až 143 a násl.

[20] Stavinohová, J., Hlavsa, P., Civilní proces a organizace soudnictví. Brno : Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk. 2003. str. 177.

[21] Klíma, K. a kol. Komentář k Ústavě a Listině. Plzeň : Aleš Čeněk. 2005 str. 497 a násl., str. 947 a násl.

[22] S možnou obranou při použití § 31 písm. c) ZRŘ.

[23] Tato společnost není rozhodčím soudem ve smyslu § 13 ZRŘ.

[24] § 15 Rozhodci: Spory podle tohoto Jednacího řádu projednává a rozhoduje vždy jediný Rozhodce. Rozhodce určuje Správce Seznamu. Cit. z 12.10.2009. http://www.rozhodci-rizeni.cz/index.php?stranka=jednaci_rad_2009

Účastník konkrétního řízení nemůže zjistit, kdo je onou třetí osobou, jež má jmenovat rozhodce; objektivně vzato nemůžeme ani zjistit, zda-li tato osoba je či není podjatá. Myslím si, že v tomto případě je nutné presumovat vadu ve vztahu třetí osoby vůči (budoucímu) rozhodci, jelikož nemůžeme jakkoliv zjistit opak – tedy, že třetí osoba, jež má jmenovat rozhodce, vykazuje znaky nezávislosti, nestrannosti a nepodjatosti vůči kterémukoliv účastníku řízení nebo k předmětu řízení.

Z argumentů výše uvedených můžeme podle mého názoru dovodit, že i třetí osoba, jež má jmenovat rozhodce na základě pověření (budoucích) účastníků řízení, musí splňovat kritéria nestrannosti, nezávislosti a nepodjatosti, neboť, byla-li by tato osoba, jež má jmenovat rozhodce, podjatá, tato podjatost by mohla mít vliv na výběr (ne)stranného rozhodce. Takovýto rozhodce by měl být apriori považován za podjatého a tedy být nevyhovujícím k řízení. Tento závěr je opřen o klíčovou zásadu rozhodčího řízení, respektive jakéhokoliv kontradiktorního řízení: zásadu rovnosti účastníků řízení, podle níž je nutné vytvářet stejné procesní předpoklady všem subjektům řízení. Proto nelze připustit, aby rozhodce jmenoval subjekt – třetí osoba, u níž by bylo možno pochybovat o její nezávislosti, nestrannosti a nepodjatosti.

Literature:

- 1. Růžička, K.: Osoba rozhodce v rozhodčím řízení, Právní rádce č. 8/1998.
- 2. Bělohlávek, A., J.: Osoba rozhodce v rozhodčím řízení. Právní rádce č. 10/2003.
- 3. Lisse, L.: K požadavkům na výkon funkce rozhodce a liberalizace rozhodčího soudnictví. Právní rozhledy č. 6/2006
- 4. Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI. 2002
- 5. Klein, B. Pozapomenuté výhody rozhodčího řízení. Právní fórum. 22.4.2008. cit. ASPI LIT30233CZ
- 6. 1976 - UNCITRAL Arbitration Rules dostupné z http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html
- 7. Stavinohová, J., Hlavsa, P., Civilní proces a organizace soudnictví. Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk. 2003.
- 8. Winterová, A. a kol., Civilní právo procesní. Vysokoškolská učebnice. 3. vydání. Praha: Linde. 2004.
- 9. Bělohlávek, A., J.: Procesní předpisy a rozhodčí řízení. Právní fórum č. 12/2007.
- 10. Bělohlávek, A. J., Pezl, T.: Aplikace procesních předpisů na rozhodčí řízení. Právní rádce č. 2/2008.
- 11. Bělohlávek, A.J., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C.H.Beck. 2004
- 12. Tomsa, M., K rozhodování majetkových sporů v rozhodčím řízení a k postavení rozhodčích institucí. Obchodní právo č. 12/2005.

- 13. Mádr, ml. J. Procesní následky tzv. námitky podjatosti soudce. Právní rozhledy č. 10/1997. str. 528 a násl. cit. ASPI LIT7082CZ
- 14. Výkladové stanovisko NSZ: K postavení státního zástupce, který v téže věci vystupoval v minulosti jako obhájce obviněného. Nejvyšší státní zastupitelství. 8.4.2003. cit. ASPI LIT23197CZ.
- 15. Klíma, K. a kol. Komentář k Ústavě a Listině. Plzeň : Aleš Čeněk. 2005

Contact – email:
mgr.pavel.andrle@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZHODNUTÍ (ESD) VE VĚCI WEST TANKERS A JEHO (PONĚKUD) SKRYTÉ SOUVISLOSTI V KONTEXTU AKTUÁLNÍHO VÝVOJE EVROPSKÉHO CIVILNÍHO PROCESU, ANEB FRONTÁLNÍ ÚTOK KOMUNITÁRNÍCH STRUKTUR NA ROZHODČÍ ŘÍZENÍ A NEW YORSKOU ÚMLUVU

ALEXANDER BĚLOHLÁVEK

Alexander Bělohlávek, Praha 7

Abstract in original language
Rozsudek ESD ve věci West Tankers (C-185/07; 12. února 2009) se stal předmětem živých diskusů. Předmětné rozhodnutí následuje argumentační směr vyjádřený v předchozích rozhodnutích ESD týkajících se rozhodčího řízení (obzvláště ve věci Turner; C 159/02 z 27. dubna 2004) ve smyslu vyloučení rozhodčího řízení z věcného rozsahu Nařízení Brusel I a důsledků pro praxi rozhodčího řízení v UK v souvislosti s neslučitelností institutu anti-suit injunctions s předmětným nařízením. Autor je názoru, že je zásadně nevhodné určovat věcný rozsah Nařízení Brusel I (minimálně v souvislosti s rozhodčím řízením) podle předmětu sporu (jako ve věci Mart Rich nebo ve věci Van Uden). Ve věci West Tankers dospěl ESD k závěru, že předmětem sporu byla náhrada škody způsobené protiprávním jednáním, které spadá pod věcný rozsah Nařízení Brusel I a že existence a aplikovatelnost rozhodčí doložky byla toliko věcí procesní námitky, která měla být adresována soudu ve fázi, kdy tento prověřoval svou pravomoc (příslušnost) Argument použitelnosti New Yorské úmluvy [1958] se nezdá být přesvědčivý. Ačkoliv by bylo možno souhlasit s použitelností New Yorské úmluvy a její návazností na Nařízení Brusel I tak, jak uvádí například Gene|rální advokát ve svém Posudku ve věci West Tankers, je autor rovněž toho názoru, že odkaz na "výjimku" z věcného rozsahu Nařízení Brusel I v souvislosti s rozhodčím řízením nebyl učiněn ani tak z důvodu existence New Yorské úmluvy. V žádném případě totiž nelze článek 1(2)(d) Nařízení Brusel I chápat jako "výjimku". Spíše než o "výjimku" jde totiž o negativní část definice věcného rozsahu Nařízení Brusel I. Použití výrazu "výjimka" by totiž znamenalo, že si Nařízení Brusel I usurpuje pravomoc zasahovat v podstatě do všech sfér soudní pravomoci jednotlivých členských států, což by samo o sobě vedlo k odmítání jejich suverenity (jde o pohled, který se zdá být zajímavý pro velkou část bruselských struktur). Takový přístup však neguje zásadní princip rozhodčího řízení, který je postaven na smluvní svobodě a na [národních] předpisech legis arbitri. Koncepce vyjádřená ze strany ESD v rozsudku ve věci West Tankers však naznačuje možné směrování rozhodčího řízení v rámci EU. Konec konců, rozsudek West Tankers je závazný nejen pro posuzování institutu anti-suit injunction. Význam tohoto rozhodnutí je podstatně širší a vysoce alarmující, neboť je v němž vyjádřen (dosti nepokrytě) příkaz k používání komunitárních standardů v rozhodčím řízení

a k používání (více méně v plném rozsahu) komunitárního práva na předmět řízení před rozhodci. Jde o pokus o opanování rozhodčího řízení jeho začleněním do rozsahu komunitárního práva v podstatně větším rozsahu, než tomu bylo doposud; je to patrné právě z rozsudku West Tankers a (podle autora) jde o aspekt velmi překvapivě doposud opomíjený dostupnými komentáři k tomuto rozhodnutí.

Key words in original language
Rozhodčí řízení; Věcný rozsah Nařízení Brusel I; ESD; West Tankers; Van Uden; Turner; Marc Rich; Arbitrabilita; Anti-suit injunction; Pravomoc; Lex arbitri; New Yorská úmluva; Zásada Kompetenz-Kompetenz; Heidelberská zpráva; Sídlo rozhodčího soudu.

Abstract
The ECJ West Tankers judgment (C-185/07; 12 February 2009) became subject to turbulent discussions. The decision follows the line of argumentation expressed in the previous „arbitration“ ECJ decisions (namely in the Turner case; C 159/02 as of 27 April 2004) in terms of the exclusion of arbitration from the scope of the Brussels I Regulation and the actual consequences on the practice of arbitration in the UK regarding the doctrine of incompatibility of anti-suit injunctions. The author believes that it is ill-conceived and inappropriate to determine the scope of application of the Brussels I Regulation based upon the subject matter of the dispute (as in Marc Rich case or in Van Uden case) at least regarding arbitration issues. In West Tankers, it was held that the subject matter of the dispute was the compensation for the damage cause by unlawful acts, which fell within the scope of the Regulation, and that the existence and applicability of the arbitration clause was merely a procedural objection, to be addressed by the court when reviewing its own jurisdiction. The argument of the applicability of the New York Convention [1958] appears unconvincing. Even though one can agree with the applicability of the New York Convention and its interrelation with the Regulation, as presented e.g. by the Advocate General in the opinion on West Tankers, the author also believes that the reference to an 'exemption' from the scope of the Brussels I Regulation for arbitration proceedings was not made merely because of the existence of the New York Convention. In no case may Article 1(2)(d) of the Regulation Brussels I be understood as an 'exemption'. It is merely the negative part of the definition of the scope of the Brussels I Regulation. Using the term 'exemption' means that the Brussels I Regulation has usurped, the authority to interfere with practically all spheres of jurisdictional authority of the individual member states, which would in and by itself lead to a denial of their sovereignty (a viewpoint, to which a substantial part of the Brussels structures is rather sympathetic anyway). Such an approach denies the very principle of arbitration, which is based on the freedom of contract and on the legis arbitri rules [of national origin]. The concept endorsed by the ECJ in West Tankers may indeed give a foretaste of the future of arbitration in the EU. After all, the West Tankers judgment is relevant not only for the institution of anti-suit injunctions. The significance of the judgment is substantially broader

and highly alarming, in that it is nothing less but an implied (though in no way concealed) imperative to apply all Community principles to arbitration and to subject arbitration proceedings (more or less completely) to Community law. The attempt to reign in arbitration, by tying it to Community law in an ever broader range of areas – which is evident in the West Tankers judgment, but which has surprisingly been ignored in the existing commentaries on the judgment.

Key words
Arbitration; Scope of Brussels I Regulation; ECJ; West Tankers; Van Uden; Turner; Marc Rich; Arbitrability; Anti-suit injunction; Jurisdiction; Lex arbitri; New York Convention; Principle Kompetenz-Kompetenz; Heidelberger Report; Seat of arbitration.

1. SPORNÁ KONCEPCE VÝZNAMU PŘEDMĚTU SPORU NA POZADÍ DALŠÍHO ROZHODOVÁNÍ O OSUDU ANTI-SUIT INJUNCTIONS Z POHLEDU BRUSELSKO-LUCEMBURSKÉ ADMINISTRATIVY

Doktrína neslučitelnosti anti-suit injunction s řízením před soudem jiného členského státu v rozsahu působnosti Nařízení Brusel I, resp. Bruselské úmluvy byla poprvé zakotvena v judikatuře ESD rozsudkem ve věci Turner[1], v němž je akcentována zásada vzájemné důvěry, na které je založen systém dle Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z 22. prosince 2000 (dále jen Nařízení Brusel I).[2], resp. Bruselské úmluvy[3] upravující a vymezující závazný systém soudní příslušnosti a zjednodušení mechanismu uznávání a výkonu zahraničních rozhodnutí. Rozsudek ve věci Turner je též signifikantní závěrem, že Bruselská úmluva neumožňuje (mimo výjimky dle čl. 28), aby soud přezkoumával příslušnost soudu jiného smluvního státu. Pokud je tedy účastníku řízení zakázáno zahájit nebo v něm pokračovat před soudem jiného smluvního státu na základě anti-suit injunction, jedná se o zásah do příslušnosti tohoto soudu, který je neslučitelný se systémem Bruselské úmluvy (analogicky Nařízení) a omezuje její účinnost. Skutečnost, že tento příkaz je určen žalovanému a nikoliv přímo zahraničnímu soudu, je irelevantní.[4] Tuto doktrínu formálně sleduje i rozsudek ESD ve věci C-185/07 (Allianz SpA, dříve Riunione

[1] ESD Judgment, Case C–159/02 *Re*: *Gregory Paul Turner* v. *Felix Fareed Ismail Grovit, Harada Ltd and Changepoint SA.* z 27. dubna 2004, publikován in: [2004] ECR, s. I-3565.

[2] Nařízení (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o pravomoci soudů a uznání a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních, *Úřední věstník*, L 12, 16. ledna 2001, s. 1-23.

[3] Úmluva o pravomoci soudů a uznání a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních uzavřenou v Bruselu dne 27. září 1968; publikována in: Úřední věstník, L 299, 31. prosince 1972, s. 32-42.

[4] Na tuto skutečnost ostatně poukázala již Generální advokáta (**AG**) Kokkott ve svém posudku (dále *Posudek*).

Adriatica di Sicurtá SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA v. West Tankers Inc.)[5]

Již zde je na místě se na okamžik pozastavit nad povahou, funkcí a mechanismem anti-suit injunctions dle common law, neboť jak dále autor této analýzy rozvede, i když je dle mínění ESD a Generálního advokáta (dále AG) v tomto sporu základem pro rozhodnutí ve věci Turner, tato otázka dle autora není naprosto jednoznačná a tato nejednoznačnost je dále podpořena právě ve vztahu k rozhodčímu řízení.

V rámci řízení o předběžné otázce položil House of Lords (UK) (dále HL) ESD otázku, zda „anti-suit injunction", na základě kterého se uplatní dohoda o rozhodčím řízení, je slučitelný s Nařízením Brusel I.[6]

ESD již (mj.) v rozsudku Turner[7] v odlišném kontextu rozhodl, že Nařízení Brusel I brání použití anti-suit injunction. V tomto případě musel ESD rozhodnout, zda je anti-suit injunction nepřípustný rovněž tehdy, pokud je vydán za účelem podpory rozhodčího řízení. Po rozsudku Turner anglické soudy nadále vydávají anti-suit injunction, pokud dle jejich názoru účastník řízení podává návrh na zahájení řízení k soudu jiného členského státu v rozporu s rozhodčí smlouvou na základě níž má být místem rozhodčího řízení Anglie (resp. UK).

2. EXKURZ DO SKUTKOVÉHO STAVU PŘÍPADU WEST TANKERS

V srpnu 2000 narazila loď vlastněná společností West Tankers Inc (dále West Tankers) pronajatá společností Erg Petroli SpA (dále Erg) do mola vlastněného Erg v Syrakusách (Itálie) a způsobila škodu. Smlouva o pronájmu obsahovala rozhodčí doložku ve prospěch rozhodčího řízení v Anglii a ujednání o volbě anglického práva.. Pojišťovny Riunione Adriatica di Sicurtá SpA (dále Allianz SpA) a Generali Assicurazioni Generali (obě pojišťovny dále Allianz et al), jež byly pojistiteli Erg, vyplatily náhradu škody do výše pojistného krytí. Erg podala návrh na zahájení rozhodčího řízení v Londýně o náhradu škody proti West Tankers ohledně nepojištěných ztrát. Dne 30. července 2003 zahájila Allianz et al. řízení proti West Tankers u soudu v Syrakusách[8] za účelem vymožení pojistných plnění zaplacených ve prospěch Erg. V obou řízeních byly posuzovány v podstatě shodné právní otázky, totiž zda se West Tankers

[5] Úřední věstník, C-82, 4. dubna 2009, s. 4.

[6] Nařízení (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o pravomoci soudů a uznání a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních, *Úřední věstník*, L 12, 16. ledna 2001, s. 1-23.

[7] Zde se ESD poměrně jednoznačně vyjádřil k tomu, že tato rozhodnutí nespadají pod režim Nařízení Brusel I.

[8] *Tribunale di Siracusa*.

může dovolávat vyloučení odpovědnosti z důvodů navigačního pochybení zakotveného ve smlouvě o pronájmu či na základě Mezinárodní úmluvy o sjednocení některých pravidel ve věci konosamentů[9]. V září 2004 West Tankers zahájila řízení u High Court (UK) proti Allianz et al. a dožadovala se rozhodnutí, že spor, který je předmětem řízení v Syrakusách (I), vznikl ze smlouvy o pronájmu a Allianz et al. kteří uplatňují jejich práva na základě subrogace do práv Erg jsou tudíž vázány rozhodčí smlouvou. West Tankers se dále dožadovala, aby bylo Allianz et al. zakázáno podnikat jakékoliv další kroky v této věci jinak než cestou rozhodčího řízení a zejména aby byli povinni ukončit řízení v Syrakusách (I). High Court s odvoláním na judikaturu Court of Appeal[10] konstatoval, že rozsudek ve věci Turner nebrání vydání anti-suit injunction na podporu rozhodčí smlouvy a žalobě vyhověl. Usnesením z 21. února 2007 položila Sněmovna Lordů, ke které bylo proti tomuto rozhodnutí podáno odvolání, předložila ESD předběžnou otázku tohoto znění: „Je slučitelné s Nařízením, aby soud členského státu vydal příkaz, jímž se zakazuje určité osobě podat návrh na zahájení řízení k soudu jiného členského státu nebo v takovém řízení pokračovat, na základě toho že toto řízení je v rozporu s dohodou o rozhodčím řízení?“ Touto otázkou se HL snažil ve spojitosti s výše citovaným rozsudkem Turner zjistit, zda je anti-suit injunction rovněž neslučitelná s Nařízením Brussel I, je-li vydán ve vztahu k věci, u níž strany sjednaly rozhodčí doložku.

3. PRÁVNÍ ZÁVĚRY ESD A JEHO ARGUMENTACE

Z pohledu aplikovatelného právního rámce se předmětné rozhodnutí (West Tankers) týkalo především (i) čl. I (1), čl. II (1) (3) a čl. V New York Convention, dále (ii) čl. 9 (2), čl. 5, čl. 28 a čl. 28 Nařízení Brusel I.[11], jakož i (iii) pokud jde o národní předpisy UK (Anglie) čl. 37 (1) Supreme Court Act (1981) (UK) a čl. 44 (1) (2) (e) Arbitration Act (1996).

ESD dospěl k závěru, že rozhodující pro posouzení, zda spor spadá do rozsahu působnosti Nařízení Brusel I, je pouze předmět řízení samotného[12],

---

[9] Tzv. Haagská pravidla sjednaná v Bruselu, dne 25. srpna 1924 ve znění pozdějších dodatků.

[10] Viz rozhodnutí *Court de Appeal* (England) z 2. prosince 2004 (ve věci *Through Transport Mutual Insurance Association (eurasia) Ltd.* **vs** *New India Assurance Co Ltd*.). Věc známa též pod označení *Hari Bhum*; rozhodnutí publikováno in: (i) (2005) 1 Llod s Rep 67, jakož i (ii) **[2004]** ***EWCA Civ*** **1598 a j. Srov. například P.-Y. Tschanz,** *Chronique de jurisprudence étrangère: Suisse*, Rev. Arb. [2006], č. 3 s. 827-855, zde s. 853 nebo S. Brekoulakis, *The Notion of the Superiority of Arbitration Agreements over Jurisdiction Agreements: Time to Abandon It?*, 24 J.I.A. [2007], č. 4, s. 341-364, zde s. 347 a jinde.

[11] Zde též ve spojení s body (**14**), (**15**), (**16**), a (**25**) Preambule k *Nařízení Brusel I*.

[12] Rozsudek ESD, sp. zn. C-190/89 z 21. července 1991 ve věci *Marc Rich* vs *Impianti*), marg. (26). V předmětné věci se jednalo o spor mezi anglickou a italskou stranou v souvislosti se smlouvou obsahujici rozhodčí doložku. Italská strana však i přes existenci rozhodčí smlouvy zahájila řízení před obecným soudem. Anglický účastník zahájil rozhodčí řízení v Anglii proti italské straně a požádal *High Court* o součinnost při jmenování rozhodce. ESD dospěl mj. k závěru, že řízení o jmenování rozhodce probíhající před soudem členského státu jsou vyňata z působnosti *Bruselské úmluvy*, analogicky tedy též *Nařízení Brusel I*, ve smyslu čl. 1 (2) (d). Současně bylo konstatováno, že zda věc

respektive povaha práv, jejichž zachování dotčené řízení zajišťuje.[13] I když soud dospěl k názoru, že věc, o kterou zde v meritu sporu jde, nespadá pod věcnou působnost Nařízení Brusel I, konstatoval, že může mít důsledky, které ohrožují užitečný účinek Nařízení Brusel I zejména pokud takové řízení brání soudu jiného členského státu vykonávat pravomoci dle Nařízení Brusel I. ESD dále zkoumal, zda řízení vedené proti West Tankers v Itálii spadá do rozsahu působnosti Nařízení a jaké jsou účinky anti-suit injunction na toto řízení. Ačkoliv je předmětem italského řízení náhrada škody z protiprávního jednání, které spadá do působnosti Nařízení Brusel I, předběžná otázka týkající se použití Nařízení Brusel I stejně jako otázky týkající se platnosti rozhodčí smlouvy spadají též do rozsahu působnosti Nařízení Brusel I Podle ESD totiž zkoumání platnosti a účinků rozhodčí doložky v návaznosti na námitku nedostatku příslušnosti uplatněné stranou za účelem popření mezinárodní příslušnosti soudu je třeba hodnotit i tak, že spadá do rozsahu působnosti Nařízení[14]. Přitom rozhodnutí o námitce nepříslušnosti či o platnosti rozhodčí smlouvy je výlučně věcí toho soudu (zde italského soudu), který rozhodne jak o takové námitce, tak o své vlastní příslušnosti dle čl.1 (2) (d) Nařízení Brusel I. ESD dovodil, že existence anti-suit injunction nerespektuje obecnou zásadu vyplývající z judikatury ESD vztahující se k Nařízení, že každý soud, jemuž je předložen spor, sám určuje podle předpisů legis fori, zda je příslušný pro rozhodnutí sporu. ESD dále dovodil, že anti-suit injunction nejen brání soudu jiného státu ve výkonu jeho pravomocí dle Nařízení Brusel I a je mu tak upíráno právo, aby svou příslušnost dle Nařízení sám posuzoval, nýbrž působí proti vzájemné důvěře v právní instituce ES jako základního principu evropského justičnímu systému právě tím, že neposkytuje soudům jiných členských států svou vlastní příslušnost podle Nařízení posuzovat.

ESD dále argumentoval, že v případě, že by se dalo použitím anti-suit injunction zabránit soudu jiného státu posuzovat (ve formě prejudiciální otázky) platnost nebo účinky rozhodčí smlouvy, jednalo by se o nástroj bránící účastníku v přístupu k soudu, čímž by byl zbaven právní ochrany, na kterou má nárok. ESD proto konstatoval, že anti-suit injunction není ani v tomto případě slučitelný s Nařízením Brusel I. ESD tedy judikoval

---

spadá pod věcný rozsah Nařízení Brusel I nebo naopak pod negativní (vylučující) část úpravy věcného rozsahu dle čl. 1 (2) (d) Nařízení Brusel I je nutno posoudit podle předmětu řízení. Ve věci otázky platnosti rozhodčí smlouvy pak dospěl ESD k závěru, že tuo je nutno posuzovat jak podle mezinárodních smluv, tak podle předpisů národního původu. Je proto možné (podle ESD), aby v různých členských státech probíhalo paralelně jak soudní, tak rozhodčí řízení, pokud rozhodčí smlouva bude rozhodčím senátem posouzena v jednom státě kladně a naopak negativně bude její platnost posouzena v jiném členském státě. Tento bod velmi kriticky hodnotí např. H. van Houtte, *Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?* Arbitration International, 2005, rč. 21, č. 4, s. 509 a násl., viz zejména s. 512.

[13] Rozsudek ESD, sp. zn. C 391/95-*Van Uden*, publikovaný in: Sb. ESD, 1998, s. I-7091, bod (**33**).

[14] Viz. Bod (**35**) zprávy o přistoupení Řecké republiky k Úmluvě o soudní příslušnosti a výkonu soudních rozhodnutí v občasnkých a obchodních věcech ze dne 27. září 1968 (*Úřední věstník*, L 299, s. 32 a násl.)

k žádosti o zodpovězení předběžné otázky, že vydání příkazu soudem členského státu, jímž se má zakázat určité osobě podat návrh na zahájení řízení k soudům jiného členského státu nebo v takovém řízení pokračovat na základě toho, že takové řízení je v rozporu s dohodou o rozhodčím řízení, je neslučitelný s Nařízením Brusel I.

Ačkoliv rozhodnutí ve věci West Tankers tak představuje překážku pro vydání (minimálně pak uznání) anti-suit injunctions ve vztahu k dalším členským zemím EU, nejsou anglické soudy omezeny ohledně takovýchto opatření, mají-li se týkat nečlenských zemí. Pro doplnění nutno poznamenat, že rozhodnutí ve věci West Tankers bylo anglickými soudy v mezidobí reflektováno již ve dvou rozhodnutích, a to v rozhodnutí ve věci DHL GBD (UK) Ltd. v. Vallimento Finmatica SpA[15] a ve věci Yowell and others v. La Reunion Aerienne and others.[16]

4. ANALÝZA PŘEDMĚTNÉHO ROZHODNUTÍ S AKCENTACÍ ZÁVĚRŮ A KONSTATOVÁNÍ UVEDENÝCH V POSUDKU AG

Z hlediska analýzy předmětného případu je užitečné sledovat myšlenkovou linii argumentace posudku Advocate General (dále AG)[17], stejně jako strukturu posudku, a to jednak pokud jde o (i) vyloučení rozhodčího řízení z působnosti Nařízení Brusel I[18] a (ii) jednak ohledně praktických dopadů na praxi rozhodčího řízení v UK.[19]

5. VÝVOJ DOKTRÍNY NESLUČITELNOSTI ANTI-SUIT INJUNCTION

5.1 ANTI- SUIT INJUNCTION (DLE COMMON LAW)

Z hlediska hodnocení rozhodnutí a nastolené doktríny ESD je vhodné poukázat na argumentaci ve věci Turner jak ze strany ESD, potažmo AG Ruize-Jarabo Colomera (Španělsko)[20], tak HL, obzvláště Lorda Hoffmana,[21] resp. Lorda Hobhouse kteří objasňovali povahu anti-suit injunction ve

[15] [2009] EWHC 291 (Comm).

[16] [2009] EWCA Civ. 175.

[17] Posudek AG Kokkott ze 4. září 2008 (dále jen *Posudek*).

[18] Posudek (marg.) (**31**) až (**62**).

[19] Posudek (marg.) (**63**) až (**73**).

[20] Snad stojí za zmínku, že řízení, jehož se předmětný spor týkal, probíhal také před soudem v Madridu, viz. Bod 7 Posudek AG Ruiz-Jarabo Colomer z 20 listopadu 2003 ve věci ESD, C-159/02.

[21] Viz *Kesseler, C. et Hope, J. The ESD Reference in the Front Comor: Much Ado for Nothing?*, 24 Arb. Int. [2008], č. 2, s. 335.

smyslu Common law jakožto formy předběžného opatření[22], jež však není adresováno soudu jiného státu, ani nemá zasahovat či omezovat pravomoc tohoto cizího soudu. Anglický soud může tímto opatřením uložit toliko příkaz straně sporu jemu předloženého k rozhodnutí. Jedná se tedy čistě o opatření in personam.

Předpokladem vydání tohoto druhu příkazu je existence nepřiměřeného (unconscionable)[23] jednání ze strany sporu, jíž je takový zákaz či omezení ukládáno. Jedná se tedy o opatření proti osobě, jež se chová nepřiměřeně. Tato nepřiměřenost je sice definována obecně, avšak do této kategorie je běžně řazeno zneužití procesního postavení strany sporu; nepřiměřenost účastníka je tedy nutno posuzovat podle jeho konkrétního chování v kontextu jeho procesního postavení.

Dle anglického práva, může být osoba souzane před zvláštním fórem (tuzemským či cizím), pakliže nejsou dány zvláštní důvody, které by jim umožňovaly namítat nedostatek příslušnosti. Rozhodčí prorogační doložka jsou právě takovými důvody. Navrhovatel nemusí prokazovat vhodnost fóra, jehož příslušnosti se dovolání. Tato vhodnost se presumuje již na základě dohody stran. Jde-li tedy k nepřiměřenému jednání jedné ze stran, jež se pokusí svým jednáním takovému fóru vyhnout, je již samotné toto jednání důvodem k tomu, aby byla procesně podpořena protistrana v úsilí o zamezení takového jednání. Tímto jednáním může být podle anglického práva již samotné zahájení řízení u fóra jiného, než v jehož prospěch byla sjednána rozhodčí doložka nebo prorogační ujednání[24]. Zákaz pokračovat v řízení či podávat návrh(y) na zahájení řízení ze strany soudu pak podle anglického práva nejsou zásahem do příslušnosti cizího soudu ale zhodnocením jednání příslušné procesní strany při vstupu do dané příslušnosti cizího soudu. Podmínkou pro vydání takového zákazu je oprávněný zájem navrhovatele. Takový oprávněný zájem je dán v případě existence rozhodčí doložky nebo prorogačního ujednání zájmem na ochraně smluvních práv a jejich vynucení vůči druhé smluvní straně. V případě existence nepřípustného chování mimo smluvní rámec, založený jednáním takové osoby, požaduje anglické právo jako důvod k vydání předmětného

[22] O plnohodnotný ekvivalent se však v žádném případě nejedná. Ačkoliv z jiného úhlu pohledu, přesto velmi pregnantně například *Wirth, M.* Interim or Preventive Measures in Support of International Arbitration in Switzerland, ASA Bulletin, 2000, rč. 18, č. 1, s. 31-45.

[23] Jedná se tak o zásadu vyplývající ze samotných základů práva a ze zásad spřízněných kupříkladu se zásadou *pacta sund servanda*. Aplikace této zásady pak může vést i ke konstruování materiálního nároku, tj. hmotně-právní odpovědnosti. Srov. například *Keily, T. Good faith & Vienna Convention on contracts for the international Sale of goods (GISG),* Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration [1999], s. 15 et seq.

[24] Srov. například *Kapitán, Z.* Volba sudiště v soukromoprávních vztazích s mezinárodním prvkem. Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, rč. 12, č. 1, s. 18-26.

zákazu existenci řízení v této zemi, jež musí být chráněno vydáním daného zákazu.[25]

Ačkoliv mechanismus anti-suit injunction velice nápadně připomíná z hlediska kontinentálního pojetí zvláštní mechanismus vynucování ochrany ústavní zásady práva na zákonného soudce[26], resp. zásady, jež je zakotvena ve většině mezinárodních smluv o ochraně lidských práv tzv. III. generace (právo na soudní a jinou ochranu[27]), podstata tohoto mechanismus je odlišná a opírá se o ochranu smluvní volnosti. Zásah do tohoto mechanismu prostřednictvím anti-suit injunction tak z poheldu mezinárodního práva a z pohledu ústavních svobod v jejich kontinentálním pojetí může de facto působit proti závazku z mezinárodní smlouvy, jež je však na rozdíl od kontinentálního chápání v common law pojímán značně specificky, a to spíše v jeho soukromoprávní rovině.

Ve vztahu k ostatním jurisdikcím, Anglie v mezinárodních vztazích dbá na porozumění a vzájemný respekt k ostatním suverénním státům a tudíž si je velice dobře vědoma, že opatření tohoto druhu je přijímáno ze strany cizích soudů velice kriticky. Předmětný přístup je totiž v zemích, jejichž právo spočívá na jiných principech, chápán z pohledu vměšování (byť nepřímého) do suverenity jiného státu[28], a to do suverenity vyjádřené pravomocí moci soudní. Proto anglické soudy minimálně vyžadují prokázání legitimního zájmu na ochraně jeho procesních práv, přičemž ochrana anglického procesního práva je pochopitelně považována za legitimní otázku pro posouzení anglickým soudem, a žádným jiným.[29]

---

[25] Srov. například *Williams, H.* Anti-suit injunctions: Damb Squib or Another Shot in the Maritime Locker?, Australian & New Zealand Maritime Law journal, 2006, č. 20, s. 7; k této otázce pak explicitně *Posudek* AG ve věci *Turner*, marg. (**15**) až (**20**).

[26] Tuto zásadu sice řada ústavněprávních předpisů národního původu explicitně neupravuje, přesto však jde o poměrně tradiční součást penza základních práv. Zřejmě poprvé byla tato zásada judikována v Rakousko-Uherské monarchii v roce 1862. Srov. například Pavlíček, V. et Hřebejk, J. Ústava a ústavní řád, Práva a svobody, Praha: Linde, 1988, s. 306, *Klíma, K.* et al. Komentář k Ústavě a Listině, Plzeň: Aleš Čeněk, 2005, s. 954-978, *Schelleová, I. et Schelle, K. et al.* Soudnictví (historie, současnost a perspektivy), Praha: Eurolex Bohemia, 1999, *Doležílek, E.* Vyloučení soudce z projednávání a rozhodování věci v civilním řízení. Právní rozhledy, 1997, č. 4 a j.

[27] Na druhou stranu ani ESLP nevnímá tuto zásadu zcela vyhraněně. Tak například z pohledu *práva na přístup k soudu* není podle judikatury ESLP zcela nezbytné, aby se jednalo o přístup k soudu v určitém státě, je-li možno se ochrany domoci jinde. V konečném důsledku však i tento princip opakovaně judikovaný ze strany ESLP svědčí v neprospěch *anti-suit injunction*.

[28] Srov. například *Kleiman, E.* Les incidences politiques de la souveraineté sur l´ An Overview of the Risks, 19 Journal of. Int. Arbitration, 2002, rč. 19, s. 285 a násl.

[29] Srov. například *Williams, H.* Anti-suit injunctions: Damb Squib or Another Shot in the Maritime Locker?, Australian & New Zealand Maritime Law journal, 2006, č. 20, s. 7.

5.2 OBHAJOBA EXISTENCE ANTI-SUIT INJUNCTION VE SVĚTLE JUDIKATURY ESD (TURNER)

Z výše provedené sumarizace právních argumentů ESD je zřejmé, že HL se snažila akcentovat specifika anglického práva a tohoto speciálního institutu srovnatelného do určité míry s předběžným opatřením v pojetí kontinentálním. Toto specifikum se taktéž objevuje v samotné argumentaci HL, když konstatuje, že aplikace anti-suit injunction narušuje princip rovnosti mezi soudy členských států, neboť ne všechny z těchto soudů jsou oprávněny taková opatření vydávat. Historicky jde v podstatě o první případ, kdy anglický justiční orgán akceptoval skutečnost, že jiný stát může takový druh opatření chápat nikoliv z pohledu ochrany [soukromoprávních] smluvních vztahů, nýbrž z pohledu veřejnoprávní[30] ochrany suverenity a svrchovanosti moci soudní. Dle názoru HL tudíž účelem Nařízení (Bruselské úmluvy) není unifikace procesních pravidel, nýbrž jasné stanovení pravidel pro určování mezinárodní příslušnosti.

Argumentace AG Colomera ve věci Turner), obdobně jako ve stejném duchu prezentovaná argumentace AG Kokott ve věci West Tankers je formalisticky založená a vytyčuje jeden názorový směr se výkladu Nařízení, aniž by současně vyvracela argumenty britské strany. Výslovně pak, stěžejním argumentem AG je nekompatibilita anti-suit injunctions s principem vzájemné důvěry mezi různými národními právními systémy, přičemž dle AG je předpokladem této důvěry skutečnost, že každý stát rozeznává schopnost jiného právního systému k samostatnému leč harmonickému přispění stanovených cílů integrace.[31] Tato obava je pochopitelná, na druhou stranu zřejmě nereflektuje specifika jednotlivých právních systémů, a to na úkor systému common law oproti kontinentální právní kultuře a jde spíše o pouhou unifikaci pravidel bez zohlednění respektu a vzájemné důvěry v právo členských států. Ba co víc, taková unifikace, respektive okleštění nestandardních mechanismů vycházejících z odlišné právní kultury založené na equity, může být pro funkčnost systému založeného Nařízením Brusel I právě tak i kontraproduktivní, neboť tyto rozdílné mechanismy mohou působit synergicky v situacích, jež vznikají z formalistického výkladu Nařízení Brusel I a jež původně autoři Nařízení Brusel I nepředvídali.

Příkladem takového nepředvídaného použití, jež je výsledkem perverzní tvořivosti právních praktiků, je použití čl. 27 Nařízení ohledně překážky lis pendens.[32] Tento mechanismus, známý též jako first come, first served

---

[30] *Veřejnoprávní*, resp. *právo veřejné* ve smyslu terminologie kontinentální.

[31] Posudek AG *Colomera* ve věci *Turner*, marg. (**31**).

[32] Není zřejmě jasnějšího projevu tohoto principu v oblasti evropského civilního procesu, než úprava čl. 3 (3) Nařízení 1346/2000 (*cross boarder insolvency*). Srov. například *Bělohlávek, A.* Center of main interest (COMI) and jurisdiction of national courts in insolvency matters (insolvency status), International Journal of Law and Management, 2008], rč. 50, č. 2, s. 53-86.

pravidlo, na první pohled se jevící jako pochopitelná pojistka proti souběžným řízením v různých členských státech, však proti vůli a záměru evropských zákonodárců obsahuje i slabinu, jíž je možnost zneužití tohoto článku k blokování dalších řízení ze strany jedné z procesních stran, tím, že podá návrh dříve než protistrana s úmyslem zablokovat tak další procesní postup.[33] Tato diskrepance, jež vede k runu na soud, jehož výsledkem může být zdržení řízení i o několik let, je důsledkem nepředvídaného využití daného článku ze strany vynalézavých procesualistů, jež formálně pozitivisticky vykládají tento článek způsobem, který však lze z pohledu optiky účelu a smylsu Nařízení Brusel I považovat za zneužití procesního postavení. Takovýmto způsobem, za dodržení rovnosti zbraní, jak vyznívá z názoru AG, může být nevinná strana nucena bránit svůj nárok na neznámé půdě cizí jurisdikce, přičemž jí jistě vzniknou další nemalé náklady o dalších komplikacích spojených s neplánovaným řízením v zahraničí ani nemluvě.[34]

Z tohoto pohledu se pak jeví existence anti-suit injunctions, jakožto institutu pro vyvážení tohoto nežádoucího fenoménu tzv. italského torpéda[35] více než žádoucí a argumentace AG vyznívá spíše v politickém kontextu záměru unifikace právních předpisů. Pokud budeme na evropský právní systém propojující jednotlivé právní řády členských zemí hledět jako na ucelený soubor právních norem, není zde důvodu, proč by měly být jednotlivá národní specifika odstraněna. Jejich existence je dle názoru autora více než žádoucí, neboť z hlediska autonomie vůle stran v oblastech nezaštítěných protekcionistickými politikami Společenství, které již dávno přesáhly akceptovatelného rozměru z pohledu svobodného rozvoje smluvních vztahů a konkurenceschopnosti ekonomiky, nabízí bdělým kontrahentům mnohem širší pole působnosti pro nastavení a následné uplatnění svých práv. Současně nabízí tento systém mnohem více možností pro nápravu možných nepředvídaných vad systému. Současně, rozsah využitenosti daného opatření a hlavně jeho praktický dopad na účinnost Nařízení Brusel I by byla s ohledem na skutečnost, že UK je v podstatě jediný stát, jež tento institut v rámci EU aplikuje, skutečně mizivá.

Argument, že existence tohoto institutu je v rozporu s koncepcí vzájemné důvěry, je dle názoru mylná, neboť nejenže se jedná o institut s pevně danými pravidly a předvídatelným použitím, ale současně se jedná o institut, který by ve svém důsledku mohl posílit fungování celého systému. Koncept důvěry v soudní systémy je dle názoru autora chimérou a zcela umělým

---

[33] blíže k rozboru této otázky viz. *Eisengraben, J.* lis alibi pendens under the Brussels I. regulation: How to minimise „Torpedo Litigation" and other unwanted effects of the „first come, first served" rule, Centre for european Legal studies, Exeter Papers in european Law no.16.

[34] *Raphael, T. The Anti-suit injunction*, Oxford: OUP, 2008, s. 13, marg. 1.18.

[35] *Eisengraben, J.* Lis alibi pendens under the Brussels I. regulation: How to minimise „Torpedo Litigation" and other unwanted effects of the „first come, first served" rule, Centre for european Legal studies, Exeter Papers in european Law, č. 16, s. 7.

administrativně vytvořeným argumentem. Dokud totiž bude existovat 27 samostatných právních řádů, existuje 27 rozdílných národních jurisdikcí, jejichž plná kompatibilita by byla v rozporu s principem svrchovanosti členských zemí EU, o jejichž narušení se kupříkladu zcela zřejmě snaží i tzv. Lisabonská smlouva. Nelze se tedy ztotožnit s obavou AG, že dojde k plošnému zavádění takového institutu v rámci jednotlivých právních řádů EU a že jeho aplikace povede k naprostému chaosu[36], neboť dle mého názoru je třeba pojímat tento institut toliko jako specifikum a nikoliv jako institut, jež by byl masivně zaváděn do jednotlivých právních řádů po celé Evropské unii. Na druhou stranu je nutno zdůraznit fakt, že anglický institut anti-suit injunction nezohledňuje pohled veřejnoprávní (ve smyslu kontinentálního přístupu) a nazírání na výkon jurisdikce jako na projev svrchovanosti státu. Jeho výlučnou doménou je pak výkon spravedlnosti, včetně rozsahu a účinků (mezinárodní) příslušnosti tak, jak o tom bude pojednáno ještě později.

5.3 POHLED OPTIKOU MEZINÁRODNÍHO PRÁVA VEŘEJNÉHO A KONCEPT COMITY

Jeden z nejsilnějších argumentů, s nímž ESD ve své judikatuře pracuje[37], je koncepce absolutní svrchovanosti územní a právní sféry a tudíž jakýkoliv zásah do této sféry bez výslovného povolení ze strany tohoto státu je zásahem do svrchovanosti, zde konkrétně zásahem (byť nepřímým) do pravomoci příslušného soudu. Z pohledu kontinentálního pojetí jde pak o zcela zásadní pohled na výklad všech otázek souvisejících s příslušností soudů. Dlužno ovšem poznamenat, že tento pohled je ve zjevném logickém rozporu se zásadou důvěry v právo a justici jiných členských zemí, což svědčí o tom, že právě posledně zmíněný princip (jak výše konstatováno) je onou pověstnou (uměle vytvořenou) berličkou bruselské administrativy tam, kde jsou si i komunitární struktury plně vědomi toho, že určitý právní institut je často v rozporu s přirozeným vývojem národních právních kultur jednotlivých členských zemí a má sloužit obvykle k prosazení těch právních konstrukcí komunitárního práva, které jsou výsledkem nikoliv evolučního vývoje právního, nýbrž které jsou projevem administrativně koncipovaného konsensu politického, který má (bohužel) často zásadní dopady na individuální zájmy účastníků smluvních vztahů.

Rovněž problematika zásahu do pravomoci[38] však i zde může být vykládána z různých perspektiv. Příslušnost (mezinárodní), jakožto právní institut z pohledu zde zkoumané problematiky spojený úzce se suverenitou státu jako takovou, je třeba pojímat rovněž z pohledu práva mezinárodního,

---

[36] Viz *Posudek* AG *Colomera* ve věci *Turner*, marg. (**33**)/3.

[37] Jde současně o koncepci zohledňovanou zejména v jednotlivých Posudeks předkládaných ze strany AG´s.

[38] Srov. *Posudek* AG *Colomera* ve věci *Turner*, marg. (**34**).

specificky práva mezinárodního optikou dotčeného státu. Územní svrchovanost státu je pravidlem obyčejového práva vycházející z praxe států. Anti-suit injunction byly vydávány britskými soudy po staletí (v nejrůznějších podobách) bez jakéhokoliv zjevného diplomatického odporu cizích států.[39] Z pohledů pramenů mezinárodního práva je třeba konstatovat, že institutu anti-suit injunction se dostalo podpory ze strany ILA[40], jež dospěla k závěru, že toto opatření nemusí být nutně v rozporu s mezinárodním právem při zohlednění omezujících podmínek jež jsou nikoliv nepodobné podmínkám pro vydání anti-suit injunction dle anglického práva.[41] Existenci anti-suit injunction taktéž schvaluje ve svých pracech i řada autorit mezinárodního práva (veřejného).[42] Nutno konstatovat, že opačné argumenty komentátorů z pohledu civil law však naopak nemají příliš velké opory v praxi států.[43]

Na tomto místě je třeba objasnit přístup UK k systému mezinárodního práva veřejného, jenž se v jistých ohledech poněkud liší od přístupu zemí římskoprávní tradice. Spojené království akcentuje ve svých mezinárodních vztazích princip tzv. Comity, či též comitas gentium což je ve smyslu mezinárodního práva obyčejový princip, či soubor principů, vytvořených k zachování dobrých sousedských vztahů mezi státy samotnými, jež zjednodušeně vyjadřuje metaprávní závazek k vzájemnému respektu mezi státy a jejich právními systémy a soudy, které si tímto v případě potřeby prokazují vzájemně a recipročně respekt, sympatie a úctu.[44] Ekvivalentně se tento princip používá i v jiných oblastech práva, vč. mezinárodního práva soukromého. Comity je principem ordre public a není tudíž otázkou soukromoprávních vztahů. Tento pojem má tak širší uplatnění i mimo oblast veřejného práva a jeho ratio spočívá v ospravedlnění obrušování ostrých hran principů mezinárodního práva vycházejících ze svrchované rovnosti států, jakými jsou například výsady a imunity či princip non-justiciablity[45] a jehož dlouhodobá aplikace ze strany UK částečně vysvětluje nepochopení a odmítání přístupu ESD ve vztahu k otázce anti-suit injunction.

---

[39] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 38 marg. 1.48.

[40] *International Law Association*.

[41] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 38 marg. 1.48.

[42] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 38 marg. 1.48. Vyčerpávající výčet prací znalců mezinárodního práva je podáván v této publikaci pod poznámou pod čarou č. 174.

[43] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 38 marg. 1.48.

[44] Blíže k pojmu *comity* viz I. Brownlie, I. Principles of Public International Law, 6th ed., Oxford: OUP, 2006, s. 28.

[45] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 8. marg. 1.11.

Možným shrnutím vymezení hranic stanovených moderním právem je, že soudy mohou vykonávat svou pravomoc ve vztahu k jednání cizince v cizím státě potud, pokud je zde dostatečně blízké spojení k ospravedlnění prvního státu při regulaci této otázky, resp. přímá a podstatná spojitost mezi státem vykonávajícím svou jurisdikci a předmětem, k němuž se výkon této jurisdikce vztahuje.[46] Zažitý princip mezinárodního práva výlučné teritoriální suverenity však ve vztahu k výkonu extrateritoriální příslušnosti neplatí absolutně, neboť neodpovídá skutečné praxi států.[47]

Vliv comity[48] na vývoj institutu anti-suit injunction[49] ve vtahu ke zde analyzované otázce se vývojem rozvinul do několika principů, jež však nemají právě ve smyslu comity povahu závazných pravidel a hodnot metaprávního charakteru, jež britským soudů slouží jakožto vodítka a jsou při rozhodovací činnost soudů zvažována v konkrétních souvislostech daného případu. Patří mezi ně princip nevydávání takových rozhodnutí, jež by mohla, byť i nepřímo, zasahovat do územní či rozhodovací svrchovanosti cizího právního systému, dále pak přijetí a respektování zásady, že rozhodnutí a rozsudky cizích soudních orgánů jsou nadány jistým stupněm úcty, jež je třeba respektovat ve vztahu k otázkám res judicata a uznání a výkonu cizích rozhodnutí. Mezi dané principy pak dále spadá i představa, že právní systém každého státu má svou vlastní přirozenou sféru vlivu, v rámci které existuje předpoklad určité síly svědčící proti zásahu cizího soudu, mimo tuto sféru je však stát oprávněn požívat nižší stupeň respektu. S tímto předpokladem pak souvisí opačný koncept, který je vybudován na předpokladu, že soud je nadán lepším postavením pro zásah do takové cizí sféry, pokud se předmět, jehož se takový zásah týká, spadá do jeho vlastní sféry vlivu.[50]

Z pohledu výše vylíčeného principu comity, je pak zřejmé, jaké důvody vedou UK k argumentaci tím, že dané opatření má povahu in personam, a tudíž nezasahuje do pravomoci soudu cizího státu, neboť cílem opatření je osoba, jež dané řízení vede či zahajuje.

AG argumentuje tím, že formálně je takováto argumentace sice správná, avšak omezením žalobce (pod hrozbou sankce) ve vedení řízení před zahraničním soudem je tento soud zbaven příslušnosti zabývat se danou věcí, následkem čehož dochází k nepřímému zásahu do jeho pravomoci.

---

[46] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 8. marg. 1.12.

[47] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 36. marg. 1.46 a násl.

[48] Srov. například *Hartley, T. C.* Comity and the Use of Anti-suit injunctions in international litigation, American Journal of Comparative Law, 1987, rč. 35, s. 496 a násl.

[49] Srov. například *Hartley, T C.* Antisuit Injunctions and the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention, International and Comparative Law Quarterly, 2000, rč. 49, č. 1, s. 166–171.

[50] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008,, s. 8. marg. 1.12 a násl.

Tento absolutní rozpor v argumentaci a obrana absolutní svrchovanosti tak, jak zaznívá v některých posudcích předkládaných ze strany AG v řízeních před ESD je dán nepochopením, nebo snad lépe řečeno odmítnutím přijetí faktu, že institut anti-suit injunction je odvozován od nesmiřitelně odlišného pojímání role právního systému a odlišně sestaveného žebříčku hodnot. Argumenty civil law vycházející z koncepce absolutní neporušitelnosti svrchovanosti a pravomoci vnitrostátního soudu upřednostňují veřejnou pravomoc před soukromou spravedlností[51] a nezohledňují ekvitní řešení obrácené na účastníky sporu, nýbrž naopak doktrinální systém rozdělení pravomocí. Zdá se, že oba tábory jsou nesmiřitelné a že nalézt řešení na základě konsensu je zřejmě navždy ztraceno.[52] Zřejmě definitivní (?) odmítnutí anglické koncepce ze strany ESD se tak zdá z jistého pohledu poněkud nešťastným zvláště v situaci, kdy zde existují patologické situace, jež rigidní aplikací formálních pravidel nelze zcela odstranit. Vedle již výše citovaného problému italského torpéda může sloužit i případ, jež vychází z anglického práva a který je aktuální ve vztahu k ostatním členským státům, kdy zákazem uplatnění anti-suit injunction nebude možné postihnout stranu sporu, jež získá v rámci řízení dle anglického procesního práva, potažmo uplatnění institutu documents disclosure k dispozici dokumenty protistrany, jejichž odhalení třetím stranám je dle britského práva možné stíhat, pak v případě, že tyto dokumenty by takováto strana použila v dalším řízení mimo dosah územní suverenity, resp. pravomoci britských soudů, pak britský soud nemá k dispozici jediný instrument, jímž by mohl ochránit práva strany, jež budou takovým jednáním protistrany mimo jeho jurisdikci poškozeny.

Na druhou stranu, čistě civilně-právní řešení (ve smyslu civil law jakožto opozitum v tomto výkladu ke common law) odmítající podloženost osobní vazby anti-suit injunction jako důvod nezasahující do cizí příslušnosti, kdy odpůrce tohoto opatření je zavázán vůči soudu, jež na něj takové opatření uvalil, nezahajovat či nepokračovat v řízení v zahraničí, není argumantačně bezchybné. Takovýto judikovaný závazek je závazkem osobním, jehož důsledkem může být nepřímo narušení svrchovanosti a příslušnosti cizího soudu, jež je však pouze přímým důsledkem osobního závazku, jehož účinek musela osoba, pro níž toto opatření směřuje, předvídat.[53] Z tohoto pohledu se pak koncepce absolutního zákazu narušení jurisdikční výlučnosti nejeví být dostatečně přesvědčivá.

---

[51] *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, s. 16. marg. 1.22.

[52] Jak vtipně a výstižně glosuje *Briggs, A.* (v orientačním překladu, cit.:) *spor mezi pohledy civil law a comon law je jako když kuřata mluví na kachnu*. Použitím tohoto starého čínského přísloví pregnantně vystihl podstatu sporu. Citováno in: *Raphael, T.* The Anti-suit injunction, Oxford: OUP, 2008, poznámka pod čarou (**87**). [citovaný autor, *Briggs, A.*, ovšem již proslul svými značně neotřelými příměry, které se nikoliv výjimečně dostávají na hranici velmi specifického anglického humoru].

[53] *Raphael, T.* The Anti-suit Injunction, Oxford: Oxford UP, 20078, s. 19. marg. 1.24

V souvislosti se zkoumáním možnosti uplatnění takového osobního prvku je pak namístě upozornit na skutečnost, že autonomie vůle stran je akcentována jako jeden z nosných principů samotným Nařízení Brusel I[54], tudíž výklad AG ve věci Turner zdůrazňující nepřímý zásah do příslušnosti soudu tam, kde se žalobce, jakožto dominus licit, který se v rámci své sféry autonomie jednání obrátí na daný soud mala fide, je dle názoru autora nepřiměřený. AG právě ve věci Turner dále pracuje s komparací praxe USA, jež taktéž aplikuje tento institut, avšak z povahy věci v dané argumentaci chybí srovnání například s Austrálií, Novým Zélandem či Kanadou, příp. Singapore[55], Hong-Kong a j., kde je vliv Common Law na domácí právo oproti USA přirozeně podstatně silnější.[56]

Otázka osobní jurisdikce z hlediska mezinárodního práva v civilních věcech záleží na skutečném či přímém spojení mezi státem dovolávajícím se pravomoci a povahou soukromoprávního řízení, avšak tato otázka sama zůstává z hlediska mezinárodního práva uspokojivě nevyřešena, [57] přičemž však dle názoru autora je třeba ve výše uvedené dvouprvkové rovnici zohlednit i osobu žalobce, jež vytváří danou spojnici mezi sporem vedeným před britským soudem či jinou soudní institucí. Ten pak, v rámci své autonomie musí mít možnost bránit se jurisdikci cizího soudu. AG naznačuje, že primárním těžištěm při hodnocení zásahu do příslušnosti soudu je právě odebrání dané osoby či lépe řečeno sporu z jeho pravomoci, dle názoru autora však tato otázka není naprosto jednoznačná, neboť i jen hrozba sankce potenciálnímu žalobci nemůže být jednoznačně považována za zásah do pravomoci soudu a přednost by v takovém případě měla být dána vůli strany.

Pakliže by totiž autonomie stran byla v tomto ohledu ignorována a byl by zastáván striktně kontinentální postoj k otázce vměšování do řízení jako druh vměšování do svrchovanosti, k čemuž se ESD vyjádřil právě v případu West Tankers, princip zákazu intervence paradoxně vyznít´vá v neprospěch žalobce v rozhodčím řízení, neboť ten může být vtažen do jurisdikce, jejíž určení pak spočívá v rukou potenciálně žalovaného v rozhodčím žízení. To ovšem de facto v intencích Nařízení Brusel I znamená naprosté popření smyslu rozhodčího řízení, neboť svobodně vyjádřená vůle stran spočívající ve vyjmutí jejich sporu z příslušnosti (určitého) vnitrostátního soudu může

---

[54] Preambule k *Nařízení Brusel I*, marg. (**11**).

[55] Srov. například *Chan, A. et Tay Yong Seng* Securing Arbitration in the Face of Litigation: A Singapore Perspective, Asian International Arbitration Journal, 2006, rč. 2, č. 2, s. 113-136 a j.

[56] *Williams, H.*:Anti-suit injunctions: Damb Squib or Another Shot in the Maritime Locker? Australian & New Zealand Maritime Law journal, číslo 20, ročník 2006 s.10-12.

[57] Srov. například *Dixon, M.* Textbook on International law, 6. vyd., Oxford: OUP, 2007, s. 145

být ignorována, pakliže žalovaný nalezne jurisdikci, jež bude ochotná takovou dohodu ignorovat.

Otázka interference není pouze otázkou vtažení žalobce do pravomoci soudu cizího státu. Další rovinou je taktéž vztah soudů mezi sebou., resp. mezi konkurenčními jurisdikcemi. Tuto rovinu posuzuje ESD poměrně striktně, k čemuž ovšem dle názoru autora z pohledu EU, účelu Nařízení Brusel I a komunitárního práva vůbec není důvod, neboť Nařízení Brusel I samo je založeno na principu spolupráce a onen (byť poněkud deformovaný a dle názoru autora značně diskutabilní) princip vzájemné důvěry nutně nevede k formalistickému závěru, že jakékoliv opatření obdobné povahy, jako má anti-suit injunction, je zásahem do tohoto principu.

5.4 ANTI SUIT INJUNCTION A ROZHODČÍ ŘÍZENÍ VE SVĚTLE NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Jelikož rozsudek ve věci West Tankers (či taktéž jinak Front Comor) de facto vychází z argumentačních základů rozsudku Turner, platí to, co bylo výše uvedeno s odkazem na argumentaci ve věci Turner bez dalšího rovněž na věc West Tankers. Argumentační linie se však ve věci West Tankers zcela zřejmě posunuje poněkud dále v tom smyslu, že po rozhodnutí ve věci Turner britské soudy dále hojně používaly institutu anti-suit injunction ve vztahu k rozhodčímu řízení, což byl taktéž důvod vznesení předběžné otázky ve věci West Tankers.[58]

House of Lords se domníval, že dosavadní vývoj judikatury ve vztahu k této otázce se na daný případ neuplatní, neboť ESD výslovně ve věci Turner spojoval otázku vzájemné důvěry a s řízením spadajícím do rozsahu Bruselské úmluvy. House of Lords měl taktéž za to, že rozhodčí řízení nezahrnuje pouze samotné rozhodčí řízení, nýbrž i uznávání a výkon rozhodčích nálezů a dále všechna vnitrostátní soudní řízení, jejichž předmět se rozhodčího řízení dotýká.[59] Proto by dle HL mělo anti-suit injunction podporující konání rozhodčího řízení, vydané vůči řízení na které směřuje, vztahovat vyjímka dle čl.1 (2) (d) Nařízení Brusel I. Toto ESD odmítl s tím, že rozhodnou otázkou proto, zda je řízení vyjmuto z působnosti Nařízení Brusel I není to, zda řízení směřující k vydání anti-suit injunction spadá do

---

[58] Do určité míry srov. též například S. Bollée, *Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant àprotéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrèt The Front Comor de la Chambre des Lords)*, Rev. arb. [2007], č. 2, s. 223-249.

[59] Analogicky z dřívějších rozhodnutí například rozsudek anglického soudu z roku 1996 ve věci Arab Business Consortium v. *Banque Franco-Tunisienne*, publikovaný in: [1996] 1 WLR 486 (H.L.), kde bylo konstatováno, že Podle tohoto anglického judikátu není možno aplikovat Bruselskou úmluvu na soudní rozhodnutí, kterými se ruší rozhodčí nálezy. Opačně například německé soudy, jako třeba rozsudek německého BGH z 27. března 1984 (publikováno in: IPRax, s. 157 a násl.) ve vztahu k aplikaci čl. 1 *Bruselské úmluvy* a později pak OLG Frankfurt a.M. ve svém rozhodnutí sp. zn. 20W 239/04 ve vztahu k aplikaci čl. 32 *Nařízení Brusel I.* UK tak aplikuje opačný postup než Německo, když německé soudy naopak aplikují *Bruselskou úmluvu*, resp. *Nařízení Brusel I* na rozhodnutí obecných soudů o zrušení rozhodčího nálezu.

působnosti Nařízení Brusel, nýbrž zda pod rozsah Nařízení spadá to řízení, proti němuž je anti-suit injunction namířeno. AG ve svém Opinion ve věci West Tankers dále ve vztahu k Bruselské úmluvě[60] konstatovala, že ESD potvrdil rozsudkem ve věci Hagen,[61] že uplatnění vnitrostátních pravidel nemůže zbavovat Bruselskou úmluvu užitečného účinku. Pokud by se tedy Nařízení Brusel I nevztahovalo na řízení, proti němuž je anti suit injuction namířeno, nemohlo by toto opatření zbavit Nařízení Brusel I užitečného účinku. Zajímavé však je, že tato formální konstrukce z praktického hlediska sledovanému účelu odporuje, neboť daným rozsudkem dochází nejen k nepřímému rozšíření působnosti Nařízení Brusel I, nýbrž k zamlžení jurisdikčních pravidel, jejichž čistotu a jasnost by měl právě ESD jakožto strážce právního řádu ES sledovat nejen z pohledu formální právní konstrukce, nýbrž především z pohledu její praktičnosti a využitelnosti pro subjekty, jež dané Nařízení Brusel I aplikují a mají se jím řídit. Proto se nelze divit HL, jež mnohokráte argumentoval praktickým výkonem spravedlnosti jako primárním účelem právní regulace s tím, že formální argumentaci ESD popírající realitu daného systému přijila s pozdviženým obočím.[62]

House of Lords a UK v souladu s doktrínou Comity konstatovaly, že pokud se smluvní strany smluvně zavázaly řešit spory, které vzniknou ze smlouvy výlučně na základě rozhodčího řízení, pak by takovýto právní vztah měl být vyjmut od počátku z pravomoci vnitrostátních soudů s vyjímkou soudů v místě rozhodčího řízení. V takovém případě by pak ani řízení o anti-suit injunction nemohlo být hodnoceno dle Nařízení Brusel I. V tomto případě pak jde tedy o to, zda to budou italské nebo anglické kolizní normy a mezinárodní právo soukromé, potažmo italské či anglické právo vůbec, jež

---

[60] Analogicky ve vztahu k *Nařízení*.

[61] Rozsudek ESD C-365/88 (ve věci *Kongress Agentur Hagen GmbH* vs *Zeehaghe BV*) z 15. května 1990, publikovaný in: Sb. ESD, 1990, s. I-01845.

[62] Viz Stanovisko HL z 21. února 2007 jako reakce na rozhodnutí ESD ve věci *Turner*, při posuzování okolností věci ve srovnání s pozadím věci rozhodované v případu *Gasser* vs *MISAT* a *Turner* vs *Grovit*. HL dospěl k závěru, že ve věci *Turner* nebylo nutné požádat ESD o zodpovězení předběžné otázky. Jejich Lordstvo však vysvětlilo, že nadále jednoznačně preferuje institut anti-suit injunctions jako způsob ochrany pro ty, kteří uzavřeli rozhodčí smlouvu. Převzato z textu předmětného rozhodnutí v elektronické formě dostupného sub http://www.onlinedmc.co.uk/west_tankers_v__ras.htm (stránka naposledy navštívena 22. července 2008). Předmětné resumé převzaté z citovaného zdroje v anglické originální verzi (cit.) *The HL considered whether a court of a European Community ("EC") Member State could grant an injunction against a person bound by an arbitration agreement to restrain him from commencing or prosecuting proceedings in breach of that agreement in the court of another EC Member State which has jurisdiction to hear the proceedings under EC Regulation 44/2001 ("the Regulation"). Under the Regulation, subject to certain exceptions, a defendant can only be sued in his state of domicile. The HL considered the facts of the case against the background of the decisions in Gasser v MISAT and Turner v Grovit and concluded that it was necessary to refer the question to the European Court of Justice. Their Lordships made clear, however, that they strongly favoured the continued availability of anti-suit injunctions as a protection for those who have entered into arbitration agreements.* Srov. též například *Bělohlávek, A.* Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo, Praha: C. H. Beck, 2008, marg. 572 (vydání anglické a ruské verze této knihy se předpokládá do koknce listopadu 2009).

bude použito pro posouzení toho, zda je rozhodčí doložka s ujednáním o místu řízení v Anglii platná a závazná či nikoliv.[63]

Z rozsudku ve věci West Tankers opětovně vyplývá hluboce zakořeněný spor mezi právními doktrínami ohledně pojímání rozsahu a výkladu jednotlivých pojmů Nařízení Brusel I z pohledu common law a civil law. Vnitřní logika britské argumentace spočívá v jádru v tom, že všechny spory, o kterých se strany účinně dohodly, že by měly být rozhodnuty v rámci rozhodčího řízení, včetně jakýchkoliv navazujících sporů spojených s takovým rozhodčím řízením, by měly být vyjmuty z působnosti Nařízení Brusel I. Kontinentální argumentace je pak založena na stricto sensu výkladu pojmu rozhodčího řízení právě s ohledem na subsidiární řízení, která přímo souvisejí s rozhodčím řízením.Tento na první pohled drobný rozdíl v pojímání koncepce šíře rozhodčího řízení však může být pro budoucnost rozhodčího řízení ve státech EU z hlediska jeho oblíbenosti pro diskrétní a rychlé řešení sporu vcelku fatální důsledky, jak bude rozvedeno dále.

6. SPORNÁ KONCEPCE PŘEDMĚTU SPORU JAKO MĚŘÍTKA PRO APLIKACI (PŮSOBNOST) NAŘÍZENÍ BRUSEL I VE VZTAHU K ROZHODČÍMU ŘÍZENÍ

Oproti výše nastíněné koncepci UK, jež otázku příslušnosti svěřují pouze do rukou rozhodčího orgánu a soudů v místě sídla tohoto orgánu, což znamená, že při existenci rozhodčí smlouvy či doložky použitelné na daný právní vztah, pak všechny spory vzniklé z daného vztahu podléhají výlučně rozhodčímu řízení bez ohledu na předmět sporu a pravomoc k přezkoumání příslušnosti má pouze rozhodčí orgán a soudy v místě rozhodčího řízení. Na druhou stranu komunitární koncepce přichází s konstrukcí, jež je opřena o samotný předmět sporu[64], tj. pakliže předmět sporu spadá do působnosti Nařízení Brusel I, soud, jež je v zásadě příslušný, je oprávněn zkoumat, zda

---

[63] Analogicky ostatně anglický soud ve věci *Anglia Oils Ltd.* v. *Owners of the Marine Champion*, publikované in [1987] 2 Lloyd's Rep 565, byť zde samozřejmě nikoliv ve vztahu k *Bruselské úmluvě*, nýbrž spíše ve vztahu k čl. 9 ***Luganské úmluvy*.** V této posledně citované věci rozhodčí smlouva podléhala švýcarskému právu. Podle anglického soudu je nutno platnost rozhodčí smlouvy posuzovat výlučně podle švýcarského práva a bylo by porušením rozhodčí smlouvy, pokud by soudy jakéhokoliv jiného státu než soudy švýcarské mohly posuzovat otázku platnosti této rozhodčí smlouvy. Zde ovšem v důsledku místa řízení, které podle názoru anglického soudu determinovalo rovněž aplikaci švýcarského *legis arbitri* na předmětnou rozhodčí smlouvu. Podle názoru judikovaného ve věci Anglia Oils Ltd. by musel existovat *zásadní významný důvod* pro to, aby anglické soudy dospěly k závěru, že jsou oprávněny rozhodovat o otázce platnosti takové rozhodčí smlouvy, když smlouva sama obsahuje ujednání o pravomoci cizího *fóra*, v tomto případě rozhodců s místem řízení v zahraničí. Analogicky anglické soudy též v rozhodnutích ve věci *Etri Fans Ltd* vs *NMB (UK) Ltd* a v rozhodnutí ve věci *Ahmad Al-Naimi* vs *Islamic Press Agency Inc*. Škoda ovšem je, že anglické soudy nejsou při posuzování onoho *zásadního významného důvodu* příliš důsledné a prostor pro posouzení, zda jde o zásadní a významný důvod, je až příliš subjektivní, obvykle pak vyložený v řadě případů někdy dokonce až hegemonistickým způsobem (bohužel poněkud typickým pro anglické soudy) naopak ve prospěch pravomoci anglických soudů takovou otázku posuzovat.

[64] Viz rozsudek ESD *West Tankers*, marg. (**22**), v návaznosti na rozsudek ESD ve věci *Marc Rich*, marg. (26) a rozsudek ESD ve věci *Van Uden*, marg. (**33**).

se uplatní výjimka rozhodčího řízení a v návaznosti na toto posouzení buď věc rozhodne sám nebo ji postoupí rozhodčímu orgánu.

Stanovení rozsahu působnosti Nařízení Brusel I na základě předmětu sporu[65] je však dle názoru autora velmi nekoncepční a nevhodné. V tomto případě pak totiž bylo konstatováno, že předmětem sporu je náhrada škody vzniklé z protiprávního jednání, které spadá do rozsahu působnosti Nařízení a existence a použitelnost rozhodčí doložky tvoří pouze procesní námitku, k níž se soud musí vyjádřit při zkoumání své příslušnosti. Argumentace použitelnosti New-Yorské úmluvy [1958][66] však působí nepřesvědčivě, neboť i když autor souhlasí s použitelností New Yorkské úmluvy a jejím vztahem k Nařízení Brusel I tak jak jej prezentuje například AG ve věci West Tankers ve svém Posudku, je autor toho názoru, že odkaz na výjimku z působnosti Nařízení Brusel I pro rozhodčí řízení nebyl výlučně dán z důvodů existence New-Yorské úmluvy a že argumentace AG zaštitující se právě New-Yorskou úmluvou je pouze dalším krokem, jak omezit autonomii rozhodčího řízení v kontextu působnosti komunitárního práva. Dle názoru autora je totiž zapotřebí striktně odmítnout výklad, podle něhož je nutno rozhodčí řízení chápat jen jako jednu z výjimek. Ustanovení čl. 1 (2) (d) Nařízení Brusel I totiž v žádném případě nelze chápat jako výjimku, nýbrž pouze jako negativně formulovanou část definice věcného rozsahu Nařízení Brusel I. Použití výrazu výjimka totiž znamená, že by si Nařízení Brusel I pomyslně osobovalo působnost k zasahování prakticky do všech sfér jurisdikční pravomoci členských států, což by samo o sobě vedlo k popření suverenity jednotlivých členských států (konečně tomuto nazírání není významná část bruselských struktur de facto daleko). Takový přístup pak popírá samotný princip rozhodčího řízení, které sice svůj základ nalézá jak ve smluvní autonomii tak v právní úpravě legis arbitri, která jako jediná je schopna a oprávněna vymezit a určit, jaký rámec a rozsah poskytne rozhodčímu řízení ve smyslu objektivní i subjektivní arbitrability, a tedy v jakém rozsahu je příslušná moc veřejná konkrétního státu ochotna a schopna zajistit prosazování rozhodčích nálezů,[67] svou podstatou však

---

[65]Viz. Výše citovaný rozsudek ve věci *Marc Rich* a dále pak rozsudek C-391/95- *Van Uden*, ze dne 17. listopadu 1998.

[66] Viz rozsudek *West Tankers*, marg. (**33**).

[67] Autor se považuje za zastánce jurisdikční teorie ve vztahu k rozhodčímu řízení, když podle názoru autora je to výlučně konkrétní stát, jeho svrchovanost a projevy této svrchovanosti v podobě moci zákonodárné a výkonné, podpůrně pak moci soudní, které vymezují rámec, v němž se může rozhodčí řízení pohybovat. Bez tohoto rámce se pak rozhodčí řízení stává jakýmsi pomyslným *diskusním klubem* na úrovni mediace, neboť by nebylo možno garantovat prosaditelnost rozhodčích nálezů. Opačné názory jsou dle názoru autora projevem místy do určité míry *naivně znějícím* výrazem představy, že strany jsou ochotny vždy a za všech okolností dobrovolně se podrobit rozhodnutí rozhodců a toto splnit. Takový názor je značně odtržen od skutečné reality a dle názoru autora bude rozhodčí řízení účinným nástrojem vždy a za všech okolností jen v takovém rozsahu, v jakém je mu ochotna konkrétní státní moc poskytnout oporu v podobě uznání a výkonu rozhodčích nálezů. Smluvní základ rozhodčího řízení sice opomíjet nelze, ten však stejně nemůže překročit rámec arbitrability poskytované mu právním řádem jak státu místa rozhodčího řízení, tak v podstatné míře i státu budoucího výkonu rozhodnutí.

rozhodčí řízení plní analogickou a do značné míry zcela shodnou funkci, jako řízení před (státními) soudy.

7. SKRYTÁ RIZIKA ROZHODNUTÍ WEST TANKERS A ÚTOK NA AUTONOMII ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ A V KONEXNÉM DŮSLEDKU I NEW YORSKOU ÚMLUVU

Koncepce, jakou se vydal ESD v případě West Tankers, by mohla skutečně načrtnou budoucnost rozhodčího řízení v EU. Samotný význam rozsudku West Tankers se totiž zdaleka netýká jen institutu anti-suit injunction ve vztahu k působnosti Nařízení Brusel I. Význam rozsudku ve věci West Tankers je totiž podstatně širší a do značné míry alarmující. Jde totiž o poněkud skrytý, přesto však nikterak nezastíraný imperativ ohledně aplikace všech komunitárních zásad v rozhodčím řízením a v podstatě o (více méně plné) podrobení rozhodčího řízení komunitárnímu právu. Autor v tomto ohledu sice zastává názor, že rozhodci jsou až na některé výjimky (rozhodování ex equo et bono a pod.) povinni poměrně striktně respektovat aplikovatelné rozhodné právo (zejména ve vztahu k meritu sporu), na druhou stranu limity, kterým podléhají soudci státních soudů ve vztahu k aplikaci tohoto práva, jsou v rozhodčím řízení podstatně více posunuty ve prospěch hledání skutečného účelu právního vztahu, který je předmětem sporu. Snaha o stále širší připoutání rozhodčího řízení ke komunitárnímu právu tak, jak to zcela jednoznačně činí rozsudek ve věci West Tankers činí (zřejmě doposud nejvíce ze všech rozhodnutí, v nichž doposud ESD musel posuzovat vazba na rozhodčí řízení) a jak je v doposud existujících komentářích k tomuto rozsudku překvapivě přehlíženo, je o to významnější, že jde o rozhodnutí vydané na pozadí diskusí vedených o případné novelizaci Nařízení Brusel I právě pokud jde o jeho vazbu na rozhodčí řízení.[68]

Výsledek řízení ve věci West Tankers není nijak překvapující, neboť předcházející judikatura k tomuto výsledku směřovala. Je ovšem překvapivé, že argumentace ESD v mnoha otázkách tak ambivalentní, byla nakonec postavena pouze na jedné a základní linii a tou byla právě koncepce předmětu řízení. Zaštiťujíce se rovností stran a právní jistotou, vykročil ESD směrem ke spoutání rozhodčího práva a rozhodců samotných, ovšem velmi nenápadnou, latentní a o to nebezpečnější cestou. Jestliže mělo Nařízení Brusel I sloužit k jasnému a předvidatelnému stanovení mechanismů pro příslušnost soudů v případě jejich střetu z důvodů mezinárodních sporů, jež mají vztah k více zemím, na základě kterých (těchto mechanismů) by byla jasně vymezena hranice působnosti státních orgánů regulovaná těmito pevnými pravidly bez omezení samotných subjetů

[68] Viz zejména Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committeee [COM(2009) 174 *in fine*) and The Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) č. 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters, zejména pak ve vztahu k Section 7 of the Green Paper.

právních vztahů, pak dle názoru autora tento rozsudek zachází mnohem dále, než by bylo k dosažení takových cílů nutné. V jistých aspektech působí rozsudek ve věci West Tankers spíše kontraprodkutivně, neboť striktní aplikace formalistických mechanismů vedoucích k plíživé unifikaci mezinárodního soukromého práva vede spíše k prohlubování systémových vad a umožňuje využívat tyto vady způsobem, jež je v rozporu se smyslem a účelem Nařízení. Přitom argumentace výše nastíněná naznačuje, že dané otázky nejsou jednoznačně zodpověditelné a neexistuje zde jediné správné řešení. Navíc, zachování institutu anti-suit injunction, či jeho implementace do evropského práva by potenciálně mohla opravit systémové chyby Nařízení Brusel I, neboť se nejedná o formalistický institut pocházející z kontinentální Evropy, a jeho aplikace primárně závisí na aplikujících soudech. Přitom, ačkoliv se to tak na první pohled nemusí jevit, autor sám není zastáncem institutu anti-suit injunction, když i autor tento institut ve své základní podobě v principu odmítá a považuje jej z pohledu kontinentálního za narušení jurisdikční svrchovanosti každého státu jako projevu jednoho ze základních principů mezinárodního práva a tedy v podstatě za vměšování do záležitostí jiného státu. Na druhou stranu nelze nevidět pozitivní efekt injunctions tak, že brání zneužívání práva a obcházení ujednání o způsobu řešení sporu v podobě rozhodčí doložky a podporuje tak plné uplatnění zásady pacta sunt servanda i z pohledu procesního a prosazování práv. Právě tento aspekt totiž komunitární právo a obzvláště Nařízení Brusel I zdaleka důsledně nezohledňuje. Prosazení tohoto principu do komunitárního prostředí by naopak znamenalo velmi pozitivní krok ve směru k účinné ochraně práv a obraně proti zneužívání práva, vč. forum shopping, jak to ostatně deklaruje i komunitární právo, fakticky však zůstává pouze u této plané deklarace.

Z výše uvedeného by se dalo usuzovat, že rozhodnutí vydat se v této oblasti práva právě cestou podobné unifikace by mohl mít spíše politický kontext, než vyloženěn právně pragmatický. Předmětná pragmatičnost zvolenému řešení totiž naprosto schází. Koncepční vady jsou nadále prohlubovány místo toho, aby byly hledány cesty k nápravě. Zakotvením principu určování povahy řízení na základě povahy sporu aw totiž jednoznačně překlání zobáček vah ve prospěch komunitárních, mnohdy v podstatě administrativních a politicky kompromisních mechanismů oproti obchodním vztahům otevřené a flexibilní praxi rozhodčího řízení, jež je právě z tohoto důvodu toliko vyhledávána. Tento princip by totiž mohl být onou pomylsnou pandořinou skříňkou vedoucí k užší kontrole činnosti rozhodců jinak nezávislých na státní moci a současně ke ztrátě renomée rozhodčího řízení, neboť rozhodčí řízení potenciálně ztratí punc rychlosti v porovnání se státní jurisdikcí a nezávislosti na soudní moci. Tento způsob rozšíření působnosti Nařízení brusel I by mohl být prvním krokem k evropské institucionalizaci rozhodčího řízení pod záštitou evropského dozoru, neboť jelikož v současné době neexistuje mechanismus, ketrým by se koordinovala příslušnost rozhodčích orgánů s příslušností vnitrostátních

soudů.[69] Tuto možnost ostatně nastiňuje i sám AG ve svém Posudku ve věci West Tankers, když navrhuje aby rozhodčí řízení bylo do působnosti Nařízení Brusel I taktéž zahrnuto[70]. Představit si fungující systém pro stanovení mezinárodní příslušnosti v ránci EU fungující dvojkolejně lze s ohledem na specifika a neformálnost rozhodčího řízení jen ztěží. Z praktického hlediska by pak jistě evropské destinace ztratily mnoho ze své přitažlivosti jakožto potenciální místo pro konání rozhodčího řízení. Rovněž toto byl jeden z důvodů proč se HL obrátila na ESD s předběžnou otázkou týkající se anti-suit injunction, neboť zákazem vydávání těchto opatření by Londýn jakožto místo řízení ztratil oproti ostatním zemím s common law tradicí mimo evropský kontinent justiční zbraň, jež je však inherentně s common law tradicí neodmyslitelně spojena. Tento veřejně nezastíraný argument HL je však zcela zřejmě nedostatečně chápán odbornou veřejností ve své pravé podstatě. Nejde totiž jen o ztrátu prestiže města nad temží jako jedné ze zajímavých a tradičních destinací pro rozhodování sporů, nýbrž o varování před atakem proti rozhodčímu řízení v celoevropském kontextu ze strany bruselsko-lucemburského nájezdníka a zdá se, jako by část Evropy na východ od kanálu toto riziko zcela záměrně zastírala, opomíjela a bagatelizovala. Jde však i o útok proti tak principiálním mechanismům v oblasti mezinárodního obchodu, jakými je prosaditelnost nároků z obchodního styku za podpory rozhodčího řízení v kontextu New Yorské úmluvy.

Rovněž sama AG ve věci West Tankers uznává, že Nařízení Brusel I by nemělo zasahovat do mezinárodních pravidel rozhodčího řízení[71], avšak souřasně jedním dechem dodává, že straně, jež se necítí být vázána rozhodčí doložkou či rozhodčí smlouvou musí dána možnost předložit k posouzení takovýto prorogační instrument k posouzení soudu. Způsob, jaký je však zvolen, zvláště pak ve světle předcházejících případů zneužívání tohoto institutu, je vskutku zarážející. Argument bránění přístupu k soudům je však předkládán pouze v první rovině, kdy strana žalovaná musí mít možnost předložit tuto otázku soudu, přičemž bránění v tom by bylo možné považovat za možné odepření přístupu k soudům. Souřasně je ovšem v Posudku AG a ostatně následně též v samotném rozhodnutí ve věci West Tankers naprosto ignorován fakt, že aplikoací tohoto institutu se fakticky lze

---

[69] V konečném důsledku by se tak jednalo o onu pomyslnou *ránu do zad* New Yorské úmluvě, která je zcela poprávu považována za jeden z nejúspěšnějších nástrojů podpory mezinárodního obchodního styku.

[70] Posudek, marg. (**72**).

Do určité míry se pak zdá, že toto potenciální riziko nechápou ani některá vyjádření ke *Green Paper on the Review of the Regulation* [...] z 15. června 2009, které, jak se zdá, toto riziko z poněkud nepochopitelných důvodů spíše popírá; viz http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx (stránka naposledy navštívena 15. června 2009).

[71] Posudek, marg. (**65**)

velice účině bránit zahájení rodzhodčího řízení a úpírat tak přístup k příslušnému (rozhodčímu) soudu potažmo výkonu spravedlnosti druhé straně, jež v rámci své smluvní autonomie spoléhala na vyjmutí z takovéto pravomoci obecných soudů. V kombinaci s mechanismem kvalifikace předmětu sporu pak nelze nevidět jistou vnitřní systematičnost, s jakou je ve vztahu k rozhodčímu řízení na půdě EU postupováno.

Budoucnost ukáže, zda samoregulační systém práva Společenství regulovaný ESD bude pokračovat v tomto tažení proti rozhodčímu řízení či nikoliv. Rozhodnutí West Tankers je obecně považováno za nikterak překvapivé, nevýrazné a sledující jednotnou linii po dlouhou dobu sledovanou ze strany ESD. Dle názoru autora jde však naopak o historicky a kvalitativně podstatně širší rozhodnutí, které spíše svazuje rozhodčí řízení s komunitárními mechanismy a vzdaluje rozhodčí řízení od jeho základních funkcí. V řadě svých poněkud skrytých, přesto však dobře zjistitelných závěrů a důsledků tak naopak rozhodnutí West Tankers představuje vysoké riziko pro rozhodčí řízení, autonomii rozhodců a ostatně i smluvní autonomii jako takovou jdoucí vysoce nad rámec toho, co mělo být předmětem tohoto rozhodování o předběžné otázce, totiž vztahu anti-suit injunction a koncepce Nařízení Brusel I.

8. ROZHODČÍ ŘÍZENÍ V KONTEXTU EVROPSKÉHO CIVILNÍHO PROCESU PRO FUTURO: NAVRHOVANÁ ZMĚNA NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Jak z výše nastíženého výkladu vyplývá, nelze rozhodnutí ve věci West Tankers chápat v žádném případě odděleně od dosavadního vývoje právních (zejména judikovaných) názorů na postavení rozhodčího řízení v kontextu evropského práva, ani bez zohlednění ostatních právně politických souvislostí dění na komunitární úrovni.

8.1 NAVRHOVANÁ ZMĚNA NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Podle čl. 73 Nařízení Brusel I[72] je Komise ES (dále EK) povinna nejpozději pět let po vstupu posledně citovaného nařízení v platnost předložit Evropskému parlamentu (dále EP), Radě a Hospodářskému a sociálnímu výboru zprávu o uplatňování tohoto Nařízení [Brusel I] a v případě potřeby ke zprávě přiložit návrhy na jeho změny.[73] Základem pro zpracování této zprávy, kterou EK předložila 21. dubna 2009,[74] byla Heidelberská zpráva[75]

---

[72] Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o soudní příslušnosti a uznávání a výkonu soudních
rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (*Úřední věstník* 2001, L 12, s. 1).

[73] ***Nařízení 44/2001*** (cit.) **Článek 73** - *Nejpozději do pěti let po vstupu tohoto nařízení v platnost předloží Komise Evropskému parlamentu, Radě a Hospodářskému a sociálnímu výboru zprávu o uplatňování tohoto nařízení. V případě potřeby se ke zprávě přiloží návrhy na jeho změny.*.

[74] Zpráva **EK** určená Evropskému parlamentu, Radě a Evropskému hospodářskému a sociálnímu výboru o uplatňování Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech ze dne 21. dubna 2009, KOM(2009) 174 [*in fine*].

a Studie upravující [případné] přistoupení[76] ES k Haagské úmluvě z 30. června 2005 o dohodách o volbě soudu.[77]

Podle zprávy EK bylo Nařízení Brusel I úspěšné, což ovšem nevylučuje možnost jeho dalších změn. Jednou z oblastí, v nichž EK navrhla změny, je rozhodčí řízení, které bylo doposud podle čl. 1 odst. 2 písm. d/ [Nařízení Brusel I][78] vyloučeno z předmětu úpravy Nařízení Brusel I a tím i z celého evropského procesního práva[79]. Tato změna má spočívat ve vyloučení výjimky podle čl. 1 odst. 2 písm. d/ Nařízení Brusel I. Účel, který zrušením výjimky EK sleduje, je mj. vyjádřen v Zelené knize [k Nařízení Brusel I],[80] podle které tímto účelem není (alespoň co do předmětné formální deklarace) regulovat rozhodčí řízení, nýbrž především zajistit bezproblémový oběh rozsudků v Evropě a zabránit souběžným řízením.

8.2 VZTAH ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ A NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Vyloučení rozhodčího řízení z předmětu bruselské úpravy[81] bylo od počátku zdůvodňováno vztahem mezi Bruselskou úmluvou[82] a New Yorskou úmluvou z roku 1958 (dále New Yorská úmluva).[83] Během procesu

---

[75] *Hess, B., Pfeiffer, T. et Schlosser, s.* The Brussels I Regulation 44/2001 Application and Enforcemnent in the EU, München: C. H. Beck, 2008. Dokument dostupný v elektronické formě http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm (stránka naposledy navštívena 23. června 2009).

[76] V mezidobí již k tomuto přistoupení došlo. Viz podrobně též v rámci komentáře k čl. 25 *Nařízení Brusel I.*

[77] *Study to inform an Impact Assessment on the Ratification of the Hague Convention on Choice of Court Agreements by the European Community*. V elektronické formě dostupné sub http://ec.europa.eu/dgs/justice_home/evaluation/dg_coordination_evaluation_annexe_en.htm (stránka naposledy navštívena 23. června 2009).

[78] ***Nařízení 44/2001*** **(cit.:)** KAPITOLA I - OBLAST PŮSOBNOSTI - **Článek 1** - **1.** [...] **2.** Toto nařízení se nevztahuje na[...] **d)** rozhodčí řízení. **3.** [...]

[79] Nejen ovšem z režimu evropského procesního práva, nýbrž i z režimu evropského kolizního práva (*hmotného*), srov. čl. *Nařízení* a čl. *Úmluvy*.

[80] Zelená kniha o posouzení Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech ze dne 21. dubna 2009. **Zelenou knihou** se v případě tohoto příspěvku míní právě posledně citovaná **Zelená kniha k *Nařízení Brusel I***

[81] Tedy *Bruselské úmluvy*, na niž, pokud jde o koncepci vyloučení rozhodčího řízení, plně navazuje rovněž *Nařízení 44/2001*.

[82] *Bruselská úmluva* o soudní příslušnosti a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, uzavřená
v Bruselu dne 27. září 1968 (*Úřední věstník*, 1972, L 299, s. 32).

[83] United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitratil Awards / *Úmluva OSN o uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezů*. **Úmluva byla uzavřena 10. června 1958 v New Yorku. V elektronické verzi spolu s dalšími dokumenty týkajícími se New Yorské úmluvy například sub ww.jus.uio.no/lm/un.arbitration.recognition.and.enforcement.convention.new.york.1958/doc.html (stránka naposledy navštívena 25. června 2008) aj. Pro ČSR účinná od 10. října 1959 – viz Vyhláška Ministra zahraničních věcí č. 74/1959 Sb.**

přijímání Bruselské úmluvy převládala všeobecná shoda v tom, že uznání a výkon rozhodčích smluv a rozhodčích nálezů jsou dostatečně upraveny v new Yorské úmluvě,[84] a to zcela vyhovujícím způsobem, který se v praxi osvědčil, a tudíž by neměly být upraveny předpisy komunitárního práva.

Již v době platnosti Bruselské úmluvy byla řešena otázka výkladu rozsahu působnosti čl. 1 odst. 2 bodu 4 [Bruselské úmluvy], jmenovitě v jakém rozsahu, resp. na jaké spory, ohledně nichž strany platně sjednaly rozhodčí smlouvu, se vztahuje výjimka dle citovaného ustanovení Bruselské úmluvy. Podle zprávy P. Schlossera (v orientačním překladu, cit.)[85] [...]dva protikladné základní postoje, které nebylo možné sladit, vyplynuly z diskuse o výkladu relevantních ustanovení čl. 1 odst. 2 bodu 4 [Bruselské úmluvy]. Názor v zásadě vyjádřený Spojeným královstvím [(UK)] byl takový, že toto ustanovení se vztahuje na všechny spory, o nichž se strany platně dohodly, že by měly být rozhodovány v rámci rozhodčího řízení, včetně jakýchkoliv souvisejících sporů spojených s ujednaným rozhodčím řízením. Podle druhého názoru, který zastávaly původní členské státy EHS, zahrnuje předmětný pojem rozhodčí řízení před vnitrostátními soudy pouze tehdy, pokud souvisejí s řízením před rozhodci bez ohledu na to, zda toto již bylo skončeno, nadále probíhá, nebo má být zahájeno. [...][86] Tyto rozdílné názory mohou mít vliv na uznání a výkon soudních rozhodnutí, která podle názoru soudu členského státu, v němž je o uznání žádáno, byla vydána v rozporu s rozhodčí doložkou,[87] jakož i na otázku, kdo vůbec je nadán pravomocí (příslušností) zkoumat účinnost a rozsah působnosti rozhodčí doložky.

---

[84] *Jenard, s.* Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters signed at Brussels, 27 september 1968. Publikováno in: *Úřední věstník*, C 59, 5. března 1979; (cit.): „*There are already many international agreements on arbitration. Arbitration is, of course, referred to in Article 220 of the Treaty of Rome. Moreover, the Council of Europe has prepared a European Convention providing a uniform law on arbitration, and this will probably be accompanied by a Protocol which will facilitate the recognition and enforcement of arbitral awards to an even greater extent than the New York Convention. This is why it seemed preferable to exclude arbitration. The Brussels Convention does not apply to the recognition and enforcement of arbitral awards (see the definition in Article 25); it does not apply for the purpose of determining the jurisdiction of courts and tribunals in respect of litigation relating to arbitration for example, proceedings to set aside an arbitral award; and, finally, it does not apply to the recognition of judgments given in such proceedings.*“ Zpráva dostupná v elektronické podobě např. sub. http://aei.pitt.edu/1465/01/commercial_report_jenard_C59_79.pdf. Stránka naposledy navštívena 22. Června 2009.

[85] *Schlosser, s.* Zpráva o Úmluvě o přistoupení Dánského království [(**DK**)], Irska [(**IRL**)] a Spojeného království Velké Británie a Severního Irska [(**UK**)] k Úmluvě o soudní příslušnosti a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech a k Protokolu o jejím výkladu Soudním dvorem (Úřední věstník, C 59, s. 71 a násl., bod /**61**/). Viz rovněž **(i)** stanovisko AG *Darmona* z 19. února 1991 ve věci ***M. Rich*** (**C-190/89**, publikované in: Sb. ESD, s. I-3855 a násl., bod /**23**/); **(ii)** stanovisko AG *Légera* z 10. června 1997 ve věci ***Van Uden*** (viz předmětné rozhodnutí v poznámce pod čarou /**21**/, body /**40**/ a násl.); **(iii)** stanovisko AG Kokott ze dne 4. září 2008 ve věci ***West Tankers*** (**C-185/07**, body /**39**/ a násl.). Citovaná rozhodnutí anotována podrobněji rovněž na jiných místech tohoto oddílu týkajícího se čl. 1 *Nařízení Brusel I* (čl. 1 *Bruselské úmluvy*) a / nebo v závěru celé této kapitoly komentáře.

[86] Zpráva *Schlossera, s.* s. 71, marg. (**61**).

[87] Zpráva *Schlossera*, s. s. 71, marg. (**62**).

Podle generální advokátky [při ESD] J. Kokott[88] je zásadním rozdílem mezi těmito dvěma přístupy to, že výjimka týkající se rozhodčího řízení je chápana podle prvního názoru široce. Jakmile se tvrdí, že existuje ujednání o rozhodčím řízení, všechny spory, které vznikly z právního vztahu, podléhají výlučně rozhodčímu řízení bez ohledu na předmět sporu. Pouze rozhodčí orgán a soudy v místě rozhodčího řízení jsou oprávněny zkoumat příslušnost (zde je tedy plně potvrzována koncepce Kompetenz-Kompetenz). Zatímco podle druhého názoru, který zohledňuje zejména předmět věci, pokud tento spadá do působnosti Nařízení Brusel I, soud, který je v zásadě příslušný, je oprávněn přezkoumat, zda se uplatní výjimka podle čl. 1 odst. 2 písm. d/, a podle toho, jak posoudí účinnost a použitelnost rozhodčí smlouvy, postoupí věc rozhodčímu orgánu nebo rozhodne ve věci sám.

8.3 ZPRÁVA KOMISE (EK) A ZELENÁ KNIHA [K NAŘÍZENÍ BRUSEL I]

Zpráva EK poukázala na obtíže, k nimž docházelo při aplikaci Nařízení Brusel I v souvislosti s rozhodčím řízením, a zejména poukázala na některé instituty vnitrostátního práva, jako například anti-suit injunctions. Paralelně s touto Zprávou EK zpracovala a předložila Zelenou knihu, v níž navrhuje změny Nařízení Brusel I. V souvislosti s rozhodčím řízení konstatuje, že ujednání týkající se rozhodčího řízení by měly mít co možná největší účinek, a i když tuto otázku upravuje dostatečně New Yorská úmluva, komunitární právo by mělo vyloučit možnost současného projednávání téže věci u soudu národního a soudu rozhodčího. Za tímto účelem bylo navrženo vypuštění výjimky podle čl. 1 odst. 2 písm. d/ Nařízení Brusel I a zavedení jurisdikční normy, která odkáže na stát, jehož soudy budou [mezinárodně] příslušné pro řízení související s řízením před rozhodci. Hraničním určovatelem by podle této normy mělo být sídlo rozhodčího soudu. Takto určená pravomoc (mezinárodní příslušnost) by měla mít povahu výlučnou (exclusive jurisdiction).

Z toho je patrné, že Komise převzala stanovisko vyjádřené v Heidelberské zprávě, resp. jeden z jeho návrhů na možnou budoucí úpravu režimu rozhodčího řízení.[89]

---

[88] Stanovisko generální advokátky *J. Kokkott* ze 4. září 2008 ve věci *West Tankers* (C-185/07, body /**39**/ a násl.).

[89] *Heidelberská zpráva*, s. 350 (cit.:) *With regard to arbitration proceedings the Judgment Regulation should not address issues dealt with by the New York Convention. However, the prevalence of the New York Convention does not exclude supplemental and supporting provisions, especially provisions addressing the interfaces between the New York Convention and the Regulation. Even though it seems not to be appropriate to propose far reaching amendments of the Judgment Regulation in this field at the present state of affairs, two possible avenues should be advocated. The first is to delete Article 1 (2) (d) JR and to preserve the prevalence of the New York Convention by Article 71 JR. The second way forward is to address the interfaces between arbitration and the Judgment Regulation in a*

8.4 ODBORNÁ VEŘEJNOST K ZÁMĚRU ROZŠÍŘENÍ VĚCNÉHO ROZSAHU NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Zelené knize [k Nařízení Brusel I] je odbornou veřejností obvykle vytýkáno, že většina států již ve svém národním zákonodárství obsahuje funkční úpravu, která řeší otázku vztahu mezi národními soudy a řízením u rozhodčího soudu, zatímco návrh úpravy o výlučné pravomoci (mezinárodní příslušnosti) je v rozporu se základními požadavky současného mezinárodního rozhodčího řízení.[90] Další publikované názory se vyjádřují velmi kriticky k navrhovanému řešení, když jediným opodstatněním pro výlučnou pravomoc (mezinárodní příslušnost) soudů státu, v nichž je sídlo rozhodčího soudu, spatřují v případě jmenování rozhodce. V ostatních případech by taková změna znamenala ohrožení účinnosti řízení u rozhodčího soudu. S těmito názory lze jen souhlasit.

Jen zcela jediněle se objevují též názory, které podporují zrušení výjimky podle čl. 1 odst. 2 písm. d/ Nařízení Brusel I a zavedení výlučné pravomoci (mezinárodní příslušnosti) soudů státu, v němž se nachází sídlo rozhodčího soudu pro řízení s ním související. Současně se navrhuje rozšíření rozsahu aplikace čl. 27 Nařízení Brusel I[91] rovněž na rozhodčí řízení.[92]

8.5 NÁRODNÍ ZPRÁVY K ZELENÉ KNIZE [O NAŘÍZENÍ BRUSEL I][93]: ODMÍTAVÝ CHARAKTER VĚTŠINY NÁRODNÍCH STANOVISEK JAKO PŘÍKLAD ODTRŽENÍ BRUSELSKÉ ADMINISTRATIVY OD REALITY MEZINÁRODNÍHO PROSTŘEDÍ

---

positive, comprehensive way and to include a specific provision on supportive proceedings to arbitration in the Judgment Regulation. Accordingly, the introduction of a new Article 22 (6) in the Judgment Regulation addressing annex proceedings to arbitration seems a possible avenue. This provision could read as follows: The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, [...] *in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place.*

[90] Srov. Steinbrück, B. **Die Unterstützung ausländischer Schiedsverfahren durch staatliche Gerichte**, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

[91] ***Nařízení 44/2001*** **- Překážka litispendence a závislá řízení - Článek 27** – **(1)** *Je-li u soudů různých členských států zahájeno řízení v téže věci mezi týmiž stranami, přeruší soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, bez návrhu řízení až do doby, než se určí příslušnost soudu, který řízení zahájil jako první.* **(2)** *Jakmile je určena příslušnost soudu, u něhož bylo řízení zahájeno jako první, prohlásí se soud, u něhož bylo řízení zahájeno později, za nepříslušný ve prospěch prvního soudu*.

[92] Srov. o*pačný názor zaujal Hill, J.* na serveru www.conflictoflaws.net (stránka naposledy navštívena 29. června 2009).

[93] Jednotlivé národní zprávy dostupné v elektronické verzi sub http://www.ipr.uni-heidelberg.de/studie2/national_reports.htm. (stránka naposledy navštívena 7. června 2009).

Rovněž národní zprávy obsahující odpovědi na Zelenou knihu [k Nařízení Brusel I] vykazují základní tendenci odmítající rozšíření rozsahu Nařízení Brusel I na rozhodčí řízení. To svědčí jednoznačně o tom, že bruselská administrativa je dnes již zcela odtržena od reality a že komunitární aparát se dostal do stadia, kdy tvoří konstrukce kontradiktorní nejen celé řadě esenciálních tradic aplikovaných v národních právních řádech. Je dokonce až s podivem, jak více méně jednotně (negativně) hodnotí předmětný návrh jednotlivé národní zprávy.[94]

Evropská komise a komunitární administrativní aparát se totiž snaží jít směrem pokusů o tvůrce vysoce nadkomunitární úpravy, která může mít zcela nedozírné dopady na začleňování Společenství do struktur vysoce kosmopolitních, mezinárodních. To jsou ovšem snahy vysoce nebezpečné. Nelze nevidět, že takové jurisdikce, jejichž státy dnes doslova hýbají světovou ekonomikou, jako například expandující ekonomiky asijské, budou takovou úpravu zcela jednoznačně ignorovat. Důsledkem tedy nebude nic jiného než pouhé posilování oné pomyslné čínské zdi, která si již dnes okolo EU vytyčila své pevné základy například přehnaně ochranářskou funkcí a některými specifickými zásadami komunitárního práva uměle vytvořenými, které z dlouhodobého a především hospodářského hlediska mohou dokonce v relativně krátkém časovém horizontu vést k totální ztrátě konkurenceschopnosti evropských trhů a jejich izolaci na trzích naopak skutečně produktivních a perspektivních.

8.6 HEIDELBERSKÁ ZPRÁVA

Podle Heidelberské zprávy stanoví New Yorská úmluva jednotný rámec pro uplatnění rozhodčích smluv. Na posledně citovaný pramen úpravy (mezinárodního původu), který platí [bezmála] po celém světě, by se v regionálním rámci nemělo zapomínat, ani by se neměl oslabovat její význam. Autor je v tomto ohledu ještě vyhraněnějšího názoru. S ohledem na šíři, v jaké je New Yorská úmluva uplatňována, a na její zásadní význam v mezinárodním obchodním styku je vysoce riskantní dokonce i jakékoliv její zpochybnění. O takové zpochybnění se fakticky v případě záměru EK vyjádřeného v Zelené knize [k Nařízení Brusel I] jedná bez ohledu na to, že se EK (velmi nevýrazně, jen formálně a značně nešikovně) snaží o to, aby formálně takto nečinila. Čím širší je totiž teritoriální a věcný dopad jakékoliv úpravy mezinárodního původu, tím významnější je jednotnost jejího používání a tím riskantnější je i jakýkoliv regionální zásah do tohoto jemného přediva jednotného výkladu a aplikace, který se vytváří po dobu více než padesáti let. V tomto ohledu nelze záměr EK označit jinak než jako sebevražedný.

[94] Národní zprávy prezentovala zejména Česká republika (**CZ**), Německo (**D**), Francie (**F**), Itálie (**I**), Nizozemsko (**NL**) a Spojené království (**UK**).

Nejvýznamnější úspěch New Yorské úmluvy totiž zcela zřejmě představuje její rozsáhlá aplikace, která znamená jednotnost a právní jistotu na celém světě, v podstatě dnes již bez zásadních výkyvů ve všech smluvních státech. Proto by se Nařízení Brusel I nemělo věnovat otázkám, které New Yorská úmluva úpravuje, jak ostatně také Heidelberská zpráva konstatuje. Dle názoru autora by stejně negativní efekt mělo i to, kdyby se Nařízení Brusel I pokusilo o faktické okleštění New Yorská úmluva již jen tím, že sváže prostřednictvím přímo aplikovatelné úpravy v rámci Společenství to, co buď rozhodčí řízení doplňuje, podporuje nebo na ně bezprostředně navazuje. Přednost New Yorské úmluvy nevylučuje doplňující nebo podpůrnou úpravu. Odkaz na čl. VII. New Yorské úmluvy je však zcela zcestný, neboť ten se týká něčeho kvalitativně jiného, totiž úpravy mezinárodního původu, která je produktem konsensu suverénních států. Bez ohledu na režim, který pro pravomoci Společenství zakotvuje SES, nelze v žádném případě takový konsensus zaměňovat za imperativy, které jsou vytvořeny na úrovni Společenství. Jde totiž o něco zcela odlišného. Zatímco úprava národního původu díky svému konsensuálnímu charakteru nenarušuje mezinárodní prostředí a skutečně je pouze doplňuje, administrativně normativní imperativy aktů Společenství tento prvek úplného konsensu jednotlivých států, který je akceptován též širokým mezinárodním prostředím přesahujícím rámec Společenství, však postrádá a k předmětné akceptaci mezinárodním prostředím vést nemůže.

8.7 KOORDINACE ŘÍZENÍ TÝKAJÍCÍCH SE PLATNOSTI ROZHODČÍ SMLOUVY MEZI ROZHODČÍMI SOUDY A [OBECNÝMI] SOUDY

Dalším návrhem, který Zelená kniha [k Nařízení Brusel I] obsahuje, je zaměřit se na koordinaci v řízeních týkajících se platnosti rozhodčí smlouvy vedených u soudu a rozhodčího soudutak, že se poskytne přednost soudům členských států, v nichž probíhá rozhodčí řízení, aby rozhodly o existenci, platnosti a účincích rozhodčí smlouvy. Tento návrh by se vztahoval na případy paralelních soudních řízení (např. řízení týkající se konstituování rozhodčího senátu a žaloby ve věci samé u soudů jiného členského státu).

Pracovní komise IBA pro rozhodčí řízení má za to, že tento návrh by nebyl v souladu s výslovným rozhodnutím stran vyřešit jejich spor v rozhodčím řízení. V zásadě by vedl k tomu, že strana, která jednou vyslovila svůj souhlas s rozhodčí smlouvou, by byla nucena domáhat se u soudu zastavení soudního sporu projednávaného u soudů jiného členského státu bez ohledu na rozhodčí smlouvu (jako například v případu projednávaném před ESD ve věci West Tankers). Výsledkem může být rovněž nárůst případných paralelních řízení spíše než jejich omezení. Kromě toho návrh nedostatečně zohledňuje rozdíly v předpisech upravujících rozhodčí řízení v jednotlivých členských státech. Například podle francouzského práva má rozhodčí senát absolutní přednost při rozhodování o své vlastní příslušnosti, pokud soud nedospěje k závěru, že rozhodčí smlouva je zjevně nicotvá (příp. neexistentní), neplatná nebo neúčinná (negativní účinek zásady rozhodčí competence-competence), jak bylo o tomto negativním účinku pojednáno již

výše V jiných zemích, pokud je u soudu podána žaloba ve věci, na kterou se vztahuje rozhodčí smlouva, musí soud účastníky odkázat na rozhodčí řízení[95], pokud nezjistí, že rozhodčí smlouva je absolutně neplatná, neúčinná nebo že je stižena nemožností svého naplnění, a přesto je možné rozhodčí řízení zahájit nebo v něm pokračovat a vydat rozhodčí nález, zatímco se věc projednává u soudu. Tato zásada je odvozena ze Vzorového zákona UNCITRAL o rozhodčím řízení v mezinárodních věcech (viz jeho čl. 8)[96]. V některých zemích (jako například v /D/, viz § 1032 odst. 2 ZPO /D/[97], příp. v /A/, viz § 584 odst. 1 ZPO /A/[98] aj.) je možné u soudu před konstituováním rozhodčího senátu požádat o rozhodnutí, zda je rozhodčí smlouva platná. Ve všech případech je však obecnou zásadou, že paralelní soudní řízení by nemělo vést k zastavení rozhodčího řízení.

Ustanovení, jehož účelem by bylo zabránit paralelním řízením, by tedy mělo tato pravidla zohlednit. Proto pokud jde o návrh nového čl. 27a Nařízení Brusel I, který je obsažen v Heidelberské zprávě (viz bod /133/), je IBA toho názoru, že by se měl změnit tak, aby bylo jasné, že zastavení bude nařízeno i tehdy, je-li účelem paralelního řízení vydání rozhodnutí o na první pohled zjevné existenci, platnosti nebo rozsahu rozhodčí smlouvy, nebo má-li rozhodnutí o existenci, platnosti nebo rozsahu rozhodčí smlouvy primárně vydat sám rozhodčí senát.

Posledně uvedená formulace se liší od návrhu obsaženého v Heidelberské zprávě v tom, že se vztahuje na všechna rozhodnutí soudů, jakož i rozhodčích senátů, kterými se připouští pokračování v rozhodčím řízení (včetně těch rozhodnutí, která jsou – jako v případě (F) – omezena na určení toho, že rozhodčí smlouva není zjevně absolutně neplatná nebo neúčinná). Toto ustanovení by bylo slučitelné s národním právem všech členských států. Zároveň by bránilo paralelním řízením a chránilo by účinnost rozhodčích smluv.

---

[95] Srov. též například § 106 OSŘ (**CZ**) aj.

[96] **Vzorový zákon UNCITRAL o rozhodčím řízení v mezinárodních věcech**, jako dokument OSN A/40/17, příloha I, ve znění přijatém Komisí OSN pro mezinárodní obchodní právo [UNCITRAL] dne 21. června 1985 (cit.:) **Článek 8 Rozhodčí smlouva a samostatné uplatnění nároku u soudu - (1)** *Soud, u něhož byla podána žaloba ve věci, která je předmětem rozhodčí smlouvy, odkáže strany na rozhodčí, jestliže o to nejpozději při podání svého prvního vyjádření k předmětu sporu jedna strana požádá a pokud nezjistí, že smlouva je neplatná, neúčinná nebo nevykonatelná*. **(2)** *Pokud byla podána žaloba uvedená v odstavci (1) tohoto článku, může být i přesto zahájeno rozhodčí řízení nebo v něm může být pokračováno a může být vydán rozhodčí nález, dokud sporná otázka nebude soudem rozhodnuta.*

[97] **ZPO** (**D**) (v orientačním překladu, cit.:) **§ 1032. Rozhodčí smlouva a žaloba u soudu – [...]{(2)** U soudu lze až do konstituování rozhodčího senátu podat žalobu na určení přípustnosti nebo nepřípustnosti rozhodčího řízení.[...]

[98] **ZPO** (**A**) (v orientačním překladu, cit.:) Rozhodčí smlouva a žaloba v soudním řízení - **§ 584 – (1)** Pokud je u soudu podána žaloba ve věci, na kterou se vztahuje rozhodčí smlouva, soud žalobu odmítne, pokud se žalovaný k věci nevyjádří nebo se ve věci nenařizuje ústní jednání. To neplatí, pokud soud shledá, že věc není arbitrabilní nebo rozhodčí smlouva není platná. Pokud takové řízení doposud u soudu nebylo zahájeno, může být přesto zahájeno nebo pokračováno v rozhodčím řízení a vydán rozhodčí nález.[...].

IBA se nepřiklání k návrhu Zelené knihy [k Nařízení Brusel I], který spočívá ve stanovení lhůt pro stranu, která napadá platnost rozhodčí smlouvy u soudů některého členského státu (viz kap. 7, s. 9). Současně navrhuje, aby se s touto otázkou vypořádaly národní právní řády, a to v souladu se zásadou procesní autonomie.

Contact – email
a.belohlavek@ablegal.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

K APLIKACI NAŘÍZENÍ BRUSEL I PŘI POSUZOVÁNÍ PLATNOSTI ROZHODČÍ SMLOUVY

PETRA BOHŮNOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22.12.2000 o příslušnosti, uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v civilních a obchodních věcech (dále jen „Nařízení“) zdánlivě článkem 1 odst. 2 písm. d) zcela vylučuje ze své aplikace rozhodčí řízení. Tato úprava je však dále modifikována dvěma rozhodnutími[1] Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), která naopak použití Nařízení na některé otázky související s rozhodčím řízení připouští. V žádném z rozhodnutí ale nebyl vysloven jednoznačný závěr o tom, zda lze podle Nařízení postupovat při rozhodování státního soudu o otázkách existence, platnosti a rozsahu (dále jen „platnost“) rozhodčí smlouvy. Nejasnosti při aplikaci Nařízení na uvedené otázky uváděly i členské státy EU ve svých zprávách o aplikaci nařízení Brusel I.[2] Cílem tohoto příspěvku je proto potvrdit nebo vyvrátit následující hypotézy:

„Určování pravomoci státního soudu pro rozhodování o existenci, platnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy a při uznávání takového rozhodnutí v jiném členském státě EU je podle současné právní úpravy z dosahu Nařízení vyloučeno. V zájmu právní jistoty stran rozhodčí smlouvy a procesní ekonomie se Nařízení musí na tyto otázky vztahovat.“

Nejprve bude stručně nastíněna problematika platnosti rozhodčích smluv. Následně bude analyzována otázka aplikace Nařízení na platnost rozhodčích smluv ve světle relevantních rozhodnutí ESD. V návaznosti na potvrzení nebo vyvrácení hypotézy budou navrženy případné změny Nařízení. V závěru budou shrnuty klíčové poznatky.

---

[1] Rozhodnutí ESD C-190/89 *Marc Rich a Co AG v. Societa Italiana Impianti PA* ze dne 25. 7. 1991 a rozhodnutí ESD C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 10. 2. 2009 a

[2] Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Study JLS/C4/2005/03, Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, 2007, s. 52 – 54; REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, s. 9. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/report_judgements_en.pdf

Key words in original language
Platnost rozhodčí smlouvy; nařízení Brusel I; rozhodnutí ESD Marc Rich; rozhodnutí ESD West Tankers.

Abstract
The regulation Brussels I appears to exclude the arbitral proceedings completely from its application. However, this rule is further modified by two decisions of the European Court of Justice which, on the contrary, approve the application of the regulation Brussels I on some questions related to arbitral proceedings. Nevertheless, in none of the decisions was pronounced an unambiguous opinion, whether the regulation Brussels I shall be applied on proceedings before state courts concerning the questions of existence, validity and scope of the regulation Brussels I. Therefore, the focus of this paper is to confirm or to rebut the following hypothesis: „The regulation Brussels I shall be applied on determination of the jurisdiction of state courts to decide on existence, validity and scope of an arbitral award and on recognition of such a decision in another member state of the EU." Firstly, the issue of the validity of arbitral awards will be described. Then, the question of application of the regulation Brussels I on proceedings before a state court concerning the questions of existence, validity and scope of arbitral awards in the light of the ECJ decisions will be analyzed. After the confirmation or rebutment of the hypothesis, the upcoming amendment of the regulation Brussels I will be dealt with. Finally, the key findings will be summarized.

Key words
Validity of an arbitral agreement; Regulation Brussels I; Decision of the ECJ Marc Rich; Decision of the ECJ West Tankers.

1. ÚVOD

Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22.12.2000 o příslušnosti, uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v civilních a obchodních věcech (dále jen „Nařízení") zdánlivě článkem 1 odst. 2 písm. d) zcela vylučuje ze své aplikace rozhodčí řízení. Tato úprava je však dále modifikována dvěma rozhodnutími[1] Evropského soudního dvora (dále jen „ESD"), která naopak použití Nařízení na některé otázky související s rozhodčím řízení připouští. V žádném z rozhodnutí ale nebyl vysloven jednoznačný závěr o tom, zda lze podle Nařízení postupovat při rozhodování státního soudu o otázkách existence, platnosti a rozsahu (dále jen „platnost") rozhodčí smlouvy. Nejasnosti při aplikaci Nařízení na uvedené otázky uváděly i členské státy

[1] Rozhodnutí ESD C-190/89 *Marc Rich a Co AG v. Societa Italiana Impianti PA* ze dne 25. 7. 1991 a rozhodnutí ESD C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 10. 2. 2009 a

EU ve svých zprávách o aplikaci nařízení Brusel I.[2] Cílem tohoto příspěvku je proto potvrdit nebo vyvrátit následující hypotézy:

„Určování pravomoci státního soudu pro rozhodování o existenci, platnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy a při uznávání takového rozhodnutí v jiném členském státě EU je podle současné právní úpravy z dosahu Nařízení vyloučeno. V zájmu právní jistoty stran rozhodčí smlouvy a procesní ekonomie se Nařízení musí na tyto otázky vztahovat."

Nejprve bude stručně nastíněna problematika platnosti rozhodčích smluv. Následně bude analyzována otázka aplikace Nařízení na platnost rozhodčích smluv ve světle relevantních rozhodnutí ESD. V návaznosti na potvrzení nebo vyvrácení hypotézy budou navrženy případné změny Nařízení. V závěru budou shrnuty klíčové poznatky.

2. PLATNOST ROZHODČÍCH SMLUV

Prvním předpokladem pro platnost a procesní účinnost rozhodčí smlouvy je tzv. objektivní arbitrabilita sporu, tj. přípustnost sporu k řešení v rozhodčím řízení[3]. Je-li její rozsah dále zúžen dohodou smluvních stran, hovoříme o arbitrabilitě subjektivní.[4]

U sporů s mezinárodním prvkem je nejprve nutné určit, který právní řád je pro arbitrabilitu sporu určující. V takových případech se pravidelně bude jednat o nejméně dva právní řády – právní řád místa konání rozhodčího řízení (lex arbitri) a právní řád místa výkonu rozhodčího nálezu.[5] V této souvislosti přicházejí ke slovu mnohostranné mezinárodní úmluvy - Evropská úmluva o obchodní arbitráži (dále jen „Evropská úmluva") a Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (dále jen „Newyorská

---

[2] Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Study JLS/C4/2005/03, Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, 2007, s. 52 – 54; REPORT FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL AND THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, s. 9. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/report_judgements_en.pdf

[3] Český zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení (dále jen „**ZRŘ**"), stanovuje podmínky objektivní arbitrability v § 2. Obecně se jedná o spory majetkové, přičemž o předmětu sporu musí být možné uzavřít smír. Výjimkou jsou spory vzniklé v souvislosti s výkonem rozhodnutí a incidenční spory.

[4] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008, s. 116 – 117.

[5] Podle ZRŘ se arbitrabilita ve fázi zahájení řízení stejně jako ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu posuzuje podle ZRŘ (§ 36, resp. § 39 písm. b) ve spojení s § 31 písm. a) ZRŘ).

úmluva“). Žádná z nich sice neupravuje arbitrabilitu sporu hmotněprávně. Obě však obsahují normy pro určení právních řádů, podle nichž má být arbitrabilita posuzována.

K dalším podmínkám platnosti rozhodčí smlouvy způsobilost stran rozhodčí smlouvy, projev vůle stran podřídit spor rozhodčímu soudu a forma rozhodčí smlouvy. Pro rozbor této problematiky však v tomto příspěvku není místo, odkazujeme proto pouze na relevantní literaturu.[6]

2.1 EVROPSKÁ ÚMLUVA

Podle Evropské úmluvy je ve fázi vzniku sporu pro rozhodčí smlouvu rozhodné právo, jemuž strany podrobily svou rozhodčí smlouvu, jinak právo země, v níž má být vydán rozhodčí nález. Pokud nelze určit ani takové právo, je rozhodné právo určeno na základě kolizních norem legis fori. Evropská úmluva ponechává na uvážení soudu, zda odmítne rozhodčí smlouvu, jestliže je spor nearbitrabilní podle práva jeho státu (čl. VI odst. 2 písm. a – c).

Pro zrušení rozhodčího nálezu může být podle čl. IX odst. 1 písm. a) Evropské úmluvy důvodem neplatnost rozhodčí smlouvy podle práva, jemuž strany tuto Smlouvu podrobily, jinak podle práva státu, kde nález byl vydán.

2.2 NEWYORSKÁ ÚMLUVA

Newyorská úmluva hodnotí platnost rozhodčí smlouvy ve fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu. V souladu s jejím čl. V odst. 1 písm. a) mohou být uznání a výkon nálezu odepřeny na žádost strany, proti niž je nález uplatňován, pokud tato strana prokáže, že

rozhodčí smlouva není platná podle práva země, jemuž strany rozhodčí smlouvu podrobily, nebo

v případě chybějící volby rozhodného práva podle práva země, kde byl rozhodčí nález vydán.

Uznání a výkon mohou být také odepřeny příslušným orgánem země, kde se žádá o uznání a výkon, ex offo, jestliže zjistí, že předmět sporu nemůže být předmětem rozhodčího řízení podle práva této země (čl. V odst. 2 písm. a) Newyorské úmluvy).

[6] Rozehnalová, N., dílo cit. v pozn. č. 4, s. 119 – 151; Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll, S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, Kluwer Law International, 2003, marg. 15-1 – 15-57.

3. STŘET NAŘÍZENÍ A ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

3.1 OBECNĚ

Pokud smluvní strany uzavřou rozhodčí smlouvu, resp. smlouvu s rozhodčí doložkou, a dojde ke sporu, můžou nastat následující situace:

1. Strany rozhodčí smlouvu respektují a spor předloží k rozhodnutí zvolenému rozhodčímu soudu, který spor rozhodne;

2. Strany předloží spor k rozhodnutí nepříslušnému rozhodčímu soudu/rozhodce, který konstatuje svou nepříslušnost;

3. Žalující předloží spor obecnému soudu, žalovaný nevznese námitku nepříslušnosti soudu a soud spor rozhodne;

4. Žalující předloží spor obecnému soudu, žalovaný vznese námitku nepříslušnosti soudu, přičemž soud posoudí platnost rozhodčí smlouvy jako předběžnou otázku a

   - řízení zastaví,

   - v řízení pokračuje, pokud zjistí, že rozhodčí smlouva je neplatná;[7]

5. Některá ze stran zahájí před státním soudem řízení o určení (ne)platnosti rozhodčí smlouvy a pravomoc rozhodčího, resp. státního soudu bude záležet na výsledku řízení;

6. Žalovaná strana podá proti žalující straně protižalobu u jiného než zvoleného rozhodčího soudu a žalující strana podá proti žalované straně návrh na anti-suit injunction[8].

V případech s mezinárodním prvkem uvedených sub 4), 5) a 6) dochází v praxi ke střetu Nařízení a rozhodčího řízení. Jak jsme však již uvedli, Nařízení rozhodčí řízení ze svého aplikačního rozsahu vylučuje. Kladou se tedy dvě základní otázky:

Má být v případech sub 4) a 5) určena pravomoc soudu podle Nařízení ?

Musí být rozhodnutí státního soudu členského státu o platnosti rozhodčí smlouvy v případech sub 4) a 5) uznáno v ostatních členských státech ES

---

[7] V českém právním řádu se jedná o § 106 odst. 2 OSŘ.

[8] **Anti-suit injunction je institut typický pro angloamerické právo, kterým soud (státní nebo rozhodčí) jednoho státu zakazuje žalovanému zahájit řízení nebo pokračovat v řízení před soudem v jiném státě. Lew, J. D. M., Mistelis, L.** A., Kröll, S., dílo cit. v pozn. č. 6, s. 363, marg. 15 - 24.

v režimu Nařízení, tj. automaticky, po formální kontrole Nařízením předepsaných náležitostí?[9]

Lze vydat anti-suit injunction proti řízení u státního soudu na ochranu řízení u rozhodčího soudu?

3.2 JUDIKATURA ESD

3.2.1 ROZHODNUTÍ MARC RICH V. IMPIANTI

Otázku platnosti rozhodčí smlouvy v souvislosti s Nařízením zmínil ESD poprvé v rozhodnutí Marc Rich v. Impianti[10], v němž konstatoval, že pro aplikaci Nařízení je určující předmět sporu (hlavní nárok). Pokud předmět sporu souvisí s rozhodčím řízením, je celý spor vyloučen z dosahu Bruselské úmluvy (resp. Nařízení) bez ohledu na případné předběžné otázky. Závislost použití Bruselské úmluvy na jakékoli předběžné otázce, kterou může kterákoli strana soudu kdykoli položit, by byla v rozporu se zásadou právní jistoty, na níž je Bruselská úmluva založena.

Zda Nařízení dopadá i na řízení, v němž se rozhoduje o platnosti rozhodčí smlouvy (tzn. případ uvedený v kap. 3.1. bod 5), ESD přímo neuvedl. Podle pravidla, které stanovil ESD, by nebyla možná aplikace Nařízení, pokud by bylo předmětem sporu určení platnosti rozhodčí smlouvy. Naopak pokud by bylo určení platnosti rozhodčí smlouvy pouze předběžnou otázkou, přičemž hlavní nárok by s rozhodčím řízením nesouvisel (tzn. případ uvedený v kap. 3.1. bod 4), Nařízení by se aplikovalo.

3.2.2 ROZHODNUTÍ WEST TANKERS

Na rozhodnutí ESD Marc Rich uvedené v předchozí podkapitole navazuje nové kontroverzní[11] rozhodnutí ESD Allianz a další v. West Tankers.[12]

ESD konstatoval, že vydání anti-suit injunction kvůli rozporu řízení s rozhodčí smlouvou je neslučitelné s Nařízením. Pokud předmět sporu spadá do aplikačního rozsahu Nařízení, předběžná otázka týkající se použití rozhodčí smlouvy a její platnosti spadá rovněž do rozsahu působnosti

---

[9] Gonsorčíková, M. Vliv Bruselského nařízení na rozhodčí řízení. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 14.

[10] Viz pozn. č. 1.

[11] Kriticky Harris, J. Harris on West Tankers. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://conflictoflaws.net/2009/harris-on-west-tankers/ a Kessedjian, C. Kessedjian on West Tankers. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://conflictoflaws.net/2009/kessedjian-on-west-tankers/. Podle nich rozhodnutí podporuje stranu, která chce působit průtahy v řízení a odporuje vynětí rozhodčího řízení z Nařízení. Na všechna řízení týkající se platnosti rozhodčí smlouvy by mělo být aplikováno vnitrostátní právo.

[12] Viz pozn. č. 1.

Nařízení. Z toho vyplývá, že námitka nepříslušnosti vycházející z existence rozhodčí smlouvy, resp. její platnosti, spadá do rozsahu působnosti Nařízení. Každý soud totiž zásadně rozhoduje o své vlastní příslušnosti podle Nařízení, a tedy i o této námitce. Anti-suit injunction tuto obecnou zásadu nerespektuje, a tím brání soudům ve výkonu pravomocí, které jim Nařízení přiznává.

Nařízení navíc obecně neumožňuje přezkum příslušnosti soudu jednoho členského státu soudem jiného členského státu. Anti-suit injunction je také v rozporu se zásadou vzájemné důvěry ve výkon spravedlnosti v rámci Společenství, na které Nařízení spočívá. Konečně, pokud by se prostřednictvím anti-suit injunction zabránilo vnitrostátnímu soudu, aby sám přezkoumal předběžnou otázku týkající se platnosti rozhodčí smlouvy, účastník řízení by se mohl jednoduše vyhnout řízení tím, že by namítal její existenci. Žalobci, který ji považuje za neplatnou, neúčinnou nebo nezpůsobilou k použití, by byl odepřen přístup ke státnímu soudu, na který se obrátil v souladu s Nařízením. Tím by byl žalobce zbaven formy soudní ochrany, na kterou má nárok. Tento závěr podporuje i čl. II odst. 3 Newyorské úmluvy, která státním soudům přezkum platnosti rozhodčí smlouvy umožňuje (k tomu dále viz kapitola 3.4.). Anti-suit injunction na podporu řízení u rozhodčího soudu proti řízení u státního soudu (tj. případ uvedený v kap. 3.1. bod 6) tedy nelze vydat

Navázáním na předmět smlouvy tak ESD v rozhodnutí West Tankers pokračuje v linii započaté v rozhodnutí Marc Rich.

3.3 ZPRÁVY K BRUSELSKÉ ÚMLUVĚ

Otázkou platnosti rozhodčí smlouvy se zabývaly i zprávy k Bruselské úmluvě[13], která Nařízení předcházela. Schlosserova zpráva považuje ověření platnosti rozhodčí smlouvy za pomocné řízení, které nemůže spadat do působnosti Bruselské úmluvy. Zpráva Kramerova zase vychází z tzv. rozštěpené teorie: Je-li předmětem řízení určení platnosti rozhodčí smlouvy, Úmluva se neaplikuje. V případě uvedeném v kapitole 3.1. sub 5) by tedy podle Kramerovy zprávy nemohlo být Nařízení aplikováno. Vyvstane-li naopak otázka platnosti rozhodčí smlouvy v řízení již zahájeném u státního soudu jako předběžná otázka, Bruselská úmluva se na řízení použije.[14] V případě uvedeném v kapitole 3.1. sub 4) by se pak Nařízení použít mělo.

[13] Úmluva o pravomoci soudů a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních z roku 1968.

[14] Gonsorčíková, M., v článku cit. v pozn. č. 9, s. 14 – 15.

3.4 NEWYORSKÁ A EVROPSKÁ ÚMLUVA

Otázku existence, platnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy[15] mají podle čl. II a V Newyorské úmluvy posoudit rozhodci v rámci své kompetence-kompetence[16]. Čl. II odst. 3 Newyorské úmluvy na druhou stranu říká, že „soud smluvního státu, u něhož byla podána žaloba v záležitosti, o níž strany uzavřely dohodu ve smyslu tohoto článku, odkáže strany na rozhodčí řízení k žádosti jedné z nich[17], ledaže zjistí, že zmíněná dohoda je neplatná, neúčinná nebo nezpůsobilá použití.“ To znamená, že o existenci, platnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy jako o předběžné otázce může rozhodovat v rámci své kompetence-kompetence i soud státní.[18]

4. PRVNÍ ZÁVĚR – DOPAD NAŘÍZENÍ NA ŘÍZENÍ O PLATNOSTI ROZHODČÍ SMLOUVY

Při posuzování dopadu Nařízení na řízení o platnosti rozhodčí smlouvy je nutné vycházet z toho, že hlavním prvkem rozhodčí smlouvy je autonomie vůle stran a z ní plynoucí přesvědčení vyloučit státní soudy z rozhodování sporu. Státním soudům pak zbývá jen pomocná a kontrolní funkce. Pravomoc rozhodčího soudu záleží stejně jako pravomoc soudu státního právě na účinnosti a rozsahu rozhodčí smlouvy.[19]

Důležitý je i fakt, že řízení o platnosti rozhodčí smlouvy spadají také do působnosti Newyorské a Evropské úmluvy. To byl i důvod, proč se členské státy rozhodly z aplikačního rozsahu Nařízení samotné rozhodčí řízení

---

[15] Nelze akceptovat přístup, podle něhož by byla rozhodčí smlouva ztotožněna s prorogační doložkou a tedy podřízena čl. 17 Bruselské úmluvy. Beraudo, J.–P. The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments. Journal of International Arbitration, 2001, č. 18, s. 18.

[16] Jedná se o kompetenci rozhodců rozhodnout o své pravomoci sami (tzv. princip pravomoc – pravomoc, Kompetenz – Kompetenz, competénce-competénce). Tato zásada je platná ve většině států. Rozehnalová, N., dílo cit. v pozn. č. 4, s. 198.

[17] Toto ustanovení umožňuje stranám rozhodnout, že svůj spor přes existenci rozhodčí smlouvy rozhodčímu řízení nepodřídí. Beraudo, J.–P., dílo cit. v pozn. č. 15, s. 21.

[18] Rozhodování o platnosti rozhodčí smlouvy není vhodné svěřit do výlučné pravomoci rozhodčích soudů. Nejpozději ve fázi uznání, resp. prohlášení vykonatelnosti rozhodčího nálezu je to totiž státní soud, který rozhoduje o platnosti rozhodčí smlouvy. V přeshraniční arbitráži nelze takovou kontrolu ze strany státních soudů zcela eliminovat. V některých státech, např. ve Francii, však platí tzv. princip negativní pravomoci-pravomoci, kdy má rozhodčí soud vždy přednost v rozhodování o své pravomoci před státním soudem. Mourre, A. Should arbitration stay excluded from the scope of application of Regulation 44/2001 ? ASA BULLETIN, 2006, č. 4, s. 800 – 801.

[19] Závěrečný návrh generální advokátky Juliane Kokott ve věci C-185/07 *Allianz SpA a další v. West Tankers Inc.* ze dne 4. 9. 2008, bod 60.

vyloučit a ESD následně extenzivním výkladem dospěl k vyloučení řízení o platnosti rozhodčí smlouvy z jeho aplikace.[20]

Rozhodčí řízení a řízení související však nebyla vyloučena zcela, ale pouze pokud jsou hlavním předmětem sporu. Z toho (shodně s Kramerovou zprávou) plyne, že pravomoc soudů pro rozhodování o platnosti rozhodčí smlouvy se podle Nařízení určuje jen, pokud je platnost rozhodčí smlouvy pouze předběžnou otázkou. Je-li platnosti rozhodčí smlouvy předmětem sporu, postupuje se při určování pravomoci i uznání rozhodnutí podle národních právních předpisů.

V současné době tak platí princip rozštěpení pravomoci soudů. Na případy uvedené v kap. 3.1. body 4) a 6) tedy Nařízení dopadá, zatímco na případ pod bodem 5) se Nařízení nevztahuje.

Při postupu podle národních právních řádů je negativním důsledkem zejména skutečnost, že rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy nemusí být uznána v ostatních členských státech. V důsledku paralelních řízení dále hrozí vydání rozporných rozhodnutí v různých státech. Obojí je v rozporu s právní jistotou stran sporu a se zásadou procesní ekonomie.

V této souvislosti je nutné rovněž upozornit, že nerespektování pravomoci rozhodčího soudu a vydání rozhodnutí státním soudem ve věci, která spadá do aplikačního rozsahu Nařízení, není důvodem pro odepření uznání, resp. prohlášení vykonatelnosti rozhodnutí. Takový důvod není zahrnut v čl. 35 Nařízení, kde jsou taxativně stanoveny podmínky pro případný přezkum pravomoci soudu, který rozhodnutí vydal. Námitky proti pravomoci soudu je totiž nutné vznést již u soudu, který rozhodnutí vydal, a ne teprve ve fázi uznání a výkonu rozhodnutí. Jinak není důvod takové rozhodnutí podle současné právní úpravy důvod je neuznat.[21],[22]

Na základě výše uvedeného lze konstatovat, že Nařízení obecně na určování platnosti rozhodčí smlouvy aplikovat nelze. Ačkoli k vydání protichůdných

---

[20] To dokládá i Jenardova zprávy k Bruselské úmluvě z roku 1968 a znovu potvrzuje Schlosserova zpráva k Úmluvě o přístupu Dánska, Velké Británie a Irska z roku 1978. Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., v díle cit. v pozn. č. 2, s. 90.

[21] Kropholler, J. Europäisches Zivilprozessrecht. 8. vydání. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, s. 90.

[22] Naopak rozhodnutí, které odporuje již vydanému rozhodčímu nálezu, by podle Nařízení být uznáno nemělo. A to ani tehdy, pokud rozhodčí nález ještě nebyl soudem uznán, resp. prohlášen za vykonatelný. Čl. 71 odst. 1 Nařízení totiž stanoví, že Nařízením nejsou dotčeny smlouvy, jejichž stranami jsou členské státy a jež upravují příslušnost, uznání nebo výkon rozhodnutí ve zvláště vymezených věcech. Cílem tohoto ustanovení je vyhnout se výše uvedenému rozporu a porušování závazků, které plynou z mezinárodních smluv. Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 15.

rozhodnutí nedochází v praxi často,[23] změna Nařízení směrem k obecné aplikaci na řízení o platnosti rozhodčí smlouvy by rozhodně prospěla jak právní jistotě stran, tak procesní ekonomii. Hypotéza, kterou jsme stanovili v úvodu, je potvrzena.

5. ÚPRAVA ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ V NAŘÍZENÍ DE LEGE FERENDA

5.1 OBECNĚ

Z výše uvedeného plyne, že pokud nelze zcela oddělit rozhodčí a soudní řízení[24], nelze izolovat ani jejich právní úpravu. Na rozhodčí řízení by se měla i nadále aplikovat po desetiletí osvědčená[25] mezinárodní právní úprava – zejména Newyorská úmluva, jejíž přednost před Nařízením stanoví i jeho čl. 71 odst. 1.

Avšak pro případ, že otázka platnosti rozhodčí smlouvy bude předložena k rozhodnutí státnímu soudu (jak to odpovídá čl. II odst. 3 Newyorské úmluvy), by mělo být možné postupovat podle Nařízení. Pravomoc soudů by tak byla určována podle jednotných pravidel a bylo by zajištěno automatické uznání rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy v ostatních členských státech. Tím by bylo eliminováno riziko vydání rozporných a nevykonatelných rozhodnutí v paralelních řízeních před rozhodčími a státními soudy, zvýšila by se právní jistota stran sporu a úspora finančních prostředků i času za soudní spory v členských státech Evropských společenství (dále jen „ES“).

5.2 NÁVRH PRÁVNÍ ÚPRAVY

Cílem rozhodčí smlouvy je chránit strany před soudním řízením u státního soudu. Nařízení by tedy mělo stanovit podobná pravidla pro ochranu rozhodčí smlouvy jako je tomu u smluv prorogačních. Proto je nutné řízení o platnosti rozhodčí smlouvy vedené před rozhodčím a státním soudem koordinovat. Předpokladem pro uznávání rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy v režimu Nařízení je, že pravomoc daného soudu byla určena podle jednotných pravidel stanovených Nařízením. To by předpokládalo nejprve zúžení čl. 1 odst. 2 písm. d) Nařízení, který rozhodčí řízení z dosahu Nařízení obecně vylučuje.

Dále by měla být stanovena výlučná pravomoc pro rozhodování soudu členského státu, v němž se rozhodčí řízení koná. To by odpovídalo přístupu

---

[23] Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., v díle cit. v pozn. č. 2, s. 56.

[24] Což podle smíšené doktríny, kterou zastáváme, nelze. K doktrínám rozhodčího řízení viz Rozehnalová, N. dílo cit. v pozn. č. 4, s. 52-58.

[25] Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., v díle cit. v pozn. č. 2, s. 51 – 54.

v členských státech ES, kde je pravidelně uznáváno, že soudy v místě konání arbitráže mají pomocnou a kontrolní funkci.[26] Rozšířil by se tak čl. 22 Nařízení. Negativem tohoto řešení je, že neexistuje žádná jednotná definice pojmu „místo konání arbitráže". Pro případ, že by strany nesjednaly v rozhodčí smlouvě místo konání rozhodčího řízení, muselo by být uvedené pravidlo dále upřesněno tak, aby nemohlo být využito k dalším taktickým úvahám stran. Vzhledem k tomu, že řízení vedená před rozhodčími a státními soudy nejsou izolovaná, měl by být za místo konání arbitráže považován ten členský stát, k němuž má rozhodčí řízení nejsilnější vztah.[27] Alternativně by mohla být dána výlučná pravomoc soudu, jehož obecná pravomoc by byla podle Nařízení dána, pokud by neexistovala rozhodčí smlouva.[28]

Soud, u něhož by byla podána žaloba, aniž by byla respektována rozhodčí smlouva a výlučná pravomoc soudů v místě konání arbitráže, by musel řízení zastavit a přenechat rozhodování právě soudu v místě konání arbitráže. Proti rozhodnutí soudu o platnosti rozhodčí smlouvy by nebylo možné podat opravný prostředek. Řízení před státním soudem by mělo skončit, jakmile bude rozhodnuto o tom, že rozhodčí smlouva je platná.[29] Tato právní úprava by zajistila jednotný postup v řízení o platnosti rozhodčí smlouvy v členských státech ES, zároveň by však nezasahovala do pravidel stanovených Newyorskou úmluvou.

V literatuře se objevily i návrhy, aby byl čl. 35 Nařízení doplněn o další odpírací důvod uznání, resp. prohlášení vykonatelnosti soudního rozhodnutí, a to z důvodu nerespektování rozhodčí smlouvy nebo rozhodčího nálezu.[30] Souhlasíme však s názorem, který uvedenou změnu odmítá. Důvodem je skutečnost, že v současné situaci nelze rozhodčí nálezy stavět na stejnou úroveň se soudními rozhodnutími. Ohledně rozhodčích řízení totiž neplatí princip vzájemné důvěry jako před soudy státními. Úroveň rozhodčích řízení se v jednotlivých členských státech ES je dosud značně heterogenní.

---

[26] Ibid., s. 59; Illmer, M., Steinbruck, B. Brussels I Review – Illmer and Steinbruck on the Interface Between Brussels I and Arbitration. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-illmer-and-steinbruck-on-the-interface-between-brussels-i-and-arbitration/.

[27] Objevil se i návrh, že by místo konání rozhodčího řízení určoval samotný rozhodčí soud. Toto řešení však s ohledem na to, že právě pravomoc rozhodčího soudu je předmětem řízení o platnosti rozhodčí smlouvy, nepovažujeme za vhodné.

[28] Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P., v díle cit. v pozn. č. 2, s. 59; Illmer, M., Steinbruck, B. v článku cit. v pozn. č. 26.

[29] Ibid., s. 58.

[30] Ibid., s. 62.

Proto je vhodnější ponechat kontrolu rozhodčích řízení na soudech jednotlivých členských států v souladu s čl. V Newyorské úmluvy.[31]

6. ZÁVĚR

Řízení o platnosti rozhodčí smlouvy nejsou z aplikace Nařízení zcela vyloučena – pokud je platnost rozhodčí smlouvy pouze předběžnou otázkou, určuje se pravomoc soudů podle Nařízení a rozhodnutí v takovém řízení se uznává v režimu Nařízení. Je-li platnost rozhodčí smlouvy předmětem sporu, postupuje se při určování pravomoci i uznání rozhodnutí podle národních právních předpisů. Podle současné právní úpravy tak platí řešení založené na rozštěpení pravomoci soudů.

Negativním důsledkem postupu podle národních právních řádů je zejména skutečnost, že rozhodnutí o platnosti rozhodčí smlouvy nemusí být uznána v ostatních členských státech. Kvůli paralelním řízením hrozí také vydání rozporných rozhodnutí v různých státech. Obojí je v rozporu s právní jistotou stran sporu a se zásadou procesní ekonomie.

Řešením by byla změna Nařízení: čl. 1 odst. 2 písm. d) Nařízení by byl upřesněn tak, aby bylo možné Nařízení aplikovat na řízení o platnosti rozhodčí smlouvy. Pro taková řízení by byla stanovena výlučná pravomoc soudů v místě konání arbitráže, buď sjednaného stranami, nebo určeného na základě principu nejužšího spojení arbitráže s určitým členským státem. Proti rozhodnutí soudu o platnosti rozhodčí smlouvy by nebylo možné podat opravný prostředek. Řízení před státním soudem by mělo skončit, jakmile bude rozhodnuto o tom, že rozhodčí smlouva je platná.[32] Novela by zajistila jednotný postup v řízení o platnosti rozhodčí smlouvy v členských státech ES, zároveň by však nezasahovala do pravidel stanovených Newyorskou úmluvou.

Literature:

- Ambrose, C. Arbitration and Free Movement of Judgements. Arbitration International, 2003, č. 1, s. 3 - 26.
- Beraudo, J.–P. The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments. Journal of International Arbitration, 2001, č. 18, s. 13 – 26.
- Gonsorčíková, M. Vliv Bruselského nařízení na rozhodčí řízení. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 10 - 16.

[31] Ibid., s. 62-63.

[32] Ibid., s. 58.

- Harris, J. Harris on West Tankers. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://conflictoflaws.net/2009/harris-on-west-tankers/.
- Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, P. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Study JLS/C4/2005/03, Ruprecht-Karls-Universität, Heidelberg, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, September 2007.
- Illmer, M., Steinbruck, B. Brussels I Review – Illmer and Steinbruck on the Interface Between Brussels I and Arbitration. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-illmer-and-steinbruck-on-the-interface-between-brussels-i-and-arbitration/.
- Kessedjian, C. Kessedjian on West Tankers. [Citováno: 20. října 2009] Dostupný z: http://conflictoflaws.net/2009/kessedjian-on-west-tankers/.
- Kropholler, J. Europäisches Zivilprozessrecht. 8. vydání. Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft, 2008.
- Lew, J. D. M., Mistelis, L. A., Kröll, S. Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- Mourre, A. Should arbitration stay excluded from the scope of application of Regulation 44/2001 ? ASA BULLETIN, 2006, č. 4, s. 800 – 802.
- Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI Publishing, 2008.

Contact – email
pbohunova@volny.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

UZNÁNÍ A VÝKON ROZHODČÍHO NÁLEZU PODLE MEZIAMERICKÉ ÚMLUVY O MEZINÁRODNÍ OBCHODNÍ ARBITRÁŽI

MARTIN CRHA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Meziamerická úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži byla přijata v roce 1975 a vstoupila v platnost v roce 1976. Dodnes ji ratifikovalo 19 států amerického kontinentu včetně USA. Předmětná úmluva je tak nástrojem regionální unifikace otázek rozhodčího řízení, upravuje otázky jako forma rozhodčí smlouvy, ustavení rozhodce. V tomto příspěvku si klademe za cíl zabývat se uznáním a výkonem rozhodčího nálezu v režimu této úmluvy, stranou nezůstane ani vztah k Newyorské úmluvě, přičemž s určitým předstihem lze uvést, že Meziamerická úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži je Newyorské úmluvě v mnoha ohledech podobná.

Key words in original language
Meziamerická úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži; uznání a výkon rozhodčího nálezu; vztah k Newyorské úmluvě.

Abstract
The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration was signed in 1975 and entered into force in 1976. 19 states of the American continent including USA ratified it up to date. The convention in question creates an instrument of the unification of the arbitration proceedings as form of the arbitration agreement, appointment of arbitrator etc. We do have an objective to deal with this Convention as regards the recognition and execution of arbitration awards, whereas it can be mentioned that the Inter-American Convention on International Commercial Arbitration is similar to the New York Convention.

Key words
Inter-American Convention on International Commercial Arbitration; recognition and execution of arbitration awards; reference to the New York Convention.

1. ÚVOD

Od 70. let 20. století se v rámci Organizace amerických států (dále jen „OAS“) pořádají specializované konference, jež mají ambici unifikovat otázky mezinárodního práva soukromého na americkém kontinentě. Na první takové konferenci, tzv. CIDIP I., byla přijata i Meziamerická úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži (podle místa uzavření označovaná rovněž jako „Panamská úmluva“ – označení bude dále používáno níže v textu

příspěvku). Dodnes ji ratifikovalo 19 států amerického kontinentu[1]. Význam této úmluvy zvýšilo, že ji ratifikovaly Spojené státy.

V preambuli Panamské úmluvy je uvedeno, že vlády členských států OAS usilují o uzavření úmluvy dopadající na mezinárodní obchodní arbitráž, dále však nejsou definovány podmínky aplikace.

Z otázek rozhodčího řízení, které Panamská úmluva upravuje, lze jmenovat: rozhodčí smlouvu a její formu, ustavení rozhodce, uznání a výkon a rozhodčího nálezu. V příspěvku usilujeme zabývat se uznáním a výkonem rozhodčího nálezu v režimu Panamské úmluvy. Jelikož všechny státy Latinské Ameriky, které ratifikovaly Panamskou úmluvu[2], ratifikovaly rovněž Úmluvu o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů[3] (dále jen „Newyorská úmluva"), stranou tak nezůstane ani vzájemný vztah obou úmluv.

2. UZNÁNÍ A VÝKON ROZHODČÍHO NÁLEZU DLE PANAMSKÉ ÚMLUVY

S určitým zjednodušením lze říci, že podstatou uznání a výkonu rozhodčího nálezu je dosáhnout účinků pravomocného soudního rozhodnutí. Proces uznání lze obecně pojmout jako[4]:

- věcné přezkoumání rozhodčího nálezu, kdy se do jisté míry opakuje nalézací řízení již provedené, nebo

- přezkoumání naplnění základních, nezbytných procesních podmínek a soulad s veřejným pořádkem uznávajícího státu

Prve uvedený případ není považován za vhodný[5].

Zásadní pro uznání a výkon rozhodčího nálezu jsou čl. 4 a 5 Panamské úmluvy. Dle čl. 4 Panamské úmluvy má rozhodčí nález, vůči kterému se

---

[1] Argentina, Bolivie, Brazílie, Chile, Ekvádor, Guatemala, Honduras, Kolumbie, Kostarika, Mexiko, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Salvador, Uruguay, USA, Venezuela. Z posledních Dominikánská republika. Srov. tabulku se stavem ratifikací [citováno 28.11.2009]. Dostupná na: www.oas.org.

[2] Srov. stav ratifikací na www.oas.org [citováno 28.11.2009] a www.uncitral.org [citováno 28.11.2009].

[3] V ČR č. 74/1959 Sb.

[4] Srov. ROZEHNALOVÁ. N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 322.

[5] Srov. ROZEHNALOVÁ. N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 322.

nelze odvolat podle rozhodného práva nebo podle procesních předpisů, účinky konečného soudního rozhodnutí. Jeho uznání a výkon mohou být nařízeny stejným způsobem, který je stanoven pro rozhodnutí národních a cizích soudů, v souladu s procesními předpisy země, kde má být rozhodnutí vykonáno a s ustanoveními mezinárodních smluv.

Dle č. 5 odst. 1 Panamské úmluvy může být uznání a výkon rozhodnutí odepřen na žádost strany, vůči které směřuje, jen pokud tato strana může příslušnému orgánu státu, ve kterém je o uznání a výkon žádáno, prokázat:

- že strany dohody jsou nezpůsobilé podle rozhodného práva nebo že dohoda je neplatná podle práva, které strany zvolily, nebo pokud takové právo není zvoleno, podle práva státu, kde bylo vydáno rozhodnutí; nebo

- že strana, proti níž je uplatňován rozhodčí nález, nebyla řádně informována o ustavení rozhodce nebo o postupu pro jeho ustavení nebo nemohla z jakéhokoli jiného důvodu přednést svou obhajobu; nebo

- že rozhodnutí se týká sporu, na který nebyla uzavřena rozhodčí smlouva uzavřená mezi stranami; jestliže však ustanovení rozhodnutí, která se vztahují k otázkám, jež spadají pod rozhodčí smlouvu, je možné oddělit od těch, jež nespadají pod rozhodčí smlouvu, může být oddělitelná část rozhodnutí uznána a vykonána; nebo

- že ustavení rozhodčího tribunálu nebo průběh rozhodčího řízení nebyl v souladu s rozhodčí smlouvou, kterou strany podepsaly, nebo v případě neexistence takové dohody, že ustavení rozhodčího tribunálu nebo průběh rozhodčího řízení nebyl v souladu s právem státu, ve kterém se rozhodčí řízení konalo; nebo

- že rozhodnutí není dosud pro strany závazné nebo bylo zrušeno nebo pozastaveno příslušným orgánem státu, ve kterém nebo podle jehož práva bylo vydáno rozhodnutí.

Dle čl. 5 odst. 2 Panamské úmluvy může být uznání a výkon rozhodčího nálezu odepřeno rovněž, jestliže příslušný orgán státu, ve kterém je o uznání a výkon rozhodnutí žádáno, shledá:

- že předmět sporu nemůže být předmětem rozhodčího řízení podle práva tohoto státu, nebo

- že uznání nebo výkon rozhodnutí je v rozporu s veřejným pořádkem („order public“) tohoto státu.

V režimu Newyorské úmluvy dopadá na uznání a výkon rozhodčího nálezu čl. V.[6]:

1. Uznání a výkon nálezu mohou být odepřeny na žádost strany, proti níž je nález uplatňován, pouze tehdy, když tato strana prokáže příslušnému orgánu země, v níž je žádáno o uznání a výkon:

a) že strany dohody zmíněné v čl. II byly podle zákona, který se na ně vztahuje, nezpůsobilé k jednání nebo že zmíněná dohoda není platná podle práva, jemuž strany tuto dohodu podrobily, nebo, v nedostatku odkazu v tomto směru, podle práva země, kde nález byl vydán; nebo

b) že strana, proti níž je nález uplatňován, nebyla řádně vyrozuměna o ustanovení rozhodce nebo o rozhodčím řízení nebo nemohla z jakýchkoliv jiných důvodů uplatnit své požadavky; nebo

c) že nález se týká sporu, pro který nebyla uzavřena rozhodčí smlouva nebo který není v mezích rozhodčí doložky, nebo že nález obsahuje rozhodnutí přesahující dosah úmluvy o rozhodci nebo rozhodčí doložky; mohou-li však být části rozhodčího nálezu ve věcech podrobených rozhodčímu řízení odděleny od části nálezu jednajících o věcech, které mu nejsou podrobeny, ta část nálezu, která obsahuje rozhodnutí o věcech podrobených rozhodčímu řízení, může být uznána a vykonána; nebo

d) že složení rozhodčího soudu nebo rozhodčí řízení nebylo v souladu s ujednáním stran, nebo nebylo-li takového ujednání, že nebylo v souladu se zákony země, kde se rozhodčí řízení konalo; nebo

e) že nález se dosud nestal pro strany závazným nebo byl zrušen nebo že jeho výkon byl odložen příslušným orgánem země, v níž nebo podle jejíhož právního řádu byl vydán.

2. Uznání a výkon rozhodčího nálezu mohou být také odepřeny, jestliže příslušný orgán země, kde se žádá o uznání a výkon, zjistí:

a) že předmět sporu nemůže být předmětem rozhodčího řízení podle práva této země; nebo

b) že uznání nebo výkon nálezu by byl v rozporu s veřejným pořádkem této země.

[6] Srov. rovněž komentář k jednotlivým důvodům pro odepření uznání a výkonu rozhodčího nálezu JOSEPH, D. Q. C. Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement. London : Sweet & Maxwell, 2005, s. 438 an. nebo ROZEHNALOVÁ. N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 327 an.

Z rozhodovací praxe soudů lze uvést rozhodnutí salvadorského soudu,[7] kde soud první instance vyhověl návrhu společnosti Marriot Group na nařízení výkonu rozhodnutí. O tomto rozhodnutí salvadorští právníci tvrdí, že se jedná o první pokus vykonat cizí rozhodčí nález v Salvadoru. Nález byl vykonán podle Panamské a Newyorské úmluvy. Salvadorská společnost Hoteles y Desarrollos zaplatila společnosti Marriot Group přes 2 miliony USD$ k uspokojení nálezu ohledně sporu o užívání obchodního jména společnosti Marriot. Případ byl projednán podle procesních pravidel Meziamerické obchodní arbitrážní komise. Nejvyšší soud Salvadoru uznal rozhodčí nález a nařídil místním salvadorským soudům jeho výkon. Arbitrážní spor, který byl projednáván v Miami, se týkal sporu ohledně užívání obchodního jména Marriott. Rozhodčí soud vydal svůj nález ve prospěch skupiny Marriott v říjnu 2005 a konstatoval, že Hoteles y Desarrollos porušil smluvní závazky.

3. VZTAH PANAMSKÉ A NEWYORSKÉ ÚMLUVY

Jak jsme zmínili výše, všechny státy Panamské úmluvy ratifikovaly rovněž Newyorskou úmluvu. Vzájemné rozdíly lze pozorovat:

1. v rovině mezinárodního práva veřejného

2. v rovině věcné

Ad. 1 S výjimkou Spojených států nestanovil žádný ze smluvních států Panamské úmluvy jasná pravidla, která by řešila střet[8] obou předmětných úmluv, tato otázka tak zůstala ponechána soudům členských států s rizikem rozdílných rozhodnutí.[9]

Řešený střet v případě USA je součástí výhrad[10], jež USA učinily v rámci ratifikačního procesu Panamské úmluvy. Dle první výhrady, není-li mezi stranami rozhodčí smlouvy výslovně stanoveno jinak, jestliže se střetnou Panamská a Newyorská úmluva a jestliže většina smluvních stran jsou občany státu nebo států, které ratifikovaly nebo přistoupily k Panamské úmluvě a jsou členy OAS, aplikuje se Panamská úmluva. Ve všech ostatních případech se pak aplikuje Newyorská úmluva. Z třetí výhrady vyplývá, že USA budou Panamskou úmluvu ratifikovat na základě vzájemnosti ve

[7] Citováno dle MASON, P. E., GOMM-SANTOS, M. New Keys to Arbitration in Latin-America. Journal of International Arbitration, 2008, č. 1, s. 43.

[8] Srov. k této problematice KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno : Doplněk, 1999, s. 46 an.

[9] Srov. NAÓN, H.A.G. Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. Arbitration International, 2005, č. 2, s. 168.

[10] Srov. tabulku se stavem ratifikací [citováno 28.11.2009]. Dostupná na: www.oas.org.

vztahu k uznání a výkonu jen těch rozhodčích nálezů, jež byly vydány na území jiného členského státu Panamské úmluvy.

Směrem k požadavku vzájemnosti lze zmínit, že Newyorská úmluva umožňuje, aby ratifikující stát učinil výhradu, v souladu s níž je možné uznat při výhradě reciprocity jen cizí rozhodčí nálezy vydané na území jiného smluvního státu Newyorské úmluvy – avšak názor, dle nějž lze hovořit o další podmínce uznání a výkonu někteří autoři nesdílí,[11] rovněž je upozorňováno, že tato výhrada je dnes považována za překonanou a objevují se státy, které ji berou zpět[12]. Každopádně ve vztahu k Latinské Americe lze uvést, že při ratifikaci Newyorské úmluvy využily výhradu vzájemnosti tyto smluvní státy Panamské úmluvy: Argentina, Bolívie, Ekvádor, Guatemala, USA a Venezuela[13].

2. V rovině věcné lze uvést, a to konstatovala literatura i judikatura států, jež jsou smluvními stranami jak Panamské, tak i Newyorské úmluvy, že podmínky pro odepření uznání rozhodčího nálezu jsou u obou předmětných úmluv v zásadě stejné[14].

U dalších požadavků na uznání a výkon lze pozorovat některé rozdíly:

- není-li stranami výslovně dohodnuto jinak, rozhodčí řízení se řídí procesními pravidly Meziamerické obchodní arbitrážní komise (čl. 3 Panamské úmluvy) – vazba na procesní pravidla určité instituce je oproti Newyorské úmluvě poměrně zásadní rozdíl - srov. k tomu čl. III. Newyorské úmluvy[15]

- Panamská úmluva nestanoví požadavky pro předložení a přeložení dokumentů pro uznání a výkon rozhodčího nálezu – srov. k tomu čl. IV. Newyorské úmluvy.[16] Tento rozdíl však není zásadní, neboť v literatuře

---

[11] Srov. Srov. ROZEHNALOVÁ. N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 324.

[12] Srov. Srov. ROZEHNALOVÁ. N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 324. Ze zemí, které tuto výhradu vzaly zpět lze jmenovat Slovinsko. Srov. [citováno 28.11.2009] www.uncitral.org.

[13] Srov. [citováno 28.11.2009] www.uncitral.org.

[14] Srov. i BORN, G. B. International Commercial Arbitration. Volume II. Wolters Kluwer Law Business, 2009, s. 2725 další literaturu a judikaturu zde uvedenou.

[15] Každý Smluvní stát uzná rozhodčí nález za závazný a povolí jeho výkon podle předpisů o řízení, jež platí na území, kde nález je uplatňován, za podmínek stanovených v následujících článcích. Pro uznání a výkon rozhodčích nálezů, na něž se vztahuje Úmluva, nebudou stanoveny podstatně tíživější podmínky nebo vyšší soudní poplatky, než jsou stanoveny pro uznání a výkon rozhodčích nálezů místních (národních).

[16] 1. Aby bylo dosaženo uznání a výkonu zmíněného v předchozím článku, musí strana, která žádá o uznání a výkon, předložit spolu s žádostí:

k rozhodčímu řízení v Latinské Americe je zmiňováno, že praxe vyžaduje úředně ověřenou kopii s úředním překladem i bez výslovného ustanovení.

4. ZÁVĚREM

Cílem tohoto příspěvku bylo, bez nároku na vyčerpání materie[17], nastínit institut uznání a výkonu rozhodčího nálezu na americkém kontinentě reprezentovaný právě předmětnými úmluvami. Autor tohoto příspěvku zaznamenal hlasy, které požadují přijetí nové úmluvy, jež by nahradila Panamskou i Newyorskou úmluvu. Podle mého názoru Panamská úmluva svůj význam měla, neboť řada států Latinské Americky ratifikovala Newyorskou úmluvu až v devadesátých letech či na začátku tohoto století. Zmínili jsme, že z hlediska věcného není zásadního rozdílu mezi oběma úmluvami, tuto skutečnost potvrzuje i námi zmíněné rozhodnutí salvadorského soudu, kde byly obě úmluvy aplikovány souběžně.

Literature:

- BORN, G. B. International Commercial Arbitration. Volume II. Wolters Kluwer Law Business, 2009
- JOSEPH, D. Q. C. Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement. London : Sweet & Maxwell, 2005
- KUČERA, Z. Mezinárodní právo soukromé. Brno : Doplněk, 1999
- MASON, P. E., GOMM-SANTOS, M. New Keys to Arbitration in Latin-America. Journal of International Arbitration, 2008, č. 1
- NAÓN, H.A.G. Arbitration and Latin America: Progress and Setbacks. Arbitration International, 2005, č. 2
- ROZEHNALOVÁ. N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008

---

a) prvopis nálezu řádně potvrzený nebo jeho řádně ověřenou kopii;

b) prvopis ujednání zmíněného v čl. II nebo jeho řádně ověřenou kopii.

2. Není-li zmíněný nález nebo ujednání vyhotoveno v úředním jazyku země, v níž rozhodčí nález je uplatňován, je strana, která žádá za uznání a výkon nálezu, povinna předložit překlad těchto dokladů do tohoto jazyka. Překlad musí být ověřen úředním nebo přísežným tlumočníkem anebo diplomatickým nebo konzulárním zástupcem.

[17] Lze zmínit, že na výkon rozhodčích nálezů dopadá i Meziamerická úmluva o extrateritoriálních účincích rozsudků a rozhodčích nálezů. Srov. znění a především čl. 2 této konvence na www.oas.org [citováno 28.11.2009].

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
martin.crha@yahoo.de

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DŮSLEDKY ZRUŠENÍ ROZHODČÍHO NÁLEZU V ZEMI VYDÁNÍ PRO UZNATELNOST A VYKONATELNOST V OSTATNÍCH STÁTECH.

VLADIMÍR DOLEŽEL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem práce je ověřit možnost dosažení uznání a výkonu rozhodčího nálezu, který byl zrušen v zemi jeho vydání. Ačkoliv se jedná o pravidelný důvod pro odepření uznání a výkonu nálezu, jsou známy případy, ve kterých k uznání a výkonu zrušeného rozhodčího nálezu došlo. Autoři se k nim staví nejednotně. Problematika je rozebrána z pohledu New Yorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži a českého zákona o rozhodčím řízení.

Key words in original language
Rozhodčí nález; zrušení; uznání; výkon.

Abstract
The aim of this contribution is to check the possibility of reaching the recognition and enforcement of an arbitral award, which was set aside or suspended in the country of origin. Despite suspended award being a regular reason for rejecting the recognition and enforcement of such an award, there are known cases, in which recognition and enforcement was reached. Scholars are not unite in their opinions.

Key words
Arbitral award; suspended; recognition; enforcement.

Rozhodčí nález. Výsledek a cíl většiny rozhodčích řízení. Rozhodnutí rozhodčího soudu, kterým bývá, obvykle s definitivní platností, vyřešen spor mezi stranami. Rozhodčí nález pravidelně dělí strany na stranu vítěznou a stranu poraženou. Poražená strana se často snaží dále bránit vůči pro ni nepříznivým účinkům rozhodčího nálezu. Cesta tak vede přes zrušení rozhodčího nálezu. Prvním místem, kde se strany pokouší dosáhnout zrušení rozhodčího nálezu je země místa jeho vydání. Ačkoliv rozhodčí řízení je řízením na státních orgánech v podstatě nezávislým[1], na rozdíl od ostatních alternativních způsobů řešení sporů[2] mu státy poskytují procesní garance jak vůči řízení samému, tak i jeho výsledku a soudy spolupůsobí jednak ve

[1] Státní orgány (obecné soudy) vykonávají kontrolní a pomocnou funkci.

[2] Blíže k ostatním alternativním způsobům řešení sporů např. INTERNATIONAL TRADE CENTRE, UNCTAD/WTO. *Arbitration and alternative dispute resolution: How to settle international business disputes*. 1st edition. Geneva : ITC, 2001. ISBN 92-9137-172-6. p33n. ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 23n.

funkci pomocné, ale (a to je pro tento příspěvek důležitější), i ve funkcích kontrolních, které jsou představovány možností zrušení rozhodčího nálezu a procesem uznání a výkonu rozhodčího nálezu[3]. První, kam se nespokojená strana obrátí ve snaze vymanit se z účinků rozhodčího nálezu je země v níž, nebo podle jejíhož práva byl rozhodčí nález vydán, nebo-li země pro niž rozhodčí nález je nálezem domácím[4] (dále také "země původu" nebo "stát původu"). Taková snaha je logická, neboť země, které je rozhodčí nález domácí, má k němu zjevně nejužší vztah a také je to jediná země, která může rozhodčí nález zrušit[5]. Důvody, pro které je možné rozhodčí nález zrušit jsou pravidelně zakotveny v národních legislativách každého státu a nebývají předmětem mezinárodních úmluv. Jako předloha pro národní právní úpravu zrušení rozhodčího nálezu slouží často vzorový zákon UNCITRAL o mezinárodní obchodní arbitráži (dále jen "vzorový zákon UNCITRAL"), který nabízí úpravu zrušení rozhodčího nálezu v hlavě VII. čl. 34[6]. Vzorovým zákonem UNCITRAL se inspirovala[7] i česká právní úprava, kterou představuje zákon č. 216/1994Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "ZRŘ")[8].

Řízení o zrušení rozhodčího nálezu představuje řízení před obecnými soudy a rozhodnutí takto vydané je proto omezeno území pravomocí soudu, který jej vydal. Pro obecné soudy platí bez výjimky princip teritoriality. Rozhodnutí vydané obecným soudem je závazné pouze v tomto státě[9]. V jiných státech může mít soudní rozhodnutí účinky pouze pokud cizí stát rozhodnutí takové účinky uzná[10]. Není přípustné, aby rozhodnutí soudů jednoho státu mělo účinky na území jiného státu bez dalšího. Jednalo by se o zásah státní suverenity. Z toho vyplývá, že zrušení rozhodčího nálezu v zemi jeho původu má účinky pouze v této zemi. Vítězná strana tak i nadále disponuje možností pokusit se dosáhnout uznání a výkonu v ostatních státech. Teoreticky by tak existovala reálná možnost šíření vadného

[3] ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 50.

[4] K rozlišování domácích a cizích rozhodčích nálezů blíže ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku.* 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 43n.

[5] U cizích rozhodčích nálezů může dojít k odepření uznání či výkonu, ale nemohou být zrušeny.

[6] Text dostupný z http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf [cit. 16.11.2009]

[7] MOTHEJZLÍKOVÁ, J., STEINER, V. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář.* 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1996. ISBN 80-7179-034-6. s. 108.

[8] Ke zrušení rozhodčího nálezu dle ZRŘ blíže MOTHEJZLÍKOVÁ, J., STEINER, V. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář.* 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1996. ISBN 80-7179-034-6. s. 103n. ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku.* 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 298n.

[9] Shodně ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku.* 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 297.

[10] K uznání účinků může dojít i generálně např. prostřednictvím mezinárodní úmluvy, nebo v podmínkách ES na základě komunitárního předpisu.

rozhodčího nálezu po celém světě, čímž by strana, která byla ve vadném řízení neúspěšná byla vystavena neustálé hrozbě následků vadného rozhodčího nálezu. To by bylo zjevně nespravedlivé a navíc by kontrolní funkce státu ztrácela její smysl. Existovala by možnost zneužití rozhodčích řízení a vydávání podvodných rozhodčích nálezů.

Stejně jako rozhodnutí obecných soudů, ani rozhodčí nálezy nemají globální účinky. Zatímco domácí rozhodčí nálezy mají své účinky (často shodné s rozhodnutím obecných soudů) v zemi jejich původu bez dalšího, cizí rozhodčí nálezy musejí projít řízením o uznání a výkonu rozhodčího nálezu[11]. Jedná se o projev teritoriálního přístupu v rozhodčím řízení, který je aplikován bez ohledu na koncepci, kterou dotčený stát směrem k rozhodčímu řízení zastává[12]. A právě fáze uznání a výkonu rozhodčího nálezu byla vybrána za fázi, kde je možné se bránit nepříznivým účinkům zrušeného rozhodčího nálezu., a to kdekoliv. Známé právní úpravy obsahují v ustanoveních zabývajícími se uznáním a výkonem cizího rozhodčího nálezu pravidlo o odepření uznání a výkon rozhodčího nálezu, který byl zrušen v zemi jeho původu. Toto pravidlo lze mimo jiné nalézt např. v ust. čl. V.1.e Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, New York, 1956, v ČR vyhl. č. 74/1959Sb. (dále jen "NYÚ"), čl. XI Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži, Ženeva, 1963, v ČR vyhl. č. 176/1964Sb. (dále jen "EÚMOA"), ust. §39a) ZRŘ a čl. 36.1.a.v. vzorového zákona UNCITRAL.

Nejvýznamnějším právním předpisem v oblasti uznávání a výkonu rozhodčích nálezů je NYÚ[13]. Podle ní je možné odepřít uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů, jestliže "*...byl zrušen nebo že jeho výkon byl odložen příslušným orgánem země, v níž nebo podle jejíhož právního řádu byl vydán*" Odepření uznání a výkonu pro tento důvod je vzhledem k zařazení do odst. 1 čl. V NYÚ možné jen na návrh strany, proti níž je rozhodčí nález uplatňován[14] a při prokázání, že došlo ke zrušení rozhodčího nálezu. Upozornit je třeba na úvodní větu odst. 1 čl. V NYÚ, která uvádí, že nález "může být odepřen[15]", nikoliv že automaticky bude odepřen, požádá-

[11] K řízení o uznání a výkonu rozhodčích nálezů obecně ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 321n.

[12] Ke koncepcím rozhodčího řízení např. RŮŽIČKA, K. *Mezinárodní obchodní arbitráž.* 1. vyd. Praha : Prospektrum, 1997. ISBN 80-7175-051-4. s. 15. ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 52. LEW, J.D. *Applicable Law in International Commercial Arbitration.* 1st edition. New York : Oceana Publishing, 1978. ISBN 9028604588.

[13] Shodně MOTHEJZLÍKOVÁ, J., STEINER, V. *Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář.* 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1996. ISBN 80-7179-034-6. s. 125. ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 323n.

[14] ROZEHNALOVÁ, N. *Mezinárodní právo obchodní. II. část – řešení sporů*. 2. vyd. Brno : Masarykova universita v Brně, 2000. ISBN 80-210-2041-5. s.154.

[15] V anglické verzi "may be refused"

li o to strana a budou splněny stanovené podmínky[16]. Totožnou úpravu obsahuje i vzorový zákon UNCITRAL.

EÚMOA mezi jejími smluvními státy omezuje použití čl. V.1.e NYÚ pouze na případy, kdy rozhodčí nález je zrušen pro důvody taxativně uvedené v čl. IX.odst. 1. EÚMOA. To znamená, že pokud byl rozhodčí nález v zemi původu zrušen z důvodu uvedeného v čl. IX odst. 1 EÚMOA a strana, proti které je rozhodčí nález uplatňován o to požádá, bude uznání a výkon takovému rozhodčímu nálezu odepřen podle NYÚ, pakliže jsou státy zároveň smluvními státy NYÚ, nebo přímo podle čl. IX odst. 1 EÚMOA, nejedná-li se o členské státy NYÚ.

Oproti systému zakotvenému v NYÚ znamená zrušení rozhodčího nálezu v zemi původu podle ust. §39a) ZRŘ automatické odepření uznání nebo výkonu cizího rozhodčího nálezu[17]. Z hlediska v úvodu prezentované situace se tato úprava zdá vhodnější, avšak je nutné připomenout, že ZRŘ se bude aplikovat pouze tam, kde se nebudou aplikovat mezinárodní úmluvy, což nebude příliš časté. A navíc se jedná o velmi těžkou úlohu pro soudce, který má zjišťovat, zda rozhodčí nález byl nebo nebyl zrušen v zemi původu[18].

Zdá se tedy, že pokud dojde ke zrušení rozhodčího nálezu v zemi jeho původu, pak se strana proti níž rozhodčí nález směřuje při zachování nezbytné míry obezřetnosti nemusí takového rozhodčího nálezu, respektive jeho účinků, obávat, neboť rozhodnutí o zrušení rozhodčího nálezu má jistý extrateritoriální efekt. Skutečnost však není tak jednoznačná. Postoj států k uznávání rozhodčích nálezů zrušených v zemi jejich vydání, se liší. Ve Francii, Belgii, Švédsku[19] i USA[20] již došlo k výkonu rozhodčích nálezů, ačkoliv byl nález v zemi původu zrušen. Všem státům postačilo, že nálezy splňovaly podmínky jejich právních řádů, ačkoliv právní řád země původu rozhodčího nálezu byl porušen. Ve Francii se jedná zejména tři případy *The Norsolor Case*[21], *The Hilmarton case*[22] *a The Chromalloy case*[23], které jsou

[16] Díky odlišnostem mezi francouzskou a anglickou verzí se vedou spory, zda odepření uznání a výkonu je na základě čl. V NYÚ obligatorní nebo volitelné. BÜHRING-UHLE, Ch. *Arbitration and Mediation in International Business*. 2.ed. Hague: Kluwer Law International, 2006. ISBN 90-411- 2256-7. p.59

[17] Soudce podle §39a) ZRŘ zkoumá důvody pro odepření uznání nebo výkonu cizího rozhodčího nálezu ex officio. ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 342.

[18] ROZEHNALOVÁ, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9. s. 341.

[19] Rozhodnutí ve věci *General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Avendal AB*

[20] SAMUEL, A. Místo arbitráže a rozhodné právo. *EMP* č. 1-2/1998. s. 82.

[21] Rozhodnutí francouzského nejvyššího soudu ze dne 9. září 1984.

[22] Rozhodnutí francouzského nejvyššího soudu ve věci Société Hilmarton Ltd. vs. Société OTV, ze dne 23. března 1994

[23] Rozhodnutí francouzského odvolacího soudu ve věci Chromalloy aeroservices Inc. vs. The Arab Republic of Egypt, ze dne 14. ledna 1997

často rozebírány a dávány za příklad[24]. Argumentace je ve všech uvedených případech podobná. Podle článku V.1.e) NYÚ soud může odepřít uznání a výkon rozhodčího nálezu, který byl v zemi původu odložen či zrušen[25]. Z pohledu Francouzských soudů vzhledem k ustanovení článku VII.1 NYÚ[26] je nutné zkoumat, zda takový důvod k odepření existuje v právu země, kde je o uznání žádáno. Francouzský New Civil Code of Procedure zrušení rozhodčího nálezu v zemi jeho vydání jako důvod k odepření rozhodčího nálezu nezná a proto ve Francii mohly být vykonány i rozhodčí nálezy zrušené v zemi jejich vydání. Jisté omezení a zároveň podmínku takového postupu naznačily francouzské soudy v případech *Norsolor* a *Hilmarton*. V odůvodnění vždy bylo uvedeno, že se jedná o rozhodčí nálezy mezinárodní povahy, bez většího vztahu ke státu, kde byly vydány[27]. Odůvodnění k případu *Chromalloy* konkretizovalo uvedené části odůvodnění v tom směru, že lze uznat veškeré rozhodčí nálezy, i když byly v zemi místa jejich původu zrušeny, pokud se jedná o rozhodčí nálezy mezinárodní povahy. Důsledky zrušení rozhodčího nálezu v zemi jeho původu však budou uznány, pokud rozhodčí nález bude svou „právní existenci odvozovat od integrace do soudního systému“ státu vydání rozhodčího nálezu a půjde-li o rozhodčí nález vydaný v čistě vnitřní otázce mezi stranami sídlícími v daném státě[28]. Jinými slovy, zrušení rozhodčího nálezu vydaného zemi jeho původu bude bráno v potaz, pokud se z pohledu země původu bude jednat čistě vnitrostátní rozhodčích řízení, u kterého však bude žádáno o uznání a výkon ve Francii. Přijetí této koncepce znamená přiklonění se k pohybu kontrolní funkce soudů od místa konání rozhodčího řízení k místu výkonu rozhodčího nálezu[29]. V takovém pohledu lze také vysledovat přístup k rozhodčímu řízení z pohledu smluvní doktríny, kterážto neklade důraz na fórum, ale na samotné řízení. V tomto směru lze poznamenat, že nepochybně Francie, Belgie ale i Švédsko a USA patří mezi státy u nichž se lze se smluvní doktrínou rozhodčího řízení setkávat nejčastěji.

Kritici francouzského přístupu se budou rekrutovat zejména z přívrženců teritoriální koncepce rozhodčího řízení, neboť pro tyto je nerespektování rozhodnutí soudů fóra sporu zcela nepřijatelné. Argument směřující proti použití čl. VII.1 NYÚ po vzoru francouzských soudů spočívá v historii

[24] Např. GAILLARD, E. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards.* Haag : Kluwer Law International, 1994. p. 505n. GHARAVI, G.H. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*. 1st. ed. Haag : Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-1717-2. p. 78n.

[25] Viz výše

[26] PETROCHILOS, G. *Procedural Law in International Arbitration.* 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. ISBN 978-0-19-924948-0. p. 308.

[27] Případ Norsolor byl vydán na základě lex mercatoria. U případu Hilmarton bylo použito Alžírské hmotné právo v řízení konaném ve Švýcarsku.

[28] GAILLARD, E. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards.* Haag : Kluwer Law International, 1994. p. 516

[29] ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu.* 1. vyd. Brno : Masarykova universita v Brně, 1994. ISBN 80-210-0855-5. s. 148

přijetí tohoto ustanovení a čl. V NYÚ, podle kterého měl čl. VII NYÚ sloužit pro zmírnění jiných, konzervativnějších ustanovení NYÚ[30]. Kromě zásadní koncepční odchylky jsou však vznášeny i jiné námitky. Samuel je silně proti podobným praktikám, neboť dle jeho názoru vedou k forum-shopping a procesními kličkami by bylo možné obejít různá kogentní ustanovení. Uvedený názor má jistou logiku, pokud si uvědomíme, že v procesu uznávání a výkonu rozhodčího nálezu nebývá nález přezkoumáván po věcné stránce a vůbec celé přezkoumání bývá značně povrchní. Ve zmíněném rozhodnutí k případu *Norsolor* bylo přímo uvedeno, že důvody, pro které byl rozhodčí nález zrušen v zemi jeho vydání by soud při rozhodování o uznání a výkonu neměl brát v úvahu[31]. Zde je však nutné říci, že v případu *Norsolor* není zcela bezproblémové určení země původu rozhodčího nálezu. Jedinou vazbou případu na Rakousko bylo místo konání rozhodčího řízení ve Vídni (avšak jednalo se o řízení Rozhodčího soudu při Mezinárodní obchodní komoře v Paříži) a existence mezinárodních dohod mezi státy obou stran a Rakouskem o výkonu vydaných rozhodčích nálezů[32]. Rakouský soud na základě uvedených skutečností rozhodčí nález přijal jako domácí[33], avšak v jiném státě by tomu tak být nemuselo. Tento fakt také jistým způsobem snižuje hodnotu zrušení rozhodčího nálezu v Rakousku, čímž podporuje francouzský přístup. Samozřejmě však nesmí být rozhodčí nález v rozporu s francouzským veřejným pořádkem. Kritici francouzského přístupu[34] a zejména jeho výkladu ve sledované otázce dále poukazují na několik problémů. Za nejslabší kritiku považuji možnost „znechucení“ států, které teprve v nedávné době přistoupily na mezinárodní arbitráž a které by mohlo nedání významu rozhodnutím jejich soudů odradit od pokračování v podpoře mezinárodní arbitráže[35]. Mnohem silnějším argumentem je boj proti „plovoucím rozhodčím nálezům“[36]. Při přijetí francouzského přístupu by prakticky nebylo možné nikdy úplně zneplatnit rozhodčí nález. Strana by se mohla pokusit nechat uznat zrušený rozhodčí nález kdekoliv na světě, bez toho, že by protistrana měla jistotu, že k uznání nedojde a musela by se pokaždé pečlivě uznání bránit, což by vedlo ke zvýšeným nákladům. Výtka byla směřována také ke ztrátě neutrality. Státy by mohly zvýhodňovat své občany a podniky tím, že by uznávaly pro ně výhodné rozhodčí nálezy, ačkoliv byly zrušeny. V uvedených případech však takový případ nenastal.

[30] GHARAVI, G.H. *The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award*. 1st. ed. Haag : Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-1717-2. p. 81. pozn. 307.

[31] GAILLARD, E. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards.* Haag : Kluwer Law International, 1994. p. 513

[32] Tento důvod byl podroben ostré kritice.

[33] ROZEHNALOVÁ, N. *Transnacionální právo mezinárodního obchodu.* 1. vyd. Brno : Masarykova universita v Brně, 1994. ISBN 80-210-0855-5.

[34] Universalist conception

[35] GAILLARD, E. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards.* Haag : Kluwer Law International, 1994. p. 521

[36] V angličtině také floating awards nebo limping award

Naopak v případu *Norsolor* byl vykonán francouzskými soudy rozhodčí nález, který zavazoval francouzskou stranu zaplatit vysokou pokutu. Kritici rovněž poukazují na nerespektování vůle stran, neboť podle jejich názoru strany spolu s volbou fóra volily i soudy, které budou přezkoumávat rozhodčí nález. Tento argument je většinou odmítán s tím, že strany při uzavírání rozhodčí smlouvy počítají buď s bezproblémovým průběhem sporu a s vyřešením sporu rozhodčím nálezem. Je velmi neobvyklé, aby strany dopředu počítaly s možností napadení rozhodčího nálezu. Naopak místo rozhodčího řízení volí z mnoha jiných příčin. Dalším protiargumentem bývá fakt, že možnost přístupu k soudu bývá velmi často otázkou veřejného pořádku zemí a nezáleží tak na stranách, ale na právních normách v konkrétním případě, zda soudy budou, či nebudou rozhodčí nález přezkoumávat a případně jakým způsobem. Ne příliš úspěšná kritika je také stavěna na síle vazby mezi zemí vydání rozhodčího nálezu a zemí uznání. Kritici francouzského pohledu tvrdí, že země vydání rozhodčího nálezu má k němu užší vztah než země, ve které má být rozhodčí nález uznán[37]. Vezmeme-li ovšem do úvahy, že mnoho rozhodčích nálezů je vydáno na základě rozhodčího řízení v neutrální zemi a tedy země vydání rozhodčího nálezu má s ním spojení víceméně přes poskytnuté prostory, je zřejmé, že z praktického pohledu bude k rozhodčímu nálezu mít užší vztah země, kde je žádáno o uznání, neboť v této zemi se rozhoduje o dispozici s majetkem strany[38]. Nutno přiznat, že za místo rozhodčího řízení se většinou volí země, ve které má žalovaná strana majetek. Ale ani v tomto případě nelze, vzhledem k tomu, že v zemi, kde je žádáno o uznání rozhodčího nálezu má strana povinná také majetek, považovat vazbu rozhodčího nálezu k zemi ve které byl vydán za významně silnější, než vazbu k zemi, v níž je o uznání žádáno[39].

Osobně se domnívám, že kritika francouzského přístupu je spíše účelová a vychází z jiného pojetí rozhodčího řízení, než ke kterému se kloní Francie. Text NYÚ francouzský přístup nevylučuje a jazykové odlišnosti tomu jen napomáhají. Ostatně žádná z kritik se na čl. VII.1 NYÚ nezaměřovala a argumenty proti francouzskému postupu byly spíše prakticko-doktrinální. Lze tedy vyslovit závěr, že zrušení rozhodčího nálezu v zemi původu je překážkou uznání a výkonu takového rozhodčího nálezu v jiných státech, a to jak podle NYÚ, EÚMOA i ZRŘ. Leč zejména v režimu NYÚ se nejedná o překážku zcela nepřekonatelnou a do značné míry záleží na koncepci rozhodčího řízení přijaté v zemi, kde je žádáno o uznání a výkon rozhodčího nálezu. Zejména v zemích vykazujících příklon ke smluvní koncepci nemusí poukaz na zrušení rozhodčího nálezu v zemi původu postačovat a strany by si v takovém případě měly připravit pokud možno i jiné důvody, pro které by uznání a výkon rozhodčího nálezu byl odepřen.

---

[37] Jedná se o rozhodčí řízení konané v ke sporu neutrálních státech.

[38] Nemá smysl žádat o uznání rozhodčího nálezu v zemi, kde strana povinná nemá žádný majetek.

[39] GAILLARD, E. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards.* Haag : Kluwer Law International, 1994. p. 526.

Literature:

- BÜHRING-UHLE, Ch. Arbitration and Mediation in International Business. 2.ed. Hague: Kluwer Law International, 2006. ISBN 90-411-2256-7.
- GAILLARD, E. Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience. In Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards. Haag : Kluwer Law International, 1994.
- GHARAVI, G.H. The International Effectiveness of the Annulment of an Arbitral Award. 1st. ed. Haag : Kluwer Law International, 2002. ISBN 90-411-1717-2.
- INTERNATIONAL TRADE CENTRE, UNCTAD/WTO. Arbitration and alternative dispute resolution: How to settle international business disputes. 1st edition. Geneva : ITC, 2001. 266p. ISBN 92-9137-172-6.
- LEW, J.D. Applicable Law in International Commercial Arbitration. 1st edition. New York : Oceana Publishing, 1978. ISBN 9028604588.
- MOTHEJZLÍKOVÁ, J., STEINER, V. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Komentář. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 1996. ISBN 80-7179-034-6.
- PETROCHILOS, G. Procedural Law in International Arbitration. 1st ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. ISBN 978-0-19-924948-0.
- ROZEHNALOVÁ, N. Mezinárodní právo obchodní. II. část – řešení sporů. 2. vyd. Brno : Masarykova universita v Brně, 2000. ISBN 80-210-2041-5.
- ROZEHNALOVÁ, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-324-9.
- ROZEHNALOVÁ, N. Transnacionální právo mezinárodního obchodu. 1. vyd. Brno : Masarykova universita v Brně, 1994. ISBN 80-210-0855-5.

- RŮŽIČKA, K. Mezinárodní obchodní arbitráž. 1. vyd. Praha : Prospektrum, 1997. ISBN 80-7175-051-4.
- SAMUEL, A. Místo arbitráže a rozhodné právo. EMP č. 1-2/1998. s. 82.

Contact – email
vladimir.dolezel@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OBSTARANIE DÔKAZOV V MEDZINÁRODNEJ OBCHODNEJ ARBITRÁŽI POMOCOU INŠTITÚTU "DISCOVERY"

SLAVOMÍR HALLA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Súdny príkaz k sprístupneniu informácií je možné vnímať ako jeden z nástrojov občianskeho súdneho konania. Ak však porovnáme prístup kontinentálne právnej rodiny s prístupom krajín common law, objavíme podstatné rozdiely v rozsahu aj samotnom prevedení. V common law je každá zo strán oprávnená žiadať sprístupnenie širokého spektra informácií priamo od protistrany, bez nutnosti obracať sa so žiadosťou na súd. Naproti tomu kontinentálny prístup vymedzuje povinnosť poskytovať informácie podstatne užšie a súd má dominantné postavenie v otázke dokazovania a jej prípustnosti.

Prvá časť tohto článku pomôže čitateľovi pochopiť podstatu "pre-trial discovery". V druhej časti sa článok pokúsi zodpovedať na otázku, či tento postup v obstarávaní dôkazov môže byť prospešný v medzinárodnej obchodnej arbitráži. V záverečnej časti článku sa pokúsi odpovedať na otázku, či sú české súdy oprávnené vykonať discovery v rámci svojej pomocnej funkcie.

Key words in original language
Medzinárodná obchodná arbitráž; zaobstaranie dôkazov; pre-trial discovery; pomocná funkcia súdu; Pravidlá IBA o zaobstarávaní dôkazov; New Yorský Dohovor o uznaní a výkone cudzích rozhodcovských nálezov.

Abstract
Compulsory disclosure of relevant information ordered by state courts may be deemed as generally recognized tool of civil procedure. However, the scope and the execution of such disclosure vary substantially in common and civil law tradition. If, in common law tradition, either party to the proceedings is entitled to request by itself the disclosure of wide spectrum of information, civil law countries prefer more restrictive view with the court’s authority at the central position.

Whereas the first part of the article will guide the reader with the basic understanding of discovery process, the second part will deal with the question whether international commercial arbitration could benefit from using these procedural institutes, last part of this paper will subsequently contemplate about a role of Czech court when assisting (if permitted?) the international arbitrators with such a process.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Key words
International commercial arbitration; evidence gathering; pre-trial discovery; assistance of national courts; IBA Rules on Evidence Taking; New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards

Otázka na úvod: Prečo dokazovať?

Skutkové dokazovanie je elementárnou súčasťou každého právneho procesu, ktorý sa odohráva pred orgánmi aplikujúcimi právo, pretože samotné rozhodnutie je vo svojej podstate len záväzná aplikácia abstraktnej právnej normy na faktický stav, s ktorým počíta jej hypotéza. Vykonávaním dokazovania sa zhromažďujú fakty, ktoré môžu byť relevantné pre hmotnoprávne posúdenie veci samej. Rozhodnutie, ktoré nevychádza z podkladov reálneho života, má malý praktický význam. Súdy a iné orgány sú povolané k ochrane subjektívnych práv – práv skutočných jednotlivcov žijúcich skutočný život. Nie pochýb, že v tomto zmysle nahliada na dokazovanie rovnako kontinentálne aj anglosaské právo. Rozdiel však možno badať v rozsahu, v akom jednotlivé právne poriadky požadujú zistenie resp. pochopenie tohto „reálneho života".

Jedným z miest, kde sa stretávajú, vzájomne reagujú a krížia rôzne právne kultúry, je medzinárodná arbitráž. Zároveň je možné konštatovať, že strany sporu, ako aj samotný rozhodcovia, majú pri úprave procesných otázok pomerne voľnú ruku[1] a nie sú odkázaní len na procesné inštitúty a postupy krajiny svojho pôvodu. V reakcií na stret právnych kultúr sa o arbitráži hovorí ako o procese, ktorý umožňuje brať „the best of both worlds"[2]. Na strane druhej, je pre zúčastnené strany (či skôr pre ich právnych zástupcov?) prínosné využiť systém, ktorý je v menšej či väčšej miere odlišný od toho, s ktorým sú dôverne oboznámené? Nenaruší sa tak vedúci princíp aplikácia práva, tj. princíp predvídateľnosti pôsobenia práva?

Ako bolo naznačené vyššie, jedným z miest, kde sa pretínajú všetky procesné úpravy, je problematika dokazovania. V poslednej dobe sa vo sférach medzinárodnej arbitráže živo diskutuje o možnostiach použitia anglosaského inštitútu známeho pod názvom „(pre-trial) discovery". Avšak jeho častá aplikácia v agresívnom štýle v národných konaniach, typická pre povahu civilného procesu USA, vznáša otázku, či je tento procesný postup vhodný aj pre medzinárodnú arbitráž, ako „neformálne" fórum riešenia sporov a pri zohľadnení skutočnosti, že medzinárodná arbitráž má bližšie ku kontinentálnemu, než k anglosaskému civilnému procesu.[3]

---

[1] Born, G.: International commercial arbitration in the United States: commentary & materials, s. 43-46.

[2] Voľný preklad: „to najlepšie z oboch [právnych] svetov"

[3] Redfern, Hunter: Law and practice of international arbitration, sekcia 6-74.

Tento článok si kladie za cieľ zoznámiť v základe s procesným inštitútom discovery, tak ako je chápaný v anglosaskom práve.[4] Následne bude preskúmaná jeho použiteľnosť v rámci medzinárodnej arbitráže, pričom dôraz bude kladený na špecifickú časť "discovery" - žiadosť o vydanie dokumentov. V závere bude načrtnutých niekoľko úvah o možnosti prípustnosti takéhoto postupu zhromažďovania dôkazov z pohľadu českých súdov, jednajúcich v rámci tzv. pomocnej funkcie v rozhodcovskom konaní.

Zoznámte sa prosím ... discovery.

Ak by sme mali definovať pojem discovery v najobecnejšom zmysle, môžeme si vypomôcť definíciou z Black's Legal Dictionary: „úkon alebo proces zistenia alebo dozvedania sa niečoho, čo bolo predtým neznáme".[5] V základe tak discovery slúži na zistenie skutkového stavu vo veci a je súčasťou procesného dokazovania sensu largo. Pri konkrétnejšom vymedzení však v tom istom slovníku nájdeme, že sa jedná o: „povinné sprístupnenie informácie, ktorá sa vzťahuje k sporu, a to na žiadosť jednej zo strán".[6] Z pohľadu českého práva však takto definované discovery nemožno obmedzovať len na nám známu edičnú povinnosť.

Discovery je vskutku širším pojmom a nedotýka sa len dokumentov. Federal Rules of Civil Procedure[7] v čl. 26 až 37 vymedzujú 4 základné subkategórie discovery. Sú nimi:

a) depositions – miestoprísažné prehlásenia protistrany alebo svedkov, ktoré sa dejú pred druhou procesnou stranou za prítomnosti súdneho zapisovateľa, na základe ústne položených otázok,

b) interrogateries – písomne formulované otázky o skutkovom stave adresované protistrane,[8]

c) requests for admission – žiadosť o potvrdenie existencie určitého skutkového stavu,[9]

---

[4] Pre potreby tohto článku sa bude zohľadňovať prístup americký. Anglická vetva common law rovnako pozná princípy pre-trial discovery, ale vo výrazne obmedzenej forme, a v tomto pohľade by sa dalo konštatovať, že nie je nepodobná nám známej edičnej povinnosti. Pre zvýraznenie systémových problémov bola preto na demonštrovanie vybraná americká vetva.

[5] Black's Law Dictionary: "The act or process of finding or learning something that was previously unknown."

[6] Black's Law Dictionary: "Compulsory disclosure, at a party's request, of information that relates to the litigation."

[7] Federal Rules of Civil Procedure je možno prirovnať k občianskemu súdnemu poriadku na federálnej úrovni.

[8] Na rozdiel od depositions nie je možné adresovať interrogateries tretím subjektom.

d) requests for production – zvláštny prostriedok umožňujúci nárokovateľné vydanie dokumentov.[10]

Z uvedeného prehľadu je možno badať, že americký civilný proces sa pravdepodobne zakladá na odlišných princípoch ako nám známy kontintálny. Mohlo by sa zdať, že americký civilný proces je v zásade založený na inkvizičných princípoch, na rozdiel od kontinentu, kde je inkvizičný princíp síce rovnako známy a používaný, ale pre okruh špecifických prípadov. Opak je však pravdou. Americký občiansky proces je v základe rovnako ovládaný princípom kontradiktórnosti[11] a dispozitívnosti. Môžeme dokonca konštatovať, že kontradiktórnosť procesu sensu stricto je ešte vyššia, keďže americký sudca je typicky pasívny, všetka procesná aktivita je na procesných stranách, pričom sudca dbá, aby takéto aktivity boli zákonné.[12] Súd nevykonáva dokazovanie, skôr sa obmedzuje na úlohu arbitra, ktorý ma posúdiť, ktorý „príbeh", postavený na rovnakých skutočnostiach, má prevládnuť. Súd rovnako nevyhľadáva skutočnosti, ktoré mu umožňujú rozhodnú vo veci samej. Práve naopak, základné pravidlo znie, že všetky skutočnosti, ktoré majú pred súdom zaznieť, musia byť známe do zahájenia hlavného jednania vo veci samej.[13]

Pre pochopenie tohto obmedzenia je nutné si uvedomiť, že americké právo stavia na princípe, že pred súdom má byť prezentovaná do istej miery objektívne zistiteľná pravda. V tomto ohľade americký prístup dbá viac na ochranu subjektívneho práva, keď nepokladá informačný deficit strany za prekážku ochrany jej práv a vkladá jej do rúk mocné nástroje v procese discovery. Typickým príkladom sú tzv. azbestové alebo tabakové prípady, v ktorých pred žalobcom, v spore o ujme na zdraví, stojí mocná nadnárodná korporácia. V takom prípade má žalobca obmedzené prostriedky na zadováženie si relevantných dôkazov, ale najmä nemá prístup do sféry a k informáciám žalovaného. V týchto prípadoch bolo pritom typické to, že tieto spoločnosti dlhodobo vedeli o škodlivom vplyve svojich produktov na ľudské zdravie, avšak nepodnikli žiadne nápravné kroky.

---

[9] Tým sa samozrejme nemyslí priznanie procesnej strany v celom rozsahu, skôr dochádza k určeniu nesporných bodov skutkového stavu.

[10] Rozsah request for document production je, ako bude ukázané, omnoho širší ako len vydanie konkrétneho dokumentu.

[11] Kontradiktórnosť sensu stricto ako protichodné postavenie strán v rámci civilného procesu, alebo aj širšie ako možnosť procesných strán vyjadriť sa ku všetkým skutočnostiam a dôkazom. Viď napr. Winterová: Civilní právo procesní, str. 71.

[12] Macur: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudní sporu, s. 244.

[13] Macur: Kompenzace informačního deficitu procesní strany v civilním soudní sporu, s. 188.

Aby sme však nástroje discovery nelimitovali len na úzku skupinu spotrebiteľských sporov, je možné konštatovať, že v americkom prístupe k právu prevláda objektívne hodnotenie skutočností – často sa k interpretácií jednania využíva mystická „reasonably prudent person“.[14] Ak si uvedomíme toto východisko, je rozumné očakávať, že tejto osobe musí byť spor predložený ako celok, so všetkými skutočnosťami, ktoré sú objektívne zistiteľné. Už spomínané obmedzenie k vymedzeniu rozhodných skutočností pred samotným hlavným jednaním, je potom iba logickým dôsledkom, kde „reasonably prudent person“ posudzuje predložené skutočnosti a vnesenie novôt by tento proces narušovalo.

Rovnako je nutné podotknúť, že americký súdny systém je systémom porotným. Porota je tým stelesneným „reasonably prudent person“, ktorý je oprávnený posudzovať „questions of fact“ – otázky skutkového stavu veci. Na rozdiel od kontinentálneho sudcu, ktorý sleduje a vyhodnocuje skutkovú stránku sporu od prvého okamihu, je porota zvolaná na stanovený, typicky krátky časový úsek, aby rozhodla o faktickej stránke sporu. Preto musí byť zoznámená s celým skutkovým stavom naraz. Neexistuje priestor na novoty, postupné vnášanie častí skladačky nie je dovolené.

Proces discovery sa tak uplatňuje už v prípravnej fáze procesu, a na rozdiel od kontinentálneho prístupu sa počas tejto etapy vykonáva aj samotné dokazovanie. Vyčleňujú sa tak sporné skutkové body, ktoré sú následne prejednané v hlavnom procese.[15] Americká žaloba neobsahuje rozsiahle skutkové tvrdenia, práve naopak je maximálne stručná a obmedzuje sa na popis základných skutočností. Jej základným účelom je zahájenie sporu vo veci a práve aktivácia nástrojov discovery. Až na základe zisteného skutkové stavu dochádza k ďalšiemu spresneniu žaloby a vymedzeniu jednotlivých žalobných nárokov.[16] Proces discovery tak skutočne doslova smeruje k „objaveniu“ relevantných faktov, než k ich dokázaniu.[17]

Výhodou tohto zvláštneho procesného inštitútu je skutočnosť, že plné odhalenie skutkového stavu prispieva k ochote strán riešiť spor mimosúdne. Uvádza sa, že k prejednaniu sporu súdom sa dostane do 6% podaných sporov.[18]

---

[14] Vo voľnom preklade „primerane obozretná (tretia) osoba“.

[15] Macur: Současné problémy mezinárodní úpravy procesního práva.

[16] Tu je nutné upozorniť na skutočnosť, že hoci by mohol byť vyvodený záver, že pri takomto prístupe, by bolo možné podávať žaloby „len tak“, nie je takýto záver oprávnený. Žalobca totiž musí jednať v dobrej viere, inak sa vystavuje závažnému postihu pre „malicious suit - zlovoľnú žalobu“ . Okrídlené spojenie, že v Spojených štátoch „žaluje každý každého“ je tak nutné chápať vo vyššie uvedenom kontexte.

[17] Pouderet, Besson: Comparative law of international arbitration, str. 555.

[18] Macur: Současné problémy mezinárodní úpravy procesního práva.

Na druhej strane, ako nevýhoda sa spomína zaťaženie protistrany značným finančným bremenom. Príkladom je možné uviesť nárok na vydanie dokumentov. Tento je často vymedzený len veľmi nejasne, ako napr.: „Všetky dokumenty spoločnosti, ktoré sa vzťahujú na vývoj produktu ABC v období rokov 1995-2005“. Protistrana je povinná žiadosti v zásade vyhovieť a na vlastné náklady poskytnúť uvedené dokumenty. Konanie v rozpore môže byť posúdené ako pohŕdanie súdom. Je zjavné, že pri uvedenom vymedzení by sa jednalo o pomerne nákladné vyhľadávanie. V tejto súvislosti sa často zvykne hovoriť o tzv. „fishing operations“[19] doslova rybolovných výpravách. Ponúka sa pritom jasná analógia s rybolovom sieťou. Po nahodení siete (široko formulovaný request for document production) sa táto vytiahne a úlovok (získaná dokumentácia[20]) sa pretriedi a vyberú sa najlepšie kusy (relevantná dokumentácia umožňujúca substancovať žalobné tvrdenia). Odozva amerického zákonodarcu z posledných rokov sa snaží takýmto praktikám brániť a postupne sa presadzujú obmedzenia čo do rozsahu požadovaných dokumentov, ako aj konkretizácie samotnej žiadosti a zdôvodnenia relevancie žiadaných dokumentov.

Iným negatívnym javom využitia discovery, s ohľadom na jeho finančnú náročnosť, je neúmerné zaťaženie žalobcu protinárokom žalovaného.[21] V tom prípade totiž vzniká oprávnenie pôvodného žalovaného rovnako žiadať informácie prostredníctvom discovery voči pôvodnému žalobcovi. Opätovne, pri dostatočne širokom naformulovaní žiadosti dôjde k značnému zaťaženiu žalovaného, ktorý niekedy tieto faktické bremeno nedokáže uniesť. Rovnako, často sa uvádza aj „prehnaná“ odpoveď žalovaného na relatívne úzko vymedzený požiadaviek. Dochádza tu doslova k zahlteniu žiadateľa množstvom informácií, ktoré majú k danej problematike len okrajový vzťah, pričom skutočne relevantné dokumenty sa doslova schovávajú v ich záplave.[22]

Praktické dôsledky týchto skutočností vedú k poznaniu, že hoci oficiálne štatistiky amerických súdov uvádzajú v dĺžke konania relatívne nízke čísla, je nutné si uvedomiť, že často do tejto dĺžky nie je započítané samotná pre-

---

[19] Viď napr. Hinchey, Baer: Discovery in international arbitration.

[20] Ideálna situácia nastáva pri odhalení tzv. smoking gun – dokument, ktorý je kľúčový pre úspech vo veci.

[21] Finančné zaťaženie je však relatívne a je nutné si uvedomiť, že negatívnym sa stáva v prípade zneužitia inštitútu. Národný výskum v USA preukázal, že bez ohľadu na nárokované plnenie, sú náklady, ktoré musia strany v bežnom spore znášať asi 3% peňažitého nároku. Viď napr. Reed, Hancock: US-Style Discovery: Good or Evil? str. 345.

[22] Mierne odľahčenú analógiu možno nájsť v britskom seriáli „Jistě pane ministře!“ kde sa relevantná informácia nachádzala v predposlednej krabici s poštou, založená ako dodatok dvestostranovej správy o možnostiach podnikania vo východnom Tichomorí.

trial stage, tj. fáza zhromažďovania dôkazov. Spory tak môžu trvať aj niekoľko rokov, kým sa dostanú pre samotný súd resp. porotu. Na strane druhej, toto nie je problém väčšiny bežnej agendy.

Je zjavné, že discovery môže byť zneužitá, ako vlastne každý procesný inštitút, obidvoma stranami sporu. Napriek tomu má v anglosaskom svete svoje silné a tradičné postavenie a hoci je možné voči nej vzniesť mnoho výhrad, myšlienka plného objasnenia faktického stavu[23] pred samotným rozhodovaním je lákavá.

Discovery v medzinárodnej arbitráži?

Po pochopení zmyslu discovery v americkom súdnom procese, je možné, v súlade s názvom článku, zamyslieť sa nad jeho využiteľnosťou v medzinárodnej arbitráži.

Arbitráž, či už vnútroštátna alebo medzinárodná, je alternatívny spôsob riešenia sporov. Jednotlivé národné poriadky umožňujú súkromným osobám, aby záväzne, s možnosťou štátneho vynútenia, rozhodli o spore, ktorým je pred nich predložený inými súkromnými osobami. Hoci existujú viaceré prístupy, ktoré objasňujú vzťah arbitráže a národného právneho poriadku,[24] zostáva arbitráž „súkromnou“ alternatívou súdneho konania. Ako poznamenáva Redfern a Hunter: „[medzinárodná arbitráž] prebieha v rozdielnych krajinách, zakladajúc na rôznych právnych a sociokultúrnych východiskách, pričom je ohromujúco neformálna. Niet tu žiadnych štátnych zástav a iných symbolov štátnej autority. ... „Okoloidúcemu“ by sa mohlo zdať, že sa díva na konferenciu alebo obchodné jednanie.“[25] Je pravdou, že arbitráž umožňuje stranám, ako aj rozhodcom samým, veľkú mieru flexibility; vôľa strán modeluje povahu každého arbitrážneho konania.

Uvedení autori však na strane druhej výrazne varujú pred urýchleným záverom, že arbitráž nemá hranice, keď prízvukujú, že arbitráž: „... existuje len vďaka komplexu národných právnych poriadkov a medzinárodných zmlúv.“ Arbitráž, jej existencia, zahájenie, priebeh a následné vynútenie nálezu sa podrobuje národnému právnemu poriadku. Túto skutočnosť musíme mať na pamäti aj s ohľadom na riešenú tému „pre-trial“ discovery. Je nutné uviesť, že nemôže existovať jedno univerzálne riešenie otázky uplatniteľnosti tohto inštitútu v medzinárodnej arbitráži. Ak je totiž

[23] Tú samozrejme pozná aj kontinentálny koncept, avšak v rozmeroch dôkazov navrhnutých spornými stranami.

[24] Jedná sa najmä a tri doktríny: jurisdikčná, zmluvná a zmiešaná.

[25] Hunter, Redfern: Law and Practice of international arbitration, str. 1.

výsledok podmienený krajinou, v ktorej sa o ňom bude rozhodovať, je očividné, že možno očakávať pestrosť riešení.[26]

S ohľadom na túto skutočnosť sa bude nasledujúca pasáž zaoberať vhodnosťou použitia metódy discovery v medzinárodnej arbitráži.

Literatúra venujúca sa problematike medzinárodnej arbitráže uvádza niekoľko výhod, ktoré ju predurčujú pre riešenie sporov. Ako jedna z hlavných sa uvádza „neutralita" konania, v zmysle, že toto konanie nemusí byť podmienené procesnými pravidlami štátu pôvodu jednej zo strán.[27] Literatúra však rovnako uvádza, že samotný medzinárodný arbitrážny proces má bližšie ku kontinentálnemu systému než ku common law. Toto konštatovanie sa najlepšie demonštruje na skutočnosti, že arbitri nie sú laxní diváci s organizačnou právomocou. Naopak, podobne ako kontinentálny sudcovia, aktívne do sporu zasahujúca a v medziach svojej kompetencie môžu žiadať o doplnenie dokazovania v tom, či onom smere.

Inou dôležitou črtou arbitráže je skutočnosť, že výsledok arbitrážneho konania je prevažne založený na štúdiu dokumentov. Iné dôkazné prostriedky sú zriedkavé, najmä s poukazom na možnosti tribunálu k ich získaniu.[28] Arbitrážne rozhodnutie tak často vychádza z podania strán a predložených listinných dôkazov, bez ústneho konania vo veci samej. Aj tieto dôvody prispievajú k tomu, že arbitrážne konanie sa považuje za výhodnú alternatívu k súdnemu konaniu, najmä s ohľadom na rýchlosť, akou toto konanie prebieha.

S ohľadom na vyššie uvedené prvky sa ako zaujímavou javí definícia discovery podaná v Dictionary of Arbitration and its Terms, ktorá tento inštitút definuje ako: „Právny proces vykonaný pred hlavným jednaním vo veci, ktorý informuje obe strany o sporných faktoch, za účelom užšieho vytýčenia sporu samotného, šetriaci čas a peniaze." V tomto zmysle tak

---

[26] Do istej miery by v tomto pohľade mohli byť nápomocné medzinárodné zmluvy, ktoré upravujú problematiku medzinárodnej arbitráže. Napr. Inter-americká dohoda o medzinárodnej obchodnej arbitráži (tzv. Panamský dohovor) má v čl. 3 prednastavenú aplikáciu, ak sa strany nedohodli inak, Procesných pravidiel Inter americkej komisie medzinárodnej obchodnej arbitráže. Tie obsahujú v čl. 21 základné pravidlá dokazovania. Na druhej strane iná regionálna dohoda, Európsky dohovor o medzinárodnej obchodnej arbitráži, podobné ustanovenie neobsahuje. New Yorský dohovor o uznaní a výkone rozhodcovských nálezov s ohľadom na svoj predmet problematiku priamo nepokrýva, avšak problematickým by v tejto súvislosti mohlo byť uznanie resp. výkon s ohľadom na čl. 5 ods. 2 písm. b) tj. rozpor s verejným poriadkom štátu výkonu. Opätovne by tak záležalo na každom jednotlivom štáte, aký by zaujal postoj k problematike.

[27] Redfern, Hunter: Law and Practice of International Commercial Arbitration, str. 22.

[28] Typickým príkladom je výsluch svedka, ktorého arbitri nemôžu sami prinútiť k svedeckej výpovedi, keďže arbitrážne konanie aj naďalej zostáva súkromnou cestou riešenia sporov, hoc jeho výsledok rešpektuje a vynucuje moc verejná.

v inštitúte discovery môžeme vidieť užitočný nástroj rozhodcovského konania. Rýchlosť akou bude prebiehať medzinárodné arbitrážne konanie je závislá na komplexnosti prípadu, ktorý je predložený rozhodcovskému tribunálu. Čim špecifickejšie dokážu strany vymedziť právnu a skutkovú otázku, ktorá sa má rozhodnúť, tým rýchlejšie (v ideálnom prípade) príde záväzný výsledok. „Pre-hearing" discovery by určite mohlo byť nápomocné pri vymedzení skutkového základu sporu.

Na strane druhej je nutné zamyslieť sa, či v situácií, ak bude navrhovateľ v dôkaznej núdzi, je vôbec možné kompenzovať jeho informačný deficit v arbitrážnom konaní? Podľa názoru autora je odpoveď na túto otázku pozitívna s nasledujúcim zdôvodnením.

Arbitrážne konanie je alternatívou k národnému súdnemu konaniu. Ak strany predstúpia pred súd, sú si plne vedomé pravidiel, ktoré môže súd použiť a podľa ktorých sa bude v konaní riadiť. Predvídateľnosť pôsobenia práva, a to aj po procesnej stránke, je základným predpokladom jeho úspešnej aplikácie súdom, ako aj k vnútornému prijatiu rozhodnutia neúspešnou stranou sporu. Predvídateľnosť pôsobenia práva nemôže byť cudzia ani rozhodcovskému konaniu,[29] ktoré vychádza práve z jednotlivých právnych poriadkov. Hoci nesmieme zabudnúť, že v istom zmysle je medzinárodná obchodná arbitráž skutočne oprostená od doktrín národného práva a slúži špecifickým potrebám medzinárodného obchodu, žiadna zo s procesných strán by nemala byť „prekvapená" aplikáciou jej celkom neznámeho právneho inštitútu. Medzinárodná arbitráž slúži ako obľúbená alternatíva riešenia sporov, pretože strany v nej majú zabezpečené rovnejšie postavenie, kde neznalosť domáceho procesného poriadku nebude s vysokou pravdepodobnosťou viesť k strate sporu.

Zároveň je však nutné korigovať uvedený záver v tom smere, že hoci je možné súhlasiť s použiteľnosťou discovery v rámci medzinárodnej arbitráže, nie je možné preberať tento inštitút z národnej úpravy en bloc. Prebraný inštitút musí byť totiž vždy ku prospechu medzinárodného arbitrážneho konania – najmä čo sa efektivity a hospodárnosti týka.

Obdobný záver viedol arbitrážnu sekciu Medzinárodnej organizácie právnikov (IBA) k prepracovaniu Pravidiel zaobstarávania dôkazov v medzinárodnej obchodnej arbitráži.[30] V tomto prvom zásadnom prepracovaní došlo k vneseniu viacerých common law prvkov do typicky

---

[29] V tomto smere je možné polemizovať s týmto záverom zohľadňujúc arbitráže, kde sú rozhodcovia oprávnení rozhodovať *ex bono et aequo*, prípadne ako ambiable compositeur. V týchto prípadoch je však exponovaná autonómia vôle strán a zníženie predvídateľnosti je založené na výslovnom zmocnení. Viď napr. čl. 28 ods. 3 Modelového zákona UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži.

[30] IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration zo dňa 1. júna 1999.

kontinentálne ladenej povahy rozhodcovského konania. Medzi inými sa v obmedzenej miere pripustila aj možnosť strany požadovať vydanie dokumentov v štýle pre-trial discovery.

Pravidlá IBA v čl. 3 ods. 1 stanovujú základné pravidlo, ktoré prikazuje stranám predložiť tribunálu všetky dokumenty, o ktoré sa strana opiera.[31] Nadto, je každá zo strán podľa čl. 3 ods. 2 oprávnená v čase určenom rozhodcami žiadať o vydanie dokumentov podľa ďalej uvedených pravidiel. Ak sa strana rozhodne využiť toto oprávnenie musí predložiť nasledovné:

1. popis
- žiadaného dokumentu, ktorý postačuje k jeho identifikácií, alebo
- je dostatočne určitý, vymedzujúc úzku a špecifickú kategóriu dokumentov, o ktorých sa dá rozumne predpokladať, že existujú,

2. popis dokazujúci ako je žiadaný dokument relevantný a podstatný pre výsledné rozhodnutie,

3. prehlásenie žiadajúcej strany, o tom, že žiadaný dokument nie je v jej dispozičnej sfére a odôvodnenie prečo strana predpokladá, že príslušný dokument sa nachádza v dispozičnej sfére protistrany.

Tribunál o takomto návrhu rozhodne a nariadi vydanie dokumentu resp. dokumentov, a to za podmienky, že tu nie sú prekážky podľa čl. 9 ods. 2 Pravidiel IBA. Medzi dôvodmi sa opätovne vyskytuje nepreukázanie dostatočnej relevancie dôkazu k meritu sporu, ale aj nerozumné zaťaženie strany pri poskytnutí dôkazu, právne prekážky podľa lex arbitri, závažné obchodné alebo technické prekážky, ak ich tribunál uzná za presvedčivé, alebo zváženie potreby rovnosti a zachovania spravodlivosti.

Z uvedeného vyplýva, že manévrovací priestor dožadujúcej strany je pomerne obmedzený, a vyžaduje sa jasné vytýčenie, ktoré dokumenty majú byť predložené. Naviac, s ohľadom na prevahu kontinentálneho prístupu, je nutné podotknúť, že zahájenie arbitráže je typicky spojené s uvedením faktického stavu, o ktorý sa strana opiera. Na rozdiel od prístupu common law nedochádza k substancovaniu až v neskorších fázach konania, čo je len logické berúc v úvahu požadovanú rýchlosť a hospodárnosť riešenia.

V zhrnutí tejto kapitoly je možné uzavrieť, že medzinárodná obchodná arbitráž je skutočne neutrálne fórum riešenie obchodných sporov rôznych právnych kultúr. Pravidlá IBA ponúkajú variantu riešenia, v ktorej sa discovery dokáže uplatniť, avšak v kontrolovanej miere. Výsledkom tohto procesu je získanie dokumentov relevantných pre rozhodnutie v spore,

---

[31] Pôvodný text: "… *Party shall submit to the Arbitral Tribunal and to the other Parties all documents available to it on which it relies,...*"

ktorých existencia je skutočne predpokladaná. V tomto ohľade tak existuje malý priestor na negatívnej prejavy discovery, tak ako boli popísané v predchádzajúcej kapitole.[32]

Možnosti uplatnenia discovery pohľadom českého práva

V tejto kapitole sa zameriame na zodpovedanie otázky, či je vôbec možné hovoriť o uplatniteľnosti postupu „pre-trial discovery" pohľadom českého práva.

V základe môžeme identifikovať dve východiskové situácie, ktoré sú determinované tým, kde je umiestnené sudisko medzinárodného arbitrážneho konania. Samozrejme, jedná sa o výrazné zjednodušenie celkovej analýzy, avšak podrobnejšie pojednanie by zjavne prekročilo rámec, ktorý je pre tento článok vymedzený.

V prvom prípade bude sudisko umiestnené a nález vydaný na území Českej republiky. Medzinárodný prvok bude založený subjektívne – sídlo strán bude v rozdielnych štátoch. V rámci českého práva prevláda tzv. teritoriálny prístup[33] k určeniu lex arbitri. Strany si v základe spolu so sudiskom vyberajú aj procesné normy štátu, kde je toto sudisko lokalizované. V takom prípade je nutné postupovať v intenciách zákona č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů (ďalej len „ZRŘ").

S ohľadom na uplatnenie konkrétnych procesných noriem potom ZRŘ obsahuje pravidlo v § 19 ZRŘ. To umožňuje tzv. vnútornú autonómiu strán a ponecháva na nich, aby dohodou určili postup rozhodcov v konaní. V prípade, ak sa strany na postupe v konaní nedohodnú, postupujú rozhodcovia v tomto konaní spôsobom, ktorý považujú za vhodný a v súvislosti s § 30 ZRŘ použijú primerane ustanovenia zákona č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád (ďalej len „OSŘ"). Rozhodcovia zároveň musia viesť konanie tak, aby bol zistený skutkový stav potrebný k rozhodnutiu sporu pri rešpektovaní efektívnosti/neformálnosti konania a zásady zachovania rovnakých príležitostí.[34] Aké sú teda možnosti postupu

---

[32] Opačný názor zastáva Peter Hafer v článku The Provisions on the Discovery of Internal Documents in the IBA Rules of 1999. Poukazuje pritom na istú vnútornú rozpornosť Pravidiel a dokazuje, že ani Pravidlá nezabránia najväčšiemu negatívnemu javu discovery. tj. „fishing expeditions". Viď Hafter, P.: The Provisions on the Discovery of Internal Documents in the IBA Rules of 1999, s. 347.

[33] Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v medzinárodním a vnitrostátním obchodním styku, s. 214.

[34] Ustanovenie § 19 ods. 2 v prvej vete rieši problematiku postupu, v prípade, že sa strany nedohodli na postupe. Vo vete druhej potom zakotvuje zásadu rovnosti, efektívnosti vedenia sporu a materiálnej pravdy. Hoci zo systematického zaradenia by sme tak mohli dovodiť, že tieto zásady sa uplatňujú len pre prípad, ak sa strany nedohodli. Ak sa však zamyslíme nad problematikou, efektívnosť a bezformálnosť je základným pilierom rozhodcovského konania. Ak by strany určili podrobné pravidlá postupu, je rovnako na

tribunálu, ak si strany dohodli resp. v konaní požadujú vykonanie discovery?

Ako sme konštatovali na začiatku, je prístup českého práva založený na tzv. teritoriálnom princípe. Z neho vyplýva, že aj dohoda strán o postupe v konaní je možná len s ohľadom na možnosti voľnosti, ktoré poskytuje české procesné právo. Spornou zostáva otázka, či dokazovanie vôbec patrí medzi otázky „postupu v konaní" a či sa strany môžu dohodnúť na konkrétnom postupe,[35] resp. aká veľká je v tomto smere voľnosť rozhodcov. Ak by sme pripustili, že problematika dokazovanie spadá pod pojem „postup v konaní", tak môžeme pripustiť presadenie vôle strán a vykonanie discovery v rozhodcovskom konaní. Na druhej strane by podľa názoru autora ani záporná odpoveď úplne nevylúčila použiteľnosť discovery. V takom prípad by sa naplno použilo ustanovenie § 30 ZRŘ a došlo by k analogickej (analogia legis) aplikácií OSŘ.

Občiansky súdny poriadok v zásade neobsahuje výpočet povolených dôkazných prostriedkov. V ustanovení § 125 OSŘ sa konštatuje, že ako dôkaz môžu slúžiť všetky prostriedky, ktoré umožňujú zistiť stav veci a ak nie je postup vykonania dôkazu predpísaný, určí ho súd. S ohľadom na to, že toto ustanovenie sa má nadto použiť v konaní pred rozhodcami primerane, je možné sa domnievať, že aplikácia inštitútov discovery by bola možná.[36] Jeho vykonanie však bude vždy limitované dvoma faktormi.

Prvým limitujúcim faktorom bude efektívnosť celého rozhodcovského konania. V tomto smere je vždy nutné mať na pamäti podstatu a účel arbitráže – rýchla a efektívna alternatíva súdneho konania. Rozhodcovské konanie nie je „súkromným" zrkadlom národného súdneho konania so všetkými jeho inštitútmi. Práve naopak, arbitráž nepreberá množstvo inštitútov, ktoré konanie spomaľujú. S ohľadom na túto skutočnosť sa ako problémový zdá napr. request for document production. Ako bolo uvedené

---

rozhodcoch, aby tieto pravidlá interpretovali spôsobom, ktorý umožní rýchly a efektívny priebeh konania. Bez toho, aby tento princíp prevládol, sa stráca jeden z dôvodov, prečo existuje rozhodcovské konanie. K princípu rovnosti príležitostí strán uplatniť právo je možné uviesť v zásade to, že sa jedná o základnú a nevyhnutnú požiadavku súdneho ako aj rozhodcovského konania, ktoré sa odvíja od princípov moderného, demokratického, právneho štátu. Nerešpektovanie tohto princípu je sankcionované možnosťou zrušenia rozhodcovského nálezu na návrh ktorejkoľvek strany (§31 písm. e) ZRŘ).

[35] Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v medzinárodním a vnitrostátním obchodním styku, s. 214.

[36] Je nutné konštatovať, že takýto záver môže byť polemický. V prípade, ak by sme pripustili, že OSŘ nezabraňuje pre-trial discovery, v istom zmysle by sme rovnako pripustili, že strana nezaťažená dôkazným bremenom má pred súdom vysvetľovaciu povinnosť. V rámci európskej právnej vedy je táto otázka diskutovaná, avšak s protikladnými závermi. Bližšie odkazy viď v dielach profesora Macura, priebežne citovaných v tomto článku.

v kapitole 2, je tento inštitút pri širokom formulovaní požiadavky nákladný a často likvidačný. Aj pri užšom formulovaní je tento proces časovo pomerne náročný. Riešením by mohla byť cesta uvedená v kapitole 4, t.j. rozhodcovia by pripustili vydanie len tých dokumentov, pri ktorých by vyžadujúca strana bola schopná preukázať, ako ich prípadná (ne)existencia materiálne ovplyvní meritum sporu. Toto riešenie bude plne zodpovedať aj konštrukcii dokazovania podľa § 19 ZRŘ in fine, ktorý nevyžaduje poznanie celého skutkového stavu, ale tej miery, ktorá umožní vo veci rozhodnúť.[37]

Druhým limitujúcim faktorom bude ochota strán spolupracovať. Rozhodcovské konanie nedisponuje per se štátnym donútením. Ak sa strana resp. tretí subjekt dobrovoľne nepodriadi procesnému rozhodnutiu arbitrov, tí nemajú inú možnosť len požiadať súd, v rámci jeho pomocnej funkcie, o vykonanie potrebného procesného úkonu. Podľa ustanovenia § 20 ods. 2 ZRŘ je súd povinný vykonať procesný úkon, o ktorý ho rozhodcovia požiadajú, ak takýto úkon nie je podľa zákona neprípustný. Ako bolo uvedené vyššie, OSŘ neobsahuje explicitný zákaz niektorého dôkazného prostriedku. Na druhej strane je občianske súdne konanie v českom pohľade založené na princípe vyjadrenom v § 120 OSŘ: „onus probandi, incumbat allegendi“ – povinnosť dokázať má ten, kto tvrdí. S ohľadom na túto zásadu sa často spomína aj princíp, že protistrana nie je povinná poskytovať dôkazy na svoju vlastnú prehru; hoci aj na nej leží dôkazné bremeno - dokázať opak tvrdeného. Na strane druhej táto zásada nie je absolútna. Ustanovenia §§ 128 a 129 OSŘ umožňujú súdu vyžadovať súčinnosť od procesných strán, ako aj od tretích subjektov. Pri zohľadnení týchto poznatkov, a v istej analógií so závermi predchádzajúcej kapitoly, je možné uzavrieť, že súd by mohol vykonať svoju pomocnú funkciu a nariadiť vydanie dokumentov, ktorých existencia je pravdepodobná a majú význam pre konanie a rozhodnutie vo veci samej.

Druhou základnou situáciou je stav, kde medzinárodný prvok arbitráže určuje zahraničné sudisko. V takomto prípade je možné predstaviť si situáciu, kde cudzí národný súd dožiada český súd o vykonanie dokazovania prostredníctvom vydania príkazu k vydaniu dokumentov.

V tomto prípade je primárne nutné preskúmať právne pramene, ktoré upravujú predmetnú problematiku.

V úvahu samozrejme prichádzajú medzinárodné konvencie. Táto oblasť je vyplnená jednak bilaterálnymi, ako aj multilaterálnymi zmluvami o právnej pomoci. Analýza jednotlivých bilaterálnych zmlúv by zjavne prekročila rozsah tohto článku. Z viacstranných zmlúv prichádza do úvahy napr. Haagsky Dohovor o dokazovaní v cudzine v civilných a obchodných veciach z roku 1970, ktorého je Česká republika zmluvnou stranou. Bez

[37] Ohľadne poznania skutkového stavu tak môžeme hovoriť o princípe materiálnej pravdy v kontinentálnom chápaní.

ďalšej analýzy tejto konvencie však môžeme konštatovať, že uvažovaná situácia nespadá pod jej rozsah. Podľa druhého pododseku čl. 1 totiž dožiadanie nemôže slúžiť k získaniu dôkazu, ktorý nebude slúžiť pre potrebu súdneho konania, či už prebiehajúceho alebo len uvažovaného. Hoci samotný Dohovor bližšie nevymedzuje pojem „súdne konanie" je možné predpokladať, že zameniteľnosť rozhodcovského a súdneho konania nie je principiálne možná. Obdobný výsledok možno konštatovať aj pre európsky justičný priestor. Hoci existuje nariadenie o cezhraničnom dokazovaní,[38] negatívne vymedzenie jeho rozsahu doslova kopíruje vyššie uvedené ustanovenie. Opätovne, uvedené nariadenie nebude použiteľné pre zaobstaranie dôkazu pre potreby rozhodcovského konania.

Univerzálne použiteľným prameňom vnútroštátnej povahy bude v tomto prípade zákon č. 97/1963 Sb., o mezinárodním práve soukromém a procesním (ďalej len „ZMPS"). Podľa ustanovenia § 56 poskytujú české súdy pasívnu právnu pomoc svojim zahraničným náprotivkom, ak je zaručená vzájomnosť. Aj pri jej zaručení však môžu české súdy právnu pomoc odoprieť v prípade, ak dožiadaný úkon nespadá do ich právomoci alebo v prípade, ak tento úkon odporuje českému verejnému poriadku. Rovnako je podľa ustanovenia § 57 ZMPS možné, aby bol procesný úkon vykonaný postupom podľa cudzieho procesného poriadku za predpokladu, že tento postup sa rovnako neprieči českému verejnému poriadku.

Ak ponecháme stranou podmienky kompetencie orgánu vykonať dožiadaný úkon, tak môžeme konštatovať, že podmienkou úspešného vykonania discovery[39] je jeho súlad s českým verejným poriadkom a je zaručená vzákomnosť súčinnosti s konkrétnym štátom, ktorý sa dožaduje predmetného vykonania. S ohľadom na druhé kritérium tak bude vždy závisieť na konkrétnej situácií a vzťahu jednotlivých štátov, preto sa tomuto kritériu nebudeme ďalej venovať. Súlad s českým verejným poriadkom si na druhej strane zaslúži našu pozornosť.

Výhrada verejného poriadku, kolízna, či procesnoprávna, je poslednou obranou, ktorú domáci zákonodarca zveruje do rúk súdu, aby chránil domáci právny poriadok pred účinkami cudzieho práva. Výhradou verejného poriadku sa umožňuje ochrana hodnôt, na ktorých je nutné bez výhrady trvať. Na strane druhej, jedná sa o úzky okruh zásad a ideí. Samotnú výhradu je tak nutné používať iba ako ultima ratio. Na základe uvedeného si môžeme položiť otázku, či by bolo zhromaždenie dôkazov pomocou discovery proti českému verejnému poriadku?[40]

---

[38] NAŘÍZENÍ RADY (ES) č. 1206/2001 ze dne 28. května 2001 o spolupráci soudů členských států při dokazování v občanských nebo obchodních věcech

[39] Vykonanie discovery by sa riadilo podľa cudzieho právneho predpisu, keďže české právo tento inštitút nepozná.

[40] Viď Sbírka soudních rozhodnutí pod R 26/1987, na stranách 212-213.

Judikatúra Najvyššieho súdu sa k problému dokazovania v civilnom procese s medzinárodným prvkom vyjadrila, tak že ustanovenie § 125 OSŘ nebráni tomu, aby bolo pri zisťovaní skutkového stavu prípadu zahraničným súdom použitý aj postup, ktorý nie je v praxi súdov Českej republiky používaný, avšak je pomerne bežný s ohľadom na prax dožiadaných súdov. Podmienkou však je, že tento postup musí byť spôsobilý k zisteniu skutkového stavu prejednávanej veci. Ako vyplýva z tohto rozhodnutia, súd sa vyslovil k skúmanej problematike z opačného uhla, a to pohľadom českého súdu, ako súdu dožadujúceho, tj. jedná sa o prípad aktívnej právnej pomoci. S istou dávkou opatrnosti sa však podobný záver dá aplikovať aj pri pomoci pasívnej.

Autor zastáva názor, že český súd by mohol zdôvodniť postup prostriedkami discovery tým, že hoci české právo vyslovene tento procesný inštitút nepozná, rovnako však neobsahuje striktný výpočet metód dokazovania. Sám český procesný poriadok pripúšťa, aby bolo nariadené vydanie listiny, pričom toto oprávnenie je založené na potrebnosti preskúmania daného dokumentu k rozhodnutiu vo veci. Zároveň logicky vyplýva, že strana, ktorá navrhuje vykonanie takéhoto opatrenia listinu k dispozícií nemá a oprávnene sa domnieva, že daná listina by mala existovať a byť v držaní druhej procesnej strany, prípadne tretieho subjektu; v opačnom prípade by obdobný návrh nebol opodstatnený. V podstate sa tak dostávame k jednej z možností, za ktorých by bolo možné vydanie podľa Pravidiel IBA. Nadto, extenzívnym výkladom dotknutých ustanovení OSŘ by sme mohli obhajovať aj povinnosť vydať špecifickú kategóriu dokumentov, ak budú v základe jasne identifikované kritéria posudzovania takýchto listín. Na strane druhej sa autor domnieva, že je rovnako v právomoci dožiadaného českého súdu, aby uplatnil výhradu verejného poriadku na tú časť dožiadania, ktorá by znamenala nelegitímny zásah do sféry procesnej strany za situácie, že by došlo k vyžiadaniu nedostatočne špecifikovanej kategórie dokumentov, a to viedlo podľa úvahy súdu k negatívnemu javu „fishing operation“.

Záverom tejto kapitoly je možné zhrnúť, že autor vidí potenciál českého práva k vynucovaniu nástrojov discovery, a to aj s ohľadom na problematické vydanie dokumentov. Kompenzácia informačného deficitu procesnej strany totiž nie je v protiklade s kontradiktórnou povahou občianskeho súdneho konania. Nadto musíme uvažovať v kontexte medzinárodnej arbitráže, v ktorej sa postupy určené českým zákonodárcom používajú len analogicky, a vyslovene nezakazujú princípy, na ktorých stojí proces discovery.

Záver

Prostredníctvom tohoto článku sa mohol čitateľ bližšie zoznámiť s tzv. pre-trial discovery, zvláštny postupom práva common law, ktorý umožňuje procesnej strane zaobstaranie si dôkazného materiálu a vytvorenie plného skutkového obrazu ešte pred nariadením prvého konania vo veci samej. Pohľadom kontinentálneho právnika sa nám povinnosť kompenzovať

informačný deficit žalobcu zdá protichodná voči základným princípom civilného procesu. Dôkazné bremeno nesie ten, kto tvrdí a je jeho povinnosťou, aby mal k dispozícií podklady preukazujúce jeho tvrdenia. Na strane druhej aj kontinentálne právne poriadky pripúšťajú, aby súd prikázal vydanie relevantných dokumentov. Pozitívnou stránkou tohoto postupu je zistenie celého skutkového stavu ešte před konaním a zvýšenie ochoty strán spor ukončiť dohodou. Na strane druhej sa discovery zneužíva na blokovanie celého procesu, ktorý sa preťahuje aj o niekoľko rokov.

Medzinárodná obchodná arbitráž je miestom, kde sa intenzívne stretávajú jednotlivé prístupy, nevynímajú uplatnenie "discovery". Common law právnici prehlasujú, že by sa nikdy nezúčastnili súdneho konania, v ktorom by dopredu neboli vyložené všetky karty. Kontinenálni právnici zas neveriacne krútia hlavou, keď počujú, že by ich klient mal vydať interné dokumenty protistrane len preto, že o to požiada protistrana. Každý si do medzinárodnej arbitráže prináša predstavy ovplynené vzdelanám a životom na pozadí konkrétneho právneho poriadku. Úprava konania v medzinárodnej obchodná arbitráž musí nutne na tieto protichodné očakávania reagovať a hľadať kompromisné riešenie. Príkladom môžu byť Pravidlá IBA o zaobstarávaní dôkazov v medzinárodnej obchodnej arbitráži, ktoré umožnujú rozhodcom nariadiť vydanie označených dokumentov resp. konkrétnej kategórie dokumentov, ak majú v základe za to, že sú potrebné pre riešenie sporu. Klasická discovery je tak obmedzená v dvoch smeroch: jednak vydanie nie automatické na požiadanie protistrany, ale o vydaní dokumentu rozhodne orgán, ktorý spor rieši; je nutné vopred preukázať relevantnosť dokumentu s ohľadom na materiálny výsledok sporu. Zároveň je nutné stanoviť ešte tretiu požiadavku vyplývajúcu zo samotnej povahy medzinárodnej arbitráže. Je to princíp efektivity a hospodárnosti riešenia sporu, pre ktorý medzinárodní obchodníci vyhľadávajú arbitráž ako miesto riešenia sporov. Preto musia rozhodcovia vždy zvažovať či nie je požiadavka na vydanie v rozpore s týmito princípmi.

V závere článku sme sa pokúsili preskúmať možnosti, ktoré ponúka české právo, jednak s ohľadom na možnú pomocnú funkciu v arbitráži, jednak ako právo orgánu dožiadaného o právnu pomoc. V rámci oboch možností bol záver optimistický, keďže české právo disponuje inštitútmi, ktoré by bolo možné pripodobniť discovery pri zachovaní princípu kontradiktórnosti konania.

Literature:

- Born, G.: International commercial arbitration in the United States: commentary and materials, Kluwer Law International, 2001, s. 1149, ISBN 1571051740.
- Garner, B.A. (ed.): Black's Law Dictionary, Thompson West, 2004, s. 1810, ISBN 0314151990.

- Hafter, P.: The Provisions on the Discovery of Internal Documents in the IBA Rules of 1999. In: Liber Amicorum in honour of Robert Briner, Paríž: ICC, 2005, od s. 347.
- Hinchey, J. W., Baer, E. T.: Discovery in international arbitration, Dostupné na Internete: http://www.kslaw.com. [Citované dňa 3. 11. 2009].
- Macur, J.: Kompezace informačního deficitu procesní strany v civilním soudním řízení, Brno: Masarykova univerzita, 2000, s. 253, ISBN 80-210-2276-0.
- Macur, J: Jednotná mezinárodní úprava civilního procesu. Dostupné z ASPI: LIT22504CZ, [Citované dňa 2. 11. 2009].
- Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of international arbitration. Sweet & Maxwell, 2007, s. 952, ISBN 041932104.
- Redfern, A. Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet & Maxwell, 2004, s. 659, ISBN 0421862408.
- Reed, L., Hancock, G.: US-Style Discovery: Good or Evil? In Dossier of the ICC Institute of World Business Law: Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies, Paríž: ICC, 2009, od s. 339.
- Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v medzinárodním a vnitrostátním obchodním styku, Praha: ASPI, 2008, s. 386, ISBN 9788073573249.
- Winterová, A. et al.: Civilní právo procesní, Praha: Linde, 2006, s. 729, ISBN 80-7201-595-8.

Contact – email
134878@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZHODOVÁNÍ SPORŮ V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ - OTÁZKA DISKONTINUITY

JAN HAVLÍČEK

Jan Havlíček, Jihlava, Česká republika

Abstract in original language
V souladu s ustanovení § 25 odst. 3 první věta ZRŘ řídí se rozhodci při rozhodování hmotným právem rozhodným pro spor.Praxe přináší řadu situací, kdy lze věc obdobnou posoudit různě. Velmi důležitou roli hraje subjektivní právní hledisko rozhodce. Problematické v rozhodčím řízení jsou v této souvislosti zejména absence odvolacího stupně či omezené kontrolní funkce obecných soudů směrem k rozhodčím nálezům.Cílem článku je na konkrétním příkladu z praxe uvést rozdíly v kvalifikaci stejných právních insititů rozhodců stejné rozhodčí instituce. Článek poukáže na důsledky, které takové rozhodování přináší, zejména bude prezentovat zamyšlení nad otázkami spojenými se snížením důvěry stran v rozhodčí řízení v důsledku diskontinuity kvalifikace.

Key words in original language
Kvalifikace; rozhodčí řízení; důvěra v rozhodčí řízení.

Abstract
Practice of arbitration present many situations when arbitrators can qualify diferent. Arbitrations miss appeal and controlling power of courts are resticted to proceeding problems. Different qualification of legal problems is able evocate loss of confidence in arbitration.

Key words
Arbitration; qualification; confidence.

ÚVOD

K přípravě tohoto příspěvku mne vedla osobní zkušenost s rozhodčím řízením, kterou jsem získal v minulosti. V současné době mohu na událost nahlížet s dostatečným časovým odstupem a objektivně zvažovat důsledky, které níže uvádím na základě konkrétního příkladu.

Rozhodčí řízení nabízí mnohé výhody, díky nimž si nachází stále více obliby u obchodníků i jiných smluvních subjektů. Smířit se však účastníci řízení musejí s řadou nevýhod. Výhodami například jmenujme rychlost, nižší náklady, flexibilitu, neveřejnost apod.

Mezi výhody také náleží

- jednoinstančnost, jejímž důsledkem je značné zkrácení doby projednávání sporu ve srovnání se soudy obecnými.

- negativním prvkem této výhody je „nepřezkoumatelnost“ rozhodčího nálezu, který je většinou konečný a právní řády nabízejí minimum prostředků, jak docílit zrušení rozhodčího nálezu.

(Tuzemský zákon 216/1994 Sb. v platném znění upravuje institut zrušení rozhodčího nálezu v § 31 pro rozhodčí řízení vnitrostátní[1]. Ve vztahu k cizině (rozhodčímu nálezu vydanému mimo území Česka) je úprava obsažena v § 39 a rozšiřuje možnosti vyjmenované § 31 o dvě ustanovení[2]. Obdobně strohá co do přípustnosti zrušení rozhodčích nálezů je taktéž Newyorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů[3] a často se v její souvislosti hovoří o „uznávací“ povaze.)

Strany mohou podle zákona určit konkrétního rozhodce, jenž bude jejich spor rozhodovat v případě arbitráže ad hoc. Pokud strany zvolí podřízení se rozhodčí instituci a jejich postupu řízení obsahujícímu postup určení rozhodce, i tam většinou mají možnost sami rozhodce nominovat. Kupříkladu ICC[4] Pravidla rozhodčího řízení čl. 9 odst. 2 upravuje postup, kdy Generální tajemník jenom potvrzuje rozhodce, kteří byli navrženi stranami.

Vůle po zajištění právní jistoty účastníků sporu je z jejich strany přirozeně zohledňována při výběru rozhodčí instituce nebo osoby rozhodce (rozhodců v případě jmenovitém určení senátu). Expanze různých rozhodčích institucí naznačuje nikoli rozvoj zájmu rozhodců a rozšiřování jejich kvalifikace, ale dobrý obchod především. O co více je subjektů na straně nabídky, nepřímo úměrně jich ubývá na straně poptávky ze stran seriozních obchodních

---

[1] § 31: Soud na návrh kterékoli strany zruší rozhodčí nález, jestliže:

a) byl vydán ve věci, o níž nelze uzavřít platnou rozhodčí smlouvu
b) rozhodčí smlouva je z jiných důvodů neplatná, nebo byla zrušena, anebo se na dohodnutou věc nevztahuje
c) ve věci se účastnil rozhodce, který nebyl ani podle rozhodčí smlouvy, ani jinak povolán k rozhodování, nebo neměl způsobilost být rozhodcem
d) rozhodčí nález nebyl usnesen většinou rozhodců
e) straně nebyla poskytnuta možnost věc před rozhodci projednat
f) rozhodčí nález odsuzuje stranu k plnění, které nebylo oprávněným žádáno, nebo k plnění podle tuzemského práva nemožnému či nedovolenému
g) se zjistí, že jsou dány důvody, pro které lze v občanském soudním řízení žádat o obnovu řízení

[2] § 39: Uznání nebo výkon cizího rozhodčího nálezu však bude odepřen, jestliže

a) rozhodčí nález není podle práva státu, němž byl vydán, pravomocný nebo vykonatelný
b) rozhodčí nález je stižen vadou uvedenou v § 31
c) rozhodčí nález odporuje veřejnému pořádku

[3] Vyhláška ministra zahraničních věcí ze dne 6. listopadu 1959 o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (74/1959 Sb.)

[4] Pravidla rozhodčího řízení International Chamber of Commerce

společností. Důvod je prostý. Často si nemůže být společnost jista, zda bude jejich spor rozhodován fundovaným odborníkem.

V souladu s ustanovení § 25 odst. 3 první věta ZRŘ řídí se rozhodci při rozhodování hmotným právem rozhodným pro spor. Praxe přináší řadu situací, kdy lze věc obdobnou posoudit různě. Velmi důležitou roli hraje subjektivní právní hledisko rozhodce.

Cílem článku je na konkrétním příkladu z praxe uvést rozdíly v kvalifikaci stejných právních institutů dvěma různými rozhodci jedné rozhodčí instituce. Článek poukáže na důsledky, které takové rozhodování přináší. Zejména bude prezentovat zamyšlení nad otázkami spojenými s logickým snížením důvěry stran v rozhodčí řízení v důsledku diskontinuity kvalifikace.

Případ z praxe rozhodčího řízení

Obchodní společnost, jíž jsem společníkem, uzavřela dvě totožné smlouvy o dílo na provádění určitých stavebních prací („provádění pomocných stavebních a zednických prací“). Smlouva dále obsahovala cenu za dílo, která byla stanovena fixní částkou, přičemž bylo sjednáno, že rozsah a cena prací se může operativně měnit v závislosti na skutečných potřebách objednatele. Ustanovení o řešení případných sporů ve smlouvě bylo ujednáno následovně: „Vzniknou-li jakékoli spory týkající se kvality, množství, ceny díla, cena díla bude zjištěna vynásobením počtu objednatelem podepsaných odpracovaných hodin pracovníků zhotovitele dle evidence docházky zhotovitele sazbou 150 Kč za jednu odpracovanou hodinu. Výsledná cena je pak celkovou cenou za dílo.“ Obě smlouvy o dílo obsahovaly rozhodčí doložku, podle které byl kompetentní k rozhodování Rozhodčí soud při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR.

Práce probíhaly v období září – říjen 2007 pro jednoho objednatele a listopad – prosinec 2007 pro objednatele druhého. V obou případech po provedení prací, přičemž celá spolupráce probíhala bez jediného sporu a bez výtek týkajících se díla ze strany objednatelů, objednatel vždy prohlásil, že nehodlá dostát svým závazkům ze smlouvy, tedy zaplatit cenu díla. Situace po několika jednáních dospěla k podání žalob ze strany zhotovitele k rozhodčímu soudu.

První spor probíhal v Praze a řešila jej pražská právnička. Případ byl jedenkrát odročen pro omluvu žalovaného, kterou zaslal rozhodčímu sodu faxem 10 minut před ústním jednáním. Posléze však dospěl k vydání konečného rozhodčího nálezu. Rozhodkyní bylo shledáno, že se jednalo o platně sjednanou smlouvu o dílo, přes určité otázky, které rozhodkyně během jednání vznesla (např. nekonkrétní specifikace předmětu díla, cena, která byla sjednána – cca 50 tisíc Kč – a cena konečná – 250 tisíc Kč - se výrazně odlišovaly). Považovala za platně sjednanou doložku o řešení sporů týkajících se díla, a protože se jednalo o spor týkající se díla, rozhodla ve prospěch zhotovitele v plném rozsahu.

Zhotoviteli tedy bylo přiznáno právo:

- na základě platně sjednané smlouvy o dílo

- spor byl řešen na základě platně sjednané doložky o řešení sporů týkajících se díla

- zhotovitel uspěl ve sporu dle žalobního petitu

Druhý případ se tedy odvíjel podobně, jeho řešení se odehrávalo v Brně u stejného rozhodčího soudu. Řešením sporu byl pověřen brněnský inženýr. Rozhodcem byla od prvé chvíle zpochybněna platnost smlouvy o dílo, posléze však její splatnost uznal, neboť protistrana nenamítala neplatnost smlouvy samé. Navíc žalovaná odsouhlasila v písemných prohlášeních (jakýchsi předávacích protokolech) dílo v určité výši (cca 150 tis. Kč), což však při ústním jednání popírala a uvedla, že neměla v úmyslu těmito předávacími protokoly skutečně stvrdit konečnou cenu díla. Nicméně cena díla podle odpracované evidence docházky byla cca 175 tis. Kč, neboť po vzniku sporu a urgence úhrad odmítala žalovaná potvrdit poslední předávací protokol. Žalobce se tedy domáhal částky ve výši 175 tis. Kč.

Rozhodce, přes opakovaná upozornění žalobce, nevzal v potaz doložku o řešení sporů týkajících se díla. Celý spor se tedy přenesl do roviny dohadů, zda vůbec, v jakém rozsahu a za jakou cenu bylo dílo provedeno.

Rozhodčí nález obsahoval zmínku o nezávaznosti sjednané doložky o řešení sporů týkajících se díla a přiznal práva žalobci v rozsahu potvrzených předávacích protokolů. Irelevantní posouzení doložky o řešení sporů týkajících se díla ze strany rozhodce vedlo de facto k neúspěchu ve sporu pro žalobce, neboť částkou spornou byla ta, na jejíž výši chyběl předávací protokol. Tato však žalobci přiznána nebyla. Zvláštností a specifikem řešení sporů v rozhodčím řízení mohou být takovéto situace, kdy marně očekává žalobce, že v případě s minimálními odlišnostmi bude rozhodnuto mutatis mutandis stejně. Odlišnosti druhého případu pak spočívaly:

- rozhodce do jisté míry zpochybnil existenci smlouvy o dílo samotné

- rozhodce neuznal doložku o řešení sporů týkajících se díla a spor rozhodoval výhradně na základě předávacích protokolů

- zhotovitel de facto ve sporu neuspěl

Právní jistota účastníků právních vztahů, potažmo právní jistota stran řešících spor, je jedou z priorit pozitivního práva. Zajištění právní jistoty účastníků sporů je a měla by být alfou a omegou rozhodovací praxe orgánů soudních, rozhodčích i rozhodců ad hoc. Existuje-li hierarchie v soustavě obecných soudů a soud nižší instance je za určitých okolností povinen

respektovat rozhodnutí soudu instance vyšší, v rozhodčím řízení se většinou s ničím podobným nesetkáváme.

Jednoinstančnost

Řízení jsou typickou jednoinstančností, což, jak již bylo výše uvedeno, je mnohdy nevýhodou. Rozhodčí nález totiž nelze přezkoumat po stránce věcné a garantovat alespoň určitou úroveň rozhodovací kontinuity. Stanovíme-li ale systém opravných prostředků totožný či obdobný se soudy obecnými, zcela ztratíme prvek rychlosti rozhodování rozhodců, jenž je jednou z nemarkantnějších výhod při srovnání s řešením sporu u obecných soudů. Zavedení druhé či víceré instance není řešením.

Neveřejnost řízení, resp. rozhodčích nálezů

Limitujícím prvkem také je, že rozhodčí řízení je neveřejné. Neveřejnost arbitráží je považována mezi podnikateli také za jednu z výhod tohoto způsobu řešení sporů. Pokud by však bylo možné odkázat na dřívější rozhodčí nález v podobné věci při veřejnosti obdobné soudnímu řízení, řešilo by to řadu otázek, které musí každý rozhodce i v obdobných případech posuzovat individuálně. Nemusí to přímo znamenat závaznost dříve vydaných rozhodčích nálezů, nicméně tyto mohou představovat určité vodítko například pro kvalifikaci obdobných právních institutů.

Stejní rozhodci či rozhodčí senát

Řešení nejsou jednoduchá. Jedním by mohlo být, že strany zvolí pro řešení všech budoucích sporů jednoho rozhodce, který bude znát situaci mezi stranami z prvního sporu a bude poznatky schopen akceptovat i v případných sporech následujících.

Dalším řešením by mohlo být, v praxi se s tím často setkáváme, že strana poskytující plnění (většinou silnější strana) navrhuje do rozhodčích smluv stále stejného rozhodce. Smluvní svoboda pak pro druhou stranu smlouvy spočívá v akceptaci či neakceptaci, nikoli ve vyjednávání o osobě rozhodce (typicky některé formulářové smlouvy pojišťoven či institucí zabývajících se půjčkami).

Není však náhodou, že institut „pouhého“ potvrzování rozhodce nabízí velmi renomované rozhodčí soudy (viz výše zmíněný Rozhodčí soud při Mezinárodní obchodní komoře). Důvodem pro takové potvrzování je snad právě zajištění kontinuity rozhodování pro společnost, která uzavřela velké množství dílčích kontraktů a lze předpokládat, že určité spory budou vznikat. Typickým příkladem jsou zakázky z dodávek investičních celků, velké stavebně-technické celky apod. Generální dodavatel zakázky většinou uzavírá stejné hlavní smlouvy se všemi subdodavateli, jejich odlišná konkretizace se může týkat pouze technických záležitostí. Snadno si lze tedy představit, že smlouva hlavní obsahuje určení rozhodčího senátu, který si

bezpochyby nedovolí jednou prohlásit smlouvu hlavní za platnou, podruhé nikoli. Zajištění právní jistoty účastníků právních vztahů tím narůstá.

Závěr

Nezávislé rozhodování a kontinuita kvalifikace právních institutů jsou dvě strany téže mince, které lze často jen stěží zkombinovat. Cílem tohoto příspěvku nebylo nalézt odpovědi na všechny otázky, proto jde o příspěvek k diskusi na naší konferenci. Domnívám se, že nalézt řešení nebude jednoduché, pokud se to podaří. Právo je však oblastí, kde dokážeme problémy řešit a nacházet odpovědi.

Úkolem rozhodců a právníků je hledání nedostižného ideálu. Realitou praxe bychom se měli snažit alespoň se takovému ideálu přiblížit. Zlepšení pošramocené pověsti tuzemského rozhodčího řízení je úkolem nás všech a diskuse na odborné úrovni, věnující se také výše popsaným problémům, k tomu jistě přispěje.

Contact – email
ha.jan@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

APLIKACE EVROPSKÉHO SOUTĚŽNÍHO PRÁVA V ROZHODČÍM ŘÍZENÍ

JANA HERBOCZKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem tohoto příspěvku je analyzovat roli rozhodců v rámci vynucování evropského soutěžního práva, jež chrání především veřejné zájmy. Příspěvek posuzuje přípustnost sporů zahrnujících aplikaci těchto pravidel k řešení před rozhodci, kdy tuto otázku je nutné posoudit z hlediska komunitárního práva i práva jednotlivých členských států. Dále se příspěvek zabývá otázkou povinnosti aplikace daných pravidel rozhodci z vlastní iniciativy, přičemž vychází z kritického zhodnocení případu Eco Swiss.

Key words in original language
Evropské soutěžní právo; arbitrabilita; aplikace ex officio; Eco Swiss v. Benetton; veřejný pořádek.

Abstract
The aim of this contribution is to analyze the role of arbitrators within enforcement of European competition law, which primarily protects public interests. The contribution deals with question of admissibility of disputes concerning application of these rules for decision by arbitrators. This question has to be analyzed from the point of view of both the Community law and the national law of the Member States. Furthermore, this contribution deals with a question of an obligation of arbitrators to apply given rules ex officio, whereby it starts from critical examination of Eco Swiss case.

Key words
European competition law; arbitrability; ex officio application; Eco Swiss v. Benetton; public policy.

Úvod

Evropské soutěžní právo je nejvýznamnějším nástrojem regulace společného trhu Evropského společenství. Rozhodčí řízení je na druhou stranu nejvyužívanějším způsobem řešení sporů v mezinárodním obchodě. Je tedy zřejmé, že tyto oblasti se nutně střetávají. Cílem evropského soutěžního práva je zajištění ekonomické efektivity, blahobytu a ochrany spotřebitelů a malých podnikatelů, prohlubování integrace a v neposlední řadě i ochrana demokratických hodnot a veřejných zájmů, růst ekonomiky a

zaměstnanosti v EU[1]. Je zřejmé, že normy soutěžního práva jsou normami imperativními, které chrání veřejné zájmy státu. Normy evropského soutěžního práva jsou navíc imperativními normami transnacionálního původu a, jak bylo potvrzeno v rozhodnutí Eco Swiss[2], tvoří principy mezinárodního veřejného pořádku, který je součástí veřejného pořádku každého členského státu. Naproti tomu rozhodčí řízení je způsobem řešení soukromoprávních sporů, jehož základem je princip autonomie vůle stran a jehož cílem je ochrana zájmů stran. Jak tedy tyto na první pohled protichůdné oblasti souvisí?

Důležitost norem evropského soutěžního práva potvrdil Evropský soudní dvůr (dále „ESD“) v případu BRT v. SABAM[3], kdy článkům 81 a 82 Smlouvy ES, kterým se tento příspěvek bude převážně věnovat, přiznal přímý účinek. Ten byl následně výslovně přiznán nařízením Rady č. 1/2003[4]. Tzn., že uvedené články kladou nejen povinnosti, ale vytvářejí i práva vynutitelná mezi soukromými subjekty. Evropské soutěžní právo sice primárně směřuje k realizaci cílů stanovených ve Smlouvě ES, čímž získává povahu imperativních (veřejnoprávních) norem, ale má vliv na soukromoprávní vztahy, aniž by je regulovalo přímo.

Normy evropského soutěžního práva, jako normy veřejnoprávní, jsou tedy vynucovány nejen veřejnoprávními orgány, jako je Evropská komise a národní soutěžní orgány, ale existuje a je připuštěna i možnost jejich soukromoprávního vynucení, což zabezpečují národní soudy[5]. Otázkou tedy zůstává, zda rozhodci mohou plnit část úlohy národních soudů v rámci soukromoprávního vynucování soutěžích pravidel. Jsou rozhodčí tribunály vhodným fórem schopným naplňovat cíle, jež sleduje evropské soutěžní právo?

Prvním cílem tohoto příspěvku bude analyzovat, zda jsou spory zahrnující aplikaci evropského soutěžního práva přípustné k řešení před rozhodci, tedy zda jsou arbitrabilní. Pokud ano, existuje omezení jejich rozhodovací

---

[1] Jones, A., Sufrin, B., EC Competition Law, Oxford: Oxford University Press, 2004; Dempegiotis, S.I., EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003, Journal of International Arbitration, 2008, č. 25/3, s. 365-395.

[2] ECJ, 1.6. 1999, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV, 1999 ECR I 3055.

[3] ECJ, Case 127/73, *BRT v. SABAM* .

[4] Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy.

[5] V tomto příspěvku chápeme národní soudy jako orgány soukromoprávního vynucení práv a povinností. Nikoliv jako orgány plnící úlohu národních soutěžních orgánů (jak je tomu např. ve Finsku, Irsku a Švédsku) a nebo jako orgány rozhodující o přezkumu rozhodnutí národních soutěžních orgánů. Podrobnosti viz: http://ec.europa.eu/competition/ .

činnosti v této oblasti? Mohou být rozhodci plnohodnotnou alternativou soukromoprávního vynucování soutěžních pravidel národními soudy? Tuto otázku je nutné posuzovat jednak z pohledu komunitárního práva, tedy zda existuje omezení arbitrability na straně práva Společenství, a jednak z pohledu národních právních řádů, které samy stanoví rozsah objektivní arbitrability sporů. Komunitární právo totiž nijak nereguluje, jaké spory mohou být podle národního práva konkrétního státu svěřeny k rozhodování rozhodcům.

Druhým okruhem otázek, jimž se příspěvek bude věnovat, je otázka aplikace evropských soutěžních pravidel rozhodci, zejména aplikace těchto pravidel rozhodci ex offo, přičemž analýza bude vycházet ze závěrů ESD v rozhodnutí Eco Swiss.

Přípustnost sporů souvisejících s aplikací evropských soutěžních pravidel k řešení před rozhodci

Na rozdíl od USA, kde US Supreme Court přiznal přípustnost veškerých soutěžních sporů k řešení před rozhodci v případu Mitsubishi[6], komunitární soudy nikdy přímo nerozhodovaly o tom, zda by z pohledu komunitárního práva evropské soutěžní právo mohlo být arbitrabilní (za předpokladu jeho arbitrability podle národních pravidel). Je však rovněž pravdou, že před modernizací evropského soutěžního práva v roce 2004 bylo soukromoprávní vynucování soutěžních sporů spíše marginální a monopol v rozhodování těchto sporů si ponechala Komise[7]. Ta zpočátku nebyla příliš nakloněna rozhodování těchto sporů soukromými rozhodci, protože se vzhledem principu neveřejnosti rozhodčího řízení obávala obcházení pravidel evropského soutěžního práva, jejich nekonzistentní aplikace a nerespektování cílů, jež tyto normy sledují.

Teoretické přístupy k rozhodování soutěžních sporů rozhodci se postupně vyvíjely. Zpočátku byly spíše negativní, což potvrzuje i případ bolognského soudu prvního stupně Française des Isolants[8], podle něhož mají normy evropského soutěžního práva charakter imperativních norem. Z důvodu nemožnosti uzavřít smír, jsou podle uvedeného rozhodnutí tyto spory

[6] Mitsubishi Motors Corporation v. Soler Chrysler-Plymouth, 473, US 614, L.Ed. 2d 444 (1985).

[7] Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy; v podrobnostech: Jones, A., Sufrin, B., EC Competition Law, Oxford: Oxford University Press, 2004; Týč, V., Základy práva Evropské unie. Praha: Linde, 2004, s. 214 a násl.; Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král R., Evropské právo, 3. vydání, Praha: C.H. Beck, 2006.

[8] Coveme v. Compagnie Française des Isolants, Court of First Instance, Bologna, 18.7.1987, Yearbook Commercial Arbitration, 1992, s. 534.

nearbitrabilní[9]. Později došlo k liberalizaci takto striktního přístupu a jako nearbitrabiliní byly a jsou považovány, v teorii i judikatuře[10], spory spadající do pravomoci Komise a národních soutěžních orgánů. Vzhledem k povaze rozhodčího řízení je zřejmé, že spory o to, zda došlo ze strany soukromého subjektu k porušení evropských soutěžních norem, tedy norem veřejnoprávních, a o to, zda má být uložena veřejnoprávní sankce ve formě pokuty, nejsou přípustné pro rozhodování před rozhodci. Cílem těchto řízení je ochrana veřejných zájmů vymezených evropským soutěžním právem, a to je proto vynucováno veřejnoprávními orgány[11]. Nicméně v oblasti soukromoprávního vynucování soutěžního práva, tedy v oblasti řešení soukromoprávních sporů, při nichž dochází k aplikaci evropského soutěžního práva, vzniká vedle rozhodování národními soudy i prostor pro rozhodování rozhodci.

Tento závěr podporuje i Sammartano, podle jehož názoru arbitrabilita soutěžních sporů závisí na možnosti stran v rámci daného národního právního systému uzavřít smír[12]. Neplatnost dohod a praktik podle evropského soutěžního práva, stejně jako zneužití dominantního postavení, obecně nejsou otázky v dispozici stran. Z tohoto důvodu rozhodci o neplatnosti rozhodovat nemohou. V dispozici stran jsou však např. právo na náhradu škody a další práva vznikající v souvislosti s porušením soutěžního práva. Právě o těchto otázkách by rozhodci mohli mít pravomoc rozhodovat. Existují však i právní systémy, kde arbitrabilita sporů není omezena možností stran uzavřít o daném sporu smír. V takovém případě by mohl rozhodce rozhodovat i o veřejnoprávních otázkách a jeho rozhodčí nález by nebyl v rozporu s veřejným pořádkem daného státu[13].

Komuitární právo se nikdy, jak v legislativních aktech, tak v judikatuře, výslovně nevyjádřilo nepřátelsky vůči rozhodčímu řízení ve věcech soutěžního práva. Až do roku 2004 ale neexistovalo dost prostoru při soukromoprávní vynucování předmětných pravidel. Přesto rozhodci

---

[9] Lew, J.D.M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003; Rubino-Sammartano, M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 540-541.

[10] Erauw, J., Peers, M., The Law Applicable to the Substantive Rights in Arbitration under European Regulatons and Draft Regulations, In: Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenuim, Reports of the International Colloquium of CEPANI. Bussels: Bruylant, 2004; Lane, R., EC Competition Law. Essex: Pearson Education Ltd., 2000; Hanotiau, B., L´arbitrage et le Droit Européen, In: Arbitration and European Law. Brussels: Bruylant, 1997.

[11] Nález ICC č. 6106, In: Verbist, The Application of European Community Law in ICC Arbitration, ICC Bulletin Special Suplement 34, 1994.

[12] Rubino-Sammartano, M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 542.

[13] Typicky Švýcarsko.

nezřídka rozhodovali soukromoprávní spory týkající se jak článku 81 odst. 1 i článku 82[14].

Tato praxe byla potvrzena v případu Eco Swiss[15], kde ESD nepřímo stanovil, že výlučná pravomoc Komise nevylučuje arbitrabilitu evropských soutěžních pravidel[16] a podpořil zájem členských států na efektivním fungování rozhodčího řízení. ESD judikoval, že normy evropského soutěžního práva tvoří principy národních veřejných pořádků členských států. Rozhodčí nález, v jehož rámci dochází k aplikaci soutěžních pravidel je možné přezkoumat jen v omezení míře, tedy pokud by odporoval veřejnému pořádku členského státu. Na základě jen omezené možnosti přezkoumat rozhodčí nález aplikující evropská soutěžní pravidla je zřejmé, že rozhodčí řízení je bráno v komunitárních podmínkách vážně a rozhodčí nález je plnohodnotným rozhodnutím v oblasti soutěžního práva. Společně s rozhodnutím ESD ve věci Nordsee[17] případ Eco Swiss znamenal potvrzení pozice rozhodců v rámci soukromoprávního vynucování evropských soutěžních pravidel.

Jaké konkrétní spory by tedy rozhodci mohli z pohledu komunitárního práva rozhodovat? V zásadě spory vznikající z jakéhokoliv typu horizontálních a vertikálních dohod ve smyslu článku 81 a 82 Smlouvy ES za předpokladu existence platné rozhodčí smlouvy. Vzhledem k tomuto podstatnému předpokladu rozhodují rozhodci nejčastěji spory ze smluvních závazků. Spory z mimosmluvních závazků nejsou z rozhodování rozhodci vyloučeny, nicméně vzhledem k výjimečnosti existence rozhodčí smlouvy v těchto situacích (pokud ji strany neuzavřou po vzniku sporu) je tento způsob rozhodování méně pravděpodobný a jako vhodnější fórum se zde jeví národní soudy.

Základními soukromoprávními nároky, které by mohly uplatnit před rozhodci soukromoprávní subjekty, které se protisoutěžním jednáním cítí dotčeny a poškozeny, jsou (i) žaloba na neplatnost smlouvy nebo jejího ustanovení, jíž je předmětné protisoutěžní jednání založeno (přičemž otázka neplatnosti jen některých ustanovení a jejich oddělitelnost od smlouvy je

[14] Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2006.

[15] ECJ, 1.6. 1999, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV, 1999 ECR I 3055

[16] Tento závěr byl rovněž konstatován v rozhodnutí Arbitrážního soudu Mezinárodní obchodní komory v Paříži č. 7097 z roku 1993.

[17] ECJ, Case C-102/1981, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, EDR 1982, I-1095.

věcí národního právního řádu[18]), (ii) žaloba na zdržení se protisoutěžních praktik a (iii) zejména žaloba na náhradu škody způsobené protisoutěžním jednáním[19]. V těchto případech by články 81 a 82 byly používány jako základ pro vznesení žaloby nebo pro obranu. Typickým příkladem je situace, kdy některá ze stran poruší své povinnosti vyplývající ze smluvního závazku a argumentuje neplatností tohoto závazku pro rozpor s článkem 81 nebo 82 doufajíc, že se tak vyhne následkům svého porušení[20].

Pokud dojde k porušení soutěžního práva, následuje sankce v podobě neplatnosti, která vyplývá přímo z článku 81 odst. 2 Smlouvy ES. Není však důvod, proč by byly nearbitrabilní i nároky na náhradu škody či navrácení v předešlý stav. O těch obecně rozhodují národní soudy a z pohledu komunitárního práva nic nebrání tomu, aby je nemohli řešit i rozhodci[21]. Např. i Arbitrážní soud Mezinárodní obchodní komory v Paříži v nálezu č. 7673 z roku 1993 stanovil, že rozhodčí tribunál může, podobně jako národní soudy, rozhodovat o civilněprávních následcích porušení článku 86 (nyní 82)[22].

Od roku 2004, kdy došlo k modernizaci evropského soutěžního práva přijetím nařízení Rady (ES) č. 1/2003[23], vznikla nová zajímavá oblast, o níž v rámci evropského soutěžního práva mohou potenciálně rozhodovat rozhodci. Jedná se o výjimky ze zákazu kartelových dohod a praktik narušujících hospodářskou soutěž na trhu Společenství podle článku 81 odst. 3, o nichž před rokem 2004 rozhodovala výlučně Komise[24]. Cílem

---

[18] Bridgeman, J., Arbitrability of Competition Law Disputes, European Business Law Review, 2008, č. 19, s. 147- 174.

[19] Dokument Komise, Green Paper – Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules, 19. 12. 2005, COM (2005) 672 final: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/index.html.

[20] Steinle, Ch., Beutelmann, M., Application of Block Exemptions and Art. 81(3) EC by Arbitral Tribunals, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007.

[21] Lew, J.D.M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003

[22] Verbist, H., L´application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI, Bulletin CCI, Suppl. Spec. , 1994.

[23] Nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy, *Úř. věst. L 1, 4.1.2003, s. 1—25.*

[24] Před rokem 2004 byly články 81 a 82 provedeny nařízením č. 17/1962/EHS, podle něhož měla Komise výlučnou pravomoc rozhodovat o aplikaci článku 81 odst. 3, tedy o výjimkách ze zákazů daných článkem 81. Režim uplatňovaný v nařízení č. 17/1962/EHS vycházel z principu *ex ante* kontroly, tedy kontroly předběžné, kdy bylo povinností obchodních společností ohlásit každé jednání, které potenciálně mohlo být kartelem. Komise pak na základě takovéhoto ohlášení rozhodovala v každém individuálním případě o udělení výjimky podle článku 81 odst. 3.

uvedeného nařízení bylo decentralizovat veřejnoprávní vynucování soutěžních pravidel a zejména posílení soukromoprávního vynucování. Článek 81 odst. 3 Smlouvy ES se stal přímo aplikovatelný, tzn., že dohody, rozhodnutí a jednání ve vzájemné shodě, které splňují podmínky článku 81 odst. 3 jsou přímo nařízením automaticky vyňaty ze zákazu bez individuálního posuzování a předchozího rozhodnutí Komise. Je tedy na samotných podnicích, aby posoudily, zda jde o kartel dovolený či nedovolený[25]. Případné spory[26] jsou řešeny národními soudy. K otázce rozhodování rozhodců o těchto výjimkách se někteří autoři staví opatrně[27], zejména kvůli k nemožnosti konzultovat Komisi podle článku 15 a 16 nařízení č. 1/2003 (tato možnost je poskytnuta jen národním soudům[28]), nemožnosti rozhodců obrátit se s předběžnou otázkou na ESD (viz rozhodnutí Nordsee[29])[30], a rovněž kvůli obavám z nedostatečné kvalifikovanosti rozhodců pro rozhodování těchto otázek. Nakonec se ale všichni shodují na závěru, že tyto pochybnosti nejsou dostatečně relevantní pro nepřiznání arbitrability sporů v souvislosti s článkem 81 odst. 3. Pokud by totiž tento odstavec byl nearbitrabilní, vedlo by to k vynětí celého článku 81 z pravomoci rozhodců. Jednak má článek 81 přímý účinek a jednak pravomoc rozhodců aplikovat článek 81 byla implicitně potvrzena

[25] Dědič, J., Čech P., Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Bova Polygon, 2005, s. 312-320. Na základě recitálu č. 14 k nařízení 1/2003 přijala Komise tzv. „guidance letters", které mají společnostem poskytnou odpovědi na nově vznikající nebo nevyřešené otázky. Viz „Commission notice on informal guidance relating to novel questions, OJ 2004 No. C 101/78.

[26] Pro jejich snadnější řešení přijala Komise nařízení o blokových výjimkách (seznam blokových výjimek lze nalézt na webových stránkách Komise: http://ec.europa.eu/competition/index_en.html), a jednak publikovala návody, které by měly stranám při posuzování dovolenosti kartelů pomoci.

[27] Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2006.

[28] V souvislosti s nařízením č. 1/2003 vydala Komise i vysvětlující zprávu, podle které se zdá, že rozhodci jsou vyloučeni z aplikace nařízení (Commission Notice on the cooperation between the Commission and the courts of the EU Member States in the application of Articles 81 and 82 EC, Úř. Věst. C 101 z 27.04.2004)

[29] ECJ, Case C-102/1981, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, EDR 1982, I-1095.

[30] Erauw, J., Peers, M., The Law Applicable to the Substantive Rights in Arbitration under European Regulatons and Draft Regulations, In: Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenuim, Reports of the International Colloquium of CEPANI. Bussels: Bruylant, 2004.

v rozhodnutí Eco Swiss. Nearbitrabilita odst. 3 by byla v přímém rozporu se závěry tohoto rozhodnutí[31].

Doposud byla analyzována přípustnost řešení soutěžních sporů před rozhodci z pohledu komunitárního práva. Nicméně, je nutné při stanovení arbitrability těchto sporů vzít v úvahu i pohled národních právních řádů a jimi určené šíře arbitrability sporů. Obecně existuje tendence k široké arbitrabilitě sporů, nicméně v soutěžních otázkách si státy stále udržují určitá omezení. Důvodem pro tato omezení je skutečnost, že soutěžní normy jsou pravidly veřejného pořádku (chrání veřejné zájmy státu a Společenství) a rozhodnutí soutěžních sporů navíc vyžaduje hlubokou ekonomickou analýzu. Existují pochybnosti o schopnosti rozhodců naplňovat cíle stanovené těmto pravidly a pochybnosti o dostatečné kvalifikaci rozhodců k posouzení ekonomických dopadů. Rozhodčí řízení je rovněž někdy vnímáno jako způsob obcházení aplikace imperativních norem určitého státu, jimiž normy soutěžního práva nepochybně jsou. V závislosti na nastavení šíře veřejného pořádku a míře důvěry v rozhodčí řízení, je arbitrabilita soutěžních sporů v jednotlivých státech nastavena různě. Ani komunitární právo nezasahuje v jednotlivých členských státech do regulace arbitrability soutěžních sporů a rozhodčího řízení vůbec. Nasvědčují tomu dva elementy: komunitární právo jednak nereguluje justiční systémy jednotlivých států, je tedy jejich věcí, které spory jejich právní řád připustí k rozhodování rozhodci, a jednak rozhodčí tribunály nejsou považovány za orgány státu, vůči nimž směřují povinnosti podle článku 10 a práva podle článku 234 Smlouvy ES.

Např. ve švýcarském právním řádu je arbitrabilita nastavena velmi široce tak, že veškeré spory ekonomické hodnoty jsou arbitrabilní a odmítnutí rozhodčího tribunálu aplikovat soutěžní právo je důvodem zrušení rozhodčího nálezu pro rozpor s veřejným pořádkem[32]. V anglickém právu jsou pak nearbitrabilní jen spory ve velké míře ovlivňující veřejné zájmy[33]. Francouzské právo pak rozlišuje mezi situacemi, jejichž předmět sám o sobě vede k nearbitrabilitě sporů (typicky otázky osobního statusu a způsobilosti k právním úkonům) a mezi situacemi, které je možné řešit před rozhodci, ale jejich soulad s veřejným pořádkem bude posuzován ve fázi zrušení či výkonu rozhodčího nálezu[34]. Nastavení arbitrability v nizozemském právu

---

[31] Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2006; Dempegiotis, S.I., EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003, Journal of International Arbitration, 2008, č. 25/3, s. 365-395.

[32] Článek 177 odst. 1 švýcarského Private International Law Act.

[33] Článek 81 odst. 1 anglického Arbitration Act 1996

[34] Článek 2059 francouzského Civil Code; Fouchard, P., Fouchard, Gaillard, Goldman on international commercial Arbitration, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

souvisí s možností stran uzavřít o daném sporu smír[35]. V českém právu je arbitrabilita sporů dána §2 zákona o rozhodčím řízení[36]. Do jisté míry je v českém prostředí problematická pravomoc rozhodců k rozhodování sporů o existenci či neexistenci právního vztahu, přičemž tato pochybnost nevzniká ohledně sporů o plnění. Důvodem zpochybnění přípustnosti prve uvedeného je nemožnost o těchto otázkách uzavřít smír. Prof. Rozehnalová[37] i prof. Bělohlávek[38] se ale za určitých předpokladů přiklánějí k arbitrabilitě těchto sporů.

Aplikace evropského soutěžního práva rozhodci ex officio

Eco Swiss vs. Benetton

Aplikace evropského soutěžního práva rozhodci byla velmi obsáhle analyzována Evropským soudním dvorem v rozhodnutí Eco Swiss vs. Benetton[39]. Fakta případu jen ve zkratce shrneme, v podrobnostech odkazuji na publikaci prof. Rozehnalové[40].

V roce 1986 uzavřela společnost Eco Swiss se společností Benetton licenční smlouvu na dobu devíti let. Benetton, poskytovatel licence, ale smlouvu ukončil předčasně. Strany se tak v souladu s rozhodčí doložkou obrátily na Netherlands Arbitration Institute (NAI), aby rozhodl o náhradě škody. NAI vydal dva nálezy, mezitímní a konečný. Následně Benetton zahájil řízení o zrušení obou rozhodčích nálezů z důvodu jejich rozporu s veřejným pořádkem. Argumentoval přitom tím, že licenční smlouva je od počátku neplatná pro porušení článku 81 Smlouvy ES. Důležité je zdůraznit, že tento argument během rozhodčího řízení nevznesla ani jedna strana, ani rozhodčí tribunál. Případ se nakonec dostal k nizozemskému Nejvyššímu soudu, který argumentoval rozhodnutím ESD dvora ve věci Van Schijndel[41]. Podle tohoto rozhodnutí mají národní soudy povinnost aplikovat článek 81, a to

---

[35] Článek 1020 odst. 3 nizozemského Civil Law Code.

[36] Zákon č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů.

[37] Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008

[38] Bělohlávek, A.J., Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů: komentář, Praha: C.H. Beck, 2004

[39] ECJ, 1.6. 1999, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV, 1999 ECR I 3055

[40] Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.

[41] EDJ, Joined Cases C-430/1993 and C-431/1993, Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, 1995, ECR I-04705.

i tehdy, nevznesla-li tuto otázku během řízení ani jedna ze stran. Tuto povinnost však nemají v situaci, kdy by jeho aplikace znamenala překročení rámce sporu definovaného stranami. S otázkou, zda se tento závěr dá vztáhnout i na rozhodce se Nejvyšší soud obrátil na ESD. Ze tří otázek relevantních pro tento příspěvek ESD odpověděl jen na jednu, jíž se Nejvyšší soud tázal, zda je národní soud povinen zrušit rozhodčí nález, který je v rozporu s článkem 81. Na tuto otázku Evropský soudní dvůr odpověděl následovně:

„Národní soud, u něhož je podán návrh na zrušení rozhodčího nálezu, musí tomuto návrhu vyhovět, pokud má za to, že daný rozhodčí nález je v rozporu s článkem 85 (nyní 81) Smlouvy ES, pokud národní procesní pravidla vyžadují jeho zrušení z důvodu porušení národního veřejného pořádku“.

Z tohoto rozhodnutí vyplývá, že článek 81 je pravidlem veřejného pořádku, alespoň pokud jde o řízení o zrušení rozhodčího nálezu nebo řízení o jeho výkonu. Nicméně ESD neodpověděl na otázku, zda jsou rozhodci povinni aplikovat soutěžní právo Společenství ex officio. Své stanovisko v této věci vyjádřil jen generální advokát Saggio[42]. Podle jeho názoru komunitární právo přímo nestanoví povinnost rozhodců aplikovat v projednávaném sporu evropské soutěžní právo, pokud by tímto jednáním překročili rozsah svého oprávnění daného rozhodčí smlouvou. Většina autorů je toho názoru, že alespoň z pragmatických důvodů by rozhodci při svém rozhodování článek 81 aplikovat měli. Podle rozhodnutí Eco Swiss mají národní soudy povinnost zrušit rozhodčí nález, jež je v rozporu s článkem 81. Pokud se tomuto důsledku chtějí rozhodci vyhnout, měli by článek 81 aplikovat, a to i ze své iniciativy, pokud to strany sporu nevznesou[43]. Tato povinnost je dedukována z obecné povinnosti rozhodců vydávat vykonatelné nálezy[44].

Důvod pro rozdílné závěry v případech Van Schijndel a Eco Swiss?

Z rozhodnutí Van Schijndel (viz výše) vyplývá, že článek 81 není pravidlem veřejného pořádku, jež by soud musel vznášet při právním posouzení případu. Podle rozhodnutí Eco Swiss by však s článkem 81 mělo být nakládáno jako s pravidlem veřejného pořádku, alespoň pokud je vznesen

[42] Stanovisko generálního advokáta Saggia ze dne 25.2. 1999, Case C-126/97, Eco Swiss vs. Benetton.

[43] Van Leyenhorst, M.C., Van den Nieuwendijk, I.P.M., Application of EC Competition Law in Arbitra Proceedings, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007, s. 35.

[44] Článek 35 rozhodčích pravidel Arbitrážního soudu MOK: „In all matters … the court and the Arbitral Tribunal shall…make every effort to make sure that the Award is enforceable at law“.

v řízeních o zrušení či uznání a výkonu rozhodčího nálezu[45]. Důvod rozdílnosti závěrů těchto rozhodnutí spočívá v rozhodnutí Nordsee[46], podle něhož rozhodci nemají stejné postavení jako národní soudy, proto nemohou vznášet předběžné otázky k ESD. S tím souvisí argument, že strany musí vždy mít možnost vznášet otázky týkající se komunitárního práva před soudy, protože jen ty se mohou obracet s předběžnými otázkami na ESD. Aplikace článku 81 proto může být vznesena jen před národními soudy, a to v řízení o zrušení nebo výkon rozhodčího nálezu. Soudy se pak mohou v pochybnostech obracet na ESD[47].

Nevýhodou takového řešení je, že zdlouhavé a finančně náročné rozhodčí řízení může být nakonec k ničemu. Proto by rozhodci měli náležitě zvážit, zda spor, který rozhodují, má souvislost se soutěžním právem Společenství. Pokud ano, měli by jej aplikovat z vlastní iniciativy, aby tak předešli plýtvání času i nákladů.

Kritické názory na aplikaci evropského soutěžního práva ex officio a související otázky

Závěr o ex officio aplikaci evropských soutěžních pravidel rozhodci není však sdílen univerzálně. Například Arbitrážní osud MOK v Paříži v případu č. 5603 došel k závěru, že evropské soutěžní právo není součástí transnacionálního veřejného pořádku, proto dohoda mezi stranami toto právo porušující není neplatná[48]. Na druhou stranu tento rozhodčí tribunál rozhodl opačně v případu č. 7181, kde uvedl, že článek 85 (nyní 81) má charakter pravidla veřejného pořádku, a rozhodci tedy musí ex officio zkoumat, zda smlouva není v rozporu se zákazy tímto článkem stanovenými[49].

---

[45] Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer LAw International, 2006, s. 161; Van Leyenhorst, M.C., Van den Nieuwendijk, I.P.M., Application of EC Competition Law in Arbitra Proceedings, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007, s. 36.

[46] ECJ, Case C-102/1981, Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG, EDR 1982, I-1095.

[47] Viz bod 40 rozhodnutí ECJ, 1.6. 1999, Case C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd. vs. Benetton International NV, 1999 ECR I 3055.

[48] Verbist, H., L´application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI, Bulletin CCI, Suppl. Spec. , 1994 (v této situaci však podle Newyorkské úmluvy o uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezů by nedošlo k výkonu rozhodčího nálezu v zemích, kde se aplikuje evropské soutěžní právo jako součást veřejného pořádku a rozhodčí nález by s ním byl v rozporu).

[49] Verbist, H., L´application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI, Bulletin CCI, Suppl. Spec. , 1994.

Kritici povinnosti rozhodců aplikovat článek 81 ex officio zastávají názor, že tento závěr je v přímém rozporu se zásadou svobody stran disponovat s rozhodčím řízením. Princip soudní pasivity, podle něhož soudy mohou rozhodovat jen na základě faktů, které strany předložily a prokázaly, a princip práva stran disponovat s předmětem sporu, které platí v soudním řízení, se ještě silněji projevují v rozhodčím řízení. Spočívá na něm totiž celá podstata rozhodčího řízení, kdy je výhradním právem stran určit rozsah sporu a fakta, která rozhodce může vzít při rozhodování v úvahu. Podle rozhodnutí Van Schijndel, ani soudy nemusí aplikovat evropské soutěžní právo v případě, kdy to znamenalo překročení rozsahu jim svěřeného sporu a tím porušení principu soudní pasivity, resp. zásady dispoziční. Proč tedy tuto povinnost mají mít rozhodci?

Kritici rozhodnutí Eco Swiss nesouhlasí, že toto rozhodnutí má za následek povinnost rozhodců aplikovat soutěžní právo ex officio. Argumentují tím, že otázka povinnosti rozhodců k ex officio aplikaci a otázka důvodů pro zrušení rozhodčího nálezu soudem, jsou dvě odlišné věci[50]. Zdá se, že podobného názoru byl i generální advokát Saggio ve svém stanovisku k Eco Swiss. Vyjádřil se na jednu stranu tak, že pravidla evropského soutěžního práva jsou součástí veřejného pořádku, pokud se jedná o řízení o zrušení rozhodčího nálezu. Ale zároveň konstatoval, že komunitární právo nevyžaduje, aby rozhodci aplikovali evropské soutěžní právo ex officio. Není tedy důvod směšovat ex officio aplikaci soutěžních pravidel rozhodci a důvody pro přezkum rozhodčích nálezů soudy[51].

Rozsah požadavku aplikace evropského soutěžního práva ex officio

Je nutné zdůraznit, že rozhodnutí Eco Swiss se týkalo jen článku 81 Smlouvy o ES. Jen tento článek je podle uvedeného rozhodnutí považován za součást veřejného pořádku, proto by jej rozhodci měli aplikovat ex officio. Otázka tedy zní, jaká další ustanovení evropského soutěžního práva tvoří veřejný pořádek a měla by být tedy rozhodci aplikována?

V odstavci 36 rozhodnutí Eco Swiss ESD uvádí, že článek 81 je jedním ze základních pravidel, jež jsou nepostradatelné pro plnění úkolů Společenství a zejména pro fungování společného vnitřního trhu. Podle tohoto vyjádření by všechna ustanovení soutěžního práva Společenství, která jsou nutná k zamezení narušení společného trhu, měla být považována za součást veřejného pořádku. Pro účely ochrany společného trhu byly přijaty zejména ustanovení článků 81 až 89. V praxi však jedinými ustanoveními, které by mohly být porušeny rozhodčím nálezem jsou ustanovení článků 81 a 82. Je

[50] Hukkinen, N., Application of Competition Law Ex Officio, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007, s. 46.

[51] Stanovisko generálního advokáta Saggia ze dne 25.2. 1999, Case C-126/97, Eco Swiss vs. Benetton, odstavce 22-23.

jen těžko představitelné, jak by se články 83 až 89 staly důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu. Postavení článku 82 jako pravidla veřejného pořádku není však zcela jednoznačné. Článek 82 neobsahuje žádné ustanovení o neplatnosti jednání jej porušujícího jako je tomu v případě článku 81 odst. 2. Znamená to, že je to pravidlo méně zásadního charakteru než článek 81? Pokud ano, není nutně rovněž pravidlem veřejného pořádku a není rovněž povinností rozhodců jej aplikovat ex officio. Tento závěr není zcela jistý, neboť rozhodnutí Eco Swiss se o článku 82 vůbec nezmiňuje.

Další otázkou, která v této souvislosti vzniká, je, zda existují i pravidla sekundárního práva, jež by tvořila součást veřejného pořádku a byla by nutně aplikovatelná rozhodci. Z rozhodnutí Eco Swiss vyplývá, že rozhodčí nález by měl být zrušen jen ve výjimečných situacích, a to jen z důvodu porušení zvláště významného pravidla, které lze považovat za součást veřejného pořádku. Zdá se tedy, že takto „významnými" pravidly mohou být jen ustanovení primárního práva. Nicméně porušení některých ustanovení sekundárního práva (např. nařízení Rady č. 1/2003, které provádí článek 81, nebo některá nařízení o blokových výjimkách) ipso facto znamená porušení článku 81. Porušení sekundárního práva sice nemůže být důvodem pro zrušení rozhodčího nálezu, ale z praktického hlediska rozhodci budou stále muset aplikovat i ustanovení sekundárního práva ex officio, aby se vyhnuli porušení článku 81, a tedy i případnému zrušení rozhodčího nálezu.

Vyloučení aplikace evropského soutěžního práva stranami

V souvislosti s aplikací evropského soutěžního práva rozhodci vzniká otázka, jak má rozhodce postupovat, pokud strany výslovně aplikaci evropských soutěžních pravidel vyloučí? Může tedy rozhodce rozhodnout bez ohledu na komunitární právo a vystavit tak rozhodčí nález nebezpečí jeho zrušení? A nebo má aplikovat soutěžní pravidla, i když si to strany nepřejí? I zde by pak vznikalo nebezpečí zrušení rozhodčího nálezu pro překročení pravomocí rozhodce.

Názory na tuto otázku se různí[52], ale převažuje ten, který říká, že je vhodnější, aby rozhodce spor odmítnul rozhodnout, tedy nepřijal jmenování, než aby vydal nevykonatelný nález[53].

[52] Von Mehren, A., Varady, T., Barcelo, J., International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective, 2nd ed., Thomson/West, 2003; Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 169.

[53] Lew, J.D.M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003; Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2006, s. 169.

Ex officio aplikace evropského soutěžního práva mimo území Evropského společenství

Pokud je právem rozhodným pro smlouvu právo členského státu EU, bude automaticky aplikováno i evropské soutěžní právo. Pokud sice právo členského státu není právem rozhodným pro smlouvu, evropské soutěžní právo by mělo být rovněž aplikováno jako součást veřejného pořádku, pokud se řízení koná na území některého členského státu. Jinak by vzniklo riziko zrušení rozhodčího nálezu. Aplikace evropského soutěžního práva tam, kde rozhodčí nález bude uplatňován na území Společenství, je rovněž pochopitelná, protože jinak by nález byl vystaven riziku jeho zrušení či nevykonání v zemích, jež jsou evropským soutěžním právem vázány.

Není však jisté, zda mají rozhodci aplikovat soutěžní právo Společenství v situacích, kdy rozhodčí nález nebude uplatňován v zemích Evropské unie, právo členského státu není právem rozhodným a není zde rovněž pravděpodobný výkon tohoto rozhodčího nálezu[54]. Nicméně, na základě judikatury ESD je nutné zvažovat, zda dohoda či praktika, která by potenciálně mohla porušit článek 81 či 82, může mít vliv, přímý nebo nepřímý, na společný trh mezi členskými státy EU[55]. Zde se jedná o tzv. „extrateritoriální obchodní efekt". Vzniká poměrně často a evropské soudy mnohokrát uznaly svou pravomoc i nad věcmi mimo EU[56]. Evropské soutěžní právo tedy může být porušeno i dohodou nebo praktikou, která není uplatňována v EU, pokud má významný vliv na obchod mezi členskými státy. Místo uplatnění dohody není tedy dostatečným odůvodněním pro neaplikaci evropského soutěžního práva rozhodci. Existují i názory, že jeho aplikace v těchto situacích je rovněž otázkou mezinárodní zdvořilosti[57].

Závěr

Ač se zdá, že normy evropského soutěžního práva jako normy veřejnoprávní jsou oblastí diametrálně odlišnou od rozhodčího řízení, jež sleduje ochranu soukromých zájmů, tyto oblasti se střetávají v rovině soukromoprávního

---

[54] Podrobnosti viz Lew, J.D.M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003, chpt. 19.

[55] ECJ, Case 56/65, Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH, ECR 00235, odst. 249

[56] ECJ, Joined Cases 89/85, A Ahlström Osakeyhiö and others v. Comission („Woodpulp I"), 1988 ECR 051936; Case T-102/96, Gencor v. Commission. 25. března 1999.

[57] Dolmans, M., Grierson, J., Arbitration and the Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunutuies and New Responsibilities, ICC Court of Arbitration Bulletin 14/2, 2003; Hukkinen, N. Application of Competition Law Ex Officio, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007, s. 57.

vynucení soutěžních pravidel. Otázku, zda spory související s aplikací evropského soutěžního práva jsou arbitrabilní, je nutné posoudit jednak z hlediska komunitárního práva a jednak z hlediska národních právních řádů. Co se týče komunitárního práva, zdá se, že po počáteční nedůvěře v kvalitu aplikace a naplňování cílů evropského soutěžního práva rozhodci, je připuštěna jejich role v rámci soukromoprávního vynucování vedle národních soudů. Zejména rozhodnutí ve věci Eco Swiss potvrdilo význam jejich rozhodovací činnosti v této oblasti. Vliv na posílení jejich pozice měla i modernizace soutěžních pravidel Společenství, jež rozšířila prostor pro soukromoprávní vynucování soutěžních pravidel a tím i větší prostor pro rozhodování rozhodců, zejména ve vztahu k článku 81 odst. 3 Smlouvy ES.

Přípustnost soutěžních sporů pro řešení před rozhodci je vedle komunitárního práva dána i národními právními řády. Vzhledem k tomu, že komunitární právo nezasahuje do justičních systémů členských států, je čistě na nich, jak široce arbitrabilitu těchto sporů nastaví. Ač existuje tendence k široké arbitrabilitě sporů, ve vztahu k soutěžním pravidlům, jejichž primárním cílem je ochrana veřejných zájmů, si státy ponechávají určitá omezení.

Komunitární právo nestanoví přímou povinnost rozhodců aplikovat evropská soutěžní pravidla[58]. Tato povinnost nevyplývá ani z rozhodnutí Eco Swiss. Nicméně podle tohoto rozhodnutí tvoří evropská soutěžní pravidla součást veřejného pořádku členských států a musí být aplikována ve fází řízení o zrušení či výkon rozhodčího nálezu. Aby se rozhodci vyhnuli sankci zrušení či nevykonání svého nálezu z důvodu neaplikace daných pravidel a tím rozporu s veřejným pořádkem, měli by ve své rozhodovací praxi tato pravidla zohledňovat. Hovoříme zde o nepřímé povinnosti rozhodců k aplikaci těchto pravidel. To platí nejen pro článek 81 a 82 Smlouvy ES, ale i pro pravidla sekundárního práva.

Literature:

- Bělohlávek, A.J., Rozhodčí řízení a komunitární právo. Právní rozhledy, příloha Evropské právo, 2002, č. 10, s. 7-11
- Bělohlávek, A.J., Zákon o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů: komentář, Praha: C.H. Beck, 2004
- Bridgeman, J., Arbitrability of Competition Law Disputes, Eureopan Business Law Review, 2008, č. 19, s. 147- 174

[58] Hukkinen, N. Application of Competition Law Ex Officio, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007, s. 48.

- Dědič, J., Čech P., Obchodní právo po vstupu ČR do EU aneb co všechno se po 1. květnu 2004 v obchodním právu změnilo? Praha: Bova Polygon, 2005
- Dempegiotis, S.I., EC Competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003, Journal of International Arbitration, 2008, č. 25/3, s. 365-395
- Dolmans, M., Grierson, J., Arbitration and the Modernization of EC Antitrust Law: New Opportunutuies and New Responsibilities, ICC Court of Arbitration Bulletin 14/2, 2003
- Erauw, J., Peers, M., The Law Applicable to the Substantive Rights in Arbitration under European Regulatons and Draft Regulations, In: Arbitral Procedure at the Dawn of the New Millenuim, Reports of the International Colloquium of CEPANI. Bussels: Bruylant, 2004
- Hanotiau, B., L´arbitrage et le Droit Européen, In: Arbitration and European Law. Brussels: Bruylant, 1997
- Hukkinen, N. Application of Competition Law Ex Officio, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007
- Landolt, P.L., Modernized EC Competition Law in International Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2006
- Lane, R., EC Competition Law. Essex: Pearson Education Ltd., 2000
- Lew, J.D.M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003
- Rozehnalová, N., Aplikace evropského práva v řízení před rozhodci, In: Sborník výzkumných prací „Aproximace českého práva ve srovnání se standardy EU“, vydaný při příležitosti konání konference Ekonomické a adaptační procesy 2002 pro české průmyslové regiony před vstupem do EU. Ostrava:Ekonomická fakulta VŠB TU, 2002, s. 112-115
- Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI Publishing, s.r.o., 2002

- Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008
- Rubino-Sammartano, M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd ed.. The Hague: Kluwer Law International, 2001
- Steinle, Ch., Beutelmann, M., Application of Block Exemptions and Art. 81(3) EC by Arbitral Tribunals, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007
- Tichý, L., Arnold, R., Svoboda, P., Zemánek, J., Král R., Evropské právo, 3. vydání, Praha: C.H. Beck, 2006
- Týč, V., Základy práva Evropské unie. Praha: Linde, 2004
- Van Bael, Bellis, Competition Law of the European Community. The Hague: Kluwer Law International, 2005
- Van Leyenhorst, M.C., Van den Nieuwendijk, I.P.M., Application of EC Competition Law in Arbitra Proceedings, In: Zuberbühler, Z., Oetiker, Ch., Practical Aspects of Arbitrating EC Competition Law. Zürich: Schulthess Juristische Medienag, 2007
- Verbist, H., L´application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI, Bulletin CCI, Suppl. Spec. , 1994
- Vogelaar, F.O.W., The European Competititon rules. Europa Law Publishing, 2007
- Von Mehren, A., Varady, T., Barcelo, J., International Commercial Arbitration, A Transnational Perspective, 2nd ed., Thomson/West, 2003

Contact – email
JanaHerboczkova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PROMÍTNUTÍ JURISDIKČNÍ DOKTRÍNY V AD HOC ROZHODČÍM ŘÍZENÍ V ČÍNĚ: TRNITÁ CESTA PRO ZMĚNU ANEB BLÝSKÁ SE NA LEPŠÍ ČASY?

VERONIKA HRADILOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Moderní rozhodčí řízení se vyvíjelo z rozhodčího řízení ad hoc. V současné době většina států povoluje v tuzemské právní úpravě rozhodčí řízení ad hoc. Výjimkou je Čínská lidová republika. Tento přístup je dán v důsledku staré čínské tradice řešit spory před stálým orgánem pověřeným k řešení sporů. Úkolem tohoto příspěvku je rozebrat nemožnost realizace ad hoc arbitráže v Číně z důvodu silného centralistického vlivu na rozhodčí řízení a tím souvisejícího významného vlivu tzv. jurisdikční doktríny, tj. stát má pravomoc kontrolovat veškerá rozhodčí řízení realizovaná na čínském území. V závěr článku nastíníme prolomení jurisdikční doktríny ve prospěch doktríny smluvní v jednom specifickém případě.

Key words in original language
Ad hoc rozhodčí řízení; jurisdikční doktrína; Čínská lidová republika.

Abstract
The origins of modern arbitration lie in ad hoc arbitration. Currently, most countries allow ad hoc arbitration in their national legal systems; with exception of the People's Republic of China. This position originated from Chinese tradition to solve disputes before institutional organ. The aim of this article is to deal with impossibility of ad hoc arbitration in China due to the strong centralistic approach and in line with the impact of so-called judicial theory, i.e. state's jurisdiction to control all arbitration proceedings on the territory of P.R. China. At the end of this article we outline breakthrough of judicial theory in favour of contractual theory in a specific case.

Key words
Ad hoc arbitration; judicial theory; P.R. China.

1. ÚVOD

Moderní rozhodčí řízení se vyvíjelo z rozhodčího řízení ad hoc, které lze tedy považovat za vývojově starší.[1] V současné době většina států povoluje

[1] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 65.

v tuzemské právní úpravě rozhodčí řízení ad hoc.[2] Výjimkou je Čínská lidová republika. Ta již od počátků novodobého rozhodčího řízení, které se datuje okolo roku 1900[3], přeskočila vývojový stupeň od rozhodčího řízení ad hoc k institucionalizovanému rozhodčímu řízení.

Tento přístup je dán v důsledku staré čínské tradice řešit spory před stálým orgánem pověřeným k řešení sporů. Druhou zvláštností je, že v případě uzavření rozhodčí smlouvy s čínským obchodním partnerem je z jeho strany očekávána volba rozhodčí instituce, důvodem není nic jiného než obava z jiné možnosti řešení sporu ve formě ad hoc arbitráže, se kterou nikdy nepřišel do styku a je pro něho velkou neznámou.

Úkolem tohoto příspěvku je rozebrat nemožnost realizace ad hoc arbitráže v Číně z důvodu silného centralistického vlivu na rozhodčí řízení a tím souvisejícího významného vlivu tzv. jurisdikční doktríny, tj. stát má pravomoc kontrolovat a regulovat veškerá rozhodčí řízení realizovaná na čínském území. V závěr článku nastíníme prolomení jurisdikční doktríny ve prospěch doktríny smluvní v jednom specifickém případě.

2. ZÁKON ČLR O ROZHODČÍM ŘÍZENÍ: VÝLUČNÉ POSTAVENÍ STÁLÝCH ROZHODČÍCH SOUDŮ, RESP. SILNĚ CENTRALISTICKÝ PŘÍSTUP

Rozhodčí řízení ad hoc (v čínštině 特别仲裁 „tebie zhongcai“) nikdy nebylo v Číně povoleným způsobem řešení sporů. Rozhodčí řízení bylo odjakživa realizováno výlučně před institucí realizující tento druh řešení sporů.[4] Před přijetím zákona Čínské lidové republiky o rozhodčím řízení z roku 1994 bylo rozhodčí řízení ad hoc tabu. Výsadní postavení stálých rozhodčí institucí je důsledkem staré čínské tradice řešit spory před stálým orgánem pověřeným k řešení sporů. Rovněž mentalita čínských smluvních partnerů je taková, že očekávají institucionální rozhodčí řízení a s takovou volbou jsou navýsost spokojeni; navíc se zde mohou promítnout jejich

[2] Wenying, Wang. Distinct Features of Arbitration in China: *An Historical Perspective*. Journal of International Arbitration 23(1), 2006, str. 54. Ad hoc rozhodčí řízení je v ostatních státech východní a jihovýchodní Asie většinou přípustné. V některých právních systémech tohoto regionu je ad hoc arbitráž dokonce značně populární, např. v Indonésii, Singapuru a Hongkongu (IN: Harpole, S. A. Factors Affecting the Growth (or Lack Thereof) of Arbitration in the Asia Region. Journal of International Arbitration 20(1), 2003, str. 89.)

[3] Tao, Jingzhou. Arbitration Law And Practice In China. Kluwer Law International, 2004, 331 s. ISBN 90-411-2237-0, str. 1.

[4] Thorp, P. The PRC Arbitration Law: Problems and Prospects for Amendment. Journal of International Arbitration 24(6), 2007, str. 617.

obavy z jiné možnosti (tj. ad hoc arbitráž), se kterou jsou obeznámeni méně.[5]

Z ustanovení zákona ČLR o rozhodčím řízení se zaměříme na ustanovení, která stojí proti rozhodčímu řízení ad hoc:[6]

- Strany uzavřou rozhodčí smlouvu písemně a určí stálý rozhodčí soud pro vyřešení sporu. V případě, že se strany nedohodnou na stálém rozhodčím soudu, nebo je takové určení neurčité, mají možnost se dohodnout dodatečně. Pokud ani toto nevede k určení rozhodčího soudu, je rozhodčí smlouva pokládána za neplatnou.

- Strany si mohou zvolit pouze rozhodce zapsané u zvolené rozhodčí instituce.

- Pouze rozhodčí soud jmenuje rozhodce pro konkrétní spor, jestliže se strany sporu nedohodly na jejich jmenování.

Rozebereme-li ustanovení článků 16 a 18 zákona ČLR o rozhodčím řízení podrobněji, v Číně je přípustné podrobit se pouze rozhodčímu řízení před stálým rozhodčím soudem. Rozhodčí řízení ad hoc není povoleným způsobem řešení sporů a to i přesto, že v čínské právní úpravě není nikde výslovně zakázáno.[7] Nicméně je zde ponechána široká volnost stran, kde a jakému rozhodčímu řízení se podrobí v zahraničí. Toto ustanovení tedy zavání čínským strachem z rozhodčího řízení ad hoc realizovaného na čínské půdě.

Kamenem problému je ustanovení článků 16 a 18 zákona ČLR o rozhodčím řízení. V souladu s článkem 16 jsou podstatnými náležitostmi rozhodčí smlouvy:

- **souhlas stran podrobit se rozhodčímu řízení;**

- **vymezení okruhu právních vztahů, na které se vztahuje;**

- **určení rozhodčího soudu.**

---

[5] Aglionby, A. Arbitration Outside China: the Alternatives. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 676.

[6] Tao, Jingzhou. Arbitration Law And Practice In China. Kluwer Law International, 2004, 331 s. ISBN 90-411-2237-0, str. 55.

[7] Wenying, Wang. Distinct Features of Arbitration in China: *An Historical Perspective*. Journal of International Arbitration 23(1), 2006, str. 54; dále také Mo, John. Probing the Uniformity of the Arbitration System in the PRC. Journal of International Arbitration 17(3), 2000, str. 29; Aglionby, A. Arbitration Outside China: the Alternatives. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 675-676.

Právě třetí předpoklad je nešťastným problémem. Zde z ustanovení zákona se má na mysli stálý rozhodčí soud (v čínštině 仲裁委员会 „zhongcai weiyuanhui“, podíváme-li se do anglického překladu „arbitration commission“), čímž je vyloučeno rozhodčí řízení ad hoc, kdy by si strany samy zvolily jednoho či více rozhodce pro vyřešení konkrétního sporu. V tomto směru čínské právo omezuje volbu stran podrobit se rozhodčímu řízení ad hoc a pro západně smýšlející právníky má toto omezení nevýznamný zásah do autonomie vůle stran. Nicméně záměrem Číny je pravděpodobně dohled „nad vším co se na čínském teritoriu děje“ (tj. praktický příklad tzv. jurisdikční doktríny), proto se upřednostňují instucionalizovaná rozhodčí řízení podléhající centrálnímu zřízení[8] (tj. registrace rozhodčího soudu). Z čínského pohledu se v době přijetí zákona nejednalo o nic atypického, že by se nad tím někdo v té době pozastavoval. Na druhé straně v druhé polovině 90. let minulého století byly dány impulsy k tomu, aby byl dán prostor k ad hoc arbitráži v Číně alespoň ve sporech mezi stranami ze zahraničí, nicméně však neúspěšně (blíže viz následující kapitola).

Zahraniční straně může úprava v článku 16 „vzít vítr z plachet“. Představme si situaci, že čínská a zahraniční strana si v rozhodčí doložce zvolí rozhodčí řízení ad hoc v Pekingu a strany si samy ustanoví tři rozhodce. Z ustanovení článku 16 tedy vyplývá, že rozhodčí smlouva nesplňuje náležitosti na ni kladené. Pokud se chceme podrobněji zabývat otázkou, zda je taková rozhodčí smlouva automaticky neplatná ex tunc, musíme nahlédnout do podpůrného ustanovení v článku 18.

Suplementárním ustanovením k článku 16 je pro případ nejasnosti nebo neúplnosti rozhodčí smlouvy článek 18. Tento článek umožňuje stranám dodatečně se dohodnout na stálém rozhodčím soudu v případě, že se na něm v rozhodčí smlouvě opomněly shodnout, nebo dané ujednání o rozhodčím soudu je zatíženo vadou nejasnosti. V takovém případě je stranám ponechána volnost dohodnout se na chybějících, či vadných náležitostech rozhodčí smlouvy v podobě dodatečného ujednání. V případě, že se strany dodatečně nedohodnou, tak se považuje rozhodčí smlouva za neplatnou.[9]

Domníváme se, že takové ustanovení je vstřícným krokem pro strany rozhodčího řízení, neboť v případném pochybení není rozhodčí smlouva automaticky neplatná, ale stranám je ponechána možnost napravit nejasnosti v rozhodčí smlouvě. Z ustanovení článku 18 vyplývá, že pokud se strany

[8] Článek 10 zákona ČLR o rozhodčím řízení.

[9] Tao, Jingzhou – von Wunschheim, C. Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions. 23 Arbitration International, No. 2, LCIA 2007, str. 311-312; Yuen, Peter. Arbitration Clauses in a Chinese Context. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 587; Thorp, P. The PRC Arbitration Law: Problems and Prospects for Amendment. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 608-609.

nedohodly v rozhodčí smlouvě na rozhodčí instituci, tak se na ni mohou dodatečně dohodnout. Proto v této situaci zastáváme názor, že v případě, že se strany dohodnou na rozhodčím řízení ad hoc, nicméně dodatečně se dohodnou na rozhodčím soudu, tak tímto je rozhodčí smlouvě ponechána platnost.

Čína nemá specifické výhrady k rozhodčímu řízení ad hoc, pouze jej nepřipouští na čínském teritoriu a důvodem není nic jiného, než stará čínská tradice urovnávání sporů před stálou rozhodčí institucí. Tato tradice se tedy rovněž promítá do současného zákona o rozhodčím řízení a je více než pravděpodobné, že se ještě několik let udrží, než na čínské zákonodárce dopadne trend liberalizace.

3. NEPLATNOST ROZHODČÍ SMLOUVY O AD HOC ARBITRÁŽI V ČÍNĚ Z POHLEDU JURISDIKČNÍ DOKTRÍNY

V souladu s čínskou praxí je odpověď jasná: rozhodčí smlouva o ad hoc arbitráži realizované v Číně je neplatná. Taková smlouva bude neplatná, ať se jedná o ujednání mezi stranami oběma pocházejícími z Číny (vnitrostátní rozhodčí řízení), nebo mezinárodní rozhodčí řízení: jedna strana pochází ze zahraničí, obě strany jsou ze zahraničí, nebo je dán mezinárodní prvek jinak. Zastáváme názor, že Čína uznává pouze mezinárodní prvek v rozhodčím řízení, který je dán absolutně, tj. objektivními předpoklady:[10] [11]

- v subjektu vztahu: strany mají vazbu na různé právní řády– mají sídlo, bydliště, místo podnikání na území jiného státu nebo byly zřízeny podle jiného práva;

- v nepřímém předmětu: předmět právního vztahu se nachází na území jiného státu;

- v činnosti: smlouva má převažující část plnění v jiném státě, než je místo společného sídla stran, jednání se událo na území jiného státu apod.

V případě, že si strany ujednají v rozhodčí smlouvě, že se podřídí ad hoc arbitráži na území Číny, vymezíme zde šest situací, jež mohou v praxi nastat:

---

[10] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 44.

[11] V roce 1992 vydal Nejvyšší soud ČLR „Posudek“ (*Opinions of the NSC relating to Several Issues Arising from the Application of the CPL 1991*), ve kterém definoval spor s mezinárodním prvkem: *„jedná se o spor, kde jedna nebo obě strany jsou zahraničními státními příslušníky, nebo osobami bez státní příslušnosti, zahraničními společnostmi nebo organizacemi, nebo kde došlo ke vzniku, změně nebo zániku právní skutečnosti v zahraničí, nebo předmět sporu se nachází mimo Čínu“*.

3.1 VNITROSTÁTNÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ + NEEXISTUJE VOLBA ROZHODNÉHO PRÁVA.

Obě strany rozhodčí smlouvy pocházejí z Číny, dohodnou se na ad hoc arbitráži v Číně a nestanoví si právo rozhodné. Taková rozhodčí smlouva je neplatná podle místa rozhodčího řízení, tj. čínského práva. Ad hoc arbitráž není v souladu s čínským právem.

3.2 VNITROSTÁTNÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ + VOLBA ZAHRANIČNÍHO PRÁVA JAKO PRÁVA ROZHODNÉHO.

Obě strany pocházejí z Číny, dohodnou se na ad hoc arbitráži v Číně a jako právo rozhodné si v rozhodčí smlouvě určí cizí právo. Taková rozhodčí smlouva bude pokládána za neplatnou, neboť se jedná o čistě tuzemský spor mezi čínskými státními příslušníky. Existuje zde vazba pouze na jeden právní řád, tj. čínské právo. Volba cizího rozhodného práva bude považována za umělé vytvoření zahraničního prvku. Tímto je Čína zastáncem jurisdikční doktríny. Podstatou této doktríny je pravomoc státu kontrolovat a regulovat veškerá rozhodčí řízení realizovaná na teritoriu daného státu.[12]

3.3 MEZINÁRODNÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ DOMÁCÍ + NEEXISTUJE VOLBA ROZHODNÉHO PRÁVA.

Jedna strana pocházející z Číny a druhá ze zahraničí (popř. je dán mezinárodní prvek jinak) si ujednají ad hoc arbitráž v Číně a neurčí rozhodné právo. Platnost rozhodčí smlouvy bude posuzována podle práva lex arbitri, tj. závěr bude totožný jako v bodě 1.

3.4 MEZINÁRODNÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ DOMÁCÍ + VOLBA ZAHRANIČNÍHO PRÁVA JAKO PRÁVA ROZHODNÉHO.

Čínská strana a strana ze zahraničí (popř. je dán mezinárodní prvek jinak) se dohodnou na ad hoc arbitráži a zvolí si zahraniční právo jako právo rozhodné. V našem názorném případě bude ad hoc rozhodčí doložka neplatná z důvodu, že takový způsob řešení sporů je v rozporu s právem státu, kde se má rozhodčí řízení konat. Čínský soud tedy popře autonomii vůle stran a bude bezvýhradně aplikovat čínské právo. Tady se opět důrazně prosadí jurisdikční doktrína ve vztahu ke kontrole všech rozhodčích řízení na čínském území. Zde se rovněž domníváme, že se může jednat o „speciální personální“ jurisdikční doktrínu Číny aplikovatelnou na čínské příslušníky.

3.5 MEZINÁRODNÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ DOMÁCÍ + STRANY SI V ROZHODČÍ SMLOUVĚ NEUJEDNAJÍ ROZHODNÉ PRÁVO +

[12] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 55-56.

DELOKALIZACÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ VZNIKÁ VAZBA NA ČÍNSKÉ PRÁVO JAKO ROZHODNÉ PRÁVO.

Dvě zahraniční strany se podrobí ad hoc arbitráži v Číně a neurčí právo rozhodné v rozhodčí smlouvě. Tady nastává obdobná situace jako v bodě 1 a 3.

3.6 MEZINÁRODNÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ DOMÁCÍ + VOLBA ZAHRANIČNÍHO PRÁVA JAKO PRÁVA ROZHODNÉHO + DELOKALIZACE ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ DO ČÍNY.

Dvě strany za zahraničí se dohodnou na ad hoc rozhodčím řízení v Číně a jako právo rozhodné si zvolí zahraniční právo. V tomto případě by ve srovnání se situací v bodě 4 mohlo být ad hoc rozhodčí řízení realizováno nejpravděpodobněji. Rovněž přihlédneme-li k tomu, že strany pocházejí za států, jejichž vnitrostátní právo umožňuje ad hoc arbitráž a taktéž rozhodné právo. Nicméně zde není jisté, zda čínský soud uzná volbu rozhodného práva.

Přikláníme se k názoru, že Čína prosazuje značně autoritativní přístup a ve spojení s jurisdikční doktrínou nerespektuje autonomii vůle stran ohledně volby rozhodného práva ve sporech s mezinárodním prvkem s vazbou na Čínu pouze jako na místo rozhodčího řízení.

Shrneme-li si jednotlivé situace, dospějeme k závěru, že v případě ad hoc rozhodčího řízení s mezinárodním prvkem (mezinárodní rozhodčí řízení), kdy si strany zvolí místo rozhodčího řízení v Číně a zahraniční právo jako rozhodné právo, tak by čínský soud měl posoudit platnost rozhodčí smlouvy podle zahraničního práva.[13] Nicméně se jedná o teoretickou hypotézu, kterou zatím čínské soudy jasně nepotvrdily. Problémem je to, že Čína zastává silný jurisdikční přístup. A proto se v praxi čínské soudy velice těžko vypořádávají s autonomií vůle stran v rozhodčí smlouvě ohledně volby rozhodného zahraničního práva. Rozhodnutí čínských soudů se v této otázce značně rozcházejí.[14]

Otázkou se zabýval Nejvyšší soud Čínské lidové republiky. Podle něj jsou rozhodčí smlouvy, ve kterých se strany podrobují rozhodčímu řízení ad hoc, neplatné v souladu s čínským právem. Tímto Nejvyšší soud potvrdil čínskou právní úpravu, která zakazuje rozhodčí řízení ad hoc na čínském teritoriu bez výjimky. Příkladem je nedávné rozhodnutí ve věci People`s Insurance Company of China, Guangzhou Branch v. Guangdong Guanghe Power Co. Ltd. (2003). Rozhodčí řízení ad hoc nejsou povoleným způsobem řešení

[13] Zhou, Jian. Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration. Journal of International Arbitration 23 (2), 2006, str. 166.

[14] Ibid., str. 166-167.

sporů v Číně. Tímto tedy všechna rozhodčí řízení realizovaná na čínském teritoriu – ať je, či není právem rozhodným čínské právo – by měla být bez výjimky institucionální.[15]

V roce 2003 vydal Nejvyšší soud ČLR návrh „Ustanovení týkajících se případů rozhodčího řízení se zahraničním prvkem a cizích rozhodčích řízení projednávaných před lidovými soudy", kde je v článku 27 připuštěna výjimka pro rozhodčí řízení ad hoc v Číně za předpokladu, že:[16]

- **všechny strany rozhodčí smlouvy pocházejí ze států, které jsou smluvními státy Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, a**

- **vnitrostátní právo těchto stran nezakazuje rozhodčí řízení ad hoc.**

Druhý důvod tedy vylučuje možnost ujednání platné rozhodčí smlouvy o rozhodčím řízení ad hoc v Číně mezi stranami, kdy jedna pochází z Číny a druhá ze zahraničí (podle našeho scénáře uvedeného výše by tato ustanovení Nejvyššího soudu ČLR byla aplikovatelná pouze na případy mezinárodní arbitráže vymezené v bodě 5 a 6). Pokud by byl tento návrh přijat, byla by to jediná možnost, jak by mohlo být realizováno rozhodčí řízení ad hoc v Číně, nicméně vázáno na podmínku, že obě strany sporu pochází mimo Čínu a ze zemí, jejichž vnitrostátní právo umožňuje ad hoc arbitráž. Na tomto místě je navýsost vhodné zmínit, že k dnešnímu dni je tento návrh zapomenutým řešením. Proto je na čínském území realizovatelnost rozhodčího řízení ad hoc zatím bez výjimky nepřípustná.

Vzhledem k tomu, že by přijetím výše zmiňovaného návrhu existovala malá možnost, že by měly strany pocházející ze zahraničí zájem na konání ad hoc arbitráže v Číně, tak lze rovněž podle některých autorů[17] vyvodit závěr, že článek 27 přímo směřuje k rozhodčímu řízení ad hoc v zahraničí za předpokladu, že se jedna strana domáhá před čínskými soudy ad hoc rozhodčího nálezu proti straně pocházející z Číny. V takovém případě by čínský soud mohl prohlásit, že je rozhodčí smlouva neplatná a tak odmítnout výkon takového rozhodčího nálezu i přesto, že je rozhodčí smlouva podle rozhodného práva platná.[18]

---

[15] Brock, D. – Chua, Eu Jin – Sanger, K. What to expect from arbitration in China. International Financial Law Review, Supplement – The IFLR Guide to China 2004, July 2004. Dostupné z: http://www.iflr.com/Article/2026602/What-to-expect-from-arbitration-in-China.html; Chua, Eu Jin. Arbitration in China. Asian International Arbitration Journal (AIAJ), Vol. 1, No. 1, 2005, str. 86.

[16] Ibid.

[17] Ibid.

[18] Ibid.

Podíváme-li se do novější „legislativy" Nejvyššího soudu ČLR, článku 16 „Soudních výkladů Nejvyššího soudu ČLR" z roku 2006[19], tak ve věcech rozhodčích smluv s cizím prvkem se platnost posuzuje podle práva zvoleného stranami. V případě, že se strany nedohodly na rozhodném právu, tak se posuzuje platnost rozhodčí smlouvy podle místa rozhodčího řízení (lex arbitri); pokud se strany nedohodly na rozhodném právu, ani na místě rozhodčího řízení, nebo takové určení není určité, použije se právo místa soudu (lex fori). Nejvyšší soud ČLR tímto potvrdil princip obsažený v článku V odst. 1 písm. a) Newyorské úmluvy. Takový krok není nadbytečný vzhledem k tomu, že tyto interpretační zdroje Nejvyššího soudu jsou běžně adresovány místním soudům.[20]

Teoreticky by v souladu s čínským právem mělo být rozhodčí řízení ad hoc ve sporech s cizím prvkem přípustné; doposud však žádné rozhodčí řízení ad hoc v Číně s rozhodným zahraničním právem realizováno nebylo. I přesto však není jisté, zda čínský soud uzná volbu rozhodného práva v rozhodčí doložce o ad hoc arbitráži realizované v Číně.[21]

4. EXISTUJE MOŽNOST? AD HOC ROZHODČÍ ŘÍZENÍ V HONGKONGU ANEB PROLOMENÍ JURISDIKČNÍ DOKTRÍNY

Na druhé straně se strany mohou vyhnout komplikacím spojeným s rozhodčím řízení ad hoc v Číně tím, že se jednoduše podrobí arbitráži ad hoc v Hongkongu (Zvláštní administrativní oblast Čínské lidové republiky Hongkong).[22] Zejména pokud strany sporu působí ve významných čínských ekonomických oblastech okolo Hongkongu, tak se mohou snadno vyhnout ustanovení článku 16 čínského zákona o rozhodčím řízení a vyřešit svůj spor v ad hoc arbitráži v Hongkongu, který takovéto řízení umožňuje.[23]

---

[19] *Judicial Interpretations on Several Issues Relating to the Application of the Arbitration Law* (8. 9. 2006). Fa Shi [2006] No. 7. Dostupné z: http://www.fdi.gov.cn/pub/FDI_EN/Laws/default_new.jsp .

[20] Tao, Jingzhou – von Wunschheim, C. Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions. 23 Arbitration International, No. 2, LCIA 2007, str. 314.

[21] Zhou, Jian. Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration. Journal of International Arbitration 23 (2), 2006, str. 167.

[22] Pramenem rozhodčího řízení v Hongkongu je *Arbitration Ordinance – Chapter 341*.

[23] Je to dáno tím, že se Čína řadí ke státům s několika rozdílnými právními systémy. „Pevninská" Čínská lidová republika, Hong Kong a Macao mají svůj vlastní právní systém a jsou odkázány na svou vlastní právní úpravu. To je důsledkem politiky *„jedna země, dva systémy"* po návratu Hongkongu a Macaa pod správu Číny v roce 1997, resp. 1999. Ústavními základy budoucího uspořádání Hongkongu a Macaa se stal tzv. Základní zákon Zvláštní administrativní oblasti Čínské lidové republiky Hongkong, přijatý v roce 1990, a tzv. Základní zákon Zvláštní administrativní oblasti Čínské lidové republiky Macao, přijatý

V této souvislosti nesmíme opomenout zmínit jednu význačnou skutečnost. Vzhledem k tomu, že se v důsledku politiky „jedna země, dva systémy" nahlíží na Hongkong jako na zahraničí, tak pokud se dvě strany pocházející z Číny dohodnou v rozhodčí smlouvě na ad hoc rozhodčím řízení v Hongkongu (z důvodu, že v samotné Číně je zakázáno), tak čínské právo neumožňuje čistě tuzemským sporům mezi čínskými osobami podřídit se arbitráži v zahraničí. Článek 128 Contract Law[24] říká, že strany smlouvy s existujícím cizím prvkem se mohou podřídit rozhodčímu řízení u čínské rozhodčí instituce (中国仲裁机构 „Zhongguo zhongcai jigou", „Chinese arbitration institution"), nebo u jakékoliv jiné rozhodčí instituce ujednané v platné rozhodčí smlouvě (其他仲裁机构 „qita zhongcai jigou", „any other arbitration institution"). Mnoho odborníků z toho tedy vyvozuje, že pokud smlouva postrádá cizí prvek (to znamená absolutně– objektivně ─ daný mezinárodní prvek, nepřipouští se mezinárodní povaha řízení za účelem delokalizace rozhodčího řízení, tj. relativní mezinárodní prvek), tak strany se mohou podrobit arbitráži pouze v pevninské Číně.[25]

Teoreticky by arbitráž v Hongkongu mohla proběhnout, ale ohrožen by mohl být proces uznání a výkonu rozhodčího nálezu před čínským soudem. Čínský soud by mohl odmítl výkon takového rozhodčího nálezu z důvodu delokalizace rozhodčího řízení, tj. umělého vytvoření zahraničního prvku přenesením sporu do Hongkongu (tzv. relativní mezinárodní povaha řízení[26]) a vyslovit neplatnost takové rozhodčí smlouvy. Konkrétní případ by si vyložil jako obcházení čínského zákona (existující vazba pouze na čínský právní řád[27]) a argumentoval by rozporem s čínským veřejným pořádkem (v souladu s článkem 7 Ujednání o vzájemném výkonu

---

v roce 1993. Oba tyto základní zákony upravují totožně v článku 1, že Hongkong a Macao tvoří nezcizitelnou část Čínské lidové republiky. Obě zvláštní administrativní oblasti pokračují ve výkonu nezávislé zákonodárné, soudní moci a v udržení své prosperity a stability. IN: Huang, J. – Xuefend Qian, A. "One Country, Two Systems," Three Law Families, and Four Legal Regions: the Emerging Inter-regional Conflict of Law in China. 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 289 1994-1995.

[24] Contract Law of the People`s Republic of China (1999).

[25] Yuen, Peter. Arbitration Clauses in a Chinese Context. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 584-585; Johnston, G. Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems. *A Practical Introduction for Businesses.* Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 566-567.

[26] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 44.

[27] Yuen, Peter. Arbitration Clauses in a Chinese Context. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 584, pozn. 4. Dále také Johnston, G. Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems. *A Practical Introduction for Businesses*. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 568.

rozhodčích nálezů mezi Čínou a Zvláštní administrativní oblastí ČLR Hongkong[28]).

Mezi Čínou a Hongkongem se nemohou použít ustanovení Newyorské úmluvy o uznání a výkonu rozhodčích nálezů. V rámci trendu vzájemné justiční spolupráce – po roce 1997 po navrácení Hongkongu zpět Číně – bylo 21.6.1999 přijato výše jmenované Ujednání. Ujednání se výslovně nezmiňuje o rozhodčích nálezech vydaných v ad hoc rozhodčím řízení, a proto mohla tato otázka narazit na rozdílný výklad v Číně a Hongkongu.

Případným domněnkám bylo učiněno za dost až po osmi letech, kdy se hongkongská strana oficiálně dotázala Nejvyššího soudu ČLR, zda jsou rozhodčí nálezy vydané v rozhodčím řízení ad hoc v Hongkongu vykonatelné v Číně. Ve své odpovědi se Nejvyšší soud ČLR vyjádřil 25. 10. 2007 pozitivně a potvrdil, že rozhodčí nálezy ad hoc jsou vykonatelné v Číně (v článku 7 jsou taxativně vymezuje důvody pro odepření výkonu rozhodčího nálezu, jež jsou srovnatelné s důvody v článku V Newyorské úmluvy).[29]

V průběhu psaní tohoto příspěvku jsme se dostali k zajímavým záznamům: v současné době neexistuje žádná evidence toho, že by čínský soud odmítl uznat rozhodčí řízení v Hongkongu v domácích (čínských) sporech; bohužel však nemáme přístup k jednotlivým případům, proto nemůžeme uvést, zda některé z rozhodčích řízení bylo realizováno ve formě ad hoc (na tomto místě se však domníváme, že vzhledem k trendu upřednostnění stálých rozhodčích soudů čínskými stranami z důvodu neznalosti ad hoc arbitráže zde existuje nulová šance). Nejvyšší soud ČLR se ve svých výkladech z roku 2006 o této situaci nezmiňuje.[30] Jak jsme se již v předešlé kapitole zmínili, Nejvyšší soud ČLR se v roce 2006 zabýval platností rozhodčích smluv s cizím prvkem a potvrdil, že by platnost rozhodčí smlouvy měla být posuzována podle práva zvoleného stranami (princip obsažený v článku V odst. 1 písm. a) Newyorské úmluvy). Ne jak je pro čínské soudy typické

---

[28] *Arrangement concerning Mutual Enforcement of Arbitral Awards between the Mainland and the Hong Kong Special Administrative Region* (Shenzhen, 21.6.1999). Rovněž bylo 30. 10. 2007 přijato Ujednání o vzájemném uznávání a výkonu rozhodčích nálezů mezi Čínou a Zvláštní administrativní oblastí ČLR Macao (*Arrangement between Mainland and the Macau Special Administrative Region on Reciprocal Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*).

[29] Lau, Dave. Enforcement of Hong Kong Ad Hoc Arbitral Awards in Mainland China. Spring 2008, *International Disputes Quarterly*. Dostupné z: http://www.whitecase.com/idq/spring_2008_5/.

[30] Počet takových sporů vzrostl z 5 v roce 2000 na 18 v roce 2006. IN: Johnston, G. Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems. *A Practical Introduction for Businesses*. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007, str. 568, pozn. 14.

posuzovat platnost výhradně podle práva lex fori, tedy čínského práva bez toho, aniž by se hledělo na smluvní ujednání stran.

Výše zmiňovaná skutečnost je odrazem toho, jak je právní úprava rozhodčího řízení v Číně nejasná a mezerovitá. Čínské soudy se v nepřeberném množství výkladů a dalších opatření Nejvyššího soudu ČLR ztrácejí.

Za těchto okolností jsme tedy svědky prolomení jurisdikční doktríny ve prospěch smluvní doktríny ve sporech mezi dvěma stranami pocházejícími z Číny, které se v rozhodčí smlouvě dohodnou na arbitráži v Hongkongu. Jediným předpokladem je, že si strany v rozhodčí smlouvě výslovně neurčí čínské právo jako rozhodné právo, podle něhož je ad hoc rozhodčí smlouva v rozporu se zákonem. Smluvní doktrína[31] zaručuje stranám autonomii a rozhodčí smlouvu jako pilíř rozhodčího řízení. Strany samy ovlivňují svou volbou druh rozhodčího řízení (ad hoc, institucionální), místo řešení sporu a rozhodné právo.

Pokud se k dané problematice nevyjádří sám Nejvyšší soud ČLR, tak bude s největší pravděpodobností pokračovat trend výkonu rozhodčích nálezů z Hongkongu v čistě tuzemských sporech. Smluvní doktrína bude tedy čínskými soudy do té doby přípustná.

5. ZÁVĚR

Tento příspěvek si v úvodu položil dva cíle: rozebrat nemožnost realizace ad hoc arbitráže v Číně z důvodu vlivu jurisdikční doktríny a poukázat na jeden specifický případ, který je náznakem prolomení této doktríny ve prospěch smluvní doktríny. Na tomto místě si vytyčené problémy shrneme.

V souladu s článkem 16 zákona ČLR o rozhodčím řízení je rozhodčí smlouva o ad hoc arbitráži realizované na čínském teritoriu neplatná bez ohledu na to, jestli se jedná o vnitrostátní rozhodčí řízení nebo mezinárodní rozhodčí řízení domácí, a to bez ohledu na to, zda je, či není právem rozhodným pro rozhodčí smlouvu čínské právo. V případě ad hoc mezinárodního rozhodčího řízení, kdy si strany v rozhodčí smlouvě zvolí místo rozhodčího řízení v Číně a zahraniční právo jako rozhodné právo, by čínský soud měl posoudit platnost rozhodčí smlouvy podle zahraničního práva (v takovém duchu se rovněž vyjádřil Nejvyšší soud ČLR, což je v souladu s ustanovením článku V odst. 1 písm. a) Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, jejíž smluvním státem je Čína). Kamenem nejistoty však zůstává, zda čínský soud uzná volbu rozhodného práva v ad hoc arbitráži; praxí totiž zůstává, že se v tomto případě čínské soudy obtížně vypořádávají s autonomií vůle stran. Teoreticky by mělo být rozhodčí řízení ad hoc ve sporech s cizím prvkem přípustné. Jedná se však o

[31] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 55-56.

teoretickou hypotézu, kterou zatím čínské soudy jasně nepotvrdily. Jedno je však jisté, doposud žádné rozhodčí řízení ad hoc v Číně s rozhodným zahraničním právem realizováno nebylo.

Specifickou situací je postoj čínských soudů k výkonu rozhodčích nálezů z Hongkongu v čistě čínských sporech. Na Hongkong se v důsledku politiky „jedna země, dva systémy" hledí jako na zahraničí. V případě rozhodčího řízení mezi dvěma stranami pocházejícími z Číny, které si lokalizují ad hoc arbitráž do Hongkongu, by následně mohl být ohrožen proces uznání a výkonu rozhodčího nálezu před čínským soudem (odůvodnění: tzv. relativní mezinárodní povaha řízení, obcházení čínského zákona existující vazba pouze na čínský právní řád, rozpor s čínským veřejným pořádkem). Nicméně praxe je jiná. V současné době neexistuje žádná evidence toho, že by čínský soud odmítl vykonatelnost rozhodčího nálezu vydaného v Hongkongu v domácích čínských sporech. Tímto dochází k prolomení jurisdikční doktríny ve prospěch smluvní doktríny. Předpokladem však je, že si strany v rozhodčí smlouvě výslovně neurčí čínské právo jako rozhodné právo.

Do budoucna bude navýsost zajímavé sledovat, jak se čínská legislativa a soudy budou vypořádávat s ad hoc arbitráží na čínském území. Domníváme se, že časem dopadne na Čínu trend liberálního přístupu k ad hoc arbitráži. Rovněž postoj čínských soudů k rozhodčím nálezům z Hongkongu v čistě čínských sporech by mohl být krokem k tomu, že Čína bude připouštět volbu rozhodného zahraničního práva v ad hoc rozhodčím řízení na čínském území.

Literature:

- Aglionby, A. Arbitration Outside China: the Alternatives. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007.
- Brock, D. – Chua, Eu Jin – Sanger, K. What to expect from arbitration in China. International Financial Law Review, Supplement – The IFLR Guide to China 2004, July 2004. Dostupné z: http://www.iflr.com/Article/2026602/What-to-expect-from-arbitration-in-China.html.
- Harpole, S. A. Factors Affecting the Growth (or Lack Thereof) of Arbitration in the Asia Region. Journal of International Arbitration 20(1), 2003.
- Huang, J. – Xuefend Qian, A. "One Country, Two Systems," Three Law Families, and Four Legal Regions: the Emerging Inter-regional Conflict of Law in China. 5 Duke J. Comp. & Int'l L. 289 1994-1995.

- Chua, Eu Jin. Arbitration in China. Asian International Arbitration Journal (AIAJ), Vol. 1, No. 1, 2005.
- Johnston, G. Bridging the Gap Between Western and Chinese Arbitration Systems. A Practical Introduction for Businesses. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007.
- Lau, Dave. Enforcement of Hong Kong Ad Hoc Arbitral Awards in Mainland China. Spring 2008, International Disputes Quarterly. Dostupné z: http://www.whitecase.com/idq/spring_2008_5/.
- Lew, J. D. M. – Mistelis, L. A. – Kröll, S. M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Mo, John. Probing the Uniformity of the Arbitration System in the PRC. Journal of International Arbitration 17(3), 2000.
- Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008.
- Rubino-Sammartano, M. International arbitration law and practice. 2. vyd. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Tao, Jingzhou. Arbitration Law And Practice In China. The Hague: Kluwer Law International, 2004.
- Tao, Jingzhou – von Wunschheim, C. Articles 16 and 18 of the PRC Arbitration Law: The Great Wall of China for Foreign Arbitration Institutions. 23 Arbitration International, No. 2, LCIA 2007.
- Thorp, P. The PRC Arbitration Law: Problems and Prospects for Amendment. Journal of International Arbitration 24(6), 2007.
- Wenying, Wang. Distinct Features of Arbitration in China: An Historical Perspective. Journal of International Arbitration 23(1), 2006.
- Yuen, Peter. Arbitration Clauses in a Chinese Context. Journal of International Arbitration 24 (6), 2007.

- Zhou, Jian. Arbitration Agreements in China: Battles on Designation of Arbitral Institution and Ad Hoc Arbitration. Journal of International Arbitration 23 (2), 2006.

Contact – email
veronikahradil@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZHODČÍ VEŘEJNÁ NABÍDKA JAKO NOVÝ INSTRUMENT PRO ŘEŠENÍ DOMÉNOVÝCH SPORŮ V ČESKÉ REPUBLICE ANEB PROBLÉMY AUTONOMIE VŮLE V KYBERPROSTORU

TOMÁŠ HÜLLE

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract
The contribution is focused on the public arbitration offer as a new instrument for the national domain name dispute resolution through arbitration proceeding. This instrument was strongly criticized from the beginning of its existence and the discussion about its future has been becoming more and more current. The most criticized is especially the fact that the autonomy of the will is strongly weakened when this instrument is applied, especially the will to subordinate the dispute to the arbitration. The most important argument for this statement is the impossibility of the party to choose different contractual party. The contribution summarizes ideas on this matter and provide us with analysis of the current courts ruling which leads to the de lege ferenda proposals on the future of this dispute resolution procedure. Simultaneously, it critically evaluates the domain names dispute resolution through arbitration and especially focuses on the critical point of the autonomy of the will to solve the dispute by the arbitration.

Key words
Domain name disputes; Public arbitration offer; Autonomy of the will; Arbitration.

Úvod do problému

Rozhodčí řízení se stává s postupem času více a více populárním pro řešení sporů mezi stranami a zasahuje tak jak oblasti překvapivé, tak i zcela nově objevené. Do druhé z obou zmíněných kategorií patří i problematika, které bude věnován tento příspěvek. Jedná se o oblast sporů vzniklých z doménových jmen. Příspěvek si klade za cíl zejména nastínit možnosti rozhodčího řízení v této oblasti a analyzovat nově vzniklý institut spojený s tímto předmětem, tj. veřejnou rozhodčí nabídku. Cílem by tak mělo být vyjádření názoru na možnost užití veřejné rozhodčí nabídky v současné podobě v doménových sporech.

Obsáhnout do jednoho článku komplexně celou problematiku doménových sporů, jejich řízení a moci tak i popsat jednotlivé kroky a aspekty této oblasti práva informačních technologií přesahuje možný rámec tohoto příspěvku. I tak je však třeba velice stručně zmínit, že se jedná o oblast velice novou, která není v českém akademickém prostředí dostatečně

popsána[1]. Je to způsobeno tím, že domény vznikaly až se zavedením internetu a tak nebylo třeba dříve tuto problematiku upravovat. Na počátku dokonce nebylo zcela jasné, co doména vůbec představuje[2], než se ustálil výklad, že se jedná o relativní právo. I dnes se názory výrazně rozcházejí a mnoho praktiků stále hovoří o vlastnictví doménového jména. To nemůže být samozřejmě akceptovatelné, jelikož proces registrace domény je sice obdobný registraci kupříkladu ochranné známky, ale ve srovnání s tímto právním instrumentem je doménové jméno odlišné povahy a mnohem snadněji napadnutelné. Veškeré spory z doménových jmen se vedou na základě silnějšího práva ve srovnání s ochrannou známkou, kde se většinou napadá proces registrace nebo nekalosoutěžní zásah do práv žalujícího[3]. Z pohledu procesního se tak jedná o řízení správní, resp. soudní. Je třeba podotknout, že v první instanci v tomto případě rozhoduje krajský soud. Obdobně je tomu i v případě doménových sporů, které v první instanci rozhoduje taktéž krajský soud na základě §9 odst. 2 písm. l) - o)[4]. Dalším problémem, jak ostatně vyplývá i z dříve popsané povahy doménového jména, je skutečnost, že proces registrace funguje na principu „First come, first served“, což znamená, že právo bude příslušet subjektu, který jako první o registraci registrátora požádá. Je nutno rovněž podotknout, že v současné době se neklade na registrátora povinnost tuto registraci jakýmkoliv způsobem přezkoumávat z pohledu právního.

Pro českou doménu prvního stupně se v posledních několika letech[5] prosazuje praxe poněkud odlišná. Byl vytvořen institut veřejné rozhodčí nabídky pro všechny smlouvy uzavřené se zájmovým sdružením právnických osob CZ.NIC (dále jen CZ.NIC). Hlavním cílem tohoto sdružení je provozování registru doménových jmen .cz a zabezpečení provozu domény nejvyšší úrovně cz[6]. Sdružení CZ.NIC je na území České republiky jediným subjektem, který je oprávněn tyto služby poskytovat.

---

[1] Jako výjimka snad mohou sloužit publikace Pelikánová, R., Čermák, K.: *Právní aspekty doménových jmen*. Praha: Linde, 2000, Smejkal, V.: *Právo informačních a telekomunikačních systémů*. 2.vydání, Praha: C.H.Beck, 2004 nebo Polčák, R.: *Právo na internetu: spam a odpovědnost ISP*. Brno: Computer Press, 2007.

[2] Viz. IT právo: Sehnálek, D.: *Právní povaha doménového jména* [citováno 14.října 2009]. Dostupné z: http://www.itpravo.cz/index.shtml?x=132115

[3] Horáček, R., Macek, J.: *Sbírka správních a soudních rozhodnutí ve věcech průmyslového vlastnictví*. Praha: C.H.Beck, 2007.

[4] Tento výčet je samozřejmě jen demonstrativní, protože napadat relativní právo k doménovému jménu lze z jakýchkoliv důvodů. Většina sporů je však odůvodněna právě porušováním práv zmíněných pod těmito písmeny.

[5] První známky jsou z roku 2003, ale až od roku 2007 dochází k většímu uplatnění tohoto institutu.

[6] Více viz. *CZ.NIC správce domén* on-line zdroj [citováno 17.října 2009]. Dostupné z: http://www.nic.cz/page/351/

V tomto bodě potom vzniká i nejzásadnější problém, protože díky výlučnému postavení CZ.NICu je výrazným způsobem deformován smluvní vztah mezi CZ.NICem a držiteli domén. CZ.NIC má právo vnutit svým smluvním partnerům de facto jakékoliv podmínky a jim nezůstane než tyto podmínky akceptovat (Samozřejmě za předpokladu, že chtějí mít zaregistrovanou doménu .cz). Jak bude popsáno níže, ostatní domény v tomto případě nepředstavují plnou substituci. S ohledem na téma příspěvku je však třeba ponechat úvahu o potenciálním zneužití dominantního postavení v hospodářské soutěži na úvaze čtenáře a soustředit se spíše na aspekty rozhodčího řízení, tj. posouzení platnosti veřejné rozhodčí nabídky jako určité formy rozhodčí smlouvy a možnosti vést na jejím základě rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při AK ČR a HK ČR (dále jen „Rozhodčí soud"). Tato myšlenka je však zajímavá s ohledem na fakt, že autorovi tohoto článku není známo žádné řízení a žádné není obsaženo ani v rejstříku[7] rozhodnutí Úřadu na ochranu hospodářské soutěže (dále jen „UOHS") proti CZ.NICu za zneužití dominantního postavení. Jedná se však o problematiku velice úzce související se všemi smlouvami uzavřené CZ.NICem a zejména potom způsobu jejich řešení prostřednictvím soudního nebo rozhodčího řízení právě na základě rozhodčí smlouvy. V případě pozitivního rozhodnutí UOHS by totiž mohlo dojít k otevření Pandořiny skříňky a masivnímu útoku držitelů domén vůči sdružení na již uzavřené smlouvy. Současně by se dalo rovněž uvažovat o podání návrhu na zrušení rozhodčích nálezů z důvodu neplatnosti dle §31 písm. b) zákona o rozhodčím řízení.

Formy rozhodčích smluv a aplikace na veřejnou rozhodčí nabídku

Pravomoc rozhodčího soudu lze založit několika různými způsoby. Je to prostřednictvím smlouvy o rozhodci nebo rozhodčí doložky. Třetí z forem, která je dle českého práva sporná, je forma tzv. všeobecné ujednání neboli neomezeného kompromisu[8]. Právě tato forma se dle názoru autora tohoto příspěvku velice podobá právě veřejné rozhodčí nabídce, která je specifická následně formou jejího přijetí. Zařadit rozhodčí veřejnou nabídku do kterékoliv z kategorií je i tak nesmírně problematické. Jedná se o smluvní ujednání mezi dvěma subjekty ve vztahu k možným sporům a způsobu jejich řešení prostřednictvím rozhodčího řízení vzniklých v budoucnu mezi jednou ze stran tohoto ujednání a třetím subjektem, který přistoupí na nabídku řešení sporu podmíněnou tímto ujednáním. Ke kterému datu tedy vznikne pravomoc rozhodčího soudu? Je to v momentě sjednání této veřejné rozhodčí nabídky, která zavazuje subjekt podrobit se pravomoci rozhodčího soudu nebo se bude jednat až o moment, kdy třetí strana přijme veřejnou

[7] Internetové stránky *Úřadu na ochranu hospodářské soutěže* on-line zdroj [citováno dne 18.10.2009]. Dostupné z: http://www.compet.cz/hospodarska-soutez/sbirky-rozhodnuti/vyhledavani/

[8] Rozehnalová, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2.vydání Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s.102.

nabídku prostřednictvím zaslání žaloby k rozhodčímu soudu[9]? Za předpokladu, že v další části příspěvku přistoupíme na fakt, že může dojít k rozhodčímu řízení i na základě veřejné rozhodčí nabídky, bude třeba vyřešit i formu tohoto zmocnění. Pro obě výše zmíněné varianty existují silné argumenty, nicméně autor tohoto příspěvku se domnívá, že by se mělo jednat spíše o formu rozhodčí doložky, jelikož pravomoc je založena již závazkem jedné ze stran kontraktu k vedení řízení před rozhodčím soudem. K uplatnění této pravomoci sice nemusí žádný subjekt přistoupit, ale tato nabídka je bezpodmínečná a neodvolatelná, což znamená, že stačí jen ze strany dalšího subjektu tento právní úkon akceptovat. Navíc je třeba argumentovat také faktem, že se jedná o ujednání o řešení sporů v budoucnosti a nejde o ujednání přesně specifikující již vzniklý spor. S argumentem existence „pouhé" oferty je možné se vypořádat prostřednictvím faktu, že k přistoupení ke smlouvě může dojít kdykoliv prostřednictvím vůle jedné ze stran a druhá již nemá žádné právo do této nabídky zasahovat právě na základě smluvního závazku mezi touto stranou a registrátorem. Pakliže by tak učinila, jednalo by se o jednání protiprávní spočívající v porušení smluvní povinnosti. Námitka zániku rozhodčí nabídky současně s odstoupením či jiným ukončením smlouvy mezi registrátorem a Držitelem domény také neobstojí[10], protože v tu chvíli již nebude existovat způsobilý předmět k rozhodčímu řízení vlivem neexistence smlouvy o registraci domény. Problematické by snad mohlo být pouze řízení z pohledu souvisejících nároků jako je náhrada škody či přiměřené zadostiučinění a dalších. Tyto nároky však nejsou stejně v praxi příliš časté v doménových sporech[11]. I přes tyto argumenty se však v případě veřejné rozhodčí nabídky nejedná o podskupinu rozhodčí doložky, ale spíše o samostatný institut sjednávání jedné z forem rozhodčích smluv. Z toho důvodu i předchozí úvahy zřejmě v konečném důsledku dospějí k názoru, že se nebude jednat z pohledu formy o nově vzniklou čtvrtou formu rozhodčích smluv.

Analýza doložky

Hlavním cílem příspěvku nicméně zůstává analýza veřejní rozhodčí nabídky[12]. Její plné znění je dostupné pro všechny k nahlédnutí v článku 2.1

---

[9] Právě tento moment je dle stávající praxe rozhodčího soudu určen jako rozhodný a jako den vzniku dohody mezi oběma stranami.

[10] Zde je třeba upozornit na skutečnost, že dle názoru autora příspěvku zde nebude docházet k aplikaci zásady autonomie rozhodčí smlouvy, jelikož držitel domény nebude již na základě závazku s registrátorem udržovat veřejnou nabídku na vedení rozhodčího řízení a nebude tak zavázán k vedení rozhodčího řízení ve srovnání se situací, kdy je takto povinen jednat dle rozhodčí smlouvy.

[11] Viz. soubor judikatury publikovaný na *CZ.NIC správce domén* on-line zdroj [citováno 18.října 2009]. Dostupné z: http://www.nic.cz/files/nic/doc/Postup_vedeni_sporu_2008.pdf

[12] Velice kriticky k ní bylo vyjádřeno více kupříkladu v článku Trávníčková S.: *Stane se rozhodčí řízení řešením doménových sporů?* Lupa.cz on-line zdroj [citováno dne

Pravidel alternativního řešení sporů, na které je odkazováno z čl. 16.3. Pravidel registrace doménových jmen[13], která je třeba odsouhlasit při akceptaci smlouvy ze strany Držitele domény. Celé znění nabídky je tedy následující:

Držitel se neodvolatelně veřejně podrobuje pravomoci Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky (dále jen „rozhodčí soud"), v rozhodčím řízení před tímto rozhodčím soudem podle zvláštního dodatku Řádu rozhodčího soudu pro rozhodčí řízení on-line zveřejněného v Obchodním věstníku (dále jen „Řád on-line"), a to ve věci majetkového sporu, o němž lze uzavřít smír, v němž třetí osoba napadne jakékoliv Doménové jméno Držitele, zařazené v elektronické databázi doménových jmen v národní doméně ccTLD .cz spravované sdružením CZ.NIC, pokud třetí osoba písemně projeví vůči Držiteli vůli podrobit se pravomoci tohoto rozhodčího soudu v dané věci zejména tím, že písemně zahájí takový spor u tohoto rozhodčího soudu v souladu s Řádem on-line. Spor bude rozhodován jediným rozhodcem určeným předsedou rozhodčího soudu. E-mailová adresa Držitele uvedená v záznamu o registraci kteréhokoliv z Doménových jmen, o nichž je veden spor, slouží při vedení řízení on-line pro účely doručování Držiteli.

Jedná se o rozšířenou verzi rozhodčí nabídky, na kterou odkazují Pravidla registrace doménových jmen v článku 15.1. a znějící:

Nedohodnou-li se Držitel a sdružení CZ.NIC na vyřešení vzájemného sporu týkajícího se Doménového jména registrovaného Držitelem, budou takové spory rozhodovány u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky.

Nad rozsah příspěvku je třeba rovněž podotknout, že tyto dvě rozhodčí nabídky se dle názoru autora navzájem nikterak nevylučují a tak není třeba řešit jejich možný střet. Pokud by k tomu došlo, zřejmě by bylo třeba vykládat primárně projev vůle pomocí aplikace speciální, resp. podrobnější úpravy v Pravidlech alternativního řešení sporů jako projevu vůle konkretizujícím a přesně vykládajícím vůli stran. V tomto případě se dá maximálně srovnávat jistou požadovanou formu jednání stran před přistoupením k rozhodčímu řízení v případě druhé rozhodčí nabídky, ale toto jednání nelze vykládat jako obligatorní a navíc ani v případě výkladu ve smyslu povinnosti vést jednání k dohodě se nebude jednat o povinnost vynutitelnou – obdobné je tomu ostatně i pro mnohem výraznější případy v podobě mediace či konciliace, kde se nemůže teorie shodnout na možnosti

---

28.10.2009]. Dostupné z: http://www.lupa.cz/clanky/rozhodci-rizeni-resenim-domenovych-sporu/

[13] Oba tyto dokumenty jsou veřejně přístupné z internetových *stránek CZ NICu* on-line zdroj [citováno dne 17.10.2009]. Dostupné z: http://www.nic.cz/page/314/pravidla-a-postupy/

vynutit proceduru či ji alespoň uvést jako povinnost před zahájením rozhodčího řízení[1415].

Ke zjištění, zda-li je tedy veřejnou nabídku možno vůbec použít pro řešení doménových sporů, provedeme v několika krocích zkoumání jejího obsahu. Nejdříve se pokusíme zjistit, zda-li je možné pro tyto otázky uzavřít platně rozhodčí smlouvu a následně se pokusíme vypořádat s námitkami specifickými vůči této proceduře. První část tohoto poměřování je rovněž možno rozdělit na dvě části. V první budeme analyzovat arbitrabilitu sporu a v druhé dojde k přezkumu dalších podmínek kladených na rozhodčí smlouvy dle českého práva.

Jak je stanoveno v odbornou literaturou[16], arbitrabilitu sporu lze dle §2 zákona č.216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (ZRŘ) posuzovat dle následujícího vzorce:

(A - A1) + B + C – D

, kdy jednotlivá písmena znamenají tyto podmínky dle §2 ZRŘ

A – musí se jednat o majetkový spor - je nesporně s ohledem na právní povahu, význam a zcela běžné obchody s právy k doménám splněno

A1 – nesmí se jednat o spory vzniklé v souvislosti s výkonem rozhodnutí nebo spory vyvolané konkurzem či vyrovnáním - splněno

B – možnost uzavření smíru – rovněž nesporné s ohledem na dispozice obou stran sporu s právem k doméně a současné soudní praxi

C – řešitelnost sporu před obecnými soudy – rozsáhlá zkušenost současného obecného soudnictví prokazuje i tuto podmínku. Není sporu o pravomoci soudů rozhodovat spory vzniklé v souvislosti s doménovými jmény, sporná může být maximálně příslušnost soudu, ale i ta je vyřešena současnou praxí ve prospěch krajských soudů v prvním stupni řízení (viz.výše).

D – nejedná se o spory veřejných ústavních neziskových zdravotnických zařízení – splněno.

---

[14] Viz. např. Epstein, J.: *The enforceability of ADR clauses* on-line zdroj [citováno dne 28.10.2009]. Dostupné z: http://www.ialsnet.org/meetings/business/EpsteinJudd-Australia.pdf

[15] Otázka interpretace a povinnosti řešit případně spor smírně bylo reagováno i v diskuzi pod článkem Trávníčková, S.: *Stane se rozhodčí řízení řešením doménových sporů?* na Lupa - server o českém internetu [citováno dne 18.10.2009]. Dostupné z: http://www.lupa.cz/clanky/rozhodci-rizeni-resenim-domenovych-sporu/nazory/vse/

[16] Rozehnalová, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2.vydání Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s.119

Testem arbitrability tak spory z doménových jmen a zejména veřejná rozhodčí nabídka úspěšně prošly. Je možné prohlásit, že spory z doménových jmen jsou arbitrabilní a tak lze přinejmenším přiznat právo stran řízení uzavřít rozhodčí smlouvu v některé z obecně přijatých forem. Následně přistoupíme tedy k posouzení dalších z podmínek pro uzavření rozhodčích smluv.

Jedná se o podmínky formy, způsobilosti stran, projevu vůle a shodu vůlí stran řešit problém prostřednictvím rozhodčího řízení a dalších obecných náležitostí právních úkonů. Pro určení možnosti vzniku rozhodčí smlouvy lze aplikovat dva testy[17] vymezené prof. Rozehnalovou v její publikaci[18] věnované rozhodčímu řízení. Jednalo by se o přítomnost těchto minimálních a doporučených znaků:

Minimální znaky:

- rozsah dohody – ten je vymezen v rozhodčí nabídce v podobě majetkového sporu ve kterém dojde k napadení domény

- vůle stran – je zdůvodněna ze strany sdružení CZ.NIC a Rozhodčího soudu[19] prostřednictvím akceptace obou pravidel registrace ze strany Držitele domény a prostřednictvím přistoupení k nabídce a písemného podání žaloby k Rozhodčímu soudu v případě třetí strany. Tento bod je nicméně velice často napadán a ještě o něm bude řeč v další části příspěvku.

- Označení instituce – je vymezen prostřednictvím konkrétního druhu řízení pro Rozhodčí soud.

Doporučené znaky v podobě počtu rozhodců, jazyku jednání, místa jednání či dalších skutečností jsou velice podrobně vymezeny v pravidlech Rozhodčího soudu. Testem běžných náležitostí rozhodčí smlouvy by tak mohla veřejná nabídka projít za předpokladu, že nebude porušena podmínka

[17] Označení za testy je poněkud nepřesné, protože takto v knize pojmenovány přímo nejsou. Jedná se o vymezení obsahu běžné rozhodčí smlouvy a následně i jednotlivých podmínek pro její vznik dle ZRŘ.

[18] Rozehnalová, N.: *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku*. 2.vydání Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s.149 a násl.

[19] Viz. stanoviska na které CZ.NIC odkazuje ze svého blogu - Nález Rozhodčího soudu Rsp 851/06 on-line zdroj [citováno dne 28.10.2009]. Dostupné z: http://www.arbcourt.cz/pravety/ praveta_08.pdf; vyjádření Rozhodčího soudu je potom ke stažení ze stránek Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky on-line zdroj [citováno dne 28.10.2009]. Dostupné z: http://www.soud.cz/index.php? url=cz_pravety.php

vůle stran, která musí splňovat náležitosti stanovené v § 37 zákona č. 40/1964 Sb. občanském zákoníku. Zejména se potom jedná o podmínku autonomie vůle.

Druhým testem je test podstatných náležitostí, který obsahuje tyto body:

- Dovolenost předmětu či arbitrabilita - byla argumentována již výše.

- Způsobilost stran, resp. oprávněnost stran k uzavření smlouvy

- Podmínky kladené na právní úkony

- Forma

Ke způsobilosti stran řízení a vady právních úkonů je obecně třeba odkázat jako již dříve na občanský zákoník. V něm jsou vymezeny jednotlivé podmínky a většina je postavena na velice individuální bázi subjektů a jejich jednání. Není tak možno analyzovat platnost uzavření rozhodčí smlouvy bez znalosti konkrétních jednajících stran. Obecně se však dá říct, že obě strany musí být přinejmenším způsobilé k právům a povinnostem a současně k právním úkonům. Bez splnění těchto dvou základních podmínek by nemohlo dojít vůbec k jednání. Dále je třeba rovněž zkoumat oprávněnost osoby, neboli věcnou legitimaci k předmětu budoucího sporu. Není tak možné hovořit o vytvoření veřejné rozhodčí nabídky, když zcela schází předmět řízení v podobě doménového jména na straně Držitele domény. Z pohledu právního úkonu[20] se potom jedná o jeho vážnost, srozumitelnost, určitost a další mezi kterými je obsažena i tak často namítaná autonomie vůle, která společně s formou úkonu představuje zřejmě nejproblematičtější body[21].

Forma veřejné rozhodčí nabídky

Forma rozhodčí smlouvy představuje již po dlouhou dobu jednu z často diskutovaných otázek. V §3 zákona o rozhodčím řízení je určeno, že forma rozhodčí smlouvy musí být písemná, jinak je smlouva neplatná. K tomu ještě následně zákon připojuje další z možností v podobě zachycení prostřednictvím dálnopisu, telegraficky nebo elektronickými prostředky. V odstavci druhém ještě zákon doplňuje, že rozhodčí doložka, tvořící součást podmínek smlouvy hlavní, je platná také za předpokladu, že

[20] Viz. Švestka, j., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. *Občanský zákoník I. § 1 až 459*. Komentář. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, s.333 a násl.

[21] Pro srovnání kritiky úpravy je možno srovnat např. s článkem Zámožík, J.: *Právna povaha rozhodcovských verejných ponúk z pohľadu slovenského práva* E-právo on-line zdroj [citováno dne 28.10.2009]. Dostupné z: http://www.epravo.cz/top/clanky/pravna-povaha-rozhodcovskych-verejnych-ponuk-z-pohladu-slovenskeho-prava-55536.html

písemný návrh smlouvy hlavní bude přijat druhou stranou způsobem, ze kterého je patrný její souhlas. Ustanovení působí zdánlivě bezproblémově ve vztahu k veřejné rozhodčí nabídce, jelikož je součástí smlouvy hlavní a druhá strana vyjadřuje souhlas dle konstrukce Rozhodčího soudu prostřednictvím žaloby[22]. V tomto bodě je však třeba upozornit na skutečnost vysvětlenou již výše, rozhodčí doložka není veřejnou rozhodčí nabídkou. Předně tak bude třeba odmítnout aplikaci odstavce druhého na smluvní vztah. Zůstává tedy posoudit, zda-li lze považovat podání žaloby k Rozhodčímu soudu za písemné uzavření smlouvy, resp. souhlas s jejím zněním? Dle názoru autora tomu tak nebude a to z následujících dvou důvodů. Do této chvíle nebylo zdůvodněno v judikatuře Rozhodčího soudu, kde je nalezen požadavek písemnosti smlouvy mezi Držitelem domény a třetí osobou. Vždy je velice správně konstatována existence smlouvy mezi CZ.NICem a Držitelem, ale podmínka je kladena na smlouvu mezi odlišnými dvěma subjekty. Ostatně jak často prohlašuje i sdružení CZ.NIC, toto sdružení se v poslední době sporů již neúčastní na straně žalované z toho důvodu, že není legitimovaným subjektem[23]. Jistě nelze shledávat písemnost smlouvy v podobě písemného podání na Rozhodčí soud na jedné straně a souhlasem se smlouvou o registraci domény mezi CZ.NICem a Držitelem domény na straně druhé. Tyto dvě smlouvy jsou zcela nesouvisející a písemnost na oddělených listinách by měla předpokládat alespoň nějakou spojitost obou úkonů[24]. Zejména je však třeba upozornit na fakt, že strana nemůže podat žalobu k Rozhodčímu soudu v momentě, kdy ještě nemá uzavřenou rozhodčí smlouvu či jinou dohodu o řešení sporu před Rozhodčím soudem. Nemá žádný právní titul, protože není vůbec v žádném smluvním či jiném vztahu s Držitelem domény a tak ani legitimována k řešení sporu prostřednictvím rozhodčího řízení.

---

[22] Viz. relevantní části nálezů Rozhodčího soudu publikované na *CZ.NIC správce domén* on-line zdroj [citováno 29.listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.nic.cz/files/nic/doc/Postup_vedeni_sporu_2008.pdf

[23] S tímto závěrem by se dalo rovněž z praktických i teoretických důvodů polemizovat, ale opět by se jednalo o překročení rámce tohoto článku. Je však třeba upozornit minimálně na skutečnost, že rozhodnutí soudu či rozhodčí nález nemůže žádným způsobem zavazovat třetí strany, tj. subjekty, které nejsou stranou sporu. Z tohoto důvodu je absence CZ.NIC poměrně riskantní z pohledu vynucení povinnosti na základě rozhodnutí na subjektu, který není tímto rozhodnutím vázán. Jako protiargument nemůže sloužit současná praxe, kdy CZ.NIC bez jakýchkoliv problémů tato rozhodnutí plní. Je třeba se tázat, jak by se postupovalo dále za předpokladu, že by se sdružení rozhodlo toto rozhodnutí mezi dalšími odlišnými dvěma subjekty ignorovat. Je to podmíněno skutečností, že CZ.NIC je stále soukromoprávním subjektem a nikoliv státním orgánem či odlišnou státní strukturou.

[24] K písemnosti více viz. Švestka, j., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol. *Občanský zákoník I. § 1 až 459*. Komentář. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2009, s.359 a násl.

Autonomie vůle

Otázka k tomuto bodu by měla znít: „Může skutečně Držitel domény svobodně rozhodovat o svém sudišti, resp. pravomocném orgánu?“ Na první pohled je patrná odpověď kladná, jelikož prostřednictvím kontraktu, představujícím soulad projevů vůle dvou účastníků, se určuje pravomoc Rozhodčího soudu. Tato vůle je projevena písemně ve smlouvě a striktně formalisticky řečeno jde o souladné a ničím nevynucené rozhodnutí z pohledu obou smluvních stran. Na této skutečnosti je však problematický fakt, že v případě registrace domény .cz je třeba souhlasu s podmínkami sdružení CZ.NIC. V těchto podmínkách je následně obsažena rozhodčí doložka, která zakládá pravomoc Rozhodčího soudu. Společnost mající dominantní postavení na trhu se musí chovat vždy mnohem ohleduplněji a musí postupovat ve vztahu ke svým smluvním stranám jako za situace, kdy by na tomto trhu docházelo k volné soutěži[25]. CZ.NIC se rozhodnul zařadit do kontraktů s držiteli domén veřejnou rozhodčí nabídku, kterou je třeba odsouhlasit, aby mohlo dojít k registraci domény. Tuto skutečnost potvrdil i CZ.NIC v oficiálním vyjádření[26]. Z toho důvodu nelze Držiteli domény přisoudit zcela svobodnou vůli při registraci, protože podléhal tlaku ze strany registrátora během projevu vůle podmiňujícím přidělení domény v závislosti na souhlasu s podmínkami obsahujícími i nutnost souhlasu s přistoupením k veřejné rozhodčí nabídce. Při kombinaci úpravy hospodářské soutěže společně se základními podmínkami pro rozhodčí řízení je nutno konstatovat, že subjekty vyskytující se na trzích s přirozeným monopolním postavením nemohou nutit své smluvní protistrany k uzavírání smluv o přenesení pravomoci rozhodovat případné spory na nestátní orgány. Výrazně by tak došlo k oslabení práva na spravedlivý proces. Bylo by tomu opačně za situace, kdy schválení veřejné rozhodčí nabídky podléhá zcela nezávislé smlouvě, než je smlouva o registraci domény, ale tak tomu za současné situace není. Toto řešení by sice způsobilo jisté komplikace z pohledu třetích stran při řešení případného sporu o právo k doméně ve vztahu k možnému sudišti, ale kupříkladu vytvoření infolinky či databáze CZ.NICem k informování třetích stran by tuto situace zcela jistě vyřešilo.

[25] I v tomto případě je nutno aplikovat měřítka práva na ochranu hospodářské soutěže, jelikož CZ.NIC stále není v postavení státního orgánu přidělujícím doménová jména. Nejde tak použít příměr kupříkladu k Úřadu na ochranu průmyslového vlastnictví, protože i přes teoreticky analogický předmět regulace je postavení obou orgánů z právního hlediska zcela odlišné. K tomuto je navíc třeba připojit i zcela odlišný přístup při „registraci“ předmětu i povahu tohoto předmětu..

[26] *CZ.NIC správce domén* on-line zdroj [citováno 29.listopadu 2009]. Dostupné z:http://blog.nic.cz/2008/08/04/ rozhodci-rizeni-jako-zpusob-reseni-sporu-o-domenova-jmena-registrovana-v-cc tld-cz/

Závěrečné zhodnocení a návrhy

Závěrem celého příspěvku by rád autor příspěvku vyjádřil jednoznačnou odpověď na otázku položenou v úvodu příspěvku. I přes skutečnost, že je velkým příznivcem řešení doménových sporů prostřednictvím rozhodčího řízení, musí současně konstatovat, že současná podoba rozhodčího řízení v doménových sporech je prakticky neudržitelná. Veřejná rozhodčí nabídka nenaplňuje všechny náležitosti kladené na platné uzavření rozhodčí smlouvy českým právním řádem a tak se autor současně domnívá, že by Rozhodčí soud měl odmítat rozhodčí smlouvy uzavřené na jejím základě prostřednictvím „competence-competence" doktríny. I přes skutečnost, že je v současnou chvíli uznání pravomoci značně problematické, není zcela nemožné ony problematické body zhojit. Rozhodčí řízení je z pohledu procedury mnohem vhodnějším způsobem řešení tohoto typu sporů, než je tomu v případě řízení soudního. Proto je třeba hledat další cesty, jakým způsobem je možné nedostatky veřejné rozhodčí nabídky, eventuálně další z forem uzavření rozhodčí smlouvy, aplikovat, aby bylo možné tyto procedury použít. Jako alternativa by pak mohla sloužit např. mediační doložka řešící problematiku prostřednictvím orgánů sdružení CZ.NIC. Tato procedura by mohla představovat ještě vhodnější nástroj pro řešení sporů z doménových jmen, protože i přes její pokračování na úrovni řízení rozhodčího nebo soudního, bude stále zahrnovat obě největší výhody rozhodčího řízení v podobě rychlosti a řešení případu odborníky. Alternativu by potom mohlo představovat oddělení smlouvy o registraci domény od rozhodčí smlouvy a současné vytvoření databáze pro informování třetích osob. Náležitost písemné smlouvy lze řešit následně prostřednictvím elektronických prostředků a tak by docházelo k velice rychlému sjednání potřebné rozhodčí smlouvy.

Na konec nezůstává než vyjádřit ve vztahu k CZ-NICu myšlenku vyslovenou již Konfuciem:

„Ještě jsem se nesetkal s člověkem, který by dokázal vidět své chyby a sám před sebou se z nich obvinit."

Snad se pokusí i CZ.NIC reflektovat vývoj událostí a pokusí se ještě zdokonalit způsob řešení sporů vyplývajících z registrace doménových jmen.

Contact – email
hulle.tomas@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZHODČÍ ŘÍZENÍ V PRACOVNĚPRÁVNÍCH VZTAZÍCH

KARLA HÝBLOVÁ

Advokátní kancelář Hajduk a partneři s.r.o.

Abstract in original language
Způsob rozhodování sporů v rozhodčím řízení závisí do značné míry na formulaci rozhodčí doložky, kterou však zaměstnanec často nemá možnost ovlivnit. Může pak nastat situace, kdy je zaměstnanec prakticky zbaven veškeré ochrany, kterou mu skýtají ustanovení zákoníku práce, a má jen omezené procesní možnosti obrany v rámci samotného řízení. Rozhodčí doložka se může stát nástrojem zaměstnavatele k obcházení kogentních ustanovení zákoníku práce. Je třeba zamyslet se nad hranicemi přípustnosti rozhodčího řízení v pracovněprávních vztazích.

Key words in original language
Rozhodčí řízení; Pracovní právo; Ochrana slabší strany; Arbitrabilita; Platnost rozhodčí doložky.

Abstract
The way of decision-making in the arbitration depends on a formulation of an arbitration clause, which often cannot be influenced by an emloyee. The situation may occur, when the employee is deprived of the protection provided by the provisions of the Labour Code, and has only limited possibilities to defend himself within the actual proceedings. The arbitration clause may become an instrument used by an employer to circumvent mandatory provisions of the Labour Code. It is necessary to think about the limits of admissibility of the arbitration in employment relations.

Key words
Arbitration; Labour law; Protection of a weaker party; Arbitrability; Validity of an arbitration clause.

I. Úvod

Je nepochybné, že význam rozhodčího řízení jako alternativního způsobu řešení sporů neustále stoupá a již dávno neplatí, že by to byl nástroj určený výhradně obchodníků k řešení jejich vzájemných sporů. Rozhodčí řízení si postupně hledá své místo též v jiných soukromoprávních odvětvích, mimo jiné též právu pracovním, avšak v souvislosti s tím vyvstává řada otázek, které při použití rozhodčího řízení v obchodněprávních vztazích nejsou aktuální buď vůbec, nebo alespoň nenabývají tak zásadního významu. Základ těchto otázek je však jen jeden a spočívá v rozdílném postavení smluvních stran ve vzájemných právních vztazích. Zatímco pro obchodní vztahy je charakteristická rovnost smluvních partnerů, přinejmenším formální a presumovaná, pak pro pracovněprávní a některé občanskoprávní vztahy je typická a obecně přijímaná skutečnost, že smluvní strany jsou vůči sobě v nerovném postavení. K tomu se pak váže též koncepce ochrany

slabší strany, která fakticky stanoví limity smluvní volnosti. Jak v této souvislosti uvádí profesor Bejček, *nepoměr v tržní moci smluvních partnerů narušuje základní funkční předpoklad smluvní svobody, a proto je se soukromým právem v takových případech plně kompatibilní její omezení, aby jí zůstal vůbec nějaký smysl ve standardních případech a mimo jiné též proto, aby se jako princip nezprofanovala a i v právním vědomí měla své místo***[1]**.

Asi je na tomto místě zbytečné zdůrazňovat, že princip rovnosti smluvních stran nezřídka nenachází svůj odraz ve fakticitě právních, a to i obchodních, vztahů. Právě ve vztazích spotřebitelských a pracovněprávních však rozdíly v postavení smluvních stran mohou být natolik markantní, že těmto vztahům musí být věnována zvláštní pozornost, když formulace principu absolutní rovnosti by zde vedla jen prohloubení faktické nerovnosti smluvních stran. Aniž je možné i v těchto případech paušalizovat, je nutno konstatovat, že v rámci těchto právních vztahů jsou zdaleka nejčastější i nejviditelnější případy, v nichž dochází k selhání smluvních mechanismů.[2] Ve výsledku pak musí nastoupit zákonná regulace, aby nepoměr mezi smluvními stranami alespoň částečně vyvážila a garantovala slabší smluvní straně určité postavení.

II. Arbitrabilita pracovněprávních vztahů

V poslední době je v souvislosti s rozhodčím řízením poměrně často diskutovaný okruh spotřebitelských vztahů, zatímco problematika pracovněprávní, jak se zdá, spíše zůstává v pozadí. Důvodem je pravděpodobně do dneška ne zcela jednoznačně vyřešená otázka arbitrability pracovněprávních sporů. Zdá se však, že trendy po přijetí nového zákoníku práce, který nepřevzal ustanovení § 207 starého zákoníku práce explicitně stanovící, že pracovněprávní spory rozhodují soudy, ukazují spíše na příklon k závěru o arbitrabilitě těch pracovněprávních sporů, které se „vměstnají“ pod definici stanovenou v ustanovení § 2 zákona o rozhodčím řízení.Zde se konkrétně stanoví, že s*trany se mohou dohodnout, že o majetkových sporech mezi nimi, s výjimkou sporů vzniklých v souvislosti s výkonem rozhodnutí a sporů vyvolaných prováděním konkursu nebo vyrovnání, k jejichž projednání a rozhodnutí by jinak byla dána pravomoc soudu, má rozhodovat jeden nebo více rozhodců anebo stálý rozhodčí soud (rozhodčí smlouva)*“. V odstavci druhém téhož paragrafového ustanovení je dále zakotveno, že r*ozhodčí smlouvu lze platně uzavřít, jestliže strany by mohly o předmětu sporu uzavřít smír*. První limitující a zároveň základní podmínkou arbitrability pracovněprávního sporu je, že musí jít o spor majetkové povahy. Arbitrabilní tak mohou být pracovněprávní spory o nároky na náhradu škody způsobené při výkonu práce, o jiná majetková plnění z pracovněprávního vztahu apod., tj. spory, v nichž jde o určité konkrétní majetkové (většinou peněžité) plnění.[3] Názorová nejednota však panuje, zda je možné rozhodčí smlouvu uzavřít i v jiných pracovněprávních sporech, kupříkladu ve sporech týkajících se platnosti či neplatnosti ukončení pracovního poměru. V komentáři k zákonu o rozhodčím řízení se v této souvislosti uvádí, že *ačkoliv i pracovněprávní vztah má svůj majetkový základ, totiž slouží (alespoň na straně zaměstnance) k získání prostředků pro uspokojení jeho materiálních potřeb, když takový spor má zásadně jiný cíl, který bychom mohli srovnat s řízením o otázkách statusových, tj. o tom, zda žalobce je či není v postavení zaměstnance. Proto i zákoník práce terminologicky rozlišuje mezi uzavřením pracovní smlouvy, zakládající pracovní poměr, a mezi ukončením*

*pracovního poměru. Na druhou stranu není vyloučeno, aby v případě, kdy soud rozhodne o to, že došlo k neplatnému ukončení pracovního poměru, byla o případných dalších s tím souvisejících nárocích zaměstnance na peněžitá plnění ze strany zaměstnavatele uzavřena rozhodčí smlouva, přičemž tehdy by tato byla uzavřena již jako smlouva o rozhodci.***[4]** Nicméně ozývají se i nesouhlasné hlasy argumentující v tom směru, že není možné abstrahovat od toho, že pracovněprávní spor je eo ipso spor majetkový, a to včetně sporu o platnost či neplatnost skončení pracovního poměru.[5]

Další důležitou charakteristikou arbitrabilního sporu je skutečnost, zda jde o spor, jehož povaha připouští uzavření smíru.V praxi totiž existují snahy vyloučit arbitrabilitu některých pracovněprávních sporů právě s ohledem na okolnost, že v dané věci není možné uzavřít smír. Komentář k ZRŘ však takové snahy o extenzivní výklad ustanoveni § 2 odst. 2 ZRŘ odsuzuje s tím, že *odporuje smyslu citované normy, když zásadně nepůjde většinou o případy, u nichž povaha vylučuje arbitrabilitu sporu, resp. o případy, kdy nebude možno uzavřít smír. Bude se totiž jednat o případy, kdy případný uzavřený smír nebude možno schválit ani ve smyslu ustanovení § 99 OSŘ v řízení před soudem a nemůže se asi stát podkladem pro vydání rozhodčího nálezu ve smyslu ustanovení § 24 odst. 2 o.s.ř....nedostatek arbitrability je dán výlučně u sporů, u nichž nelze uzavřít smír v souvislosti s povahou věci, a nikoliv ve věcech, u nichž pouze nemůže dojít ke schválení smíru v řízení před soudy.***[6]**

III. Vliv formulace rozhodčí smlouvy na řízení

Z polemik zabývajících se uplatněním rozhodčího řízení v pracovněprávních vztazích jako by vyplývalo,že pokud je spor arbitrabilní, je bez dalšího jakákoliv rozhodčí smlouva platná a vynutitelná. Rozhodčí smlouva však zůstává smlouvou a arbitrabilita zůstává pouze jedním aspektem její platnosti, dalším těmto aspektům, jako jsou náležitosti vůle, konsens, otázky omylu, apod., typickým pro všechny smlouvy, vyjma snad formy, bývají spíše na okraji pozornosti. Pak je na místě se rovněž ptát: může být rozhodčí smlouva neplatná pro rozpor s dobrými mravy? Může rozhodčí smlouva obcházet zákon? Při hledání odpovědí na tyto nelze nevidět mnohojakost možných formulací rozhodčí smlouvy, které ve svém důsledku tvarují rozhodčí řízení. Lze se pak setkat s tolika formami samotného řízení,že je někdy obtížné si představit, že všechny spadají pod jeden typ řízení. Na jedné straně se tu nabízí institucializované rozhodčí řízení před renomovanou institucí s přesně stanovenými procedurálními postupy, kdy spor je rozhodován podle práva, koná se minimálně jedno ústní jednání a rozhodčí nález je náležitě odůvodněn. Na druhé straně tu však máme též diametrálně odlišné rozhodčí řízení ad hoc, v němž rozhoduje jeden rozhodce dle procesních pravidel, která nejsou pevně stanovena, bez ústního jednání, rozhodčí nález není odůvodněn a spor je rozhodován podle zásad spravedlnosti. Nemusím myslím zdůrazňovat, že na rozhodčí nálezy vydané v obou těchto řízeních náš právní řád přikládá stejnou váhu.

Druhý z uvedených případů dává rozhodci hodně volnosti jak ohledně vedení samotného řízení, tak i v rozhodování, může být proto vhodný k řešení nestandardních nebo dílčích sporů v rámci rozsáhlejší transakce mezi smluvními partnery, kteří jsou na stejné úrovni. Pokud však jde o právní vztahy, kde je postavení smluvních stran nerovné, a navíc často silnější smluvní strana má možnost ovlivnit výběr osoby rozhodce, pak v praxi

bohužel není možné vyloučit zneužití takového rozhodčího řízení silnější stranou ve vztahu ke slabšímu partnerovi. V rámci pracovněprávních vztahů může zaměstnavatel ze zaměstnancem uzavřít celou řadu smluv, na základě nichž vznikají majetkové vztahy svou povahou arbitrabilní, avšak podmínky pro jejich uzavření stanoví zákoník práce kogentně. K nevýznamnějším patří dohoda o konkurenční doložce, dohody související s náhradou škody zaměstnavateli a kvalifikační dohody (dohody o zvyšování a prohlubování kvalifikace). Přesto zde existuje teoreticky cesta jak tuto pro zaměstnavatele často nepříznivou právní úpravu obejít, a to právě sjednáním rozhodčího smlouvy, podle níž je rozhodčí nález vydán bez odůvodnění a spor je rozhodován podle ekvity. V rámci takového řízení je samozřejmě možné při hledání spravedlnosti kogentní úpravu zákoníku práce zcela opomenout, aniž by se někdy někdo měl vůbec právo pídit po tom, proč bylo rozhodnuto tak, jak bylo rozhodnuto. Je pak na místě ptát se, zda je možné ve vztazích mezi zaměstnavateli a zaměstnanci připustit vedení rozhodčího řízení, které zcela zbavuje zaměstnance ochrany, kterou mu poskytuje hmotné právo a významně redukuje ochranu procesněprávní.

IV. Rozhodčí řízení a právo na spravedlivý proces

Právě nad otázkou procesněprávní bych se nyní chtěla na chvíli pozastavit. Klíčovou úlohu zde sehrává právo na spravedlivý proces, zakotvené mimo jiné též v čl. 6 odst. 1[7] Evropské úmluvy o ochraně lidských práv, kterému se dostává značné pozornosti ze strany Evropského soudu pro lidská práva (dříve též Komise) a provází jej bohatá judikatura. S vědomím, že je vůbec sporná aplikace tohoto článku na rozhodčí řízení z důvodů, které přesahují rozsah tohoto příspěvku, je ve vztahu k rozhodčímu řízení aktuální otázka vzdání se části těchto zakotvených práv na základě projevu vůle účastníků, přičemž rozsah tohoto vzdání se do značné míry určuje formulace samotné rozhodčí smlouvy. Na tomto místě se sluší zmínit dva judikáty, které se otázkou vzdání se práv v souvislosti s rozhodčím řízením zabývají.

V prvním z nich, rozhodnutí ve věci *Axelsson proti Švédsku*, bylo nejprve konstatováno, že ve většině států je právo na přístup k soudům omezeno mimo jiné ve vztahu k osobám, které jsou vázány rozhodčí smlouvou. Taková úprava byla shledána zásadně jako souladná s čl. 6 odst.1 Úmluvy, sledovaný cíl však musí být legitimní a prostředky k jeho dosažení přiměřené. V této souvislosti pak bylo dále poznamenáno, že v případě, že je arbitráž založena dohodou smluvních stran je přirozeným výsledkem jejich práva na úpravu jejich vzájemných vztahů. Rozhodčí řízení obecně sleduje legitimní cíl povzbuzení stran k nesoudnímu řešení sporů, což ve svém důsledku může odlehčit soudům národním. V rámci řízení nebylo zjištěno, že by řešený spor obsahoval otázky veřejného zájmu, které by arbitráž činily nepřiměřenou nebo neodůvodnitelnou. Vedle uvedeného byla rovněž řešena otázka konkludentního či výslovného vzdání se práva na veřejné řízení, a to z vlastní svobodné vůle, přičemž bylo judikováno, že toto neodporuje ustanovení čl. 6 odst. 1 Úmluvy, avšak samotné vzdání se musí být nepochybné a nesmí ohrožovat žádný důležitý veřejný zájem. Výše popsané rozhodnutí nespadalo pokud jde o skutkovou podstatu řešeného případu do rámce práva pracovního, ale spíše občanského či obchodního. Proto si dokáži představit, že v případě, že by šlo o vztah pracovněprávní, by věc mohla být posouzena jinak, právě s ohledem na veřejný zájem

spočívající v ochraně zaměstnance jako slabší strany v pracovněprávních vztazích. Mělo by být též přihlédnuto k tomu, jak rozhodčí řízení probíhalo a v této souvislosti zvažovány výše nastíněné otázky, tedy zda arbitráž byla za daných okolností přiměřená a odůvodnitelná.

Druhý případ, *Suovaniemi a ostatní proti Finsku*, je zajímavý zejména proto, že se v něm ESLP podrobněji vyjádřil k rozsahu možnosti vzdát se práv zakotvených v čl. 6 odst. 1 Úmluvy. V úvodu ESLP opětovně konstatoval, že vzdání se práva na řešení sporu v soudním řízení ve prospěch řízení rozhodčího je sice obecně přípustné, nemělo by však jít o vzdání se všech práv garantovaných v čl. 6 odst. 1 Úmluvy. Tedy vzdát se platně těchto práv je možné jen v takovém rozsahu, v jakém je to přípustné, když současně mezi jednotlivými těmito právy je rozlišováno právě v tom směru, zda je ve vztahu k nim vzdání se práv přípustné. Poměrně jednoznačně vyřešil ESLP otázku vzdání práva na veřejné řízení, když bylo konstatováno, že je přípustné, neboť jedním z důvodů, proč si smluvní strany rozhodčí řízení volí, je snaha zamezit publicitě sporu. Nicméně pokud jde o další právo garantované Úmluvou, právo na nestranného soudce, není závěr soudu až tak jednoznačný. V daném případě sice bylo označeno jako přípustné, protože pochybnosti o nestrannosti arbitra vznikly již v rámci samotného řízení a stěžovatel se měl možnost proti tomu bránit, netrval však na tom, aby tento arbitr v řízení nepokračoval, zdržel se tedy práva arbitra odmítnout a přijal tento stav řízení. Za těchto okolností se tedy stěžovatel platně vzdal práva na nestranného soudce.

Lze tedy uzavřít, že vzdání se práva na rozhodnutí věci soudem a práva na veřejné projednání věci je v zásadě přípustné a je vlastní rozhodčímu řízení, avšak pokud jde o další dílčí práva zahrnutá do práva na spravedlivý proces, není možné udělat přesnou dělící hranici, avšak závisí na okolnostech daného případu i celkovém rozsahu práv, kterých se účastník v určitém okamžiku současně vzdává, zda bude takové vzdání se práv akceptovatelné či nikoliv. Oba uvedené judikáty nezohledňují specifika pracovněprávní problematiky, nastiňují sice směr, jakým se mohou ubírat úvahy ohledně přípustnosti rozhodčího řízení v pracovních vztazích, neposkytují však určitější vodítko s ohledem na tuto specifickou oblast. Živá diskuze, k níž bych nyní chtěla obrátit pozornost čtenáře, však v souvislosti s arbitráží v pracovněprávní oblasti, probíhá ve Spojených státech amerických a některé výstupy nepochybně stojí za pozornost jako možná inspirace k řešení této problematiky v rámci našeho práva.

VI. Rozhodčí řízení v pracovněprávních vztazích v právu USA

Na začátek tohoto malého exkurzu je důležité zmínit, že po staletí soudy common law jak v Anglii, tak i ve Spojených státech amerických, odmítaly vynucovat jakékoliv rozhodčí doložky. Tento směr, jímž se konstantně ubírala judikatura soudů, však zvrátil Nevyšší soud Spojených států amerických, a to na základě výkladu (a někteří by spíše řekli přetvoření) Federálního zákona o arbitraci.[8] Výsledkem je, že dnes téměř všechny soudy v USA rozhodují na základě silného přesvědčení, že na základě tohoto zákona jsou téměř všechny spory arbitrabilní.[9] Pracovněprávní spory nebyly v tomto trendu výjimkou, průlomovým rozhodnutím bylo rozhodnutí Nejvyššího soudu ve věci *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane*

Corp.[10] Soud zde konstatovat, že „tím, že se smluvní strana dohodne na řešení sporu v rozhodčím řízení, neztrácí svá práva zaručená zákony, pouze je přenechává k rozhodnutí rozhodčímu, nikoliv soudnímu, orgánu.“[11] Podstatné v tomto případě je, že soud se neomezil jen na konstatování, že rozhodčí řízení je přípustné, avšak před tím,než dospěl k tomuto závěru, zkoumal i způsob, jakým se arbitráž provádí. V centru zájmu byly přitom otázky jako nestrannost rozhodců, úroveň dokazování, písemnost rozhodčího nálezu a restrikce při uplatňování nároků. [12] Přes určité obecné odpovědi na tyto předestřené otázky však soud neposkytl nějaký konkrétnější návod, jak posuzovat rozhodčí doložky z hlediska jejich přípustnosti v pracovněprávních vztazích a přenechal tuto problematiku k dořešení soudům nižších instancí, jejichž rozhodování však bylo značně nejednotné.[13]Samotný Federální zákon o arbitraci neobsahuje žádné zvláštní požadavky na formulaci rozhodčí smlouvy, s výjimkou uvedenou níže je tedy prakticky každá rozhodčí smlouva vynutitelná. V praxi však jednotlivé soudy vyžadovaly, aby rozhodčí smlouvy uzavřené mezi zaměstnavatelem a zaměstnancem splňovaly určité požadavky. Ucelený přehled těch nejvýznamnějších, v nichž lze spatřovat záruky práva na spravedlivý proces, nacházíme v rozhodnutí Kolumbijského soudu *Cole v. Burns International Security Services***[14]**. Jde o následující záruky:

1. **Nestranný rozhodce.** V rámci této podmínky by soud měl především vždy zkoumat, zda způsob výběru osoby rozhodce skutečně zajišťuje ve výsledku výběr neutrální osoby. Problematické jsou v tomto ohledu především systémy, v rámci nichž je výběr rozhodce výlučně v dispozici zaměstnavatele.
2. „**Větší než minimální“ dokazování.** Je potřeba uvést, že soud v tomto případě bohužel blíže nespecifikoval, co se rozumí pod pojmy „větší než minimální“, což je problematické pokud si uvědomíme, že určitá nižší úroveň prováděného dokazování je rozhodčímu řízení vlastní.
3. **Písemný rozhodčí nález.** Je trochu překvapivé, že samotný Federální zákon o arbitraci nestanoví povinnost rozhodci vydat písemný rozhodčí nález. Nicméně i bez toho tak rozhodci pravidelně činí. Otázkou, kterou však soud nezodpověděl, však spíše je, zda je rozhodce povinen rozhodčí nález odůvodnit, když bez odůvodnění je rozhodčí nález prakticky nepřezkoumatelný.
4. **Limitace práv a nároků.** Rozhodčí doložka nesmí v žádném případě jakýmkoliv způsobem omezovat práva a nároky, které by zaměstnanec mohl uplatňovat v řízení před soudem. Toto pravidlo evidentně reaguje na formulace rozhodčích smluv, které limitovali možnost rozhodce přiznat zaměstnanci určité nároky, které by mu jinak v řízení před soudem vznikly.
5. **Placení nákladů rozhodčího řízení.** Soud konstatoval, že po zaměstnanci by nemělo být požadováno, aby platil nepřiměřené náklady rozhodčího řízení.

K výše uvedeným požadavkům, které jsou specifické výlučně jen pro rozhodčí řízení, však přistupují ještě další požadavky obecnějšího charakteru reagující na skutečnost, že rozhodčí smlouva zůstává, ač v řadě hledů specifickou, smlouvou. S tím počítá ustanovení § 2 Federálního zákona o rozhodčím řízení když uvádí, že rozhodčí smlouva může být neplatná a nevynutitelná z důvodů, „pro které, pro které je možné zrušit každou smlouvy“. Do této poměrně rozsáhlé oblasti spadají jak otázky vůle, konsenzu, vadné nabídky a nedostatku protiplnění, tak i problematika omylu, podvodného jednání či nepřiměřenosti. Jak k tomu však jedním dechem uvádí Nejvyšší soud v případu *Doctor´s Associates, Inc. v Casarotto***[15]**, tyto důvodu nesmí představovat překážky při vynucování rozhodčích doložek a musí být aplikovány v arbitrážních kauzách stejně jako v kauzách jiných. Mezi nejvýznamnější z těchto důvodů a tedy i další záruky rozhodčího řízení patří:

6. **Vědomé a dobrovolné uzavření smlouvy.** Tato podmínka je zvlášť problematická z důvodu, že rozhodčí smlouvy v pracovněprávních vztazích nejsou jen smlouvy svou povahou adhezní, ale jsou se zaměstnanci uzavírány na principu „akceptuj nebo budeš propuštěn“. Některé soudy proto takovéto rozhodčí smlouvy uzavřené před vznikem sporu označily za neplatné a nevynutitelné. Je ovšem pravdou, že zaměstnanci jsou nuceni podobně uzavírat řadu jiných dohod souvisejících s pracovním poměrem, které však z tohoto důvodu nebývají považovány za neplatné. Proto se zde rozhodčí smlouvy vůči smlouvám ostatním dostávají do nerovného postavení, které je v rozporu se závěry výše uvedeného případu *Doctor´s Associates, Inc. v Casarott.* V praxi se tak spíše klade důraz na to, aby zaměstnanec rozhodčí doložku uzavřel vědomě a měl možnost seznámit se s jejím obsahem, pravidly řízení, pokud je na ně odkazováno, atd.[16]
7. **Protiplnění.** I když v představě kontinentálního práva je problematické spojovat rozhodčí doložky s otázkou plnění a protiplnění, ve skutečnosti je reagováno zejména na případy, kdy rozhodčí doložka podle ujednání váže jen zaměstnance a zaměstnavatel si může vybrat, zda spor předloží soudu nebo rozhodci, nebo na případe, kdy je zaměstnavatel oprávněn jednostranně měnit podmínky stanovené v rozhodčí smlouvě.[17]
8. **Nepřiměřenost.** Podmínka přiměřenosti rozhodčí smlouvy je jednou z vůbec nejvágnějších, když často se pod ní ukrývají některé z důvodů uvedených výše. Umožňuje posoudit podmínky rozhodčí smlouvy z hlediska jejich spravedlnosti a vyváženosti vzájemných práv a povinností a postihnout zneužití práv nebo silnější ekonomické pozice.[18] I tento požadavek dává soudům širokou možnost diskrece, která je však omezena obdobně jako výše v odst. 6 zásadou stejného zacházení s rozhodčími a ostatními smlouvami.

Konečně není bez zajímavosti, že výše uvedené záruky vedle řady dalších byly zakotveny a rozpracovány v dokumentu, který společně vytvořili zástupci zaměstnavatelů, zaměstnanců a poskytovatelé rozhodcovských služeb v roce 1995. Tento dokument, *Due Proces Protocol For Mediation*

and Arbitration of Statutory Disputes Arising out of the Employment Relationship, ovlivnil judikaturu soudů a v praxi se stal normou, na s níž jsou poměřovány rozhodčí doložky. Přesto jen něco málo přes deset let od jeho vytvoření se již ozývají hlasy žádající jeho revizi, když tento set pravidel se zdá být v některých ohledech již zastaralý.[19] Je to důkazem toho, jak těžké je v této dynamicky se rozvíjející oblasti nějaká pravidla trvaleji zafixovat.

Z nejnovějších trendů bych pak pro úplnost jen zmínila, že přes požadavek soudů na zachování určitých záruk při sjednávání rozhodčích doložek se objevil návrh na přijetí zákonné úpravy, která by zakazovala v pracovněprávních vztazích uzavírání rozhodčích doložek před vznikem sporu, a to s dosti rozporuplnými reakcemi.[20] Je tak zřejmé, že i v rámci práva USA je diskuze na téma rozhodčích doložek v pracovněprávních vztazích stále neukončená.

VII. Závěr

Rozhodčí řízení se vyvinulo pro potřeby obchodníků a tento základní účel, rozhodování obchodních sporů, zrcadlí i český zákon o rozhodčím řízení. V rámci této právní regulace se vychází z premisy, že smluvní strany jsou ve formálně rovném postavení, mají obdobnou vyjednávací pozici a jsou profesionálové. Rozhodčí řízení je tak šité na míru sporům právě mezi takovými subjekty. S postupem času však v rozhodčím řízení začínají být řešeny i spory, v rámci nichž účastníci ve shodném postavení nejsou a slabší smluvní strana může být podstatně znevýhodněna a krácena na svých právech. Mezi takové právní vztahy patří i vztahy pracovněprávní, kdy je právo nuceno na faktickou nerovnost smluvních stran reagovat a zakotvit zaměstnanci určitá minimální práva, s nimiž nemůže vesměs ani disponovat. Rozhodčí řízení však takto koncipováno není. Naprosto nereflektuje skutečnost, že zde může existovat slabší smluvní strana v ekonomicky zcela odlišném postavení a takovéto smluvní straně ochranu neposkytuje. Důsledkem může být ve vztahu k právní úpravě postavení zaměstnance až absurdní omezení jeho hmotných i procesních práv bez možnosti dovolat se účinné ochrany.

Je proto naprosto nutné otevřít diskuzi na téma přípustnosti rozhodčího řízení v pracovněprávních vztazích, a to nejen již zdánlivě uzavřenou otázku arbitrability pracovněprávních sporů, ale především problematiku zajištění efektivní ochrany zaměstnance v rozhodčím řízení. Je už pak pouze volbou prostředků, zda budou jednotlivé záruky zakotveny přímo v zákoně nebo je, obdobně, jako je tomu v právu USA, bude utvářet judikatura. Řešení nemusí být jen v rovině rozhodčí řízení ano či rozhodčí řízení ne, avšak pokud již jednou uznáme, že rozhodčí řízení je v těchto sporech možné, je třeba rovněž stanovit, za jakých podmínek.

---

[1] Bejček J.: Svoboda konkurence a konkurence svobod. Právník, 1996, č. 6 str. 498

[2] Bezouška P.: Výhrada odstoupení od pracovní smlouvy a neplatnost pacovněprávních úkonů z hlediska smluvní svobody v pracovním právu. Právní rozhledy, 2008, č. 18 str. 659

[3] Stanovisko Ústavu práva a právní vědy č. LL/upav/2007/07, Arbitrabilita v pracovněprávních sporech.

[4] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, Komentář. str. 32.

[5] Stanovisko Ústavu práva a právní vědy č. LL/upav/2007/07, Arbitrabilita v pracovněprávních sporech.

[6] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, Komentář. str. 701.

[7] Čl. 6 odst. 1: Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu. Rozsudek musí být vyhlášen veřejně, avšak tisk a veřejnost mohou být vyloučeny buď po dobu celého nebo části procesu v zájmu mravnosti, veřejného pořádku nebo národní bezpečnosti v demokratické společnosti, nebo když to vyžadují zájmy nezletilých nebo ochrana soukromého života účastníků, anebo v rozsahu považovaném soudem za zcela nezbytný pokud by, vzhledem ke zvláštním okolnostem,veřejnost řízení mohla být na újmu zájmům spravedlnosti.

[8] *Federal Arbitration Act (FAA),* 9 U.S.C §§ 1 et. seq. (1925)

[9] Bales, R. A.: Contract formation issues in employment arbitration, Brandies Law Journal, 2006, č. 44 str. 416.

[10] *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 500 U.S. 20 (1991). Citováno z: Runkel, R.: Arbitration of Employment Disputes: The New Privatization of the Judical System.

[11] Bales, R. A.: Contract formation issues in employment arbitration, Brandies Law Journal, 2006, č. 44 str. 420.

[12] Runkel, R.: Arbitration of Employment Disputes: The New Privatization of the Judical System.

[13] Bales, R. A.: Contract formation issues in employment arbitration, Brandies Law Journal, 2006, č. 44 str. 420.

[14] *Cole v. International Security Services,* rozhodnutí Okresního soudu v Kolumbii sp.zn. 105 F.3d 1465 (D. C.Cir 1997). Citováno z: Runkel, R.: Arbitration of Employment Disputes: The New Privatization of the Judical System.

[15] *Doctor´s Associates, Inc., v. Casarotto*, Rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 517 U.S. 681 (1996). Citováno z: Runkel, R.: Arbitration of Employment Disputes: The New Privatization of the Judical System.

[16] Bales, R. A.: Contract formation issues in employment arbitration, Brandies Law Journal, 2006, č. 44 str. 449-450.

[17] Bales, R. A.: Contract formation issues in employment arbitration, Brandies Law Journal, 2006, č. 44 str. 451-454

[18] Runkel, R.: Arbitration of Employment Disputes: The New Privatization of the Judical System.

[19] Bales, R. A.: Beyond the Protocol. Recent Trends in Employment Arbitration.

[20] Maltby, L.: Out of the Frying Pan into the Fire. The Feasibility of Post-dispute Employment Arbitration Agreements.

Literature:

Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, Komentář.1. vydání. C.H.Beck, Praha 2004, 680 str., ISBN 80-7179-629-8.

Bejček J.: Svoboda konkurence a konkurence svobod. Právník, 1996, č. 6.

Bezouška P.: Výhrada odstoupení od pracovní smlouvy a neplatnost pacovněprávních úkonů z hlediska smluvní svobody v pracovním právu. Právní rozhledy, 2008, č. 18.

Stanovisko Ústavu práva a právní vědy č. LL/upav/2007/07, Arbitrabilita v pracovněprávních sporech. Dostupný z: http://www.ustavprava.cz/files/sak/2007/07_2007_arbitrabil_prac_spor.pdf

Bales, R. A.: Contract formation issues in employment arbitration, Brandies Law Journal, 2006, č. 44 str. 416. Dostupný z: www.ssrn.com

Runkel, R.: Arbitration of Employment Disputes: The New Privatization of the Judical Systém. Dostupný z:http://www.lawmeno.com/articles/arb.htm

Bales, R. A.: Beyond the Protocol. Recent Trends in Employment Arbitration. Dostupný z: www.ssrn.com

Maltby, L.: Out of the Frying Pan into the Fire. The Feasibility of Post-dispute Employment Arbitration Agreements. Dostupný z: www.ssrn.com

Contact – email

karla.hyblova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ODRAZ DOKTRÍN ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ V NÁRODNÍ LEGISLATIVĚ

RADKA CHLEBCOVÁ

Právnická fakulta MU, Česká republika

Abstract in original language
Cílem příspěvku je nastínit posluchačům vztah mezi teoretickými doktrínami rozhodčího řízení a praxí rozhodčího řízení, jak se projevuje v rozhodování rozhodců a v národní legislativě upravující rozhodčího řízení. Příspěvek se bude věnovat legislativě vybraných stát· a zhodnocení toho, která doktrína se v nich promítá. Pozornost bude věnována jak angloamerickému přístupu, tak i přístupu v evropských státech a jejich zhodnocení z doktrinálního hlediska.

Key words in original language
Doktríny rozhodčího řízení; Národní právo a rozhodčí řízení; Jurisdikční doktrína; Smluvní doktrína; Smíšená doktrína.

Abstract
The aim of the conference paper is to provide an overview of the practical impact of the doctrines of the international arbitration on the national law regarding the international arbitration. The paper will deal with the legislation of European as well non-European states and examine with doctrine is in the national law the leading one.

Key words
Doctrines of the international arbitration; National law and arbitration; Jurisdiction doctrine; Consensual doctrine; Mixed doctrine.

Právní povaha rozhodčího řízení byla po mnoho desítek let jednou z velmi kontroverzních otázek. Jedná se o prodlouženou ruku státní moci, nebo spíše soukromou justici nezávislou na státu a státní moci? Označíme-li rozhodčí řízení za soukromý způsob řešení sporů s právně závaznými a státní mocí vynutitelnými důsledky, je nutné se ptát, zda a jak moc je tento soukromý způsob řešení sporů podroben státní regulaci a kontrole. Který z právních řádů by měl mít na rozhodčí řízení klíčový vliv. Měl by to být národní právní řád? Kterého státu? Nebo by to měla být nadnárodní pravidla? Které instituce? Popřípadě jejich kombinace?[1] Nebo je možné

[1] Lew, J, D, M., Mistelis, A., L., Kröll, S., M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, London., New York: Kluwer Law International, 2003, p. 71.

zaujmout zcela opačný pohled a tvrdit, že rozhodčí řízení má natolik soukromou povahu, že je podrobeno výlučně regulaci stran sporu?[2]

Otázky uvedené v prvním odstavci mají dalekosáhlé faktické dopady na samotný průběh rozhodčího řízení a na to, zda budou jevy označované ve své celistvosti jako rozhodčí řízení považovány za hmotně právní (soukromoprávní) nebo za procesněprávní.[3]

Bude-li rozhodčí řízení kvalifikováno soukromoprávně, bude klíčový vliv na průběh rozhodčího řízení přiznán samotným stranám sporu. Rozhodující bude autonomie vůle stran projevená v rozhodčí smlouvě a rozsah využití této autonomie (co všechno strany pro průběh rozhodčího řízení upravily v rozhodčí smlouvě). Národní právní řád a požadavky z něj plynoucí by ustupoval do pozadí a fungoval jako pomocná ruka ve chvíli, kdy strany neupravily některé otázky. Role právní řádu by vzrůstala ve fázi po vydání rozhodčího nálezu, pokud by nebyl stranami dobrovolně vykonán a bylo potřeba využít donucující síly státu. Při soukromoprávní kvalifikaci rozhodčího řízení je nutné se ptát, jak moc mohou státní soudy vykonávat kontrolní funkci a např. zrušit rozhodčí nález, a jaké důvody pro zrušení rozhodčího nálezu by byly přiměřené.

Naopak, pokud by se rozhodčí řízení považovalo spíše za procesněprávní institut, byla by role vůle stran velmi omezená a vzrostla by pomocná a kontrolní funkce státních soudů a národního práva. Soudy by mohly jmenovat a odvolávat rozhodce, kontrolovat dodržování procesního postupu během rozhodčího řízení, kontrolovat dodržování procesního či hmotného práva daného státu, rušit rozhodčí nálezy vydané na jejich území, odmítnout výkon cizího rozhodčího nálezu na základě stejných důvodů jako u cizího soudního rozhodnutí apod. Při tomto pojetí role stran ustupuje do pozadí. Např. i volba hmotného práva, na jehož základě mají rozhodci rozhodovat, a jeho aplikace při hodnocení práv a povinností stran by mohla být podrobena kontrole pomocí základních principů a mezinárodně kogentních norem státu, kde probíhá rozhodčí řízení.

V teoretické rovině se zkoumání povahy rozhodčího řízení věnují jednotlivé doktríny rozhodčího řízení. Je logické, že úprava rozhodčího řízení jednotlivých států je projevem jejich vztahu k rozhodčímu řízení, potřeb, obchodních i mocenských zájmů. Doktríny rozhodčího řízení jsou při stanovení pravidel rozhodčího řízení ve srovnání se skutečnými potřebami v druhořadém postavení. Hlavním měřítkem se zdá být především efektivita úpravy. Projevy doktrín rozhodčího řízení v rámci jednotlivých právních

---

[2] Lew, J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration. Dobbs Ferry, NY : Oceana: Sijthoff & Noordhoff, 1978, p. 51-63.

[3] Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 28.

řádů proto nejsou patrné na první pohled a je potřeba je hledat v ustanoveních rozhodčích zákonů a v judikatuře rozhodčích soudů.

Cílem tohoto příspěvku je nastínit praktický odraz doktrín rozhodčího řízení v legislativě vybraných států a posoudit soukromo- nebo procesněprávní povahu rozhodčího řízení těchto států. Zajímavé je, že se při zkoumání povahy rozhodčího řízení setkáme spíše s tzv. *angloamerický* či *kontinentální* koncept rozhodčího řízení, než se samotnými doktrínami. První z nich je charakteristický pro angloamerické rozhodčí řízení a promítl se i do právní úpravy afrických a asijských států. Druhý z nich se vyvinul ve Francii a posléze ovlivnil rozhodčí řízení v afrických státech, které byly pod francouzskou koloniální nadvládou, a dále státy středního východu. Španělsko ovlivnilo podobu rozhodčího řízení v latinské Americe, Německo poté v Japonsku a Číně, Belgie zase v Kongu a Nizozemí v Indonésii. V uvedených konceptech se sice dá vystopovat převažující vliv jedné či druhé doktríny, ale o jasném projevu některé z nich se hovořit nedá.

Za povšimnutí stojí, že se uvedené právní úpravy datují maximálně do roku 1998. Poté došlo ve většině států k přijetí modelového zákona UNCITRAL, čímž se do problematiky rozhodčího řízení oficiálně dostává nový pojem „sídla rozhodčího řízení".

Následující řádky se věnují *angloamerickému* a posléze *kontinentálnímu* konceptu rozhodčího řízení ve vybraných státech a jejich hodnocení z doktrinálního hlediska.

1. ANGLOAMERICKÝ KONCEPT A PRÁVNÍ ÚPRAVA ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ VE VELKÉ BRITÁNII:

Angloamerický koncept rozhodčího řízení byl ve Velké Británii vždy založen na silné kontrolní moci anglických soudů ve vztahu k soudům rozhodčím a rozhodčímu řízení. Až zákon o rozhodčím řízení z roku 1996 omezil ve srovnání s předchozími právními úpravami podstatně tuto moc.[4]

Dle zákona o rozhodčím řízení z roku 1950 neměli rozhodci výlučnou pravomoc. Strana mohla v každém okamžiku žádat, aby byla právní otázka týkající se merita sporu předložena státnímu soudu *(special case)*, jenž o ní rozhodl rozsudkem.[5] Vyloučení této možnosti ve smlouvě bylo v rozporu s veřejným pořádkem. Došlo tak k rozdělení pravomoci mezi soudy a rozhodce. Tento postup byl často kritizován, neboť vedl k častému zneužití a prodlužování rozhodčího řízení. Soudy byly dle rozhodčího zákona z roku 1950 oprávněny zrušit rozhodčí nález pro chyby v právních i faktických

[4] Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 27 an.

[5] Petrochilos, G., Procedural Law in International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2004, p. 55 an.

otázkách. Strach rozhodců ze zrušení rozhodčího nálezu se projevil tím, že rozhodci přestali rozhodčí nález odůvodňovat a odůvodnění bylo raději včleněno do zvláštního dokumentu.

V roce 1979 byla zrušena možnost *special case* postupu. Nadále mohl rozhodčí nález z hlediska případných právních vad přezkoumávat pouze High Court. Obrátit se na High Court bylo nově možné až po vydání rozhodčího nálezu. Bylo na uvážení High Court, zda odvolání povolí a projedná. Běžně se tak činilo pouze tehdy, pokud právní otázka měla vzhledem ke všem okolnostem případu zásadní význam pro rozhodnutí ve věci a mohla podstatně ovlivnit práva a povinnosti stran. Možnost odvolání mohla být nově vyloučena ujednáním stran ve smlouvě. Aby bylo odvolání efektivní, mohl High Court po rozhodčím soudu požadovat dodání odůvodnění rozhodčího nálezu. Postupně se tak vydávání rozhodčího nálezu s odůvodněním stávalo běžné.

Zákon o rozhodčím řízení z roku 1996 přinesl další pokrokové změny, liberalizaci rozhodčího řízení ze státní kontroly, včetně přijetí některých ustanovení modelového zákona UNCITRAL. Zůstala možnost odvolání se proti chybnému rozhodnutí právních otázek. Soud se však nyní mohl odvoláním zabývat, jen pokud bylo rozhodováno dle anglického práva a jednalo-li se o klíčovou otázku pro rozhodnutí ve věci, a pokud strany možnost odvolání nevyloučily. Soud mohl rozhodčí nález potvrdit, změnit, částečně nebo zcela zrušit. Pro pozdější úvahy o povaze rozhodčího řízení ve Velké Británii je podstatné, že strany byly oprávněny možnost odvolání smlouvou vyloučit.

I dle tohoto rozhodčího zákona mohl státní soud požadovat po rozhodčím soudu vydání odůvodnění nálezu. Právě otázka odůvodnění rozhodčího nálezu a automatičnosti začlenění odůvodnění do rozhodčího nálezu byla jedním z hlavních rozdílů mezi angloamerickým a kontinentálním konceptem. Postupem doby se ale tento rozdíl stírá.[6]

Anglický vzor převzaly i jiné země, například Ruská federace a Ukrajina. Pouze u možnosti odvolání se proti rozhodčímu nálezu vynechaly možnost stran dohodnout se v rozhodčí smlouvě jinak.

HODNOCENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY Z DOKTRINÁLNÍHO HLEDISKA:

Rozhodčí řízení ve Velké Británii bylo před rokem 1996 na první pohled poznamenáno jurisdikčním přístupem. Nejvíc upoutá možnost nechat rozhodčí nález po právní stránce přezkoumat státním soudem, která se uchovala i po roce 1996. Do roku 1979 bylo dokonce možné předložit státnímu soudu již v průběhu rozhodčího řízení řešení jakékoli právní otázky. Zajímavý je také postoj anglického práva, dle nějž musí být každé

[6] Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 27 an.

rozhodčí řízení podrobeno některému národnímu právu. Anglické právo tak zcela odmítlo možnost denationalizace rozhodčího řízení. Výslovně se zmiňuje, že rozhodčí řízení musí být podrobeno „národnímu" právu, čímž se vylučuje přímý odkaz na *lex mercatoria*[7].

I když se zdá, že se ve Velké Británii vzorově promítla jurisdikční teorie, je nutné poukázat na následující odchylky: Dle jurisdikční teorie mají rozhodci postavení srovnatelné se soudci a vykonávají veřejnou moc. Silné kontrolní oprávnění státních soudů však působí, jako by ve Velké Británii měli rozhodci spíše „podveřejnou" moc a jako by rozhodčí řízení bylo jen tolerovanou alternativou státního řešení sporů. Striktní odlišování práva aplikovatelného na rozhodčí smlouvu a práva aplikovatelného na procesní otázky je jedním z prvků smíšené teorie v pojetí profesora Sauser-Hall[8]. Neomezená možnost zvolit si rozhodné právo a místo řešení sporu je zase jedním z prvků smluvní teorie, popřípadě smíšené. Vezmou-li se v úvahu změny v rozhodčích zákonech, k nimž ve Velké Británii došlo, není již absolutní závěr o jurisdikční teorii přesvědčivý. Současně se ale nedá ani říci, že by se rozhodčí řízení ve Velké Británii posunulo od teorie jurisdikční ke smluvní, neboť smluvní teorie vychází z nepsané rovnováhy smluvních a jurisdikčních prvků. Proto by bylo nejvhodnější považovat úpravu rozhodčího řízení ve Velké Británii za jurisdikčně-smíšenou, či oslabenou jurisdikční teorii. Tím však, pod vlivem reakce na právní realitu i na konkrétní právní úpravu, vytváříme novou doktrinální kategorii.

2. KONTINENTÁLNÍ KONCEPT A PRÁVNÍ ÚPRAVA ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ:

Kontinentální přístup se od angloamerického odlišuje především nemožností soudů zasahovat do merita sporu, možností pověřit rozhodce k rozhodování *ex aequo et bono* a odůvodněním rozhodčích nálezů.

Spor je ve státech, jež jsou pod vlivem kontinentálního přístupu, mohou rozhodnut pouze rozhodci. Nehraje roli, zda se jedná právní nebo faktické otázky. Odvolání do merita sporu je přípustné jen ve výjimečných případech – např. ve Francii u vnitrostátního rozhodčího řízení. Obecně však platí, že i když je rozhodnutí rozhodců zjevně špatné, není možné proti němu podat odvolání u státních soudů, ledaže by bylo v rozporu s veřejným pořádkem státu jeho vydání. Rozpor s veřejným pořádkem je také důvodem pro odmítnutí uznání a výkonu rozhodčího nálezu.

V souladu s kontinentálním přístupem mohou strany zmocnit rozhodce k rozhodování jako *amiable compositeurs* nebo *ex aequo et bono*. Země ovlivněné tímto konceptem mají ve svých zákonech o rozhodčím řízení

[7] Nepřímý, tedy pokud jeho použití povoluje národní právo zvolené stranami, by byl možný.

[8] Lew, J, D, M., Mistelis, A., L., Kröll, S., M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, London., New York: Kluwer Law International, 2003, p. 79.

běžně zakotveno, že rozhodci postupují podle práva, pokud strany neurčí jinak (tzv. duální systém)[9]. Ve Španělsku a Argentině má rozhodování jako amiable compositeurs dokonce přednost před postupem dle práva. Naopak v zemích bývalého východního bloku se upřednostňuje rozhodování dle práva, ale další možnosti jsou ponechány na vůli stran. V angloamerických zemích nebylo rozhodování jako *amiable compositeurs* nebo *ex aequo et bono* původně vůbec známé. Až dle rozhodčího zákona z roku 1996 jsou tyto postupy umožněny.

O problematice odůvodnění rozhodčích nálezů již bylo pojednáno výše. Zatímco v angloamerických zemích bylo běžné neodůvodňovat nález, popřípadě včlenit odůvodnění do samostatného dokumentu, je v kontinentálních zemích běžné odůvodnění připojit, ale na výslovné přání stran mohou rozhodci vydat rozhodčí nález bez odůvodnění. V dnešní době se v tomto ohledu rozdíl mezi kontinentálním a angloamerickým přístupem stírá.

FRANCIE:

Ve Francii nebyl až do roku 1981 jasně určen aplikační rozsah francouzských zákonů o rozhodčím řízení ani jurisdikce francouzských soudů. Na základě judikatury se francouzské právo aplikovalo na rozhodčí řízení, kde se strany dohodly na jejich podrobení francouzskému právu. Francouzské právo odlišovalo právo aplikovatelné na rozhodčí smlouvu a právo aplikovatelné na procesní postup. Úkolem soudu či rozhodců bylo určit, které z těchto dvou práv stany zvolily. Pokud strany výslovně zvolily právo, jímž se má řídit procesní postup, měla být tato dohoda respektována. V případě absence vůle stran ohledně procesního práva se aplikovalo právo místa konání rozhodčího řízení či právo sídla rozhodčí instituce. Místo konání rozhodčího řízení však nemělo žádnou zvláštní právní existenci či význam.[10]

Pokud jde o kontrolní moc soudů, je vhodné zmínit rozhodnutí ve věci *Aksa* a ve věci *Göteverken*.[11] V obou případech se jednalo o možnost zrušení rozhodčího nálezu v situaci, kdy byl sice vydán ve Francii, ale stranami byli cizinci a spor neměl jiné spojení s územím Francie. Strany v rozhodčí smlouvě vyloučily použití francouzského práva. Povolaný soud posuzoval, zda je rozhodčí nález podroben francouzskému právu (minimálně procesnímu) a pokud ano, tak v jakém rozsahu. Nakonec dospěl k názoru, že ani na jedno z rozhodčích řízení nedopadá francouzské právo, a proto

[9] Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 33 an.

[10] Petrochilos, G., Procedural Law in International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2004, p. 53 an.

[11] Ididem

Francie není vhodným forem pro výkon kontroly rozhodčích nálezů. Rozhodčí nález nebyl dle názoru soudu jakýmkoli způsobem spojen s francouzským právním řádem, obě strany byly cizinci a smlouvy měly být vykonány v zahraničí.

HODNOCENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY Z DOKTRINÁLNÍHO HLEDISKA:

Ve francouzské úpravě rozhodčího řízení zaujme široká svoboda rozhodců i stran. Strany si mohou zvolit rozhodné právo hmotné i procesní, místo konání rozhodčího řízení a jejich dohoda musí být respektována. Místo konání rozhodčího řízení nemá žádný zvláštní právní význam, čímž se rapidně omezuje i kontrolní pravomoc státních francouzských soudů a jejich vliv na rozhodčí řízení. I když byl rozhodčí nález vydán na území Francie, neznamená to, že Francouzské soudy se budou cítit pravomocné k jeho přezkoumání. Přezkoumání po právní stránce je nepředstavitelné. Uvedené by svádělo k závěru, že se ve Francii promítla smluvní teorie. Tento závěr je jistě správný, nikoli však definitivní. I když je vliv státu na rozhodčí řízení minimalizován, je minimalizován, protože si to tak sám stát přál a protože tak stanovil ve svých zákonech. Vliv státu na rozhodčí řízení je sice skrytý, ale klíčový. Právě proto, že stranám umožní řešit celou řadu otázek ve vlastní režii a rozhodovat autonomně o řešení jejich sporu. Rozhodčí řízení je tedy počato smlouvu stran, nicméně pokud se podíváme ještě o krok dále, vždy najdeme odpovídající právní úpravu povolující autonomní postup. Není to v žádném případě rozhodčí smlouva, která sama o sobě dává rozhodcům pravomoc vydat rozhodčí nález.

Stejně jako i v případě Velké Británie je nutné konstatovat, že se ve Francii sice promítla rozhodujícím způsobem jedna doktrína, je ovšem silně modifikována prvky smluvní či smíšené teorie.

NĚMECKO:

Do roku 1998 byl v Německu, podobně jako i v jiných státech, pouze rámcově a nepřesně stanoven aplikační rozsah rozhodčích zákonů. Národnost rozhodčího nálezu závisela dle ustanovení § 1044 ZPO na procesním právu, které se ve skutečnosti v průběhu rozhodčího řízení aplikovalo. „Domácí rozhodnutí“ byla rozhodnutí vydaná dle německého práva. Volba procesního práva příslušela stranám. Strany se mohly také dohodnout, že se německé právo použije i v případě rozhodčího řízení konaného na území jiného státu, požadavek domácího rozhodčího nálezu byl i tak naplněn. Statut implementující New Yorskou úmluvu totiž zakotvuje možnost německých soudů pokládat tyto rozhodčí nálezy za domácí. Rozsah kontrolních funkcí německých soudů byl v tomto případě závislý na ustanoveních práva státu, kde se rozhodčí řízení skutečně konalo. Jinak by snadno mohlo dojít k porušení suverenity cizího státu. Naopak

pokud se rozhodčí řízení konalo na území Německa, ale aplikovalo se cizí právo, německé soudy odmítly vykonávat kontrolní a pomocné funkce.[12]

V Německu původně scházela speciální úprava pro uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů. Spolu s přijetím ZPO se prosadil názor, že cizí rozhodčí nálezy nemohou být podrobeny zkoumání ze strany německých soudů a následnému odmítnutí uznání a výkonu na základě stejných důvodů, jako to bylo možné u rozhodčích nálezů domácích. Tento postoj byl i přes nelibost soudů vykládán jako jasný projev jurisdikční teorie v dosahu německého právního řádu. Rozhodčí smlouva tak měla být posuzována především dle práva státu, v jehož jurisdikci se konalo rozhodčí řízení. I přes mnohé pokusy o poukázání na smluvní prvky německé úpravy měl výše uvedený přístup značný úspěch.[13]

HODNOCENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY Z DOKTRINÁLNÍHO HLEDISKA:

I když si to německá teorie dlouho nechtěla připustit, mají francouzské a německé rozhodčí řízení společné prvky, především pokud jde o postavení stran a možnosti jejich autonomního postupu, volby práva a procesního postupu rozhodců. Přesto je vliv státu a jím vydaných zákonů na rozhodčí řízení mnohem znatelnější, což dává tušit výslovné rozlišení mezi domácí a zahraničními rozhodčími řízeními a stanovení rozsahu kontrolní funkce státních soudů (na rozdíl od Francie, kde bylo řešení této otázky ponecháno soudům). Mnohé teoretické stati tento závěr jen potvrzují, když o Německu hovoří jako o státu, který ve svém zákonodárství realizoval jurisdikční teorii. Na druhou stranu nelze opomenout reálné postavení stran, roli rozhodčí smlouvy pro rozhodčí řízení a liberalizační posun, k němuž pomalu dochází. Dále je potřeba podotknout, že závěr německých teoretiků o jurisdikční teorii byl postaven na jednom klíčovém argumentu: Odlišný přístup uznání a výkonu domácích a zahraničních rozhodčích nálezů. Další prvky nebyly relevantním způsobem brány v potaz, což je základní chybou při hodnocení právní úpravy z hlediska doktrín rozhodčího řízení. Srovnáme-li německý přístup k rozhodčímu řízení s přístupem ve Velké Británii, dalo by se o Německu hovořit spíše jako o zástupci smluvní teorie než teorie jurisdikční.

LATINSKOAMERICKÉ ZEMĚ:

V latinskoamerických zemích se projevuje především koncept kontinentálního práva, neboť se ve velké míře jedná o bývalé kolonie Španělska a Portugalska. Vedle samotné rozhodčí smlouvy se vyžaduje ještě podřízení se rozhodčímu řízení (*compromiso*) ve chvíli, kdy by skutečně

[12] Petrochilos, G., Procedural Law in International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2004, p. 51.

[13] Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 31.

mělo začít. *Compromiso* je smlouvou mezi stranami a rozhodcem, obsahujícím jména stran i jejich pozici ve sporu. Rozhodčí smlouva se stává efektivní a operativní až po uzavření této zvláštní smlouvy. Pokud se strany na *compromiso* nedohodnou, je v některých zemích možno požádat soud o jeho vydání. V jiných je však rozhodčí řízení znemožněno. Rozhodce zde může rozhodovat jako *amiable compositeurs*, nebo v souladu s hmotným a procesním právem, které by musel aplikovat soud. Strany si však mohou určit jinak. Možnost zrušení rozhodčích nálezů se odlišuje u *amiable compositeurs* a u rozhodování dle práva, byť určeného stranami. Důvody, pro něž je možné zrušit rozhodčí nález vydaný *amiable compositeurs* jsou mnohem užší, něž v druhém případě.

HODNOCENÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY Z DOKTRINÁLNÍHO HLEDISKA:

I když se v Latinskoamerických zemích odrazil více koncept kontinentální, má právo jednotlivých států a požadavky z něj vyplývající klíčový význam. Efektivita rozhodčí smlouvy, jev samozřejmý v mnoha jiných státech, je zde ze zákona podmíněn další dohodou stran. Podléhá tak speciálnímu zákonnému požadavku. Jeho naplnění se v některých státech může ujmout státní soud. V jiných státech je, pokud se strany na této dodatečné dohodě neshodou, konání rozhodčího řízení vyloučeno. Autonomie vůle stran a celá podstata rozhodčího řízení tak podléhá podstatným omezením ze strany státu, což je klíčový prvek jurisdikční teorie. Pokud se však strany dohodou, mohou ve většině států dále regulovat průběh rozhodčího řízení, osoby rozhodců, rozhodné právo či způsob řešení sporu. Ani v Latinskoamerických zemích nenajdeme čistou variantu některé z doktrín rozhodčího řízení, ale spíše jurisdikční teorii se smluvními prvky.

ARABSKÉ ZEMĚ:

Arabské země jsou ovlivněny jak kontinentálním tak i angloamerickým konceptem. Nejzajímavější problematikou rozhodčího řízení arabských zemí je aplikace práva Sharia. Jeho zdrojem je Korán a Sunna a je považováno za nedotknutelné. Může však být interpretováno. Ačkoli Sharia obsahuje pouze minimum zmínek o rozhodčím řízení, hraje i tak podstatnou roli. Rozhodčí řízení je možné ujednat jen u existujících sporů. K řešení sporu je možné povolat jen jednoho rozhodce. Jmenování více osob není povoleno, a pokud výjimečně je, musí dojít k jednomyslnému rozhodnutí. Rozhodce musí být muslim, muž, musí znát velice dobře Sharia a je při své činnosti vázán muslimským právem. Jmenování rozhodce je odvolatelné až do vydání rozhodčího nálezu. Procesní právo, které bude rozhodce aplikovat, závisí na škole, k níž se hlásí. Ačkoli je uznané, že rozhodnutí rozhodce je považováno za konečné, vykonatelné a má postavení soudního rozhodnutí, je i tak vhodné nechat i jej potvrdit kadim. Poté již rozhodčí nález nemůže být měněn. Vady ve faktických zjištěních nevedou ke zrušení

rozhodčího nálezu, na rozdíl od porušení práva Sharia, které vede k přezkoumání nálezu a jeho zrušení kadim.[14]

Odkaz na právo Sharia je většinou zakotven přímo v ústavách. Je považováno za integrální součást muslimského práva, a proto se bez dalšího aplikuje. Liší se pouze stupeň jeho aplikace. Snad jen v tomto jediném případě bych si dovolila tvrdit, že se jedná o čistou verzi jurisdikční teorie.

ZÁVĚREM

„Kolik států, tolik verzí doktrín rozhodčího řízení?“

V předchozí části práce uvedené nastínění právních úprav rozhodčího řízení v některých zemích a následné hodnocení těchto právních úprav z doktrinálního hlediska odhalil, že v právních úpravách běžně nenajdeme prvky pouze smluvní či jurisdikční doktríny. Naprosto běžné jsou jejich barvité kombinace. Každý stát při úpravě rozhodčího řízení reaguje na své vlastní potřeby a zájmy. Proto se dá při troše nadsázky říci, že kolik je států, tolik je verzí jednotlivých doktrín.

Zcela oprávněná je poté otázka, zda má zkoumání právních úprav rozhodčího řízení z doktrinálního hlediska vůbec smysl. Reálná mnohost verzí jednotlivých doktrín činí snahu o jejich kategorizaci zbytečnou a výsledek nepřesný a sporný.

V novější literatuře věnující se rozhodčímu řízení se s problematikou doktrín rozhodčího řízení již nesetkáme. Jedním z důvodů může být výše uvedená zmatečnost, na niž se musí při zkoumání reálných právních úprav narazit. Dalším důvodem je akceptace skutečnosti, že doktrinální pohled na rozhodčí řízení neodpovídá realitě.

Další důvod pro vypuštění doktrinálně teoretického úvodu je podstatnější. Mizení pojednání o doktrínách rozhodčího řízení jde ruku s rukou s přijímáním nových rozhodčích zákonů a inspirováním se modelových zákonem UNCITRAL. Modelový zákon UNCITRAL je jednak oproštěn od doktrinálních úvah a jednak – a to považuji za klíčové - přichází se zcela nových pojmem: Sídlem rozhodčího řízení. Literatura se začala věnovat zkoumání tohoto pojmu a jeho dopadu na rozhodčí řízení, na právo rozhodné, možnost autonomie stran, procesní postup, na možnost denationalizace rozhodčího řízení či použití *lex mercatoria*. Najednou tak není podstatné, zda je rozhodčí řízení soukromoprávní nebo procesněprávní institut, ale kde se koná a jaké právo jej může omezovat.

Tímto přístupem se mnohem lépe reaguje na právní i faktickou realitu a komplikovanost vlivů podmiňujících rozhodčího řízení. Doktrinální

[14] Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 27 an.

hodnocení se stává přežitkem. Nový přístup ve své podstatě akceptoval nevyvratitelný fakt, že rozhodčí řízení je vždy podrobeno právní úpravě státu, na jehož území se koná. Zákonná úprava tohoto státu je jeho suverénním právem a *conditio sine qua* non pro konání rozhodčího řízení. Stát je jediný, kdo se tohoto úkolu může zhostit a efektivně jej splnit. Je tedy na státu, aby si zvolil, zda do svých zákon promítne tu či onu teorii, ten či onen postup.

Dokud právo, jež je pokládáno za aplikovatelné, neumožní stranám předložit spor rozhodcům, nezmocní rozhodce k slyšení sporu a rozhodnutí sporných otázek či neumožní vykonat rozhodnutí rozhodců, postrádá snaha o jakékoli rozhodčí řízení smysl.

Zatímco příznivci jurisdikční teorie se na tomto místě zastavili a dospěli k názoru, že autonomie stran je vlastně podřadným prvkem, jde nový přístup dále. Poté, kdy akceptoval právo státu na úpravu rozhodčího řízení, zkoumá v detailech, jak je rozhodčí řízení upraveno a jakou míru autonomie vůle stran stát připustil. Jinými slovy, zda je právní úprava rozhodčího řízení smluvně nebo spíše jurisdikčně orientovaná, aniž by však měl potřebu uchylovat se k nepřesnému doktrinálnímu hodnocení. Středobodem jeho úvah je jediný pevný bod: Místo konání rozhodčího řízení.

Literature:

- Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2 vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, p. 52-58.
- Sanders, P., Quo Vadis Arbitration? The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 27 an.
- Schlosser, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1989, p. 31.
- Petrochilos, G., Procedural Law in International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2004, p. 51.
- Samuel, A., Jurisdictional Problems in International Commercial Arbitration: A Study of Belgian, Dutch, English, Franch, Swedisch, Swiss, U.S. and West German Law. Zürich: Schulhess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 67.
- Lew, J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration. Dobbs Ferry, NY : Oceana: Sijthoff & Noordhoff, 1978, p. 52 an.

- Lew, J, D, M., Mistelis, A., L., Kröll, S., M., Comparative International Commercial Arbitration. The Hague, London., New York: Kluwer Law International, 2003, p. 81.

Contact – email
Radka.Chlebcova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ADR A SOUDY Z HLEDISKA ČASU

ROBERT CHOLENSKÝ

Advokátní kancelář Mgr. Robert Cholenský -- Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tento příspěvek pojednává o výzkumu autora, který se zabývá vybranými vlastnostmi řízení před soudy, a možnostech, které účastníkům řízení nabízí alternativní metody řešení sporů (ADR), především mediace. Konkrétně se autor zaměřuje na délku soudního řízení u vybraných druhů sporů. Zkoumání autor provádí na statistických datech shromažďovaných Ministerstvem spravedlnosti ČR o řízení před soudy. Tyto vlastnosti srovnává s výhodami, které může účastníkům z hlediska času přinést užívání ADR, zejména mediace.

Key words in original language
ADR; Alternativní metody řešení sporů; Mediace; Soud; Soudní řízení; Délka řízení; Výhody mediace.

Abstract
This contribution deals with the author's research of specific properties of the courts proceedings, and with the opportunities offered by the alternative methods of dispute resolution (ADR), particularly mediation. Specifically, the author focuses on the length of court proceedings of selected types of disputes. The author carried the research on the statistical data on court proceedings collected by the Ministry of Justice. The author compares these properties with the benefits of using ADR, particularly mediation.

Key words
ADR; Alternative dispute resolution; Mediation; Court; Litigation; Length of proceedings; Benefits of mediation.

Vznikne-li mezi dvěma subjekty spor, je to většinou vnímáno negativně. V takové situaci si asi jen málokterá sporná strana připustí, že se může jednat o příležitost pro vylepšení vzájemného vztahu, jeho funkčně vhodnější nastavení. Již téměř vůbec sporné strany nepřemýšlí v dané chvíli o tom, že se v jejich případě (stejně jako v kterémkoli jiném) jedná o projev přirozeného vývoje vztahu mezi stranami.

Jakkoli jsou takové reakce pochopitelné u sporných stran, profesionálové působící v oblasti řešení sporů by si měli být schopni uchovat chladnou hlavu a především schopnost hledat kreativní východiska z konfliktní situace. Kreativním východiskem zde mám na mysli především hledání

takových řešení, která způsobují sporným stranám co nejmenší náklady[1] a jsou proto pro ně nejvýhodnější. Bez toho nebudou sporným stranám k žádnému užitku.

Mezi výše uvedené profesionály působící v oblasti řešení sporů řadím nejen mediátory, advokáty, firemní právníky a jiné poradce, ale též soudce, kteří by měli kvalifikovaně a sebevědomě využívat potenciálu pro usmíření stran v rámci soudního řízení, zejm. § 99 (114c) o.s.ř. Většinou je však podle mých zkušeností pokus o smír velmi vlažným zadrmolením několika vět, které nemají pro účastníky žádnou informativní, natož pak přesvědčovací hodnotu. Toto ustanovení ale soudci dává řadu možností, jak se sporem účastníků naložit.

Při pokusu o smír má předseda senátu zejména s účastníky probrat danou věc a upozornit je na právní úpravu, která ovládá podle jeho názoru jejich věc. Zde může rozebrat s účastníky, co potřebuje mít prokázáno, aby mohl rozhodnout např. o základu sporu. Případně může sdělit, jaký význam má neprokázání určitých skutečností pro jeho rozhodnutí. Hodně může účastníkům napovědět to, na jaká stanoviska či judikáty je soudce upozorní a v jakých souvislostech, tzn., proč jsou pro danou věc relevantní. Jestliže poskytnuté poučení soudem nepovede ke smíru v soudní síni a účastníci budou (třeba i pro množství informací či jejich protichůdnosti s jejich dosavadním pohledem na věc) s uzavřením smíru váhat, měl by soud následně účastníkům doporučit, aby zvážili právě poskytnuté informace, pokud je to třeba, aby se s nimi podrobně seznámili a na jejich podkladě se pokusili o smírné řešení sporu. K tomu budou účastníci a jejich případní právní zástupci potřebovat čas (zejména ve složitějších případech), který by jim soud měl taktéž v přiměřeném rozsahu nabídnout. V souvislosti s tím by se měl s nimi pokusit dohodnout, kolik času budou pro zvážení všech okolností smírného řešení a případného pokusu o něj potřebovat a k jakému termínu mu sdělí výsledky svého mimosoudního pokusu o smír. Jestliže se soud rozhodne k poskytnutí tohoto časového prostoru účastníkům (nejlépe po dohodě s nimi) např. přerušením řízení či odročením jednání, měl by ji v souladu s § 99 odst. 1 o.s.ř. podle okolností případu doporučit možnosti mimosoudního[2] smírného vyřešení sporu.

Metody mimosoudního smírného řešení sporů by měl soud doporučit zejména proto, že stranám poskytl pro hledání smírného řešení prostor

[1] Mezi náklady je nutno počítat nejen peníze přímo investované do řešení sporu, ale i čas věnovaný jeho řešení, ztracené obchodní příležitosti, ztracené či poškozené obchodní vztahy atd.

[2] Výraz „mimosoudní“ § 99 o.s.ř. neobsahuje, lze ho ovšem dovodit výkladem. Je totiž zřejmé, že souslovím „doporučí možnosti smírného vyřešení sporu“ ve zmíněném ustanovení jsou míněny procedurální postupy, jak smírného řešení sporu dosáhnout, nikoli jak by měl takový smír vypadat po hmotněprávní stránce. Takové hmotněprávní návrhy by začasté účastníci stejně nepřijali a snaha soudu by tím byla znehodnocena.

mimo soudní rok. Ten jim de facto poskytuje vždy, když při prvním jednání nerozhodne ve věci samé. Vzhledem k tomu, že mimosoudní metody řešení sporů jsou u nás zatím systematicky a promyšleně téměř nevyužívané a obecně málo známé, měl by soud poskytnout stručný přehled o základních mimosoudních metodách smírného (konsenzuálního) řešení sporů (ADR)[3], aby si účastníci mohli udělat představu, případně poskytnout seznam poskytovatelů takových služeb. Má-li k dispozici seznam vhodných mediátorů, může je na ně odkázat. Neboť je nežádoucí, aby soud nechal účastníky tápat v tom, z jakých metod by se mohli pro dosažení smíru vybrat. Je to konec konců i v zájmu samotného soudu, chce-li opravdu docílit toho, že účastníci smíru dosáhnou. Jinak by jeho snaha uvázla jen na půl cesty.

Konflikt je imanentní součástí životního cyklu každého vztahu. Lze říci, že čím déle vztah trvá, tím vyšší je pravděpodobnost, že dojde ke konfliktu. Pro fungování jakéhokoli vztahu je pak klíčové, zda jsou jeho strany schopny dohodnout se na metodě (či metodách), jak jednotlivé konflikty vyřešit.

Bezprostřední reakce jednotlivých stran na vzniklý spor mohou být různé. Někteří lidé reagují tak, že se snaží vyhýbat konfliktu i jakýmkoli pokusům o jeho řešení, neberou telefony, neodpovídají na e-maily. Jiní se naopak snaží druhé straně za každou cenu vyhovět, další budou s druhou stranou sporu soupeřit (někdy i fyzicky). Někteří lidé se snaží najít kompromis a někteří se snaží o spolupráci a hledání dohody. Tyto přirozené reakce lidí, kteří se ocitnou v konfliktu, představují jeden z důvodů, proč by smluvní strany měly myslet na to, jakým způsobem budou řešit svoje potenciální spory již při sjednávání smluv či vytváření vztahů (např. obchodních).

Společné zájmy, které vedou k uzavření smlouvy, a snaha udělat dobrý obchod vytváří daleko lepší atmosféru pro nalezení shody ohledně metody pro řešení budoucích sporů než je negativní napětí, které se mezi stranami vytvoří po vzniku sporu. Pak se společný názor na metodu řešení hledá jen obtížně.

Z konsenzuálních metod řešení sporů, které může účastníkům řízení v souladu s § 99 odst. 1 o.s.ř. doporučit soud, přichází v úvahu především mediace.[4] Je tomu tak zejména proto, že nestranný prostředník (mediátor)

---

[3] Blíže k jednotlivým konsenzuálním metodám ADR jako je vyjednávání, mediace či minitrial viz např. Finkelstein, W. A. ADR in Trademark and Unfair Competition Disputes. A Practicioner's Guide. INTA and CPR, 1994 nebo Moffit, M., Bordone, R. The Handbook of Dispute Resolution. Jossey – Bass A Wiley Imprint: San Francisco, 2005.

[4] Blíže k mediaci v kontextu různých druhů sporů viz např. Cholenský, R. Alternativní metody řešení sporů z autorského práva, možnosti využití mediace. Právny obzor, 2005, č. 2-3, s. 200, Cholenský, R. Mimosoudní řešení sporů ve zdravotnictví – příležitost pro mediaci. Právní rozhledy. 11/2007.

může stranám překonat eskalaci, k níž často podání žaloby vede. Ochota stran přímo spolu vyjednávat po zahájení řízení před soudem je ve většině případů poznamenána vyhrocenou ostražitostí (zejména právních zástupců), aby něco z mimosoudního jednání nebylo použito proti nim (jejich klientovi). Zde se nabízí široké pole pro uplatnění mediace, neboť jejím základním principem je důvěrnost jednání a mlčenlivost jejich účastníků včetně mediátora. Skutečnosti, které se účastníci dozvědí díky mediaci, nesmí být použity v žádném dalším řízení (soudním, správním ani rozhodčím).[5] Řadu citlivých informací mohou navíc strany probrat pouze s mediátorem (při tzv. oddělených jednáních), aby je měl na mysli, když jim pomáhá nalézt oboustranně přijatelné řešení jejich sporu, ale druhé straně je nesmí sdělit.

Ve sporech, v nichž jednou stranou (nebo oběma) je podnikatel, jde téměř vždy alespoň jedné straně o to, aby byl spor vyřešen rychle, v duchu pravidla, že čas jsou peníze. V následující části příspěvku se zaměřím na srovnání toho, jak může ve vybraných druzích obchodních sporů právě v duchu uvedeného pravidla pomoci soud a jak mediace.

1. NEJČASTĚJŠÍ OBCHODNÍ SPORY A DÉLKA SOUDNÍHO ŘÍZENÍ O NICH

Mezi nejčastější[6] obchodní spory patří spory z kupních smluv či smluv o dílo podle obchodního zákoníku. V následujících odstavcích rozeberu nejprve délku řízení ve sporech z kupních smluv a následně také ze smluv o dílo. Navazovat budou možnosti zkrácení délky řešení těchto sporů využitím mediace. Statistická data v následující části příspěvku pocházejí z mého vlastního výzkumu provedeného ve spolupráci s Ministerstvem spravedlnosti ČR na statistických údajích, které shromáždilo o našem soudnictví za rok 2008.

Řízení ve věci sporu z kupní smlouvy podle obchodního zákoníku (dále též jen ObchZ) trvalo v roce 2008 průměrně 1007 dní od podání návrhu do právní moci rozhodnutí, což jsou přibližně dva roky a devět měsíců. Zároveň je třeba si uvědomit, že více než 70% ze všech těchto sporů trvalo více než šest měsíců. Doba šesti měsíců sama o sobě nepůsobí až tak hrozivě (ačkoli řadě účastníků řízení může též připadat nepřiměřeně dlouhá), avšak ze statistik vyplývá i závěr, že více než 30% ze všech těchto pravomocně skončených věcí trvalo déle než dva roky. Lze odhadnout, že průměrná délka právě uvedených třiceti procent sporů bude kolem čtyř let.

---

[5] Mlčenlivost mediátora, účastníků mediace a vyloučení použití skutečností, o kterých se při ní dozvědí, v soudním řízení či jiném řízení musí být před započetím mediace zakotvena smluvně. Česká republika je poslední zemí EU, která nemá zákon o mediaci v netrestních věcech, jenž by mlčenlivost upravoval.

[6] Blíže viz Statistický přehled soudních agend, 2008 [citováno 28. 11. 2009]. Dostupný z: http://portal.justice.cz.

Mezi další ukazatele dokládající časovou náročnost soudního řízení ve sporech z kupních smluv dle ObchZ řadím dobu, která uplyne od podání návrhu do provedení prvního úkonu soudem. Průměrná doba činila 385 dní. Pokud z výpočtu průměrné délky vypustíme poněkud extrémní hodnoty ze Severočeského a Jihočeského kraje, dostaneme průměr 219 dní, i to je však podle mého názoru příliš dlouhá doba pro první úkon.

Ode dne nápadu věci na soud prvního stupně do dne prvostupňového rozhodnutí uplynulo průměrně 919 dní, tzn. přibližně dva a půl roku. Je-li následně napadeno prvostupňové rozhodnutí odvoláním a odvolací soud rozhodnutí soudu prvního stupně potvrdí či změní, pak takovému rozhodnutí předcházelo průměrně 400 dnů odvolacího řízení.

Řízení ve věci sporu ze smlouvy o dílo podle obchodního zákoníku trvalo v roce 2008 průměrně 834 dní od podání návrhu do právní moci rozhodnutí, což jsou téměř dva roky a čtyři měsíce. Zároveň téměř 80% ze všech těchto sporů trvalo déle než šest měsíců. Více než třetina ze všech těchto pravomocně skončených věcí trvala déle než dva roky.

Doba, která uplynula od podání návrhu do provedení prvního úkonu soudem, činila u sporů ze smluv o dílo dle ObchZ průměrně 261 dní (vypustíme-li extrémní hodnoty ze Severočeského a Jihočeského kraje dostaneme průměr 202 dní).

Ode dne nápadu věci na soud prvního stupně do dne prvostupňového rozhodnutí uplynulo průměrně 738 dní, tzn. přibližně dva roky. Je-li následně napadeno prvostupňové rozhodnutí odvoláním a odvolací soud rozhodnutí soudu prvního stupně potvrdí či změní, pak takovému rozhodnutí předcházelo průměrně 449 dnů odvolacího řízení.

Z hlediska množství času potřebného pro vyřešení vybraných druhů sporů považuji již soudní řízení za výstižně charakterizované. Nyní se budu věnovat tomu, proč mediace sklízí tolik úspěchů (zatím zejména v zahraničí).

2. JAKÉ MOŽNOSTI NABÍZÍ SPORNÝM STRANÁM MEDIACE?

Mediace obecně vede k lepším výsledkům než soudní řízení. Zahraniční výzkumy mezi účastníky mediace a soudního řízení to prokazují. Platí to jak u mediace, která je zcela dobrovolná (např. na základě mediační doložky ve smlouvě), tak u mediace, kterou účastníkům nařizuje soud[7]. Sporné strany, které se pokusily o mediaci, vyjadřují výrazně vyšší míru spokojenosti s výsledky mediace a s jejím průběhem, než je tomu u stran, které se spolu soudily.

[7] Viz např. McEwen, C. A., Williams, L. Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation. 13 Ohio St. J. on Disp. Resol., 1998, s. 865.

Mezi výhody mediace jsou řazeny kontrola stran nad průběhem mediace a jejím výsledkem, důvěrné a bezpečné prostředí pro komunikaci, povinnost mlčenlivosti účastníků, flexibilita mediace a mediátora, možnost vytvořit kreativní řešení pro daný spor, které uspokojí zájmy a potřeby všech zúčastněných stran, úspora času a peněz potřebných pro vyřešení sporu, atd.[8]

3. PROSTOR PRO MEDIACI

Časový průběh soudního sporu, tak jak jsem ho výše ilustroval, nahrává výrazně využití ADR a zejména mediace. Jestliže chtějí subjekty vstupující do smluvních vztahů využít všech benefitů mediace (či jiné konsenzuální metody řešení sporů), musí myslet preventivně. Tzn., že se s otázkou, jakou metodou či metodami se pokusí řešit případný spor, který mezi nimi vznikne, vypořádají při vstupu do vzájemného vztahu (při uzavření smlouvy) a nebudou ji odkládat až na dobu, kdy už spor vznikl. Důvod je prostý. Při sjednávání smlouvy jsou strany naladěny k hledání konsenzu a dosažení shody na metodě řešení případných budoucích sporů je jen jedním střípkem v mozaice výsledné dohody (chceme se přece dohodnout a uzavřít obchod). Jestliže chceme navrhnout nějakou metodu řešení sporu až po jeho vzniku, nemusí být druhá strana ochotna náš návrh akceptovat. Kvalitní smlouva by měla pamatovat na všechny předvídatelné situace, které mohou ve vývoji smluvního vztahu nastat, a měla by na ně dávat jasné odpovědi. Pokud jde o řešení sporů, považuji za nevhodné ponechat vše na případný soud, na který se může kterákoli strana kdykoli obrátit, a nemusí na to pamatovat ve smlouvě. Zejména při vytváření dlouhodobějších, složitějších či hodnotnějších vztahů je vhodné nebýt odkázán jen na jednu metodu řešení sporů (to se týká i rozhodčího řízení). Ustanovení o řešení sporů by mělo obsahovat vhodnou kombinaci konsenzuální metody (či metod) řešení sporů a autoritativní (soud či rozhodčí řízení). Obvyklé bývají tyto kombinace: vyjednávání – mediace – soud či vyjednávání – mediace – rozhodčí řízení. Tyto doložky se nazývají vícestupňové či eskalační. Jejich jednotlivé stupně na sebe musí být plynule navázány, je pro ně stanovena časová dotace atd. Zároveň je třeba formulovat toto smluvní ustanovení tak, aby zbytečně neprodlužovalo proces řešení sporu.

4. ČASOVÝ PROSTOR PRO MEDIACI

Budu-li srovnávat časovou náročnost mediace a řízení před soudem, je mediace jasným favoritem. Než soud učiní první úkon v řízení o sporu z kupní smlouvy (viz výše), uběhne od podání žaloby podle statistik nejméně 200 dní. Jestliže strany myslely při uzavírání své kupní smlouvy preventivně, pak je součástí jejich smlouvy nepochybně i doložka o řešení

[8] Blíže výhodám mediace viz např. Cholenský, R. Mimosoudní řešení sporů ve zdravotnictví – příležitost pro mediaci. Právní rozhledy. 11/2007 nebo Moffit, M., Bordone, R. The Handbook of Dispute Resolution. Jossey – Bass A Wiley Imprint: San Francisco, 2005, s. 304 a násl.

sporů. Správně nastavená doložka zaručí, že strany, které to myslí s konsenzuálním mimosoudním řešením vážně, budou mít předem jasně daný časový rámec, který jim umožní dosáhnout úplného vyřešení sporu daleko dříve, než soud udělá první úkon.

Obvykle se pro mediační stupeň v rámci vícestupňové doložky nestanovuje více než 60 dnů. Toto je dostatečně dlouhá doba pro to, aby se mediátor seznámil se situací stran, asistoval jim a jejich právním zástupcům při přípravě na mediaci, svolal mediační jednání a provedl strany procesem mediace a pomohl jim nalézt a uzavřít dohodu o řešení jejich sporu. Jestliže by strany v uvedené lhůtě 60 dnů nedosáhly dohody, pak se nabízí v zásadě dvě možnosti. První je dohodnout se na prodloužení doby pro mediaci, zvláště pokud pokrok, kterého bylo při jednáních dosaženo, to odůvodňuje. Druhou možností je postupovat podle znění vícestupňové doložky pro řešení sporů, kterou si strany dojednaly, a přistoupit k další fázi, kterou obvykle představuje zahájení soudního či rozhodčího řízení.

Jestliže bude snaha stran a mediátora korunována úspěchem a spor stran bude vyřešen, pak se tak stane zpravidla tak rychle, že v porovnání s délkou řízení před soudem se bude jednat jen o zlomek potřebné doby. Pokud by byla hypoteticky podána zároveň žaloba a zároveň zahájena mediace, tak v době, kdy budou strany za asistence mediátora uzavírat dohodu o vyřešení sporu, nebude soud ještě ani uvažovat o tom, že by provedl v jejich věci první úkon. Jestliže mediace může skončit úspěšnou dohodou po šedesáti dnech, soudní řízení bude trvat průměrně[9] šestnáctkrát déle (přibližně 1000 dní).

Ani pokud se nepodaří mediací spor kompletně vyřešit, nemusí strany litovat svého úsilí. Mediace často vede k vyřešení některých dílčích sporů, případně vyjasnění toho, co je mezi stranami sporné a co nikoli, což samo o sobě může urychlit případné navazující soudní či rozhodčí řízení.

5. ZÁVĚR

Z hlediska času poráží mediace řízení před soudem víc než přesvědčivě. Užívání mediace a postupy jejího správného začlenění do smluvních vztahů by si zasloužilo podrobnější rozbor stejně jako přínosy, které může svým uživatelům poskytnout. Tyto rozbory by však šly nad rámec tohoto příspěvku, jehož hlavním cílem bylo ukázat především časové výhody mediace oproti soudnímu řízení.

[9] Ve sporech z kupních smluv podle ObchZ.

Literature:

- Alfini, J., Press, S., Sternlight, J, Stulberg, J. Mediation Theory and Practice. San Francisco: Lexis Publishing, 2001, s. 665, ISBN: 0820570214.
- Berger, K. P. Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration. Volume II: Handbook. The Hague: Kluver Law International, 2006, s. 637, ISBN: 90-411-2499-3.
- Finkelstein, W. A. ADR in Trademark and Unfair Competition Disputes. A Practicioner's Guide. INTA and CPR, 1994, s. 150, ISBN: 0-939190-13-3.
- Cholenský, R. Alternativní metody řešení sporů z autorského práva, možnosti využití mediace. Právny obzor, 2005, č. 2-3.
- Cholenský, R. Mimosoudní řešení sporů ve zdravotnictví – příležitost pro mediaci. Právní rozhledy. 11/2007.
- McEwen, C. A., Williams, L. Legal Policy and Access to Justice Through Courts and Mediation. 13 Ohio St. J. on Disp. Resol., 1998, s. 865.
- Moffit, M., Bordone, R. The Handbook of Dispute Resolution. Jossey – Bass A Wiley Imprint: San Francisco, 2005, s. 546, ISBN: 13978-0-7879-7538-8.
- Statistický přehled soudních agend, 2008 [citováno 28. 11. 2009]. Dostupný z: http://portal.justice.cz.

Contact – email

r.cholensky@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MOŽNOSTI VYUŽITIA ROZHODCOVSKÉHO KONANIA V TREŤOM SEKTORE

ZUZANA KAMENSKÁ

Bratislavská vysoká škola práva, Fakulta práva, Slovenská republika

Abstract in original language
Slovenská republika prijala novovyvinutý systém rozhodcovského konania a je možné predvídať, že jeho použitie na riešenie vnútroštátnych a medzinárodných sporov sa v budúcnosti môže výrazne zvýšiť. Na druhej strane strane bolo by príliš jednoduché tvrdiť, že proces reforiem v oblasti rozhodcovevského konania sa skončil. V prvej časti príspevku venujem pozornosť rozhodcovskému konaniu v Slovenskej republike všeobecne a v druhej časti som sa snažila poukázať na možnosti využita rozhodcovského konania v treťom sektore.

Key words in original language
Tretí sector; rozhodcovské konanie; rozhodcovská zmluva; rozhodca; majetkové spory.

Abstract
Slovakia adopted a newly developed arbitration system, and it is possible to predict that frequency of its use may considerably increase in the future in both international and national disputes. On the other hand, it would be too easy to claim that the process of arbitration law reforms in Slovakia is over. In the first part of the contribution I devote attention to arbitration in the Slovak Republic in general and the second part I tried to point out the possibility of using arbitration in the third sector.

Key words
Third sector; arbitration procedure (arbitration); arbitral agreement; arbitrator; property disputes.

Namiesto úvodu:

O vysvetlenie právnej povahy rozhodcovského konania sa právni teoretici pokúšajú viac ako 200 rokov. Z toho vyplýva, že nejde o vyriešenie jednoduchej otázky. Postupom času sa vytvorili štyri *základné teórie*: a) zmluvná (kontraktačná), b) jurisdikčná (rozsudková), c) zmiešaná (hybridná) a d) tzv. nezávislá.[1] Vzhľadom na skutočnosť, že súdne konania sú v mnohých štátoch pomerne zdĺhavé, je pre strany majúce určité

[1] Růžička, K.: Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, Vydavateství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2005, s. 22.

nedorozumenia výhodnejšie, spory medzi sebou riešiť spory nie v rámci občianskeho súdneho konania pred súdmi, ale v rámci rozhodcovského konania. Rozhodcovské konanie je totiž pružnejšie, rýchlejšie a v mnohých prípadoch aj hospodárnejšie. Rozhodcovské konanie je v súčasnosti využívané najmä v medzinárodnom obchodnom styku, teda v právnych pomeroch zmluvného charakteru s cudzím, medzinárodným prvkom, hoci v poslednom období pribúdajú prípady, keď sa aj obchodnoprávne a občianskoprávne pomery vnútroštátneho charakteru rozhodujú v rámci rozhodcovského konania. Napriek tomu, že rozhodcovské konanie je podľa historických bádaní zrejme staršie ako občianske súdne konanie, nastal jeho skutočný rozmach najskôr v dvadsiatom storočí. Paradoxne veľkými podnetmi k jeho rozvoju boli obidve svetové vojny, pretože každá z nich rozmetala predošlé štátne a ekonomické zoskupenia a povojnové situácie priniesli nové výzvy svetovému hospodárstvu a najmä obchodu. Alternatívny spôsob rozhodovania sporov v oblasti majetkových práv má aj na našom území svoju *tradíciu*. Tak, ako sa menil právny poriadok, menila sa aj právna úprava rozhodcovského konania, predovšetkým subjekty a predmet rozhodovania, teda právomoc rozhodcovských súdov. Rozhodcovský súd má svoj základ v článku 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky, ktorý garantuje každému (aj právnickým osobám) právo "... domáhať sa stanoveným postupom svojho práva na nezávislom a nestrannom súde a *v prípadoch ustanovených zákonom na inom orgáne Slovenskej republiky*". Ústava Slovenskej republiky, a na ňu nadväzujúci zákon o rozhodcovskom konaní, vytvárajú právne (zákonné) možnosti a podmienky na alternatívne riešenie *majetkových sporov* vzniknutých z tuzemských a medzinárodných *obchodnoprávnych* a *občianskych* vzťahov. Na základe uvedeného môžeme teda konštantovať, že rozhodcovské konanie je inštitútom vymožiteľnosti práva, ktorý pomáha realizácii práva na súdnu a inú právnu ochranu v zmysle článku 46 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky.[2]

K rozhodcovskému konaniu všeobecne:

V právnom poriadku Slovenskej republiky je rozhodcovské konanie upravené v zákone č. 244/2002 Z. z. *o rozhodcovskom konaní*. Tento zákon upravuje rozhodovanie majetkových sporov vzniknutých z tuzemských a z medzinárodných obchodnoprávnych a občianskoprávnych vzťahov, ak je miesto rozhodcovského konania v Slovenskej republike, uznanie a výkon tuzemských a cudzích rozhodcovských rozhodnutí v Slovenskej republike (§ 1 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní). Z tohto ustanovenia jasne vyplýva, že náš zákon o rozhodcovskom konaní upravuje predovšetkým

[2] Každý sa môže domáhať zákonom ustanoveným postupom svojho práva na nezávislom a nestrannom súde a v prípadoch ustanovených zákonom na inom orgáne Slovenskej republiky.

rozhodcovské konania, ktoré prebiehajú v Slovenskej republike. Nový zákon č. 244/2002 Z. z. o rozhodcovskom konaní (ďalej len „zákon o rozhodcovskom konaní“) odstránil viaceré nedostatky predošlého zákona č. 218/1996 Z. z. v znení zákona č. 448/2001 Z. z., rozšíril prípustnosť arbitráže aj na majetkové spory z občianskoprávnych vzťahov a podľa príkladu iných štátov zákonodarca vzal do úvahy tiež zásady Vzorového zákona UNCITRAL[3] o medzinárodnej obchodnej arbitráži. Z *princípu štátnej suverenity*, ktorá sa zakladá na teritoriálnej báze vyplýva, že právny poriadok každého štátu platí zásadne len na určitom, t. j. štátnom území. Preto sa v národných zákonoch o arbitráži v úvodnom ustanovení obvykle zdôrazňuje, že platia v prípadoch, ak sa miesto rozhodcovského konania nachádza v štáte, ktorý daný zákon vydal; exteritoriálna pôsobnosť sa priznáva výnimočne iba niekoľkým ustanoveniam. Aj *rozsah pôsobnosti* zákona o rozhodcovskom konaní je priestorovo obmedzený na územie Slovenskej republiky, miesto arbitráže musí teda byť v Slovenskej republike, tak ako to uvádza § 1 ods. 1 písm. a) zákona o rozhodcovskom konaní. Základným predpokladom toho, aby konkrétny spor medzi stranami mohol byť rozhodnutý v rozhodcovskom konaní, je splnenie podmienky tzv. *arbitrability*[4] tohto sporu. Práve termín arbitrabilita vyjadruje spôsobilosť konkrétneho sporu medzi stranami byť predmetom rozhodcovského konania. V právnej teórii je arbitrabilita rozdeľovaná na arbitrabilitu objektívnu a arbitrabilitu subjektívnu.[5] Úprava prípustnosti arbitráže vyplýva zo základného ustanovenia § 1 zákona o predmete a pôsobnosti tohto zákona; ďalej je smerodajný § 5 ods. 1 zákona, ktorý ustanovuje, že prípustnosť predmetu rozhodcovského konania sa posudzuje vždy podľa zákona o rozhodcovskom konaní. V zmysle § 1 ods. 2 a 3 možno v rozhodcovskom konaní rozhodovať len spory, ktoré účastníci konania pred súdom môžu skončiť *súdnym zmierom*[6] a v rozhodcovskom konaní nemožno rozhodovať spory *o vzniku, zmene alebo o zániku vlastníckeho práva a iných vecných práv k nehnuteľnostiam, o osobnom stave, súvisiace s núteným výkonom rozhodnutí a ktoré vzniknú v priebehu konkurzného a vyrovnacieho konania*. Prípustnosť rozhodcovského konania - arbitrabilitu si treba vopred, už pri uzavieraní rozhodcovskej zmluvy (doložky) starostlivo objasniť. Základným znakom rozhodcovského konania je, že môže byť použité na riešenie sporu len v prípade, ak sa na tom zmluvné strany (účastníci sporu) výslovne dohodnú. Prejav vôle zmluvnej

---

[3] Pozri UNCITRAL Rules (Rezolúcia OSN 35/52 zo 4.12.1980)

[4] K výkladu pojmu arbitrabilita pozri aj: Bělohlávek, A. Arbitrabilita sporů. In: Právní rozhledy, Praha: C. H. Beck, 2003, č. 3, s. 6.

[5] K tomu pozri: Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v medzinárodním a vnitrostátným obchodním styku. Praha, ASPI, a.s., 388 s.

[6] Pozri § 99 Občianskeho súdneho poriadku

strany, aby spor bol prejednaný nie súdom ale v rozhodcovskom konaní, je nevyhnutnou podmienkou jeho využitia. Ak sa zmluvné strany dohodnú, že všetky alebo niektoré spory, ktoré medzi nimi vznikli alebo vzniknú v určitom čase, budú rozhodnuté v rozhodcovskom konaní, uzavrú rozhodcovskú zmluvu buď vo forme osobitnej zmluvy alebo formou rozhodcovskej doložky k zmluve. V tejto súvislosti považujem za dôležité poznamenať, že uzavretie rozhodcovskej zmluvy má významné právne účinky, pretože dochádza k *derogácii jurisdikcie* príslušného súdu a zmluvné strany sa podriadením rozhodcovskému súdu vzdávajú svojho ústavného práva „nikto nesmie byť odňatý zákonnému sudcovi..."[7] Rozhodca (rozhodcovský súd), musí táto fyzická osoba (osoby) spĺňat podmienky uvedené v § 6 ods. 1 zákona o rozhodcovskom konaní.[8]

K rozhodcovskému konaniu všeobecne:

Uplynulých desať rokov charakterizuje nezvyčajný rozvoj *tretieho sektora* na Slovensku. Tretí sektor zásadným spôsobom kultivuje nové hodnoty v spoločnosti ako je pomoc iným, *dobročinnosť, solidarita* a *filantropia*, ale aj *participácia občanov* na rozhodovaní o veciach verejných. Do povedomia širšej verejnosti sa dostáva čoraz viac jeho servisná i advokačná rola, pričom dokazuje, že je schopný fungovať aj pod silným tlakom, vyvíja sa a dozrieva aj politicky. Buduje si nové vzťahy nielen v rámci treťosektorovej komunity, ale aj smerom k vláde, samospráve a ďalším dôležitým skupinám spoločnosti. Nepochybne do neho patria neziskové organizácie poskytujúce všeobecne prospešné služby, neinvestičné fondy, nadácie, občianske združenia, ako aj ďalšie združenia a spolky, ktoré spĺňajú podmienky základného zákona v tejto oblasti, t.j. zákona o združovaní občanov. Možno by sa na prvý pohľad zdalo, že medzi subjektami tretieho sektora nevzniká mnoho sporov, a naviac majetkových, avšak opak je pravdou. Veď napríklad nadácie majú okrem personálneho aj majetkový substrát. Mohol by sa však na vzniknutý spor použiť zákon o rozhodcovskom konaní? Ako som už viedla, dôležité je hneď na začiatku určiť arbitrabilitu sporu, ktorá vyjadruje spôsobilosť konkrétneho sporu medzi stranami byť predmetom rozhodcovského konania. Pri zisťovaní tohto predpokladu dobrovoľnej arbitráže, či už tuzemskej alebo medzinárodnej, musíme venovať pozornosť najmä týmto dvom otázkam:

1. *1. ktoré spory môžu byť predmetom tohto konania a 2. kto, ktoré osoby môžu byť účastníkmi rozhodcovského konania* Z vecného hľadiska predmetom arbitráže podľa slovenského práva môžu byť iba *majetkové*

[7] Pozri čl. 48 ods. 1 Ústavy Slovenskej republiky

[8] Rozhodcom sa môže stať každá fyzická osoba, na ktorej sa zmluvné strany dohodnú, ak je plnoletá, spôsobilá na právne úkony v plnom rozsahu, má skúsenosti na výkon funkcie rozhodcu a je bezúhonná a ak osobitný predpis alebo tento zákon neustanovuje inak

spory, ktoré vznikli z tuzemských a medzinárodných obchodnoprávnych a občianskoprávnych vzťahov. Nie každý spor z uvedených právnych vzťahov možno podrobiť arbitráži. Môže to byť iba spor, ktorý vykazuje znaky majetkového sporu. Majetkové spory z uvedených právnych vzťahov vznikajú najčastejšie z rôznych typov zmlúv. Arbitráž je však prípustná aj pre majetkové spory zo záväzkov, ktoré svoju existenciu odvodzujú z protiprávnych úkonov (ex delicto) a z bezdôvodného obohatenia (indebitum). Ďalej je dôležité určiť, kto môže byť účastníkom rozhodcovského konania. Ak zákon o rozhodcovskom konaní v § 1 ods. 3 uvádza taxatívne spory[9], ktoré nemožno rozhodovať v rozhodcovskom konaní a medzi nimi sa nenachádzajú majetkové spory z určitých ďalších vzťahov, platí opak, t. j. aj účastníci týchto vzťahov majú spôsobilosť byť účastníkmi rozhodcovského konania. *Spôsobilosť byť účastníkom* rozhodcovského konania majú subjekty tuzemských a medzinárodných obchodnoprávnych a občianskoprávnych vzťahov. Pri skúmaní tejto spôsobilosti treba vychádzať *z hmotného práva*. Týmito subjektami môžu byť *fyzické a právnické osoby*. Predpokladom spôsobilosti uvedených osôb byť účastníkom rozhodcovského konania je ich hmotnoprávna subjektivita, t. j. ich existencia podľa rozhodujúceho hmotného práva so spôsobilosťou mať práva a povinnosti podľa tohto práva. Z uvedeného môžeme konštantovať, že účastníkom rozhodcovského konania môže byť obec, VÚC, ale aj nadácia a ďalšie subjekty patriace do tretieho sektora. Nakoľko by boli splnené podmienky arbitrability v súlade s § 1 ods. 1, 2 a 3 zákona o rozhodcovskom konaní a účastníci sporu by uzavreli rozhodcovskú zmluvu, bolo by možné spor rozhodnúť *ad hoc*, alebo pred *stálym rozhodcovským súdom*. Pokiaľ sa účastníci sporu dohodnú, že ich spor bude prejednávať rozhodcovským konaním, zvolia si rozhodcovské konanie pre konkrétny prípad ad hoc, alebo sa obrátia stály rozhodcovský súd.[10] Ja by som skôr chcela uviesť do pozornosti možnosť podľa § 12 ods. 1 zákona o

---

[9] V rozhodcovskom konaní nemožno rozhodovať spory:

a) o vzniku, zmene alebo o zániku vlastníckeho práva a iných vecných práv k nehnuteľnostiam,

b) o osobnom stave,

c) súvisiace s núteným výkonom rozhodnutí,

d) ktoré vzniknú v priebehu konkurzného a vyrovnacieho konania

[10] K tomu pozri aj: Bělohlávek, A.: Rozhodčí řízení ad hoc vs. řízení před stálymi rozhodčími soudy a postavení tzv. rozhodčích center. In: Bulletin advokacie 10/2005, s. 54-58

rozhodcovskom konaní na svoje náklady zriadiť a udržiavať stály rozhodcovský súd. Zákon o rozhodcovskom konaní dáva prakticky každej právnickej osobe - to. zn. aj nadácii alebo neziskovej organizácii môže zriadiť stály rozhodcovský súd, pričom musí splniť len podmienky na zriadenie z hľadiska potrebných dokumentov, ktoré musí *uverejniť v Obchodnom vestníku* a splnenie podmienok preukázať Ministerstvu spravodlivosti SR, ktoré vedie evidenciu stálych rozhodcovských súdov. V súčasnosti je v zozname stálych rozhodcovských súdov Slovenskej republiky evidovaných *70 rozhodcovských súdov*. Najstarším a najvýznamnejším poskytovateľom inštitucionálneho rozhodcovského konania v Slovenskej republike je Rozhodcovský súd obchodnej a priemyselnej komory, založený v roku 1992.[11] Keby si napríklad nadácia na svoje náklady zriadila a udržiavala stály rozhodcovský súd a používala by (ako aj iné oprávnené subjekty) na riešenie sporov rozhodcovské konanie, súviselo by s touto skutočnosťou množstvo výhod. Nebolo by to len nižší poplatok za podanie návrhu na začatie rozhodcovského konania na rozdiel od súdnych poplatkov, ale aj urýchlenie rozhodnutia sporov medzi zmluvnými stranami, k čomu prispieva najmä jednoinštantnosť rozhodcovského konania. Na druhej strane však musím poznamenať, že práve jednoinštantnosť rozhodcovského konania je jedným z dôvodov, prečo rozhodcovské súdy rozhodujú v Slovenskej republike veľmi malý počet sporov, presnejšie povedané dôvodom, pre ktorý sa len málo sporových strán rozhodne vyriešiť svoj spor prostredníctvom rozhodcovského konania. Naša právna úprava totiž *neumožňuje odvolanie* proti rozhodcovskému rozsudku. Zákon o rozhodcovskom konaní síce umožňuje požiadať príslušný všeobecný súd o zrušenie rozhodcovského rozsudku, avšak len za predpokladu v zákone vymedzených formálnych dôvodov. Nie je možné požiadať súd o zrušenie rozhodcovského rozsudku pre porušenie hmotnoprávnych predpisov a teda napadnúť aj vecnú nesprávnosť rozhodcovského rozsudku. V uvedenom súhlasím s názorom Růžičku, že „zlé rozhodnutie rozhodcov nie je dôvodom na zrušenie rozhodcovského nálezu. S touto skutočnosťou je preto treba počítať pri uzavieraní rozhodcovskej zmluvy“.[12] Na problémy rozhodcovského konania poukázal u nás vo svojom príspevku Hrivnák, ktorý podrobne rozoberal aj aspekty medzinárodnej arbitráže.[13] Na záver je dôležité zdôrazniť, že rozšírenie rozhodovania sporov v rozhodcovskom konaní môže čiastočne odbremeniť všeobecné súdy najmä od rozhodovania sporov, ktoré si vyžadujú špecializáciu, či už v právnej alebo technickej oblasti, ale aj iných

---

[11] Chovancová, K.: Arbitration in Slovakia. In: Alternative Resolutions, 2008, Vol.17, No.1, p.29

[12] Růžička, K.: Je rozhodčí smlouva základem rozhodčí řízení? In: Bulletin advokacie 10/2005, s. 52 – 54

[13] Pozri Hrivnák,J.: Základy arbitráže, In: Bulletin slovenskej advokácie, 3-4/2005, s. 3-7

sporov, čo môže pomôcť pri skrátení celkovej lehoty vybavovania sporov a zlepšenie vymáhateľnosti práva. Avšak zákonodarca by mal v zákone o rozhodcovskom konaní zaviesť nasledovné: 1. aby osoba rozhodca musela spĺňať kvalifikačný predpoklad, ktorým by bolo jej vysokoškolské vzdelanie 2. aby bolo každé rozhodnutie rozhodcovského súdu preskúmateľné aj po hmotnoprávnej stránke. Je viac ako pravdepodobné, že by tieto zmeny viedli k väčšej právnej istote a rozhodcovské konanie by bolo využívané viac i v Slovenskej republike.

Literature:

- Bělohlávek, A.: Arbitrabilita sporů, In: Právní rozhledy, Praha: C. H. Beck, 2003, č. 3, ISSN: 1210-6410

- Bělohlávek, A.: Rozhodčí řízení ad hoc vs. řízení před stálymi rozhodčími soudy a postavení tzv. rozhodčích center. In: Bulletin advokacie 2005, č. 10, s. 54-58, ISSN 1210-6348

- Hrivnák, J.: Základy arbitráže. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2005, č. 5, s. 3-7, ISSN 1335-1079

- Hrivnák, J.: Základy arbitráže. Druhá časť. Rozhodcovská zmluva In: Bulletin slovenskej advokácie, 2005, č. 5, ISSN 1335-1079

- Hrivnák, J.: Základy arbitráže. Druhá časť. Rozhodcovská zmluva (dokončenie) In.: Bulletin slovenskej advokácie, 2005, č. 6-7, ISSN 1335-1079

- Chovancová, K.: Arbitration in Slovakia. In: Alternative Resolutions, 2008, Vol.17, No.1, p. 29 - 32

- Klein, B., Doleček,M.: Rozhodčí řízení, Praha: ASPI, a.s., 2007, s. 272, ISBN: 978-80-7357-264-8

- Raban, P.: Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí, Praha: C.H. Beck, 2004, 745 s., ISBN: 80-7179-873-8

- Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v medzinárodním a vnitrostátným obchodním styku, Praha, ASPI, a.s., 388 s., ISBN: 978-80-7357-324-9

- Růžička, K.: Je rozhodčí smlouva základem rozhodčí řízení? In: Bulletin advokacie, 2005, č. 10, s. 52 – 54, ISSN 1210-6348

- Růžička, K.: Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, Vydavateství a nakladatelství Aleš Čeněk, s.r.o., 2005, 254 s., ISBN: 80-86898-43-1
- Škrinár, A.: Aktuálne otázky rozhodcovského konania. In: Bulletin slovenskej advokácie, 2006, č. 12, ISSN 1335-1079

Contact – email
kamenska@eurokodex.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NEŠTÁTNE PROSTRIEDKY REGULÁCIE VO VZŤAHU K OBCHODNEJ ARBITRÁŽI

ĽUBOMÍR KLČO

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
UNIDROIT; lex mercatoria; normatívnosť; rozhodcovské konanie; právna záväznosť.

Abstract
N/A

Key words
UNIDROIT; lex mercatoria; normativity; arbitration; legally binding.

Medzinárodná kontraktácia je oblasťou práva, ktorej význam stúpa hlavne s ohľadom na globalizáciu a rastúci rozvoj obchodu, výmeny tovarov, služieb a informácií medzi obchodníkmi v rôznych častiach sveta. Práve v procese globalizácie a vzrastajúcej dôležitosti medzinárodnej komunikácie a obchodu získavajú pravidlá regulujúce medzinárodný obchod výnimočné postavenie. Niektorí autori dokonca zdieľajú názor, že keď sa svet stane jednotným trhom, bude vyžadovať a potrebovať jednotné právo.[1]

Najväčším možným dosiahnuteľným konsenzom v oblasti kúpy a predaja tovarov s medzinárodným prvkom bolo prijatie Viedenského dohovoru o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovaru[2]. Táto úprava, aj napriek svojej popularite a rozšírenosti, nie je dokonalá a obsahuje celý rad medzier a interpretačných komplikácií. Zásadnou nevýhodou však je, že je aplikovateľná len ako súčasť práva rozhodného[3], ktorým na základe

[1] Lando, O. in Bonnel, M., J. Do we need a global commercial code?. Uniform Law review [citované 11. januára 2009]. Dostupné z: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell1.html.

[2] Viedenský dohovor je skratka pre označenie Medzinárodného dohovoru Organizácie spojených národov o zmluvách o medzinárodnej kúpe tovarov. V anglických ako aj iných cudzojazyčných textoch sa najčastejšie vyskytuje označenie „CISG“ čo znamená Convention on international sale of goods“. Do právneho poriadku Českej republiky a Slovenskej republiky bol Viedenský dohovor inkorporovaný zákonom číslo 160/1991 Sb., o Úmluvě OSN o smlovách o mezinárodní koupě zboží.

[3] Autor zámerne v tejto časti neuvažuje nad akceptáciou Viedenského dohovoru ako lex mercatoria.

viacerých požiadaviek môže byť najčastejšie len pozitívne určiteľné právo štátu, etatického pôvodu. Tým môže dochádzať ku komplikáciám v procese kontraktácie, nakoľko zmluvné strany smerujú k použitiu vlastného práva štátu, ktoré dokonale poznajú. Prípadná neexistencia voľby práva takisto obvykle smeruje k použitiu etatického právneho poriadku, ako regulátora obchodno-právneho vzťahu na základe uplatnenia kolíznych noriem medzinárodného práva súkromného.

Férovým riešením takejto situácie môžu byť na význame stúpajúce právne dokumenty – Zásady medzinárodných zmlúv UNIDROIT 2004. Obsahom je súbor zásad a princípov vlastných pre kontraktačné prostredie medzinárodného obchodu. Aj napriek názorovej dichotómii na normatívny charakter spomínaných právnych dokumentov je ich význam z praktického hľadiska stúpajúci. Momentálne sa však stáva bežným, že strany sa v prípade voľby práva odchyľujú od tradičných koncepcií. Takáto voľba býva efektívne kombinovaná s rozhodcovskou doložkou, ktorá akcentuje normatívny charakter neštátneho prostriedku regulácie.

Charakter normatívnosti Zásad UNIDROIT 2004 od limitovanej voľby práva alebo absolútnej voľby práva. Inými slovami povedané, záväznosť dokumentu nezávisí na rozsahu v akom strany podriadili svoj zmluvný záväzok práve Zásadám UNIDROIT 2004. Dôležitým pre normatívnosť takéhoto právneho dokumentu je rozdiel jeho aplikácie medzi konaniami pred všeobecnými súdmi a pred rozhodcovskými tribunálmi. Aj tento rozdiel však bude postupnou argumentáciu čiastočne potretý. Pri identifikácií pozície Zásad UNIDROIT 2004 v systéme právnych noriem vybavených normatívnosťou je nevyhnutné pridŕžať sa tzv. etatického pozitivizmu. V tomto prípade nejde len o prehnané zdôrazňovanie funkcie štátu pri vytváraní právnych noriem. Pokiaľ sa uvažuje o aplikácii lex mercatoria a teda aj Zásad UNIDROIT 2004 v rámci mechanizmov medzinárodného práva súkromného, potom tak, ako hovorí Rozehnalová „nie je možné nebyť etatistom a pozitivistom“[4]. Keďže medzinárodné právo súkromné je vo svojej podstate čisto etatickým spôsobom riešenia kolízií, vzniknutých pri konflikte dvoch alebo viacerých právnych poriadkov, je hľadanie argumentov pre aplikáciu Zásad UNIDROIT 2004 značne komplikované. Prijatie Rímskeho dohovoru o práve rozhodnom pre zmluvné záväzky absolútne zastavilo možné špekulácie smerujúce ku kolíznej voľbe neštátneho systému právnych pravidiel a takisto vylúčilo akúkoľvek inú možnosť regulácie právnych vzťahov s medzinárodným prvkom iným než štátnym právom, aspoň pokiaľ pôjde o konanie pred všeobecnými súdmi.

O čosi rozdielny by bol prípad riešený pred rozhodcami, resp. rozhodcovským tribunálom. Tu považujem voľbu Zásad UNIDROIT 2004

[4] Rozehnalová, N., Střelec, K. Zásady mezinárodních smluv UNIDROIT, lex mercatoria a odvaha k ich aplikaci. Časopis pro právní vědu a praxi, 2004, č. 1, strana 48.

ako lex contractus za progresívnu, a teda umožňujúcu odpútať sa od striktného etatizmu. Na druhej strane je nevyhnutné si uvedomiť aj problematiku spojenú s výkonom a uznávaním takýchto rozhodnutí. Z pragmatického hľadiska je teda možné byť zásadným odporcom právneho etatizmu, ale tak ako uvádza Rozhenalová, nie je možné sa mu vyhnúť. Rovnako aj prostredie rozhodovania rozhodcov a rozhodcovských tribunálov v rámci medzinárodného práva súkromného je „len" výsledkom fungovania etatického pozitivizmu.

Zásady UNIDROIT 2004 teda nie je možné zvoliť ako právo rozhodné v prípadoch, kedy bude spor riešený pred všeobecnými súdmi. Samozrejme uvažujeme v intenciách kontinentálnych právnych poriadkov a Rímskeho dohovoru. Ak by takáto voľba predsa len nastala, muselo by sa na ňu nazerať ako na absolútne neplatnú. Pri určovaní konkrétnych práv a povinností vyplývajúcich zo zmluvného záväzku by sa postupovalo v zmysle práva rozhodného, určeného na základe štátom stanovených kolíznych noriem, najčastejšie lex fori, resp. lex arbitri. Je možné uzavrieť, že Zásady UNIDROIT 2004 nemajú v rámci konaní pred všeobecnými súdmi normatívny charakter. Ako také, nemôžu byť samotným regulátorom právneho vzťahu aj napriek výslovnej voľbe zmluvných strán. Na druhej strane je však dôležité zdôrazniť ich interpretačnú a doplňujúcu funkciu, avšak len v intenciách práva rozhodného.

Použitie Zásad UNIDROIT 2004 nie je absolútne vylúčené ani v konaniach pred všeobecnými súdmi. V prípade, že ide o použitie obchodných zvyklostí na základe zákona[5], podobne, ako v § 1 odsek 2 Obchodného zákonníka[6], je takýto postup úplne legitímny. Dôležité je podotknúť, že takisto je aplikácia možná len v rozsahu kogentných noriem práva rozhodného. Obchodné princípy a zásady sú teda pravidlá, ktorými sa riadime na základe zákonnej úpravy. Podľa Marka[7] nie sú obchodné zvyklosti právnym obyčajom a z toho dôvodu ich nemôžeme považovať za prameň práva ale za faktický prameň[8]. V prípade, že by sme ich akceptovali ako prameň práva, nemusel by zákon[9] na ne odkazovať nakoľko by platili samostatne. Obchodné

[5] Pre prípad, že ide o použitie zvyklostí na základe zmluvy, bude sa postupovať podľa argumentácie uvedenej v predchádzajúcom odstavci. Takéto ustanovenia majú rovnaký charakter ako akékoľvek iné zmluvné ustanovenia, a teda musia byť v súlade s kogentnými normami práva rozhodného.

[6] „Nelze-li některé otázky řešit podle těchto ustanovení, řeší se podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit ani podle těchto předpisů, posoudí se podle obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad na kterých spočívá tento zákon."

[7] Marek, K., Žváčková, L. Obchodní podmínky, obchodní zvyklosti a vykládací pravidla. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, strana 65.

[8] Pokorná, J., Marek, K. Obchodní zvyklosti – důležitý prvek regulace právních vztahů. Právní rádce, 1999, č. 2, strana 8.

[9] V tomto prípade § 1 ods. 2 Obchodného zákonníka.

zvyklosti teda nie sú právnou normou, svoju regulatívnu schopnosť neuplatňujú samostatne, ale len na základe zákonného zmocnenia. Je možné zhrnúť, že obchodné zvyklosti obsahujú pravidlá chovania, ktorých dodržiavanie má právne dôsledky, avšak realizácia pravidiel aj vznik následkov nevyplýva zo zvyklostí samotných, ale z ich spojenia s textom zákona. V podstate je možné priznať Zásadám UNIDROIT 2004 kvazi-normatívny charakter, ale len v intenciách v akých na ne odkazuje zákon, resp. medzinárodná zmluva. Rovnako je tiež možné akceptovať podpornú funkciu hlavne pri interpretácií unifikovaných noriem a vypĺňaní ich medzier.

Normatívny charakter je možné priznať Zásadám UNIDROIT 2004 len v prípadoch riešených pred rozhodcami, resp. rozhodcovskými tribunálmi. Ak teda Zásady UNIDROIT 2004 stotožníme s lex mercatoria, resp. „new, new lex mercatoria" tak ako na to poukazujú niektorí autori, môžeme uvažovať o ich právnej záväznosti. Samozrejme inter partes.

Problematickou však naďalej ostáva otázka, či pravidlá neštátneho pôvodu môžu byť použité priamo, teda namiesto pozitívneho etatického práva štátu. S tým súvisí aj problém s odpoveďou na otázku, či je voľnosť pri voľbe práva daná len stranám zmluvy alebo aj rozhodcom v prípadoch určenia náhradného práva.[10] V súvislosti s kogentnými normami práva štátu zvoleného stranami alebo rozhodcami je otázne, či Zásady UNIDROIT 2004 môžu byť použité iba v rámci ich medzí.

Aplikácia Zásad UNIDROIT 2004 v konaniach pred všeobecnými súdmi je možná len v medziach kogentných noriem práva rozhodného. Analogicky, s prihliadnutím na špecifiká a akcentovanú voľnosť strán v prípadoch konania pred rozhodcami, dospievam k záveru, že absolútny[11] normatívny charakter je možné prisúdiť Zásadám UNIDROIT 2004 len v prípadoch, kedy nepredpokladáme obrátenie sa na všeobecné súdnictvo. Za takéto „obrátenie sa" na sústavu súdov štátu sa považuje napríklad realizácia pomocných, kontrolných či exekučných funkcií. Nevyhnutné je v takýchto prípadoch očakávať možnú komparáciu Zásad UNIDROIT 2004 a toho, čo je predpísané k použitiu v konaniach pred všeobecnými súdmi. Z toho dôvodu nie je možné dovodiť všeobecný záver o normatívnosti Zásad UNIDROIT 2004 v prípadoch rozhodcovských konaní. Ak teda nepredpokladáme žiadne, ani neskoršie spojenie so sústavou inštitúcií verejnej moci je možné Zásadám UNDROIT 2004 priznať absolútny normatívny charakter, ktorý pravdepodobne pôjde aj za hranice kogentných noriem práva rozhodného. Takáto situácia je však z praktického hľadiska

[10] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním i vnitrostátním obchodním styku. Vyd. 1. Praha : ASPI, 2002, strana 133.

[11] Pojem „absolútny" je použitý s ohľadom na existenciu tzv. verejnoprávnych noriem štátu. Absolútna normatívnosť je teda možná len v ich intenciách. Terminus technicus je použitý vhodne len v súvislosti s hmotnoprávnymi normami súkromného práva štátu.

naivná hlavne čo sa týka uznania a výkonu rozhodcovských nálezov. Všeobecné súdy majú však prieskumnú právomoc voči rozhodcovským nálezom až po ich vydaní. Rozehnalová konštatuje, že len s výnimkou prípadov, kedy by bolo možné považovať aplikáciu Zásad UNIDROIT 2004 namiesto hmotného práva určeného kolíznou normou za porušenie verejného poriadku, nie je právnou úpravou vo fáze exekučnej predpokladaný zásah do rozhodcovského nálezu z tohto dôvodu. Takáto priama aplikácia Zásad UNIDROIT 2004 je postavená na rovnocennej normatívnosti s právom inak rozhodným v zmysle kolíznych noriem. Ani tu však rozhodcovia nemôžu odsunúť národné právo úplne na vedľajšiu koľaj, a to z dôvodu existencie právnych noriem verejného poriadku, tzv. imperatívnych noriem.

Normatívnosť Zásad UNIDROIT 2004 je možno argumentačne oprieť aj o samotný charakter rozhodcovského konania. Rozhodcovské súdy nepatria do sústavy orgánov súdnej moci, ktoré nevyhnutne postupujú len v medziach stanovených zákonom. Inými slovami povedané, rozhodcovské súdy, ako subjekty súkromného práva, môžu rozhodovať v intenciách, ktoré zákon nezakazuje. Oproti všeobecným súdom sa tak dostávajú do výhody, kde prvé z menovaných môžu konať len to, čo im zákon prikazuje. Rozhodcovským súdom teda nie je možné pričítať povinnosť aplikovať Rímsky dohovor. Takýmto postupom nedôjde ani k porušovaniu komunitárneho práva. To všetko z jednoduchého dôvodu, a to, že rozhodcovské súdy nie sú adresátmi takejto komunitárnej normy. S ohľadom na textáciu ustanovenia § 37 ZRŘ možno analogicky predpokladať prípustnosť použitia Zásad UNIDROIT 2004 v konaniach pred rozhodcom ako normatívne právne pravidlo. Zákonodarca musel konať úmyselne, keď použil formuláciu: „Zvoleným právom alebo právny poriadkom rozhodným na základe...“. Z uvedeného je teda možné uzavrieť, že takýmto postupom akceptoval okrem právneho poriadku štátu aj iné právo, ktoré by mohlo regulovať právny vzťah. Tomuto tak priradil normatívny charakter spôsobilý regulovať právny vzťah.

Z hľadiska aplikácie Zásad UNIDROIT 2004 pred rozhodcovskými súdmi môžu nastať v zásade tri prípady, v ktorých je zdôrazňovaná autonómia vôle strán, premietnutá do oblasti záväzkového práva princípom zmluvnej slobody.

Prvým, je prípad subsidiárnej aplikácie Zásad UNIDROIT 2004 v medziach daných kogentnými normami práva určeného kolíznou normou alebo inak.[12] Takáto situácia nie je problematická, ak si strany samy zvolili Zásady UNIDROIT 2004 za právo rozhodné. Komplikácia by mohla nastať v prípade určenia práva rozhodcami tak ako je tomu v českom ZRŘ v § 37.

[12] Rozhenalová, N. Lex mercatoria a jeho užití v řízení před mezinárodními rozhodci. Právní praxe v podnikání, 1999, číslo 11, strana 32.

Druhým, je prípad rovnocennej aplikácie s aplikáciou národného práva niektorého štátu. Ide o prípad veľmi ústretovej úpravy, ktorá nachádza oporu vo viacerých právnych poriadkoch, najmä Francúzsko, Holandsko, Švajčiarsko, atď.. V týchto právnych poriadkoch je lex mercatoria a teda aj Zásady UNIDROIT 2004 postavené na roveň s právom štátu. Vo Francúzsku dáva právna úprava v súlade s článkom 1496 I N-CPC stranám možnosť zvoliť si „régles de droit". Tým stavia Zásady UNIDROIT 2004 do rovnakej polohy z hľadiska normatívnosti ako právo štátu. Švajčiarsko, v zmysle článku 187 švajčiarskeho CPIL, umožňuje zvoliť si tzv. recht, régles de loi ako právo rozhodné pre meritum sporu, a teda pre záväzky s medzinárodným prvkom. V prípade neexistencie práva určujú rozhodcovia takéto právo bez nutnosti rešpektovania kolíznych noriem a teda priamo.

Tretím, je prednostná aplikácia znamenajúca, že na súkromnoprávne vzťahy obsahujúce medzinárodný prvok a spadajúce svojim predmetom do tejto oblasti budú normy Zásad UNIDROIT 2004 aplikované bez ďalšieho. Tento prípad nepovažujem za teoreticky zdôvodniteľný, nakoľko normatívnosť Zásad UNIDROIT 2004 by bola určená bez akejkoľvek väzby na pozitívne právo. Tým však nepopierame praktickú možnosť takéhoto použitia.

Normatívnosť je takisto ovplyvnená aj rozhodovacími poriadkami jednotlivých rozhodcovských súdov. Tie v závislosti na predpokladoch štátneho práva podmieňujú aplikáciu Zásad UNDIROIT 2004, resp. ich normatívny charakter. Keďže tretí popísaný prípad je veľmi ojedinelý, najčastejšie sa stretávame s variantom rovnocennej alebo subsidiárnej normatívnosti Zásad UNIDROIT 2004.

Z pohľadu normatívnosti je v súvislosti so Zásadami UNIDROIT 2004 možné rozoznať dva rôzne varianty, ktoré sa v praxi najčastejšie vyskytujú. Prvým z nich, je variant prípustný aj v prípadoch konaní pred všeobecnými súdmi. Ide o normatívnosť Zásad UNIDROIT 2004 v takom rozsahu aký je povolený kogentnými normami práva určeného kolíznou normou. Tento variant nie je problematický ani v konaniach pred všeobecnými súdmi ani v rozhodcovskom konaní a takisto eliminuje ťažkosti, ktoré môžu vzniknúť v súvislosti s prieskumnou právomocou všeobecného súdnictva vo vzťahu k rozhodcovským nálezom. Dá sa povedať, že v českom právnom systéme ide o najefektívnejší variant hlavne čo sa týka princípov právnej istoty a bezpečnosti strán.

Druhým variantom je situácia, kedy je normatívnosť Zásad UNIDROIT 2004 postavená na roveň s národným právom štátu. Toto maximálne poňatie nachádza podporu len v prípadoch rozhodcovských konaní avšak s ohľadom na existenciu noriem verejnoprávneho charakteru. Prípustnosť Zásad UNIDROIT 2004 ako priameho regulátora právnych vzťahov je absolútne vylúčená v konaniach pred všeobecnými súdmi. V týchto prípadoch je nevyhnutné kombinovať doložku o voľbe Zásad UNIDROIT 2004 ako práva rozhodného pre zmluvný záväzok s vhodnou rozhodcovskou doložkou. S určitou mierou rizika následného rozhodcovského nálezu

získavajú Zásady UNIDROIT 2004 normatívny charakter, hlavne čo sa týka regulácie obchodno-právneho vzťahu s medzinárodným prvkom.

Otázka odmietnutia uznania a výkonu takéhoto nálezu postaveného na Zásadách UNIDROIT 2004 nie je jednoznačná. Vzhľadom k veľkému počtu zmluvných strán v prípadoch Newyorskej dohody nie je takáto argumentácia zanedbateľná. Práve článok V Newyorskej dohody nepovažuje výslovné rozhodovanie v zmysle lex mercatoria za dôvod, ktorý by oprávňoval žiadať odmietnutie uznania a výkonu takéhoto rozhodnutia a zároveň za dôvod, ktorý by ex offo takéto odmietnutie spôsoboval.

Relatívne bezproblémové použitie Zásad UNODROIT 2004 ako priameho regulátora obchodno-právneho záväzku napríklad aj v súvislosti s kontraktáciou podliehajúcou Viedenskému dohovoru je možné len v prípadoch konaní pred rozhodcovskými súdmi. Doložka o voľbe práva teda musí byť vhodne kombinovaná s rozhodcovskou doložkou, ktorá deroguje právomoc všeobecných súdov rozhodovať v danej právnej veci.

Postavenie Zásad UNIDROIT 2004 veľmi úzko súvisí s vymedzením ich normatívneho charakteru. V určitom slova zmysle môžeme uzavrieť, že normatívnosť je predpokladom ich priamej aplikácie a rozhodcovské konanie je jediným možným predpokladom ich normatívneho postavenia. Inými slovami povedané, len rozhodcovská doložka môže zaručiť relatívne priamu aplikáciu a normatívny charakter Zásadám UNIDROIT 2004, ako priameho regulátora.

V súvislosti s rozhodcovským konaním je nevyhnutné spomenúť aj Rímsky dohovor. Jeho aplikácia nie je výslovne obmedzená na rozhodcovské súdy. Povinnosť aplikovať ju však majú len štáty a jeho orgány.[13] Keďže rozhodcovské súdy nie sú štátnymi orgánmi[14] analogicky neexistuje ani ich povinnosť aplikovať Rímsky dohovor. Z toho dôvodu je teda zákaz aplikácie neštátnych právnych prostriedkov eliminovaný.

Pri argumentácií ohľadne povinnosti rozhodcovských súdov aplikovať Rímsky dohovor je možné vziať na zreteľ viacero okolností. Prvou, je skutočnosť, že neaplikácia Rímskeho dohovoru nie je porušením záväzkov medzinárodného práva verejného a to z dôvodu, že rozhodcovský súd nie je a ani nemôže byť subjektom medzinárodného práva verejného. Druhou, je skutočnosť existencie mnohých medzinárodných zmlúv, ktoré sa zaoberajú

[13] Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor (v civilních otázkách). 1. dotisk 2. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007, strana 40.

[14] Rozhodcovský súd môže mať formu obchodnej spoločnosti, v našom právnom systéme je najčastejšou formou práve akciová spoločnosť a spoločnosť s ručením obmedzeným. Podmienky vzniku a samotného fungovania určuje zákon č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů v znení neskorších predpisov.

aj práve aplikáciou práva v rozhodcovskom konaní.[15], [16] Treťou, je skutočnosť, že neexistuje konsenzus v oblasti aplikácie noriem medzinárodného práva súkromného pred rozhodcami. Na jednej strane sú štáty, ktoré rozhodcom priznávajú širokú autonómiu, čo sa týka prostriedkov hmotno-právnej regulácie posudzovaných vzťahov. Na strane druhej existujú štáty, s podobnou úpravou ako v Českej republike, ktoré takmer stotožňujú konania pred všeobecnými súdmi s konaniami pred rozhodcom.

Z uvedených dôvodov je teda možné uzavrieť, že neexistuje ex offo povinnosť rozhodcovských súdov aplikovať Rímsky dohovor pri určovaní práva rozhodného. Týmto dávame rozhodcom značnú autonómiu čo sa týka posudzovania práva rozhodného. Za správny prístup v tomto prípade je možné považovať prednostné zhodnotenie vôle strán. Teda autonómia vôle strán je predpokladom ďalšieho postupu rozhodcov v oblasti kolízneho práva a určovania práva rozhodného. A contrario k aplikácií Rímskeho dohovoru pred súdom možno uzavrieť, že v konaní pred rozhodcami, nemôže byť doložka o voľbe Zásad UNIDROIT 2004 ako práva rozhodného pre zmluvný záväzok považovaná za absolútne neplatnú. Z toho dôvodu je teda schopná zaväzovať strany a byť predpokladom pre ďalšie právne následky.

Takáto argumentácia je z časti oslobodená od vplyvov lex arbitri. Prikláňam sa k názoru, že medzinárodné rozhodcovské konanie by malo byť denacionalizované a teda minimálne viazané na tzv. lex fori. Avšak aplikácií noriem „ordre public“[17] sa pravdepodobne nie je možné vyhnúť, a to z dôvodov následného uznania a výkonu rozhodcovských nálezov.

Na ilustráciu uvedeného je možné poukázať na porovnanie právnych úprav Francúzska, Švajčiarska a Holandska v kapitole 4.. Francúzska úprava dáva v článkoch 1492 – 1508 N-CPC širokú možnosť stranám aj rozhodcom. Tí nie sú viazaný ani na francúzske kolízne či hmotné právo. V súlade

---

[15] Newyorská dohoda, Evropská úmluva o obchodní arbitráži a iné.

[16] Aj keď tieto medzinárodné zmluvy neposkytujú priamu úpravu čo sa týka práva rozhodného pred rozhodcovskými súdmi, a teda priamo nevylučujú aplikáciu Rímskeho dohovoru, tak samotný Rímsky dohovor v článku 21 umožňuje súčastnú aplikáciu aj ostatných medzinárodných zmlúv.

[17] Ordre public, public police, offentliche ordnung – v rámci medzinárodného práva súkromného existuje tzv. vzťah k verejnému poriadku. Ide hlavne o ochranu základných hodnôt, princípov a zásad právnych poriadkov a spoločenských zriadení v prípadoch aplikácie cudzieho práva. Ďalej môže na strane práva verejného alebo aj súkromného existovať výrazný verejný záujem. Bližšie viď Rozehnalová, N., Týč, V. Evropský justiční prostor (v civilních otázkách). 1. dotisk 2. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007, strana 125.

s uvedeným sa v zmysle autonómie vôle strán môžu absolútne odchýliť od etatických noriem. V prípade, že by strany právo nezvolili, právomoc majú aj rozhodcovia. Tu nie sú však limitovaný prostredníctvom lex arbitri, ale medzinárodnom obchodnom praxou a rozumným usporiadaním vzťahov. Pre švajčiarsku úpravu sú medze voľnosti stanovené verejným poriadkom. Ak by však k voľbe práva stranami nedošlo, rozhodcovia nie sú viazaný lex arbitri. Môžu tak zvoliť akékoľvek právne pravidlo preukazujúce k prípadu najužšie spojenie. Holandsko ako jediné zakotvilo možnosť priamej voľby lex mercatoria za právo rozhodné.

Na druhej strane tu existujú štáty – Nemecko, Česká republika, ktorých postoj voči neštátnym prostriedkom regulácie je v zásade zdržanlivý. Právna úprava oboch štátov priamo neuvažuje o možnosti ich aplikovať a komentáre sa k tejto otázke stavajú odmietavo. Nemožno však donekonečna zatvárať oči pred nastupujúcimi trendmi. Vývoj interpretácie bude z toho dôvodu nevyhnutné neustále monitorovať.

Contact – email
lubomirklco@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INTERAKCE ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ A EVROPSKÉHO PRÁVA

TEREZA KYSELOVSKÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem příspěvku je podat výklad vztahu rozhodčího řízení a evropského civilního procesu v kontextu současného vývoje, zejména navrhované revize Nařízení Brusel I.

Key words in original language
Rozhodčí řízení; evropské právo; Nařízení Brusel I; Zelená kniha; Zpráva komise; Heidelberská zpráva.

Abstract
Aim of this contribution is to present relationship between arbitration and European procedural law. In particular, in the context of the review of the Regulation Brussels I.

Key words
Arbitration; European law; Regulation Brussels I; Green Book; Commission Report; Heidelberg Report.

1. ÚVOD

Vztah mezi rozhodčím řízením a evropským právem je stále otevřenou otázkou. Rozhodčí řízení a evropské právo se stýkají v několika problémových oblastech. Jsou jimi zejména možnost (resp. nemožnost) rozhodců pokládat předběžné otázky k Evropskému soudnímu dvoru, aplikace evropského práva před rozhodci (zejména práva soutěžního) a vztah rozhodčího řízení z pohledu soudní spolupráce dle Nařízení Brusel I.[1]

Ačkoliv se postavení (resp. vyloučení) rozhodčího řízení z evropského práva dle komentářů a současné i straší judikatury zdá jasné, je třeba zohlednit a zabývat se současným vývojem a návrhy změn v rámci evropského procesního práva.

Cílem tohoto příspěvku je prezentovat současný vývoj a navrhované změny evropského procesního práva, zejména z pohledu revize Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 ze dne 22. prosince 2000 o příslušnosti a uznávání a výkonu

[1] Lew, J., Mistelis, L., Kroell, S. Comparative International Commercial Arbitartion. Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 476 a násl.

soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech (dále citováno jako Nařízení Brusel I)[2].

Dle článku 73 Nařízení Brusel I je Komise Evropských společenství povinna nejpozději do pěti let po vstupu Nařízení Brusel I předložit Evropskému parlamentu, Radě a Hospodářskému a sociálnímu výboru zprávu o uplatňování tohoto nařízení. V případě potřeby ke zprávě přiloží návrhy na její změny.

Komise ES zveřejnila dne 21. 4. 2009 Zprávu o uplatňování Nařízení Brusel I[3] a současně Zelenou knihu[4] o posouzení Nařízení Brusel I. Zpráva Komise i Zelená kniha byly otevřeny veřejné diskuzi, která byla uzavřena dne 30. 6. 2009. Podkladem pro Zelenou Knihu byla tzv. Heidelberská zpráva[5].

2. VZTAH ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ A NAŘÍZENÍ BRUSEL I

Rozhodčí řízení je výslovně vyloučeno z Nařízení Brusel I na základě článku 1 odstavec 2 písm. d). Vyloučení rozhodčího řízení z bruselského režimu[6] bylo v počátcích odůvodňováno plánovaným přijetím samostatné evropské konvence o jednotných pravidlech pro rozhodčí řízení, resp. protokolu k ní.[7] Tyto snahy byly bohužel neúspěšné, konvenci ratifikovalo pouze Rakousko a Belgie.

Výjimka pro rozhodčí řízení byla zachována i v roce 1978 po přistoupení Velké Británie, Irska a Dánska z toho důvodu, že se členské státy (s

---

[2]Dostupné z http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:012:0001:01:CS:HTML. Citováno dne 29.11.2009.

[3] Commission of the European Communities. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 174 final (dále citováno jako Zpráva komise).

[4] Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21.4.2009, COM(2009) 175 final (dále citováno jako Zelená kniha).

[5] Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, T. report on the Application of Regulation Brussel I in the Member States. Ruprecht-Karls-Universitaet Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat - und - Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, s. 365.

[6] Bruselská úmluva ze dne 27. září 1968 o soudní příslušnosti a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, Úřední věstník, 1972, L 299, s. 32. Na Bruselskou úmluvu co se týká rozhodčího řízení plně navazuje Nařízení Brusel I.

[7] Houtte van, H. Why not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, Vol. 21, No. 4, s. 510.

výjimkou Lucemburska a Irska) staly smluvními státy Úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (dále citováno jako Newyorská úmluva)[8].

V průběhu let byla řešena otázka výkladu a rozsah působnosti vyloučení rozhodčího řízení z rozsahu Bruselské úmluvy, resp. Nařízení Brusel I. Tedy na jaké spory, o kterých strany platně sjednaly rozhodčí smlouvu, lze tuto výjimku použít. Tyto otázky mohou mít vliv na uznání a výkon soudních rozhodnutí, která byla vydána v rozporu s rozhodčí doložkou a pravomoc zkoumání účinnosti a rozsahu rozhodčí doložky.[9]

Ačkoliv v právní literatuře[10] byly rozebírány pozitivní i negativní důsledky vyloučení rozhodčího řízení z Nařízení Brusel I, judikatura[11] byla i je názorově poměrně jednotná. Přesto se v kontextu revize Nařízení Brusel I a dalšího směřování a vývoje evropského procesního práva otázka vztahu rozhodčího řízení a evropského procesu znovu otevírá.

2.1 ZPRÁVA KOMISE A ZELENÁ KNIHA

Zpráva Komise ES potvrzuje výjimečné postavení Newyorské úmluvy, jejichž členy jsou všechny členské státy ES. Zpráva v bodu 3.7 konstatuje, že i přes širokou působnost vynětí bylo Nařízení Brusel I v určitých případech vyloženo tak, že se vztahuje na rozhodčí řízení a uznávání a výkon rozhodčích nálezů.

Zpráva dále říká, že vztah mezi Nařízením Brusel i a Newyorskou úmluvou způsobuje četné potíže - *"dochází přesto k souběžným soudním a rozhodčím řízením, je-li platnost rozhodčí doložky potvrzena rozhodčím soudem, nikoli však soudem; procesní postupy podle vnitrostátních právních předpisů pro zlepšení účinnosti dohod o rozhodčím řízení (např. soudní zákaz vést řízení v téže věci u jiného soudu) jsou neslučitelné s nařízením, pokud nevhodným způsobem zasahují do rozhodování soudů jiných členských států o určení*

---

[8] Úmluva OSN o uznávání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, uzavřená dne 10. června 1958. Dostupná z http://www.soud.cz/index.php?url=cz_newyork.htm, citováno 29.11.2009.

[9] Srovnejte zejména výklad v Schlosser, P. Zpráva o Úmluvě o přistoupení Dánského království, Irska a Spojeného království Velké Británie a Severního Irska k Úmluvě o soudní příslušnosti a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech a k Protokolu o jejím výkladu Soudním dvorem, bod 61 a násl.

[10] Například Houtte van, H. Why not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, Vol. 21, No. 4, s. 510-522.

[11] Srovnejte například Marc Rich & Co AG v. Societa Impianti PA, Case C-190/89, Gregory Paul Turner v. Felix Gareed Ismail Grovit, Case C-159/02, Van Uden Maritime BV v. Kommanditengesellschaft in Firma deco Line, Case C-391/95 a další. K rozboru uvedené judikatury například Hradilová, V. European Law in Arbitration Proceeding. In Days of Public Law (CD ROM). Brno: Tribun EU s.r.o., 2007, p. 998-1007, ISBN 978-80-210-4430-2.

jejich příslušnosti podle nařízení; v podpůrných nebo pomocných řízeních neexistuje jednotné rozdělení příslušnosti; uznávání a výkon soudních rozhodnutí vydaných soudy v rozporu s rozhodčí doložkou jsou problematické; uznávání a výkon rozhodnutí o platnosti rozhodčí doložky nebo o prohlášení rozhodčího nálezu za neplatný je problematické; uznávání a výkon rozhodnutí obsahujících rozhodčí nález je problematické; a konečně, uznávání a výkon rozhodčích nálezů podle Newyorské úmluvy je považováno za pomalejší a méně účinné než uznávání a výkon soudních rozhodnutí"[12].

Zelená kniha[13] považuje za vhodné ponechat používání Newyorské úmluvy beze změny, neboť se jedná o uspokojivý a cenný nástroj v oblasti výkonu a uznávání cizích rozhodčích nálezů. To by však nemělo bránit řešení některých konkrétních bodů, které se v nařízení týkají rozhodčích řízení. Dle Zelené knihy *"není účelem regulovat rozhodčí řízení, ale především zajistit bezproblémový oběh rozhodnutí v Evropě a zabránit souběžným řízením"*.

Dle *Dickinsona*[14] je třeba zdůraznit, že rozhodčí řízení v rámci revidovaného Nařízení Brusel I by nemělo mít "lepší postavení"nebo vyšší míru ochrany než ujednání o volbě soudu a uznání a výkon soudních rozhodnutí. V oblasti evropské justice by *alternativní způsoby řešení sporů neměly být zvýhodňovány před soudním řízením. To je důležité nejen z důvodů zachování spravedlivého přístupu k soudům, ale také pro zachování důležitého postavení, které zastávají soudy v jednotlivých členských státech a jejich role ve vývoji občanského a obchodního práva. Pro tuto roli rozhodčí soudy nejsou vhodné.*

Zelená kniha navrhuje částečné vymazání výjimky pro rozhodčí řízení. Ačkoliv ono částečné vymazání může působit poněkud nejasně, Zelená kniha jej dále zpřesňuje. V důsledku takového vymazání by se soudní řízení na podporu rozhodčího řízení mohlo spadat do jeho působnost a došlo by k posílení právní jistoty stran. Došlo by k zavedení normy, která odkáže na stát, jehož soudy budou příslušné pro řízení související s řízením před rozhodci. Hraničním určovatelem by bylo sídlo rozhodčího soudu a takto určená pravomoc by měla povahu výlučné pravomoci *(exclusive jurisdiction).*

---

[12] Zpráva Komise, s. 9.

[13] Zelená kniha, s. 8 a násl.

[14] Dickinson, A. Brussels I Review - Interface with Arbitartion. Dostupné elektronicky na http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-interface- with-arbitration/, citováno dne 29.11.2009.

Tento návrh ovšem může způsobit obtíže při interpretaci a kvalifikaci "sídla" rozhodčího řízení. Dle navrhované definice v Heidelberské zprávě by místo konání rozhodčího řízení mělo být určeno stranami nebo se nacházet ve členském státě, kde se rozhodčí řízení koná.[15]

Dalším důsledkem vymazání rozhodčí výjimky by bylo, že *"veškerá pravidla o příslušnosti obsažená v Nařízení Brusel I by se vztahovala na vydávání předběžných opatření na podporu rozhodčích řízení (nikoliv pouze článek 31).*

V této souvislosti ovšem Zelená kniha neuvádí, zda by se vztahovala také na důkazní řízení, resp. vztah k Nařízení o dokazování[16]. Takovéto ustanovení je navíc vhodné jen pro některé typy řízení, například jmenování rozhodce.

Zrušení výjimky by také umožnilo uznávání rozhodnutí o platnosti dohody o rozhodčím řízení a ujasnit uznávání a výkon rozhodnutí obsahujících rozhodčí nález, uznávání rozhodnutí, která prohlašují rozhodčí nález za neplatný. Dále, pokud jde o uznávání a výkon, by pro rozhodčí nálezy, které lze vykonávat na základě Newyorské úmluvy, mohlo být vytvořeno pravidlo, jež by umožňovalo odmítnutí výkonu soudního rozhodnutí, které není v souladu s rozhodčím nálezem. Alternativní nebo dodatečnou možností by bylo udělit členskému státu, kde byl stanoven rozhodčí nález, výlučnou pravomoc k potvrzení vykonatelnosti tohoto nálezu i procesní vyváženosti, přičemž následně by pak mohl nález volně obíhat ve Společenství.

Za poněkud problematické lze považovat návrh zabývající se "*koordinací v řízeních týkajících se platnosti dohody o rozhodčím řízení vedených u soudu a rozhodčího tribunálu"*. Odkázat zde lze na tzv. "italská torpéda"[17]. V případě vynětí rozhodčí výjimky by se aplikovala pravidla pro *lis pendens* v článku 27 odst. 1. Zelená kniha zde navrhuje řešení v podobě přednosti soudů členského státu, kde probíhá rozhodčí řízení, aby rozhodly o existenci, platnosti a působnosti rozhodčí dohody.

---

[15] Heidelberská zpráva, s. 65, pozn. 136 - navrhované znění: *"The place of arbitration shall depend on the agreement of the parties or be determined by the arbitral tribunal. Otherwise, the court of the Capital of the designated Member State shall be competent, lacking such a designation the court shall be competent that would have general jurisdiction over the dispute under the Regulation if there was no arbitration agreement."*

[16] Mourre, A., Vagenheim, A. The Regulation of International Arbitartion by European Law: What does the Future Hold? 2009, www.kluwerarbitrationblog.com, citováno 29.11.2009.

[17] Blíže vizte rozsudek ESD ve věci C-185/07 Allianz SpA, formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA, v. West Tankers Inc.

2.2 HEIDELBERSKÁ ZPRÁVA

Tvůrci Heidelberské zprávy vycházeli z 25 národních zpráv[18] k aplikaci Nařízení Brusel I. Většina států, s výjimkou Kypru, Estonska, Litvy, Lotyšska a Španělska, se vyjádřily velmi kriticky, zejména v souvislosti s jejich mezinárodními závazky. Naopak dle výše uvedených zemí by rozšíření věcné působnosti Nařízení Brusel I na věci týkající se rozhodčího řízení mělo pozitivní efekt.[19]

Heidelberská zpráva, stejně jako Zelená kniha, vyzdvihuje celosvětový význam Newyorské úmluvy, která znamená jednotu a právní kistotu ve všech smluvních státech. Nařízení Brusel I by se proto nemělo věnovat stejným otázkám, které upravuje Newyorská úmluva[20].

Ačkoliv dle Heidelberské zprávy členské státy odmítají rozšíření věcné působnosti Nařízení Brusel I, existující problémy nelze ignorovat. Heidelberská zpráva ke vztahu rozhodčího řízení a Nařízení Brusel I navrhuje několik možností revize Nařízení Brusel I, mezi jinými vložení nového článku 22 odst. 6 a článku 27A .

Návrh znění článku 22 odst. 6 - *"The following courts shall have exclusive jurisdiction, regardless of domicile, (…)*

(6) in ancillary proceedings concerned with the support of arbitration the courts of the Member State in which the arbitration takes place."[21]

Vložení článku 22 odst. 6 pro pomocná soudní řízení má oporu i v právní literatuře.[22] Výlučná pravomoc (příslušnost) pro soudní řízení na podporu rozhodčího řízení by byla přiznána soudům místa konání rozhodčího řízení[23]. Jak již bylo výše uvedeno, výlučná pravomoc je vhodná jen pro některé typy řízení, jako například jmenování rozhodce. 5ízení o jmenování rozhodce by tak naplnilo požadavek článku V. Newyorské úmluvy.

Ustanovení o výlučné příslušnosti by mohlo vést k problémům v dalších oblastech, zejména dokazování. Velmi často v mezinárodní obchodní

---

[18] Heidelberská zpráva, s. 52 a násl.

[19] Bělohlávek, A. J. Rozhodčí řízení, orde public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 2484 s. 458.

[20] Heidelberská zpráva, s. 54 a násl.

[21] Heidelberská zpráva, s. 64, pozn. 132.

[22] Srovnejte zejména Houtte van, H. Why not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, Vol. 21, No. 4, s. 518.

[23] Heidelberská zpráva, s. 64 a násl.

arbitráži si strany vybírají k řešení sporu neutrální, třetí zemi. Potřebné důkazy se však mohou nacházet na území jiného státu. Pokud by soudy místa konání rozhodčího řízení měly výlučnou pravomoc, strany rozhodčího řízení by nemohly přímo žádat právní pomoc státu, kde se důkazy nacházejí. Musely by nejprve požádat o právní pomoc soudy státu konání rozhodčího řízení, které by posléze požádaly o spolupráci soudy státu, kde se důkazy nacházejí.[24]

Další významnou oblastí, jejíž možnou úpravu Heidelberská zpráva navrhuje, je vložení článku 27A týkající se řízení o platnosti rozhodčí smlouvy.

Návrh znění článku 27A - *"A court of a Member State shall stay the proceedings once the defendant contests the jurisdiction of the court with respect to existence and scope of an arbitration agreement if a court of the Member State that is designated as place of arbitration in the arbitration agreement is seised for declaratory relief in respect to the existence, the validity, and/or scope of that arbitration agreement".*[25]

Toto ustanovení by mělo poskytnout přednost soudům členských států, u kterých probíhá rozhodčí řízení, aby rozhodly o existenci, platnosti a účincích rozhodčí smlouvy. Cílem je vyloučení, resp. omezení paralelních soudních řízení[26]. Soudy místa konání rozhodčího řízení by měly mít přednost před soudy, u kterých bylo řízení zahájeno jako první.

Tento návrh byl podroben rozsáhlé kritice. Dle oponentů by návrh Heidelberské zprávy byl v rozporu s ujednáním stran podřídit spor rozhodčímu řízení. Strana, která souhlasila s rozhodčí smlouvou, by byla nucena domáhat se zastavení u soudů jiného členského státu bez ohledu na rozhodčí smlouvu. V konečném důsledku by došlo k nárůstu paralelních soudních řízení.[27]

---

[24] Illmer, M., Steinbrück, B. Brussels I Review - Illmer and Steinbruck on the Interface Between Brussels I and Arbitration. Dostupné elektronicky na http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-illmer-and-steinbruck-on-the-interface-between-brussels-i-and-arbitration/, citováno 29.11.2009

[25] Heidelberská zpráva, s. 65, pozn. 134.

[26] Heidelberská zpráva, s. 65 a násl.

[27] Ke kritice srovnejte například International Bar Association Arbitartion Committee, Working on the Report and the Green Paper, dostupné z http://www.ibanet.org/ENews_Archive/Arbitration_Committee_addresses_Brussels_Regulation.aspx, citovánpo 29.11.2009.

2.3 VEŘEJNÁ DISKUZE K ZELENÉ KNIZE

Vynětí výjimky a podřízení rozhodčího řízení režimu Nařízení Brusel I je v diskuzích odborné veřejnosti spíše odmítáno. Jedním z argumentů je, že většina národních úprav obsahuje úpravu, která řeší otázku vztahu mezi řízením u rozhodčího soudu a národními soudy. Tyto úpravy dále často obsahují pravidla pro účinnou soudní přeshraniční spolupráci. Úprava výlučné pravomoci by byla v rozporu s požadavky mezinárodního rozhodčího řízení.[28] Komise ES by proto měla odmítnout přijetí výlučné příslušnosti pro pomocná soudní řízení.

Dalším argumentem je vztah, resp. možné oslabení Newyorské úmluvy. Česká republika ve své odpovědi na Zelenou knihu[29] zdůraznila, *"že může v zásadě podpořit plné nebo částečné zrušení vynětí rozhodčího řízení, jestliže by bylo doprovázeno náležitými zárukami zajišťujícími, že takové zrušení nebude mít za následek oslabení systému Newyorské úmluvy a/nebo zdržující praktiky, jež se v současné době dějí v oblasti dohod o soudní příslušnosti"*. Nařízení Brusel I se nesmí dotknout záležitostí pokrytých Newyorskou úmluvou, ale může tak učinit pouze k podpoře jejích účinností a cíle.

3. ZÁVĚR

Všechny otázky, které byly naznačeny výše, jsou velmi závažné. Vztah, resp. účel rozhodčího řízení a evropského práva je rozdílný. Rozhodčí řízení je alternativní způsob řízení, stojící samostatně, ovládaný zvláštními pravidly. Evropské právo na druhé straně směřuje směrem k vytvoření jednotného unifikovaného systému a je ovládáno politickými zájmy.

Je proto otázkou, zda problémy, které vyplývají ze vztahu rozhodčího řízení a Nařízení Brusel I, jsou natolik závažné, aby "ospravedlnily" revizi Nařízení. Nelze také ignorovat názor většiny odborné veřejnosti k této otázce.

Literature:

- Bělohlávek, A. J. Rozhodčí řízení, orde public a trestní právo. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2008, 2484 s., ISBN 978-80-7400-096-6.

---

[28] Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Illmer, M., Steinbrück, B. Submission to the European Commission by Martin Illmer and Ben Steinbrück regarding the Green Paper COM (2009) 175 final. 22. 6. 2009, s. 2.

[29] Odpovědi České republiky k telené knize o posouzení Nařízení Rady (ES) č. 44/2001 o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech. Dostupné elektronicky z http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/0002/contributions/ms_governments/czech_republic_cs.pdf, citováno 29.11.2009.

- Commission of the European Communities. Green Paper on the Review of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21. 4. 2009, COM (2009) 175 Final.
- Commission of the European Communities. Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters. Brussels, 21. 4. 2009, COM (2009) 174 Final.
- Dickinson, A. Brussels I Review - Interface with Arbitration. Dostupné elektronicky na http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-interface-with-arbitration/, citováno dne 29.11.2009.
- Hess, B., Pfeiffer, T., Schlosser, T. Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States. Ruprecht-Karls-Universitaet Heidelberg, Institut für Ausländisches und Internationales Privat - und - Wirtschaftsrecht, Study JLS/C4/2005/03, 2007, s. 365.
- Houtte van, H. Why not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation? Arbitration International, Vol. 21, No. 4, s. 509 - 522.
- Hradilová, V. European Law in Arbitration Proceeding. In Days of Public Law (CD ROM). Brno: Tribun EU s.r.o., 2007, p. 998-1007, ISBN 978-80-210-4430-2.
- Illmer, M., Steinbrück, B. Brussels I Review - Illmer and Steinbruck on the Interface Between Brussels I and Arbitration. Dostupné elektronicky na http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-illmer-and-steinbruck-on-the-interface-between-brussels-i-and-arbitration/, citováno 29.11.2009.
- Lew, J.D.M. Achieving the Dream: Autonomous Arbitration. Arbitration International, 2006, Vol. 22, No. 2, s.179 - 204, ISSN 0975-0411.
- Lew, J., Mistelis, L., Kroell, S. Comparative International Commercial Arbitartion. Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 953, ISBN 90-411-1568-4.

- Magnus, U., Mankowski, P. ed. Brussels I Regulation. European Commentaries on Private International Law. Sellier: European Law Publishers, 2007, 852 s., ISBN 978-3-935808-32-3.
- Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. Illmer, M., Steinbrück, B. Submission to the European Commission by Martin Illmer and Ben Steinbrück regarding the Green Paper COM (2009) 175 final. 22. 6. 2009.
- Mourre, A., Vagenheim, A. The Regulation of International Arbitartion by European Law: What does the Future Hold? 2009, www.kluwerarbitrationblog.com, citováno 29.11.2009.
- Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, 338 s, ISBN 978-80-7357-324-9.
- Shelkoplyas, N. The Application of EC Law in Arbitration Proceedeings. European Law Publishing, 2003, 488 s, ISBN 90-76871-16-7.
- Study to inform an Impact Assessment on the Ratification of the Hague Convention on Choice of Court Agreements by the European Community. Elektronická verze dostupná na http://ec.europa.eu/dgs/justice_home/evaluation/docs/final_report_071207.pdf.
- Vagenheim, A. Should Arbitration be Included in EC Regulation 44/2001? (Note on the IBA Position Paper to the Report of the Commission on the Applacation of Council Regulation (EC) No 44/2001 on Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters). ASA Bulletin, 2009, Vol. 27, No. 3. s. 588 - 599.

Contact – email
Tereza.kyselovska@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ALTERNATIVNÍ ZPŮSOBY ONLINE ŘEŠENÍ SPORŮ V E-COMMERCE

DAVID MAREŠ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá procedurami řešení sporů označovanými jako „*Online Dispute Resolution*“ neboli ODR. V nejširším významu se jedná o veškeré způsoby řešení sporů založené na využití moderních komunikačních technologií (zejména internetu). Příspěvek se snaží definičně vystihnout procedury ODR a podat základní rozbor používaných metod. Závěrečná část se věnuje potenciálu, kterým disponují postupy alternativního řešení sporů v oblasti e-commerce při využití nejmodernějších prostředků komunikace.

Key words in original language
Alternativní způsoby online řešení sporů; e-commerce; online negociace; online mediace; online arbitráž.

Abstract
Online Dispute Resolution (ODR) represents dispute resolution, whereas the first major difference between offline dispute resolution and ODR is electronic communication. ODR procedures are based either on a *sui generis* form of dispute resolution that focuses on the needs of Internet users, or on the dispute resolution forms already developed by the Alternative Dispute Resolution (negotiation, mediation and arbitration).

Key words
Online Dispute Resolution; Online Negotiation; Online Mediation; Online Arbitration.

1. ZÁKLADNÍ CHARAKTERISTIKA PROCEDUR ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR)

Název tohoto příspěvku je možné alternativně nahradit třemi anglickými slovy „*Online Dispute Resolution*“ neboli ODR. V nejširším smyslu slova představují procedury ODR nové postupy řešení sporů, při kterých strany sporu využívají moderní informační a komunikační technologie (ICT), zejména prostředky online komunikace. Není přitom zcela nezbytné, aby celá procedura řešení sporu probíhala v režimu online. Pro naplnění uvedeného definičního znaku postačí, pokud technologie online komunikace jsou integrovány do převážné části procedury řešení sporu. Z tohoto pohledu postupy ODR tedy představují rovněž alternativu k tradičnímu soudnímu řízení, neboť za součást ODR lze považovat také řešení sporu *"online soudem"*. Online soudnictvím zde nemám na mysli pouze situaci, kdy je podán návrh na zahájení soudního řízení prostřednictvím prostředků komunikace na dálku, ale především případy, kdy je umožněno online

dokazování a soudní řízení může probíhat prostřednictvím videokonferencí nebo jiné online komunikace. Legislativním příkladem zakotvení online soudnictví je zcela jistě nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 861/2007 ze dne 11. července 2007, kterým se zavádí evropské řízení o drobných nárocích v přeshraničních případech, a to s účinností od 1. 1. 2009. Podle čl. 8 uvedeného nařízení soud může vést ústní jednání prostřednictvím videokonference nebo pomocí jiných komunikačních technologií, pokud jsou k dispozici nezbytné technické prostředky. Podle článku 9 nařízení platí, že soud může připustit dokazování prostřednictvím videokonference nebo jiných komunikačních technologií, pokud jsou k dispozici nezbytné technické prostředky.[1] Jiným příkladem z oblasti elektronizace justice jsou tzv. online mock trials (simulace jednání u nižší soudní instance) nebo moot courts (simulace odvolacího řízení), které jsou v podstatě simulovaným soudním jednáním. V USA takové postupy slouží právním praktikům v rámci přípravy na soudní řízení, přičemž primárně mají ověřit vhodnost zvolené procesní taktiky a validitu zamýšlené právní argumentace. Mock trials se rovněž využívají při výuce na právních školách, kdy slouží studentům k rozvoji jejich praktických interpretačních dovedností. Postupně byly do těchto simulovaných soudních jednání začleněny moderní prostředky komunikace na dálku, kdy "soudní pře" může probíhat skrze videokonferenci s účastí online poroty, která se seznámí s fakty případu formou online zpřístupnění relevantního obsahu daného případu na internetu.[2]

V užším slova smyslu je možné procedury ODR vnímat jako obdoby klasických ADR (Alternative Dispute Resolution) procesů, přičemž základním rozlišovacím znakem je zde začlenění prostředků online komunikace do procedury řešení sporu. Rolí moderních komunikačních technologií při hledání vhodného řešení sporu se blíže zabývali E. Katsh a J. Rifkin. Uvedení autoři zformulovali *teorii technologie jako další strany sporu* (vedle jednotlivých stran sporu a případné osoby mediátora, konciliátora či rozhodce).[3] Ačkoli se jedná o přirovnání, které je nutné vnímat s jistou mírou nadsázky, dle mého názoru jde o výstižný příměr, který především poukazuje na význam ICT při řešení konfliktu.

Souhrnně je možné konstatovat, že procedury ODR tak na jedné straně využívají metody známé z ADR (tj. negociaci, mediaci a arbitráž), ke kterým se připojuje přídomek online. Z tohoto pohledu lze ODR jednoduše považovat za "ADR v novém kabátě", tj. ADR postupy se specifickými

---

[1] Blíže k charakteristice evropského řízení o drobných nárocích viz http://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/js09/mps/web/pages/05.html.

[2] První mock trials, které byly uskutečněny online, jsou datovány rokem 1999 (viz např. http://www.abc.net.au/mocktrial/default.htm).

[3] Katsh, E., Rifkin, J.: Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, str. 9.

komunikačními nástroji, jejichž využití má stranám usnadnit nalezení řešení sporu (proto někdy ODR bývá označováno jako electronic ADR (eADR) či online ADR (oADR). Na druhé straně, postupy ODR nemají za cíl vždy v plném rozsahu "naklonovat" procedury známé z ADR. T. Schultz se při rozboru metod ODR zamýšlí nad tím, zda ODR vnáší do řešení sporu vlastní metody nebo ODR je v podstatě jen zelektrizovaným ADR. S ohledem na specifika kyberprostoru připouští, že ODR z jistého úhlu pohledu disponuje metodami *sui generis*, tj. metodikou, která není v ADR možná.[4] Za *metody sui generis*, které jsou příznačné výlučně pro ODR, považuji především automatizovanou mediaci a automatizovanou negociace, o kterých je pojednáno níže (viz kapitola Metody ODR).

2. EXKURS DO HISTORIE ODR

S ohledem na svou povahu je historický vývoj ODR neoddělitelně spojen s rozvojem počítačových sítí, jejich vzájemným propojováním a zejména pak s nástupem internetu a jeho komercionalizací.

V „předinternetovém období", které lze datovat přibližně do roku 1990, existovaly toliko dílčí počítačové sítě, které byly využívány primárně ke komunikaci mezi uživateli navzájem, tj. jako sítě sociální. Administrátoři takových různých diskusních skupin nedisponovali zvláštními prostředky, které by byly využitelné k řešení vznikajících sporů. Avšak již v tomto období se začala rozvíjet myšlenka, že by bylo zcela logické, aby prostředky, které jsou využívány k vzájemné interakci uživatelů, disponovaly vlastními mechanismy řešení sporů.

Počátky skutečného rozvoje ODR nástrojů lze umístit do doby spojené s nástupem internetu, tj. do první poloviny devadesátých let minulého století. Pro uvedené období je typické, že internet byl převážně vyžíván akademickým sektorem, tj. ještě nikoliv k obchodním aktivitám. V této době právě na akademické půdě a v sektoru neziskových organizací začaly být realizovány první specifické projekty, které se týkaly využití sítě internet v souvislosti s možným řešením sporů.

Zcela zásadní význam pro rozvoj ODR ovšem měl další rozvoj internetu především jako nástroje komerčních aktivit v druhé polovině devadesátých let dvacátého století. Komercionalizace internetu, která v postatě vyvolala boom přeshraničních obchodních transakcí, měla za následek vznik trhu poskytovatelů ODR nástrojů a softwarových aplikací, které byly využitelné k řešení sporů vznikajících v rámci elektronického obchodu (e-commerce). Nástroje internetu, který se staly prostředkem globálního obchodování, tak začaly být využívány rovněž jako prostředky, které mají usnadnit komunikaci stran při řešení sporu či zprostředkovat řešení sporů mezi

[4] Schultz, T.: Online Dispute Resolution: an Overview and Selected Issues, dostupné na http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=610657#reg

obchodníky v kyberprostoru navzájem a mezi online prodejci a jejich zákazníky.

3. METODY ODR

Jak již bylo uvedeno shora, ODR z velké části využívá k řešení sporů[5] základní postupy, které jsou známy z ADR (negociace, mediace či konciliace a arbitráž). Vedle metod využívaných v ADR umožňují některé postupy ODR zcela inovativní řešení konfliktních situací. Z důvodu podobnosti metod ADR a ODR vycházím v následujícím textu ze standardní klasifikace jednotlivých metod, známých již z ADR, přičemž tyto metody dále doplňuji o (automatizované) formy, které lze považovat za specifické ryze v oblasti ODR.

3.1 ONLINE NEGOCIACE (VYJEDNÁVÁNÍ)

Online negociace představuje situaci, kdy strany, které řeší vzájemný spor, se dobrovolně snaží dosáhnout oboustranně přijatelného řešení bez účasti neutrálního prostředníka (třetí strany); zastoupení profesionálním negociátorem (vyjednavačem) je ovšem přípustné. Obecně se jedná se o nejjednodušší a nejpřirozenější cestu řešení sporu (byť v některých případech s formalizovanými pravidly jednání). Pro naplnění definičních znaků online negociace je důležité zapojení informačních a komunikačních technologií do postupu vyjednání. Dle míry integrace prostředků komunikace na dálku lze rozlišit 2 základní typy online negociace:

- asistovaná negociace
- automatizovaná negociace

V případě asistované negociace plní technologie obdobnou roli jako mediátor v mediaci, kdy strany využívají online komunikace přes internet (vyjednávají např. prostřednictvím e-mailu, instant messaging, konferenčních audio hovorů či videokonferencí). Poskytovatelé v segmentu služeb online negociace zpravidla nabízejí další dodatečné služby, které proces vyjednávání ještě více usnadňují (např. databáze exsistujících rozhodnutí, zabezpečené prostředky komunikace přes webové rozhraní, apod.).

V případě automatizované negociace, která je někdy označována jako blind-bidding, naopak technologie přebírá stěžejní úlohu. Použití této metody je technologicky omezeno na situace, ve kterých má být vyřešen finanční nárok jedné ze stran. Každá ze stran sporu (např. reklamačního, pokud má být řešena výše poskytnuté slevy) postupně nezávisle na sobě určí svůj

[5] Spor vzniká tam, kde strany mají na jistý problém rozdílná stanoviska a nemohou dospět ke kompromisnímu řešení standardním způsobem (tj. běžnou komunikací) a současně je nezbytné, aby spor byl řešen a vyřešen.

finanční požadavek a zanese jej do systému. Systém automaticky porovná oba návrhy a neodchylují-li se významně od předem stanovené tolerance, dochází k vyřešení sporu (aniž by strany navzájem odhalily přesnou hodnotu svých požadavků). V případě, že se hodnota požadavku a protinávrhu nesetká v příslušném tolerančním pásmu, strany mohou označit nové výše svých požadavků, a to tolikrát, až dojde k jejich spárování (opět aniž by protistraně odhalily přesnou hodnotu požadavku zanesenou do systému).

3.2 ONLINE MEDIACE (SMÍRČÍ ŘÍZENÍ)

Na rozdíl od online negociace se v případě mediace jedná o asistované jednání stran sporu, které probíhá s využitím neutrálního prostředníka (třetí strany). Zpravidla se jedná o neinstitucionalizovanou činnost, jejímž výsledkem opět není závazné rozhodnutí, ale smír (který ovšem může být formalizován). Aby mediace mohla být označena za online mediaci, musí být do převážné části procesu řešení sporu zapojeny moderní informační a komunikační technologie, zejména technologie online. Podle stupně integrace takových nástrojů komunikace lze opět rozlišit 2 základní typy online mediace:

- běžná online mediace
- automatizovaná mediace

V případě běžné online mediace je k řešení sporu povolán nezávislý zprostředkovatel, který jednání stran odborně usměrňuje a vede. Vedle jeho schopností a dovedností může výsledek řešení obchodního sporu, resp. možnost dosažení dohody stran, rovněž ovlivnit (pozitivně i negativně) výběr prostředku komunikace (např. e-mailu, konferenčního hovoru či videokonference).[6] Volba vhodného komunikačního kanálu proto může být vnímána jako součást profesních schopností mediátora, bez kterých se úspěšné vyřešení sporu stěží obejde. Potenciál využití online mediace v oblasti e-commerce blíže přibližuji na příkladu uvedeném níže v textu.

Obdobně jako v případě automatizované negociace je v případě automatizované mediace nutné poukázat na stěžejní význam technologie jako prostředníka při řešení sporu. V plně automatizované mediaci roli mediátora "zastávají" právě moderní technické prostředky, osoba mediátora zde nefiguruje. Jako příklad online mediace z nedávné doby může posloužit

[6] Například v případě přeshraniční obchodní transakce, která se následně stane předmětem sporu, nebude zřejmě nejvhodnější, pokud mediátor zvolí za hlavní komunikační kanál videokonferenci, a to konkrétně v situaci, kdy jedna strana sporu nemá dostatečnou jazykovou výbavu a při přímé videokonfrontaci se díky tomuto svému handicapu ocitne v defenzívě. V takovém případě se zdá být vhodnější volba jiného komunikačního nástroje (např. e-mailu), neboť v rámci takto pojaté komunikace budou mít obě strany více prostoru k formulaci svých postojů a tím pádem i rovnější postavení při řešení situace.

aplikace Square Trade, kterou využívala některá internetová tržiště, vč. eBay k řešení sporů mezi uživateli tržiště. Spor byl zahájen tak, že prodávající či kupující prostřednictvím webového rozhraní Square Trade vznesl reklamační požadavek tak, že z databáze vybral z předem definovaných typů sporů jedno z možných řešení. Druhá strana byla automaticky vyrozuměna o zahájení řízení a rovněž automaticky požádána, zda je ochotna řešit problém prostřednictvím aplikace Square Trade. Pokud s uvedeným souhlasila, což bylo v zásadě pravidlem, vybrala ze systému jeden ze způsobů urovnání sporu. Došlo-li ke shodnému označení nároků, spor byl úspěšně vyřešen. Pokud konflikt nebyl vyřešen v této první fázi, systém umožňoval vedení dalšího jednání mezi stranami (aplikace byla nastavena tak, aby prostřednictvím svých softwarových funkcí usměrňovala komunikaci mezi stranami sporu, aby vzájemné jednání bylo maximálně konstruktivní a časově efektivní).[7] Uvádí se, že absolutní většina sporů byla vyřešena již v těchto úvodních fázích. Pokud přesto spor nebyl vyřešen prostřednictvím aplikace Square Trade, strany sporu se mohly obrátit na běžného mediátora.

3.3 ONLINE ROZHODČÍ ŘÍZENÍ (ARBITRÁŽ)

Oproti negociaci a mediaci je rozhodčí řízení alternativním takovým způsobem řešení sporu (alternativou k řízení probíhajícímu před soudem), na jehož konci stojí závazné rozhodnutí, které může být uznáno a soudně vykonáno. Tento odlišný charakter a současně stav právní regulace rozhodčího řízení mě nutí konstatovat, že v rozhodčím řízení není (a zřejmě ani nebude) možné, aby úloha rozhodce byla nahrazena moderními technologiemi v takovém rozsahu, jako v případě automatizované negociace či automatizované mediace.

Lze se ovšem domnívat, že úspěšné implementaci moderních komunikačních prostředků, které budou mít k dispozici rozhodci v rozhodčích řízení, v podstatě nic nebrání. Prameny mezinárodního práva v dané oblasti (zejména mnohostranné mezinárodní úmluvy jako Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (*Newyorská úmluva*) či *Evropská úmluva o mezinárodní obchodní arbitráži*) jsou poplatné době svého vzniku, tj. danou oblast online arbitráže neřeší. Zákaz využívání online rozhodčích řízení nebude zřejmě možné dovodit ani z obecných principů platných v rozhodčím řízení.

Ve vnitrostátním právu lze pro podporu přípustnosti konání online arbitráží nalézt hned několik opor. Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, ve znění pozdějších předpisů, umožňuje sjednání rozhodčí doložky či smlouvy o rozhodci elektronickými prostředky (§ 3 odst. 1 věta druhá citovaného předpisu). Online rozhodčí řízení znají i

[7] V bližších podrobnostech je možné odkázat na informace obsažené v online encyklopedii Wikipedia - http://en.wikipedia.org/wiki/Online_dispute_resolution.

institucionalizovaní rozhodci. Například Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky má na svých internetových stránkách uveřejněn "*Řád on-line"*, jehož účelem je umožnit rozhodčí řízení a rozhodování sporů prostřednictvím internetu, pokud si strany přejí podrobit se takovým pravidlům.[8] Podle Řádu on-line je možné všechna podání stran činit elektronicky, aby celé řízení mohlo být vedeno elektronickou formou a aby rozhodčí nález byl vydán rovněž elektronicky, prostřednictvím internetu (rozhodčí nález mohou rozhodci podepsat v souladu se zákonem č. 227/2000 Sb., o elektronickém podpisu, ve znění pozdějších předpisů za použití zaručeného elektronického podpisu založeného na kvalifikovaném certifikátu). Významným zahraničním příkladem internetové arbitráže jsou služby dostupné na http://www.net-arb.com.

Přes uvedenou přípustnost konání online rozhodčích řízení zůstává zcela zásadním problémem nezbytnost uznání a soudního výkonu rozhodčích nálezů. Jestliže si strany zvolí rychlou cestu řešení svého sporu prostřednictvím online arbitráže a následně neexistuje obdobně efektivní mechanismus, na základě kterého by úspěšná strana dosáhla faktického uspokojení svého nároku, pokud druhá strana dobrovolně neplní svůj závazek, dochází do značné míry ke zmaření volby online arbitráže. Toto je oblast, které bude vhodné se v budoucnosti dále věnovat.

Shora uvedené metody mohou najít uplatnění v rámci řešení širokého spektra situací. Platí, že metody ODR jsou využitelné nejen v obchodně-právních vztazích (transakcích typu business-to-business - B2B), ale rovněž v transakcích typu B2C (business-to-customer), C2C (customer-to-customer) či např. při řešení interních sporů uvnitř organizace. Ačkoli se jedná o způsob řešení sporů, který je založen na online technologiích, je možné využít některou z metod ODR jak pro účely řešení sporů vznikajících v online prostředí, tak i sporů pramenících z běžných „offline“ vztahů. Významný potenciál však ODR skýtá právě v případech přeshraničních obchodních transakcí, resp. sporů z takových obchodů pramenících. Možnosti zapojení moderních komunikačních technologií při řešení obchodních sporů v e-commerce lze demonstrovat na následujícím příkladu.

Předpokládejme, že zákazník (obchodník podnikající v některém ze států Evropské unie) využije služby elektronického tržiště (platformy typu B2B) a na základě výběru nejvhodnější dostupné nabídky uzavře obchod s podnikatelem, který je rezidentem v Číně. Na základě vzájemné dohody kupujícího a prodávajícího je kupní cena složena na jistotní účet provozovatele a současně byl zřízen dokumentární akreditiv, podle kterého má dojít k uvolnění složené kupní ceny provozovatelem elektronického

[8] Viz http://www.soud.cz/index.php?url=rady/cz_rad_online_od_20040601.htm.

tržiště poté, co obdrží příslušné doklady o řádném předání zboží. Kupující po avízu, že zboží bylo vyloděno v přístavu, provedl prohlídku, při které zjistil, že zboží mělo zjevné vady. Na základě uvedeného zjištění bezodkladně vyrozuměl provozovatele elektronického tržiště o vadách a požádal jej, aby neuvolňoval složenou kupní cenu. Správce tržiště obratem vyrozuměl prodávající o reklamaci kupujícího a požádal, aby se prodávající vyjádřil k namítaným problémům dodávky. Prodávající konstatoval, že zboží bylo dodáno ve specifikaci, která byla v souladu s nabídkou prodávajícího, a tudíž vady neuznal. V daný okamžik provozovatel tržiště inicioval řešení sporu v intencích předvídaných obchodními podmínkami (provozním řádem) tržiště, tj. vyrozuměl smluvního mediátora. Veškerá relevantní data a historie sporu byla elektronicky předána do databáze mediátora, strany sporu poskytly další důkazní dokumentaci (fotografie zboží apod.) mediátorovi rovněž přes elektronické rozhraní, takže mediátor měl vše potřebné pro zahájení online mediace. Po vzájemném vyjednávání stran, které probíhalo s využitím mediátorem zprostředkovaných videokonferencí, nakonec strany dospěly k závěru, že dodané zboží nebylo skutečně nejvyšší kvality, avšak bylo jej možné považovat za obchodovatelné. V dané situaci mediátor provedl analýzu databáze rozhodnutí v obdobných případech a navrhl adekvátní slevu z kupní ceny, která byla oběma stranami odsouhlasena. Následně byl vyrozuměn provozovatel tržiště, aby uvolnil příslušnou sumu z jistotního účtu.

Popsaný případ dokumentuje, jakým způsobem mohou prostředky moderní komunikace usnadnit řešení obchodního sporu. I když se v popsaném případě nejednalo o využití některé z automatizovaných metod ODR, je zřejmé, že online mediace v dané situaci umožnila dostatečně rychlé a efektivní řešení sporu, které navíc nebylo pro strany nákladné (odměnu mediátorovi hradil provozovatel tržiště), přičemž užití online komunikace prostřednictvím videokonference zajistilo obdobné podmínky jako by existovaly při osobním jednání stran, avšak bez nutnosti vynaložení vysokých nákladů (cestovné, náklady na ubytování, apod.).

4. ZÁVĚR

S rostoucí úrovní technického vybavení v oblasti komunikace a v souvislosti se zapojením online technologií do každodenního života se vytvořil prostor pro využití těchto moderních komunikačních nástrojů také k řešení sporů. Jestliže procedury ADR představují alternativu k řízení před obecnými soudy, metody ODR, často založené na postupech známých a osvědčených právě z ADR, dále rozvíjejí možnosti efektivního postupu při řešení sporů. Zatímco na jedné straně technologie ODR využívají metod ADR (negociace, mediace a arbitráž), do kterých integrují prostředky online komunikace, na straně druhé ODR přináší některá nová řešení, která bez použití vyspělých technologických prostředků nebyla dříve možná (jedná se o případy řešení sporů formou online negociace či online mediace).

Procedury ODR tedy představují účinný mechanismus řešení sporů vznikajících v nejrůznějších oblastech lidské činnosti, přičemž využití

online komunikace se jeví jako příhodné zejména k řešení sporů pramenících ze vztahů, které vznikly s využitím stejného komunikačního prostředku (tj. internetu). Z povahy věci je použití některých technologií ODR omezeno jen na určité druhy sporů (například automatizovanou negociaci bude možné využít je v případě finančních sporů, pokud jedinou neznámou zůstává výše finanční kompenzace).

ODR, obdobně jako ADR, má své uplatnění především tam, kde strany usilují o zachování korektních obchodních vztahů i do budoucna.

Na základě učiněných zjištění, se domnívám, že větší právní komplikace nebudou vznikat tam, kde budou primárně využívány online metody řešení sporů, jejichž výsledkem v podstatě bude pouze nezávazný výstup (online negociace a online mediace). Na druhé straně další pozornost musí být věnována sektoru online arbitráže, kde lze očekávat další vývoj.

Na závěr si dovoluji konstatovat, že přes shora uvedené výhody je pravidelné využívání alternativních způsobů řešení sporů založených na prostředcích online komunikace podmíněno zejména kulturní a historickou tradicí, úrovní technologické vyspělosti společnosti, jakož i obecnou úrovní vztahů mezi obchodními partnery. Pro řešení sporů vznikajících v kyberprostoru (v oblasti e-commerce) představuje ODR zcela jistě vynikající příležitost.

Literature:

- Rozehnalová N.: Mezinárodní právo obchodní, II. díl. Řešení sporů, Brno, Masarykova univerzita Brno, 1999, str. 181, ISBN 8021020415
- Rule, C.: Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-commerce, consumer, employment, insurance and other commercial conflicts, San Francisco, Jossey-Bass, 2002, str. 326
- Katsh, E., Rifkin, J.: Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace, San Francisco, Jossey-Bass, 2001
- http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=610657#reg
- http://en.wikipedia.org/wiki/Online_dispute_resolution
- http://is.muni.cz/do/1499/el/estud/praf/js09/mps/web/pages/05.html

Contact – email

mares@mt-legal.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

WEST TANKERS - ARBITRATION AT DUSK

PETRA MYŠÁKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
The alternative solutions of the possible dispute between the parties, being that the regular proceedings in front of the state courts and alternatively the arbitration proceedings, recently seems to enter a new phase in their mutual relationship. This cannot be considered for a future reference as a friendly one but rather hostile mainly due to the recent jurisprudence of the European Court of Justice in the West Tankers case.

Key words in original language
Arbitration proceedings; state court proceedings; control and auxiliary functions; concurring procedures; anti-suit injunction; scope of the application; case law of the European Court of Justice; Brussels I Regulation; jurisdiction; exclusions from the scope; practical solutions.

Abstract
Alternativní řešení možných sporů mezi stranami, na jedné straně tedy řešení soudní cestou a alternativně využití rozhodčího řízení, zdá se v současné době dospělo do nové fáze vzájemných vztahů. Tento již nelze do budoucna považovat za čistě přátelský, a to zejména díky současné rozhodovací praxi Evropského soudního dvora nastolené v případě West Tankers.

Key words
Rozhodčí řízení; řízení před soudy státními; kontrolní a pomocné funkce; sbíhající se řízení; předběžná opatření; předmět úpravy; rozhodnutí Evropského soudního dvora; nařízení Brusel I; pravomoc; vyloučení z rozsahu úpravy; praktická řešení.

The ultimate aim of this contribution in an introduction to the current state of play in the relationship between the arbitration proceedings and the regular state court proceedings. Prior to the below described decision this correlation was considered as more or less friendly while the state courts were providing the stable background for the arbitral proceedings especially in the terms of their control and auxiliary functions over the arbitration.[1] The decision in the case Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di

[1] Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a obchodním styku, Praha: ASPI, 2008, 386, 978-80-7357-324-9.

Sicurta SpA) v West Tankers Inc (C-185/2007)[2] seems to be modifying this relationship and is actually pushing both types of procedures to become more hostile to each other while without any doubts strengthening the position of the state court proceedings.[3]

Prior to this famous decision, the ECJ was already dealing with the respective problem or at least with the interconnected issues in number of the cases - Mark Rich (C-190/89), Van Uden (C-391/95), Mostaza Ciaro (consumer protection and arbitration), Andrew Owusu (C-281/02), Euro Food Case (C-168/05), Turner v Grant (C-159/02) and a famous Gasser case.[4]

What is the factual background of the above mentioned West Tankers milestone in the jurisprudence of the ECJ? In August 2000 a vessel owned by West Tanker and chartered by Erg Petroli SpA collided in Italy with a jetty owned by Erg Petroli SpA and caused damage. The charter party was governed by English law and contained a clause providing for arbitration in London. Erg Petroli SpA claimed compensation from its insurers being that Allianz SpA and Generali Assicurazioni Generali SpA up to the limit of its insurance coverage and then commenced arbitration proceedings (based on the arbitration clause included in the contract) in London against West Tankers for the excess of the damage. West Tankers denied the liability for this damage caused by the respective collision. Alianz SpA paid Erg Petroli SpA the compensation under the insurance policies for the loss and then commenced proceedings in the Italian courts against West Tankers to recover the sums they have paid to Erg Petroli SpA (based on Allianz´s statutory right of subrogation conferred on them by the Italian Civil Code). In parallel West Tankers brought proceedings (in September 2004) before the English High Court seeking a declaration that the dispute between itself and Allianz SpA was to be settled by arbitration as specified in the arbitration agreements and an injunctions restraining Allianz SpA from pursuing any proceedings other than the arbitration and requiring Allianz SpA to discontinue the Italian court proceedings.[5]

---

[2] [2009] 1 All E.R. [Comm] 435. For the online symposium devoted to this particular case and further details see: http://conflictoflaws.net/2009/west-tankers-online-symposium/.

[3] This case was heavily criticised by the arbitration community which was afraid of this becoming a dangerous precedent "Italian torpedo" with detrimental effects for the arbitration.

[4] List of the cases taken from a brilliant and comprehensive presentation on this topic, prepared by Luc Demeyre, Partner in Allen and Overy in Belgium. Presentation "EU Regulation 44/2001 and Arbitration" was prepared for the Heidelberg Summer Academy held in June 20, 2009.

[5] Ibid.

The request for a preliminary ruling of the ECJ was as follows: "It is consistent with EU Regulation 44/2001 for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings in another Member State on the ground that such proceeding is in breach of an arbitration agreement?"[6]

When the European Court of Justice (hereinafter the ECJ) delivered its judgment on February 10, 2009 it was crystal clear that this judgment will evoke certain emotions while again revising the intersections between the arbitration and scope of the Regulation 44/2001 on jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter the Brussels I Regulation)[7]. The whole context is even more interesting while taking the current revision process of the Brussels I Regulation into account.[8]

The ECJ basically held that any sort of injunctions (in our case being that anti-suit injunctions) which prevented the parties pursuing a regular state court proceedings are incompatible with the Brussels I Regulation. The ECJ based this conclusion on its reasoning in the steps: application of the Brussels I Regulation and exclusion of the anti-suit injunctions from its scope.

Thus, an anti-suit injunction in arbitration proceedings is not acceptable under the European law. However the proceeding excluded from the scope of the Brussels I Regulation may have consequences that undermine the effectiveness of the respective Regulation (being that one of the key stones of European Private International law together with so called Rome I and Rome II Regulations) - this will be always the case where such proceedings prevent a court of another Member State from exercising its jurisdiction in line with rules included in Brussels I Regulation.

The reasoning developed in this case by the ECJ can be easily described as so called "subject-matter test". In order to determine whether the dispute falls within the scope of the Brussels I Regulation reference must be made

---

[6] See www.curia.eu for all the jurisprudence of the ECJ and additional information.

[7] For the text of the Regulation see: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:EN:HTML.

[8] For more details and specific issues that are currently discussed (the abolition of intermediate measures to recognise and enforce foreign judgments (exequatur) (Question 1); the operation of the Regulation in the international legal order (Question 2); choice of court agreements (Question 3); industrial property (Question 4); lis pendens and related actions (Question 5); provisional measures (Question 6); the interface between the Regulation and arbitration (Question 7); and other issues (Question 8)) see: http://conflictoflaws.net/2009/brussels-i-review-online-focus-group/.

solely to the subject-matter of the proceedings (being that in our case claim for damages and the preliminary issue concerning the applicability of arbitration agreement, including its validity - those issues comes according to the ECJ within the scope of the Brussels I Regulation).[9]

ECJ continued in this reasoning while emphasizing that the objection of lack of jurisdiction on the basis if the existence of arbitral agreement (including the question of the validity of such agreement) comes within the scope of the Brussels I Regulation, and it is therefore exclusively for that court to rule on that objection and on its own jurisdiction pursuant to Articles 1(2)(d) and 5(3) of this Regulation. Apart from limited exceptions included in Brussels I Regulation the Regulation itself does not authorize the jurisdiction of a court of a Member State to be reviewed by a different court in another Member State.

One should not forget about the international instruments regulation the law of arbitration, namely the New York Convention of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. This was also used by the ECJ, precisely while using the reference to the Article II(3) of the above mentioned convention. According to this Article "a court of the contracting state, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made arbitration agreement, that will, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed".

Based on these main arguments used by the ECJ, the court declared that: "is is incompatible with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters for a court of a Member State to make an order to restrain a person from commencing or continuing proceedings before the courts of another Member State on the ground that such proceedings would be contrary to an arbitration agreement".[10]

To provide a complete analysis and sort of final conclusion of the described case, this also requires a proposals as to the practical solutions how to enforce the arbitration clauses for the future reference under the impression

[9] For the details see the Report on accession of the Hellenic Republic to the Brussels Convention (a direct predecessor of the recent Brussels I Regulation).

[10] Despite of criticism which has been brought against this decision I do agree that the ECJ was comprehensively following its own reasoning in the previous cases (nevertheless, some in more and some in less convincing way) emphasizing and relying on the "effet utile" of the Brussels I Regulation and its main object: unification of the rules of conflict jurisdictions in civil and commercial matters and free movement of the court decisions within the Europe.

and bearing the mind the described attitude of the ECJ. These solutions can be divided into two main categories: preventive and responsive.[11]

Under the influence of this case there will be always a "guilty party" (the one violating the agreed arbitration agreement bringing the claims in front of the state courts) and the "innocent one" (which shall always wait for the final decision of this state court, determining its jurisdiction of the basis of the Brussels I Regulation, as to the validity and binding character of the respective arbitration agreement). The question naturally arising is to how the "innocent party" can be protected against such behavior of it's counterparty?

Separate undertakings of the parties not to initiate the court proceedings in contrary to existing arbitration agreements seems to be a relatively satisfactory preventive solution presuming that this will be supported by the existence of appropriate indemnity and/or liquidation damages clause incorporated in such an agreement to ensure maximum recovery of losses which will of course follow (at least from the time management perspective of the dispute).[12]

Among the responsive solutions one might find a very easy one: in case that the "innocent party" reasonably believes that its counterparty is about to commence the proceedings in front of a state court simply take an advantage of the Article 27 of the Brussels I Regulation and initiate the proceedings in one of the EU jurisdiction according to its own choice. This solution is a tricky one since firstly, the initially "innocent party" in fact becomes the "guilty" one and secondly, this goes directly against the intention of the European legislator in respect of predictability and legal certainty within the EU.[13]

Hopefully, the current revision process of the Brusselss I Regulation will make the relationship between state court proceedings and arbitration clearer and not even more complicated. At least it is an unique chance to do so!

Literature:

- Byford, N., Sarwar, A.: Arbitration Clauses After West Tankers: The Unanswerable Conudrum? Practical Solutions for Enforcing Arbitration

[11] Byford, N., Sarwar, A.: Arbitration Clauses After West Tankers: The Unanswerable Conudrum? Practical Solutions for Enforcing Arbitration Clauses. In: International Arbitration Law Review 3/2009, p. 29 et seq., Thomson Reuters (Legal) Limited.

[12] Ibid, p. 30.

[13] Ibid, p. 31.

Clauses. In: International Arbitration Law Review 3/2009, p. 29 et seq., Thomson Reuters (Legal) Limited.

- Cuniberti, G.: ECJ Judgment in West Tankers. Available from www.conflictoflaws.net [February 10, 2009].
- Demeyre, L.: EU Regulation 44/2001 and Arbitration, PPT presentation prepared for the Heidelberg Summer Academy held in June 20, 2009.
- George, M.: The AG Opinion in West Tankers. Available from www.conflictoflaws.net [September 5, 2008].
- Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a obchodním styku, Praha: ASPI, 2008, 386, 978-80-7357-324-9.

Contact – email
petra.mysakova@allenovery.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ADR A INSOLVENCE: POZNATKY Z USA

PETRA NOVOTNÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tento příspěvek si klade za cíl stručně představit vztahy mezi insolvenčním právem a ADR v USA. Krátce nastiňuje problematiku týkající se dvou hlavních okruhů v této souvislosti vzhledem k převládající doktríně a judikatuře, tj. arbitrabilitu a vynucování rozhodčích dohod v insolvenčních řízeních a čím dál běžnější využití metod ADR v insolvenčních řízeních.

Key words in original language
ADR; insolvenční řízení; USA.

Abstract
This submission aims to provide a short introduction into the relations between insolvency law and the ADR in the USA. It briefly discusses two main topics reflected in the U.S. doctrine and case law, i. e. arbitrability and enforcement of arbitration agreements in the context of insolvency proceedings and the widespread use of ADR methods in the insolvency proceedings.

Key words
ADR; insolvency proceedings; the U.S.

Úvodní poznámky

Tento příspěvek bude zaměřen na zcela specifické aspekty insolvenční úpravy v USA. K rozboru a konkrétním poznámkám vážícím se ke vztahu insolvenční úpravy a rozhodčího řízení, resp. ADR však ze systematického hlediska považujeme za nutné připojit i stručné uvedení do úpravy insolvenčního práva v USA obecně.

Insolvenční právo bylo pro všechny státy USA kodifikováno reformou z roku 1978 do jednotného federálního zákoníku (*Bankruptcy Code*).[1] Insolvenci je v aktuální zákonné úpravě věnována Hlava (*Title*) 11 U.S. Code,[2] která se člení na několik kapitol (*Chapters*). Kapitoly 7, 9, 11, 12,

[1] K vydávání takových federálních právních předpisů je zmocněn Kongres USA na základě článku I, odstavec 8, věta 4 Ústavy USA.

[2] Volně přístupné znění Bankruptcy Code s poznámkami lze nalézt na: http://www4.law.cornell.edu/uscode/11/ [dostupné ke dni 20.11.2009], informace o soustavě Banktuptcy Courts včetně odkazů na stránky jednotlivých soudů jsou přístupné na: http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts.html [dostupné ke dni 20.11.2009].

13, 15 upravují jednotlivé způsoby řešení insolvence (např. Kapitola 7 konkurzní řízení, Kapitola 11 reorganizaci).

Hmotněprávní úprava je doplněna i úpravou procesní, která je kodifikována v tzv. *Federal Rules of Bankruptcy Procedure*.[3] Podle současné úpravy náleží pravomoc rozhodovat v insolvenčních řízeních federálním soudům. Jedná se o zvláštní insolvenční soudy (*Bankruptcy Courts*), resp. oddělení (*units*)[4] v rámci 94 federálních *District Courts*. Soudy v těchto 94 obvodech dále spadají pod 12 *Appelate Courts* v rámci tzv. *Circuits* (oblasti).[5] Na tomto místě je nutné zdůraznit i významnou roli judikatury v systému *common law*, která je nedílnou součástí úpravy zákonné.[6]

Insolvence a rozhodčí dohody

Insolvenční právo je typickou oblastí, kde se střetává autonomie vůle stran a smluvní úprava s kogentní úpravou v zájmu zachování rovnosti věřitelů a maximalizace majetku podstaty. Hranice tohoto střetávání však nejsou jasně vymezeny. Zhruba od poloviny 90. let lze v doktrínách USA optikou kontinentálního právníka vypozorovat nárůst v míře prolínání soukromoprávních a veřejnoprávních prvků, který přináší zajímavé kolize.[7]

---

[3] Dostupné např. na http://www.law.cornell.edu/rules/frbp/ [20.11.2009]. Jednotlivé soudní obvody pak mají ještě svá zvláštní *local rules*, jejich znění je dostupné na stránkách jednotlivých soudů viz pozn. 2.

[4] Viz 28 U. S. C. § 151.

[5] Pro mapku federálních soudních obvodů a oblastí USA viz http://www.uscourts.gov/images/CircuitMap.pdf [dostupná ke dni 20.11.2009].

[6] Vzhledem k precedenčnímu charakteru judikatury považujeme za nutné velmi stručně nastínit vztahy vázanosti mezi insolvenčními soudy USA, který lze do jisté míry zobecnit. Ponechme stranou vztah mezi rozhodnutími insolvenčního soudu jako zvláštního oddělení obvodního soudu a rozhodnutími obvodního soudu v ostatních věcech. (Srov. Singerman, P. S., Avron, P., Of Precedents and Bankruptcy Courts Independence: Is a Bankruptcy Court Bound by a Decision of a Single District Court Judge in a Multi-Judge District? 22 Am. Bank. Inst. J. 1, 2003). S nutnou mírou zjednodušení lze charakterizovat vztah vázanosti mezi soudy takto: prvostupňová rozhodnutí *Bankruptcy Courts* mají závazný charakter v prvé řadě pro samotný soud a jeho budoucí soudní činnost, rozhodnutí *Bankruptcy* Courts v jedné oblasti nejsou závazná pro rozhodnutí *Bankruptcy Courts* v jiné soudní oblasti. Rozhodnutí oblastního *Court of Appeals či Bankruptcy Appellate Panel* jsou závazná pro soudy v rámci této soudní oblasti. Co se týče závaznosti rozhodnutí soudů mimo soudní oblast, rozhodnutí soudů vyšší instance lze v jiných soudních oblastech obecně považovat pouze za přesvědčivá (*presuasive)*. Id.

[7] Podrobněji k těmto přístupům v doktríně USA viz např. SCHWARTZ, A., A Contract Theory Approach to Business Bankrupcty. [1998] 107 Yale L.J. 1807. SCHWARTZ, A., Bankruptcy Contracting Reviewed. [1999] 109 Yale L.J. 343. RASMUSSEN, R. K., A New Approach to Transnational Insolvencies. [1997] 19 Mich. J. Int'l L. 1. RASMUSSEN, R. K., Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering. [2000] 98 Mich. L. Rev. 2252. LOPUCKI, L. M., Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz. [1999] 109 Yale L.J. 317. WESTBROOK, J. L., WARREN, E., Conctracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention. [2005] 118 Harv. L. Rev. 1197.

Tento trend je možné ilustrovat právě na střetávání principů insolvenčních a rozhodčích řízení (bez rozlišování hmotněprávních či procesněprávních účinků).

Účel a cíle insolvenčních a rozhodčích řízení se do značné míry liší a v podmínkách kontinentálního práva se vymezení jejich vztahu mnohdy omezuje na konstatování, že otázky týkající se insolvence nejsou arbitrabilní.[8] Rozhodčí řízení, resp. alternativní formy řešení sporů v podmínkách právního systému USA je naopak do značné míry favorizováno na základě tzv. *Federal Arbitration Act.*[9]

Ve svém rozhodutí *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987) Nejvyšší soud USA stanovil test, podle kterého postupuje v situaci, kdy je třeba zvážit střet principů *Federal Arbitration Act* a ostatních předpisů, tj. střet rozhodčí dohody uzavřené stranami a uplatnění nároku na základě zákonného ustanovení.

Soudy musí vždy zkoumat ustanovení samotného zákona, úmysl zákonodárce, a účel zákona s ohledem na jejich možný "neurovnatelný rozpor" s *Federal Arbitration Act*.[10] V oblasti insolvenčního práva se toto zkoumání v zásadě omezuje na vážení účelů *Bankruptcy Code* ve srovnání s účelem *Federal Arbitration Act*, jelikož samotná zákonná úprava insolvence ani příslušné důvodové zprávy neposkytují mnoho vodítek.[11]

V této souvislosti je nutné citovat dvě následná rozhodnutí *Appelate Courts* ve věci Hays & Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 885 F.2d 11 49 (3d Cir. 1989) a In re National Gypsum Co. 123 F.3d 861 (5th Cir. 1997), která přinesla zpřesnění interakce rozhodčích dohod a zákonných ustanovení *Bankruptcy Code*.

V rozhodnutí *Hays* soud dospěl k závěru, že rozhodčí řízení bude vždy upřednostněno v otázce tzv. *debtor-derived claims*. Správce podstaty má totiž taková práva a povinnosti, jako měl původně dlužník, a je tedy vázán rozhodčí dohodou, která původně vázala dlužníka.[12] Arbitrabilní jsou pak ty spory, které lze zároveň charakterizovat jako tzv. *non-core* s tím, že

---

[8] Lazic, V. Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors. vol 3.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 1999), http://www.ejcl.org/33/art33-2.html [20.11.2009].

[9] Federal Arbitration Act (1925) 9 U.S.C. § 1 an. viz http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode09/usc_sup_01_9.html [20.11.2009].

[10] *Shearson/American Express v. McMahon*, 482 U.S. 220, 227 (1987).

[11] In re Mintze, 434 F.3d 222, 231 (3d Cir. 2006).

[12] Hays & Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 885 F.2d 1149, 1153-1156 (3d Cir. 1989).

pozitivní definice tzv. *core claims* je demonstrativním výčtem obsažena v zákonné úpravě (*administration of the estate, allowance of claims against the estate, avoidance of preferences or fraudulent transfers, determination of the dischargeability of debts, priority of liens, confirmation of plans, and "other proceedings affecting the liquidation of the assets of the estate or the adjustment of the debtor-creditor or the equity security holder relationship.")*[13]. Spory "nesouvisející přímo s insolvenčním řízením" (*non-core*) jsou pak ty, které se netýkají přímo procesních postupů v insolvenčním řízení (a nikoli tedy ty, které spadají úplně mimo oblast insolvenčního práva).[14]

Na základě rozhodnutí *National Gypsum* lze tuto úvahu posunout dále a formulovat základní pravidlo, podle kterého všechny nároky odvozené od osoby dlužníka jsou arbitrabilní, zatímco ty vycházející ze zákonné úpravy či spojené s osobami věřitelů nikoli, ledaže by s jejich řešením v rozhodčím řízení strany souhlasily.[15] Většina soudů se tedy vyslovuje k otázkám arbitrability u rozhodčích dohod uzavřených dlužníkem před zahájením insolvenčního řízení. Zde je třeba poznamenat, že zatím stále chybí sjednocující rozhodnutí Nejvyššího soudu v této otázce.[16]

Insolvence a ADR

Vedle účinku insolvenčního řízení na rozhodčí dohody a jejich vzájemného střetávání však nelze opomenout ani problematiku přímého využívání alternativních metod řešení sporů v insolvenčních řízeních na základě stávající zákonné úpravy.

Právní základ pro taková řízení soudy tradičně nacházely buď v obecných principech s odkazem např. na místní procesní normy, či ustanovení Bankruptcy Code[17], pokud by tím nedocházelo k neoprávněnému zásahu do práv na spravedlivý proces, neodůvodněnému zatížení stran apod.[18] Konkrétní oporu v zákoně pak přinesla nová úprava v *Civil Justice Reform*

---

[13] Viz 28 U.S.C. §157(b)(2).

[14] Viz např. In re Statewide Realty Co., 159 B.R. 719 (Bankr. D. N. J. 1993), Pacor, Inc. v. Higgins, 743 F.2d 984, 994 (3d Cir. 1984).

[15] National Gypsum, 118 F.3d 1067-1069.

[16] Viz např. Biertsfeld, L., Parties to International Commercial Arbitration Agreements Beware: Bankruptcy Trumps Supreme Court Precedent Favoring Arbitration of International Disputes. J. Disp. Resol. 273 (2006).

[17] Zejména ustanovení 11 U.S.C. § 1104, 1106 a 105(d)(2) (1994).

[18] Podrobněji k tomu např. Lomax,L.A. Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: Rule 9019 and Bankruptcy Mediation Programs, 68 Am. Bankr. L. J. 55 an. (1994).

Act (1990)[19] a zejména v *Alternative Dispute Resolution Act* (1998).[20] Na základě této zákonné úpravy a judikatury soudy obecně postupují při využívání metod ADR v insolvenčních řízeních ad hoc, anebo využívají tzv. *court-annexed ADR programs.*[21] Využívání ADR je typické pro insolvenční řízení podle Kapitol 7 a 11 s poukazem na snížení nákladů a urychlení řízení.[22]

Reorganizační plán např. stanoví využití ADR pro stanovení postupu při zpeněžování podstaty. K tomuto určení alternativně dochází ještě před sestavením reorganizačního plánu (zejména pro urychlení řešení sporů, které mají společný právní či skutkový základ a týkají se velkého množství subjektů). Soudy takové plány bez problému schvalují, pokud jsou založené na dohodě stran.[23]

K ADR je však přistupováno nejen na základě vzájemné dohody stran, ale i rozhodnutím soudu či na návrh strany, které svědčí právní zájem (včetně správce podstaty). Poněkud paradoxně zde tudíž dochází k situaci, kdy lze nařídit povinné řešení sporu tímto způsobem, avšak povaha těchto řízení zůstává nezávazná.[24]

Bylo by možné namítat, že povinná mediace je v zásadě oxymoron, stejně tak jako mediace prováděná soudci (*settlement judges*, *examiners*[25]). Toto vnitřní napětí je díky zákonné úpravě zmíněné výše obecně příznačné pro

---

[19] Viz 28 U.S.C. § 473. Podrobněji k vývoji např. Young, D. B., Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy. PLI Order Number 5989, 2005.

[20] Viz 28 U.S.C. § 651 a zejména tuto část: *"Each United States district court shall authorize, by local rule adopted under section 2071(a), the use of alternative dispute resolution processes in all civil actions, including adversary proceedings in bankruptcy, in accordance with this chapter, except that the use of arbitration may be authorized only as provided in section 654. Each United States district court shall devise and implement its own alternative dispute resolution program, by local rule adopted under section 2071(a), to encourage and promote the use of alternative dispute resolution in its district."*

[21] Mabbey, R., Tabb, CH., Expanding the Reach of of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy, The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR. S.C. L. Rev. 1266.

[22] Blíže k tomu např. Wilk, M., Zafar, R., Mediation of a Bankruptcy Case, 2003 Am. Bankr. Inst. J. 12. Typicky v situaci, kdy by dlužník byl subjektem velkého množství sporů vztahujících se k *torts a personal injuries*, či v zájmu rychlého dosažení dohody ohledně reorganizačního plánu. Id. 59-60.

[23] Mabbey, R., Tabb, CH., Expanding the Reach of of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy, The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR. S.C. L. Rev. 1266, 1267.

[24] Id., 1281.

[25] Blíže viz id., 1270-1273.

oblast soukromoprávní, ale projevuje se i v hraničních oblastech insolvenčního či pracovního práva v úpravě USA.[26] Stalo se proto předmětem mnohých komentářů, které se však do jisté míry točí v bludném kruhu tradičního pojetí ADR jako dobrovolného prostředku a nalézání odůvodnění pro jeho povinné využití v jinak soudních řízeních s odkazy na procesní ekonomii, úspory v nákladech či rychlost rozhodování.[27]

Závěrem

Tento komentář lze uzavřít s tím, že rozšířené používání ADR je mnohdy spíše "politickým" rozhodnutím vycházejícím ze specifik právní kultury USA. V okamžiku, kdy je součástí uceleného systému beroucí v potaz záruky procesní spravedlnosti (i když na tomto místě vnímané kontinentálně právním pohledem), lze ho jen s obtížemi podrobit kritice zatížené odlišným chápáním role a principů ADR spojeným s tou kterou právní kulturou. Současně však lze logicky vyslovit pochyby nad přenositelností zkušenosti s ADR v USA do jiných právních systémů.

Literature:

- Dunham, K. F., Is Mediation the New Equity? 31 Am. J. Trial Advoc. 87, 2007.
- Mabbey, R., Tabb, CH.: Expanding the Reach of of Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy, The Legal and Practical Bases for the Use of Mediation and the Other Forms of ADR. S.C. L. Rev. 1257.
- Lomax,L.A. Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy: Rule 9019 and Bankruptcy Mediation Programs, 68 Am. Bankr. L. J. 55
- Biertsfeld, L., Parties to International Commercial Arbitration Agreements Beware: Bankruptcy Trumps Supreme Court Precedent Favoring Arbitration of International Disputes. J. Disp. Resol. 273
- Lazic, V. Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors. vol 3.3 ELECTRONIC JOURNAL OF COMPARATIVE LAW, (December 1999).

[26] Viz např. Dunham, K. F., Is Mediation the New Equity? 31 Am. J. Trial Advoc. 87, 2007.

[27] Id. Srov. např. i Mediation in Bankruptcy. The Federal Judicial Centre Survey of Mediation Participants (1998). Dostupný na http://www.fjc.gov/public/pdf.nsf/lookup/bankrmed.pdf/$file/bankrmed.pdf [20.11.2009].

- Wilk, M., Zafar, R., Mediation of a Bankruptcy Case, 2003 Am. Bankr. Inst. J. 12.
- Schwartz, A., A Contract Theory Approach to Business Bankrupcty. [1998] 107 Yale L.J. 1807.
- Schwartz, A., Bankruptcy Contracting Reviewed. [1999] 109 Yale L.J. 343.
- Rasmussen, R. K., A New Approach to Transnational Insolvencies. [1997] 19 Mich. J. Int'l L. 1.
- Rasmussen, R. K., Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering. [2000] 98 Mich. L. Rev. 2252.
- LoPucki, L. M., Contract Bankruptcy: A Reply to Alan Schwartz. [1999] 109 Yale L.J. 317.
- Young, D. B., Alternative Dispute Resolution in Bankruptcy. PLI Order Number 5989, 2005.
- Westbrook, J. L., Warren, E., Conctracting out of Bankruptcy: An Empirical Intervention. [2005] 118 Harv. L. Rev. 1197.
- Mediation in Bankruptcy. The Federal Judicial Centre Survey of Mediation Participants (1998).
- In re Statewide Realty Co., 159 B.R. 719 (Bankr. D. N. J. 1993),
- Pacor, Inc. v. Higgins, 743 F.2d 984, 994 (3d Cir. 1984).
- Hays & Co. v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 885 F.2d 1149, 1153-1156 (3d Cir. 1989).
- In re National Gypsum Co. 123 F.3d 861 (5th Cir. 1997),
- In re Mintze, 434 F.3d 222, 231 (3d Cir. 2006).
- Shearson/American Express v. McMahon, 482 U.S. 220, 227 (1987)
- Federal Arbitration Act (1925) 9 U.S.C. § 1 an.
- Bankrupcty Code (1978) 11 U.S.C. § 1 an.

Internetové stránky:

- http://www.fjc.gov

- http://www.law.cornell.edu
- http://www.westlaw.com
- http://www.uscourts.gov/

Contact – email
petra.novotna@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NEKALÁ ROZHODČÍ DOLOŽKA V ČESKÉM PRÁVU

ZDENĚK NOVÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá zneužíváním rozhodčích doložek, jimiž podnikatelé v adhézních smlouvách nominují rozhodce ad hoc nebo tzv. rozhodčí centra k rozhodování budoucích sporů ze spotřebitelské smlouvy. Spotřebitel tímto ztrácí právo na přístup k obecnému soudu a nezávislému soudci, aniž by vyjádřil reálný informovaný souhlas s projednáním sporu v rozhodčím řízení. Tato přetrvávající praxe je v rozporu jak s právem na spravedlivé řízení, tak s komunitárním právem. Příspěvek proto nabízí možná řešení, která by měla zabránit zneužívání rozhodčích doložek.

Key words in original language
Smlouva, podnikatel; spotřebitel; nekalé ujednání; rozhodčí doložka; rozhodčí řízení; komunitární právo.

Abstract
Czech law suffers from a disease. Standard form contracts proffered by businesses include arbitration clauses which confer the jurisdiction over future disputes arising from these contracts upon arbitrators ad hoc or so called arbitration centres. Consumers are thus ousted from their natural judge in the place of their domicile and forced to submit the dispute to the arbitrator unilaterally appointed by the business. This is arguably contrary not only to the right to a fair trial, but also to the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts. This paper aims to offer a cure for aforesaid disease.

Key words
Arbitration; arbitration clause business; consumer; unfair term; Community law.

1. ÚVOD

„Mnou přichází se v říši zatracenců“, zní slavný Dantův verš, jenž měl stát nad branou Pekla.[1] Podobně by mohly být nadepsány i rozhodčí doložky ve spotřebitelských smlouvách.

Příspěvek poukazuje na stále přetrvávající praxi, kdy někteří čeští podnikatelé pověřují k rozhodnutí budoucích sporů v obchodních

[1] Dante Alighieri. *Božská komedie*. Přeložil O. F. Babler. Praha: Státní nakladatelství krásné literatury, hudby a umění, 1958, Peklo, I, zpěv třetí.

podmínkách, jež jsou součástí spotřebitelských smluv, konkrétní rozhodce nebo tzv. rozhodčí centra.[2]

Mezi podnikateli a rozhodci existuje prakticky obchodní vztah. Podnikatelé rozhodcům totiž „přinášejí" spory k rozhodnutí a na oplátku rozhodci rozhodují v jejich prospěch. Rozhodci jsou tedy do značné míry ekonomicky závislí na podnikatelích, kteří ve spotřebitelských sporech opakovaně vystupují, a mají tak ekonomický zájem na výsledku sporu ve prospěch podnikatele, což je plně v rozporu s definicí nezávislosti rozhodce.[3] Podpisem adhezní smlouvy obsahující rozhodčí doložku ztrácí spotřebitel právo na projednání a rozhodnutí věci nezávislým a nestranným orgánem, které mu zaručuje jak Listina základních práv a svobod, tak Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod.[4]

Podnikatelé navíc dobře vědí, že by s některými nároky z jimi předkládaných smluv neuspěli u obecných soudů, protože odporují kogentním normám českého práva.[5] Rozhodce totiž často aplikaci kogentních norem „opomene". Někdy mu k tomu nahrává skutečnost, že obchodní podmínky v některých případech obsahují ustanovení umožňující rozhodovat budoucí spory ze smlouvy podle zásad spravedlnosti, což umožňuje rozhodování mimo oblast práva, tj. v podmínkách českého práva na základě „subjektivního cítění spravedlnosti" rozhodce ve smyslu §25

---

[2] V tomto příspěvku se nevěnujeme problematice rozhodčích center jako takových. Nicméně jsme toho názoru, že rozhodčí centrum nelze považovat ani za rozhodce ad hoc ani za rozhodčí soud, kdy první jmenovaný musí být fyzická osoba (§4 odst. 1 ZRŘ) a druhý zase zřízen zákonem (§13 ZRŘ). Ani jednu z těchto charakteristik tzv. rozhodčí centrum nesplňuje a *tertium non datur*. Rozhodčí doložka ve prospěch rozhodčího centra nebo sdružení rozhodců (pojmenování jsou různá, podstata je však stejná) je absolutně neplatná (§39 OZ). Srov. v podobném duchu vyznívající rozhodnutí VS v Praze 12 Cmo 496/2008-28 ze dne 28. května 2009. Za poskytnutí tohoto rozhodnutí děkuji Doc. JUDr. Josefu Kotáskovi, Ph.D.

[3] Srov. Lew, J. D.M. , Mistelis, L. A. , Kröll, S. M. *Comparative International Arbitration*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003, s. 262, marg. číslo 11-21: „*Lack of independence is obvious where the arbitrator has a financial or other interest in the outcome of a case*." Srov. také Racine, J. B., Siiriainen, F. Droit du commerce international. Paris: Dalloz, 2007, s. 390-391: „*Il ne doit pas exister de liens matériels et intellectuels avec l'une des parties de nature à affecter le jugement de l'arbitre*."

[4] Srov. čl. 36(1) Listiny základních práv a svobod a čl. 6 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (publikována jako Sdělení FMZV č. 209/1992 Sb., o Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod ve znění protokolů 3, 5 a 8): „Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem[…]." Srov. rovněž Stanovisko GA Tizzana přednesené dne 27. dubna 2006 ve věci C-168/05 Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL [2006] ECR I-10421, body 57-59.

[5] Typicky ujednání upravující hmotněprávní fikci doručení nebo ustanovení, která jsou natolik matoucí, že by je obecný soud dozajista shledal neurčitými ve smyslu § 37 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, v platném znění.

odst. 3 zákona č. 216/1994 Sb., O rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů, v platném znění ("ZRŘ").[6]

Příspěvek zdůrazňuje, že rozhodčí řízení bylo, je a má být doménou (mezinárodních) obchodních sporů. Jeho základním pilířem je rozhodčí smlouva, která je projevem svobodné vůle stran. Slabší pozice spotřebitelů jako smluvních stran vyplývá ze skutečnosti, že nemohou vyjednávat o jednotlivých ujednáních smlouvy včetně rozhodčí doložky. Adhézní smlouva tak nevzniká klasickým konsensuálním způsobem, ale na *take-it-or-leave-it* bázi.[7] Oproti podnikatelům mají spotřebitelé značný informační deficit a pochopitelně rozdílnou vyjednávací pozici.[8]

Zatímco rozhodčí doložky jsou pravidelnou součástí mnoha obchodních smluv a podnikatelé v principu rozumějí a jako profesionálové mají rozumět jejich právním následkům, spotřebitelé takovými znalostmi a zkušenostmi nedisponují. Rozhodčí řízení je proto nevhodným a zneužitelným způsobem řešení spotřebitelských sporů. Český zákonodárce tím, že toleruje používání nekalých rozhodčích doložek ve spotřebitelských smlouvách, porušuje komunitární právo (viz další výklad).

Již v roce 2001 Česká republika provedla *transpozici* Směrnice 93/13/EEC o nekalých ujednáních ve spotřebitelských smlouvách (dále „Směrnice").[9] Leč její *implementace* stále chybí.[10] Cílem Směrnice je, aby spotřebitel,

---

[6]Pojem „subjektivní cítění spravedlnosti" čerpáme z Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2., aktualizované a rozšířené vydání*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 239. Srov. také Růžička, K. *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, s. 115-116. Jinak je potřeba říci, že rozhodování spotřebitelských sporů dle zásad spravedlnosti není a priori nikterak závadné. Ba naopak, toto rozhodování by mohlo spotřebiteli prospět proti důsledkům nepřiměřených ujednání. Nicméně pak by zde musel být rozhodce, který bude navzdory své nominaci podnikatelem v obchodních podmínkách, rozhodovat nezávisle. A tady je, alespoň pokud se České republiky týká, zakopán pověstný pes.

[7]Srov. Hatzis, A. N. *An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts*. In Collins, H. (ed.) Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, s. 43-44.

[8] Srov. Zdenek Novy (2009) *Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law*, Global Jurist: Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 1. Dostupný z: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art1> , s. 3 a tam citovanou literaturu.

[9] Směrnice Rady 93/13/EHS ze dne 5.dubna 1993 o nepřiměřených podmínkách ve spotřebitelských smlouvách. Ačkoliv oficiální český text Směrnice hovoří o nepřiměřených podmínkách, používáme v dalším textu pojmu „nekalá ujednání", což dle našeho názoru lépe odpovídá anglickému „*unfair terms*" nebo francouzskému „*clauses abusives*", kdy stejně jako tyto pojmy vyjadřuje morální hodnocení.

[10] Srov. Zdenek Novy (2009) *Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law*, Global Jurist: Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 1.

který nemá možnost vyjednávat o adhezní smlouvě, nebyl vázán některými ujednáními, které v rozporu s dobrou vírou způsobují značnou nerovnováhu v právech a povinnostech smluvních stran v neprospěch spotřebitele. Mezi tato ujednání dle Směrnice patří také nekalá rozhodčí doložka (viz další výklad).

Tento příspěvek se zabývá vlivem komunitární právní ochrany spotřebitele před nekalými smluvními ujednáními na rozhodčí řízení v České republice a snaží se nabídnout některé možnosti obrany spotřebitelům tak, aby jejich spor s podnikatelem nebyl řešen před rozhodcem nominovaným druhým jmenovaným v obchodních podmínkách.

2. SMĚRNICE A ROZHODČÍ DOLOŽKA

Komunitární právní úprava ochrany spotřebitele před nekalými smluvními ujednáními má svůj původ již v 70. letech 20. století.[11] Své legislativní vyjádření však nalézá až ve Směrnici.

Cílem Směrnice je chránit spotřebitele, který má slabší vyjednávací pozici a podstatný informační deficit v porovnání s podnikatelem. Dále má Směrnice zamezit zneužití obchodních podmínek ze strany podnikatelů.[12] Směrnice se vztahuje pouze na ujednání, která nebyla individuálně sjednána, tj. zejména ta, která jsou obsažena v obchodních podmínkách. Směrnice představuje tzv. minimální harmonizaci, členské státy tedy mohou přijmout právní předpisy, které poskytují spotřebiteli vyšší standard ochrany než Směrnice.[13]

Příklady těchto ujednání jsou obsaženy v nezávazném a indikativním seznamu, který je přílohou Směrnice.[14] Nicméně tento seznam není redundantní či dokonce bezvýznamný, protože má sloužit soudcům, rozhodcům i spotřebitelům jako návod pro posuzování, která ujednání mohou být nekalá.

V příloze ke Směrnici nalézáme i ujednání, jehož následkem je:

Dostupný z: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art1>, s. 19 et seq. a tam citovanou literaturu.

[11] Srov. *ex multis* Nebbia, P. *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2007, s. 7 et seq.

[12] Srov. preambuli Směrnice.

[13] Srov. Nebbia, P. Op. cit. sub 11, s. 7. Srov. také Reich, N. *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2003, s. 267.

[14] Srov. rozsudek Soudního dvora ve věci C-478/99 *Komise ES v. Švědsko* [2002] ECR I-04147, bod 20.

„*zbavení spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný opravný prostředek, zejména požadovat na spotřebiteli, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů…*“

Tvůrci Směrnice si tedy byli vědomi existence ujednání, která mohou znemožnit spotřebiteli přístup k soudu svého bydliště jakožto jeho přirozenému soudu. Do této kategorie mimo dohody o místní příslušnosti spadá také rozhodčí doložka.[15]

Pojem „rozhodčí soud, na který se „nevztahují ustanovení právních předpisů“ lze potom chápat tak, že může být vyžadováno na spotřebiteli, aby předložil spor specifickému rozhodčímu soudu, který je určen k řešení spotřebitelských sporů vnitrostátním právem, aniž by toto bylo v rozporu se Směrnicí.[16]

Klíčovým ustanovením pro posuzování nekalosti smluvních ujednání je čl. 3 Směrnice, když stanoví, že:

„*Smluvní ujednání, které nebylo individuálně sjednáno, je považováno za nekalé, jestliže v rozporu s požadavkem dobré víry způsobuje značnou nerovnováhu mezi právy a povinnostmi stran vyplývajícími ze smlouvy v neprospěch spotřebitele*.“

Mezi další důležitá ustanovení Směrnice pak patří zejména čl. 6, který přikazuje členským státům, aby zajistily, že spotřebitel nebude nekalými smluvními ujednáními vázán.[17]

Čl. 7 Směrnice pak zavazuje členské státy, aby učinily veškerá opatření k zamezení dalšího používání nekalých ujednání podnikateli ve svých obchodních podmínkách.

---

[15] Srov. Stuyck, J. *Unfair Terms*. In Howells, G., Schulze, R.(ed.) Modernising and Harmonising Consumer Contract Law. München: Sellier. European Law Publishers, 2009, s. 122.

[16] Systém speciálních rozhodčích soudů pro spotřebitelské spory (*Sistema Arbitral de Consumo*) existuje např. ve Španělsku. Srov. Cafaggi, F, Micklitz, H.-W. *Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*. European University Institute. Working Papers. Law. No. 2007/22 s.12.

[17] Srov. Cafaggi, F. *Self-Regulation in European Contract Law*. In Collins, H. (ed.) Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, s. 112.

3. POSUZOVÁNÍ NEKALOSTI ROZHODČÍCH DOLOŽEK V ČESKÉM PRÁVU

Český soudce musí posuzovat nekalost smluvního ujednání podle § 56 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., Občanský zákoník, v platném znění (dále „OZ"), který má prakticky totožný text s čl. 3 Směrnice.

Ustanovení § 56 odst. 3 OZ pak provádí transpozici seznamu nekalých ujednání ze Směrnice. Vyjmenovává tedy demonstrativně nekalá smluvní ujednání.[18] Ustanovení § 56 odst. 3 OZ však nezmiňuje, na rozdíl od výše zmíněného seznamu v příloze Směrnice, rozhodčí doložku.[19]

Toto opominutí českého zákonodárce je poněkud nešťastné, neboť nedává soudům indicii, že rozhodčí doložka může být nekalým smluvním ujednáním. Na druhou stranu výčet nekalých smluvních ujednání v §56 odst. 3 OZ je pouze demonstrativní, proto může soud shledat, že rozhodčí doložka je nekalá i bez jejího uvedení v tomto seznamu.

Navzdory absenci rozhodčí doložky v § 56 odst. 3 OZ, je dobrý důvod se domnívat, že rozhodčí doložka je jedním z nejnebezpečnějších nekalých ujednání. Zatímco spotřebitel je obvykle schopen posoudit jako nekalé ujednání o smluvní pokutě, která čtyřnásobně převyšuje výši půjčky, nekalost rozhodčí doložky není tak snadno odhalitelná. Rozhodčí doložka má totiž na rozdíl od jiných nekalých ujednání specifické a spotřebitelem sotva předvídatelné právní důsledky.[20]

Nekalost rozhodčí doložky spočívá zejména v tom, že:

---

[18] Srov. i s ohledem na připravovaný občanský zákoník Tomančáková, B. *Smlouvy uzavírané se spotřebitelem v návrhu občanského zákoníku*, Právní fórum, 2009, č. 9, s. 370.

[19] Nový občanský zákoník by měl již obsahovat ve zmíněném výčtu i ujednání, které nutí spotřebitele uplatnit právo výlučně u rozhodčího soudu či rozhodce. Srov. op. cit. v předchozí pozn., s. 371.

Slovenské právo oproti českému již nyní výslovně uvádí rozhodčí doložku mezi nekalými ujednáními (§53 odst. 4 Občianského zákonníku). Srov. Duláková Jakubenková, D. *Spotrebitel'ská zmluva v Slovenskom občianskom zákonníku*. In Burda, E. (ed.) Míl'niky práva v stredoeurópskom prostore 2008: zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3.- 5. 4. 2008 v prostoroch ÚZ NR SR Častá-Papiernička. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, 2008, s. 92

[20] Pokud se týká analogické dohody o místní příslušnosti, tak např. švýcarský soud shledal, že dohoda o příslušnosti soudu v místě domicilu obsažená v obchodních podmínkách je „neobvyklým" ujednáním a nezavazuje osobu nejednající v rámci obchodní činnosti, která neměla rozumný důvod toto ujednání očekávat. Srov. Zweigert, K., Kötz, H. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 338.

- je spotřebiteli odebrána možnost hájit se před svým přirozeným soudem, tj. soudem v místě svého bydliště,

- spotřebitel ztrácí právo na projednání věci nezávislým orgánem,

- spotřebitel je odrazován od bránění svých práv výší nákladů spojených s řízením před rozhodcem s místem podnikání (resp. sídlem u tzv. rozhodčích center) mimo jeho bydliště, pokud se o tomto místě (sídle) vůbec dozví,

- rozhodčí doložka vychyluje nepřiměřeně smluvní rovnováhu, neboť poskytuje podnikateli značnou procesní výhodu oproti spotřebiteli tím, že první jmenovaný nominuje rozhodce, zná specifika průběhu řízení před rozhodcem, má vědomost o výši nákladů rozhodčího řízení a právních následcích vydání rozhodčího nálezu,

- není zajištěna aplikace kogentních norem obecně a těch, které jsou určeny na ochranu spotřebitele zvláště, a to buď z důvodu „opomenutí“ rozhodce, anebo kvůli tomu, že v obchodních podmínkách bylo stanoveno rozhodování podle zásad spravedlnosti.

4. POSUZOVÁNÍ NEKALOSTI ROZHODČÍCH DOLOŽEK A POZICE SOUDNÍHO DVORA

Soudní dvůr zásadně nechává posouzení nekalosti smluvního ujednání na národním soudu, který je k tomu vybaven znalostí skutkových a právních okolností případu.[21] Obecně vzato proto nejsou všechny rozhodčí doložky *a priori* nekalé. Je na národním soudu, aby zvážil všechny okolnosti případu a následně rozhodl, zda je rozhodčí doložka nekalá čili nic. Musí tak ovšem učinit *ex officio*, tzn., že spotřebitel nemusí soudu navrhnout, že dané ujednání je nekalé.[22]

Soudní dvůr však učinil výjimku k pravidlu, že je na národním soudu, aby posoudil nekalost ujednání, v rozhodnutí *Océano*.[23] V této věci šlo o prodej

---

[21] Srov. čl. 4 odst. 2 Směrnice a rozsudek Soudního dvora ve věci C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG v Ludger Hofstetter a Ulrike Hofstetter* [2004] ECR I-3403, body 21-22.

[22] Srov. Zdenek Novy (2009*) Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law*, Global Jurist: Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 1. Dostupný z: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art1> , s. 9 et seq.

[23] Rozhodnutí Soudní dvora ve spojených věcech C-240/98 to C-244/98 *Océano Grupo Editorial SA and Rocío Murciano Quintero and between Salvat Editores SA and José M. Sánchez Alcón Prades and others* [2000] ECR I-4941.

encyklopedií spotřebitelům. Ve spotřebitelské smlouvě byla dohoda o příslušnosti soudu v místě sídla podnikatelů. Soudní dvůr v této věci rozhodl, že ujednání o místní příslušnosti soudu mimo bydliště spotřebitele je nekalým ve smyslu Směrnice.[24] Přenesení rozhodování k soudu sídla podnikatele vyvolává dle Soudního dvora značnou nerovnováhu mezi právy a povinnostmi smluvních stran v neprospěch spotřebitele a odrazuje jej od uplatňování jeho práv, neboť je nucen vynaložit značné náklady na soudní spor mimo jeho bydliště.[25]

Toto rozhodnutí je možno použít jako vodítko pro české soudy pro posuzování nekalosti rozhodčí doložky. Dohoda o místní příslušnosti má srovnatelné právní účinky jako rozhodčí doložka; obě totiž přenášejí rozhodování sporu k tomu orgánu (osobě), u nějž se budou spotřebiteli práva uplatňovat obtížněji než u soudu svého bydliště.[26]

Jestliže tedy smluvní ujednání o příslušnosti soudu v sídle podnikatele bylo shledáno Soudním dvorem jako nekalé, pak analogicky je třeba za nekalé ujednání považovat rozhodčí doložku ve prospěch rozhodce nominovaného podnikatelem na základě rozhodčí doložky obsažené v obchodních podmínkách.[27]

5. KOMPARATIVNÍ EXKURZ K ROZHODČÍM DOLOŽKÁM VE SPOTŘEBITELSKÝCH SMLOUVÁCH

Jako vodítko pro české soudy při posuzování nekalosti rozhodčích doložek mohou sloužit právní úpravy v jiných členských státech.

---

[24] Srov. Weatherill, S. *An Ever Tighter Grip: the European Court's Pro-Consumer Interpretation of the EC's Directives Affecting Contract Law*. In Andenas, M.-Alabart, S.D., Markesinis, B., Micklitz, H., Pasquini, N.(eds.) Private Law Beyond the National Systems. Liber Amicorum Guido Alpa. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007, s. 1047. Tento autor však vyjadřuje poměrně kritický postoj k pro-spotřebitelskému přístupu v oblasti nekalých smluvních ujednání.

[25] Océano, body 22-23.

[26] Srov. Mourre, A. *Cour de Justice des Communautés européennes. Arrêt Elisa Maria Mostaza Claro [26 octobre 2006]*. Journal du droit international, 2007, 134, s. 586: *[…]la clause d'arbitrage, tout comme la clause de prorogation de for, a pour objet de soustraire le litige au juge naturel du consommateur qu'st le juge de son domicile […]*.

[27] Srov. Reich, N. *More clarity after 'Claro'? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as 'deni de justice'?* (2007) 1 European Review of Contract Law, 2007, 1, s. 54. Srov. rovněž Research Group on the Existing EC Contract Law (Acquis Group), *Principles of existing EC Contract Law: Contract I. Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*. München: Sellier, 2007, komentář k čl. 6:304, marg. číslo 5.

Čl. 2061 francouzského *Code Civil* stanoví, že „s výhradou zvláštních právních ustanovení, je rozhodčí doložka platná ve smlouvách uzavřených v rámci profesionální činnosti." *A contrario* tedy není platná rozhodčí doložka uzavřená mimo profesionální činnost.[28] Toto ustanovení tedy vylučuje arbitrabilitu (vnitrostátních) spotřebitelských sporů.

Německá právní úprava zase klade požadavek, aby byla rozhodčí doložka sjednána ve zvláštní formě tak, že rozhodčí smlouva uzavřená mezi podnikatelem a spotřebitelem musí být obsažena ve zvláštním dokumentu, nikoliv tedy jako součást obchodních podmínek.[29] Předpokládá se tedy, že svým podpisem spotřebitel potvrzuje, že je srozuměn s obsahem a právními následky rozhodčí smlouvy.

Anglické právo přistupuje k nekalosti rozhodčích doložek rozdílným způsobem oproti právu francouzskému i německému. Podle *Arbitration Act* z roku 1996 nebyly připuštěny rozhodčí doložky dotýkající se spotřebitelských sporů pro částku menší než £5000.[30]

V Dánsku jakožto zástupci skandinávských právních systémů pak můžeme nalézt speciální kolektivní orgány složené ze zástupců sdružení podnikatelů a spotřebitelů, na něž se mohou spotřebitelé kdykoliv obrátit se svými nároky, a to i po zahájení rozhodčího řízení.[31] Rozhodčí řízení musí být následně přerušeno až do rozhodnutí tohoto kolektivního orgánu.[32]

Tento komparativní exkurz ukazuje, že přístupy k rozhodčím doložkám ve spotřebitelských smlouvách se různí.[33] Nicméně je zřejmé, že všechny zmíněné právní řády reagují na existenci nekalých rozhodčích doložek a

---

[28] Srov. Cafaggi, F., Micklitz, H.-W. *Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*. EUI Working Papers. Law. No. 2007/22, s. 12.

[29] Srov. §1031 (5) německého ZPO. Srov. Reich, N. *More Clarity after 'Claro'*, s. 45-46. Podobně § 617 (2) rakouského ZPO a dále italská úprava v čl. 1341 odst. 2 *Codice Civile*.

[30] Konkrétně tedy rozhodčí doložky týkající se sporu pod hranici £5000 jsou *vždy* nekalé. Rozhodčí doložky týkající se sporů nad tuto částku *mohou* být nekalé. Srov. sec. 91 *Arbitration Act 1996* a dále písm. q) indikativního a demonstrativního seznamu nekalých ujednání v *The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation* 1999 (S.I. no. 2083) ve spojení s body 13.6, 17.1-17.3 *Unfair Contract Terms Guidance* vydaný Office of Fair Trading. Dostupný z: <http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/unfair_contract_terms/oft311.pdf>

[31] Srov. Reich, N. *More Clarity after 'Claro'*, s. 48; Cafaggi, F., Micklitz, H.-W. Op. cit. v pozn. 28, s. 12.

[32] Reich, N. *More Clarity after 'Claro'*, s. 48-49

[33] Pro evropské i mimoevrospké přístupy ke spotřebitelské problematice v rozhodčím řízení srov. *ex multis* Born, G. B. *International Commercial Arbitration*. *Volume I*. Austin: Wolters Kluwer, 2009, s. 825 et seq.

každý po svém způsobu se s nimi vypořádávají. České zákonodárce by se mohl inspirovat těmito přístupy při legislativním zakotvení ochrany spotřebitele před nekalými smluvními ujednáními.

6. VLIV NEKALÉ ROZHODČÍ DOLOŽKY NA ZRUŠENÍ ROZHODČÍHO NÁLEZU

Vlivem nekalosti rozhodčí doložky na zrušení rozhodčího nálezu se zabýval Soudní dvůr ve věci *Claro v Móvil*.[34] Paní Claro (dále též „žalovaná“) uzavřela smlouvu, jejímž předmětem byly mobilní telekomunikační služby. Smlouva obsahovala rozhodčí doložku, podle níž měly být všechny spory vzniklé ze smlouvy řešeny *Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* (dále jen „AEDE“).

Paní Claro následně nedodržela smluvní podmínky. Móvil jí poskytla 10 dní na odmítnutí projednání věci v rozhodčím řízení. Žalovaná předložila argumenty k meritu sporu, ale neodmítla rozhodčí řízení a ani nenamítala nekalost rozhodčí doložky. Rozhodce AEDE následně vydal rozhodčí nález v její neprospěch.

Paní Claro se obrátila na *Audiencia Provincial de Madrid* (Dále „Audiencia Provincial“) s návrhem na zrušení rozhodčího nálezu, když tvrdila, že rozhodčí doložka, na základě níž proběhlo rozhodčí řízení, byla nekalá a tedy neplatná. *Audiencia Provincial* následně shledal, že rozhodčí doložka je nekalá, a proto neplatná. Poté přerušil řízení a předložil Soudnímu dvoru předběžnou otázku ve smyslu, zda Směrnice vyžaduje, aby zrušil rozhodčí nález, pokud je rozhodčí doložka nekalým smluvním ujednáním, ačkoliv námitka neplatnosti (nekalosti) rozhodčí doložky nebyla vznesena v průběhu rozhodčího řízení, ale až v řízení o zrušení rozhodčího nálezu.

Soudní dvůr na tuto otázku odpověděl, že Směrnice musí být vykládána tak, že soud, u nějž je podána žaloba na zrušení rozhodčího nálezu, musí určit, zda je rozhodčí doložka neplatná a zrušit rozhodčí nález, pokud je rozhodčí doložka nekalým smluvním ujednáním, ačkoliv tato skutečnost nebyla tvrzena spotřebitelem v průběhu rozhodčího řízení, ale až v řízení o zrušení rozhodčího nálezu.

Motivům[35] tohoto rozhodnutí jsme se věnovali už jinde, proto se na tomto místě omezíme na vliv tohoto *dicta* Soudního dvora na české rozhodčí řízení.

---

[34] Rozsudek Soudního dvora ve věci C-168/05 *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL* [2006] ECR I-10421.

[35] Zdenek Novy (2009) *Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law*, Global Jurist: Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 1. Dostupný z: <http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art1>, s. 9 et seq.

V českém právním řádu jsou důvody pro zrušení rozhodčího nálezu uvedeny taxativně v §31 ZRŘ.

Rozhodčí nález v neprospěch spotřebitele vydaný v řízení, které bylo zahájeno na základě nekalé rozhodčí doložky, lze podle našeho názoru zrušit podle § 31 písm. b) ZRŘ. Toto ustanovení zakotvuje, že soud na návrh strany rozhodčí nález zruší, jestliže je rozhodčí smlouva z jiných důvodů (než nedostatku arbitrability) neplatná.

Budeme-li toto ustanovení interpretovat ve světle rozhodnutí *Claro v Móvil*, pak tento zrušovací důvod dopadá i na situaci, kdy byl rozhodčí nález vydán v rozhodčím řízení zahájeném na základě rozhodčí doložky, která je nekalým smluvním ujednáním. Podle řečeného rozhodnutí musí český soud posoudit nekalost, tedy i neplatnost smluvního ujednání *ex officio*[36] jako otázku předběžnou k samotnému zrušení rozhodčího nálezu.

Ustanovení § 31 písm. b) je však nutno číst společně s § 33 ZRŘ, který zakotvuje, že „soud zamítne návrh na zrušení rozhodčího nálezu, který se opírá o důvody § 31 písm. b) nebo c), jestliže strana, která se domáhá zrušení rozhodčího nálezu, neuplatnila, ač mohla, takový důvod v rozhodčím řízení nejpozději, než začala jednat ve věci samé."

Ustanovení §33 ZRŘ vlastně zavádí fikci, že strana, která neuplatnila námitku neplatnosti rozhodčí smlouvy, s ní tiše souhlasila. Účelem tohoto ustanovení je zabránit situaci, kdy si strana nechává námitku neplatnosti rozhodčí smlouvy jako „eso v rukávu" až do fáze zrušení rozhodčího nálezu.[37] Toto ale nemůže platit u spotřebitelů, kteří nejsou natolik informováni, aby uplatňovali jakékoliv procesní strategie v rozhodčím řízení.

Ustanovení §33 ZRŘ odporuje čl. 6 Směrnice a rozhodnutí *Claro v Móvil*, neboť nutí spotřebitele, aby uplatnil nekalost rozhodčí doložky nejpozději, než začne jednat ve věci samé. Tímto pochopitelně nemůže být zajištěno, že spotřebitel nebude vázán nekalou rozhodčí doložkou, ba naopak ještě více to fortifikuje její protiprávní důsledky.

Navzdory tomu, že §33 ZRŘ je ve zřejmém rozporu s čl. 6 Směrnice a rozhodnutím *Claro v Móvil*, je potřeba se pokusit jej vyložit v souladu s komunitárním právem.

---

[36] Posuzování nekalosti smluvních ujednání *ex officio* je pevně zakotveno v linii případů od Océano, rozsudek Soudního dvora ve věci C-473/00 *Cofidis v Jean-Louis Fredout* [2002] ECR I-10875, *Claro v Móvil*, *Asturcom v Nogueira* (viz dále v textu) až po rozsudek Soudního dvora ve věci C-243/08 *Pannon GSM Zrt. V Erzsébet Sustiké Györfi* [2009] nyr.

[37] Srov. Rozehnalová, N. Op. cit. v pozn. 6, s. 303.

Podle našeho názoru lze dosáhnout eurokonformního výkladu ustanovení § 33 ZRŘ tím, že budeme jeho slova „ač mohla“ vykládat tak, že spotřebitel jako smluvní strana nemohla uplatnit neplatnost rozhodčí doložky v průběhu rozhodčího řízení, neboť vyrovnání smluvní rovnováhy mezi ním a podnikatelem mělo být dosaženo pouze pozitivní akcí nemající spojitost se smluvními stranami.[38]

Spotřebitel tedy nemusí napravit rovnováhu ve smluvním vztahu s podnikatelem tím, že namítne neplatnost rozhodčí doložky, než začne jednat ve věci samé. Praktickým pozadím této myšlenkové konstrukce je, že spotřebitel v drtivé většině případů vůbec netuší, že rozhodčí doložka je nekalým smluvním ujednáním a sotva tedy lze po něm požadovat namítání její neplatnosti vůči podnikateli.

7. VLIV NEKALÉ ROZHODČÍ DOLOŽKY NA VÝKON ROZHODČÍHO NÁLEZU

Teprve před nedávnem Soudní dvůr vydal své rozhodnutí ve věci *Asturcom v Nogueira*.[39] Paní Nogueira uzavřela smlouvu o mobilních telekomunikačních službách. Tato smlouva obsahovala rozhodčí doložku ve prospěch nám již známé AEDAE. Paní Nogueira nezaplatila několik splátek ze smlouvy a vypověděla ji před uplynutím sjednané doby. *Asturcom* podala návrh na zahájení rozhodčího řízení u AEADE, která vydala rozhodčí nález v neprospěch paní Nogueiry. Ta však nepodala žalobu na zrušení rozhodčího nálezu v zákonem stanovené lhůtě, který se proto stal pravomocným. Asturcom následně podala návrh na výkon rozhodčího nálezu k *Juzgado de Primera Instancia* v Bilbau (dále jen „Primera Instancia“). *Primera Instancia* konstatoval neplatnost rozhodčí doložky z důvodu její nekalosti.

Španělský zákon o rozhodčím řízení však údajně neumožňuje rozhodcům posuzovat nekalost rozhodčích doložek *ex officio* a chybí jakékoliv ustanovení ve španělském občanském soudním řádu, které by zakotvovalo možnost posouzení nekalosti rozhodčích doložek soudem příslušným k rozhodování o návrhu na výkon pravomocného rozhodčího nálezu. Z tohoto důvodu se *Primera Instancia* tázal Soudního dvora, zda má být Směrnice vykládána tak, že soud který rozhoduje o návrhu na výkon rozhodčího nálezu, který byl vydán bez účasti spotřebitele, musí i bez návrhu shledat nekalost rozhodčí doložky ve spotřebitelské smlouvě a řečený nález zrušit.

Soudní dvůr odpověděl, že:

---

[38] Srov. *Claro v Móvil*, bod 26.

[39] Rozsudek Soudního dvora ve věci 40/08 *Asturcom Telecomunicaciones v Cristina Rodríguez Nogueira* [2009] *nyr*.

„Směrnice […] musí být vykládána v tom smyslu, že vnitrostátní soud, který rozhoduje o návrhu na nucený výkon pravomocného rozhodčího nálezu vydaného bez účasti spotřebitele, musí, pokud má za tímto účelem k dispozici nezbytné informace o právním a skutkovém stavu, i bez návrhu posoudit nepřiměřenost rozhodčí doložky obsažené ve smlouvě uzavřené prodávajícím nebo poskytovatelem se spotřebitelem, je-li podle vnitrostátních procesních pravidel možné provést takové posouzení v rámci obdobných řízení na základě vnitrostátního práva. Jde-li o nepřiměřenou doložku, přísluší tomuto soudu vyvodit veškeré důsledky, které z toho vyplývají podle vnitrostátního práva, aby se ujistil, že tento spotřebitel nebude uvedenou doložkou vázán."

Z rozhodnutí jasně plyne, že soudy členských států musejí i nadále posuzovat nekalost smluvních ujednání ex *officio* (viz výklad výše). Národní soud musí rovněž zajistit, aby v konečném důsledku nebyl spotřebitel nekalou rozhodčí doložkou vázán.

Nicméně tady „jasnost" rozhodnutí *Asturcom v Nogueira* končí. Zejména není zcela zřejmé, co myslel Soudní dvůr „obdobnými řízeními na základě vnitrostátního práva". Podle našeho názoru tímto Soudní dvůr říká, že pokud může soud zrušit exekuční titul z důvodu hmotněprávní námitky, která mohla být uplatněna stranou již v nalézacím řízení, a následně zastavit výkon rozhodnutí i v jiných případech než je nekalost rozhodčí doložky, pak takto může učinit i v tomto druhém uvedeném případě.

Oproti rozhodnutí *Claro v Móvil* ve věci *Asturcom v Noguiera* již uplynula lhůta pro možnost podat návrh na zrušení rozhodčího nálezu a tento nabyl právní moci. Dále jestliže v rozhodnutí *Claro v Móvil* byla nekalost rozhodčí doložky namítána v žalobě na zrušení rozhodčího nálezu, pak v rozhodnutí *Asturcom v Noguiera* nikoliv.

Soudní dvůr musel ve věci *Asturcom v Nogueira* vyřešit následující otázky. Je možné za účelem ochrany spotřebitele před nekalými smluvními ujednáními prolomit právní moc rozhodčího nálezu, obecněji pak narušit princip *rei judicatae*? A dále, nebyl by tento zásah do právní moci vnitrostátního rozhodčího nálezu nepřípustným narušením procesní autonomie členských států?[40]

Zdá se, že se Soudní dvůr obával intervenovat do španělského procesního práva, resp. vnitrostátního principu *rei judicatae*.[41] Proto ponechal v uvážení španělskému soudu, zda je prolomení tohoto principu možné a žádoucí.[42]

---

[40] K pojmu procesní autonomie členských států srov. Zdenek Novy (2009) *Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law*, Global Jurist: Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 1. Dostupný z: http:<//www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art1> , s. 14 et seq. a tam citovanou literaturu a rozhodnutí Soudního dvora.

[41] Viz post na blogu: <http://adjudicatingeurope.eu/?p=217>.

Podle našeho názoru tímto ale Soudní dvůr španělskému soudu příliš nevyjasnil situaci. Ten se totiž tázal, zda by zrušení pravomocného rozhodčího nálezu jako exekučního titulu v rámci vykonávacího řízení vedlo k naplnění účelu Směrnice.

Pokud bychom vycházeli z logiky případu *Claro v Móvil*, odpověď je zřejmá – ano, rozhodčí nález je potřeba zrušit, a tedy jeho výkon zastavit, protože zde není exekuční titul.

Nicméně odpověď Soudního dvora ve věci *Asturcom v Nogueira* byla odlišná – je potřeba vyvodit „veškeré důsledky podle vnitrostátního práva", aby nekalá rozhodčí doložka spotřebitele nezavazovala. Soudní dvůr tak k vyjasnění otázky týkající se výkladu Směrnice vlastně odkázal k vnitrostátnímu právu, jehož souladný výklad byl předmětem předběžné otázky. *Circulus vitiosus* byl tedy perfektně dokonán.

Podle našeho názoru výkon rozhodčího nálezu, který byl vydán v rozhodčím řízení zahájeném na základě nekalé rozhodčí doložky, nepochybně nejen nezabrání negativním účinkům nekalé rozhodčí doložky na práva spotřebitele, ale ještě více je zdůrazní. Tímto není zajištěno naplnění článku 7 Směrnice, tj. zabránit používání nekalých smluvních ujednání ve spotřebitelských smlouvách. Proto by v této situaci mělo být možno zrušit rozhodčí nález a následně zastavit výkon rozhodnutí.

Rozumíme-li případu *Asturcom v Nogueira* dobře, ve španělském právu nabývá rozhodčí nález právní moci až uplynutím dvouměsíční lhůty pro podání návrhu na jeho přezkum soudem. V českém právu je odlišná situace potud, že rozhodčí nález nenabývá právní moci až uplynutím lhůty pro podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu, ale již dnem doručení stranám rozhodčího řízení.[43] Tímto nabývá rozhodčí nález též účinku *rei judicatae*. Dle ZRŘ však spotřebitel tuto lhůtu nemůže využít, neboť navzdory možnosti podat návrh na zrušení rozhodčího nálezu ve dvouměsíční lhůtě, tento zakládá překážku *rei judicatae* a je možno jej po doručení ihned vykonat.

Fáze zrušení a výkonu rozhodčího nálezu v českém rozhodčím řízení na rozdíl od španělského práva tedy splývají. Bylo by proto zajímavé sledovat, jak by Soudní dvůr odpověděl na obdobnou předběžnou otázku, kdyby ji předložil český soud s ohledem na specifika české právní úpravy.

Lze se nicméně domnívat, že úloha zmíněné dvouměsíční lhůty byla pro rozhodnutí Soudního dvora v případu *Asturcom v Nogueira* velmi důležitá. Tato lhůta měla právě umožnit spotřebiteli bránit se proti nepravomocnému

---

[42] *Asturcom v Nogueira*, bod 37.

[43] § 28 odst. 2 ZRŘ. Srov. Rozehnalová, N. Op. cit. v pozn. 6, s. 274.

rozhodčímu nálezu.[44] Z tohoto důvodu lze předpokládat, že v případě obdobného skutkového stavu v podmínkách českého práva, by Soudní dvůr zřejmě odpověděl, že český soud je povinen zkoumat nekalost rozhodčí doložky *ex officio* a následně shledá-li, že rozhodčí doložka je nekalá, musí zrušit rozhodčí nález (viz dikce rozhodnutí *Claro v Móvil*) a zastavit jeho výkon.[45]

Rozhodnutí *Asturcom v Nogueira* má podle našeho názoru pro vykonávací řízení v České republice následují důsledky. Podle § 35 odst. 1 ZRŘ může strana, proti níž byl nařízen výkon rozhodnutí, podat návrh na zastavení výkonu rozhodnutí mimo jiné z důvodů uvedených v § 268 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., Občanský soudní řád, v platném znění(dále "OSŘ"). Ustanovení § 268 odst. 1 písm. h) OSŘ zakotvuje, že výkon rozhodnutí je „*nepřípustný, protože je tu jiný důvod, pro který rozhodnutí nelze vykonat*." Jako „jiný důvod" může být spatřována skutečnost, že rozhodčí řízení bylo zahájeno na základě rozhodčí doložky, která byla nekalým smluvním ujednáním. České soudy tedy mohou za pomoci eurokonformního výkladu zastavit výkon rozhodčího nálezu z důvodu existence nekalé rozhodčí doložky.

8. NEKALÁ ROZHODČÍ DOLOŽKA A „SITUACE NÁMITKY"

Ustanovení §106 OSŘ reaguje na situaci quasi litispendence mezi občanským soudním a rozhodčím řízením. § 106 odst. 3 OSŘ stanoví, že v případě kdy je jako první zahájeno řízení před rozhodcem, soud musí řízení přerušit do rozhodnutí rozhodce o své pravomoci nebo rozhodnutí ve věci samé. Dle ustanovení § 106 odst. 1 OSŘ pak soud musí zastavit řízení, pokud zjistí, při *námitce* žalovaného uplatněné nejpozději při prvním jeho úkonu ve věci samé, že věc má být podle smlouvy účastníků projednána v řízení před rozhodci. Soud však věc projedná, jestliže zjistí, že věc nemůže být podle práva České republiky podrobena rozhodčí smlouvě, nebo že rozhodčí smlouva je neplatná, popřípadě že vůbec neexistuje nebo že její projednání v řízení před rozhodci přesahuje rámec pravomoci přiznané jim smlouvou, anebo že rozhodčí soud odmítl věcí se zabývat.

Ustanovení § 106 OSŘ tak nicméně nabízí určitou možnost, jak se spotřebitel může vyhnout projednání věci rozhodcem ad hoc nominovaným podnikatelem na základě nekalé rozhodčí doložky.

Spotřebitel, který se chce bránit např. nepřiměřené smluvní pokutě, o níž se domnívá, že je nekalým smluvním ujednáním nebo je v rozporu s dobrými mravy, může zahájit řízení na určení neplatnosti této smluvní pokuty na

[44] Srov. *Asturcom v Nogueira*, body 40 a 44.

[45] Po zrušení rozhodčího nálezu by byl jeho výkon *ex officio* zastaven na základě §268 odst. 1 písm. b) OSŘ.

základě §106 OSŘ.[46] Musí tak ovšem učinit dříve, než podnikatel stihne podat žalobu k rozhodci, protože, jak bylo zmíněno, dle § 106 odst. 3 OSŘ soud musí řízení přerušit do doby, než rozhodne rozhodce o své pravomoci (viz ale výklad dále).

Jestliže spotřebitel stihl podat návrh k obecnému soudu dříve, než bylo zahájeno rozhodčí řízení, soud je povinen dle §106 odst. 1 OSŘ *ex officio* zkoumat neplatnost rozhodčí doložky. Toto legislativní řešení perfektně (bohužel nikoliv záměrně) konsonuje s účelem čl. 6 Směrnice a rozhodnutím Claro. Pokud soud zjistí, že rozhodčí doložka je neplatná (neboť nekalá), pak spor mezi spotřebitelem a podnikatelem projedná. Tímto bude spotřebiteli alespoň zaručena rovnost zbraní před nezávislým a nestranným soudem.

Rovněž je zde vysoká pravděpodobnost, že se bude soud zabývat nekalostí, příp. nemravností některých ustanovení spotřebitelské smlouvy (např. smluvní pokuty) a jejich souladu s kogentními normami občanského práva, což u rozhodce *ad hoc* nominovaného podnikatelem není v žádném případě zaručeno.[47] Navíc rozhodování před obecným soudem otevírá možnost podat odvolání, což by v rozhodčím řízení rovněž nepřicházelo v úvahu.

Ustanovení § 106 odst. 3 OSŘ se podle našeho názoru neslučuje zejména s čl. 6 a 7 Směrnice. Judikatura Soudního dvora tuto otázku výslovně neřeší, takže spotřebitel nemá po zahájení řízení žádnou možnost, jak zabránit projednání věci rozhodcem. Jak bylo zmíněno výše, nezbývá mu než podat návrh na zrušení rozhodčího nálezu.

---

[46] Samozřejmě je zde otázka, zda spotřebitele neodradí výše soudního poplatku, která se vypočítává z peněžitého plnění, tedy v našem případě smluvní pokuty. Kdyby smluvní pokuta činila např. 20.000 Kč, tak spotřebitel musí zaplatit soudní poplatek 4% z této částky, tj. 800 Kč. Toto není nijak závratná suma. Je zřejmé, že u vyšších smluvních pokut (lze se setkat i s výší 200.000 Kč) už tato částka vynaložená na náklady řízení může být pro spotřebitele významná.

Ustanovení §138 OSŘ však umožňuje (není zde právní nárok), aby předseda senátu zčásti nebo zcela osvobodil účastníka od soudních poplatků, odůvodňují-li to jeho poměry a nejde-li o svévolné nebo zřejmě bezúspěšné uplatňování nebo bránění práva. Nicméně nevíme o případu, kdy by rozhodce *ad hoc* osvobodil spotřebitele od poplatku za rozhodčí řízení. Toto osvobození by však nedávalo smysl, protože poplatek za rozhodčí řízení je odměnou rozhodce.

[47] V této souvislosti je potřeba zmínit názor, dle nějž nejsou rozhodci povinni v čistě vnitrostátních sporech respektovat výklad práva podaný Nejvyšším soudem ČR (např. co je nemravná smluvní pokuta apod.). Viz Sokol, T. *Vázanost rozhodce právem ČR ve vnitrostátním sporu*. Právní fórum, 2008, č. 4, zejména s.137 et seq. Nechceme na tomto místě hodnotit tento názor. Nicméně důsledkem tohoto přístupu ve spotřebitelských sporech může být, že rozhodce nominovaný podnikatelem v obchodních podmínkách zcela svévolně (ne)aplikuje normy českého práva, které jsou určeny k ochraně veřejného pořádku (např. dobré mravy, zákaz lichvy apod.), protože si na rozdíl od Nejvyššího soudu např. nemyslí (anebo snad nechce myslet), že smluvní pokuta přesahující dluh ze smlouvy o 300% je nemravná.

V každém případě lze souhlasit s názorem *Norberta Reicha*, že „situaci námitky" by bylo dobré přehodnotit z hlediska ochrany spotřebitele. [48] *De lege ferenda* by bylo žádoucí, aby bylo spotřebiteli umožněno obrátit se na nezávislý orgán (v rámci ADR), který by mohl rozhodnout jeho spor s podnikatelem i po zahájení rozhodčího řízení.

9. ZÁVĚR

Jestliže se nemá rozhodčí řízení v České republice stát méněcenným způsobem řešení sporů v porovnání s řízením soudním, pak je potřeba zvýšit jeho celkovou důvěryhodnost. Zatímco Rozhodčí soud při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR disponuje v drtivé většině nestrannými a profesionálními rozhodci, rozhodci *ad hoc* působící *per se* nebo pod záštitou tzv. rozhodčích center nemohou v převažující většině nabídnout ani jednu z výše uvedených kvalit.

Rozhodčí řízení musí zůstat doménou obchodních sporů. Spotřebitelské spory mají být řešeny v rámci jiných forem ADR, neboť vyžadují specifický přístup, který zohledňuje postavení spotřebitele jako slabší strany.

Všechny subjekty v České republice jsou povinny dodržovat komunitární právo jako integrální součást českého práva. Rozhodci nejsou výjimkou. Musejí proto při rozhodování sporů komunitární (spotřebitelské) právo aplikovat. V případě neochoty k aplikaci komunitárního práva ze strany rozhodců je na obecných soudech, aby v rámci jejich kontrolní funkce zasáhly a zrušily rozhodčí nález, pokud bylo rozhodčí řízení zahájeno na základě nekalé rozhodčí doložky. Toto jim umožňuje výklad čl. 6 Směrnice provedený Soudním dvorem ve věci Claro v Móvil.

Spotřebitel se může bránit nepříznivým důsledkům nekalé rozhodčí doložky rovněž ve fázi výkonu rozhodčího nálezu. Eurokonformní výklad ustanovení § 268 odst. 1 písm. h) umožňuje obecnému soudu zastavit výkon rozhodčího nálezu z důvodu, že rozhodčí řízení, v němž byl vydán rozhodčí nález jakožto exekuční titul, bylo zahájeno na základě nekalého smluvního ujednání.

Efektivní legislativní úprava řešení spotřebitelských sporů v České republice je naprostou nutností. Současná dvoustupňová a v principu dobrovolná úprava spotřebitelských sporů pod egidou Ministerstva průmyslu a obchodu není dostačující.[49] Nemůže totiž zabránit nepoctivým podnikatelům, aby zneužívali nadále obchodní podmínky k jmenování svých rozhodců. Tímto není naplněna ani litera ani účel Směrnice.

---

[48] Reich, N. *More clarity after 'Claro'?*, s. 60.

[49] Bližší informace o tomto mechanismu řešení spotřebitelských sporů dostupné z: http://www.mpo.cz/dokument42300.html

Prvním legislativním krokem by mělo být vyloučení arbitrability spotřebitelských sporů.[50] Ruku v ruce s ním však musí jít příprava ADR mechanismu, který je vhodný pro řešení sporů.[51] Tento mechanismus by v každém případě měl ústit v závazné rozhodnutí. Inspiraci pro vytvoření tohoto mechanismu můžeme hledat např. ve zmíněných skandinávských zemích, kde se podnikatelé a spotřebitelé obracejí se svými nároky na kolektivní orgány složené ze zástupců jejich sdružení.

Literatura:

- Born, G. B. *International Commercial Arbitration*. *Volume I*. Austin: Wolters Kluwer, 2009.
- Cafaggi, F. *Self-Regulation in European Contract Law*. In Collins, H. (ed.) Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- Cafaggi, F., Micklitz, H.-W. *Administrative and Judicial Collective Enforcement of Consumer Law in the US and the European Community*. European University Institute. Working Papers. Law. No. 2007/22.
- Dante Alighieri. *Božská Komedie*. Přeložil O. F. Babler. Praha: Státní nakladatelství krásné literatury, hudby a umění, 1958.
- Duláková Jakubenková, D. *Spotrebitel'ská zmluva v Slovenskom občianskom zákonníku*. In Burda, E.(ed.) Míl'niky práva v stredoeurópskom prostore 2008: zborník z medzinárodnej konferencie doktorandov a mladých vedeckých pracovníkov konanej v dňoch 3.-5.4. 2008 v prostoroch ÚZ NR SR Častá-Papiernička. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, 2008.

[50] Zde se nabízí novela § 2 ZRŘ, který upravuje arbitrabilitu. V této souvislosti by bylo vhodné zakovit v §56 odst. 3 OZ, že mezi nepřípustná ujednání patří také rozhodčí doložka či smlouva.

[51] Je třeba brát v úvahu skutečnost, že řešení (zejména drobných) spotřebitelských sporů nemá spadat do kompetence obecných soudů. Srov. Směrnici Evropského Parlamentu a Rady ze dne 23.dubna 2008 č. 2008/48/ES o smlouvách o spotřebitelském úvěru a o zrušení směrnice Rady 87/102/EHS, OJ L 133/66, jejíž čl. 24 stanoví povinnost členským státům zavést vhodné a účinné postupy pro mimosoudní řešení sporů v souvislosti s úvěrovými smlouvami [kurzívu dodal Z.N.].

- Hatzis, A. N. *An Offer You Cannot Negotiate: Some Thoughts on the Economics of Standard Form Consumer Contracts*. In Collins, H. (ed.) Standard Contract Terms in Europe. A Basis for and a Challenge to European Contract Law. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kröll, S. M. *Comparative International Arbitration*. The Hague/London/New York: Kluwer Law International, 2003.
- Mourre, A. *Cour de Justice des Communautés européennes. Arrêt Elisa Maria Mostaza Claro [26 octobre 2006]*. Journal du droit international, 2007, 134, s. 581-593.
- Nebbia, P. *Unfair Contract Terms in European Law. A Study in Comparative and EC Law*. Oxford and Portland (Oregon): Hart Publishing, 2007.
- Nový, Z. *Arbitration Clauses as Unfair Contract Term: Some Observations on the ECJ's Claro Case*. In Europeanization of the National Law, the Lisbon Treaty and Some Other Legal Issues. Brno: Právnická fakulta Masarykovy univerzity, 2008. Dostupný z: http://www.law.muni.cz/edicni/sborniky/cofola2008/files/pdf/Conference_proceedings.pdf.
- Racine, J. B., Siiriainen, F. *Droit du commerce international*. Paris: Dalloz, 2007.
- Reich, N. *More clarity after 'Claro'? Arbitration clauses in consumer contracts as an ADR (alternative dispute resolution) mechanism for effective and speedy conflict resolution, or as 'deni de justice'?* (2007) 1 European Review of Contract Law, 2007, 1, s. 41-61.
- Reich, N. *Understanding EU Law. Objectives, Principles and Methods of Community Law*. Antwerp/Oxford/New York: Intersentia, 2003.
- Research Group on the Existing EC Contract Law (Acquis Group), *Principles of existing EC Contract Law: Contract I. Pre-contractual*

Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. München: Sellier, 2007.

- Rozehnalová, N. *Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2., aktualizované a rozšířené vydání*. Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008.
- Růžička, K. *Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky*. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003.
- Stuyck, J. *Unfair Terms*. In Howells, G., Schulze, R.(ed.) Modernising and Harmonising Consumer Contract Law. München: Sellier. European Law Publishers, 2009.
- Tomančáková, B. *Smlouvy uzavírané se spotřebitelem v návrhu občanského zákoníku*, Právní fórum, 2009, č. 9, s. 370.
- *Unfair Contract Terms Guidance.* Dostupný z: http://www.oft.gov.uk/shared_oft/reports/unfair_contract_terms/oft311.pdf.
- Weatherill, S. *An Ever Tighter Grip: the European Court's Pro-Consumer Interpretation of the EC's Directives Affecting Contract Law*. In Andenas, M.-Alabart, S.D., Markesinis, B., Micklitz, H., Pasquini, N.(eds.) Private Law Beyond the National Systems. Liber Amicorum Guido Alpa. London: British Institute of International and Comparative Law, 2007.
- Sokol, T. Vázanost rozhodce právem ČR ve vnitrostátním sporu. Právní fórum, 2008, č. 4, s. 134-140.
- Zdenek Novy (2009) *Arbitration Clause as Unfair Contract Term from the Perspective of Czech and EC Law*, Global Jurist: Vol. 9: Iss. 4 (Topics), Article 1. Dostupný z: http://www.bepress.com/gj/vol9/iss4/art1.
- Zweigert, K., Kötz, H. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
Zd.novy@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VYUŽITÍ FUZZY LOGIKY PRO ROZHODOVÁNÍ O FORMĚ ŘEŠENÍ OBCHODNĚ-PRÁVNÍCH SPORŮ

PETR DOSTÁL - MARTIN ORGONÍK

Vysoké učení technické v Brně -- Masarykova univerzita

Abstract in original language
Teorie fuzzy logiky umožňuje používat neurčité pojmy, které jsou časté při manažerském rozhodování v podmínkách nejistoty, ale najdeme je i při řešení právních otázek. Tato teorie byla autory příspěvku aplikována na případu manažerského rozhodování o podobě řešení sporů. Prezentovaný článek je případovou studií s cílem systematicky zodpovědět zdánlivě jednoduchou otázku: „Jaký způsob řešení právních sporů zvolí strana, která chce vyřešit obchodně-právní spor?“

Key words in original language
Fuzzy logika; Rozhodování o formě řešení; Obchodně-právní spor.

Abstract
Fuzzy logic allows the use of vague terms that are common in managerial decision-making under uncertainty, but also in addressing legal issues. This theory was applied by the authors of the contribution in the case of deciding on the form of dispute resolution. The presented article is a case study to systematically answer of a simple question: "What method of resolving legal disputes would choose a party that wants to resolve commercial legal dispute?"

Key words
Fuzzy logic; Deciding on the form of solutions; Commercial Law dispute.

1. ÚVOD

Tento příspěvek se vytvářel za spolupráce dvou relativně vzdálených oborů – oboru právního a aplikované matematiky. Teorie fuzzy logiky umožňuje používat vágní pojmy, které jsou častými pro řešení právní problematiky. Tato teorie byla rozpracována a prezentovaný článek je případovou studií s následujícím cílem: Prezentovat systematické řešení zdánlivě jednoduché otázky *„Jaký způsob řešení právních sporů zvolí strana, která chce vyřešit případný obchodně-právní spor?“* Na základě zkoumaných okolností případu hledáme odpověď, zda řešit spor před soudem, nebo řešit daný spor před rozhodcem, anebo podstoupit některou z alternativních forem řešení sporů (dále též jako "ADR"), přičemž se předpokládá, že forma řešení sporů není předem (např. v původní smlouvě) žádným způsobem ošetřena. Níže popsaný model však nevybírá pouze jednu nejlepší variantu řešení (soud/rozhodčí řízení/ADR), ale každé z uvedených možností řešení přidělí stupeň doporučení (doporučuje se / nechává se ke zvážení / nedoporučuje se).

Příspěvek nejprve analyzuje kritéria, na základě kterých se strana rozhodne, jakou formu řešení obchodně-právního sporu zvolí. Tato musí být jednak dostatečně obecná, a přitom se svým rozsahem nemají překrývat. Autoři zvolili tato kritéria: (1) Schopnost stran uzavřít dohodu o řešení sporu, (2) Snaha neporušit ekonomickou spolupráci, (3) Snaha alespoň jedné strany o náhradu škody, (4) Riziko nuceného vymáhání rozhodnutí, (5) Nároky na neveřejnosti jednání, (6) Nároky na rychlost jednání.

Principem fuzzy logiky je možnost slovního vyjadřování proměnných, resp. užívání tzv. lingvistických proměnných. Uživatel modelu proto může odpovědět svými slovy: „Záleží nám na neveřejnosti“, „vůbec / částečně nám na neveřejnosti nezáleží“, apod. Fuzzy logika se tím odlišuje od množinové teorie, neboť dané odpovědi mohou zčásti ovlivňovat více proměnných, laicky řečeno mohou „z určité části patřit“ do více „množin“. Model dále využívá logické spojky datových vět neboli slovně vyjádřená pravidla (pokud, a zároveň, nebo, pak, jinak), které vytváří konečné množství řešení.

2. FUZZY LOGIKA

Princip fuzzy logiky se sestává ze tří kroků: fuzzifikace, fuzzy inference a defuzzifikace.

• **Fuzzifikace** znamená převedení reálných proměnných na jazykové proměnné. Definování jazykových proměnných vychází z lingvistické proměnné, např. u proměnné *Zisk* můžeme zvolit následující atributy - malý, střední a velký zisk, u proměnné *časová náročnost* můžeme zvolit atributy - malá, střední a velká časová náročnost atd. Obvykle se používá dvou až pěti atributů proměnné. Stupeň členství atributů proměnné v množině je vyjadřován matematickou funkcí. Existuje mnoho tvarů členských funkcí. Typy, které našly v praxi největší uplatnění, se nazývají standardními funkcemi členství a patří k nim typy Λ, π, Z, S a některé další. Funkce členství se stanovují pro atributy vstupních a výstupních proměnných.

• **Fuzzy inference** definuje chování systému pomocí pravidel typu <Když>, <Potom>, <S váhou> na jazykové úrovni. V těchto algoritmech se objevují podmínkové věty, vyhodnocující stav příslušné proměnné. Tyto podmínkové věty mají známou formu z programovacích jazyků

<Když> $Vstup^a$ <A> $Vstup^b$ ….. $Vstup^x$ <Nebo> $Vstup^y$ …….. <Potom> $Výstup^1$ <S váhou> *z*

tj. když (nastane stav) $Vstup^a$ a $Vstup^b$, ….., $Vstup^x$ nebo $Vstup^y$ …… , potom (je situace) $Výstup^1$ s váhou pravidla *z* , kde $z \in <0,1>$.

Pravidla fuzzy logiky představují expertní systém. Každá kombinace atributů proměnných, vstupujících do systému a vyskytujících se v podmínce <Když> <Potom>, představuje jedno pravidlo. Pro každé

pravidlo je třeba určit stupeň podpory, tj. váhu pravidla v systému z. Tato pravidla si tvoří uživatel sám.

• **Defuzzifikace** převádí výsledek předchozí operace fuzzy inference na výstupní proměnné tak, aby popisovala výsledek slovně (např. Zda klienta přijmout nebo odmítnout).

3. SROVNÁNÍ JEDNOTLIVÝCH FOREM ŘEŠENÍ SPORŮ

Před řešením konkrétního příkladu je namístě krátce uvést situaci a podmínky, ve které se nachází obchodníci, mezi kterými dojde k rozporům a nepodaří se jim je vyřešit pomocí standardní komunikace. V zásadě mají tito obchodníci na výběr ze tří možností řešení sporů: 1) soudní řízení, 2) rozhodčí řízení, 3) alternativních způsoby řešení sporů (ozn. jako "ADR"[1]), jejichž nejčastějším příkladem je mediace nebo konciliace[2].

Všechny uvedené metody směřují k témuž, k řešení obchodně-právních sporů, ale jsou si velice vzdálené a to především kvůli rozdílné procesní povaze řízení, resp. znaků řízení, nákladů přímých i nepřímých, pravomocí a vynutitelností v případě, že jedna strana nespolupracuje atd. Všechny tyto skutečnosti představují vlivy, které omezují nebo vylučují použitelnost některé z forem řešení sporu v konkrétním případě.

Je tedy nutné mezi těmito formami řešení sporů rozlišovat a pro konkrétní případ vybrat tu nejvhodnější. Namísto definic, jež lze najít v odborné literatuře[3] české i zahraniční[4], byly vybrány z hlavních charakteristických prvků takové, které jsou pro námi sledované formy obchodně-právních řešení sporů "hraniční". Pokud bychom sledovali všechny výhody/nevýhody ADR a rozhodčího řízení vůči soudnímu řízení, zpracovali bychom mnoho otázek, z nichž velká část by si byla podobných, a jejich odpovědi by v konkrétním případě směřovaly ke stejnému výsledku. Srovnej níže uvedený seznam vybraných kritérií:

(a) Schopnost stran uzavřít dohodu o řešení sporu

---

[1] ADR - alternative dispute resolution

[2] Více k ADR např. Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration Of Commercial Disputes - International and English Law and Practice, Oxford University Press, 2005, str. 5

[3] Kupř. Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. Viz také Bělohlávek, A., Arbitration law and practice in the Czech Republic : (with regard to the arbitration law in Slovakia). [1,2,3], Praha : Linde, 2009.

[4] Srov. Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration Of Commercial Disputes - International and English Law and Practice, Oxford University Press, 2005.

- Toto kritérium zohledňuje především skutečnost, že pro ADR i rozhodčí řízení je zásadní, aby obě strany s danou formou řešení souhlasily a uzavřely tzv. rozhodčí smlouvu, resp. se dohodly na řešení v podobě ADR[5]. Tato dohoda může být obsažena již v původní smlouvě, o kterou se např. vede spor.

(b) Snaha neporušit ekonomickou spolupráci

- Zachování spolupráce představuje ekonomické, nikoliv právní kritérium. Sleduje empirické skutečnosti, že soudní řízení zcela zničí vzájemnou důvěru stran a znamená ukončení spolupráce v budoucnosti. Naopak ADR nejméně poškodí vzájemné vztahy, resp. budoucí spolupráci.

(c) Snaha alespoň jedné strany o náhradu škody

- Přiznání náhrady škody je teoreticky možné ve všech formách řešení. Nicméně je-li (vysoká) náhrada škody hlavním předmětem sporu, je méně nepravděpodobné, že spor proběhne mírově (resp. pomocí ADR) a každá strana se naopak bude snažit upřednostnit své zájmy před vzájemnou dohodou.

(d) Riziko nuceného vymáhání rozhodnutí

- Toto kritérium upřednostňuje soudní řízení před rozhodčím a zejména před ADR, pokud existuje potřeba uložení předběžných opatření, které představují jednu z nevýhod jiných než soudních řízení. Dále musí být zohledněno, zda existuje obava z dobrovolného neplnění závěrů ADR, neboť ADR nemůže nijak využívat ke svému prosazovaní moc veřejnou[6].

(e) Nároky na neveřejnosti jednání

- Neveřejnost je jednou z klíčových výhod rozhodčího řízení i ADR. Kromě zachování obchodních vztahů je zde zachována anonymita stran i samotné existence sporu[7]. Klienti, spotřebitelé nebo další obchodní partneři tak nejsou zasaženi negativní reklamou. Naopak soudní řízení je zásadně veřejné.

(f) Nároky na rychlost jednání

---

[5] Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. druhé. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. str. 12

[6] Rozehnalová, Naděžda. Rozhodčí řízení - alternativa k řízení soudnímu. Právní fórum, Praha : ASPI Wolters Kluwer, VI, 3, 2008,str. 123

[7] Moses, M., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, USA, 2008, str. 3

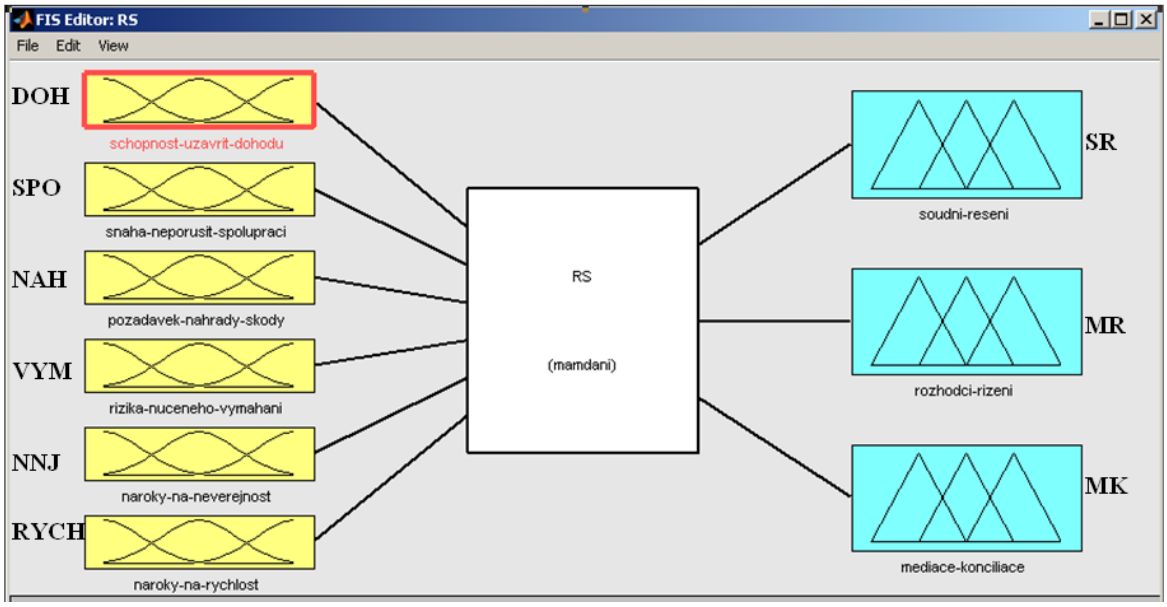
- Rychlost jednání je další z důležitých předností rozhodčího řízení a ADR. Na rozdíl od soudního řízení, kde strany řízení pravidelně protahují, v ADR mají strany často opačné motivy a spolupracují na rychlém vyřešení.

4. ŘEŠENÝ PŘÍPAD

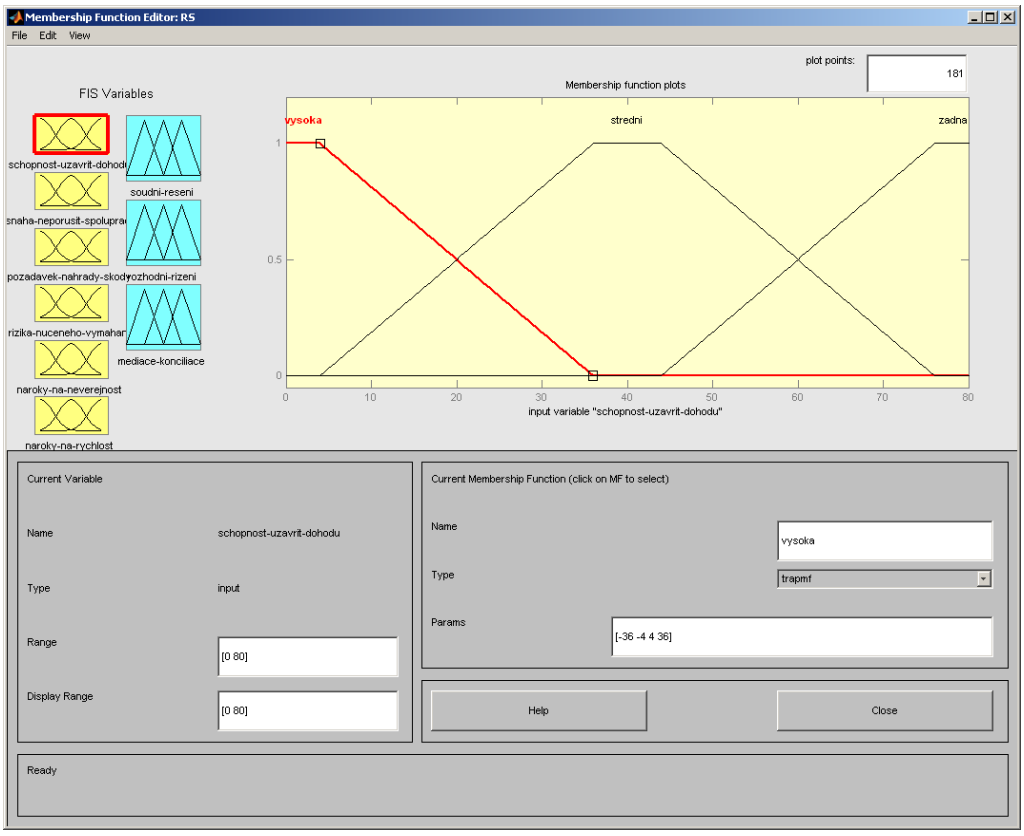
Cílem tohoto příspěvku je modelové řešení zdánlivě jednoduché otázky: „Jaký způsob řešení právních sporů zvolí strana, která chce vyřešit případný obchodně-právní spor?“ Na základě zkoumaných okolností případu hledáme odpověď, zda řešit spor před soudem, nebo řešit daný spor před rozhodcem, a nebo podstoupit mediaci/konciliaci. Jak již bylo vedeno, model u každé z uvedených možností řešení přidělí míru doporučení (doporučuje se / nechává se ke zvážení / nedoporučuje se).

Příklad je ukázkou provádějící vyhodnocení, kdy na základě vágních pojmů vstupních veličin, jako je schopnost uzavřít dohodu, snaha neporušit spolupráci, požadavek náhrady škody, riziko nuceného vymáhání, nárok na neveřejnost jednání a nárok na rychlost jednání bude vyhodnocen názor na řešení sporu soudním řízením, rozhodčím řízením, mediací/konciliací.

Pro realizaci je vhodné použít program MATLAB se zabudovaným fuzzy logic toolboxem. Po spuštění programu MATLAB lze příkazem fuzzy otevřít prostředí pro tvorbu fuzzy modelu, tj. zadávat vstupy, výstupy, atributy a pravidla. Výsledkem je fuzzy model na obr. 1. Nastavení atribut a funkce členství vstupních proměnných je následující: schopnost stran uzavřít dohodu [vysoká, střední, žádná]; snaha neporušit spolupráci [vysoká, střední, žádná]; požadavek náhrady škody [vysoká, střední, žádná]; riziko nuceného vymáhání [vysoké, střední, žádné]; nárok na neveřejnost jednání [zásadní, vedlejší, žádné]; nárok na rychlost jednání [zásadní, vedlejší, žádné]. Na ukázku je zobrazeno nastavení vstupní proměnné Schopnost uzavřít dohodu na obr.2.



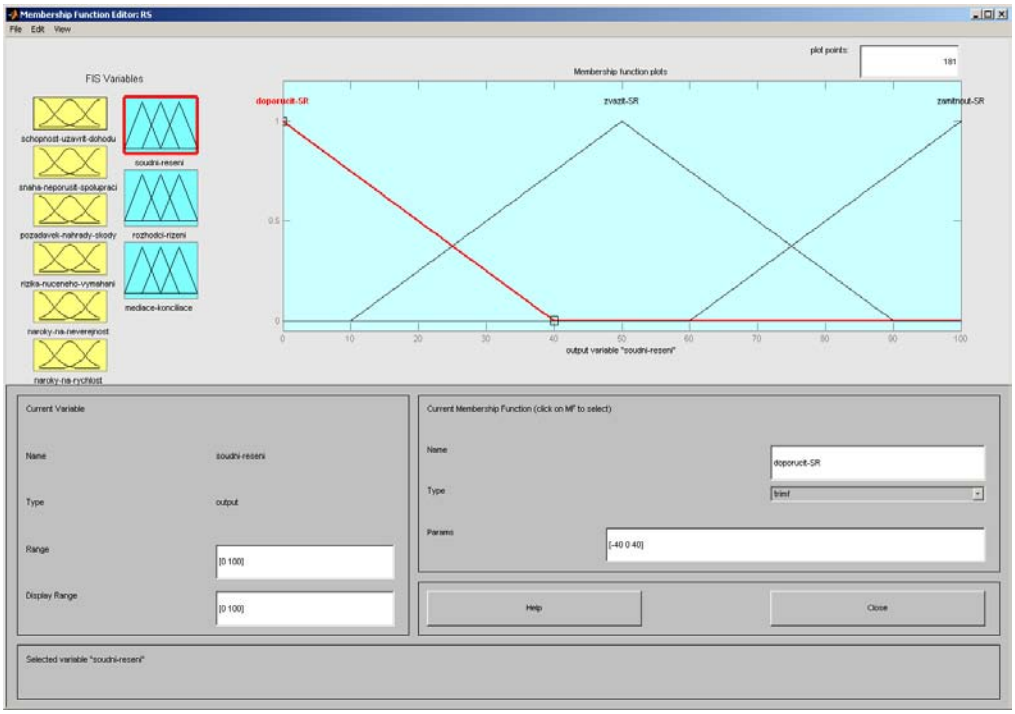
Obr. 1 Fuzzy model



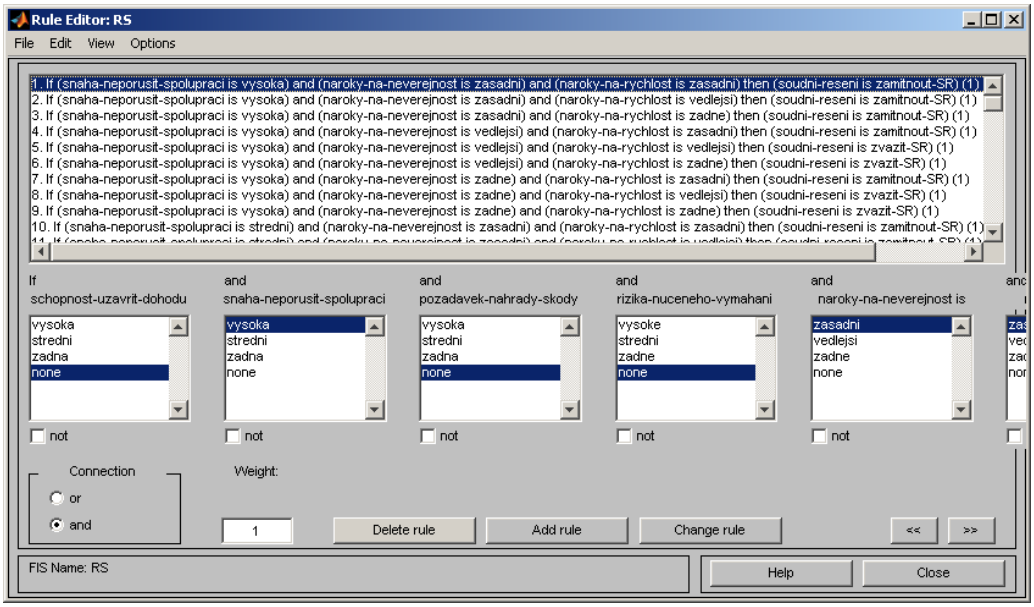
Obr. 2 Vstupní proměnná Schopnost stran uzavřít dohodu

Definice atribut a funkce členství výstupních proměnných je následující: názor na soudní řízení [doporučit SR, zvážit SR, zamítnout SR]; názor na rozhodčí řízení [doporučit RR, zvážit RR, zamítnout RR]; názor na mediaci/konciliaci [doporučit MK, zvážit MK, zamítnout MK]. Na ukázku je zobrazeno nastavení vstupní proměnné Soudní řešení na obr.3.

Způsob navolení pravidel je na obr.4. Např. slovní interpretace prvního pravidla je následující: Je-li schopnost stran neporušit spolupráci vysoká a nárok na neveřejnost jednání je zásadní a nárok na rychlost jednání je zásadní potom soudní řešení je zamítnout.

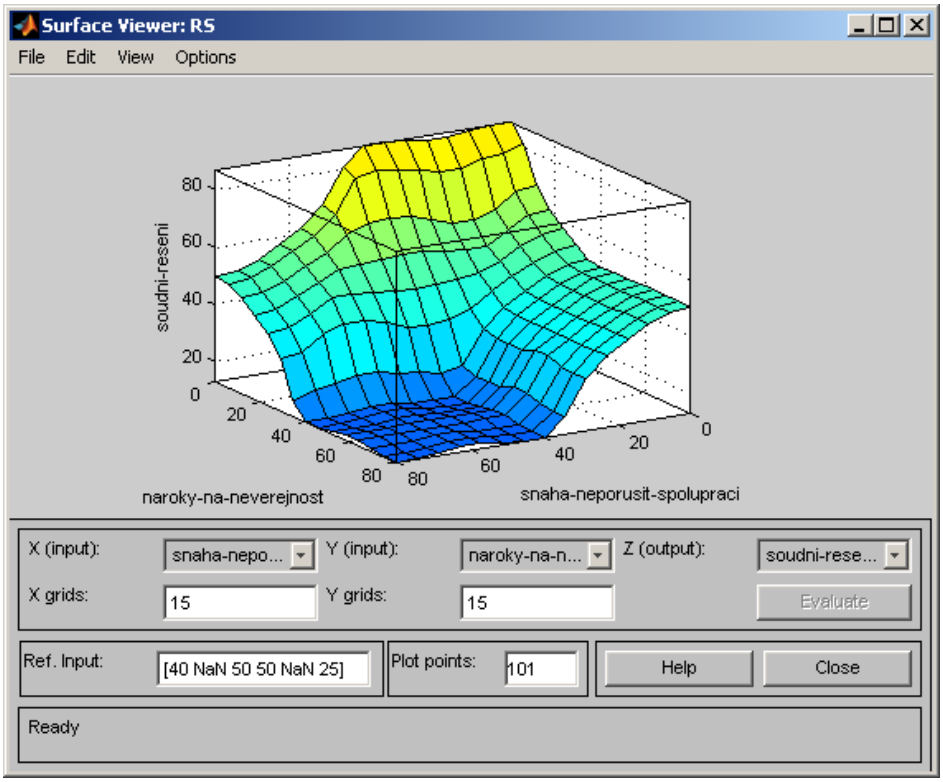


Obr. 3 Výstupní proměnná Soudní řešení

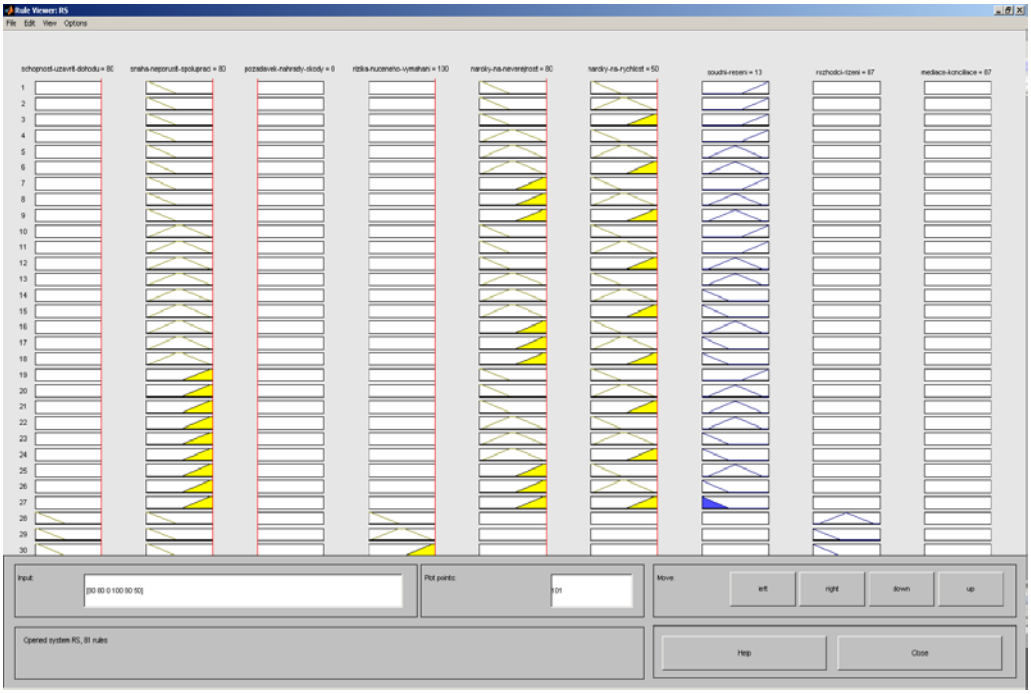


Obr. 4 Navolení pravidel

Pravidel se nastaví takový počet, aby vystihl řešenou problematiku. Je možné provádět grafické prohlížení závislostí proměnných vstupních a výstupních, např. *závislost soudní řešení = f(nároky na neveřejnost a snaha neporušit spolupráci)* jak je tomu na obr.5.



Obr. 5 Závislost – soudní řešení = f(nároky na neveřejnost a snaha neporušit spolupráci)



Obr. 6 Vyhodnocení případu se vstupními hodnotami 80;80;0;100;80;50

Na obr.6 je uvedena konkrétní situace, kdy jsou odhadnuty hodnoty pro uzavření dohody 80%, snahy neporušit spolupráci 80%, požadavek náhrady škody 0%, riziko nuceného vymáhání 100%, nároky na neveřejnost jednání 80% a nárok na rychlost jednání 50%. Po nastavení vstupních hodnot obdržíme výstupní hodnoty pro soudní řízení 13%, tj. doporučit, pro rozhodčí řízení 87%, tj. zamítnout a pro mediaci/konciliaci 87%, tj. zamítnout.

Pro rutinní práci byl vytvořen spustitelný M-soubor RS.m, který využívá vytvořeného modelu uloženého v souboru RS.fis. Viz prog.1.

```
b2 = readfis('RS.fis');

Udaje = input('Zadejte údaje v pořadí Schopnost uzavřít dohodu; snaha neporušit spolupráci; požadavek náhrady škody; riziko nuceného vymáhání; nároky na neveřejnost; nároky na rychlost:');

vyhodnoceni = evalfis(Udaje, b2);

fuzzy(b2)

mfedit(b2)

ruleedit(b2)

surfview(b2)

ruleview(b2)

vyhodnoceni

if vyhodnoceni(1)<60 'SR = 'Soudního řízení = Doporučit'

elseif  vyhodnoceni(1)<=85 ' Soudního řízení = Zvážit'

else ' Soudního řízení = Zamítnout'

end

if vyhodnoceni(2)<60 ' Rozhodčího řízení = Doporučit'

elseif  vyhodnoceni(2)<=85 ' Rozhodčího řízení = Zvážit'

else ' Rozhodčího řízení = Zamítnout'

end

if vyhodnoceni(3)<60 'Mediace/konciliace= Doporučit'

elseif  vyhodnoceni(3)<=85 ' Mediace/konciliace = Zvážit'

else ' 'Mediace/konciliace = Zamítnout'

end
```

Prog.1 VProgram RS.m

První řádek načítá do proměnné *b* příkazem *readfis* ze souboru *RS.fis* parametry fuzzy modelu. Druhý řádek provádí načtení šesti vstupních veličin schopnost uzavřít dohodu, snaha neporušit spolupráci, požadavek náhrady škody, riziko nuceného vymáhání, nárok na neveřejnost jednání a nárok na rychlost jednání. Čtvrtý řádek nám provádí vyhodnocení příkazem *evalfis*, kde vstupem je proměnná *Udaje* a *b2* parametry modelu.

Hodnota výstupní proměnné se nachází v proměnné vyhodnocení. Následující příkaz *fuzzy(b2)* umožňuje práci a nastavení fuzzy modelu, příkaz *mfedit(b2)* umožňuje práci a nastavení funkce členství vstupních proměnných, příkaz *ruleedit(b2)* umožní nastavení a práci s fuzzy pravidly, příkaz *surfview(b2)* umožňuje grafické prohlížení závislostí proměnných vstupních i výstupních a příkaz *ruleview(b2)* nám umožňuje na základě vstupů vyhodnotit výstup. Příkaz *vyhodnocení* vypíše výslednou hodnotu. Následující trojice čtyř řádků provádí slovní vyhodnocení.

Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(1) v rozmezí $H \in (0,60)$, potom je názor na hodnocení soudního řízení doporučit. Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(1) v rozmezí $H \in (60,85)$, potom je názor na hodnocení soudního řízení zvážit. Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(1) v rozmezí $H \in (85,100)$, potom je názor na hodnocení soudního řízení zamítnout.

Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(2) v rozmezí $H \in (0,60)$ potom je názor na hodnocení rozhodčího řízení doporučit. Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(2) v rozmezí $H \in (60,80)$, potom je názor na hodnocení rozhodčího řízení zvážit. Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(2) v rozmezí $H \in (85,100)$, potom je názor na hodnocení rozhodčího řízení zamítnout.

Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(3) v rozmezí $H \in (0,60)$, potom je názor na hodnocení mediace/konciliace doporučit. Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(3) v rozmezí $H \in (60,85)$, potom je názor na hodnocení mediace/konciliace zvážit. Je-li výsledná hodnota vyhodnocení(3) v rozmezí $H \in (85,100)$, potom je názor na hodnocení mediace/konciliace zamítnout.

Při spuštění M-souboru s názvem *RS.m* v prostředí MATLAB je na display zapsána žádost o zadání vstupních veličin ve tvaru schopnost uzavřít dohodu, snaha neporušit spolupráci, požadavek náhrady škody, riziko nuceného vymáhání, nároky na neveřejnost jednání a nárok na rychlost jednání. Po doplnění hodnot [80;80;0;100;80;50] obdržíme výsledek, které v tomto případě odpovídají hodnotě soudní řízení 13%, tj. Doporučit, rozhodčí řízení 87%, tj. Zamítnout a na mediaci/konciliaci 87%, tj. Zamítnout. Viz výs.1.

```
Zadejte údaje v pořadí Schopnost uzavřít dohodu; snaha neporušit spolupráci;
požadavek náhrady škody; riziko nuceného vymáhání; nároky na neveřejnost; nároky
na rychlost: [80;80;0;100;80;50]

vyhodnoceni = 13          87        87

ans = Soudní řešení = Doporučit

ans = Rozhodčí řízení = Zamítnout

ans = 'Mediace/konciliace = Zamítnout
```

Výs. 1 Vyhodnocení řízení - Vstup [80;80;0;100;80;50]

5. ZÁVĚR

Cílem tohoto příspěvku bylo představit fuzzy-logický matematický model, který může ve zjednodušené podobě poskytnout odpověď na otázku, jakou formu řešení obchodně-právních sporů volit za určitých okolností. Tyto okolnosti představují kritéria výběru, z matematického pohledu se jedná oproměnné, jež mají slovní vyjádření.

Článek představuje motivaci pro další náměty použití fuzzy logiky v právním oboru.

Literature:

- Alliev,A.–Alliev,R. Soft Computing and Its Applications, World Scientific Publishing Co, UK 2002, ISBN 981-02-4700-1.
- Bělohlávek, A., Arbitration law and practice in the Czech Republic : (with regard to the arbitration law in Slovakia). [1,2,3], Praha : Linde, 2009. ISBN 9788072017768
- Dostál, P. Pokročilé metody analýz a modelování v podnikatelství a veřejné správě, (The Advanced Methods of Analyses and Simulation in Business and Public Service - in Czech), CERM, Brno, 2008, ISBN 978-80-7204-605-8.
- Dostál, P., Rais, K., Sojka, Z. Pokročilé metody manažerského rozhodování, Grada, 2005.
- Dostál, P. Pokročilé metody analýz za právní nejistoty, Brno, CERM, s.r.o., 2009, s.104, ISBN 978-80-7204-651-5.
- Kazabov, Kozma Neuro-Fuzzy – Techniques for Intelligent Information Systems, Physica-Verlag, 1998, ISBN 3-7908-1187-4.
- Klir,G.J., Yuan, B. Fuzzy Sets and Fuzzy Logic, Theory and Applicatio Applications, Prentice Hall, New Jersey, USA, 1995, ISBN 0-13-101171-5.
- Moses, M., The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge University Press, USA, 2008
- Rozehnalová, Naděžda. Rozhodčí řízení - alternativa k řízení soudnímu. Právní fórum, Praha : ASPI Wolters Kluwer, VI, 3, 6 s. ISSN 1214-7966. 2008.

- Rozehnalová, Naděžda. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. druhé. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008. 386 s. učebnice, druhá, aktualizovaná, rozšířená. ISBN 978-80-7357-324-9.
- THE MathWorks. MATLAB – Fuzzy Logic Toolbox - User's Guide, The MathWorks, Inc., 2008.
- Tweeddale, A., Tweeddale, K., Arbitration Of Commercial Disputes - International and English Law and Practice, Oxford University Press, 2005, ISBN 9780199265404
- DOSTÁL, P. Pokročilé metody analýz za právní nejistoty, Brno, CERM, s.r.o., 2009, s.104, ISBN 978-80-7204-651-5. (100%).

Contact – email
dostal@fbm.vutbr.cz - martin.orgonik@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VYBRANÉ ASPEKTY ROZHODCOVSKÉHO KONANIA[1]

JOZEF SUCHOŽA - REGINA PALKOVÁ

Právnická fakulta, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach (Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva), Slovensko

Abstract in original language
Rozhodcovské konanie je v slovenských podmienkach dlhodobo vystavované kritike a jeho legislatívna úprava je v poslednej dobe zo strany zákonodarcu bombardovaná zmenami. Štúdia sa venuje postaveniu rozhodcovského konania ako ústrednej metódy tzv. alternatívneho riešenia sporov. Autori skúmajú postavenie rozhodcovského konania predovšetkým v slovenskom právnom priestore, a to z viacerých uhlov pohľadu. Ananlyzujú základné inštitúty rozhodcovského konania.

Key words in original language
Rozhodcovské konanie; rozhodcovská zmluva; rozhodcovské rozhodnutie.

Abstract
The arbitration is in slovak conditions for longer period widely criticized and its legislative appearance is in last days "bombarded" by the legislator with the modifications. Authors deal with the status of the arbitration as one of the main methods of so called alternative dispute resolution. Authors deal with the arbitration mainly as imanent part of slovak legal order. They analyse basic institutes of the arbitration.

Key words
Arbitration; arbitration agreement; arbitration award.

[1] Článok vznikol v rámci riešenia projektu APVV - LPP-0076-09 "Mimosúdne (alternatívne) riešenie sporov v Slovenskej republike"

1. HISTORICKÉ REMINISCENCIE

Od vydania slovenského zákona o rozhodcovskom konaní (č. 244/2002 Z.z.) uplynulo viac než sedem rokov. Od tých čias bol tento zákon dvakrát novelizovaný, a to zákonom č. 521/2005 Z.z. a zákonom č. 71/2009 Z.z.. Vydanie zákona o rozhodcovskom konaní nadväzuje na uplynulý historický vývoj právnych úprav rozhodcovského konania na našom území a v značnej miere prihliada aj na relevantné medzinárodné dokumenty o obchodnej arbitráži, napr. Modelový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) z roku 1985, a v určitom slova zmysle aj na skorší Európsky dohovor o obchodnej arbitráži (publ. pod č. 176/1964 Zb.).

Platná právna úprava rozhodcovského konania zapadá do širšieho kontextu alternatívneho spôsobu riešenia sporov, všeobecne označovaného ADR - Alternative Dispute Resolution, v poňatí tak ako to prezentuje najmä zahraničná literatúra.[1] Organickou súčasťou tohoto systému je aj slovenský zákon o mediácii (zákon č. 420/2004 Z.z.). Fenomén mediácie však zasahuje aj do ďalších sfér práva, napr. aj verejného.[2]

Pri charakteristike zákona o rozhodcovskom konaní (v poradí už druhého slovenského zákona), ktorý zrušil predchádzajúci zákon č. 218/1996 Z.z. o rozhodcovskom konaní v znení zákona č. 448/2001 Z.z. prichodí si všimnúť, že z legislatívneho hľadiska došlo k odvážnej inovácií rozhodcovského konania, osobitne pokiaľ ide o rozšírenie rozsahu arbitrovateľných vecí a legislatívne zakotvenie komplexných, a v určitom slova zmysle liberálnych postupov pri kreovaní stálych rozhodcovských súdov. Ako vyplýva z dôvodovej správy k zákonu, zákonodarca, okrem rešpektovania princípu právnej kontinuity, vychádzal najmä z Dohovoru o uznávaní a výkone cudzích rozhodcovských rozhodnutí, uzavretého v New Yorku v roku 1958 (publ. pod č. 74/1959 Zb.) a tiež z podnetov Americkej právnickej komory, prezentovaných v rokovaniach so zástupcami Ministerstva spravodlivosti v rámci Central and East European Law Initiative v auguste 2000. Domnievame sa, že zákonodarca v tejto súvislosti podľahol prílišnému legislatívnemu optimizmu, keďže od novej zákonnej úpravy očakával (zrejme aj de lege ferenda), že rozhodcovské konanie, ako forma mimosúdneho riešenia sporov (alternatívna možnosť k súdnemu konaniu) "odbremení všeobecné súdy od sporov, ktoré sa v rozhodcovskom

---

[1] Pojem "alternatívne riešenie sporov" po prvýkrát použil harvardský profesor práv Frank Sander na historickom stretnutí amerických predstaviteľov a zástupcov právnických profesií, zameranom na reformu amerického súdnictva konanom v roku 1976.

[2] Čavarová, J.: Mediace, justičné domy a elektronický monitoring v Belgicku. In: Justičná revue č. 8-9/2005, s. 1117 a nasl.

Pozri napr. Větrovec, V. - Nedorost, L. - Sovák, Z. - Adamcová, Z.: Zákon o mediaci a probaci - komentář. Praha, EUROLEX Bohemia 2002

konaní dajú vyriešiť k spokojnosti sporových strán". Podľa nášho názoru doposiaľ nebolo spracované komplexné zhodnotenie reálneho prínosu pôsobenia pomerne veľkého počtu od doby účinnosti zákona založených stálych rozhodcovských súdov v Slovenskej republike, t.č. v SR pôsobí 71 stálych rozhodcovských súdov, čo by bolo nevyhnutnosťou pre prípravu uvažovaných legislatívnych zmien rozhodcovského konania. Otázka je, či zmeny v právnej úprave rozhodcovského konania sa budú pripravovať a realizovať len v spojitosti s úpravami civilného procesu alebo vo väčšej miere v nadväznosti na zdokonaľovanie mechanizmu v rámci ADR s dôrazom na rozhodovanie obchodných sporov so zahraničnou účasťou, teda výlučne so zreteľom na autonómny rozmer a vývoj inštitútu medzinárodnej obchodnej arbitráže. Nastolený problém súvisí aj s objasnením vývojovo-genetických faktorov (v istom slova zmysle determinantov) rozhodcovského konania a rozširovaním jeho regulačných dimenzií. Pritom treba prihliadať najmä na nasledujúce skutočnosti:

Po prvé, inštitút rozhodcovského konania (arbitráž) sa z hľadiska historického začal v štátoch (už v otrokárskych despociách) po prvýkrát uplatňovať pri riešení sporov vyplývajúcich zo vzťahov, ktoré sa vyznačujú mimoriadnou vnútornou dynamikou, akceleráciou pohybu, flexibilitou a realizačnou frekvenciou. Predovšetkým to boli vzťahy obchodovania so zahraničnými subjektmi, pričom sa tu postupne vytvárala aj osobitná právna platforma hmotného práva (napr. ius gentium v rímskom práve). V neskoršom období sa sféra zmluvnej arbitráže rozširuje na pracovnoprávne (príp. sociálne) vzťahy (interakcie), burzové, bankové, poistné obchody a ďalšie.

Po druhé, v 20. storočí sa v dôsledku založenia Medzinárodnej obchodnej komory (International Chamber of Commerce) v Paríži konštituuje Rozhodcovský súd (ICC Court), v súčasnom období označovaný ako International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce. Medzinárodná obchodná arbitráž, vzhľadom na svoje inštitucionálne základy, precizáciu princípov fungovania a špecifiká sa stala ťažiskom a v určitom slova zmysle aj "motorom" rozvoja a zdokonaľovania inštitútu rozhodcovského konania vôbec. Dôkazom tejto skutočnosti je aj zriadenie rozhodcovského súdu Československej obchodnej komory v roku 1949 (v roku 1978 premenovaný na Rozhodcovský súd Čs. obchodnej a priemyselnej komory).

Po tretie, najnovšie úpravy rozhodcovského konania v Slovenskej republike (už zákon č. 218/1996 Z.z.) a v Českej republike (zákon č. 216/1994 Sb. o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů), na rozdiel od predchádzajúceho čs. zákona č. 98/1963 Zb. o rozhodcovskom konaní v medzinárodnom obchodnom styku a o výkone rozhodcovských rozhodnutí, upravujú rozhodcovské konanie už komplexne, tj. bez ohľadu na to, či sa realizuje vo vnútroštátnych alebo zahranično-obchodných sporoch, pričom v aplikačnej praxi rozhodcovských súdov sa uvedená diferenciácia sporov z pragmatických zreteľov nerešpektuje.

Po štvrté, na našich územiach pretrvávala pomerne silná tradícia systému volených rozhodcov. Najstaršie rozhodcovské súdy boli zriaďované na burzách (zákon č. 67/1875 ř.z.).

Právna úprava rozhodcovského konania bola (pomerne na vysokej legislatívnej úrovni) legislatívne ukotvená v občianskych (civilných) súdnych poriadkoch z obdobia Rakúsko-Uhorskej monarchie.[3] Tento právny stav platil prakticky až do vydania Občianskeho súdneho poriadku v roku 1950 (zákon č. 141/1950 Zb.), pričom zákon rozhodcovské konanie koncipoval ako špecifické konanie s dôrazom na súkromnoprávnu povahu rozhodcovských súdov.[4] V dôvodovej správe k § 654 Občianskeho súdneho poriadku z roku 1950 sa v tejto súvislosti uvádza, že "rozhodcovské zmluvy majú povahu zmlúv podľa občianskeho práva, takže sa k ich platnosti vyžadujú tiež podmienky stanovené občianskym právom platným v dobe ich vzniku".

Platné zákony o rozhodcovskom konaní v Slovenskej republike a rovnako aj v Českej republike sa upínajú jednak na sústavu medzinárodných dohovorov a ďalších právne relevantných dokumentov medzinárodnej povahy a jednak na predpisy občianskeho práva procesného. Zákony o rozhodcovskom konaní, a to aj napriek ich označeniu, nemožno chápať len ako procesné predpisy. Sú to zároveň predpisy o zriaďovaní a organizácii rozhodcovských súdov. Obsahujú aj ustanovenia hmotnoprávnej povahy (najmä ustanovenie § 31 slovenského zákona).[5]

Zákon predpokladá, že aj procesný rámec rozhodcovského konania, jeho viaceré aspekty, zmluvné strany môžu dohodnúť v rozhodcovskej zmluve. V podstate na konsenzuálnom základe sú konštruované aj rokovacie poriadky stálych rozhodcovských súdov. Okrem iného upravujú aj postup konania, pričom jeho ustanovenia sa majú aplikovať prednostne před ustanoveniami zákona o rozhodcovskom konaní.[6]

---

[3] Zákon č. 112/1895 ř.z. jímž se uvádí civilní řád soudní (rakúsky); zákon č. 113/1895 ř.z. o soudním řízení v občanských věcech právních (civilní řád soudní) - rakúsky, porovnaj tiež: zák. čl. I/1911 - občiansky súdny poriadok (uhorský), zák čl. LVI/1912, ktorým sa uvádza zák.čl.I/1911 - občiansky súdny poriadok (uhorský), zák.čl.XXXIV/1914 o uvedení v účinnosť zák.čl.I/1911 - občianskeho súdneho poriadku (uhorského)

[4] Porovnaj Hora, V.: Československé civilní právo procesní. Díl III. - opravné prostředky a zvláštní způsoby řízení. Praha, VŠEHRD 1929, s. 228 a nasl.

[5] Podobne napr. ustanovenie § 49 a nasl. maďarského LXXI z roku 1994 o rozhodcovskom konaní

[6] Pozri tiež ustanovenie § 19 a nasl. českého zákona o rozhodcovskom konaní (zákon č. 216/1994 Sb.)

2. K OTÁZKE PRÁVNEJ POVAHY ROZHODCOVSKÉHO KONANIA

Problém právnej povahy rozhodcovského konania vznikol ako následný (odvodený, sekundárny) problém, ktorý možno zodpovedne riešiť len v spojitosti s hlavným (základným, primárnym) problémom. Východiskom tohoto riešenia je objasnenie právnej povahy rozhodcovského súdu, a to bez zreteľa na to, či ide o stály (inštitucionálny) súd alebo o rozhodcu (arbitra) ad hoc. Väzba rozhodcovského konania a rozhodcu je zjavná.

Rozhodcovské konanie ako súhrn legitímnych procesných postupov (predvídateľných aj reálnych) daných zákonom a rozhodcovskou zmluvou (doložkou) sa viaže (upína) na činnosť rozhodcovského súdu (rozhodcu). Prostredníctvom tohto konania súd (rozhodca) sprotredkúva komunikáciu medzi sporovými stranami, určuje základné postupy konania, vychádzajúc pritom zo záväzných medzinárodných dohovorov, zákona, rozhodcovskej zmluvy a vlastných noriem, vydávaných stálymi rozhodcovskými súdmi, napr. rokovacieho poriadku, štatútu etc.

Podľa platného slovenského zákona o rozhodcovskom konaní (§ 51 ods. 3) sa na rozhodcovské konanie vzťahujú ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku primerane, ak zákon o rozhodcovskom konaní neustanovuje inak. Zákon o rozhodcovskom konaní odkazuje na viacerých miestach (expressis verbis) na Občiansky súdny poriadok, napr. ustanovenie § 2 ods. 1 umožňuje účastníkom súdneho konania dohodnúť sa pred súdom alebo mimosúdne, že prebiehajúci spor sa skončí v rozhodcovskom konaní (§ 9 a 220 Občianskeho súdneho poriadku).[7]

---

[7] Porovnaj ďalšie ustanovenia zákona o rozhodcovskom konaní:

- § 8 ods. 4 (povinnosť rozhodcu, a to aj po skončení svojej funkcie, zachovávať mlčanlivosť o všetkých skutočnostiach, o ktorých sa dozvedel pri výkone svojej funkcie alebo v súvislosti s ňou); zbaviť tejto povinnosti ho môže len zmluvná strana, v ktorej záujme je viazaný takou povinnosťou zachovávať mlčanlivosť, ak osobitný predpis neustanovuje inak (napr. § 124 Občianskeho zákonníka, § 99 ods. 2 Trestného poriadku);

- § 22 ods. 2 (účastníci rozhodcovského konania môžu súd požiadať o vykonanie nariadeného predbežného opatrenia);

- § 27 ods. 3 (ak rozhodcovský súd nemôže zabezpečiť vykonanie dôkazu sám, požiada o to súd - § 39 a 40 Občianskeho súdneho poriadku);

- § 40 ods. 1, písm. h) (jedným z dôvodov na podanie žaloby na zrušenie tuzemského rozhodcovského rozsudku je aj existencia dôvodov, pre ktoré možno žiadať o obnovu konania podľa § 228 a nasl. Občianskeho súdneho poriadku);

- § 44 ods. 2 (tuzemský rozhodcovský rozsudok, ktorý sa stal právoplatný, je po uplynutí lehoty na plnenie v SR vykonateľný podľa osobitných predpisov - porovnaj Exekučný poriadok);

Princíp konsenzuality rešpektuje aj Modelový zákon UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži prijatý Komisiou OSN pre medzinárodné obchodné právo v roku 1985. V ňom sa okrem iného ustanovuje (čl. 19), že účastníci sa môžu dohodnúť na postupe, ktorým sa rozhodcovský súd bude riadiť počas konania, a len, ak sa nedohodnú rozhodcovský súd môže viesť konanie spôsobom, ktorý považuje za vhodný.

Aj v zákone o rozhodcovskom konaní v Slovenskej republike ohľadne prípravy a priebehu rozhodcovského konania sa okrem iného ustanovuje, že "rozhodcovský súd pripravuje a vedie rozhodcovské konanie v súlade s pravidlami dohodnutými účastníkmi rozhodcovského konania; ak sa nedospeje k dohode o pravidlách, rozhodca pripravuje a vedie konanie podľa svojej úvahy….". Zmluvný základ rozhodcovského konania vyplýva aj z Európskeho dohovoru o medzinárodnej obchodnej arbitráži uzavretého v roku 1961 v Ženeve. Tento dohovor ustanovuje, že strany v rozhodcovskej zmluve dohodnú tiež spôsob rozhodcovského konania; prípadné príslušné opatrenia príjmu rozhodcovia a v krajnom prípade predseda príslušnej obchodnej komory (čl. IV. bod 5 a 6).

Z uvedeného vyplýva, že konsenzuálny základ majú nielen ustanovenie (voľba) rozhodcov (stáleho rozhodcovského súdu), ale vlastne aj procesné mechanizmy (pravidlá), ktorými sa riadi rozhodca (stály rozhodcovský súd) v priebehu celého konania. Na veci nič nemení, že viaceré aspekty rozhodcovského konania sú upravené priamo v zákone.

Viacerí poprední autori sú toho názoru, že rozhodcovské konanie "si zachováva svoju verejnoprávnu povahu", a to so zreteľom na kontrolnú právomoc štátu voči rozhodcovským súdom a priznanie rovnakých účinkov

---

- § 45 ods. 1 (zastavenie výkonu rozhodnutia alebo exekučného konania z dôvodov uvedených v § 268 Občianskeho súdneho poriadku).

V tejto súvislosti mimoriadnu pozornosť si zasluhuje skutočnosť, na ktorú svojho času poukázal prof. A. BAJCURA, že ani zákon č. 98/1963 Zb. o rozhodcovskom konaní v medzinárodnom obchodnom styku a o výkone rozhodcovských rozhodnutí a ani Poriadok Rozhodcovského súdu Čs. obchodnej a priemyselnej komory (vyhláška č. 141/1988 Zb.) sa nedovolávali subsidiárnej platnosti procesných predpisov obsiahnutých v Občianskom súdnom poriadku.

Subsidiarita, skôr analógia iuris, vo väzbe na ustanovenia Občianskeho súdneho poriadku bola zakotvená až v českom zákone č. 216/1994 Sb. (§44). Predchádzajúci slovenský zákon o rozhodcovskom konaní č. 218/1996 Z.z. v ustanovení § 29 vyslovil čiastočnú subsidiaritu Občianskeho súdneho poriadku, a to na konanie o žalobe o zrušenie rozhodcovského rozhodnutia a na podávanie opravných prostriedkov proti rozhodnutiam uvedeným v § 27 a 28 zákona.

rozhodcovským nálezom ako súdnym rozhodnutiam (najmä z hľadiska exekúcie).[8]

3. ÚVAHY O ROZHODCOVSKEJ ZMLUVE

Rozhodcovská zmluva je právnym základom a východiskom umožňujúcim začatie a priebeh rozhodcovského konania. Zmluva určuje mechanizmus kreovania rozhodcovského súdu (ustanovenie rozhodcu ad hoc, príp. viacerých rozhodcov). Vymedzuje tiež procesný rámec rozhodcovksého konania.

Rozhodcovská zmluva oprávňuje zvolený rozhodcovský súd na prejednanie a rozhodnutie spornej veci. Táto zmluva je inštitútom súkromného práva. V tejto súvislosti sa vynára otázka, kto je účastníkom tejto zmluvy? Zmluva sa viaže na konkrétny obchodný vzťah. Obsahom zmluvy je vzájomná dohoda strán, že všetky alebo niektoré spory, ktoré medzi nimi vznikli alebo vzniknú vo vymedzenom zmluvnom, príp. v inom právnom vzťahu sa majú rozhodnúť v rozhodcovskom konaní. V ďalšom priebehu vzťahu však do zmluvného okruhu vstupuje už rozhodca, a to z vôle zmluvných strán. Podľa platného zákona o rozhodcovskom konaní následnú dohodu zmluvných strán o rozhodcovi, príp. jeho ustanovenie treba chápať ako imanentnú súčasť rozhodcovskej zmluvy. Kruh účastníkov sa teda rozširuje, a to o rozhodcu, ktorý musí svoju akceptáciu s prijatím funkcie rozhodcu písomne potvrdiť. Jeho akceptačný prejav smeruje jednak voči zmluvným stranám (do vnútra zmluvného okruhu) a jednak voči tretím osobám, v určitom zmysle zainteresovaným na výsledku sporu v súkromnoprávnej rovine ako aj orgánom verejnej moci, vrátane súdov, ktoré v priebehu trvania sporu môžu ingerovať do jeho priebehu (napr. na návrh účastníkov vykonanie nariadeného predbežného opatrenia - § 22 ods. 2 Občianskeho súdneho poriadku).

Najčastejšie diskutovanou otázkou je, či pôsobenie rozhodcu (výkon jeho funkcie), keďže so zreteľom na vyššieuvedené sa stáva v určitom zmysle účastníkom súkromnoprávneho vzťahu, vykazuje aj verejnoprávne aspekty, či teda realizuje výkon verejnej moci alebo nie? Táto otázka je namieste aj vzhľadom na novú slovenskú právnu úpravu zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci.[9]

Aká je vlastne právna zodpovednosť rozhodcu (ad hoc, príp. zvolených alebo ustanovených rozhodcov) za výkon rozhodcovskej funkcie? Nemôže byť pochybnosť o tom, že rozhodca je trestne zodpovedný, ak pri výkone rozhodcovskej funkcie (v súvislosti s ňou) spácha trestný čin. Ide o trestnoprávnu zodpovednosť. Pokiaľ by sme pristúpili na stanovisko, že

[8] Porovnaj Rozehnalová, N.: Právo mezinárodního obchodu. Brno, Masarykova univerzita 2001, s. 455 a nasl.

[9] Zákon č. 514/2003 Z.z. o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci

výkon funkcie rozhodcu vykazuje znaky výkone verejnej moci v zmysle zákona o zodpovednosti za škodu spôsobenú pri výkone verejnej moci, potom by bolo možné uvažovať aj o jeho majetkovej zodpovednosti (sekundárnej). Lenže ani strohá dikcia zákona č. 514/2003 Z.z. neposkytuje presvedčivé argumenty pre akceptáciu takého stanoviska.[10]

Ak pripustíme, že rozhodca je súkromnou osobou, keďže jeho pozícia (funkcia) vyplýva zo súkromnoprávnej zmluvy, potom by aj jeho majetková zodpovednosť za výkon tejto funkcie podliehala režimu občianskoprávnej, príp. obchodnoprávnej zodpovednosti za škodu. Pravda, v tejto súvislosti sa otvára celý rad ďalších problémov.

K otázke právnej povahy rozhodcovského konania, vrátane právneho statusu rozhodcov, boli najmä v českej právnickej literatúre vyslovené viaceré interesantné názory.

K. Růžička[11] napr. polemizuje s pozoruhodným názorom Ústavného súdu Českej republiky (uznesenie sp. zn. IV. ÚS 435/02), ktorý v konkrétnej veci dospel k záveru, že "rozhodčí nález vydaný RS není pravomocným rozhodnutím orgánu veřejné moci", pričom Ústavný súd ČR ďalej uviedol, že "senát RS, který ve věci rozhodoval, byl ustaven vůlí stran ad hoc a nelze jej ztotožňovat se senátem obecného soudu." RS je soukromou osobou, která je soudem jen podle názvu, nepatří do soustavy soudů podle zákona o soudech a soudcích, a není orgánem veřejné moci. Má povahu odborné organizace zprostředkovávající služby pro osoby, které chtějí, aby rozhodce jejich právní vztah vyjasnil a napevno postavil. Růžička naproti tomu operuje s tým, že podľa českého zákona o rozhodcovskom konaní je jeho predmetom úprava rozhodovania majetkových sporov nezávislými a nestrannými rozhodcami, pričom "nezávislosť rozhodcu vylučuje možnosť v

---

[10] Ide tu o problém interpretácie termínu použitého v zákone. Podstata spočíva v náležitom objasnení samotného fenoménu "verejnej moci" a jej hierarchizácie, pričom v zásade mechanizmus pôsobenia (aktivácie) verejnej moci nie je možné oddeliť od okolností jej kreovania.

Zodpovednosť z titulu činnosti verejnej moci ako sekundárny následok stavu, v ktorom táto moc pôsobí má svoje genetické korene v ustanovení takej moci, bez pochybností legitímne činnej jako moc verejná. Zodpovednosť verejnej moci (štátu, orgánov verejnej moci, všeobecných súdov, orgánov samosprávy etc.) nám preto prichodí skôr skúmať z aspektu verejného práva, než práva súkromného.

Bělohlávek, A. (Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář. Praha: C.H.Beck 2004, s. 58 a nasl.) nepovažuje činnosť rozhodcu za podnikanie ani závislú činnosť, "lebo tu nie je splnená podmienka trvalosti takého vzťahu, závislosti a podriadenosti a pod.". V tejto súvislosti ďalej hovorí, že "svojím charakterom ide skôr o činnosti náhodnej a jednorázovej…".

[11] Růžička, K.: Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Dobrá voda, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, s. 22 a nasl.

zastúpení strán tvoriť záväzkový vzťah. Výsledkom činnosti rozhodcu v rozhodcovskom konaní nemôže byť žiadna dohoda v zmysle § 585 Občianskeho zákonníka, ale vydanie rozhodcovského nálezu alebo uznesenia o zastavení rozhodcovského konania." Napokon poznamenáva, že rozhodcovia "vydávajú pre strany záväzné rozhodnutie, ktoré môže byť exekučným titulom".

Zastávame názor, že rozhodcovské konanie je osobitným právnym procesom, dalo by sa povedať procesom sui generis. V ňom sa prelínajú ako súkromnoprávne tak aj verejnoprávne prvky, pričom prevažujú prvky súkromnoprávne. Tento názor sa opiera predovšetkým o akt rozhodcovskej zmluvy (doložky), jako útvaru súkromného práva. Celé rozhodcovské konanie má konsenzuálny základ. Dokonca aj rozhodcovský rozsudok (nález) vo veci samej je aktom produktom zmluvnej arbitráže, konštruovanej z vôle zmluvných strán. Na tom nič nemení ani skutočnosť, že takýto akt verejná moc ex post uznáva (akoby aprobovala), zaručuje mu všeobecné uznanie a jeho vykonateľnosť špecifickými mocenskými prostriedkami. Uvedená koncepcia plne korešponduje aj s prehlbovaním funkcie súkromnoprávnych zmlúv v pripravovanej rekodifikácii súkromného práva.

4. KONANIE NA SÚDE A KONANIE PRED ROZHODCOM - NIEKTORÉ SÚVISLOSTI A OTVORENÉ PROBLÉMY

Pri zamýšlaní sa nad výhodami a nevýhodami rozhodcovského konania je prirodzené postupovať cestou porovnávania týchto atribútov, a to či už pozitívnych alebo negatívnych, s proťajškom a prirodzeným konkurentom v riešení sporov, so súdnym konaním.

Čo motivuje strany uprednostniť rozhodcovské konanie ako spôsob riešenia sporu pred klasických súdnym prejednaním? Porovnajúc rozhodcovské konanie so súdnym prejednaním veci možno konštatovať, že tak ako každá minca má dve strany, ani rozhodcovské konanie nie je ideálnou formou riešenia sporu, ktorá by uspokojila široký okruh potenciálnych účastníkov sporu.

Najčastejšie v súvislosti s rozhodcovským konaním a jeho preferovaním pred klasickým súdnym konaním sa spomína najmä preťaženosť štátnych súdov, spory vlečúce sa niekoľko rokov i finančná náročnosť takéhoto konania. Uvedené negatívne dopady konania pred súdom sa prihovárajú za využívanie zákonom poskytnutej alternatívy v podobe rozhodcovského konania.

Jednou zo základných výhod rozhodcovského konania, ktorá paradoxne stále nie je dostatočne docenená, je možnosť voľby osoby, ktorá bude rozhodovať spor. Tento „luxus“ stranám neposkytuje klasické súdne konanie. V konaní pred štátnym súdom sporové strany nemajú žiadnu možnosť ustanovenia osoby, ktorá bude rozhodovať ich spor. Strany si nemôžu vybrať zo zoznamu sudcov príslušného súdu toho, ktorý im je

najviac po vôli, možno, ktorý im je najviac sympatický. Rozvrh práce súdu, ktorý sa zvyčajne spracúva na kalendárny rok upravuje organizáciu práce na súde, a okrem iného obsahuje aj kľúč, podľa ktorého sa jednotlivé súdne prípady prideľujú konkrétnym sudcom na konanie a rozhodnutie.

Klasicky sa do zoznamu výhod rozhodcovského konania v porovnaní so súdnym konaním zaraďuje dôvernosť procesu arbitráže vyjadrená v zásade neverejnosti rozhodcovského konania. Otázka, či rozhodcovské konanie je celkom podriadené zásade neverejnosti a dôvernosti, resp. či má byť celkom podriadené týmto dvom zásadám, bola podrobená širokej akademickej rozprave[12], pričom sa odrazila i v správe Komisie ICC o arbitráži.[13] Vo všeobecnosti požiadavka neverejnosti a s tým súvisiacej dôvernosti rozhodcovského konania v sebe zahŕňa fakt, že všetky osoby, ktoré nie sú zainteresované na konaní, sú z neho vylúčené. Tu sa však treba zamyslieť nad tým, čo všetko v sebe tieto požiadavky obsahujú a čoho všetkého sa v rámci samotného konania dotýkajú.

Sme toho názoru, že nestačí hovoriť len o tom, že je vylúčená verejnosť, ale treba si všímať i ďalekosiahajúce konzekvencie tohto zákazu. S koncepciou „súkromnosti“ rozhodcovského procesu budú súvisieť, resp. z nej vyplývať i ďalšie procesné obmedzenia, o ktorých už explicitne právne predpisy alebo rokovacie poriadky jednotlivých rozhodcovských inštitúcií nehovoria, avšak treba ich z celkového charakteru rozhodcovského konania odvodiť. Máme za to, že nie je účelné extenzívne si vykladať princíp zákazu účasti verejnosti na rozhodcovskom konaní. Napokon, jedným z dôvodov, ktorý bude viesť zmluvné strany k výberu tohto spôsobu riešenia sporov, bude určite i možnosť vyhnúť sa medializácií svojho sporu v prípade citlivých kauz. Je zaužívaným zvykom, že rozhodcovské poriadky jednotlivých rozhodcovských inštitúcií vo svojích ustanoveniach garantujú súkromnosť priebehu arbitráže pred ich rozhodcami, resp. pred ich rozhodcovskými tribunálmi/senátmi. Obdobne aj národné úpravy rozhodcovského konania zakotvujú aspekt neverejnosti konania proklamáciou v príslušných ustanoveniach, že rozhodcovské konanie je neverejné. Aké následky má takáto úprava a čoho všetkého sa dotýka? Ovplyvňuje princíp neverejnosti i povinnosť strán a rozhodcu správať sa spôsobom, aby nedochádzalo k narušeniu tejto zásady? Alebo treba chápať neverejnosť v zmysle užšieho ponímania, a teda len ako nemožnosť iných

[12] K neverejnosti rozhodcovského konania bližšie: Collins, M.: Privacy and Confidentiality. In: Arbitration Proceedings, in: Arbitration International 3/2005, s. 321- 335, Mistellis, L.A.: Confidentiality and Third Party Participation, UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States. In: Arbitration International 2/2005, s. 211-231, Paulsson, J., Rawding, N.: The Trouble with Confidentiality., In: Arbitration International 3/1995, s. 303-319, Smit, H.: Confidentiality in Arbitration. In: Arbitration International 3/1995, s. 337-340, Tweedale, A.: Confidentiality in Arbitration and the Public Interest Exception. In: Arbitration International 1/2005, s. 59-69

[13] ICC Comission on Arbitration: Report on Confidentiality as a Purported Obligation of the Parties in Arbitration (apríl 2002)

osôb, verejnosti, zúčastniť sa na konaní. Ovplyvňuje princíp neverejnosti vynesený rozhodcovský rozsudok? A vzťahuje sa princíp neverejnosti na dokumenty a dôkazy získané dokazovaním v rozhodcovskom konaní?

Riešenie týchto praktických otázok slovenský zákon o rozhodcovskom konaní neposkytuje, a pri analýze niektorých vybraných zahraničných úprav rozhodcovského konania možno nájsť len výnimočne konkrétnejšiu úpravu, odlišnú od stručného deklarovania, že rozhodcovské konanie je neverejné. Máloktorý právny predpis pokračuje do detailnejšej úpravy čiastkových aspektov súvisiacich so súkromným charakterom rozhodcovského konania. Takúto úpravu neobsahuje ani Modelový zákon, i keď pri jeho vypracuvávaní bol zámer zakomponovať do textu ustanovenia týkajúce sa povinnosti mlčanlivosti a upraviť problematiku zverejňovania rozhodcovských rozsudkov.[14] Stanovisko pracovnej skupiny podieľajúcej sa na vytvorení Modelového zákona obsahovalo priam „šalamúnske riešenie“, keďže na jednej strane uznalo, že sú dôvody pre i proti takejto úprave, avšak rozhodnutie bude ponechané stranám alebo úprave v rozhodcovskom poriadku príslušnej inštitúcie. Čiastočne sa z predchádzajúceho konštatovania vymyká nový španielský zákon o arbitráži[15], ktorý v článku 24.2 zakotvil, že „rozhodca, strany a rozhodcovská inštitúcia sú povinní zachovávať mlčanlivosť o informáciách, o ktorých sa dozvedeli v rámci prejednávania veci v rozhodcovskom konaní.“. Obdobné ustanovenie má vo svojom zákone o rozhodcovskom konaní Rumunsko[16], z mimoeurópskych štátov Hong Kong, Taiwan, USA. Tieto ustanovenia explicitne neupravujú povinnosť mlčanlivosti ako španielsky zákon, avšak obsahujú ustanovenia, ktoré túto možnosť dávajú stranám alebo arbitrážnemu tribunálu.[17] Právo na súkromnosť/neverejnosť konania je explicitne rozlišované v anglickom práve ako odvodené právo uplatňované všeobecne vo vzťahu ku zmluvám o arbitrážnom spôsobe prejednania sporu (stranám sa umožňuje výslovne sa dohodnúť na opačných účinkoch rozhodcovskej zmluvy).[18] Tento prístup bol potvrdený i v rozhodnutí austrálskeho Najvyššieho súdu štátu Viktória – Court of Appeal of the Supreme Court of the State of Victoria – v rozhodnutí Esso Australia Resources Limited & Others v. The Honourable

---

[14] Stanovisko pracovnej skupiny UNCITRAL Model Law: „It may be doubted whether the Model Law should deal with the question whether an award may be published. Although it is controversial since there are good reasons for and aginst such publication, the decision may be left to the parties or the arbitration rules chosen by them.“ Dostupné na http://www.uncitral.org stav k [8.8.2008]

[15] Ley de Arbitraje z 23. decembra 2003 (60/2003)

[16] Zákon o rozhodcovskom konaní z roku 1993 – článok 353(c)

[17] Mistellis, L.A.: Confidentiality and Third Party Participation, UPS v. Canada and Methanex Corporation v. United States. In: Arbitration International 2/2005, s. 215

[18] Collins, M.: Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings. In: Arbitration International 3/1995, s. 322

Sidney James Plowman (The Minister for Energy and Minerals) and Others[19]. V odôvodnení tohto rozsudku sa uvádza, že je imanentnou súčasťou rozhodcovských zmlúv (ktorú však môžu strany svojou dohodou eliminovať), že arbitrážne konanie prebieha súkromnou formou v zmysle vylúčenia nezúčastnených tretích osôb, ak strany nevyjadria opačnú vôľu. V texte odôvodnenia rozsudku je vymedzený i pojem tretia osoba, kto spadá pod tento pojem. V zmysle tohto rozhodnutia treťou osobou sa chápe osoba, ktorej prítomnosť na konaní nie je nevyhnutná alebo vhodná pre náležitý priebeh konania.

Povinnosť mlčanlivosti o informáciach získaných v priebehu konania je aspektom rozširujúcim klasicky proklamovanú zásadu neverejnosti rozhodcovského konania. Vo vyššie uvedenom rozsudku austrálskeho súdu sa vo veci rozhodujúci sudca nestotožnil s klasicky prijímanou koncepciou súkromnosti a dôvernosti rozhodcovského procesu. Na jednej strane plne akceptuje súkromnosť procesu (privacy of proceeding, privacy of hearing), na druhej strane nie je až tak stotožnený s nevyhnutnosťou dodržiavania mlčanlivosti o informáciach a záležitostiach, ktoré vyšli najavo v rámci konania.[20]

Zákon o rozhodcovskom konaní v našich podmienkach venuje pozornosť len mlčanlivosti na strane rozhodcu. V § 8 ods. 4 ustanovuje, že rozhodca je povinný aj po skončení svojej funkcie zachovávať mlčanlivosť o všetkých skutočnostiach, o ktorých sa dozvedel pri výkone svojej funkcie alebo v súvislosti s ňou. Tejto povinnosti ho môže zbaviť len zmluvná strana, v ktorej záujme je viazaný povinnosťou zachovávať mlčanlivosť, ak osobitný predpis neustanovuje inak.

Popri tejto náležitosti súkromnosti rozhodcovského konania treba rozlišovať i ďalší jeho rozmer, a to možnosť zverejnenia rozhodcovského rozsudku. V súlade so zmluvným charakterom rozhodcovského konania by rozhodcovské rozhodnutie malo ostať vecou strán zúčastnených na rozhodcovskom konaní, teda strán, ktoré sa dobrovoľne podriadili tomuto konaniu, možno i s tým zámerom, aby ich záležitosť nebola „prepieraná“ na verejnosti. Poprípade, ak by už malo byť takéto rozhodnutie zverejnené, malo by to byť len so súhlasom oboch strán. Podmieňovací spôsob predchádzajúceho konštatovania evokuje, že tomu tak stále nemusí byť. Ako uvádza Mistellis v praxi dochádza k situáciam, kedy sú rozhodcovské rozsudky publikované bez súhlasu strán, avšak zároveň spôsobom, aby boli chránené ich záujmy. Tendencia zverejňovania rozhodcovských rozsudkov bola započatá v 80-tych rokoch minulého storočia, pričom súvisí

[19] Esso Australia Resources Limited & Others v. The Honourable Sidney James Plowman (The Minister for Energy and Minerals) & Others (Supreme Court of Victoria, Appeal Division, Case No. 7371 of 1992) – dostupné: http://www.supremecourt.vic.gov.au

[20] Paulsson, J., Rawding, N.: The Trouble with Confidentiality. In: Arbitration International 3/1995, s. 310

predovšetkým so vzrastajúcim záujmom odbornej i laickej verejnosti o rozhodcovské konanie. Jedným z priekopníkov uverejňovania rozhodcovských rozhodnutí je Rozhodcovský súd pri ICC, ktorý sprístupňoval i v súčasnosti sprístupňuje rozhodcovské rozhodnutia a abstrakty týchto rozhodnutí sú často publikované bez zverejnenia identifikácie strán v Clunet-e, v ICCA Yearbook of Commercial Arbitration a v ICC Bulletine.[21] Podobne i ďalšie rozhodcovské inštitúcie pristupujú k čiastočnej publikácií rozhodcovských rozsudkov nimi vydaných. V slovenských podmienkach sa zatiaľ takáto prax nezaviedla, v českej rozhodcovskej praxi publikuje niektoré vybrané abstrakty rozhodnutí Rozhodčí soud pri Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky na svojej internetovej stránke.[22] Vývoj v tejto oblasti smeruje k podporovaniu tendencie uverejňovania rozhodcovských rozsudkov, prípadne ich častí, a to za účelom vytvorenia určitého systému práva prameniaceho z rozhodcovskej praxe. Tejto sfére arbitráže bol venovaný priestor na medzinárodnom podujatí konanom v máji 2004 v Pekingu.[23]

5. NIEKTORÉ ASPEKTY INTERVENCIE VŠEOBECNÉHO SÚDU VO VZŤAHU K ROZHODCOVSKÉMU KONANIU

Iný rozmer náhľadu na vzťah rozhodcovského konania a konania na súde poskytuje samotný procesný postup, keďže vzťah medzi rozhodcovským konaním a konaním na súde sa pohybuje od „núteného spolunažívania“ až po „prirodzené partnerstvo“.[24] Zákonodarca tým, že zavádza rozhodcovské konanie ako určitú alternatívu popri klasickom súdnom konaní, obmedzuje v istom rozsahu štátne súdy a rozdeľuje právomoc rozhodovať spory medzi štátnych sudcov a súkromných sudcov, arbitrov, rozhodcov. Využitie tejto možnosti danej zákonom je fakultatívne, a teda i obmedzenie štátnych sudov závisí od faktorov ovplyvňujúcich výber zmluvných strán smerom k rozhodcovskému konaniu. Možnosť rozhodnúť sa medzi rozhodcovským a klasickým riešením sporu je v konečnom dôsledku obmedzená i zákonodarcom, keďže nie všetky spory môžu skončiť pred rozhodcom, resp. rozhodcovským senátom. Niektoré záležitosti sú ex lege vylúčené z prejednania pred „súkromným sudcom“ a sú zverené do výlučnej právomoci štátneho sudcu. Je teda zreteľné, že zákonodarca stanovil určité mantinely pre využitie inštitútu rozhodcovského konania a „svoje súdy“

[21] Mistellis, L.A.: c.d., s. 215

[22] Internetová stránka Rozhodčíhou soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky – http://www.arbcourt.cz

[23] International Federation of Commercial Arbitration Institution – 17. Congress of the International Council of Commercial Arbitration

[24] Redfern, A., Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet&Maxwell, 2004, s. 328

postavil do pozície strážcu týchto hraníc. Štát prostredníctvom svojich zákonných možností upravuje i ďalšie záväzné limity a podmienky pre rozhodcovské konanie.[25]

Zasahovanie a vo všeobecnosti pôsobenie všeobecného súdu v rôznorodej forme možno rozoznať v každej etape rozhodcovského konania, pred začatím rozhodcovského konania, počas priebehu i po skončení procesu. Ako uvádzajú Redfern a Hunter pred začatím rozhodcovského konania možno identifikovať minimálne tri situácie, v ktorých môže byť intervencia štátneho súdu nevyhnutná. Rovnako v prípade konštrukcie nášho zákona o rozhodcovskom konaní vyvstáva možnosť zásahu súdu v prípade vynutiteľnosti plnenia rozhodcovskej zmluvy, pri ustanovovaní rozhodcovského orgánu a v prípade námietok voči nedostatku právomoci rozhodcovského súdu.

Vynutiteľnosť plnenia rozhodcovskej zmluvy prichádza do úvahy, ak sa zmluvná strana, ktorá pristúpila uzatvorením rozhodcovskej zmluvy k rozhodcovskému riešeniu sporu, obráti na štátny súd vo veci, ktorá je pokrytá týmto aktom. Táto situácia sa bude skôr dotýkať rozhodcovskej doložky zakomponovanej do uzavretej hlavnej zmluvy, keď zmluvná strana z rôznych príčin nechce, aby jej spor bol riešený touto formou, ale by uprednostnila klasickú formu prejednania sporu pred súdom. Zmluvná strana, ktorá svojím podpisom prejaví súhlas s rozhodcovskou formou riešenia sporu, vylučuje právomoc všeobecného súdu v danej veci. Výslovné riešenie tejto situácie poskytuje Modelový zákon v článku 8 odst. 1 („Rozhodcovská zmluva a žaloba podaná na súd“): „Súd, na ktorý bola podaná žaloba vo veci, ktorá je predmetom rozhodcovskej zmluvy, odkáže strany na rozhodcovské konanie, ak strana o to požiada najneskôr pri predložení prvého vyjadrenia k predmetu sporu, pokiaľ sám nezistí, že zmluva je nulitná, neplatná, neúčinná alebo nespôsobilá k tomu, aby z nej bolo plnené.“

S intervenciou súdu sa počíta i v prípade ustanovovania rozhodcovského orgánu. V prípade rozhodcovského konania, ktoré je vedené jedným rozhodcom, ak absentuje dohoda strán o osobe tohto rozhodcu, môže ustanoviť rozhodcu na žiadosť zmluvnej strany vybraná osoba alebo súd. Rovnako v prípade viacčlenného tímu rozhodcov môže na žiadosť zmluvnej strany zasiahnuť súd, ak jedna zo strán je v omeškaní s ustanovením osoby „svojho rozhodcu“ alebo v prípade ak sú v omeškaní dvaja stranami ustanovení rozhodcovia so zvolením tretieho predsedajúceho rozhodcu.[26]

---

[25]Tamtiež

[26] § 8 ods. 2 písm. a) ZRK: „Ak sa zmluvné strany nedohodli ani na osobe rozhodcu (rozhodcov), ani na postupe jeho dodatočného ustanovenia, pri rozhodcovskom konaní s tromi rozhodcami každá zmluvná strana ustanovi jedného rozhodcu a takto ustanovení rozhodcovia následne ustanovia tretieho predsedajúceho rozhodcu; ak zmluvná strany neustanoví rozhodcu do 15 dní od požiadania druhej zmluvnej strany alebo ak dvaja

Obdobné ustanovenie obsahuje i Modelový zákon.[27] Rozhodcovské pravidlá UNCITRAL naproti tomu hovoria o kompetentnom orgáne, neustanovujúc priamo súdy ako náhradnú možnosť pri nedosiahnutí dohody o osobe rozhodcu, resp. rozhodcov, alebo pre prípad meškania s využitím oprávnenia ustanoviť arbitra.[28]

Poslednou zásadnou otázkou, kde sa môže prejaviť vplyv súdu, je posudzovanie námietok voči nedostatku právomoci rozhodcovského súdu. V zmysle zákonnej úpravy je rozhodcovský súd oprávnený rozhodnúť o svojej právomoci vrátane námietok týkajúcich sa existencie alebo platnosti rozhodcovskej zmluvy. Ak dospeje k záveru, že nemá právomoc rozhodovať vo veci samej, uznesením rozhodcovské konanie zastaví. Zákon o rozhodcovskom konaní umožňuje účastníkom rozhodcovského konania uplatniť námietku nedostatku právomoci rozhodcovského súdu pre neexistenciu alebo neplatnosť rozhodcovskej zmluvy. Účastník tak môže urobiť najneskôr pri prvom úkone vo veci samej. Toto časové obmedzenie neplatí pre námietku neplatnosti rozhodcovskej zmluvy zakladajúcej sa na tom, že o veci nemožno rozhodovať v rozhodcovskom konaní. Námietku tohto charakteru možno uplatniť až do skončenia ústneho pojednávania, pri písomnom pojednávaní až do vydania rozhodcovského rozsudku. Ak rozhodcovský súd rozhodne o námietke nedostatku právomoci

---

ustanovení rozhodcovia neustanovia tretieho predsedajúceho rozhodcu do 30 dní od ich ustanovenia, rozhodcu na žiadosť zmluvnej strany ustanoví vybraná osoba alebo súd."

[27] Článok 11 Modelový zákon UNCITRAL:

(3) Ak takáto dohoda (dohoda strán na postupe pri menovaní rozhodcu alebo rozhodcov) nie je:

a) menuje v prípade arbitráže s 3 rozhodcami každá strana jedného rozhodcu a takto dvaja menovaní rozhodcovia menujú tretieho rozhodcu. Ak strana takto nevykoná do 30 dní od obdržania žiadosti druhej strany alebo ak sa dvaja menovaní rozhodcovia nedohodnú na osobe tretieho rozhodcu do 30 dní od svojho menovania, bude menovanie na žiadosť strany vykonané súdom alebo iným orgánom uvedeným v článku 6 (Článok 6. Súd alebo iný orgán príslušný k výkonu určitých funkcií spojených s arbitrážou /pomoc a dozor/: Funkcie uvedené v článkoch 11(3), 11(4), 13(3), 14, 16(3) a 34(2) budú vykonávané prostredníctvom ... /Každý štát, ktorý príjme tento Vzorový zákon, určí súd, súdy alebo iný orgán, kompetentný, oprávnený vykonávať tieto funkcie./;
b) ak nie sú strany schopné dohodnúť sa v prípade arbitráže s jedným rozhodcom na jeho osobe, bude tento menovaný na žiadosť strany súdom alebo iným orgánom uvedeným v článku 6.

[28] Článok 6 Rozhodcovské pravidlá UNCITRAL: Menovanie rozhodcov

2. Ak sa do 30 dní od doručenia návrhu jednej strany podľa odseku 1, strany nedohodnú na voľbe jediného arbitra, bude tento arbiter menovaný kompetentným orgánom. Ak sa strany na tomto orgáne nedohodnú alebo ak tento dohodnutý orgán odmietne menovať arbitra alebo ho nemenuju do 60 dní od doručenia žiadosti strany o takéto menovanie, môže sa ktorákoľvek strana obrátiť na generálneho tajomníka Stáleho arbitrážneho súdu v Haagu, aby určil kompetentný orgán.

rozhodcovským uznesením, že má právomoc rozhodovať, účastník rozhodcovského konania, ktorý námietku podal, môže do 30 dní po doručení predbežného rozhodnutia podať návrh na súd, aby o námietke rozhodol.[29] Proti rozhodnutiu súdu o námietke nie je prípustný opravný prostriedok.

Vo fáze samotného priebehu rozhodcovského konania sa taktiež vyskytnú situácie, kedy je nevyhnutná kooperácia rozhodcovského súdu so štátnym súdom. Rozhodca alebo rozhodcovský senát ako orgán súkromného charakteru nie je oprávnený na výkon niektorých úkonov potrebných pre optimálny priebeh a skončenie rozhodcovského konania. V takýchto prípadoch je potrebná spolupráca rozhodcu so súdom pri úkonoch, ktorých vykonanie má základ v donucovacej právomoci, ktorou disponuje štátny súd.

Aktuálna právna úprava umožňuje rozhodcovskému súdu nariadiť na žiadosť účastníka po začatí konania predbežné opatrenie[30], ktoré považuje

---

[29] § 21 ZRK

[30] § 74 OSP – Predbežné opatrenie (vybrané ustanovenia)

(1) Pred začatím konania môže súd nariadiť predbežné opatrenie, ak je potrebné, aby dočasne boli upravené pomery účastníkov, alebo ak je obava, že by výkon súdneho rozhodnutia bol ohrozený.
(2) Príslušný na nariadenie predbežného opatrenia je súd, ktorý je príslušný na konanie o veci. Ak nie je príslušný súd známy alebo ak príslušný súd nemôže včas zakročiť, zakročí a nariadi predbežné opatrenie podľa § 75a súd, v ktorého obvode sa maloletý zdržuje. Len čo je to však možné, postúpi vec príslušnému súdu. Účastníkmi konania sú tí, ktorí by nimi boli, keby šlo o vec samu.

§ 75

(1) Predbežné opatrenie nariadi súd na návrh. Návrh nie je potrebný, ak ide o predbežné opatrenie na konanie, ktoré môže súd nariadiť i bez návrhu.
(2) Návrh má okrem náležitostí návrhu podľa § 79 ods. 1 obsahovať opísanie rozhodujúcich skutočností odôvodňujúcich vydanie predbežného opatrenia, uvedenie podmienok dôvodnosti nároku, ktorému sa má poskytnúť predbežná ochrana, a odôvodnenie nebezpečenstva bezprostredne hroziacej ujmy. Z návrhu musí byť zrejmé, čoho sa mieni navrhovateľ domáhať návrhom vo veci samej.
(3) Ak návrh nemá všetky náležitosti podľa odseku 2, súd postupuje podľa § 43 a v uznesení uvedie vady návrhu; to neplatí na konanie, ktoré môže súd začať i bez návrhu.
(4) O návrhu na vydanie predbežného opatrenia, ktorý má náležitosti podľa odseku 2, rozhodne súd najneskôr do 30 dní od doručenia návrhu a v prípade, keď nebol spolu s návrhom, ktorý má náležitosti podľa odseku 2 zaplatený súdny poplatok, do 30 dní od zaplatenia súdneho poplatku.
(5) Ak súd rozhoduje o návrhu na vydanie predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. b) a g), rozhodne najneskôr najneskôr do siedmich dní od doručenia návrhu.

. . .

(8) Súd môže vydať rozhodnutie o predbežnom opatrení aj bez výsluchu účastníkov.
(9) Navrhovateľ predbežného opatrenia podľa § 76 ods. 1 písm. h) môže navrhnúť, aby ten, kto porušuje alebo ohrozuje právo duševného vlastníctva, mohol namiesto

za nevyhnutné s ohľadom na predmet sporu. Rozhodcovský súd môže od účastníka konania žiadať, aby poskytol primeranú zábezpeku v súvislosti s predbežným opatrením.

Úprava možnosti nariadenia predbežného opatrenia rozhodcovským súdom je v medzinárodnom meradle rozmanitá. Národné úpravy rozhodcovského konania väčšinou priznávajú rozhodcovským súdom oprávnenie spolupôsobiť pri realizácií predbežného opatrenia. Úprava v nemeckých podmienkach v 10. Hlave Zivilprozessordnung – Schiedsrichterliches Verfahren v § 1041 zodpovedá tradičnému ponímaniu predbežného opatrenia v rámci rozhodcovského konania, rozhodca, resp. príslušné ustanovenia hovoria o rozhodcovskom súde („Schiedsgericht“), môže na návrh účastníka konania nariadiť dočasné predbežné opatrenia („Maβnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes“), ktoré s ohľadom na predmet sporu považuje za nevyhnutné. Podobne ako v prípade našej koncepcie realizácie predbežného opatrenia i rozhodcovský súd v nemeckých podmienkach nie je oprávnený vykonať predbežné opatrenie, ale je nevyhnutné, aby po jeho nariadení rozhodcovským tribunálom nastúpil a zabezpečil jeho vykonanie súd.[31]

Odlišne sa postavila k úprave inštitútu predbežného opatrenia holandská úprava, v článku 1022 ods. 2 Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering proklamuje zákaz vylúčenia možnosti obrátiť sa na súd s návrhom o nariadenie predbežného opatrenia v rozhodcovskej zmluve. To je jediná zmienka, ktorú v súvislosti s predbežným opatrením, uvádza holandská úprava.

---

zdržania sa takého konania zložiť zábezpeku do úschovy súdu na náhradu ujmy vzniknutej porušovaním alebo ohrozením práva duševného vlastníctva.

§ 76 OSP

(1) Predbežným opatrením môže súd uložiť účastníkovi najmä, aby
. . .

c) poskytol aspoň časť pracovnej odmeny, ak ide o trvanie pracovného pomeru a navrhovateľ zo závažných dôvodov nepracuje,
d) zložil peňažnú sumu alebo vec do úschovy na súde,
e) nenakladal s určitými vecami alebo právami,
f) niečo vykonal, niečoho sa zdržal alebo niečo znášal,
. . .

h) sa zdržal konania, ktorým porušuje alebo ohrozuje právo duševného vlastníctva.

(2) Predbežným opatrením možno uložiť povinnosť niekomu inému než účastníkovi konania len vtedy, ak to možno od neho spravodlivo žiadať.

(3) Súd pri nariadení predbežného opatrenia uloží navrhovateľovi, aby v lehote, ktorú mu určí, podal návrh na začatie konania na súde alebo na rozhodcovskom súde; . . .

[31] § 1041 odst. 2 ZPO: „Das Gericht kann auf Antrag einer Partei dei Vollziehung einer Maβnahme nach Absatz 1 zulassen, sofern nicht schon eine entsprechende Maβnahme des einstweiligen Rechtsschutzes bei einem Gericht beantragt worden ist. Es kann die Anordnung abweichend fassen, wenn dies zur Vollziehung der Maβnahme notwendig ist.“

Do účinnosti zákona o medzinárodnej obchodnej arbitráži (2735/1999) grécka právna úprava vylučovala problematiku predbežných opatrení v celom rozsahu z právomoci rozhodcov.[32] Prijatie novej úpravy v oblasti rozhodcovského konania, široko inšpirovanej Modelovým zákonom UNCITRAL, sa odrazilo i v úprave a prístupe k inštitútu predbežného opatrenia v gréckej praxi rozhodcovského konania. V zmysle predchádzajúcej úpravy rozhodca nemohol nariaďovať, meniť alebo odvolávať predbežné opatrenia. V súčasnosti v gréckej úprave je postavenie rozhodcu plne kompatibilné s ponímaním a právomocami rozhodcu v medzinárodnom meradle.

Koncepciu vylúčenia predbežných opatrení z rozhodovacej právomoci rozhodcovského súdu reprezentuje talianska úprava, v článku 818 Kódexu civilného konania sa uvádza: „Rozhodcovia nemôžu nariaďovať zabezpečenie alebo iné predbežné opatrenia."

Vyššie prezentované rozdielne prístupy k tomuto procesnému inštitútu sa odzrkadlili v činnosti Komisie OSN pre medzinárodné obchodné právo. Na 64. plenárnom zasadnutí Valného zhromaždenia 18. decembra 2006 bola prijatá Rezolúcia 61/33[33], ktorou bol zavŕšený proces úprav Modelového zákon o medzinárodnej obchodnej arbitráži prijatého v roku 1985. Doplnenie a zmeny Modelového zákona sa dotkli článku 1 (2), 7 a 35 (2), problematika predbežných opatrení bola prepracovaná a detailne upravená v samostatnej kapitole IV A. - „Interim measures and preliminary orders", zapracovaný bol nový článok 2A „International origin and general principles". Novozakomponovaná kapitola zakotvuje komplexnejší právny režim týkajúci sa predbežných opatrení aplikovaných v rámci arbitráže s ohľadom na potrebu reflektovať súčasné praktiky v medzinárodnom obchode a moderné metódy uzatvárania zmlúv. Pôvodný Modelový zákon z 1985 sústredil predmetnú úpravu do jedného článku - 17. „Právo rozhodcovského senátu vydať predbežné opatrenia (Power of arbitral tribunal to order interim measures)".[34]

---

[32] Článok 889 Kódexu občianskeho konania (Kodikas Politikis Dikonomias)

[33] Resolution 61/33 – Revised articles of the Model Law on International Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, and the recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, done at New York, 10 June 1958.

[34] Článok 17 Modelový zákon (1985). Právo rozhodcovského senátu vydať predbežné opatrenie

„Pokiaľ nie je stranami dohodnuté niečo iné, rozhodcovský senát môže na žiadosť strany nariadiť ktorejkoľvek strane, aby prijala také predbežné ochranné opatrenie, ktoré považuje rozhodcovský senát za potrebné vo vzťahu k predmetu sporu. Rozhodcovský senát môže požadovať od ktorejkoľvek strany, aby poskytla záruku vo vzťahu k takému opatreniu."

Súčasná rozsiahlejšia úprava je sústredená do samostatnej kapitoly, ktorá je ďalej vnútorne členená.

Nová koncepcia úpravy rozlišuje medzi „interim measures“ a „preliminary orders“, medzi predbežnými opatreniami a predbežnými príkazmi, pričom však preklad z anglického jazyka nie je jednoznačný, avšak z nášho pohľadu túto konštrukciu má nový Modelový zákon na mysli. Pod predbežným opatrením („interim measure“) rozumie akékoľvek dočasné opatrenie, vo forme rozhodnutia („award“) alebo inej forme, ktorým, kedykoľvek do vydania rozhodnutia záväzne ukončujúceho spor, rozhodcovský senát nariadi strane, aby

- zachovávala alebo obnovila status quo až do meritórneho rozhodnutia veci,

- podala žalobu, ktorá by predchádzala alebo zdržať sa podania žaloby, ktorá by spôsobila bezprostredne hroziacu škodu alebo zaujatosť voči rozhodcovskému procesu,

- poskytla prostriedky, ktoré môžu ovplyvniť následné vydanie rozhodcovského rozsudku,

- uschovala dôkaz, ktorý môže byť relevantný a dôležitý pre rozhodnutie sporu.

V nasledujúcom článku Modelový zákon zakotvuje predpoklady pre nariadenie predbežného opatrenia. Strana, ktorá žiada o nariadenie predbežného opatrenia musí preukázať, že na jednej strane, ak nebude nariadené predbežné opatrenie hrozí škoda neprimerane napraviteľná rozhodnutím o náhrade škody a táto škoda podstatne presahuje škodu, ktorá hrozí strane, proti ktorej je opatrenie namierené, a na strane druhej musí súčasne preukázať primeranú možnosť, že uspeje v podstate svojich požadovaných nárokov.

V druhom oddieli nazvanom „Preliminary orders“ sú upravené návrh na vydanie predbežného príkazu a podmienky pre jeho vydanie. Súčasne s návrhom na nariadenie predbežného opatrenia môže strana podať návrh na vydanie predbežného príkazu ukladajúcim druhej strane zdržať sa konania, ktoré by zmarilo účel požadovaného predbežného opatrenia. Inštitúty predbežného príkazu a predbežného opatrenia sú vzájomne previazané, príkaz predbežného charakteru slúži v podmienkach Modelového zákona k zabezpečeniu účelu inštitútu predbežného opatrenia. V zmysle ustanovení Modelového zákona rozhodcovský senát môže vydať predbežný príkaz za predpokladu, ak hrozí, že prezradenie podania návrhu na vydanie predbežného opatrenia strane, voči ktorej toto predbežné opatrenie smeruje, by naštartovalo aktivity smerujúce k zmareniu jeho účelu. Modelový zákon

poníma predbežný príkaz explicitne ako dočasný inštitút, stanovuje v článku 17C (4) lehotu jeho existencie. Predbežný príkaz stráca platnosť uplynutím lehoty 20-tich dní odo dňa jeho vydania rozhodcovským senátom. Fakticky však môže ostať jeho obsah v platnosti, keďže je to inštitút, ktorý predchádza vydaniu predbežného opatrenia a rozhodcovský senát môže nariadiť predbežné opatrenie, ktoré prevezme predbežný príkaz do svojho obsahu. Medzi vydaním predbežného príkazu a nariadením predbežného opatrenia rozhodcovský senát upovedomí stranu, proti ktorej predbežný príkaz smeruje a dá jej príležitosť prezentovať jej postoj k záležitosti. Predbežný príkaz má záväzný charakter, zaväzuje strany, ktorých sa týka, avšak nie je vykonateľný súdom. Predbežný príkaz nemá charakter rozhodnutia.[35]

Štvrtý oddiel upravuje uznávanie a výkon predbežných opatrení. Predbežné opatrenie nariadené rozhodcovským senátom je záväzné a na návrh príslušným súdom vykonateľné.

Špecifikom novej úpravy je zakomponovanie taxatívnych dôvodov, pre ktoré môže súd odmietnúť uznanie a vykonanie predbežných opatrení nariadených rozhodcovským senátom. Regulácia predpokladov pre uplatnenie odmietnutia uznania a výkonu v článku 17I limituje súdy v možnosti odmietnuť uznať a vykonať predbežné opatrenia. Modelový zákon v poznámke pod čiarou stanovuje, že štáty pri harmonizácii svojich národných úprav nemôžu ísť nad rozsah tejto úpravy, môžu sa však rozhodnúť prevziať len niektoré dôvody. Uznanie a vykonanie predbežného opatrenia môže byť odmietnuté na návrh strany alebo z vlastnej iniciatívy súdu. Na návrh strany môže byť uznanie a výkon predbežného opatrenia odmietnuté z dôvodov uvedených v článku 36(1)(a)(i), (ii) alebo (iii). Dôvodmi pre odmietnutie v zmysle tohto článku sú, že strana bola k uzatvoreniu rozhodcovskej zmluvy zmienenej v článku 7 v určitom smere nespôsobilá alebo zmienená zmluva je neplatná podľa práva, ktorému ju strany podrobili, alebo v nedostatku takého určenia podľa práva štátu, kde bolo predbežné opatrenie nariadené (i); strana, voči ktorej je predbežné opatrenie uplatňované, neobdržala náležité vyrozumenie o menovaní rozhodcu alebo o rozhodcovskom konaní, alebo nemohla v inom smere konať vo svojej veci (ii); predbežné opatrenie sa týka sporu nezamýšľaného stranami alebo nespadajúceho do kompetencie rozhodcovského konania alebo obsahujúceho rozhodnutia o veciach, ktoré nie sú arbitrovateľné, ak môže byť rozhodnutie o veciach podriadených rozhodcovskému konaniu oddelené od iných takto nepodriadených, iba tá časť predbežného opatrenia, ktorá obsahuje rozhodnutia o veciach podriadených rozhodcovskému konaniu, môže byť uznaná a vykonaná (iii); zloženie rozhodcovského súdu alebo rozhodcovské konanie nebolo v súlade s dohodou strán alebo ak chýbala takáto dohoda, nebolo v súlade so zákonmi štátu, v ktorom sa rozhodcovské konanie konalo (iv).

[35] Článok 17C.(5) Modelový zákon (2006)

Na návrh strany, voči ktorej smeruje predbežné opatrenie, súd ho odmietne uznať a vykonať, ak rozhodcovský senát porušil pri nariaďovaní predbežného opatrenia ustanovenia zákona súvisiace s garanciami pri realizácií predbežného opatrenia.[36] Taktiež príslušný súd odmietne uznať a vykonať opatrenie rozhodcovského senátu v prípade, ak bolo zrušené alebo dočasne prerušené rozhodcovským senátom alebo súdom štátu, v ktorom rozhodcovské konanie prebieha alebo podľa práva ktorého bolo predbežné opatrenie nariadené, ak je na to súd oprávnený.[37]

Bez iniciatívy zainteresovaných, na základe vlastného podnetu odmietne výkon predbežného opatrenia z tých istých dôvodov, pre ktoré môže odmietnuť uznanie alebo výkon rozhodcovských rozhodnutí. V zmysle článku 36(1)(b) môže byť rozhodcovské rozhodnutie a analogicky i predbežné opatrenie odmietnuté, ak predmet sporu nie je spôsobilým predmetom riešenia sporu pred arbitrážou podľa zákona tohto Štátu (i), alebo ak by uznanie a výkon predbežného opatrenia bol v rozpore s verejným poriadkom tohto Štátu (ii).

Posledný piaty oddiel rieši predbežné opatrenia nariadené súdom.

Významnou oblasťou, v ktorej sa prejavuje, resp. sa môže prejaviť zásah súdu, je oblasť dokazovania, keďže rozhodcovský súd nemusí mať k dispozícii materiálne podmienky a koniec-koncov ani zákonné predpoklady pre vykonanie toho-ktorého dôkazu. Článok 27 Modelového zákona upravuje pomoc súdu pri vykonávaní dôkazov: „Rozhodcovský senát alebo strana so súhlasom rozhodcovského senátu môže požiadať príslušný súd tohto Štátu o pomoc pri vykonávaní dôkazov. Súd môže vyhovieť žiadosti v rámci svojej kompetencie a podľa svojich predpisov o vykonaní dôkazov.“ Modelový zákon zaraďuje oblasť dokazovania výslovne do spoločnej kompetencie rozhodcovského orgánu a súdu v súlade s článkom 5: „Vo veciach upravených týmto zákonom žiadny súd nebude zasahovať (intervenovať) s výnimkou prípadov, kedy je to predvídané v tomto zákone.“ Oblasť dokazovania v rozhodcovskom konaní v závislosti od konkrétneho prípadu je s ohľadom na dobrovoľnosť rozhodcovského konania a s ohľadom na postavenie rozhodcov značne komplikovaná, keďže rozhodcovia nedisponujú donucovacou právomocou a nemajú „páky“ na to, aby mohli vykonať niektoré dôkazy, prípadne by úkony dokazovania boli spojené s ťažkosťami alebo so zvýšenými alebo neúčelnými trovami.[38] Príkladom prvej komplikácie pri výkone dokazovania, teda chýbajúce mocenské prostriedky pre výkon dôkazu, je situácia, keď svedok nie je ochotný sa dostaviť a vypovedať. V zmysle § 126 OSP je každý povinný ustanoviť sa na predvolanie na súd a vypovedať ako svedok. Musí

[36] Článok 17C(1)(a)(ii) Modelového zákona (2006)

[37] Článok 17C(1)(a)(iii) Modelového zákona (2006)

[38] § 39 OSP

vypovedať pravdivo a nič nezamlčovať. Výpoveď môže odoprieť len vtedy, ak by ňou spôsobil nebezpečenstvo trestného stíhania sebe alebo blízkym osobám, pričom o dôvodnosti odopretia výpovede rozhoduje súd. Výpoveď môže odoprieť aj vtedy, ak by ňou porušil spovedné tajomstvo alebo tajomstvo informácie, ktorá mu bola zverená ako osobe poverenej pastoračnou starostlivosťou.[39] Ak nie sú splnené predchádzajúce predpoklady odopretia výpovede, je svedok povinný vypovedať na základe predvolania.[40] Asistencia súdu nastupuje v prípade, ak sa predvolaný nedostaví na výsluch. Keďže dobrovoľnosť výsluchu zo strany svedka zjednodušuje túto záležitosť. V prípade nedostavenia sa na výsluch, požiada rozhodcovský súd o vykonanie dôkazu súd, keďže súd disponuje možnosťami zabezpečenia účasti svedka na výsluchu prostredníctvo príslušného policajného orgánu. Súd vypočuje svedka v súlade s jeho pravidlami výkonu dôkazov a rozhodca alebo rozhodcovia môžu požiadať o umožnenie byť prítomný pri jeho vypočutí, poprípade i klásť otázky svedkom. Explicitnú možnosť rozhodcov zúčastniť sa vypočutia svedkov alebo znalcov súdom a klásť im otázky obsahuje japonská úprava rozhodcovského konania.[41] Rozhodcovský senát obdrží záznam z vypočutia svedka.

Úprava dokazovania je v Modelovom zákone značne strohá, národné úpravy častokrát obsahujú detailnejšiu úpravu. V slovenskom zákone o rozhodcovskom konaní nachádzame klasický odkaz na vykonanie dôkazu súdom, ak rozhodcovský súd nemôže zabezpečiť vykonanie dôkazu sám. Rozhodcovský súd uloží účastníkovi rozhodcovského konania, aby na dožiadanom súde zložil preddavok na úhradu trov dožiadania.[42] Rokovací poriadok RS SOPK precizuje tým, že uvádza, že senát alebo rozhodca môžu vypočuť svedkov alebo znalcov len vtedy, ak sa mu dobrovoľne podrobia, čím zvýrazňujú charakter rozhodcovského konania v tomto štádiu procesu.[43]

Vplyv súdu sa prejavuje i po skončení rozhodcovského konania, resp. vo fáze po vydaní rozhodcovského rozsudku. I keď je rozhodcovské konanie svojím charakterom jednostupňové konanie a strany nemajú možnosť klasického opravného prostriedku, národné úpravy regulujú možnosť zrušenia rozhodcovského rozsudku súdom zo zákonne vymedzených dôvodov. Modelový zákon v siedmej kapitole „Opravný protriedok proti

[39] § 126 OSP

[40] § 51 OSP: „Predvolanie na súd sa deje spravidla písomne a v naliehavých prípadoch i telegraficky, faxom alebo telefonicky. Predvolať možno i ústne na pojednávaní alebo pri inom úkone, na ktorom je predvolaný prítomný."

[41] Law on Public Notice Procedure and Arbitration Procedure

[42] § 27 ZRK

[43] § 28 Rokovací poriadok Rozhodcovského súdu Slovenskej obchodnej a priemyselnej komory

rozhodcovskému rozsudku“ upravuje možnosť zrušenia rozsudku z taxatívne vymedzených dôvodov. Používa pojem opravný prostriedok, i keď ho nemožno chápať v tradičnom ponímaní opravných prostriedkov podávaných na inštančne nadriadené orgány. Návrh na zrušenie rozhodcovského rozsudku ako výlučný opravný prostriedok môže byť podaný na súd, ak sú splnené predpoklady požadované Modelovým zákonom v článku 34.[44]

V súčasnosti je rozhodcovské konanie bombardované aktivitami a legislatívou z komunitárnej úrovne, keďže sa zvyšuje tlak na ochranu subjektov vstupujúcich do rozhodcovského konania nie celkom z vlastnej vôle. Týka sa to predovšetkým skupiny spotrebiteľov, ktorí sú v častých prípadoch vmanévrovaní do uzatvorenia rozhodcovskej zmluvy. Nepochybne, je potrebné skupine spotrebiteľov venovať zvýšenú pozornosť, avšak riešiť to v súvislosti s rozhodcovských konaním spôsobom, akým sa uberá slovenská legislatíva, nepovažujeme za optimálne. Rozhodcovské konanie sa v súvislosti s posilňovaním ochrany a pozície spotrebiteľov dostáva do nepriaznivého až negatívneho svetla a narúša sa jeho koncepcia. Máme za to, že spotrebiteľ vie čítať a písať, a mal by venovať zvýšenú pozornosť tomu, čo podpisuje. Týmto spôsobom sa druhá strana - dodávateľ dostáva podľa nášho názoru do zraniteľnej pozície.

---

[44] Článok 34 (2): Rozhodcovský rozsudok môže byť zrušený súdom určeným v článku 6 iba vtedy, ak:

(a) strana podávajúca návrh preukáže, že
  (i) strana bola k uzatvoreniu rozhodcovskej zmluvy zmienenej v článku 7 v určitom smere nespôsobilá alebo zmienená zmluva nie je platná podľa zákona, ktorému ju strany podriadili alebo, ak nie sú o tom potrebné údaje, podľa práva tohto Štátu, alebo
  (ii) strana uplatňujúca návrh neobdržala náležité vyrozumenie o menovaní rozhodcu alebo o konaní rozhodcovského konania alebo sa nemohla v inom smere vyjadriť k veci, alebo
  (iii) rozhodcovský rozsudok sa zaoberá sporom medzi stranami nezamýšlanom alebo nespadajúcim do kompetencie rozhodcovského konania, alebo obsahuje rozhodnutia o veciach, ktoré nie sú arbitrovateľné; ak môže byť rozhodnutie o veciach podriadených rozhodcovskému konaniu oddelené od iných vecí takto nepodriadených, môže byť zrušená iba tá časť rozhodcovského rozsudku, ktorá obsahuje rozhodnutie vo veciach rozhodcovskému konaniu nepodriadených, alebo
  (iv) zloženie rozhodcovského senátu alebo rozhodcovské konanie nebolo v súlade s dohodou strán, ibaže takáto dohoda bola v rozpore s ustanoveniami tohto zákona, od ktorých sa strany nemôžu odchýliť, alebo ak nie je takáto dohoda, nebolo v súlade so zákonom, alebo
(b) súd zistí, že
  (i) predmet sporu nepripúšťa riešenie sporu pred arbitrážou podľa zákona tohto Štátu, alebo
  (ii) rozhodcovské rozsudok je v rozpore s verejným poriadkom tohto Štátu.

Poslednou novelou zákona o rozhodcovskom konaní boli do jeho textu zakomponované požiadavky vyplývajúce z vyššie spomínanej ochrany spotrebiteľa. Konkrétne v rámci prameňov, z ktorých má rozhodcovský súd vychádzať pri posudzovaní sporu medzi stranami[45], „svietia" okrem tradičného zmluvného dojednania, obchodných zvyklostí, zásad poctivého obchodného styku a dobrých mravov, aj ustanovenia všeobecne záväzných právnych predpisov na ochranu práv spotrebiteľa.[46] Obdobne v ustanovení § 33 ods. 2 ZRK sa deklaruje, že rozhodcovský súd nemôže prisúdiť, čo odporuje zákonu alebo ho obchádza, alebo sa prieči dobrým mravom a plnenie, ktoré je nemožné. Rovnako nemožno prisúdiť plnenie zo spotrebiteľskej zmluvy, ktorá je v rozpore s ustanovenia všeobecne záväzných právnych predpisov na ochranu práv spotrebiteľa, najmä ak obsahuje neprijateľnú zmluvnú podmienku. Poslednou zásadnou zmenou bolo doplnenie výpočtu dôvodov, na základe ktorých sa možno domáhať zrušenia rozhodcovského rozsudku, o prípad, že pri rozhodovaní boli porušené všeobecne záväzné právne predpisy na ochranu práv spotrebiteľa.

Nepochybne významným štádiom spolupráce, no i núteného spolunažívania rozhodcovského súdu a štátnych súdov, je fáza realizácie rozhodcovského rozsudku, teda jeho výkon alebo exekúcia podľa zákona č. 233/1995 Z.z. o súdnych exekútoroch a exekučnej činnosti (Exekučný poriadok) v znení neskorších predpisov. Z vyššie ilustrovaných dôvodov, rozhodcovský súd nedisponuje možnosťami zabezpečiť vykonanie svojho rozhodnutia, a tu nastupuje kooperácia štátneho súdu. V nasledujúcich riadkoch sa nebudeme zameriavať na ilustráciu ustanovení zákona o rozhodcovskom konaní týkajúcich sa týchto aspektov rozhodcovského rozhodnutia. Zameriame sa na zmeny pripravované Ministerstvom spravodlivosti SR, ktoré sa výrazne dotknú aj rozhodcovského konania, a ktoré by mali reflektovať niektoré praktické problémy tohto inštitútu, resp. eliminovať podnikavých jednotlivcov pri zneužívaní tohto ešte stále v očiach laikov kontroverzného inštitútu. Nanešťastie iniciatíva MS SR z nášho pohľadu sa míňa svojich účinkov skôr stavia rozhodcovské konanie do nepriaznivého svetla. Pripravovaná novela exekučného poriadku vo viacerých smeroch rieši aj rozhodcovské riešenie sporov. V súvislosti s poverením na vykonanie exekúcie, navrhovaná úprava osobitne rieši súvislosti a 15-dňová lehota na preskúmanie návrhu na vykonanie exekúcie a exekučného titulu tu neplatí. Zároveň status rozhodcovského konania je postavený z nášho pohľadu navrhovanou úpravou do nepriaznivého a zároveň prekvapujúceho svetla, keďže zvlášť navrhuje zakotvenie obligatórnej požiadavky, aby si súd zakaždým vyžiadal aj zmluvu, na základe ktorej rozhodoval rozhodcovský

[45] § 31 ods. 3 ZRK

[46] Napríklad § 53 Občianskeho zákonníka, zákon č. 250/2007 Z.z. o ochrane spotrebiteľa, zákon č. 266/2005 Z.z. o ochrane spotrebiteľa pri finančných službách na diaľku, čl. 3 nariadenia Európskeho parlamentu a Rady (ES) č. 2006/2004 z 27.októbra 2004 o spolupráci medzi národnými orgánmi zodpovednými za vynucovanie právnych predpisov na ochranu spotrebiteľov

súd, ak je exekučným titulom rozhodcovské rozhodnutie. Toto je z nášho pohľadu priam absurdná požiadavka. Z predkladacej správy vyberáme za všetky len jednu skvostnú formuláciu priamo súvisiacu s rozhodcovským rozhodnutím: „(týmto návrhom) Posilňuje sa ochrana povinného pri takých exekučných tituloch akými sú rozhodcovské rozhodnutie, notárska zápisnica, pokuta uložená v blokovom konaní.“ Zjavne predkladateľ opomenul vlastnosť rozhodcovského rozhodnutia deklarovanú v § 35 ZRK, a teda, že doručený rozhodcovský rozsudok, ktorý už nemožno preskúmať podľa § 37, má pre účastníkov rozhodcovského konania rovnaké účinky ako právoplatný rozsudok súdu. Takýmito nekoncepčnými iniciatívami sa celkom určite neposilní ochrana povinného, keďže ten nie je celkom bez určitých možností na zvrátenie nepriaznivého výsledku v rozhodcovskom konaní, len sa nabúra inštitút, ktorého pozícia sa ani doposiaľ neustálila a v očiach laikov je častokrát vnímaný ako inštitút slúžiaci podvodníkom.

Literature:

- Born, G.B.: International Commercial Arbitration, London: Kluwer Law International, 2001
- Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B.: On International Commercial Arbitration, London: Kluwer Law International, 1999
- Hora, V.: Československé civilní právo pocesní, díl III., Praha, 1929
- Raban, P.: Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí, Praha: C.H.Beck, 2004
- Redfern, A., Hunter, M.: Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Sweet&Maxwell, 2004

Contact – email
regina.palkova@upjs.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

HLAVNÍ DOKTRÍNY OVLÁDAJÍCÍ ROZHODČÍ ŘÍZENÍ

NADĚŽDA ROZEHNALOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Rozhodčí řízení, respektive mezinárodní rozhodčí řízení je ovládáno následujícími doktrínami: smluvní, jurisdikční a smíšenou. Tyto koncepce významně ovlivnily legislativu a rozhodování v průběhu dvacátého století. Článek je zaměřen na vysvětlení obsahu těchto doktrín, vysvětlení pozice z pohledu české odborné literatury a české rozhodovací praxe, vymezení otázek, jejichž zodpovězení je přímo či nepřímo závislé na sdílené doktríně.

Key words in original language
Rozhodčí řízení; mezinárodní rozhodčí řízení; jurisdikční doktrína; smluvní doktrína; smíšená doktrína; usnesení Ústavního soudu České republiky; názor autora.

Abstract
The area of the arbitration, respectively the international arbitration, is controlled through the following doctrines - contractual, jurisdictional and mixed. These concepts influenced the legislation and the case law significantly during the 20th century. The paper focuses on the explanation of the content and impact of the above mentioned doctrines; the position from the point of view of the Czech literature and decision making prakticethe defining the issues; the answer is directly or indirectly dependent on a share doctrine.

Key words
Arbitration; international arbitration; jurisdictional theory; contract theory; mixed theory; decisions of the Constitutional Court of the Czech Republic; author views.

1. NĚKOLIK SLOV NA ÚVOD

Dle našeho názoru závisí řešení řady otázek v rozhodčím řízení na zastávané doktríně. V některých případech může jít o osobní stanovisko rozhodce, v jiných jde o stanovisko, ke kterému se hlásí právní úprava či které je formováno soudy obecnými. V České republice se dostáváme do lehce paradoxní situace. Zkusme si ji nastínit. Ústavní soud České republiky (dále jen Ústavní soud) tam, kde se vyjadřuje k povaze rozhodčího řízení či rozhodčího nálezu, se hlásí zcela nepochybně k doktríně smluvní[1]. I když

[1] Toto naše tvrzení lze dokumentovat na řadě případů. Z databáze nalus lze poukázat například na: usnesení sp. zn. IV ÚS 174/02; sp.zn. I ÚS 339/02; sp. zn. IV. ÚS 511/03; sp. zn. III. ÚS 166/05; sp. zn. III ÚS 145/03; sp..zn.II ÚS 2169/07**;** **s**p.zn II.ÚS 3059/08 a další.

se již před rokem 2002 setkáváme v rozhodování Ústavního soudu s posuzováním otázek týkajících se rozhodčího řízení, pravděpodobně poprvé se zcela jasně vyslovil k povaze rozhodčího řízení v usnesení IV.ÚS 174/02. Připomeňme si uvedené konstatování, které převzalo do odůvodnění osobní stanovisko *předsedy senátu prof. JUDr. J. Suchoži, DrSc.2:*

"Prof. JUDr. J. S., DrSc., předseda ve věci rozhodujícího rozhodčího senátu, ve svém vyjádření k ústavní stížnosti uvedl, že je nekonzultoval s ostatními členy bývalého, ve věci rozhodujícího senátu, je projevem jeho osobních názorů a nelze je interpretovat jako stanovisko Rozhodčího soudu ve smyslu § 30 odst. 3 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů. Senát, který ve věci rozhodoval, byl ustanoven vůlístran ad hoc a nelze jej ztotožňovat se senátem obecného soudu. Rozhodčí soud je soukromou osobou, která je soudem jen podle názvu, nepatří do soustavy soudů podle zákona o soudech a soudcích a není orgánem veřejné moci. Má povahu odborné organizace zprostředkovávající služby pro osoby, které chtějí, aby rozhodce jejich právní vztah vyjasnil a napevno postavil. Charakter rozhodčí činnosti je založený smlouvou delegující vůli stran a její výsledek je činností narovnávající ve smyslu § 585 obč.zák. Výsledek pak je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný. Rozhodce nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tedy není delegovaná svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud, kterou mu svěřili. Rozhodčí nález nevydává rozhodčí soud, ale rozhodci. Je vynutitelný z důvodu vynutitelnosti závazku, který byl rozhodcem v zastoupení stran uzavřen. Z tohoto pohledu Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky není v řízení o ústavní stížnosti pasivně legitimován."

Reflexe tohoto usneseních se následně pravidelně objevuje v textu odůvodnění hodnotících povahu rozhodčích soudů a rozhodčího řízení. Tak například v usnesení sp.zn. II.ÚS 3059/08 lze zaznamenat konstatování, že:

„Ústavní soud ve zde posuzované věci odkazuje na svá dřívější rozhodnutí (srov. např. usnesení sp. zn. I. ÚS 339/02, sp. zn. IV. ÚS 511/03, sp. zn. III. ÚS 166/05 či sp. zn. III ÚS 145/03). Vycházel v nich z toho, že rozhodovací činnost rozhodčího soudu, resp. rozhodce, je založená na smlouvě, která deleguje vůli stran, a její výsledek je kvalifikovanou formou závazku. Rozhodce (rozhodčí soud) nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tak není delegována svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud."

Podobně také například v PI ÚS 37/08 ze dne 28.1.2009:

---

[2] Citovaná usnesení jsou převzata z : http://nalus.usoud.cz

„……senát Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, který ve věci rozhodoval, byl ustanoven vůlí stran ad hoc a nelze jej ztotožňovat se senátem obecného soudu. Rozhodčí soud je soukromou osobou, která je soudem jen podle názvu, nepatří do soustavy soudů podle zákona o soudech a soudcích, a není orgánem veřejné moci. Má povahu odborné organizace zprostředkovávající služby pro osoby, které chtějí, aby rozhodce jejich právní vztah vyjasnil a napevno postavil. Charakter rozhodčí činnosti je založený smlouvou delegující vůlí stran a její výsledek je činností narovnávající ve smyslu § 585 obč. zák. Výsledek pak je kvalifikovanou formou závazku a jako takový je též závazný. Rozhodce nenalézá právo, ale tvoří (eventuálně napevno staví, vyjasňuje, tedy narovnává) závazkový vztah v zastoupení stran. Jeho moc tedy není delegovaná svrchovanou mocí státu, ale pochází od soukromé vlastní moci stran určovat si svůj osud, kterou mu svěřily. Rozhodčí nález nevydává rozhodčí soud, ale rozhodci. Je vynutitelný z důvodu vynutitelnosti závazku, který byl rozhodcem v zastoupení stran uzavřen. Z tohoto pohledu Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky není v řízení o ústavní stížnosti pasivně legitimován, není orgánem veřejné moci, a tudíž ani jeho rozhodčí nálezy nemohou být rozhodnutím orgánu veřejné moci ve smyslu cit. ustanovení Ústavy a zákona".

Takto by bylo možné pokračovat dále a dále. Dle našeho názoru zde dochází ke zcela správnému popření toho, že by rozhodčí soud, byť stálý, byl orgánem moci veřejné. Na druhé straně však dochází k hodnocení povahy rozhodčího řízení pohledem doktríny smluvní bez zohlednění oné skutečnosti, že vůle stran je zde pouze a jenom derivátem odvozeným z konkrétního právního předpisu[3].

Nejvyšší soud České republiky se v některých rozhodnutích přihlásil v odůvodnění k názoru Ústavního soudu[4] na povahu řízení. Ve většině otázek se však hodnocení vyhýbá. Po pravdě řečeno, vzhledem k povaze

[3] K otázce vývoje a posunu vztahu právního předpisu a autonomie vůle na příkladu smlouvy srovnej například ve starší české literatuře Zimmermann, M.A., Mezinárodní právo soukromé, Brno, 1933, s. 213 a násl. S odkazem na kritiku v Německu (v. Bar, Zitelmann,Unger), Francii (Pillet, Niboyet) i Velké Británii (Dicey). Sám Zimmermann se jednoznačně vyslovuje proti tomu, že smlouva by mohla existovat mimo zákonodárnou soustavu a jediným pramenem je vůle stran. Zdůrazňuje, že je velmi důležité, že starý rakouský občanský zákoník teorii autonomie integrálně nerecipoval, nýbrž jí přiznal jen subsidiární platnost. Podobně vysvětluje i slavný článek 1134 Code civil stanovící, že vůle smluvních stran je zákonem. Vůle stran nemůže být nikdy zákonem, tj. normativním předpisem spočívajícím na donucení. Velmi dobrý přehled nalezneme v Lando, O. Contracts, Volume III, Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, s. 14 a násl. Zde lze nalézt přehled vývoje v jednotlivých zemích včetně analýzy některých přístupů, které ovlivnily hodnocení volby práva – viz. zejména odkazy na Batiffola a Ehrenzweiga Samozřejmě, zde se pohybujeme v řízení rozhodčím. Nicméně podstata problému, tj. vazba autonomie vůle a právní normy zůstává.

[4] Viz například odůvodnění v rozhodnutí 33 Cdo 2675/2007.

řízení a řešeným otázkám ani není proč hodnotit podstatu tohoto řízení. S plným vědomím odlišnosti otázek, ke kterým se vyslovuje Nejvyšší soud České republiky, se domníváme, že přístup tohoto soudu spíše akcentuje doktrínu jurisdikční či smíšenou. Jednoznačně vyplývá „umístění" rozhodčího řízení do rámce příslušných právních předpisů a vymezení autonomie vůle stran v mezích platných předpisů.

Podíváme-li se na odbornou literaturu, je většinový názor autorů zabývajících se rozhodčím řízení směřován ke kvalifikaci řízení pohledem doktríny jurisdikční či smíšené. Spíše výjimečně se objevují výslovní zastánci doktríny smluvní[5].

Otázka zní, zda doktrinální pohled na rozhodčí řízení má zásadní vliv na řešení konkrétních otázek a institutů. Pokud ano, potom je třeba si také říci kterých. Dle našeho názoru se jedná o přístup ke kvalifikaci rozhodčí smlouvy, o postavení rozhodce a zdroj jeho pravomoci rozhodovat konkrétní spor, odpovědnost rozhodce, vztah mezi stranami smlouvy a rozhodcem, rozhodné práva pro jednotlivé vztahy a otázky, možnost dispozice s rozhodčím řízením přesahující hranice v procesním právu státu fóra (přesun sudiště do zahraničí tam, kde neexistuje žádný vztah se zahraničím, odsun procesních norem fóra nad rámec kogentních procesních norem atd.) až po koncepci rozhodčího nálezu.

2. VÝCHOZÍ TEORETICKÉ KONCEPCE

Literatura uvádí více teorií, které se věnují povaze rozhodčího řízení. Pro všechny z nich je společné to, že se zabývají vazbou státu a rozhodčího řízení a to s poukazem na roli státu na jedné straně a roli vůle stran na pozici druhé. Vazba mezi nimi tak představuje pro rozhodčí řízení ústřední bod úpravy a východisko pro další úvahy. Diametrálně odlišná řešení, k nimž často senáty docházejí při posuzování jednotlivých otázek, mají svůj základ právě v rozdílných teoretických východiscích..

V literatuře setkáváme s následujícími koncepcemi[6]:

- jurisdikční,
- smluvní,
- smíšenou a

[5] Blíže srovnej Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008, s. 52 – 57.

[6] S tímto členěním se ze setkat v publikaci Lew, J.D.M., Applicable Law in International Commercial Arbitration. New York: : Oceana Publications-Dobbs Ferry , 1978, s. 52 a násl.

- autonomní.

Jak již bylo uvedeno výše, každá z teorií řeší koncepčně jinak roli státu a jeho suverenity ve vztahu k mezinárodnímu rozhodčímu řízení. Představují současně rozdílné pozice: na jedné straně pomyslné čáry je to státně centristický positivistický pohled na mezinárodní rozhodčí řízení jako na systém alternativního řízení k řízení soudnímu a představujícímu systém odvozený od soudní moci státu, na druhé straně transnacionální systém představující soukromoprávní způsob řešení sporů zcela nezávislý na státu. Naposledy uvedenou doktrínu, která je charakteristická naprostým popíráním role státu, ponecháme pro malou praktičnost stranou.

Jurisdikční doktrína (judicial theory, jurisdictional theory) vychází z myšlenky uznání pravomoci státu kontrolovat a regulovat veškerá rozhodčí řízení (mezinárodní rozhodčí řízení) realizovaná v dosahu jurisdikce daného stát[7]. Rozhodčí řízení je považováno za geograficky vymezený a konkrétní právní normou určený způsob řešení sporů představující alternativu k řešení soudnímu. To se týká jak řízení tuzemského, tak i mezinárodního. Naposledy uvedené mezinárodní rozhodčí řízení je lokalizovatelné a rozhodující procesní účinky jsou odvozeny od konkrétního státu. Např. F. A. Mann[8], jako významný zastánce této doktríny zdůrazňuje, že mezinárodní rozhodčí řízení odvozuje svou zákonnost a účinnost od určitého národního právního systému. Uvádí, že každý stát má právo regulovat a kontrolovat aktivity realizované na jeho teritoriu. Od národního systému práva je odvozena platnost rozhodčí smlouvy, národní právo vymezuje její účinky, pravomoc rozhodčího senátu rozhodnout spor a v neposlední řadě i účinky rozhodčího nálezu. Vliv má tato koncepce například na otázku imunit rozhodce – ty jsou stejné, jako mají při rozhodování soudci. Rozhodčí nález má tytéž účinky jako rozhodnutí soudu. Není nutná jeho konfirmace soudem či jiný podobný proces. Je konečné a závazné. Pro určení povahy jednotlivých institutů rozhodčího práva je současně rozhodující jejich povaha jako institutů procesních. Potlačeny jsou prvky smluvní, zejména potom zásadní role rozhodčí smlouvy. Tento náhled se promítá do řady otázek. V souladu s touto koncepcí je sice přijímáno, že rozhodčí řízení a jeho možnost realizace má pro konkrétní rozhodovaný případ svůj původ v dohodě stran. Současně však rozhodující pro realizaci řízení je ta skutečnost, že možnost konat toto řízení, ustanovení rozhodců, účinky arbitrážní smlouvy, pravomoc rozhodců, vykonatelnost rozhodčího nálezu, atd. se opírají o právní řád určitého státu. Tedy o autoritu určitého státu. Ony žádoucí účinky rozhodčího řízení, které je odlišují od na příklad pouhé mediace, neexistují mimo konkrétní

---

[7] Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kroll, S. Comparative International Commercial Arbitration. Dordrecht: Kluwer Law International, 2003.

[8] Mann, F.A. Lex facit arbitrum, in International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke,

právní řád, nejsou dány jen dohodou stran. Jak uvádí například Bělohlávek, tato teorie vychází z toho, *„že rozhodčí řízení je řízení sporné a rozhodci vykonávají rozhodovací pravomoc s tím, že tito řeší spor cestou nalézání práva na základě pravomoci delegované státem, a nikoli dohodou stran“*[9]. Rozhodce získává autoritu jednat na základě konkrétního právního řádu. V mezinárodním rozměru znamená tato koncepce vazbu rozhodce na stát jeho působení. Rozhodci mají své fórum. Rozdíl mezi postavením soudce a rozhodce je potom ten, že zatímco soudce odvozuje své ustanovení a autoritu přímo od státu, rozhodce odvozuje svou autoritu od státu, avšak jeho nominace je záležitostí stran. Důsledky této koncepce se promítají na příklad do určení práva rozhodného pro řešení merita sporu, kde nemají rozhodci větší volnost než mají soudci. Pokud jde o procesní normy jsou samozřejmě vázáni stejně jako soudci procesními normami fóra. Ty potom určují míru volnosti stran či rozhodců. Jsou současně povinni respektovat veřejný pořádek místa zasedání rozhodčího senátu. Literatura uvádí, že nejčastěji se dnes setkáváme s touto koncepcí v bývalých socialistických státech[10].

K zastáncům této koncepce patří v České republice například Z. Kučera, K. Růžička. Spíše k ní se – dle svých slov – přiklání A.J. Bělohlávek.

Smluvní doktrína (contractual theory) ve své klasické podobě uznává pouze smlouvu a autonomii stran vůbec za základ rozhodčího řízení. Rozhodčí řízení má svůj původ v rozhodčí smlouvě a jeho realizace je závislá na vůli stran. Strany samy mají rozhodující vliv na charakter arbitráže (ad hoc či institucionální), výběr rozhodců, místo řešení sporu, dobu řešení sporu, pravidla řízení. Jsou způsobilé rovněž „denacionalizovat“ mezinárodní rozhodčí řízení. V této koncepci se odráží zásada „arbiter nihil extra compromissum facere potest“. Rozhodčí nález má v klasické koncepci rovněž smluvní povahu a jeho původ je odvozen z rozhodčí smlouvy. Nicméně je třeba poznamenat, že moderní verze této dokríny se vyjadřují pouze ke smluvní povaze rozhodčího řízení a rozhodčí nález nehodnotí. Protagonisté této koncepce odmítají rozhodující vlivu státu na arbitráž. Zdůrazňují volní složku: strany dobrovolně uzavřely smlouvu (zásadní vliv zásady pacta sunt servanda), dobrovolně se rozhodly svůj spor předložit arbitráži, dobrovolně souhlasí (ovšem předem), že rozhodčí nález splní. Proto také pro řízení samotné je rozhodující vůle stran. V případě nedobrovolného nesplnění je nahlíženo na rozhodčí nález jako na smlouvu, která je vykonatelná soudem. Z pohledu této koncepce má stát jen velmi malý vliv na rozhodčí smlouvu, řízení či nález. Národní

[9] Bělohlávek A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář, Praha:C.H.Beck, 2004.

[10] Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kroll, S. Comparative International Commercial Arbitration. Dordrecht: Kluwer International, 2003. Ke koncepcím zejména od s. 77.

rozhodčí právo jen vyplňuje mezery v rozhodčí smlouvě, příp. má vliv na některé otázky jako je uplatnění veřejného pořádku či arbitrabilitu sporu. Toto vše se samozřejmě projevuje i v mezinárodním rozměru tím, že rozhodci nemají své fórum a žádné národní právo si nemůže osobovat své kontrolní zásahy (na příklad formou zrušení rozhodčího nálezu). U některých zastánců vede až k teorii tzv. delokalizované arbitráže a zcela opomíjí jakýkoli vliv národního práva. Strany či i rozhodci mají širokou až dle některých zastánců této koncepce neomezenou volnost v určování práva pro všechny složky procesu, tj. jak pro normy procesní, tak i pro normy dopadající na meritum sporu. Zastáncem v České republikace je P. Raban[11]. Česká literatura přinesla poměrně bohatou diskusi k této doktríně zejména po vydání výše uvedeného usnesení Ústavního soudu (Bělohlávek[12], Růžička[13], Pecha[14], Raban).

Doktrína smíšená (mixed theory) se snaží odstranit koncepční slabiny doktrín jurisdikční a smluvní. I když v této souvislosti bývá uvedeno, že namísto řešení problému tento jen popisuje. Z čeho tato doktrína vychází ? Pro svou existenci vyžaduje rozhodčí řízení spolupůsobení dvou prvků: vůle stran podřídit spor řešení před rozhodci a vůle státu propůjčit rozhodčímu řízení stejné účinky jako má rozhodnutí soudu. Je tudíž pochopitelné, že se objevila i další koncepce, která se snaží o zmírnění protikladů obou krajních doktrín a odrážející spolupůsobení obou prvků – autonomie vůle stran a vlivu státu na rozhodčí řízení. Její počátek je spojován se jménem G. Sauser-Halla[15]. Uvedl, že arbitráž nemůže stát mimo právní systém. Musí existovat nějaké právo, které bude určovat možnost konání arbitráže, platnost rozhodčí smlouvy a účinky rozhodčího nálezu. Současně však je neopomenutelné, že arbitráž má svůj původ v soukromoprávní smlouvě. Vůle uzavřít smlouvu, vybrat si osoby rozhodující spor, ovlivnit průběh řízení, to vše je ve výlučném působení vůle stran. Oba prvky jsou současně v arbitráži neoddělitelně spojeny a jen jejich spojení jí dodává určitou podobu. Podobně také A. Redfern a M. Hunter popsali mezinárodní rozhodčí řízení jako *„proces, který začíná*

---

[11] Dovozujeme z celkového vyznění publikace Raban, P., Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí, Praha: C.H.Beck, 2004.

[12] Bělohlávek A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář, Praha:C.H.Beck, 2004.

[13] Růžička, K., K otázce právní povahy rozhodčího řízení, Bulletin advokacie, 2003, č. 5, s. 32 a násl. Růžička, K., Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2003, s. 23 a násl.

[14] Pecha, R., K právní povaze rozhodčích nálezů, Bulletin advokacie, 2003, č. 5, s. 42 a násl.

[15] Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kroll, S. Comparative International Commercial Arbitration. Dordrecht: Kluwer International, 2003, s. 78-80.

soukromoprávní smlouvou a končí závazným rozhodnutím, které může být i nuceně vykonáno"[16]. Důsledkem této koncepce je existence silné vazby k místu konání řízení. Nicméně však ne vazby nepřekonatelné. Silný vliv má i dohoda stran, rozhodčí smlouva, se kterou je nutné zacházet jako se smlouvou. Řízení je regulováno vůlí stran v mezích procesních norem fóra. Je tak předmětem procesních norem určitého státu. Právo rozhodné je vybíráno rovněž v mezích norem mezinárodního práva soukromého fóra.

3. STANOVISKO AUTORA

Pro zaujmutí našeho stanoviska je třeba připomenout mimo jiné i naše vnímání rozhodčího řízení vnitrostátního a mezinárodního.

Rozhodčí řízení (arbitráž) lze vymezit jako „dobrovolné postoupení řešení sporu neutrální třetí straně, rozhodcům či rozhodčímu soudu (tj. soukromým osobám či nestátní instituci), která vydá po provedeném řízení závazné a vykonatelné rozhodnutí."

Základními podmínkami realizace rozhodčího řízení jsou **A. přípustnost projednání sporu v tomto řízení z pohledu dotčených právních řádů**[17] a **B. platná dohoda stran o podřízení řešení sporu rozhodcům**.

I když ustanovení rozhodce či rozhodčího senátu má soukromoprávní charakter a řízení je možné realizovat jen na základě existující dohody stran, vlastní řízení si zachovává svou veřejnoprávní povahu. Řízení samo je řízením sporným a rozhodci vykonávají svou rozhodovací pravomoc na základě pravomoci obecně delegované státem, nikoli na základě pouhé vůle stran zhmotněné ve smlouvě. Možnost daná stranám přenést pravomoc ze soudů obecných na rozhodce je nejen omezena, ale i současně vymezena zákonem. Stát pravidelně realizuje (i když omezeně a pravidelně na návrh strany) své kontrolní pravomoci vůči rozhodčímu řízení. Rovněž napomáhá přes státní soudy tam, kde rozhodci nemohou určité úkony vykonat. Rozhodčímu nálezu přiznává při splnění vymezených podmínek

---

[16] Redfern, A., Hunter, M., Law and Practise of International Commercial Arbitration, London: Sweet and Maxwell, 1986, s..7

[17] V mezinárodním rozhodčím řízení jsou dotčenými právními řády obvykle právní řád místa realizace rozhodčího řízení (který je předvídatelný, pokud nedojde k tzv. delokalizaci) a právní řád místa nuceného výkonu rozhodčího nálezu (který se může měnit v závislosti na tom, kde se nachází majetek povinného, resp. v případě existence vícera takových míst, kde se rozhodne oprávněný podat návrh na exekuci). Toto tvrzení je však relativní natolik, nakolik mají strany či rozhodci zájem využít spolupůsobení moci veřejné v daném místě (jmenování rozhodce, provedení úkonu, který rozhodci z povahy věci provést nemohou, nucený výkon rozhodčího nálezu), případně využít jiných institutů jako je podání návrhu na zrušení rozhodčího nálezu nebo v některých právních úpravách potvrzení nálezu rozhodců soudem a jeho včlenění do rozhodnutí soudního.

stejné účinky jako soudnímu rozhodnutí. Rozhodčí nález je exekučním titulem stejně jako soudní rozhodnutí. Dispozice s řízením, které mají strany, nejsou neomezené.

Rozhodčí řízení vnitrostátní i mezinárodní je vytvářeno kumulativním působením tří složek:

- autonomie vůle účastníků řízení a rozhodců,

- procesní garance státu jak vůči řízení samému, tak vůči jeho výsledku, tj. rozhodčímu nálezu,

- spolupůsobení obecných soudů projevující se jednak ve funkcích pomocných (náhradní jmenování rozhodců, odvolávání rozhodců, výslech svědka atd.) , jednak ve funkcích kontrolních (zrušení rozhodčího nálezu, uznání a výkon rozhodčího nálezu atd.

Kumulativním působením těchto složek se liší rozhodčí řízení jak od řízení před soudy obecnými (omezenost vlivu vůle stran či rozhodujícího orgánu), tak od alternativních způsobů řešení sporů (neexistence procesních garancí státu či spolupůsobení obecných soudů).

Řešení jednotlivých otázek nastolených v rámci přijetí určité úpravy rozhodčího řízení, proporce mezi autonomií vůle stran a rozhodců na jedné straně a spolupůsobením obecných (státních) soudů na straně druhé, jsou zejména v oblasti mezinárodního rozhodčího řízení citlivé. Národní úpravy vykazují tendence jak ke zvýšení vlivu obecných soudů na rozhodčí řízení, přip. judicializaci rozhodčího řízení, tak i snahu o větší autonomii tohoto řízení. Vyrovnanost obou složek rozhoduje i o tom, zda se konkrétní stát stane či nestane oblíbeným sudištěm.

4. ZÁVĚR

V českém právu byla rozvinuta široká diskuse týkající se rozhodčího řízení. Posun od stávajícího vnímání v rámci jurisdikční doktríny, přip. smíšené doktríny, znamenalo vydání řady usnesení Ústavního soudu, v nichž se tento vyslovil k otázkám rozhodčího řízení. Pro demonstraci uvádíme alespoň dvě z nich v závěrečné pasáži této kapitoly. Zde znovu zaznělo konstatování o existenci smluvního vztahu mezi stranami a rozhodci včetně odmítnutí pojímání rozhodce jako orgánu moci veřejné. Stejně jako v prvých usneseních v roce 2002 není otázka existence smluvního vztahu blíže objasněna. K této otázce se znovu vrátíme v kapitole o rozhodcích.

Náš názor na tuto otázku je jiný. Tak, jak to promítáme dále do povahy rozhodčí smlouvy či upozorňujeme na tento problém v souvislosti se souvisejícími otázkami typu rozhodného práva, zastává autor této publikace doktrínu smíšenou. Důvodem je skutečnost, že tato akcentuje oba pilíře rozhodčího řízení – zákon, který vůbec dává rozhodčímu řízení účinky jiné

než je pouhé soukromoprávní narovnání, a smlouvu, která zakládá pravomoc soukromých osob pro konkrétní případ rozhodnout spor.

Literature:

- Bělohlávek A., Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Komentář, Praha:C.H.Beck, 2004.
- Lando, O. Contracts, Volume III, Private International Law, International Encyclopedia of Comparative Law, Tubingen: J.C.B.Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- Lew, J.D.M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, New York: Oceana Publications-Dobbs Ferry, 1978.
- Lew, J.D.M., Mistelis, L.A., Kroll, S. Comparative International Commercial Arbitration. Dordrecht: Kluwer Law International, 2003.
- Mann, F.A. Lex facit arbitrum, in International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke,
- Pecha, R., K právní povaze rozhodčích nálezů, Bulletin advokacie, 2003, č. 5.
- Raban, P., Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí, Praha: C.H.Beck, 2004.
- Redfern, A., Hunter, M., Law and Practise of International Commercial Arbitration, London: Sweet and Maxwell, 1986.
- Rozehnalová, N., Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, Praha: ASPI Wolters Kluwer, 2008.
- Zimmermann, M.A., Mezinárodní právo soukromé, Brno, 1933.
- or, M. et al: Name, Town: publisher, year of publishing, number of pages, ISBN

Contact – email
1860@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZHODČÍ ŘÍZENÍ A EVROPSKÉ PRÁVO

DUŠAN RUŽIČ

Ružič & Partners, Czech republic

Abstract in original language
V tomto příspěvku se věnuji krátké charakteristice rozhodčího řízení v českých podmínkách, dále jsem se zaměřil na jeho právní úpravu v evropském právu a na nejvýznamnější rozhodnutí Evropského soudního dvora, která ovlivnila chápání institutu rozhodčího soudu z pohledu evropského práva. V článku se zamýšlím nad otázkami jako například, zda může rozhodčí soud předložit předběžnou otázku k posouzení Evropskému soudnímu dvoru, dále možností použití nařízení o pravomoci soudů, uznání a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech v rozhodčím řízení a na možnost státního soudu rozhodnout o vydání předběžného opatření v případě sporu před rozhodčím soudem.

Key words in original language
Rozhodčí řízení; Bruselská úmluva; Luganská úmluva; Brusel I.; Evropský soudní dvůr; evropské právo; komunitární právo; předběžná otázka; předběžné opatření.

Abstract
In the article I deal with the characteristic of arbitration, the arbitration in the European law, and the most important judicial decision of European Court of Justice. I think about if the arbitration court could put in a preliminary question to European Court of Justice, if the Regulation Brusel I could be used in the arbitration and if the state court could tender a preliminary ruling in the case of arbitration process.

Key words
Arbitration; Brusel agreement; Lugan agreement; Brusel I; European Court of Justice; European law; preliminary question; preliminary ruling.

1. POJEM ROZHODČÍ ŘÍZENÍ

Rozhodčím řízením rozumíme rozhodování sporů soukromými osobami nebo nestátními rozhodčími institucemi, které jsou oprávněny spor projednat a rozhodnout. Základním prvkem je souhlas stran s projednáním a rozhodnutím sporu v rozhodčím řízení a existence rozhodčí smlouvy. Rozhodčí smlouva musí být uzavřená písemně; písemná forma je pak zachována i tehdy, je-li rozhodčí smlouva sjednána telegraficky, dálnopisem nebo elektronickými prostředky, jež umožňují zachycení jejich obsahu a určení osob, které rozhodčí smlouvu sjednaly[1]. Ujednali-li si účastníci, že

[1] Srov. § 3 odst. 1 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů

případné spory mohou být řešeny i v rozhodčím řízení u rozhodčího soudu, přičemž se pro tento případ zavázaly splnit všechny povinnosti uložené jim v rozhodčím nálezu ve lhůtách v něm uvedených, projevily nepochybně svou vůli založit pravomoc rozhodčího soudu pro řešení případných sporů mezi nimi vzniklých na základě smlouvy[2]. Rozhodčí smlouva je základní podmínkou pro možnost projednání sporu v rozhodčím řízení. Jejím uzavřením dochází k derogaci jurisdikce státních soudů. V případě, že by jedna smluvní strana podala žalobu bez souhlasu druhé strany u státního soudu, má druhá strana právo vznést námitku nedostatku jeho pravomoci v důsledku existence rozhodčí doložky[3]. Strany se můžou dohodnout, zda bude v rozhodčím řízení rozhodovat jeden rozhodce nebo senát, složený ze tří rozhodců. Jestliže se smluvní strany dohodly, že jejich případné spory bude rozhodovat jediný blíže konkretizovaný rozhodce, daly tím najevo, že jsou ochotny podrobit se rozhodnutí jen této jediné osoby. Tím se ovšem vystavily riziku, že nepřijme-li tato osoba funkci rozhodce, funkce se vzdá nebo ji nebude moci vykonávat, nebude tu podle rozhodčí doložky nikdo, kdo by jejich spor v rámci rozhodčího řízení projednal a rozhodl. Za takového stavu se platně sjednaná rozhodčí smlouva stává obsoletní a zaniká. Nic pak nebrání tomu, aby věc byla projednána před obecným soudem[4]. Týká-li se rozhodčí doložka (smlouva) všech sporů, které by v budoucnu vznikly z určitého právního vztahu (smlouvy), vztahuje se pak i na spor o určení neplatnosti odstoupení od smlouvy[5].

Rozhodčí soudy se od státních soudů liší hlavně v tom, že nemohou na rozdíl od státních soudů zavazovat svými rozhodnutími třetí osoby a po třetích osobách mohou žádat jenom ty úkony, které činí dobrovolně. Na druhou stranu, státní soudy mohou zrušit rozhodčí nález[6], resp. odepřít uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu.

2. VLIV EVROPSKÉHO PRÁVA

Rozhodčí řízení nepatří mezi problematiku, která by evropským právem byla výslovně a nějak uceleně řešena. Na druhou stranu existují různé otázky, kterými se evropské právo v rámci rozhodčího řízení zabývá. Jako příklad můžeme zmínit otázku možnosti rozhodčího soudu obrátit se na Evropský soudní dvůr s předběžnou otázkou. Pojem rozhodčí řízení resp. arbitráž v evropském právu se používá jako terminus technicus pro veškeré způsoby řešení sporů či rozhodování o nárocích soukromoprávních subjektů

[2] Srov. sp. zn. 32 Cdo 2697/2007

[3] Viz. také § 106 zák. č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu

[4] Srov. sp. zn. 33 Odo 135/2006

[5] Srov. sp. zn. 29 Odo 1222/2005

[6] Srov. sp. zn. 32 Odo 217/2004

tam, kde je vhodné zvolit způsob jiný než ochranu prostřednictvím státních soudů.[7]

Mezi základní principy evropského práva patří zásada přednosti a přímého účinku komunitárního práva ve vztahu k vnitrostátnímu právu. Z tohoto důvodu musí rozhodci aplikovat prameny primárního a sekundárního evropského práva při rozhodování v rozhodčím řízení. Úmluvy, které mají po vstupu České republiky do Evropské unie vliv na rozhodčí řízení, jsou Úmluvy o pravomoci soudů a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z 27. září 1968 (tzv. Bruselská úmluva) a Úmluva o pravomoci soudů a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech z 16. září 1988 (tzv. Luganská úmluva). Bruselská úmluva, původně přijatá jako mezinárodní smlouva a součást tzv. terciálního práva, dostala podobu nařízení č. 44/2001[8] o pravomoci soudů, uznání a výkonu rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, a stala se aktem sekundární legislativy s přímým účinkem. Brusel I. ve svém článku prvním výslovně vylučuje použití tohoto nařízení na rozhodčí řízení. To znamená, že se na rozhodčí řízení nevztahují pravidla Bruselu I. určující pravomoc soudů, uznání a prohlášení vykonatelnosti. Tyto otázky řeší mezinárodní smlouvy, nebo jsou řešeny podle národního práva. Když budeme blíže zkoumat toto vyloučení rozhodčího řízení z Bruselu I. zjistíme, že se nejedná o jednoznačnou záležitost. Evropský soudní dvůr[9] vyložil dosah Bruselského nařízení na rozhodčí řízení restriktivně a to tak, že do věcné působnosti Bruselu I. z oblasti rozhodčího řízení nepatří:

- vlastní rozhodčí řízení

- pomocná činnost soudů v rámci rozhodčího řízení

- jmenování rozhodců soudem

- zproštění mlčenlivosti rozhodce soudem

- soudní rozhodnutí o platnosti či neplatnosti rozhodčí smlouvy

- soudní řízení o zrušení rozhodčího nálezu

- řízení o uznání a výkon cizího rozhodčího nálezu.

Do věcné působnosti Bruselu I. z oblasti rozhodčího řízení patří:

---

[7] Bělohlávek, Rozhodčí řízení a komunitární právo, Právní rozhledy 10/2002 Evropské právo

[8] Dále jako Brusel I.

[9] rozsudek ESD č. C – 190/89, ve věci Marc Rich & Co. AG v. Societa Italiana Impianti PA

- řízení o předběžném opatření k zajištění nároku podrobeného rozhodčí smlouvě.[10]

Evropský soudní dvůr v této věci rozhodl tak, že určujícím pro aplikaci nařízení Brusel I. je předmět sporu. V případě, že předmět sporu souvisí s rozhodčím řízením, je celý spor vyloučen z dosahu Bruselské úmluvy bez ohledu na případné předběžné otázky.

Tomuto vyloučení rozhodčího řízení z věcné působnosti nařízení Brusel I. odpovídá to, že všechny členské státy EU jsou zároveň smluvními státy Newyorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů z r. 1958[11] a Evropské úmluvy o mezinárodní obchodní arbitráži.

Podle názoru Evropského soudního dvora spadají pod pojem rozhodčí řízení nejen vlastní rozhodčí řízení, ale i řízení před státními soudy, která rozhodčímu řízení napomáhají, jako je jmenování rozhodců soudem, zproštění mlčenlivosti rozhodce soudem[12].

Další důležitou otázkou, kterou řeší evropské právo, je otázka, zda se může rozhodčí soud obrátit na Evropský soudní dvůr (dále také „Soudní dvůr“) s předběžnou otázkou. Touto problematikou se zabýval Soudní dvůr v roce 1966 v případu Vassen-Göbbles, kdy soudní dvůr stanovil pět kritérií, které musí subjekt splnit, aby jej šlo podřadit pod pojem soud dle čl. 234 SES[13]. Čl. 234 SES upravuje pravomoc Soudního dvora rozhodovat o předběžných otázkách a dále umožňuje soudu členského státu požádat Soudní dvůr o rozhodnutí o předběžné otázce, když to považuje za nezbytné. Soudní dvůr v rozhodnutí ze dne 30.6.1966 v případu Vassen-Göbbles vyložil pojem soud dle tohoto článku a stanovil, že musí splňovat 5 kritérií:

1. musí se jednat o stálý orgán (v případě ad hoc tribunálů je nutné přihlédnout ke konkrétním okolnostem),

2. vytvořený na základě práva,

3. s obligatorní jurisdikcí,

4. který prostřednictvím aplikace práva

5. rozhoduje spory.

---

[10] Pauknerová, M. Evropské mezinárodní právo soukromé, C.H.Beck Praha, 2008

[11] Srov. Pauknerová, M. Mezinárodní právo soukromé, C.H.Beck, Praha, 2008, str. 131

[12] Srov. Pauknerová, M. Mezinárodní právo soukromé, C.H.Beck, Praha, 2008, str. 131

[13] Smlouva o založení Evropského společenství.

Rozhodčí tribunál tohoto případu splňoval všechna kritéria a proto byl dle čl. 234 SES oprávněn se obracet na Soudní dvůr s předběžnou otázkou.

V rámci tohoto výkladu považuji za vhodné doplnit, že čl. 234 SES byl v části týkající se práva členského státu obrátit se na Soudní dvůr s předběžnou otázkou plně zachován i ve znění čl. 267 Smlouvy o fungování Evropské unie[14].

Lze shrnout, že Soudní dvůr přiznal oprávnění obrátit se s předběžnou otázkou, které vznesou rozhodčí tribunály, jejichž jurisdikce bude obligatorní a budou-li relativně stálého charakteru. Právní povaha těchto rozhodčích tribunálů se blíží dle názoru Soudního dvora povaze řádných soudních orgánů.[15]

Dalším známým případem věnovaným této otázce je rozhodnutí ve věci Nordsee Deutsche Hochseefischerei ca Reederei Mond Hochseefischerei[16]. Předseda vyššího oblastního soudu, který jednal v tomto případě jako rozhodce, předložil předběžnou otázku Soudnímu dvoru. Jednalo se o spor mezi třemi společnostmi založenými podle německého práva. Rozhodčí soud předložil Soudnímu dvoru otázky týkající se výkladu komunitárního práva ohledně pomoci ze zemědělského, podpůrného a garančního fondu. Soudní dvůr prozkoumal povahu rozhodčího řízení a poukázal na to, že existují společné rysy řízení před rozhodčím soudem a běžnými soudy. Podle německé právní úpravy mohli arbitři rozhodovat pouze na základě zákona a jejich rozhodnutí mělo stejné účinky jako rozsudek soudu. Rozhodčí nález měl mezi stranami povahu věci rozhodnuté a mohl být vykonán. Bylo ale konstatováno, že tyto charakteristiky nejsou dostatečné, aby mohl rozhodčí soud být považován za soud členského státu ve smyslu čl. 234 SES.[17] Soudní dvůr tak odmítl svou pravomoc a rozhodl, že rozhodce představuje soukromoprávní subjekt, který není povinen, ani oprávněn požádat Soudní dvůr o rozhodnutí ohledně slučitelnosti předběžných otázek s evropským právem. Jedině soud, jako orgán státu, je oprávněn obrátit se na Soudní dvůr s žádostí o posouzení předběžné otázky.[18] Navzdory tomu, že Soudní dvůr neuznal pravomoc rozhodčího soudu obrátit se na něj s předběžnou otázkou, nezbavuje to rozhodce

[14] Pravděpodobná účinnost od 1.1.2010

[15] Stehlík, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 4.

[16] Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 23. 3. 1982, sp. zn. C-102/81.

[17] Stehlík, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 5.

[18] Bělohlávek, A. Rozhodčí řízení a komunitární právo. Právní rozhledy, příloha Evropské právo, 2002, č. 10, s. 9.

povinnosti aplikovat komunitární právo.[19] Ostatně i v případě, kdy by byl stranami zmocněn k rozhodování ex aequo et bono[20], musí posuzovat otázku veřejného pořádku, jak toho národního, tak i toho komunitárního, v rámci práva Evropských společenství. Musíme tedy shrnout, že Soudní dvůr nepovažuje rozhodčí orgány s fakultativní jurisdikcí za „soud členského státu" ve smyslu čl. 234 SES. Fakultativní rozhodčí řízení je řízení, kdy k jeho uskutečnění je nezbytná platná rozhodčí smlouva uzavřená mezi spornými stranami, v takovém případě hovoříme též jako o dobrovolném rozhodčí řízení. Základní překážku představuje fakultativní jurisdikce a neangažovanost veřejných orgánů.[21]

Soudní dvůr se zabýval v rámci rozhodčího řízení ještě otázkou, zda strany, které řeší spor z rozhodčí smlouvy před rozhodčím soudem, můžou podat návrh na předběžné opatření před státním soudem. Soudní dvůr rozhodl[22] tak, že když smluvní strany degradují pravomoc státních soudů tím, že uzavřou rozhodčí smlouvu s rozhodčí doložkou, a podají návrh na předběžné opatření ke státnímu soudu, státní soud nemůže vydat předběžné opatření na základě nařízení Brusel I. Neplatí to ale vždy, rozhodující je předmět sporu. Předmětem sporu není rozhodčí řízení, ale materiální zajištění nároků do doby, než o nich bude konečně rozhodnuto, tzn. že předmětem návrhu na vydání předběžného opatření musí být otázky patřící do rozsahu nařízení Brusel I. Tedy, i když byla uzavřená rozhodčí smlouva, může být vydáno státním soudem předběžné opatření v případě, že mezi předmětem sporu, opatřením a místní příslušnosti členského státu existuje skutečná souvislost a opatření musí mít předběžný a ochranný charakter[23].

3. ZÁVĚR

Rozhodci jsou v rámci systému ES vázáni rozhodným právem aplikovatelným na daný právní vztah. Součástí práva členské země ES jsou i normy evropského práva, a to v různém stupni jejich právní síly, a tedy v závislosti na téže přímé aplikovatelnosti v jednotlivých členských zemích. I rozhodce je tak povinen zohledňovat evropské právo. Evropské právo upravuje problematiku rozhodčího řízení většinou cestou soudních rozhodnutí. V evropském právu neexistuje zvláštní úprava rozhodčího řízení, která by byla nadřazena vnitrostátní právní úpravě, proto i nadále

[19] Stehlík, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 5.

[20] spravedlivě a řádně

[21] Stehlík, V. Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005, č. 1, s. 5.

[22] Srov. Rozhodnutí C – 391/95

[23] Srov. Bohůnová, P. Dopad evropského práva na řízení před rozhodčími soudy: nařízení Brusel I, Interakce českého a evropského práva, Brno, 2009, str. 18, 19.

platí pro rozhodčí řízení zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů a řády rozhodčích soudů.

Literature:

- Stehlík, V.: Vybrané otázky rozhodčího řízení v komunitárním právu. Jurisprudence, 2005
- Bělohlávek, A.: Rozhodčí řízení a komunitární právo. Právní rozhledy, příloha Evropské právo, 2002,
- Pauknerová, M.: Mezinárodní právo soukromé, Praha, C.H.Beck, 2008, 409, 978-80-7400-034-8
- Růžička, K.: Rozhodčí řízení před rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky, Plzeň, Čeněk, 2005, 254, 80-86898-43-1
- Rozhodnutí Soudního dvora č. C – 391/95
- Rozhodnutí Soudního dvora ze dne 23. 3. 1982, sp. zn. C-102/81
- Rozsudek Soudního dvora č. C – 190/89, ve věci Marc Rich & Co. AG v. Societa Italiana Impianti PA
- Bělohlávek, Rozhodčí řízení a komunitární právo, Právní rozhledy 10/2002 Evropské právo
- Bohůnová, P. Dopad evropského práva na řízení před rozhodčími soudy: nařízení Brusel I, Interakce českého a evropského práva, Brno, 2009
- sp. zn. 33 Odo 135/2006
- sp. zn. 29 Odo 1222/2005
- sp. zn. 32 Odo 217/2004
- zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů
- sp. zn. 32 Cdo 2697/2007

Contact – email
dusanr@madur.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE ALTERNATIVE DISPUTE SETTLEMENTS METHODS CONTAINED IN DSU OF THE WTO

KATEŘINA ŘÍHOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tento příspěvek pojednává o rozhodčím řízení a ostatních alternativních metodách urovnávání sporů obsažených v Ujednání o řešení sporů. Tyto alternativní metody používané v rámci WTO představují jeden z dalších aspektů, jak může být mezinárodní rozhodčí řízení vykonáváno. Rozhodčí řízení upravené v Ujednání o řešení sporů hrají v rámci WTO významnou roli.

Key words in original language
Mezinárodní obchod; Světové obchodní organizace; mediace; dobré služby; řešení sporů; alternativní metody řešení sporů; arbitráž; vývoj urovnávání sporů.

Abstract
This article deals with the arbitration and other alternative dispute settlement methods contained in the DSU. The arbitration and other alternative dispute settlement methods are another aspect of international arbitration. The use of arbitration to solve the dispute is recognized in the DSU and plays important rule in the whole WTO dispute settlement procedure.

Key words
International Trade; the World Trade Organization; mediation; good services; Dispute Settlement Understanding; alternative dispute settlements methods; arbitration; the historical development of dispute settlement.

1. ŘEŠENÍ SPORŮ V RÁMCI WTO A JEHO VÝVOJ

Jednou z nejvýznamnějších funkcí WTO je dle čl. III odst. 3 Dohody o zřízení Světové obchodní organizace i správa Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů (dále již jen DSU). V praxi to znamená, že WTO disponuje vlastním soudním orgánem a institucionalizovaným procesem řešení obchodních sporů. Tímto orgánem (Dispute Settlement Body) je Generální rada. Ta se pravidelně setkává jednak v mezidobí mezi konáním Ministerských konferencí jako druhý nejvyšší orgán WTO, dále plní funkci Orgánu pro řešení sporů a Orgánu pro přezkoumávání obchodní politiky členských států a celních území.

Takto moderní a institucionalizovaná správa řešení sporů v rámci WTO je ale poměrně nedávným řešením[1]. Přesto se na potřebu řešení sporů pamatovalo již po druhé světové válce při vzniku GATT 1947 jako prozatímní právní úpravy mezinárodních obchodních styků. Při vytváření nového systému v rámci WTO se tak dalo čerpat ze zkušeností nasbíraných během téměř padesáti let řešení obchodních sporů v rámci GATT 1947. Protože GATT 1947 obsahovala pouze dvě stručná ustanovení týkající se řešení obchodních sporů[2], byla tato problematika předmětem agendy Uruguayského kola[3]. Tato ustanovení upravovala dvou fázový postup při případném sporu. Prvním z nich byla bilaterální vyjednávání mezi stranami sporu, druhou pak v případě neúspěchu předešlých vyjednávání, možnost obrátit se s otázkou řešení dané situace na smluvní strany. Výslovné zakotvení možnosti ustavení Panelu či postoupení sporu k Odvolacímu orgánu přišlo až mnohem později[4].

V roce 1986, na samém počátku Uruguayského kola, byla jednotlivými ministry odsouhlasena a následně vydána tzv. „ Punta del Este Declaration“ přibližující oblasti klíčových jednání uskutečněných v jeho rámci, zároveň obsahovala mandát pro další práce v oblasti řešení sporů[5].

Od ukončení Uruguayského kola došlo ke sladění systému řešení sporů, způsob existence ustanovení o řešení sporů v jednotlivých dohodách známý od Tokijského kola byl překonán[6]. V dnešním čl. 3. odst. 1 DSU je odkaz na používání principů řešení sporů, uplatňovaných dosud v souladu s výše uvedenými ustanoveními GATT 1947. Jedním z důvodu vzniku nového systému řešení sporů byl i požadavek členů na větší stabilitu a předvídatelnost, rovněž pak dosažení určité garance, že se v případě potřeby budou moci efektivně domáhat svých práv vyplývajících z dohod WTO.

Přístup k řešení sporů v rámci WTO je omezen pouze na jeho členy. Jednou z nejdůležitějších změn zavedenou od Uruguayského kola je automatičnost

---

[1] Řešení sporů v rámci WTO jako automatizovaný a samostatnou smlouvou upravený proces se začalo používat od 1. 1. 1995.

[2] Jedná se o článek XXII GATT 1947 týkající se konzultací a článek XXIII GATT 1947 pojednávající o ochraně koncesí a výhod. Po neúspěšných konzultacích či projednáváních byl spor řešen v rámci tzv. pracovních skupin, které rozhodovaly konsensem a mohlo dojít až k suspenzi koncesí či jiných závazků.

[3] Course on Dispute Settlement: World Trade Organization, Ženeva: OSN, 2003, str. 39.

[4] Mavroidis, P. C., The General Agreement on Tariffs and Trade: A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2005, str. 261. (383)

[5] Croome, J. Reshaping the World Trading System: A history of Uruguay Round, Ženeva: WTO, 1995, str. 147. (392)

[6] Rozehnalová, N., Týč, V. Vnější obchodní vztahy Evropské Unie, Brno: Masarykova Universita, 2006, str. 22. (118)

procesu a s tím související pravidlo negativního konsensu (rule of negative/reverse konsensus). V praxi to znamená, že rozhodnutí Odvolacího orgánu je pro dotyčnou stranu sporu automaticky závazné, ledaže by všichni členové WTO projevili nesouhlas s tímto rozhodnutím nesouhlas. V minulosti byla vynutitelnost rozhodnutí značně ztížena, neboť záleželo na dotyčné smluvní straně GATT 1947, zda se rozhodnutí podrobí.

S jistou nadsázkou by se dalo shrnout, že systém řešení sporů v rámci GATT/WTO po druhé světové válce byl na principu síly, později přešel do diplomatické roviny, aby v současnosti vykazoval znaky systému řízeného pravidly a právními normami.

2. ALTERNATIVNÍ ZPŮSOBY ŘEŠENÍ SPORŮ V RÁMCI WTO

Kromě nejvíce používaného způsobu řešení sporů obsahujícího povinné konzultace, utavení Panelu a popřípadě postoupení sporu k odvolacímu orgánu, nabízí DSU ještě další alternativní způsoby. Tyto jsou upraveny v jeho čl. 5 DSU a jedná se o dobré služby, smírčí řízení a zprostředkování Dále mohou členové WTO využít i rozhodčího řízení, jehož úpravu obsahuje čl. 25 DSU. Rozhodčí řízení se používá také v případech uvedených v čl. 21 odst. 3 c) a 22 odst. 6 a 7 DSU. Způsoby řešení porušení pravidel WTO nabízené „Ujednáním o pravidlech a řízení při řešení sporů“ se tedy dají rozdělit do tří následujících skupin:

1. Nejvíce používaný způsob řešení sporů obsahující povinné konzultace, ustavení Panelu a popřípadě postoupení sporu k odvolacímu orgánu WTO.

2. Dobré služby, smírčí řízení a zprostředkování jako alternativní řešení sporu upravené čl. 5 DSU.

3. Rozhodčí řízení upravené čl. 25 DSU jako alternativa nejvíce používaného způsobu řešení sporů, který postupuje od zahájení povinných konzultací, přes ustavení Panelu až po postoupení sporu k odvolacímu orgánu WTO. Dále pak DSU ve svém čl. 21 odst. 3 písm. c) a čl. 22 odst. 6 a odst. 7 obsahuje úpravu specifického rozhodčího řízení, které se používá v příslušné fázi nejvíce používaného způsobu řešení sporů zahrnujícího povinné konzultace, ustavení Panelu či postoupení sporu k odvolacímu orgánu.

Základem dobrých služeb, smírčího řízení a zprostředkování je jejich dobrovolné přijetí spornými stranami a dohoda sporných stran. Kterákoliv ze sporných stran o ně může kdykoliv požádat. Postupy zahrnující dobré služby, smírčí řízení a zprostředkování mohou být též kdykoliv započaty či ukončeny. Jestliže došlo k jejich ukončení, může žalující strana sporu žádat o ustavení Panelu. Avšak jestliže byly postupy v rámci dobrých služeb, smírčího řízení či zprostředkování zahájeny do 60 dnů po datu obdržení žádosti o konzultace, musí žalující strana sporu vyčkat uplynutí oné lhůty 60 dnů po datu obdržení žádosti o konzultace, než může požádat o ustavení

Panelu. Zajímavé je, že v případě, že se na tom strany dohodnout, mohou postupy v rámci dobrých služeb, smírčího řízení či zprostředkování pokračovat i přesto, že probíhá řízení před Panelem. Většinou tyto alternativní způsoby řešení sporu stranám nabízí Generální ředitel[7]. Cílem je pomoci stranám odstranit rozdíly v názorech na řešení problému a vyřešit spor. Žádná jiná práva plynoucí z úmluv spadajících pod WTO tímto nejsou dotčena.

Možnost vyřešit spor pomocí mediace byla v minulosti využita například v případu preferenčního cla poskytovaného ES na dovážené plechovky tuňáka ze zemí ACP. Dne 10. 10. 2002 vydal Generální ředitel WTO Supachai Panitchpakdi zprávu o tom, že ze strany ES, Filipín a Thajska byla vznesena žádost o zahájení mediací pod jeho vedením či pod vedením mediátora, kterého určí se souhlasem stran sporu. Mediátor měl určit, zda jsou ze strany ES tím, že poskytuje na dovoz plechovek tuňáka zemím ACP preferenční clo, nadměrně zhoršeny oprávněné zájmy Filipín a Thajska. Spor byl zdárně vyřešen dohodou stran na základě názoru mediátora.

Čl. 25 DSU obsahuje úpravu rozhodčího řízení, jako alternativní prostředek, který má usnadnit urovnání některých sporů, týkajících se záležitostí jasně vymezených oběma stranami. Strany se musí na podřízení svého sporu rozhodčímu řízení vzájemně dohodnout a dojednat postup, podle něhož se bude řízení řídit. Existence takové dohody je pak ještě před skutečným zahájením rozhodčího řízení oznámena všem ostatním členům WTO. Tito ostatní členové WTO se mohou stát stranami rozhodčího řízení pouze po dohodě se stranami, které se o rozhodčím řízení dohodly[8].

Dále se strany sporu musí dohodnout, že se následně podřídí rozhodnutí. Každé rozhodnutí je oznámeno Orgánu pro řešení sporů (DSB) a zároveň Výboru každé příslušné dohody, u níž členové mohou položit otázku k ní se vážící. Na rozhodnutí rozhodčího řízení se mutadis mutandis použijí články 21 a 22 DSU.

Řešení sporu takovouto cestou není v praxi příliš běžné. Důvodem je skutečnost, že spor se musí týkat záležitostí jasně vymezených oběma stranami a strany se musí na rozhodčím řízení dohodnout včetně jeho postupu. Dalším faktem je to, že řešení sporu prostřednictvím konzultací, ustavení Panelu a případné obrácení se na druhou instanci se pro členy

---

[7] Např. dne 13. 7. 2001 vydal tehdejší Generální ředitel WTO Mike Moore zprávu č. WT/DSB/25 týkající se všech členů WTO. V jejím obsahu vyjádřil, že členům by neměla být odepřena žádná možnost vyřešení jejich sporu pomocí vyjednávání. Připomenul též, že možnosti dané čl. 5 DSU nebyly dosud ve větší míře využívány, a že je připraven plnit svou roli dle čl. 5 odst. 6 DSU. Dále zpráva obsahovala řadu důležitých procesních pokynů týkajících se žádosti o využití dobrých služeb, smírčího řízení či zprostředkování.

[8] The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, str. 374. (660)

WTO stalo známou, ověřenou a spolehlivou cestou. Navíc v rámci rozhodčího řízení dle čl. 25 DSU není běžné postoupit spor k odvolací instanci, tím se z pohledu členů WTO snižuje míra určitosti a důvěryhodnosti jeho výsledku.

V minulosti bylo poprvé od vzniku WTO využito rozhodčího řízení upraveného čl. 25 DSU v případu USA – Oddíl 110 (5) Autorského zákona (US – Section 110 (5) Copyright Act), známého též pod názvem „Případ Irské hudby". V průběhu tohoto případu byl vyřčen důležitý poznatek, že rozhodčí řízení dle čl. 25 DSU nepodléhá tzv. „multilaterální kontrole", je úkolem rozhodců samotných, aby celé řízení i jeho výstupy byly v souladu se základními principy a obecnými pravidly WTO[9]. O zahájení rozhodčího řízení bylo požádáno ES a USA, aby byla zjištěna míra zrušení či zmenšení výhod ES v důsledku existence a používání oddílu 110 (5) Autorského zákona[10] ze strany USA pro účely případné kompenzace. Strany sporu se na využití arbitráže dle čl. 25 DSU dohodly z důvodu, že jedinou další cestou, jak v daném případě zjistit míru zrušení či zmenšení výhod byl pouze postup dle čl. 22 odst. 6 a 7 DSU. Tento článek se však týká již suspenze koncesí, pro něž je třeba vznést poškozenou stranou sporu požadavek na možnost zavedení takového opatření. Nezbytný je souhlas Orgánu pro řešení sporů. Strany sporu se pokoušely naleznout řešení ve fázi kompenzací. V otázce důkazního břemene rozhodci postupovali dle pravidel obsažených v čl. 22.6 DSU, tudíž tato povinnost připadla USA, jako původnímu odpůrci v případu.

I zde jsme se mohli setkat se známou doktrínou „competence-competence", neboť prvním krokem rozhodců bylo určit, zda je dána jejich pravomoc zabývat se sporem. Výrok arbitrů o existenci pravomoci se odvolával na dřívější závěr Odvolacího orgánu WTO ohledně případu USA – Antidumpingový zákon z roku 1916. Obsahem tohoto výroku bylo mimo jiné, že oprávnění mezinárodního soudního dvoru rozhodovat o své pravomoci z vlastní iniciativy, je široce akceptované pravidlo. Dle jejich názoru se toto pravidlo vztahuje i na rozhodce.

Dle závěrů rozhodců z výše zmíněného případu je uchýlení se k rozhodčímu řízení dle čl. 25 DSU plně v souladu s cíly a účely řešení sporů upraveného „Ujednáním o pravidlech a řízení při řešení sporů". Rozhodčí řízení tak mělo přispět k rychlému vyřešení sporu mezi stranami.

---

[9] WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, Cambridge: Cambridge University Press, 2. vydání, část. 2, 2007, str. 1312.

[10] Oddíl 110 autorského zákona USA obsahoval omezení výhradních práv patřících držitelům autorského práva ve prospěch vysílání určitých představení subjekty bez autorského práva. Omezení spočívalo v tzv. „home-style exemption" a „business exemption".

Čl. 21 týkající se dohledu nad prováděním doporučení nebo rozhodnutí Orgánu pro řešení sporů stanovuje povinnost jejich bezodkladného provádění. Jestliže však není věcně možné, aby povinný člen WTO ihned postupoval v souladu s doporučeními a rozhodnutími, bude mu k tomu poskytnuta rozumná lhůta. Ta lze určit třemi způsoby:

4. Navržením dotčeným členem za předpokladu, že bude schválena Orgánem pro řešení sporů dle čl. 21 odst. 3 písm. a) DSU.

5. Vzájemnou dohodou sporných stran v rozmezí 45 dní následujících po dni přijetí doporučení nebo rozhodnutí dle čl. 21 odst. 3 písm. b) DSU.

6. Závazným určením v rozhodčím řízení v rozmezí 90 dní následujících po dni přijetí doporučení nebo rozhodnutí dle čl. 21 odst. 3 písm. c) DSU.

Varianta rozhodčího řízení nastupuje v případě, že nedojde ke schválení lhůty navržené dotčeným členem či k vzájemné dohodě sporných stran. V takovém případě v rozhodčí řízení panuje zásada, že rozumná lhůta pro provedení doporučení či rozhodnutí Panelu či Odvolacího orgánu nepřekročí 15 měsíců od data přijetí zprávy. Tato doba může být nicméně delší nebo kratší v závislosti na daných okolnostech.

Počet případů, kdy bylo pro určení rozumné lhůty použito arbitrážního řízení dle čl. 21. odst. 3 písm. c) DSU je již o něco početnější[11]. K definici mandátu rozhodce došlo např. v případu ES – Hormony (EC – Hormones). Specifikace rozumné lhůty a věcí souvisejících se pak objevila např. v případu USA – Kompensační zákon (US – Offset Act), povaha 15ti měsíční lhůty pak v případu Kanada – Lékařské patenty (Canada – Pharmaceutical Patents).

Další úpravou rozhodčího řízení, je ustanovení čl. 22 odst. 6 a odst. 7. Toto řešení nastupuje ve chvíli, když dotčený člen WTO neuvede opatření, považované za neslučitelné s uvedenou dohodou, do souladu nebo nedodržuje jinak doporučení a rozhodnutí v rozumné lhůtě určené dle některého z postupů popsaných v odst. 3 čl. 21. Dotčený člen, je – li o to požádán, musí zahájit nejpozději před uplynutím rozumné lhůty jednání s kteroukoliv jiným členem, který je dotčen řízením o řešení sporu. Cílem jednání je dosáhnout vzájemně přijatelného vyrovnání.

Jestliže do 20 dní po datu uplynutí rozumné lhůty nedojde k dohodě ohledně uspokojivého vyrovnání, může kterýkoliv člen dotčený řízením o řešení sporu vůči dotčenému členu požádat Orgán pro řešení sporů o povolení suspendovat poskytování koncesí nebo jiných závazků podle příslušných dohod. Orgán pro řešení sporů takovou žádost může buď cestou konsensu

[11] Nejnovějším rozhodčím nálezem týkajícím se určení rozumné lhůty se týká případu Brazílie – pneumatiky (Brazil – Tyres) ze dne 29. 8. 2008.

zamítnout či suspenze koncesí povolit. V případě, že však dotčený člen projevuje námitky k úrovni navržené suspenze nebo namítá, že principy a postupy pro posuzování, kterou koncesi nebo jiný závazek suspendovat, uvedené v čl. 22 odst. 3 DSU nebyly dodrženy v případech, kdy žalující strana žádala o povolení k suspenzi koncesí nebo jiných závazků dle odstavce 3 písm. b) nebo c) čl. 22 DSU, je celá záležitost předložena rozhodčímu řízení. Toto rozhodčí řízení je zabezpečeno členy původního Panelu, pokud jsou tito dosažitelní nebo rozhodcem určeným Generálním ředitelem. Řízení musí být ukončeno ve lhůtě šedesáti dní počínající dnem uplynutí rozumné lhůty. V průběhu rozhodčího řízení nejsou koncese a jiné závazky suspendovány. Další postup, kterým se rozhodci mají řídit je uveden v čl. 22 odst. 7 DSU.

Další specifikaci jednotlivých ustanovení, pojmů a požadavků čl. 22 DSU s sebou přinesly právě uskutečněná rozhodčí řízení. Ve sporu ES – Hormony (EC – Hormones) vyjádřili rozhodci názor, že požadavek ze strany člena WTO na povolení suspenze koncesí musí být co nejpřesnější. V rámci sporu ES – Banány III (EC – Bananas III) byl postup dle čl. 22 odst. 6 DSU rozhodci přirovnán k postupu upraveném čl. 6 odst. 2 DSU, pro oba články pak platí obdobný specifický postup. Dalšími spory, v rámci nichž proběhlo toto rozhodčí řízení jsou např. USA – Zákon 1916 (US – 1916 Act), Brazílie – Letadla (Brazil Aircraft) či USA – Kompenzační zákon (US – Offset Act).

3. ZÁVĚR

Mechanismus řešení sporů je jedním z nejvýznamnějších atributů WTO. Účelem celého systému je okamžité vyřešení sporů mezi členy WTO týkající se jejich práv a povinností zakotvených v příslušných smlouvách. Pomocí něj je též zajištěno objasnění a vynucení právních závazků obsažených v úmluvách spadajících pod WTO. Takovýto postup má přispět k zachování správné rovnováhy mezi právy a povinnostmi jednotlivých členů[12]. Poměrně strohá úprava řešení sporů upravená GATT 1947 se zásluhou dlouholetých pracím, které se zúročily v průběhu Uruguayského kola, přeměnila na precizně upravenou problematiku obsaženou v samostatné mezinárodní smlouvě s názvem „Ujednání o pravidlech a řízení při řešení sporů“. Tento nový mechanismus nabízí kromě větší pružnosti a automatičnosti i institucionální zaštítění a zkvalitnění celého procesu. Statistická čísla dokazují, že řešení sporů v rámci WTO je jejími členy hojně využíváno. Tento fakt svědčí o projevené důvěře členů vůči Orgánu pro řešení sporů. Od vzniku WTO se Orgán pro řešení sporů zabýval více než tři sta případy[13].

---

[12] Van den Bossche, P. The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, str. 183. (737)

[13] A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. IX. (215)

Výše uvedený systém nabízí základní variantu řešení sporů, která předpokládá povinné konzultace, v případě jejich neúspěchu ustavení Panelu a případně postoupení sporu Odvolacímu orgánu. Kromě ní však počítá i s využitím alternativních prostředků v podobě dobrých služeb, smírčího řízení či zprostředkování. Další možností, která je při výběru způsobu řešení sporu dána členům WTO, je rozhodčí řízení dle čl. 25 DSU. Při výběru řešení sporu hraje roli mnoho faktorů, jako jsou např. čas, peníze a výkon rozhodnutí[14]. Z praxe posledního desetiletí lze vysledovat, že nejvíce používaným prostředkem v rámci WTO je základní varianta řešení sporů. Rozhodčí řízení dle čl. 25 bylo použito zatím pouze jedinkrát.

Dalšími případy, kdy lze při řešení sporů v rámci WTO použít rozhodčího řízení jsou jednotlivé fáze sporu řešeného základním typem řízení pomocí konzultací, ustavení Panelu a případným odvoláním se k Odvolacímu orgánu. Jedná se o jeden ze způsobu určení rozumné lhůty pro provedení doporučení či rozhodnutí dle čl. 21 odst. 3 písm. c) DSU. Dále pak se v rozhodčím řízení mohou projednávat námitky dotčeného člena proti navrženým suspenzím koncesí dle čl. 22 DSU.

Způsoby řešení sporů v rámci WTO se tedy mohou lišit. Přesto stojí na jednotném základě, kterým je úsilí udržet klid a mír při provádění mezinárodního obchodu. Systém řešení sporů stojí již dnes na kvalitním základě, přesto se však i v současné době stále pracuje na jeho zkvalitňování. Již nyní existují nové nápady a podněty na další využití rozhodčího řízení dle čl. 25 DSU[15] či alternativních způsobů řešení sporů v rámci čl. 5 DSU[16]. Další vývoj ukáže až budoucnost.

Literature:

- A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, str. 215
- Course on Dispute Settlement: International Commercial Arbitration, Ženeva: UNCTAD, 2005, str. 48.
- Course on Dispute Settlement: World Trade Organization, Ženeva: OSN, 2003, str. 63.

---

[14] V současné době se kladné chování dotčeného člena vůči zprávě Panelu či Odvolacího orgánu a uvedení vadného stavu do souladu s právem WTO pohybuje okolo 80 %. Více viz. Plasai V. Compliance and Remedies against Non – Compliance Under the WTO System, Ženeva: ICTSD, 2007, str. vii. (71)

[15] Pauwelyn, J. Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it, Ženeva: ICTSD, 2007, str. 26 - 27. (62)

[16] Nordstrom, H., Shaffer, G. Access to Justice in the World Trade Organization, Ženeva: ICTSD, 2007, str. 12 -13. (30)

- Croome, J: Reshaping the World Trading System: A history of Uruguay Round, Ženeva: WTO, 1995, str. 392.
- Jackson J: World Trade and the Law of GATT, New York: The Bobbs - Merrill company, 1969, str. 948.
- Jackson, J: Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, str. 361.
- Mavroidis, P. C.: The General Agreement on Tariffs and Trade: A Commentary, Oxford: Oxford University Press, 2005, str. 383.
- Nordstrom, H., Shaffer, G.: Access to Justice in the World Trade Organization, Ženeva: ICTSD, 2007, str. 30.
- Pauwelyn, J: Appeal without Remand: A Design Flaw in WTO Dispute Settlement and How to Fix it, Ženeva: ICTSD, 2007, str. 62.
- Plasai V: Compliance and Remedies Against Non – Compliance Under the WTO System, Ženeva: ICTSD, 2007, str. 71.
- Rozehnalová, N: Právo mezinárodního obchodu, Brno: Masarykova Universita, 2001, str. 468.
- Rozehnalová, N: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, 2. aktualizované a rozšířené vydání. Praha: ASPI, Wolters Kluwer, 2008, str. 386.
- Rozehnalová, N., Týč, V.: Vnější obchodní vztahy Evropské Unie, Brno: Masarykova Universita, 2006, str. 118.
- The Legal Texts: The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, str. 660.
- Van den Bossche, P: The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge: Cambridge University Press, 2006, str. 737.
- WTO Analytical Index: Guide to WTO Law and Practice, Cambridge: Cambridge University Press, 2. vydání, část. 2, 2007, str. 1566.

Contact – email
santaventino@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MÍSTO KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ - ROZHODUJÍCÍ KRITÉRIUM URČENÍ "LEX ARBITRI"

KLÁRA SVOBODOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem tohoto příspěvku je vymezení pojmu místo konání rozhodčího řízení a zhodnocení jeho významu pro určení práva rozhodného pro rozhodčí řízení neboli lex arbitri. Příspěvek směřuje k potvrzení toho, že místo konání rozhodčího řízení je v současném mezinárodním rozhodčím řízení chápáno ve smyslu právním, tedy jako spojení rozhodčího řízení na straně jedné a právní úpravy a pravomoci soudů daného státu na straně druhé. Rovněž bychom měli dospět k závěru, že místo konání rozhodčího řízení je rozhodujícím kritériem pro určení práva rozhodného pro rozhodčí řízení (lex arbitri).

Key words in original language
Mezinárodní rozhodčí řízení; místo konání rozhodčího řízení; lex arbitri.

Abstract
The aim of this article is to define the concept of seat of arbitration and to analyse its importance for determination of the lex arbitri. The article focuses on confirmation of the idea that seat of arbitration in present international arbitration is understood as juridical connection between arbitration on one side and law and jurisdiction of courts of particular state on the other side. The article also directs to the conclusion that seat of arbitration is decisive criterion for determination of the lex arbitri.

Key words
International arbitration; seat of arbitration; lex arbitri.

1. ÚVOD

Místo konání řízení (sudiště, fórum) má ve vztazích s mezinárodním prvkem praktický, ekonomický, ale především pro nás důležitý právní význam. Otázku právního významu místa konání soudního řízení ponechme stranou,[1] věnujme se pouze místu konání rozhodčího řízení. Z pohledu právního stojí místo konání rozhodčího řízení rozhodně za zmínku, a to především proto, že v oblasti mezinárodního rozhodčího řízení se střetávají dva názorové proudy, dvě koncepce. Na straně jedné je to přístup teritorialistický, který

[1] K této otázce viz např. Rozehnalová, N.: Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem – I. část. Bulletin advokacie, 2005, č. 4, str. 16 – 23; Rozehnalová, N.: Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem – II. část. Bulletin advokacie, 2005, č. 5, str. 12 - 16

propojuje rozhodčí řízení s právem státu, kde se koná, a na straně druhé pak přístup autonomní, který tuto vazbu popírá. Můžeme hovořit rovněž o lokalizaci a delokalizaci rozhodčího řízení.

Cílem tohoto příspěvku je vymezení pojmu místo konání rozhodčího řízení a zhodnocení jeho významu pro určení práva rozhodného pro rozhodčí řízení neboli lex arbitri. Příspěvek směřuje k potvrzení toho, že místo konání rozhodčího řízení je v současném mezinárodním rozhodčím řízení chápáno ve smyslu právním, tedy jako spojení rozhodčího řízení na straně jedné a právní úpravy a pravomoci soudů daného státu na straně druhé. Rovněž bychom měli dospět k závěru, že místo konání rozhodčího řízení je rozhodujícím kritériem pro určení práva rozhodného pro rozhodčí řízení (lex arbitri).

2. PRÁVO ROZHODNÉ PRO ROZHODČÍ ŘÍZENÍ (LEX ARBITRI)

Mezinárodní rozhodčí řízení neexistuje v právním vakuu.[2] V rámci mezinárodního rozhodčího řízení se obvykle projevuje působení více než jednoho právního systému. Přestože členění jsou v odborné literatuře různá,[3] v zásadě můžeme rozlišit právo rozhodné pro rozhodčí řízení (lex arbitri), právo rozhodné pro rozhodčí smlouvu, rozhodné procesní právo či normy a právo rozhodné pro meritum sporu.[4] Není vyloučeno, že vše výše uvedené se bude řídit jedním právním řádem. V mezinárodním rozhodčím řízení tomu tak nemusí být, např. právo rozhodné pro meritum sporu se obvykle liší od lex arbitri.[5]

Výchozím bodem pro vymezení pojmu právo rozhodné pro rozhodčí řízení neboli lex arbitri je přijetí skutečnosti, že musí existovat právní řád, který tvoří základ účinnosti rozhodčí smlouvy, od kterého rozhodčí řízení odvozuje svoji platnost.[6] Jak uvádí W.W. Park, musí existovat právní řád,

---

[2] Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-01

[3] Viz např. Pauknerová, M.: Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraniční – otázky rozhodného práva, Právní rozhledy, č. 12, 2003, str. 587 – 594; Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-04; Tweeddale, A., Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice. Oxford: Oxford University Press, 2005,str. 215 – 253; Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 84

[4] Na tomto místě se nám jedná pouze o fázi průběhu rozhodčího řízení, nikoli o fázi uznání a výkonu rozhodčího nálezu.

[5] Blíže viz Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-05

[6] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 83

který legitimizuje pravomoc rozhodců.[7] Toto je projevem přístupu lokalizace, kdy rozhodčí řízení je propojeno s jedním právním řádem určitého státu. Naproti tomu pak stojí názory delokalizační, které tvrdí, že lex arbitri nemusí být právem určitého státu, tím spíše právem státu místa konání rozhodčího řízení.[8] V prvním případě pak lze ale stěží hovořit o lex arbitri v klasickém slova smyslu.

Dle Poudreta a Bessona lex arbitri zahrnuje všechna ustanovení regulující rozhodčí řízení v daném státě, především ta, která upravují formální platnost rozhodčí smlouvy, arbitrabilitu sporu, složení rozhodčího tribunálu, základní procesní záruky či pomocnou a kontrolní funkci soudů.[9] Redfern uvádí, že lex arbitri je souhrn pravidel, která představují standard průběhu rozhodčího řízení stojící mimo rozhodčí smlouvu a vůli stan. Lex arbitri pravidelně upravuje tyto otázky: definici a formu rozhodčí smlouvy, arbitrabilitu sporu, složení rozhodčího tribunálu a důvody pro odvolání rozhodců, oprávnění rozhodců rozhodnout o své pravomoci, požadavek rovnosti stran, možnost dohody stran o procesních pravidlech, předběžná opatření, důkazy, řízení v nepřítomnosti žalovaného, pomocnou funkci soudů, oprávnění rozhodců, formu a platnost rozhodčího nálezu, kontrolní funkci soudů. Přesný obsah konkrétního lex arbitri se však může lišit.[10] Petrochilos chápe lex arbitri jako právní řád, jehož standardy je posuzována platnost rozhodčího řízení a rozhodčího nálezu.[11]

Na základě výše uvedeného můžeme o lex arbitri konstatovat následující. Lex arbitri je část, určitý výsek, právního řádu konkrétního státu. Je to ta část právního řádu, která upravuje otázky rozhodčího řízení. Neznamená to však, že tato regulace musí být obsažena pouze v právním předpise označeném jako zákon o rozhodčím řízení. Jednotlivé součásti lex arbitri se mohou nacházet i v několika právních předpisech. Lex arbitri je právní řád, který dává rozhodčímu řízení závaznost a účinnost.[12] S vymezením lex arbitri nedílně souvisí i určení toho, které soudy vykonávají vůči

---

[7] Park, W.W.: The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. International and Comparative Law Quaterly, 1983, č. 32, str. 21

[8] K delokalizačním tendencím viz blíže Petrochilos, G.: Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 35 – 41; Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Abitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 91 - 100

[9] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 83

[10] Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-08 a 2-10

[11] Petrochilos, G.: Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 20

[12] Petrochilos, G.: Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2004, str. 19

rozhodčímu řízení pomocné a kontrolní funkce. Soudy státu lex arbitri by v zásadě měly mít výlučnou pravomoc k výkonu kontrolních funkcí, tedy k zrušení rozhodčího nálezu.

3. MÍSTO KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

3.1 MÍSTO KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ V PRÁVNÍM SMYSLU V MÍSTO KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ V GEOGRAFICKÉM SMYSLU

V mezinárodním rozhodčím řízení se rozlišuje místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu a ve smyslu geografickém.[13] Místo konání rozhodčího řízení ve smyslu právním chápeme jako spojení rozhodčího řízení s právem konkrétního státu. Místo konání ve smyslu geografickém pak můžeme jednoduše charakterizovat jako místo skutečného konání jednotlivých jednání či zasedání rozhodců.

Místo konání rozhodčího řízení v právní smyslu[14] má představovat jakýsi ústřední bod rozhodčího řízení, což ovšem neznamená, že celé rozhodčí řízení se bude od začátku do konce odehrávat zde.[15] V mezinárodním rozhodčím řízení není samozřejmě vyloučeno, aby se místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu a místo konání v geografickém smyslu shodovaly. Je však více než pravděpodobné, že především z praktických či ekonomických důvodů bude vhodné, eventuálně nutné, provést některé úkony v rámci rozhodčího řízení, typicky provedení důkazů, v jiném státě nebo dokonce státech. Moderní úpravy rozhodčího řízení s touto možností počítají, když umožňují konat zasedání rozhodců, jednání či provádění důkazů v místě jiném než kde se nachází místo konání rozhodčího řízení (v právním smyslu). Podívejme se nyní podrobněji na konkrétní úpravy. Na tomto místě je také vhodné osvětlit, proč byly vybrány jednotlivé úpravy.

---

[13] Rozehnalová, N.: Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem – II. část. Bulletin advokacie, 2005, č. 5, str. 15; Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 343 – 346; Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 101 - 104

[14] V angličtině se v této souvislosti obvykle používá spojení seat of arbitration, zatímco pro místo konání v geografickém smyslu place of arbitration. Tato rozdílná označení možné lépe navozují rozdíl, který mezi oběma významy místa konání rozhodčího řízení existuje. V české terminologii by však spojení sídlo rozhodčího řízení nebylo příliš vhodné, proto se budeme držet označení místo konání rozhodčího řízení.

[15] Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, bod 2-16

Výběr Vzorového zákona UNCITRAL o mezinárodním rozhodčím řízení (dále jen Vzorový zákon)[16] se přímo nabízí, vzhledem k tomu, jak tento počin ovlivnil právní úpravu mezinárodního rozhodčího řízení. S tím souvisí i výběr německé úpravy (dále jen ZPO),[17] která byla přijata právě pod vlivem Vzorového zákona. Švýcarská úprava (dále je IPRG)[18] je příkladem právní úpravy státu, který je tradičně atraktivním sudištěm v oblasti mezinárodního rozhodčího řízení. Francouzská úprava (dále jen NCPC)[19] reprezentuje úpravu rozhodčího řízení, kde jsou velmi silně patrné autonomní tendence. Úprava anglická (dále jen AA)[20] je z pohledu zkoumaného problému poměrně detailní. Zohlednění úpravy české je samozřejmostí (dále jen ZRŘ).[21]

Začněme Vzorovým zákonem. Článek 20[22] nazvaný místo konání rozhodčího[23] řízení jednoznačně rozlišuje mezi místem konání rozhodčího řízení a místem případných jednotlivých jednání rozhodců. Místo konání rozhodčího řízení s sebou nese především právní důsledky, protože rozhoduje o samotné aplikaci Vzorového zákona.[24] Na druhou stranu, znění

---

[16] Přijatý dne 21.6.1985, doplněný 7.7.2006, dostupný z http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

[17] Občanský soudní řád, Kapitola 10, originální název Zivilprozessordnung, účinný od 1.1.1998, dostupný např. z http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/ (originální verze), http://www.dis-arb.de/materialien/schiedsverfahrensrecht98-e.html (anglická verze)

[18] Švýcarský federální zákon o mezinárodním právu soukromém, Kapitola 12, originální názvy Budesgesetz űber das Internationale Privatrecht (IPRG), text dostupný z http://www.admin.ch/ch/d/sr/c291.html; Loi Fédérale sur le driot international privé (LDIP), text dostupný z http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html; Legge federale sul diritto internazionale privato (LDIP), text dostupný z http://www.admin.ch/ch/i/rs/c291.html; anglická verze dostupná z www.umbricht.com/pdf/SwissPIL.pdf, účinný od 1.1.1989

[19] Nový občanský soudní řád, Kniha IV, originální název Le Nouveau Code de Procedure Civile, text dostupný např. z http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20091006, anglický překlad dostupný např. z http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/ncpcatext.htm

[20] Zákon o rozhodčím řízení, originální název Arbitration Act 1996, účinný od 31.1.1997, text dostupný z http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1996/ukpga_19960023_en_1

[21] Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a výkonu rozhodčích nálezů

[22] Článek 20: Místo konání rozhodčího řízení (1) Strany se mohou dohodnout na místě konání rozhodčího řízení. Pokud tak neučiní, místo konání rozhodčího řízení bude určeno rozhodci s ohledem na okolnosti případu včetně vhodnosti pro strany. (2) Bez ohledu na ustanovení odstavce (1) se mohou rozhodci, pokud se strany nedohodnou jinak, sejít za na jakémkoli vhodném místě účelem jednání, výslechu svědků, znalců nebo stran, za účelem prohlídky zboží, majetku či dokumentů.

[23] Vzorový zákon používá spojení place of arbitration

[24] Článek 1

článku 20 odst. 2 umožňuje, aby všechny úkony v rámci rozhodčího řízení proběhly mimo místo konání rozhodčího řízení, které pak zůstává pouze fikcí.[25] Na tomto místě však můžeme konstatovat, že Vzorový zákon rozlišuje mezi místem rozhodčího řízení v právním smyslu a v geografickém smyslu, přičemž místo v právní smyslu představuje jednotící bod rozhodčího řízení, který ho spojuje s konkrétní právní úpravou.

Jak známo Německo patří k zemím, které přijaly Vzorový zákon UNCITRAL. Úpravu rozhodčího řízení najdeme v §§1025 – 1066 ZPO. Otázka místa konání rozhodčího řízení je řešena v §1043, který až na detaily kopíruje ustanovení článku 20 Vzorového zákona. Pro nás je podstatné, že i německá úprava rozlišuje místo konání rozhodčího řízení v právním a v geografickém smyslu a i zde místo konání rozhodčího řízení rozhoduje o aplikaci německé úpravy rozhodčího řízení.

Švýcarsko reprezentuje zemi, která je stranami často volena jako místo konání rozhodčího řízení. Úpravu mezinárodního rozhodčího řízení tady najdeme v Kapitole 12 IPRG. Na rozdíl od Vzorového zákona IPRG výslovně neupravuje rozdíl mezí místem konání rozhodčího řízení v právním a v geografickém smyslu. V článku 176 hovoří pouze o místu konání rozhodčího řízení[26] jako o rozhodujícím kritériu aplikace Kapitoly 12 IPRG. Stejně jako Vzorový zákon v článku 20 odst. 1 umožňuje stranám, potažmo rozhodcům toto místo určit. I z tohoto lze dovodit, že je tu místo konání rozhodčího řízení chápáno v právním smyslu. Na podporu tohoto tvrzení můžeme uvést rozhodnutí švýcarského Nejvyššího soudu, který dospěl k následujícímu závěru. „Volbu Švýcarska jako místa konání rozhodčího řízení strany prokazatelně projevily zájem podřídit svůj spor švýcarské úpravě rozhodčího řízení, ale neprojevily zájem, aby se veškerá jednání rozhodců konala výlučně v tomto místě. Určení místa konání rozhodčího řízení způsobuje, že se předpokládá vydání rozhodčího nálezu v tomto místě.“[27] Můžeme tedy konstatovat, že i Švýcarsko rozlišuje mezi místem konání rozhodčího řízení v právním smyslu a v geografickém smyslu a že místo konání v právním smyslu rozhoduje o aplikaci švýcarské úpravy mezinárodního rozhodčího řízení.

---

[25] Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 343 - 344

[26] Zde je použito spojení seat of arbitration.

[27] Rozhodnutí Bundesgericht, Švýcarsko, 24.3.1997, citováno podle Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 345

Francouzská úprava mezinárodního rozhodčího řízení je oproti ostatním zde zmiňovaným specifická, protože se v ní nejvíce projevují autonomní tendence. Pokud jde o místo konání rozhodčího řízení, samotná právní úprava obsažená v části V, Kniha IV NCCP nám příliš nepomůže. Článek 1504 NCCP uvádí, že zrušit lze pouze rozhodčí nález vydaný ve Francii. Podle judikatury se za místo vydání rozhodčího nálezu považuje místo konání rozhodčího řízení, které je chápáno v čistě právním smyslu.[28] K francouzské úpravě se ještě vrátíme v následující části tohoto příspěvku, na tomto místě pouze učiňme závěr, že francouzská úprava chápe místo konání primárně v právním smyslu.

Anglický Arbitration Act jako jeden z mála předpisů poskytuje určitou definici místa konání rozhodčího řízení. Podle §3 AA se místem konání rozhodčího řízení rozumí místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu. I anglická úprava respektuje rozdíl mezi místem konání rozhodčího řízení v právním smyslu a v geografickém smyslu. Toto je možné dovodit například z §2 odst. 3 pís. a) a § 43 AA, které umožňují soudu zajistit předvolání svědka, jestliže je přítomen ve Velké Británii a tady se také koná jednání. Místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu se může však nacházet v jiném státě. Za zmínku stojí i rozhodnutí Anglického odvolacího soudu ve věci Naviera Amazonina Peruana SA v Compania Internacionál de Seguros del Peru.[29] Soudce Kerr tady zdůrazňuje rozdíl mezi právní lokalizací rozhodčího řízení a vhodným místem pro jednotlivá jednání v rámci rozhodčího řízení. Pro úplnost dodejme, že místo konání rozhodčího řízení je základním kritériem rozhodujícím o aplikaci anglického Arbitration Act.

Pokud jde o českou úpravu místa konání rozhodčího řízení, najdeme ji v §17 ZRŘ. Znění není nepodobné ustanovení článku 20 odst. 1 Vzorového zákona. V části ZRŘ, která obsahuje ustanovení určená pro úpravu mezinárodního rozhodčího řízení, žádnou speciální úpravu nenajdeme, tzn. i tady zůstává relevantní §17 ZRŘ. Místo konání rozhodčího řízení je rovněž chápáno zásadně v právním smyslu a je možné od něj například odlišit geografické místo provedení jednotlivých důkazů. Místo konání rozhodčího řízení by mělo být sjednocujícím prvkem celého řízení[30] Samotný ZRŘ

---

[28] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 87

[29] Rozhodnutí English Court of Appeal, Velká Británie, Naviera Amazonina Peruana SA v Compania Internacionál de Seguros del Peru, 10.11.1987, citováno podle Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 345

[30] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, str. 136 – 139; Bělohlávek, A.: Místo konání rozhodčího řízení. Právní zpravodaj, 2004, č. 3, str. 14 - 15

nevymezuje teritoriální rozsah svoji působnosti tak, jako například švýcarská, německá či anglická úprava. S ohledem na dosud publikovanou odbornou literaturu můžeme konstatovat, že i ZRŘ se použije tam, kde se místo konání rozhodčího řízení nachází v ČR, tedy že i v tomto případě je místo konání rozhodčího řízení základním kritériem, které rozhoduje o aplikaci konkrétní úpravy rozhodčího řízení.[31]

Na tomto místě můžeme tedy učinit dílčí závěr, že všechny zkoumané úpravy rozlišují mezi místem konání rozhodčího řízení v právním smyslu a místem konání rozhodčího řízení v geografickém smyslu. Místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu představuje ústřední jednotící bod celého rozhodčího řízení, který ale nevylučuje, aby se jednotlivá jednání rozhodců či provádění důkazů konala na místech jiných. Liberální úprava v tomto smyslu s sebou samozřejmě nese riziko, že místo konání rozhodčího řízení se stane pouhou fikcí, a přestože bude rozhodčí řízení podléhat lex arbitri daného státu, nebude s ním mít jinak nic společného. K tomuto problému se ještě vrátíme v další části tohoto příspěvku.

3.2 URČENÍ MÍSTA KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ V PRÁVNÍM SMYSLU

Určení místa konání rozhodčího řízení je primárně věcí stran. Na tomto místě nemáme dostatek prostoru k tomu, abychom se věnovali problematice, jaké konkrétní faktory mohou ovlivnit strany při volbě toho kterého sudiště. Tento problém by vydal na samostatné pojednání.[32] Pojďme se zaměřit na to, jakým způsobem právní řády upravují určení místa konání rozhodčího řízení.

Všechny zde zkoumané právní řády umožňují stranám určit místo konání rozhodčího řízení.[33] Žádná z dotčených úprav už neřeší, jak má dohoda stran ohledně místa konání rozhodčího řízení vypadat. Ideální je samozřejmě výslovná dohoda stran, která může a také nejčastěji bude součástí rozhodčí smlouvy. Bělohlávek uvádí, že strany by se měly na místě konání dohodnout nejpozději do doby, než o této otázce rozhodnou rozhodci, což znamená obvykle do nařízení prvního ústního jednání ve věci.[34] Pokud se v dohodě objeví název konkrétního místa, je nutné předpokládat, že strany

---

[31] Viz např. Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, str. 268

[32] Viz např. Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku 2. vyd. Praha: Aspi Wolters Kluwer, 2008, str. 207 - 208

[33] Článek 20 odst. 1 Vzorového zákona, §1043 ZPO, §3 AA, článek 176 odst. 3 IPRG, §17 ZRŘ. Francouzská úprava toto výslovně neřeší, lze si však jen stěží představit, že by tuto možnost nepřipouštěla.

[34] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, str. 135

mají na mysli místo konání v právním smyslu a nikoli místo jednotlivých jednání rozhodců.[35]

Strany mohou místo konání rozhodčího řízení určit i nepřímo, mlčky. Tato dohoda však musí být dostatečně určitá.[36] Lze si především představit volbu konkrétní stálé rozhodčí instituce, ze které pak můžeme dovodit, že místem konání rozhodčího řízení je místo sídla této instituce. K volbě místa konání rozhodčího řízení s největší pravděpodobností postačí i odkaz na pravidla konkrétní rozhodčí instituce, které budou obvykle obsahovat mechanismus pro určení místa konání rozhodčího řízení. V mezinárodním obchodním styku se často objevují rozhodčí doložky odkazující na „Pravidla Mezinárodní obchodní komory" s tím, že je zvoleno nějaké místo (např. Ženeva). Tady lze usoudit, že místem konání rozhodčího řízení bude Švýcarsko a rozhodci budou postupovat podle pravidel MOK.[37]

Určení místa konání rozhodčího řízení lze dovodit i z volby „lex arbitri."[38] Tato možnost ale selhává v případě, kdy konkrétní „lex arbitri" umožňuje svoji aplikaci i v případě, kdy se rozhodčí řízení koná na území jiného státu. Tak je tomu například u francouzské úpravy.[39] Volba procesní úpravy určitého státu automaticky neznamená, že strany volí tento stát jako místo konání rozhodčího řízení.[40] Problematické ale může být rozeznat, zda strany měly na mysli volbu lex arbitri či procesních pravidel.

Bělohlávek uvádí, že místo konání řízení může být dohodou stran vymezeno i negativně. Toto sice nevede k určení konkrétního místa konání, ale může být významným vodítkem pro rozhodce při určování místa konání rozhodčího řízení.[41]

---

[35] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 112

[36] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, str. 135

[37] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 112

[38] Např. Rozhodčí řízení bude probíhat podle anglického Arbitration Act z roku 1996.

[39] Viz článek 1493 NCCP

[40] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 112

[41] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, str. 136

V případě, že strany neurčí místo konání rozhodčího řízení, ať už přímo či nepřímo, je tento úkol pravidelně svěřen rozhodcům.[42] Rozhodci jsou podle jednotlivých úprav povinni zohlednit okolnosti daného případu a zájmy stran rozhodčího řízení.[43] Specifickou úpravu v tomto ohledu obsahuje anglický AA. Z § 3 vyplývá, že pokud strany místo konání rozhodčího řízení neurčí, může tak učinit jakákoli rozhodčí instituce či osoba pověřená stranami nebo rozhodci, pokud je k tomu strany zmocní. V ostatních případech bude místo konání rozhodčího řízení stanoveno s ohledem na dohodu stran a okolnosti případu. Anglická úprava tak umožňuje rozhodům určit místo konání rozhodčího řízení jen tehdy, pokud je k tomu strany zmocní.

4. KRITÉRIA URČENÍ „LEX ARBITRI“

4.1 MÍSTO KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ V AUTONOMIE VŮLE STRAN

Pokud se bavíme o lex arbitri, vyvstávají nám dvě základní otázky. Za prvé, jak určíme, co je lex arbitri konkrétního rozhodčího řízení, tedy jinými slovy, co je spojujícím faktorem mezi rozhodčím řízením a určitým právním řádem? A za druhé, co je obsahem daného lex arbitri? Obsah ponecháme v tomto příspěvku stranou a budeme se věnovat pouze otázce první.

V zásadě máme dvě významná spojující kritéria – místo konání rozhodčího řízení a vůli stran.[44] Které z nich v současném mezinárodním rozhodčím řízení převažuje? Pojďme se podívat do konkrétních úprav rozhodčího řízení. Vzorový zákon volí v článku 1 odst. 2 kritérium místa konání rozhodčího řízení. Vzorový zákon se tedy použije pouze tehdy, je-li místo konání rozhodčího řízení ve státě, kde platí. Podle článku 1 odst. 2 se některá ustanovení zákona použijí i tehdy, nachází-li se místo konání rozhodčího řízení v jiném státě.[45] Žádné těchto ustanovení však kritérium místa konání rozhodčího řízení nepopírá, ani nezavádí kritérium vůle stran. Co je podstatné, mezi výčtem těchto ustanovení nenajdeme článek 34, který upravuje zrušení rozhodčího nálezu. Zrušit lze tedy pouze ty rozhodčí

---

[42] Viz článek 20 odst. 1 Vzorového zákona, § 1043 ZPO, článek 176 odst. 3 PILS, § 17 ZRŘ

[43] Článek 20 odst. 1 Vzorového zákona a § 1043 odst. 1 ZPO hovoří o okolnostech případu a vhodnosti pro strany. §17 ZRŘ používá termín oprávněný zájem stran.

[44] Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 337; Fouchard, P.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 47

[45] Články 8, 9, 17H, 17I, 17J, 35 a 36

nálezy, které byly vydány na území státu, kde zákon platí. S ohledem na to, co bylo řečeno výše, se místem konání rozhodčího řízení rozumí místo konání rozhodčího řízení v právním smyslu.

Německá úprava, kterou najdeme v § 1025 ZPO, samozřejmě v zásadě kopíruje Vzorový zákon. Pro srovnání tady stojí za zmínku předchozí německá úprava, která umožňovala stranám zvolit si lex arbitri odlišné od práva místa konání rozhodčího řízení. Rozhodčí nález vydaný v takovém řízení byl pak v Německu považován za cizí. Dominantní při určení lex arbitri tu byla vůle stran.[46] Tato možnost už podle nové úpravy neexistuje a Německo se s přijetím Vzorového zákona přiklonilo k rozhodující roli místa konání rozhodčího řízení (v právním smyslu). I v případě německé úpravy se některá ustanovení mohou použít i v situaci, kdy se místo konání rozhodčího řízení nachází v jiném státě,[47] ustanovení o zrušení rozhodčího nálezu mezi nimi nenajdeme.

Teritoriální spojení je rozhodující i pro švýcarskou úpravu. Článek 176 odst. 1 IPRG stanoví, že Kapitola 12 upravující mezinárodní rozhodčí řízení se použije tehdy, nachází-li se místo konání rozhodčího řízení ve Švýcarsku. Švýcarské soudy mají pravomoc ke zrušení pouze těch rozhodčích nálezů, které byly vydány na území Švýcarska. Možnost stran, z nichž ani jedna z nich nemá domicil, obvyklé bydliště či místo podnikání ve Švýcarsku, vyloučit možnost zrušení rozhodčího nálezu[48] nemá vliv na rozhodující roli místa konání rozhodčího řízení.

Místo konání rozhodčího řízení je stěžejní i pro anglický AA. § 2 odst. 1 uvádí, že tento zákon se použije tehdy, nachází-li se místo konání rozhodčího řízení v Anglii, Walesu nebo Severním Irsku. I v případě anglické úpravy se některá ustanovení použijí i tehdy, nachází-li se místo konání rozhodčího řízení v jiném státě.[49] Pravomoci anglických soudů ke zrušení rozhodčího nálezu se to však v žádném případě nedotýká. Kaufman-Kohler uvádí, že kritérium místa konání rozhodčího řízení bylo zvoleno v řadě dalších úprav – přijatých na základě Vzorového zákona (např. Bulharsko, Kypr, Finsko, Maďarsko, Malta, Mexiko, Nový Zéland, některé

[46] Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 340

[47] Viz § 1025 odst. 2 – 4 ZPO

[48] Článek 192 IPRG

[49] § 2 odst. 2 – 5 AA

státy v USA atd.) i těch, které nebyly přijaty pod jeho vlivem (např. Nizozemsko, Itálie, Portugalsko, Rakousko).[50]

Pokud jde o úpravu českou, ZRŘ sám nevymezuje svoji teritoriální působnost. Na první místě je nutné i uvědomit, že v ČR nemáme rozdílné úpravy pro vnitrostátní a mezinárodní rozhodčí řízení.[51] V rámci ZRŘ najdeme jen několik ustanovení reagujících na specifika mezinárodního rozhodčího řízení. Jedná se o §§ 36 – 40. Z pohledu vlastního průběhu mezinárodního rozhodčího řízení na území ČR jsou relevantní jen §§ 36 – 37, protože §§ 38 – 40 dopadají na uznání a výkon cizích rozhodčích nálezů (vydaných mimo ČR). Na mezinárodní rozhodčí řízení konané v ČR jsou ale samozřejmě použitelná i ostatní ustanovení ZRŘ. Bělohlávek zastává názor, že ZRŘ se použije tehdy, je-li místo konání rozhodčího řízení v ČR.[52] Vzhledem k celkové koncepci ZRŘ a převažujícím názorům na doktrínu rozhodčího řízení si lze jen stěží představit, že by ZRŘ umožňoval, aby si ho strany zvolily jako lex arbitri v případě, kdy se rozhodčí řízení koná v jiném státě. Z pohledu výkonu kontrolních funkcí českých soudů se za domácí považuje pouze rozhodčí nález vydaný v ČR. Rovněž opačná varianta, tedy, že by si strany rozhodčího řízení s místem konání v ČR volily jako lex arbitri právo cizího státu, není myslitelná, a to z důvodu uplatnění kontrolních funkcí vůči všem nálezům vydaným na území ČR.

Zdánlivě „nejkontroverznější" je v tomto ohledu úprava francouzská. Ve srovnání s úpravou švýcarskou, anglickou či německou ji chybí ustanovení o rozsahu její aplikace. Článek 1504 dává francouzským soudů pravomoc pouze ke zrušení rozhodčích nálezů vydaných ve Francii. Podle judikatury je místem vydání rozhodčího nálezu zásadně místo konání rozhodčího řízení.[53] Na druhé straně si francouzská úprava nárokuje svoji aplikaci ve všech případech, kdy se jedná o mezinárodní rozhodčí řízení, bez ohledu na to, zda existuje konkrétní spojení mezi rozhodčím řízením a Francií. Její teritoriální působnost se tak zdá neomezená.[54] Na druhou stranu, jak uvádí Fouchard a jak vyplývá i z prosté logiky věci, tato úprava bude relevantní

---

[50] Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 340

[51] Stejně jako Německo či Anglie; na rozdíl od Švýcarska

[52] Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, str. 268 a 273

[53] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 87

[54] Fouchard, P.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 66

pouze tehdy, bude-li mezi rozhodčím řízením a Francií nějaká souvislost (např. řízení se koná ve Francii, ve Francii se žádá o uznání a výkon).[55] Francouzská úprava ale zřetelně rozlišuje mezi rozhodčími nálezy vydanými ve Francii a vydanými v jiném státě. Pouze rozhodčí nálezy vydané ve Francii mohou být zrušeny francouzskými soudy, cizí rozhodčí nálezy podléhají režimu uznání a výkonu. Pokud jde o pomocné funkce, ty mohou soudy vykonávat i v případě, kdy se rozhodčí řízení v jiném státě řídí francouzským právem. Nicméně, ani francouzská nepopírá důležitost místa konání rozhodčího řízení, protože toto výlučně rozhoduje o uplatnění kontrolních funkcí francouzských soudů. Roli místa konání rozhodčího řízení ale bohužel neuznává v případě rozhodčích nálezů vydaných v jiném státě, což dokládá praxe francouzských soudů v uznávání rozhodčích nálezů zrušených ve státě svého původu.

Klíčovou roli místa konání rozhodčího řízení potvrzuje Newyorská úmluva, a to již samotným vymezením svoji aplikace. Vztahuje se totiž na rozhodčí nálezy vydané na území jiného státu, hlavním rozlišujícím kritériem mezi domácím a cizím rozhodčím nálezem je místo konání rozhodčího řízení. Druhé kritérium aplikace, tedy rozhodčí nález považovaný za cizí ve státě vydaní, a to z důvodu aplikace cizího lex arbitri, je už dnes v zásadě „mrtvým“ ustanovením. Za takového ho Berg považoval už v roce 1981, kdy publikoval svůj slavný komentář.[56] Druhé kritérium aplikace úmluvy se do úmluvy dostalo na základě návrhu Francie a Německa. Původní návrh byl založen pouze na principu, že rozhodčí nález se řídí právem země, kde byl vydán. Francie a Německo však namítaly, že ve svých právních řádech připouštějí možnost stran zvolit si právo, kterým se bude řídit rozhodčí nález, odlišné od práva místa konání rozhodčího řízení. Jejich návrh by úspěšný a do úmluvy bylo zařazeno i druhé kritérium. V mezidobí však jak německá, tak francouzská úprava zaznamenaly zjevný posun k teritoriálnímu přístupu.[57]

Z výše uvedeného můžeme učinit závěr, že teritoriální spojení v dnešních úpravách mezinárodního rozhodčího řízení převažuje. Pro určení lex arbitri je rozhodující místo konání rozhodčího řízení, nikoli vůle stran. Místem konání rozhodčího řízení se má na mysli místo konání v právním smyslu, které je obvykle určeno samotnými stranami rozhodčí smlouvy. Místa

[55] Tamtéž str. 66

[56] Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1981, str. 22 - 28

[57] Blíže viz Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 337 - 342

vlastních zasedání či jednání rozhodců nebo provádění důkazů nehrají v tomto ohledu roli.

4.2 VÝHODY A NEVÝHODY MÍSTA KONÁNÍ ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ JAKO KRITÉRIA URČENÍ LEX ARBITRI

Rozhodující role místa konání rozhodčího řízení pro určení lex arbitri v žádném případě neznamená popření autonomie vůle stran. Strany naopak mohou vědomě ovlivnit výběr lex arbitri, a to volbou místa konání rozhodčího řízení. Výhodou kritéria místa konání rozhodčího řízení je jeho v zásadě snadná identifikace a z toho plynoucí předvídatelnost určení lex arbitri. Místo konání rozhodčího řízení jako rozhodující kritérium pro určení lex arbitri rovněž přispívá k jasnému vymezení pravomoci národních soudů k výkonu pomocných a zejména kontrolních funkcí. Nedochází tak ke konfliktu pravomoci soudu více států.

Výhoda kritéria místa konání rozhodčího řízení by mohla být oslabena v případě, kdy strany místo konání neurčily. Zejména v počáteční fázi rozhodčího řízení se může objevit problém s ustanovením rozhodců, ale jen stěží se dá určit, které soudy mají pravomoc k výkonu pomocných funkcí.[58] Tento závěr je relativizován v případě, kdy strany zvolily některý stálý rozhodčí soud nebo alespoň postup podle pravidel rozhodčího soudu. V tomto případě lze předpokládat, že existuje minimálně náhradní mechanismus určení rozhodců. Na tuto problematickou situaci však pamatují i některé právní řády, a to stanovením náhradních kritérií pro založení pomocných funkcí soudu v případě, kdy místo konání rozhodčího řízení není určeno v rozhodčí smlouvě a nastane problém s ustanovením rozhodců. Jako příklad uveďme § 1025 odst. 3 ZPO, kdy pravomoc německých soudů související s ustanovením rozhodců je dána tehdy, má-li některá ze stran místo podnikání nebo obvyklé bydliště v Německu. Šířeji je koncipováno ustanovení § 2 odst. 4 AA, které dává anglickým soudům pravomoc k výkonu všech pomocných funkcí podle zákona v případě, kdy místo konání rozhodčího řízení nebylo určeno a existuje nějaké spojení s Anglií, Walesem či Severním Irskem.[59] Cílem těchto ustanovení je pomoci ustanovit rozhodce, kteří poté určí místo konání rozhodčího řízení a potažmo lex arbitri.

Druhou situací, kdy místo konání rozhodčího řízení nemusí být nejvhodnější, je otázka pravomoci soudů k provedení důkazů či výkonu předběžných opatření. Řada úprav rozhodčího řízení připouští možnost výkonu těchto pomocných funkcí i v případě, že se místo konání rozhodčího řízení nachází v cizím státě.[60] To ale nic nemění na skutečnosti, že jako

[58] Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 104

[59] Blíže viz tamtéž, str. 106

[60] Podrobně viz tamtéž, str. 108 - 111

celek dopadají na rozhodčí řízení konání na území daného státu, pouze naprosto výjimečně jsou použitelná na rozhodčí řízení s místem konání v cizím státě.

Na tomto místě je nutné zmínit ještě jednu věc, která není dle našeho názoru nevýhodou kritéria místa konání rozhodčího řízení, ale spíše nevyhnutelností současného mezinárodního rozhodčího řízení. Vzhledem k tomu, že všechny zde dotčené právní úpravy rozlišují místo konání rozhodčího řízení v právním a v geografickém smyslu, může nastat situace, kdy veškerá jednání rozhodců, výslechy svědků, provedení ostatních důkazů proběhnou v jiném státě či dokonce státech než kde se nachází místo konání rozhodčího řízení, které bylo určeno stranami v rozhodčí smlouvě. Místo konání rozhodčího řízení se pak stává pouhou právní fikcí.[61] Všechny zde zkoumané právní úpravy tuto možnost teoreticky připouští. Kaufmann-Kohler v této souvislosti mluví o přiblížení se delokalizačním tendencím. Je-li místo konání rozhodčího řízení pouhou právní fikcí, není nic jiného než volbou lex arbitri. Samotné rozhodčí řízení je pak realizovatelné prakticky kdekoli.[62] Nicméně existuje zde v zásadě jednoduché kritérium, které spolehlivě určí právní rámec rozhodčího řízení (lex arbitri) a vyloučí potencionální konflikty pravomoci soudů k výkonu pomocných a kontrolních funkcí.

5. ZÁVĚR

V rámci tohoto příspěvku jsme se věnovali dvěma problémům, jednak vymezení pojmu místo konání rozhodčího řízení a jednak vztahu místa konání rozhodčího řízení a lex arbitri. V současné úpravě mezinárodního rozhodčího řízení je rozlišováno mezi místem konání rozhodčího řízení v právním smyslu a v geografickém smyslu. Místo konání rozhodčího řízení je ústředním spojujícím bodem celého rozhodčího řízení a je rozhodujícím kritériem, které určuje lex arbitri konkrétního rozhodčího řízení. Stanovení místa konání rozhodčího řízení je primárně v rukou stran rozhodčí smlouvy. Na rozhodující roli místa konání rozhodčího řízení pro určení lex arbitri nic nemění ani fakt, že některé právní úpravy počítají s náhradními kritérii v případě realizace pomoci národních soudů při ustanovení rozhodců nebo

---

[61] Samostatné oblasti v této souvislosti představují online rozhodčí řízení a sportovní arbitráž, viz blíže Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 347 – 353; Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative law of International Arbitration. London, Sweet&Maxwell, 2007, str. 99 - 100

[62] Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure – The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Cogress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 353 - 354

soudy vykonávají některé pomocné funkce i v případě, kdy se koná rozhodčí řízení v jiném státě. Stanovení místa konání rozhodčího řízení nevylučuje, aby se jednotlivá jednání či zasedání rozhodců, výslechy stran, svědků a znalců nebo provedení jiných důkazů konaly v jiném státě či státech. I přes výhrady zastánců autonomních tendencí[63] je místo konání rozhodčího řízení nejvhodnějším kritériem určení lex arbitri, a to především pro svoji v zásadě snadnou identifikaci a předvídatelnost určení lex arbitri

Literature:

- Bělohlávek, A.: Místo konání rozhodčího řízení. Právní zpravodaj, 2004, č. 3, str. 13 - 15
- Bělohlávek, A.: Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů. Praha: C.H.Beck, 2004, 679 stran
- Berg, A.J.: The New York Arbitration Convention of 1958. The Hague: T.M.C. Asser Institute, 1981, 385 stran
- Fouchard, P.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 1999, 1280 stran
- Goode, R.: The Role of the Lex Loci Arbitri in Commercial Arbitration. Arbitration International, 2001, Vol. 17, No.1, str. 19 - 39
- Kaufmann-Kohler, G.: Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure - The Role of the Law of the Place of Arbitration in: Berg, A.J.: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series, No. 9 (1998). The Hague: Kluwer Law International, 1999, str. 336 - 365
- Park, W.W.: The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration. International and Comparative Law Quarterly, 1983, č. 32, str. 21 - 52
- Pauknerová, M.: Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraniční - otázky rozhodného práva. Právní rozhledy 2003, č. 12, str. 587 - 594

[63] Viz přehledně Goode, R.: The Role of the Lex Loci Arbitri in Commercial Arbitration. Arbitration International, 2001, Vol. 17, No. 1, str. 29 - 38

- Petrochilos, G.: Procedural Law in International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2004, 436 stran
- Poudret, J.F., Besson, S.: Comparative Law of International Arbitration 2nd edition. London: Sweet & Maxwell, 2007, 952 stran
- Redfern, A.: Law and Practice of International Commercial Arbitration. London: Sweet & Maxwell, 2004, 613 stran
- Rozehnalová, N.: Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku 2. vydání. Praha: Aspi Wolters Kluwer, 2008, 386 stran
- Rozehnalová, N.: Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem. Bulletin advokacie, 2005, č. 3, str. 16 - 23
- Rozehnalová, N.: Určení fóra a jeho význam pro spory s mezinárodním prvkem. Bulletin advokacie, 2005, č. 4, str. 12 - 16
- Tweeddale, A., Tweeddale, K.: Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice. Oxford: Oxford University Press, 2005, 1190 stran

Contact – email
svobodovak@email.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁNIK ROZHODČÍ DOLOŽKY V PŘÍPADĚ ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY HLAVNÍ V OBČANSKOPRÁVNÍCH VZTAZÍCH

SIMONA TRÁVNÍČKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Článek se zabývá otázkou zániku rozhodčí smlouvy při odstoupení od smlouvy hlavní v občanskoprávních vztazích. Doktrína separace (samostatné posuzování platnosti a existence smlouvy hlavní a rozhodčí smlouvy) se prosadila plně v obchodněprávních vztazích jak při namítání neplatnosti smlouvy hlavní, tak v případě odstoupení od smlouvy hlavní. Článek řeší otázku, zda i v případě odstoupení od smlouvy hlavní podle občanského zákoníku rozhodčí doložka zaniká, stejně jako je tomu při odstoupení od smlouvy podle obchodního zákoníku.

Key words in original language
Doktrína separace; doktrína autonomie; rozhodčí doložka; platnost rozhodčí doložky.

Abstract
The paper deals with the question of discharging of an arbitration clause in a situation of withdrawal from a prior contract in the civil relations. The independent judging of prior contract and arbitration agreement does not make any substantial problems in the cases of invalidity of a prior contract neither in the commercial or civil legal relationships. The paper deals with the issue whether the arbitration clause is discharged upon the withdrawal from the prior contract under the Czech Civil Code.

Key words
Doctrine of separability; doctrine of autonomy; arbitration clause; validity of arbitration agreement.

1. ÚVOD

Rozhodčí řízení je alternativou závazného způsobu řešení sporů, která se stále častěji objevuje nejen v obchodních věcech, ale i ve sporech podle občanského zákoníku, a to především ve věcech spotřebitelských. Toto rozšířené používání rozhodčího řízení v občanskoprávních věcech s sebou kromě praktických problémů přináší i teoretické problémy, které vedení rozhodčího řízení mohou komplikovat a které se v obchodněprávních sporech neobjevují. Jednou z těchto otázek je i osud rozhodčí doložky v případě zániku smlouvy hlavní z důvodu odstoupení od smlouvy hlavní podle občanského zákoníku.

V současné době je nepochybné, že přední místo v teorii i praxi rozhodčího řízení zaujala doktrína autonomie, resp. separace smlouvy hlavní a smlouvy rozhodčí, která od sebe odděluje rozhodčí smlouvu a smlouvu hlavní a velí s nimi nakládat jako se samostatnými, na sobě nezávislými smlouvami. Separované posuzování existence rozhodčí smlouvy, resp. rozhodčí doložky a smlouvy hlavní v případě neplatnosti smlouvy hlavní nečiní zásadní výkladové ani aplikační potíže v obchodněprávních, ani občanskoprávních vztazích. V takových případech je v občanském i obchodním zákoníku stanoveno, že neplatnost stíhá jen ty části smlouvy, které jsou jí postiženy, jsou-li od smlouvy oddělitelné. Složitější situace se ovšem objevuje v případě odstoupení od smlouvy. Rozsah, ve kterém při odstoupení od smlouvy původní smlouva zaniká v obchodněprávních vztazích, je výslovně upraven v § 351 obchodního zákoníku. Z tohoto ustanovení jasně vyplývá, že při odstoupení od smlouvy zůstávají v platnosti smluvní ustanovení týkající se volby práva nebo volby obchodního zákoníku, řešení sporů mezi smluvními stranami a jiná ustanovení, která podle projevené vůle stran nebo vzhledem ke své povaze mají trvat i po ukončení smlouvy. Obdobné ustanovení o zachování existence některých částí smlouvy při odstoupení od smlouvy se v občanském zákoníku nenachází. Dle § 48 občanského zákoníku zaniká odstoupením od smlouvy celá smlouvy (slovy zákona se smlouva „od počátku ruší“), není-li právním předpisem stanoveno nebo účastníky dohodnuto jinak.

Vyvstává proto problém, na který tento článek nabízí různé pohledy, zda při odstoupení od smlouvy podle občanského zákoníku zaniká i ve smlouvě obsažená rozhodčí doložka, či zda se odstoupení od smlouvy v občanskoprávních věcech některých částí smlouvy ze zákona nedotýká, a rozhodčí doložka proto stejně jako ve věcech obchodněprávních zůstává i po odstoupení od smlouvy v platnosti.

2. DOKTRÍNA SEPARACE

Princip autonomie rozhodčí smlouvy na smlouvě hlavní, resp. princip separace rozhodčí smlouvy a smlouvy hlavní se prosadil jak v teorii, tak v praxi rozhodčího řízení. Tento princip velí, že existence rozhodčí smlouvy je nezávislá na existenci smlouvy hlavní a naopak. Podle doktríny autonomie se jedná o dvě zcela samostatné smlouvy, přičemž platnost a zánik jedné smlouvy nemá vliv na platnost a zánik druhé smlouvy. Toto oddělené vnímání obou smluv vychází z několika základních předpokladů:[1]

- obě dvě smlouvy byly sjednány za jiným účelem. Smlouva hlavní upravuje hmotněprávní otázky, stanovuje práva a povinnosti vznikající ze

[1] Srov. s Rozehnalová, Naděžda. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu praxi. 2008, č. 2, s. 117.

závazkového vztahu mezi smluvními stranami. Rozhodčí smlouva řeší způsob rozhodování sporů vzniklých z těchto závazkových vztahů;

- každá smlouva je založena na samostatném projevu vůle;

- cílem rozhodčí doložky je přenos pravomoci rozhodovat spor z dané smlouvy z obecných soudů na soudy rozhodčí. Rozhodčí doložka je zpravidla sjednávána proto, aby se v rozhodčím řízení rozhodovalo o vzniklém sporu mezi jejími subjekty jako o celku, tzn. aby se neštěpilo rozhodování o některých otázkách sporu na soudní řízení a rozhodování o jiných otázkách na řízení rozhodčí. Předpokládat při uzavírání rozhodčí doložky štěpení pravomocí k rozhodování sporu mezi soud a rozhodce je v rozporu se základními výhodami rozhodčího řízení (rychlostí a efektivitou), narušuje jednotu celého řízení a řízení komplikuje.

Doktrína separace tedy říká, že platnost rozhodčí doložky nezávisí na platnosti zbývajících částí smlouvy hlavní, v níž je rozhodčí doložka obsažena.[2] V současné době je výslovně zakotvena kupř. v článku 16 Modelového zákona o mezinárodní obchodní arbitráži: „The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.“[3] Výslovně se objevuje i v řadě rozhodčích pravidel, kupř. i v rozhodčích pravidlech UNCITRAL.[4]

Doktrína separace je spojena s doktrínou competence-competence, která je vyjádřením zásady, že rozhodce má pravomoc rozhodovat o své pravomoci řešit určitý spor v rozhodčím řízení, resp. obecný soud nemá právo zasahovat do rozhodování rozhodce o jeho pravomoci.[5] Pokud by se tyto dvě doktríny neuplatňovaly vedle sebe, docházelo by k zásadním problémům při posuzování oprávnění rozhodce rozhodovat v daném sporu. Pokud by rozhodce neměl právo rozhodovat o své pravomoci, pak by

---

[2] Barceló, John J. Who decides the arbitrators' jurisdiction? : separability and competence-competence in transnational perspective. *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2003), volume 36 , issue 4, p. 1115-1136.

[3] Dostupné z http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf [citováno dne 10. 10. 2009].

[4] Dostupné např. z http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf [citováno dne 10. 10. 2009].

[5] Srov. s Rozehnalová, Naděžda. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu praxi. 2008, č. 2, s. 113.

v každém případě, v němž by byla zpochybněna platnost či existence rozhodčí doložky, musel nejprve soud rozhodovat o platnosti či neplatnosti, resp. neexistenci rozhodčí doložky. V případě, že by dospěl k závěru, že je rozhodčí doložka platná, by soud řízení zastavil a odkázal by strany na řízení před rozhodci (§ 106 zákona č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu). Doktrína separace ve spojení s doktrínou competence-competence tedy umožňuje rozhodcům rozhodovat o své pravomoci vést konkrétní řízení, umožňuje jim posuzovat platnost či neplatnost, resp. existenci či neexistenci rozhodčí doložky, a to bez ohledu na typ řízení, v němž rozhoduje. Ani v případě, že při rozhodování o meritu věci dospějí k závěru, že smlouva, jejíž součástí je rozhodčí doložka, je neplatná, nemá toto zpětně vliv na určení pravomoci rozhodců.[6]

3. OSUD ROZHODČÍ DOLOŽKY V PŘÍPADĚ NEPLATNOSTI SMLOUVY HLAVNÍ

Separované posuzování existence smlouvy hlavní a rozhodčí doložky nečiní v českém vnitrostátním právu problémy v případě, že je napadána absolutní nebo relativní neplatnost smlouvy hlavní. V obchodněprávních vztazích se touto problematikou zabývá ustanovení § 267 odst. 3 zákona č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku (dále jen „obch. zák.“): „Je-li součástí jinak neplatné smlouvy dohoda o volbě práva nebo tohoto zákona (§ 262) nebo dohoda o řešení sporu mezi smluvními stranami, jsou tyto dohody neplatné pouze v případě, že se na ně vztahuje důvod neplatnosti. Neplatnost těchto dohod se naopak netýká neplatnosti smlouvy, jejíž jsou součásti.“ Výslovně se zde stanovuje, že dohoda o řešení sporu mezi smluvními stranami obsažena v jinak neplatné smlouvě (tedy rozhodčí doložka) zůstává v platnosti, pokud se na ni nevztahuje důvod neplatnosti smlouvy hlavní. V platnosti by rozhodčí doložka nezůstala kupř. v případě, že by jeden ze subjektů, které uzavřely obchodněprávní smlouvu, neměl způsobilost k právním úkonům, případně by smlouvu uzavřel jménem obchodní společnosti ten, kdo k tomu neměl patřičné oprávnění apod.

Obdobné ustanovení jako § 267 odst. 3 obch. zák. je obsaženo v § 41 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku: „Vztahuje-li se důvod neplatnosti jen na část právního úkonu, je neplatnou jen tato část, pokud z povahy právního úkonu nebo z jeho obsahu anebo z okolností, za nichž k němu došlo, nevyplývá, že tuto část nelze oddělit od ostatního obsahu.“ Na základě toho ustanovení lze taktéž od sebe oddělit posuzování platnosti jednotlivých částí smlouvy, přičemž neplatnost části smlouvy, která je od ostatních částí smlouvy oddělitelná, neovlivňuje platnost zbytku smlouvy. I v případě, že by byla rozhodčí doložka vnímána nikoli jako zcela samostatná smlouva (rozhodčí smlouva), ale jako vedlejší ujednání ke smlouvě hlavní, by se jí neplatnost smlouvy hlavní nedotýkala.

---

[6] McNeill, Mark – Juratowitch, Ben. Agora: Thoughts on Fiona Trust. The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate. Aritration International. 2008, roč. 24, č. 3, s. 477.

V praxi tato ustanovení znamenají následující. Prodávající se chce domáhat vrácení zaplacené kupní ceny, jelikož namítá neplanost kupní smlouvy z důvodu nemožnosti plnění. Kupní smlouva obsahovala rozhodčí doložku. V tomto případě má prodávající právo domáhat se vrácení zboží žalobou podanou u rozhodčího soudu, jelikož rozhodčí doložka zůstává i přes namítání neplatnosti smlouvy hlavní v platnosti, resp. platnost rozhodčí doložky není namítanou neplatností smlouvy hlavní nijak dotčena. Rozhodce nejprve rozhodne o své pravomoci vést řízení, včetně posouzení platnosti rozhodčí doložky, a v případě, že má pravomoc řízení vést, tak v řízení pokračuje.

4. OSUD ROZHODČÍ DOLOŽKY V PŘÍPADĚ ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY HLAVNÍ

Odstoupení od smlouvy je zvláštní právní institut, který vyvolává jiné právní následky než konstatování neplatnosti právního úkonu. Na tomto právním institutu je specifické i to, že jeho úprava se v režimu občanského a obchodního zákoníku zásadním způsobem odlišuje.

Podle § 351 odst. 1 obch. zák. nezaniká při odstoupení od smlouvy smlouva jako celek (právní důvod již poskytnutých plnění zůstává zachován), ale zanikají práva a povinnosti ze smlouvy plynoucí: „Odstoupením od smlouvy zanikají všechna práva a povinnosti stran ze smlouvy. Odstoupení od smlouvy se však nedotýká nároku na náhradu škody vzniklé porušením smlouvy, ani smluvních ustanovení týkajících se volby práva nebo volby tohoto zákona podle § 262, řešení sporů mezi smluvními stranami a jiných ustanovení, která podle projevené vůle stran nebo vzhledem ke své povaze mají trvat i po ukončení smlouvy.“ Toto ustanovení explicitně vyjmenovává ta ustanovení smlouvy, která zůstávají v platnosti i po odstoupení od smlouvy v právních vztazích regulovaných obchodním zákoníkem. Tato ustanovení je možné dělit na ta, která zůstávají v platnosti ze zákona (nárok na náhradu škody, volba práva, volba obchodního zákoníku, ustanovení o řešení sporů), a na ta, jejichž zánik pro případ odstoupení od smlouvy účastníci smlouvy sami vyloučili. Odstoupením od smlouvy podle obchodního zákoníku se tedy neruší automaticky celá smlouva od počátku, ale ruší se s účinky ex nunc, tzn. že právní účinky odstoupení od smlouvy nastávají v okamžiku doručení odstoupení druhé straně. V praxi to znamená to, že nároky smluvních stran, které vznikly před odstoupením od smlouvy, zůstávají i po odstoupení od smlouvy zachovány. Jedná se především o nárok na náhradu škody, nárok na sjednanou smluvní pokutu, pokud nárok na ni vznikl před odstoupením od smlouvy, nárok na úroky z prodlení.[7]

Jak uvádí Pelikánová, je vcelku běžné, že v jedné listině bývá uzavřeno několik smluv najednou. Odstoupení od smlouvy podle obchodního

[7] Srov. s Pecha, Richard. Odstoupení od smlouvy podle obchodního zákoníku. Bulletin advokacie. 2002. č. 8, s. 45.

zákoníku tuto situaci v některých případech výslovně řeší. Ukáže-li se později, že některá ze smluv je neplatná nebo strana oprávněně odstoupí od jedné ze smluv, je nutno řešit otázku, jaký je osud smluv zbývajících. V určitých případech zákonodárce dává výslovnou odpověď, jíž je právě § 351 obchodního zákoníku, v jiných je však nutno vyjít z obecných zásad.[8] Jasná odpověď je v obchodním zákoníku stanovena mimo jiné právě i pro smluvní ustanovení o řešení sporů. Takové ustanovení i v případě odstoupení od smlouvy hlavní zůstává v platnosti. Ona nejdůležitější obecná zásada, které je nutno se držet v případě neexistence výslovné úpravy, je podle Pelikánové stanovena v 275 obch. zák.: „Je-li uzavřeno více smluv při tomtéž jednání nebo zahrnuto do jedné listiny, posuzuje se každá z těchto smluv samostatně.“ Jde-li ovšem o smlouvy závislé[9], pak zánik jedné ze závislých smluv jiným způsobem než splněním způsobuje zánik všech smluv. V souladu s doktrínou separace, ustavením § 275 odst. 1 obch. zák. i speciálním ustanovením § ustanovením § 351 obch. zák. se tedy rozhodčí doložka posuzuje nikoli jako závislá smlouva, ale jako smlouva samostatná, separovaná, jejíž existence a platnosti se odstoupení od smlouvy hlavní nedotýká. O tomto řešení nemůže být pochyb. Je ovšem tato situace stejná i v občanskoprávních vztazích?

Obecná úprava odstoupení od smlouvy je upravena v § 48 občanského zákoníku: „Odstoupením od smlouvy se smlouva od počátku ruší, není-li právním předpisem stanoveno nebo účastníky dohodnuto jinak.“ Občanský zákoník upravuje odstoupení od smlouvy s následky zániku smlouvy ex tunc, a ruší odstoupením všechna práva a povinnosti stran vyplývající ze smlouvy. Výsledkem odstoupení od smlouvy v občanskoprávních vztazích je tedy situace, jako by žádná smlouva uzavřena nikdy nebyla. Občanský zákoník na rozdíl od zákoníku obchodního nevyjmenovává ty části smlouvy, které při odstoupení zůstávají v platnosti, ale umožňuje stranám smlouvy, stejně jako to činí obchodní zákoník, určit, která práva a povinnosti plynoucí ze smlouvy nezanikají, resp. kterých ustanovení smlouvy se odstoupení od smlouvy nedotýká. A contrario – v případě, že strany neurčí, které části smlouvy zanikají a které nikoli, zaniká celá smlouva od počátku.

5. ARGUMENTACE

Zaniká tedy při odstoupení od smlouvy hlavní v občanskoprávních vztazích i rozhodčí smlouva ve formě rozhodčí doložky? Při bližším zkoumání odpovědi na položenou otázku lze nalézt velké množství argumentů, které podporují jak závěr svědčící pro zachování rozhodčí doložky, tak závěr podporující zánik rozhodčí doložky při odstoupení od smlouvy hlavní.

[8] Pelikánová, Irena. Komentář k § 351 zák. 513/1991 Sb. Zdroj: ASPI .

[9] Definici toho, co to jsou závislé smlouvy, je obsažena v § 275 odst. 1 ve spojení s § 275 odst. 2 obch. zák.

Cílem tohoto článku není na tuto otázku jednoznačně odpovědět, ale naopak nabídnout podněty k další diskusi. Z toho důvodu se dále předkládá suma argumentů, které podporují jak zachování, tak zánik rozhodčí doložky.

Argumenty pro zachování rozhodčí doložky

- jeden ze základních konceptů rozhodčího řízení – doktrína autonomie, resp. separace – velí posuzovat rozhodčí doložku nezávisle na smlouvě hlavní jako zcela samostatnou smlouvu bez ohledu na to, že formálně je součástí smlouvy hlavní. Neexistence smlouvy hlavní nemá vliv na existenci smlouvy rozhodčí. Odstoupení od smlouvy hlavní a v jeho důsledku zánik smlouvy hlavní ex tunc se nedotýká existence rozhodčí doložky.

- aby zanikla rozhodčí smlouva, muselo by být výslovně odstoupeno i od rozhodčí smlouvy

- popření doktríny separace, resp. autonomie by vyvolalo zásadní problém při posuzování oprávnění rozhodců rozhodovat o jejich pravomoci v rozhodčím řízení a komplikovalo by to značným způsobem vedení celého rozhodčího řízení především v případě, že by nevznikl spor o platnost odstoupení od smlouvy, ale o vrácení plnění ze zrušené smlouvy, náhradu škody apod.

- užitím analogie lze aplikovat ustanovení obchodního zákoníku na zákoník občanský a využít tak řešení obsažené v § 351 obch. zák.

- nový občanský zákoník situaci výslovně řeší – obsahuje ustanovení odpovídající úpravě v obchodním zákoníku, tedy výslovně stanovuje, že při odstoupení od smlouvy ustanovení o řešení sporů nezaniká

Argumenty proti zachování rozhodčí doložky

- odstoupením od smlouvy se v občanskoprávních vztazích ruší celá smlouva od počátku

- ustanovení o řešení sporů je vázané na smlouvu hlavní, důsledkem odstoupení od smlouvy je, jakoby žádná smlouva od počátku neexistovala, včetně jejích částí

- neexistuje-li smlouva, neexistuje ani ustanovení o řešení sporů týkající se této smlouvy, nebylo-li výslovně ponecháno v platnosti

- obchodní zákoník je speciálním právním předpisem k zákoníku občanskému. Z tohoto vztahu generality a speciality je zjevné, že zvláštní úprava v obchodním zákoníku směřuje k jiným důsledkům než obecná

úprava v zákoníku občanském, proto obchodní zákoník obsahuje speciální odlišné ustanovení než § 48 obč. zák.

- aplikace doktríny autonomie, resp. separace bez řádného odůvodnění a výkladu občanského zákoníku by byla v daném případě v rozporu se zněním zákona, který sice nestanovuje výslovně, že odstoupením od smlouvy hlavní nezanikají ujednání o řešení sporů, ale současně ani nestanovuje, že odstoupením od smlouvy tato ujednání nezanikají.

- současný evropský vývoj tenduje k restrikci užívání rozhodčích doložek ve specifické oblasti občanského práva, ve spotřebitelských sporech.

- účelem občanského zákoníku je poskytnout slabším osobám ochranu před silnějšími subjekty

- při posuzování zániku rozhodčí doložky je třeba interpretovat, k čemu směřovala vůle stran při odstoupení od smlouvy - v případě, že strany odstoupily od celé smlouvy, musí zaniknout i rozhodčí doložka

- v obchodním zákoníku se v § 351 odst. 1 operuje s termínem „smluvní ujednání o řešení sporů“. Z toho nevyplývá, že by obchodní zákoník považoval rozhodčí doložku za samostatnou smlouvu, ale za smluvní ujednání, které je součástí smlouvy hlavní. Považuje-li rozhodčí doložku obchodní zákoník za pouhé smluvní ujednání, nikoli samostatnou smlouvu, je nepravděpodobné, že by ji občanský zákoník považoval za samostatnou smlouvu, která není součástí smlouvy hlavní.

Obě skupiny argumentů mají svůj význam. Jak ty vycházející ze všeobecně uznávané doktríny, komercializující občanský zákoník a vycházející z účelu rozhodčího řízení, tak ty, co vychází z textu občanského zákona, jeho účelu a současných evropských trendů. S ohledem na tak široké možnosti pohledů na tento problém nelze dát v současné době jednoznačnou odpověď na řešenou otázku. Následující text se pokusí rozpracovat argumenty obou stran, které se dají sloučit do několika základních kategorií, a nastínit, jaké důsledky by s sebou neslo přijetí jednoho či druhého závěru.

5.1 KONCEPCE ODSTOUPENÍ OD SMLOUVY V OBCHODNÍM A OBČANSKÉM ZÁKONÍKU

Koncepce odstoupení od smlouvy v obchodním a v občanském zákoníku je zásadně rozdílná. Obchodní zákoník upravuje odstoupení od smlouvy s účinky ex nunc. Znamená to, že práva a povinnosti, která vznikla před odstoupením od smlouvy, zůstávají zachována, stejně jako ustanovení další, která obchodní zákoník výslovně stanovuje. Přijmout závěr, že rozhodčí doložka v takovém případě nezaniká, není tedy obtížně představitelné již z toho důvodu, že práva a povinnosti vzniklá před odstoupením od smlouvy zůstávají v obchodních vztazích zachována.

Občanský zákoník naproti tomu upravuje odstoupení od smlouvy s následky zániku smlouvy ex tunc, a ruší tak všechna práva a povinnosti stran vyplývající ze smlouvy. Ani ta práva a povinnosti, která vznikla před odstoupením od smlouvy, nezůstávají v platnosti, a bylo-li před odstoupením od smlouvy poskytnuto plnění, je třeba si jej z titulu bezdůvodného obohacení vrátit. Stejně tak zanikla s účinky ex tunc i rozhodčí doložka, tzn. po odstoupení od smlouvy je tu takový stav, jako by rozhodčí doložka nikdy neexistovala.

5.2 ANALOGIE VS. VZTAH GENERALITA OBČANSKÉHO ZÁKONÍKU A SPECIALITY ZÁKONÍKU OBCHODNÍHO

Užití analogie legis je v občanském zákoníku přímo upraveno v § 835: „Občanskoprávní vztahy, pokud nejsou zvláště upraveny ani tímto, ani jiným zákonem, se řídí ustanoveními tohoto zákona, která upravují vztahy obsahem i účelem jim nejbližší.“ Není-li tedy možné nalézt řešení dané právní otázky v zákoníku občanském ani v jiném zákoně, který reguluje občanskoprávní vztahy, je třeba analogií nalézt v občanském zákoníku takové ustanovení, které řeší obdobnou situaci obsahem i účelem nejbližším způsobem. Žádné takové ustanovení se v občanském zákoníku nenachází. Jediné ustanovení, které danou otázku řeší, ovšem pro obchodněprávní vztahy, se nachází v obchodním zákoníku v § 351 odst. 1. V takovém případě je proto nutné použít analogii legis. Analogickou aplikací obchodního zákoníku potom dojdeme k závěru, že rozhodčí doložka při odstoupení od smlouvy v občanskoprávních vztazích nezaniká.

Obchodní zákoník je ovšem zákonem speciálním k zákoníku občanskému, který je obecným předpisem. Z tohoto vztahu plyne, že obecná úprava použita v občanském zákoníku je použitelná v obchodněprávních vztazích, nemá-li obchodní zákoník úpravu zvláštní. Mezery obchodního zákoníku jsou tedy vyplňovány zákoníkem občanským. Obrácený postup vyplňování mezer (tedy při absenci úpravy v občanském zákoníku hledat řešení v zákoníku obchodním) nelze s ohledem na vztah speciality obchodního zákoníku k zákoníku občanskému připustit. A to především z toho důvodu, že obchodní zákoník jako speciální právní předpis upravuje některé otázky záměrně odchylně od zákoníku občanského s ohledem na úpravu vztahů mezi podnikateli, a poskytuje tak subjektům právních vztahů menší standard ochrany než je tomu u zákoníku občanského. Z toho plyne, že je-li určité ustanovení výslovně obsaženo v obchodním zákoníku, nelze jej bez dalšího aplikovat na občanskoprávní vztahy v případě neexistence výslovné úpravy v zákoníku občanském. Systematickým výkladem tedy dospějeme k závěru, že odstoupením od smlouvy v občanskoprávních vztazích rozhodčí doložka zaniká.

5.3 TRENDY V REGULACI SOUKROMÉHO PRÁVA V EVROPSKÉ UNII VS. NOVÝ OBČANSKÝ ZÁKONÍK

Trendy v regulaci soukromého práva v Evropské unii jsou jasným směrem k ochraně spotřebitelů před rozhodčím řízením. V současné době existuje

návrh směrnice Evropského Parlamentu a Rady o právech spotřebitelů (KOM/2008/0614), která zakazuje nepřiměřené smluvní podmínky ve spotřebitelských smlouvách. Za takové jsou považovány ty smluvní podmínky, které zbavují spotřebitele práva podat žalobu nebo použít jiný opravný prostředek,

zejména požadovat na spotřebiteli, aby předkládal spory výlučně rozhodčímu soudu, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů, nebo bránění v uplatňování tohoto práva. V této tendenci zle spatřovat snahu ochránit spotřebitele před takovými rozhodčími doložkami, které vylučují podání žaloby u obecného soudu a které by nutily podat žalobu pouze před rozhodčím soudem, na který se nevztahují ustanovení právních předpisů. S ohledem na dlouhodobý vývoj v této oblasti lze předpokládat, že Evropská unie bude k rozhodčímu řízení ve spotřebitelských sporech stále méně nakloněna. Do budoucna lze proto očekávat spíše restriktivní postoj k otázkám rozhodčího řízení ve spotřebitelských sporech podporující závěry, které se vyslovují pro vyloučení spotřebitelských věcí z rozhodčího řízení.

Návrh nového českého občanského zákoníku jde v těchto otázkách jiným směrem než trend evropský. Kromě jiného komercializuje i úpravu odstoupení od smlouvy, a tak čtenáře nepřekvapí, že řešení následků odstoupení od smlouvy je v § 1852 návrhu nového občanského zákoníku upraveno následovně: „Odstoupením od smlouvy zanikají v rozsahu jeho účinků práva a povinnosti stran. Tím nejsou dotčena práva třetích osob nabytá v dobré víře. Odstoupení od smlouvy se nedotýká práva na zaplacení smluvní pokuty nebo úroku z prodlení, pokud již dospěl, práva na náhradu škody vzniklé z porušení smluvní povinnosti ani ujednání, které má vzhledem ke své povaze zavazovat strany i po odstoupení od smlouvy, zejména ujednání o způsobu řešení sporů. Byl-li dluh zajištěn, nedotýká se odstoupení od smlouvy ani zajištění.“ Nový občanský zákoník tedy počítá s úpravou následků odstoupení od smlouvy podobnou stávajícímu obchodnímu zákoníku, který vypočítává ta ustanovení, která zůstávají i po odstoupení od smlouvy v platnosti.

Je otázkou, zda by výklad současného občanského zákoníku měl přihlížet k jednomu z těchto vývojových trendů, které lze v současnosti pozorovat. S ohledem na trend evropský by výklad směřoval spíše k zániku rozhodčí doložky při odstoupení od smlouvy, výklad ovlivněný novým občanským zákoníkem by zase jasně směřoval k jejímu zachování.

5.4 FORMÁLNÍ PŘÍSTUP KE SMLOUVĚ A JEJÍM ČÁSTEM VS. SAMOSTATNÁ ROZHODČÍ SMLOUVA

Separované posuzování platnosti a existence smlouvy hlavní a smlouvy rozhodčí je vcelku jednoduše představitelné v případě, že tyto smlouvy jsou od sebe formálně oddělené, že tedy tvoří samostatné, na sobě na první

pohled zcela nezávislé dokumenty.[10] Resp. rozhodovací praxe nejspíše nebude neexistenci smlouvy hlavní po jejím odstoupení automaticky vztahovat na samostatně stojící rozhodčí smlouvu a vyslovovat její neaplikovatelnost v daném případě.[11]

Problematičtější je ale situace, v níž vystupuje rozhodčí smlouva nikoli jako samostatný dokument, ale ve formě rozhodčí doložky, tedy smluvního ujednání, které je vtěleno do smlouvy hlavní a je její součástí. Ve skutečnosti ale tyto případy jsou shodné a musí být i tak posuzovány. Vůle účastníků rozhodčí smlouvy směřovala v obou případech ke stejnému cíli – založit pravomoc rozhodců rozhodovat o jejich sporu vzniklém z určitého právního vztahu. Nelze proto dospět k odlišnému závěru o pravomoci rozhodců rozhodovat ve sporu ve stejném případě pouze pro rozdílnost jevové podoby smlouvy.

Je-li nutné rozhodovat o osudu rozhodčí smlouvy při odstoupení od smlouvy hlavní bez ohledu na formu a jevovou podobu rozhodčí smlouvy, tedy zda se jedná o samostatně stojící dokument či o součást smlouvy hlavní, pak výsledek tohoto rozhodování musí být stejný. Pokud by platilo, že při odstoupení od smlouvy hlavní rozhodčí doložka zaniká, pak je třeba nalézt obdobné řešení i pro případ samostatně stojící rozhodčí smlouvy. Z důvodu odstoupení od smlouvy hlavní nelze prohlásit za neexistující také samostatně stojící smlouvu rozhodčí, která se dotýká i všech jiných sporů mezi subjekty. Nemá-li tedy neexistence smlouvy hlavní po odstoupení od ní ovlivňovat existenci samostatně stojící rozhodčí smlouvy, je otázkou, zda by v takovém případě neměl vyslovit alespoň neaplikovatelnost samostatně stojící rozhodčí smlouvy na spor vzniklý ze zaniklé smlouvy hlavní, aby bylo docíleno stejného výsledku.

5.5 ÚČEL OBČANSKÉHO PRÁVA VS. ÚČEL ROZHODČÍHO ŘÍZENÍ

Další argumenty vychází z účelu rozhodčího řízení a účelu občanského zákoníku. Účelem občanského zákoníku je v porovnání se zákoníkem obchodním regulace občanskoprávních vztahů s akcentací ochrany slabší strany. Nehledě ke speciálním ustanovením o spotřebitelských smlouvách, vyjadřuje občanský zákoník na mnoha místech svou ochrannou funkci vůči slabším subjektům občanskoprávních vztahů. To podporuje výklad § 48 odst. 2 obč. zák., že zánikem smlouvy zanikají skutečně všechna práva a povinnosti ex tunc, včetně jakýchkoli ujednání, která se ke smlouvě vážou a

[10] V takovém případě se jedná o rozhodčí smlouvu ve formě všeobecného ujednání neboli neomezeného kompromisu, viz Rozehnalová, Naděžda. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 102-103.

[11] Nelze hovořit o neplatnosti, jelikož nestíhá-li rozhodčí smlouvu nějaká vada způsobující neplatnost, tak i v případě neaplikovatelnosti na daný spor zůstává samostatně stojící rozhodčí smlouva nadále v platnosti a je aplikovatelná na jiné spory.

která mohou nadále ukládat stranám smlouvy práva a povinnosti (kupř. povinnost řešit spor v rozhodčím řízení).

Účelem rozhodčího řízení a zákona o rozhodčím řízení je zjednodušení rozhodování o sporu mezi subjekty, které se dobrovolně rozhodčímu řízení podřídí. Z toho důvodu by měla být zachována dohoda o tom, že spor bude mezi stranami řešen v rozhodčím řízení, bez ohledu na zpochybňování platnosti či existence smlouvy, z níž vzniklé problémy se mají v rozhodčím řešit. Rozhodčí řízení by v případě, že rozhodčí doložka bude považována za součást smlouvy hlavní, která při odstoupení od smlouvy zaniká spolu s ní, nemohlo být v řadě případů vůbec vedeno. Rozhodce má sice pravomoc rozhodovat o své pravomoci, ale pokud není veden spor o odstoupení od smlouvy (obě strany považují odstoupení od smlouvy hlavní za platné), pak rozhodce pravomoc k rozhodování sporu nemá, když odstoupením rozhodčí doložka zanikla.

A contratio – ze zákona o rozhodčím řízení vyplývá, že pokud není stanoveno jinak, pak se má za to, že se rozhodčí doložka vztahuje i na posuzování své vlastní platnosti a neplatnosti. To nelze automaticky slučovat s existencí a neexistencí rozhodčí doložky, ale rozšířeným výkladem zákona o rozhodčím řízení k tomuto dospět lze. Pokud tento výklad nepřekračuje meze možné extenzivnosti výkladu zákonných ustanovení, je možné dovodit, že rozhodce má právo jako předběžnou otázku vyřešit, zda existence rozhodčí doložky byla zachována i v případě, že od smlouvy hlavní bylo v občanskoprávních vztazích platně odstoupeno.

Otázkou tedy zůstává, zda tento výklad není příliš extenzivní a zda rozhodce, který má právo rozhodovat o platnosti nebo neplatnosti rozhodčí doložky, které je podloženo relevantními ustanoveními občanského a obchodního zákoníku o separovaném posuzování platnosti a neplatnosti jednotlivých částí smlouvy, má i právo rozhodovat o existenci a neexistenci rozhodčí doložky v případě odstoupení, k čemuž v občanském zákoníku podklad nemá.

6. ZÁVĚR

Za současného stavu legislativy a judikatury na toto téma nelze podat jednoznačnou odpověď na položenou otázku. Jiný pohled mají praktikující rozhodci, kteří o vedoucí roli doktríny separace nepochybují ani v občanskoprávních sporech. Z toho důvodu rozhodují v mezích doktríny separace o své pravomoci a existenci rozhodčí doložky posuzují bez ohledu odstoupení od smlouvy hlavní. Kdyby tak nečinili, museli by v řadě případů k jejich nelibosti vyslovit svou nepříslušnost. Jiný pohled mají teoretikové, kteří vykládají systematickou metodou občanský zákoník a přihlíží přitom k ochraně slabší strany. Je samozřejmě možné, že úvahy na toto téma jsou příliš teoretické, jelikož v praxi podobné problémy nenastávají. Spotřebitel jako slabší strana často není obeznámen s tím, že se musí proti vedení rozhodčího řízení bránit včas při prvním úkonu ve věci, zkušený rozhodce si pojistí svou pravomoc uzavřením nové perfektní rozhodčí doložky před

zahájením řízení, a pak soudy ani při rozhodování o následné žalobě na zrušení rozhodčího nálezu nejsou oprávněny bez vznesené námitky neexistence rozhodčí doložky před při prvním úkonu ve věci přezkoumávat existenci a platnost rozhodčí doložky. De facto je ale možné, že většina spotřebitelských sporů, které jsou založeny na mechanismu sjednaná smlouva – neplnění podle smluvních podmínek – odstoupení od smlouvy – žaloba k rozhodčímu řízení – rozhodčí nález, by vůbec v rozhodčím řízení neměly být rozhodovány (v případě, že ve smlouvě není sjednáno, že odstoupením od smlouvy nezaniká rozhodčí doložka).

Jednoduché řešení této komplikované situace se přitom přímo nabízí – strany smlouvy si podle občanského i obchodního zákoníku mohou ve smlouvě sjednat, že se odstoupení od smlouvy hlavní nedotýká ustanovení o řešení sporů v dané smlouvě. Pak i v případě odstoupení od smlouvy hlavní není zpochybněna pravomoc rozhodců v daném sporu rozhodovat, jelikož smlouva obsahuje výslovné ustanovení o tom, že rozhodčí doložka nezanikla. Druhým řešením se sjednání samostatné rozhodčí smlouvy, která se bude výslovně dotýkat i sporů vzniklých v důsledku odstoupení od smlouvy hlavní a s námi souvisejících.

Cílem tohoto příspěvku nebylo přinést jednoznačnou odpověď na v úvodu položenou otázku, ale ukázat možné rozdílné pohledy na tuto problematiku a upozornit na nesrovnalosti, které s sebou odstoupení od smlouvy v občanskoprávních vztazích ve vztahu k rozhodčímu řízení přináší. Proto lze závěrem doporučit následující: věnovat se při kontraktaci důsledně formulaci rozhodčí doložky i následkům odstoupení od smlouvy a za účelem podpoření právní jistoty subjektů občanskoprávních vztahů si ve smlouvě upravit výslovně i osud rozhodčí doložky po odstoupení od smlouvy (s vědomím, že užití slova „kontraktace“ v případě formulářových spotřebitelských smluv zní poněkud nadneseně). Toto jediné řešení dokáže za současné situace smluvním stranám zaručit jistotu ohledně toho, v jakém řízení budou jejich případně vzniklé spory v souvislosti s odstoupením od smlouvy hlavní rozhodovány.

Literature:

- Rozehnalová, Naděžda. Zásada autonomie a zásada rozhodování rozhodců o své pravomoci – dvě stránky jednoho problému. Časopis pro právní vědu praxi. 2008, č. 2.
- Barceló, John J. Who decides the arbitrators' jurisdiction? : separability and competence-competence in transnational perspective. Vanderbilt Journal of Transnational Law (2003), volume 36 , issue 4.
- McNeill, Mark – Juratowitch, Ben. Agora: Thoughts on Fiona Trust. The Doctrine of Separability and Consent to Arbitrate. Aritration International. 2008, roč. 24.

- Pecha, Richard. Odstoupení od smlouvy podle obchodního zákoníku. Bulletin advokacie. 2002. č. 8.
- Rozehnalová, Naděžda. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku. 2. vyd. Praha : ASPI, Wolters Kluwer, 2008, s. 102-103.
- Pelikánová, Irena. Komentář k § 351 zák. 513/1991 Sb. Zdroj : ASPI .

Contact – email
simona.travnickova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ALTERNATIVNÍ ZPŮSOBY ŘEŠENÍ ROZVODU

JANA TUROŇOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
V současné době většina evropských právních řádu umožňuje, aby se manželé rozvedli na základě předem sjednané dohody a vyhnuli se tak spornému jednání. V České republice jde o tzv. nesporný rozvod dle ustanovení § 24a zákona o rodině. Zákon však neřeší způsob, jakým manželé k této dohodě dospějí. Z institucionálních způsobů mohou použít například mediaci, či spoléhat na vyjednávací schopnosti svých advokátů. Od počátku 90. let 20. století se však ve Spojených státech amerických vyvíjí tzv. collaborative praktice. Jde o proces, při kterém se strany snaží vyjednáváním za přítomnosti svých advokátů dosáhnout vzájemně akceptovatelné dohody, která by vyřešila spor bez nutnosti předstoupit s ním před soud a to na základě předem přesně stanovených pravidel. Collaborative practice se využívá ke komplexnímu řešení všech právních, ekonomických i osobních dopadů rozvodu, které nevyhnutelně zasáhnou do života rozvádějících se manželů.

Dnes se tato alternativní metoda řešení rozvodu používá i v mnoha státech Evropy, například v nám blízkém Rakousku, či Švýcarsku. Příspěvek se na tuto relativně novou metodu rozvodu snaží upozornit a zároveň seznámit s jejími pravidly. Autorka se domnívá, že se může uplatňovat i v rámci české právní praxe.

Key words in original language
Alternativní způsoby řešení sporu; ADR; rodinné spory; rodinné právo; rozvod; mediace; collaborative praktice.

Abstract
It is possible in many European states to make a divorce without dispute, only by the agreement between spouses. In the Czech republic there is so-called indisputable divorce according to enactment para. 24a Family Code. But, in this act there is anything about the way of negotiation. Spouses can use some type of alternative dispute solution, for example mediation. Or, they can depend on negotiating facilities of attorney. From the beginning of 1990´s there has been developed collaborative practice in the United states on America. It is way to solve disputes respectfully, without going to court, while working with trained professionals (attorneys) who are important to all areas of spouses life.

Today, this process is used in many European counties, for example in Austria or Switzerland. The aim of this contribution is to refer to this relatively new method and to apprise of its rules. The author believes that this process can be realized also in the Czech republic.

Key words
Alternative dispute solution; ADR; family dispute; Family Law; Divorce; mediation; collaborative practice.

1. ÚVOD

V současné době většina evropských právních řádu umožňuje, aby se manželé rozvedli na základě předem sjednané dohody a vyhnuli se tak spornému jednání. V České republice jde o tzv. nesporný rozvod dle ustanovení § 24a zákona o rodině (dále jen „ZOR“). Zákon však neřeší způsob, jakým manželé k této dohodě dospějí. Z institucionálních způsobů mohou použít například mediaci, či spoléhat na vyjednávací schopnosti svých advokátů. Od počátku 90. let 20. století se však ve Spojených státech amerických vyvíjí tzv. collaborative practice.

Jde o proces, při kterém se strany snaží vyjednáváním za přítomnosti svých advokátů dosáhnout vzájemně akceptovatelné dohody, která by vyřešila spor bez nutnosti předstoupit s ním před soud a to na základě předem přesně stanovených pravidel. Collaborative practice se využívá ke komplexnímu řešení všech právních, ekonomických i osobních dopadů rozvodu, které nevyhnutelně zasáhnou do života rozvádějících se manželů.

Dnes se tato alternativní metoda řešení rozvodu používá i v mnoha státech Evropy, například v nám blízkém Rakousku, či Švýcarsku. Příspěvek se na tuto relativně novou metodu rozvodu snaží upozornit a zároveň seznámit s jejími pravidly. Autorka se domnívá, že se může uplatňovat i v rámci české právní praxe.

2. OBECNĚ O ROZVODU V ČESKÉ REPUBLICE

Rozvod manželství je jediný způsob zrušení manželství za života obou manželů. Právní úprava rozvodu prošla v každém státě poměrně složitým a dlouhým vývojem, který pokračuje v i současné době.[1] V jednotlivých zemích a v různých obdobích závisí do značné míry na kulturních tradicích a vlivu církve. Pokud jde o Evropu, můžeme se zde setkat jak s poměrně rigidní úpravou rozvodu, tak i s úpravou velmi liberální.[2]

V evropských právních úpravách rozvodu manželství můžeme v podstatě rozlišit tři způsoby rozvodu – rozvod manželství na základě viny, rozvod manželství na základě rozvratu a rozvod manželství na základě dohody manželů. Dále lze rozvody rozlišit podle orgánu, který o něm rozhoduje. Může jím být buď soud („klasický rozvod“), nebo správní orgán (tzv. administrativní rozvod).

---

[1] Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo. 2. vydání. Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1998, s. 117.

[2] tamtéž

V České republice je právní úprava rozvodu manželství založena pouze na jediném důvodu rozvodu a tím je existence tzv. kvalifikovaného rozvratu (v České republice nemáme rozvod na základě viny, či na základě dohody manželů). Rozvrat manželství je zde chápán jako objektivní kategorie, přičemž jeho kvalifikovanost je dána intenzitou a délkou jeho trvání. Rozvrat manželství je objektivní stav vztahů mezi manželi, který naznačuje, že původně byly tyto vztahy jiné.[3]

České rodinné právo v současné době neumožňuje absolutní vytlačení soudního procesu a soud je proto jediným orgánem, který má v České republice svěřenu pravomoc manželství rozvést.[4]

Pokud jde o přítomnost kvalifikovaného rozvratu mezi manželi, právní úprava v České republice pouze rozlišuje, zda je třeba tento rozvrat soudu prokázat (sporný rozvod podle § 24 ZOR), nebo zda se tento rozvrat presumuje (nesporný rozvod podle § 24a ZOR).[5] V každém případě však soud může manželství rozvést pouze na základě návrhu jednoho z manželů.

Nesporný rozvod podle § 24a ZOR je založený na dohodě obou manželů o rozvodu manželství.[6] Aby však mohli manželé přistoupit k tomuto rozvodu, musí splňovat zákonné podmínky - manželství musí trvat nejméně jeden rok, manželé spolu nejméně šest měsíců nežijí a druhý manžel se k návrhu na rozvod manželství připojí.[7]

Manželé jsou dále povinni předložit písemné smlouvy s ověřenými podpisy upravující pro dobu po tomto rozvodu vypořádání vzájemných majetkových vztahů[8], práv a povinností společného bydlení a případné vyživovací povinnosti. Dohoda manželů o vypořádání vzájemných majetkových vztahů a o vypořádání bydlení je obligatorní. Aby soud mohl v rozvodu postupovat

---

[3] Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo. 2. vydání. Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1998, s. 120

[4] Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, č. 22, 2007, s. 815.

[5] K odlišnostem rozvodu podle § 24 a 24a ZOR srov. např. Hrušáková, M. a kol. Zákon o rodině. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H: Beck, 2001, s. 65 – 77.

[6] Přesto se však koncepčně nejedná o rozvod dohodou. I zde musí být přítomen kvalifikovaný rozvrat. Rozdíl je pouze v tom, že se tento rozvrat presumuje a že mají manželé možnost smluvně upravit pro dobu po rozvodu určité vzájemné vztahy.

[7] Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo. 2. vydání. Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1998, s. 124

[8] Pod tímto pojmem rozumí zákon především vypořádání společného jmění manželů. Mohou pod něj však spadat i další majetkové vztahy, jako např. podílové spoluvlastnictví mezi manželi nebo vzájemné pohledávky.

podle § 24a ZOR, musí mu být tyto smlouvy předloženy. Zákon rovněž umožňuje, aby se manželé dohodli na vyživovací povinnosti k rozvedenému manželovi. Tato smlouva však již povinná není.[9]

V případě, že není možné mezi manželi dosáhnout vzájemné dohody ohledně vypořádání společného jmění nebo společného bydlení, může kterýkoliv z nich podat návrh na zahájení řízení v této věci u soudu. V takovém případě však není možné realizovat nesporný rozvod podle § 24a ZOR, ale je nutné přistoupit k rozvodu podle § 24 ZOR.

Pokud mají manželé nezletilé děti, musí v rámci nesporného rozvodu dále předložit pravomocné rozhodnutí soudu o úpravě poměrů nezletilých dětí pro dobu po rozvodu, jejíž součástí je také otázka vyživovací povinnosti rodičů k dětem. Toto soudní rozhodnutí může však být podle § 26 odst. 3 ZOR nahrazeno dohodou rodičů, kterou soud po přezkoumání zájmů dítěte schválí, či neschválí.

Také v případě sporného rozvodu podle § 24 ZOR je v mnoha ohledech dovoleno, aby manželé upravili některou z nevyřešených otázek formou dohody. Je však otázkou, nakolik budou manželé schopni uzavřít dohodu například v otázkách majetku, když nebyli schopni nalézt shodu ani pro samotný rozvod.

Shrneme-li právní úpravu v České republice zjistíme, že kromě samotného rozvodu (tedy změny právního statusu manželů) a některých aspektů vztahu k nezletilému dítěti, je možné prakticky všechny otázky vyřešit vzájemnou mimosoudní dohodou obou manželů. I v řízení o úpravě práv a povinností k dítěti a o rozvod manželství je možné roli soudu minimalizovat tím, že manželé o svých právech a povinnostech k dítěti uzavřou dohodu, tuto předloží soudu ke schválení a následně učiní návrh na rozvod manželství podle § 24a ZOR.[10]

3. DOSAHOVÁNÍ SMLUVNÍHO KONSENZU MEZI MANŽELI

Jak můžeme dovodit z předcházejícího textu, svoboda autonomního uspořádání vztahů mezi manželi pro dobu po rozvodu je v českém právním řádu poměrně široká. Zákon na mnoha místech hovoří, že manželé mohou uzavřít dohodu. Zákon však nic nehovoří o způsobu, kterým k této dohodě mohou dospět. Jak dosáhnout vzájemného konsenzu, je věcí každého

[9] Blíže k výživnému rozvedeného manžela např. Kornel, M. Vyživovací povinnost k rozvedenému manželovi a dobré mravy. Jurisprudence, 2006, č. 7, s. 36 – 41.

[10] Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, č. 22, 2007, s. 815.

manželského páru a český právní řád nenabízí žádné varianty řešení.[11] Mnohdy si proto právní praxe musí nelézt řešení sama.

Velmi vzácným případem je situace, kdy jsou manželé schopni sami vzájemně komunikovat a vyjednávat podmínky zmíněných dohod. V takovém případě nepotřebují pomoc třetí osoby a rozvadí se tzv. od kuchyňského stolu.[12] Jedná se však o způsob, který je v mnoha ohledech riskantní a to zejména pokud jde o možný psychický a fyzický nátlak jednoho z partnerů, či o neznalost práva. Za největší slabinu lze však považovat právě absenci třetí nezávislé osoby, která by emocionálně vypjatou situaci vyvažovala.

Podle ustanovení § 149 občanského zákoníku (dále jen „OZ“) zaniká společní jmění manželů zánikem manželství, tedy i rozvodem. Po tomto zániku však musí dojít ještě k jeho vypořádání, které je mezi rozvádějícími se manželi nejčastějším důvodem ke sváru. V případě, že se manželé rozvádí podle ustanovení § 24a ZOR, předkládají soudu dohodu o vypořádání společného jmění obligatorně. Avšak v případě, že se rozvádí podle ustanovení § 24 ZOR, tuto smlouvu předložit nemusí, jelikož soud v tomto řízení společné jmění neprojednává a tedy ani nevypořádává. K vypořádání společného jmění však musí dojít následně a to do tří let od jeho zániku.[13] K tomuto vypořádání může dojít opět dohodou mezi manželi, nebo soudní cestou. Pakliže je podán návrh na vypořádání společného jmění manželů soudu, má tento povinnost dle ustanovení § 99 občanského soudního řádu (dále jen „o.s.ř.“) vyzvat strany k uzavření smíru. V praxi tento postup znamená, že se bývalí manželé společně sejdou i se svými advokáty a pokusí se uzavřít dohodu. Nedojde-li k domluvě, pokračuje soudní řízení „klasickou“ cestou. Dojde-li však mezi manželi k dohodě, soudní řízení dále nepokračuje. Pokud není smír mezi stranami v rozporu s právními předpisy, soud jej schválí a takto schválený má účinky pravomocného rozsudku a je tudíž exekučním titulem.

Do určité míry lze v souvislosti s rozvodem využít rozhodčí řízení. Rozhodčí řízení lze podle ustanovení § 2 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení zahájit v majetkových sporech, k jejichž projednání a rozhodnutí by jinak byla dána pravomoc soudů a o kterých by strany mohly uzavřít smír ve smyslu ustanovení § 99 o.s.ř. Toto řešení se bude týkat právě majetkových sporů mezi manželi, tedy nejčastěji vypořádání společného

---

[11] Určitou výjimkou je pouze smírné řízení dle občanského osudního řádu.

[12] Termín „rozvod od kuchyňského stolu“ (the kitchen table divorce) je používán v zahraniční literatuře zabývající se collaborative practice jako označení pro pár, který si rozvod „dělá sám“, bez nebo s minimální participací jiných osob. Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, č. 22, 2007, s. 816.

[13] Nestane-li se tak, zákon presumuje nevyvratitelnou domněnku o vypořádání. Ustanovení § 150 odst. 4 OZ.

jmění a naopak se nebude týkat ostatních vztahů pro dobu po rozvodu. Avšak i pro takovýto postup se musí manželé domluvit, resp. uzavřít rozhodčí smlouvu.

V rámci českého právního prostředí je dnes již poměrně rozšířená mediace. Velmi hojně se využívá právě v oblasti manželského práva a to i přes to, že doposud není regulována právem a nemá tudíž pevně stanovená pravidla. Využívá se jak pro rozvody nesporné, tak pro určité aspekty rozvodů sporných. V současné době se v České republice projednává přijetí zákona o mediaci v netrestních věcech.[14]

Řeší-li manželé rozvodovou situaci mediací, zapojí do procesu třetí, obvykle speciálně vyškolenou, nezávislou osobu – mediátora. Mediátor je profesionál na efektivní vyjednávání s případnou specializací v oblasti projednávaného tématu. Pro uchování své neutrality nesmí být ve sporu nikterak zájmově nebo mocensky angažován. Není proto obhájcem ani poradcem zúčastněných stran. Jeho role spočívá v profesionálním vedení procesu a oboustranné podpoře účastníků tak, aby nalezli konstruktivní řešení a překonali sporné otázky v průběhu diskuze. Mediátor nevystupuje vůči účastníkům z nadřazené pozice, nemůže přijímat žádná pro strany závazná rozhodnutí. Může pouze radit, doporučovat a usměrňovat.

Mediátor rozvádějícím se manželům napomáhá ke vzájemné komunikaci a k výměně informací, které doposud strany neznaly nebo které nemohly být z nejrůznějších důvodů sděleny. Napomáhá stranám definovat společné i rozdílné zájmy a usnadňuje nalezení oboustranně přijatelného řešení. Cílem mediačního procesu je vyvážená, reálná dohoda, která odráží možnosti a přání přítomných stran.

Vzhledem k tomu, že v současné době nemáme zákonem stanovené požadavky pro osobu mediátora, může tuto činnost provádět prakticky kdokoliv, kdo sezná, že k tomu má předpoklady. V praxi se nejčastěji jedná o právníky, psychology a sociology.

Velmi často poskytují služby mediátorů také advokáti. Vstup advokáta do role mediátora však není jednoduchou záležitostí, jelikož osoba mediátora je svou podstatou nezávislá a nestranná, zatímco advokát je tradičně zástupcem zájmů jedné ze stran. Nelze mít ovšem výhrady proti situaci, kdy

---

[14] Prvním krokem ke změně v této oblasti byla mimo jiné směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21. května 2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech. Směrnice je zaměřena na odstraňování překážek spojených s mediačním procesem probíhajícím přes hranice v rámci Evropské unie. Neupravuje tedy mediaci jako takovou, ale přesto nutí členské státy k doplnění legislativní mezery v případě, kdy jejich právní řád úpravu této oblasti postrádá. Implementační lhůta vyprší v roce 2011.

bude advokát požádán oběma rozvádějícími se manžely o mediaci, přípravu dohod a dalších dokumentů spojených s jejich rozvodem. Od počátku bude vystupovat jako nestranná osoba pomáhající manželům dosáhnout vzájemného konsenzu a jeho role v procesu bude od počátku zřejmá.[15]

Právní úprava nesporného rozvodu podle § 24a ZOR k tomuto řešení svým způsobem vybízí. Manželé totiž potřebují pomoci nejen se vzájemnou komunikací, ale také s právním řešením rozvodu. Proto právník, či advokát, který dokáže propojit obě „služby", výrazně napomáhá k efektivnímu řešení rozvodu.[16]

Fakt, že se na vyjednávání požadovaných dohod podílí třetí osoba, která poskytne jak služby čistě právní, tak mediační, není na první pohled patrný. Účast třetí osoby není v uvedených dohodách v současném právním stavu nikterak zmíněna. Dohody podepisují pouze sami manželé. Dalo by se tedy konstatovat, že současná mediace vlastně mediací v právem slova smyslu není a že je pouze osobní dovedností každého jedince, který s manželi vyjednává podmínky rozvodu. Obrat v této věci by snad mohl přinést až nový zákon o mediaci.[17]

Další způsob řešení rozvodu, který lze v rámci rozvodového řízení aplikovat, je tzv. collaborative practice. Tato metoda je však v českém prostředí doposud neznámá. Jedná se o metodu týmového řešení sporů na bázi práva spolupráce, která vznikla ve Spojených státech amerických v 80. letech 20. století a která se v průběhu let devadesátých rozšířila po celé zemi. V současné době se aplikuje také v některých státech Evropy.

Metoda řešení konfliktu právem spolupráce otevírá nové dimenze vnímání konfliktu a představuje pro českou právní obec nové řešení právních sporů. Je novou dovedností pro advokáty i ostatní odborníky a nabízí další alternativní řešení pro klienty. Jde o model na rozhraní mezi klasickým zastupováním klienta a mediací. Někdy se jí proto říká mediace bez mediátora.

---

[15] K roli advokáta jako mediátora viz např. Havelka, T., Michel, D. Mediace v Německu – právní aspekty a soulad s německým stavovským právem. Bulletin advokacie, 2005, č. 6, s. 31.

[16] Např. ve Francii se do role mediátora dostávají i soudci. Hojně je využívané tzv. soudní smírčí řízení. Sám soudce na základě čl. 21 francouzského občanského soudního řádu povolá strany, aby se k soudci osobně dostavily. Ten si pro ně vyčlení několik hodin a sporné body rozvodu s nimi projednává. Sám je přitom vyškolen v oblasti mediátorských dovedností. V Kanadě je tento postup označován jako soudní mediace.

[17] Určitou náplastí na současný právní stav je snad skutečnost, že v České republice existuje několik specializovaných organizací, které poskytují kurzy mediátorských dovedností a které se snaží již v současné době „vychovávat" skutečné mediátory. Ostatně právě tyto organizace jsou jedněmi ze subjektů, kteří se podílí na vyjednávání nového zákona o mediaci.

Collaborative practice, stejně jako mediace, je zaměřena na uzavření dohody komplexně řešící všechny problémy rozvádějících se manželů. Zaměřuje se jak na rovinu emoční, sociální, finanční, tak i právní. Objevují se zde prvky terapie. Na rozdíl od klasické mediace má však odlišně strukturovaný průběh.

Každý z manželů si na počátku zvolí svého advokáta, který při vyjednávání hájí jeho zájmy a uděluje mu rady. Advokát samozřejmě musí ovládat metody collaborative practice, resp. smírného řešení sporů a umět je při vyjednávání využít.[18] Základním stavebním kamenem vzájemné spolupráce je dohoda, převážně písemná, uzavřená mezi advokátem a klientem. Tato dohoda je obvykle označovaná jako Collaborative practice agreement, nebo Collaborative stipulation. V ní se advokát zaváže dále klienta nezastupovat, pokud by vyjednávání nebylo úspěšné a bylo by nutné řešit spor s protistranou u soudu. Tato dohoda bývá obvykle koncipovaná jako ujednání mezi advokátem a klientem, ale je možné, aby ji uzavřeli i všichni přítomní, tedy rozvádějící se manželé a jejich advokáti. V takém případě se však jedná o dohodu čtyřstrannou.[19]

Právě v tomto bodě se collaborative practice nejvíce odlišuje od mediace, či od tzv. litigace. Litigace je také založena na principu vzájemného vyjednávání a klasického modelu stran zastoupených advokátem, avšak advokáti nejsou zavázáni k povinnosti nezastupovat strany před soudem. Je tomu spíš opačně. Již dopředu se počítá s tím, že pokud budou vyjednávání neúspěšná, advokáti zostří své jednání a nakonec budou své klienty obhajovat u soudu.[20] V případě mediace je situace specifická v tom, že žádný z manželů není nikým zastoupen. Mediátor je pouze jeden a pracuje jak pro jednu, tak pro druhou stranu. Je jejich prostředníkem, moderátorem, posluchačem, vyvažuje rozepře a uvolňuje napětí.

Při collaborative practice sice není advokát nestranný, jako je tomu v případě mediace, ale i tak napomáhá k dosažení mimosoudního řešení rozvodu. Musí si však být vědom své specifické role. V některých ohledech je tento model možná i praktičtější než klasická mediace, jelikož advokát dodává svému klientovi pocit jistoty a ochrany. Rozvádějící se manžel totiž není při vyjednávání „sám“, ale druhému manželovi čelí s pomocí dalšího člověka, který jasně a zřetelně hájí jeho zájmy, stojí na jeho straně a pomáhá mu zvládat případnou slabost před protistranou.

---

[18] O školení a kurzech k osvojení collaborative practice viz např. www.collaborativepractice.com

[19] Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, č. 22, 2007, s. 817

[20] Gamache, S. Collaborative practice: A new Oportunity to Address Children´s best Interest in Divorce. Luisiana Law Review, 2005, vol. 65, s. 1461.

Na procesu collaborative practice se někdy kromě advokátů podílí také další specialisté, jako například psychologové, finanční odborníci, či osoby hájící zájmy nezletilých dětí (sociální pracovníci). Některá literatura označuje celou skupinu těchto odborníků jako tzv. collaborative team.[21] Všichni zúčastnění mají vysoce vyvinutou schopnost komunikace a velmi dobře dokáží zvládat stresové situace. Pomáhají manželům konstruktivně vyjednávat a dosahovat reálného smluvního konsenzu. Stejně jako je tomu v případě advokátů, obvykle má klient s každým z těchto profesionálů uzavřenou samostatnou dohodu a je také samostatně placen.[22]

V souvislosti s rozvodem se klade důraz především na řešení budoucnosti nezletilých dětí. Velmi podstatný pro jejich následný život je však také způsob, kterým se rodiče dítěte rozvádějí, v jaké atmosféře se v té době dítě pohybuje, jak se k sobě rodiče chovají. To vše vytváří budoucí náhled dítěte na partnerství, manželství a rodičovství. Je proto důležité nalézt takový způsob rozvodu, který by děti co nejméně negativně ovlivnil a zatížil jejich již tak dost špatnou situace. Jednou z metod, která může zajistit hladký a do jisté míry přátelský průběh rozvodu, je právě collaborative practice.[23]

Hlavní výhodou collaborative practice je skutečnost, že obvykle nepoškozuje mezilidské vztahy v takové míře jako řízení před soudem. Dá se proto předpokládat, že rozvedení manželé budou nadále schopni alespoň v základní míře komunikovat a to zejména ve věcech týkajících se jejich dětí. Skutečnost, že se manželé rozvedou, totiž nic nemění na tom, že zpravidla oběma zůstává zachována rodičovská zodpovědnost a o dítě musí v důležitých oblastech nadále pečovat společně.

Ohledně časových a finančních úspor přináší velice zajímavé výsledky výzkumy prováděné ve Spojených státech amerických. Bylo zjištěno, že průměrná délka celého procesu se pohybuje okolo šesti měsíců, což je doba kratší, než po jakou průměrně trvá řešení rozvodových sporů soudní cestou. Průměrná „cena“ collaborative practice se pohybuje zhruba na 1/3 obvyklé ceny klasických rozvodových soudních sporů. Navíc, úspěšnost procesu se pohybuje přibližně okolo 87 %.[24]

---

[21] Např. Gamache, S. Collaborative practice: A new Oportunity to Address Children´s best Interest in Divorce. Luisiana Law Review, 2005, vol. 65, s. 1460.

[22] Tesler, P. H. Collaborative family law. Pepperdine Dispute Resolution. Law Journal, 2004, vol. 4:3, s. 332.

[23] Více o vlivech rozvodu na nezletilé děti např. Gamache, S. Collaborative practice: A new Oportunity to Address Children´s best Interest in Divorce. Luisiana Law Review, 2005, vol. 65, s. 1455 – 1485.

[24] Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, č. 22, 2007, s. 817.

4. ZÁVĚR

Na začátku většiny rozvodů stojí snaha o smírné řešení vzniklé situace. Manželé mají snahu rozvést se pokud možno rychle, levně a bez větších komplikací. Emocionálního vypětí, hádek a vzájemného napadání mají za sebou v tuto chvíli již zpravidla dost. Na „začátku" se proto chtějí domluvit. Ovšem v průběhu rozvodu často zjistí, že je opravdu hodně otázek, které musí vyřešit, nechtějí-li se pouze „hádat" před soudem.

Jak bylo popsáno výše, existuje mnoho způsobů, které mohou dopomoci při hledání vzájemného konsenzu. Každý z nich má své výhody i nevýhody. Obecně lze však shrnout, že alternativní způsoby řešení rozvodu jsou levnější, rychlejší a pocity všech zúčastněných po jejich skončení jsou příjemnější. Tak moc, jako při soudní při, netrpí ani manželé, ani jejich děti. S jistou nadsázkou by se dalo říci, že tolik netrpí ani advokáti a další zúčastnění při rozvodu. Hádky, osočování a bolest dětí nejsou příjemné nikomu.

Není proto důvod, proč by se tyto metody měly České republice vyhýbat, resp. proč by se neměly v České republice využívat stále intenzivněji. Krok správným směrem je jistě snaha o přijetí nového zákona o mediaci. Avšak jak moc pomůže současnou situaci zlepšit, to bude záležet na jeho konkrétní podobě, zejména na případném propojení mediace se soudními procesy. Pokud jde o collaborative practice, i tuto metodu mohou čeští právníci a advokáti využívat. K tomuto není dokonce zapotřebí žádných změn v právních předpisech, pouze advokátů schopných tyto postupy používat v praxi a klientů ochotných novou cestou projít.

Literature:

- Hrušáková, M., Králíčková, Z.: České rodinné právo. 2. vydání. Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1998
- Kornel, M. Collaborative law a efektivní rozvod. Právní rozhledy, č. 22, 2007
- Hrušáková, M. a kol. Zákon o rodině. Komentář. 2. vydání. Praha : C.H: Beck, 2001
- Kornel, M. Vyživovací povinnost k rozvedenému manželovi a dobré mravy. Jurisprudence, 2006, č. 7
- Havelka, T., Michel, D. Mediace v Německu – právní aspekty a soulad s německým stavovským právem. Bulletin advokacie, 2005, č. 6
- Gamache, S. Collaborative practice: A new Oportunity to Address Children´s best Interest in Divorce. Luisiana Law Review, 2005, vol. 65

- Tesler, P. H. Collaborative family law. Pepperdine Dispute Resolution. Law Journal, 2004, vol. 4:3
- Chrisman, P., O., Cox, G., G., Novotna, P.: Collaborative practice mediation:Are we Ready to Serve this Emerging Market? Pepperdine dispute resolution law journal, 2006, vol. 6:3

Contact – email
Turonovajana email.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ARBITRABILITA SPORŮ Z MIMOSMLUVNÍCH ZÁVAZKŮ

JIŘÍ VALDHANS – LUCIA KOVÁČOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá arbitrabilitou mimosmluvních závazkových vztahů, konkrétně vztahů vznikajících v důsledku porušení pravidel proti omezování hospodářské soutěže. Autoři nejprve definují arbitrabilitu podle českého práva obecně, analyzují povahu odpovědnostních vztahů z porušení soutěžního práva a následně odpovídají na otázku, zda tyto vztahy v dosahu českého práva skutečně vykazují znaky arbitrability. Vzhledem ke členství ČR v EU tak činí v dosahu unijního soutěžního práva.

Key words in original language
Arbitrabilita; mimosmluvní závazek; náhrada škody; soutěžní právo; Sherman Act; čl. 81 a 82 Smlouvy o ES; čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování EU; Řím II.

Abstract
Contribution deals with arbitrability of non-contractual obligations, specifically for obligations arising out of the breach of competition rules. Authors define arbitrability according to the Czech law in general first, analyse the character of the liability legal relationships caused by the breach of competition rules and answer the question whether these relationships embody the characters of arbitrability pursuant to the Czech law. Because of the Czech membership in EU they do it in the range of the EU competition law.

Key words
Arbitrability; non-contractual obligation; damages; competition law; Sherman Act; art. 81 and 82 EC Treaty; art. 101 and 102 of Treaty on the Functioning of the European Union; Rome II Regulation.

Rozhodčí řízení je neodmyslitelně spjato s řešením sporů mezi podnikatelskými subjekty. I když se v současnosti rozhodčí řízení stále výrazněji prosazuje i v oblastech spotřebitelských vztahů, nelze mu upřít primární zaměření na vztahy obchodní, kde se stalo téměř normou[1]. Důvodů lze spatřovat celou řadu – typicky jednoinstančnost řízení, kratší dobu řízení, nižší formálnost v procesní oblasti i v celkové komunikaci mezi stranami a rozhodci, dobré předpoklady pro následný výkon rozhodčího

[1] Bridgeman, J. The Arbitrability of Competition Law Disputes, European Business Law Review, 2008, s. 149

nálezu,[2] ovšem k těm patrně nejpodstatnějším důvodům patří výrazná míra flexibility a zejména autonomie stran i rozhodců.[3]

Nejvýrazněji bude řešení sporů před rozhodci spojováno se spory smluvními, resp. řešením sporů vyplývajících z porušení smluvních závazkových vztahů. To však nic nemění na skutečnosti, že v rozhodčím řízení lze řešit i spory z mimosmluvních závazkových vztahů – deliktů. Za mimosmluvní závazkový vztah považujeme vztah odpovědnostní, vznikající v důsledku protiprávnosti. Tou však není porušení povinnosti smluvní, ale povinnosti stanovené objektivním právem – právní normou.[4] Jedná se o situaci, kdy mezi stranami následně vzniklého vztahu právního existuje pouze vztah faktický bez právního podkladu. Až následně, kdy jedna ze stran naruší objektivním právem stanovené hranice onoho faktického vztahu, dochází ke vzniku vztahu odpovědnostního, který je již vztahem právním. Jako příklad lze uvést poškozování životního prostředí, odpovědnost (náhrada škody) z dopravních nehod, narušení osobních a osobnostních práv. Pro podnikatelské prostředí můžeme zmínit porušení práv duševního vlastnictví, nekalosoutěžní jednání a v poslední době často zmiňované soukromé vymáhání pravidel proti omezování hospodářské soutěže.

I když lze hovořit o výrazné autonomii rozhodčího řízení na státní moci, neplatí tato zásada absolutně. Je to právě moc státní, která musí přivolit k možnosti alternace její soudní moci rozhodčím řízením. V rámci tohoto přivolení také stát určuje mantinely, v nichž se rozhodčí řízení může na jeho území odehrávat. Základem těchto mantinelů je určení sporů, které mohou být rozhodcům předloženy, tj. arbitrability. Vzhledem k neexistenci unifikované úpravy je na benevolenci každého státu, jak bude tyto mantinely specifikovat. Zároveň si státy typicky ponechávají určitou formu kontroly nad samotným rozhodčím řízením. Pokud tak nečiní již v průběhu řízení samotného, drží si tuto kontrolu pro fázi po skončení rozhodčího řízení. Jedná se o možnost buď zrušení typicky domácího rozhodčího nálezu, anebo odmítnutí uznat cizí rozhodčí nález. Kontrola je svěřena soudům obecným. Proto tvrzení, že soudní moc nehraje ve vztahu k rozhodčímu řízení žádnou roli, by proto bylo zcela přehnaným zjednodušením.[5] Dle našeho názoru může být dopad státní moci na rozhodčí

---

[2] Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, Praha : Aspi, 2008, s. 59 - 62

[3] Sattar, S. National Courts and Inernational Arbitration: A Double-edged Sword? Journal of International Arbitration, 2010, s. 51; Dempegiotis, S. I. EC competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003, Journal of International Arbitration, 2008, s. 370

[4] Valdhans, J. Myšáková, P. Rome I and Rome II Regulations – Alies or Enemies? In Days of Law 2008 – conference proceedings. Brno : Masarykova univerzita, s. 826

[5] Sattar, c.d. s. 52; srovnej také Rozehnalová, c.d. s. 297 a násl.

řízení poměrně zásadní, záleží pouze na přístupu státu, jak ony mantinely nastaví a jaký prostor autonomii stran a rozhodců přiřkne. Smyslem tohoto příspěvku však není rozbor jednotlivých koncepcí rozhodčího řízení a dovolujeme si v tomto odkázat na bohatou literaturu[6].

Arbitrabilita některých mimosmluvních závazkových vztahů není hodnocena jako problematická – například oblast porušení práv duševního vlastnictví, narušení osobních a osobnostních práv nebo nároky z nekalé soutěže. Naproti tomu jiné oblasti mohou stále vyvolávat dohady, např. nároky z porušení práva proti omezování hospodářské soutěže. Smyslem tohoto příspěvku je zhodnotit, zda nároky vyplývající z porušení pravidel proti omezování hospodářské soutěže jsou řešitelné před rozhodci, a to z pohledu českého práva. Tuto otázku nelze samozřejmě hodnotit bez širších souvislostí, kterými rozumíme členství ČR v EU, a tudíž nezbytnost zohlednění čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování EU (ex čl. 81 a 82 Smlouvy o ES). Proto nejprve provedeme stručnou analýzu arbitrability podle českého práva (jak bylo uvedeno, státy jsou zatím při stanovení hranic arbitrability suverénní) a pokusíme se o kvalifikaci sporů z porušení pravidel proti omezování hospodářské soutěže. Následně bude možné konstatovat, zda tyto spory arbitrabilní jsou či nikoliv. V této souvislosti se také chceme zabývat otázkou aplikace unijních soutěžněprávních norem a v neposlední řadě také stanovením rozhodného práva pro zkoumané nároky.

1. ARBITRABILITA SPORŮ PODLE ČESKÉHO PRÁVA

Tu lze rozlišovat na objektivní, stanovenou suverénem (státem), v jejíchž intencích mohou strany dále určovat subjektivní arbitrabilitu. Pro naše současné účely je nutné zabývat se arbitrabilitou objektivní. Tato otázka je v českém právu upravena § 2 zák. č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení. Spory, aby byly rozhodovatelné před rozhodci, musí vykazovat tyto znaky:

spory majetkové povahy (vyňaty jsou spory v souvislosti s výkonem rozhodnutí a spory incidenční),

v nichž lze uzavřít smír a

k jejichž projednání a rozhodnutí by byla jinak dána pravomoc soudů obecných.

Ad) spory majetkové povahy

V souvislosti s definicí majetkových sporů lze odkázat na široký rozbor podaný Rozehnalovou[7], která tento termín obšírně analyzuje, a dále práce

[6] Rozehnalová, c.d. 52 – 58; Bělohlávek, A. J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha : C.H.Beck, 2008, s. 187 – 193

[7] Rozehnalová, N. c.d. 119 a násl.

Bělohlávka[8] či Růžičky[9]. Obecně lze konstatovat, že se jedná o spory, kdy se navrhovatel domáhá vůči odpůrci majetkového plnění (peněžité, dodání zboží, vydání věci, provedení činnosti) ocenitelného penězi. Z majetkových věcí jsou vyňaty spory vzniklé při výkonu rozhodnutí. Rozehnalová a také Mothejzlíková se Steinerem[10] v tomto ohledu rozlišují mezi spory vzniklými při výkonu rozhodnutí (§ 267 odst. 1 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále OSŘ) a § 267a) a spory v souvislosti s výkonem rozhodnutí (§§ 256 odst. 1, 262 odst. 1, 262 odst. 1 OSŘ). Oproti verzi ZRŘ účinné do 31. 12. 2007 již současný ZRŘ neobsahuje výslovné vyloučení sporů vyvolaných prováděním konkurzu a vyrovnání, ale vzhledem k působnosti zák. č. 137/2008 Sb., o úpadku a způsobem jeho řešení (insolvenční zákon) byla formulace v ZRŘ změněna a vyloučeny jsou spory incidenční (viz § 159 insolvenčního zákona). K incidenčním sporům náleží také ty uvedené v § 268 odst. 1 písm. g) a h) OSŘ.

Ad) možnost uzavření smíru

Možnost uzavření smíru je nutné zkoumat zejména s ohledem na § 99 OSŘ, který hovoří pouze o povaze sporu. Vyňaty tak budou věci, v nichž soudy postupují i bez návrhu (§ 81 OSŘ), kde je rozhodováno o osobním stavu, věci, kde dohoda účastníků vyžaduje souhlas soudu nebo dohoda není možná (zrušení podílového spoluvlastnictví, dohoda o úpravě práv a povinností rodičů k dětem atd.). Z hmotněprávního hlediska lze konstatovat možnost smíru tam, kde účastníci mají úpravu vzájemných práv a povinností ve své dispozici.[11]

Ad c) věc jinak řešitelná a rozhodovatelná obecným soudem

Tento bod je pro další úvahy velice důležitý. Arbitrabilita sporou předpokládá, že pro daný spor by jinak byla dána pravomoc soudů obecných ve smyslu § 7 OSŘ. Vyloučeny jsou proto všechny věci, kde by primárně rozhodoval orgán jiný, jako je např. Úřad pro ochranu průmyslového vlastnictví nebo Úřad pro ochranu hospodářské soutěže.

Krom výše uvedeného je k arbitrabilitě vhodné podotknout, že tato otázka je pravidelně hodnocena z pohledu několika právních řádů. V potaz je nutné brát primárně lex arbitri, neboť pokud by nebyly naplněny podmínky podle tohoto práva, nemělo by rozhodčí řízení vůbec probíhat.[12] Vedle toho však

[8] Bělohlávek, A. J. c.d. 297 - 309

[9] Růžička, K. Rozhodčí řízení před Rozhodčím soudem při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Plzeň : Aleš Čeněk, 2005, 254 s.

[10] Mothejzlíková, J. Steiner V. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Praha : C.H.Beck, 1996, s. 21 – 23

[11] Blíže viz Rozehnalová, c.d. s. 123 a násl. a Mothejzlíková, J. Steiner, V., c.d. s. 22

[12] Zde úmyslně opomíjíme koncepce delokalizace a denacionalizace rozhodčího řízení.

nelze opomíjet ani právní řády států potencionálního výkonu rozhodčího nálezu. To z důvodu, že nedostatek arbitrability je typickým důvodem pro odmítnutí vpuštění rozhodčího nálezu na území daného státu (jeho uznání). S těmito důvody pravidelně operují národní právní řády, stejně tak jej zná New Yorská úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (v souladu s čl. V. odst. 2 písm. a) je tento důvod posuzován ex officio).

2. POVAHA SPORŮ Z PORUŠENÍ PRÁVA NA OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE A JEJICH ARBITRABILITA

V českých podmínkách se již dlouhodobě ujala koncepce, kdy právo na ochranu hospodářské soutěže je sice řazeno do oblasti práva obchodního, ovšem této složce je přisuzována veřejnoprávní povaha. Důvody jsou prosté – zájem státu na fungování hospodářské soutěže na jeho území, vytvoření ústředního orgánu státní správy – Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS) – který je vzhledem ke své nadřazené pozici nad soukromými subjekty oprávněn tyto subjekty sankcionovat v případě, kdy porušení zákaz stanovený zák. č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (zákon o ochraně hospodářské soutěže). Na první zamyšlení lze proto usuzovat na nemožnost jiných soukromých subjektů (soutěžitelů a spotřebitelů) v této rovině právní úpravy vystupovat a domáhat se případných nároků vůči narušiteli hospodářské soutěže (s výjimkou podnětů podaných ÚOHS). Zároveň však nelze zpochybňovat, že v situaci, kdy určitý subjekt bude zneužívat své dominantní postavení, tak subjektům ostatním může v důsledku toho vznikat škoda. ÚOHS však nebude a nemůže řešit soukromoprávní otázky náhrady škody. Je oprávněn posoudit, zda ke zneužití dominantního postavení skutečně došlo a případně dominanta za toto zneužití sankcionovat. Obdobně může vznikat škoda subjektům stojícím mimo kartelovou dohodu. Ani v takovém případě nemůže ÚOHS jednat v nápravě této škody.

Bylo by však nesmyslné upírat soukromým subjektům možnost nárokovat škodu vzniklou jim v důsledku toho, že subjekt jiný narušuje hospodářskou soutěž a porušuje tím pravidla stanovená suverénem (státem, nadstátním seskupením). Postupně proto byla vytvořena koncepce umožňující domáhat se soukromým subjektům náhrady škody za porušení práva proti omezování hospodářské soutěže jiným(i) soukromým(i) subjektem(ty). Dochází proto k prolínání dvou odlišných oblastí. Soukromoprávní, která akcentuje autonomii, s veřejnoprávním systémem stojícím na vynucení veřejného zájmu – politiky – tím, že může určité chování zakázat, přikázat, trestat.[13]

Byť původně tyto koncepce byly spíše odmítány z celé řady důvodů, došlo následně jak v USA, tak v EU ke změně nazírání na tyto nároky. Důvodem

[13] Bridgeman, J. c.d. s. 152

odmítání, který Zekos ve vztahu k USA[14] uvádí, jsou veřejný zájem, spletitost problematiky hospodářské soutěže a s tím související nezpůsobilost rozhodčích tribunálů nakládat s těmito pravidly.[15] Toto nahlížení bylo změněno až v průběhu 80. let rozhodnutím Nejvyššího soudu USA ve věci Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler – Plymouth, Inc. z roku 1985. Nejvyšší soud potvrdil arbitrabilitu obchodních soutěžních sporů mezinárodní povahy (arbitrabilita nebyla uznána pro spory domácí). Arbitrabilitu i u sporů domácích potvrdilo až rozhodnutí Shearson/American Express Inc. v. McMahon z roku 1987.

Případ Mitsubishi představuje důležitý bod v moderním pojetí arbitrability sporů v oblasti soutěžního práva. Mitsubishi Motors je joint venture mezi Chryslel International (CISA) a Mitsubishi Heavy Industries. Smyslem joint venture byla distribuce automobilů Mitsubishi prostřednictvím prodejní sítě Chrysler mimo kontinentální USA. Společnost Soler uzavřela distributorskou smlouvu Chrysler International, podle níž měla prodávat vozidla Mitsubishi v Porto Ricu. Ve stejný den všechny tři společnosti uzavřely s odkazem na smlouvu distributorskou další smlouvu o přímých dodávkách vozidel Mitsubishi společnosti Soler. Smlouva obsahovala rozhodčí doložku ve prospěch Japan Commercial Arbitration Association. Vedle toho smlouva obsahovala doložku o volbě švýcarského práva. Soler měla podle smlouvy odebírat určitý minimální počet automobilů, což v období 1981 nebyla schopna splnit. Snažila se proto o snížení tohoto počtu, případně rozšíření možnosti prodeje na další území – Latinská Amerika, USA. To odmítl výrobce s tím, že vozidla prodávaná v Porto Ricu nesplňují technické požadavky pro prodej v požadovaných nových trzích. Soler požadované množství vozidel neodebral. Mitsubishi proto zahájila řízení před US Disctrict Court pro oblast Porto Rica na uložení konání rozhodčího řízení a následně podala žalobu k japonskému rozhodčímu soudu. Soler před US District Court vznesl celou řadu námitek, mimo jiné také tu, že daná věc spadá pod Sherman Antitrust Act 1890, což vylučuje možnost konání rozhodčího řízení. Soud však konstatoval, že spory týkající se hospodářské soutěže, i když zasahují do veřejného pořádku USA, jsou v mezinárodních sporech arbitrabilní. Odmítl také námitku, že složitost případu vylučuje možnost konání rozhodčího řízení a že neexistuje důkaz o tom, že by rozhodci odmítli svoji pravomoc ve věcech soutěžního práva.[16] Tímto způsobem soud odstranil nedotknutelnou pozici obecných soudů

[14] V USA je právní úprava ochrany hospodářské soutěže obsažena zejména v Sherman Act 1890 a Clayton Act 1914, které dávají poměrně širokou možnost jak soudům, tak antimonopolnímu úřadu tvorby federálního soutěžního „common-law".

[15] Zekos, G. I. Antitrust/Cometition Arbitration in EU vs. U.S. Law, Journal of International Arbitration, 2008, s. 19

[16] LEW, D. M. J. Competition Laws – Limits to Arbitrators´Authority. In Arbitrability, International and comparative perspectives, Alpen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007, s. 251

v situacích, kdy se soukromá strana domáhá soukromoprávního peněžního nároku (náhrada škody, smluvní pokuta), ale pro samotné posouzení těchto nároků je nutné vzít v potaz pravidla proti omezování hospodářské soutěže. Navíc tak učinil bez toho, aby soutěžní právo zbavil imperativní povahy. Důležitým bodem také je, že soud považoval za dostačující kontrolu nikoliv samotným znemožněním rozhodčího řízení, ale až následně ve fázi případného výkonu rozhodčího nálezu.[17]

Také ES/EU arbitrabilitu soutěžního práva poměrně dlouho odmítala, a to z podobných důvodů – veřejná, kogentní povaha norem soutěžního práva na straně jedné a flexibilnost a soukromá povaha rozhodčího řízení na straně druhé.[18] Ochrana hospodářské soutěže je považována za jednu z nejdůležitějších politik, o čemž mimo jiné svědčí i to, že v základní rovině je upravena primárním právem – čl. 101 a 102 Smlouvy o fungování EU (ex-81 a 82 Smlouvy o ES). Dempegiotis však nevidí v čl. 101 a 102 pouze veřejnoprávní povinnosti, ale také základ soukromých práv vynutitelných mezi soukromými subjekty. Evropské soutěžní právo se sice zaměřuje na realizaci cílů EU, a jedná se o právo veřejné, ovšem jako takové ovlivňuje (nikoliv přímo upravuje) i soukromoprávní vztahy.[19] Za zlomový rozsudek ESD je pro teritorium EU považován C-126/97 Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International. Společnost Benetton (Nizozemí) uzavřela na 8 let licenční smlouvu s hong-kongskou společností Eco Swiss, která Eco Swiss opravňovala k výrobě hodinek s nápisem „Benetton by Bulova" a k jejich následnému prodeji. Řešení sporů bylo rozhodčí doložkou svěřeno Netherlands Institute for Arbitrators, přičemž rozhodci měli postupovat podle holandského práva. V roce 1991 Benetton vypověděla smlouvu - tři roky před původně dohodnutým koncem. V souvislosti s výpovědí bylo druhou stranou zahájeno rozhodčí řízení. Řízení bylo ukončeno vydáním rozhodčího nálezu, podle něhož měl Benetton zaplatit Eco Swiss cca $ 24mil. Benetton napadl rozhodčí nález pro rozpor s veřejným pořádkem, kdy licenční smlouva měla být pro rozpor se soutěžním právem neplatná. Otázky vznesené k ESD se týkaly aplikace čl. 85 (nyní 101) v rámci rozhodování o zrušení rozhodčího nálezu. Soudní dvůr se explicitně nevyslovil k arbitrabilitě evropského soutěžního práva, i když řada akademiků toto z rozhodnutí dovozuje.[20] Konstatoval ale, že tam, kde národní právo jako důvod pro zrušení rozhodčího nálezu zohledňuje rozpor s veřejným pořádkem, je nutné čl. 101 a 102 chápat jako součást veřejného

[17] Více k rozsudku viz také Von Zumbusch L. Arbitrability od Antitrust Claims Under U.S., German, and EEC Law: The „International Transactionl Criterion and Public Policy, Texas International Law Journal, 1987, s. 294 a násl.; Hoellering, M. F. Arbitrability of Disputes, The Business Lawyer, 1985, s. 137

[18] Dempegiotis, c.d. s. 371

[19] Depmegiotis, c.d. s. 372

[20] Zekos, G. I. c.d. s. 20

pořádku a jejich případné porušení sankcionovat zrušením/neuznáním rozhodčího nálezu pro rozpor s veřejným pořádkem. Národní soudy však při kontrole rozhodčích nálezů postupují v souladu se svým právem. Proto v případě, kdy rozhodčí nález není napaden ve stanovené lhůtě, představuje případnou res iudicatae. Nezohlednění čl. 101 a 102 rozhodci při rozhodování sporu je nutné zohlednit jako rozpor rozhodčího nálezu s veřejným pořádkem i ve smyslu čl. V odst. 2 New Yorské úmluvy o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.

Opominout není možné také nařízení Rady (ES) č. 1/2003 ze dne 16. prosince 2002 o provádění pravidel hospodářské soutěže stanovených v článcích 81 a 82 Smlouvy. Podle něj je výkon pravidel na ochranu hospodářské soutěže svěřen jak Komisi a národním úřadům, tak obecným soudům[21]. Výkon soutěžního práva je tak decentralizován a je posílena soukromoprávní složka jeho vymáhání. Rozhodci nejsou v této souvislosti nijak zmíněni. Podle Komninose existují dvě varianty vysvětlení. První z nich, že na zmínku o rozhodcích autoři nařízení zapomněli (což sám označuje za nepravděpodobné), nebo že opominutí je zcela úmyslné, neboť návrh sám o sobě byl na svoji dobu dost smělý a bylo kontraproduktivní do něj zahrnovat další, sám o sobě značně kontroverzní bod.[22] Vzhledem k tomu, že nařízení počítá se soukromou variantou vymáhání nároků, nevidí Komninos důvod pro to, aby rozhodci z dosahu daného ustanovení vypadli. Náš názor na tuto otázku je ještě o poznání radikálnější. Domníváme se, že není vůbec možné, aby nařízení jakýmkoliv způsobem arbitrabilitu těchto sporů zmiňovalo. Je nutné si uvědomit, že rozhodčí řízení představuje alternativu k řízení před obecnými soudy. Ovšem, a to zdůrazňujeme, pouze tam, kde k tomu stát přivolí. Zcela zásadním bodem této naší úvahy je to, že úprava rozhodčího řízení nepatří k oblastem unifikovaným, nad nimiž by mohly unijní instituce vykonávat své pravomoci a regulovat je. Proto je zcela nepředstavitelné, aby se nařízení vyslovilo ve prospěch arbitrability soutěžního práva, neboť by tím zasahovalo do oblasti, nad níž vykonávají pravomoc jednotlivé členské státy. Je na každém členském státu, zda má podmínky arbitrability nastavené takovým způsobem, aby spory soutěžního charakteru před rozhodci rozhodovány být mohly. Nařízení a následně také ESD mohou pouze navodit situaci, že tento výsledný efekt možný je.

V evropském kontextu bychom rádi zmínili ještě dvě národní rozhodnutí. Francouzské rozhodnutí ve věci Thales vs. Euromissiles z roku 2004 (tedy po vydání rozhodnutí Eco Swiss) kdy arbitři nejprve přiznali náhradu za protiprávní zrušení kontraktu mezi subjekty, ovšem povinný se snažil docílit zrušení rozhodčího nálezu s odůvodněním, že kontrakt porušoval unijní soutěžní právo a byl proto neplatný. To však rozhodčí nález nijak

[21] Viz čl. 6 - Vnitrostátní soudy mají pravomoc používat články 81 a 82 Smlouvy.

[22] Komninos, A. P. Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement, World Competition, 2001, s. 218; stejně také Depmegiotis, c.d. s. 377

nereflektoval. Podle pařížského Court d´appel francouzské soudy nemají právo přezkoumat meritum sporu z rozhodčího řízení. Navíc konstatoval, že při nikoliv flagrantním, reálném porušení francouzského mezinárodního veřejného pořádku soud nemůžou zkoumat komplexní otázku souladu konkrétního kontraktu s unijním soutěžním právem. Lze tedy dovodit, že pokud není dán zjevný, markantní rozpor určité smlouvy s unijním soutěžním právem, nelze jeho porušení považovat za věc mezinárodního veřejného pořádku a zrušit takový rozhodčí nález. Tento výsledek je však zcela v rozporu s rozhodnutím Eco Swiss.

Druhá poznámka je směrována ke švýcarské soudní praxi. Švýcarské soudy byly známé svým značně rezervovaným přístupem k unijnímu soutěžnímu právu, které nebylo považováno za součást veřejného pořádku. Tudíž také nezohlednění soutěžního práva nebylo považováno za důvod ke zrušení rozhodčího nálezu. Tento přístup se však postupně zjemňuje a již i švýcarští rozhodci toto právo aplikují a lze předpokládat, že i nadále budou.[23]

Pokud bychom měli učinit dílčí závěr ve vztahu k povaze a arbitrabilitě těchto sporů, lze konstatovat, že se v žádném případě nemůže jednat o vztahy veřejnoprávního charakteru – veřejnoprávní vymáhání, které přináleží Komisi a jednotlivým národním antimonopolním úřadům. Lze uvažovat pouze o vztazích soukromoprávních – nároky na náhradu škody, případně lze uvažovat, jak je patrné z judikátů uvedených výše, o obranu argumentem, že určitá dohoda narušuje pravidla proti omezování hospodářské soutěže. Typicky proto nepůjde v meritu věci o aplikaci pravidel hospodářské soutěže na vztah určitých subjektů a konstatování, že určitá dohoda či jednání je právem zakázáno. Tyto otázky budou posuzovány spíše jako předběžné otázky při rozhodování zmíněných nároků na náhradu škody nebo konstatování neexistence konkrétní dohody.

3. ARBITRABILITA SPORŮ Z PORUŠENÍ PRÁVA PROTI OMEZOVÁNÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE PODLE ČESKÉHO PRÁVA

V intencích českého práva je rozhodující, zdali tyto spory naplňují podmínky arbitrability podle § 2 ZRŘ. Na základě výše uvedeného máme za to, že naplňují. Vzhledem k tomu, že se bude jednat typicky o spory na náhradu škody nebo spory o existenci určité smlouvy, jedná se bezpochyby o spor majetkové povahy, jak byly definovány výše. I když je to v současné době spíše nezvyklé, nelze těmto sporům upřít tu vlastnost, že by byly řešitelné a rozhodovatelné soudy obecnými. Skutečnost, že tato forma řešení nemá v českých podmínkách tradici, nemůže být tomuto závěru na škodu. V tomto ohledu lze také odkázat také na Green Paper - Damages actions for

[23] Depmegiotis, c.d. s. 382 a násl.

breach of the EC antitrust rules.[24] Konečně z povahy sporů vyplývá jejich možnost řešit je prostřednictvím uzavření smíru, neboť jednotlivými právy strany mohou bezpochyby disponovat samostatně. Domníváme se proto, že řešení těchto sporů před rozhodci i v dosahu českého práva nic nebrání. Následující úvahy budou vedeny z pohledu států EU a tedy ve vztahu k případné aplikaci unijního soutěžního práva.

4. ZPŮSOB APLIKACE SOUTĚŽNÍHO PRÁVA ROZHODCI

Vzhledem k soukromé a do jisté míry autonomní pozici rozhodčího řízení se objevuje otázka, nikoliv zda arbitři mohou aplikovat unijní soutěžní právo, ale zda jej aplikovat musí, případně zda jej musí aplikovat ex officio. Stranám je často (i z pozice českého práva) dána možnost odprostit rozhodce nutnosti rozhodovat podle práva a umožnit rozhodování podle zásad spravedlnosti či (v jiných státech) podle nestátních prostředků úpravy. Lze proto uvažovat o aplikaci soutěžního práva z vůle stran, z vůle samotných rozhodců (v obou případech i zprostředkované prostřednictvím volby práva členského státu EU), případně aplikaci z pozice imperativních norem.

Je zřejmé, že v situacích, kdy je rozpor určitého jednání s čl. 101 a 102 důvodem žaloby, případně je na něm postavena obrana žalovaného, arbitři se stěží použití těchto ustanovení vyhnou. Postupovat v takovém případě budou obdobně jako soudci – posoudí veškeré podmínky a zkonstatují, zda zkoumané jednání má či nikoliv povahu jednání zakázaného. Jedná se však o situaci, kdy požadavek na aplikaci soutěžního práva přináší strana (v žalobě, v rámci obrany). Neodpovídá to však na otázku nutnosti aplikace těchto norem ex officio. Argumentačně je možné se odvinout od rozhodnutí Eco Swiss. Soudní dvůr sice nepřikázal rozhodcům aplikaci soutěžního práva ex officio, ovšem konstatoval, že pokud soutěžní právo rozhodci aplikováno nebude (případně bude aplikováno vadně), vytváří se tím prostor pro povinného, aby vznesl návrh na zrušení rozhodčího nálezu, případně se bránil proti uznání rozhodčího nálezu ve členském státě EU. Arbitři tedy de iure povinnost aplikovat soutěžní právo z tohoto pohledu nemají. Lze však také argumentovat, že jednou z povinností rozhodce je snaha o zajištění vykonatelnosti rozhodčího nálezu a také splnění legitimního očekávání stran. [25] K obdobnému závěru dochází i Zekos, podle něhož musí rozhodci aplikovat soutěžní právo tam, kde je to relevantní pro jejich rozhodování, případně pokud to zmiňuje rozhodčí smlouva. K aplikaci ex officio se však staví negativně.[26]

---

[24] COM(2005) 672. Dostupné z http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:EN:PDF

[25] Depmegiotis, c.d. s. 381

[26] Zekos, c.d. s. 17, 18

Poslední zmínku v této souvislosti věnujeme možnosti rozhodců směrovat interpretační otázky na ESD. Soudní dvůr se již poměrně jednoznačně v jiných souvislostech vyjádřil k tomu, že rozhodce nelze považovat za soudní orgán a tudíž nemají právo adresovat mu žádosti o interpretaci unijních předpisů (C-102/81 Nordsee Deutsche Hochseefisherei GmbH v. Reederei Mond). Zekos[27] však poukazuje na to, že by bylo žádoucí toto rozhodcům umožnit a Dempegiotis[28] k tomu uvádí, že po změnách přinesených nařízením č. 1/2003 není k tomuto vyloučení důvod. Máme za to, že vzhledem k povaze rozhodčího řízení a postavení rozhodců, vzhledem k tomu, že je na stranách, koho za rozhodce zvolí, případně jakým způsobem nastaví mechanismus ustanovení rozhodců, není příliš pravděpodobná změna postoje ESD vyjádřeného v rozhodnutí Nordsee.

5. ROZHODNÉ PRÁVO PRO SOUKROMOPRÁVNÍ NÁROK Z PORUŠENÍ PRÁVA PROTI OMEZOVÁNÍ HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE S MEZINÁRODNÍM PRVKEM

Výše jsme se zabývali tím, zda a jakým způsobem budou rozhodci reflektovat soutěžní právo. Ve vztazích bez mezinárodního prvku bude následně soukromoprávní nárok posuzován podle práva fóra (v případě, že se bude jednat o české subjekty a rozhodčí řízení na území ČR). Pro vztahy s mezinárodním prvkem je však vhodné zmínit také způsob určení právního režimu takových nároků. Jestliže odhlédneme od možnosti, kterou nabízí § 25 odst. 3 ZRŘ, tj. kdy strany pověří rozhodce v rozhodčí smlouvě, aby rozhodovali podle zásad spravedlnosti, měli by rozhodci (jestliže řízení bude probíhat v ČR), v souladu s § 37 postupovat podle tuzemských kolizně právních předpisů. V době vzniku ZRŘ jimi bylo myšleno ZMPS, ovšem v současné době nelze opomíjet unijní kolizní předpisy – v případě mimosmluvních závazkových vztahů nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 ze dne 11. července 2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (Řím II).

Řím II obsahuje poměrně propracovanou strukturu kolizních norem pro mimosmluvní závazkové vztahy, přičemž pro nároky z jednání omezující volnou hospodářskou soutěž využívá speciální kriterium v čl. 6 odst. 3. Volba práva je pro tyto situace vyloučena. Vzhledem k přednostní aplikaci nařízení před vnitrostátními předpisy není možné využít první část. § 37 ZRŘ, který taktéž volbu práva umožňuje. Čl. 6 odst. 3 formuluje pro tyto nároky hraniční určovatel narušeného trhu. Pojem „trh“ není nařízením Řím II nikde definován a opět je proto nutné hledat odpověď v čl. 101 a 102 a judikatuře k nim[29]. Za předpokladu, že trh byl narušen ve více zemích, může

[27] Zekos, c.d. s. 29

[28] Depmegiotis, c.d. s. 387

[29] DICKINSON, A. The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations. Oxford : Oxford University Press, 2008, s. 419

žalobce, který podává žalobu u soudů bydliště žalovaného, zvolit právo lex fori, jestliže se jedná o členský stát a trh byl narušen i v něm. Je pravděpodobné, že k narušení trhu vícera zemí bude docházet poměrně často, obzvlášť v situaci, kdy má být aplikováno unijní hospodářské právo, které předpokládá svoji aplikaci pro situace, kdy je ovlivněn obchod mezi členskými státy[30].

6. ZÁVĚR

Máme za to, že jsme výše podali důvody, proč by měly být nároky z porušování práva proti omezování hospodářské soutěže považovány za arbitrabilní, a to z pohledu českého práva. Zároveň jsme zohlednili členství ČR v EU a zabývali se proto aplikací unijního soutěžního práva rozhodci. Přivolení státu k řešení takových sporů před rozhodci však samo o sobě nepostačuje, byť bez něj by samozřejmě uvedené spory řešeny rozhodci být nemohly. Nelze opomíjet nutnost pamatovat na případné řešení předmětných sporů v rozhodčí smlouvě. Strany ji musí formulovat takovým způsobem, který rozhodčí řízení v tomto smyslu umožní. Vzhledem k tomu, že se jedná o vztahy mimosmluvní, sekundární – odpovědnostní, je pravděpodobné uzavírání rozhodčí smlouvy až po vzniku sporu, tj. smlouvy o rozhodci. V takovém případě již nebude z praktického hlediska problematické rozhodčí smlouvu formulovat tak, aby na daný spor dopadala.

Případné rozhodčí řízení by s sebou neslo celou řadu výhod pro strany sporu. K nejpodstatnějším bezpochyby bude patřit neveřejnost rozhodčího řízení. V případě, že strany následně samy existenci a výsledek rozhodčího řízení neprozradí, zůstane toto jejich záležitostí a případné informace v řízení zmíněné nebudou k dispozici národním soutěžním úřadům, případně Komisi. Ty by totiž takové informace mohly, či spíše měly, jestliže by byly veřejně prezentovány v soudním řízení, využít pro zahájení vlastního vyšetřování. Omezená ingerence soudů či relativně snadný přenos rozhodčího nálezu do jiných států prostřednictvím New Yorské úmluvy již byly zmíněny.

Literature:

- Bridgeman, J. The Arbitrability of Competition Law Disputes, European Business Law Review, 2008, s. 147 – 174
- Bělohlávek, A. J. Rozhodčí řízení, ordre public a trestní právo. Komentář. Praha : C.H.Beck, 2008, 2190 s.

[30] HELLNER, M. Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. In Yearbook of Private International Law. Volume IX. – 2007, Munich : Sellier. European Law Publishers, 2008, s. 65

- Rozehnalová, N. Rozhodčí řízení v mezinárodním a vnitrostátním obchodním styku, Praha : Aspi, 2008, 388 s.
- Mothejzlíková, J. Steiner V. Zákon o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů s přílohami. Praha : C.H.Beck, 1996, 214 s.
- Sattar, S. National Courts and Inernational Arbitration: A Double-edged Sword? Journal of International Arbitration, 2010, s. 51 – 73
- Dempegiotis, S. I. EC competition Law and International Arbitration in the Light of EC Regulation 1/2003, Journal of International Arbitration, 2008, s. 365 – 395
- Valdhans, J. Myšáková, P. Rome I and Rome II Regulations – Alies or Enemies? In Days of Law 2008 – conference proceedings. Brno : Masarykova univerzita, s. 822 - 829
- Zekos, G. I. Antitrust/Cometition Arbitration in EU vs. U.S. Law, Journal of International Arbitration, 2008, s. 1 – 29
- LEW, D. M. J. Competition Laws – Limits to Arbitrators´Authority. In Arbitrability, International and comparative perspectives, Alpen aan den Rijn : Kluwer Law International, 2007, 375 s.
- Von Zumbusch L. Arbitrability od Antitrust Claims Under U.S., German, and EEC Law: The „International Transactionl Criterion and Public Policy, Texas International Law Journal, 1987, s. 291 – 329
- Hoellering, M. F. Arbitrability of Disputes, The Business Lawyer, 1985, s. 125 – 144
- Komninos, A. P. Arbitration and the Modernisation of European Competition Law Enforcement, World Competition, 2001, s. 211 – 238
- DICKINSON, A. The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations. Oxford : Oxford University Press, 2008, 797 s.

- HELLNER, M. Unfair Competition and Acts Restricting Free Competition. In Yearbook of Private International Law. Volume IX. – 2007, Munich : Sellier. European Law Publishers, 2008, s. 49 – 70

Contact – email
jiri.valdhans@law.muni.cz -- kovacovalucka@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁKONNÁ ÚPRAVA MEDIACE - KONEC PRAVÉ MEDIACE?

TEREZA VOJTOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Mediace je jedním ze stěžejním způsobů alternativního řešení sporů. Doposud je v našem právním řádu zakotvena pouze prostřednictvím zákona o probační a mediační službě a je tedy soustředěna jen na trestněprávní oblast. Ministerstvo spravedlnosti připravuje nový zákon o mediaci v civilních sporech, který zapracuje i směrnici ES zabývající se stejnou problematikou avšak s mezinárodním prvkem.

Key words in original language
Mediace; netrestní; alternativní řešení sporů; civilní spory.

Abstract
Mediation is one of the most popular way of alternative dispute resolution. In the Czech Republic, it is regulated only by the criminal law so far. Civil disputes are much more suitable for settlement beyond judicial way. Ministry of justice is working on the new code focused on mediation in civil and commercial matters that includes rules from the EC directive dealing with the same topic in international dimension.

Key words
Mediation; civil and commercial matters; alternative dispute resolution.

1. ÚVOD

Veškeré mezilidské vztahy mají svou dynamiku a konflikty jsou její pravidelnou součástí. Obzvláště v obchodních vztazích založených často na křehkých vazbách je komunikace a snaha vyhnout se soudnímu řízení zcela zásadní. K soudnímu řízení dochází až po marných pokusech o urovnání sporu bez autoritativního zásahu prostřednictvím různých alternativních způsobů řešení, mezi nimiž zaujímá přední místo mediace.

Ta umožňuje těm, kdo nejlépe chápou jádro konfliktu a jeho možné dopady, tedy stranám sporu, plně se podílet na jeho řešení. Oproti tomu stojí klasické soudní řízení, kde o jeho výsledku rozhoduje soudce či rozhodce a v závěru je určena strana vítězná a poražená.

Mediace je metoda řešení konfliktu komunikací stran, při které neutrální, kvalifikovaná osoba napomáhá stranám ve vzájemném dorozumívání a

naslouchání. Cílem takové komunikace je pak dosažení spokojenosti obou stran s procesem a jeho výsledkem[1].

Zachování dobrých vztahů a možnosti budoucí spolupráce jsou hlavní výhodou mediačního procesu. Ve chvíli, kdy spor dojde do fáze soudního řízení, mívá to pro budoucí styky jeho účastníků ničivý efekt. Vedle toho je mediace méně nákladná jak finančně tak časově, což může mít výrazně pozitivní efekt zvláště ve sporech o peněžní plnění, kde s časem narůstají úroky. Celá mediace je také proces důvěrný, bez účasti veřejnosti, a dobrovolný. Zcela v dispozici stran je také průběh procesu i jeho řešení, které nepředstavuje do budoucna překážku věci rozsouzené.

Na druhé straně však stojí i dost nevýhod spojených s mediací. Její hlavní charakteristika, tedy dobrovolnost, může působit i jako negativní aspekt. Druhou stranu nelze donutit k dokončení procesu až do výsledné dohody.

Hlavní problém v souvislosti s mediací však spočívá ve vykonatelnosti jejího výsledku. Dokud není výsledná dohoda schválena jako soudní smír nebo sepsaná v podobě notářského zápisu, není přímo vykonatelná a její plnění tedy zcela podléhá vůli stran.

Mediace se stále více prosazuje jako alternativní řešení sporu zvláště v oblastech rodinněprávních, obchodních, zaměstnaneckých apod. Stejně tak se prosazuje v konfliktech s mezinárodním prvkem, které jsou už ze své podstaty složitější než ty vnitrostátní.

2. NOVÁ SMĚRNICE A NÁVRH ZÁKONA

V květnu roku 2000 Rada EU přijala závěry o alternativních metodách urovnávání sporů v občanských a obchodních věcech. Prohlásila, že je velmi důležité stanovit základní zásady v této oblasti, což následně umožní náležitý vývoj a fungování mimosoudních řízení. Zároveň dojde k odbřemenění soudů a zlepšení přístupu ke spravedlnosti[2].

V dubnu roku 2002 byla Evropskou komisí vydána Zelená kniha o alternativním řešení sporů v obchodních a občanských věcech. Obsahuje přehled současného stavu předmětné problematiky v jednotlivých členských státech a vybízí ke konzultacím o možných opatřeních na podporu využívání mediace.

Následující léta byla naplněna vyjednáváním o podobě a obsahu úpravy, kterou pro mediaci zvolí. Výsledkem bylo přijetí směrnice Evropského parlamentu a Rady č. 2008/52/ES o některých aspektech mediace

[1] Holá, L.: Mediace: způsob řešení mezilidských konfliktů, Praha: Grada Publishing, 2003, str. 44-52.

[2] Preambule Směrnice

v občanských a obchodních věcech (dále jen Směrnice) v roce 2008. Ta si neklade za cíl harmonizovat nebo dokonce vytvářet jednotnou úpravu mediace napříč Evropskou unií. Pouze se snaží odstranit překážky, které jsou nevyhnutelně spojeny s mediací s mezinárodním prvkem[3]. Současně však nepřímo vytváří tlak na státy, které úpravu mediačního procesu úplně postrádají. Těch není zrovna málo a Česká republika se mezi ně také počítá.

Implementační lhůta členským státům uplyne 21. května 2011, mnoho času tedy již nezbývá. Češi však nezaháleli a dne 5. března 2009 bylo při 48. zasedání legislativní rady vlády jednáno i o návrhu zákona o mediaci v netrestních věcech (dále jen Návrh).

3. ZMĚNY V NÁVRHU

Návrh si klade za cíl upravit rychlý, efektivní, časově a ekonomicky úsporný způsob řešení sporů, který bude veden na základě dohody, bez nepřátelských postojů. Strany sporu mají mít pocit kontroly nad procesem řešení a jeho výsledkem, cítit emoční podporu, dostatek soukromí a důvěry. Zároveň mají mít možnost pochopit druhou stranu a možnost být sami pochopeni. V průběhu jednání by se mělo snižovat napětí mezi stranami a zlepšovat jejich vzájemné vztahy s vidinou budoucí spolupráce[4].

Za tímto účelem tedy Návrh přináší několik zajímavých změn.

3.1 POJEM MEDIACE

Jelikož doposud neexistovala úprava mediace jiná než v trestní věci, vlastní náplň pojmu „mediace“ bylo možné nalézt pouze v zákonu o mediační a probační službě. Ten ji definuje jako mimosoudní zprostředkování za účelem řešení sporu mezi obviněným a poškozeným a činnost směřující k urovnání konfliktního stavu[5].

Definice mediace ve věcech civilních v současnosti neexistuje. Přesto je v mnoha oblastech běžně využívána. Všichni jednoduše věděli, o co vlastně v mediačním procesu jde a k čemu má směřovat. Pomocnou berličku také poskytují doporučení Výboru ministrů Rady Evropy[6]. Žádný zákon však přesnou definici neobsahuje.

---

[3] Bříza, P.: Mediace: v EU již ano, v ČR (zatím) ne...

[citováno 15. listopadu 2009]. Dostupný z: http://jinepravo.blogspot.com/2008/10/mediace-v-eu-ji-ano-v-r-zatm-ne.html.

[4] Důvodová zpráva k Návrhu, str. 24.

[5] Zákon č. 257/2000 Sb., o mediační a probační službě, § 2 odst. 2.

[6] Doporučení Rec(98)1E/21 o rodinné mediaci, Doporučení Rec(2002)10E/18 o občanské mediaci.

I přesto bylo možné vymezit hlavní zásady, které mediační proces ovládají. Mezi ně patří dobrovolnost celého procesu, důvěrnost, nestrannost a neutralita mediátora, postup od soupeření ke spolupráci a nezaujatost, tedy nesnižování důvěryhodnosti druhé strany[7].

Návrh i směrnice se snaží tuto situaci změnit a přicházejí s vlastním vymezením pojmu. Směrnice vymezuje mediaci jako formální řízení, ve kterém dvě nebo více stran sporu samy dobrovolně usilují o dosažení dohody o vyřešení sporu za pomoci mediátora[8]. Z tohoto textu není příliš jasné, čím vlastně mediátor do celého procesu přispívá, když strany sporu samy usilují o dohodu. Vymezení mediace je tedy velmi široké a mohlo by se pod něj schovat více alternativních způsobů řešení sporů.

Návrh v tomto směru poskytuje vymezení pojmu trochu odlišné. Dle něj mediace je postup při řešení sporů za účasti jednoho nebo více registrovaných mediátorů, který podporuje komunikaci mezi osobami na sporu zúčastněnými tak, aby jim pomohl dosáhnout smírného vyřešení jejich sporu uzavřením mediační dohody[9]. Takhle se mediace silně blíží jinému alternativnímu způsobu řešení sporu, konciliaci[10].

Definice by měla obsahovat popis mediace jako strukturovaného procesu, ve kterém mediátor asistuje stranám při řešení. Současně zcela chybí vymezení motivace k volbě mimosoudního řešení. Proč by měly strany sporu zvolit mediaci? Čím je pro ně přínosem oproti soudnímu řízení?

3.2 ROZSAH MEDIACE JAKO ŘEŠENÍ SPORU

Návrh zákona se vztahuje na mediaci prováděnou v jakýchkoli sporech, které vznikají z občanskoprávních, rodinných, pracovních, obchodních nebo správněprávních sporů, pokud je možné tyto spory vyřešit smírně či dohodou[11].

Není nutné se dlouze zamýšlet nad použitelností mediace jako řešení u soukromoprávní skupiny sporů. Mimosoudní řešení konfliktů v těchto oblastech je zcela na místě a představuje účinnou metodu za současného zachování dobrých vztahů. Ovšem v těchto vztazích funguje relativní rovnost účastníků a snaha o smírné řešení kvůli budoucí spolupráci.

---

[7] Raban, P.: Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2004, str. 23-42.

[8] Směrnice, čl. 3 písm. a.

[9] Návrh, § 3 písm. a.

[10] Hladíková, I., Návrh zákona o mediaci v netrestních věcech. Právní rozhledy, 2009, č. 2, str. II-1.

[11] Návrh, § 2.

Je toto možné říci i o poslední skupině sporů, tedy o těch vzniklých ze správněprávních vztahů? Takové vztahy se totiž vyznačují nerovným postavením subjektů a vyčerpávající zákonnou regulací. Prostor pro mediaci a hledání kompromisu či dohody se zdá minimální, pokud vůbec nějaký.

Existují spory, které vznikají v souvislosti se správní činností a jejich řešení prostřednictvím mediace se zdá jako přípustná možnost. Mezi jinými by to mohly být spory spojené se zachováváním pokojného stavu[12], kde zasahuje vždy příslušný orgán státní správy. Mohlo by se také jednat o případy sousedských sporů vzniklých při správním řízení dle stavebního zákona, kde majitel pozemku podává námitky proti stavebnímu záměru svého souseda[13].

Pokud bylo smyslem rozšíření předmětu mediace zahrnout i spory podobné výše zmíněným, pak to lze považovat za dobrý nápad, který byl nešťastně realizován. Formulace „spory, které vznikají zejména z ... správněprávních vztahů“[14] označuje spory ze vztahů vzniklých mezi občanem a správním orgánem. Ty se vždy řídí zákonnou úpravou a prostor pro jakékoli variace řešení je také vždy vymezen zákonem. Ani spor sousedů ve správním řízení není konflikt ze správněprávního vztahu, jelikož mezi nimi navzájem tento vztah není. Pro správněprávní vztahy je charakteristické, že jedním z jejich subjektů je vždy orgán veřejné správy[15].

3.3 DŮVĚRNOST

Proces mediace je v podstatě stavěn na vztahu důvěry a snahy o smírnou komunikaci. Jsou v něm probírána velmi citlivá témata a mediátor tak často slýchá důvěrné informace stejně jako například advokát. Zatímco advokátům je stanovena povinnost mlčenlivosti zákonem[16], mediátoři jsou doposud vázáni pouze smlouvou, kterou uzavřou se stranami účastnícími se mediace.

Směrnice se v tomto smyslu snaží vykreslit jasné kontury prostoru, ve kterém musí osoby zúčastněné na mediaci dodržovat mlčenlivost. Ukládá státům povinnost zajistit, aby mediátoři nebyli nuceni předkládat důkazy ohledně řečeného během mediačního procesu. Počítá ovšem s výjimkami,

[12] Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, § 5.

[13] Ten je účastníkem stavebního řízení dle zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, § 109.

[14] Návrh, § 2 odst. 1.

[15] Průcha, P., Správní právo obecná část, Brno: Masarykova univerzita, 2007, str. 97.

[16] Zákon č. 85/1996 Sb., o advokacii, § 21.

kterými jsou „naléhavé důvody veřejného pořádku“ a nutné zpřístupnění obsahu dohody kvůli jejímu provedení či výkonu[17].

Návrh ukotvuje povinnost mlčenlivosti mediátora, která se vztahuje na všechny skutečnosti, o nichž se dozvěděl v souvislosti s výkonem své funkce. Současně je vyloučeno použití předložených listin a učiněných sdělení jako důkazního prostředku bez souhlasu strany, která listinu předložila či je autorem sdělení. Zákaz se vztahuje na soudní řízení občanská, správní i řízení rozhodčí[18].

Úprava povinnosti mlčenlivosti je poměrně rozsáhlá a pamatuje i na její zbavení a případy, kdy jí není mediátor vázán. Její explicitní stanovení zákonem podporuje charakter mediace, jak je chápána veřejností. Diskrétnost se zdá být hlavním klíčem k úspěchu alternativních řešení sporů, jelikož napomáhá v zajištění upřímnosti a otevřenosti stran při vzájemné komunikaci[19]. Současně představuje hlavní výhodu oproti veřejnému soudnímu řízení.

3.4 VYNUTITELNOST VÝSLEDNÝCH DOHOD

Velký zápor pro mediaci jako řešení sporu je její samotný výsledek. Na konci mediačního procesu odcházejí strany s dohodou, která je kompromisem přijatelným pro všechny. Jedná se ovšem jen o další závazek, jehož plnění je závislé na dobré vůli jednotlivých stran.

Přistoupení k mediaci ve většině případů představuje následek neplnění určité smlouvy mezi stranami. Není se tedy co divit, že absence přímo vykonatelného výsledku mediačního procesu je všeobecně považována za jeho největší vadu. Výslednou dohodu je třeba sepsat jako notářský zápis či nechat schválit jako soudní smír, aby ji bylo možné následně vykonat i proti vůli stran.

Směrnice v tomto smyslu nemění nic zásadního. Ukládá členským státům pouze povinnost zajistit, že strany sporu mohou žádat soud či jiný orgán, aby jejich vzájemnou dohodu učinil vykonatelnou[20].

Návrh kopíruje Směrnici a pouze výslovně upravuje situaci, která byla popsána výše[21]. Zároveň se však nevyjadřuje k přeshraničnímu uznávání

---

[17] Směrnice, čl. 7.

[18] Návrh, § 10.

[19] Zelená kniha o alternativních způsobech řešení sporů v občanských a obchodních věcech, str. 28.

[20] Směrnice, čl. 6.

[21] Návrh § 8 odst. 2.

výsledných dohod. V předmětu úpravy návrhu je vymezeno, že zapracovává příslušnou směrnici o mediaci a upravuje výkon a účinky mediace v netrestních věcech[22]. Následně do legislativní zkratky „mediace" zahrnuje i mediaci přeshraniční, kterou si mezi základními pojmy definuje prostřednictvím bydliště stran v různých státech.

V dalším textu Návrhu se pak „přeshraniční mediace" nevyskytuje už ani jednou. Od začátku je tedy mediace s mezinárodním prvkem zahrnuta v pojmu „mediace" a veškerá specifika spojená s přeshraničním procesem jsou ponechána neupravená.

Návrh současně počítá s uplatněním mediace v rodinných sporech, kde by první jednání mohlo být nařízeno. Vyvstává pak otázka, kde by se taková mediace konala a kdo by hradil cestu účastníkům. Nucená mediace s přeshraničním prvkem by se pak mohla nepříjemně prodražit. Praxe vedená mediátory v současnosti sice umožňuje i jednání se stranami zvlášť, ale otázka je, zda by to zrovna u rodinných sporů mělo žádoucí efekt[23].

3.5 ZASTAVENÍ LHŮT

Při volbě metody řešení sporu se mohou strany dostat do nepříjemné situace, kdy je tlačí časové limity. Mediace byla proto často zavržená možnost, hlavně kvůli blízkému termínu vypršení promlčecí či prekluzní lhůty. Soudní řízení je přece jen jistější co do výsledku a navíc od svého počátku udržuje všechny termíny stejně vzdálené.

Návrh počítá se stejným efektem i pro zahájenou mediaci. Po dobu procesu mediace tedy neběží promlčecí doba ani lhůta pro zánik práva. Bez ohledu na průběh mediace však dobu, po kterou lhůty stojí, objektivně omezuje na maximální délku jednoho roku[24].

Touto změnou by se mediace přiblížila k soudnímu a rozhodčímu řízení, kde rozhoduje vždy autoritativní subjekt. Na jednu stranu tím mediace jistě získá na síle, pokud jde o konkurenční postavení mezi jinými alternativními způsoby řešení sporu. Je však na místě jí tento efekt přiznat?

U soudu i u rozhodce prochází řízení určitými fázemi a celou dobu směřuje k rozhodnutí. Mediace na druhou stranu není proces řízený autoritou. Mediátor vystupuje pouze jako „katalyzátor" a nápomoc při řešení, které je celé v rukou stran sporu. Když je tedy postup v mediaci závislý pouze na dobré vůli stran a jejich přání, není těžké si představit, že někdo

[22] Návrh § 1.

[23] Zoulík, F., Mediace jako alternativa soudního sporu. Bulletin Advokacie, 2001, str. 31 an.

[24] Návrh § 4 odst. 4.

z rozhádaných bude pouze předstírat úmysl spor vyřešit. Stavení lhůt by se pak mohlo stát lehce zneužitelné.

Současně je třeba se zamyslet nad tím, zda zvláštní úprava běhu promlčecí a prekluzivní lhůty je systémově vhodná. Lépe by posloužilo novelizovat zákon, který stavení lhůt upravuje[25], a uvést mediaci i tam.

3.6 NUCENÁ MEDIACE?

Mediační proces byl vždy chápán jako zcela dobrovolný. Pokus o smírné řešení závislé na dobré vůli a vztazích mezi stranami ze své podstaty není vnutitelný. Přesto se vedly debaty o tom, zda v rodinných sporech není nucená či částečně nucená mediace na místě.

Návrh definuje „rodinné spory" jako spory ve věcech výchovy a výživy nezletilého dítěte a styku rodičů, prarodičů a sourozenců s ním[26]. Definice je tedy zaměřena pouze na neshody vzniklé ze vztahu příbuzných k dětem. Pro tento typ sporů mají být speciálně vyškolení mediátoři zapsaní do zvláštního seznamu, registru mediátorů v rodinných sporech.

Spory týkající se rodinných vztahů jsou pro mediaci vhodné. Často do nich vstupují vyhrocené emoce a ve výsledku záleží na budoucí kvalitě vztahů více než jinde. Mediace může tento specifický charakter rodinných sporů dobře reflektovat a může být vhodným řešením.

Návrh počítá s možností „nucené" mediace v rodinných sporech. Pokud to považuje za účelné, může soud účastníkům nařídit první schůzku u registrovaného mediátora v rodinných sporech[27]. Přičemž odměnu za tuto schůzku platí stát, ale pouze do výše tří hodin[28], po kterých má být rozhodnuto o pokračování mediace na náklady stran, nebo o ukončení mediace a pokračování v soudním řízení.

Na první pohled se zdá, že tímto ustanovením je prolomena tradiční dobrovolnost mediace. Při zvážení skutečných důsledků zmíněného ustanovení je nutné tento závěr odmítnout.

Předně soud musí zvážit, zda by v konkrétním případu byla mediace vůbec účelná. Lze tedy předpokládat, že k jejímu nařízení by došlo pouze u sporů, které by strany mohly samy řešit u mediátora. Bránila by jim v tom pouze neznalost alternativních metod řešení sporů nebo nedostatek financí. Zmíněné ustanovení řeší pouze první možnost a směřuje spíše k rozšíření

[25] Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník, § 112.

[26] Návrh § 3 písm. e.

[27] Návrh § 5 odst. 3.

[28] Návrh § 12 odst. 2.

povědomí o možnosti mediace než ke skutečnému nařízení nesoudního řešení.

V případě, že se strany po první schůzce rozhodnou nepokračovat v mediaci, nemá soud možnost je k tomu donutit. Mediace i v tomto případě zůstává dobrovolná a závislá na vůli stran sporu. Návrh tedy „nucenou" mediaci jako takovou nezavádí.

4. ZÁVĚR

Nedá se říct, že by Návrh směřoval k razantní změně v charakteru mediace, jak je známá v současnosti. První nejvýraznější změna spočívá v efektu stavení lhůt počátkem mediačního procesu. Druhá je organizačního charakteru – ustavení registru mediátorů a mediátorů v rodinných věcech. Další drobné změny nejsou příliš zásadní nebo vůbec nenarušují koncept mediace.

Dne 26. listopadu 2009 proběhlo 54. jednání legislativní rady vlády, na jehož programu bylo i projendání Návrhu. Ten byl vrácen k přepracování podle připomínek rady. Diskuze se týkala například vazby mediace na správní řízení, vyloučení některých profesních skupin, jejichž zástupci by nemohli vykonávat funkci mediátora, vrácení soudních poplatků po přerušení řízení kvůli mediaci apod[29].

Na zákonnou úpravu mediace v netrestních věcech bude tedy třeba ještě nějakou dobu počkat.

Literature:

- Bříza, P.: Mediace v EU již ano, v ČR (zatím) ne..., Dostupný z: http://jinepravo.blogspot.com
- Hladíková, I.: Návrh zákona o mediaci v netrestních věcech. Právní rozhledy, 2009, č. 2, s. III-1
- Holá, L.: Mediace: způsob řešení mezilidských konfliktů, Praha: Grada Publishing, 2003, 190 s., ISBN 8024704676
- Průcha, P.: Správní právo obecná část, Brno: Masarykova univerzita, 2007, s. 418, ISBN 9788021042766

[29] Mediafax.cz, Legislativní rada vlády vrátila návrh zákona o mediaci ministerstvu spravedlnosti k dopracování

[citováno 27. listopadu .2009] Dostupný z: www.epravo.cz.

- Raban, P.: Alternativní řešení sporů, arbitráž a rozhodci v České a Slovenské republice a zahraničí. Praha: Nakladatelství C.H.Beck, 2004, 745 s., ISBN 8071798738
- Zoulík, F.: Mediace jako alternativa soudního sporu, Bulletin Advokacie, 2001, str. 31 an.

Contact – email
vojtova.tereza@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ŘEŠENÍ STŘETŮ ZÁJMŮ V ÚZEMÍ

CONFLICT OF INTERESTS IN THE LAND SOLUTION

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition. Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VLIV LEGISLATIVY NA VYUŽÍVÁNÍ TZV. GREENFIELDS KE STAVEBNÍM ÚČELŮM

JÁN BAHÝĽ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstrakt v rodném jazyce
Příspěvek se zaměřuje na specifickou oblast střetu zájmů v území v rámci výstavby, kterou je upřednostňování využívání tzv. greenfields před opětovným využíváním tzv. brownfields v dotčeném území. Příspěvek se zabývá vývojem legislativy nastavující proces a limity záboru zemědělské půdy k výstavbě po roce 1990, včetně aktuálních legislativních snah českých institucí. Snahou autora je následně zhodnotit, jaké jsou možnosti vlivu legislativy na rozhodování investora o využívání zemědělského půdního fondu k výstavbě.

Klíčová slova v rodném jazyce
Greenfields; Zemědělský půdní fond; Brownfields; Stavební řízení; Odvody.

Abstract
This article focuses on a specific area of conflict of interests in the land, which undoubtedly is the usage of "greenfields" inspite of "brownfields" for urban development, and its solution. The article investigates legislative development of the issue (process and limits of agricultural land appropriation) in the Czech Republic since 1990 and recent legislative proposals. After that, author tries to evaluate possibilities of legislation in order to encourage investors not to use valuable agricultural land for urban development.

Key words
Greenfields; Agricultural land resource; Brownfields; Building administration; Fees.

1. ÚVOD

Půda je zdrojem obživy lidí po tisíciletí. Zdá se, že v době informační společnosti se jí však věnujeme bohužel velice okrajově. Biodiverzita nacházející se v hrsti půdy z louky je obrovská[1] a její ochrana by se měla již v blízké budoucnosti stát předmětem zájmu na evropské i české národní

[1] Podle dokumentu Evropské komise Tematická strategie ochrany půdy je v hrsti luční půdy přítomno 100 mld. bakterií v 10.000 druzích, 50 km plísní v 500 druzích, …, 5 tisíc různých druhů hmyzu ve 100 druzích a 500 metrů kořenů rostlin v 10 druzích. Viz. Thematic strategy on soil protection, str. 5, dostupné z http://eusoils.jrc.ec.europa.eu/result.cfm

úrovni. Půda je v zásadě neobnovitelným přírodním zdrojem, v pojetí klasické a neoklasické ekonomie je jedním ze základních výrobních faktorů. Na tento faktor navazující samotné pozemkové vlastnictví je vlastnictvím přirozeně monopolním, a to vzhledem k jeho jedinečnosti v daném čase a prostoru. Během posledních desetiletí lidská činnost v Evropě, ale i jinde ve světě, intenzivně degraduje tento cenný zdroj. V rámci přípravy směrnice o ochraně půdy Evropská komise rozděluje procesy způsobující degradaci půdy na kontaminaci, souvislé zastavění, erozi, úbytek organické hmoty v půdě, zasolování, utužování a sesuvy[2]. Podle principu subsidiarity dále Evropská komise navrhuje řešení kontaminace a zastavění přístupem na národní či regionální úrovni, zbylé procesy pak řešit v rámci konkrétních rizikových oblastí[3]. Škody plynoucí z degradace půd v Evropě se ročně počítají v řádu miliard Euro a náklady na jejich nápravu jsou obtížně kvantifikovatelné.

2. VYMEZENÍ ZÁKLADNÍCH POJMŮ A OTÁZEK

V této práci se nadále budeme zaměřovat na proces zastavování půdy, a to z hlediska legislativní ochrany nezastavěného zemědělského půdního fondu[4] před stavebními zájmy investorů. Střet zájmu mezi zemědělským využíváním půdy a jejím záborem za jinými účely začal být vnímán jako závažný problém rozvíjející se společnosti již v 50. a 60. letech 20. století. Ochranu zemědělského půdního fondu stanovil až do přijetí stávající právní úpravy zákon č. 53/1966 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, a jeho institucionální podporu z hlediska financování opatření k ochraně zemědělského půdního fondu zabezpečoval Státní fond pro zúrodnění půdy od svého vzniku k 1. 1. 1970 do svého zrušení k 1. 1. 2006[5]. Význam střetu zájmů mezi ochranou půdy a jejím záborem a posun v řešení toho rozporu demonstrujme na dvou příkladech vystoupení poslanců. První vystoupení je ze dne 13. října 1971, kdy přednášejícím byl poslanec České národní rady František Lakomý:

"Vážené soudružky a soudruzi poslanci, vážení hosté! Dovolte, abych z pověření výboru pro zemědělství a výživu ČNR zaujal stanovisko k otázkám působení a dodržování zákona č. 53/66 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu na území ČSR, které jsou neustálým předmětem zájmu výboru pro zemědělství a výživu ČNR, jelikož vývoj úbytku půdy jako

[2] Viz např. Soil protection, the story behind the Strategy, European communities, p.26.

[3] Tamtéž.

[4] České právní prostředí zná kromě ochrany zemědělského půdního fondu taktéž ochranu lesního půdního fondu. Vzhledem k obecné premise o mnohonásobně vyšší četnosti střetů zájmů na ochraně zemědělského půdního fondu před zastavěním se tato práce dále bude věnovat ochraně zemědělského půdního fondu.

[5] Zbytkové kompetence Státního fondu pro zúrodnění půdy převzalo ke dni jeho zrušení ministerstvo zemědělství.

základního výrobního prostředku, který nelze ničím nahradit, je varující a signalizuje vážné nebezpečí. …

Od roku 1918, tj. za 50 let, poklesla výměra zemědělské půdy v ČSSR zhruba o 1 milión ha, z toho v ČSR o 660 tisíc ha. Za rok 1969 se zmenšila výměra zemědělského půdního fondu v ČSR o dalších 9606 ha, z toho orná půda o 7790 ha. … Na 1 obyvatele připadalo ještě v roce 1960 47,9 aru, v roce 1961 46 arů a v roce 1969 dokonce pouze 45,1 aru.…

Při hodnocení vývoje stavu půdního fondu v ČSR je nutno zvláště vyzvednout skutečnost, že vedle absolutního jeho úbytku je nejvážnějším nebezpečím, že ubývají zpravidla půdy vysoké bonity. Je to důsledek toho, že do nižších poloh 150- 300 m nadmořské výšky je koncentrována většina obyvatel i 2/3 průmyslové a těžební činnosti. Proto zde dochází k nejzávažnějším střetům mezi zájmy zemědělství a ostatních odvětví.

Značnému ubývání zemědělské a orné půdy nezabránil ani zákon o ochraně zemědělského půdního fondu č. 53/1966 Sb. Úbytky sice nedosahují již nyní takové výše jako dříve, ale přesto se podle mého názoru nadále zemědělskou půdou plýtvá. Tento ničím nenahraditelný výrobní prostředek se neustále zmenšuje.

V čem tkví základní příčiny nepříznivého vývoje zemědělského půdního fondu v ČSR? … Příčin je několik a působí zpravidla společně, komplexně. Uvedu nejpodstatnější z nich:

1. odůvodněný extenzívní rozvoj našeho hospodářství po válce, zejména v průmyslových odvětvích, přinášel a do značné míry stále ještě přináší tlak na trvalé i dočasné odnímání zemědělské půdy svému účelu. Průmyslové podniky vyžadují obvykle pro další výstavbu, pro složiště, skládky atd. půdu na rovině, a tedy zpravidla půdu nejlepší bonity pro zemědělskou výrobu, neboť výstavba na takových parcelách je projekčně nejjednodušší a investičně nejméně nákladná,

2. ze stejných příčin se projevuje vysoká nehospodárnost s půdou u bytové výstavby. V městech a na vesnicích se mnohdy nevyužívá intravilanu a asanace starých čtvrtí, nestaví se do výšky, ale do šířky,

3. orgány ONV a KNV, povolující trvalé či dočasné odnětí půdy zemědělským účelům, jsou při rozhodování vystaveny většinou lokálním tlakům, kterým nemohou dost dobře čelit. …,

4. mnohá ustanovení zákona č. 53/1966 Sb. se nedodržují. ... Nevyžadují se předběžné souhlasy ze strany KNV nebo MZVž, vydávají se souhlasy bez zákonných náležitostí, promíjejí se odvody, půda dočasně odňatá se včas nerekultivuje a nevrací zemědělským účelům atd. Chybí také soustavná kontrola a inspekce ze strany KNV a MZVž nad dodržováním zákonných ustanovení o ochraně půdního zemědělského fondu a uplatňování co nejpřísnějších sankcí v případech, kdy dochází k jejich překračování,

5. některá ustanovení zákona č. 53/1966 Sb. již zastarala a dnes se ukazují jako málo účinná. Zkušenosti ukazují - a jednání výboru pro zemědělství a výživu ČNR to zcela potvrdilo - že je zapotřebí některá ustanovení zákona č. 53/1966 Sb. zpřesnit, upravit, doplnit či úplně změnit.

Jde zejména o tyto úpravy, změny či doplňky:

a/ nutně je zapotřebí upravit dosavadní hodnocení pozemků pro účely placení odvodů za trvalé či dočasné odnětí zemědělské půdy zemědělským účelům. Jde především o to, aby byl vyvíjen tlak ještě větší než dosud na investory a uživatele a aby byla pro účely nezbytné výstavby vybírána půda co nejhorší a ne nejlepší jako dosud. … Toto opatření by … mělo donutit investory, aby žádali v nezbytných případech jen půdu málo kvalitní, za kterou budou platit jen nízké odvody,

b/ je dále nutno limitovat a vymezit, co je dočasným odnětím zemědělské půdy. Ve výboru pro zemědělství a výživu jsme měli za to, že to, co přesahuje 5 let by nemělo být dočasným odnětím půdy. Při tom by se měla tato maximální časová hranice stanovit diferencovaně pro jednotlivé druhy odnětí. Budeme-li jako dosud uznávat za dočasné odnětí půdy i odnětí na 20 i více let, pak nikdo již po této dlouhé době nebude moci zkontrolovat, zda se tato půda vrátila rekultivací původnímu poslání či ne,

c/ vzhledem k určité problematičnosti působení finančních odvodů na omezení požadavků na zábor zemědělské půdy považujeme za účelné zvážit stanovení prohibičních správních opatření v produkčních zemědělských oblastech, bránících důsledně použití zemědělských pozemků pro jiné účely. …,

d/ nakonec bude nutné zvážit i vydání zákazu ke zřizování složišť a skládek průmyslových podniků, jakož i rekreačních chat na zemědělské půdě. …"[6]

Druhé vystoupení je ze dne 17. února 2009, které měl poslanec, místopředseda vlády a ministr životního prostředí RNDr. Martin Bursík:

"Pane místopředsedo, dámy a pánové, děkuji vám za slovo.

Já bych si dovolil uvést v prvním čtení vládní návrh novely zákona o ochraně zemědělského půdního fondu a rád bych k tomu řekl, že se jedná teprve o druhou komplexní novelu tohoto zákona od roku 1992, kdy zákon o ochraně zemědělského půdního fondu vstoupil v platnost. A bohužel mi nezbývá, než říci, že tato skutečnost se odráží ve stavu a úrovni ochrany zemědělské půdy a obecně půdy v České republice jako takové.

Předkládaná novela má za cíl posílit mechanismy ochrany půdy jako velmi významné složky životního prostředí. Je do jisté míry s podivem, že vlastně

[6] Kráceno, v celé verzi dostupné ve společné Česko-Slovenské digitální parlamentní knihovně http://snem.cz/eknih/1969cnr/stenprot/013schuz/s013015.htm

teprve nyní novela řeší také kompetenci v oblasti kontroly hospodaření s půdou a ochrany půdy, protože tato kompetence doposud není svěřena žádnému orgánu. Novela zákona navrhuje tuto kompetenci v logice věci svěřit České inspekci životního prostředí, a tím pádem tuto složku, významnou složku životního prostředí, která se vytváří po stovky roků a je nezaměnitelná, tímto způsobem efektivně chránit. V zákoně se také upřesňují povinnosti vlastníků, například povinnost udržovat pozemky v souladu s tou kterou charakteristikou druhu pozemků.

Také se zavádí registr, který povede nově organizace zřízená Ministerstvem životního prostředí, je to registr informací o půdě. Musím říci, že u nás vlastně evidence kvality půdy je velmi dobrá. Dlouhodobě se sbírají data, máme velmi dobrou evidenci, ale přesto jsme v situaci, kdy tlaky na půdu v důsledku hospodářského rozvoje jsou enormní.

To, co je myslím nejpodstatnější v té novele zákona, je vlastně valorizace poplatků za odnímání, za vyjímání ze zemědělského půdního fondu. Je potřebné zdůraznit, že odvody byly nastaveny na úrovni úředních odhadních cen půdy zhruba před dvaceti roky a vůbec neodpovídají dnešnímu stavu věci, ceny nebo úplaty za odvody jsou extrémně nízké ve srovnání se stavem věci v Evropské unii v zemích okolo nás. K čemu to vede? K tomu, že je ohromný tlak na zábor zemědělské půdy, k tomu, že se vyplatí investorům investovat a stavět rozličné investiční projekty na zelené louce a nedaří se nám vlastně motivovat ekonomicky investory k tomu, aby využívali intravilánu, aby využívali staré areály zemědělské, průmyslové, nevyužitá území v urbanizované vlastně zástavbě. Je zjevné, že ten ekonomický nástroj k tomuto může významně přispět.

… podél silnic, hlavně podél dálnic, v těch atraktivních územích, kde územní plán vymezuje území pro rozvoj různých skladových areálů, parkovišť, hypermarketů atd., se odnímá půda té nejvyšší bonity, a přitom odvod za jeden hektar takovéto půdy se na maximální úrovni pohybuje okolo 120 tisíc korun za hektar…, což samozřejmě vůbec není adekvátní té hodnotě půdy. … navrhujeme velmi diferencovaně valorizovat odvody za zábor zemědělského půdního fondu. U té nejvyšší bonity, u té nejkvalitnější půdy se odvody zvýší desetkrát a budou se blížit hodnotě jeden milion korun za odvod jednoho hektaru. U půdy, která je nejméně kvalitní, valorizace je nejvýše trojnásobná, a je tam tudíž veliká diference podle kvality půdy, což má vést k tomu, aby dávali investoři přednost záboru půdy, která je méně kvalitní, před půdou, která je kvalitní.

… toto je návrh, ..., který měl být předložen již před mnoha lety a měl vlastně předejít tomu nesmírnému tlaku na zábor půdy, tak aby při investičních projektech vzali investoři v úvahu mimořádnou hodnotu půdy jako organické složky životního prostředí a aby také podle toho ta půda byla

oceněna při realizaci konkrétních záměrů investičních a aby zároveň tady byla tendence k tomu, aby se využívaly brownfields. ...”[7]

Pro účely tohoto příspěvku je dále třeba vymezit často používané anglické pojmosloví rozdělující půdu z hlediska jejího zastavění, využívání a znečištění. Prvním pojmem je „Greenfield“. Je to termín používaný k označení pozemku - půdy nezastavěné, neznečištěné a nejčastěji zemědělsky využívané. Druhým pojmem je „Brownfield“, který představuje nevyužívané nemovitosti - stavby či zastavěné areály, které jsou potenciálně znečištěné a nakonec pojem „Blackfield“, představující znečištěné nemovitosti, pozemky či stavby.[8]

3. ČESKÝ PRÁVNÍ ŘÁD A VÝVOJ ZÁKONA O OCHRANĚ ZEMĚDĚLSKÉHO PŮDNÍHO FONDU.

Český právní řád již před rokem 1989 obsahoval zákon o ochraně zemědělského půdního fondu, kterým byl zákon č. 48/1959, později zákon č. 53/1966 Sb.[9] Jeho ustanovení ovšem po změně politického režimu v demokratický samozřejmě neodpovídaly stávající situaci a vzhledem k novému vymezení vlastnických vztahů, podnikání i reformě veřejné správy, bylo nezbytné zákon 53/1966 Sb. minimálně novelizovat.

S ohledem na vyznění zákona č. 53/1966 Sb., které bylo poplatné centrálnímu plánování, minimalizovalo rozhodovací proces o půdě stran jejího vlastníka, schválila Česká národní rada nové znění zákona o ochraně zemědělského půdního fondu, které vyšlo ve Sbírce zákonů pod č. 334/1992 a zcela tak nahradilo dosavadní zákon. Zákon č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu (dále jen „ZoZPF“) samozřejmě nezaváděl úplnou diskontinuitu se zákonem předchozím. Mezi zásadní změny však zajisté patřilo ustanovení o účelu ochrany, zvelebování a racionálním využívání zemědělského půdního fondu, jako jedné z činností, jíž je zajišťovaná ochrana a zlepšování životním prostředí. Přestal být kladen důraz na orné zemědělské hospodaření na zemědělské půdě, upřednostňuje se zamezení znečištění zemědělské půdy i ze strany zemědělství[10], čímž

[7] Kráceno, v celé verzi dostupné ve společné Česko-Slovenské digitální parlamentní knihovně http://www.psp.cz/eknih/2006ps/stenprot/048schuz/s048276.htm#r7

[8] V českém právním prostředí se k pojmu blackfield užívá jako synonymum spojení „staré zátěže“. Významovou odlišnost pojmů brownfield a blackfield lze vysledovat např. v Státní politice životního prostředí České republiky 2004 – 2010, strana 7, v aktualizovaném znění dostupné z webu CENIA na adrese http://www.cenia.cz/web/www/web-pub2.nsf/$pid/MZPMSFHDHER2/$FILE/spzp_cz_2004.pdf

[9] Ještě před zákonnou úpravou ochrany zemědělského půdního fondu byl tento chráněn a rozšiřován na základě vládního nařízení č. 55/1951 Sb., o rozšíření plochy orné půdy a zajištění půdy pro zemědělskou výrobu. Tato vyhláška byla vydaná ke zdárnému provedení prvního pětiletého hospodářského plánu rozvoje Československé republiky.

[10] Místo intenzivního zúrodňování půdy hnojením a půdními pomocnými látkami je zákonem č. 232/2000 Sb., o ekologickém zemědělství ve znění pozdějších předpisů,

byla bezpochyby otevřena cesta k budoucímu nástupu ekologického zemědělství[11]. Nově zde zůstala pouze jedna možnost veřejné správy stanovit vlastníku nebo nájemci zemědělského pozemku povinnost u změny kultury pozemku, a to v zájmu ochrany životního prostředí a za úplatu v případě zvýšených nákladů z jejich strany[12].

Poměrně přísně jsou v ZoZPF vymezeny povinnosti vlastníků a nájemců zemědělských pozemků k ochraně zemědělského půdního fondu, pokud na něm zemědělsky hospodaří. Nicméně v případě, že vlastník pozemku jej chce vyjmout z ochrany, přeměnit jej na pozemek stavební a použít jej pro stavební účely, chybí v ZoZPF explicitní uvedení zásady používat za tímto účelem půdy horší bonity a zabránění roztříštěné výstavbě. Přetrvala možnost vyjímání zemědělské půdy z fondu za účelem nezemědělského využití za úplatu dočasně i trvale a přetrval rovněž institut výjimek z placení těchto úplat, přičemž byl později ještě rozšířen. Zásady ochrany zemědělského půdního fondu byly proti předchozí verzi zákona částečně rozmělněny ze speciálního ustanovení do ostatních ustanovení zákona, což jejich přehlednosti nepřidalo.

Původní znění ZoZPF bylo doposud desetkrát novelizováno. Přesto, že se většinou jednalo o změny z hlediska označování v závislosti na přijetí nových správních uspořádání či přijetí nové úpravy stavebního zákona, zmiňme alespoň některé změny. První významnou změnou, provedenou zákonem č. 98/1999 Sb., bylo rozšíření výjimky z povinnosti platit úplatu za vynětí půdy ze zemědělského půdního fondu při vyjímání půdy za účelem stavby pro bydlení plánované v souladu s územním nebo regulačním plánem, a to i mimo zastavěné území obce. Zákonem č. 320/2002 Sb. byla významně upravena působnost orgánů ochrany zemědělského půdního fondu v souvislosti se zánikem okresních a krajských úřadů a vzniku nové samosprávní struktury vykonávající v přenesené působnosti státní správu. Další významnou změnou můžeme označit začlenění vydávání souhlasného stanoviska k odejmutí půdy ze zemědělského půdního fondu pod proces integrovaného povolování, které bylo provedeno zákonem č. 76/2002 Sb. a následně zrušeno zákonem č. 222/2006 Sb. Poslední významnější změnu přinesl zákon č. 167/2008 Sb., který aplikoval do ZoZPF nově přijatou úpravu o předcházení ekologické újmě a o její nápravě.

---

podporované ekologické zemědělství, u kterého je právně sankcionované používání pro ekologické zemědělství nepovolených hnojiv a půdních pomocných látek.

[11] Podíl ekologického zemědělství na celkové výměře zemědělské půdy v ČR k 31. 12. 2008 představoval 8,04 %. Statistický údaj publikovaný ministerstvem zemědělství a dostupný na http://www.mze.cz/UserFiles/File/Ekologicke_zemedelstvi/statistika%20zkladn%2031.12.2008%20vetn%20dovoz.doc.

[12] Tzv. racionalizace využití zemědělských pozemků, ve smyslu přeměny jejich kultury na ornou půdu již v ZoZPF chybí.

Vyhláška ministerstva životního prostředí č. 13/1994 Sb., kterou se upravují některé podrobnosti ochrany zemědělského půdního fondu, zůstala od svého vzniku do dnešních dní nezměněná.

4. NEDOSTATKY PRÁVNÍHO ŘÁDU A NÁVRHY JEHO DOPLNĚNÍ

Před uvedením návrhů de lege ferenda je třeba zdůraznit, že český právní řád disponuje řadou institutů, pomocí nichž se lze vypořádávat s konfliktem zájmů v území z hlediska výstavby na greenfields nebo opětovným využitím brownfields ve prospěch ochrany greenfields. Největší slabinou celého systému autor spatřuje v přílišném rozsahu správního uvážení orgánů veřejné správy[13]. Na tuto slabinu následně navazují dvě další a to neinformovanost místních komunit o důsledcích územního plánování a stavebních činnosti v území a neujasněnost koncepcí místních samospráv ohledně dalšího vývoje v území. Obě posledně zmiňované slabiny jsou význačnou měrou eliminovány nově přijatou legislativou a její aplikací. Vzpomeňme jenom tzv. nový stavební zákon[14], předpokládající vytvoření koncepcí rozvoje území od celostátní až po místní, a zavádějící povinnost přijetí územních plánů. Možnosti posuzování vlivů staveb i koncepcí na životní prostředí jsou prosazované zejména zákonem o posuzování vlivů na životní prostředí[15]. Všechny uvedené a dále navrhované změny, zároveň s rozvojem informačních technologií a rozvojem materiální saturace společnosti, mohou vytvořit dostatečný vnitřní tlak ve společnosti, který principy ochrany půdního fondu prosadí do reality (uvede v život).

4.1 SPATŘOVANÉ NEDOSTATKY

- Nedostatečná výše poplatků za vyjmutí půdy ze zemědělského půdního fondu. Výše poplatků se v zákoně nezměnila od roku 1992 a jenom pro udržení jejich reálné hodnoty by bylo nezbytné je zvýšit o 252%[16].

- Využívání institutu dočasného vyjmutí půdy ze ZPF v místech, kde by nebylo povoleno trvalé vyjmutí, což se může jevit jako obcházení

[13] Například pravidla pro vyjímání půdy ze zemědělského půdního fondu uvedená v § 9 odst. 5 nejsou dostatečně určitá co do posouzení zdůvodnění, proč je navrhované řešení z hlediska ochrany zemědělského půdního fondu, životního prostředí a ostatních zákonem chráněných obecných zájmů nejvýhodnější. Vhodným, z hlediska možného střetu zájmů, se rovněž jeví odejmutí rozhodování o žádosti o vyjmutí půdy ze zemědělského půdního fondu obecnímu úřadu obce, která o vyjmutí půdy v rámci svého katastru sama žádá za účelem výstavby, které je investorem.

[14] Zákon č. 183/2006 Sb.

[15] Zákon č. 100/2001 Sb.

[16] Ukazatele vývoje cenové hladiny v ČR 1993 až 2008 dostupné z http://www.mesec.cz/texty/inflace/ a vlastní výpočty.

smyslu ochrany ZPF, protože se mnohdy jedná o zásah do stávající situace i na desítky let.

- Nedostatečná odpovědnost vlastníků za stav jejich nemovitostí, kdy zejména chátrání objektů v centrech měst není postihováno, nejedná-li se o objekt se zvláštní ochranou (viz památková péče).

- Přenášení nákladů na vytvoření dodatečné a zkapacitnění stávající infrastruktury v případě výstavby na greenfields do veřejných rozpočtů investičními pobídkami.

- Chybí možnosti pro místní komunity řešit nově vznikající brownfields. Nedostatečné rozpočtové určení prostředků pro obnovu brownfields.

4.2 NAVRHOVANÉ ZMĚNY

4.2.1 EKONOMICKÉ NÁSTROJE

- Zvýšení poplatkové povinnosti jak je navrženo vládou v návrhu zákona[17], který je „zaparkovaný" v Poslanecké sněmovně Parlamentu ČR. Poplatky za dočasné vynětí z půdního fondu by měly ročně dosahovat 10 až 15 procent částky za trvalé vynětí ze zemědělského půdního fondu a alespoň polovina všech poplatků za vymezenou dobu vynětí z půdního fondu by měla být placena zálohově před samotným vynětím; deponování předmětné částky by bylo podmínkou sine qua non ve vztahu k vyjmutí.

- Zvýšení daní z nemovitostí, zejména budov. Zavedení sankčního koeficientu násobícího sazbu daně z nemovitostí pro opuštěné a chátrající budovy a pozemky. V této souvislosti je vhodné doporučit zvážení přidání kategorie srážky do zákona o oceňování nemovitostí, která by byla vydávána rozhodnutím rady obce na označení pozemku jako brownfield, případně i zavedení nového druhu pozemků a kategorie staveb.

- Zrušení veškerých podpor výstavby technologických, průmyslových či logistických parků na greenfields z veřejných rozpočtů. Jedná se o antisystémové dotace v přímém rozporu se zájmem ochrany půdního fondu.

- Zavedení kauce při výstavbě na dočasně vyjmutých pozemcích ze zemědělského půdního fondu, za účelem zvýšení zajištění návratu pozemků do zemědělského užívání po době dočasného vyjmutí.

[17] Sněmovní tisk č. 652 Poslanecké sněmovny parlamentu ČR, volební období 2006 – 2010, dostupný na http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o5&T=652

4.2.2 LEGISLATIVNÍ NÁSTROJE

- Zavedení účastenství nájemců sousedních nemovitostí v řízeních podle stavebního zákona.

- Zapracování nového druhu opatření obecné povahy do stavebního zákona[18], kterým by bylo možné postihnout brownfield. Jednalo by se o opatření obecného povahy, jímž by mělo dojít k určení brownfield a rozhodnutí o způsobu jeho regenerace.

- Vytvoření jasnějších omezení pro správní uvážení v rámci řízení podle stavebního zákona.

- Zavedení explicitního omezení obcím v rozhodování ve stavebních řízeních v případech, kdy stavebníkem je obec samotná.

- Sjednocení procesu poskytování informací na žádost oprávněného subjektu.

4.2.3 SANKČNÍ NÁSTROJE

- Zavedení institutu propadnutí nemovitosti ve prospěch obce, v jejímž obvodu se tato nachází, v případě dlouhodobého neplacení daně z nemovitosti. Takovýto institut by samozřejmě bylo nezbytné omezit na případy, kdy výše nezaplacených daní dosahuje, případně přesahuje hodnotu nemovitosti. Stavebním zákonem obsažené předkupní právo pro obec či kraj ve vybraných případech nemůže dostatečně efektivně postihnout vznik a zejména trvání brownfield. Vlastník se brownfield vůbec nemusí pokusit zcizit řadu let.

- Zvýšení osobní odpovědnosti jednotlivých úředních osob za rozhodnutí, jimiž z titulu své funkce udělují souhlas k vyjmutí půdy ze zemědělského půdního fondu.

5. ZÁVĚR

Půda plní v ekosystému řadu zásadních funkcí. Nedostatečná ochrana půdy před ničením její kapacity plnit tyto zásadní funkce s sebou nese výrazné celospolečenské náklady. Odpovědné územní plánování společně s důrazem na obnovu funkce opuštěných zastavěných území je jednou z možností jak docílit ochrany kvalitní zemědělské půdy před zastavěním. Ruku v ruce s uvedenými postupy by mělo jít výrazné zvýšení poplatkové povinnosti spojené s vyjímáním půdy ze zemědělského půdního fondu a vyšší zdanění nemovitostí, zejména budov. V neposlední řadě je potřebné poukázat na významný nedostatek v podobě nevyjasněných majetkových a odpovědnostních vztahů k lokalitám brownfields i blackfields. Negativní aspekty brownfields, stejně jako čisté zónové územní plánování, jsou

[18] Navrhovaná úprava by měla být doplněním hlavy III. dílu 6 zákona č. 183/2006 Sb.

popsány v mnohých publikacích zabývajících se územním rozvojem. Z právního pohledu nezbývá než dotvořit stávající právní rámec ochrany zbývajícího půdního fondu, podpořit jeho obnovu a zvýšit důraz na odpovědnost spojenou s vlastnictvím a odpovědnost orgánů veřejné moci při aplikaci stávajících nástrojů. Úplným závěrem je vhodné konstatovat, že mnohé pro ochranu půdy již bylo (alespoň „papírově“) vykonáno, nicméně mnohé procesy se právě „zažívají“ do praxe, protože zákony, které je do právního řádu České republiky zavedly, jsou účinné relativně krátce. To, co nám z dnešního pohledu ještě schází, snad napomůže vyplnit připravovaná evropská směrnice o půdě, přijetí zákonů z dílny ministerstva životního prostředí a dotvoření aplikační praxe soudními rozhodnutími.

Literature:

- European Communities. *Soil protection, The story behind the Strategy*, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2006.
- European Communities. Thematic strategy on soil protection. Dostupné z http://eusoils.jrc.ec.europa.eu/result.cfm
- Vláda České republiky. Státní politice životního prostředí České republiky 2004 – 2010, Dostupné z http://www.cenia.cz/web/www/web-pub2.nsf/$pid/MZPMSFHDHER2/$FILE/spzp_cz_2004.pdf

Contact – email

jan.bahyl@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VYBRANÉ OTÁZKY SOUDNÍHO PŘEZKUMU ÚZEMNÍCH PLÁNŮ

LENKA BAHÝĽOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstrakt v rodném jazyce
Příspěvek se zaměřuje na vybrané otázky soudního přezkumu územních plánů ve správním soudnictví. Hlavním účelem meritorního přezkumu těchto opatření obecné povahy je posoudit, zda jejich schválením nedošlo k zásahu do veřejných subjektivních práv navrhovatele. Pozornost se soustředí nejprve na otázku aktivní legitimace v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části jakožto jedné z procesních podmínek řízení, následně je prostor věnován některým problematickým otázkám samotného věcného přezkumu územních plánů, a to ve světle kritérií vymezených rozhodovací činností Nejvyššího správního soudu.

Klíčová slova v rodném jazyce
Územní plán; opatření obecné povahy; soudní přezkum; aktivní legitimace (k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy).

Abstract
This article focuses on selected questions regarding judicial review of land-use plans before administrative courts. The principle aim of judicial review on the merits of these land decisions (as acts of general kind) is to consider an alleged infringement of public individual right of the proposer. In the first part attention is paid to the question of standing in the process based on proposal to cancel an act of general kind or its part, as one of procedural conditions of the proceedings, and then further problematical aspects of judicial review of land-use plans are examined (in the light of criteria stipulated in existing decisions of the Supreme Administrative Court) as well.

Key words
Land-use plan; act of general kind; judicial review; standing (to bring a proposal to cancel an act of general kind).

1. ÚVOD

Územní plány jsou jakožto opatření obecné povahy přezkoumatelné ve správním soudnictví. Soudní přezkum opatření obecné povahy, jehož výsledkem může být zrušení opatření obecné povahy jako celku nebo jeho části, byla zákonem č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „s. ř. s.), svěřena Nejvyššímu správnímu soudu (§ 101c s. ř. s.). Účelem soudního přezkumu územních plánů je

především zajištění ochrany veřejných subjektivních práv[1], která mohou být přijetím těchto aktů územního plánování, jež jsou jakožto základní koncepční dokumenty budoucího rozvoje území obcí při dalším rozhodování v území závazné, ohrožena či porušena. Ustanovení § 18 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), vymezuje cíl, úkoly a podmínky územního plánování. Cílem územního plánování je vytváření předpokladů pro výstavbu a pro udržitelný rozvoj území (odst. 1), úkolem a zároveň jednou z podmínek dosažení tohoto cíle je soustavné a komplexní řešení účelného využití a prostorového uspořádání území (odst. 2), které je výsledkem střetu jednotlivých (soukromých a veřejných) zájmů v území. Předmětem soudního přezkumu územních plánů je vlastně následné posouzení toho, jakým způsobem byly střety těchto zájmů v území v rámci procesu přijímání územního plánu řešeny a vyřešeny. Jedná se tedy o přezkoumání postupu příslušného orgánu veřejné správy[2] při pořizování územního plánu či jeho změny a jeho následků ve vztahu k veřejným subjektivním právům dotčených subjektů; Nejvyššímu správnímu soudu (dále jen „NSS“) nicméně nepřísluší posuzovat, jaké by mělo samotné funkční využití území být[3]. Jak se trefně tento soud vyjádřil v rozsudku ze dne 24. 10. 2007, sp. zn. 2 Ao 2/2007, *„každá varianta využití území, která se „vejde“ do mantinelů územního plánování, je akceptovatelná a soud není oprávněn politické jednotce vnucovat variantu jinou. Soud brání jednotlivce (a tím zprostředkovaně i celé politické společenství) před excesy v územním plánování a nedodržením zákonných mantinelů, avšak není jeho úkolem sám územní plány dotvářet“*.

„Pravidla“ řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části jsou vymezena v ustanovení § 101a-101d s. ř. s., jež byla s účinností od 1. 5. 2005 do procesního předpisu správního soudnictví včleněna zákonem č. 127/2005 Sb., o elektronických komunikacích a o změně některých souvisejících zákonů (zákon o elektronických komunikacích). Přestože NSS rozhoduje v tomto řízení relativně krátce, judikatura v této oblasti je již poměrně bohatá[4]. Se značným zjednodušením lze judikaturu NSS v této

---

[1] Viz ustanovení § 2 s. ř. s. („Ve správním soudnictví poskytují soudy ochranu veřejným subjektivním právům fyzických i právnických osob…“). Veřejná subjektivní práva jsou vymezena jako *„práva osob založená v právních normách, která umožňují a současně chrání určité chování osoby ve vztazích k subjektům veřejné správy“* (cit. Vopálka, Mikule, Šimůnková, Šolín. Soudní řád správní. Komentář. C. H. Beck, Praha: 2004, s. 3).

[2] Územní plán schvaluje a vydává podle § 6 odst. 5 stavebního zákona zastupitelstvo obce v rámci výkonu samostatné působnosti, jeho pořízení a projednání je však výkonem státní správy, tzn., že spadá do působnosti přenesené (§ 6 odst. 1 stavebního zákona).

[3] Viz rozsudek NSS ze dne 13. 8. 2009, sp. zn. 9 Ao 1/2009 („*Stanovit funkční využití území a jeho rozvoj při splnění všech cílů a zásad územního plánování zůstává činností, do které správní soudy mohou zasahovat pouze minimálně*“). Shodně viz rozsudek tohoto soudu ze dne 30. 10. 2008, sp. zn. 9 Ao 2/2008, publ. pod č. 1766/2009 Sb. NSS.

[4] Doposud (ke dni 30. 10. 2009) napadlo NSS celkem 80 návrhů, z nichž bylo rozhodnuto 70 věcí. Z věcí rozhodnutých se 54 návrhů (cca 77%) týkalo územních plánů, z nichž bylo 22 návrhů odmítnuto, 16 zrušeno, 12 zamítnuto a ve 4 případech bylo řízení zastaveno. Ostatní návrhy podané podle § 101a s. ř. s. se týkaly např. územních opatření o stavební uzávěře, místní úpravy provozu, či vymezení zastavěného území.

oblasti rozdělit na soudní přezkum územních plánů vydaných podle „starého“ stavebního zákona (zákon č. 50/1976 Sb.), kdy se řešilo samotné pojetí územního plánu jako opatření obecné povahy[5], a na soudní přezkum územních plánů schvalovaných podle stavebního zákona stávajícího (zákon č. 183/2006 Sb.[6]), kdy do popředí vystupují další problematické právní otázky. Tento příspěvek se v první části zaměřuje na problematickou „stálici“ tohoto typu řízení, totiž otázku aktivní legitimace, tj. otázku, které osoby jsou oprávněny podat soudu návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části. Ve druhé části bude pozornost věnována některým otázkám samotného meritorního přezkumu územních plánů; bude se jednat o stručnou „sondu“ do dosavadní rozhodovací činnosti NSS v této oblasti, a to v její druhé etapě (tj. soudní přezkum územních plánů schvalovaných podle platného stavebního zákona).

2. AKTIVNÍ LEGITIMACE ANEB KDO MÁ VSTUPENKU DO ŘÍZENÍ

Návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části je oprávněn podat *každý, kdo tvrdí,* že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen (§ 101a odst. 1 s. ř. s.). Vymezení aktivní legitimace, která představuje jednu z podmínek řízení, jež musí být pro věcné projednání návrhu splněna, se v tomto znění nutně stalo předmětem zkoumání NSS.

V usnesení ze dne 30. 11. 2006, sp. zn. 2 Ao 2/2006, NSS na adresu návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části uvedl, že *„Není v zásadě podstatné, zda navrhovatel byl účastníkem předchozího řízení o pořizování územně plánovací dokumentace, jelikož účastenství v tomto typu správního řízení a v řízení o soudním přezkumu vydaného rozhodnutí je třeba posuzovat relativně odděleně. Koncepce soudního přezkumu v řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy totiž není založena na principu formální či materiální subsidiarity v tom smyslu, že by aktivní legitimace k podání takového návrhu náležela pouze tomu, kdo svoje práva uplatňoval v řízení předchozím, tzn. v řízení o vydání opatření obecné povahy“*. NSS se

[5] Spor o materiální či formální pojetí opatření obecné povahy zdá se ukončil Ústavní soud svým nálezem Pl. ÚS 14/07 ze dne 19. 11. 2008, který se po rozkolísané judikatuře NSS [ten se v rozsudku ze dne 27. 9. 2005, sp. zn. 1 Ao 1/2005, přiklonil k materiálnímu chápání opatření obecné povahy, když konstatoval, že rozhodující pro povahu správního aktu není jeho formální označení, ale naplnění jeho pojmových znaků, za které označil konkrétně určený předmět regulace a obecně vymezený okruh adresátů. Tento právní názor posléze potvrdil ve svém rozsudku ze dne 18. 7. 2006, sp. zn. 1 Ao 1/2006, v němž mj. uvedl, že územní plány schválené podle stavebního zákona z roku 1976 naplňují oba uvedené pojmové znaky opatření obecné povahy. Rozšířený senát NSS (viz usnesení ze dne 31. 1. 2007, sp. zn. 3 Ao 1/2007) nicméně na toto pojetí nepřistoupil a přiklonil se k formálnímu pojímání tohoto institutu; soudní přezkum předmětného územního plánu odmítl s tím, že se o opatření obecné povahy nejedná] postavil na stranu pojetí materiálního.

[6] Územní plán se (stejně jako ostatní nástroje územně plánovací dokumentace) vydává formou opatření obecné povahy *ex lege*.

zde vyslovil, že v tomto typu řízení je třeba vyhovět požadavku na *reálnou pravděpodobnou aktivní legitimaci* navrhovatele, tzn., že z navrhovatelova tvrzení musí být patrné, že dotčení na právech (hmotných) je podle okolností konkrétní věci pravděpodobné (obdobně např. rozsudek ze dne 28. 3. 2008, sp. zn. 2 Ao 1/2008 či rozsudek ze dne 5. 2. 2009, sp. zn. 2 Ao 4/2008). Z toho vyplývá, že nepostačuje toliko *tvrdit* zkrácení na právech, z návrhu musí být zároveň patrno, že toto zkrácení na právech je pravděpodobné. Mírou pravděpodobnosti, která postačuje k přiznání aktivní legitimace, se již NSS nezabýval, nicméně v pochybnostech bude nutné vždy rozhodnout ve prospěch aktivní legitimace, aby nedošlo k nepřípustnému *denegatio iustitiae*; výklad by měl být proto extenzivní.[7]

Uvedený právní názor dále posunul rozšířený senát NSS v usnesení ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009, když se vyjádřil tak, že aktivně legitimovaným může být i ten, kdo tvrdí porušení svých procesních práv v rámci procesu přijímání územního plánu, za předpokladu, že toto porušení mohlo mít za následek dotčení jeho práv hmotných[8]. Aktivní legitimaci v tomto řízení však nepřiznal nájemci nemovitosti na území regulovaném územním plánem, když uvedl, že *„navrhovatelem (…) může být zásadně jen taková osoba, která má přímý a nezprostředkovaný vztah k nějaké části území, které je územním plánem regulováno. Bude jím tedy vlastník (spoluvlastník) pozemku nebo jiné nemovité věci (…) a oprávněný z věcného práva k takovýmto věcem (majetkovým hodnotám). Nebude jím však osoba, jejíž právo k dispozici věcí nemá povahu práva absolutního, nýbrž toliko relativního"* (viz bod 36). Tento výklad, tedy zúžení tohoto práva na práva absolutního charakteru bez toho, aby se vůbec soud zabýval závažností zásahu do práv (byť) charakteru relativního,[9] se však jeví být nedůvodně restriktivní, když přihlédneme k tomu, že charakter práv, jejichž dotčení má navrhovatel tvrdit, s. ř. s. nijak nevymezuje. Jedinou akceptovanou vstupenkou do řízení podle § 101a s. ř. s. je tedy zpravidla právo vlastnické[10], přičemž oprávnění z tohoto práva na části území, pro které se územní plán pořizuje, mohou tvrdit i porušení svých procesních práv.

---

[7] Tento výklad zastával NSS např. v rozsudku ze dne 24. 10. 2007, sp. zn. 2 Ao 2/2007.

[8] Jak uvedl, *„navrhovatel tedy nemá oprávnění podat actio popularis. Bude proto vždy na posouzení konkrétního případu v rámci posuzování přípustnosti návrhu, zda tvrzení navrhovatele o určitém porušení procedury vedoucí k přijetí opatření obecné povahy jsou taková, že a priori vylučují možnost, že by se takové porušení mohlo projevit v jeho právní sféře"* (cit. z bodu 41 usnesení rozšířeného senátu).

[9] Ta se v některých případech (např. dlouhodobý nájem pozemků) mohou právu vlastnickému přibližovat. Ostatně stejně argumentoval i první senát při předložení věci k rozhodnutí rozšířenému senátu. Rozšířený senát však uvedl, že osoby s právem relativního charakteru (např. nájemce, podnájemce, výpujčitel apod.) mohou *„toliko požadovat na tom, kdo jí věc přenechal k užívání, aby jí zajistil nerušené užívání věci v souladu s uzavřenou smlouvou, (…) jejich práva se nevztahují k území (resp. jeho části), nýbrž k tomu, kdo jim užívání části území umožnil"* (viz bod 36 usnesení rozšířeného senátu 1 Ao 1/2009).

[10] Může jím být např. i právo zástavní či právo odpovídající věcnému břemeni.

2.1 AKTIVNĚ (NE)LEGITIMOVANÉ EKOLOGICKÉ INICIATIVY

Osoby, které k předmětné části území nemají právo absolutního charakteru se tak dostávají do pozice veřejnosti, které není podle dosavadní judikatury NSS dána možnost navrhnout soudní přezkoumání schváleného územního plánu. Tento výklad bývá legitimně vnímán jako výklad nesouladný se závazky, jež pro Českou republiku vyplývají z mezinárodního práva a z práva Evropského společenství (konkrétně z Úmluvy o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech životního prostředí[11]), neboť vyžadují poskytnutí širokého přístupu dotčené veřejnosti k soudní (právní) ochraně. Na druhou stranu, rozšířený senát v citovaném usnesení překvapivě uvedl[12], že *„nelze a priori vyloučit aktivní procesní legitimaci k podání návrhu podle § 101 a násl. s. ř. s. i pro osoby z řad tzv. dotčené veřejnosti ve smyslu čl. 9 odst. 2 a 3 Aarhuské úmluvy“*. Tuto myšlenku, která by vzhledem k dosavadní rozhodovací činnosti NSS znamenala významný judikaturní odklon, však již rozšířený senát bohužel (z tvrzeného důvodu nedostatečné kompetence[13]) dále nerozvedl.

Uvedeným usnesením rozšířeného senátu NSS tedy vyvstávají pochybnosti o udržitelnosti dosavadního ustáleného právního názoru, že občanská sdružení, cílem jejichž činnosti je ochrana přírody a krajiny (tzv. ekologické iniciativy), nejsou (a ani nemohou být) oprávněni k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části. K tomuto závěru soud dospěl na základě porovnání žalobní legitimace podle § 101a odst. 1 s. ř. s. (*„kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen…“*) a § 65 odst. 1 s. ř. s.[14] (*„Kdo tvrdí, že byl na svých právech zkrácen přímo nebo v důsledku porušení svých práv v předcházejícím řízení úkonem správního orgánu…“*). Jak uvedl v rozsudku ze dne 24. 1. 2007, č. j. 3 Ao 2/2007-42, *„(p)odle ustálené judikatury soudů ve správním soudnictví ekologické iniciativy nejsou nositeli hmotných práv. Mohou úspěšně namítat nezákonnost rozhodnutí, avšak jen potud, tvrdí-li, že v řízení byla zkrácena jejich procesní práva. Aktivní žalobní legitimace v řízení o žalobě proti rozhodnutím správních orgánů se opírá o ust. § 65 odst. 2 s. ř. s. („Žalobu proti rozhodnutí správního orgánu může podat i účastník řízení před správním orgánem, který není k žalobě oprávněn podle odstavce 1, tvrdí-li, že postupem správního orgánu byl zkrácen na svých právech, které jemu přísluší, takovým způsobem, že to mohlo mít za následek nezákonné rozhodnutí.“). V řízení o zrušení opatření obecné*

[11] Tzv. Aarhuská úmluva byla vyhlášena pod č. 124/2004 Sb. m. s.
[12] Viz bod 38 usnesení rozšířeného senátu 1 Ao 1/2009.
[13] Toto zdůvodnění se však zdá být vágní a nedostatečné; pokud měl totiž rozšířený senát vymezit šíři a pojetí procesní legitimace navrhovatele v řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části, měl se zabývat i vlivem závazných norem mezinárodního práva a práva ES na výklad tohoto ustanovení.
[14] Tzn. v řízení o žalobě proti rozhodnutí správních orgánů.

povahy ovšem zákon nezakotvil žalobní legitimaci, která by byla obdobná či analogická ust. § 65 odst. 2 s. ř. s. (…)“.[15]

V této souvislosti je vhodné připomenout převažující právní názor, že právnické osoby nemohou být nositeli práva na příznivé životní prostředí (jakožto práva hmotného charakteru). Nicméně určité tendence prolamující „neprůstřelnost“ tohoto názoru se již v judikatuře vyskytly. Poukázat lze zejména na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 3. 2007, č. j. 2 As 12/2006, ve kterém je uvedeno, že *„nositeli tohoto ústavního práva jsou totiž sice zásadně fyzické osoby, jež jediné mohou být poškozením životního prostředí přímo dotčeny např. na souvisejícím právu na život, kromě nich ovšem také ty z právnických osob, typicky právě občanská sdružení, pro něž je ochrana zájmů životního prostředí hlavní nebo podstatnou náplní jejich činnosti a které je tak možno vnímat nejen jako uskupení fyzických osob, pro něž taková právnická osoba představuje jakési médium, jehož prostřednictvím hájí tyto fyzické osoby své vlastní právo na příznivé životní prostředí; ale také jako obhájce tohoto práva ve prospěch ostatních lidí“*. Z citovaného rozsudku je patrná snaha o vyjádření, že občanská sdružení mohou zásah do práva na příznivé životní prostředí namítat, a to z titulu své úlohy jakéhosi „prostředníka“ mezi fyzickými osobami a správními orgány.[16] Veřejnost, vystupuje-li v některé z „institucionalizovaných podob“ (občanská sdružení, jež mají jako hlavní předmět své činnosti ochranu životního prostředí či tzv. zástupce veřejnosti podle stavebního zákona), by proto měla být vnímána jako zprostředkovatel, který hájí dotčená hmotná práva fyzických osob, v jejichž zájmu jedná, a z tohoto titulu mu jsou tato práva přičitatelná.

2.2 AARHUSKÁ ÚMLUVA: JAK DÁL V PŘÍSTUPU K SOUDNÍ OCHRANĚ?

Postoj Nejvyššího správního soudu k aplikaci čl. 9 odst. 3[17] Aarhuské úmluvy, který lze vztáhnout na přístup k soudní ochraně v případě územních plánů[18], je dosud nejednoznačný a nejednotný. Až do výše citovaného usnesení rozšířeného senátu trval NSS (poměrně konzistentně) na tom, že tzv. ekologické iniciativy (v pojmosloví Aarhuské úmluvy tzv. dotčená

[15] Viz také rozsudek NSS ze dne 18. 9. 2008, č. j. 9 Ao 1/2008-34.

[16] Tento názor je však judikatorně ojedinělý, např. v pozdějším rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 7. 2008, č. j. 8 As 35/2007, je již uvedeno, že nevládní organizace hájící zájmy ochrany přírody se může u soudu úspěšně domáhat jen ochrany svých vlastních, tedy procesních práv; nemůže proto tvrdit zásah do práva na příznivé životní prostředí (ani ve vztahu k sobě, ani svým členům).

[17] Podle odstavce 3 tohoto článku *„navíc strany zajistí, aby členové veřejnosti, kteří splňují kritéria, pokud jsou nějaká stanovena ve vnitrostátním právu, měli přístup ke správním nebo soudním řízením, aby mohli vznášet námitky proti jednání, aktům nebo opomenutí ze strany soukromých osob nebo státních orgánů, jež jsou v rozporu s ustanoveními jejich vnitrostátního práva týkajícího se životního prostředí“*.

[18] Srov. judikát Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen VZW, in Andrusevych, A., Alge, T., Clemens, C. (eds), Case Law of the Aarhus Convention Compliance Commitee (2004-2008). RASCE, Lviv 2008, s. 43.

veřejnost[19]), nejsou nositeli hmotných práv, a proto jejich procesní legitimaci v řízení podle §101a s. ř. s. nelze dovodit[20]. Uvedené ustanovení Aahuské úmluvy přitom vyžaduje přístup k soudům i toliko pro „veřejnost" (v pojetí Aarhuské úmluvy se jedná o *„jednu neb více fyzických nebo právnických osob a – v souladu s vnitrostátní legislativou nebo praxí – jejich sdružení, organizace nebo skupiny"*), nikoli tzv. dotčenou veřejnost, jež představuje již subjekt „kvalifikovaný".

Odmítnutí přímé aplikace Aarhuské úmluvy je zdůvodňováno neexistencí implementačních opatření, k jejichž přijetí jsou smluvní státy vázány. Převažujícím názorem správního soudnictví byl doposud ten, že příslušná ustanovení Aarhuské úmluvy nejsou přímo aplikovatelná, neboť *„nejsou konstruována natolik jasně a určitě, aby z nich bylo možné vyvodit práva a povinnosti vnitrostátních subjektů, aniž by bylo třeba nějakých vnitrostátních opatření"*. V případě ustanovení čl. 9 odst. 3 (stejně jako odst. 2) platí, že přístup osob z řad veřejnosti k soudní ochraně je podmíněn splněním určitých kritérií, jsou-li ve vnitrostátním právu stanovena[21]. NSS odkázal na prohlášení, které Evropské společenství učinilo při ratifikaci Aarhuské úmluvy, a v němž se uvádí, že platné právní předpisy Společenství prozatím nezahrnují implementaci čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy, která zůstává v kompetenci členských států[22]. Z toho důvodu Nejvyšší správní soud neshledal přímý rozpor mezi ustanoveními s. ř. s. a Aarhuskou úmluvou[23]. Problém tedy i nadále tkví v tom, že čl. 9 Aarhuské úmluvy není ze strany soudů přiznáván přímý účinek (tzv. *self-executing* ustanovení), neboť *„dostatečně nespecifikuje práva a povinnosti jednotlivce a jeho aplikovatelnost je třeba zajistit prostřednictvím vnitrostátního práva"* (usnesení Ústavního soudu IV. ÚS 154/08, nález Ústavního soudu IV. ÚS 2239/07, či rozsudky NSS ze dne 29. 3. 2007, sp. zn. 2 As 12/2006, nebo ze dne 28. 6. 2007, sp. zn. 5 As 53/2006). Aarhuská úmluva se nicméně stala součástí práva komunitárního[24], a proto musí všechny členské státy vykládat vlastní právní úpravu v souladu s touto Úmluvou[25].

---

[19] Tou se podle čl. 2 odst. 5 Aarhuské úmluvy rozumí veřejnost, která je - nebo může být - ovlivněna environmentálním rozhodováním, anebo která má na tomto rozhodování určitý zájem; pro účely této definice se u nevládních organizací podporujících ochranu životního prostředí a splňujících požadavky vnitrostátních právních předpisů předpokládá, že mají na environmentálním rozhodování zájem.

[20] Viz např. usnesení ze dne 24. 1. 2007, sp. zn. 3 Ao 2/2007.

[21] Viz tamtéž.

[22] A to až do té doby, než budou budou ze strany ES přijata potřebná opatření k implementaci závazků stanovených Aarhuskou úmluvou. Viz prohlášení ES k Aarhuské smlouvě dostupné na http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-13&chapter=27&lang=en#EndDec

[23] Viz Usnesení NSS ze dne 25. 6. 2008, č. j. 5 Ao 3/2008-27, rozsudek ze dne 22. 10. 2008, č. j. 8 Ao 3/2008-59.

[24] Evropské společenství přistoupilo k Aarhuské úmluvě rozhodnutím Rady č. 2005/370/ES ze dne 17. 2. 2005.

[25] Viz např. rozsudek NSS ze dne 18. 7. 2006, sp. zn. 1 Ao 1/2006.

Přestože jsou pochyby o přímé aplikovatelnosti čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy v případě soudního přezkumu územních plánů legitimní, mám za to, že interpretace tohoto ustanovení by měla korespondovat s „duchem" Aarhuské úmluvy, ve které se smluvní strany zavázaly poskytnout veřejnosti široký přístup k soudní ochraně[26]. Jako rozporný s tímto úmyslem smluvních stran (a tedy i s Úmluvou), jež by neměl být brán jako pouhé politikum, se proto jeví takový výklad, který by přístup veřejnosti k soudní ochraně předem odmítal. Pokud je stanoveno, že „ *strany zajistí, aby členové veřejnosti, kteří splňují kritéria, pokud jsou nějaká stanovena ve vnitrostátním právu, měli přístup ke správním nebo soudním řízením (…)"*, nelze s odkazem na nemožnost dotčení hmotných práv subjektů hájících zájmy na ochraně životního prostředí *a priori* jejich přístup k soudní ochraně odmítat, jak to doposud činí NSS ve své rozhodovací činnosti. Při takovém výkladu totiž tyto subjekty ze své podstaty nikdy nemohou naplnit *„stanovená kritéria"*, což ustanovení čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy nepředpokládá a neumožňuje.

Současný postoj NSS k přímé aplikaci výše uvedených ustanovení Aarhuské úmluvy by bylo možné charakterizovat jako „vyčkávací". Nejvyšší soud Slovenské republiky totiž položil Soudnímu dvoru ES předběžné otázky[27], jež se týkají právě této problematiky; tato skutečnost tedy musí být ze strany NSS respektována. Konkrétně se Nejvyšší soud Slovenské republiky v řízení vedeném pod číslem C-240/09 ptá:

1) ***Je možné článku 9 Aarhuské úmluvy, a to zejména odstavci 3****, s přihlédnutím k hlavnímu cíli sledovanému touto mezinárodní úmluvou, tj. že narušuje klasickou koncepci aktivní legitimace tím, že přiznává postavení účastníka řízení i veřejnosti, resp. zainteresované veřejnosti,* ***přiznat bezprostřední účinek („self-executing efect") mezinárodní smlouvy*** *za situace, kdy Evropská unie po tom, kdy dne 17. 2. 2005 k této mezinárodní smlouvě přistoupila, doposud nevydala předpis Společenství, který by prováděl uvedenou smlouvu do práva Společenství?* Nejvyšší soud Slovenské republiky přitom v odůvodnění pro podání předběžné otázky mj. odkazuje na odstavce 12 a 13 preambule k Aarhuské úmluvě[28], které deklarují sledovaný cíl této úmluvy, a poukazuje na skutečnost, že Evropské společenství k Aaurhuské úmluvě přistoupilo (dne 25. 6. 1998, s účinností

[26] Srov. např. Dette, Birgit. Access to Justice in Environmental Matters. In Marco Onida (ed) Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer, Groningen: Europa Law Publishing, 2004, s. 7.

[27] Ve své věci sp. zn. 5 Sžp 41/2009.

[28] *„uznávajíce také, že veřejnost potřebuje znát postupy, kterými se může podílet na rozhodování, které se týká životního prostředí, že potřebuje mít volný přístup k těmto postupům a že musí vědět, jak těchto postupů využít"* a *„uznávajíce dále důležitost rolí, které v ochraně životního prostředí mohou hrát jednotliví občané, nevládní organizace a soukromý sektor"*

od 17. 2. 2005[29]); tím se mezinárodní úmluva stala součástí primárního komunitárního práva (podle čl. 300 odst. 7 Smlouvy o založení ES).[30]

2) ***Je možné článku 9 Aarhuské úmluvy, a to zejména odstavci 3****, poté, co se stala součástí komunitárního práva,* ***přiznat přímou aplikovatelnost anebo přímý účinek práva Společenství*** *ve smyslu ustálené judikatury Soudního dvora ES?* Při položení této otázky vycházel Nejvyšší soud především z rozhodnutí Soudu prvního stupně ES ve věci T-37/04 ze dne 1. 7. 2008 (Região autónoma dos Açores, Portugal, a Stichting Greenpeace Council, Netherlands v. Rada EU), ve kterém již bylo přihlédnuto k obsahu čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy, resp. k jeho aplikaci.

3) Pokud je odpověď na otázku 1 nebo 2 kladná, je možné vykládat čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy, s přihlédnutím k jejímu hlavnímu cíli, že pod pojem „úkony orgánu veřejné správy" je třeba zahrnout i úkon spočívající ve vydání rozhodnutí, tzn., že možnost přístupu veřejnosti k soudnímu řízení v sobě obsahuje i právo napadnout samotné rozhodnutí správního orgánu, jehož nezákonnost spočívá v dopadu na životní prostředí? Přestože slovenský případ se netýká přístupu veřejnosti k soudní ochraně ve věci územního plánu (opatření obecné povahy), rozhodnutí Soudního dvora ES by mělo poskytnout vodítko k výkladu a rozsahu pojmu „akty (úkony)" orgánu veřejné správy, jež by případně mohlo naznačit, kterak přistupovat k veřejnosti v případě soudního přezkumu těchto tzv. smíšených správních aktů. Mám však za to, že opatření obecné povahy takovým „aktem (úkonem)" je.

Vzhledem k položení výše uvedených otázek Nejvyšší správní soud v současnosti přerušuje všechna běžící řízení, ve kterých je třeba rozhodnout o aktivní legitimaci veřejnosti, resp. dotčené veřejnosti.[31] Otázka, jež byla položena v nadpisu této kapitoly, proto bude zodpovězena až rozhodnutím

[29] Rozhodnutí Rady EU č. 2005/370/EC, publ. v úředním věstníku ES L 124 dne 17. 5. 2005. Jak uvedl Nejvyšší soud SR, především odstavce 1 a 2 preambule tohoto rozhodnutí Rady EU zdůrazňují myšlenku účasti veřejnosti při ochraně životního prostředí.

[30] Přistoupení ES k Aarhuské úmluvě doposud vyvolalo přijetí či změny několika předpisů komunitárního práva. Jedná se o nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 1367/2006 o použití Aarhuské úmluvy na orgány a subjekty Společenství, směrnici Evropského parlamentu a Rady č. 2003/35 (ES), která novelizovala čl. 3 směrnice Rady 85/337/EHS o posuzování některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí a vytvořením čl. 10a implementovala do sekundárního komunitárního práva čl. 9 odst. 2 Aarhuské úmluvy. V odstavci 10 preambule směrnice č. 2003/35 (ES) je přitom vyjádřen úmysl, aby bylo komunitární právo dáno do souladu i s čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy. K tomu však zatím nedošlo.

[31] Doposud došlo k přerušení řízení ve věci 3 Ao 1/2007 (územní plán velkého územního celku Břeclavska), nicméně občanská sdružení, jež zde jako dotčená veřejnost vystupovala, vzala své návrhy (zřejmě s ohledem na délku řízení před Soudním dvorem ES) zpět, v řízení se proto nyní pokračuje.

Soudního dvora ES o předběžných otázkách položených Nejvyšším soudem Slovenské republiky.[32]

2.3 POZNÁMKA K AKTIVNÍ (NE)LEGITIMACI ZÁSTUPCE VEŘEJNOSTI

Na závěr této části příspěvku si dovolím ještě pár poznámek k přístupu NSS k aktivní legitimaci tzv. zástupce veřejnosti v řízení podle § 101a s. ř. s. NSS dovodil v usnesení ze dne 25. 6. 2008, č. j. 5 Ao 3/2008-27[33], s odkazy na judikaturu k problematice aktivní legitimace v tomto řízení (rozsudek ze dne 28. 3. 2008, č. j. 2 Ao 1/2008-51[34], usnesení ze dne 30. 11. 2006, č. j. 2 Ao 2/2006-62, a rozsudek ze dne 20. 6. 2007, č. j. 1 Ao 3/2007-60), že zástupce veřejnosti není procesně legitimován k podání návrhu podle § 101a s. ř. s. Jak uvedl, *„institut zástupce veřejnosti byl totiž začleněn do nového stavebního zákona právě z toho důvodu, aby poskytl možnost zapojit se do řízení o vydání územně plánovací dokumentace a vyjádřit své připomínky i těm, kteří příslušným návrhem územně plánovací dokumentace na svých právech přímo dotčeni nejsou"*. Na základě ustanovení § 52 odst. 2 a 3 stavebního zákona[35] pak NSS dovodil, že *„zákon důsledně rozlišuje osoby, jejichž práva a povinnosti jsou návrhem územního plánu přímo dotčeny, a ostatní, přičemž první skupině osob přiznává v řízení o územním plánu privilegované procesní postavení. Ostatní zájemci o účast na řízení o územním plánu, kteří na svých právech přímo dotčeni nejsou, ovšem mohou společně vytvořit dostatečně početnou skupinu dle § 23 stavebního zákona a zvolit si ze svého středu svého zástupce, tedy zástupce veřejnosti"*.

S uvedeným právním názorem, totiž že zástupce veřejnosti není aktivně legitimován k podání návrhu podle § 101a s. ř. s., je však nutno polemizovat, a to nejen vzhledem k dikci ustanovení § 52 odst. 3 stavebního zákona, které mezi tzv. dotčené osoby jednoznačně řadí i zástupce

---

[32] Související předběžné otázky byly položeny ještě ve věci C-115/09 Trianel Kohlenkraftwerk Lünen, ve věci C-177/09 Le Poumon vert de la Hulpe a další (spojeno s C- 178/09 a C 179/09), C-128/09 Boxus a Roua (spojeno s C-129/09, C-130/09 a C-131/09, C-134/09 a C-135/09).

[33] Stejně např. v rozsudku NSS ze dne 22. 10. 2008, sp. zn. 8 Ao 3/2008.

[34] *„řízení vedené dle části třetí hlavy druhé dílu sedmého s. ř. s. je vystavěno na principu soudní ochrany proti opatření obecné povahy ve smyslu jeho právních účinků na sféru veřejných subjektivních práv navrhovatele (coby jeho potencionálního adresáta), nikoli proti způsobu jeho přijímání. (…) Z těchto důvodů tedy k meritornímu projednání návrhu nepostačí pouhé tvrzení o nedodržení stanoveného procesního postupu předcházejícího vydání opatření obecné povahy, není-li toto tvrzení spojeno s tvrzeným zásahem do hmotně právní sféry navrhovatele. Obdobně by tomu bylo za situace, pokud by takový zásah tvrzen byl, avšak bez dalšího by jej bylo lze považovat za pojmově vyloučený."*

[35] V řízení o územním plánu mohou podle ustanovení § 52 odst. 2 stavebního zákona podat **námitky** proti návrhu územního plánu podat pouze vlastníci pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch a **zástupce veřejnosti**. Podle § 52 odst. 3 stavebního zákona může **každý** nejpozději při veřejném projednání uplatnit své **připomínky** a **dotčené osoby podle odstavce 2** námitky (…).

veřejnosti[36], ale rovněž s přihlédnutím k důvodové zprávě ke stavebnímu zákonu[37], kde se uvádí k § 5: *„Záměrem úpravy schvalování územně plánovací dokumentace je využití opatření obecné povahy, které umožňuje požadovanou formu přezkumu včetně možnosti podat správní žalobu vlastníky pozemků nebo zástupci veřejnosti“*. Možnost podat správní žalobu ze strany zástupce veřejnosti by zde teoreticky byla v případě, pokud by rozhodnutí o námitkách (touto osobou podaných) bylo rozhodnutím samostatně přezkoumatelným v řízení podle § 65 a násl. s. ř. s. Odpověď na tuto otázku ještě nebyla ze strany Nejvyššího správního soudu jednoznačně podána[38], nicméně pokud by byl soudní přezkum těchto rozhodnutí umožněn, rozhodovaly by správní soudy na úrovni soudů krajských, což by způsobovalo nemalé komplikace (k samostatné přezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách viz ještě dále).

Pokud NSS tvrdí, že institut zástupce veřejnosti *„nebyl promítnut do právní úpravy soudního přezkoumání opatření obecné povahy“*, lze souhlasit s tím, že právní úprava pravidel řízení o návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části je *„poměrně kusá a v mnohém deficitní“*, nicméně mantinely aktivní legitimace v tomto řízení (totiž nutnost tvrdit dotčení na hmotných právech absolutního charakteru s tím, že toto dotčení je reálně pravděpodobné) nastavil sám NSS.

3. SOUDNÍ PŘEZKUM ÚZEMNÍCH PLÁNŮ

Cílem této kapitoly je konečně poukázat na některé zajímavé závěry, ke kterým došel Nejvyšší právní soud v rámci meritorního přezkumu územních plánů nebo jejich částí v řízení o návrhu podle § 101a s. ř. s. Podle ustanovení § 101d s. ř. s. soud při rozhodování posuzuje soulad opatření obecné povahy se zákonem, a to, zda ten, kdo je vydal, postupoval v mezích své působnosti a pravomoci a zda opatření obecné povahy bylo vydáno zákonem stanoveným způsobem.

Při věcném přezkumu vychází NSS z pětistupňového algoritmu, který byl poprvé vyjádřen v rozsudku ze dne 27. 9. 2005, č. j. 1 Ao 1/2005-98 (publ. pod č. 740/2006 Sb. NSS). Postupuje se v následujících krocích: 1. přezkum pravomoci správního orgánu vydat opatření obecné povahy, 2. přezkum otázky, zda při vydávání opatření obecné povahy nebyly překročeny meze zákonem vymezené působnosti (věcné, osobní, prostorové, časové) ze strany orgánu veřejné správy (jednání *ultra vires*), 3. přezkum otázky, zda

---

[36] Zástupce veřejnosti má v řízení o územním plánu shodné postavení jako dotčení vlastníci, neboť s námitkami všech subjektů vymezených v ustanovení § 52 odst. 2 stavebního zákona musí být zacházeno stejně.

[37] Dostupná na stránkách PS PČR, http://www.psp.cz/sqw/text/orig2.sqw?idd=55108.

[38] Toliko v citovaném usnesení ze dne 25. 6. 2008, sp. zn. 5 Ao 3/2008, NSS konstatoval, *„že se v odborné literatuře* (např. J. Vedral. Opatření obecné povahy. In Správní právo č. 6/2007, s. 351; J. Vedral. Správní řád – komentář, Praha 2006, s. 989; Doležal, J. a kol. Nový stavební zákon v teorii a praxi, Praha 2006, s. 126) *objevily názory, které možnost samostatného soudního přezkumu rozhodnutí o námitkách v řízení podle § 65 a násl. s. ř. s. připouštějí“*.

bylo opatření obecné povahy vydáno zákonem stanoveným postupem, 4. přezkum opatření obecné povahy z hlediska jeho rozporu se zákonem (materiální kritérium), 5. přezkum opatření obecné povahy z hlediska jeho proporcionality (kritérium přiměřenosti právní regulace). Přitom platí, že *„soud při přezkumu postupuje od prvního kroku k dalším s tím, že pokud u některého z kroků algoritmu shledá důvod pro zrušení napadeného opatření obecné povahy, aplikací dalších kroků se již věcně nezabývá, ledaže by povaha věci, zejména s ohledem na dopad soudního rozhodnutí na další průběh řízení o vydání opatření obecné povahy naznačení dalšího postupu vyžadovala, zejména z důvodu eliminace případných příštích opakovaných soudních sporů postavených na argumentaci vznesené již v projednávaném návrhu“*[39]. Podle ustanovení § 101d s. ř. s. není soud v řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části vázán právními důvody návrhu, může tedy napadený územní plán zrušit i z jiných než navrhovatelem uvedených důvodů.

3.1 PŘEZKUM PROCESNÍCH PODMÍNEK

První tři kroky zavedeného algoritmu (testu) při soudním přezkumu opatření obecné povahy mají povahu přezkumu formálního. Zatímco přezkum pravomoci a působnosti orgánu veřejné správy, který opatření obecné povahy vydal, nečiní obtíže, přezkum zákonného postupu řízení o územních plánech nebo jejich změnách představují zatím nejčastější důvod pro rozhodnutí soudu, jež vyhoví návrhu na zrušení tohoto opatření obecné povahy nebo jeho části.

3.1.1 PŘEZKUM ZÁKONNÉHO POSTUPU

Třetí krok algoritmu směřuje k posouzení, zda bylo opatření obecné povahy vydáno v souladu se zákonem stanoveným postupem. Stavební zákon přitom váže vydání územního plánu na splnění množství zákonných podmínek. K tomu NSS uvedl v rozsudku ze dne 16. 12. 2008, č. j. 1 Ao 3/2008-136 (publ. pod č. 1795/2009 Sb. NSS), že *„je-li vydání opatření obecné povahy vázáno na splnění zákonných podmínek, mělo by být obsahem jeho odůvodnění též posouzení, zda tyto podmínky byly splněny. Toto posouzení by pak mělo být o to pečlivější, je-li splnění těchto podmínek některou z oprávněných osob zpochybněno“*. Absence způsobilých rozhodovacích důvodů je přitom poměrně častým důvodem zrušovacího rozhodnutí NSS.

Otázkou, kterou se NSS v této fázi kupříkladu zabýval, je situace, kdy navrhovatel namítá nedostatečné vypořádání námitek, resp. připomínek, vznesených v řízení o územním plánu či jeho změně. Zatímco námitky proti návrhu územního plánu mohou vznést toliko vlastníci pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných

[39] Viz rozsudek NSS ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-185, publ. pod č. 1461/2008 Sb. NSS.

opatření a zastavitelných ploch a zástupce veřejnosti (§ 52 odst. 2 stavebního zákona), připomínky může nejpozději při veřejném projednání uplatnit každý (§ 52 odst. 3 stavebního zákona). Nejvyšší správní soud k tomu v rozsudku ze dne 18. 9. 2008, č. j. 9 Ao 1/2008-34, uvedl, že *„rozhodujícím kritériem pro určení toho, zda podání navrhovatelů obsahující výhrady proti návrhu opatření obecné povahy je připomínkou či námitkou, není kvalita či obsahové náležitosti tohoto podání, nýbrž to, kdo výhrady vznesl (…). Pokud jsou tedy výhrady (…) vzneseny vlastníkem nemovitostí dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb, veřejně prospěšných opatření a zastavitelných ploch, popřípadě též zástupcem veřejnosti, musí k nim být bez dalšího přistoupeno jako k námitkám* [40] *(…). Zatímco v případě připomínek postačuje vyhodnocení, u námitek vyžaduje ust. 53 odst. 1 stavebního zákona v souvislosti s ust. 172 odst. 5 správního řádu vydání samostatného rozhodnutí o nich"*. Pokud ale nastane situace, že příslušný orgán posoudí námitky jako připomínky, ale přistoupí k nim věcně a po obsahové stránce s nimi naloží jako s námitkami, není to důvodem pro zrušení opatření obecné povahy[41]. Podle rozsudku ze dne 7. 1. 2009, č. j. 2 Ao 2/2008-62, je přitom rozhodnutí o námitkách samostatným rozhodnutím[42], které je součástí územního plánu. Otázkou však stále zůstává, zda je rozhodnutí o námitkách samostatně přezkoumatelné ve správním soudnictví podle ustanovení § 65 s. ř. s.

Návod na odpověď ve prospěch samostatné přezkoumatelnosti těchto rozhodnutí podal NSS (byť spíše implicitně) v posledně uvedeném rozsudku: Pokud by samotné rozhodnutí o námitkách nebylo schopno způsobit dotčení na právech, resp. zásah do právní sféry, žalobce by nesplnil podmínku aktivní legitimace a tudíž by byla žaloba podaná podle § 65 s. ř. s. věcně neprojednatelná. Pokud by však existoval předpoklad, že napadením a zrušením rozhodnutí o námitkách by bylo možné dosáhnout změny územního plánu, bylo by jej nutno přezkoumat. Nutno podotknout, že za současného stavu by se jednalo o jediný způsob, který by umožnil veřejnosti, resp. zástupci veřejnosti (nikoliv však již ekologickým iniciativám), iniciovat soudní přezkum zákonnosti postupu při pořizování územních plánů.

Jako zásadní se dále ukázal být výklad pojmu „dotčený vlastník", použitý ve výše citovaném ustanovení § 52 odst. 2 stavebního zákona, neboť uznáním tohoto postavení se vlastník dostává do skupiny subjektů, jež jsou oprávněny vznést proti návrhu územního plánu námitky, které jsou „kvalifikovanější" formou obrany. NSS vyšel při posuzování této otázky (rozsudek ze dne 24. 10. 2007, č. j. 2 Ao 2/2007 - 73, publ. pod č. 1462/2008 Sb. NSS) především z dosavadní judikatury Ústavního

[40] Viz také rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2008, č. j. 2 Ao 1/2008-51.
[41] Viz rozsudek NSS ze dne 28. 3. 2008, č. j. 2 Ao 1/2008-51, či ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 Ao 1 /2009-185.
[42] A proto je třeba na něj vztáhnout § 68 odst. 3 správního řádu, který stanoví náležitosti odůvodnění správního rozhodnutí.

soudu vztahující se k problematice účastníků územního řízení (podle § 34 stavebního zákona z roku 1976)[43], podle které je třeba brát nejen souseda „mezujícího", nýbrž také majitele vzdálenější nemovitosti, jestliže mohou být dotčena jeho práva. Nejvyšší správní soud uvedl, že *„pojem „dotčenosti" nutno vykládat šířeji nežli jen tak, že může být naplněn pouze u vlastníků pozemků či staveb, na které přímo dopadá změna územního plánu. „Dotčenost" se ovšem nevyčerpává ani v hranicích mechanicky vnímaného „sousedění" pozemků či staveb určitých vlastníků s těmi pozemky či stavbami, na něž přímo dopadá změna územního plánu; dotčen totiž může být – ovšem spíše jen výjimečně – i vlastník pozemku (stavby) vzdálenější, má-li zamýšlená změna územního plánu takovou povahu, že při jejím provedení je reálné podstatné ovlivnění poměrů i na tomto pozemku (stavbě). „Dotčení" se proto musí posuzovat materiálně, s důkladným uvážením poměrů příslušné lokality, konkrétních pozemků (staveb), ve vztahu k nimž se dotčenost posuzuje, a povahy změn územního plánu."* Vlastník zařazený do kategorie vlastníků dotčených podle ustanovení § 52 odst. 2 stavebního zákona je přitom oprávněn podat námitky k návrhu územního plánu nejen ohledně té jeho části týkající se uvedených nemovitostí, nýbrž může namítat proti jakékoliv části návrhu územního plánu nebo i postupu při jeho zadání a zpracování[44].

Nesplnění třetí části algoritmu konstatoval Nejvyšší správní soud rovněž např. v rozsudku ze dne 30. 10. 2008, č. j. 9 Ao 2/2008-62 (publ. pod č. 1766/2009), kterým zrušil změnu územního plánu (sídelního útvaru hlavního města Prahy) z důvodu její nepřehlednosti, rozporu deklarovaných a skutečně realizovaných změn územního plánu a neposouzení vlivů na životní prostředí. Jak uvedl, *„pojmovým znakem opatření obecné povah je konkrétní vymezení jeho předmětu. Tento předmět musí být vymezen srozumitelně a jednoznačně (…). Je-li opatřením obecné povahy vydávána změna územního plánu, pak je požadavek srozumitelného vymezení předmětu splněn, pokud je z jeho znění (a to nejen z grafické, ale i z textové části změny) zřejmé, v čem tato změna spočívá, jaké konkrétní skutečnosti se mění oproti původnímu stavu"*. V rozsudku ze dne 13. 8. 2009, č. j. 9 Ao 1/2009-36, potom Nejvyšší správní soud konstatoval, že bylo-li změnou územního plánu *„změněno funkční využití několika pozemků, přičemž tyto změn nebyly nikterak promítnuty do textové části opatření obecné povahy a zejména jeho výroku"*, tato skutečnost *„má za následek vnitřní rozpornost opatření obecné povahy"*.

Důležitost přisuzuje NSS i řádnému provedení tzv. SEA (posouzení vlivů záměru na životní prostředí) při pořizování územních plánů, jeho zpřístupnění veřejnosti a veřejné projednání. Z jeho rozsudku ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 Ao 1 /2009-185 přitom vyplývá, že pokud tzv. SEA zpracovaná podle § 10i odst. 2 a 3 zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na

[43] Nález Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2000, sp. zn. Pl. ÚS 19/99 a nález ze dne 7. 4. 2005, sp. zn. III. ÚS 609/04.
[44] Viz rozsudek NSS ze dne 23. 9. 2009, č. j. 1 Ao 1 /2009-185.

životní prostředí a o změně některých souvisejících zákonů, *naprosto* nevyhovuje požadavkům přílohy stavebního zákona (jež je přílohou speciální k příloze č. 9 zákona o posuzování vlivů na životní prostředí), *zpravidla* to způsobuje vadu, která znamená, že opatření obecné povahy nebylo vydáno zákonně. Z použití vyznačených formulací je evidentní, že „kvalita" a následky pořízené SEA bude nutné vždy posuzovat případ od případu. Pokud však nebyla SEA zveřejněna či projednána s veřejností, bude se muset vždy jednat již o vadu způsobující nezákonnost vydání územního plánu (byť i zde použil Nejvyšší správní soud termín „zpravidla"), neboť *„smyslem posouzení je totiž především poskytnutí úplných a spolehlivých údajů o vlivu koncepce na životní prostředí veřejnosti a dotčeným orgánům"*.

3.2 MATERIÁLNÍ KRITÉRIUM

Ve čtvrtém kroku algoritmu přezkoumává Nejvyšší správní soud soulad územního plánu (jeho části) s hmotným právem. Jak tento soud uvedl k územnímu plánování ve svém rozsudku ze dne 24. 10. 2007, č. j. 2 Ao 3/2007-73, publ. pod č. 1462/2008 Sb. NSS, jde v něm vždy *„o vyvážení zájmů vlastníků dotčených pozemků s ohledem na veřejný zájem, kterým je v nejširším slova smyslu zájem na harmonickém využití území. Tato harmonie může mít nesčíslně podob a ve své podstatě nebude volba konkrétní podoby využití určitého území výsledkem ničeho jiného než určité politické procedury v podobě schvalování územního plánu, v níž je vůle politické jednotky, která o něm rozhoduje (…) požadavkem nevybočení z určitých věcných (urbanistických, ekologických, ekonomických a dalších) mantinelů daných zákonnými pravidly územního plánování"*. Do této „harmonie" přitom není Nejvyšší správní soud oprávněn věcně zasahovat, je-li rovnováha mezi jednotlivými zájmy (z nichž prakticky žádný není absolutní) nalezena na základě zákonného postupu.

V rozsudku ze dne 5. 2. 2009, č. j. 2 Ao 4/2008-88, když NSS zkoumal tuto otázku poprvé, zabýval se tím, zda v případě předmětné lokality nedošlo jednostranně k upřednostnění zájmu veřejného (zájem obce na utlumování zemědělské výroby na svém území a jejím nahrazování plochami určenými pro občanskou vybavenost a bydlení) nad zájmem soukromým (podnikání soukromé osoby v zemědělství). V posuzovaném případě však porušení hmotného práva konstatováno nebylo, když *„dle názoru soudu na záměru obce utlumovat na svém území zemědělskou výrobu a nahrazovat ji plochami určenými pro občanskou vybavenost a bydlení (…) nelze bez dalšího shledat nic, co by mělo být v rozporu se zájmy obce a jejích obyvatel, a to tím spíše, že se tato změna týká lokality rozvojové (kde možnost změny tímto směrem předjímal již předchozí územní plán).(…) Nic také nenasvědčuje závěru, že by postup odpůrce byl jakkoli šikanozně namířen proti navrhovatelce, že by se snad za deklarovanými důvody změny skrývaly důvody jiné (dissimulované), nelegitimní."* Předmětem přezkoumávání územního plánu nebo jeho části v tomto kroku může být jak je vidno rozmanitá materie, soud vychází vždy z reálií konkrétního případu a obsahu návrhu.

3.3 KRITÉRIUM PŘIMĚŘENOSTI

K testu proporcionality přistoupil NSS poprvé podrobně rovněž v rozsudku ze dne 5. 2. 2009, č. j. 2 Ao 4/2008-88. Jeho cílem bylo v tomto případě přezkoumat, zda mezi navrhovaným využitím území a s tím souvisejícím omezením dotčeného vlastníka nemovitosti *„neexistuje i při formálním dodržení všech požadavků hmotného práva zjevný nepoměr, který nelze odůvodnit ani veřejným zájmem na optimálním využití území obce. (…)“* a *“zda toto omezení představuje pro navrhovatelku natolik intenzivní újmu, že po ní nelze spravedlivě žádat, aby jí nesla“*. Při posuzování této otázky Nejvyšší správní soud dospěl k závěru[45], že došlo *„k nucenému omezení vlastnického práva bez poskytnutí náhrady“*, a proto územní plán obce v napadené části zrušil. S tímto přístupem k posuzování kritéria proporcionality se však neztotožnil první senát, podle něhož se *„při posuzování přiměřenosti uvažuje pouze nad modalitami „jak“, nikoli však nad tím, „zda vůbec“* (je možné změnit funkční využití určitého pozemku bez odškodnění vlastníka…)“.

Podle prvního senátu se přezkum územního plánu v tomto kritériu omezuje na posouzení tří prvků: 1. intenzita zájmu na využití konkrétní plochy způsobem stanoveným územním plánem, 2. schopnost naplnění sledovaného zájmu (účelu) zvoleným využitím plochy, 3. intenzita omezení práva prostřednictvím územního plánu a její přiměřenost k intenzitě zájmu sledovaného. Pokud by intenzita omezení práva jednotlivce neodpovídala intenzitě sledovaného zájmu, jednalo by se o *„exces, jehož důsledkem musí být zrušení územního plánu, resp. jeho části“*. Z podnětu prvního senátu se uvedenou problematikou zabýval rozšířený senát Nejvyššího správního soudu (viz usnesení ze dne 21. 7. 2009, č. j. 1 Ao 1/2009-120), který uvedl, že územní plán může představovat zásadní omezení práva vlastnit majetek (čl. 11 Listiny). *„Soud tedy především zkoumá, zda dotyčný zásah do vlastnického práva má ústavně legitimní a o zákonné cíle opřený důvod a zda je činěn jen v nezbytně nutné míře a nejšetrnějším ze způsobů vedoucích ještě k rozumně zamýšlenému cíli, nediskriminačním způsobem a s vyloučením libovůle.“* Uvedené podmínky musí být splněny kumulativně, jinak se zásadně jedná o důvod pro zrušení územního plánu v té části, která s dotyčným zásahem souvisí. Splnění všech uvedených podmínek přitom *„není* (při aplikaci zásad subsidiarity a minimalizace zásahů do vlastnických a jiných věcných práv při tvorbě územního plánu) *důvodem ke zrušení územního plánu ani tehdy, jedná-li se o omezení větší než ve spravedlivé míře“*.

Co se týká nároku na náhradu za omezení vlastnických práv prostřednictvím opatření obecné povahy, podle druhého senátu může soud zrušit příslušnou část územního plánu, dojde-li v rámci kritéria přiměřenosti k závěru, že bez poskytnutí náhrady jde o zásah nepřiměřený, a to i za situace, kdy omezení

[45] Když vzal v úvahu požadavek na rozumné uspořádání společenských vztahů (čl. 11 odst. 1 a 3 Listiny základních práv a svobod).

možnosti využívání předmětu vlastnického práva není v rozporu s právem hmotným (tj. kdy územní plán obstál ve čtvrtém kroku algoritmu). Tomuto postupu přitom nebrání skutečnost, že zákon možnost odškodnění (v konkrétním případě) nepředpokládá. První senát má v této věci za to, že se jedná o zcela samostatný nárok soukromoprávní povahy, k němuž jsou příslušné soudy v občanském soudním řízení. Tomuto právnímu názoru posléze přisvědčil i rozšířený senát Nejvyššího správního soudu ve výše uvedeném usnesení, který k tomu dále uvedl, že v případě omezení vlastnického práva, jež je takové intenzity, že je nezbytná kompenzace tohoto omezení, tj. přesáhlo-li *spravedlivou míru*, k němuž zákonná úprava náhradu neposkytuje, bylo by možné ji přiznat *„na základě přímé aplikace čl. 11 odst. 4 LPS za přiměřeného užití ustanovení § 102 stavebního zákona“*.

4. ZÁVĚR

Soudní přezkum územních plánů vyvolává i přes poměrně bohatou rozhodovací činnost NSS v této oblasti mnoho otazníků, které začasto pramení z nedostatečné a mezerovité legislativní úpravy. V případě aktivní legitimace k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části by podle NSS nemohl mezery v právní úpravě překlenout ani velmi extenzivní výklad, nicméně zcela jiná by evidentně musela být interpretace těchto zákonných ustanovení, pokud by se přistoupilo k přímé aplikaci čl. 9 odst. 3 Aarhuské úmluvy.

Samotný věcný přezkum územních plánů je provázen zásadami proporcionality a zdrženlivosti, což mj. znamená, že ke zrušení územního plánu v celém rozsahu by mělo docházet zcela výjimečně – doposud se tak stalo ve dvou případech (rozsudky ze dne 27. 8. 2008, sp. zn. 6 Ao 2/2008, a ze dne 23. 9. 2009, sp. zn. 1 Ao 1/2009). Je totiž třeba brát v úvahu důsledky takového rozhodnutí, které představuje významný zásah do právní jistoty subjektů územním plánem dotčených.

Zajímavým zjištěním, jež plyne z dosavadní rozhodovací činnosti NSS je skutečnost, že územní plány nebo jejich části jsou rušeny z důvodu jejich nevyhovění třetímu přezkumnému kroku, tj. přezkumu zákonného postupu příslušného orgánu veřejné správy. To sice může být (a je) dáno pravidlem, že se při přezkumu postupuje od prvního kroku k dalším s tím, že pokud u některého z nich soud shledá důvod pro zrušení napadeného opatření obecné povahy, aplikací dalších kroků se již zásadně věcně nezabývá, nicméně to nemění nic na skutečnosti, že soud se zpravidla ani nedostane ke zjištění, zda vydáním územního plánu nebo jeho změnou navrhovatel skutečně byl na svých hmotných právech zkrácen (byť reálná pravděpodobnost jejich dotčení je podmínkou přiznání aktivní legitimace), skončí-li posuzování u práv procesního charakteru. I přes logiku zvoleného postupu při soudním přezkumu je v tomto ohledu poněkud nepřiléhavé konstatování NSS v usnesení ze dne 30. 11. 2006, sp. zn. 2 Ao 2/2006, který na adresu návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části uvedl, že *„se jedná o*

procesní prostředek ochrany proti výslednému opatření obecné povahy, nikoli proti procesu jeho přijímání.

Zcela zásadním problémem je povaha rozhodnutí o námitkách proti návrhu územního plánu. Lze očekávat, že dříve či později se správní soudy budou muset k této otázce vyslovit. Prozatím však není známo, že by byla žaloba proti rozhodnutí o námitkách projednána. Vzhledem k tomu, že rozhodnutí o námitkách je vydáno ve stejný okamžik jako opatření obecné povahy, jehož je podle § 172 odst. 5 správního řádu součástí, musela by být vyřešena koordinace postupu správních soudů, a to (připustili-li bychom samostatný soudní přezkum rozhodnutí o námitkách) typicky za situace, kdy by byl podán jak návrh podle § 101a s. ř. s. (ze strany reálně pravděpodobně dotčené osoby, typicky s vlastnickým právem k části území) k NSS a zároveň by byla podána žaloba proti rozhodnutí o námitkách (zde by mohl být aktivně legitimován i zástupce veřejnosti) ke krajskému soudu.

Z výše uvedeného je patrné, že de lege ferenda by v případě soudního přezkumu opatření obecné povahy bylo možné uvažovat o tom, že by tato agenda spadala (v prvním stupni či zcela) do věcné působnosti krajských soudů. Dalším pádným argumentem k provedení této změny je rovněž potenciální přetížení NSS, vzhledem k počtu obcí, které územní plány schvalují a vydávají (Česká republika má podle údaje ČSU z roku 2004 celkem 6249 obcí). De lege ferenda by bylo rovněž vhodné uvažovat o zakotvení lhůty, ve které může být návrh podle ustanovení § 101a s. ř. s. podán. Současný stav, kdy s. ř. s. nestanoví pro podání tohoto návrhu lhůtu žádnou, oprávněně vzbuzuje právní nejistotu a nestabilitu výsledků územního plánování.

Literature:

- Andrusevych, A., Alge, T., Clemens, C. (eds), Case Law of the Aarhus Convention Compliance Commitee (2004-2008). RASCE, Lviv, 2008.
- Černý, P., Dohnal, V., Korbel. F., Prokop, M. Průvodce novým správním řádem s podrobným výkladem a vzory podání. Praha: Linde, 2006.
- Damohorský, J. a kol. Právo životního prostředí. 2. přepracované a doplněné vydání, Praha: C.H.Beck, 2007.
- Dette, Birgit. Access to Justice in Environmental Matters. In Marco Onida (ed) Europe and the Environment. Legal Essays in Honour of Ludwig Krämer, Groningen: Europa Law Publishing, 2004.
- Hendrych, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 6. vydání, Praha: C. H. Beck, 2006.

- Humlíčková, P. (ed.) Jaké jsou limity soudní ochrany v Čechách. Sborník z mezinárodní konference. Zelený kruh, Praha, 2008. Dostupné na http://www.ucastverejnosti.cz/dokumenty/sbornik-limity-soudni-ochrany-web.pdf
- Motzke, R., Podskalská, S. Aarhuská úmluva ve správní a soudní praxi. In Planeta, Ministerstvo životního prostředí, ročník XV, číslo 6/2007. Dostupné na http://www.mzp.cz/osv/edice.nsf/E24BD91EAB985E0AC12572590045770C/$file/planeta6.pdf
- Průcha, P. Správní právo. Obecná část. 7. doplněné a aktualizované vydání, Brno: Doplněk, Masarykova univerzita, 2007
- Vedral, J. Správní řád. Komentář. Praha: BOVA POLYGON, 2006

Contact – email
rybarova@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INSTITUT MÍSTNÍHO REFERENDA SE ZAMĚŘENÍM NA OCHRANU ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

JITKA BĚLOHRADOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem příspěvku je zjistit, jaké otázky environmentálního charakteru lze v místním referendu řešit, a zamyslet se nad tím, zda je právě tento institut pro využití v ochraně životního prostředí vhodný. Příspěvek se zabývá obecnou právní úpravou místního referenda a následně i vztahem tohoto institutu k ochraně životního prostředí. Autorka také uvádí stručnou charakteristiku vybraných referend, která v České republice proběhla a dotýkala se životního prostředí.

Key words in original language
Místní referendum; ochrana životního prostředí.

Abstract
The aim of this contribution is to find out what environmental questions can be solved in a local referendum and to consider whether the institute of local referendum is suitable for environmental protection. The contribution deals with general regulation of local referendum and with the relation of this institute to environmental protection. The author also mentions short characteristics of selected local referenda which took place in the Czech Republic and were related to the environment.

Key words
Local Referendum; Environmental Protection.

1. ÚVOD

Ochrana životního prostředí se dotýká sféry každého jednotlivce, což podporuje i nález Ústavního soudu ČR ze dne 10. 7. 1997, sp. zn. III.ÚS 70/97 označující životní prostředí za veřejný statek. Právě kvůli tomu je v dnešní době velmi aktuální otázka účasti veřejnosti při ochraně životního prostředí. Veřejnosti je poměrně široce umožněno participovat na jednotlivých procesech v environmentální oblasti.[1] Ačkoli je ochrana životního prostředí záležitostí všech, nezávisle na hranicích států, přesto je neodmyslitelně spjata s určitým územím. Právě území bude ve většině

[1] Základ je položen již v mezinárodních dokumentech, a to zejména v Úmluvě o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech životního prostředí (tzv. Aarhuská úmluva, vyhlášená v ČR pod č. 124/2004 Sb.m.s.), ale také na úrovni ústavního pořádku ČR.

případů určující z hlediska vymezení subjektů, kterých se ta která otázka ochrany životního prostředí dotkne.

Každý subjekt však může mít jiné představy o tom, jak má prostředí (prostor), ve kterém se pohybuje, vypadat. Mohou se tak dostat do sporu zájmy a představy jednotlivců navzájem, ale také zájmy jednotlivců oproti zájmům veřejným. Zásadním předpisem, který řeší střet zájmů týkajících se využití určitého území, je zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů. Se stavebním zákonem je samozřejmě spjata celá řada dalších právních předpisů, a to zejména právních předpisů chránících jednotlivé složky životního prostředí.

Orgány obce zajišťují v rámci územního plánování ochranu a rozvoj hodnot území obce. Obec, resp. zastupitelstvo obce jako zastupitelský orgán občanů dané obce rozhoduje (a to nejen v rámci územního plánování) o zájmech obce, potažmo občanů. Může se však stát, že zastupitelstvo zaujme k určité otázce postoj odlišný, než jaký budou mít občané (či část občanů) obce, popřípadě bude zastupitelstvo samo chtít znát názor svých občanů, například k podpoře vlastních zamýšlených kroků. K řešení takových situací mohou sloužit různé prostředky, od nezávazných pro orgány veřejné správy až k těm závazným. Prvním případem mohou být například ankety či petice, druhý případ je v České republice reprezentován právě institutem místního referenda.

Následující článek se tak zaměří na institut referenda a následně místního referenda nejprve obecně, kdy budou zmíněny jen základní otázky nutné pro uvedení do problému, a následně se článek bude zabývat vztahem místního referenda k ochraně životního prostředí.

2. OBECNĚ K INSTITUTU MÍSTNÍHO REFERENDA

Místní referendum je jedním z projevů přímé demokracie, kdy občané sami přímo rozhodují o otázkách veřejného charakteru, které se jich v určitém smyslu týkají. Jednotlivé formy přímé demokracie dnes doplňují demokracii zastupitelskou, neboť uplatňování přímé demokracie jako jediné formy výkonu moci není v současné době možné.[2]

Mezi formy přímé demokracie uplatňované ve světě se řadí referendum a jeho zvláštní podoby (plebiscit, veto), lidová iniciativa (zejména

[2] O historickém vývoji přímé demokracie, o podmínkách, kdy by vůbec bylo možné uplatňovat pouze formy přímé demokracie (zejména myšlenky J. J. Rousseau) a o faktorech nemožnosti jejího uplatňování v současné společnosti blíže pojednávají například publikace Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J. Základy státovědy. 4. vyd. Brno : Masarykova univerzita 2007, s. 109-113 či Holländer, P. Základy všeobecné státovědy. 2. vyd. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 294-295.

zákonodárná), recall (odvolání) či petice.[3] Referendum jako hlasování občanů o návrhu zákonů či správních opatření[4] pak lze dělit dle nejrůznějších kritérií. Dle územního kritéria můžeme hovořit o referendu celostátním, regionálním (krajském) a místním.[5] Dále lze rozlišovat referendum ústavodárné, zákonodárné, plebiscit (rozhoduje-li se o státní suverenitě). Další typická dělení hovoří o referendu obligatorním a fakultativním, závazném (rozhodovacím) a konzultativním, předběžném (preventivním) a následném (veto).[6]

Institut místního referenda nemá v českých zemích příliš dlouhé kořeny. Samostatný zákon, jenž by místní referendum včetně podmínek pro jeho konání upravoval, nabyl účinnosti 1. července 1992. Byl vyhlášen pod č. 298/1992 Sb. a byl celkem třikrát novelizovaný. Tento právní předpis následně nahradil nynější zákon o místním referendu, zákon č. 22/2004 Sb.

Zakotvení referenda jako kvalifikované zákonem upravené formy účasti občanů na územní správě[7] na ústavní úrovni nalezneme již v čl. 2 Ústavy České republiky, podle něhož ústavní zákon může stanovit, kdy lid vykonává státní moc přímo[8] a pro místní referendum dále v čl. 100 odst. 1,

---

[3] Blíže viz Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J. Základy státovědy. 4. vyd. Brno : Masarykova univerzita 2007, s. 111-113. Klíma, K. v publikaci Státověda. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, rok 2006, s. 85-86 sem řadí i volby. Navíc také hovoří o rozhodovací a konzultativní metodě přímé demokracie.

[4] Toto vymezení používá Holländer, P. Základy všeobecné státovědy. 2. vyd. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 295, avšak sám zdůrazňuje, že pojmu referendum stejně tak jako plebiscitu se ve státovědě nepřiřazuje jednoznačný význam. V každém státu se pod tímto pojmem rozumí něco jiného, i když základ je stejný. Ani v českém právním řádu není pojem referenda ani místního referenda definovaný.

[5] V České republice proběhlo na celostátní úrovni referendum o přistoupení k Evropské unii. Tento příspěvek bude pojednávat pouze o místní referendu, neboť to jediné je upraveno na zákonné úrovni obecně (tj. pro neurčitý počet případů). Krajské referendum v současném právní řádu zakotveno není.

[6] Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J. Základy státovědy. 4. vyd. Brno : Masarykova univerzita 2007, s. 111-112. Výčet dělení není samozřejmě úplný, další lze najít například v publikacích Holländer, P. Základy všeobecné státovědy. 2. vyd. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, s. 295-296 a Klíma, K. Státověda. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, s. 88-89.

[7] Toto označení pro místní referendum použil například Krajský soud v Plzni ve svém usnesení ze dne 31. 7. 2007, sp. zn. 57 Ca 61/2007.

[8] Ústava ovšem mluví o výkonu státní moci, zatímco v místní referendu se rozhoduje výhradně o věcech samosprávy. Článek 2 Ústavy je tak možno chápat pouze jako východisko pro úpravu referenda jako takového, nikoli však pro úpravu místní referenda tak, jak ho známe ze zákona o místním referendu. Objevují se však i názory, že výraz státní moc je v tomto případě nutno chápat jako moc veřejnou. – Mates, P. Právní úprava místního referenda. *Právní fórum.* 2007, roč. 4, č. 2, s. 55 – 61. S těmito názory se však neztotožňuji, neboť vycházím z toho, že pokud by ústavodárce měl na mysli moc veřejnou, výslovně by ji tak označil.

který vymezuje územní samosprávné celky jako územní společenství občanů, která mají právo na samosprávu. Listina základních práv svobod potom ve svém čl. 21 odst. 1 zaručuje občanům právo podílet se na správě veřejných věcí přímo nebo svobodnou volbou svých zástupců.

Z mezinárodních dokumentů je třeba zmínit Mezinárodní pakt o občanských a politických právech, který taktéž zaručuje každému občanu právo a možnost podílet se na vedení veřejných záležitostí přímo nebo prostřednictvím svobodně volených zástupců.[9] Rovněž Evropská charta místní samosprávy (publikovaná pod č. 181/1999 Sb.) zakotvuje právo občanů podílet se na řízení veřejných záležitostí i prostřednictvím místního referenda. Naopak právo Evropského společenství tento institut neupravuje.

Výchozí předpoklad pro zakotvení místního referenda na zákonné úrovni vytváří zákon č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, ve znění pozdějších předpisů. Ty odkazují na zvláštní zákon.

Tímto zvláštním a pro místní referendum stěžejním předpisem je již zmíněný zákon č. 22/2004 Sb., o místním referendu, ve znění pozdějších předpisů. Zákon byl celkem dvakrát novelizován, přičemž druhá novela (zákonem č. 169/2008 Sb.), byla zásadní, neboť změnila (v podstatě zmírnila) podmínky pro platnost a závaznost místního referenda.

Účinnost druhé novely zákona o místním referendu nastala 1. 7. 2008. V posledním znění předchozího zákona o místním referendu bylo podmínkou platnosti referenda účast 25% všech osob oprávněných v referendu hlasovat[10]. Při tvorbě nového právního předpisu však byly brány v potaz zejména závažnost otázek rozhodovaných v referendu, závažnost možných právních důsledků rozhodnutí (zejména hrozba rozpuštění zastupitelstva obce v případě, že zastupitelstvo obce či jiný orgán obce nepostupovalo v souladu s rozhodnutím přijatým v místním referendu a ve dvouměsíční lhůtě od výzvy nesjednalo nápravu[11]) a z toho vyplývající nutnost, aby referendum bylo co do účasti hlasujících dostatečně reprezentativní. Z toho důvodu byla podmínka platnosti místního referenda zpřísněna, bylo třeba účasti alespoň poloviny všech oprávněných osob.

---

[9] Vyhláška č. 120/1976 Sb., o Mezinárodním paktu o občanských a politických právech a Mezinárodním paktu o hospodářských, sociálních a kulturních právech; čl. 25.

[10] Současný zákon o místním referendu pod pojmem oprávněné osoby (osoby s právem hlasovat v místním referendu) rozumí osobu, která má právo volit do zastupitelstva obce. To je upraveno v ustanovení § 4 odst. zákona č. 491/2001 Sb., o volbách do zastupitelstev obcí a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

[11] Tato sankce byla zrušena novelou zákona provedenou pod č. 169/2008 Sb. Důvod zrušení této sankce byl spatřován dle důvodové zprávy v tom, že tak stát fakticky nepřímo ukládal obci, jak má postupovat v oblasti samosprávy.

Dle důvodové zprávy k diskutované novele však podmínka 50% účasti představovala jakousi bariéru pro rozšiřování referend, referenda byla často neplatná právě jen kvůli tomu, že účast nedosáhla příslušné hranice. Navíc tak byly poměrně zbytečně vynakládány finance z rozpočtu obce.[12] Z toho důvodu bylo kvórum pro platnost rozhodnutí v místním referendu sníženo na 35% všech oprávněných osob. Dle důvodové zprávy tím má dojít ke zefektivnění institutu místního referenda s tím, že bude stále zachována reprezentativní účast na rozhodování v místní referendu.

Dle důvodové zprávy k původnímu znění zákona bylo kvůli požadavku na nadpoloviční účast oprávněných osob pro platnost referenda stanoveno, že hlasovací lístek, kde nebude zaškrtnuta ani varianta „ano", ani varianta „ne", je platný, resp. je platný i hlas jako takový, a znamená, že se oprávněná osoba zdržela hlasování (ust. § 41 odst. 7 ve spojení s § 37 odst. 3). Po novele snižující kvótu pro platnost rozhodnutí zůstala tato úprava nezměněná a platí tudíž i nadále. Pokud se tedy oprávněná osoba nerozhodne ani pro jednu variantu, ale přesto bude chtít, aby referendum bylo platné, může se místního referenda zúčastnit s tím, že se zdrží hlasování.

Diskutovaná novela zasáhla také do právní úpravy podmínek pro závaznost rozhodnutí v referendu. *„Tato změna navazuje na snížení kvóra pro platnost rozhodnutí v místním referendu. Snižuje-li se totiž kvórum pro platnost rozhodnutí v místním referendu z 50 % na 35 %, pak by podle stávající právní úpravy postačovala k přijetí závazného rozhodnutí v místním referendu nadpoloviční většina z 35 % všech osob oprávněných hlasovat v místním referendu, tj. 17,5 %."*[13] Nově tak byla vedle podmínky, že pro dané rozhodnutí musela hlasovat nadpoloviční většina hlasujících, kumulativně vložena podmínka, že pro dané rozhodnutí musí zároveň hlasovat alespoň 25 % osob oprávněných v místním referendu hlasovat. Počet hlasů potřebný pro přijetí závazného rozhodnutí tak zůstal v podstatě stejný jako v právní úpravě před novelou.[14]

---

[12] Domnívám se však, že i přes neplatnost referend po stránce právní mohly být jejich výsledky alespoň jakýmsi vodítkem pro další rozhodování zastupitelstva, a to zejména v případě, pokud se počet zúčastněných oprávněných osob alespoň blížil zákonné hranici a hlasující se ve výrazné většině vyslovili pro jednu z odpovědí.

[13] Vláda ČR: tisk č. 323/0, Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon o místním referendu, zákon o obcích a zákon o hlavním městě Praze, PSP - Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2007.

[14] *„Pokud by se hlasování v místním referendu zúčastnilo jen minimálně požadovaných 35% oprávněných osob, pak by rozhodnutí v místním referendu bylo závazné, jen pokud by se pro jednu z variant vyslovilo více než 70% z hlasujících oprávněných osob."* (Vláda ČR: tisk č. 323/0, Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon o místním referendu, zákon o obcích a zákon o hlavním městě Praze, PSP - Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2007.)

V této souvislosti je zajímavé nesouhlasné stanovisko vlády ke snížení kvóra z 50 % na 35 %.[15] Podle tohoto stanoviska by rozhodování zastupitelstva obce vzhledem k čl. 101 Ústavy ČR neměla být nahrazována rozhodováním v místním referendu, k čemuž dle vlády navrhované snížení hranice účasti oprávněných osob zřejmě mělo vést. Vláda vyjadřovala obavu ze snížení legitimity rozhodování v místním referendu a možné zneužitelnosti institutu místního referenda a konstatovala, že taková změna nebude mít na občany z hlediska případné pozitivní motivace k účasti na konání místního referenda žádný vliv.

Samotný průběh místního referenda je velmi podobný průběhu voleb. Na rozdíl od voleb je však veškeré plnění úkolů obce vyplývající ze zákona o místním referendu výkonem samostatné působnosti. Proto také náklady spojené s konáním místního referenda hradí obec ze svého rozpočtu.[16]

3. VÝZNAM MÍSTNÍHO REFERENDA PŘI OCHRANĚ ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ

Samotný zákon o místním referendu o ochraně životního prostředí jako tématu v místním referendu výslovně nehovoří. Taktéž odborná literatura zabývající se institutem místního referenda obecně se o ochraně životního prostředí většinou výslovně nezmiňuje.[17]

Základ je tak třeba hledat v ustanoveních § 6 a 7 předmětného zákona, která vymezují obecně, co může být předmětem místního referenda. Právní předpis obecně stanoví, že se v místním referendu rozhoduje o věcech, které patří do samostatné působnosti obce nebo statutárního města. Dle ustanovení § 35 zákona o obcích do samostatné působnosti obce patří záležitosti, které jsou v zájmu obce a občanů obce (pokud nejsou zákonem svěřeny krajům nebo pokud nejde o přenesenou působnost orgánů obce nebo o působnost, která je zvláštním zákonem svěřena správním úřadům jako výkon státní správy) a záležitosti, které do samostatné působnosti obce svěří zákon. Pro další obsah tohoto článku je nutné z těchto zvláštních

---

[15] Usnesení vlády ze dne 18. 4. 2007, č. 393/2007 (UV), k poslaneckému návrhu zákona, kterým se mění zákon č. 22/2004 Sb., o místním referendu a o změně některých zákonů, ve znění zákona č. 234/2006 Sb. (sněmovní tisk č. 173)

[16] Dalšími obecnými otázkami místního referenda, jako např. plnění oznamovací povinnosti, dozor nad provedením referenda či zajištění soudní ochrany se již zabývat nebudu, neboť přesahují rámec tématu tohoto příspěvku.

[17] Výjimkou je například článek Kolmana, P. Starosta a místní referendum. *Ekologie a Právo*. 2007, roč. 3, č. 5, s. 20 - 22, který ve výčtu otázek, o nichž nelze místní referendum konat, zmiňuje jako příklad zvláštních řízení i řízení stavební a vodoprávní. Dále například Mates, P. Právní úprava místního referenda. *Právní fórum*. 2007, roč. 4, č. 2, s. 55 – 61 obecně konstatuje, že v místním referendu převládají otázky z oblasti ochrany životního prostředí. Text zaměřený pouze na ochranu životního prostředí v rámci místního referenda se mi však nalézt nepodařilo.

právních předpisů konkrétně zmínit zejména stavební zákon, neboť v rámci stavebního zákona je celá řada činností svěřena do působnosti obce, respektive orgánů obce.

Dále právní předpis stanoví, že obec v samostatné působnosti také pečuje v souladu s místními předpoklady a s místními zvyklostmi o vytváření podmínek pro rozvoj sociální péče a pro uspokojování potřeb svých občanů, jako jsou potřeby bydlení, ochrany a rozvoje zdraví, dopravy a spojů, potřeby informací, výchovy a vzdělávání, celkového kulturního rozvoje a ochrany veřejného pořádku.

Některé záležitosti jsou potom z hlasování v místním referendu vyloučeny, ačkoli spadají pod samostatnou působnost obce. Místní referendum nelze konat zejména o místních poplatcích, o rozpočtu obce (popř. statutárního města), o schválení, změně nebo zrušení obecně závazné vyhlášky obce, jestliže by položená otázka byla v rozporu s právními předpisy[18] nebo jestliže by rozhodnutí v místním referendu mohlo být v rozporu s právními předpisy či v případech, kdy se o položené otázce rozhoduje ve zvláštním řízení.[19]

Jak je patrné z předchozího textu, právní předpisy žádné konkrétní složky životního prostředí nezmiňují. Obecně však lze některé otázky ochrany životního prostředí podřadit pod ochranu zdraví, kulturní rozvoj, ochrana veřejného pořádku či celkově pod potřeby občanů. Zejména je pak třeba hledat v jednotlivých zvláštních právních předpisech, které pravomoci jsou svěřeny obcím (popř. statutárnímu městu či hl. m. Praze) a následně důsledně rozlišovat, co bude obec vykonávat v rámci přenesené a co v rámci samostatné působnosti.Toto rozlišení je klíčové, neboť o otázce patřící do přenesené působnosti obce nelze místní referendum konat.

Budeme-li se nyní zabývat již konkrétními předměty otázek kladených v místním referendu, dovodíme, že mnoho otázek se vztahuje právě k ochraně životního prostředí.[20] Ať už se bude jednat o otázky týkající se výstavby určitého objektu - větrné elektrárny, úložiště jaderného odpadu, nové pozemní komunikace či například radarové stanice, vždy budou tyto otázky spojeny s určitým územím. A zvláště zde, v environmentální oblasti, může docházet ke střetům zájmů velmi často. Na jedné straně tu bude stát potřebnost výstavby takového objektu ve spojení s vhodností dané lokality

[18] Zajímavý je nález Ústavního soudu ze dne 9. 2. 2005, sp. zn. IV. ÚS 223/04, ve kterém soud konstatoval, že tzv. cyklení referend (hlasování v místním referendu o otázce, zda má být vyhlášeno místní referendum), zákon o místním referendu nepřipouští.

[19] Taxativní výčet otázek patřících do samostatné působnosti obce, o nichž nelze místní referendum konat, je uveden v ust. § 7 zákona o místním referendu.

[20] Naopak některé otázky s životním prostředím nesouvisí nebo souvisí pouze okrajově – například otázky oddělení části obce, sloučení, připojení obce, rozpočtové příjmy a výdaje obce v samostatné působnosti mimo místních poplatků.

pro jeho výstavbu, svoji roli sehraje i otázka případných finančních dotací a investic. Na druhé straně je tu často negativní vliv takového objektu na životní prostředí a obava občanů, že provedení daného záměru bude nepříznivě působit na jejich život.

Jak už bylo v předchozí kapitole řečeno, referenda lze mimo jiné dělit na závazná a konzultativní. V klasickém dělení to znamená, že v případě závazného referenda má výsledek závazný charakter, zatímco konzultativní referendum je spíše jakousi anketou zjišťující názor občanů na danou otázku. Není však závazné právně.

V České republice je místní referendum koncipováno jako závazné. Avšak i v rámci něj lze v odborné literatuře nalézt dělení místního referenda na **ratifikační (právně závazné)** a **konzultativní**.[21] První druh zahrnuje případy, kdy je rozhodnutí dané otázky v zákoně svěřeno přímo obci – obec tak vydává v samostatné působnosti konečné rozhodnutí (např. rozhodnutí o nakládání s obecním majetkem).

Druhý případ je však daleko častější. Obec zde bude vystupovat jako subjekt dotčený ve svém právu na samosprávu.[22] O dané otázce tak nebude moci sama konečně rozhodnout, bude však oprávněna zaujmout k ní určité stanovisko, resp. se k ní vyjádřit. Pokud bude uspořádáno místní (konzultativní) referendum, vyjádří tak občané k dané otázce svůj postoj, který pak musí (při splnění podmínek platnosti a závaznosti referenda) orgány obce respektovat. V souladu s ním pak obec zaujme stanovisko, které bude jako dotčený subjekt prosazovat. Obecné východisko pro konzultativní referendum lze dle Vedrala, J. nalézt v ustanovení § 13 odst. 1 zákona o obcích, které stanoví státním orgánům a orgánům kraje povinnost (ovšem pouze tehdy, je-li to možné) předem projednat s obcí návrhy na opatření dotýkající se působnosti obce. Ústavní soud však v usnesení ze dne 31. 8. 2006, sp. zn. II.ÚS 706/04 v této souvislosti konstatoval, že *zákon o místním referendu představuje lex specialis ve vztahu k zákonu o obcích. Pouhý odkaz na ustanovení zákona o obcích pro opodstatnění názoru, že zákon o místním referendu umožňuje i referendum konzultativní, proto sám o sobě nemůže obstát.*

Podle názoru Ústavního soudu zákon o místním referendu *tzv. konzultativní referendum neumožňuje a upravuje pouze referendum decisní. … O úložišti radioaktivních odpadů je rozhodováno při výkonu státní správy, a tato otázka*[23] *je tak podle § 35 zákona o obcích vyjmuta ze samostatné*

---

[21] Mates, P. Právní úprava místního referenda. *Právní fórum*. 2007, roč. 4, č. 2, s. 55 – 61, Vedral, J. Komentář k zákonu o místním referendu, ASPI.

[22] Vedral, J. Komentář k zákonu o místním referendu, ASPI.

[23] Konkrétní otázky položené v návrhu referenda zněly*: 1. Souhlasíte s tím, aby byl na katastrálním území obce T. sklad vyhořelého jaderného paliva?, 2. Souhlasíte s tím, aby orgány samosprávy obce T. při výkonu samotné působnosti využily všech prostředků, aby*

působnosti obce, a není proto o této otázce možno konat místní referendum.[24] *Ústavní systém České republiky je založen na principu zastupitelské demokracie. Institut referenda tak musíme chápat pouze jako doplňkový a ad hoc používaný instrument.*

V souvislosti s konzultativním referendem tak vyvstávají určité problémy. Dochází zde ke střetávání výkonu samostatné a přenesené působnosti. Sama obec často zaujímá k určité otázce, která se dotýká zájmů obce a jejích občanů, určité stanovisko či postoj, který však následně vyjadřuje v procesech, které jsou správním řízením, popř. v nich rozhodující orgán vykonává svoje pravomoci v přenesené působnosti. Ustanovení § 7 zákona o místním referendu stanoví tématicky okruh otázek, jejichž řešení sice je výkonem samostatné působnosti, nicméně zákon je z předmětu otázek místního referenda vylučuje. U místních poplatků, obecně závazných vyhlášek či protiprávních otázek je situace poměrně jasná. Často však místní referendum nebylo zastupitelstvem vyhlášeno, popř. bylo jinak napadáno s odkazem na písmeno e) předmětného ustanovení - rozhodování otázky ve zvláštním řízení. Zákon v poznámce pod čarou odkazuje pouze na správní řád, může se však jednat i o další řízení správního charakteru, například řízení podle zákona o zadávání veřejných zakázek, přestupkové řízení či řízení podle zákona o ochraně osobních údajů.[25] Z oblasti životního prostředí to může být například vodoprávní řízení dle vodního zákona, řízení o vydání územního rozhodnutí či stavebního povolení a další. Taková řízení, pokud o nich bude rozhodovat orgán obce, ovšem budou výkonem přenesené působnosti, proto budou z místního referenda vyloučeny již na základě § 6 zákona.

K případům střetu výkonu samostatné a přenesené působnosti se vyjadřují i soudy. Dle rozhodnutí krajského soudu v Plzni ze dne 21.4.2005, sp. zn. 58 Ca 23/2005[26] dopadá diskutovaná výluka pouze *na případy, kdy zákon zakládá obci pravomoc rozhodovat o věci patřící do samostatné působnosti*

---

zabránily stavbě skladu vyhořelého jaderného paliva v lokalitě elektrárny T.? Dle Ústavního soudu tyto otázky směřují již přímo ke stavbě, tedy k rozhodnutí vydávaném v přenesené působnosti. Pokud jde o první otázku, s názorem Ústavního soudu se ztotožňuji. Pokud však jde o otázku druhou, myslím si, že ta nesměřuje přímo do přenesené působnosti a proto by ji bylo možno připustit. Druhým problémem je ovšem jistá neurčitost znění této otázky.

[24] Příprava, výstavba, uvádění do provozu, provoz a uzavření úložišť radioaktivních odpadů a monitorování jejich vlivu na okolí jsou svěřeny do působnosti Správy úložišť radioaktivních odpadů, povolení k umístění úložiště uděluje Státní úřad pro jadernou bezpečnost.

[25] Vedral, J. Komentář k zákonu o místním referendu, ASPI.

[26] Toto rozhodnutí bylo zveřejněno i ve Sbírce rozhodnutí NSS, č. 10/2005, rozhodnutí č. 661. Citoval je například i Ústavní soud ve svém nálezu ze dne 13.3.2007, sp. zn. I. ÚS 101/05.

obce ve zvláštním řízení, tj. v řízení formálně upraveném procesním předpisem. Konání místního referenda ale nemůže bránit skutečnost, že určitá věc je či bude předmětem správního řízení konaného v přenesené působnosti. Domnívám se, že toto lze dovodit již z formulace dané výluky. Místní referendum nelze konat v případech, kdy se *o položené otázce rozhoduje ve zvláštním řízení*. Otázka kladená v místním referendu tedy nemůže směřovat k výslednému rozhodnutí ve zvláštním řízení, nýbrž k postoji obce k danému řízení. Přesto však v praxi problémy s pokládáním otázky v místním referendu tak, aby nebyla zpochybněna v tom smyslu, že nespadá pod samostatnou působnost obce, vyvstávají.[27]

Pro environmentální otázky se vztahem k území lze základ místního referenda hledat ve stavebním zákoně. Otázku působnosti v rámci územního plánování řeší stavební zákon tak, že orgány obce vykonávají působnost jako působnost přenesenou, nestanoví-li zákon, že o věci rozhoduje zastupitelstvo obce. Dle ustanovení § 6 odst. 5 stavebního zákona zastupitelstvo obce v samostatné působnosti zejména rozhoduje o pořízení územního plánu a regulačního plánu, schvaluje zadání a pokyny pro zpracování návrhu územního plánu, vydává územní plán a regulační plán. Rada obce, popřípadě zastupitelstvo obce dále v samostatné působnosti uplatňuje námitky k zásadám územního rozvoje a připomínky k územnímu plánu sousední obce.[28] Naopak pořizování územního a regulačního plánu je výkonem přenesené působnosti.

Otázky územního plánu a regulačního plánu patří tedy přímo do rozhodování obce. V rámci jejich pořizování umožňuje stavební zákon veřejnosti vyjádřit své mínění prostřednictvím uplatňování připomínek, popřípadě námitek k jednotlivým fázím tvorby těchto druhů územně plánovací dokumentace. O věcech, které jsou svěřeny zastupitelstvu, bude navíc možné konat místní referendum, čemuž by neměla bránit ani výše uvedená výluka dle §7 písm. e) zákona o místním referendu.[29]

---

[27] O pokládání otázek v místním referendu hovoří zejména studie kolektivu autorů Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie, vydané Institutem pro evropskou politiku EUROPEUM, 2006. Publikace doporučuje pokládat otázky v konzultativním referendu takto: *„Souhlasíte, aby zastupitelstvo obce v rámci svých kompetencí bránilo všemi dostupnými prostředky výstavbě …?“* a nikoli přímo: *„Souhlasíte s tím, aby v obci byl zřízen …?“* Takto přímo položená otázka již směřuje k samotnému výsledku např. územního řízení, které bude výkonem přenesené působnosti. Pokud ovšem nebude takto proběhlé referendum napadeno u soudu (tj. zejména za předpokladu, že i zastupitelstvo obce bude dané referendum podporovat), nebude ani takto položená otázka zpochybněna. Obdobně se k pokládání otázek v referendu vyjadřuje Ekologický právní servis v sekci Příklady otázek pro místní referendum [citováno 18. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.eps.cz/cz2139267pp/pravni-poradna.

[28] Více viz ustanovení § 6 odst. 5 a 6 stavebního zákona.

[29] Viz také nález Ústavního soudu ze dne 13.3.2007, sp. zn. I. ÚS 101/05. Otázka položená v místním referendu se týkala toho, zda má zastupitelstvo schválit či neschválit nový návrh územního plánu (tehdy ještě podle starého stavebního zákona č. 50/1976 Sb.). Ústavní soud

Otázka uplatňování námitek a připomínek k územně plánovací dokumentaci danou obcí je dle mého názoru právě příklad možného předmětu konzultativní formy místního referenda. Domnívám se však, že v tomto případě bude vhodnější zjišťovat názor občanů jinou formou než právě místním referendem. Dalším příkladem ze stavebního zákona je ustanovení § 85, dle kterého je obec, na jejímž území má být požadovaný záměr uskutečněn, účastníkem územního řízení. Zde opět dochází k setkávání samostatné působnosti s přenesenou, neboť územní rozhodnutí vydává stavební úřad v přenesené působnosti. Proto by otázka měla být formulována tak, aby se nejednalo o otázku přímo v územním řízení rozhodovanou, a měla by se dotazovat na postoj obce k danému řízení. V územním řízení se potom obec bude vyjadřovat například i k takovým stavbám na jejich území, jako je úložiště jaderného odpadu (vyjádření stanoviska dotčených obcí ke zřízení úložiště jaderného odpadu na jejich území) či pozemní komunikace.

Dalším příkladem řízení, kdy obec bude dotčeným subjektem, je řízení o žádosti o stanovení průzkumného území dle ust. § 4a odst. 2 zákona č. 62/1988 Sb., o geologických pracích, ve znění pozdějších předpisů. Účastníkem tohoto řízení bude obec, na jejímž území bude návrh průzkumného území nebo jeho část situován. Obdobně lze uvažovat o obci jako o účastníku vodoprávního řízení či účastníku řízení o vyhlášení zvláště chráněného území.

4. UPLATŇOVÁNÍ MÍSTNÍCH REFEREND TÝKAJÍCÍCH SE ENVIRONMENTÁLNÍ OCHRANY V PRAXI

Ačkoli probíhají místní referenda v obcích na území České republiky již několik let, stále neexistuje oficiální databáze proběhlých referend. Kromě článků a publikací, zabývajících se problematikou místního referenda spíše v teoretické rovině, existuje pouze malé množství studií, které rekapitulují průběh proběhnuvších místních referend v České republice.[30] Na druhé straně je možné na internetu nalézt informace buď vždy o jednotlivých referendech (na stránkách obcí, stránkách NGO, která se na referendu podílela, popřípadě ve zprávách z tisku), či o skupině referend, v nichž se

---

vyslovil názor, že *schvalování územně plánovací dokumentace je v podstatě rozhodováním zastupitelstva obce v samostatné působnosti o záležitostech spojených s působností přenesenou. Pokud je územní plán ve stádiu návrhu, nebrání konání místního referenda ani ust. § 7 odst. písm. e) ani jiné ust. zákona o místním referendu.* Tento názor lze vztáhnout i na současný stavební zákon.

[30] Jedná se zejména o publikaci Smith, M. L. Přímá demokracie v praxi: politika místních referend v České republice. Praha : ISEA, 2007 a publikaci Špok, R. et al. Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie [online]. Institut pro evropskou politiku EUROPEUM, 2006 [citováno 19. října 2009]. 95 s. Dostupné z: http://www.europeum.org/doc/arch_eur/mistni_referenda.pdf.

rozhodovalo o tématicky obdobné otázce (autory jsou většinou nevládní organizace, které se v dané otázce angažovaly)[31].

Místní referenda, která dosud proběhla a souvisela s životním prostředím, můžeme pro přehlednost rozdělit do několika skupin, přičemž kritériem rozdělení bude tématické zaměření otázek, o kterých se hlasovalo. První skupinu tvoří referenda týkající se stavby **pozemních komunikací** a další stavby související s **dopravou**. Asi nejznámějším je místní referendum, které se konalo v Táboře a předmětem rozhodování zde byla výstavba komunikací v historickém centru města, již na úrovni územního plánování. Probíhalo však dle původního zákona o místním referendu, aby nedošlo ke zpochybnění referenda, byl v otázce záměrně použit pojem program rozvoje.[32] Dalším známým referendem v této oblasti je referendum týkající se přesunu vlakového nádraží z centra města Brna. Referendum nakonec nebylo kvůli nízké účasti oprávněných osob platné. Mělo však význam v tom smyslu, že se začalo hovořit o uzákonění krajského referenda. Význam otázky řešené v brněnském referendu totiž značně přesahoval hranice města, hlasovat ovšem mohli pouze občané města a nikoli obyvatelé sousedních obcí, kteří na řešení této otázky mohli mít větší zájem než občané Brna.[33] Předmětem dalších proběhlých referend souvisejících s dopravou byla výstavba dálnice D3 či výstavba letové dráhy.[34]

---

[31] Nemusí tomu tak být vždy. Například o proběhlých místních referendech a anketách týkajících se otázky výstavby americké radarové stanice v Brdech informuje webová stránka www.trokavec.cz (konkrétně http://www.trokavec.cz/mistni-referenda/mistni-referenda-v-jinych-obcich-vysledky) založená obcí Trokavec. Z občanských iniciativ a sdružení můžeme jmenovat iniciativu *Ne základnám* (www.nezakladnam.cz), občanské sdružení Ekologický právní servis (www.eps.cz), koalice občanských sdružení Nádraží v centru (www.nadrazivcentru.cz), občanské sdružení Děti Země (www.detizeme.cz) či Hnutí DUHA (www.hnutiduha.cz).

[32]Blíže viz například Místní referendum v Táboře [citováno 7. října 2009]. Dostupné z: http://www.eps.cz/php/eps.site/dok/referendum/referendum.html.

[33] Právní základ pro institut krajského referenda byl v naší právní úpravě zakotven pouze krátce. Písm. g) ustanovení § 12 odst. 2 zákona o krajích, které obdobně jako ustanovení zákona o obcích zakotvovalo právo občana kraje hlasovat v referendu s odkazem na zvláštní zákon, bylo účinné pouze od 1. 1. 2001 do 31. 12. 2002. Návrh zákona byl konstruován podobně jako zákon o místním referendu, navíc se navrhovalo, aby výsledky proběhlých referend shromažďoval Český statistický úřad.

Jedinou výjimku, kdy lze v současné době o záležitostech kraje hlasovat v referendu, představuje území hlavního města Prahy, které je zároveň vyšším územně samosprávným celkem (východiskem je ustanovení § 16 odst. 2 zákona o hlavním městě Praze).

Podrobně se návrhem zákona o krajském referendu zabývá např. Špok, R. et al. Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie [online]. Institut pro evropskou politiku EUROPEUM, 2006 [citováno 19. října 2009]. 95 s. Dostupné z: http://www.europeum.org/doc/arch_eur/mistni_referenda.pdf .

[34] Referenda proběhla ve více dotčených obcích, blíže viz Špok, R. et al. Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie [online]. Institut pro evropskou

Další skupina místních referend se týkala stavby **větrných elektráren**. V této souvislosti je třeba říci, že mnoho obcí dalo před referendem přednost anketě. Na rozdíl od referenda nejsou na uspořádání ankety obcí žádné formální požadavky, rozhodnutí otázky v anketě navíc není pro zastupitelstvo závazné. Lze v tom spatřovat výhody i nevýhody. Cestu nezávazné ankety bude volit zastupitelstvo zejména v případě, kdy bude samo zaujímat ke stavbě větrné elektrárny negativní postoj a tento postoj bude chtít podpořit názorem občanů obce. Pokud však bude zastupitelstvo danou stavbu podporovat, nebude chtít vyhlašovat ani anketu, která by stejně byla právně nezávazná, ani místní referendum, resp. bude vyhlášení referenda bránit všemi dostupnými prostředky. V minulosti tak v souvislosti s větrnými elektrárnami zastupitelstvo rozhodlo, že místní referendum nevyhlásí, neboť o takové otázce již proběhla anketa. Krajský soud v Hradci Králové však ve svém usnesení ze dne 24.11.2008, sp. zn. 30 Ca 173/2008 judikoval, že *zastupitelstvo obce nemůže rozhodnout o tom, že místní referendum o navržené otázce nevyhlásí, s odůvodněním, že názor občanů obce o téže či podobné otázce byl již zkoumán jinou formou (například prostřednictvím ankety)*.

Další skupinu proběhlých místních referend tvoří referenda, v nichž se rozhodovalo o umístění trvalého (hlubinného) **úložiště jaderného odpadu**. Správa úložišť radioaktivních odpadů (SÚRAO) vytipovala šest lokalit.[35] Ve většině dotčených obcí bylo uspořádané místní referendum se zamítavým (a platným) výsledkem. Prozatím je radioaktivní odpad skladován v bývalých dolech a vyhořelé palivo je ukládáno v meziskladech, avšak do budoucna je třeba vyřešit otázku trvalého uložení jaderného odpadu. Ačkoli tak obce úložiště na svém území nechtějí, časem se k jeho výstavbě stejně bude muset přikročit. Prozatím se tedy vláda snaží alespoň s některou s obcí dohodnout (včetně nabídky finanční kompenzace) a plánuje, že trvalé úložiště začne fungovat v roce 2065, popř. již v roce 2050.[36]

Další skupinou místních referend dotýkajících se ochrany životního prostředí jsou referenda o otázce umístění **základny protiraketové obrany USA** na území České republiky. Otázky radaru byly vysokou měrou medializovány, existuje řada webových stránek zabývajících se tímto

---

politiku EUROPEUM, 2006 [citováno 19. října 2009]. 95 s. Dostupné z: http://www.europeum.org/doc/arch_eur/mistni_referenda.pdf .

[35] Více informací lze nalézt v závěrečné zprávě II. etapy prací – Provedení geologických a dalších prací pro hodnocení a zúžení lokalit pro umístění HÚ. Dostupné z oficiálních stránek SÚRAO www.surao.cz.

[36] Hlubinné úložiště jaderného odpadu by mělo začít sloužit už v roce 2050. [citováno 17. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.enviweb.cz/clanek/atom/78049/hlubinne-uloziste-jaderneho-odpadu-by-melo-zacit-slouzit-uz-v-roce-2050.

problémem.[37] Také o umístění radaru se konala jak místní referenda, tak nezávazné ankety. Otázka umístění základny byla nakonec vyřešena tak, že se (prozatím) taková stavba na území republiky umísťovat nebude, od myšlenky vybudovat protiraketovou obranu upustily samy Spojené státy.

Předmětem dalších místních referend byly i jiné otázky související s životním prostředím, nelze je však již zařadit do určitých tématických skupin, jednalo se vždy jen o jedno referendum k dané otázce. Týkaly se například výstavby cementárny, pískovny či těžebních limitů, lze sem zařadit i výstavbu drůbežárny.[38]

5. ZÁVĚR

Závaznost rozhodnutí přijatého v místním referendu představuje „silnou zbraň" v rukách veřejnosti. Zastupitelstvo obce i další orgány obce se takovým rozhodnutí musí řídit. Vedle právní závaznosti vytváří referendum – ať úspěšné či nikoli - také politický tlak na veřejné činitele. Občas i takový tlak dokáže změnit postoj obce bez nutnosti právní závaznosti.[39]

Na druhou stranu je třeba počítat s jistými omezujícími prvky, co do předmětu, subjektů i co do územního rozsahu místního referenda. Lze hlasovat pouze na úrovni obce, pouze o otázkách samostatné působnosti (a to také nikoli o všech), hlasovat mohou pouze občané dané obce. Jak však z mého pojednání vyplynulo, lze toto zúžení částečně rozšířit. Na přípravě referenda, zejména co se týče kampaně, se mohou podílet jakékoli subjekty, včetně organizací chránících životní prostředí, což se také ve většině případů děje.

Podíváme-li se však na věc také z praktického hlediska, nutno říct, že občané nemohou brojit proti všemu. Mám na mysli zejména již zmiňovanou problematiku hlubinného úložiště jaderného odpadu. Stát se snaží domluvit se s obcemi, které zatím k této stavbě zaujímají negativní postoj. V budoucnu však úložiště vybudováno být musí, otázkou zůstává, jak bude

---

[37] Za všechny je možné jmenovat stránky iniciativy *Ne základnám* (www.nezakladnam.cz), které odkazují na další internetové zdroje zabývající se otázkou radarových základen.

[38] Více viz Špok, R. et al. Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie [online]. Institut pro evropskou politiku EUROPEUM, 2006 [citováno 19. října 2009]. 95 s. Dostupné z: http://www.europeum.org/doc/arch_eur/mistni_referenda.pdf.

[39] Účel referenda výstižně charakterizuje odlišné stanovisko soudkyně JUDr. Elišky Wagnerové, Ph. D. v nálezu Ústavního soudu ze dne 9. 2. 2005, sp. zn.IV. ÚS 223/04: *„Primárním účelem referenda je sice rozhodování občanů o konkrétních otázkách veřejného života namísto rozhodování jejich zástupců. Sekundárně však představuje každé referendum nástroj politického tlaku, a jako takový působí iniciačně k zahájení diskuse o konkrétním problému. Tento aspekt referenda je legitimní součástí základního práva občanů podílet se na správě věcí veřejných."*

stát postupovat, pokud postoj všech obcí ve vytipovaných lokalitách zůstane stejný.

V souvislosti s místním referendem o přesunu vlakového nádraží z centra Brna, byla otevřena otázka zakotvení krajského referenda. Je však na zvážení, zda lze výkon přímé demokracie úspěšně využít na tak velkém území, jako je území vyšších samosprávných celků. Obecně je zájem veřejnosti například o volby do zastupitelstev krajů výrazně nižší než zájem o volby do zastupitelstev obcí. Výdaje na referendum, které hradí sám kraj, by také byly mnohem vyšší než v případě místního referenda, totéž lze říci o nákladech na kampaně propagujících otázku řešenou v referendu.

Mohu tedy shrnout, že institut místního referenda lze při ochraně životního prostředí využít, ale protože tu působí více faktorů, nejen těch environmentálních, je třeba již dopředu takové další faktory, resp. zájmy zvážit. Ačkoli lze předpokládat určitý vliv referenda, které nakonec nebude platné, silnějším je platné a závazné rozhodnutí přijaté v místním referendu. V místním referendu se rozhoduje o otázkách veřejného zájmu. Pro platnost referenda je třeba, aby zájmy environmentální byly alespoň částečně v souladu také se soukromými zájmy občanů obce, potenciálních hlasujících. Nelze totiž předpokládat, že občané budou zvažovat pouze zájmy ochrany životního prostředí. Požadavek souladu veřejných zájmů (ochrana životního prostředí) se soukromými je ostatně zmíněn už v úvodních ustanoveních stavebního zákona týkajících se územního plánování.

Taktéž je vhodný soulad jednotlivých veřejných zájmů navzájem. Pokud bude vyhlášení referenda v zájmu samotné obce, lze předpokládat, že zastupitelstvo takové referendum vyhlásí (ať již z vlastní iniciativy či z iniciativy přípravného výboru) a bude následně i náležitě informovat své občany o připravovaném hlasování. Starosta obce je přímo ze zákona oprávněn (avšak nikoli povinen) vyhradit při zvážení místních podmínek plochu pro přípravný výbor či zastupitelstvo, aby tito mohli občanům představit záměr místního referenda, otázky v něm položené, atd. Tak už bude mít případné environmentální sdružení připravenou „půdu“ pro svoji kampaň, na kterou nebude muset vynaložit tolik prostředků.

Místní referendum tak lze pro řešení environmentálních otázek využít, je však třeba zvážit jak jeho pozitiva (závaznost přijatého rozhodnutí, informativní funkce - zviditelnění, medializace problému, politický tlak na představitele veřejné správy a s tím spojená kontrola veřejné správy), tak jeho negativa (omezenost místní, předmětová, subjektivní, formální postup oproti anketám, působení i jiných faktorů než jen zájem na ochraně životního prostředí).

Literature:

- Filip, J., Svatoň, J., Zimek, J. *Základy státovědy*. 4. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2007, 266 s. ISBN 9788021040571.

- Holländer, P. *Základy všeobecné státovědy*. 2. vyd. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2009, 364 s. ISBN 9788073801786.
- Klíma, K. *Státověda*. Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2006, 415 s. ISBN 8086898989.
- Kolman, P. Starosta a místní referendum. *Ekologie a právo*. 2007, roč. 3, č. 5, s. 20 - 22. ISSN 1801-4410.
- Mates, P. Právní úprava místního referenda. *Právní fórum*. 2007, roč. 4, č. 2, s. 55 – 61. ISSN 1214–7966.
- Smith, M. L. *Přímá demokracie v praxi: politika místních referend v České republice*. Praha : ISEA – Institut pro sociální a ekonomické analýzy, 2007, 101 s. ISBN 9788090331631.
- Špok, R. et al. *Místní referenda v České republice a ve vybraných zemích Evropské unie* [online]. Institut pro evropskou politiku EUROPEUM, 2006 [citováno 19. října 2009]. 95 s. Dostupné z: http://www.europeum.org/doc/arch_eur/mistni_referenda.pdf .
- Vedral, J. *Komentář k zákonu o místním referendu*, ASPI.
- Vláda ČR: tisk č. 323/0, Důvodová zpráva k návrhu zákona, kterým se mění zákon o místním referendu, zákon o obcích a zákon o hlavním městě Praze, PSP - Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2007.
- Vláda ČR: tisk č. 255/0, Důvodová zpráva k návrhu zákona o místním referendu a o změně některých zákonů, PSP - Poslanecká sněmovna Parlamentu, 2003.
- Hlubinné úložiště jaderného odpadu by mělo začít sloužit už v roce 2050. [citováno 17. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.enviweb.cz/clanek/atom/78049/hlubinne-uloziste-jaderneho-odpadu-by-melo-zacit-slouzit-uz-v-roce-2050.
- Ekologický právní servis. Příklady otázek pro místní referendum [citováno 18. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.eps.cz/cz2139267pp/pravni-poradna.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
JitkaBelohradova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

CONSIDERATIONS UPON THE RECONSTITUTION OF THE OWNERSHIP RIGHT CONCERNING REAL ESTATES (LANDS) PRIOR INCLUDED TO COOPERATIVE ASSOCIATIONS IN ROMANIAN LAW

SEVASTIAN CERCEL

Faculty of Law and Administrative Sciences, University of Craiova, Romania

Abstract
From 1945 to 1989, the private ownership right over land real estates has suffered progressive limitings, in virtue of the aimed systemizing of the territory. The culminating point of these limitations occurred in 1974, when it was forbidden to alienate land real estates through acts between living persons (inter vivos acts). This limiting of the real estates (lands) juridical circulation created a lot of juridical consequences, even after 1989, when the laws on real estate were enforced, in order to try to bring some reparations to the prejudices brought to the right of private ownership on real (land) estates. The new regulations in the matter of real estate do focus on the reconstitution of the ownership right, following some precised criteria. In time, the new legislation in this matter has suffered modifications, in its attempt to complay to the constitutional stipulations and to the ones of the European Convention on Human Rights (E.C.H.R.) concerning the ownership rights.

Key words
Ownership right; Restitution; Real estates; Land estates' juridical circulations.

1. Introductive considerations

From 1945 to 1989, the private ownership right on land estates had suffered progressive limitings due to the political desideratum of systemizing the territory. This trend culminated with the forbidding of the alienation of land estates through acts concluded between living persons from 1974 on. This limiting of the land estates' juridical circulation among private juridical persons brought a lot of consequences after 1989 when the laws issued on the real estate fund have tried to restore the attempts brought to the private ownership right on real estates. The period from 1945 to 1989 may be featured, from this perspective as being dominated by the state's takeover on the land estates owned by private persons, made through various modalities established by the national laws enforced at that moment; among them were: the agriculture's structuring into cooperatives;

- the taking over of the goods considered as without owner;

- the taking over of land estates pertaining to the alienated buildings (Law nr. 58/1974).

2. The legislative frame

Due to the circumstances of this former ownership regime in Romania, after 1989 it became imperatively necessary to adopt a new legislative frame that would contain reparatory measures able to restore the private ownership right on land estates. So, as a basic normative ground for the reconstitution of the private ownership right, the Law nr. 18/1991 was adopted which suffered many modifications after wards, such as: the Law nr. 167/1998, the Law nr. 1/2000, the Law nr. 247/2005, the Law nr. 193/2007.

In the particularly complex question of the reparatory measures taken in Romania into this domain an essential item is concerning the reconstitution of the private ownership right on the land estates formerly placed in the patrimony of the associative forms organized in agriculture at that time, respectively the former Agricultural Production Cooperatives.

3. The concept of reconstitution

The reconstitution of the ownership right concerns the situation of the entitled persons who anciently owned a land estate but lost its ownership towards the state, under the circumstances ruled by the reconstitution laws. The reconstitution of the ownership right is a reparatory juridical operation, through which the entitled persons regain their ancient ownership within the limits stipulated by the law, but not compulsorily on its former site.

4. The reconstitution's object

The reconstitutions of the ownership right is realized upon the land estates that belong to the patrimony of the agricultural production cooperatives, the so called cooperativized land estates, but also upon unoccupied some lands, taken over by the state: the areas annexed by the agricultural production cooperatives in respect to some special laws or the ones taken over by the formers, from individual persons, but with no regular inscription, or taken over in any other way from cooperatives' members or either taken over by the state, with no title.

From reconstitution are expressedly excepted the land estates which belong to the state's public domain and which are affected to public utility. The laws issued on real estates establish as belonging to the public domain the fields such as:

- buildings serving to public interest;

- public squares;

- public parks;

- street networks;

- harbours and air;

- ways of communication;

- parts;

- lands vowed to sylvicultural purposes;

- stream and river beds;

vats of public interest lakes;

- bottom of maritime inside waters and of the territorial sea;

- borders of the Black Sea, including beaches;

- the lands containing national parks and natural reservations;

- archaeological and historical sites or complexes;

- natural monuments;

- lands used for military or defence purposes;

- lands used for other public domain purposes or which, by their own nature, are of public use or interest.

The land estates belonging to the public domain are:

- inalienable;

- not to be appropriated;

- indefeasible.

They could be inserted to the civil circuit only if, a lawful statement would disaffect them disaffected from the public domain. The fields where are located street networks, public parks, the lands reserved for national parks and nature's reservetion, archaeological and historical aggregates and sites, monuments, might be disaffected from the public domain only in cases of exception, and in respect to works of national interest.

There fore, if the land requested for reconstitution would presently be registered into one of these categories the former owner should no more be entitled to the restitution of the ancient site.

5. The reconstitution's subjects

The people who benefit from this reparatory measure are:

- the cooperative members who have brought land within it;

- the ones from whom the land was taken over by it in whatever way;

- under the conditions of civil law, the cooperative members' heirs;

- the cooperative members who had brought no land to the cooperative;

- other persons established by the law.

The establishment of the ownership law is done on the interested side's demand, through the release of an ownership title.

The quality of being an heir is established on the ground of the heir certificate, or of the definitive juridical decision. If these should lack, the quality should be established through whatever evidence could stand for the heritage's accept.

The heirs who could not prove this quality, because, at that time, the respective lands were not in the civil circuit, are considered as lawfully restored in what concerns the quality which is due to them from the lands which have belonged to their author in the accept term stated by the law. Through the request they would forward to the commission, they would be considered as having accepted the heritage.

The ownership title is emitted for the land area determined on the names of all the potential heirs, the litigations between them being resolved by the Procedures of common law. Both legal heirs and the ones instituted through wills do benefit from the reconstitution.

The term restoration we previously mentioned does not act in regard to the heirs who had expressly renounced to the author's heritage during his lifetime. It only concerns the heirs who had become strangers to the heritage by not accepting it in the due six months' term from the opening of the succession on.

This difference of treatment has raised discussions in specialized literature; the question was elucidated through the Decision of the High Court of Cassation and Justice nr. XI, on February, 5-th, 2007, regarding the unification of practice. So, the supreme instance has stated that: "through the stipulations of the Law nr. 18/1991, art. 13, it is stated that the term restoration concerns only «the heirs» that is to say the persons who own «the quality of a heir». Or, according to the statements of art. 696 Civil Code, the heir who renounces to the succession is considered as never having owned the respective quality, the heir title being cancelled with a retroactive effect, and therefore the respective person is considered as a stranger to the heritage. This is why the person who renounces to the succession does not figure in the category of those who are entitled as heirs, because they could not prove this quality. In this case the certain proof

exists (the declaration at the notary's office) that the respective person is not a heir, due to the fact that she had expressly renounced to the succession. In the circumstances stated by art. 700 Civil Code, the law presumes only this person to be a renounces, thus not to accept the succession, but there is not touchable evidence of this legal presumption. In virtue of his expressed renunciation, the heir is considered as never having been an heir, and there by his hereditary vocation is retroactively cancelled.

By the indivisibility rule concerning the succession's patrimony, the same asset of indivisibility is provided to the successional option, which could never be conditioned by the quantity aspect of the succession's patrimony. The renunciation concerns as well the goods existing effectively into succession at the death's moment, and the ones potentially included to the respective succession. Consequently, in regard to the regulation's date, it is imperatively established that, on the ground of the Law on the real estate fund nr. 18/1991, art. 13, par. (2), in the sense of the restoration in the term of the succession's accept, of the heir right over the succession should benefit only the heirs who previously did not accept it within the term stated by the law, but not those who had previously renounced to the succession".

On the other hand some people are included to the category of "other persons" entitled to reconstitution:

-The persons of whom the owned fields have passed, with or without a title, into the patrimony of the agricultural production cooperative, without yet obtaining, due to this fact, the quality of cooperative’s members as well as, following the case theirs heirs;

-The cooperative members, who, following the case, have left the agricultural production cooperative, never have worked in the cooperative or do not reside in the respective locality, as well as theirs heirs, may recover the out-of-city fields brought in or taken over, in whatever way, by the cooperative’s patrimony;

-The persons owning some military medals and their heirs, who had to choose and to whom was allotted, at the date of the real estate’s attribution, some cultivable field, except for persons who have alienated this land;

-The persons who, totally or partially, have lost their work capacity and the heirs of the persons who have deceased- due to their participation in the struggle for the victory of the Revolution in December 1989-would obtain the ownership of fields f an 10.000 sq.m. area, as cultivable equivalents;

-The private owners, in case when their agricultural fields were added to the perimeter of some agricultural production cooperatives, and they were not consequently compensated with other fields. Their ownership would be restored and an equivalent quality of cultivable area would be given back to them, on some lands established by the commission;

-The Romanian citizens belonging to the German minority or the persons who have been deported or displaced, and their lands were alienated through normative acts emitted after 1944; to them, on their request would be allotted the ownership of the lands areas placed at the commission's disposal; priority would be reserved to these persons or to their heirs;

-The parish commissions or other organs representing the local cult's communities from the rural zones, requesting for agricultural fields. To these, as ownership would be reconstituted a land area of cultivable equivalents reaching to 5 ha in the case of convents, insofar all these institutions have possessed, in the past agricultural fields which have been taken over by the agricultural production cooperatives land presently they do not own such areas or either these areas would be diminished;

Apart from this special conditions required for the being framed in one of the above mentioned special categories, the rule is that only the Romanian citizens could be, as individual persons entitled to the reconstruction, no matter if they should inhabit in Romania or abroad. Foreign citizens and stateless persons could not benefit from restitution because, as we have shown, this is applied only restrictively to the mentioned persons, in the view of the reparatory character of this law. Foreign citizens and stateless persons might, still, obtain the ownership through legal heritage, if their authors were reconstitution beneficiaries.

So, the general rule is that the reconstruction beneficiaries would be Romanian citizens who inhabit in Romania, but also abroad, as well as former Romanian citizens who have required the Romanian citizenship, no matter if they did or not established their domicile in Romania, who could forward a reconstitution request for their ownership right concerning agricultural areas or lands destined to sylvicultural purpose, within the limits stated by the law.

6. The reconstitution's extent. Limits brought to it

The ownership right is established following a request, in respect to the situation of the fields detained by the APC an January 1-th, 1990, as it was inscribed to the general recording system of the real estate survey or to the agricultural account booth, adjusted with the mentions of the legally performed alienations acknowledged by the cooperative until the enforcement of the respective law.

The land area brought into the Agricultural Production Cooperative should be attested by:

-The ownership documents; the real estate office; the cadastral survey; the forwarded requests of inscription into the cooperative; the agricultural account book from the date of joining the cooperative; the cooperative registration books;

if these should lack, any other pieces of evidence, including the statements of witnesses.

These stipulations are to be applied accurately, also regarding the areas taken over by the agricultural production cooperatives in virtue of special law or in whatever other way from the people obliged to become cooperative members.

The real land estates taken over abusively from individual persons by the APC-s, yet without inscribing them as members, or either taken over by the state itself, bearing no legal title over than, would lawfully return to their former owners, who should have requested the reconstruction of their ownership rights, on their ancient sites, unless they were legally attributed to other persons.

The effective attribution of the fields is done, in the hill zones, usually on the ancient sites. In the plain zones, it is not compulsorily done on the ancient sites of the real estates, but on areas established by the Commission, within the actually existing perimeters of the APC's.

The areas occupied by orchards, vineyards, ponds, greenhouses, fishy stock devices, seed beds, agricultural and zoo technical buildings, administrative sieges, the edifices required by the necessities of the fodder supply for the zoo-technical productive capacities of the APC's, might represent, if the restored owners should choose to do so, contributions to the constitution of some private forms of association, owning or not a juridical personality.

The ownership right is established following a forward request, by the release of an ownership title, within the limit of at least 0,5 ha for each person entitled due to the present enforced law. For a family, the limits would be of at least 10 ha per family, in equivalent cultivable areas, but not exceeding the up most limit of 50 ha per family, in cultivable equivalent.

The representative organs of the cult institutions recognized by the law might request, in the rural area, the reconstitution of their ownership right, for the agricultural field area too which represents the difference between, for parishes, the allotted surface of 5 ha and the surface, they formerly owned, but not exceeding 10 ha. For the case of monasteries and hermitages, the allotted surface of 10 ha might be completed with the anciently owned areas, but still not exceeding 50 ha.

In the limits of the formally owned agricultural fields, the representative organs of some other units may also request the reconstitution of their ownership rights, as it follows:

a) The Patriarchate Centre till 200 ha; b) the Eparchy Sieges, till 100 ha; c) the Archpriest's Sieges, till 50 ha, d) the urban parishes till 10 ha, e) the urban and rural subsidiaries, till 10 ha.

About the sylvicultural areas, the individual persons or their heirs, who anciently have owned lands with forest vegetations, forests, everglades coppice, sylvic hayfields and grazing fields, which have been transferred into the state's patrimony, due to the effect of some special normative acts, might request the reconstitution of their ownership rights, for the difference of more than 1 ha, but yet not exceeding 30 ha per family.

If, on the land surfaces which are due to be reconstituted, would be sited sylvicultural buildings or settlements, or either these would be in the designing or execution phases, or if the fields should have been cleared, then other surfaces of land would be allotted, with the respect of the same conditions, immediately nearby:

The parish councils or the representative organs of monasteries and hermitages, as well as the ones of teaching and academic institutions may request the restitution of the lands with forest vegetation, forests, coppice, everglades, sylvic hayfields and grazing fields that their anciently owned in property, within the limits of the ancient estates, but yet without exceeding 30 ha, no matter if they would be sited into the perimeters of many localities.

According to the modifications brought by the Law nr.193/2007, the reconstitution limit of the ownership right for certain categories of lands: pastures and hayfields, was changed from 50 ha to 100 ha. So, for the estates of the deprived owners (individual persons) where are sited pastures and hayfields, the reconstitution would be made for the difference between the area of 50 ha per family and the one brought into the APC or taken over in virtue or special laws or other normative acts or through whatever other way from the cooperative members or whoever individual might have been deprived, but not exceeding 100 ha for each deprived owner.

7. Matters of procedure

The reconstitution procedure of the ownership right is initiated at the person's request-former owners of their heirs. This means that this procedure is governed by the principle of availability. In order to forward the reconstitution request regarding the ownership right, the law has stipulated a period of time, initially it was one of 45 days, but afterwards the ulterior laws, modifying and completing the Law nr 18/1991, have extended it. The sanction for these terms' disrespect is the decay, as these are not prescription terms. The request had to be forwarded at the mayor's office or, following the case, of the localities' mayor's offices in the territorial perimeters of which was sited the blend for which the ownership right was intended to be reconstituted. It had to be forwarded in person or by ordinary mail with confirming of receipt. These local authorities were due to constitute the Local Commissions for Applying the Laws on Real Estates. The mayor or the Local Council's Secretary is obliged to receive the request to record it, no matter if this request should or not contain all the mentions stipulated by the law and if it should be or not supported by all the

documents through which the forwarders do sustain their claims. In such cases the mayor or the local council's secretary are obliged to communicate to the forwarder the necessity of presenting all of the mentioned documents under the sanction of his decay from the reconstitution's term. If the mayor or the secretary should not respect their above mentioned obligations, they would have to face as well administrative and disciplinary liability, according to the law, as the payment of comminatory fees or, following the case, the payment of indemnifications.

After the crossing of the due term for the forwarding of the request, the mayor is obliged, within 30 days, to elaborate the list of the categories of persons who request the agricultural fields requested and the real estate's balance status for the respective locality (commune, city or municipality) in view of the reconstitution of the ownership right, according to the law. Within this term, the mayor will forward these lists to the prefect, under his own signature for conformity. Within 15 days from their receipt, the prefect would elaborate the status concerning the requesting categories of persons and the department's real estate balance, which he is going to transmit, within the same duration, to the Department for Local Public Administration.

After the elaboration of the real estate's balance status at the country's level, the law is due to establish the land surfaces, which will be reconstituted. The terms established for the administrative authorities to perform the reconstitution procedure are only recommendations, because, in case of their disrespect no clear sanctions are stipulated. In practice, this case occurred frequently. The department's commission is competent to resolve contestations and to validate or invalidate the measures taken by the local commissions, through a decision of validation, able to finalize this procedure, which directly involved the administrative authorities. In respect to the real estate laws, the local commission is a public authority with an administrative activity, while the department's commission is a public authority with an administrative and jurisdictional activity.

The person which might not be satisfied by the solution given by the Departmental Commission, has the right to forward a complaint versus this decision in front of the court of justice, respectively at the first degree court, meaning the justice court into the territorial jurisdiction of which the field is situated, in a term of 30 days from its communication. So, the procedure in front of the court of justice is a subsidiary one, in the sense that it only verifies the documents previously emitted by the authorities. The practice has constantly established that, in the matters of real estate fund, the court of law cannot pass straightly to the verification of the essentiality of the right invoked by the forwarder, as it is previously, necessary, that the authorities should resolve the reconstitution request. Through the administrative jurisdictional acts may be contested, the competence to judge upon them belongs to the common law courts, not to the ones profiled on the administrative contentions matters. In respect to the uncontested decision of the Department's Commission or due to its lawfulness' verifying by the

court of law the reconstitution's procedure gets finalized by the issue of the ownership title in favor of the requesting of the requesting person.

8. Considerations upon the jurisprudence of the E.C.H.R.

Two things were said about the art. 1 of the Protocole no. 1: firstly, it does not explicitly impose obligations to the contracting states concerning the return of lands they might own, should those possible lands have been transferred to these respective states before the Convention was ratified by them. Secondly, the contracting states are completely free to establish the extent of the possible restitution and to determine by themselves the conditions where former owners could be restored in their ownerships.

The contracting states' most important prerogative is the possibility of choice about which categories of former owners should or not be excluded from the ownership restoration. If this type of exclusion should occur, the individuals' claims for restitution could no more constitute the appropriate ground of a "legitimate expectation" in the sense stated by Protocole1, art. 1.

But if a contracting state, after its ratifying of the Convention, including the Protocole 1, art. 1, should indeed wish to fully or partially restore the ownership right that was infringed by a former regime and should create to this purpose a new legislation, then the person fulfilling the respective conditions for restoration would benefit, in virtue of the newly created legislation, of the appropriate protection offered by the Protocole no. 1, art. 1. If, before ratifying the Convention, arrangements might have been established about restitution or compensation, and if the respective legislation should still be enforced after the Convention was ratified, including the Protocole no. 1, then the same point of view would prevail. (Maltzan and Others v. Germany, Kopecký v. Slovakia)

Article 1 of Protocole no. 1 does not qualify as a "possession" an ownership right which was not effectively exerted due to an objective impossibility. The same thing goes for a conditional claim of which the essential condition could not be fulfilled. (Malhous v. The Czech Republic, Kopecký v. Slovakia).

It would be not legitimate to expect that art. 1 of the Protocole no. 1was deliberately issued for the precise purpose to modify, in order to favour an actual applicant, a law formerly enforced.

A simply hope for restitution could be morally agreed, but this hope does not constitute by itself a legitimate expectation. This last concept designates a hope sustained by a concrete matter of fact such as a legal provision or an act acknowledged by the law such as a judicial decision. (Gratzinger and Gratzingerova v. The Czech Republic; Matzan and others).

In the case Viasu vs. Romania, the claimant was the former owner of a land area, which was taken over by the A.P.C. In virtue of the Law nr. 18/1991,

his ownership right was reconstituted, but upon part of his ancient land, as the rest of it was occupied, by a mining exploitation. Though he had formulated numerous requests in order to receive the due indemnifications for non-restituted area, to the administrative authorities, his efforts brought him no success at all.

The claimant had sustained generally, that the Romanian state had twice infringed the right to the respect of their goods owned by the beneficiaries of the reconstitution laws: firstly because the reconstitution procedures were repeatedly modified by the state authorities, and, secondly, these last have omitted to rapidly adopt application regulations for the respective law, so that, for a long period of time, the interested sides were not able to enter into the possession of their goods.

Upon this cause, the E.C.H.R. has stated, essentially that, though the claimant's right is an ancient one, if Romania has understood to choose the restitution of the respective ownership right, Romania should respect the E.C.H.R. principles. The Court has also stated that the claimant's right to reconstitution was constantly confirmed by the Romanian authorities, thus this right was undoubtedly established by the national law, as well as the obligation to indemnify in the case of incomplete reconstitution (not for the whole land), for the authorities.

This because the Department's Commission itself had previously validated the restitution in nature for a part of the land and the indemnifications for the part of the land that had been occupied by the mine's exploitation. Under these circumstances, the Court has considered that the claimant had a patrimonial interest, which was sufficiently grounded within the Romanian law, was also certain eligible and irrevocable, therefore it could fit into the concept of good, as it is established by the E.C.H.R.'s Protocol 1, article 1. So, the non-restitution of the respective land, in the absence of any indemnification at all, does indeed constitute an infringement of the claimant's ownership right.

By stating, next, that, even if the respective infringement should be justified by a public interest, such as the respective mining exploitation, in the present cause the just equilibrium between this public interest and the protection that was due to the claimant's ownership right was broken, the Court has identified an infringement of the Protocole 1, article 1.

9. Conclusions

The reconstitution of the ownership right on the lands that were parts of the former patrimonies of the A.P.C.'s though, even since 1991, it was one of the first ever forms of restoring the private ownership right, had to be submitted to an always changing legislation. In practice, difficulties appeared in the probation matter of this right, especially concerning the existence and preservation of written documents.

On the other hands, since the moment of their accession to the A.P.C. till 1991, the use made of many land areas had been modified, thus the restitution on their ancient sites has become impossible. Or either, there are situations when certain parts of the lands in cause, which had ceased in the meantime, to be used for agriculture, could no more be restituted to their former owners, who received no indemnifications at all for their losses. The effective realisation of the respective real estates' reconstitution and the law's dueful applying were postponed due to the difficulties caused by all these aspects.

Literature:

- Ioan Adam, Civil Law. Real Rights, All Beck Publishing House, Bucharest, 2002.
- Corneliu Bîrsan, Civil Law. Principal Real Rights, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008.
- Liviu Pop, The ownership right and its dismemberments, Lumina Lex Publishing House, Bucharest, 2001.
- Denisa-Livia Balden, Gabriela Cristina Frentiu, The real estate fund. Jurisprudence. National judicial practice. E. C. H. R.' s Practice. Decisions issued by the Romanian Constitutional Court, Universul Juridic Publishing House, Bucharest, 2009.
- Marian Nicolae, The actual restitution of the ownership right on some categories of lands estates, on the ground of the Law no. 18/1991, modified and republished, in Dreptul no. 5/1998.
- Eugen Chelaru, Civil Law. Principal Real Rights, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2009.
- Ion Dogaru, Sevastian Cercel, Civil law. General Theory of Real Rights, C. H. Beck Publishing House, Bucharest, 2003.
- Mona Maria Pivniceru, Jurisprudence in the matter of real estate fund, Hamangiu Publishing House, Bucharest, 2008
- site: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/81703A27-0054-4DC5-9B42-3C93C990B039/0/COURT_n1908254_v3_Key_caselaw_issues__Concept_of__Possessions__Prot_1_Art3.pdf;

Contact – email
sevastiancercel@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MATERIAL LIMITS OF THE EXERCISE OF PRIVATE PROPERTY RIGHT OVER LAND

ANA – MARIA DIACONU

University Constantin Brancusi of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language
Pornind, pe de o parte, de la distincția dintre dreptul de proprietate şi obiectul acestuia, iar pe de altă parte având în vedere rolul voinței juridice, trebuie deosebit între limitele materiale şi limitele juridice ale exercitării dreptului de proprietate. În ce priveşte limitele materiale, acestea privesc numai bunurile corporale şi derivă cel mai adesea din dimensiunile corporale ale obiectului proprietății. Dacă limitarea materială a bunurilor mobile nu presupune dificultăți, acestea apar în cazul bunurilor imobile, în special în ceea ce priveşte terenurile. Astfel, aşa cum reiese din textul art. 489 Cod civil, dreptul de proprietate asupra terenurilor se întinde nu numai asupra suprafeței acestora dar şi asupra spațiului aflat asupra terenului şi asupra subsolului, o situație specială având şi terenurile cu ape (fie că este vorba de lacuri, ape curgătoare navigabile sau izvoare).

Key words in original language
Proprietate; teren; drept de proprietate privată.

Abstract
Starting, on the one hand, from the distinction between ownership and its object, and on the other hand, regarding the role of legal will, must distinguish between material limits and legal limits of the exercise of ownership. Regarding the material limits, they concern only tangible goods and often derived from corporal size of the object property. If the material limitation of the movable goods does not involve difficulties, they appear for immovable goods, particularly as regards the land. Thus, as shown in the text of art. 489 Civil Code, ownership of land lies not only on their surface but also on the space on the land and the subsoil, a special situation regarding the land with the water (be it lakes, navigable rivers or springs).

Key words
Ownership; the land; private property right.

The world today is facing a paradoxical situation: on the one side stands more than ever the right of property, both through the Constitution and by international treaties and conventions, and on the other hand is becoming more urgent the need of limitation by law to exercise that right, justified by the insurance of the balance between public and individual interest.

According to art. 480 of the Romanian Civil Code the ownership is exercised within the limits specified by law, and according to the Romanian Constitution, Art. 44, paragraph 1, the 2nd thesis, the content and the limits of property rights are established by law.

Starting on the one hand, from the distinction between ownership and its subject, and secondly in the light of legal will, there must be a distinction between material and legal limits of the exercise of ownership. In this respect the new Civil Code[1] in art. 556., alin1. provides that "the property right may be exercised within the material limits of its subject. These are tangible limits to property forming the subject property, subject to limitations established by law. Under paragraph 2 of the same article, it may be restricted by law exercise the attributes of ownership. „and under paragraph 3, " this limitation can be made by agreement, with the exceptions provided by law. "

Legal limits of the exercise of legal ownership on the juridical content of this right, and have the effect of restricting the powers of ownership, without attracting their suspension, and, depending on their basis, most specialized authors[2] classify them in: legal limits, judicial limits and conventional limits (under expressed will of the owner through conventions or related to)[3].

Concerning material limits, they relate only to tangible goods and often derived from body size of the object property. They do not apply to the exercise of ownership on intangible assets, in their case is about the legal limits.

Material limitation concerns both movable and the immovable assets, but if the mass of the asset determines material limits of exercising ownership on movable goods, making the demarcation between them to be clear and precise, difficulties arise in case of real estate, especially in terms of land.

---

[1] Law no. 287/2009 on the Civil Code was published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 511 of July 24, 2009.

[2] See, V. Stoica, *Civil Law, Civil Law, The Main Real Rights*, vol I, Humanitas, Bucharest, 2004, p. 249; O. Ungureanu, C. Munteanu, *Civil Law. Real rights*, Third edition revised and added, Editura Rosetti, 2005, p. 111-114; I..P.Filipescu, AI, Filipescu - *Civil law. Ownership and other real rights*. Revised and supplemented edition. Legal Universe Publishing, Bucharest, 2006, p. 258 -284;

[3] Furthermore this is also a planned solution of the legislature by the New Civil Code, which in Book III "About assets", the 2nd title "Private Property", Chapter III, entitled "Legal limits of private property rights" governing on separate sections, legal limits, conventional limits and judicial limits of this right.

Thus, as shown in the text of art. 489 Civil Code, ownership of land lies not only on their surface but also on the space of the land and the subsoil,[4] a special situation have water lands (be it lakes, navigable rivers or springs).

Note that most doctrinaires [5] qualify the area of a land, the area above it, the subsoil and lands with waters as material limits of ownership and in a recent opinion[6] , it is considered that although the physical demarcation of the property involves such limits, however, the material delimitation must always precede the ownership restrictions.

Irrespective of their destination, lands that form the subject of private property must be defined, first, in terms of their surface[7]. These material limits are usually contained in the property titles and they are practically marked by milestone, fences, terminals, dividing lines etc.

Starting from the provisions of art. 584 and 585 of the Civil Code, the doctrine held that physical marking appears as a right or even as an obligation for the owner, as can be seen as an act of management of the owner[8]. As observed the provisions of these two articles refer to two distinct legal institutions, namely land partition and, respectively, containment of property[9].

Typically, the delimitation of the land is made through a settlement, but in the event of disagreement, it can be made through the court's decision, following the passing of the parts of an action of bordering.

---

[4] The new Civil Code art .. 559, paragraph 1 provides: "Ownership of land extends also on the subsoil and on the space above the land, respecting legal limits."

[5] See, V. Stoica, op. cit. p. 248; L.M. Crăciunean, *Limits private property ownership*, Wolters Kluwer Publisher, 2009, p. 144 -158

[6] See O. Ungureanu, C. Munteanu, *Treaty of Civil Law. Assets. Main real rights*, Publisher Hamangiu, Bucharest, 2008, p. 179.

[7] Disputes between owners of neighboring lands are generated, most often, by the confusions existing in property titles (they do not contain enough elements on the surface and the neighborhood) or on the differences between the area and neighborhoods mentioned in securities and real situation land question, which requires that property titles including all the necessary entries on the surface and the neighborhood and to have enclosed cadastral plans, showing the correlation between the elements contained in securities and real situation of lands.

[8] O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit., 2008, p. 180.

[9] L. M. Crăciunean, op. cit. p. 146

Since the legislature does not define this operation, the doctrine and the juridical practice have the role of filling this gap, clarifying the content of the concept. [10]

Thus, according to some authors it is an operation with a rich content, with double nature, legal operation of separation of neighboring properties followed by a physical operation of establishing some external signs.[11] According to other views, land partition means the operation by which it is delimited from a legal and material point of view by placing concrete exterior signs, limits of two neighboring properties, belonging to different owners. [12]

But it is important to distinguish between bordering, as a physical operation of division by external signs of two neighboring properties belonging to different owners, and the action of bordering that comes due to a dispute between neighboring property owners, the objective being to determine the limits between the two properties to be achieved by the intervention of the court[13].

Restriction is also a way of delimiting land ownership, also being a right and sometimes even a requirement for the owner, as evidenced by the provisions of Article 585 of the Civil Code.[14]

The new Civil Code governs the obligation of bordering as well as the right of bordering[15]

It should also be noted that exercising the right of ownership on a land is legally limited by establishing a statutory right to use or a right of servitude in favor of the competent authority for the establishment and exploitation of some public works, if these do not impose expropriation. Applicable restrictions governed by art. 7 of the Oil Law no. 238 of June 7- 2004, art. 7

---

[10] According to art. 584 of the Civil Code: "Any owner may oblige its neighbor to border the land which is next to his; bordering costs will be split".

[11] O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit., 2008, p. 180

[12] L. M. Crăciunean, op. cit. p. 146

[13] Regarding the legal nature of the action of bordering see P. Perju *Issues concerning the action of bordering,* in The magazine Law no. 6 / 1991, p. 35., C. Bîrsan, *Civil Law. Main Real Rights*. Third Edition revised and added, Publisher Hamangiu, Bucharest, 2008, p. 50

[14] According to art. 585 of the Civil Code "Every owner can restrict the property, except what is made out of the art. 616 "(it is legal encumbrances the existence of a crossing.)

[15] According to Art. 560 of the new Civil Code: "The owners of adjacent land are required to contribute to the reconstruction of the border and setting the appropriate signs, carrying equally, the costs of it; and according to art. 561, any owner can to restrict his ownership, carrying, according to the law, the costs"

of the Mining Law no. 85 of March 18 - 2003 and by art. 16 and 18, paragraph. 1-5 of the Electric Energy Law – no. 318 of July 8, 2003.

Typically, the landowner is the owner of the space located above it, up to airspace limitation, because this, according to art. 136, par. 3 of the Constitution of Romania, form the exclusive object of private property. The Air Code [16] defines in art. 6, the concept of airspace as "a column of air situated over the Romanian sovereignty land, until a lower limit of the extra-atmospheric space". But the ownership of the space belonging to the land (the supra soil) may suffer some concrete limitations , where appropriate, in usage or encumbrances rights, (some of them established even by law), that want the achievement and exploitation by the authorities of some public works, or in establishing a right of superficies or easement for the benefit of a third party .

Thus, the air space may be limited by aviation encumbrances consisting, according to art. 3.32 of the Air Code in "imposed or prescribed conditions, restrictions, obligations, by national and/or international aviation regulatory requirements for the interest in the safeness of the aviation flight". Because the air space is part of the public domain, the state gives the surveillance right to the airlines, as enforceable against any owner of land, but this right, on the one hand should not prevent the exercise of ownership rights and, on the other hand it must repair any damage caused because the of airing servitude does not eliminate the liability of the airline that caused such damage.

Also, there are plenty of limitations governed by the laws of urban planning and constructions, of telephone transmissions, telegraph, transportation and distribution of electricity. [17]

Moreover the right of space overlapping land can be limited even through the owner's will, for example, by establishing a right of superficies for a third or a right of servitude in favor of another person.[18]

Although, according to art. 489 of the Civil Code, the owner of the land can exercise his right on the subsoil indefinitely, until the very center of the

---

[16] Government Ordinance no. 29 of August 22, 1997 regarding the Air Code was republished in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 45 of January 26, 2001, pursuant to Art. III of Law no. 130 of July 21, 2000, published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 355 of July 31, 2000.

[17] According to art. 102, par. 1. of the Land Law and "the telecommunications lines of electricity transmission and distribution, pipelines to transport water , sewerage, oil, gas and other similar facilities will position and assemble along and right near the communication networks."

[18] See O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit., 2008, p. 179-180.

Earth, practically this right has many material limitations, set by the legislature in the public interest.

In this regard, Article 491 of the Civil Code provides that "the land owner can do all construction and excavation that finds it necessary, and draws from them all the advantages they could produce, apart from the changes prescribed by laws and regulations relating to mines, as well as laws and police regulations".

Other limitations are set by the Basic Law.

Thus, the Romanian Constitution in Art. 136, par. 6 states that "resources of public interest of the subsoil .....are exclusively public property".[19] Therefore the right for private property over a land can also be extended on its subsoil, but except resources of public interest of the subsoil, and per a contrario other resources of the subsoil can form the object of the private property [20] . On the other hand, through art. 44, para. 5 of the Constitution, it is consecrated what the doctrine [21] calls a constitutional servitude, establishing that "For projects of general interest, the public authority can use the subsoil of any real estate with the obligation to compensate the owner for damages of the soil, plantations or buildings, and for other damages imputable to these authorities" [22] . In the latter case, through the term public authority shall be designated by the state and the territorial-administrative units having the capacity of owners of the right to use subsoil property [23].

But undoubtedly , the most numerous limitations concerning the subsoil of a property are required by special laws.

Thus, art. 1 of the Mining Law no. 85 of March 18, 2003, [24] provides that mineral resources located within and in the country's subsoil and of the continental shelf, in the economic zone of Romanian Black Sea, bounded according to the principles of international law and regulations of international conventions to which Romania is party, shall be exclusively

---

[19] We mention that before the amendments of the Constitution, according to art. 135, paragraph 4 exclusive object of public property was formed of riches of every kind of soil.

[20] See V. Stoica, op. cit. p. 225

[21] See L. M. Craciunean, op. cit. p. 151

[22] According to art. 44, par. 6 of the Constitution, the compensation shall be determined by agreement between the authority and the owner or, in case of divergence, by the court.

[23] See C. Bîrsan, op. cit., p. 56; C.L Popescu, *Romania's constitutional regime of the subsoil*, The magazine Law. no. 3 / 1995, p. 6

[24] Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 85 of of March 18 , 2003

public property and belong to the Romanian state. These resources are valued by mining activities which are given in concession to Romanian or foreign legal persons or they are given into the administration of public institutions by the competent authority, but ownership of land does not confer the right of first refusal on concession or of giving into administration the mining activities.

In its turn, the Law of Oil no. 238 of June 7, 2004 [25] contains a similar regulatory ruling that the oil resources of petroleum resources located in the subsoil of the country and the Romanian Black Sea continental shelf, defined under the rules of international law and international conventions to which Romania is part of, are exclusively part of the public property belonging to the Romanian state.

Moreover, according to art. 16, par. 2, lit. C and para. 18 of the Electricity Law,[26] passing through the underground includes "the right of access and execution of works at the sites of the energy capacity during surgery for refurbishments, repairs, revisions and damages"

Similar provisions has the Law no. 351 of July 14, 2004 of gas[27] which establishes through art.89 a legal servitude of underground, surface or air crossing which includes the right to install the network of pipes, lines, poles and other equipment related to capacity, as well as access to their location for assistance, maintenance, repair, revision, changes and operating under the present legal provisions .

In the same context there must be mentioned the provisions of Law no. 182/2000 on the protection of national cultural mobile treasures[28] according to which, in order to ensure the protection of property belonging to the national cultural heritage, to ensure the material base and financial resources in order to detect, record, expertise, rank, research, storage, preservation , restoration, protection and enhancement of the exercise of ownership and other real rights over them, and the right of management are subject to special rules contained in the law[29]. Also mining activities are

[25] Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 353 of June 15, 2004.

[26] Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 511 of July 16, 2003

[27] Published in the Official Gazette of Romania, Part I, no. 679 of July 28, 2004. The law has been successively amended by Ordinance no. 116/14 July 2005, of the Law no. 288 of 11 October 2005, and O.U.G. no. 33 of May 4, 2007 and O.U.G. no. 122 of October 31, 2007.

[28] Originally published in the Official Gazette of Romania, Part I , no. 530 of October 27, 2000, as amended.

[29] According to art. 3, section 1 in the national cultural heritage are included terrestrial and underwater archaeological discoveries, tools, pottery, inscriptions, coins, seals, jewels, clothing and harness parts, weapons and funeral signs.

strictly prohibited on lands which are located on historical, cultural, religious monuments , archaeological sites of a real interest, nature reserves, areas of sanitary protection and perimeters of hydro-geological protection of water sources, as well as creating the right fro servitude for mining activities.

It should also be stressed that even if ownership of this subsoil may be detached from the ground and may belong to another person under an agreement.[30]

To what concerns the lands with water, they have a special legal regime enshrined in the Constitution but also by special laws, regulating the physical limits of the exercise of private property rights on these lands as well as the way of getting close and use of water .

In this regard, according to art. 136 para. 3, of the Constitution, waters with hydropower potential, of national interest and territorial sea are the exclusive object of public property.

The constitutional text is supplemented by provisions of the special law, Law no. 107/1996 [31], the Water Law in Art. 3, paragraph 1 states that water surfaces with their minor beds with lengths greater than 5 km and the catchments area exceeding 10 square kilometers and with hydrographic tanks bigger than 10 square km, the banks and the vats of lakes as well as groundwater, inland sea, the cliffs and the sea beach with their natural wealth and potential hydropower, territorial sea and the Sea bottom, all belong to the public domain. As provided by law they are given in the administration of the Independent Institution – "Romanian Waters" by the Ministry of Waters, Forests and Environmental Protection.

According to article 3, paragraphs 2 and 3 of the Waters Law, minor beds that are smaller than 5 km and with river basins that do not exceed 10 square kilometers, where waters do not flow permanently, belong to the holders, with any title, of the lands which form or flow [32] and the islands which are not related to the lands with shore at a medium level of water belong to the owner of water riverbed. It should be noted that the water is not similar to

---

[30] O. Ungureanu, C. Munteanu, op.cit., 2008, p. 184

[31] Published in. the Official Gazette of Romania, Part I no. 244 of October 8, 1996, amended by Law no. 404/2003 and Law no. 310/2004.

[32] In the doctrine, the idea was accredited that they have a preferential right on the water (riparian rights), having the right to prohibit fishing and access to foreign persons, except where the servitude is a right under art. 28 of the Waters Law, also, they can use preferentially water for household, agricultural or industrial needs and can extract sand or gravel riverbed - see O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit., 2008, p. 185

flowing water; it is considered an enhancement of land that it covers [33]. The ground sank in waters, as waters themselves belong to the riparian owners, and the owner of lakes and ponds always keeps the land that the water covers, even when the water will disappear, but he does not acquire ownership of the riparian lands that water, when it grows, it will cover them [34].

As lazes and lakes which communicate with the sea, belong to the maritime public domain, they can not form the object of the private property, the same regime have the navigable or floatable lakes.

Also note that the property of a riverbed is distinct from the use of water. In this regard, because the waters are and shall remain common goods, the public has a general right to use the waters, but he can not exercise it only so far as riparian allow access to these[35].

The Waters Law, in article 9 paragraph 2 establishes the rule that underground waters may be used freely by the owner of that land respecting the norms of protection of the water quality for drinking, watering, wet, washing, bathing and other household needs, but for these they do not use installations or they use low-capacity installations up to 0.2 l / sec., designed exclusively to meet their household needs.

However, as exception, in accordance with article l and article 2, paragraph 1 of the Law. 85/2003 geothermal waters, the accompanying gas, natural mineral waters (carbonated and flat) and therapeutic mineral waters belong to the state public domain.

As observed by the doctrine of specialty, the Waters Law establishes some servitudes, enforceable against all such as: natural water [36] drainage servitude: and servitudes, without charge, agreed with the Autonomic Institution "Romanian Waters" [37]

---

[33] For example, rainwater that falls on land belongs to the owner, also they are the accessory funds which are water from wells, water ponds, from unsalted lakes that do not communicate with the sea and are formed by damming a stream.

[34] See O. Ungureanu, C. Munteanu, op. cit., 2008, p. 185

[35] Idem

[36] According to article 26 paragraph 1 of the law holders of downstream waters, they are required to receive the waters that are drained, naturally, of the land upstream.

[37] They consist of a) passage or movement of personnel with work duties in water management, to pursue - them b) the location of the riverbed and banks, of milestones, benchmarks, measuring and control devices or other equipments or facilities necessary for the execution of studies on water regime as well as the access for maintenance of the installation destined for these activities, c) transport and temporary storage of materials and equipment for operative intervention on flood defense d) transport and temporary storage of

In conclusion, under the imperative of general interest we can observe the trend of legislator to limit, including material, land ownership, the analysis of material limits over the ownership of land proves its usefulness.

Literature:

- C. Bîrsan, *Civil Law. Main Real Rights*. Third Edition revised and added, Publisher Hamangiu, Bucharest, 2008. ISBN: 978-606-522-052-2;
- L.M. Crăciunean, *Limits private property ownership*, Wolters Kluwer Publisher, 2009, ISBN: 978-973-1911-52-6;
- I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Civil law. Ownership and other real rights*. Revised and supplemented edition. Legal Universe Publishing, Bucharest, 2006, ISBN: 978-973-8929-45-6;
- P. Perju, *Issues concerning the action of bordering*, The magazine Law no. 6 / 1991;
- C.L Popescu, *Romania's constitutional regime of the subsoil*, The magazine Law. no. 3 / 1995;
- O. Ungureanu, C. Munteanu, *Civil Law. Real rights*, Third edition revised and added, Publisher Rosetti, 2005, ISBN: 973-7614-02-X;
- O. Ungureanu, C. Munteanu, *Treaty of Civil Law. Assets. Main real rights*, Publisher Hamangiu, Bucharest, 2008, ISBN: 978-973-1836-99-7;
- V. Stoica, *Civil Law, The Main Real Rights*, vol I, Publisher Humanitas, Bucharest, 2004. ISBN: 973-50-0818-1;

Contact – email
anemaridiaconu@yahoo.co

materials, equipment, as well as their movement and of the personnel in case of the execution of maintenance and repair works. - Article 28, paragraph 1 of the Waters Law.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KONFLIKT VEŘEJNÝCH ZÁJMŮ VE SVĚTLE SMĚRNICE 2009/28/ES O PODPOŘE VYUŽÍVÁNÍ ENERGIE Z OBNOVITELNÝCH ZDROJŮ A VÝVOJE RELEVANTNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVY

HELENA DOLEŽALOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem tohoto příspěvku je nastínit vliv různého pojetí ochrany životního prostředí při využívání energie z obnovitelných zdrojů a specifického vývoje relevantní právní úpravy na rozhodování v případě konfliktu veřejných zájmů. Analyzovány jsou změny právní úpravy týkající se invazních vetřeleckých rostlin i vyjádření veřejného zájmu v energetickém zákoně, a to v souvislosti se směrnicí 2009/28/ES. Závěry vyúsťují ve vyjádření potřeby další diskuse o zmíněných problémech.

Key words in original language
Energie; obnovitelné zdroje; invazní vetřelecké rostliny; biodiverzita; krajinný ráz; veřejný zájem.

Abstract
The aim of this contribution is to outline the influence of different concepts of the environmental protection in the usage of energy from renewable sources in addition to the specific developments of relevant legal regulations on decision making in cases where a conflict of public interests has taken place. This is followed by an analysis of the changes to legislation involving invasive alien plants and expressions of public interest in the energetic act, in connection with Directive 2009/28/EC. The conclusions express the need for ongoing discussions.

Key words
Energy; renewable sources; invasive alien plant; biodiversity; landscape character; public interest.

1. ÚVOD

Využívání energie z obnovitelných zdrojů je v současné době velice aktuální téma související s potřebou snižování emisí skleníkových plynů a splnění Kjótského protokolu k Rámcové úmluvě OSN o změně klimatu. Podpora tohoto využívání energie se zvyšuje, a to nejen po finanční stránce, ale i v související právní úpravě a jejích rychlých a zásadních změnách. Domnívám se, se ne vždy jsou přitom respektovány základní zásady dotčených právních odvětví, což vyplývá jednak z nedostatečné informovanosti o předmětné problematice, tak i z nedokonalé právní úpravy ochrany neocenitelných a subjektivně pojímaných hodnot. Orgány ochrany životního prostředí však musí na základě těchto právních předpisů

rozhodovat o povolování činností souvisejících s využíváním energie z obnovitelných zdrojů, jimiž mohou být tyto hodnoty poškozeny. V následujícím textu se pokusím tyto hypotézy podpořit příklady, které spolu na první pohled zdánlivě nesouvisí, ale přesto mají několik styčných bodů, mezi něž patří i nová komunitární právní úprava, která v blízké budoucnosti významně ovlivní související správní postupy.

2. INVAZNÍ VETŘELECKÉ ROSTLINY - PERSPEKTIVA FYTOENERGETIKY

Tento příspěvek byl inspirován zejména výrokem vedoucího oddělení ekotoxikologie Výzkumného ústavu rostlinné výroby v Praze-Ruzyni a předsedy Českého sdružení pro biomasu CZ Biom, které se zabývá rozvojem a propagací energetického využívání fytomasy: „O tom, zda nad ochranou přírody stojí ještě vyšší priorita, budou rozhodovat úředníci a zákonodárci. Dle mého názoru je priorita trvale udržitelného života vyšší prioritou než ochrana přírody podle receptu průhonických botaniků“.[1] Reagoval takto na článek odborníků z Botanického ústavu Akademie věd v Průhonicích, kritizující povolení pěstování šťovíku Uteuša. Tito botanici upozornili na to, že „v invazní biologii je vskutku obtížné předpovědět, jak se ten který druh bude chovat“ a zdůraznili, že kříženci „jsou z hlediska případné invaze obzvlášť rizikoví“.[2]

Dalším, agresivnějším druhem invazní vetřelecké rostliny, která má značný energetický potenciál, je křídlatka česká (Reynoutria bohemica), kříženec křídlatky japonské (Reynoutria japonica) a sachalinské (Reynoutria sachalinensis) Ačkoli se lze ze strany odborníků zabývajících se pěstováním invazních vetřeleckých druhů pro energetické využití setkat s tvrzením o „malém či nevýznamném nebezpečí expanse křídlatky“[3], jeden z výše zmíněných botaniků, prof. RNDr. Petr Pyšek, CSc., pěstování křídlatek pro energetické účely za bezpečné nepokládá“.[4]

---

[1] VÁŇA, Jaroslav. Názor odborníka z jiného oboru. Biom.cz [online]. 2003-11-05 [cit. 2009-08-27] Dostupné z: <http://www.biom.cz/cz/odborne-clanky/nazor-odbornika-z-jineho-oboru>

[2] PYŠEK, Petr, PERGL, Jan. Opravdu chceme další bolševník? MFDNES [online]. 2003-10-22 [cit. 2009-08-27] Dostupné z: <http://www.mfdnes.newtonit.cz/default.asp?cache=931698>

[3] PETŘÍKOVÁ, Vlasta. Produkce energetických rostlin v pánevních oblastech. Biomasa pro energii [online]. Březen 1996 [cit. 2009-07-08] Dostupné z: <http://www.stary.biom.cz/sborniky/sb.96petrikova/petrikova.html>

[4] PYŠEK, Petr. Křídlatka [online]. Helena Doležalová. 24. září 2009 [cit. 2009-09-24]

2.1 RELEVANTNÍ PRÁVNÍ ÚPRAVA A JEJÍ VÝVOJ

Invazní druhy jsou řazeny mezi největší zdroje ohrožení biodiverzity v současné době, a to proto, že zvyšují své zastoupení ve společenstvu na úkor druhů původních, které mohou vytlačit v konkurenci o limitující zdroje. Z tohoto důvodu patří mezi základní hmotněprávní a procedurální pravidla ochrany přírody a péče o biodiverzitu stanovení regulace introdukce geograficky nepůvodních vetřeleckých druhů.

V souvislosti s negativními dopady šíření invazních druhů bylo přijato několik mezinárodních úmluv, např. Úmluva o biologické rozmanitosti (Rio de Janeiro 1992), podle níž každá smluvní strana úmluvy, bude-li to možné a vhodné, zabrání vysazování, bude regulovat nebo vyhubí vetřelecké invazní druhy, které ohrožují ekosystémy. Nejdůležitějším principem k účinnému naplňování této úmluvy je zásada předběžné opatrnosti[5], z níž v tomto kontextu vyplývá, že nedostatek vědeckého poznání o environmentálním, sociálním nebo ekonomickém nebezpečí, které mohou nepůvodní invazní druhy nebo jejich možné zavlékání či vysazování způsobit, nemůže být důvodem pro nepřijetí preventivních opatření proti zavlékání či vysazování potenciálních invazních druhů.[6]

Princip předběžné opatrnosti bývá odmítán i odpůrci využívání energie z obnovitelných zdrojů, a je spojován s tzv. konceptem "opportunity cost" (náklady příležitosti). Je zdůrazňován požadavek brát v úvahu nejen efekty, ale i náklady opatrnosti, neboť náklady vyvolává i absence akce; opatrnost je tedy nejdražší.[7] Tzv. náklady příležitosti zahrnují to, čeho je nutné se vzdát při přijímání určitého rozhodnutí namísto alternativního rozhodnutí.[8] V tomto případě je však třeba na tyto náklady nahlížet i z opačné strany, tj. je nutné vzít v úvahu i případnou ekologickou újmu a poměřovat náklady nápravy ekologické zátěže se ziskem z realizace záměru (v souvislosti se skutečností, že na likvidaci prakticky neodstranitelných invazních

[5] obecně je tento princip vyjádřen v § 13 zákona č. 17/1992 Sb., o životním prostředí, ve znění pozdějších předpisů, takto: „lze-li se zřetelem ke všem okolnostem předpokládat, že hrozí nebezpečí nevratného nebo závažného poškození životního prostředí, nesmí být pochybnost o tom, že k takovému poškození skutečně dojde, důvodem pro odklad opatření, jež mají poškození zabránit“

[6] Ministerstvo životního prostředí: Strategie ochrany biologické rozmanitosti České republiky. [online] 2005-05 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.bioinstitut.cz/documents/Strategie-CRbiodiverzita.pdf>

[7] KLAUS, Václav. Modrá, nikoli zelená planeta: co je ohroženo: klima nebo svoboda? 2. vydání. Praha: Dokořán, 2009. s. 87 - 95

[8] PETRŽÍLEK, Petr. Legislativa udržitelného rozvoje a nové podnikatelské příležitosti. Praha: LexisNexis, 2007, s. 57

vetřeleckých rostlin jsou vynakládány značné prostředky ze Státního fondu životního prostředí).[9]

V České republice je preventivní opatření proti šíření nepůvodních druhů a kříženců obsaženo v zákoně č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, podle kterého je k tomuto rozšiřování nezbytné povolení orgánu ochrany přírody (s výjimkou stanovenou v § 5 odst. 4 zákona). Zákon řeší otázku geograficky nepůvodních druhů preventivně i u jednotlivých kategorií zvláště chráněných území (obvykle je jednou ze základních ochranných podmínek zákaz záměrného rozšiřování nepůvodních druhů bez povolení). Za nedostatek této právní úpravy je pokládána absence seznamu druhů, jejichž zavlékání či vysazování nebo rozšiřování lze považovat za nebezpečnou z hlediska potenciálních dopadů na přírodní ekosystémy, jakož i sankce v případě nedodržení povinností stanovených zákonem, a v neposlední řadě i řešení otázky nepůvodních invazních druhů již do přírody zavlečených či vysazených.[10] Navíc lze definici pojmu „geograficky nepůvodní druh" (druh, který není součástí přirozených společenstev určitého regionu) pokládat za příliš obecnou.

Česká republika je členem Evropské organizace pro ochranu rostlin (European Plant Protect Organization – EPPO)[11] a rostlinolékařská péče by měla vycházet z doporučení této organizace. EPPO vede seznam nebezpečných invazních rostlin[12] (obsahující i křídlatku). Jelikož jsou některé z těchto rostlin pěstovány jako energetické plodiny, vydala Rada EPPO v září 2007 zvláštní prohlášení „Rostliny pro obnovitelnou energii a invazní vetřelecké druhy rostlin", ve kterém upozorňuje členské státy na možné nebezpečí. Pěstování invazních vetřeleckých druhů nedoporučuje, a pokud k němu dojde, měla by být přijata taková opatření, aby se tyto druhy samovolně nerozšiřovaly.[13]

Povinnost sledovat výskyt invazních vetřeleckých druhů stanovuje rostlinolékařské správě zákon č. 326/2004 Sb., o rostlinolékařské péči, který

---

[9] např.: Prioritní osa 6 umožňuje realizovat široké spektrum činností. In Priorita [online]. 2009-06 [cit. 11.11.2009] Dostupné z: <http://www.opzp.cz/soubor-ke-stazeni/16/4852-Priorita%2006-2009.pdf>

[10] STEJSKAL, Vojtěch. Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost. Praha: Linde, 2006, s. 439

[11] EPPO members (50 countries) Eppo.org [online] 2008-10-23 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.eppo.org/ABOUT_EPPO/about_eppo.htm>

[12] EPPO List of invasive alien plants. Eppo.org [online] 2008-10-23 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.eppo.org/QUARANTINE/ias_plants.htm>

[13] Council recommendation on plants for renewable energy and Invasive Alien Plants. Eppo.org [online] 2007-09 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.eppo.org/STANDARDS/position_papers/bioenergy.htm>

obsahuje zásady ochrany pro zavlékání invazních vetřeleckých druhů při dovozu, vývozu a pohybu uvnitř státu. Invazním škodlivým organismem se podle § 10 tohoto zákona rozumí škodlivý organismus v určitém území nepůvodní, který je po zavlečení a usídlení schopen v tomto území nepříznivě ovlivňovat rostliny nebo životní prostředí včetně jeho biologické rozmanitosti. Míra rizika zavlékání a šíření škodlivých organismů uvedených v § 10 odst. 1 tohoto zákona vyhodnocuje rostlinolékařská správa, jakož i jejich možný vliv na životní prostředí a při zjištění výskytu takového škodlivého organismu vyhodnocuje toto riziko neprodleně. Rostlinolékařská správa provádí monitorování a na území České republiky též průzkum výskytu škodlivých organismů stanovených prováděcím právním předpisem.

Prováděcí právní předpis k zákonu o rostlinolékařské péči, platný do 12.7.2008, vyhláška č. 330/2004 Sb., o opatřeních proti zavlékání a rozšiřování škodlivých organismů rostlin a rostlinných produktů, ve znění pozdějších předpisů, obsahovala seznam invazních škodlivých organismů v příloze č. 8. V tomto seznamu byl i bolševník velkolepý (Heracleum mantegazzianum) a křídlatky (Reynoutria), které bývají uváděny jako nejvýraznější invazní druhy.[14]

Tato vyhláška byla zrušena a nahrazena vyhláškou 215/2008 Sb., o opatřeních proti zavlékání a rozšiřování škodlivých organismů rostlin a rostlinných produktů, jejíž příloha č. 8 (Invazní škodlivé organismy podléhajících monitoringu a průzkumu podle § 10 odst. 1 zákona) obsahovala pouze dva druhy rostlin, křídlatky a bolševník nikoli.

S účinností od 1.7.2009 došlo ke změně této vyhlášky, a to na základě vyhlášky č. 159/2009 Sb., a seznam v příloze č. 8 se rozšířil i o bolševník, který je nebezpečný lidskému zdraví[15], avšak o křídlatky již ne. Avšak v Akčním plánu pro biomasu[16], schváleném vládou, je křídlatka zmíněna jako perspektivní energetická plodina druhé generace.

Na přílohu č. 8 vyhlášky č. 330/2004 Sb. odkazuje příloha č. 2 vyhlášky Ministerstva životního prostředí č. 482/2005 Sb., o stanovení druhů, způsobů využití a parametrů biomasy při podpoře výroby elektřiny z biomasy, obsahující seznam invazních a expanzivních druhů vyšších

[14] Ministerstvo životního prostředí: Strategie ochrany biologické rozmanitosti České republiky. [online] 2005-05 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.bioinstitut.cz/documents/Strategie-CRbiodiverzita.pdf>

[15] Tato agresivní obří rostlina, pod níž neumějí původní druhy přežívat, je pokryta žahavými chloupky, z nichž se může šťáva dostat do kůže a způsobit alergickou fototoxickou reakci. Pozůstatky po puchýřích a zánětlivých zraněních, jako např. jizvy nebo pigmentace, zůstávají patrné celé měsíce.

[16] Akční plán pro biomasu pro ČR na období 2009 – 2011 [online] 2009-01-12 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.mze.cz/attachments/AP_biomasa_09-01.pdf>

rostlin, které narušují funkci ekosystémů a mohou způsobovat hospodářské škody (v této příloze jsou zařazeny i křídlatky a bolševník). Tyto rostliny byly vyloučeny z podpory podle zákona č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z obnovitelných zdrojů energie a o změně některých zákonů (zákon o podpoře využívání obnovitelných zdrojů), ve znění pozdějších předpisů, neboť základním kriteriem podpory byla šetrnost k životnímu prostředí. Výjimkou byla rostlinná hmota vzniklá odstraněním těchto rostlin z jejich stávajících stanovišť z důvodu škodlivosti.

Oddělení fytoenergetiky Výzkumného ústavu Silva Taroucy pro krajinu a okrasné zahradnictví, v.v.i. vypracovalo seznamy energetických plodin. V pracovním seznamu používaných a potenciálních energetických plodin jsou uvedeny všechny tři druhy křídlatek s označením „hlavní nebezpečné invazivní druhy“.[17] V seznamu rostlin vhodných k pěstování za účelem využití biomasy pro energetické účely z pohledu minimalizace rizik pro ochranu přírody a krajiny je uveden výše zmiňovaný šťovík Uteuša s poznámkou, že k jeho pěstování je nutný souhlas orgánu ochrany přírody podle zákona č. 114/1992 Sb. a lze ho pěstovat pouze mimo zvláště chráněná území.[18] Při pěstování šťovíku je za problém považováno jeho rozšiřování do okolí.[19]

Podle ředitele odboru vnějších vztahů a tiskového mluvčího Ministerstva životního prostředí je vše v pořádku: „V seznamu rostlin vhodných pro pěstování k energetickému využití není ani jeden invazní druh. Je v něm řada druhů nepůvodních a také kříženců … v seznamu jsou označeny druhy, které není možné pěstovat ve zvláště chráněných územích. Podle platné legislativy je navíc pro pěstování nepůvodních druhů rostlin a kříženců třeba povolení k šíření do životního prostředí – při jeho posuzování se hodnotí i potenciální rizika zkřížení těchto druhů s místními populacemi rostlin.“[20]

---

[17] Pracovní seznam používaných a potenciálních energetických plodin. Vukoz.cz [cit. 2009-10-03] Dostupné z: <http://www.vukoz.cz/__C1256D3B006880D8.nsf/$pid/VUKJWF1CD335/$FILE/tabulka1.htm>

[18] Seznam rostlin vhodných k pěstování za účelem využití biomasy pro energetické účely z pohledu minimalizace rizik pro ochranu přírody a krajiny. Vukoz.cz [cit. 2009-10-03] Dostupné z: <http://www.vukoz.cz/__C1256D3B006880D8.nsf/$pid/VUKJWF1CD335/$FILE/tabulka2.htm>

[19] HOFBAUER, Jan. Možnosti energetického využití netradičních plodin. Biom.cz [online] 2009-03-11 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.biom.cz/er/odborne-clanky/moznosti-energetickeho-vyuziti-netradicnich-plodin>

[20] KAŠPAR, Jakub. Dementi MŽP: K dnešnímu článku Lidových novin „Pod dozorem státu sází zemědělci plevel“ [online] 2009-09-11 [cit. 2009-10-03] Dostupné z: <http://www.enviweb.cz/clanek/zemedelstvi/78304/dementi-mzp-k-dnesnimu-clanku-lidovych-novin>

Strategie ochrany biologické rozmanitosti České republiky, která je základním dokumentem v oblasti ochrany biodiverzity, však kritizuje, že pro povolování výjimek ze zákazu introdukce invazních druhů nejsou stanovena kriteria posuzování žádosti.[21]

Lze tedy spatřovat určitý nesoulad jak v názorech odborníků, tak i v právní úpravě vztahující se k pěstování určitých energetických rostlin, což má nepochybně negativní vliv na rozhodování příslušných správních orgánů o povolení pěstování těchto rostlin.

3. OCHRANA KRAJINNÉHO RÁZU VS VÝSTAVBA ENERGETICKÝCH ZAŘÍZENÍ

Druhým podnětem k tomuto článku byl názor předsedy České společnosti pro větrnou energii: „Jedním z nejčastějších (důvodů ukončení záměrů výstavby větrných elektráren) bylo vydání záporného rozhodnutí městských úřadů … v souvislosti s krajinným rázem, ve smyslu § 12 odst. 2 zákona 114/1992 Sb., přesto, že tyto projekty byly vyhodnoceny kladně v procesu EIA. … Abychom mohli splnit cíle a závazky České republiky ve výrobě elektrické energie z obnovitelných zdrojů, potřebujeme odbourat zbytečné překážky v povolovacím procesu.“[22]

Zde se projevuje subjektivní chápání významu ochrany krajinného rázu, která není pro každého nenahraditelnou hodnotou spoluvytvářející identitu národa. Ochrana tohoto abstraktního fenoménu má původ ve filozofických a vědeckých východiscích. Základními prameny právní úpravy ochrany krajinného rázu jsou Evropská úmluva o krajině (Florencie, 2000), Úmluva o světovém kulturním a přírodním dědictví (Paříž, 1972) a zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů. Ovšem ustanovení o ochraně krajinného rázu lze nalézt již v zákoně č. 81/1920 Sb. (tzv. přídělový zákon) a v zákoně č. 47/1948 Sb. (tzv. scelovací zákon).

Podle zákona o ochraně přírody a krajiny je tato ochrana veřejným zájmem a každý je povinen při užívání přírody a krajiny strpět omezení vyplývající z tohoto zákona. Plnění stanovených indikativních cílů a ochrana klimatu nemůže být důvodem pro prosazení výstavby větrné elektrárny tam, kde příliš narušuje krajinný ráz. Lze se domnívat, že na názoru Nejvyššího správního soudu[23], že k zájmu na výrobě energie z obnovitelných zdrojů lze

[21] Ministerstvo životního prostředí: Strategie ochrany biologické rozmanitosti České republiky. [online] 2005-05 [cit. 2009-07-06] Dostupné z: <http://www.bioinstitut.cz/documents/Strategie-CRbiodiverzita.pdf>

[22] JANEČEK, Michal. Větrná energie 2008: Svět, Evropa a Česká republika. Energie 21, 2009, č. 2, str. 36 - 37

[23] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9.11.2007 sp. zn. 2 As 35/2007

přihlédnout pouze za situace, kdy narušení krajinného rázu není příliš velké, nic nezmění ani to, že nyní již nejde jen o hospodářský, ale o veřejný zájem.

Definování veřejného zájmu v energetické legislativě bylo jedním z cílů Státní energetické koncepce. Dne 4. července 2009 nabyl účinnosti zákon č. 158/2009 Sb., kterým byl změněn zákon č. 458/2000 Sb., o podmínkách podnikání a o výkonu státní správy v energetických odvětvích a o změně některých zákonů (energetický zákon), ve znění pozdějších předpisů, a některé další zákony. Energetický zákon nyní stanoví, že ve veřejném zájmu je zřizována a provozována mj. výrobna elektřiny, tj. energetické zařízení pro přeměnu různých forem energie na elektřinu, zahrnující všechna nezbytná zařízení, o celkovém instalovaném elektrickém výkonu 100 MW a více, s možností poskytovat podpůrné služby k zajištění provozu elektrizační soustavy.

V této souvislosti lze připomenout, že ať už je v odborné literatuře zmiňován střet zájmů individuálních se zájmem veřejným, nebo střet zájmů ekonomických s ekologickými, zájmů ekonomických či individuálních navzájem[24] nebo střet zájmů na ochraně jednotlivých částí životního prostředí[25], vždy je zdůrazňována nutnost přijatelného kompromisu.

4. SMĚRNICE 2009/28/ES O PODPOŘE VYUŽÍVÁNÍ ENERGIE Z OBNOVITELNÝCH ZDROJŮ A NÁSLEDNÉM ZRUŠENÍ SMĚRNIC 2001/77/ES A 2003/30/ES

Tato směrnice byla přijata dne 23. dubna 2009. Podle jejího článku 26 se směrnice 2001/77/ES o podpoře elektrické energie z obnovitelných zdrojů na vnitřním trhu s elektřinou a směrnice 2003/30/ES o podpoře užívání biopaliv nebo jiných obnovitelných pohonných hmot v dopravě zrušují s účinkem ode dne 1. ledna 2012, přičemž články 2, 3 odst. 2 a články 4 až 8 směrnice 2001/77/ES, jakož i články 2,3 odst. 2, 3 a 5 a články 5 a 6 směrnice 2003/30/ES se zrušují ode dne 1. dubna 2010. Členské státy jsou povinny uvést v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu se směrnicí 2009/28/ES do 5. prosince 2010.

Směrnice 2009/28/ES tedy komplexně upravuje podporu využívání energie z obnovitelných zdrojů, navíc zahrnuje i podporu ústředního vytápění a chlazení využívajícího energii z obnovitelných zdrojů. Stanoví společný rámec pro podporu energie z obnovitelných zdrojů, závazné národní cíle,

[24] DROBNÍK, Jaroslav. Úvod do pozemkového práva. 2. vydání. Praha: Ifec, 2007. str. 15

[25] PEKÁREK, Milan. Územní plánování – jeho postavení a úloha při ochraně životního prostředí a jeho vztahy k dalším koncepčním nástrojům ochrany životního prostředí z pohledu práva. České právo životního prostředí. [cit. 2009-07-27] Dostupné z: <http://www.cspzp.com/prispevky.html>

pokud jde o celkový podíl energie z obnovitelných zdrojů na hrubé konečné spotřebě energie a podíl energie z obnovitelných zdrojů v dopravě, pravidla týkající se statistických převodů mezi členskými státy, společných projektů členských států a členských států a třetích zemí, záruk původu, správních postupů, informování a vzdělávání a přístupu energie z obnovitelných zdrojů k distribuční soustavě a kriteria udržitelnosti pro biopaliva a biokapaliny.

Směrnice vyjadřuje zájem na tom, aby správní orgány při přezkumu správních postupů pro vydávání povolení k výstavbě a provozování zařízení na výrobu elektřiny, tepla a chlazení nebo pohonných hmot z obnovitelných zdrojů energie a souvisejících infrastruktur přenosových a distribučních sítí zohlednily specifickou strukturu odvětví energie z obnovitelných zdrojů a aby byla pravidla plánování upravena tak, aby zohlednila účinnost zařízení pro vytápění a chlazení a elektrická zařízení využívající energii z obnovitelných zdrojů z hlediska efektivity vynaložených prostředků a dopadů na životní prostředí. Členské státy by též měly při uplatňování správních postupů, plánovacích nástrojů a právních předpisů týkajících se udělování povolení zařízením přihlédnout k příspěvku obnovitelných zdrojů energie k plnění cílů v oblasti životního prostředí a změny klimatu.

Členské státy mohou zřídit jediný správní orgán odpovědný za vyřizování žádostí o schválení, osvědčení a povolení na výrobu energie z obnovitelných zdrojů a poskytování pomoci žadatelům, považovat žádost o stavební povolení pro zařízení na výrobu energie z obnovitelných zdrojů za schválené, pokud schvalující orgán neodpoví ve stanovených lhůtách nebo uvádět v územním plánování zeměpisné polohy vhodné pro získávání energie z obnovitelných zdrojů a pro umístění zařízení pro ústřední vytápění a chlazení.

Ve směrnici je však vyjádřen i zájem na jednotném přístupu v energetické politice a politice životního prostředí a snaha o zabránění rozporů z hlediska životního prostředí. Důraz je též kladen na zachování biologické rozmanitosti, která je hodnotou pro veškeré lidstvo (např. je stanovena povinnost sledovat dopady pěstování biomasy, jako jsou změny ve využívání půdy, zavádění invazních nepůvodních druhů a jiné vlivy na biologickou rozmanitost a dopady na produkci potravin a místní prosperitu a podpořeno využívání znehodnocené půdy).[26] Směrnice předpokládá další úpravu podpory využívání obnovitelných zdrojů v závislosti na výsledcích stanovených pravidelných hodnocení.

[26] Podpora alternativních energetických technologií bývá spojována se změnami ve využívání zemědělské půdy, což je předzvěstí nedostatku potravin, zvýšení jejich cen a hladomoru (např. FALK, Richard. The Second Cycle of Ecological Urgency In EBBESSON, Jonas, OKOWA, Phoebe. Environmental Law and Justice in Context. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 43)

5. ZÁVĚR

Zmíněné příklady ilustrují situaci, v níž musí orgány ochrany přírody při povolování činností souvisejících s využíváním energie z obnovitelných zdrojů hledat takové řešení, aby bylo vyvážené a zájem na ochraně přírody a krajiny nebyl odsunut do pozadí. To je mimořádně obtížné, je-li v konfliktu veřejných zájmů určitým způsobem více podporováno prosazování jednoho na úkor druhého z nich. Za některými veřejnými zájmy lze vidět zájmy ekonomické, za jinými ne, a to může mít vliv na způsob právní úpravy jejich ochrany.

Ovšem jsou-li některé zájmy prosazovány v zájmu trvalé udržitelnosti, nelze zapomínat na jeden z principů udržitelného rozvoje, podle něhož má být životní prostředí chráněno jako celek, což znamená, že při přijímání opatření ve prospěch jedné složky životního prostředí je nutné brát v potaz dopad na složky ostatní.

Podpora využití energie z obnovitelných zdrojů není jediným, i když významným nástrojem politiky ochrany klimatu, mezi další nástroje patří např. i podpora energetických úspor. Tato záležitost však vyžaduje nejen finanční podporu úsporných opatření, ale i změnu životního stylu, sociálních norem a hodnotového žebříčku, což jsou obecně neoblíbená témata.

Domnívám se, že v zájmu nalezení všeobecně vyhovujícího řešení v předmětné problematice by bylo vhodné zaměřit pozornost na záležitosti společné jak příznivcům, tak odpůrcům využívání energie z obnovitelných zdrojů, zejména na (ne)uplatňování principu předběžné opatrnosti. S tím souvisí otázky odpovědnosti, nápravy případné ekologické újmy, sankcí apod., modifikované na výše uvedené a související případy.

Literature:

- DROBNÍK, Jaroslav. Základy pozemkového práva. 2. vydání. Praha: Ifec, 2007, 175 s.
- EBBESSON, Jonas, OKOWA, Phoebe. Environmental Law and Justice in Context. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 483 s.
- KLOZ, Martin et al. Využívání obnovitelných zdrojů energie. Právní předpisy s komentářem. Praha: Linde, 2007, 511 s.
- KLAUS, Václav. Modrá, nikoli zelená planeta: co je ohroženo: klima nebo svoboda? 2. vydání. Praha: Dokořán, 2009, 212 s.
- PEKÁREK, Milan. Územní plánování – jeho postavení a úloha při ochraně životního prostředí a jeho vztahy k dalším koncepčním nástrojům

ochrany životního prostředí z pohledu práva. České právo životního prostředí. Dostupné z: <http://www.cspzp.com/prispevky.html>

- PETRŽÍLEK, Petr. Legislativa udržitelného rozvoje a nové podnikatelské příležitosti. Praha: LexisNexis, 2007, 230 s.
- STEJSKAL, Vojtěch. Úvod do právní úpravy ochrany přírody a péče o biologickou rozmanitost. Praha: Linde, 2006, 591 s.

Contact – email
320942@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ENVIRONMENTÁLNE ASPEKTY ÚZEMNÉHO PLÁNOVANIA

LADISLAV DUDOR

Akadémia Policajného zboru v Bratislave, Katedra verejnej správy a verejných financií, Slovenská republika

Abstract in original language
Článok sa zaoberá aktuálnymi problémami územného plánovania z pohľadu environmentálneho práva v Slovenskej republike. Autor bližšie poukazuje na význam územného plánu pre potreby zabezpečenia trvalo udržateľného rozvoja v území, na princípy jeho tvorby, na možný stret záujmov v rámci územného plánovania ako aj na možnosti ich riešenia.

Key words in original language
Ekológia; životné prostredie; územný plán; územné plánovanie; stret záujmov v území; posudzovanie vplyvov na životné prostredie; verejnosť; verejný záujem; udržateľný rozvoj.

Abstract
The article deals with current problems of land use planning from the view of environmental law in the Slovak Republic. Author points to the importance of land use plan for needs of ensurance the sustainable development in the area, deals with the principles of his processing, with possible conflicts of interest within the planning process and he also points to the possible solutions.

Key words
Ecology; Environment; Land Use Plan; land use planning; conflict of interest in the area; assessing environmental impacts; public; public interest; sustainable development.

Úvod

Právna teória sa v súčasnosti prikláňa k vymedzeniu pojmu životného prostredia z tzv. antropocentrického hľadiska, v zmysle ktorého sa za životné prostredie považuje prostredie tvorené súhrnom hmotných častí sveta jednak prirodzene existujúcich a jednak človekom umelo vytvorených. Ide teda o súhrn tých častí materiálneho sveta, na ktoré má človek dosah a môže ich svojou činnosťou ovplyvniť. Antropocentrické chápanie vyčleňuje človeka zo sféry životného prostredia a chápe ho ako subjekt starostlivosti neho, ktorého úlohou je ovplyvňovať a pôsobiť na životné prostredie za účelom jeho ochrany a zveľaďovania v súlade s princípom trvalo udržateľného rozvoja. Antropocentrická teória vychádza zo základného postulátu, že ľudskou činnosťou je síce možné ovplyvniť životné prostredie či už v kladnom alebo v zápornom slova zmysle, vždy však ide len o určitú činnosť človeka, ktorá ale sama o sebe nie je zložkou

životného prostredia, ale naopak je prioritným záujmom právnej regulácie environmentálneho práva.

Bolo by naivné domnievať sa záujem na právnej regulácie zásahov človeka do životného prostredia je dané výlučne záujmom človeka na zachovaní biologickej diverzity či jeho estetickým cítením. Iste aj toto je jednou z determinujúcich skutočností ochrany životného prostredia, ale je až záujmom sekundárnym resp. doplňujúcim. Pravda je taká, že environmentálne právo sa začalo systematicky rozvíjať predovšetkým až v dôsledku uvedomenia si hroziacich ekologických katastrof či už globálneho alebo regionálneho dosahu, ktoré môžu mať život na zemi, a tým aj pre samotnú existenciu človeka nezvratné a likvidačné následky. V prvom rade ide teda o sledovanie vlastných v podstate sebeckých záujmov ľudstva hnaných pudom sebazáchovy, ku ktorým sa až neskôr z alibistických dôvodov priraďujú aj ďalšie ciele právnej regulácie environmentálneho práva, tak aby sa človek sám pred sebou nemusel hanbiť a aby sa na svoje činy mohol pozrieť bez výraznejších výčitiek. Či už tak alebo onak, podstatné je, že environmentálne právo existuje a má priestor pre svoje ďalšie napredovanie. Potrebujem za potrebné poukázať na skutočnosť, že tento článok si nekladie za ciel vyčerpávajúco opísať inštitút územného plánovanie, ale naopak snaží sa poukázať na jeho podstatu a postihnúť ho v širších environmentálnych súvislostiach.

I.

Problémy ekologického charakteru, spolu s vojnovými problémami a problémami týkajúcich sa dodržiavania ľudských práv, sa po skončení druhej svetovej vojny stali najdiskutovanejšími a najpálčivejšími otázkami súčasného sveta. Environmentálne právo svojím širokospektrálnym zameraním zasahuje do mnohých oblastí spoločenského života územné plánovanie nevynímajúc, čo je dané súčasnom stupňom územného rozvoja a urbanizácie, ktorá má podstatný dopad na životné prostredie a na prírodné zdroje v území. Prírodné zložky životného prostredia pôsobia na človeka ale aj na okolité prostredie živelne, neplánovane a nekoordinovane. Človek na rozdiel od ostatných častí prírody má ako jediný zo živých tvorov možnosť modifikovať a pretvárať prírodu k vlastnej spokojnosti a keďže sa pasuje do pozície inteligentnej a mysliacej bytosti, jeho pôsobenie na prírodu by malo byť uvedomelé a plánované, aby po sebe nezanechával spúšť, ale naopak aby ju dokázal využívať šetrne. Ľudia musia rešpektovať, že príroda tu bola pred nami a pravdepodobne pretrvá aj dlho po nás.

K takémuto správaniu sa ľudí smeruje aj cieľ súčasnej právnej úpravy práva životného prostredia, ktorým je dosiahnutie priaznivého stavu životného prostredia umožňujúceho existenciu a zdravý rozvoj nielen súčasných ale aj budúcich generácií a dosiahnutie optimálneho vzťahu medzi priaznivým stavom životného prostredia a ekonomickým reprodukčným procesom.[1] Aj

[1] KOŠIČIAROVÁ, S. a kol. Právo životného prostredia. s. 11.

z uvedeného cieľa je cítiť antropocentrický podtón právnej úpravy, nakoľko priaznivým stavom životného prostredia rozumieme súhrn takých vlastností životného prostredia, udržanie ktorých je nevyhnutné pre existenciu a rozvoj človeka.[2] Cieľ právnej úpravy v podobe zosúladenia, resp. vytvorenia optimálneho vzťahu medzi priaznivým stavom životného prostredia a ekonomickým reprodukčným procesom je významným nositeľom potencionálneho konfliktu v území medzi ekologickými a hospodárskymi záujmami v rámci určitej komunity, či už hovoríme o území v globálnom, regionálnom, národnom či miestnom poňatí.

Súčasná životná úroveň ľudskej spoločnosti je na jednej strane výsledkom vedecko-technického pokroku a s ňou súvisiacou priemyselnou veľkovýrobou, no na druhej strane práve vedecko-technický pokrok a s ním súvisiaci spôsob života v priemyselne rozvinutých krajinách je základnou príčinou takých regionálnych a globálnych problémov ako je dezertifikácia, deforestrácia, úbytok zdrojov pitnej vody, globálne otepľovanie, alebo vznik a rozširovanie ozónovej diery. Istým pozitívom je, že rozvinuté krajiny si už uvedomujú environmentálne riziká svojich činností a zavádzajú rôzne právne inštitúty na elimináciu aktuálnych hrozieb s cieľom trvalo udržateľného rozvoja a šetrného využívania prírodných zdrojov v území.[3] Osobitný význam tu má práve inštitút územného plánovania a posudzovania vplyvov na životné prostredie. Ich úlohou je vytvoriť symbiózu medzi ekonomickým rozvojom vyžadujúcim novú investičnú výstavbu, ktorá má vždy určité nároky na územie a medzi záujmami životného prostredia v podobe minimalizácie nepriaznivých zásahov investičnej výstavby do životného prostredia v súlade s princípom trvalo udržateľného rozvoja alebo dokonca využitím investičnej výstavby k zlepšeniu súčasného stavu životného prostredia.[4]

II.

Územné plánovanie je jedným z najvýznamnejším právnych inštitútov, ktoré prostredníctvom svojich koncepčných a operatívnych nástrojov rozhodujúcim spôsobom ovplyvňuje spôsob funkčného využitia územia

---

[2] S priaznivým stavom životného prostredia sa samozrejme spája aj zachovanie prirodzených funkcií ekosystémov a biologickej diverzity, ale v prvom rade sa sleduje uspokojovanie životných potrieb človeka.

[3] Paradoxom je, že rozvojové krajiny majú síce pomerne dobrý stav životného prostredia vo vzťahu k niektorým vyspelým krajinám, ale v oveľa menšom rozsahu skúmajú negatívne dopady priemyselnej a inej činnosti na ich životné prostredie a tie faktory, ktoré sa vyspelé krajiny snažia eliminovať oni chápu ako pozitívnu skutočnosť. Samozrejme je to zapríčinené nízkou životnou úrovňou a snahou o ich ekonomické napredovanie. Pravdepodobne aj tieto krajiny budú musieť prejsť rovnakými problémami ako západné vyspelé štáty a až v dôsledku neznesiteľného smogového zamorenia alebo iných nepriaznivých vplyvov sa zmení aj ich prístup k ochrane životného prostredia.

[4] MARCHAL, S. Územní plánovaní jako nástroj péče o životní prostredí. s. 7-12.

pričom vytvára záruky zachovania jeho prírodných a kultúrnych hodnôt. Táto skutočnosť je podčiarknutá hneď v prvej časti, prvom oddiely a v prvom paragrafe zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon), ktorý ustanovuje, že „Územným plánovaním sa sústavne a komplexne rieši priestorové usporiadanie a funkčné využívanie územia, určujú sa jeho zásady, navrhuje sa vecná a časová koordinácia činností ovplyvňujúcich životné prostredie, ekologickú stabilitu, kultúrno-historické hodnoty územia, územný rozvoj a tvorbu krajiny v súlade s princípmi trvalo udržateľného rozvoja“ a že „Územné plánovanie vytvára predpoklady pre trvalý súlad všetkých činností v území s osobitným zreteľom na starostlivosť o životné prostredie, dosiahnutie ekologickej rovnováhy a zabezpečenie trvalo udržateľného rozvoja, na šetrné využívanie prírodných zdrojov a na zachovanie prírodných, civilizačných a kultúrnych hodnôt.“

Relevantnosť územnoplánovacej činnosti vo vzťahu k starostlivosti o životné prostredie je zabezpečená uplatňovaním viacerých právnych inštitútov, resp. princípov vo vzájomnej jednote:

princíp trvalo udržateľného rozvoja – je zjednocujúcim princípom a základným cieľom nielen územného plánovania ale aj environmentálneho práva vôbec. Legálna definícia uvedeného princípu je stanovená v § 6 zákone č. 17/1992 Zb. o životnom prostredí, ktorý pod pojmom trvalo udržateľný rozvoj rozumie taký rozvoj, ktorý súčasným i budúcim generáciám zachováva možnosť uspokojovať ich základné životné potreby a pritom neznižuje rozmanitosť prírody a zachováva prirodzené funkcie ekosystémov. Uplatňovanie princípu trvalo udržateľného rozvoja v územnom plánovaní vyplýva napr. z úloh územného plánovania, ktorým je okrem iného aj navrhovanie územno-technických a organizačných opatrení nevyhnutných na zlepšenie životného prostredia, dosiahnutie ekologickej stability a na zabezpečenie trvalo udržateľného rozvoja.[5] Úlohou územného plánovanie teda nie je len chrániť životné prostredie ale zároveň sa má podieľať aj na jeho tvorbe zveľaďovaním, resp. jeho zlepšovaním.

princíp únosnej miery zaťaženia - rovnako ako princíp trvalo udržateľného rozvoja aj tento princíp vychádza z podstaty územného plánovania v zmysle jeho cieľov a úloh, ktorou je aj určovať zásady využívania prírodných zdrojov, podmienok územia a celého životného prostredia, takým spôsobom, aby sa činnosťami v území neprekročilo jeho únosné zaťaženie a aby sa vytvárala a udržiavala ekologická stabilita krajiny.[6]

[5] Zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku, § 2 ods.1 písm. j).

[6] Zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku, § 2 ods.1 písm. g).

princíp najvyššej ochrany - je vyjadrený požiadavkou, aby sa územné plánovanie vykonávalo podľa najnovších poznatkov spoločenských, prírodných a technických vied a poznatkov o stave životného prostredia.[7]

princíp spolupráce a súčinnosti – spolupráca orgánov štátnej správy, obcí a súčinnosť právnických osôb v podstate vedie k praktickému naplneniu princípu najvyššej ochrany. V stavebnom zákone je vyjadrený oprávnením orgánov územného plánovania požadovať od vedeckých inštitúcií a iných právnických osôb najnovšie údaje a výsledky ku ktorým dospeli svojou činnosťou a povinnosťou uvedených subjektov požadované skutočnosti oznamovať.

Princíp spolupráce by sa mal uplatňovať neustále, počas celej územnoplánovacej činnosti od počiatku až do jej pomyselného ukončenia. Od začiatku prípravy územnoplánovacej dokumentácie, územných rozhodnutí a opatrení je povinnosťou všetkých orgánov ktoré postupujú a rozhodujú podľa stavebného zákona dbať o dosiahnutie najúčinnejšej ochrany poľnohospodárskeho a lesného pôdneho fondu a spolupracovať s orgánmi zabezpečujúcimi jeho ochranu. Rovnako už pri vykonávaní prípravných prác orgán územného plánovania, ktorý obstaráva územnoplánovaciu dokumentáciu ju v zmysle stavebného zákona zabezpečuje v spolupráci s ostatnými orgánmi štátnej správy, orgánmi samosprávnych krajov, obcami a právnickými osobami a fyzickými osobami, ktoré sa podieľajú na využívaní územia.[8] Neskôr v etape prerokovávania, schvaľovania a aktualizácie územnoplánovacej dokumentácie sú orgány s environmentálnym zameraním dotknutými orgánmi a majú oprávnenie vyjadrovať sa v rozsahu svojej pôsobnosti k územnoplánovacej dokumentácii.[9] Princíp spolupráce a súčinnosti má veľmi úzky vzťah k princípu komplexnosti.

princíp komplexnosti – princíp komplexnosti je jedným z nosných princípov územného plánovania, ktorý spočíva jednak v zohľadnení všetkých dostupných informácií v územnom plánovaní, ktoré môžu mať vplyv na funkčné využitie územia a na stav životného prostredia a tiež v rôznorodosti subjektov, ktorí majú buď možnosť alebo povinnosť vyjadrovať sa k zámeru či návrhu územnoplánovacích dokumentov ako aj k územnému rozhodnutiu.

---

[7] Pozri zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku, § 2 ods. 4.

[8] Pozri zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku, § 138 ods.1, 3 a § 19b ods.2.

[9] Podľa § 9 ods. 1 písm. a) zákona č. 543/2002 Z.z. o ochrane prírody a krajiny je orgán ochrany prírody dotknutým orgánom v konaniach podľa osobitných predpisov vo veciach ochrany prírody a krajiny, ak ide o schválenie alebo zmenu územnoplánovacej dokumentácie alebo podľa § 15 ods.3 zákona č. 44/1988 Zb. o ochrane a využití nerastného bohatstva sa Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky pri prerokúvaní územnoplánovacej dokumentácie vyjadruje z hľadiska ochrany a využitia nerastného bohatstva.

Aplikácia princípu komplexnosti je teda vyjadrená využívaním celého komplexu územnoplánovacích a iných podkladov v procese územného plánovania. Územnoplánovacími podkladmi je urbanistická štúdia, územný generel, územná prognóza a územno-technické podklady. Zároveň sa môžu využívať aj iné, tzv. ostatné podklady. Stavebný zákon v § 7a taxatívne vypočítava, ktoré z ostatných podkladov sa využívajú povinne.[10] Povinnosť využívať podklady pri vypracovávaní územnoplánovacej dokumentácie ustanovujú zároveň aj osobitné zákony.[11]

Princíp komplexnosti nachádza svoje uplatnenie aj v povinnosti posudzovania predpokladaných vplyvov na životné prostredie, ktorému ex lege podliehajú aj návrhy a zmeny strategických dokumentov, medzi ktoré patrí aj územnoplánovacia dokumentácia. Vplyvom na životné prostredie sa pritom rozumie akýkoľvek priamy alebo nepriamy vplyv na životné prostredie vrátane vplyvu na zdravie, flóru, faunu, biodiverzitu, pôdu, klímu, ovzdušie, vodu, krajinu, prírodné lokality, hmotný majetok, kultúrne dedičstvo a vzájomné pôsobenie medzi týmito faktormi.[12] Účelom využitia tohto inštitútu v územnom plánovaní, t.j. hodnotenia vplyvov na životné prostredie je najmä zabezpečenie vysokej úrovne ochrany životného prostredia a integrácia environmentálnych aspektov do prípravy a schvaľovania strategických dokumentov so zreteľom na podporu trvalo udržateľného rozvoja. Komplexnosť hodnotenia vplyvov je zabezpečená ich

[10] Z ostatných podkladov sa povinne využívajú stratégie trvalo udržateľného rozvoja, stratégie štátnej environmentálnej politiky, environmentálne akčné programy a odvetvové koncepcie, projekty pozemkových úprav, lesných, vodohospodárskych, závlahových a melioračných úprav pozemkov, dokumenty územného systému ekologickej stability, územné priemety ochrany prírody a krajiny, programy starostlivosti o prírodu a krajinu, programy ochrany kultúrneho a historického dedičstva, programy odpadového hospodárstva, koncepcie rozvoja jednotlivých oblastí života obcí a stratégie a programy regionálneho rozvoja.

[11] Pozri napr. zákon č. 223/2001 Z.z. o odpadoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov, § 5 ods. 10 (Program odpadového hospodárstva vydaným orgánom štátnej správy odpadového hospodárstva je podkladom na spracovanie územnoplánovacej dokumentácie); zákon č. 543/2002 Z.z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov, § 54 ods. 20 (Dokumentácia ochrany prírody a krajiny je podkladom na vypracovanie územnoplánovacej dokumentácie); zákon č. 364/2004 Z.z. o vodách a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov (vodný zákon), § 15 ods. 8 (Orgány štátnej správy sú povinné pri spracovávaní ...územnoplánovacej dokumentácie ...vychádzať z Vodného plánu Slovenska); alebo napr. zákon č. 44/1988 Zb. o ochrane a využití nerastného bohatstva (banský zákon), § 15 ods. 1(Na včasné zabezpečenie ochrany nerastného bohatstva sú orgány územného plánovania6) a spracovatelia územnoplánovacej dokumentácie povinní pri územnoplánovacej činnosti vychádzať z podkladov o zistených a predpokladaných výhradných ložiskách poskytovaných im Ministerstvom životného prostredia Slovenskej republiky)

[12] Zákon č. 24/2006 Z.z. o posudzovaní vplyvov na životné prostredie, § 3 písm. a).

rozsahom, ktorý má spĺňať požiadavky obsahu a štruktúry správy o hodnotení strategického dokumentu.[13]

Princíp primeranosti a hospodárnosti je akýmsi limitujúcim princípom, ktorý prihliada na racionálnosť správania sa subjektov pri územnom plánovaní, a to predovšetkým s ohľadom na náročnosť a finančnú nákladovosť obstarávania územnoplánovacej dokumentácie, nakoľko náklady spojené s obstaraním územnoplánovacej dokumentácie uhrádza v prvom rade orgán územného plánovania, ktorý územnoplánovaciu dokumentáciu obstaráva. V prvom rade ale kladie dôraz na zabezpečenie súladu medzi územným rozvojom a starostlivosťou o životné prostredie.

Princíp systematickosti – aplikácia princípu systematickosti má svoje vyjadrenie vo viacerých ustanoveniach stavebného zákona.

Príkladom aplikácie princípu systematickosti v územnom plánovaní je napríklad postup tvorby územnoplánovacej dokumentácie nižšieho stupňa, ktorá musí rešpektovať územnoplánovaciu dokumentáciu vyššieho stupňa. Stavebný zákon v §10 ods.1 stanovuje, že územný plán regiónu musí byť v súlade so záväznou časťou Koncepcie územného rozvoja Slovenska a vychádza zo smernej časti Koncepcie územného rozvoja Slovenska. Stavebný zákon stavia požiadavku systematickosti aj do praktickej podoby, kedy v § 25 ods.1 písm. a) stanovuje, že pred predložením návrhu územného plánu na schválenie príslušný orgán preskúma, či obsah návrhu je v súlade so záväznou časťou schválenej územnoplánovacej dokumentácie vyššieho stupňa, pričom v v ods. 6 toho istého paragrafu rieši aj problém zistenia rozporu pri jeho preskúmavaní takým spôsobom, že zakazuje schváliť návrh územného plánu, ktorého obsah nie je v súlade so záväznou časťou územnoplánovacej dokumentácie vyššieho stupňa alebo s príslušnými všeobecne záväznými právnymi predpismi alebo ktorého postup obstarania a prerokovania nie je v súlade s príslušnými všeobecne záväznými právnymi predpismi. Pokiaľ by prišlo k jeho schváleniu aj napriek takémuto rozporu, schválenie je v celom rozsahu neplatné.

Ďalším príkladom princípu systematickosti je požiadavka aby aj ostatné odvetvové a rozvojové koncepcie boli vypracované v súlade s územnoplánovacou dokumentáciou. Stavebný zákon v § 8 stanovuje, že odvetvové koncepcie ústredných orgánov štátnej správy a koncepcie rozvoja obcí a iné programy týkajúce sa hospodárskeho, sociálneho alebo kultúrneho rozvoja musia byť v súlade so záväznými časťami územnoplánovacej dokumentácie.

[13] Štruktúra a obsah správy o hodnotení územnoplánovacej dokumentácie je uvedená v prílohe č. 5 zákona č. 24/2006 Z.z. o posudzovaní vplyvov na životné prostredie.

Napokon ale nie v poslednom rade sa systematickosť územného plánovania prejavuje aj presným procesným postupom jednotlivých činností a lehotami na ich vykonanie, ktoré musia na seba plynule nadväzovať.

princíp sústavnosti a aktuálnosti – územné plánovanie je sústavnou činnosťou, ktorá nekončí spracovaním a schválením územného plánu. Územný plán je síce zavŕšením územnoplánovacej činnosti v užšom slova zmysle ale len v podobe čiastkového cieľa. Od územného plánu sa totiž odvíja možnosť vydania územného rozhodnutia,[14] v ktorom stavebný úrad okrem iného určí podmienky, ktorými sa zabezpečia záujmy spoločnosti v území, najmä súlad s cieľmi a zámermi územného plánovania. Ak by sa princíp sústavnosti neuplatňoval a vychádzalo by sa zo zastaraného a neaktuálneho územného plánu, mohlo by dôjsť k nenahraditeľným škodám na životnom prostredí a to nielen v konkrétnom území.

Z tohto dôvodu orgán územného plánovania, ktorý obstaral územnoplánovaciu dokumentáciu, sústavne sleduje, či sa nezmenili územno-technické, hospodárske a sociálne predpoklady, na základe ktorých bola navrhnutá koncepcia organizácie územia. Ak pritom zistí, že došlo k zmene predpokladov, alebo ak je potrebné umiestniť verejnoprospešné stavby, orgán územného plánovania obstará doplnok alebo zmenu územnoplánovacej dokumentácie. Ak vplyvom týchto zmien a doplnkov stratila územnoplánovacia dokumentácia dostatočnú prehľadnosť, obstarávateľ môže zabezpečiť vyhotovenie nových hlavných výkresov, ktorých sa zmeny a doplnky územnoplánovacej dokumentácie týkajú a text záväznej časti sa spracuje ako úplné znenie s vyznačením zmien a doplnkov územnoplánovacej dokumentácie.[15] V rámci územného plánovania je preto potrebné neustále sledovať a vyhodnocovať nové poznatky vedy a záujmy spoločnosti vo vzťahu k stavu životného prostredia a na základe týchto faktorov aktualizovať územný plán, resp. územnoplánovaciu dokumentáciu.

princíp informovanosti – náležitá informovanosť dotknutých orgánov, záujmových združení, verejnosti a ich fungujúca vzájomná komunikácia vytvára potrebné predpoklady pre komplexné zosúladenie verejného záujmu v území a rozhodujúcou mierou prispieva k predchádzaniu možných konfliktov v budúcnosti. Princíp informovanosti sa prejavuje v podobe zverejňovania podstatných údajov, oznamovaním určitých skutočností či ich prerokovaním. Orgán územného plánovania, ktorý obstaráva územnoplánovaciu dokumentáciu má napríklad povinnosť oznámiť uskutočnenie verejného prerokovania konceptu spôsobom v mieste

[14] V zmysle § 37 zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku sú územné plány obcí a zón podkladom pre vydanie územného rozhodnutia.

[15] K aktualizácii územnoplánovacej dokumentácie pozri bližšie oddiel 7 zákona č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku, a tiež § 17 Vyhlášky Ministerstva životného prostredia Slovenskej republiky č. 55/2001 Z.z. o územnoplánovacích podkladoch a územnoplánovacej dokumentácii.

obvyklým, zabezpečiť jeho vystavenie na verejné nahliadnutie a stanoviť primeranú lehotu, nie kratšiu ako 30 dní, v ktorej sa verejnosť môže ku konceptu vyjadriť. Ešte pred uplynutím lehoty musí zvolať verejné prerokovanie konceptu a zabezpečiť na ňom jeho všeobecne zrozumiteľný výklad. O prerokovaní potom doručí oznámenie dotknutým orgánom, obciam a príslušnému orgánu územného plánovania a súčasne ich vyzve, aby svoje stanovisko uplatnili do 30 dní odo dňa doručenia oznámenia. Konkrétne Ministerstvu výstavby a regionálneho rozvoja prislúcha povinnosť zverejniť podstatné údaje o koncepte Koncepcie územného rozvoja Slovenska aspoň v dvoch celoštátnych denníkoch s uvedením miesta, kde sa možno s konceptom oboznámiť podrobne, a zároveň informovať verejnosť o možnosti vyjadriť sa k nemu v určenej lehote.[16] Povinnosť informovať verejnosť o skutočnostiach týkajúcich sa životného prostredia vyplýva tzv. povinným osobám aj zo zákona o zhromažďovaní, uchovávaní a šírení informácií o životnom prostredí a to predovšetkým prostredníctvom internetu.[17]

Povinné osoby sú povinné zhromažďovať, uchovávať a podľa potreby aktualizovať informácie o životnom prostredí súvisiace s výkonom ich verejných funkcií podľa osobitných predpisov so zámerom ich efektívneho a systematického šírenia.

Samostatné vymedzenie uvedených princípov v izolovanej podobe slúži samozrejme len na teoretické účely. V reálnych podmienkach územného plánovania ich nemožno chápať izolovane, pretože spolu súvisia a jeden bez druhého strácajú na svojom význame a opodstatnení.

III.

Dôležitým nástrojom územného plánovania je územné rozhodnutie, ktoré je vydávané v územnom konaní. V územnom konaní musí príslušný stavebný úrad predvídať dôsledky svojich rozhodnutí na životné prostredie, predovšetkým tých, ktoré výrazne zasahujú do prírody a menia jej stav. V územnom konaní sa rozhoduje o umiestnení stavby, o využívaní územia, o stavebnej uzávere a tiež ochrannom pásme. Vo všetkých týchto konaniach sa môžu vyskytnúť početné konflikty a to jednak na strane žiadateľa, resp. navrhovateľa, jeho susedov, ale aj širokej verejnosti. Napríklad už v konaní o umiestnení stavby musí príslušný orgán s decíznou právomocou prihliadať na verejný záujem v tom zmysle, že musí dôsledne zvážiť, či a ako intenzívne môže plánovaná stavba a jej okolie ovplyvniť obytné, pracovné alebo rekreačné prostredie ľudí na danom území. Nedôsledným prístupom stavebného a dotknutých orgánov sa môže ľahko stať, že plánovaná stavba

[16] Pozri bližšie zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku , § 21 ods.3 a 4 alebo aj §§ 22-24.

[17] Pozri bližšie zákon č. 205/2004 Z.z. o zhromažďovaní, uchovávaní a šírení informácií o životnom prostredí.

povedzme zatieni susediacu stavbu. Zároveň však môžu vznikať konflikty aj medzi dotknutými orgánmi navzájom alebo medzi dotknutými orgánmi a stavebným úradom a pod., ktorí môžu mať odlišné predstavy o skutočnom využití územia. Napríklad v konaní o využívaní územia môžu mať odlišné predstavy orgány dopravy, ktoré by chceli cez určitú časť územia vybudovať diaľnicu a iné predstavy o využívaní územia môžu mať orgány štátnej vodnej správy, alebo orgány ochrany prírody.

Za účelom predchádzania konfliktov stavebný zákon ustanovil viacero inštitútov, ktorými sa im má predísť. V prvom rade je potrebné pripomenúť dôležitosť dôsledne spracovanej územnoplánovacej dokumentácie, ktorá rozhodujúcim spôsobom ovplyvňuje ďalšie využitie územia. V územnom konaní sa totiž stavebný úrad pri svojom rozhodovaní opiera o územnoplánovaciu dokumentáciu, ktorá je podkladom pre vydanie územného rozhodnutia. Povinne musí preskúmať návrh jednak z hľadiska starostlivosti o životné prostredie, potrieb požadovaného opatrenia v území, jeho dôsledkami a tiež preskúma súlad návrhu s podkladmi, pričom ak zistí takýto nesúlad tak návrh zamietne. Od schválenej územnoplánovacej dokumentácie závisí aj fakt, či príslušný orgán prihliadne na pripomienky a námietky účastníkov. Ak sú s ňou v rozpore, tak na ne jednoducho neprihliada.

Pre integrované pôsobenie cieľov starostlivosti o životné prostredie v území slúžia aj ustanovenia o zabezpečení stanovísk dotknutých orgánov, ktoré týmto spôsobom hája verejné záujmy spoločnosti na ochrane životného prostredia podľa osobitných zákonov. Stavebný úrad musí zabezpečiť jednak stanoviská ako aj ich vzájomný súlad, bez ktorého územné rozhodnutie nemožno vydať. Stavebný zákon pamätal aj na prípad, ak by medzi dotknutými orgánmi nedošlo k zhode. Pre riešenie takýchto a podobných konfliktov slúži samostatné ustanovenie o riešení rozporov, ktorého podstata je v tom, že ak dôjde pri prerokúvaní územnoplánovacej dokumentácie, územnom konaní, stavebnom konaní alebo pri iných konaniach k protichodným stanoviskám medzi orgánmi štátnej správy spolupôsobiacimi v konaní, tak takýto rozpor sa rieši dohodou orgánov im nadriadeným. Ak by to neviedlo k úspechu, tak sa vec dostáva na riešenie na ústrednú úroveň štátnej správy. Príslušným na rozhodnutie takéhoto sporu je v tom prípade Ministerstvo výstavby a regionálneho rozvoja, ktoré rozhodne o spore po jeho prerokovaní s príslušnými ústrednými orgánmi štátnej správy.

Osobitným spôsobom riešenia konfliktu medzi verejným a súkromným záujmom v území je možnosť vyvlastnenia, ku ktorej možno pristúpiť len za predpokladu ak cieľ vyvlastnenia nemožno dosiahnuť dohodou alebo iným spôsobom. Vyvlastnenie musí byť zároveň v súlade s cieľmi a zámermi územného plánovania, môže sa uskutočniť len v nevyhnutnom rozsahu a len za primeranú náhradu.

Záver

Trvalo dlho, kým si ľudstvo uvedomilo, že svojím konaním a pôsobením na prírodu neovplyvňuje len životné prostredie ale svoju existenciu. S cieľom zachovať priaznivý stav životného prostredia, v ktorom sa môže človek zdravo vyvíjať a realizovať, bol v poslednom polstoročí do právneho poriadku zavedený celý rad viac či menej významných právnych inštitútov súvisiacich so starostlivosťou o životné prostredie. Jedným z najvýznamnejších a najkomplexnejších je aj územné plánovanie, ktoré hrá na tomto poli kľúčovú rolu vo vzťahu ku konkrétnemu územiu. Územným plánovaním sa začína prerozdeľovanie územia na jednotlivé časti s rôznym funkčným určením, sleduje sa využívanie územia a prehodnocuje, avšak starostlivosť o životné prostredie sa týmto ani zďaleka nevyčerpáva. V súčasnosti existuje nespočetné množstvo právnych predpisov rôznej právnej sily, ktorých predmetom je regulácia zásahov človeka do životného prostredia. Ich význam a právna sila je síce rozličná ale ich cieľ zostáva nemenný. Sleduje sa ním obmedzenie a eliminácia neodborných, neprimeraných a unáhlených zásahov do životného prostredia, ktoré by sa mohlo ľudstvu skôr alebo neskôr nejakým spôsobom vrátiť. Nie je tajomstvom, že naša planéta sa mení v dôsledku správania sa nás všetkých. Rapídne nám ubúdajú dažďové pralesy a ostatné „zelené plochy“ na mapách, klimatické zmeny sa prejavujú globálnym otepľovaním, rozširujú sa ozónové diery, redukuje sa druhová rôznorodosť a pod. Či už teda hovoríme o územnom plánovaní alebo inej činnosti, vždy je treba pamätať na to, že Božie mlyny melú síce pomaly ale zato isto.

Zem nebola vždy tak pohostinným miestom ako je v súčasnosti. Po tom, ako pred miliardami rokov vznikol na Zemi život vo svojej najjednoduchšej forme, ktorý sa postupne vyvíjal, pôsobením rôznych faktorov pred stovkami miliónmi rokov už raz takmer došlo k zániku života. Zem sa premenila na nehostinnú snehovú guľu a teplota ani v jej rovníkových oblastiach nepresiahla mínus 25 stupňov Celzia. Hrúbka ľadovej pokrývky dosahovala aj niekoľko kilometrov a dokonale odrážala slnečné žiarenie. Zem sa čím ďalej tým viac ochladzovala. Až vďaka vulkanickej činnosti a mohutným sopečným výbuchom došlo k čiastočnému pretrhnutiu ľadovej vrstvy a uvoľnené plyny vytvárali akúsi vrstvu tepelnej izolácie. Zem sa opäť začala zohrievať a z jedného extrému prešla plynule do druhého tepelného extrému, kedy hlboké mrazy vystriedali spaľujúce 50 stupňové teploty. Našťastie sa situácia stabilizovala a život na Zemi sa dostal do starých koľají. Nikde ale nie je napísané, že história sa nemôže zopakovať. Samozrejme niektoré veci idú mimo človeka a nie je v jeho silách, aby ich akýmkoľvek spôsobom ovplyvnil, avšak nevidím žiadnu racionalitu v tom, že takémuto smerovaniu cieľavedome nadbiehame našou „krátkozrakosťou“ a alibistickým konaním.

Týmto krátkym historickým exkurzom som na záver nechcel vyvolávať pesimistické nálady či katastrofické scenáre, len som sa snažil poukázať na variabilitu životného prostredia a životných podmienok na Zemi a na skutočnosť, že všetko čo človek robí vo vzťahu k prírode, ako na ňu pôsobí

a ovplyvňuje ju, musí robiť s maximálnou opatrnosťou a obozretnosťou, lebo sa mu jeho pôsobenie môže časom mnohonásobne vrátiť a vypomstiť.

Literature:

- Košičiarová, S. a kol. Právo životného prostredia. 1.vyd., Žilina: Poradca podnikateľa, Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2006, 464 s., ISBN 80-88931-57-6.
- Marchal, S. Územní plánovaní jako nástroj péče o životní prostredí. Praha: Univerzita Karlova, 1986, 57 s., (Acta Universitatis Carolinae. Iuridica monographia; XLVII/1986).
- Zákon č. 50/1976 Zb. o územnom plánovaní a stavebnom poriadku (stavebný zákon) v znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 543/2002 Z. z. o ochrane prírody a krajiny v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 44/1988 Zb. o ochrane a využití nerastného bohatstva (banský zákon), v znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 223/2001 Z. z. o odpadoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 364/2004 Z. z. o vodách a o zmene zákona Slovenskej národnej rady č. 372/1990 Zb. o priestupkoch v znení neskorších predpisov (vodný zákon).
- Zákon č. 24/2006 Z. z. o posudzovaní vplyvov na životné prostredie v znení neskorších predpisov
- Zákon č. 205/2004 Z. z. o zhromažďovaní, uchovávaní a šírení informácií o životnom prostredí a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 17/1992 Zb. o životnom prostredí v znení neskorších predpisov.
- Vyhláška Ministerstva životného prostredia Slovenskej republiky č. 55/2001 Z.z. o územnoplánovacích podkladoch a územnoplánovacej dokumentácii v znení neskorších predpisov.

Contact – email
ladislav.dudor@minv.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VLASTNICKÉ PRÁVO K POZEMKU VS. VÝKON RYBNÍKÁŘSTVÍ

JANA DUDOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek je zaměřen na problematiku střetu zájmů v území při výkonu rybníkářství. V aplikační praxi je často řešena otázka, zda výkon rybníkářství může být případně neoprávněným zásahem do vlastnického práva vlastníka pozemků, na kterých se rybník nachází. O tom, že se jedná o komplikované posouzení uvedené právní otázky, svědčí rovněž četná judikatura. Smyslem příspěvku je analyzovat mnohdy diametrálně odlišné závěry soudů k dané problematice a zároveň také nastínit trend v současné rozhodovací praxi.

Key words in original language
Ochrana vlastnického práva; samostatná věc v právním smyslu; vodní plocha; nádrž; rybník; zatopený pozemek; výkon rybníkářství.

Abstract
The contribution is focused on conflicts of interest in the performance of fishfarming. The application practice often addresses the question whether the exercise of fish farming is a potentially unauthorized encroachment on property rights owner of the land on which the pond is located. The fact that it is often difficult to assess the legal issues, shows also numerous wide case law examples. The purpose of the contribution is to analyze the often diametrically opposed conclusions of the courts to the issue; and in addition also outline the current trend in decision making.

Key words
Protection of property rights; individual thing in a legal sense; water area; reservoir/tank; pond; flooded land; enforcement of fish farming.

Může být výkon rybářského práva či rybníkářství neoprávněným zásahem do vlastnického práva vlastníka pozemků, na kterých se rybník nachází?

V území dochází ke střetům zájmů osob, jejichž vlastnické právo je dotčeno již realizovanou stavbou rybníka či jiného vodního díla na cizím pozemku. Vlastník pozemku, označeném v katastru nemovitostí jako „vodní plocha“, nemusí být totožný s vlastníkem rybníka (vodní nádrže), který se na tomto pozemku nachází. Vlastníkem pozemku, na kterém se rybník nachází, je zpravidla namítán neoprávněný zásah do vlastnického práva k tomuto pozemku ze strany osoby, která o sobě tvrdí, že jí svědčí vlastnické právo k rybníku (vodní nádrži). Uvedený střet zájmů může být ještě dále rozšířen o vztah odvozený od vlastnictví rybníka, a to především z pohledu výkonu

rybářského práva a rybníkářství ve smyslu zákona č. 99/2004 Sb., o rybářství, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o rybářství).

Předmětná problematika je především pozůstatkem tzv. socialistických užívacích institutů[1], v rámci kterých byl uživatel pozemku (ve smyslu tehdy platné právní úpravy) mimo jiné oprávněn stavět na cizím pozemku stavby, které sloužily zemědělskému hospodaření. K takovým stavbám patřily rovněž rybníky či zejména závlahové vodní nádrže.

Skutečnost, svědčící o tom, že se jedná mnohdy o komplikované právní spory, lze doložit četnou judikaturou.[2] Typicky je v případě takového sporu podána negatorní žaloba, v rámci které se vlastník pozemku domáhá, aby soud uložil osobě, která má nabývací titul k vodní nádrži (resp. ji svědčí k užívání nádrže jiné právo), povinnost zdržet se užívání pozemku, na kterém je nádrž lokalizována. Může být však také podána žaloba o určení vlastnického práva k rybníku (nádrži).

Obecné soudy dospívají vesměs k závěru, že žalobce je sice vlastníkem pozemku, ale nestal se vlastníkem vybudované stavby vodní nádrže. Vlastnicí a provozovatelkou vodního díla je strana žalovaná. Tento závěr může být podepřen mimo jiné i skutečností, že pokud strana žalovaná strana např. získala u vodoprávního orgánu povolení k nakládání s vodami, toto právo automaticky nesouvisí s vlastnictvím pozemku. Pokud se jedná o výkon rybářského práva k nádrži, pak se obecné soudy ve většině kloní k závěru, že strana žalovaná je oprávněným subjektem k provozování hospodářské činnosti na vodní nádrži a záleží jen na ní, zda chov ryb bude provozovat sama nebo jej přenechá jiné osobě. Uplatněný nárok je podřazen pod ustanovení § 126 občanského zákoníku (dále jen „ObčZ“) , často i v návaznosti na zákon č. 254/2001 Sb., o vodách (dále jen „vodní zákon“). Argumentace soudů se může opírat rovněž o ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) ve spojení s § 127 odst. 14 vodního zákona tehdy, půjde-li o vodní dílo umístěné v korytě vodního toku s určením k zavlažování. V intencích uvedeného právního názoru je vlastník pozemku podle § 50 písm. c) vodního zákona povinen strpět na svém pozemku vodní dílo umístěné v korytě vodního toku. [3]

Dle ustálené judikatury Nejvyššího soudu nelze obsah pojmu „stavba“ vykládat jen podle stavebních předpisů. Stavební předpisy chápou pojem

---

[1] Např. právo družstevního užívání, právo užívání půdy k zajištění zemědělské výroby, právo bezplatného užívání rybníku a další.

[2] Srov. např. rozsudky Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 2344/2002, 22 Cdo 1097/2003 Sb., 22 Cdo 234/2003, 22 Cdo 165/2004, 28/Cdo 770/2007, 28 Cdo 1142/2008, 28 Cdo 2431/2003,

2 Cdon 1192/97 apod.

[3] Viz zejména rozsudek Nejvyššího soudu sp. zn. 22 Cdo 1097/2003 Sb.

„stavba“ dynamicky, tedy jako činnost, popřípadě soubor činností, směřujících k uskutečnění díla (někdy ovšem i jako toto dílo samotné). Naopak pro účely občanského práva je pojem „stavba“ nutno vykládat staticky, jako věc v právním smyslu, tedy jako výsledek určité stavební činnosti, který je způsobilý být předmětem občanskoprávních vztahů[4] Stavba, která není věcí podle § 119 ObčZ, je součástí pozemku a vlastnictví k ní nabývá vlastník pozemku přírůstkem. Stavba jako výsledek stavební činnosti je zpravidla též stavbou podle občanského práva a je samostatnou věcí. Judikatura již konstantně vychází z toho, že rybník není ve smyslu občanskoprávním samostatnou věcí, se kterou by mohlo být nakládáno odděleně od pozemků tvořících jeho dno a břeh.[5] Toto pravidlo se však neuplatní, má-li zvláštní právní předpis pro určitý okruh právních vztahů jiné vymezení rybníka. To je i případ zákona o rybářství, který v § 2 písm. c) stanoví: „Pro účely tohoto zákona se rozumí rybníkem vodní dílo, které je vodní nádrží určenou především k chovu ryb, ve kterém lze regulovat vodní hladinu, včetně možnosti jeho vypouštění a slovení; rybník je tvořen hrází, nádrží a dalšími technickými zařízeními“. Vlastník pozemku, na kterém se takto definovaný rybník nachází, je povinen strpět umístění rybníka ve smyslu ustanovení § 50 písm. c) vodního zákona v souvislosti s § 43 odst. 1, § 44 odst. 1 a § 55 odst. 1 vodního zákona. Z těchto ustanovení však dle převažující judikatury neplyne právo provozovat na rybníku rybářství.

Z naznačeného trendu v rozhodovací praxi Nejvyššího soudu poněkud vybočuje právní názor vyslovený v rozsudku sp. zn. 22Cdo 1121/2008. Z uvedeného rozsudku mimo jiné vyplývá, že lze vyloučit výklad, podle kterého platné právo umožňuje v některých souvislostech rozlišit pozemek od vodní nádrže na něm umístěné a že pozemek podle tohoto výkladu tedy není součástí rybníka ve smyslu zákona o rybářství (nádrží je „produkční prostor nad hrází, tedy hrází vzdutá voda“). K danému závěru dospěl Nejvyšší soud na základě vymezení některých pojmů. Zabýval se zejména pojmem „rybníkářství“[6] a „rybník“ (k pojmu rybník viz shora). K rybníkářství je oprávněn vlastník rybníka nebo vlastník zvláštního rybochovného zařízení, popřípadě jejich nájemce na základě písemně uzavřené nájemní smlouvy s vlastníkem za účelem rybníkářství V návaznosti na uvedené vymezení Nejvyšší soud konstatoval, že je zřejmé, že k výkonu rybníkářství, tedy užívání rybníka způsobem uvedeným v § 2 písm. b) zákona o rybářství, je oprávněn ze zákona vlastník rybníka, příp.

[4] viz R 23/1999 Sbírky soudních rozhodnutí a stanovisek – to ovšem nutně platí i obráceně, tedy nelze nakládat s pozemky tvořícími dno rybníka, aniž by bylo nakládáno alespoň částečně se samotným rybníkem.

[5] viz např. usnesení Ústavního soudu ze dne 20. března 2002, sp. zn. I. ÚS 375/01.

[6] Rybníkářstvím se rozumí chov a lov ryb, popřípadě vodních organizmů v rybníce nebo ve zvláštním rybochovném zařízení, uskutečňovaný k zajištění produkce ryb a rybího masa, popřípadě produkce vodních organizmů nebo produkce rybí násady pro rybníky anebo pro zarybňování rybářských revírů [§ 2 písm. b) zákona o rybářství].

jeho nájemce. Dále se snažil interpretovat pojem „vlastník rybníka“. Protože zákon o rybářství upravuje i výkon rybníkářství, je třeba dle názoru soudu dovodit, že k rybníkářství je oprávněn vlastník rybníka, vymezeného uvedeným způsobem. Nejvyšší soud se následně zabýval otázkou, jaký má vztah vlastnictví zatopených pozemků k vlastnictví rybníka. Uzavřel, že při výkladu zákona o rybářství je třeba vycházet z čl. 11 odst. 4 Listiny základních práv a svobod, který stanoví: „Vyvlastnění nebo nucené omezení vlastnického práva je možné ve veřejném zájmu, a to na základě zákona a za náhradu“. Konstatoval, že podle § 55 odst. 1 vodního zákona jsou vodní díla stavby, které slouží ke vzdouvání a zadržování vod, umělému usměrňování odtokového režimu povrchových vod, k ochraně a užívání vod, k nakládání s vodami, ochraně před škodlivými účinky vod, k úpravě vodních poměrů nebo k jiným účelům sledovaným tímto zákonem, a to zejména a) přehrady, hráze, vodní nádrže, jezy a zdrže“. Nejvyšší soud uzavřel, že je vyloučeno, aby vodní nádrž byla totožná pouze s vodou, k jejímuž zadržení má sloužit. Navíc si podle tohoto závěru Nejvyššího soudu nelze představit vodní nádrž bez dna, které v daném případě tvoří pozemky.

Návazně se Nejvyšší soud zabýval porovnáním předchozí a nyní platné právní úpravy vztahující se k rybářství. Uvedl, že do nabytí účinnosti zákona o rybářství č. 99/2004 Sb., byly součástí rybníka i zatopené pozemky; pro účely tohoto zákona pak bylo v případě, že vlastník pozemku nebyl totožný s vlastníkem dalších věcí tvořící rybník, za „vlastníky rybníka“ třeba považovat všechny tyto osoby. Občanskoprávní vztahy mezi těmito osobami týkající se rybníka včetně hospodaření na něm pak bylo třeba posuzovat obdobně jako vztahy mezi podílovými spoluvlastníky (§ 136 a násl. ObčZ). Vlastník pozemku tak nebyl vyloučen z hospodaření na rybníku (§ 4 odst. 2 zákona č. 102/1963 Sb.). Pokud by platilo, že nový zákon o rybářství skutečně vlastníka zatopených pozemků vylučuje z hospodaření na rybníku (nyní zákonem označovaného jako „rybníkářství“), znamenalo by to, že oproti předchozímu stavu omezuje jeho vlastnické právo. Text zákona ani důvodová zpráva k němu výslovně nezdůvodňují existenci veřejného zájmu na takovém omezení, zákon pak nestanoví náhradu pro takto omezené vlastníky pozemků, resp. způsob jejího určení. Je též třeba přihlédnout ke skutečnosti, že žalobce nabyl úplatně vlastnictví pozemků za určitého právního stavu a bylo by v rozporu s principy právního státu, kdyby jeho postavení jako vlastníka bylo bez splnění ústavních podmínek zákonem výrazně změněno k horšímu. Ve světle této skutečnosti interpretoval pojem „nádrž“ (ve smyslu § 2 písm. c) zákona o rybářství) jako objekt tvořený též dnem (zatopenými pozemky). Takový výklad dle názoru soudu odpovídá nejen obvyklému chápání tohoto pojmu (nelze si představit nádrž bez materiálního základu, umožňujícího zadržení vody), ale vylučuje i problémy spojené definicí rybniční nádrže jako objektu bez pozemků (pak by patrně mohlo jít jen o zadrženou vodu). Zejména však jde dle mínění soudu o výklad ústavně konformní, vylučující možnost, že by mělo ze zákona dojít k omezení vlastnického práva vlastníka zatopených pozemků bez jasně definovaného veřejného zájmu na tomto postupu a také bez stanovení náhrady. Pokud by zákonodárce sledoval jiné řešení, jistě by

použil jasné a přesně vymezené pojmy a také dbal na soulad úpravy s čl. 11 odst. 1 LPS a tudíž definoval veřejný zájem na takovém postupu a upravil poskytování náhrady za omezení vlastnického práva.

Nejvyšší soud ve svém rozsudku uzavřel, že vlastníka pozemku tak nelze vyloučit z podílu na „vlastnictví rybníka". Pokud soudy v nalézacím řízení vycházely z jiného právního názoru, spočívá jejich rozhodnutí, dle názoru soudu, na nesprávném právním posouzení věci.

S uvedeným právním názorem je možno polemizovat.

Za polemický považuji zejména poněkud zjednodušeně zobecněný závěr, vyslovený v rozsudku Nejvyššího soudu sp. zn. 22Cdo 1121/2008, podle kterého si nelze představit nádrž bez dna, které tvoří pozemky. V případě betonových bloků, které mohou tvořit dno nádrže, se zajisté bude jednat o stavbu lokalizovanou na pozemku, který jako takový ovšem již netvoří dno nádrže! Zákon nevymezuje pojem „hráz rybníka". Lze souhlasit s názorem, že hráz je sice vodním dílem podle § 55 odst. 1 písm. a) zákona č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (vodní zákon), to ovšem ještě neznamená, že jde o samostatnou stavbu ve smyslu občanského práva. Vodním dílem jsou podle výslovného znění vodního zákona i některé objekty, o kterých je podle dosavadní judikatury zjevné, že samostatnými věcmi zpravidla nejsou (stavby, jimiž se upravují nebo mění koryta vodních toků, stavby k vodohospodářským melioracím, zavlažování a odvodňování pozemků). Proto samotná okolnost, že hráz rybníka je vodním dílem, ještě nemusí znamenat, že tato hráz může být samostatným předmětem právních vztahů. V případě hráze rybníka je ovšem významný způsob jejího stavebního provedení, tj. zda jde převážně o hráz vzniklou navršením zeminy, která plynule přechází v pozemek pod ní ležící, nebo zda převažují stavební materiály (beton apod.), které tvoří samostatnou stavbu na pozemku. Nelze tedy učinit obecný závěr o tom, zda hráz rybníka je samostatnou věcí v právním smyslu anebo zda jde o součást pozemku, na kterém stojí, bez posouzení konkrétní situace. Přitom bude třeba vyjít kromě stavebního provedení hráze též z toho, zda lze určit, kde končí pozemek a začíná samotná hráz, tedy zda lze vymezit a oddělit vlastnictví vlastníka pozemku.

V dané souvislosti je otázkou, zda a do jaké míry by mělo být přihlédnuto k jiným obecně závazným veřejnoprávním předpisům, které vymezují některé pojmy, avšak jen pro specifické účely daného zákona.

Vzhledem k tomu, že zákon o rybářství vymezuje pojem „rybník" poněkud problematicky, bude vhodné se použitou terminologií blíže zabývat. Samotné vymezení rybníka ve smyslu ust. § 2 zákona o rybářství postrádá logiku. Rybníkem se takto rozumí vodní dílo, resp. vodní nádrž, určené především pro chov ryb. Pojmy „vodní dílo" a „vodní nádrž" jsou však vymezeny odlišně z hlediska regulace právních vztahů v některých zvláštních zákonech, a měly by být vykládány pouze ve vztahu k účelu těchto zákonů. Jako názorný příklad terminologické nejednotnosti lze uvést

právní úpravu vztahující se k oceňování majetku. Ve smyslu ustanovení § 9 odst. 1 písm.d) zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů, se pro účely oceňování člení samostatně pozemky evidované v katastru nemovitostí jako vodní nádrže a vodní plochy.[7] Ve smyslu ustanovení § 13 cit. zákona se pozemky vodních nádrží a vodních toků oceňují cenami stanovenými vyhláškou. Vyhláška č. 3/2008 Sb., o provedení některých ustanovení zákona č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „oceňovací vyhláška") rozlišuje pojmy „rybník", „malá vodní nádrž", „ostatní vodní dílo". V intencích ustanovení § 2 písm. h) oceňovací vyhlášky se rybníkem rozumí uměle vytvořená vodní nádrž, určená především k chovu ryb, s přírodním dnem a technickou vybaveností nutnou k regulaci vodní hladiny. Oproti tomuto vymezení se za malou vodní nádrž považuje ve smyslu ust. § 2 písm. i) oceňovací vyhlášky uměle vytvořená nádrž s blíže specifikovaným objemem, hloubkou a průtokem. Zásadní rozdíl mezi danou terminologií lze shledat právě ve vztahu k pozemkům. Malá vodní nádrž (na rozdíl od rybníka) není dle uvedeného pojmového vymezení tvořena přirozeným dnem. Rovněž samostatná oceňovací kritéria jsou pak vztažena k rybníku s intenzivním chovem ryb a vodní drůbeže (chovný rybník), ostatnímu rybníku a malé vodní nádrži.[8] Pokud tedy zákon o rybářství subsumuje pojem rybník pod pojem vodní nádrž, lze zajisté považovat tuto terminologickou diskrepanci za velmi zavádějící.

Ve smyslu ustanovení § 55 zákona o vodách se za vodní díla považují jednoznačně vodní nádrže (jako celek), ve vztahu k rybníku (vzhledem k výše uvedeným terminologickým nejasnostem a zároveň i k okolnosti, že většinou bude fakticky tvořen přirozeným dnem), už takové vymezení zdaleka tak jednoznačné nebude. V praxi se uvedené odráží četnými aplikačními a interpretačními otázkami. Lze např. bez dalšího považovat rybník za přehradu ve smyslu ustanovení § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona nebo je třeba v případě rybníka (v intencích citovaného ustanovení) považovat za vodní dílo izolovaně hráz a zdrž (uvedená vodní díla navíc přehradu prakticky tvoří)? Odpověď na tuto otázku nedává ani zákon o vodách[9] a ani vyhláška č. 23/2007 Sb., o podrobnostech vymezení vodních děl evidovaných v katastru nemovitostí České republiky. Tato vyhláška stanoví podrobnější vymezení vodních děl spojených se zemí pevným základem, evidovaných v katastru nemovitostí ČR, kterými jsou mimo jiné přehrady a hráze. Pojmové vymezení přehrady[10] dle uvedené právní úpravy

[7] Ve smyslu ust. § 9 odst. 3 cit. zákona se pro účely oceňování posuzuje pozemek podle stavu uvedeného v katastru nemovitostí. Při nesouladu mezi stavem uvedeným v katastru nemovitostí a skutečným stavem se vychází při oceňování ze skutečného stavu.

[8] Srov. ust. § 14 oceňovací vyhlášky.

[9] Srov. ust. § 20 zákona o vodách ve vztahu k údajům zapisovaným do katastru nemovitostí

[10] Ve smyslu ustanovení § 2 písm. a) cit. vyhl. se přehradou rozumí stavba přehrazující vodní tok nebo údolí, tvořená přehradní hrází, včetně funkčních zařízení, která slouží

přitom podle mého názoru nevylučuje, aby přehrada byla využívána nejen ve smyslu účelu výslovně stanoveném cit. vyhláškou (tj. za účelem řízení odtoku povrchových vod), ale např. zároveň také i k chovu ryb.

V katastru nemovitostí se jako parcela „ vodní plocha“eviduje pozemek, na kterém je vodní nádrž [§ 4 odst. 4 písm. a) vyhlášky č. 26/2007 Sb., kterou se provádí zákon č. 265/1992 Sb., o zápisech vlastnických a jiných věcných práv k nemovitostem, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 344/1992 Sb., o katastru nemovitostí České republiky (katastrální zákon), ve znění pozdějších předpisů, (katastrální vyhláška)]. Katastrální vyhláška označuje za vodní plochu „pozemek, na němž je koryto vodního toku, vodní nádrž … “ (příloha č. 1 k vyhlášce). Z dané právní úpravy však nelze dovozovat nic jiného než způsob označení pozemku z hlediska zápisu do katastru nemovitostí.

Terminologickou nejednotnost a výkladovou nejasnost pak už jen podtrhuje ustanovení § 1 odst. 3 zákona č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, ve znění pozdějších předpisů. V intencích citovaného ustanovení náleží do zemědělského půdního fondu mimo jiné rybníky s chovem ryb a vodní drůbeže a nezemědělská půda potřebná k zajišťování zemědělské výroby, do které jsou zahrnuty mimo jiné závlahové vodní nádrže.

V návaznosti na výše uvedené lze shrnout, že platná právní úprava vodního práva sice izolovaně vymezuje určité pojmy, avšak nejednotně, bez vzájemných souvislostí a právně relevantních vazeb. V určitých případech bude proto velmi složité a indiferentní rozlišovat mezi vodní nádrží (resp. malou vodní nádrží), rybníkem (příp. chovným rybníkem), závlahovou vodní nádrží a přehradou. V některých případech se režim vodních děl může navíc pojmově střetávat s režimem vodního toku.[11]

Z předmětné stručné analýzy dané problematiky vyplývá, že soudy nejenže nerozhodují jednotně, ale v soukromoprávní rovině mnohdy nesprávně interpretují pojmy obsažené ve specifických veřejnoprávních předpisech. Jedná se často o výklad pojmů, které jsou vymezeny jen pro účely toho kterého zákona. Zobecňující výklad je tak mnohdy vytržen z kontextu daného zákona (kromě již zmiňovaných pojmů „rybník“, „vodní nádrž“ a „závlahová vodní nádrž“ jsou takovým způsobem také interpretovány mimo

---

k trvalému vzdouvání a akumulaci povrchových vod ve vodní nádrži za účelem řízení odtoku povrchových vod.

[11] Za vodní toky lze považovat ve smyslu ustanovení § 43 i vody uměle vzduté. Tato okolnost se navíc může promítnout do dalších komplikovaných otázek s ohledem na právní povahu vod ve smyslu ust. § 3 vodního zákona. Pro účel tohoto příspěvku však již nebudou tyto vztahy dále rozebírány.

jiné pojmy „vodní dílo“, „koryto vodního toku“[12], „nakládání s vodami“ apod.).

Odpověď na otázku, zda případně může být výkon rybářského práva či rybníkářství neoprávněným zásahem do vlastnického práva vlastníka pozemků, na kterých se rybník nachází, je tedy de lege lata třeba pečlivě zvažovat a hledat jednotlivě v každém konkrétním případě.

Contact – email
jana.dudova@law.muni.cz

[12] Např. v návaznosti na tzv. „průtočné vodní nádrže“.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

STŘETY ZÁJMŮ PŘI VÝSTAVBĚ VĚTRNÝCH ELEKTRÁREN

JAKUB HANÁK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Výroba energie z obnovitelných zdrojů má nyní politickou i finanční podporu, což vede také k výstavbě nových větrných elektráren. Z pohledu ochrany přírody a krajiny nejde ovšem o bezproblémové stavby. Kritizován je zejména jejich negativní vliv na krajinný ráz, ale také jejich hlučnost či nebezpečnost pro ptáky. Tento příspěvek se zabývá způsoby, kterými právní úprava zajišťuje ochranu výše uvedených zájmů. Hlavní pozornost je věnována problematice krajinného rázu, ale opomenuty nejsou ani další související otázky.

Key words in original language
Větrné elektrárny; krajinný ráz; ochrana přírody; souhlas.

Abstract
Extensive political and financial measures have been put in place to support power generation from renewable resources, which has led to the construction of new wind power plants. However, wind turbines have an impact on the environment and landscape. In particular, it is their impact on landscape character that has been subject to criticism, but also the noise level and danger to bird have been of some concern. This paper discusses what the legislation does to address these problems. The text focuses on the issue of landscape character, but it also touches on other related issues.

Key words
Wind power plants; landscape character; nature protection; approval.

1. ÚVODEM

Negativní dopady globálního oteplování na klimatický systém Země a stále reálnější hrozba vyčerpání tradičních zdrojů energie představují zřejmě nejvážnější rizika pro existenci současné lidské společnosti. Jedním ze způsobů, kterým lze oba problémy alespoň částečně řešit, je výroba energie z obnovitelných zdrojů (dále jen OZE). Pro Českou republiku, stejně jako pro další státy Evropské Unie, už nejde pouze o vynucenou ale stále ještě dobrovolnou aktivitu, nýbrž o povinnost vyplývající z evropského práva.[1]

[1] Podle směrnice EP a Rady č. 2001/77/ES o podpoře elektřiny z obnovitelných zdrojů energie na vnitřním trhu s elektřinou by měla ČR vyrábět minimálně 8% elektřiny z OZE v roce 2010. Pro rok 2020 je pak stanoven podíl veškeré energie vyrobené z OZE ve výši 13%, což vyplývá ze směrnice EP a Rady č. 2009/28/ES o podpoře využívání energie a o změně a následném zrušení směrnic 2001/77/ES a 2003/30/ES.

Přijaté závazky lze dosáhnout pouze tehdy, pokud bude výroba elektřiny (energie) pro její producenty ekonomicky zajímavá, přičemž tohoto se podařilo v ČR docílit díky zákonu č. 180/2005 Sb., o podpoře výroby elektřiny z OZE. Přestože se větrné elektrárny na celkové výrobě elektrické energie podílí téměř v zanedbatelné míře a území ČR pro ně nepředstavuje ideální prostředí, je potenciál rozvoje tohoto druhu výroby elektřiny stále velký a v následujících letech můžeme očekávat výstavbu několika desítek větrných elektráren.[2] Poměrně výrazný nárůst instalovaného výkonu a počtu realizovaných větrných elektráren lze sledovat již dnes a proto se domnívám, že jde stále o aktuální téma, o čemž koneckonců svědčí také poměrně velká pozornost, která je této problematice věnována v odborných kruzích.

2. VLIV VĚTRNÝCH ELEKTRÁREN NA ŽIVOTNÍ PROSTŘEDÍ

Obecně je přínos větrných elektráren pro životní prostředí nezpochybnitelný. Jimi vyrobená energie je pak také označována jako zelená a těší se podpoře ekologických organizací. Z pohledu některých složek životního prostředí však větrné elektrárny představují kontroverzní a problematické stavby.

Často vyzdvihovanou nevýhodou je jejich hlučnost, která je zřejmě také hlavním důvodem pro odmítavý postoj některých obyvatel obcí, v jejichž blízkosti mají stát. Přes pokroky v konstrukci větrných motorů zůstává hlukový faktor stále významný[3] a nutí investory lokalizovat větrné elektrárny do větší vzdálenosti od zástavby. V této souvislosti je pak aktuální otázka, zda je lze umístit v nezastavěném území, přičemž se domnívám, že větrné elektrárny není možné považovat za stavby veřejné technické infrastruktury a nelze je tak do takového území umisťovat.[4]

Vědecká pozorování sice v podstatě vyvrátila výraznější negativní vliv na ptáky (jejich hnízdiště i tahové cesty),[5] ale z preventivních důvodů by větrné elektrárny na takových místech budovány být neměly (také s ohledem na ochranu garantovanou vyhlášeným ptačím oblastem). Provedení předběžné

[2] Tzv. Pačesova zpráva odhaduje potenciál ČR na 1260 větrných turbín. K podobným číslům dospěla také Česká společnost pro větrnou energii.

[3] Lapčík, V. Posuzování vlivů větrných elektráren na životní prostředí. EIA, IPPC, SEA, 2009, č. 3, s. 13.

[4] Srovnej výklad pojmu zařízení technického vybavení provozně související s technickou infrastrukturou (§ 2 odst. 1 písm. k) zákona č. 183/2006 Sb.) Ministerstvem pro místní rozvoj v Metodické pomůcce Ministerstva pro místní rozvoj k umisťování, povolování a užívání fotovoltaických staveb a zařízení, dostupná na www.mmr.cz.

[5] Citované dílo, s. 15.

ornitologické studie by tak mělo být samozřejmostí ve všech případech, což požaduje mj. Česká společnost ornitologická.[6]

Ačkoliv tedy výše uvedené vlivy nejsou svou povahou výrazně negativní a také další občas vzpomínané nepříznivé dopady provozu větrných elektráren (např. stroboskopický efekt nebo odlétávání ledu v zimním období) jsou spíše marginálního charakteru, je zcela namístě, že výstavba většiny větrných elektráren podléhá zjišťovacímu řízení ve smyslu zákona o posuzování vlivů na životní prostředí,[7] přičemž praxe inklinuje k posuzování jejich vlivu v celém rozsahu.[8] Domnívám se, že tímto je v rámci střetů zájmů v území plně uspokojena potřeba důsledné ochrany jednotlivých zájmů a složek životního prostředí s výjimkou ochrany krajinného rázu.

Zásah do něj je přitom nejtypičtějším, nezpochybnitelným i nejzávažnějším negativním zásahem, který větrná elektrárna vyvolává, a proto se příspěvek soustředí především na tento aspekt.

3. OCHRANA KRAJINNÉHO RÁZU - ZÁVĚRY JUDIKATURY

Krajinný ráz představuje podle § 12 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, zejména přírodní, kulturní a historickou charakteristiku určitého místa či oblasti. Nejde přitom pouze o vizuální kategorii, ale výrazně se na něm podílí také význam místa a cennost jednotlivých znaků, což může znamenat, že se v krajinné scéně projeví přírodovědná hodnota méně než kulturní a historické hodnoty.[9] Ochrana krajinného rázu je zajišťována prostřednictvím druhého odstavce téhož ustanovení zákona, které podmiňuje umístění, resp. povolení stavby (větrné elektrárny) souhlasem orgánu přírody a krajiny a tím brání snížení jeho estetické a přírodní hodnoty. Možnost stanovit podrobnosti jeho ochrany prováděcím právním předpisem Ministerstvo životního prostředí nevyužilo a jeho roli v případě větrných elektráren do jisté míry supluje Metodický pokyn k vybraným aspektům postupu orgánů ochrany přírody při vydávání souhlasu podle § 12 a případných dalších rozhodnutí dle zákona č. 114/1992 Sb., které souvisí s umisťováním staveb vysokých větrných elektráren (dále jen Metodický pokyn).

---

[6] Viz Stanovisko ČSO k výstavbě větrných elektráren, dostupné na http://www.cso.cz/index.php?ID=1000

[7] Viz bod 3. 2. Kategorie II přílohy č. 1 zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí.

[8] Citované dílo, s. 16.

[9] Vorel, I. a Kupka, J. Metoda posouzení vlivu navrhované stavby, činnosti nebo změny využití území na krajinný ráz. EIA, IPPC, SEA, 2009, č. 2, s. 9.

Procedura udělování souhlasu a právní povaha souhlasu se v průběhu minulých let měnila v souvislosti s vývojem související právní úpravy i bohaté správní a soudní praxe (často právě v případech týkající se výstavby větrných elektráren).

Výše uvedený souhlas byl judikaturou[10] pokládán za samostatné správní rozhodnutí, poněvadž z materiálního hlediska nešlo o závazné stanovisko ve smyslu § 149 správního řádu.[11] Novela[12] zákona o ochraně přírody a krajiny však s účinností od 1. 1. 2007 prohlásila souhlasy vydávané jako podklad pro rozhodnutí podle zvláštního předpisu za závazná stanoviska, čímž je zbavila postavení samostatného správního rozhodnutí. Tato skutečnost však nemusí mít vliv na jejich samostatnou přezkoumatelnost v rámci správního soudnictví.[13] Pro účely tohoto příspěvku však nejde o rozhodující otázku.

Původní praxe orgánů ochrany přírody spočívající v nevydávání souhlasu, resp. nesouhlasu v případech, kdy neshledaly ani možnost, že by stavba mohla snížit nebo změnit krajinný ráz, byla opuštěna v důsledku rozhodnutí soudů,[14] které dospěly k závěru, že takový postup by hrozil nepřípustnou libovůlí, neboť by byl nepřezkoumatelný, tj. nešlo by zjistit úvahy ani důvody, které orgán ochrany přírody vedly k závěru, že nemůže vůbec dojít k zásahu do krajinného rázu. Nejvyšší správní soud v citovaném rozhodnutí rovněž konstatoval, že orgán rozhodující o umístění stavby musí vycházet ze spolehlivého zjištění, zda může stavbou dojít ke snížení nebo změně krajinného rázu, přičemž tuto skutečnost může zjistit pouze z rozhodnutí orgánu ochrany přírody podle § 12 odst. 2 zákona č. 114/1992 Sb. a takové rozhodnutí tak musí být podkladem pro vydání jeho rozhodnutí.[15]

V případě větrných elektráren se lze setkat také s tvrzením, že jejich zásah do krajinného rázu je převážen ekonomickými přínosy elektrárny pro danou obec, resp. větší okolí. Vzhledem k poměrně časté frekvenci této argumentace je k dispozici dostatek soudních rozhodnutí, které se

---

[10] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2009, č. j. 1 As 20/2009-70, dostupné na www.nssoud.cz.

[11] Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád.

[12] Zákon č. 186/2006 Sb., o změně některých zákonů souvisejících s přijetím stavebního zákona a zákona o vyvlastnění.

[13] Srovnej rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, č. j. 8 As 47/2005-86, dostupné na www.nssoud.cz.

[14] Poprvé v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 6 A 97/2001-39, dostupné na www.nssoud.cz. Prozatím naposledy potvrzeno v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 11. 2009, č. j. 4 As 14/2009-95, dostupné na www.nssoud.cz.

[15] Srovnej Pekárek, M. Zákon o ochraně přírody. Brno, 2000, s. 62, kde byl stejný závěr vysloven již před soudním rozhodnutím.

poměřováním těchto zájmů zabývaly. Z judikatury vyplývají pro tento vztah dva důležité závěry: zohlednění ekonomického přínosu je namístě pouze tehdy, pokud navrhovaná stavba zasahuje do krajinného rázu co možná nejméně, nikoliv v případě, kdy je její vliv příliš velký.[16] Nelze argumentovat ani zájmem na výrobu energie z obnovitelných zdrojů, poněvadž ani tomuto zájmu nemůže být obětován zájem na zachování krajinného rázu.[17]

4. POSUZOVÁNÍ ZÁSAHU - OTÁZKA PRO ZNALCE?

Při posuzování umístění větrné elektrárny v území je tedy nezbytným podkladem rozhodnutí orgánu ochrany přírody o tom, zda snižuje nebo mění krajinný ráz. Orgán ochrany přírody při svém zkoumání nejprve vymezí a charakterizuje místo tvořící krajinný ráz a poté se zabývá, tím jak uvažovaná stavba ovlivní jeho konkrétní estetické a přírodní hodnoty.[18] K této činnosti je potřeba poměrně rozsáhlých znalostí, kterými nemusí orgán ochrany přírody vždy disponovat, což koneckonců připouští také Metodický pokyn (část 4. 2.), který v takovém případě doporučuje opatřit si posouzení od odborných organizací Ministerstva životního prostředí (např. Agentury ochrany přírody a krajiny) nebo soudních znalců.[19] Ze správního řádu přitom vyplývá, že přednost by měla dostat právě spolupráce mezi správními orgány.[20]

Na tomto místě je však nutné upozornit na obecně známou skutečnost, že znalec může zkoumat pouze otázky skutkové a nikoliv právní. V našem případě je zpravidla[21] úkolem znalce posoudit, zda může větrná elektrárna snížit nebo změnit krajinný ráz. Jde však o otázku skutkovou? Soudu opakovaně konstatovaly, že nikoliv a že posouzení míry a kvality zásahu do krajinného rázu tudíž náleží výlučně správním orgánům, resp. soudům.[22] I podle judikatury však stále zůstává znalcům dostatek prostoru, protože

---

[16] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2007, č. j. 2 As 35/2007-75, dostupné na www.nssoud.cz.

[17] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2009, č. j. 5 As 63/2008-78, dostupné na www.nssoud.cz.

[18] Miko, L. et al. Zákon o ochraně přírody: komentář. Praha: C.H. Beck, 2007, s. 130.

[19] Není bez zajímavosti, že právě Agentura ochrany přírody a krajiny nebo Správa Národního parku České Švýcarsko jsou sami zapsány na seznam znaleckých ústavů.

[20] Viz ust. § 56 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád.

[21] Zadavatelem znaleckého posudku nemusí být pouze orgán ochrany přírody, ale také žadatel, což bude zřejmě pravidlem.

[22] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2008, č. j. 1 As 59/2008-77, dostupné na www.nssoud.cz. Na toto rozhodnutí pak odkazují další jako např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 7. 2009, č. j. 6 As 14/2009-66.

mohou vymezit, co tvoří přírodní, kulturní a historickou charakteristiku místa (tj. krajinný ráz) a vymezit konkrétní aspekty staveb, které jsou určující pro zachování harmonických vztahů v krajině,[23] což pro správní orgány bude určitě významným podkladem pro rozhodnutí.

Poněvadž v praxi může snadno dojít k tomu, že znalec překročí meze svého oprávnění, je v této souvislosti významné, že i takový posudek pak lze v řízení použít, pokud obsahuje odborné poznatky a zjištění, z nichž může učinit právní závěr také správní orgán sám.[24] Nelze rovněž zapomínat, že ve správním řízení není znalecký posudek vyžádaný stranou považován za rovnocenný posudky vyžádaným správní orgánem jako je tomu v řízení trestním, a orgán ochrany přírody jej tedy hodnotí jako standardní listinný důkaz.

S ohledem na skutečnost, že krajinný ráz je vnímán stále (a jistě i bude) spíše subjektivně, je nutné, aby rozhodnutí bylo patřičně odůvodněno a bylo také přezkoumatelné. V této souvislosti pak nelze než doporučit používání stejného metodického postupu, resp. standardu, jak je běžné v jiných oborech (např. oceňování nemovitostí). Takový v současnosti chybí, ačkoliv se v praxi již některé metodiky používají.[25] Kvůli důvěře v rozhodováních správních orgánů i zmenšení případných sporů by nutná kritéria a postup, která by musel znalecký posudek splňovat, mohla stanovit dosud nevydaná prováděcí vyhláška Ministerstva životního prostředí.

5. ZÁVĚR

Větrné elektrárny se budou na území ČR stavět s vysokou pravděpodobností v mnohem větší míře než dnes. S ohledem na vývoj technologií lze zřejmě předpokládat, že většina dnešních negativních dopadů spojených s využíváním energie větru bude omezena na minimum. Protože však výšku turbín z fyzikálních důvodů snižovat nelze, bude se nevyhnutelně úsilí o výstavbu větrné elektrárny střetávat se zájmem na ochranu krajinného rázu. Pravomoc posoudit, zda větrná elektrárna představuje zakázaný zásah do zákonem chráněného krajinného rázu, mají výhradně orgány ochrany přírody, přičemž však pomoc znalců zůstává nadále významná. V této souvislost je nutné doporučit, aby znalci i odborné organizace státní správy postupovali při vyhodnocování vlivu stavby na krajinný ráz podle jednotné a přezkoumatelné metodiky. S ohledem na počet případů a důslednou soudní kontrolu lze také očekávat, že orgány ochrany přírody budou kompetentnější tyto zásahy sami posoudit.

---

[23] Tamtéž.

[24] Rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 24. 4. 1997, č. j. 2 Tzn 19/97, dostupné na www.nsoud.cz.

[25] Vorel, I. a Kupka, J. Metoda posouzení vlivu navrhované stavby, činnosti nebo změny využití území na krajinný ráz. EIA, IPPC, SEA, 2009, č. 2, s. 7.

Literature:

- Lapčík, V. Posuzování vlivů větrných elektráren na životní prostředí. EIA, IPPC, SEA, 2009, roč. 14, č. 3, s. 12 - 16.
- Miko, L. et al. Zákon o ochraně přírody: komentář, Praha: C.H. Beck, 2007, 590 s., ISBN: 9788071795858.
- Pekárek, M. et al. Zákon o ochraně přírody a krajiny a předpisy související: komentované znění. Brno: Masarykova univerzita, 2000, 320 s., ISBN: 8021023767.
- Vorel, I. a Kupka, J. Metoda posouzení vlivu navrhované stavby, činnosti nebo změny využití území na krajinný ráz. EIA, IPPC, SEA, 2009, roč. 14, č. 2, s. 7 - 11.
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 12. 10. 2004, č. j. 6 A 97/2001-39, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2007, č. j. 2 As 35/2007-75, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, č. j. 8 As 47/2005-86, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 11. 2008, č. j. 1 As 59/2008-77, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 14. 5. 2009, č. j. 6 As 14/2009-66, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 7. 2009, č. j. 6 As 14/2009-66, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 9. 2009, č. j. 5 As 63/2008-78, dostupné na www.nssoud.cz
- Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 3. 11. 2009, č. j. 4 As 14/2009-95, dostupné na www.nssoud.cz

Contact – email

jakub.hanak@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚČAST VEŘEJNOSTI PŘI ROZHODOVÁNÍ O VÝSTAVBĚ JADERNÉ ELEKTRÁRNY

MARTIN HOLÍK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá jednotlivými možnostmi účasti veřejnosti při rozhodování o výstavbě nové či rozšíření stávající jaderné elektrárny. Veřejnost se může především v široké míře účastnit procesu posuzování záměru výstavby jaderných elektráren na životní prostředí, kde každý může ve všech stádiích posuzování vyjádřit své připomínky. Další možností je účast veřejnosti při povolování staveb jaderných elektráren dle stavebního zákona, tj. v rámci územního a stavebního řízení. Veřejnost je však prakticky vyloučena z poslední fáze zprovozňování jaderné elektrárny, a to při rozhodování dle atomového zákona.

Key words in original language
Účast veřejnosti při rozhodování o výstavbě jaderné elektrárny; posuzování záměru výstavby jaderné elektrárny; účast veřejnosti při rozhodování dle atomového zákona.

Abstract
The contribution deals with the particular possibilities of the public at the decision making process on development of nuclear power plants. The public is allowed in the large extent to participate on the environmental assessment of the new power plant, where everyone can in all stages of the assessment express his or her own remarks. The next possibility is the participation of the public at the permission of the nuclear power plants according to the building act, i.e. within the frames of the area management and building control. However, the public is practically excluded from the final phase of the opening the nuclear power plant, namely from the decision according to the atomic act.

Key words
The participation of the public at the decision making process on development of the nuclear power plants; environmental assessment of the power plant; the participation of the public at the decision making process according to the atomic act.

1. Úvod

V nedávné době byla ze strany Ministerstva průmyslu a obchodu představena aktualizovaná Státní energetická koncepce[1], která formuluje

[1] http://www.mpo.cz/kalendar/download/71707/priloha002.pdf

cíle české energetické politiky do roku 2050. Dle tohoto dokumentu by se měl podpořit a urychlit proces projednávání výstavby nových jaderných bloků včetně nezbytných kroků mezinárodního projednávání s cílem umožnit jejich co nejrychlejší uvedení do provozu.

V souladu s touto koncepcí probíhá v současnosti posuzování vlivů na životní prostředí nového jaderného zdroje v Temelíně a uvažuje se i o rozšíření jaderné elektrárny v Dukovanech.

Jaderná energetika je bezesporu tématem, které rozděluje společnost. Je těžké najít někoho s neutrálním názorem na využívání jaderné energie. Klade se tedy otázka jaká je možnost občanů ovlivnit stavbu jaderné elektrárny, případně rozšíření stávajících jaderných elektráren. V tomto příspěvku bych se rád krátce zamyslel nad jednotlivými možnostmi ovlivnit stavbu jaderné elektrárny, které dává náš právní řád veřejnosti.

2. Posuzování vlivu jaderných elektráren na životní prostředí

Veřejnost se může poprvé vyjádřit k zamýšlené stavbě jaderné elektrárny v rámci posuzování vlivu jaderných elektráren na životní prostředí, přičemž právě publikování záměru o zamýšlené stavbě bývá okamžikem, kdy se veřejnost o zamýšlené stavbě dozví.

Dle přílohy č. 1 zákona č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí (dále jen „Zákon EIA“) podléhají záměry staveb zařízení s jadernými reaktory obligatorně posuzování. V rámci posuzování záměru se každý může vyjádřit prakticky ve všech stádiích procesu posuzování, a to až do vydání závěrečného stanoviska. Pokud příslušný úřad zajišťující posuzování příslušného záměru obdrží nesouhlasné vyjádření k dokumentaci nebo k posudku, je povinen zajistit veřejné projednání posudku a současně dokumentace. V rámci veřejného projednání se pak každý může k příslušnému záměru vyjádřit.

Zákon EIA byl však mnohokráte kritizován v souvislosti s nedostatečnou možností napadnout stanovisko žalobou, a to vzhledem ke skutečnosti, že stanovisko není rozhodnutí dle právního řádu.

V současné době je možnost soudního přezkumu stanoviska omezena na soudní přezkum v rámci navazujících správních rozhodnutí (územní rozhodnutí, stavební povolení).

Stávající stav právní úpravy je neuspokojivý především díky tomu, že dotčená veřejnost se stává prostřednictvím občanských sdružení účastníkem navazujících řízení, pouze pokud byly splněny 3 podmínky:

1) účastníci předložili vyjádření v procesu EIA,

2) toto vyjádření bylo zahrnuto do stanoviska,

3) správní úřad nerozhodl, že zájmy hájené občanským sdružením nejsou dotčeny.[2]

Dalším limitem posuzování vlivů na životní prostředí je to, že příslušný stavební úřad, který bude vydávat příslušné územní povolení o stavbě jaderné elektrárny, není vázán závěrečný stanoviskem. Je pouze povinen do příslušného rozhodnutí zahrnout požadavky k ochraně životního prostředí uvedené ve stanovisku, pokud jsou v něm uvedené, nebo ve svém rozhodnutí, popřípadě opatření, uvést důvody, pro které tak neučinil nebo učinil jen zčásti.

Zásadním problémem však zůstává soulad Zákona EIA se Směrnicí 85/337/EHS o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí (dále jen „Směrnice EIA“) a Úmluvou o přístupu k informacím, účasti veřejnosti při rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech životního prostředí (dále jen “Aarhuská úmluva“).

S ohledem na hrozbu sankcí ze strany Společenství je v současnosti v Poslanecké sněmově opětovně projednávána novela Zákona EIA [3], která umožní občanskému sdružení nebo obecně prospěšné společnosti, jejichž předmětem činnosti je ochrana životního prostředí, veřejného zdraví nebo kulturních památek, nebo obci dotčené záměrem, pokud podaly ve lhůtách stanovených Zákonem EIA písemné vyjádření k dokumentaci nebo posudku, domáhat se žalobou z důvodu porušení tohoto zákona zrušení navazujícího rozhodnutí vydaného v řízení podle zvláštních právních předpisů, postupem podle soudního řádu správního. Novela však přímo vylučuje odkladný účinek takové žaloby.

Jak platné tak i navrhované znění Zákona EIA přiznává právo brojit v navazujících správních řízeních pouze občanským sdružením, popřípadě obecně prospěšným společnostem. Účast jednotlivce je tak omezena na možnost vyjádřit se k projednávanému záměru případně zúčastnit se veřejného projednávání záměru.

3. Povolování staveb jaderných elektráren dle stavebního zákona

Další možností, kdy se veřejnost může vyjádřit k zamýšlené stavbě jaderné elektrárny je případ, kdy stavba jaderné elektrárny vyžaduje změnu stávajícího územního plánu, případně při rozhodování o územním plánu, který počítá s výstavbou jaderné elektrárny. V rámci schvalování změny územního plánu může každý uplatnit své připomínky ke konceptu územního plánu. Stejně tak může každý uplatnit připomínky k návrhu změny územního plánu, a to nejpozději při jeho veřejném projednávání. § 23 zákona č. 186/2006 Sb., stavební zákon (dále jen „Stavební zákon“), dále

[2] § 23 odst. 9 Zákona EIA

[3] http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=901&CT1=0.

umožňuje veřejnosti, aby byla při pořizování návrhu, popřípadě konceptu územně plánovací dokumentace nebo v územním řízení zastupována zmocněným zástupcem veřejnosti.

§ 70 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny (dále jen „ZOPK"), umožňuje občanským sdružením (občanskému sdružení nebo jeho organizační jednotce, jehož hlavním posláním je podle stanov ochrana přírody a krajiny) účastnit se řízení, při nichž mohou být dotčeny zájmy ochrany a přírody chráněné daným zákonem. Na základě tohoto ustanovení se občanským sdružením otvírá možnost být účastníkem územního řízení o územním rozhodnutí o umístění stavby jaderné elektrárny a v jeho rámci podávat námitky. Veřejnost může být v územním řízení dále zastoupena prostřednictvím institutu veřejného zástupce[4]. V případě, že nedojde mezi jednotlivými účastníky řízení k dohodě, což bývá při otázkách týkajících se stavby jaderné elektrárny pravidlem, musí stavební úřad, kterým je u staveb jaderných zařízení Ministerstvo průmyslu a obchodu[5], rozhodnout na základě obecných požadavků na výstavbu, obecných požadavků na využití území, závazných stanovisek dotčených orgánů nebo technických norem, pokud taková námitka nepřesahuje rozsah jeho působnosti. S ohledem na skutečnost, že ze strany veřejnosti se většinou bude jednat o otázky týkající se vlivu stavby jaderné elektrárny na životní prostředí, je možno očekávat, že Ministerstvo průmyslu a obchodu bude při svém rozhodování vycházet z výsledku posouzení záměru stavby jaderné elektrárny na životní prostředí. Důležitou roli bude také hrát povolení k výstavbě jaderného zařízení Státního úřadu pro jadernou bezpečnost (dále jen „SÚJB"). Veřejnost však nemá právo být zastoupena v řízení před SÚJB (viz. níže).

Ostatní veřejnost může uplatnit své připomínky nejpozději při veřejném projednání žádosti o vydání příslušného územního rozhodnutí o umístění stavby jaderné elektrárny. O uplatněných připomínkách však již příslušný stavební úřad nerozhoduje, ale pouze je vyhodnotí v rámci odůvodnění příslušného územního rozhodnutí.

Na rozdíl od územního řízení však stavební zákon neupravuje výslovně účast občanských sdružení (na základě § 70 ZOPK) ve stavebním řízení. I když stavební úřady z tohoto důvodu občanská sdružení často ze stavebních řízení vylučují, občanská sdružení by se proti tomuto postupu měla bránit, a to s poukazem na § 90 odst. 4 ZOPK, kde je stanoveno, že ZOPK a předpisy vydané k jeho provedení jsou zvláštními předpisy ve vztahu mimo jiné i k předpisům územního plánování a stavebního řádu, což platí i pro

[4] § 23 stavebního zákona.

[5] § 16 stavebního zákona.

určování okruhu účastníků správních řízení vedených podle stavebního zákona a v něm zejména pro územní a stavební řízení.[6]

Pokud by byla občanská sdružení podle § 70 ZOPK z účasti ve stavebních řízeních vyloučena, dostala by se vnitrostátní úprava do rozporu s čl. 6 a čl. 9 Aarhuské úmluvy a s čl. 6 odst. 4 a čl. 10a směrnice Rady 85/337/ES o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí (dále jen „Směrnice EIA"). Podle těchto ustanovení má dotčená veřejnost zajištěnou účast v rozhodovacím řízení i přístup k právní ochraně prostřednictvím soudů. Za dotčenou veřejnost považuje jak Aarhuská úmluva, tak i Směrnice EIA, také nevládní organizace podporující ochranu životního prostředí a splňující požadavky vnitrostátních předpisů.

Dále jen nutno zmínit i možnost účasti veřejnosti ve stavebním řízení na základě ustanovení §23 odst. 9 Zákona EIA (viz. výše).

4. Veřejnost a rozhodování dle atomového zákona

Jak již bylo uvedeno výše, je pro výstavbu jaderné elektrárny zapotřebí povolení SÚJB k výstavbě jaderného zařízení. § 14 zákona č. 18/1997 Sb. – atomový zákon (dále jen „Atomový zákon"), dle kterého je toto rozhodnutí vydáváno, stanovuje, že jediným účastníkem řízení je žadatel. Za „řízení" je nutno považovat veškerá řízení dle atomového zákona, která jsou vymezena v § 9 odst. 1 atomového zákona. Mimo rozhodování o výstavbě jaderného zařízení se jedná o taková rozhodování jako je rozhodování o jednotlivých etapách uvádění jaderného zařízení do provozu.

Právě s ohledem na toto ustanovení Atomového zákona bývají zamítány žádosti nevládních organizací být účastníkem řízení před SÚJB. Nevládní organizace se s tímto odůvodněním nespokojily a napadly příslušné rozhodnutí soudní cestou. Soudy však doposud v žádné věci nepotvrdily možnost občanských sdružení či fyzických osob být účastníkem řízení dle Atomového zákona.

Jako příklad může být uveden rozsudek 7 As 50/2007 – 137, ve kterém Nejvyšší správní soud potvrdil, že občanské sdružení s názvem: „V havarijní zóně jaderné elektrárny Temelín", které brojilo proti rozhodnutí SÚJB o povelení provozu II. bloku JE Temelín, není účastníkem příslušného řízení. Nejvyšší správní soud konstatoval, že při vydávání povolení postupuje SÚJB podle správního řádu, nestanoví-li atomový zákon jinak. Správní řád je proto subsidiárním předpisem, a protože atomový zákon v ustanovení § 14 odst. 1 výslovně a jednoznačně omezuje okruh účastníků řízení o vydání povolení na žadatele, je účastníkem jen tento žadatel.

[6] Stanovisko vlády k návrhu zákona, kterým se mění zákon České národní rady č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (sněmovní tisk č. 580).

V této souvislosti je především důležité posouzení skutečnosti, zda úprava účastenství v § 70 odst. 2 a 3 zákona o ochraně přírody a krajiny je vždy speciální vůči základní úpravě účastenství v konkrétním řízení, neboť většina občanských sdružení se domáhala být účastníkem řízení dle atomového zákona právě s poukazem na toto ustanovení. Tato skutečnost se stala předmětem posouzení Nejvyššího soudu v rozsudku 2 As 13/2006 – 110, ve kterém občanské sdružení Jihočeské matky brojilo proti rozhodnutí SÚJB ohledně povolení provozu jaderné elektrárny Temelín. Dle argumentace občanského sdružení jak správní řád, tak i jednotlivé zákony upravující různé věcné problematiky vymezují vždy účastníky každého správního řízení v celé dané věcné oblasti, zatímco předmětné ustanovení zákona o ochraně přírody a krajiny doplňuje specializovaného účastníka pouze do řízení, kde navíc hrozí také dotčení zákonem chráněných zájmů ochrany přírody a krajiny. Žalobce měl být dle jeho názoru proto považován za účastníka příslušného řízení před SÚJB, a to i přes dikci 14 odst. 1 Atomového zákona. Dle Nejvyššího správního soudu mezi účastníky nebylo pochyb o tom, že jak § 14 odst. 1 atomového zákona, tak § 70 zákona o ochraně přírody a krajiny mají ve vztahu k této normě, jež obecně vymezuje účastenství všech účastníků ve všech správních řízeních, povahu norem speciálních. Spor se tak dle soudu koncentroval pouze na otázku, která z těchto dvou norem má povahu normy speciální v jejich vztahu vzájemném. Soud konstatoval, že v případě souběžné aplikace, respektive střetu takových dvou norem, nelze jednoduše určit, která z nich je obecná a musí „ustoupit“ normě speciální, nýbrž je třeba je aplikovat současně tam, kde je to možné, popřípadě využít jiná výkladová pravidla tam, kde souběžná aplikace možná není.

Tak tomu dle soudu bylo i v tomto případě, neboť tyto dvě normy nelze aplikovat zároveň, jejich dispozice se totiž vylučují, když není možné, aby jedna norma přiznávala účastenství výslovně jedinému účastníku a souběžně s ní byla aplikována jiná norma, která je přiznává někomu dalšímu. Je proto třeba použít jiné druhy výkladu, zejména výklad jazykový, systematický a teleologický. Nejvyšší správní soud dále zvážil v rámci komplexního systematického výkladu ustanovení § 14 odst. 1 Atomového zákona ve vztahu k § 70 zákona o ochraně přírody a krajiny i v souladu s možným rozporem s Aarhuskou úmluvou a dospěl k závěru, že setrváním na jazykovém výkladu, který za účastníka řízení připouští pouze žadatele o povolení, není porušen ani tento závazek.

V této souvislosti je zajímavé usnesení Ústavního soudu 1791/07. V dané záležitosti se jednalo o ústavní stížnosti občanského sdružení proti rozhodnutí SÚJB o provozu 1. bloku Jaderné elektrárny Temelín. S touto stížností byl zároveň spojen návrh na zrušení § 14 odst. 1 atomového zákona. Ústavní soud konstatoval, že stěžovatel jako právnická osoba byl a je sice subjektem základního procesního práva na spravedlivý proces, resp. na přístup k soudu či na soudní přezkum zákonnosti rozhodnutí orgánu veřejné správy, to ovšem za podmínky, že předmětem rozhodování orgánu veřejné správy byla jeho hmotná základní práva a svobody. Tak tomu však v

daném případě nebylo, neboť v řízení o povolení provozu jaderné elektrárny se nejednalo a nemohlo jednat o žádné z hmotných základních práv stěžovatele, jako např. právo na život dle čl. 6 Listiny, na nedotknutelnost osoby a jejího soukromí dle čl. 7 Listiny, na ochranu soukromého a rodinného života dle čl. 10 Listiny a na příznivé životní prostředí dle čl. 35 odst. 1 Listiny ve spojení s článkem 41 odst. 1 Listiny, a to z toho prostého důvodu, že tato základní práva, stěžovatelem "prosazovaná", náleží pouze osobám fyzickým. A protože tedy subjektem uvedených základních hmotných práv nemohou být právnické osoby, nesvědčí jim v tomto rozsahu základní právo dle článku 36 odst. 2 Listiny na přezkum zákonnosti rozhodnutí orgánu veřejné správy. Z výše uvedeného vyplývá, že odmítnutím správní žaloby stěžovatele pro nedostatek jeho aktivní legitimace nedošlo k porušení jeho základního práva na spravedlivý proces dle článku 36 odst. 1 a 2 Listiny, resp. článku 6 odst. 1 Úmluvy, ani práva na zákonného soudce dle článku 38 odst. 1 Listiny či práva na účinné prostředky nápravy dle článku 13 Úmluvy.

S ohledem na výše uvedené je možno konstatovat, že za současného právního stavu je účastníkem řízení dle atomového zákona pouze žadatel, přičemž veřejnost je zcela vyloučena.

Jak Nejvyšší správní soud, tak i Ústavní soud v odůvodnění svých rozhodnutí konstatovali, že připomínky veškerých subjektů jsou zvažovány v rámci rozhodování o stavbě jaderné elektrárny. Uvádění jaderného zařízení do provozu je z tohoto pohledu pouze nutným dokončováním stavebního díla k tomuto účelu povoleného. Oba dva soudy tak veřejnost „odkázali“ na úvodní stádia rozhodování o stavbě jaderné elektrárny, tj. na proces posuzování vlivů na životní prostředí a územního řízení.

5. Závěr

Současná právní úprava omezuje účast veřejnosti při rozhodování o stavbě jaderné elektrárny na možnost vznášet připomínky v rámci posuzování záměru stavby jaderné elektrárny na životní prostředí a omezeně i na zastoupení v rámci územního plánování a v územním a stavebním řízení.

Veřejnost je však zcela vyloučena z účastenství v rámci stavebního řízení a při rozhodování dle Atomového zákona. Na tomto místě je však třeba uvést, že ostatní zákony, které upravují povolování potencionálně nebezpečných zařízení, účast veřejnosti upravují. Je to především zákon č. 76/2002 Sb., zákon o integrované prevenci (dále jen „Zákon IPPC“), který přiznává občanským sdružením, obecně prospěšným společnostem, zaměstnavatelským svazům nebo hospodářským komorám, jejichž předmětem činnosti je prosazování a ochrana profesních zájmů nebo veřejných zájmů podle zvláštních právních předpisů, stejně tak jako obcím a krajům být účastníkem řízení o vydání integrovaného povolení, pokud se jako účastníci písemně přihlásily u příslušného úřadu do 30 dnů ode dne zveřejnění údajů ze žádosti o povolení vydání integrovaného povolení. Zákon IPPC se však na povolování výstavby jaderných zařízení nevztahuje.

Dle mého názoru tak Atomový zákon v porovnání se Zákonem IPPC nesystematicky vylučuje veřejnost z účastenství o rozhodování o jaderných zařízeních, která je beze sporu možno považovat za potencionálně nebezpečná zařízení. Je sice pravda, že v rámci Atomového zákona je rozhodováno o řadě skutečností, které se týkají „každodenního" provozu jaderných zařízení, při kterých účast veřejnosti není nutná. Na druhou stranu by Atomový zákon měl alespoň v omezené míře umožnit veřejnosti být účastníkem řízení při rozhodování v zásadních otázkách jako je právě rozhodování o umístění a výstavbě jaderných zařízení. Vyloučení účasti veřejnosti z rozhodování o povolování dle atomového zákona je dle mého názoru i v rozporu i s požadavky čl. 6 Aarhuské úmluvy. Dle mého názoru by veřejnost měla mít možnost být účastníkem při rozhodování dle Atomového zákona, a to nejméně v počátečním stádiu, kdy jsou ještě všechny možnosti výběru a alternativ otevřeny a kdy účast veřejnosti může být účinná[7].

Stávající znění Atomového zákona tak nesystematicky vylučuje veřejnost z rozhodování o potencionálně nebezpečných stavbách jaderných zařízení. Dle mého názoru by dle de lege ferenda veřejnost měla mít možnost být účastníkem v těch řízeních dle Atomového zákona, ve kterých se rozhoduje o povolení stavby nových jaderných zařízení.

Literature:

- Stanovisko vlády k návrhu zákona, kterým se mění zákon České národní rady č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (sněmovní tisk č. 580).
- Dudová, J., Jančářová, I., Pekárek, M., Průchová, I., Právo životního prostředí. 2. díl., 2. přeprac. vyd., Brno : Masarykova univerzita, 2006,
- Damohorský, M. a kol. Právo životního prostředí. 2. Vydání. Praha: C.H. Beck, 2007.

Contact – email
marlik@seznam.cz

[7] Čl. 6 odst. 4 úmluvy o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNÍ NÁSLEDKY ZMĚN PODMÍNEK ROZHODNÝCH PRO POVOLOVÁNÍ AKTIVIT

ILONA JANČÁŘOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Ke střetu zájmů v území může dojít nejen při rozhodování o projektovaných aktivitách, ale též v důsledku změn podmínek, za nichž byl provoz dané činnosti povolen. Cílem příspěvku je zamyslet se nad možnými následky těchto změn v režimu vybraných zvláštních právních předpisů na ochranu životního prostředí i v dalších souvislostech.

Key words in original language
Životní prostředí; povolování aktivit; činnosti v území.

Abstract
The crash of interests in usage of a specific site can be encountered not only in procedures permitting a projected activity but also when conditions, based on which the projected activity was permitted, have changed. The aim of the contribution is to show possible legal consequences of this change in the regime of selected environmental acts.

Key words
Environment; Permit to operate; Environmental protection.

Zájmy ochrany životního prostředí jsou kromě jiných prostředků právní regulace zabezpečovány administrativními nástroji v podobě různých povolení a závazných stanovisek či stanovisek, vydávaných orgány ochrany životního prostředí a dalšími správními úřady za účelem realizace konkrétních aktivit. V rámci rozhodovací činnosti tyto úřady vycházejí při posuzování vhodnosti dané aktivity v konkrétní lokalitě zpravidla ze stávající situace v území a do svých povolujících individuálních správních aktů zpravidla inkorporují podmínky, které provozovatel musí dodržovat za tím účelem, aby nedocházelo ke zhoršování stavu životního prostředí, resp. aby povolená aktivita neohrožovala životní prostředí a lidské zdraví nad míru stanovenou zákonem nebo na jeho základě. Podmínky, za nichž byla daná aktivita povolena, však nejsou neměnné. V průběhu doby může dojít k faktickým změnám v území, které je aktivitou ovlivňováno, a to buď v důsledku nedodržování stanovených podmínek provozovatelem dané aktivity, vlivem realizace povolené činnosti v mezích platného rozhodnutí anebo i v důsledku přirozených faktorů nesouvisejících s provozovanou aktivitou. K formálním změnám podmínek provozu může docházet i vlivem přijatých změn platné právní úpravy. Cílem tohoto příspěvku je zamyslet se nad vybranými situacemi a především nad způsobem, jakým na ně reaguje platná právní úprava.

Povolování aktivit z hlediska ochrany životního prostředí může mít podobu jak samostatného správního rozhodnutí, tak i závazného stanoviska ve smyslu ustanovení § 149 správního řádu, které patří mezi podklady správního rozhodnutí a není samostatným rozhodnutím ve správním řízení, nicméně může proti němu směřovat odvolání a případné nezákonné závazné stanovisko lze zrušit nebo změnit v přezkumném řízení.

Předpokládejme však, že daná aktivita byla řádně povolena a předmětné rozhodnutí není nezákonné. Přesto mohou nastat situace, kdy realizace řádně povolené aktivity má za následek takové negativní změny na složkách životního prostředí, které přesahují právem objektivně stanovené meze, při jejichž překročení dochází k poškozování životního prostředí, a tudíž vzniká protiprávní stav. Příčiny změn podmínek, za nichž byla předmětná aktivita povolena, mohou být různé. Jedná se zejména o

a. protiprávní změny stavu životního prostředí v důsledku nedodržování podmínek povolení,

b. nechtěné změny stavu životního prostředí v důsledku realizace povolené aktivity,

c. přirozené změny stavu životního prostředí, které jsou v rozporu s realizací povolené aktivity.

Kromě faktických změn stavu životního prostředí, může dojít i ke změnám podmínek právních v souvislosti se změnami v právní úpravě, nicméně tato varianta změn stojí mimo rámec tohoto příspěvku.

Relativně ucelenou a jednotnou podobu má platná právní úprava v případech, kdy provozovatelé povolených aktivit nedodržují své povinnosti a podmínky vydaného povolení. Jak zákon o ovzduší č. 86/2002 Sb., v platném znění (dále jen zákon o ovzduší), tak zákon č. 254/2001 Sb., o vodách v platném znění na tuto situaci reagují možností uložit opatření k nápravě a popřípadě sankce v podobě pokuty. Oba zákony počítají i s možností nařídit zastavení provozu. Zákon o vodách však na rozdíl od zákona o ovzduší umožňuje zrušit vydané povolení k nakládání s vodami, jestliže při jeho výkonu dojde k závažnému nebo opakovanému porušení povinností na úseku ochrany vod. Zákon č. 114/1992 Sb. o ochraně přírody a krajiny v platném znění reaguje na změnu stavu přírodních složek v důsledku neoprávněných zásahů kromě pokut i povinností jejich navrácení do původního stavu resp. provedení náhradních opatření, což má obdobný význam jako uložení opatření k nápravě v režimu obou výše zmíněných předpisů. Ačkoliv systematika zákona je vzhledem k nim odlišná, nechybí zde ani možnost omezit nebo zakázat činnost, která by mohla způsobit nedovolenou změnu obecně nebo zvláště chráněných částí přírody, zakotvená v § 66, jakož i možnost změnit, případně i zrušit vydané

rozhodnutí z vlastního podnětu orgánu ochrany přírody nebo na návrh dle ustanovení § 84[1].

V případech výše popsaných ad b) může dojít k situaci, že navržená aktivita byla v daném území povolena z hlediska ochrany všech dotčených složek životního prostředí, později se však ukázalo, že v důsledku její realizace v mezích daných povolením, dochází ke zhoršování, resp. poškozování některé ze složek životního prostředí. K takové situaci může dojít i proto, že v daném území bylo například současně povoleno více zdrojů znečištění vod, jež překračuje vstřebávací kapacitu té složky životního prostředí, do níž je vypouštěno. Je zřejmé, že rozhodování o povolení těchto aktivit pravděpodobně mělo předvídat možné následky jejich realizace a neopíralo se o kvalitní odborné posouzení ve vztahu k ukazatelům a hodnotám přípustného stupně znečištění povrchových vod, jakož i požadavku volby nejlepší dostupné technologie. Jestliže však nebylo jako nezákonné zrušeno, jak by v takové situaci bylo možno postupovat, jestliže je třeba zabránit poškozování dané složky životního prostředí? V této souvislosti je třeba zdůraznit, že tato povinnost spočívající v zajištění stanovené kvality životního prostředí ve většině případů vyplývá i z požadavků komunitárního práva a souvisí s dalšími nástroji na ochranu životního prostředí, jakými jsou například koncepční nástroje právní regulace.

Zákon č. 254/2001 Sb., o vodách v platném znění (dále jen zákon o vodách) neumožňuje uložit opatření k nápravě znečišťovateli, který neporušil žádnou povinnost k ochraně vod (s výjimkou případů privatizačních projektů upravených v § 42 odst. 2).[2] Na druhé straně obsahuje ustanovení, týkající se samotného povolení k nakládání s vodami. Předně povolení k nakládání s vodami se vydává na časově omezenou dobu; konkrétně vypouštění odpadních vod nemůže být vydáno na dobu delší než 10 let.[3]

---

[1] Orgán ochrany přírody může z vlastního podnětu nebo na návrh po provedeném řízení jím vydané rozhodnutí změnit, popřípadě zrušit

a) dojde-li ke změně skutečností rozhodných pro vydání rozhodnutí

b) vyžadují-li to zájmy přírody a krajiny chráněné tímto zákonem, zejména vznikla-li nebo hrozí-li vážná ekologická újma

c) nedodržuje-li oprávněný opětovně podmínky rozhodnutí nebo povinnosti stanovené v něm orgánem ochrany přírody

d) nevyužívá-li oprávněný rozhodnutí bez zvláštního důvodu po dobu delší dvou let

e) dochází-li při činnosti vykonávané na základě rozhodnutí k porušování ustanovení tohoto (ZOPK) zákona nebo k podstatnému poškozování jiných oprávněných zájmů v ochraně přírodního prostředí

[2] Viz § 42 odst. 1 vodního zákona

[3] § 9 odst.

Dobu platnosti povolení k nakládání s vodami lze prodloužit pouze tehdy, pokud se nezměnily podmínky, za kterých bylo povolení uděleno. Uplynutí času tak samo o sobě zakládá jednu z možností, jak reagovat na změněné podmínky. Nutno zdůraznit, že vodoprávní úřad zde nemá možnost jiné volby než neprodloužit výše uvedené povolení, pokud dospěje k závěru, že ke změně podmínek opravdu došlo. V souvislosti s tím hraje důležitou roli i kontrola správnosti rozhodování o prodloužení povolení k nakládání s vodami prostřednictvím účastenství různých zainteresovaných subjektů podle § 115 zákona o vodách, včetně občanských sdružení při splnění zákonem stanovených podmínek.

Vedle dočasného charakteru povolení k nakládání s vodami je z hlediska změněných podmínek důležité ustanovení § 12, umožňující povolení k nakládání s vodami změnit nebo zrušit. Důvodem ke změně nebo zrušení povolení může být například změna stanoveného minimálního zůstatkového průtoku nebo minimální zůstatkové hladiny podzemních vod, dojde-li ke změně právních předpisů stanovujících hodnoty ukazatelů přípustného znečištění vod nebo je-li to nezbytné ke splnění stanovených programů[4], usilujících o snížení znečištění povrchových vod a plánu oblasti povodí. Zákon počítá s tím, že pokud by cíle ochrany vod stanovené pro příslušný vodní útvar neměly být pravděpodobně dosaženy, pak odpovídající povolení k nakládání s vodami musí být přešetřena a vodoprávní úřad může platné povolení k nakládání s vodami změnit nebo zrušit při naplnění jednoho či více důvodů, zakotvených v ustanovení § 12.

V neposlední řadě by bylo možno neuspokojivou situaci v území dosahující závažného ohrožení nebo znečištění povrchových nebo podzemních vod řešit i v režimu ustanovení § 42 odst. 4, ovšem za předpokladu, že provozovatel činnosti neporušil své povinnosti k ochraně vod. V tom případě může vodoprávní úřad zabezpečit nezbytná opatření k nápravě hrazená z prostředků zvláštního účtu zřizovaného krajem. Svým způsobem by se tak jednalo o nápravu závadného stavu způsobeného nedostatky v rozhodovací činnosti orgánů veřejné správy za veřejné finanční prostředky.

Na úseku ochrany ovzduší podobnou možnost změnit nebo zrušit vydané povolení, resp. závazné stanovisko právní úprava obecně nezaložila, nicméně zákon č. 86/2002 Sb., o ovzduší v platném znění obsahuje i specifický způsob regulace pro případy smogové situace a rovněž v ustanovení § 17 odst. 4 počítá s možností vydat povolení nebo závazné stanovisko na časově omezenou dobu. Kromě toho novela zákona o ovzduší č. 483/2008 Sb. zavedla možnost zpřísnit stávající nebo stanovit další podmínky provozu, jestliže je v dané oblasti překračována přípustná úroveň znečištění ovzduší. Ustanovení § 17 odst. 9 tak představuje způsob, jak modifikovat vydané povolení, aniž by podmínkou toho bylo nedodržování povinností ze strany provozovatele povolené aktivity. Nutno

[4] § 12 odst. 1 písm.h)

zdůraznit, že toto ustanovení není obecně aplikovatelné na všechny zdroje znečištění ovzduší, ale vztahuje se pouze na ostatní zdroje znečišťování ovzduší ve smyslu zakotvené kategorizace zdrojů a navíc tímto způsobem lze omezit pouze emise tuhých znečišťujících látek.

Pokud je v daném území třeba snížit emise znečišťujících látek nebo jejich skupin, jsou pro tyto oblasti zpracovávány programy snižování emisí na národní, krajské a případně i místní úrovni. Zákon o ovzduší počítá s tím, že tyto programy mohou být realizovány na základě dohod mezi orgány ochrany ovzduší a provozovateli stacionárních zdrojů. Ve snaze o řešení problémů souvisejících s místními nepříznivými vlivy na imisní situaci může provozovatel stacionárního zdroje přistoupit na plnění zpřísněných emisních limitů, avšak teprve na základě dohody.

Výše uvedené postřehy týkající se řešení rozporu mezi povolenou aktivitou a změnou stavu složek životního prostředí je v závěru třeba doplnit i o řešení obsažené v zákoně č. 76/2002 Sb., o integrované prevenci v platném znění. Tento zákon počítá s tím, že vydané integrované povolení bude předmětem přezkoumání v pravidelných osmiletých intervalech. Jak sám zákon v ustanovení § 18 odst. 1 uvádí, jedná se o přezkum, "zda nedošlo ke změně okolností, které mohou vést ke změně závazných podmínek integrovaného povolení. Navíc toto povolení musí být přezkoumáno mj. vždy, je-li znečištění v důsledku provozu zařízení tak značné, že významně přesahuje standard kvality životního prostředí a nelze se k němu přiblížit jinak než změnou závazných podmínek provozu zařízení. Na základě přezkoumání integrovaného povolení lze provozovateli uložit opatření k nápravě, vyzvat jej k podání žádosti o změnu integrovaného povolení v přiměřené lhůtě nebo vydat rozhodnutí o zastavení provozu nebo jeho části.

Z výše uvedeného je zřejmé, že nástroje právní regulace obsažené v právní předpisech v oblasti ochrany ovzduší a vod jsou primárně zaměřeny na to, aby provozovatel dodržoval své zákonem anebo na základě zákona stanovené povinnosti. Zatímco právní regulace chování znečišťovatele se na jedné straně vztahuje zejména k dodržování stanovených povinností a podmínek realizace jeho činnosti v návaznosti na vypouštění znečišťujících látek do životního prostředí, kvalita stavu jednotlivých složek životního prostředí je zajišťována především v rámci rozhodovací činnosti povolující danou aktivitu v určitém území ze strany příslušných orgánů státní správy.

Na druhé straně, právě s ohledem na mezinárodní závazky a požadavky komunitárního práva, přibývá ustanovení umožňujících vázat korekce povoleného chování znečišťovatele k dosaženému či očekávanému stavu složky životního prostředí, resp. kvalitě vnějšího ovzduší anebo kvalitě či množství povrchových a podzemních vod, jejíž zhoršování by mohlo být mnohdy přičítáno spíše nekvalitnímu výkonu veřejné správy než porušování právních povinností ze strany znečišťovatele.

Obdobná konstrukce právní odpovědnosti za chování znečišťovatele ve vztahu k výslednému stavu přírodní složky v daném území byla použita již od okamžiku jeho vzniku v zákoně č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny v platném znění (dále též ZOPK). Například v případě povoleného zásahu do významného krajinného prvku se ukáže, že v daném místě se vyskytuje zvláště chráněný živočišný či rostlinný druh. Základním pravidlem pro ochranu těchto druhů je zákaz jakkoliv je dle § 49 a 50 ZOPK poškozovat či škodlivě zasahovat do jejich přirozeného vývoje. Pokud by se jednalo o povolení výstavby, pak by nebylo možné se uvolnit z tohoto základního pravidla ve vztahu k běžnému obhospodařování nemovitosti podle ustanovení §§ 49 odst. 2 a 50 odst. 3 ZOPK.

Pokud by se zvláště chráněný druh v daném místě vyskytoval v době vydání rozhodnutí, pak by zřejmě šlo o vadný akt, který by mohl být v rámci řádného i mimořádného přezkumného řízení zrušen s možností požadovat náhradu škody způsobené nezákonným rozhodnutím. Pokud však nedojde k jeho zrušení, takový akt je platný a zavazuje subjekty, které jsou adresáty práv a povinností z něj vyplývajících. Na druhé straně jsou i situace, kdy rozhodnutí nemusí být zatíženo vadami a přesto jeho realizace bude v rozporu se zájmem na ochraně zvláště chráněných druhů, když se tyto v daném území usídlili teprve po vydání povolujícího rozhodnutí.

Investor se pak dostává do značně obtížného postavení, kdy mu jeho činnost byla na jedné straně povolena rozhodnutím stavebního úřadu, vycházejícího ze závazného stanoviska orgánu ochrany přírody k zásahu do významného krajinného prvku, a na druhé straně je její realizace zakázána přímo ze zákona z titulu ochrany zvláště chráněných druhů, přičemž regulace chování znečišťovatele je vztažena k výslednému stavu části životního prostředí. Kromě této povinnosti obsažené v § 49, resp. § 50, zákon o ochraně přírody a krajiny obsahuje v ustanovení § 66 možnost činnost, která by mohla způsobit nedovolenou změnu obecně nebo zvláště chráněných částí přírody, omezit či zakázat. Bude tedy realizace činnosti v rámci vydaného povolení považována za neoprávněný zásah s následnou možností uložení sankce spolu s povinností navrátit do původního stavu poškozenou či nedovoleně změněnou část přírody či uložení omezení, resp. zákazu této činnosti?

I když by se dalo polemizovat o výkladu "nedovolené změny", rozhodovací praxe[5] nasvědčuje tomu, že ustanovení § 66 lze aplikovat nejen v případech, kdy je daná aktivita realizována v rozporu s vydaným povolením, ale i tehdy, aniž by provozovatel porušoval pravidla pro její výkon, a to právě proto, že povinnosti v ochraně přírody jsou vztaženy k chráněnému objektu. Právním důsledkem změněných podmínek v území by pak mělo být přizpůsobení dané aktivity v tom smyslu, že nebude škodlivě zasahováno do přirozeného vývoje zvláště chráněných druhů včetně jejich biotopu. Jedinou možností, jak pokračovat v předmětné aktivitě, by bylo

[5] Viz rozsudek Vrchního soudu v Praze ze dne 17.1.2002 č.j. 7 A 179/2000-74

získání výjimky ve smyslu ustanovení § 56, což ve většině podnikatelských záměrů nebude reálné z důvodu absence převažujícího veřejného zájmu.

Ustanovení § 84 ZOPK o změně, resp. zrušení rozhodnutí by bylo možno aplikovat pouze tehdy, kdyby závazné stanovisko bylo vydáno formou samostatného rozhodnutí, neboť orgán ochrany přírody může z vlastního podnětu nebo na návrh po provedeném řízení změnit, popřípadě zrušit pouze jím vydané rozhodnutí.

Pokud by se jednalo o závazné stanovisko, které je podkladem pro vydání rozhodnutí dle jiného právního předpisu, pak v režimu zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon) ke změně (a v případě kulturního nálezu až ke zrušení) povolení dané aktivity by mohlo dojít z důvodu nepředvídaného nálezu zvláště chráněných částí přírody, resp. kulturně cenných předmětů a detailů stavby. Stavební zákon zakotvuje povinnost stavebníka neprodleně oznámit nález stavebnímu úřadu a orgánu ochrany přírody nebo státní památkové péče a zároveň učinit opatření nezbytná k tomu, aby nález nebyl poškozen nebo zničen, a práce v místě nálezu přerušit. Příslušné orgány mohou stanovit opatření k nápravě a rozhodnout o přerušení prací až do odvolání tohoto přerušení. Zajímavá je skutečnost, že stavební zákon umožňuje, aby stavebník uplatnil nárok na náhradu nákladů, které mu vznikly v důsledku přerušení prací, opatření k ochraně nálezu a změny vydaného stavebního povolení. Naproti tomu ZOPK v ustanovení o omezení či zákazu činnosti ani u změn vydaných rozhodnutí o náhradách neuvažuje.

Proto v případě, kdy se jedná o činnost povolenou v režimu stavebního zákona, právní úprava dává stavebníkovi možnost, aby iniciativně podnikl kroky k ochraně přírody s nárokem na náhradu nákladů. Pokud tak neučiní, vystavuje se riziku, že jeho činnost může být omezena či zastavena bez nároku na náhradu nákladů a navíc s povinností uvedení poškozené části přírody do původního stavu.

Výše zmíněná rozporuplnost mezi vydaným rozhodnutím povolujícím danou aktivitu v území a zákonnou povinností nepoškozovat součásti životního prostředí v rozsahu a způsobem, při němž dochází k naplnění pojmu ekologické újmy, se zřetelně promítla i v zákoně č. 167/2008 Sb., o předcházení ekologické újmě a o její nápravě v platném znění (dále jen zákon o ekologické újmě). V jeho režimu je předpokladem vzniku povinnosti provádět preventivní nebo nápravná opatření ve smyslu ustanovení § 5 mimo jiné "výkon provozní činnosti neuvedené v příloze č. 1 v rozporu s právními předpisy". O jaké předpisy se v tomto případě jedná - o předpisy, v jejichž režimu byla daná aktivita povolena, nebo rovněž i o zákon o ochraně přírody a krajiny?[6]

[6] Někteří autoři uvádějí, že se může jednat o porušení jakéhokoliv předpisu včetně samotného zákona na ochranu přírody a krajiny. Viz Stejskal, V., Vícha, O.: Zákon o

Kdyby provozovatel svou provozní činností způsobil ekologickou újmu na chráněných druzích volně žijících živočichů nebo planě rostoucích rostlin, pak se dle mého názoru musel vždy dopustit protiprávního jednání, a to konkrétně porušení povinností vyplývajících zejména z ustanovení § 49 a 50, pokud se jedná o zvláště chráněné druhy, a popřípadě i § 5 ZOPK, které by navíc muselo dosáhnout takové intenzity, aby bylo kvalifikováno jako ekologická újma. Její způsobení si totiž lze těžko představit bez toho, aby nebyly narušeny základní podmínky ochrany těchto druhů. Výklad a aplikaci předmětných ustanovení poněkud znesnadňuje složitost a jistá neprovázanost mezi oběma právními předpisy, když ZOPK používá pojem zvláště chráněné druhy a zákon o ekologické újmě chráněné druhy, jimž odpovídají odlišné seznamy, které se však ve značné míře překrývají.

Nicméně i zde je třeba v souvislosti s činnostmi realizovanými v režimu stavebního zákona pamatovat na povinnost oznámit nepředvídaný nález příslušnému úřadu. Její nesplnění lze bezpochyby označit jako rozpor s právními předpisy doprovázený povinností nést odpovídající odpovědnostní následky.

Zajímavé řešení, které se však týká pouze běžného obhospodařování pozemků s výskytem kriticky nebo silně ohrožených druhů rostlin, přinesla poslední novela zákona o ochraně přírody a krajiny. Na základě novelizovaného ustanovení § 49 odst. 4 může vlastník nebo nájemce dotčeného pozemku uzavřít dohodu o způsobu hospodaření na tomto pozemku, která nahrazuje výjimku podle § 56.

Z výše uvedeného je zřejmé, že česká právní úprava obsahuje dostatek efektivních nástrojů, kterými lze korigovat výše popsané situace změn podmínek rozhodných pro povolování aktivit ve prospěch ochrany životního prostředí. Jedná se zejména o časově limitovaná povolení, možnost jejich změny či zrušení, opatření k nápravě anebo zastavení či omezení činnosti. Zejména v poslední době jsou do právní úpravy zahrnuty možnosti uzavírat se soukromoprávními subjekty veřejnoprávní dohody o způsobu realizace předmětné aktivity.

Ve výše popsaných situacích dochází k jasnému střetu zájmu na realizaci vydaného oprávnění a na jedné straně a zájmu na ochraně životního prostředí na straně druhé, zdůrazněném navíc nezbytností plnit mezinárodní závazky a požadavky vyplývající z komunitárního práva. Nejúčinnějším řešením by bylo těmto střetům předcházet již ve fázi rozhodování o povolení, které by mělo vycházet z kvalitních odborných posouzení stávajícího stavu a analýz a zhodnocení možných dopadů realizace povolené činnosti. Pokud nebude zajištěn kvalitní výkon státní správy, pak je nezbytné využít právních prostředků omezujících realizaci povolené

---

předcházení ekologické újmě a o její nápravě s komentářem, souvisícími předpisy a s úvodem do problematiky ekologicko-právní odpovědnosti, Leges Praha, 2009, s. 81

aktivity, a to právě s ohledem na mezinárodně první závazky a odpovědnost státu za prosazení požadavků stanovených právem komunitárním. Proto právní úprava musí obsahovat řešení, které umožní ochranu životního prostředí na úkor oprávněného zájmu znečišťovatele, resp. provozovatele dané činnosti.

V tomto ohledu preference obecného zájmu na ochraně životního prostředí před zájmem na realizaci povolené činnosti je v souladu s Listinou základních práv a svobod č. 2/1993 Sb., zejména s čl. 11 odst.3[7] a čl. 35 odst. 3[8]. Jak vyplynulo z usnesení Ústavního soudu II.ÚS 142/02 ze dne 28.5.2002, tento problém dokonce ani "nelze chápat tím způsobem, že proti sobě stojí zájem a právo jednotlivce na realizaci podnikatelského záměru a veřejný zájem (v daném případě na ochraně obecně nebo zvláště chráněných částí přírody), ale tak, že ve smyslu čl. 26 odst. 1 a 2 Listiny základních práv a svobod může být právo podnikat a provozovat jinou hospodářskou činnost omezeno podmínkami a omezeními, které stanoví zákon". Navíc, pokud k poškozování či ohrožování životního prostředí dochází právě v důsledku realizace povolené činnosti, měl by to být v souladu s principem prevence a principem znečišťovatel platí právě provozovatel, kdo v zájmu ochrany životního prostředí bude muset korigovat své chování.

Contact – email
ilona.jancarova@law.muni.cz

[7] Vlastnictví zavazuje. Nesmí být zneužito na újmu práv druhých nebo v rozporu se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Jeho výkon nesmí poškozovat lidské zdraví, přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem.

[8] Při výkonu svých práv nikdo nesmí ohrožovat ani poškozovat životní prostředí, přírodní zdroje, druhové bohatství přírody a kulturní památky nad míru stanovenou zákonem.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

LEGAL POSITION OF TENANT AND MORTGAGEE WITH REGARD TO SOLUTION OF CONFLICT OF INTERESTS IN THE LAND

TOMÁŠ KOCOUREK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Autor se ve svém příspěvku zabývá postavením nájemce a zástavního věřitele v řízeních a jiných postupech, v nichž je vypořádáván střet zájmů v území. Dochází k závěru, že zájmy těchto osob nejsou dostatečně chráněny, veřejné právo je povětšinou vylučuje z účasti na řízení. Naproti tomu mechanismy soukromého práva ovládající zástavní právo i nájem poskytují těmto subjektům významné záruky, ačkoliv z nich nesnímají veškeré riziko.

Key words in original language
Nájemce; Zástavní věřitel; Ekonomické zájmy; Procesní postupy; Soukromoprávní mechanismy.

Abstract
The paper deals with legal position of tenant and mortgagee in procedures concerning the solution of conflict of interests in land. The author concludes that the interests of these persons are not sufficiently protected, the public law excludes them from participation to procedure. On the other hand, the mechanisms of private law governing the mortgage and tenancy offer to tenant and mortgagee important guarantees, none the less they are obliged to bear a certain degree of risk.

Key words
Tenant; Mortgagee; Economic interests; Procedures; Private law mechanisms.

1. ÚVOD

Když se řekne střety zájmů v území, pravděpodobně se nám nejprve vybaví kolize veřejných a soukromých zájmů, které, jak dovodila judikatura, mohou nabýt rovněž kvality zájmů veřejných. Pojem soukromé zájmy nám asociuje především vlastnické právo jednotlivců k nemovitostem. Takovýto pohled by však byl značně zjednodušený, neboť pomíjí ekonomickou funkci nemovitostí. Nemovitosti jsou totiž často předmětem nájemního vztahu, jehož obsahem je přenechání práva užívat nemovitost třetí osobě. Ekonomická hodnota nemovitostí je zase podstatou zástavního práva. Řešení střetu zájmů v území tedy může mít dopad i na tyto právní vztahy. Je tomu tak v případě, kdy dochází k zásahu do práva užívat nemovitost, nebo kdy v důsledku zásahu dojde k poklesu hodnoty nemovitosti.

V první části svého příspěvku se zaměřím na otázku, do jaké míry mohou nájemci a zástavní věřitelé přímo hájit své vlastní zájmy při řešení střetu zájmů v území. Jelikož k řešení střetu zájmů dochází v rámci správního řízení, resp. jiných procesních postupů (např. pořizování a schvalování územního plánu), jedná se hlavně o účastenství těchto osob v řízení (či jiných postupech). Následně je to i otázka aktivní žalobní legitimace v soudním řízení správním.

Předmětem druhé části příspěvku je dopad výsledného řešení střetu zájmů v území do oblasti soukromého práva představovaného právním vztahem mezi vlastníkem nemovitosti a nájemcem či zástavním věřitelem.

Při svém výkladu se přidržím čtyř modelových situací: a) zřízení ochranného pásma vodního zdroje, v němž je zakázáno hnojit zemědělskou půdu; b) změna orné půdy na trvalý travní porost na žádost vlastníka pozemku; c) omezení vlastnického práva zřízením věcného břemene na základě rozhodnutí vyvlastňovacího úřadu; d) změna využití území v důsledku vydání územního plánu.

2. ÚČASTENSTVÍ V ŘÍZENÍ

Obecná úprava účastenství ve správním řízení je obsažena v § 27 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád. Správní řád rozeznává dvě skupiny účastníků. Mezi přímé účastníky (§ 27 odst. 1) patří v případě řízení o žádosti žadatel a osoby, které s ním jsou ve společenství práv a povinností. V případě řízení zahajovaného z moci úřední jsou hlavními účastníky osoby, jimž má rozhodnutí založit, změnit nebo zrušit práva či povinnosti, nebo prohlásit, že určitá práva nebo povinnosti mají či nemají.

Druhou skupinu představují nepřímí účastníci (§ 27 odst. 2), jímž rozhodnutí sice práva ani povinnosti nezakládá, nemění ani neruší, ale přesto jím mohou být přímo dotčeni ve svých právech nebo povinnostech. Z formulace této normy plyne, že klíčem k účastenství je pouhá možnost přímého dotčení na právech a povinnostech.[1] Otázka, zda skutečně dojde k přímému dotčení na právech a povinnostech, je věcí posouzení předmětu řízení. Je správné, že podmínky pro přiznání účastenství jsou mírnější. Pokud by totiž jednotlivec nebyl vzat do řízení jako jeho účastník z toho důvodu, že nebylo prokázáno dotčení na právech a povinnostech, a při vydání rozhodnutí by se potvrdilo, že je rozhodnutím dotčen na právech a povinnostech, bylo by již pozdě. Na druhou stranu, když je do řízení připuštěna osoba, u níž není vyloučeno, že by mohla být rozhodnutím dotčena na právech a povinnostech, a po provedeném řízení se zjistí, že rozhodnutí nemůže mít dopad na její práva a povinnosti, nevede její účast na řízení ke zkrácení ostatních účastníků na jejich právech, ani to nemá vliv na

[1] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 17. 12. 2008, čj. 1 As 80/2008 – 68, bod 12, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

zákonnost rozhodnutí. Pojem „přímo dotčena ve svých právech nebo povinnostech“ je neurčitým právním pojmem, což klade na orgán aplikace práva větší požadavky při subsumpci zjištěné skutkové podstaty pod neurčitý právní pojem, zejména pokud jde o odůvodnění rozhodnutí.[2]

Vedle toho mohou zvláštní zákony upravit okruh účastníků řízení odchylně. V úvahu přicházejí dva způsoby. První z nich je, že se použije obecná definice účastníků dle správního řádu s tím, že zvláštní zákon obsahuje pouze dílčí zásahy do vymezení okruhu účastníků, např. označí za účastníka osobu, která by jí dle obecné úpravy nebyla. Druhý způsob je, že úprava ve zvláštním zákoně je formulována takovým způsobem, že zcela jistě vylučuje aplikaci obecné úpravy účastenství. Taková úprava však musí dbát ústavního požadavku, aby vždy zahrnovala všechny osoby, které mohou být dotčeny na svých právech či povinnostech.[3]

Vlastník nemovitosti, který je dotčen řešením střetu zájmů v území na vlastnickém právu, bude pravidelným účastníkem správních řízení, a to minimálně jako tzv. nepřímý účastník. Nájemce či zástavní věřitel se může stát účastníkem řízení tak, že ho zvláštní zákon označí za účastníka, nebo jako přímý účastník na základě § 27 odst. 1 správního řádu, či jako nepřímý účastník dle odst. 2 téhož ustanovení.

První dvě varianty nevzbuzují větší pochybnosti. Tak např. nájemce může být účastníkem řízení o uložení změny zemědělské kultury dle § 2 odst. 3 zákona č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, které je zahajováno z moci úřední a jež ústí v uložení povinnosti nájemci [přímé účastenství na základě § 27 odst. 1 písm. b) správního řádu]. Pokud by ovšem byla v tomto řízení ukládána povinnost toliko vlastníkovi nemovitosti, mohl by být teoreticky nájemce účastníkem jen dle pravidel o nepřímém účastenství (viz níže).

Příkladem založení účastenství v řízení zvláštním zákonem je § 17 zákona o vyvlastnění[4], který obsahuje vlastní definici účastníků řízení, jež zahrnuje jak nájemce, tak i zástavního věřitele. Může se jednat např. o zřízení věcného břemene k nemovitosti za účelem využívání přírodního léčivého zdroje na základě § 33 lázeňského zákona[5] (třeba právo vstupu a vjezdu na pozemek, právo zřídit čerpací zařízení na pozemku). Účastenství zástavního

---

[2] Rozsudek Nejvyššího správní soudu ze dne 30. 4. 2008, čj. 1 As 16/2008 – 48, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[3] Nález Ústavního soudu ze dne 22. 3. 2000, sp. zn. Pl. ÚS 2/99, publ. pod č. 95/2000 Sb.

[4] Zákon č. 184/2006 Sb., o odnětí nebo omezení vlastnického práva k pozemku nebo ke stavbě (zákon o vyvlastnění).

[5] Zákon č. 164/2001 Sb., o přírodních léčivých zdrojích, zdrojích přírodních minerálních vod, přírodních léčebných lázních a lázeňských místech a o změně některých souvisejících zákonů (lázeňský zákon).

věřitele i nájemce ve vyvlastňovacím řízení je opodstatněno tím, že vyvlastněním zaniká zástavní právo a zpravidla též nájem (§ 6 ve spojení s § 8 zákona o vyvlastnění), a to bez ohledu na rozsah vyvlastnění.

Dalším případem vymezení speciálního okruhu účastníků je územní řízení (§ 85 stavebního zákona[6]). Jedním z typů územního řízení je řízení o změně využití území (např. změna orné půdy na trvalý travní porost). Stavební zákon nevyžaduje, aby žadatelem o vydání územního rozhodnutí byl vlastník nemovitosti. Není tedy vyloučeno, že žadatelem bude nájemce, kterému by pak náleželo účastenství dle § 85 odst. 1 písm. a) stavebního zákona.[7] Situaci činí nepřehlednou odst. 3 téhož ustanovení, dle něhož nejsou účastníky nájemci pozemků. Tato norma je z hlediska formulačního jasná, stejně tak je však nezpochybnitelná norma, že účastníkem řízení je žadatel. Nabízí se tedy otázka, zda je nájemce pozemku vyloučen z účastenství za všech okolností, či jen z účastenství, které by mu bylo založeno § 85 odst. 2 stavebního zákona. Kloním se spíše k restriktivní interpretaci výluky nájemce pozemku z účastenství v územním řízení, neboť nevidím žádný podstatný důvod, proč by nemohl být nájemce pozemku žadatelem o vydání územního rozhodnutí. Ba naopak, v situaci dlouhodobého nájmu zemědělské půdy přechází vlastník pozemku zpravidla do role pasivního pozorovatele, který často bydlí ve vzdálené obci a o svoji agendu pozemkového vlastnictví nejeví zájem, a je proto na nájemci, aby obhospodařoval půdu nejen z hlediska zemědělského, ale i právního. Právě řízení o změně využití území je frekventovaným případem – zejména cyklické dlouhodobé změny trvalého travního porostu na ornou půdu a zpět. Argumentačně se lze opřít i o úpravu účastenství ve stavebním řízení (§ 109 stavebního zákona), která z něj rovněž vylučuje nájemce pozemku. Přitom často dochází k situaci, že stavebník prokazuje své právo provést stavbu na pozemku nájemní smlouvou. Nájem je přitom považován za dostatečné oprávnění stavebníka provést stavbu na cizím pozemku.[8] Rovněž v územním řízení lze právo žadatele dostatečně doložit nájemní smlouvou.[9] Je-li tedy stavebník nepominutelným účastníkem řízení, je absurdní, že by byl z něho vyloučen z toho důvodu, že je nájemcem předmětného pozemku.

Vraťme se ale zpět k územnímu řízení. Stavební zákon totiž zahrnuje do okruhu účastníků i osoby, které mají jiné věcné právo k pozemku nebo stavbě, na nichž má být požadovaný záměr uskutečněn [§ 85 odst. 2 písm. a), rovněž písm. b) ve vztahu k tzv. sousedům]. Zástavní právo je věcným

[6] Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon).

[7] Malý, S.: Nový stavební zákon s komentářem, Praha: ASPI, 2007, s. 111.

[8] Malý, S.: Nový stavební zákon s komentářem, Praha: ASPI, 2007, s. 205, 120-121.

[9] Hegenbart, M., Sakař, B. a kol.: Stavební zákon. Komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 210.

právem, a proto je zástavní věřitel na základě tohoto ustanovení rovněž účastníkem územního řízení.[10]

Poslední právní podklad pro účastenství nájemce a zástavního věřitele (§ 27 odst. 2 správního řádu) představuje interpretační „oříšek". Právě do této kategorie případů spadá i řízení o zřízení ochranného pásma vodního zdroje dle § 30 vodního zákona[11], neboť vodní zákon neobsahuje žádnou zvláštní úpravu ve vztahu k okruhu účastníků řízení. V této souvislosti zdůrazňuji, že § 27 odst. 2 správního řádu hovoří o možnosti přímého dotčení na právech a povinnostech. Pokud se nějaký záměr dotkne nemovitosti, může to snížit její hodnotu, ekonomické zájmy zástavního věřitele tímto mohou být nepochybně dotčeny. Ovšem obsah zástavního práva se nemění, oprávnění ani závazky zástavního věřitele nemohou doznat žádných změn. Z toho důvodu nelze hovořit o přímém dotčení zástavního věřitele na jemu náležejícím zástavním právu. Záměrem je zasaženo nanejvýš vlastnické právo k nemovitosti a teprve zprostředkovaně právo zástavní (tím, že dojde k znehodnocení vlastnického práva). V případě zástavního práva se tedy jedná o dotčení nepřímé, které nelze subsumovat pod hypotézu normy obsažené v § 27 odst. 2 správního řádu. Nelze ani odhlédnout od toho, že zástavnímu věřiteli není propůjčena žádná ze složek vlastnického práva, zástavní právo jakožto věcné právo k věci cizí má originární obsah, jenž není odvozen od práva vlastnického. Absolutní zákaz ujednání o propadné zástavě [§ 169 písm. e) ve spojení s § 165 odst. 1 občanského zákoníku] navíc vylučuje, aby bylo na zástavního věřitele nahlíženo jako na potenciálního singulárního sukcesora do práv a povinností vlastníka dané nemovitosti.

Problematika subsumpce nájemce pod § 27 odst. 2 správního řádu je složitější. Obsahem nájmu je totiž úplatný převod části oprávnění vlastníka na nájemce, a to práva věc užívat a požívat její plody. Pokud se tedy záměr, který vyvolává střet zájmů v území, týká práva věc užívat určitým způsobem, dotýká se nepochybně i nájemce. Sporným okamžikem je míra přímosti dotčení nájemce na právech realizací záměru. Ochranu práva užívat nemovitost konkrétním způsobem by měl zajišťovat pouze jeden ze subjektů, buď vlastník, či nájemce. To vyplývá z toho, že práva obou se upínají k totožnému předmětu, podstata nájmu je plně odvozena od obsahu vlastnického práva. Silnější postavení náleží vlastníku, neboť jeho právo je originární, kdežto právo nájemce odvozené. Z tohoto důvodu musí jednoznačně převládnout pozice vlastníka, pouze on může být osobou přímo dotčenou na svých právech. V praxi mohou nastat dvě situace. Zájmy vlastníka i nájemce jsou rozporné, zásah do práva užívat nemovitost může dokonce iniciovat sám vlastník. V tomto případě bude vlastník hájit své

[10] Malý, S.: Nový stavební zákon s komentářem, Praha: ASPI, 2007, s. 111-112; rovněž Hegenbart, M., Sakař, B. a kol.: Stavební zákon. Komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 206.

[11] Zákon č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (vodní zákon).

zájmy sám. V druhé situaci jsou zájmy obou souladné. Rovněž za těchto okolností náleží postavení nepřímého účastníka pouze vlastníkovi, avšak lze si představit, že se nechá v řízení zastoupit na základě plné moci nájemcem, jenž tak bude moct v řízení hájit vedle zájmů vlastníka i své zájmy (zvláště praktické to může být u otázek provozních, jako např. dosažení dohody o čase provádění určitých prací tak, aby aktivity nájemce byly omezeny co nejméně). Často dochází i k situacím, kdy je vlastník nemovitosti v řízení zcela pasivní, nehájí své (potažmo nájemcovy) zájmy. Ani za těchto podmínek, které jsou pro nájemce velmi prekérní, není nájemce účastníkem ve smyslu § 27 odst. 2 správního řádu.

Zástavní věřitel i nájemce budou nepochybně přímo dotčeni na svých právech, pokud se v důsledku vydaného rozhodnutí změní obsah těchto právních vztahů (práva a povinnosti), či tyto vztahy zaniknou. V této situaci musí být účastníky řízení, a to minimálně jako tzv. nepřímí účastníci. Příkladem je právě řízení o vyvlastnění (viz výše).

Jak již jsem zmínil v úvodu, otázka účastenství v řízení je klíčovým bodem, avšak sama o sobě nemá význam. Správní řízení totiž není samoúčelné, nýbrž jeho podstatou je posouzení konkrétních podmínek daného případu a vydání konstitutivního či deklaratorního rozhodnutí o právech a povinnostech přímých účastníků. Účastenství v řízení je pouze prvním krokem, tím druhým je vytýčení okruhů námitek, které lze v řízení smysluplně uplatnit. S ohledem na předmět příspěvku se zaměřím pouze na rozhodování orgánů veřejné správy o veřejných právech a povinnostech, rozhodování v oblasti soukromého práva proto nechávám stranou pozornosti. Účastníci řízení mohou namítat rozpor mezi záměrem a podmínkami pro jeho povolení (hmotněprávními i procesními). Pokud se týká řešení konfliktu zájmů, mohou se zaměřit na naplnění podmínek proporcionality mezi jednotlivými zájmy, jichž se záměr dotýká. Otázka ekonomického znehodnocení nemovitosti v důsledku provedení záměru je určitě také jedním z uvažovaných aspektů (v rámci testu proporcionality), avšak sama o sobě není důvodem pro zamítnutí záměru. Ostatně stejně jako ekonomický přínos záměru není důvodem pro jeho povolení, jestliže je v rozporu s jinými chráněnými zájmy.[12] To do značné míry omezuje okruh námitek, jež může v řízení vznést zástavní věřitel. Platí totiž, že účastník řízení může hájit pouze ty zájmy, jichž je nositelem, nikoliv si osvojovat ochranu zájmů třetích osob.[13] Jestliže řízení, jimiž se řeší střety zájmů v území, nepostihují obsah zástavního práva, ale mohou nanejvýš snížit hodnotu nemovitosti (nepřímého předmětu zástavního práva), pak může zástavní věřitel uplatnit smysluplně pouze námitky ekonomického rázu. Pokud se v řízení neprokáže, že ekonomická devalvace nemovitosti je

[12] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 11. 2007, čj. 2 As 35/2007 – 75, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[13] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 7. 2007, čj. 2 As 10/2007 – 83, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

důsledkem excesu při poměřování střetnuvších se zájmů v území, je námitka ekonomického znehodnocení zástavního práva odsouzena k neúspěchu. Výjimkou je vyvlastňovací řízení, které se dotýká přímo další existence zástavního práva. Nájemce má v tomto směru širší paletu možných námitek, které se mohou upínat k nájemcem tvrzeným nezákonným zásahům do práva věc užívat a požívat její plody (např. imise škodlivých látek, kontaminace půdy, hluk).

Na účastenství ve správním řízení navazuje problematika aktivní žalobní legitimace v soudním řízení správním. Ta je upravena v § 65 zákona č. 150/2002 Sb., soudní řád správní (dále jen "s. ř. s."), který má dvě části. Odstavec 2 tohoto ustanovení obsahuje subsidiární pravidlo, které zakládá aktivní žalobní legitimaci osobám, které byly účastníky předchozího správního řízení a nejsou legitimovány dle odstavce 1 téhož ustanovení. Toto subsidiární pravidlo tak vymezuje okruh osob na podkladě okruhu účastníků správního řízení. Jinak je tomu ovšem v primárním pravidle obsaženém v § 65 odst. 1 s. ř. s. V tomto případě zakládá aktivní žalobní legitimaci tvrzení žalobce, že byl dotčen na svých právech přímo rozhodnutím správního orgánu. Podmínka účasti v předchozím správním řízení není v tomto ustanovení explicitně vyjádřena. Recentní judikatura Nejvyššího správního soudu vykládá toto ustanovení extenzivně, neboť hovoří o dotčení žalobce v jeho právní sféře, aniž by bylo nutno identifikovat konkrétní veřejné subjektivní hmotné právo žalobce. Nejde o to, zda rozhodnutí založilo, změnilo či zrušilo práva nebo povinnosti žalobce, ale jestli se negativně projevilo v jeho právní sféře.[14] Odpověď na otázku, zda lze připustit do soudního řízení správního jako žalobce osobu, která nebyla účastníkem správního řízení, není jednoduchá, o čemž svědčí i vyhýbavý přístup Nejvyššího správního soudu[15]. Střetávají se v ní dvě koncepční východiska. Na jedné straně je správní soudnictví založeno na plné jurisdikci, která přikazuje přezkum rozhodnutí v plném rozsahu ze všech možných hledisek. K tomu přistupuje i právo na spravedlivý proces zaručené čl. 36 Listiny základních práv a svobod, které tenduje k extenzivnímu výkladu procesních ustanovení a restriktivnímu výkladu podmínek omezujících přístup k soudní ochraně. Z těchto dvou východisek vyplývá, že žalobní legitimace by měla být přiznána bez ohledu na účast žalobce ve správním řízení, jestliže byl rozhodnutím dotčen ve své právní sféře. Na druhé straně podstatou správního soudnictví je retrospektivní přezkum správních rozhodnutí, soud vychází z právního a skutkového stavu, který zde byl v době rozhodování správního orgánu (§ 75 odst. 1 s. ř. s.). Připuštění nových osob do soudního řízení správního by toto řízení proměnilo v řízení nalézací, nikoliv přezkumné. Princip retrospektivního

[14] Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, čj. 8 As 47/2005 – 86, bod 41, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[15] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. 9. 2009, čj. 1 As 24/2009 – 93, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

přezkumu však nelze vnímat jako nedotknutelné dogma. Judikatura Nejvyššího správního soudu připustila, že soud musí přezkoumat i ty žalobní body, které žalobce uplatnil poprvé v žalobě a nikoliv již ve správním řízení, jehož se účastnil.[16] Taktéž připouští provádění nových důkazů v soudním řízení, byť jen omezeně.[17]

Posledním z případů, kterým se budu zabývat, je proces pořizování a vydávání územního plánu. Ten se skládá ze dvou základních fází – vypracování a schválení zadání územního plánu a návrhu územního plánu. Fakultativně může mezi tyto fáze přistoupit i vypracování a schválení konceptu územního plánu. K zadání územního plánu může kdokoliv uplatnit ve stanovené lhůtě připomínky (§ 47 odst. 2 stavebního zákona), s nimiž však není spojena žádná významnější povinnost pořizovatele územního plánu ani obce, pro níž se územní plán pořizuje. Ke konceptu územního plánu mohou vlastníci pozemků a staveb dotčených návrhem veřejně prospěšných staveb a opatření a zastavitelných ploch vznést námitky. Stejné právo náleží i zástupci veřejnosti. Ostatní osoby mohou uplatnit pouze připomínky (§ 48 odst. 2 stavebního zákona). Námitky a připomínky mohou být zohledněny v podobě pokynů pro zpracování návrhu územního plánu. Rovněž k návrhu územního plánu může uplatnit námitky stejný okruh osob jako v případě konceptu (vlastníci vybraných nemovitostí a zástupce veřejnosti, § 52 odst. 2 stavebního zákona). Ostatní mohou vznést toliko připomínky. Pouze o námitkách uplatněných ke konceptu či návrhu územního plánu se rozhoduje, rozhodnutí je součástí odůvodnění územního plánu. Z výše podané analýzy relevantních právních ustanovení vyplývá, že nájemce i zástavní věřitel mohou v procesu pořizování územního plánu uplatnit toliko připomínky, v žádné z fází jim nepřísluší právo vznést námitky. Připomínky se pouze berou v úvahu, nevydává se o nich rozhodnutí. Nájemce ani zástavní věřitel fakticky nemá šanci ovlivnit výslednou podobu územního plánu. Nutno podotknout, že obdobně je na tom i poměrně široká skupina vlastníků nemovitostí. Postavení těchto osob může být zlepšeno, pokud se jim podaří k ochraně svých zájmů ustanovit zástupce veřejnosti. Dlužno říci, že stavební zákon pro tento případ vyžaduje poměrně vysoký počet osob, které uplatňují věcně shodnou připomínku a zmocní tutéž osobu ke svému zastupování (§ 23 odst. 2).

Aktivní žalobní legitimace pro řízení o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části je upravena v § 101a odst. 1 s. ř. s., který stanoví, že návrh může podat osoba, která tvrdí, že byla opatřením obecné povahy zkrácena na svých právech. Výklad tohoto ustanovení byl v letošním roce podán rozšířeným senátem Nejvyššího správního soudu, který dospěl k závěru, že aktivní žalobní legitimace náleží pouze osobám, které mají k nemovitostem

[16] Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 8. 2008, čj. 7 Afs 54/2007 – 62, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[17] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 5. 2009, čj. 2 Afs 35/2009 – 91, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

dotčeným územním plánem absolutní právní vztah. Tím je vlastnické právo a dále jiná věcná práva. Osoby, jež váže k nemovitostem pouze relativní právní vztah, nejsou oprávněny podat návrh na zrušení územního plánu. Jejich právo je totiž pouze odvozené a je na vlastníku nemovitostí, aby zajistil těmto osobám nerušený výkon jejich práv. Rozšířený senát potvrdil předchozí judikaturu, dle níž nenáleží nájemci aktivní žalobní legitimace, neboť nájem je relativním právním vztahem.[18] Zástavnímu věřiteli však svědčí právo absolutní povahy, a je tudíž ve smyslu rozhodnutí rozšířeného senátu NSS aktivně legitimovaným subjektem. Okruh námitek, které by mohl uplatnit v tomto soudním řízení, je obdobně limitován jako v případě správního řízení (viz výše).

3. SOUKROMOPRÁVNÍ MECHANISMY OCHRANY ZÁSTAVNÍHO VĚŘITELE A NÁJEMCE

Z předchozí části příspěvku plyne, že zástavní věřitel a nájemce nejsou často připuštěni do řízení a postupů, kterými se zasahuje to jejich práv. Veřejné právo v těchto případech jednoznačně preferuje vlastníky nemovitostí a narovnání vztahu mezi vlastníkem a zástavním věřitelem či nájemcem přenechává mechanismům soukromého práva.

Nejprve zaměřím svoji pozornost na mechanismy týkající se zástavního práva. Úvodem je vhodné připomenout, že zástavní právo je svojí povahou zajišťovací věcné právo k věci cizí. Osoba oprávněná z tohoto věcného práva (zástavní věřitel) a vlastník věci, k níž se právo upíná, jsou dva odlišné subjekty. Jediným omezením, které zástavní právo přináší vlastníku věci, je, že musí strpět uspokojení zástavního věřitele ze zástavy, pokud dlužník nesplní zajištěnou pohledávku řádně a včas.[19] Nebrání tak vlastníku nemovitosti nakládat se zástavou, např. ji zcizit, znovu zastavit, zřídit k ní věcné břemeno, přenechat užívání zástavy jiné osobě.[20] Podstatou zástavního práva je ekonomická hodnota zástavy. Právní skutečnosti, které nepůsobí změnu hodnoty zástavy, se nijak nedotýkají postavení zástavního věřitele. Tomu odpovídá i § 163 odst. 1 zákona č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (dále jen „o. z.“). Dle tohoto ustanovení je zástavní dlužník povinen zdržet se všeho, čím se zástava zhoršuje na újmu zástavního věřitele. Jak dovodil Nejvyšší soud, o zhoršení zástavy na újmu zástavního věřitele jde tehdy, „jestliže nebude možné při jejím zpeněžení dosáhnout takový výtěžek, který bylo možné očekávat při zřízení zástavního práva a který současně nebude postačovat k plné úhradě zajištěné pohledávky s

[18] Usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 7. 2009, čj. 1 Ao 1/2009 – 120, bod 36, www.nssoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[19] Nález Ústavního soudu ze dne 2. 10. 1997, sp. zn. III. ÚS 90/97, http://nalus.usoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[20] Rozsudek Nevyššího soudu ze dne 16. 7. 2003, sp. zn. 21 Cdo 296/2003, www.nsoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

příslušenstvím, popřípadě k úhradě zajištěné pohledávky s příslušenstvím ve sjednaném rozsahu.“[21] Posouzení této otázky se odvíjí od právních předpisů týkajících se oceňování nemovitostí. Zástavní dlužník tak nesmí učinit žádný právní ani faktický úkon, kterým by došlo k takovému zhoršení zástavy, že by se promítlo ve sféře zástavního věřitele. Toto ustanovení je však třeba vykládat šíře, tj. že zakazuje zástavnímu dlužníku činit rovněž úkony v oblasti veřejného práva, kterými se zástava zhoršuje, a dokonce že ukládá zástavnímu dlužníku povinnost využít všech efektivních prostředků ochrany proti takovýmto zásahům orgánů veřejné moci (např. odepření souhlasu se zásahem do vlastnického práva, uplatnění námitky, podání opravných prostředků). Jestliže zástavní dlužník zaviněně poruší svoji povinnost dle § 163 odst. 1 o. z., odpovídá zástavnímu věřiteli za škodu dle § 420 o. z.[22]

Na povinnost zástavního dlužníka zdržet se všeho, co zhoršuje zástavu na újmu zástavního věřitele, navazuje právo zástavního věřitele na doplnění zástavy (§ 163 odst. 2 o. z.). Zástavní věřitel má právo na doplnění zástavy, jestliže ztratila na ceně tak, že se zajištění pohledávky stalo nedostatečným. Toto ustanovení je možno interpretovat ve prospěch vlastníka, tj. že právo na doplnění zástavy vzniká jen v případě, že vlastník poruší svoji povinnost dle § 163 odst. 1 o. z. Lze jej však interpretovat i ve prospěch zástavního věřitele, tedy že právo na doplnění zástavy vzniká vždy, když poklesne hodnota zástavy. Komentářová literatura hovoří jednak o nevhodném zacházení se zástavou ze strany zástavního dlužníka, jednak o jiných jevech, při nichž je věc devastována (např. živelní pohromy), či o poklesu ceny v souvislosti s ekonomickými okolnostmi či událostmi přesahujícími povinnost kustodie.[23] Jestliže má zástavní právo zajišťovací a uhrazovací funkci a zástavní věřitel má právo na plné zajištění své pohledávky ve sjednaném rozsahu, vyplývá z toho, že riziko poklesu ceny zástavy nese vlastník (resp. obligační dlužník), nikoliv zástavní věřitel. Ten tedy může požadovat doplnění zástavy i v případech, kdy došlo k poklesu její ceny i bez přičinění či proti vůli vlastníka. Důsledkem toho je, že pokud zástavní věřitel bez zbytečného odkladu zástavu nedoplní, stává se nezajištěná část pohledávky splatnou.

Na cenu nemovitosti zpravidla nebude mít vliv zřízení ochranného pásma vodního zdroje, naopak změnu orné půdy na trvalý travní porost spojují cenové předpisy s poklesem ceny nemovitosti. Změna využití území

---

[21] Rozsudek Nevyššího soudu ze dne 16. 7. 2003, sp. zn. 21 Cdo 296/2003, www.nsoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[22] Rozsudek Nevyššího soudu ze dne 16. 7. 2003, sp. zn. 21 Cdo 296/2003, www.nsoud.cz (citováno dne 28. 10. 2009).

[23] Králík, M. a Mikeš, J. In Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 1002.

v důsledku vydání územního plánu může mít dopad na hodnotu nemovitosti, záleží na konkrétním případě.

Zvláštní dopady má zánik zástavního právo vyvlastněním (viz výše). Konstrukce obsažená v zákoně o vyvlastnění totiž působí neproporcionálně v případech, kdy vyvlastnění spočívá jen ve zřízení věcného břemene. I v tomto případě dojde k zániku zástavního práva, jím zajištěná pohledávka se stává okamžitě splatnou (§ 9 zákona o vyvlastnění). Zákon o vyvlastnění neumožňuje individuální přístup k řešení právních vztahů při vyvlastnění, zástavní právo zaniká tímto způsobem přímo ze zákona, rozhodnutí o vyvlastnění nemůže modifikovat vlastní právní účinky. Např. zřízení věcného břemene dle zákona o elektronických komunikacích spočívající v uložení kabelového vedení do země, stejně jako výše uvedený příklad věcného břemene dle lázeňského zákona nepochybně snižuje hodnotu nemovitosti, a tím pádem se zhoršuje zástava na úkor zástavního věřitele. Vlastníkovi pozemku náleží v tomto případě náhrada ve výši ceny věcného břemene [§ 10 odst. 1 písm. b) zákona o vyvlastnění], kterou vyplatí vyvlastnitel přímo zástavnímu věřiteli (§ 14 odst. 1 zákona o vyvlastnění). Výše náhrady vyplacená za zaniknuvší zástavní právo odpovídá jen ceně zřízeného věcného břemene, zatímco zástavní právo bylo původně zřizováno s ohledem na ekonomickou hodnotu vlastnického práva k nemovitosti. Rozdíl mezi těmito dvěma cenami je diametrální. Výsledkem je, že zřízením věcného břemene zaniklo zástavní právo, celá pohledávka se stala splatnou, ovšem vyvlastnitel je povinen uhradit jen cenu věcného břemene. Vlastník pozemku (je-li současně obligačním dlužníkem) se ocitá v situaci, kdy je pohledávka neočekávaně splatná a on nemá finanční prostředky k uspokojení věřitele. Absurdní na celé konstrukci je, že po zřízení věcného břemene rozhodnutím o vyvlastnění může vlastník nemovitost znovu zastavit, byť její cena bude nižší, existence věcného břemeno takovéto dispozici s nemovitostí nebrání. Popsaný právní rámec vede k tomu, aby vlastník nemovitosti preferoval smluvní řešení sporu, které nemá za následek zánik zástavního práva.

V další části se budu věnovat soukromoprávním mechanismům vlastním nájemnímu vztahu. Ten se výrazně odlišuje od zástavního práva, neboť se jedná o závazkový právní vztah, jímž pronajímatel (vlastník nemovitosti) přenechává věc k užívání nájemci. Důležitým prvkem nájmu, od něhož se odvíjí interpretace a aplikace jednotlivých norem ovládajících tento právní vztah, je účel nájmu. Nájemce je totiž oprávněn užívat nemovitost způsobem sjednaným ve smlouvě (§ 665 odst. 1 o. z.). Platí přitom, že dohoda o účelu nájmu není podstatnou náležitostí smlouvy, a tudíž nemusí být sjednán.[24] V takovém případě se uplatní zákonné pravidlo, že nájemce je oprávněn užívat nemovitost přiměřeně její povaze a určení. Tomu odpovídá povinnost pronajímatele odevzdat nájemci nemovitosti ve stavu způsobilém

[24] Balík, S. In Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Praha: Linde, 2008, s. 1999.

pro účel užívání (§ 664 o. z.), tj. bez právních i faktických vad. Dále je povinen udržovat nemovitost ve stavu způsobilému pro daný účel užití po celou dobu trvání nájmu.

S tímto souvisí otázka odpovědnosti za vady. Vadou se přitom rozumí takový nedostatek věci, v jehož důsledku nemá věc vlastnosti vymíněné nebo obvyklé, nelze ji použít podle její povahy, či ke sjednanému účelu (tj. nemůže uspokojovat ekonomické zájmy nájemce svojí uživatelskou hodnotou, nebo trpí vadami právními, tedy nedostatky, které brání tomu, aby nájemce získal k věci práva v takovém rozsahu a takové kvality, která vyplývají z nájemní smlouvy). Pod vadami právními se rozumí práva jiných osob, která omezují právní postavení nájemce v rozporu s obsahem nájemní smlouvy.[25] V případě řešení střetu zájmů v území může být nemovitost dodatečně zatížena právními vadami spočívajícími ve snížení kvality užití nemovitosti, resp. omezení či vyloučení užití nemovitosti k účelu nájmu. V případě vad nemovitosti má nájemce právo na slevu z nájemného či není povinen platit nájemné vůbec (§§ 673 – 674 o. z.). Zákonná úprava odlišuje nájem zemědělských a lesních pozemků od nájmu ostatních věcí (včetně jiných druhů pozemků). Přitom není rozhodné, zda jsou zemědělské a lesní pozemky skutečně využívány k zemědělské či lesní výrobě.[26] Pokud nájemce zemědělských a lesních pozemků nemohl z důvodu vad, které nezpůsobil, dosáhnout žádný výnos, není povinen platit nájemné. Jestliže ze stejných důvodů poklesl výnos nájemce pod polovinu běžného výnosu, má nárok na přiměřenou slevu z nájemného. V případě jiných nemovitostí není nájemce povinen platit nájemné, jestliže ji nemohl pro její vady užívat v souladu s účelem nájmu. Na slevu z nájemného má nárok tehdy, pokud mohl nemovitost užívat jen omezeně. Zvláštní úprava ve vztahu k zemědělským a lesním pozemkům patrně spočívá na důvodech, že výnos zemědělské a lesní výroby závisí též na jiných podmínkách než jenom bezvadnosti pozemků (např. klimatické podmínky, působení škůdců a chorob).[27]

Nájemce může mít nárok na slevu z nájemného, pokud výnos se zemědělského pozemku poklesne o více než polovinu v důsledku zákazu hnojení ve zřízeném ochranném pásmu vodního zdroje. Jestliže došlo ke změně druhu pozemku z orné půdy na trvalý travní porost, pak by nemusel nájemce platit nájemné vůbec, neboť nemůže docílit žádné zemědělské úrody. Zde je velmi důležité, jak bude definován účel nájmu, zda jako

[25] Hurdík, J. In Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Praha: Linde, 2008, s. 1431.

[26] Dlužno říci, že dle zákona o ochraně zemědělského půdního fondu a dle lesního zákona nelze užívat tyto pozemky k jiným účelům, jestliže nebyly vyňaty ze zemědělského půdního fondu či odebrány plnění funkcí lesa.

[27] Balík, S. In Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Praha: Linde, 2008, s. 2013.

obecné zemědělské využití, kam nepochybně patří i opatřování krmiva pro dobytek z trvalého travního porostu, nebo jako pěstitelské užití (pěstování plodin), které lze uskutečnit jen na orné půdě.

Dalším nárokem nájemce plynoucího z odpovědnosti za vady je právo odstoupit od nájemní smlouvy (§ 679 o. z.). Právo na odstoupení od smlouvy vznikne, jestliže se po uzavření smlouvy stane nemovitost nezpůsobilou k využití pro původní účel, nebo neupotřebitelnou. I zde bude nutno pro posouzení konkrétního případu důsledně vycházet z účelu nájmu (sjednaného, či obvyklého), platí zde obdobné úvahy jako v případě nároku na slevu z nájmu (viz výše).

Zvláštní případ představuje uložení změny kultury nájemci na základě § 2 odst. 3 zákona o ochraně zemědělského půdního fondu. V takovém případě náleží nájemci náhrada nákladů a ztrát z této změny. Nicméně soukromoprávní nároky vůči pronajímateli zůstávají nájemci zachovány (opět nutno poměřovat nařízenou změnu s účelem nájmu).

Nájemce je za jistých podmínek oprávněn provést změny na předmětu nájmu (§ 667 o. z.). Těmito změnami by mohly být i změny druhu pozemku, obměna trvalých porostů atd. Uvedené ustanovení reguluje rovněž povinnost pronajímatele uhradit nájemci náklady na provedené změny, čímž chrání investice vložené nájemcem do nemovitosti.

Je důležité připomenout, že uplatněním nároků z odpovědnosti za vady (odstoupení od smlouvy, sleva z nájemného, právo nehradit nájemné vůbec) není dotčen nárok na náhradu škody (§ 510 o. z.), což je v případě nájmu spojeného s realizací investičního záměru zvláště důležité ve vztahu k ušlému zisku.

Do nájemního vztahu zasahuje i vyvlastnění v podobě zřízení věcného břemene. Nájem dle § 6 písm. c) zákona o vyvlastnění zaniká, výjimkou je nájem pozemku nebo jeho části, u něhož veřejný zájem vyžaduje, aby i po vyvlastnění zatěžoval pozemek (§ 8). Tato úprava může být excesivní v případech, kdy výkon práva odpovídajícího věcnému břemeni a oprávnění nájemce nevejdou v kolizi, resp. výkon jednoho práva nevyloučí druhé. Vyvlastnitel je povinen uhradit nájemci cenu nájmu. Občanský zákoník řeší konflikt oprávnění nájemce a třetích osob v § 684, který přiznává nájemci právo odstoupit od nájemní smlouvy, pokud pronajímatel účinně neochrání jeho užívací právo. Zřízení věcného břemene k nemovitosti může znamenat její právní vadu, nájemce má právo na slevu z nájemného, popř. není povinen hradit nájemné vůbec, a právo na odstoupení od smlouvy dle § 679 o. z.

4. ZÁVĚR

Z výše provedené analýzy relevantní právní úpravy a judikatury vyplývá, že nájemce a zástavní věřitel jsou účastníky správního řízení pouze v několika málo případech. Je tomu jednak tehdy, kdy jim jsou v řízení ukládány povinnosti či přiznávána práva, jednak v situaci, kdy je zvláštní zákon označuje za účastníky řízení. Nájemce ani zástavního věřitele nelze považovat za tzv. nepřímé účastníky, neboť není dáno přímé dotčení na právech a povinnostech. Postavení nájemce je totiž plně odvozeno od postavení vlastníka, který mu přenechal část obsahu vlastnického práva (právo věc užívat a požívat). Zástavní věřitel není dotčen na svých právech z toho důvodu, že obsah zástavního práva není odvozen od vlastnického práva. Řešení střetu zájmů v území nezasahuje do oprávnění zástavního věřitele, toliko snižuje ekonomickou hodnotu nemovitosti.

Nájemce i zástavní věřitel mají zajištěn přístup k soudní ochraně pouze tehdy, pokud byli účastníky předchozího správního řízení. Aktivní žalobní legitimace osob, které nebyly účastníky řízení, dosud nebyla jednoznačně judikaturou řešena.

Uspokojivé postavení nenáleží těmto dvěma subjektům ani v procesu územního plánování, neboť jim náleží jen právo podat připomínky. Aktivně legitimovaným k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy či jeho části je dle právního názoru rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu jen zástavní věřitel, neboť je k nemovitosti vázán absolutním právním vztahem. Nájem je relativním právním vztahem, a proto nepřísluší nájemci aktivní žalobní legitimace.

Lze tedy shrnout, že v rovině veřejného práva náleží nájemci i zástavnímu věřiteli slabé postavení, nemohou sami účinně hájit vlastní zájmy. Ochranu jejich zájmů může zajišťovat jen vlastník nemovitosti.

Odlišná je situace v rovině soukromého práva. Ekonomické zájmy zástavního věřitele, které nejsou chráněny v oblasti veřejného práva, účinně chrání § 163 odst. 2 o. z., který přiznává zástavnímu věřiteli právo žádat doplnění zástavy, jestliže poklesne její hodnota. Jestliže zástavní dlužník zástavu nedoplní, stává se nezajištěná část dluhu okamžitě splatnou. To umožňuje urychlenou realizaci zástavního práva v podobě prodeje zástavy. Nicméně zástavní věřitel samozřejmě nese jisté obchodní riziko, které spočívá v tom, že dlužník nebude schopen uhradit svůj dluh z jiných zdrojů, než je prodejní cena zástavy, která ovšem poklesla do té míry, že nekryje celou výši dluhu.

Rovněž nájemci poskytuje soukromé právo významné záruky. V případě nájmu je třeba úzkostlivě dbát na formulaci účelu nájmu ve smlouvě. Dispozitivní ustanovení zákona, že jinak se účel nájmu posuzuje ve vazbě na povahu a určení věci (obvyklý způsob užití), může být totiž vykládán široce. V případě vad nemovitosti, které omezují či vylučují užití věci dle účelu konkrétního nájemního vztahu, má nájemce právo na snížení

nájemného, popř. není povinen platit nájemné vůbec, stejně jako mu náleží právo odstoupit od smlouvy.

Jak v případě zástavního práva, tak nájmu působí výše popsané záruky poskytnuté právním řádem zástavnímu věřiteli a nájemci až následně. Umožňují jim předčasně ukončit právní vztahy, a limitovat tak nepříznivé ekonomické dopady řešení střetu zájmů do jejich sféry. Nejsou však schopny působit preventivě, tj. zajistit, aby vlastník nemovitosti prosazoval při řešení střetu zájmů ve správním řízení či v procesu pořizování a schvalování územního plánu i jejich zájmy. Tato skutečnost samozřejmě významně limituje účinnost daných mechanismů a snižuje míru ochrany nájemce a zástavního věřitele.

Literature:

- Eliáš, K. a kol.: Občanský zákoník. Velký akademický komentář, Praha: Linde, 2008, 2639 s., ISBN 978-80-7201-687-7
- Hegenbart, M., Sakař, B. a kol.: Stavební zákon. Komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, 490 s., ISBN 978-80-7400-044-7
- Malý, S.: Nový stavební zákon s komentářem, Praha: ASPI, 2007, 732 s., ISBN 978-80-7357-249-5
- Švestka, J., Spáčil, J., Škárová, M., Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník I. Komentář, Praha: C. H. Beck, 2008, 1236 s., ISBN 978-80-7400-004-1

Contact – email

61242@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

POZEMKOVÉ ÚPRAVY A ŘEŠENÍ STŘETŮ ZÁJMŮ V ÚZEMÍ

JAROSLAV KNOTEK

Mendelova univerzita v Brně, Agronomická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zaměřuje na právní problematiku řešení střetů různých zájmů v rámci pozemkových úprav. Důraz je kladen na možnosti vyplývající z procesu projednávání. Součástí příspěvku jsou i příklady potencionálních zájmů v území a řešení jejich střetů v pozemkových úpravách.

Key words in original language
Střet zájmů; pozemkové úpravy.

Abstract
The paper focuses on legal issues addressing the various conflicts of interests in land arrangements. Emphasis is placed on the opportunities arising from the process of negotiation and approval of land arrangements. Part of the paper are examples of potential interest in the territory and solution of their conflicts in the land arrangements.

Key words
Conflict of interests; land arrangements.

Jedním z prostředků využitelných pro řešení střetů zájmů v území jsou bezesporu pozemkové úpravy. Pozemkovými úpravami se ve veřejném zájmu prostorově a funkčně uspořádávají pozemky, scelují se nebo dělí a zabezpečuje se jimi přístupnost a využití pozemků a vyrovnání jejich hranic tak, aby se vytvořily podmínky pro racionální hospodaření vlastníků půdy. V těchto souvislostech se k nim uspořádávají vlastnická práva a s nimi související věcná břemena. Současně se jimi zajišťují podmínky pro zlepšení životního prostředí, ochranu a zúrodnění půdního fondu, vodní hospodářství a zvýšení ekologické stability krajiny.

Předmětem pozemkových úprav jsou všechny pozemky v obvodu pozemkových úprav bez ohledu na dosavadní způsob využívání a existující vlastnické a užívací vztahy k nim.[1] Pokud je nutné vyřešit pouze některé hospodářské potřeby (např. urychlené scelení pozemků, zpřístupnění

[1] Pozn. Rozsah zájmového území ovšem může být v některých případech i větší než vymezený obvod pozemkových úprav (tj. zpravidla v rámci jednoho katastrálního území). Například z důvodu ochrany daného území před vodní erozí a před povodněmi nebo pro řešení dalších opatření v oblasti vod. Viz Jeníčková, H.: Plán společných zařízení a limity dané obvodem pozemkových úpravy a nedostatečná formální závaznost plánu jako úředního dokumentu, Pozemkové úpravy, číslo 66, 2008, str. 4 - 5.

pozemků apod.) nebo ekologické potřeby v krajině (např. lokální protierozní nebo protipovodňové opatření atd.) nebo když se pozemkové úpravy mají týkat jen části katastrálního území, provádějí se formou jednoduchých pozemkových úprav. Ve všech ostatních případech se pozemkové úpravy provádějí formou komplexních pozemkových úprav. Z pohledu řešení střetů zájmů v území mají sice význam jak komplexní, tak i jednoduché pozemkové úpravy, přesto je zřejmé, že potenciál a význam komplexních pozemkových úprav je pro řešení střetů zájmů v území vyšší. Specifické postavení pozemkových úprav je dáno rovněž i tím, že výsledky pozemkových úprav slouží pro obnovu katastrálního operátu a jako nezbytný podklad pro územní plánování. Po právní stránce je proces pozemkových úprav upraven zákonem č. 139/2002 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech a o změně zákona č. 229/1991 Sb., o úpravě vlastnických vztahů k půdě a jinému zemědělskému majetku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen zákon o pozemkových úpravách).

Z výše uvedeného účelu a obsahu pozemkových úprav je zřejmé, že se jedná o proces, který je jak po obsahové stránce, tak po stránce organizace velmi složitým řízením. Klade proto velké nároky především na pozemkové úřady, které se musí vypořádat s mnoha nejrůznějšími, často protichůdnými, zájmy v daném území tak, aby byla co nejlépe naplněna dikce zákona o pozemkových úpravách. S ohledem na složitost uvedeného procesu je pro co možná nejvíce pozitivní efekt plynoucí z pozemkových úprav naprosto nezbytná vzájemná koordinace mezi pozemkovým úřadem, jednotlivými dotčenými správními úřady, obcí v jejichž územním obvodu jsou pozemky zahrnuté do obvodu pozemkových úprav (příp. i obcí s jejichž územním obvodem sousedí pozemky zahrnuté do obvodu pozemkových úprav) a samozřejmě v první řadě zejména vlastníky dotčených pozemků[2] a vůbec všemi fyzickými a právnickými osobami, jejichž vlastnická nebo jiná věcná práva k pozemkům mohou být řešením pozemkových úprav přímo dotčena (příp. i stavebníky, je-li provedení pozemkových úprav vyvoláno v důsledku stavební činnosti).[3] Jak z pohledu účelu pozemkových úprav, tak i

[2] Podle znění § 3 odst. 3 a 4 zákona o pozemkových úpravách lze pozemky určené pro těžbu vyhrazených nerostů na základě stanoveného dobývacího prostoru, pozemky určené pro obranu státu, pozemky zastavěné stavbou ve vlastnictví státu, pozemky vodních toků, pozemky chráněné podle zvláštních předpisů (tj. např. zvláště chráněná území), dále rovněž pozemky zastavěné stavbou, která není ve vlastnictví státu, pozemek funkčně související s touto stavbou včetně přístupové cesty, oplocené pozemky, zejména zahrady, pozemky v zastavěném území, pozemky v zastavitelných plochách a pozemky, na nichž se nacházejí hřbitovy, řešit v pozemkových úpravách jen se souhlasem jejich vlastníka. Pozemky s prokazatelně sníženým zemědělským využitím, např. zvýšenou balvanitostí, zvýšeným výskytem stožárů elektrického zařízení či potřebou odvodnění, lze v pozemkových úpravách směňovat jen se souhlasem dotčených vlastníků.

[3] Významnou dotčenou skupinou jsou v případě pozemkových úprav rovněž nájemci půdy, kteří hospodaří v ČR na 86 % obhospodařované půdy, a to proto, že po jejím ukončení musí zaniknout nájemní smlouvy a je třeba je uzavřít znovu. Mazín, A.: Pozemkové úpravy a ochrana půdy, Pozemkové úpravy, číslo 65, 2009, str. 1 – 2.

zúčastněných subjektů, je více než zřejmé, že nejrůznější zájmy prolínající se v daném území mohou mít podobu jak veřejných zájmů, tak i zájmů ryze soukromých. Veřejných zájmů může být v pozemkových úpravách řešena celá řada. Mezi často řešené veřejné zájmy patří požadavky vyplývající z ochrany přírody a krajiny, ochrany půdního fondu, vodního hospodářství (tj. zejména ochrany před povodněmi, protierozních opatření a revitalizace vodních toků), nového uspořádání cestní sítě, zajištění předpokladů pro vybudování nové infrastruktury atd.[4]

Řízení o pozemkových úpravách zahajuje vždy pozemkový úřad, přičemž se zahájení řízení oznamuje veřejnou vyhláškou.[5] O zahájení řízení pozemkový úřad rovněž písemně vyrozumí všechny dotčené správní úřady.[6] Právě vyrozumění a následné aktivní vystupování dotčených správních úřadů je dle mého jedním ze zásadních předpokladů pro optimální výsledek pozemkových úprav. Dotčené správní úřady se v každém případě musí o pozemkových úpravách dozvědět včas, aby měly dostatečnou možnost stanovit podmínky k ochraně veřejných zájmů, které v rámci své činnosti hájí. Součástí vyrozumění by měla být tam, kde je to vyžaduje zákon o pozemkových úpravách, rovněž i žádost pozemkového úřadu o souhlas s řešením pozemků podléhajících zvláštní ochraně.[7] Přestože zákon o pozemkových úpravách nestanoví pro vyrozumění žádnou lhůtu, mělo by k němu dojít bezprostředně po provedení oznámení. Dotčené správní úřady pak mají podle § 6 odst. 6 zákona o pozemkových úpravách na stanovení podmínek k ochraně svých zájmů 30 dnů od obdržení

---

[4] Blíže k veřejnému zájmu vyplývajícímu z ochrany přírody a krajiny viz Knotek, J.: Pozemkové úpravy a ochrana přírody a krajiny, In: *Komplexní pozemkové úpravy - XII. celostátní odborný seminář, Strážnice 2. - 4. května 2007* (ed. Burian, Z.), Ministerstvo zemědělství ČR - Ústřední pozemkový úřad a Českomoravská komora pozemkových úprav, Praha, 2007, str. 61 – 66; Pittnerová, B., Sklenička, P.: Pozemkové úpravy v územích s dochovanou středověkou krajinnou strukturou – plužinou, In: *Konference krajinné inženýrství 2008*, Česká společnost krajinných inženýrů, Praha, 2008, str. 300 - 305. ISBN 978-80-903258-7-6.

[5] Podstatnou skutečností je, že se podle znění § 6 odst. 7 zákona o pozemkových úpravách na řízení o pozemkových úpravách a rozhodování v něm nevztahují lhůty pro rozhodování podle správního řádu.

[6] V § 6 odst. 6 zákona o pozemkových úpravách se uvádí jejich příkladný výčet, tj. příslušný katastrální úřad, orgán územního plánování, stavební úřad, orgán ochrany zemědělského půdního fondu, orgán ochrany přírody, vodohospodářský orgán a orgán státní správy lesů, s tím, že dotýká-li se řízení o pozemkových úpravách zájmů chráněných předpisy o obraně a bezpečnosti státu, o péči o zdraví lidu a jiných zájmů chráněných zvláštními právními předpisy, pozemkový úřad vyrozumí i další dotčené správní úřady.

[7] Viz znění § 3 odst. 3 zákona o pozemkových úpravách, z něhož vyplývá, že pozemky určené pro těžbu vyhrazených nerostů na základě stanoveného dobývacího prostoru, pozemky určené pro obranu státu, pozemky zastavěné stavbou ve vlastnictví státu, pozemky vodních toků a pozemky chráněné podle zvláštních předpisů (tj. např. zvláště chráněná území) lze řešit v pozemkových úpravách jen se souhlasem příslušného správního úřadu (samozřejmě vedle souhlasu vlastníka pozemku).

vyrozumění. Na druhou stranu pak mají v § 9 odst. 3 zákona o pozemkových úpravách stanovenu povinnost společně se správci podzemních a nadzemních zařízení poskytovat pozemkovému úřadu v dohodnutých termínech bezplatně potřebné údaje a informace nezbytné pro řízení o pozemkových úpravách. Je zřejmé, že tato počáteční fáze procesu pozemkových úprav slouží především pro shromáždění veškerých potřebných informací o území a současně identifikaci potencionálních střetů zájmů v území.

Pozemkový úřad v počáteční fázi rovněž svolává úvodní jednání, které slouží k seznámení účastníků s účelem, formou a předpokládaným obvodem pozemkových úprav. Účastníci řízení mohou samozřejmě aktivně vystupovat v řízení jak ve vztahu k zájmům společným, tak i ryze soukromým. Vlastníci pozemků řešených v pozemkových úpravách si na úvodním jednání zpravidla zvolí na dobu provádění pozemkových úprav tzv. sbor zástupců (dále jen „sbor“), který je může ve vymezeném rozsahu zastupovat a účastnit se zpracování návrhu pozemkových úprav. Pozemkový úřad na úvodní jednání obvykle nezve zástupce dotčených správních úřadů. Pokud je to ovšem významné, může se zástupce dotčeného správního úřadu stát členem komise pro zjišťování průběhu hranic pro účely pozemkových úprav (pozn. komise je primárně složená z pracovníků pozemkového úřadu, katastrálního úřadu, zpracovatele návrhu a zástupců obcí). Jejich účast v komisi je na místě především tehdy, jsou-li do (z) obvodu pozemkových úprav zahrnuty (vyčleněny) pozemky, které je možné v pozemkových úpravách řešit pouze se souhlasem příslušného správního úřadu.

Pozemkový úřad zajišťuje v další fázi zpracování návrhu pozemkových úprav, přičemž návrhu nového uspořádání pozemků vlastníků předchází zpracování plánu společných zařízení. Právě do plánu společných zařízení se nejvíce promítají nejrůznější veřejné (příp. obecní či společné) zájmy.[8] Společná zařízení tvoří zejména opatření sloužící ke zpřístupnění pozemků jako polní nebo lesní cesty, mostky, propustky, brody, železniční přejezdy a podobně; protierozní opatření pro ochranu půdního fondu jako protierozní meze, průlehy, zasakovací pásy, záchytné příkopy, terasy, větrolamy, zatravnění, zalesnění a podobně; vodohospodářská opatření sloužící k neškodnému odvedení povrchových vod a ochraně území před záplavami jako nádrže, rybníky, úpravy toků, odvodnění, ochranné hráze, suché poldry a podobně; opatření k ochraně a tvorbě životního prostředí, zvýšení ekologické stability jako místní územní systémy ekologické stability, doplnění, popřípadě odstranění zeleně a terénní úpravy a

[8] Veřejné zájmy přitom mohou být značně široké, jako např. zájmy ochrany přírody a krajiny. Blíže viz Knotek, J.: Ochrana přírody v plánu společných zařízení, In: *Konference krajinné inženýrství 2008*, Česká společnost krajinných inženýrů, Praha, 2008, str. 306 - 310. ISBN 978-80-903258-7-6.

podobně.[9] Vlastní zpracování konceptu plánu společných zařízení je týmová práce vybraného projektanta, pozemkového úřadu a zástupců obce (příp. zpracovatele územně plánovací dokumentace) a dalších specialistů.[10] Na nich pak je identifikace konkrétních střetů zájmů v území a hledání nejlepšího možného řešení, ať již cestou určení priorit mezi nimi či snahou o řešení v podobě polyfunkčního využití území.[11] Pro řešení případných střetů zájmů mezi jednotlivými veřejnými, společnými či soukromými zájmy je významné, že podle znění § 9 odst. 20 zákona o pozemkových úpravách má pozemkový úřad povinnost svolat nejméně jednou za 6 měsíců kontrolní den, na který zve zástupce obce, sboru a dotčených správních úřadů. Právě v zájmu zahrnutí a zohlednění svých vznesených požadavků by se měly zástupci všech výše uvedených subjektů účastnit svolaných kontrolních dnů. Zástupci dotčených správních úřadů pak především těch, při kterých je již k dispozici projektantem vypracovaný návrh plánu společných zařízení.

Pozemkový úřad předkládá v souladu se zněním § 9 odst. 10 zákona o pozemkových úpravách dotčeným správním orgánům zpracovaný plán společných zařízení k vydání souhlasného stanoviska, které nahrazuje opatření (rozhodnutí, souhlas, povolení výjimky) podle zvláštních právních předpisů.[12] Součástí plánu společných zařízení je i úvodní část obsahující zohlednění podmínek stanovených správními úřady.[13] Dotčené správní orgány se vyjadřují ke zpracovanému plánu společných zařízení ve lhůtě 30 dnů od jeho doručení. Plán společných zařízení posoudí rovněž sbor (nebo vlastníci, není-li sbor zvolen) a schválí jej zastupitelstvo obce na veřejném

---

[9] Pro společná zařízení se v souladu se zněním § 9 odst. 14 zákona o pozemkových úpravách použijí nejprve pozemky ve vlastnictví státu (pozn. specifický režim mají pozemky ve správě Pozemkového fondu jejichž původním vlastníkem byly církve, náboženské řády a kongregace) a potom ve vlastnictví obce. Pokud nelze pro společná zařízení použít jen pozemky ve vlastnictví státu, popř. obce, podílejí se na vyčlenění potřebné výměry půdního fondu ostatní vlastníci pozemků poměrnou částí podle celkové výměry jejich směňovaných pozemků. V tomto případě se pak nároky vlastníků vstupujících do pozemkových úprav úměrně snižují. Takový postup ovšem vyvolává protesty ze strany soukromých vlastníků a může v praxi znamenat značné komplikace, proto se v případě nedostatečného podílu státních a obecních pozemků volí cesta výkupu pozemků či omezení rozsahu společných zařízení na co nejnižší možnou míru.

[10] Mazín, A., V.: Zásady narovnání plánu společných opatření a jeho náležitosti, Pozemkové úpravy, číslo 57, 2006, str. 8 – 11.

[11] Tj. např. stejné území může fungovat současně jako biocentrum i ochranné pásmo vodního zdroje nebo příčná polní cesta zorněným svahem s travobylinným lemem s příkopem a doprovodnou alejí může fungovat jako místní komunikace, biokoridor a současně i zasakovací pás.

[12] Viz Knotek, J.: K formě úkonů dotčených orgánů v řízení o pozemkových úpravách, *Časopis pro právní vědu a praxi*, číslo II., 2007, str. 14 - 19. ISSN 1210-9126.

[13] Viz bod 7 Přílohy k vyhlášce č. 545/2002 Sb., o postupu při provádění pozemkových úprav a náležitostech návrhu pozemkových úprav, ve znění pozdějších předpisů.

zasedání. Další skutečností dokládající zásadní význam tohoto dokumentu pro dané území je, že každý plán společných zařízení musí být dohodnut s úřadem územního plánování, pokud jej pořizovatel nemá v úmyslu projednat jako regulační plán nebo změnu stávajícího územního plánu obce (zasahuje-li do něj).

K optimálnímu zajištění ochrany veřejných zájmů reprezentovaných jednotlivými dotčenými správními úřady lze jen doporučit, aby byl ještě před tím, než bude zpracovaný plán společných zařízení předložen ke stanovisku dotčeným orgánům státní správy, svolán poslední kontrolní den (tj. v době, kdy je ještě reálně možné provést v návrhu nějaké změny). Příslušné dotčené správní úřady pak by měly na tuto poslední možnost k provedení případných změn důrazně upozorněny. Pro úspěšné řešení sporů v území, by mělo dle mého automaticky platit, že pokud dotčený orgán státní správy stanovil nějaké podmínky pro ochranu zájmů spadajících do jeho působnosti, měl by se takového kontrolního dne v každém případě zúčastnit jeho zástupce. Jedná se totiž prakticky o poslední možnost, jak ještě něco změnit a současně si ověřit, zda byly všechny podmínky stanovené správním úřadem zapracovány do plánu společných zařízení. Vlastníci pozemků se samozřejmě mohou zpracování plánu společných zařízení účastnit také, ale je třeba si uvědomit, ze plán společných zařízení řeší primárně veřejné a obecní zájmy, nanejvýše zájmy společné.

Při následném zpracování návrhu pozemkových úprav je naopak zpracovatel návrhu povinen již v průběhu zpracování projednávat nové uspořádání pozemků se všemi dotčenými vlastníky pozemků, kteří jsou povinni se k návrhu vyjádřit. Pokud se vlastník ve lhůtě stanovené pozemkovým úřadem k novému uspořádání pozemků nevyjádří, má se za to, že s ním souhlasí. Pozemkový úřad svolá všechny vlastníky, požádá-li o to nejméně jedna třetina vlastníků nebo sbor. Jestliže se účastník řízení na výzvu pozemkového úřadu nezúčastní jednání, kde měl možnost uplatnit své připomínky a náměty, může se k předmětu jednání vyjádřit písemně, a to nejpozději do 15 dnů po obdržení výzvy k účasti na jednání. K později uplatněným připomínkám a námětům pozemkový úřad již nepřihlíží.

V konečné fázi pozemkový úřad oznámí na úřední desce, kde je možno po dobu 30 dnů nahlédnout do zpracovaného návrhu pozemkových úprav. Návrh se též vystaví v obci, o čemž pozemkový úřad vyrozumí známé účastníky a současně jim sdělí, že v této době mají poslední možnost uplatnit k návrhu své námitky a připomínky u pozemkového úřadu. K později podaným námitkám a připomínkám se nepřihlíží. Pokud jsou na základě námitek a připomínek provedeny úpravy návrhu, je pozemkový úřad povinen vyžádat si nové vyjádření od dotčených účastníků. Po uplynutí stanovené doby pozemkový úřad svolá závěrečné jednání, na kterém zhodnotí výsledky pozemkových úprav a účastníky seznámí s návrhem, o kterém bude rozhodnuto. Následně vydá pozemkový úřad rozhodnutí o schválení návrhu pozemkových úprav. Rozhodnutí o schválení návrhu pozemkový úřad oznamuje veřejnou vyhláškou a doručí

všem známým účastníkům. Z náležitostí návrhu se k rozhodnutí doručovanému účastníkům řízení připojí jen ta písemná a grafická část návrhu, která se dotýká konkrétního účastníka řízení.[14]

Po nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí a prověření, že proti němu nebyla podána žaloba, následně vydá pozemkový úřad rozhodnutí o výměně nebo přechodu vlastnických práv, popř. o zřízení nebo zrušení věcného břemene k dotčeným pozemkům. Rozhodnutí se rovněž oznamuje veřejnou vyhláškou a současně doručí katastrálnímu úřadu a všem vlastníkům pozemků a osobám dotčeným zřízením nebo zrušením věcného břemene nebo změnou zástavního práva, známým pozemkovému úřadu. Toto rozhodnutí nabývá právní moci posledním dnem 15 denní lhůty, která začíná běžet dnem vyvěšení rozhodnutí veřejnou vyhláškou. Proti rozhodnutí o výměně nebo přechodu vlastnických práv, popřípadě o zřízení nebo zrušení věcného břemene vydanému na základě schváleného návrhu se nelze odvolat.

Přestože může pozemkový úřad schválit návrh pozemkových úprav tehdy, pokud s ním souhlasí vlastníci alespoň tří čtvrtin výměry půdy pozemků, které jsou v pozemkových úpravách řešeny, v praxi se snaží, pokud to je možné, dosáhnout souhlasu všech dotčených vlastníků pozemků. Tento přístup je veden snahou respektovat v maximální možné míře vlastnická práva majitelů pozemků a současně i snahou docílit hladkého dokončení schvalovacího procesu a vyhnout se možným odvoláním či soudním sporům.[15]

Stávající právní úprava řízení o pozemkových úpravách dle mého představuje jednu z nejlepších cest (ne-li vůbec tu nejlepší) pro řešení řady střetů zájmů v území, a to jak střetů již existujících, tak i potencionálních. Při optimální součinnosti pozemkového úřadu, dotčených správních úřadů, obcí a vlastníků, a zdárném průběhu celého procesu pozemkových úprav,

---

[14] V případě odvolání proti rozhodnutí o schválení návrhu pozemkových úprav vyrozumí pozemkový úřad, který napadené rozhodnutí vydal, ostatní účastníky řízení o obsahu podaných odvolání veřejnou vyhláškou, a to se současným upozorněním na možnost vyjádřit se k předmětu odvolání do 7 dnů ode dne doručení veřejnou vyhláškou. Pokud odvolací orgán rozhodnutí pozemkového úřadu potvrdí, doručí jej jen odvolateli a ostatním účastníkům řízení oznámí rozhodnutí o odvolání veřejnou vyhláškou. Jestliže odvolací orgán rozhodnutí pozemkového úřadu změní nebo zruší, oznámí rozhodnutí o odvolání veřejnou vyhláškou a doručí všem známým účastníkům řízení. Obdobně se doručuje v případě použití mimořádného opravného prostředku.

[15] Pozn. Citlivý vztah k vlastnictví může být v řadě území zvýrazněn i silnou negativní zkušeností pozemkových vlastníků z minulého režimu. Budování veřejně prospěšných zařízení na cizích pozemcích totiž může i dnes vyvolávat silné emoce a být vnímáno z těchto důvodů záporně. Jako příklad z praxe lze uvést zkušenosti získané při řešení protipovodňových opatření v Olešnici: „*Restituce majetku v 90. letech neznamená, že majitel pole dokázal zapomenout na křivdy vyvlastnění v letech padesátých … To není matematika, ani ČSN. To je realita*.“ Peša, Z.: Povodeň v Olejnici 26. 6. 2006 v povodí Veselského potoka, Pozemkové úpravy, číslo 59, 2007, str. 19 – 20.

lze ve výsledku docílit nejen vyřešení střetů zájmů v území, ale především realizace mnoha pozitivních opatření, z nichž některé je možné uskutečnit právě jen na základě schválených pozemkových úprav. Základem zde ale vždy je a bude vzájemná komunikace a dostatečná informovanost a angažovanost všech dotčených subjektů, tj. jak pozemkového úřadu, tak i dotčených správních úřadů,[16] zástupců obcí a zástupců vlastníků, příp. přímo vlastníků samých (resp. fyzických a právnických osob, jejichž vlastnická nebo jiná věcná práva k pozemkům mohou být řešením pozemkových úprav přímo dotčena).

Literature:

- Jeníčková, H.: Plán společných zařízení a limity dané obvodem pozemkové úpravy a nedostatečná formální závaznost plánu jako úředního dokumentu, Pozemkové úpravy, číslo 66, 2008, str. 4 – 5.
- Knotek, J.: Pozemkové úpravy a ochrana přírody a krajiny, In: Komplexní pozemkové úpravy - XII. celostátní odborný seminář, Strážnice 2. - 4. května 2007 (ed. Burian, Z.), Ministerstvo zemědělství ČR - Ústřední pozemkový úřad a Českomoravská komora pozemkových úprav, Praha, 2007, str. 61 – 66.
- Knotek, J.: K formě úkonů dotčených orgánů v řízení o pozemkových úpravách, Časopis pro právní vědu a praxi, číslo II., 2007, str. 14 - 19. ISSN 1210-9126.
- Knotek, J.: Pozemkové úpravy a ochrana přírody a krajiny v legislativních souvislostech, Správní právo, číslo 4 - 5, ročník XL, 2007, str. 217 - 233. ISSN 0139-6005.
- Knotek, J.: Ochrana přírody v plánu společných zařízení, In: Konference krajinné inženýrství 2008, Česká společnost krajinných inženýrů, Praha, 2008, str. 306 - 310. ISBN 978-80-903258-7-6.
- Mazín, A., V.: Zásady narovnání plánu společných opatření a jeho náležitosti, Pozemkové úpravy, číslo 57, 2006, str. 8 – 11.

[16] K ochraně zájmů ochrany přírody a krajiny v pozemkových úpravách blíže viz Knotek, J.: Pozemkové úpravy a ochrana přírody a krajiny v legislativních souvislostech, Správní právo, číslo 4 - 5, ročník XL, 2007, str. 217 - 233. ISSN 0139-6005.

- Mazín, A.: Pozemkové úpravy a ochrana půdy, Pozemkové úpravy, číslo 65, 2009, str. 1 – 2.
- Peša, Z.: Povodeň v Olejnici 26. 6. 2006 v povodí Veselského potoka, Pozemkové úpravy, číslo 59, 2007, str. 19 – 20.
- Pittnerová, B., Sklenička, P.: Pozemkové úpravy v územích s dochovanou středověkou krajinnou strukturou – plužinou, In: Konference krajinné inženýrství 2008, Česká společnost krajinných inženýrů, Praha, 2008, str. 300 - 305. ISBN 978-80-903258-7-6.

Contact – email
jaroslav.knotek@uake.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

OWNERSHIP ISSUES OF ARABLE AREAS OWNED BY FOREIGNERS OR ENSURED BY FIRMS OR ANY OTHER CONTRACTS

KOZMA ÁGOTA

Department of Applied Economics, University of Pannonia, Hungary

Abstract
With this study, I want to draw the attention to an on and on appearing problem. In Hungary, the proprietary right of the areas existing in agricultural cultivation branch is protected by statutes since 1994: according to this only Hungarian citizen can be owner of agricultural areas; foreign citizen not (except if inheriting an area of this kind). Everyone looks for resp. hunted for the wicket-doors which, however, are associated with a number of risks.

Key words
Areas agricultural; contracts, real estate; “pocket contract”.

The Act LV:1994 issued on the arable land was accepted by the Hungarian Parliament on its 6th April 1994 session day and it came into force on 27th June 1994. The intention of the deputies with this regulation was among others to impede buying up of the arable land areas in the agriculture on basis of the transforming ownership and utilization conditions especially by foreign citizens resp. by foreign economic corporations and other organizations.

This was not changed not even by the admission of Hungary into the European Union. Hungary was granted deferring till 2011 resp. 2014 and thus the foreign citizens are not equally judged with the Hungarian citizens when acquiring arable areas.

However, shortly after the above said Act came into effect the Legislation recognized that together with the regulation a legal gap was also created because the Act failed to restrict resp. exclude the right of firms registered in Hungary relating to procurement of arable land. Before the Legislation this legal gap was recognized by the real estate agencies and dealers, too. With this purchasing of arable land became possible for all foreign citizens, provided that they established a firm in Hungary. Thus, within a short time buying and selling of vineyards took its beginning in majority beside the western boundary of Hungary and on the northern shore of Lake Balaton resp. on our hilly and elevated regions and numerous real estates became property of foreigner-owned firms. However, at the time of the purchasing nobody was dealing with the future of these firms.

When within a few months the Act was modified, already there was no legal possibility for procurement of the proprietary right of arable land by foreign

citizens, except for the inheritage. The Hungarian sellers recognized the solution in "selling" the arable areas with signing of different contacts, by concluding "pocket contracts" among the parties. The "pocket contract" is not a legal term, it is the product of the media. On pocket contract all agreements serving for assurance of ownership procurement not permitted by legal rules, e.g. by means of rental contract, maintenance contract, lease contract, testament, contract of inheritance, preliminary contract, etc. These solutions, however, do not ensure proprietary right for the buyers and, are accompanied by numerous risks both on the seller's side and especially on the buyer's side. Since the buyers would like to acquire the agricultural areas by all means, they did not asked too much and signed anything in order to take the areas into possession. Changes (e.g. death) occurring on either the seller's or on the buyer's side however may create uncleared situations, forcing the buyer to bear newer unexpected expenses and the heirs may face big surprises.

Since the Legislation in 1994 made acquirement of agricultural areas for firms impossible not only for firms owned by foreigners but for Hungarian owned firms as well, the firms obtaining agricultural property till that time faced in certain cases also difficulties. The founders when establishing the firms did not reckon with the tasks and risks associated with the firm: such as organization and cost of book-keeping, submittal of monthly or annual statements to be performed toward the tax authority (electronically since 2006), modification of the partnership contract of the firm pursuant to the often changing law, publication of reports, regular session of the topmost body of the company, and things to be done in connection with the minutes recorded on the sessions, etc. In so far as the firm fails to fulfill its compulsory declaring liabilities to deadline, then the tax authority may levy high fines to the non-performing firms and at the very worst it may suspend the taxation number and may have the firm deleted from the trade register. Deletion of the firm from the register however means death for the firm, since the firm ceases and thus provisions about its property have also to be made. And the problems begin here, since the members of the company may not receive the property of the firm since agricultural areas may not be acquired by foreigners.

Likewise the founders of the firms, the buyers of the pocket contracts also failed to reckon with the risks of the illegal contracts. In my study I introduce the risks of the above mentioned solutions, with special regard to the unsolved problems associated with the final settlement of the lawfully founded firms.

The arable land was always a determinant value of the countries. So was it in Hungary too after the political regime transformation. Everyone would like to acquire arable lands, areas owned formerly by the state. For this reason, subsequent to the regime change the arable areas belonged to the values to be specially protected: the Parliament accepted the Act LV:1994 issued on the arable land. According to this Act no foreign citizen could acquire proprietary right on agricultural areas.

The legal gap was recognized by real estate agents and lawyers and ensured possibility in spite of the Act legally for foreign citizens becoming owners of agricultural areas. If a foreign citizen established a firm in Hungary, it could buy real estates of this kind. The firms registered in Hungary could acquire any real estate ranging from the large-scale dimensions to the small hobby-like vineyards and fruit gardens.

The foreigners in order to enable buying of the wanted real estate established a firm at a lawyer and, after registration of the company the firm purchased the real estate and everyone was satisfied. For the foreigner the real estate agent had at the same time got a book-keeper and at once everything was all right until, e.g. due to an omitted tax return the Registry Court ordered deletion of the firm from the registration.

In so far as upon a summon of the Registry Court the members of the firm appeared at the Registry Court and restored the legal functioning, then everything went further on its way. If however the legal functioning already was not restorable because, let us suppose one member of the deposit partnership died and no new member was registered within 3 months pursuant to the former regulation or within 6 months pursuant to the new regulation, then a final settlement was ordered by the Registry Court. Final settlement and not winding up since these firms were never indebted to anyone and they were not insolvent since they did not perform any activity. In the course of the final settlement the liquidator has the task of property dividing. The agricultural area forms also a part of the property of the firm. According to the rules of the final settlement the property has to be divided among the members. However, in this case the members are foreign citizens whose property acquirement for arable land is excluded!

What is to be done in this case? In the course of the final settlement procedure the firm ceases without legal successor. Let us name the property acquirement of the members inheritance? Since the property of the firm ought to be transferred (inherited) from the ceasing firm. By inheritance namely even the proprietary right of a real estate qualified as arable land can be acquired (Act LV:1997, §4 (1). In theory the “transferring” of the property perhaps can be somehow traced back to inheritance, however the actual legal regulation acknowledges the inheritance concept only in case of natural persons. Thus the rules of the inheritance may not be applied. As a consequence of this the foreign citizens could not and may not acquire the proprietary right of their “own” real estate.

What was the destiny of real estates of this kind? The liquidator could sell the real estate but the value assessment prolonged the procedure for years and, in addition in favor of the members often usufructuary right for lifetime was recorded into the real estate registration, that is the real estates are non-sellable. Many of the concerned people wait for 2011 or 2014 when the foreign citizens could also have proprietary right on real estates qualified as arable land (the conditions are unknown yet). But whether those concerned will live this date? In the future the destiny of the “found” real estates of the

firms deleted from the trade register can be settled within the frame of a property settling procedure: by selling or transfer into ownership. The former is against the will of the members whilst the latter impacts with legal rules.

However, after the act issued on the arable lands the government recognized that with the regulation a legal gap was also created and thus the Parliament after a few months modified the legal rule by almost prompt effect: excluded the property acquiring right of firms registered in Hungary relating to arable lands and thus they could not acquire even limited proprietary right on arable lands. By this of course the hands of the Hungarian landowners were also partially bound, making the property procurement complicate for them.

For the foreign persons "missing" the possibility offered by the legal gap were offered with other "solutions" by the real estate agents. The real estate agents, the sellers, interpreters and the contract makers as well as were striving for their own benefit and not for the buyer's rights (since formerly the sale and purchase contracts were not bound to countersigning by an attorney): and the pocket contracts appeared in different forms.

The "pocket contract" is nothing else than a political, economical resp. media term, not a legal category. No term of this kind is included in any legal rule. The designation is however very appropriate: the parties conclude a contract with each other which is permitted this time by legal rule, however the true intention of the parties is quite different. In so far as the true intention was laid down in writing, then it was put into the pockets without date, not made public and this served / serves the will of the parties. The sale and purchase contract will be provided with date when the property acquiring is not excluded resp. restricted any longer. Different constructions have been developed which can be typified, however each construction has a danger of its own, if it serves for hiding of another contract.

The pocket contracts (aiming acquirement of arable land ownership by persons whose acquiring capacity is null and void due to violation of the legal rules excluding their acquiring capacity) are invalid from the date of their signing and they may not exert the legal effect (transferring of the proprietary right) attached by the law to the valid contracts. Thus null and void are, for example, the sale and purchase contracts, the option and buying-back, the change-, the donation-, maintenance-, or life-annuity contracts, the marital property contract, agreement establishing or ceasing a joint property, the testamentary disposition (last will, inheritance contract, donation for case of death), non-pecuniary contribution (contribution in kind), the foundation order, dividing of the partnership liquidation proportion, having arable land acquiring effect impacting into restrictions. In case of a business concluded with invalid contract the original state has to be restored – provided that it is still possible.

The risk of the pocket contracts made without date originates simply from the fact that the buyer pays the purchase price to the seller; however the ownership of the real estate is not changed on the property sheet at the Registry of Titled Deeds. Between providing the contract with date and the signing of the same often a long time may lapse; thus for example those who purchased at the mid of the 90's wait already for 15 years for registration of their name as owner in respect of the arable area. Since the legal transaction is not seen on the property sheet (as the contract is not submitted to the Registry of Title Deeds), thus the seller may either several times sell the real estate, as it may dispose with it (either by mortgaging it). Another risk of this solution is the death of the parties. Since the contract legally was not established, thus it is not sure that the heirs of the seller will remember for the fact that the arable land was "sold" by the devisor and thus not they are entitled to own it some day or other. On the other hand, in case of the buyer's death the real estate may not be inherited if the sellers do not "play further" the show and the invested property become lost. From accounting of the investments performed by the buyer newer legal disputes emerge. Disclosure of the truth takes a long time in a judicial proceeding.

What can be the solution? I want to draw the attention that in the solution discrimination has to be made between the real estate acquirement of the above mentioned firms and owners of the real estates purchased with pocket contracts. Legal rule facilitated – even if only for a short time – that firms of foreign ownership could acquire arable land! For this reason, the rules relating to the transition period ought to be regulated by an Act.

Literature:

- 109/1999. (XII. 29.)FVM rendelet az ingatlan-nyilvántartásról szóló 1997. évi CXLI. törvény végrehajtásáról
- 1959. évi IV. törvény a polgári törvénykönyvről
- 1972. évi 31. törvényerejű rendelet az ingatlan-nyilvántartásról
- 1990. évi XCIII. törvény az illetékekről
- 1994. évi LV törvény a termőföldről
- 1997. évi CXLI törvény az ingatlan-nyilvántartásról
- 1997. évi CXLIV. törvény a gazdasági társaságokról
- 1997. évi CXLV. törvény a cégnyilvántartásról, a cégnyilvánosságról és a bírósági cégeljárásról
- 2006. évi IV. törvény a gazdasági társaságokról

- 2006. évi V. törvény a cégnyilvántartásról, a bírósági cégeljárásról és a végelszámolásról
- 2007, évi CXXIX. törvény a termőföld védelméről
- 2009. évi XXVIII. törvény az egyes agrártárgyú törvények módosításáról

Contact – email
kozmaa@gtk.uni-pannon.hu

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PROBLAMATIKA UPLATŇOVÁNÍ ZÁKONA O STŘETU ZÁJMŮ V OBLASTI MÍSTNÍ SPRÁVY

MARIE MAZÁNKOVÁ

Olomoucký kraj

Abstract in original language
Zákon o střetu zájmů v návaznosti na zákon o obcích, zákon o krajích, zákon o volbách do zastupitelstev obcí a zákon o volbách do zastupitelstev krajů.

Key words in original language
Střet zájmů; veřejný funkcionář; místní správa.

Abstract
Act on Conflict of Interests as amended by the Act on Municipalities, the Act on Regions, the Act on Elections to Municipal Representative Bodies and the Act on Elections to Regional Representative Bodies.

Key words
Conflict of the interests; public official; local government.

Vážené dámy a pánové,

Úkolem naší sekce je zamyslet se nad problematikou „řešení střetů zájmů v území“. Střet zájmů je nepochybně onou problematikou, která nás prakticky obklopuje na každém kroku našeho každodenního života v nejrůznějších podobách. Já bych v daném okamžiku ráda pohovořila o střetu zájmů přímo očima zákona o střetu zájmů, neboť jeho přijetím se Česká republika zařadila mezi ty země, které problematiku střetu zájmů ve společnosti jistým způsobem regulují. Vzhledem k tomu, že tuto problematiku pojímám do oblasti místní správy, je nutné naznačit i další souvislosti, a sice dotknout se i právní úpravy, která se vztahuje jak k postavení územních samosprávných celků, tak ke způsobům ustavování jejich orgánů.

Co v sobě onen pojem „střet zájmů“ zahrnuje? Lze střet zájmů v této oblasti nějak charakterizovat? Každý z nás nepochybně má o střetu zájmů jistou představu, ale máme možnost poznat, co kdo z nás má v daném okamžiku na mysli? Jsme schopni v našem právním řádu najít definici střetu zájmů?

Podívám-li se na tuto problematiku z pohledu ústavních základů, pak v Ústavě České republiky[1] je zakotven princip státní moci, která, jak je stanoveno slouží všem občanům a lze ji uplatňovat jen v případech,

[1] srovnej článek 2 odst. 3 a článek 70 zákona č. 1/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů

v mezích a způsoby, které stanoví zákon. Ve vztahu k členům vlády zakazuje, aby vykonávali takovou činnost, jejíž povaha by odporovala obsahu výkonu jejich funkce. Úpravu podrobností pak nechává na příslušném zákonu. Dojde-li ke vzniku neslučitelnosti funkcí u poslance nebo senátora, pak tato skutečnost má za následek zánik mandátu. Listina základních práv a svobod[2] stanoví obdobně jako ústava, že státní moc lze uplatňovat jen v případech a v mezích stanovených zákonem, a to způsobem, který zákon stanoví. Avšak slovní spojení „střet zájmů" ani „veřejný zájem" ve výše uvedených zákonech nenalezneme.

Ústava pouze naznačuje, že mohou existovat činnosti, které člen vlády vykonávat nesmí nebo mohou existovat funkce, které jsou neslučitelné s existencí mandátu poslance nebo senátora. Jenže to je úprava svědčící vrcholným představitelům státu, ale jaká pravidla jsou stanovena pro podmínky v území?

Jakou odpověď dostaneme ze zákona, který nese onen hrdý název o střetu zájmů – tedy zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů?

Než se však k nalezení odpovědi dostanu, dovolím si úvod zpestřit některými poznámkami, které se váží na některé etapy vlastního vývoje zákona.

Předchůdce shora uvedeného zákona o střetu zájmů - zákon č. 238/1992 Sb., o některých opatřeních souvisejících s ochranou veřejného zájmu a o neslučitelnosti některých funkcí (zákon o střetu zájmů), ve znění pozdějších předpisů, byl novelizován zákonem č. 96/2005 Sb., ze dne 6. ledna 2005, jenže Ústavní soud při posuzování postupu Poslanecké sněmovny dospěl k závěru, že v tomto případě byl v rozporu s ústavně předepsanou procedurou, a proto napadený zákon zrušil. Zákon č. 96/2005 Sb., byl zrušen ve všech jeho ustanoveních, a nikoli pouze v částech, jimiž byla novelizována některá ustanovení zákona o volbách do zastupitelstev obcí a zákona o volbách do zastupitelstev krajů. Ústavní soud konstatoval, že není totiž možné, aby pro různé části jediného zákona platily různé ústavní procedury nezbytné k jeho řádnému přijetí. Zákon musí být podroben jednotnému projednávacímu režimu, který nemůže být současně jak bezvadný, tak protiústavní. Obsahuje-li návrh zákona části vyžadující ke schválení odlišné procedury, nutno vyžadovat k ústavně konformnímu přijetí takového zákona proceduru nejnáročnější.

Navíc Ústavní soud rozhodl, že nález nabývá účinnosti dnem jeho vyhlášení, tedy dříve než obvyklým vyhlášením nálezu ve Sbírce zákonů, což odůvodnil rozporem s principy demokratického právního státu, tedy zabránit jeho aplikaci už i pro dobu, která uplyne od vyhlášení nálezu

[2] srovnej Listinu základních práv a svobod vyhlášenou usnesením předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb.

do jeho publikování. Tímto okamžikem se však zákon č. 238/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, stal nepoužitelným, neboť nebylo zřejmé na koho se vztahuje.

Takže aniž by byl zpracován legislativní záměr, vláda, jejímž zástupcem byl ministr spravedlnosti jako navrhovatel, předložila Poslanecké sněmovně dne 26. července 2005 návrh zákona a ten byl poslancům dne 27. července 2005 rozeslán jako tisk č. 1056/0. Dne 21. února 2006 postoupila Poslanecká sněmovna návrh zákona Senátu jako tisk č. 266/0. K podepsání prezidentovi byl zákon doručen dne 29. března 2006 a dne 7. dubna 2006 byl podepsán. K podpisu premiérovi byl schválený zákon doručen 21. dubna 2006. Ve Sbírce zákonů byl zákon vyhlášen dne 27. dubna 2006 v částce 55 pod číslem č. 159/2006 Sb.

Výše uvedený legislativní proces však neprocházel tak hladce, jak by se eventuelně z výše uvedeného chronologického výčtu dalo usuzovat. Objektivně řečeno jeho cesta byla značně strastiplná, což se výrazně projevilo návazně v jeho faktické aplikaci, zde mám na mysli provedený experiment v podobě svěření projednávání přestupků do pravomoci správního soudnictví. Dalším bolestivým místem se stala ministerstvem spravedlnosti vydaná vyhláška č. 578/2006 Sb.,[3] k provedení zákona. Ministerstvo spravedlnosti na základě zmocnění stanoveného zákonem o střetu zájmů stanovilo vyhláškou strukturu a formát formuláře pro podávání oznámení podle zákona o střetu zájmů. Stalo se totiž, že vyhláškou mnohé požadované údaje, které tvoří obsah čestného prohlášení, jsou nad rámec zákona.

1. PRÁVNÍ ÚPRAVA V SOUVISLOSTI S PRVNÍ NOVELOU ZÁKONA

Bohužel není u nás jevem neobvyklým, aby se vzápětí poté, co je právní norma schválena, zjistilo, že je nutné ji v co nejbližší době novelizovat. Osud zákona o střetu zájmů shora citovaný byl stejný. Stalo se tak díky novele publikované pod č. 216/2008 Sb.,[4] jejíž účinnost nastala dnem jejího vyhlášení, tj. 20. června 2008. Proč se tak spěchalo při projednání změny textu zákona a proč byl zvolen tak rychlý nástup její účinnosti?

Jednak problematickou se stala účinnost zákona, neboť ta byla stanovena od 1. 1. 2007 s tím, že čestná prohlášení by veřejní funkcionáři v rozsahu stanoveném vyhláškou měli podávat ke dni 30.6.2007 ovšem za období minulého roku, tj. za období od 1.1.2006 – 31.12.2006, čímž by byla nastolena zpětná retroaktivita zákona.

[3] srovnej vyhlášku MS č. 578/2006 Sb., a ustanovení § 12, odst. 5 zákona č. 159/2006 Sb.

[4] srovnej zákon č. 216/2008 Sb.

Úkolu změnit zákon se ujala skupina poslanců a jejich návrh byl sněmovně předložen dne 21. 3. 2007. Vládě byl návrh zákona zaslán k vyjádření stanoviska dne 23. 3. 2007, ta však vyslovila svůj nesouhlas. S návrhem zákona nesouhlasil ani Senát, a proto ho Poslanecké sněmovně vrátil, ta však setrvala na původním návrhu zákona[5] a dne 25. dubna 2008 byl zákon doručen k podepsání prezidentovi. Prezident zákon nepodepsal a dne 9. května 2008 jej vrátil zpět Poslanecké sněmovně. Hlasování o zákonu vráceném prezidentem proběhlo 10. června 2008 na 32. schůzi. Vrácený návrh zákona byl schválen[6], neboť Poslanecká sněmovna na znění zákona setrvala.

Schválený zákon byl doručen k podpisu premiérovi 17. června 2008. Dne 20. června 2008 byl zákon vyhlášen ve Sbírce zákonů v částce 69 pod číslem 216/2008 Sb.[7]

K završení výše uvedeného legislativního procesu dodávám, že šlo o nesmírně problematické znění, plné neprovázaností, způsobující nemožnost aplikace jednotlivých ustanovení.

2. PRÁVNÍ ÚPRAVA V SOUVISLOSTI S DRUHOU NOVELOU ZÁKONA

Návrh vlády předložený Poslanecké sněmovně dne 6. 8. 2008 na změnu energetického zákona, kterým jsou řešeny dopady i do ostatních právních předpisů, mimo jiné zásadně zasáhl do zákona o střetu zájmů. Vzhledem k tomu, že novela energetického zákona upravuje zřízení funkce předsedy Energetického regulačního úřadu a zákon stanoví, že funkce předsedy Energetického regulačního úřadu je funkcí veřejnou, stala se tato skutečnost důvodem pro novelizaci zákona č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění zákona č. 216/2008 Sb. Otevřením tohoto zákona současně došlo k provedení „technické“ novely zákona spočívající v odstranění některých neprovázaností mezi jednotlivými ustanoveními. Legislativní proces tohoto návrhu zákona podaný vládou byl zakončen jeho schválením a vyhlášením ve Sbírce zákonů, což se stalo dne 4. 6. 2009 v částce 46 pod číslem 158/2009 Sb.,[8].

[5] srovnej s usnesením č. 732 Poslanecké sněmovny , V. volební období

[6] srovnej usnesení č. 806, Poslanecká sněmovna, 2008, V. volební období

[7] srovnej zákon č. 216/2008 Sb.

[8] srovnej část desátou zákona č. 158/2009 Sb.

3. PRÁVNÍ ÚPRAVA V SOUVISLOSTI S TŘETÍ NOVELOU ZÁKONA

Nic méně druhá novela zákona nevyřešila revoltu ze strany škol a školských zařízení, neboť jejich ředitele zákonodárce zařadil do skupiny veřejných funkcionářů. Návrh zákona v tomto případě byl zpracován skupinou poslanců a Poslanecké sněmovně byl předložen dne 24. 11. 2008. V Senátu se však návrh zákona nesetkal s pochopením. Senát vrátil návrh zákona Poslanecké sněmovně ve znění přijatých pozměňovacích návrhů. A situace nastalá v souvislosti s první novelou se téměř opakovala. Tedy Poslanecká sněmovna opětovně na původním návrhu setrvala. V tomto případě však prezidentské veto nebylo zopakováno, a tak návrh zákona po podpisu prezidenta byl dne 11. září 2009 publikován ve Sbírce zákonů jako zákon č. 350/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů, ve znění pozdějších předpisů.

Shrnutí

Problematice střetu zájmů nelze upřít její politický obsah. Vždy totiž půjde o naprosto specifickou oblast, do jejíž úpravy vchází nepřeberné množství názorů, výhrad, zájmů atd.

Komplikovanost „procesu“ úpravy lze demonstrovat i na proběhnuvším legislativním procesu, neboť vládou předložený návrh prošel obrovskými změnami. Protichůdnost mnohých návrhů nepanuje jen mezi komorami Parlamentu samými, ale neshody lze vysledovat i mezi výbory uvnitř každé komory zvlášť. Další názorová odlišnost je patrná ze stanovisek vlády i ze stanovisek prezidenta.

Dalším značně nepříznivým faktorem je i neexistence důvodové zprávy. Respektive vláda jakožto předkladatel k návrhu zákona důvodovou zprávu předložila v průběhu legislativního procesu, ale jak je shora uvedeno, došlo k obrovským změnám a z tohoto důvodu se stala nepoužitelná. Tím, že Parlament opustil svou roli zákonodárce a stal se zákonotvůrcem, došlo při tvorbě zákona k mnoha experimentům, za všechny lze jmenovat vymezení odpovědnosti za porušení povinnosti, o jejímž porušení ze strany veřejných funkcionářů rozhodovaly soudy ve správním soudnictví.

Rovněž tak k nefungování tohoto zákona přispívá i neexistence ústředního orgánu státní správy, který by poskytoval jednoznačnou metodiku k jeho aplikaci. Pokusy na tomto poli provedené ministerstvem vnitra a ministerstvem spravedlnosti na svém začátku ztroskotávaly na názorových rozdílech. V současné době vytvořené webové stránky ministerstvem vnitra demonstrují pouze určitý právní názor pracovní skupiny. V neposlední řadě je pro správnou aplikaci zákona nesmírně „hendikepujícím“ faktorem i jeho extrémně široký záběr, neboť zahrnuje právní vztahy řízené jak právem soukromým, tak i právní vztahy v režimu práva veřejného.

Přes všechny shora uvedené nedostatky je nutné vyzvednout i některé pozitivní stránky, díky nimž lze zákon o střetu zájmů nepochybně zařadit k právním předpisům komplexním, neboť:

- pokud jde o okruh osob, které jsou veřejnými funkcionáři, je vymezen podstatně šířeji, než předcházející právní úpravy. Vedle klasického pojetí veřejných funkcionářů, za které byli považováni poslanci a senátoři a členové vlády, jsou nyní určeni i např. vedoucí zaměstnanci různých institucí.

- došlo k radikálnímu nárůstu rozsahu povinností a omezení, která jsou veřejným funkcionářům ukládána. V principu lze hovořit o zákazu výkonu některých činností ať již v průběhu výkonu funkce nebo v některých případech i po určitou dobu po jejím skončení. Dále se jedná o neslučitelnost výkonu funkce veřejného funkcionáře s jinými funkcemi.

- upravuje formu oznámení o osobním zájmu, o činnostech, o majetku, a o příjmech, darech a závazcích. Podávání těchto oznámení samozřejmě nejsou samoúčelná. Nahlížení do nich je právě tím nástrojem kontroly veřejnosti. Tedy můžeme hovořit o principu otevřenosti, jehož smyslem je, aby každý měl možnost požádat o nahlédnutí a upozornit na skutečnosti, které nasvědčují nepravdivosti či neúplnosti údajů v oznámení uvedených.

- upravuje vedení registrů evidenčními orgány. Zákon však nedává evidenčnímu orgánu pravomoc prověřovat osobní či majetkové poměry veřejného funkcionáře, ale je oním článkem mezi občanem a veřejným funkcionářem, který každému umožní nahlížení do registru.

- vymezuje osobní odpovědnost veřejných funkcionářů, a to pro případy, kdy veřejný funkcionář poruší zákonem stanovenou povinnost, tj. když nepodá oznámení o osobním zájmu, nedodrží lhůtu k podání prohlášení a nepodá jej ani v dodatečné lhůtě, nebo v prohlášení uvede zjevně nepřesné, neúplné nebo nepravdivé údaje, popřípadě vykonává funkci nebo činnost, kterou tento zákon stanoví jako neslučitelnou s výkonem funkce veřejného funkcionáře, za takové jednání může být sankcionován.

Takže to jsou mé některé poznámky k legislativnímu procesu. A nyní k oněm pojmům, pro účely naší konference důležitým.

Najdeme v zákoně upravujícím problematiku střetu zájmů jeho definici?

V ustanovení § 1, které stanoví předmět úpravy můžeme vyčíst, že tento zákon upravuje

a) povinnost veřejných funkcionářů vykonávat svoji funkci tak, aby nedocházelo ke střetu mezi jejich osobními zájmy a zájmy, které jsou povinni z titulu své funkce prosazovat nebo hájit,

b) povinnost veřejných funkcionářů oznamovat skutečnosti, které umožňují veřejnou kontrolu jejich činností konaných vedle výkonu funkce veřejného funkcionáře, veřejnou kontrolu majetku nabytého za dobu výkonu funkce a dalších příjmů, darů nebo jiného prospěchu, získaných za dobu výkonu funkce, popřípadě finančních závazků, které veřejný funkcionář má,

c) omezení některých činností veřejných funkcionářů a neslučitelnost výkonu funkce veřejného funkcionáře s jinými funkcemi,

d) odpovědnost veřejných funkcionářů za porušení povinností stanovených tímto zákonem, včetně sankcí, které lze veřejnému funkcionáři za porušení těchto povinností uložit.

Jak sami shledáváte, definici pojmů „zájem“ popřípadě „veřejný zájem“ nám zákonodárce v předmětu úpravy vůbec nenabízí. Jak tedy uchopit pojem veřejný zájem? Zákonem formulovaný osobní zájem jako „zájem, který přináší veřejnému funkcionáři osobní výhodu nebo zamezuje vzniku případného snížení majetkového nebo jiného prospěchu“ svým způsobem evokuje vznesení této řečnické otázky „je pak veřejným zájmem všechno to, co nedělám pro sebe, popřípadě pro osoby blízké?“. Přiznávám, že je to nepochybně značně extenzivní rozsah, ale s největší pravděpodobností ten správný!

Byť hlava II. zákona č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů je nazvána „střet zájmů“, ani zde toto sousloví nijak nedefinuje. Pouze naznačuje, jakým způsobem se veřejný funkcionář má chovat, dojde-li ke střetu veřejného zájmu se zájmem osobním. Tedy veřejný funkcionář nesmí upřednostňovat svůj osobní zájem před zájmy, které je jako veřejný funkcionář povinen prosazovat a hájit. K podotknutí sice stojí snaha zákonodárce vypočítávat všechno, čím vším veřejný funkcionář nesmí ohrozit veřejný zájem, bohužel však neplnění tam uvedených povinností veřejnými funkcionáři nespojuje s hrozbou uložení sankce.

Způsob výkonu funkce

Zákonodárce v ustanovení § 1 zákona o střetu zájmů[9], přikazuje veřejnému funkcionáři „vykonávat svoji funkci tak, aby nedocházelo ke střetu…“ bohužel však v zákoně úprava resp. vymezení obsahu takové povinnosti chybí. A bohužel nelze ji vypátrat ani v důvodové zprávě, neboť i tam se obecně hovoří pouze o tom, že veřejní funkcionáři se ve své činnosti pravidelně dostávají do situací, kdy v souvislosti s výkonem své funkce rozhodují o významných věcech veřejného zájmu a tudíž mohou nastat situace, kdy se může tento(!) veřejný zájem dostat do rozporu s jejich zájmem individuálním, případně zájmem skupinovým.

[9] srovnej zákon č. 159/2006 Sb.

Upřesnění těchto pojmů nepřinesla ani jedna z pozdějších novel, neboť jak ustanovení § 1, tak ustanovení § 3 zůstala nedotčena. Lze shrnout, že zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů, je na rozdíl od původní úpravy z roku 1992[10] užší i v tom slova smyslu, když střet zájmů je chápán pouze v rovině výkonu profese, vedení občanského života veřejným funkcionářem zůstává oddělené.

Veřejnému funkcionáři se zapovídá rovněž tak ohrozit veřejný zájem. Tato část právní úpravy doznala novelou zákona zásadních změn, proto ji rozeberu poněkud blíže.

Je pravdou, že ustanovení § 3 odst. 2 ve znění zákona č. 159/2006 Sb., se přijetím novely v podobě zákona č. 216/2008 Sb., až na vložení slova „nebo" v písmenu b) výše uvedeného ustanovení žádných podstatných změn nedočkalo. Tudíž veřejný funkcionář nesmí:

- využít svého postavení, pravomoci nebo informací získaných při výkonu své funkce k získání majetkového nebo jiného prospěchu nebo výhody pro sebe nebo jinou osobu,

- se odvolávat na svou funkci v záležitostech, které souvisejí s jeho osobními zájmy, zejména s jeho povoláním, zaměstnáním nebo podnikáním, nebo

- dát za úplatu nebo jinou výhodu ke komerčním reklamním účelům svolení k uvedení svého jména, popřípadě jmen a příjmení nebo svolení ke svému vyobrazení ve spojení s vykonávanou funkcí.

Zvrat však nastal v okamžiku, kdy zákonodárce novelou zákona - zákonem č. 216/2008 Sb., zrušil ustanovení § 22 Pokuta, dle kterého soud mohl uložit veřejnému funkcionáři pokutu

- až do výše 100 000 Kč , který se odvolal na svou funkci v záležitostech, které souvisejí s jeho osobními zájmy, zejména s jeho povoláním, zaměstnáním nebo podnikáním,

- nebo až do výše 500 000 Kč, který využil svého postavení, pravomoci nebo informací získaných při výkonu své funkce k získání neoprávněného majetkového nebo jiného neoprávněného prospěchu nebo neoprávněné výhody pro sebe nebo jinou osobu,

- nebo dal za úplatu nebo jinou výhodu ke komerčním reklamním účelům svolení k uvedení svého jména, popřípadě jmen a příjmení nebo svolení ke svému vyobrazení ve spojení s vykonávanou funkcí a nově zavedl pouze kategorii přestupků, v nichž shora uvedené skutkové podstaty absentují. Jinými slovy novela zákona provedená zákonem č. 216/2008 Sb., sice

[10] srovnej zákon č. 238/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů

zakazuje ohrožení veřejného zájmu, ale v okamžiku, kdy k tomu ze strany veřejného funkcionáře dojde, mechanismus, jak takové chování sankcionovat, se docela obtížně nalézá.

Na tomto místě možná stojí za zmínku ty situace, které nastávají v mnoha obcích, a sice: „dal za úplatu nebo jinou výhodu“, neboť často se můžeme setkat s plakáty, na kterých čteme „pod záštitou starosty“. Na „záštity“ neexistuje jednoznačný názor. Jsou názory, podle kterých lze za „jinou výhodu“ považovat např. i darované vstupenky. Opačné názory hovoří o tom, že záštita nemusí nutně zahrnovat „komerční reklamní účel“. Pravdou však zůstává, že veřejný funkcionář, který vykonává funkci starosty, může přebíráním záštit nad nejrůznějšími kulturními či sportovními akcemi získat popularitu, může vejít v širokou známost u svých spoluobčanů, což poté může být zúročeno v politickém klání v průběhu voleb – stává se více známým, více populárním a uvážíme-li systém voleb do obecního zastupitelstva, kdy volič má možnost vybírat si své zástupce ne podle toho, jaké pořadí stanovily jednotlivé strany, politická sdružení, hnutí, či nezávislí kandidáti, ale podle vlastního uvážení, má v takovém případě tento kandidát šanci získat největší počet hlasů, i když dlužno podotknout, že v režimu českého volebního práva nejvíce odevzdaných hlasů ve prospěch konkrétního kandidáta žádnou výhodu neskýtá. V konečném důsledku starostou nebo hejtmanem může být členy příslušného zastupitelstva zvolen i ten, který získal nejnižší počet odevzdaných hlasů.

Neslučitelnost výkonu funkce

Slovo „neslučitelnost“ v souvislosti s výkonem funkce je zákonem č. 159/2006 Sb., užito toliko v ustanovení § 5 odst. 3 a v rovině osobní je vztaženo pouze na poslance a senátory. Neslučitelné jsou funkce vykonávané poslancem nebo senátorem s funkcemi vykonávanými v pracovněprávním vztahu nebo ve služebním poměru k České republice za předpokladu, že se jedná o funkce jmenované nebo o funkce, v nichž se rozhoduje při výkonu státní správy.

Takové omezení je svým způsobem předvídáno Ústavou České republiky[11], které mimo svou výslovnou úpravu, že s funkcí poslance nebo senátora je neslučitelný výkon úřadu prezidenta republiky a funkce soudce, deklaruje možnost rozšíření zákazu výkonu takových funkcí zákonem.

A co říkají zákony volební? V mém konkrétním případě sáhnu k zákonu o volbách do zastupitelstev krajů[12]. V úpravě tohoto zákona je vymezeno, co zákonodárce považuje za neslučitelné na straně jedné a na straně druhé postup, jak vzniklou neslučitelnost řešit. Tedy funkce člena zastupitelstva

[11] srovnej článek 22 zákona č. 1/1993 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[12] srovnej ustanovení § 5 zákona č. 130/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

kraje je neslučitelná s funkcí vykonávanou na ministerstvu, jiném ústředním orgánu státní správy nebo na orgánu státní správy s celostátní působností, obsazovanou volbou, jmenováním nebo ustanovováním.

Pro případ, že neslučitelnost funkce ze shora uvedeného důvodu nastane, mandát člena zastupitelstva kraje zanikne okamžikem, kdy to vysloví příslušné zastupitelstvo kraje[13]. Nevysloví-li zastupitelstvo kraje na nejbližším zasedání zánik mandátu, požádá ministr vnitra neprodleně o svolání mimořádného zasedání zastupitelstva kraje, které se uskuteční nejpozději do 30 dnů od doručení jeho žádosti. Není-li zániku mandátu dosaženo na tomto mimořádném zasedání zastupitelstva kraje, zaniká jeho mandát okamžikem, kdy to vysloví ministr vnitra.

V souvislosti s výše popisovanou materií probíhala vášnivá debata na téma je-li možné, aby fyzická osoba současně byla členem zastupitelstva kraje a členem vlády. Jaké postavení člen vlády, respektive ministr zastává? Obecně lze uvést tyto teze:

1) Ústava stanoví, že prezident republiky pověřuje členy vlády řízením ministerstev,

2) Zákon o volbách do zastupitelstva kraje určuje, že funkce člena zastupitelstva kraje je neslučitelná s funkcí vykonávanou na ministerstvu,

3) Zákon o volbách do zastupitelstva kraje určuje další postupy, a to: nevysloví-li zastupitelstvo kraje na nejbližším zasedání zánik mandátu požádá ministr vnitra neprodleně o svolání mimořádného zasedání zastupitelstva kraje, mandát člena zastupitelstva kraje zaniká okamžikem, kdy to vysloví ministr vnitra.

Z výše uvedeného je nutné se v první řadě vyrovnat s otázkou, je-li vůbec možné (přípustné) dát rovnítko mezi pojmy a) „pověření řízení ministerstva“ a b) „funkcí vykonávanou na ministerstvu“. I když sáhneme do zákona o střetu zájmů, který by měl vytvořit jakýsi spojovací most mezi zákony, bohužel definici pojmu „funkce člena vlády“ tam nenajdeme. Resp. kde se dá dopátrat, co je skutečným obsahem práce ministra – je to jen řízení resortu, nebo vykonává ministr nějakou funkci?

Omezení výkonu některých činností

Omezení některých činností zákonodárce vztahuje na dvě časové roviny. Jedná se o období:

a) kdy veřejný funkcionář se ujímá výkonu a vykonává veřejnou funkci,

[13] srovnej ustanovení § 48, odst. 3 a 4 zákona č. 130/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

b) zákazu výkonu některých činností po určitou dobu po skončení výkonu veřejné funkce.

Hovoříme-li o období nástupu výkonu a vykonávání veřejné funkce, pak pouze ti, výslovně v ustanovení § 2 odst. 1 písm. c) až i) zákona o střetu zájmů[14] uvedení veřejní funkcionáři nesmějí:

- podnikat nebo provozovat jinou samostatnou výdělečnou činnost,

- být statutárním orgánem nebo členem statutárního orgánu, členem řídícího, dozorčího nebo kontrolního orgánu podnikající právnické osoby, pokud zvláštní právní předpis nestanoví jinak, nebo

- být v pracovněprávním nebo obdobném vztahu nebo ve služebním poměru, nejde-li o vztah nebo poměr, v němž působí jako veřejný funkcionář.

Lze uvést, že výše uvedená omezení se nedůvodně vztahují jen na malou skupinku veřejných funkcionářů. K těm, kteří nejsou tímto omezením dotčeni, patří do uplynutí tohoto volebního období poslanci a senátoři a dále se uvedený zákaz výkonu některých činností nevztahuje na další výslovně uvedené veřejné funkcionáře (např. i člena zastupitelstva kraje nebo člena zastupitelstva hlavního města Prahy, který je pro výkon funkce dlouhodobě uvolněn).

Druhá skupina omezení výkonu některých činností, a sice pro dobu po skončení výkonu funkce veřejného funkcionáře, je zákonodárcem upravena těmito podmínkami:

- po dobu 1 roku od skončení výkonu funkce se zapovídá

a) stát se společníkem právnické osoby nebo

b) působit v jejich orgánech či

c) uzavřít s ní pracovněprávní vztah

a to pouze pokud v posledních třech letech přede dnem skončení funkce veřejného funkcionáře uzavřel veřejný funkcionář smlouvu s právnickou osobou, jednalo-li se o nadlimitní veřejnou zakázku, a pokud veřejný funkcionář nebo orgán, ve kterém veřejný funkcionář působil, o takové smlouvě rozhodoval.

V tomto případě okruh veřejných funkcionářů, na které se plnění shora uvedených povinností vztahuje, je poněkud širší ve srovnání s výše prezentovaným omezením některých činností. Vedle veřejných funkcionářů

[14] srovnej zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

stanovených ustanovením § 2 odst. 1 zákona[15], jsou zde zařazení i veřejní funkcionáři z řad „zaměstnanců“ tedy těch veřejných funkcionářů, které zákonodárce vymezuje v ustanovení § 2 odst. 2 zákona[16].

Díky novele provedené zákonem č. 216/2008 Sb., došlo k jedinému zúžení výčtu veřejných funkcionářů, a to ve prospěch starostů obce, místostarostů obce a členů rady obce a kraje, kteří nejsou pro výkon funkce dlouhodobě uvolněni, což v tomto případě lze kvitovat s povděkem.

Vyloučení poskytnutí odměny

Zákon č. 159/2006 Sb., o střetu zájmů ve vztahu k veřejným funkcionářům vzešlým z volených orgánů územních samospráv zapovídal nárok na odměnu, jestliže takový veřejný funkcionář zastupoval kraj nebo obec v řídících, dozorčích nebo kontrolních orgánech podnikající právnické osoby, pokud v ní kraj nebo obec má podíl nebo hlasovací práva.

Novela zákona přijatá v podobě zákona č. 216/2008 Sb., přinesla pro aplikovatelnost zákona jednu z nepříjemných konsekvencí. Tím, že ustanovení § 5 odst. 2 výše uvedeného zákona nebylo adekvátním způsobem změněno, se stalo, že v zákoně příslušně neopravené znění působilo jeho neaplikovatelnost. Tedy byť se jednalo o legislativní chybu, bylo nutné setrvat na stanovisku, že ani výkladem zhojitelná nebyla. Z toho důvodu byl učiněn závěr, že ustanovení § 5 odstavec 2 zákona se stalo ustanovením obsolentním a veřejnému funkcionáři, který zastupoval kraj nebo obec v řídících, dozorčích nebo kontrolních orgánech podnikající právnické osoby, pokud v ní kraj nebo obec měl podíl nebo hlasovací práva, za tuto činnost odměna náleží. S přijetím druhé novely v podobě zákona č. 158/2009 Sb., došlo k nápravě, do ustanovení § 5 byla vložena dikci zákona odpovídající písmena.

V souvislosti s aplikací shora poznamenaného ustanovení byly vzhledem k nejasnému textu mimo jiné vznášeny i dotazy na upřesnění rozsahu pojmu „zastupování“, neboť nebylo zřejmé, oč se konkrétně jedná. Je-li tím myšlen vztah „obec – obcí zřízená právnická osoba“, či vztah „obec – právnická osoba zřízená obcí nebo krajem“. Jazykovým výkladem se pak dovozovalo, že jde o „vztah obec – obcí zřízená právnická osoba“, „kraj – krajem zřízená právnická osoba“.

Právo na odměnu bylo přiznáno těm dlouhodobě uvolněným členům zastupitelstva obce, kteří zastupovali kraj v řídících, dozorčích nebo kontrolních orgánech podnikající právnické osoby, pokud v ní měl kraj podíl nebo hlasovací práva, či naopak právo na odměnu bylo přiznáno těm dlouhodobě uvolněným členům zastupitelstva kraje, kteří zastupovali obec

[15] srovnej zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[16] srovnej zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

v řídících, dozorčích nebo kontrolních orgánech podnikající právnické osoby, pokud v ní měla obec podíl nebo hlasovací práva.

Obdobně dle mého názoru bylo možné dovodit přiznání nároku na poskytnutí odměny, byl-li veřejný funkcionář sice vyslán zastupitelstvem příslušného územního samosprávného celku k zastupování obce či kraje v podnikající právnické osobě, ale členem řídícího, dozorčího nebo kontrolního orgánu podnikající právnické osoby se stane teprve z vůle zástupců takové podnikající právnické osoby – pak se domnívám, že toto zvolení není rozhodnutím územního samosprávného celku, který veřejného funkcionáře primárně někam vysílá.

Oznamovací povinnost a odpovědnost za porušení povinností.

Povinnost oznamovací je vázána na veřejnou kontrolu majetku nabytého za dobu výkonu funkce, jakož i kontrolu závazků či dalších příjmů, darů nebo jiného prospěchu, získaných za dobu výkonu funkce. Tedy v tomto smyslu je od zákona očekáváno zajištění transparentnosti jednání veřejných funkcionářů a svým způsobem je i druhem preventivního opatření k zajištění cíle zákona, což je nepreferovat zájem individuální či skupinový nad zájmem celku.

S přijetím první novely zákona je porušení povinností charakterizováno jako přestupek, k jehož projednávání je v přenesené působnosti příslušný obecní úřad obce s rozšířenou působností, v jejímž územním obvodu má veřejný funkcionář trvalý pobyt.

Osobní působnost zákona

Kdo je považován za veřejného funkcionáře, je vymezeno ustanovením § 2 zákona o střetu zájmů. Veřejným funkcionářem je ten, koho v souvislosti s výkonem zastávané funkce zákonodárce omezuje nebo mu ukládá plnění určitých povinností. Ve srovnání s předcházející úpravou zákona č. 238/1992 Sb., o některých opatřeních souvisejících s ochranou veřejného zájmu, ve znění pozdějších zákonů, který se vztahoval pouze na poslance, senátory, členy vlády a vedoucí ústředních správních úřadů došlo přijetím zákona č. 159/2006 Sb., ke značnému rozšíření okruhu osob.

Z pohledu výše uvedeného ustanovení § 2 bychom mohli prostřednictvím způsobu ustavení do veřejné funkce dovodit rozdělení osobní působnosti zákona na jakési dvě kategorie, a sice osobní působnost absolutní a relativní. Které skupiny veřejných funkcionářů lze vložit do té či oné kategorie?

Absolutní osobní působnost se evidentně týká těch veřejných funkcionářů uvedených v ustanovení § 2 odst. 1 zákona[17], u nichž dochází k postavení

[17] srovnej zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

veřejného funkcionáře v okamžiku nabytí výše uvedeného postavení bez ohledu na obsah činnosti, kterou budou v tomto postavení vykonávat:

- poslanci, senátoři, členové vlády nebo předsedové ústředních orgánů státní správy,

- předsedové orgánů státní správy s celostátní působností,

- členové zastupitelstev obcí, krajů a hlavního města Prahy.

Charakteristické pro první dvě skupiny z těchto výše uvedených funkcionářů je, že veřejný funkcionář se výkonu svého mandátu nebo funkce ujímá poté, co složí slib. Jiná situace je v rámci místní správy, tam člen zastupitelstva musí složit slib, ten však není automatickým klíčem k postavení veřejného funkcionáře, ale aby se člen zastupitelstva stal starostou, místostarostou, členem rady, je podmíněno další volbou. Ale nicméně, zastává-li veřejný funkcionář zákonem označenou funkci, pro to, aby byl veřejným funkcionářem, již není třeba splňovat další podmínky. Např. u funkce starosty není rozhodné, zda je příkazcem operace, nebo podepisuje správní rozhodnutí tím, že vykonává funkci starosty, má automaticky postavení veřejného funkcionáře.

Relativní osobní působnost je pak možné dovodit pro postavení veřejných funkcionářů uvedených v ustanovení § 2 odst. 2 zákona[18], a sice pro tuto skupinu je charakterické, že tento veřejný funkcionář je v režimu určitého pracovněprávního vztahu, v organizačním uspořádání správního orgánu nebo příspěvkové organizace či organizační složky, zaujímá určitou úroveň řízení a vedle těchto skutečností musí ještě splnit některou z alternativních podmínek vymezených ustanovením § 2 odst. 3 zákona[19]. Tedy nakládat s finančními prostředky orgánu veřejné správy jako příkazce operace nebo bezprostředně se podílet na rozhodování při zadávání veřejné zakázky nebo na rozhodování při výkonu práv a povinností zadavatele při realizaci zadávané veřejné zakázky anebo rozhodovat ve správním řízení.

Na základě výše uvedeného můžeme přistoupit ještě k jinému rozdělení, a to do čtyř základních skupin veřejných funkcionářů.

První skupina bude tvořena poslanci, senátory a členy vlády.

Druhou skupinu budou tvořit vedoucí představitelé ostatních ústředních správních úřadů – tedy těch, v jejichž čele není člen vlády a dále výslovně uvedení.

[18] srovnej zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[19] srovnej zákon č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

Do třetí skupiny budou zařazeni volení funkcionáři z řad územních samosprávných celků.

A čtvrtá skupina pak bude tvořena ostatními veřejnými funkcionáři, pro které zákonodárce stanovil splnění ještě dalších podmínek.

V důvodové zprávě k návrhu zákona o střetu zájmů rozeslané poslancům jako tisk č. 1056/0[20] dne 27. července 2005 k části o rozšíření osob se však komentář zabýval pouze zařazením členů zastupitelstev krajů a obcí s rozšířenou působností. Hlavní důvod pro začlenění těchto zástupců navrhovatel spatřoval ve výrazném zvýšení pravomocí územních samospráv, čímž si ve své podstatě odůvodňoval nutnost zavedení preventivních mechanismů, které by bránily vzniku střetu zájmů. Jak je ale patrné z výše uvedených textů, záměr původně předložené důvodové zprávy nebyl zákonodárcem akceptován, a tak do skupiny veřejných funkcionářů nakonec byli zahrnuti představitelé všech obcí.

V podmínkách územních samosprávných celků lze v tomto směru hovořit o třech kategoriích veřejných funkcionářů, a sice:

ti veřejní funkcionáři, kteří vzešli z voleb,

ti veřejní funkcionáři, jejichž vztah k územním samosprávnému celku je založen pracovně právním vztahem,

ti veřejní funkcionáři, kteří jsou v pracovně právním vztahu k příspěvkové organizaci zřízené územním samosprávným celkem.

Právní úprava střetu zájmů ve vztahu k zákonům o územních samosprávných celcích a zákonům volebním.

Zákony o územních samosprávných celcích – tj. zákon o obcích a zákon o krajích, upravují jednotlivé subjekty v podobě veřejnoprávních korporací a jejich reprezentanty – veřejné funkcionáře vzcházející z voleb. Volební zákony doplňují zákon o střetu zájmů o další důvod neslučitelnosti výkonu funkce veřejného funkcionáře.

Zákonem o obcích[21] (obecní zřízení) se obci ukládá pečovat o všestranný rozvoj svého území a o potřeby svých občanů a při plnění svých úkolů chránit též veřejný zájem a dále hovoří i o střetu zájmů, což se stalo obsahem ustanovení § 83 zákona o obcích. Členovi zastupitelstva obce se ukládá povinnost zúčastňovat se zasedání zastupitelstva obce, popřípadě zasedání jiných orgánů obce, je-li jejich členem, plnit úkoly, které mu tyto orgány uloží, hájit zájmy občanů obce a jednat a vystupovat tak, aby nebyla

[20] srovnej sněmovní tisk č. 1056/0, Poslanecká sněmovna, 2005, IV. volební období

[21] srovnej zákon č. 128/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

ohrožena vážnost jeho funkce. A dále pokud skutečnosti nasvědčují, že by jeho podíl na projednávání a rozhodování určité záležitosti v orgánech obce mohl znamenat výhodu nebo škodu pro něj samotného nebo osobu blízkou, pro fyzickou nebo právnickou osobu, kterou zastupuje na základě zákona nebo plné moci (střet zájmů), je povinen sdělit tuto skutečnost před zahájením jednání orgánu obce, který má danou záležitost projednávat. Orgán obce pak rozhoduje o tom, zda existuje důvod pro vyloučení člena zastupitelstva z projednávání a rozhodování takové záležitosti.

Dlužno však upozornit, že toto „rozhodování o existenci důvodu pro vyloučení člena zastupitelstva" jednak není institutem „podjatosti" dle správního řádu a ani není možno je chápat za jakési absolutní právo směřující k odejmutí možnosti hlasovat, neboť i když jsou na straně člena zastupitelstva některé okolnosti, které vykazují střet zájmů, nelze takového člena pro tento důvod zbavit výkonu práv vzešlého z mandátu získaného zvolením. Nebo-li vyslovit zákaz hlasovat o věci. Za předpokladu, že je členovi zastupitelstva vysloven zákaz hlasovat, děje se tak po mém soudu v rozporu se zákonem.

V zákoně č. 131/2000 Sb., o hlavním městě Praze, a sice Hlavnímu městu Praze a městským částem[22] se ukládá pečovat o všestranný rozvoj svého území a o potřeby svých občanů, přičemž při plnění svých úkolů chrání též veřejný zájem vyjádřený v zákonech a jiných právních předpisech.

Pokud jde o problematiku střetu zájmů, zákonodárce vyžaduje, aby člen zastupitelstva hlavního města Prahy při výkonu své funkce[23] plnil úkoly, které mu orgány zastupitelstva uloží, tak, že bude hájit zájmy občanů hlavního města Prahy a bude jednat a vystupovat tak, aby nebyla ohrožena vážnost jeho funkce. A dále zákonodárce vyžaduje, aby člen zastupitelstva hlavního města Prahy[24], u něhož skutečnosti nasvědčují, že by jeho podíl na projednávání a rozhodování určité záležitosti spadající do samostatné působnosti hlavního města Prahy v orgánech hlavního města Prahy mohl znamenat výhodu nebo škodu pro něj samotného nebo osobu blízkou, pro fyzickou nebo právnickou osobu, kterou zastupuje na základě zákona nebo plné moci, sdělil tuto skutečnost před zahájením jednání orgánu hlavního města Prahy, který má danou záležitost projednávat.

Zákon o krajích (krajské zřízení) pak obsahuje úpravu, jejíž obdobu můžeme najít jak ve shora uvedeném zákoně o obcích, tak v zákoně o hlavním městě Praze. Do 31. 12. 2002 platilo, že kraj[25] pečuje

[22] srovnej ustanovení § 2, odst. 2, zákoně č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[23] srovnej ustanovení § 51, odst. 4, zákona č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[24] srovnej ustanovení § 51, odst. 5, zákona č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[25] srovnej ustanovení § 1, odst. 3, zákona č. 129/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

o všestranný rozvoj svého území a o potřeby svých občanů a při plnění svých úkolů chrání též veřejný zájem vyjádřený v zákonech a jiných právních předpisech, novelou zákona o krajích provedenou zákonem č. 229/2003 Sb., byla z ustanovení § 1 odst. 3 tato dikce vypuštěna.

Co se týče střetu zájmů, je úprava shodná s dikcí zákona o hlavním městě Praze, a to jak co do vystupování člena zastupitelstva, tak co do neohrožení vážnosti jím vykonávané funkce[26]. A pokud se jedná o vymezení střetu zájmů, můžeme konstatovat, že ustanovení § 51, odst. 5 zákona o hlavním městě Praze je identické s ustanovením § 34, odst. 3 zákona o krajích. Tedy člen zastupitelstva má povinnost zveřejnit skutečnosti, které nasvědčují střetu zájmů.

Shrnutí právních úprav územních samosprávných celků ve vztahu k zákonu o střetu zájmů

Porovnáme-li výše uvedenou úpravu střetu zájmů v zákonech o obcích, krajích a hlavním městě Praze s úpravou obsaženou v zákoně o střetu zájmů, pak zjišťujeme, že i dle této úpravy je veřejný funkcionář povinen při jednání příslušného orgánu jistým způsobem konat, tedy oznámit svůj poměr k projednávané věci, jestliže se zřetelem k výsledku projednání věci by mu mohla vzniknout osobní výhoda nebo újma anebo má-li na věci jiný osobní zájem, samozřejmě pokud nejde o jiný prospěch nebo zájem obecně zřejmý.

Toto oznámení ve smyslu zákona o střetu zájmů je povinen podat ústně v průběhu jednání, nejpozději však před tím, než orgán přistoupí k hlasování; oznámení je vždy součástí zápisu z jednání.

Po bližším vyhodnocení shora uvedených právních úprav lze dojít k závěru, že svým způsobem si konvenují, resp. jejich cíl je shodný co do ochrany veřejného zájmu. Rozdílné jsou tyto úpravy co do osobní působnosti, tak i případných sankcí:

zákony (o obcích, o krajích a o hlavním městě Praze) ukládají povinnost sdělit okolnosti týkající se střetu zájmů všem členům zastupitelstva bez rozdílu, neoznámení takové skutečnosti však není svázáno s žádnou sankcí,

zákon o střetu zájmů naopak povinnost učinit oznámení o střetu zájmů ukládá pouze těm, kteří požívají statut veřejného funkcionáře (jak je uvedeno výše – starosta, místostarosta, členové rady příslušného územního samosprávného celku a uvolnění členové zastupitelstva) nesplnění této povinnosti je pak svázáno se sankcí, a to možnosti uložení pokuty až do výše 50 000 Kč.

[26] srovnej ustanovení § 34, odst. 2, zákona č. 129/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

K zamyšlení vybízí i další otázky. Jaké nalézt řešení, pro ty případy v těch obcích, kde není dle zákona o obcích volena rada a její pravomoci jsou svěřeny vykonávat starostovi. Nastane-li v tomto případě u starosty střet zájmů, komu ho v takovém případě ve smyslu zákona o střetu zájmů může nahlásit a kdo v samostatné působnosti pak bude rozhodovat, jde-li o vyhrazenou působnost rady, kterou v případech tam, kde rada není zvolena, vykonává starosta.

Pro potřeby této konference se z problematiky zákona o volbách do zastupitelstev obcí a ze zákona o volbách do zastupitelstev krajů (zákony volební[27]) soustředím pouze na úpravu „neslučitelnosti výkonu funkce" člena příslušného zastupitelstva. Jak se ukazuje v praxi, mnozí nově zvolení členové zastupitelstva poučeni advokátem, že v jejich případě o žádný střet zájmů nejde, mnohdy nechápou, že existuje i další zákon, který vymezuje „jakousi" neslučitelnost výkonu funkce člena zastupitelstva s výkonem funkce vykonávanou zaměstnancem příslušného správního orgánu. Tedy dle zákona o volbách do zastupitelstva kraje se konkrétně jedná o neslučitelnost s funkcí vykonávanou na ministerstvu, jiném ústředním orgánu státní správy s celostátní působností, zaměstnancem kraje zařazeným do krajského úřadu, zaměstnancem obce zařazeným do obecního úřadu, při splnění předpokladu, že u všech výše uvedených funkcí půjde o místa, která jsou obsazována volbou, jmenováním nebo ustanovováním, nebo s funkcí statutárního zástupce právnické osoby zřízené nebo založené krajem, nebo v níž má kraj majetkovou účast.

Právní úprava „neslučitelnosti výkonu funkce" vycházející ze zákona o volbách do zastupitelstva obce stanoví, že funkce člena zastupitelstva je neslučitelná s funkcí vykonávanou zaměstnancem této obce, dále s funkcí vykonávanou zaměstnancem zařazeným do pověřeného obecního úřadu, krajského úřadu nebo finančního úřadu při splnění ještě další podmínky, a to že takový zaměstnanec přímo vykonává státní správu vztahující se k územní působnosti příslušné obce, nebo že se jedná o zaměstnance jmenovaného starostou, primátorem, hejtmanem nebo radou. Samozřejmě, že o neslučitelnost se nejedná, jde-li o zaměstnance obecního úřadu, který zde bude vykonávat různé pomocné práce.

V závěru mého příspěvku chci poukázat ještě na jeden materiál, a to "analýza právní úpravy informování členů zastupitelstev územních samosprávných celků o výši odměn a požitků", který byl zpracován ministerstvem vnitra na základě usnesení vlády ze dne 30. května 2007 č. 596, kterým byl uložen ministru vnitra realizovat úkol nazvaný „Upravit právní prostředí tak, aby zastupitelé nominovaní do orgánů s majetkovou účastí obce, kraje a státu byli povinni informovat o výši odměn a požitků získaných v souvislosti se svým členstvím v těchto orgánech". Základním

[27] srovnej zákon č. 491/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů a zákon č. 130/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

účelem tohoto úkolu se stala transparentnost příjmů, které členové zastupitelstev územních samosprávných celků získávají v souvislosti s výkonem určité veřejné činnosti, konkrétně zastupování územního samosprávného celku nebo státu v orgánech právnických osob s majetkovou účastí územního samosprávního celku či státu. Zpracování tohoto úkolu bylo zaměřeno především na provedení analýzy stávající právní úpravy. Proto byl proveden rozbor této problematiky, a to jak z pohledu zákona o svobodném přístupu k informacím, tak z pohledu poskytování informací dle zákona o střetu zájmů v návaznosti na zákony o územních samosprávných celcích s exkurzem do zákoníku obchodního. Na základě provedené analýzy ministerstvo vnitra dospělo k závěru, že požadovaného úkolu lze dosáhnout čtyřmi různými způsoby:

- první z nich je zakotvení povinností členů zastupitelstev územních samosprávných celků poskytovat informace o odměnách, které získali v souvislosti se svým členstvím v orgánech podnikajících právnických osob, v nichž má majetkovou účast stát či územní samosprávný celek, který v těchto orgánech zastupují, v zákonech o územních samosprávných celcích, tj. v zákoně o obcích, zákoně o krajích a zákoně o Praze,

- druhým řešením by v teoretické rovině mohlo být zpracování zcela nové právní úpravy, která by tyto otázky upravila samostatně,

- třetím je novelizovat zákon o svobodném přístupu k informacím,

- čtvrtým je novelizovat zákon o střetu zájmů.

K první variantě zpracovatel analýzy podotýká, „že ani zákon o obcích, ani zákon o krajích či zákon o Praze neobsahují a nikdy neobsahovaly povinnost informovat o odměnách v souvislosti se svým členstvím v orgánech podnikajících právnických osob, v nichž má majetkovou část stát či územní samosprávný celek. Poskytování určitých informací, upravujících práva jednotlivých členů zastupitelstev[28], či regulujících práva občanů[29] územních samosprávných celků, popř. dalších zákonem vymezených osob daného územního samosprávného celku, se totiž vždy týká informací souvisejících s činností územního samosprávného celku, nikoli pouze jednotlivých členů jeho zastupitelstva, resp. odměn a požitků, které získávají od podnikajících právnických osob za členství v jejich orgánech.“

[28] srovnej ustanovení § 82 zákona č. 128/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, § 34 zákona č. 129/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, § 51 odst. 3 zákona č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

[29] srovnej ustanovení § 16 zákona č. 128/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, § 12 zákona č. 129/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů, § 7 a 8 zákona č. 131/2000 Sb., ve znění pozdějších předpisů

Zakotvení výše uvedené povinnosti zpracovatel označuje za značně nesystémovou, zvláště kdy existuje jak obecný zákon upravující poskytování určitých informací, tak zákon o střetu zájmů, který veřejným funkcionářům, jimiž jsou též uvolnění a někteří neuvolnění členové zastupitelstev územních samosprávných celků, ukládá povinnost poskytovat informace o svých příjmech, činnostech a závazcích, přičemž evidenční orgány následně poskytují tyto informace veřejnosti.

Varianta druhá - zpracování zcela nového (samostatného) zákona upravujícího poskytování informací o výši odměn členů zastupitelstev územních samosprávných celků získaných v souvislosti s jejich členstvím v orgánech podnikajících právnických osob s majetkovou účastí státu či územního samosprávného celku zpracovatel shledává absurdní, zvláště jedná-li se o takto úzce profilovanou problematiku. Současně takové řešení považuje za naprosto nesystémové v situaci, kdy existuje v současné době platný a účinný zákon o střetu zájmů, který již tuto problematiku, byť ne zcela dostatečně, upravuje.

Třetí varianta - zakotvit povinnost členů zastupitelstev územních samosprávných celků informovat o odměnách získaných v souvislosti se svým členstvím v orgánech právnických osob, v nichž má majetkovou účast stát či územní samosprávný celek, formou novely zákona o informacích. Jeden ze základních problémů je zpracovatelem spatřován v systému poskytování převážné většiny informací. Požadované informace totiž nejsou poskytovány automaticky zveřejněním široké veřejnosti, ale až na vymezené výjimky se poskytují na základě žádosti. Informace stanovené obligatorně ke zveřejnění se však týkají informací o vzniku, organizaci a činnosti územních samosprávných celků, nikoli o jednotlivých členech jejich zastupitelstev.

Poslední varianta řešení – novelizovat zákon o střetu zájmů, se jeví zpracovateli jako nejvhodnější, neboť zákon o střetu zájmů již dnes určitou část řešené problematiky upravuje, a protože tato úprava není zcela vyhovující, mohlo by dojít k její nápravě.

Ministerstvo vnitra chce především zakotvit rovné postavení mezi jednotlivými členy zastupitelstev územních samosprávných celků a nečinit mezi nimi rozdíly tam, kde to není na místě. Zastupuje-li člen zastupitelstva územního samosprávného celku stát či územní samosprávný celek v orgánech podnikající právnické osoby, a má-li být veřejnost informována o odměnách či jiných požitcích, které v souvislosti se svým členstvím v těchto orgánech získal, není dle zpracovatele důvodu činit mezi jednotlivými členy zastupitelstva v tomto ohledu rozdíl, jako je tomu ve stávající právní úpravě, dle níž takové informace poskytují pouze členové zastupitelstev, kteří jsou současně veřejnými funkcionáři ve smyslu zákona o střetu zájmů (tj. uvolnění a pouze někteří neuvolnění). Zpracovatel nepovažuje za podstatné, zda je člen zastupitelstva uvolněný či neuvolněný. Postavení člena zastupitelstva dle zpracovatele může mít vliv pouze na podávání oznámení o některých ostatních příjmech, jelikož zatímco

hlavním příjmem uvolněných členů zastupitelstev územních samosprávných celků by měla být odměna poskytovaná z veřejného rozpočtu za výkon funkce člena zastupitelstva územního samosprávného celku, která se navíc za peněžitý příjem nebo majetkovou výhodu[30] dle zákona o střetu zájmů nepovažuje, avšak v případě členů neuvolněných to budou hlavně příjmy soukromého charakteru, ať už z pracovněprávních vztahů či ze samostatné výdělečné činnosti, jejichž zveřejňování u neuvolněných členů zastupitelstev územních samosprávných celků může vzbuzovat jisté pochybnosti.

Dále se k této problematice v analýze dodává, že z hlediska odměn získaných v souvislosti se zastupováním státu či územního samosprávného celku v orgánech právnických osob, v nichž má územní samosprávný celek či stát majetkovou účast, by neměl být mezi jednotlivými kategoriemi členů zastupitelstev územních samosprávných celků činěn žádný rozdíl. Dle současné právní úpravy však takový rozdíl existuje. Neboť uvolnění a někteří neuvolnění členové zastupitelstev územních samosprávných celků, kteří jsou veřejnými funkcionáři dle zákona o střetu zájmů, musí odměny či jiné příjmy získané v souvislosti se členstvím v orgánech podnikajících osob (ať už v nich má majetkovou účast územní samosprávný celek nebo stát, či nikoli) zahrnout do každoročně podávaného oznámení o příjmech, darech a závazcích dle zákona o střetu zájmů, a současně jsou povinni v oznámení o činnostech podle téhož zákona uvést, že jsou členy takových orgánů. Zatímco ostatní neuvolnění členové zastupitelstev územních samosprávných celků, kteří nejsou veřejnými funkcionáři ve smyslu zákona o střetu zájmů, takové povinnosti nemají, tj. mohou být členy orgánů podnikajících právnických osob, včetně těch, v nichž má stát nebo územní samosprávný celek majetkovou účast, avšak o členství v takových orgánech ani o odměnách či jiných požitcích v této souvislosti získaných informovat veřejnost nemusí. Tato diferenciace však v daném případě není nikterak opodstatněná.

Zpracovatel doporučuje novelizovat zákon o střetu zájmů buď tak,

- aby všichni členové zastupitelstev územních samosprávných celků **byli povinni podávat** každoročně oznámení o výši těchto odměn či jiných požitků získaných v souvislosti se členstvím v orgánech právnických osob, v nichž má majetkovou účast nebo hlasovací podíl územní samosprávný celek či stát, resp. o souhrnné výši příjmů v souvislosti s tímto členstvím získaných (dle obchodního zákoníku mohou totiž např. členové představenstev a dozorčích rad akciových společností pobírat nejen odměnu, ale též tantiému, tj. podíl na zisku společnosti)

anebo

[30] srovnej ustanovení § 11 odst. 1 písm. a) zákona č. 159/2006 Sb., ve znění pozdějších předpisů

- všem členům zastupitelstev územních samosprávných celků **pobírání** takových odměn a požitků **zakázat.**

Stejně tak není např. důvod, proč by oznámení o osobním zájmu měli podávat pouze uvolnění a někteří neuvolnění členové zastupitelstva územního samosprávného celku, zatímco ostatní neuvolnění členové takovou povinnost nemají.

A dále z analýzy vyplývá, že „Jisté rozdíly mezi jednotlivými členy zastupitelstev územních samosprávných celků by mohly být s ohledem na jejich postavení zachovány. Jedná se o skutečnost týkající se zdrojů příjmů uvolněných a neuvolněných členů zastupitelstev územních samosprávných celků. Z tohoto důvodu asi nelze po neuvolněných členech zastupitelstev územních samosprávných celků požadovat podání oznámení v plném rozsahu jako je tomu u uvolněných členů zastupitelstev, zejména pokud jde o příjmy ze závislé práce či samostatné výdělečné činnosti vykonávané vedle výkonu funkce neuvolněného člena zastupitelstva územního samosprávného celku. Nicméně vzhledem k tomu, že již nyní jsou někteří neuvolnění členové zastupitelstev územních samosprávných celků (konkrétně radní, starostové a místostarostové) veřejnými funkcionáři podávajícími všechna oznámení dle zákona o střetu zájmů bez rozdílu, je otázkou, zda lze na tomto rozdílném postavení i nadále trvat. V případě kladné odpovědi by však neměl být činěn rozdíl mezi jednotlivými neuvolněnými členy zastupitelstev územních samosprávných celků.“

V závěru analýzy pak zpracovatel doporučuje:

„sjednocení předmětné právní úpravy v rámci zákona o střetu zájmů zařazením všech členů zastupitelstev územních samosprávných celků, tj. včetně neuvolněných, kteří v současné době nejsou veřejnými funkcionáři dle zákona o střetu zájmů, pod pojem veřejného funkcionáře v § 2 zákona o střetu zájmů a uložením povinnosti informovat o existenci jejich členství a výši odměn či dalších příjmů nebo požitků, které s tím souvisí, a to bez rozdílu“.

Vážené dámy a pánové děkuji za pozornost.

Literature:

- Vedral, J. Zákon o střetu zájmů. Komentář. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 2006. 217 s.ISBN 80-7179-475-9.

Contact – email
m.mazankova@kr-olomoucky.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNÍ NÁSTROJE REGULUJÍCÍ UŽÍVÁNÍ LESA A VLASTNÍK LESA JAKO REGULÁTOR SUI GENERIS

LUKÁŠ PAULDURA

Nejvyšší soud, Česká republika

Abstract in original language
Zákon č. 289/1995 Sb., lesní zákon, v rámci řešení střetu různých zájmů uživatelů lesa (včetně uživatelů rekreačních) zmocňuje vlastníka lesa k právní regulaci užívání lesa. Příspěvek se k této legislativní koncepci staví kriticky. Koncepce systémově nezapadá do roviny obecného správního práva, což vyvolává řadu otázek – např. zda je vlastník lesa soukromoprávním subjektem či správním orgánem sui generis a tudíž je limitován při svém rozhodování veřejným zájmem, zda je vázán správními lhůtami a zda jsou jím vydané akty přezkoumatelné.

Key words in original language
Les; vlastník lesa; zákon č. 289/1995 Sb.; lesní zákon; pokyny vlastníka lesa; povolení vlastníka lesa; souhlas vlastníka lesa; sportovní akce v lese.

Abstract
Act on Forests (1995, no. 289) with a view to finding solution in the clash of different forest users interests authorises land owner to regulate right of public access. The paper criticises this legal construction. Construction doesn't respect the general system of administration law which causes many practical legal questions – such legal status of land owner as private person or administrative body sui generis which decides under limitation of public interest, binding by statutory time limits in procedure or possibility of judicial review.

Key words
Forest; forest owner; Act no. 289/1995; Act on forests; instructions of forest owner; permission of forest owner; agreement of forest owner; sporting events in forest.

1. ÚVOD

Právní řád české republiky poskytuje širokou škálu právních nástrojů, kterými je možné řešit střet zájmu v území. Předmětem tohoto příspěvku bude institut, který dle mého názoru vybočuje ze systematiky práva a ohledně kterého se v praxi objevuje několik otázek. Zákon č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění dalších zákonů ve znění pozdějších předpisů (dále jen „lesní zákon" nebo „LesZ"), zakotvil do českého právního řádu instituty povolení a souhlas vlastníka lesa. Domnívám se, že snaha zapojit vlastníka lesa do rozhodovacích procesů týkajících se využívání lesa je krokem věcně správným (ostatně v evropském právním prostředí se nejedná o žádný excesivní přístup). Výhrady však lze formulovat k legislativně-

technickému uchopení těchto institutů. Problémy, které souvisí s dovolím si říci zbrklým a nepropracovaným přijetím lesního zákona, se konečně promítají nejen do roviny teoretické, ale i do roviny praktické. Vedle analýzy se tak v závěru příspěvku pokusím na základě provedeného zhodnocení přednést i vlastní návrhy, které by mohly být v dalším vývoji zákona o lesích zohledněny.

Postmoderní společnost se stále markantněji setkává s potřebou nalézat řešení při střetávání dvou základních životních subsystémů, tj. přírody a kultury. Tuto potřebu lze vnímat jako důsledek vývoje sebepoznání lidské společnosti, která si uvědomila svou existenční závislost na subsystému přírodním.[1] V dané souvislosti se tak společenský zájem na ochraně složek životního prostředí, resp. zachování přírodních zdrojů a přírodního bohatství, staví nad doposud převládající zájmy hospodářské. Významným nástrojem je samozřejmě právo, neboť právě jeho účelem je nacházet vhodná a kompromisní řešení při střetu společenských zájmů. Změny ve společenském postoji se tak odrazily např. v textu Listiny základních práv a svobod (dále jen „LZPS“) a to konkrétně v čl. 35.[2] Je však třeba upozornit, že pro právní řád České republiky představuje ochrana životního prostředí za účelem trvalého rozvoje problém relativně nový, což má za následek nejen roztříštěnost právní úpravy do dílčích právních předpisů, ale i rozdílný přístup k jednotlivým složkám životního prostředí včetně autonomního a nesystematického vytváření široké škály právních nástrojů, zabezpečujících jejich ochranu. Pomineme-li duplicitu některých řízení, která probíhají u odlišných správních orgánů, ačkoliv mají shodný předmět řízení, je negativním důsledkem uvedeného stavu i vytvoření takových právních nástrojů, které nezapadají do obecného systému správního práva, ne-li obecně práva jako takového. Takovým případem jsou např. i právní akty vydávané vlastníkem lesa podle lesního zákona.

Na samém počátku je třeba konstatovat, že lesy (resp. s přihlédnutím k dikci ustanovení § 2 písm. a) LesZ, pozemky plnící funkci lesa) jsou z pohledu vývoje obecné potřeby ochrany přírody zvláštní složkou životního prostředí. Potřebu chránit les před zásahy člověka kvůli jeho zachování a trvalému rozvoji si společnost uvědomovala již před uvedenou změnou společenského přístupu k přírodě jako celku[3] a tento trend je tak v souvislosti se společenskými změnami utvrzován. V řadě evropských státu je rekreační funkce lesa výslovně vyjádřena v příslušných lesních

[1] Podrobně ke vztahu přírodního a kulturního subsystému a k jejich střetu (resp. k popsané existenční závislosti) srov. KROB, J. – ŠMAJS, J. *Úvod do ontologie.* 1.vyd. Brno : Masarykova univerzita, 1991. s. 169 a násl.

[2] V uvedené souvislosti je potřeba připomenout zejména čl. 7 zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, podle kterého *„stát dbá o šetrné využívání přírodních zdrojů a ochranu přírodního bohatství,“* a čl. 35 odst. 1 Listiny základních práv a svobod, podle kterého *„každý má právo na příznivé životní prostředí.“*

[3] Tak např. již ustanovení § 12 zákona č. 166/1960 Sb. upravovalo právo vstupu do lesních porostů a výslovně připouštělo i „jiné užitky“ než hospodářské, které les poskytuje. Obdobně čl. 37 vyhlášky č. 17/1961 Sb. omezoval táboření v lesních porostech apod.

zákonech.[4] Ačkoliv lesní zákon platný v České republice rekreační funkci lesa výslovně nezakotvuje, její odraz v lesním zákoně nalezneme, zejména s odkazem na ustanovení § 19 a § 20 LesZ.

2. OBECNÉ UŽÍVÁNÍ LESA

Význam rekreační funkce lesa vyplývá především z § 19 LesZ, které upravuje tzv. obecné užívání lesa. Institut obecného užívání lesa lze vnímat jako upřednostnění veřejného zájmu směřujícího k využití lesa k rekreaci před subjektivním vlastnickým ekonomickým zájmem. Vlastník lesa je tudíž oproti vlastníku pozemku s jiným územním využitím omezen v exkluzivitě užívacího práva (vedle toho mu veřejné právo znemožňuje výkon ius abutendi). Omezení práva obecného užívání lesa je přípustné, avšak pouze na základě přímého zákonného imperativu nebo na základě rozhodnutí zákonem zmocněného orgánu státní správy lesů. Do takto postaveného systému však může vlastník lesa zasáhnout stanovením pokynů, které jsou uživatelé lesa povinni dodržovat (viz § 19 odst. 1 věta druhá LesZ).

Ustanovení § 20 odst. 1 a 2 (a s přihlédnutím k sentenci o jednání, které je zákonem nedovolené a tudíž zakázané, i § 20 odst. 5) LesZ dále obsahuje taxativní výčet činností v lese zakázaných, přičemž zbylá ustanovení § 20 LesZ upravují výjimky z tohoto katalogu zakázaných činností. Rozdělit je lze na následující skupiny:

- výjimky ze zákona /§ 20 odst. 3, odst. 6 a odst. 7, pokud se týká zákazů uvedených v odst. 1 písm. a), b) a j) LesZ/,

- výjimky ze zákona podmíněné souhlasem vlastníka lesa /§ 20 odst. 7, pokud se týká zákazů uvedených v odst. 1 písm. b) a g) LesZ/,

- výjimky na základě povolení vlastníka lesa /§ 20 odst. 4 věta první LesZ/,[5]

- výjimky na základě rozhodnutí orgánu státní správy lesů /§ 20 odst. 4 věta druhá LesZ/,

---

[4] Podrobně viz BAUER, J. – KNIIVILÄ, M. – SCHMITHÜSEN, F. Forest Legislation in Europe: How 23 Countries Approach the Obligation to Reforest, Public Access and Use of Non-Wood Forest Product. In *Geneva Timber and Forest Discussion* [online]. Geneva : FAO – UN (UNECE), 2004 [citováno dne 20. 10. 2009]. Dostupné z: www.unece.org/timber/docs/dp/dp-37.pdf.

[5] V této souvislosti si dovolím pouze poukázat na zcela nekoncepční pojetí zákazu kouření /§ 20 odst. 1 písm. k) LesZ/, ze kterého vlastník může povolit výjimku, ačkoliv je fyzicky neslučitelný se zákazem odhazovat hořící nebo doutnající předměty /§ 20 odst. 1 písm. l) LesZ/, ze kterého vlastník lesa výjimku povolit nemůže. Obdobně může vlastník povolit výjimku ze zákazu rozdělávání nebo udržování ohně v lese /§ 20 odst. 1 písm. k) LesZ/, avšak zcela v rozporu s argumentací *a maiori ad minor* nemůže povolit výjimku ze zákazu rozdělávat nebo udržovat ohně do vzdálenosti 50 m od okraje lesa /§ 20 odst. 2 LesZ/.

- organizované sportovní akce v lese /§ 20 odst. 5 LesZ/.

Zvláštní pozornost je třeba věnovat ustanovení § 20 odst. 3 věta za středníkem LesZ, ze kterého by se argumentací a contrario dalo dovodit, že zákazy uvedené v odstavci 1 pod písmeny a) až k) a odstavci 2 nedopadají na vlastníka lesa, nájemce lesa nebo osobu užívající les z jiného právního důvodu. Taková interpretace je však dle mého názoru lichá. Východiskem může být zákaz stavby oplocení uvedený v odstavci 1 písm. b) LesZ, který je nesystematicky doplněn v § 32 odst. 7 LesZ v tom smyslu, že zákaz oplocení nedopadá na vlastníka pouze v případě, že vlastník les či jeho část oplocuje při hospodaření v lese, resp. přesněji, pokud je na tom legitimní veřejný zájem – zájem vlastnický stejně jako zájem na omezení obecného užívání lesa je však expresis verbis vyloučen.[6] Dle mého názoru lze z uvedeného analogicky dovozovat, že úmyslem zákonodárce bylo omezení vlastníka, nájemce či dalšího uživatele všemi zákazy uvedenými v § 20 LesZ s tím, že odpadnutí zákazů přichází v úvahu pouze tehdy, je-li na tom veřejný zájem a zároveň je-li potlačení daného zákazu proporcionální. Specifickým zákazem a rovněž i výjimkou ze zákazu je pak případ pořádání hromadné nebo organizované sportovní akce v lese. Už tak komplikovaný systém právních norem však trpí i absencí detailního právního zakotvení aktů vlastníka lesa, kterými jsou zmíněné pokyny, povolení a souhlas.

3. PRÁVNÍ POSTAVENÍ VLASTNÍKA LESA

Pro zkoumání právní povahy vymezených právních aktů je nezbytné se nejprve zabývat otázkou právního postavení vlastníka lesa. Právní úprava de lege lata dle mého názoru neposkytuje uspokojivou odpověď na otázku, zda vlastník lesa vystupuje při vydávání uvedených právních aktů jako soukromá osoba (vlastník v užším slova smyslu) nebo jako nositel veřejné moci (správní orgán v širším slova smyslu). V tomto ohledu je potřebné zkoumat, zda jsou ve vztahu mezi vlastníkem lesa a uživatelem lesa ve smyslu ustanovení § 19 LesZ splněny charakteristické rysy administrativně-právních vztahů.7

Lesní zákon po formální stránce vlastníka lesa jako správní orgán nepojímá.[8] V rovině materiální je však situace odlišná. Při zkoumání aktů vlastníka je vždy potřeba vyřešit, zda daný akt spadá do oblasti zbytkové autonomie vlastnického práva, do kterého veřejnoprávní normy nezasahují (pak je vlastník lesa při vydávání aktu subjektem soukromoprávním), nebo zda vlastník akt vydává na základě výjimky z veřejnoprávního omezení,

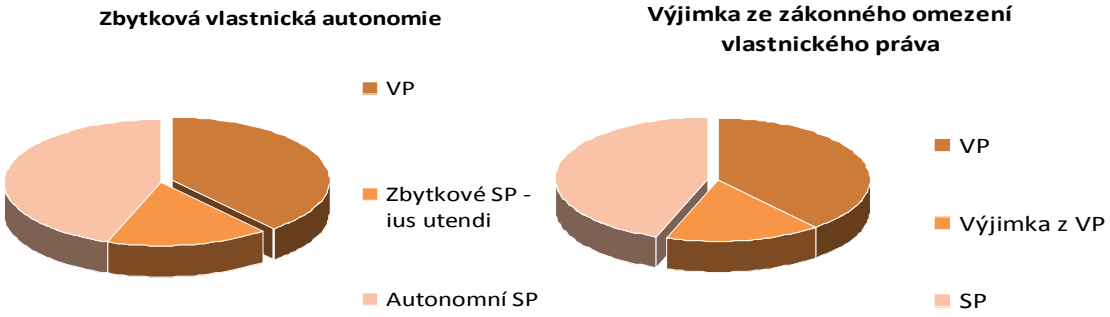
---

[6] Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2007, č.j. 2 As 67/2005-64. Dostupné z: <www.nssoud.cz>.

[7] Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část.* 3. vyd. Praha : C.H. Beck, 1998. s. 52.

[8] Viz ustanovení § 37-39a, § 47 LesZ, příp. též DAMOHORSKÝ, M. a kol. *Právo životního prostředí.* 2. vyd. Praha : C.H.Beck, 2007. s. 59 a násl.

přičemž tato výjimka je udělena normami veřejného práva (pak vlastník lesa v materiální rovině vydává akt jako orgán veřejné moci).



Zcela zásadním rozlišovacím kritériem je proto vždy hledisko zájmu, jehož ochranu zákonodárce sledoval při zpravomocnění vlastníka lesa k vydávání závazných právních aktů.

Do úvahy přichází jak zájem soukromoprávní tak zájem veřejnoprávní. Soukromoprávní zájem vlastníka je zjevný. Účelem jeho rozhodování je ochrana jeho majetku před poškozením, které hrozí v důsledku zvýšení frekvence osob a jejich pohybu v lese. Řečeno jinak, ustanovení § 19 LesZ zakotvuje právo každého do lesa vstupovat a užívat jej např. sbírat pro svou potřebu lesní plody. To jsou bezesporu činnosti, kterými vzniká vlastníku lesa ekonomická újma na předmětu jeho vlastnictví. Takto zákonem vytvořený rámec však současně předpokládá, že ekonomická újma, která v důsledku obecného užívání lesa každému vlastníku vzniká, dosahuje intenzity zákonem přípustné.9 Organizovanou sportovní akci (§ 20 odst. 5 LesZ) však považuje zákonodárce za jednorázový zásah, který je způsobilý vyvolat škodu, která přípustnou intenzitu poškození lesa překračuje, a tudíž pak ponechává na vůli vlastníka, zda je ochoten takovou ekonomickou újmu strpět či nikoliv. Takto vymezený ekonomický zájem se pak v ničem neodlišuje od negativního pojetí vlastnictví vyjádřeného v § 126 odst. 1 obč. zák., resp. čl. 11 Listiny základních práv a svobod.10 Vlastník lesa by v takovém případě rozhodoval skutečně pouze jako soukromá osoba hájící soukromoprávní zájem.

Argumentem a contrario je však skutečnost, že zákonodárce souhlas vlastníka lesa s pořádáním sportovní soutěže vymezil v zákoně o lesích, jehož účelem je dle § 1 „stanovit předpoklady pro zachování lesa, péči o les a obnovu lesa jako národního bohatství, tvořícího nenahraditelnou složku

[9] K tomu též srov. čl. 35 odst. 3 Listiny základních práv a svobod.

[10] Výrazem negativní stránky vlastnického práva je vlastníkovo oprávnění vyloučit ostatní z neoprávněného nakládání (v širším slova smyslu) s jeho vlastnictvím. Má-li vlastník právo nakládat s vlastní věcí podle své vůle, vylučuje to vůli jiných osob, která se tomu příčí. ELIÁŠ, K.. a kol. *Občanský zákoník. Kometář.* 1. svazek. Praha : Linde, 2008. s. 532.

životního prostředí, pro plnění všech jeho funkcí a pro podporu trvale udržitelného hospodaření v něm," a nikoliv v soukromoprávním předpise. Citované ustanovení naznačuje, že zájem, který by měl vlastník lesa prostřednictvím svého souhlasu bránit by měl být spíše veřejný (ochrana lesa jako složky životního prostředí) než soukromý (ochrana lesa jako majetku). Konečně argumentem pro veřejný zájem je i skutečnost, že stanovisko vlastníka lesa, např. ve formě souhlasu se stanovenými podmínkami je samo o sobě pro pořadatele sportovní akce závazné s tím, že podmínky v něm vyslovené nemůže pořadatel zvrátit rozhodnutím dalších správních orgánů, které při přípravě sportovní akce v lese do řízení vstupují. Jinak řečeno, kdyby zájem vlastníka byl ryze soukromoprávní, měl by mít pořadatel sportovní akce možnost zvrátit negativní rozhodnutí vlastníka lesa i cestou správního řízení, neboť při vzájemném poměřování veřejného a soukromého zájmu mají obecně správní orgány oprávnění rozhodovat – ve valně většině přitom navíc ve prospěch zájmu veřejného.[11]

4. PRÁVOTVORNÁ ČINNOST VLASTNÍKA

Jak vyplývá z výše uvedeného, právní úprava de lege lata rozeznává tři skupiny právních aktů, k jejichž vydání je vlastník lesa oprávněn.

4.1 POKYNY VLASTNÍKA LESA (§ 19 ODST. 1, VĚTA DRUHÁ LESNÍHO ZÁKONA)

Pokyny vlastníka lesa předvídané ustanovením § 19 odst. 1, věta druhá LesZ mohou mít charakter individuální či normativní, přičemž k jejich vydání je zákonem zmocněn nejen vlastník lesa, ale i nájemce lesa a zaměstnanec vlastníka či nájemce lesa. Jejich formu, obsah ani účel lesní zákon blíže nevymezuje. Dle mého názoru lze z dikce § 19 odst. 1 LesZ dovodit, že pokyny umožňují vlastníku lesa případně jiným v lese hospodařícím osobám bezprostředním způsobem regulovat pohyb osob v lese. Navzdory tomu, že pokyny jsou lesním zákonem předvídány, text zákona žádným způsobem neopravuje jejich formální či obsahové vymezení. Ve většině případů se bude jednat o slovní pokyny ústní či písemně zachycené, nejsou však vyloučeny ani jiné formy /do úvahy tak připadá např. umístění zábradlí u srázů, vyznačení tras ve smyslu § 20 odst. 1 písm. j) LesZ nebo prostorů, ve kterých dochází k těžbě dřeva ve smyslu § 20 odst. 1 písm. i) LesZ/. Dle mého názoru lze uzavřít, že pokyny pojímá lesní zákon jako akty vyplývající ze zbytkové vlastnické autonomie. Svým účelem by tak měly především směřovat k předcházení škod na lesních pozemcích. To však současně znamená, že jejich obsahová stránka j do značné míry omezena zákonem – nemohou tedy obcházet zákonné zákazy a vzhledem k ustanovení § 19 odst. 3 LesZ nemohou ani zakazovat či omezovat vstup do lesa.

[11] K tomu viz GERLOCH, A. *Teorie práva.* 4. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2007. s. 172.

4.2 POVOLENÍ VLASTNÍKA LESA (§ 20 ODST. 4 VĚTA PRVNÍ LESNÍHO ZÁKONA)

Postavení vlastníka lesa se při udělování výjimek ze zákonných zákazů příliš od postavení správního orgánu neliší. Lze konstatovat, že vlastník lesa je ve vztahu ke každému uživateli lesa v nadřazeném postavení a že rozhoduje jednostranně a autoritativně – není pochyb o tom, že pokud by vlastník lesa neudělil povolení, výjimka ze zákazu by nenastala a oprávnění třetí osoby by nevzniklo. V tomto ohledu si dovolím připomenout rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 3. 2006, sp. zn. 22 Cdo 225/2006, publikovaný v Právních rozhledech 14/2006, podle kterého „soud nemůže zřídit jako věcné břemeno právo průjezdu lesem bez souhlasu vlastníka lesa," neboť „věcné břemeno nemůže soud ani soukromé osoby zřídit v rozporu s veřejnoprávními předpisy."

Povolení vlastníka lesa mohou mít z povahy věci pouze individuální charakter. Obdobně jako u pokynů platí i pro povolení závěr, že vlastník lesa je oprávněn k jejich vydání pouze v případech, kdy na vydání povolení existuje adekvátní veřejný zájem.[12] Materiálně-právně se dle mého názoru nepochybně jedná o správní rozhodnutí, resp. individuální správní akt, který je možné vydávat pouze za předpokladu existence legitimního veřejného zájmu. Lesní zákon nestanoví formu či obsah takového povolení, zda jej může vydat jen na žádost či z vlastního podnětu nebo zda jej vlastník může vydat i zpětně. Odpověď na tyto otázky není snadná. Dle mého názoru je z povahy věci vyloučeno, aby vlastník lesa povolil výjimku ze zákazu obecně pro neurčitý počet adresátů (tím by se zcela stíral princip proporcionality). Komparací lze dále vyvodit, že podle § 20 odst. 4 LesZ, které stanoví, že „vlastník lesa může povolit výjimku" a současně „orgán státní správy lesů rozhodne na návrh vlastníka lesa," dává vlastníku lesa možnost vydat povolení i bez návrhu. Konečně ohledně zpětné účinnosti povolení se kloním k závěru, že povolení vlastníka lesa může být vzhledem k svému konstitutivnímu charakteru vydáno jen pro futuro.[13]

4.3 SOUHLASY VLASTNÍKA LESA (§ 20 ODST. 7, POKUD SE TÝKÁ ZÁKAZŮ UVEDENÝCH V ODST. 1 PÍSM. B) A G), A § 20 ODST. 5 LESNÍHO ZÁKONA)

Třetím a posledním odrazem právotvorby vlastníka lesa je oprávnění udílet souhlasy. Z formálního hlediska opět zákonná úprava blíže souhlas vlastníka nevymezuje. Z pohledu materiálního je souhlas vlastníka těžko uchopitelný. Dle mého názoru se materiálně blíží nejvíce koncepci

[12] Obdobně zde platí stejné závěry, jaké byly uvedeny již v části týkající se zákazů dopadajících na vlastníka lesa – s interpretací *a maiori ad minus* je pak zjevné, že vlastník může výjimky ze zákazů povolovat za stejných podmínek.

[13] Srov. HENDRYCH, D. a kol. *Správní právo. Obecná část.* 3. vydání. Praha: C.H. Beck, 1998. s. 97-98.

závazných stanovisek. Takový závěr však nespadá ani do vymezení stanoviska podle ustanovení § 36 odst. 2 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu ve znění pozdějších předpisů (dále jen „SŘ"), natož do vymezení podle ustanovení § 149 SŘ. Vedle nemožnosti formálního zákonného uchopení vlastníka coby správního orgánu, totiž aplikaci obou dotčených ustanovení vylučuje i povaha celého systému oznámení sportovní akce. Z dikce lesního zákona totiž nevyplývá, že by příslušný správní orgán (obecní úřad obce s rozšířenou působností nebo krajský úřad)[14] měl povinnost vydat rozhodnutí, kterým by konání akce schválil, a rovněž nelze dovodit, že by se v případě, kdy správní orgán sportovní akci schválí, jednalo o jeho správní rozhodnutí.[15] Situace je nicméně odlišná tehdy, pokud příslušný správní orgán stanoví pro pořádání akce podmínky, neboť v takovém případě úřad rozhoduje (viz uvozující ustanovení § 48 odst. 1, resp. § 48a odst. 1 LesZ). Vzhledem k uvedenému je zřejmé, že oznamování sportovní akce (snad s výjimkou případu, kdy správní orgán vydá rozhodnutí, ve kterém vymezí podmínky) neprobíhá v režimu správního řízení, čímž je uchopení institutu souhlasu vlastníka v rovině formální zcela vyloučeno. Neodpustím si však konstatovat, že materiálně se jedná o akt, který má společné znaky se závazným stanoviskem dle § 149 SŘ.[16] Vydání souhlasu je nepochybně obligatorním předpokladem pro to, aby správní orgán vůbec mohl schválit (byť s podmínkami) její konání. Současně se dle mého názoru jedná o akt, který vlastník lesa uděluje v rovině veřejného práva jako výjimku z jinak platného institutu obecného užívání lesa a tudíž je i zde vyloučeno svévolné rozhodování, tj. vlastník lesa nemusí souhlas udělit pouze v případě, kdy je na neudělení souhlasu legitimní veřejný zájem.[17]

5. ZÁVĚR A NÁVRHY DE LEGE FERENDA

Ve výše uvedeném textu jsem se snažil nastínit nekoncepčně pojatou právotvorbu vlastníka lesa ve vztahu k regulaci obecného užívání lesa. Skutečnost, že u některých vlastnických aktů se materiálně jedná o akty správně-právní však nevyplývá jen z akademického náhledu, ale především

---

[14] Lze poznamenat, že příslušnost správního orgánu je určena podle rozsahu sportovní akce vůči správnímu obvodu obce s rozšířenou působností /viz ustanovení § 48 odst. 1 písm. g) LesZ, resp. § 48a odst. 1 písm. d) LesZ/, což staví pořadatele do složité situace, neboť ti se nemohou seznámit s detailním katastrálním zakreslením správních obvodů obcí.

[15] Srov. též STANĚK, J. Lesní zákon, obecné užívání lesů – výklad k § 20. *Poradce*. 1996, č. 8, s. 25-26.

[16] K problematice závazného stanoviska viz HANDRLICA, J. Závazné stanovisko a rozhodnutí podmíněné závazným stanoviskem. *Právní fórum*. 2006, č. 10, s. 366 a násl.

[17] I zde je třeba připomenout, že celková konstrukce institutu obecného užívání lesa již sama o sobě omezuje vlastníka v tom směru, že vlastník nemůže z důvodů vlastnických zamezit vstupu do lesa – pouze v případech veřejného zájmu (taxativně – z důvodu ochrany lesa či zdraví a bezpečnosti vstupujících osob) je možné účinek veřejnoprávního omezení dočasně vyloučit podle § 19 odst. 3 LesZ.

z praktické potřeby řešit sporné právní situace. Dle mého názoru lze tyto skutečnosti nejmarkantněji vnímat u otázek, zda je vlastník lesa povinen uvedené akty vydávat a zda je vázán zákonnou lhůtou podobně jako je tomu u formálně zakotvených správních orgánů. Např. u organizace sportovních akcí je pořadatel vydán na milost a nemilost vlastníku lesa, neboť vůči vlastníku lesa nedisponuje žádnými právními prostředky, kterými by ho donutil se ke sportovní akci vyjádřit a na druhé straně je sám limitován lhůtou pro oznámení akce.

Osobně se domnívám, že by v kontextu nastíněného měla být změněna dosavadní zákonná úprava. V daném ohledu se nabízí několik řešení. Prvním řešením je komplexní přechod na právní konstrukci, ve které vlastník lesa bude vydávat právní akty jako správní orgán vázaný správními lhůtami, jehož rozhodnutí budou soudně přezkoumatelná a jejíž vydání bude výslovně limitováno veřejným zájmem. Na straně druhé existuje varianta z mého pohledu přijatelnější, tj. aby zákon jasně vymezil, že vlastník vydává akty jako soukromoprávní subjekt s tím, že zákon jasně vymezí postup při vydání aktů, obsah a formu a v případě pořádání sportovní akce zakotví mimo jiné i případnou prekluzivní lhůtu pro vydání negativního stanoviska.

Literature:

- zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky ve znění pozdějších předpisů.
- Listina základních práv a svobod.
- zákon č. zákon č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění dalších zákonů ve znění pozdějších předpisů.
- zákon č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů.
- rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 23. 3. 2006, sp. zn. 22 Cdo 225/2006. K dispozici: <www.nsoud.cz>.
- rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. 1. 2007, č.j. 2 As 67/2005-64. K dispozici: <www.nssoud.cz>.
- DAMOHORSKÝ, M. a kol. Právo životního prostředí. 2. vyd. Praha : C.H.Beck, 2007. 599 s. ISBN 978-80-7179-498-1.
- ELIÁŠ, K.. a kol. Občanský zákoník. Kometář. 1. svazek. Praha : Linde, 2008.1392 s. ISBN 978-80-7201-687-7.
- GERLOCH, A. Teorie práva. 4. vyd. Plzeň : Aleš Čeněk, 2007. 343 s. ISBN 978-80-7380-023-9

- HENDRYCH, D. a kol. Správní právo. Obecná část. 3. vyd. Praha : C.H. Beck, 1998. 471 s. ISBN 80-7179-184-9
- KROB, J. – ŠMAJS, J. Úvod do ontologie. 2.vyd. Brno : Masarykova univerzita, 1994. 214 s. ISBN 80-210-0879-2
- BAUER, J. – KNIIVILÄ, M. – SCHMITHÜSEN, F. Forest Legislation in Europe: How 23 Countries Approach the Obligation to Reforest, Public Access and Use of Non-Wood Forest Product. In Geneva Timber and Forest Discussion [online]. Geneva : FAO – UN (UNECE), 2004 [citováno dne 20. 10. 2009]. Dostupné z: www.unece.org/timber/docs/dp/dp-37.pdf.
- HANDRLICA, J. Závazné stanovisko a rozhodnutí podmíněné závazným stanoviskem. Právní fórum. Praha : Aspi, 2006, č. 10, s. 366. ISSN 1214-7966.
- SPÁČIL, J. Cesty a pozemní komunikace v praxi civilních soudů. Právní fórum. Praha : Aspi, 2006, č. 7, s. 225. ISSN 1214-7966.
- STANĚK, J. Lesní zákon, obecné užívání lesů – výklad k § 20. Poradce. Český Těšín : Poradce, 1996, č. 8, s. 25-26.

Contact – email
lukas.pauldura@nsoud.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNÍ ASPEKTY ŘEŠENÍ STŘETŮ ZÁJMŮ V ÚZEMÍ

MILAN PEKÁREK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
V určitém území se vždy střetávají nejrůznější zájmy nejrůznějších subjektů. Zpravidla bývá těchto zájmů víc, než kolik jich lze v určitém území současně realizovat. Je to dáno nejen jeho omezenou rozlohou, ale také jeho vlastnostmi. Území je totiž součástí prostoru, který označujeme jako životní prostředí. Jeho ochrana je jedním z hlavních kritérií při rozhodování o tom, který ze zájmů najde v daném území svou realizaci a který nikoli. Prostředkem řešení střetů zájmů je právo. To musí obsahovat mechanismu tohoto řešení a zejména musí zajišťovat, aby výsledek byl co možná nejobjektivnější, tedy i pro společnost nejprospěšnější.

Key words in original language
Území; životní prostředí; zájem; veřejný zájem; střet zájmů; územní plánování; trvale udržitelný rozvoj; veřejnost; účastníci řízení.

Abstract
In concrete territory there is always a conflict of various interests of various subjects. Usually, there are more interests than it is possible to realize in concrete territory. That is the result not only of limited area but also their characteristics. The territory is the part of space which is called the environment. Its protection is one the significant criteria when deciding which of interests will be realized in the territory and which not. The law is the mean of conflict interest solution. The law shall contain the solution mechanism and mainly it shall ensure that the result will be as objective as possible and consequently the most beneficial for the public.

Key words
Territory; environment; interest; public interest; conflict of interests; planning; sustainable development; public; participants in proceedings.

To, že se zájmy jednotlivých subjektů i jejich skupin v určitém území střetávají, je nejen nesporné, ale i legitimní. Je to důsledek jejich vzájemných odlišností – odlišností v jejich charakteru, zaměření, růzností jejich potřeb, skutečných i jen domnělých, v případě fyzických osob ve stupnicích jimi uznávaných hodnot, které jsou zase výsledkem jejich výchovy, vzdělání a získaných zkušeností.

Je také obvyklé, že se zájmy střetávají v území, jestliže územím rozumíme určitou část zemského povrchu, včetně určitého prostoru nad ním i pod ním. A protože zemský povrch je nejen dán, ale i rozdělen mezi jednotlivé státy a navíc ještě i mezi jednotlivé vlastníky, je vlastně spolu s ním rozdělen i prostor s ním spojený. Prostor, který je pro nás i pro všechno živé na této

planetě tím, co nazýváme životním prostředí. Jedině v něm můžeme případně uspokojovat své potřeby a realizovat své zájmy.

Do určitého tohoto prostoru vždy směřuje více zájmů, než činí jeho kapacita. Situaci zhoršuje to, že realizace mnohých zájmů v témže území se vylučuje nebo mohou být vedle sebe realizovány jen v omezené míře. Vždy však budou ovlivňovat životní prostředí.

Z obecné definice životního prostředí vyplývá, že životní prostředí je prostor, který ve svém celku i ve svých jednotlivých částech vykazuje vlastnosti, které umožňují, aby v něm život vznikl a existoval. Každá realizace každého zájmu stav životního prostředí ovlivní. Některá víc, jiná méně, často však k horšímu. Životní prostředí v určitém území snese bez toho, aniž by došlo k jeho trvalé nebo dokonce nevratné destrukci, jen určité zatížení negativními vlivy. V této souvislosti hovoříme o „ekologické únosnosti určitého území".

Vliv realizace, respektive důsledků realizace, určitého zájmu na životní prostředí v určitém území nelze posuzovat jen z hlediska antropologického, t.j. z hlediska dopadů na životní prostředí člověka. Ten totiž své životní prostředí sdílí i s ostatními formami života. Vzhledem ke svému výjimečnému postavení mezi nimi je odpovědný za stav tohoto pro něho i pro ně společného životního prostředí. Je povinen v zájmu zajištění své další existence a svého dalšího rozvoje jako druhu chránit a dokonce i zlepšovat toto společné životní prostředí. Jeho životním zájmem (a nejen projevem určité kulturnosti) je i zachování co nejširší škály forem života na této planetě.

Jedním z prostředků, s jejichž pomocí člověk a jeho společnost plní tuto svou odpovědnost a z ní vyplývající uvedenou povinnost, je i právo, tento v současné lidské společnosti nezastupitelný a přes všechny výhrady vůči němu i efektivní nástroj regulace chování lidí mezi s sebou, a tedy i prosazování a realizace jejich zájmů v území.

Při regulaci chování lidí pomocí práva je využívána řada prostředků a mechanismů právu vlastních (právní prostředky), ale i prostředků neprávních, jimž právo poskytuje formu, závaznost a vynutitelnost. Totéž platí i pro určení, které zájmy a potřeby směrované nejrůznějšími subjekty do určitého území, dostanou přednost před jinými.

Může se tak stát např. tím, že zákon určitý zájem povýší na právo. Tak se stalo i v případě zájmu každého člověka na takovém stavu životního prostředí, které bude pro život příznivé. Dokonce bylo toto právo povýšeno na jedno ze základních práv člověka a občana. A nejen to, v čl. 35 odst. 3 Listiny základních práv je možný jen takový výkon práv (tedy všech ostatních, včetně ostatních práv základních), který neohrožuje ani nepoškozuje životní prostředí, přírodní zdroje, druhové bohatství přírody a kulturní památky nad míru stanovenou zákonem. Jinými slovy řečeno. Jakékoli právo přiznané zákonem nebo jiným normativním či individuálním

právním aktem na jeho základě vydaným, lze vykonávat jen v rozsahu uvedeného limitu. To platí i pro taková práva, jakým je právo vlastnické a právo podnikat. Jejich připomenutí v těchto souvislostech není náhodné. Nejenže, jak jsem již výše zdůraznil, je území rozděleno mezi jednotlivé vlastníky, ale vlastnictví a podnikání jsou především vztahy, které zprostředkovávají přisvojování si částí životního prostředí jednotlivými subjekty. Citované ustanovení proto musí platit i v případě těchto práv a zájmy zájmů vlastníků a podnikatelů musí ustoupit zájmům směřujících k ochraně životního prostředí.

Dalším způsobem, jak může zákonodárce vyjádřit preferenci určitého zájmu před zájmy jinými, je prohlásit jej za „veřejný zájem“. Zde se opět dotýkáme problému souvisejícího se skutečností již zčásti zmíněnou. S tím, že zájmů směřujících do určitého území je mnoho, jsou různé, často protichůdné. Podle subjektů, které za nimi stojí a je vyjadřují, jsou pak označovány jako zájmy individuální, skupinové a dokonce jako zájmy veřejné nebo obecné (dříve „společenské“). Zatímco v případě zájmů označovaných jako individuální nebo skupinové jsou jejich nositeli subjekty více či méně snadno identifikovatelné, v případě tzv. “veřejných zájmů“ jde o označení, pro které právní teorie používá výraz „neurčitý pojem“.

Neurčitost jeho nositele (subjektu) je dána tím, že obecně řečeno, jde o zájem společný pro všechny, nebo alespoň většinu subjektů na daném území (dokonce nemusí být ani podmínkou, zda všechny tyto subjekty tento zájem projevují nebo si jej dokonce uvědomují).[1]

A právě skutečnost, že určitý zájem je zájmem veřejným, jej upřednostňuje v soutěži s ostatními (neveřejnými) zájmy.[2] Že jde o veřejný zájem, musí subjekt, který se ho dovolává, prokázat. A právě tohoto důkazního břemene ho může zákon zbavit tím, že takový zájem za veřejný prohlásí. V posledních desetiletích je to případ poměrně častý, a bohužel někdy používaný ryze účelově tam, kde příslušné úřady v příslušných řízeních nejsou s to v relativně přijatelném čase řízení, v němž by měly mj. existenci veřejného zájmu zjistit, ukončit. V určité (z věcného hlediska) obecnější rovině se s tímto řešením setkáváme např. v zákoně č. 184/2006 Sb. o

[1] Nelze zcela vyloučit i subjekty mimo toto území, jestliže i jejich zájmy se určitého území dotýkají. To často bude právě v souvislosti s životním prostředím.

[2] Preference veřejných zájmů před ostatními, které takto označit nelze, není vlastní jen našemu právnímu systému, ale je jevem velmi rozšířeným zejména v zemích s demokratickým společenským zřízením. Vyplývá z podstaty věci. Ze skutečnosti, že člověk je „tvor společenský“. Člověk od počátku své existence žije ve společnosti ostatních lidí. Lidskou společnost vytvořil, ale sám je jejím produktem. Je s ní neoddělitelně spjat svou existencí. Její zánik by byl i jeho zánikem. To platí, sice ne v tak drastické podobě, i pro společenství lidí a jejich členy tzv. nižších řádů – národy, komunity aj. Proto zájmy těmto společenstvím společné a zajišťující jejich existenci a rozvoj dostávají přednost i v pravidlech chování, včetně právních, která tato společenství společně vytváří a vydávají.

vyvlastňování, souvislosti s ochranou životního prostředí pak např. v § 43, § 45b odst. 1 a § 56 odst. 1 zákona o ochraně přírody a krajiny.

Uvedená ustanovení si zaslouží naši bližší pozornost, protože souvisí s tím, co jsem výše uvedl o výkonu práv, jak jej ve vztahu k ochraně životního prostředí upravuje čl. 35 odst. 3 Listiny základních práv a svobod. Pro všechna cit. ustanovení je společné to, že jako podmínku pro udělení výjimky z omezení vyplývajících z ochranného režimu zvlášť chráněných území a zvlášť chráněných druhů rostlin, živočichů a nerostů stanoví zjištění existence veřejného zájmu, který „výrazně převažuje" na zájmem ochrany přírody. Na druhé straně shora cit. čl. 35 odst. 3 LZPS říká, že výkon práva (kteréhokoliv) může být jen takový, jaký neohrožuje nebo nepoškozuje životní prostředí nad míru stanovenou zákonem. Z uvedené formulace tohoto ustanovení jednoznačně lze dovodit, že je to obyčejný zákon, co zajišťuje proveditelnost tohoto pravidla tím, že stanoví horní hranici (míru), po kterou lze ještě životní prostředí výkonem určitého práva ohrožovat nebo dokonce poškozovat. V uvedených ustanoveních zákona o ochraně přírody a krajiny je však nastaven ochranný mechanismus opačně. Není v nich stanovena horní hranice přípustného ohrožení nebo poškození životního prostředí. Resp. je vymezena momentem, resp. stavem, kdy jiný veřejný zájem výrazně převyšuje zájem na ochraně životního prostředí. Jakmile je v daném případě tato hranice překročena, žádné další omezení pro realizaci činnosti povolené na základě výjimky již nehrozí. V případě ust. § 45b a § 56 cit. zákona toto problematické Listině odporující řešení do jisté míry kompenzují odkazy na další ustanovení cit. zákona – v případě § 45b na ustanovení § 45i téhož zákona, zejména na jeho odst. 10, v případě § 56 pak na jeho následujícího odstavce, zejména odstavec 3, v němž je uveden výčet veřejných zájmů, pro jejichž realizaci lze výjimku povolit. Některé tam uvedené účely, např. účely uvedené v odst. 3 pod písm. b) a c), ovšem samy o sobě zneužití této výjimky nevylučují. Naštěstí poslední věta odst. 3 problém uzavírá stanovením dalších dvou obecných (platných pro všechny uvedené veřejné zájmy, jimž lze podle tohoto ustanovení výjimku udělit) podmínek, které musí být splněny kumulativně – první, že neexistuje žádné jiné uspokojivé řešení, druhá spočívající v tom, že populace daného druhu bude udržena v příznivém stavu z hlediska jeho ochrany. Bohužel ani takové zajištění neobsahuje ust. § 43, které udělení výjimky neváže na žádné podmínky, dokonce ani neukládá orgánu, který ji má případně udělit, podmínky zajišťující ochranu přírody stanovit. Orgánem udělujícím tuto výjimku je podle zákona vláda. Již její složení (ministr životního prostředí je ve vládě jen jeden) neskýtá záruku, že jiný veřejný zájem nezíská výjimku příliš snadno, resp. že převaha zájmu výrazně převažujícího nad zájmem ochrany přírody nebude příliš snadno a rychle jako předpoklad udělení výjimky zjištěna.

V situaci, kdy zájem, který je do určitého území prosazován a střetává se zde s jinými zájmy, není zájmem, který by byl výslovně za veřejný prohlášen, musí ten, kdo o něm tvrdí, že veřejným zájmem je, to prokázat, resp. v příslušném řízení to musí být zjištěno a vysloveno. Ostatně podobná

situace a řešení může nastat v případě vzájemného střetu zájmů za veřejné prohlášených, jestliže realizace prosazovaného zájmu vyžaduje splnění shora uvedené podmínky převahu tohoto zájmu na jiným veřejným zájmem již realizovaným.

Jak jsem již výše uvedl, pro řešení střetů zájmů v území má právo řadu mechanismů, s jejichž pomocí musí být všechny do určitého území směřující zájmy posouzeny, a to i z hlediska jejich možných důsledků jak pro práva subjektů, která mohou být realizací těchto zájmů dotčena, tak i z hlediska možných důsledků pro další, zejména veřejné zájmy. Z nich opět, z důvodů shora uvedených, na prvním místě stojí zájem na ochraně životního prostředí.

Základním mechanismem, jehož hlavním cílem daným mu do vínku přímo příslušným zákonem je vytvářet předpoklady pro vyvážený rozvoj určitého území ve všech třech základních oblastech – ekonomické, ekologické i sociální – je proces územního plánování. Jeho funkce - chránit a rozvíjet přírodní, kulturní a civilizační hodnoty území - je, podle ust. § 18 odst. 4 zákona č. 183/2006 Sb., funkcí, kterou územní plánování plní ve veřejném zájmu. Územní plánování je tím základním procesem, v němž se posuzují všechny do území směřující zájmy, a nakonec rozhoduje, které z nich se v území uplatní. Mechanismus by měl být nastaven tak, aby posouzení uplatňovaných zájmů bylo komplexní a současně co nejobjektivnější. Má zajistit, aby se do územně plánovacích dokumentů dostaly zájmy prospěšné především společenství lidí v daném území žijících, tedy ty, na jejichž realizaci je veřejný zájem. Právě schválení návrhu územně plánovacích dokumentů je oficiálním vyjádřením takového veřejného zájmu. Protože existuje i určitá hierarchie veřejných zájmů založená na velikosti společenství lidí, které je nositelem těchto zájmů, existuje i hierarchie územně plánovací dokumentů včetně závaznosti jejich vyšších stupňů pro pořizovatele stupňů nižších.

Aby schválení územně plánovacích dokumentů skutečně bylo vyjádřením veřejného zájmu na uspořádání a využití určitého území v budoucnu, respektive aby výsledek procesu pořizování těchto dokumentů a v nich vyjádřených veřejných zájmů byl co neobjektivnější, je v procesu pořizování územně plánovacích dokumentů co nejvíce otevřeno nejen tzv. dotčeným orgánům, chránícím v daném území veřejné zájmy, ale i subjektům s věcnými právy k nemovitostem nalézajícím se v daném území a veřejnosti vůbec. Samo o sobě je územní plánování odbornou činností, nevylučuje však ani vstup dalších odborníků ze strany dotčených orgánů nebo i veřejnosti.

Určitý, mnohdy velmi těžce zejména vlastníky nemovitostí nacházejících se v řešeném území pociťovaný, problém územního plánování spočívá v problematické možnosti obrany proti schválené územně plánovací dokumentaci. Ta je v podstatě omezena jen na případy, kdy proces jejich pořizování nebo opatření obecné povahy jako forma, v níž je tato dokumentace vyhlašována, nesou znak protiprávnosti. Jen v tomto případě

má správní žaloba šanci na úspěch. Dokonce dnes nepanuje ani jednotný názor na to, zda je podnět k přezkoumání opatření obecné povahy možný, přestože správní řád s ním výslovně počítá.

Zejména v této situaci omezené obrany proti chválené územně plánovací dokumentaci, která je pak závazná pro všechny orgány, které budou rozhodovat v dalších řízeních o využití území, nabývá na významu skutečnost, že rozhodnutí o schválení návrhu územně plánovacích dokumentů, a tedy o tom, které ze zájmů střetávajících se v určitém území v něm budou realizovány, je svěřeno zastupitelstvům územních samosprávných celků – obcí a krajů, na úrovni celostátní pak vládě. Vzhledem k tomu, že členství v těchto orgánech je výsledkem demokratické volby občanů a jejich rozhodnutí výsledkem demokratických pravidel, která řídí proces formování vůle těchto orgánů, měli by jejich členové vždy vystupovat ve prospěch společenství lidí v dané územně správní jednotce.[3] Bohužel praxe nás neustále přesvědčuje o tom, že zastupitelé se rozhodují nikoli na základě toho, co je prospěšné obci, ale straně, která je zapsala na svou kandidátku, případně subjektům skrytým za určité lobbisty disponující obvykle i přesvědčivými argumenty v podobě různých benefic. Jediná ochrana občanů proti takto fungující zastupitelské demokracii v zastupitelské demokracii jsou bohužel volby.

Jak jsem již výše naznačil, vedle územního plánování jako základního mechanismu, který problém střetu všech zájmů soustřeďujících se do určitého území řeší v daném okamžiku a navíc tak činí i do budoucna, existuje řada dalších mechanismů plnících obdobný účel s tím, že v nich jde (snad s výjimkou komplexních pozemkových úprav) zpravidla již „jen" o rozhodnutí o umístění určitého záměru (realizace zájmu) do území, v němž se již množství jiných zájmu realizuje. Jde např. o územní řízení a další řízení upravená stavebním zákonem, vodoprávní řízení posuzující zájem o další způsob nakládání s vodním zdrojem a jeho případné vlivy na další části území, řízení o stanovení průzkumného území či dobývacího prostoru podle geologického zákona a zákona horního, řízení o vydání povolení k provozování zařízení k využívání, odstraňování, sběru nebo výkupu odpadů podle zákona o odpadech, řízení o vydání integrovaného povolení podle zákona o integrované prevenci a další. I v těchto řízeních musí být řešen střet nově do území prosazovaného zájmu se zájmy již v území realizovanými.

Na rozdíl od územního plánování tato další řízení jsou již typickými správními řízeními podle správního řádu, anebo v nich tento řád platí alespoň podpůrně a jejich výsledkem je správní rozhodnutí (individuální správní akt). Řešit problém střetů určitého zájmu s jinými v území již

[3] Bohužel většinové rozhodnutí není ještě samo o sobě zárukou správnosti nebo obecné prospěšnosti přijatého řešení. V tomto směru je prověří až budoucnost. V okamžiku rozhodování však musí být návrh co nejkomplexněji a co možná nejobjektivněji posouzen.

uplatňovanými je i zde úkolem příslušného orgánu. Kromě subjektu, který tento zájem do určitého území prosazuje, se tohoto řízení účastní již jen relativně omezený okruh subjektů s postavením účastníků řízení, to znamená subjektů, o jejichž právech nebo povinnostech se v řízení rozhoduje, anebo jejichž práva nebo právem chráněné zájmy mohou být vydaným rozhodnutím přímo dotčeny. Je sice pravda, že v poslední době, zejména pod vlivem závazků vyplývajících pro Českou republiku z tzv. Aarhuské úmluvy a v neposlední řadě i z pramenů práva Evropské unie[4], se i v zákonech České republiky objevuje veřejnost alespoň v podobě občanských sdružení, obecně prospěšných společností případně i zaměstnavatelských svazů či hospodářských komor, jejichž předmětem činnosti je prosazování profesních nebo veřejných zájmů.

Jde jednak o projevy demokratizace právního systému, jednak o zvýšení garance, že v příslušném řízení se skutečně prosadí zájmy veřejné. V neposlední řadě jde i o prostředek uplatňování práva na příznivé životní prostředí zakotveného v ústavním pořádku České republiky jako jedno ze základních práv. A právě z hlediska posledně jmenovaného cíle účastenství uvedených právnických osob v řízeních, v nichž se posuzují střety zájmů (často i jiných veřejných) s veřejným zájmem na příznivém životním prostředí, nekoresponduje současná česká judikatura, včetně nálezů Ústavního soudu, která právnickým osobám, včetně ekologických občanských sdružení, upírá oprávnění domáhat se práva na příznivé životní prostředí přímo, tj. vlastním jménem. Odmítavá reakce soudní praxe je založena na poukazu na biologickou podstatu subjektivního práva na příznivé životní prostředí, které proto může mít jen fyzická, a nikoli i osoba právnická. Proti tomu lze namítnout, že jednak Listina výslovně říká, že toto subjektivní právo má každý, aniž rozlišuje mezi osobami fyzickými a právnickými, jednak to, že právnické osoby jsou jen výsledkem určité právnické abstrakce, která umožňuje určitému společenství fyzických osob své zájmy realizovat jako osoba jedna. Fyzické osoby je vytvářejí a jsou to ony, jejichž přítomnost v právnických osobách je podmínkou jejich existence – představují jejich osobní složku a jejím jménem také jednají. Mnohé z nich na příznivém životním prostředí závisí i svou existencí. Především však, a zejména jde-li o ekologická občanská sdružení, jsou názory odmítající jejich subjektivní právo domáhat se přímo za svou osobu práva na příznivé životní prostředí, v přímém rozporu s Listinou, konkrétně s jejím článkem zakotvujícím jiné základní právo občanů – právo sdružovat se. Cílem sdružování občanů, a tedy i důvodem, proč Listina toto právo zakotvuje, je umožnit občanům společně, a tedy i účinněji, domáhat se svých práv. Uvedená judikatura, resp. názory, o které se opírá, toto ústavní právo občanům odpírají.

---

[4] Jednak ze Směrnice Rady a Evropského parlamentu č. 2003/4/ES z 28.3.2003, především pak z Nařízení Evropského parlamentu a Rady č. 1367/2006 z 6.9.2006 o použití Aarhuské úmluvy o přístupu k informacím, účasti veřejnosti na rozhodování a přístupu k právní ochraně v záležitostech životního prostředí.

K ochraně veřejných zájmů v řízeních, v nichž se střety zájmů řeší, mají významnou měrou přispívat i tzv. dotčené orgány, tj. orgány, jimž tuto ochranu ukládají zvláštní zákony. Tyto orgány musí být k řízení přizvány a nejen to, ale mají nejen právo, ale i povinnost, zaujmout k zájmu v řízení prosazovanému stanovisko v tom smyslu, zda povolení jeho realizace v daném území jimi chráněné veřejné zájmy neohrozí nebo dokonce nepoškodí. Různé zákony dávají těmto stanoviskům různou právní formu – od pouhého vyjádření nebo souhlasu, který nemusí, ale zpravidla bývá výslovně označen jako závazný pro orgán, který řízení vede, až po formu správního rozhodnutí. Problém spočívá ve značné nejednotnosti právní podoby těchto stanovisek a také k nejednotnosti v názorech, zejména v případech, kdy stanovisko, nebo souhlas sám o sobě nemá povahu správního rozhodnutí, na to, zda se lze opravnými prostředky bránit těmto stanoviskům již v okamžiku jejich vydání dotčeným orgánem, anebo zda je obrana možná až v rámci obrany proti meritornímu rozhodnutí.

Určitým racionálním řešením střetů zájmů se jeví řízení při tzv. „integrovaném povolování“ podle zákona č. 76/2002 Sb. ve znění pozdějších předpisů. Jednak jde o řízení, v němž vystupuje mnohem širší okruh účastníků řízení než v jiných správních řízeních, především však integrace tohoto řízení spočívá v tom, že žadatel o povolení k provozování určité uvedenému zákonu podléhající činnosti nemusí sám obcházet dotčené orgány podle zvláštních předpisů a vyžadovat od nich jejich stanoviska vyžadovaná zvláštními zákony, ale jejich zapojení do řízení a jejich vyjádření k žádosti o povolení realizace určitého záměru si postupem stanoveným v zákoně zajišťuje sám orgán, který vede řízení o vydání povolení. V současné době uvedenému řízení podléhají jen případy činností uvedených v příloze cit. zákona, případně další, pokud o vydání povolení podle tohoto zákona požádá subjekt, který má na provozování takové činnosti zájem. Možná by stálo za úvahu tento postup učinit obecným, v jednodušších případech snad ve zjednodušené verzi.

Nakonec alespoň zmínka ještě o jednom právním mechanismu, který sice sám střety zájmů neřeší, ale k jejich řešení významně může přispět, a to především tím, že umožní všestranné přezkoumání záměru a možných vlivů jeho realizace v určitém území na životní prostředí v něm. Jde o proces posuzování vlivu záměrů a koncepcí a případně i jejich změn na životní prostředí, resp. trvale udržitelný rozvoj území. Konečné stanovisko posuzovatele, které je výsledkem tohoto procesu, má povahu odborné expertízy (znaleckého posudku), zpracovaného však za účasti, vedle zpracovatele dokumentace a zpracovatele posudku na ni, řady dalších subjektů – dotčených úřadů, ale i samotné veřejnosti a případně i dalších odborníků z jejích řad nebo jí o odborné stanovisko požádaných. Sama široce do procesu vpuštěná veřejnost může být významným garantem serióznosti a důkladnosti tohoto posouzení. Výsledné stanovisko pak je jedním z důkazů, na jejichž základě má příslušný orgán rozhodnout o povolení realizace určitého záměru nebo o schválení koncepce.

S tímto institutem je spojena mimo jiné i často kladená otázka, zda by neměl být již proti výsledku tohoto posuzování - stanovisku posuzovatele - možný opravný prostředek, jímž by bylo možno toto stanovisko napadnout ještě dřív, než bude vydáno meritorní rozhodnutí. Jistě by to bylo možné a právní forma by se jistě (jak dosvědčuje náš správní řád, nebo soudní řád správní) našla. Je to však racionální? Pokud by takové řešení bylo přijato, pak by to v praxi znamenalo, že nejdřív bude napadeno toto stanovisko, a až se tento problém vyřeší a bude konečně vydáno meritorní rozhodnutí, může být znovu napadeno z jiného důvodu. Pokud pak bude opravnému prostředku vyhověno a v dalším řízení předloženy další důkazy, může se v nových souvislostech jevit stanovisko, v jehož případě již řízení o opravném prostředku proběhlo, jevit jako nesprávné nebo dokonce jako protiprávní. Proto mám za to, že by mělo být toto stanovisko případně přezkoumatelné až v rámci řízení o opravných prostředcích vznesených proti meritornímu rozhodnutí.

Contact – email
milan.pekarek@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INTERFERENCE OF THE ACQUISITIVE PRESCRIPTION FUNCTIONS IN JUSTIFYING THE EFFECTS OF THIS LEGAL INSTITUTION

RODICA PEPTAN

University Constantin Brancusi of Târgu-Jiu, Faculty of Juridical Sciences, Romania

Abstract in original language
Beyond the arguments for or against uzucapion we consider that the basis of uzucapion can be completely pointed out through a systematical analysis of the functions it bas fulfilled along the time the economic function in the Roman period (a mancipii good which stopped being exploited by the owner was stile an object of quiritarian property, being inherited by the person who used it), the sanctionary function, the probatory function and the acquisitive function.

Key words in original language
Acquisitive Prescription.

The acquisitive prescription, although regulated today with specific notes in most law systems, has been controversial for centuries among those who argued the justice of the juridical institution for its affiliation to the natural law (the property which was acquired is naturally preserves as a will to keep the gained good) or through the necessity of obtaining for the owners the stability and the necessary guarantees, as well as making them manage their business wisely and those who disputed the legitimity of acquisitive prescription, considering it a sin, an infringement of the divine laws, an impium praesidum (the representatives of the canon law) and later on, those call it a contestable institution of law, unfair and which can became a source of litigation, for from extinguishing juridical conflicts, or an institution legitimating a state of the things which doesn't correspond to reality. The acquisitive effect of usucapio has been justified both based on the principle of dynamic security of civil legal relations1, and based on an equity reason. The principle of dynamic security of civil legal relations, provided by alienating the incertitude caused by the contradiction between the factual

1For the difference between the principle of dynamic security of civil legal relations, also called the principle of legal circuit security, and the principle of static security of civil legal relations, being in conflict, the first one on the owner's side and the latter affirmed in the continuity of the rights within the patrimony of a person, , as long as no consent has been given for alienation by the one claiming to be the real owner of the right, V. Stoica., *Civil Law. The Main Realy rights*, Vol. II, Humanitas Publishing House, 2006, p. 622. The author shows next that only when *"there are solid grounds for accepting a breakage in this continuity […] the dynamic aspect of the principle of civil legal relations security is revealed."*

power and lawful power, claims at the same time the probative function of usucapio (the right existent in a person's patrimony is consolidated through the violent legal presumption of ownership) and the acquisitive function (the holder, even if of bad will acquires ownership right upon an individual – determined tangible asset). The argument of equity explains the acknowledgment of the ownership right upon the asset in favour of the one holding it for a long period of time, to the disadvantage of the careless holder, punished with the loss of its ownership right. But this punishment of verus dominus (which could be criticised for the inconsequence of its enforcement to any owner that has neglected its asset for a period long enough to prescribe) is more a consequence of the acquisitive effect than a function. The acquisitive function of usucapio reflected in the acquisitive effect does not contradict with the provisions of art. 44 from the Romanian Constitution, as revised, or with the provisions of art. 1 from Protocol no. 1 additional to the European Convention for defending human rights and fundamental liberties2. As far as the notions of guaranteeing and protecting the right of private property referred to by art. 44, par. 2 phrase I of the Constitution3, as revised are concerned, the guarantee "operates in the vertical relations and is, from the point of view of substantial law, public or private, a protective shield against possible abuses from public authorities", and protection of the private property law assigns the procedural legal

---

2 *The European Convention for defending human rights and fundamental liberties* shall be referred to as "*The European Convention*". *The European Convention and Protocols no. l, 2,4, 6, 7, 9* and *10* to this convention were ratified by Romania through the Law no. *30 from 18th of May 1994 regarding the ratification of The European Convention for defending human rights and fundamental liberties and additional protocols to this convention,* published in the Official Gazette, Part I, no. 135/31 May 1994, completed through the Law no. *79/ 6 July 1995 regarding the ratification of the Protocol no. 11 to The European Convention for defending human rights and fundamental liberties regarding the restructuration of the control mechanism established in the convention, concluded at Strasbourg on 11 May 1994 (* O.G., Part I, no. 147/13 July 1995), *Law no. 33 from 25th of February 1999 for the ratification of the European Agreement regarding the persons taking part in procedures in front of the European Court of Human Rights, adopted at Strasbourg on 5th of March 1996 (*O.G., Para I, no. 88/02 March 1999), *Law no. 7 from 9th of January 2003 for the ratification of the Protocol no. 13 to The European Convention for defending human rights and fundamental liberties regarding the abolishment of the death penalty concluded at Vilnius on 3 May 2002,* (O.G, Part I, no. 27 /20 January 2003), *Law no. 345 from 12 July 2004 for approving the withdrawal of the reserve submitted by Romania for art. 5 of The European Convention for defending human rights and fundamental liberties, adopted at Rome on 4th of December 1950,* (O.G., Part I, no. 668/26 July 2004), *Law no. 39 from 17th of March 2005 regarding the ratification of the Protocol no. 14 to The European Convention for defending human rights and fundamental liberties, adopted at Rome on 4th of November 1950, regarding the amendment of the control system of the Convention, adopted at Strasbourg on 13th of May 2004, (*O.G., Part I, no. 238/22 March 2005) and through the *Law no. 103/25 April 2006 for the ratification of the Protocol no. 12 to The European Convention for defending human rights and fundamental liberties, adopted at Rome on 4th of November 2000,* (O.G., Part I, no. 375/2 May 2006).

3 According to *art. 44, par. 2 phrase I* of the Constitution, "*Private property is equally guaranteed and protected by the law irrespective of its owner."*

means that the lawmaker has to create in order to guarantee this right. Art. 1 of Protocol no. 1 additional to the European Convention4, says in its first paragraph, in the meaning that "nobody may be deprived of its property", still, the imperativeness of the text is decreased by the exception, "except for a cause of public utility and under the conditions provided by the law and by the general principles of international law." This article, as resulted from par. 2, does not prevent member states to adopt the regulations "that it considers necessary", regarding "the use of assets" if they comply with the general interest like the ones admitting the in legal acts the existence of extinctive or acquisitive property effects in the horizontal relations, even without the owner's approval. The double face of acquisitive prescription – liberty depriving, from the real owner's point of view and the consolidation of a right it has known as its for a long time, from the good-will usucapio owner's point of view, availing itself of the acquisitive effect, as a benefit of the law, from the point of view of the bad-will usucapio owner's point of view - allows various interpretations of art. 1 of Protocol no. 1 to the European Convention, both in the meaning of a conflict between this legislative text and the effects of the acquisitive prescription and reversely, in the meaning that this effects are not a violation in the private property right, as long as it is exercised in compliance with the law. Such an interpretation, from various points of view, is also provided by ECHR in two decisions sentenced in the same case, at a distance of two years. Towards the end of 2005 (15th of November 2005), through ECHR Resolution, given in the case of J. A. Pye (Oxford) versus the Great Britain, as, in a plastic formula, it was suggestively said regarding its controversial ground, the institution of usucapio "the bullet zinged by its ear": one of ECHR Chambers decided that the British legislation regarding acquisitive prescription breaches art. 1 of Protocol no. 1 to the European Convention. In short, within the decision reasons, it was appreciated that, in the case of fields not recorded in land registries, the institution of acquisitive prescription serves in preventing legal insecurity and guaranteeing the reality of a non-contested ownership of a field, the importance of such objectives becomes debatable in the case of fields included in land registries, that facilitates the identification of the legal status of the field. It next showed that states may really determine public interest regarding the loss of the ownership right upon the asset in favour of third parties, as an effect of fulfilling the term of acquisitive prescription5, but the fact that the

---

4 According to *art. 1* of the Protocol *no. 1* of *the European Convention, "Any natural or legal entity is entitled to the respect of its assets. Nobody may be deprived of its property except for a cause of public utility and under the conditions provided by the law and by the general principles of international law. The previous provisions shall not breach states rights to adopt the laws they consider necessary for regulating the use of assets according to the general interest or in order to provide the payment of taxes or other contributions, fines".*

5„… *Only ignoring this distinction between legal protection of the private property right in vertical relations and this right legal protection in horizontal relations explains the solution adopted by the European Court of Human Rights in the case of J.A. Pye (Oxford)*

owner is deprived of its asset without receiving a compensation in return is an excessive individual task that may break "the right balance" between the exigencies of public interest and the right for assets respect, therefore a breach of man's patrimonial rights. ECHR Chamber decided with a very small majority (four votes against three, the divergent separate opinion being common for all the three judges voting against the solution) that there is a breach of art. 1 from Protocol no. 1. Following a request of the British government, re-examined by the Great Chamber of ECHR, (ECHR Resolution, the Great Chamber from 30th of August 2007 in the case of J. A. Pye (Oxford) Ltd versus the United Kingdom of Great Britain) that reached a different conclusion, considering that the penalty of owner's omission to protect its asset is not excessive in case of its usucapio. Unlike the Chamber that analyzed the circumstance as ownership depriving, the Great Chamber analyzed it as a regulation of assets use, in which case there was no problem for giving compensations, and as far as the procedural protection is concerned for the owner recording in land registries, it was decided that complaining companies had the possibility to submit the action for the recovery of possession, thus interrupting the prescription term.

Contact – email
peptanrodica@yahoo.com

Ltd. versus the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. […] this decision of the European Court of Human Rights expresses the conflict between the publicist view and the privatist one regarding the matter. The failure to understand the specificity of acquisitive prescription, a private law institution, that operates in horizontal relations and not in vertical ones explains why, in majority's opinion, it has been appreciated that the acknowledgement of the acquisitive effect of prescription is a violation of the ownership right, a breach of the provisions of art. 1 from Protocol no. 1 additional to the European Convention, respectively." (V. Stoica, *op. cit.*, Vol. II, p. 362).

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NĚKOLIK POZNÁMEK K PROCESNÍM ASPEKTŮM V OBLASTI STŘETŮ ZÁJMŮ V ÚZEMÍ

MARIE POLÁČKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Větší část příspěvku je věnována stavebnímu zákonu, který obsahuje úpravu základních koncepčních nástrojů v platném právním řádu. Příspěvek konkrétně hovoří o politice územního rozvoje a zásadách územního rozvoje. Je řešen proces schvalování Politiky a Zásad a možnost veřejnosti ovlivnit výsledek řešeného střetu zájmů na území ČR a na území krajů. Závěr příspěvku je věnován obecně řešení střetu závazných stanovisek ve smyslu § 149 a násl. správního řádu a krátkým úvahám nad tímto institutem.

Key words in original language
Politika územního rozvoje; zásady územního rozvoje; závazná stanoviska.

Abstract
The most of the contribution text is aimed at Building Act which includes regulation of primary conceptual instruments in our present legal order. The contribution deals with Spatial Development Policy (SDP) and Development Principles (DP), especially the procedure of SPD and DP approving and the possibility for the public to influence an outcome from conflict of interests in the land in the Czech Republic. The contribution deals generally with the solution of conflict of binding assessments in accordance with § 149 and following of Administrative Order and short considerations about this institute.

Key words
Spatial development policy; development principles; binding assessments.

1. ÚVOD

Půda, jako jedna ze složek životního prostředí, je prostor na naší planetě, který se vyskytuje v omezené míře. Stejně tak životní prostředí, které nás obklopuje a které je s půdou neodmyslitelně spjato, není nezničitelné. Jednotlivé subjekty mají různé představy, jak s tímto prostorem a životním prostředím nakládat. Představy nakládání s půdou a životním prostředím si velmi často konkurují, střetávají se. Zákonodárce proto musel najít způsob, jak usměrňovat protichůdné nebo střetávající se celospolečenské i individuální zájmy jednotlivých subjektů práva; s hlavním cílem – zajistit ochranu jak jednotlivým složkám životního prostředí, tak i individuálním právům osob. Hlavním regulačním prostředkem v této oblasti se stal stavební zákon, který obsahuje řadu ustanovení týkající se územního plánování, které má za úkol provést určitý výběr mezi zájmy směřujícími do určitého území tak, aby mohly být realizovány. Stavební zákon ale není

jediný právní předpis, který se střetům zájmů v území věnuje. Mezi další právní předpisy věnující se tomuto problému můžeme zařadit např. zákon o ochraně zemědělského půdního fondu,[1] zákon o ochraně přírody a krajiny,[2] zákon o lesích,[3] zákon o zemědělství[4] a řadu dalších. Zjednodušeně řečeno, jedná se o řadu tzv. složkových právních předpisů v právu životního prostředí.

Je nutné velmi dobře naplánovat, jakým způsobem půdu a ostatní složky životního prostředí budeme využívat. Při plánování aplikujeme tzv. princip prevence, kdy se pokoušíme odhadnout, jaké důsledky budou mít lidské aktivity na životní prostředí ještě předtím, než začnou být realizovány. Ke krátkodobému i dlouhodobějšímu plánování vytváříme tzv. plány péče o vybraná zvlášť chráněná území, oblastní plány rozvoje lesů, plány nakládání s odpady, plány hlavních povodí. Podle jiných složkových zákonů máme možnost provádět pozemkové úpravy či koncipovat projekty systémů ekologické stability. V neposlední řadě je nutné koncipovat i havarijní a povodňové plány, aby se předešlo nejen škodám na majetku a zdraví lidí, ale také škodám na životním prostředí. Zmíněné koncepční nástroje se odlišují stupněm obecnosti či konkrétnosti, některé z těchto koncepčních nástrojů jsou zaměřeny úzce na určitou činnost nebo její výsledky bez přímé vazby na území, jiné se orientují na řešení vztahů zamýšlených aktivit na prostor, v němž mají být realizovány.[5]

Tento příspěvek se bude převážně věnovat některým institutům stavebního zákona, které mají sloužit k vyřešení střetu individuálních zájmů s veřejnými, stejně tak i k vyřešení střetů několika veřejných zájmů mezi sebou. V rámci příspěvku bude nastoleno několik otázek týkajících se střetů zájmů v území. Příspěvek si neklade za cíl na tyto otázky odpovědět, spíše přivést posluchače ke krátkému zamyšlení nad přiblíženými problémy.

2. POLITIKA ÚZEMNÍHO ROZVOJE

Politika územního rozvoje je nástrojem územního plánování, který zavádí zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (dále jen

[1] Zákon č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, ve znění pozdějších předpisů.

[2] Zákon 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů.

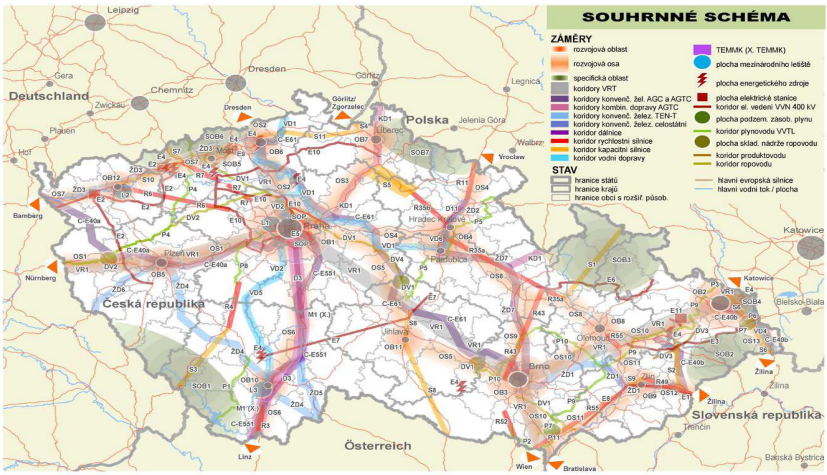
[3] Zákon 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

[4] Zákon 252/1997 Sb., o zemědělství, ve znění pozdějších předpisů.

[5] Pekárek M. Územní plánování – jeho postavení a úloha při ochraně životního prostředí a jeho vztahy k dalším koncepčním nástrojům ochrany životního prostředí z pohledu práva [citováno 7. října 2009]. Dostupné z: http://www.cspzp.com/dokumenty/konference01/pekarek.doc.

stavební zákon), v platném znění. Vláda ČR dne 20. 7. 2009 na svém jednání schválila návrh Politiky územního rozvoje ČR 2008 (celostátní nástroj územního plánování), který byl pořízen Ministerstvem pro místní rozvoj.[6]

Politika územního rozvoje není, jak by se snad mohlo na první pohled zdát, jen rámcovým dokumentem, který je následně rozveden v dalších nástrojích územního plánování. Současná Politika územního rozvoje např. konkrétně vymezuje rozvojové oblasti a rozvojové osy na území ČR, specifické oblasti (např. Šumava) a podmínky, za kterých je možno rozhodovat o změnách v území v těchto oblastech, koridory a plochy silniční, železniční, letecké a vodní dopravy, koridory technické infrastruktury nebo hovoří o hlubinných úložištích vysoce radioaktivních odpadů. Spolu s vymezením jednotlivých oblastí se objevují jistá omezení pro obyvatele, kteří na zmíněných územích žijí. Pro ilustraci uvádím mapku, s pomocí níž si můžeme udělat představu, jaká je rozloha území, které je politikou územního rozvoje dotčeno.



Obrázek 1 Souhrnné schéma znázorňující území zasažené politikou územního rozvoje[7]

Politika územního rozvoje je schvalována usnesením vlády. Jedná se o nástroj, který zasahuje do značné plochy území ČR a ovlivní tak životy stovek vlastníků pozemků nacházejících se na území vymezených Politikou. Z politiky územního rozvoje vycházejí následně i zásady územní rozvoje, pro něž je Politika závazná, a musejí s ní být v souladu. Širší veřejnost

[6] Ministerstvo pro místní rozvoj. Politika územního rozvoje ČR 2008 [citováno 10. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.mmr.cz/Uzemni-planovani-a-stavebni-rad/Koncepce-Strategie/Politika-uzemniho-rozvoje-Ceske-republiky/Politika-uzemniho-rozvoje-CR-2008.

[7] Zdroj: Ministerstvo pro místní rozvoj. Politika územního rozvoje ČR 2008, str. 93 [citováno 10. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.mmr.cz/Uzemni-planovani-a-stavebni-rad/Koncepce-Strategie/Politika-uzemniho-rozvoje-Ceske-republiky/Politika-uzemniho-rozvoje-CR-2008.

ale nemá možnost se na vytváření Politiky územního rozvoje výrazněji podílet. Veřejnost může pouze připomínkovat návrh Politiky a vyhodnocení vlivů na udržitelný rozvoj území. Tvůrcem Politiky je tedy Ministerstvo pro místní rozvoj, Ministerstvo životního prostředí, které k Politice předkládá SEA a hodnocení vlivů na evropsky významné lokality a ptačí oblasti, tedy Natura 2000. Návrh Politiky je tak utvářen výhradně mocí výkonnou, která by mohla být ovlivněna některými lobbyistickými zájmy a veřejnost v podstatě nemá možnost tyto lobbyistické zájmy ani korigovat ani se proti nim bránit opravnými prostředky, které by výslovně byly dány zákonem. Položme si tedy otázku, zda existuje možnost přezkoumatelnosti Politiky.

V současnosti existují tři právní názory na přezkoumatelnost politiky územního rozvoje.

První z nich vychází z myšlenky, že z materiálního pohledu Politika vykazuje znaky opatření obecné povahy.[8] Dalo by se tedy uvažovat o návrhu na zrušení opatření obecné povahy k Nejvyššímu správnímu soudu podle § 101 a soudního řádu správního.[9] Návrh na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho částí je oprávněn podat ten, kdo tvrdí, že byl na svých právech opatřením obecné povahy, vydaným správním orgánem, zkrácen. S touto možností se ztotožňuji nejvíce a je podle mne nejreálnější variantou přezkoumatelnosti politiky územního rozvoje.

Druhý možný pohled na opravný prostředek politiky územního rozvoje vychází z předpokladu, že usnesení vlády je rozhodnutím správního orgánu sui generis, a proto je vůči němu přípustná správní žaloba proti rozhodnutí správního orgánu. Naplněny musí ale být i podmínky dané § 65 soudního řádu správního, tzn. že žalobce musí být zkrácen na svých právech přímo nebo v důsledku porušení jeho práv v předchozím řízení úkonem správního orgánu, jímž se zakládají, mění, ruší nebo závazně určují jeho práva či povinnosti. Samozřejmě nelze tvrdit, že samotnou Politikou lze osobám ukládat konkrétní povinnosti. Ale podívejme se na tento institut trošku obšírněji. Zásady územního rozvoje musí být v souladu s Politikou a regulační a územní plány musí být zase v souladu se zásadami územního rozvoje. Na tyto koncepční nástroje potom navazuje další rozhodování v území. Dá se hovořit o jisté hierarchii jednotlivých nástrojů územního plánování, která může mít za následek právě uložení vynutitelné povinnosti příslušným správním rozhodnutím, které bude vycházet právě z výše

[8] K tomu nález Ústavního soudu Pl. ÚS 14/07, který hovoří o materiální povaze územního plánu. Z uvedeného znění nálezu ÚS lze dovozovat, že politika územního rozvoje je v materiálním pojetí také opatřením obecné povahy.

[9] Zákon č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, v platném znění.

zmíněných nástrojů územního plánování.[10] Předpokladem tedy je, že naplněním záměrů daných Politikou může dojít k újmám presumovaných v § 65 soudního řádu správního. K realizaci všech záměrů daných Politikou sice dojít nemusí, ale vlivem Politiky může dojít ke snadnějšímu prosazení těchto záměrů a tím by mohlo dojít k faktickému omezení veřejnosti vyjádřit se včas k připravovaným záměrům. S ohledem na Politiku jsou schváleny zásady územního rozvoje a následně i územní plán. Při územním řízení potom stavební úřad nemusí přihlížet k námitkám a závazným stanoviskům, o kterých bylo rozhodnuto v řízení o vydání územního plánu. Politika jako základní rámcový dokument se tak prolíná celým stavebním zákonem a stavebním řádem, od jejího schválení, až po vydání stavebního povolení. V souladu s koncentrační zásadou není možné na nižších úrovních územního plánování uplatňovat připomínky, stanoviska a námitky k otázkám, o kterých bylo rozhodnuto už v rámci schvalování Politiky.[11] V tomto případě by se ale pravděpodobně, dle mého názoru, jednalo o velmi extenzivní výklad § 65 soudního řádu správního, a tak se tento směr přezkoumatelnosti jeví celkem jako nereálný.

Třetí možností, jak politiku územního rozvoje přezkoumat, je podání Ústavní stížnosti směřující proti opatření nebo jinému zásahu orgánu veřejné moci.[12]

V navrhované novele stavebního zákona, jejíž znění nalezneme na stránkách Ministerstva pro místní rozvoj,[13] už se předpokládá, že politiku územního rozvoje bude vydávat vláda ve formě nařízení. Bude tak možné, aby i jednotlivec, pokud splní podmínky dané zákonem,[14] měl možnost obrátit se na Ústavní soud s žádostí o zrušení nařízení vlády, pokud bude mít pochybnost o jejím souladu s ústavními zákony. Pokud by opravdu došlo ke schválení novely stavebního zákona, byl by výše nastíněný problém týkající se opravného prostředku k politice územního rozvoje odstraněn.

---

[10] Srovnej Průcha, P. In Nový správní řád v praxi krajských úřadů. Sborník ze zimní konference/workshopu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. 2007, str. 181.

[11] S touto zásadou je možno polemizovat v tom směru, zda je vůbec možné, aby na úrovni Politiky a Zásad existovaly věcně totožné připomínky, stanoviska a námitky.

[12] § 72 odst. 1 písm. a) zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, v platném znění.

[13] Ministerstvo pro místní rozvoj. Návrh novely stavebního zákona [citováno 23. listopadu 2009]. Dostupné z: http://www.mmr.cz/Uzemni-planovani-a-stavebni-rad/Pravo-Legislativa/Legislativa.

[14] § 64 a § 74 zákona č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, v platném znění. Spolu s ústavní stížností může být podán návrh na zrušení zákona nebo jiného právního předpisu anebo jejich jednotlivých ustanovení, jejichž uplatněním nastala skutečnost, která je předmětem ústavní stížnosti, jestliže podle tvrzení stěžovatele jsou v rozporu s ústavním zákonem, popřípadě se zákonem, jedná-li se o jiný právní předpis.

V současné době je Politika územního rozvoje ČR 2008, schválená 20. 7. 2009, napadena u Nejvyššího správního soudu.

3. ZÁSADY ÚZEMNÍHO ROZVOJE

Zásady územního rozvoje jsou koncepčními nástroji pořizovanými pro celá území jednotlivých krajů. Krajské úřady mají povinnost pořídit tyto zásady do 31. 12. 2011. Veřejnost opět nemá možnost výrazněji se účastnit schvalování zásad územního rozvoje. Má pouze možnost připomínkování návrhu Zásad. Obce však mohou podávat námitky proti návrhu Zásad.[15] Zásadami územního rozvoje mohou být ovlivněni vlastníci pozemků nacházejících se v oblastech vymezených zásadami územního rozvoje, protože podle znění § 101 stavebního zákona k pozemku určenému územním plánem nebo regulačním plánem pro veřejně prospěšnou stavbu nebo pro veřejně prospěšné opatření má obec nebo kraj, který je vymezil v *územně plánovací dokumentaci*, nebo stát podle příslušnosti k vlastnictví v souladu se zvláštními právními předpisy předkupní právo. Územně plánovací dokumentací jsou podle systematiky stavebního zákona také zásady územního rozvoje. Vydání Zásad tak může zasáhnout do práv jednotlivých osob. U navrhované novely stavebního zákona bylo ale sousloví „územně plánovací dokumentace“ vyškrtnuto a proto tento problém se vznikem předkupního práva spolu s účinností novely odpadne. I přes tuto nápravu se domnívám, že schvalováním zásad územního rozvoje dochází do zásahů práv, především vlastnických, řady osob.

Veřejnost se může do schvalování zásad územního rozvoje významněji zapojit prostřednictvím tzv. zástupce veřejnosti, který má možnost k návrhu Zásad podávat námitky. Zmocnit zástupce k podávání námitek ale není snadné. Ze znění § 23 odst. 2 stavebního zákona lze dovozovat následující postup: občané musí nejprve samy podat tzv. věcně shodné připomínky a teprve potom mohou zmocnit fyzickou nebo právnickou osobu, aby za ně podala k návrhu Zásad námitky. Pokud by ale krajské úřady odmítaly námitky zástupců veřejnosti jenom proto, že by občané podali věcně shodné připomínky a zmocnili zástupce současně, jednalo by se pravděpodobně o velmi restriktivní výklad zákona.[16]

Zástupce veřejnosti má jasně stanovenu svoji pravomoc, která ve většině případů končí uplatněním námitky (námitek) k návrhu zásad územního rozvoje.

Dle § 172 odst. 5 in fine správního řádu není možné proti rozhodnutí o námitkách, které vydává orgán, který vydává opatření obecné povahy (zásady územního rozvoje), podat odvolání ani rozklad. Nicméně ze znění

[15] § 39 stavebního zákona.

[16] Zahumenská V. Politika územního rozvoje a územní plánování v krajích. Veřejná správa. č. 4/2009, str. 16.

tohoto ustanovení lze dovodit, že je možná obnova řízení a přezkumné řízení podle správního řádu. Má v těchto případech zástupce veřejnosti nějaké pravomoci? Dle mého názoru může zástupce veřejnosti podat žádost o obnovu řízení, protože např. došlo ke změně nebo zrušení závazného stanoviska dotčeného orgánu, o které se rozhodnutí o námitkách opíralo. Vycházíme přitom ze znění § 174 odst. 1 správního řádu, který říká, že pro řízení týkající se opatření obecné povahy se přiměřeně použije i ustanovení části druhé správního řádu, kam spadá i obnova řízení.[17]

Přezkumné řízení je možné zahájit pro rozpor rozhodnutí o námitkách s právními předpisy nebo pro vady řízení, které vydání daného rozhodnutí předcházelo. Výsledkem přezkumného řízení může být zrušení nebo změna rozhodnutí o námitkách. Vycházíme přitom ze znění § 158 odst. 2 správního řádu, který nám říká, že § 156 odst. 2 se přiměřeně použije i na úkony správního orgánu prováděné při postupu podle části šesté správního řádu, jejichž zrušení není zvlášť upraveno. Ze znění § 156 odst. 2 správního řádu lze potom dovozovat, že rozhodnutí o námitkách je možné zrušit usnesením orgánu, který je vydal, a na tento postup se přiměřeně použije ustanovení hlavy IX části druhé správního řádu o přezkumném řízení.[18] Zástupce veřejnosti tak podle mého názoru může podat podnět k provedení přezkumného řízení.

Změna nebo zrušení pravomocného rozhodnutí o námitkách může mít za následek změnu zásad územního rozvoje.[19] V samotném § 41 odst. 3 a 4 stavebního zákona je potom uvedeno, že dojde-li ke změně nebo zrušení rozhodnutí o námitkách, je kraj povinen uvést zásady územního rozvoje do souladu s tímto rozhodnutím; do té doby nelze rozhodovat a postupovat podle těch částí zásad územního rozvoje, které jsou vymezeny v rozhodnutí o zrušení rozhodnutí o námitkách.

Podle judikatury Nejvyššího správního soudu nemá zástupce veřejnosti možnost podat návrh na zrušení Zásad jako opatření obecné povahy podle § 101 a soudního řádu správního.[20] Je ale možné, aby zástupce veřejnosti podal správní žalobu týkající se zrušení nebo změny rozhodnutí o námitkách? Možnost soudního přezkumu rozhodnutí o námitkách není současnou právní úpravou přímo řešen a ani Nejvyšší správní soud dosud tuto situaci neposuzoval. Dá se ale bezesporu uvést, že rozhodnutí o námitkách je rozhodnutím vydaným v oblasti veřejné správy správním

[17] Srovnej Průcha, P.: Opatření obecné povahy a nový stavební zákon. In Nový správní řád v praxi krajských úřadů. Sborník ze zimní konference/workshopu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. 2007, str. 202.

[18] Tamtéž, str. 202.

[19] § 172 odst. 5 správního řádu.

[20] Rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Ao 3/2008.

orgánem, kterému je svěřeno rozhodování o právech a povinnostech fyzických a právnických osob v oblasti veřejné správy. Lze tedy dovozovat, že rozhodnutí o námitkách je rozhodnutím, proti kterému je možné podat žalobu ke správnímu soudu za podmínek daných soudním řádem správním. První z podmínek stanovenou soudním řádem správním je, aby subjekt, který podává žalobu, vyčerpal řádné opravné prostředky v řízení před správním orgánem tam, kde je připouští zvláštní zákon.[21] U rozhodnutí o námitkách zvláštní zákon odvolání vylučuje.[22] Z rozhodování ve správním soudnictví jsou vyloučeny věci, o kterých tak stanoví soudní řád správní nebo zvláštní zákon.[23] Současná právní úprava ale výslovně nevylučuje soudní přezkum rozhodnutí o námitkách.[24]

S ohledem na materiální tendence Nejvyššího správního soudu v jeho rozhodovací činnosti a s ohledem na výše uvedené se dá předpokládat, že proti rozhodnutí o námitkách by bylo možné podat správní žalobu. Je tedy ale možné, aby ji podal i zástupce veřejnosti? Bylo by možné zmocnit zástupce veřejnosti jak k podání námitky k návrhu Zásad, tak případnému podání opravného prostředku proti rozhodnutí o námitce. Nedošlo by tím k překročení působnosti stavebního zákona, který institut zástupce veřejnosti zavedl?

V mnoha případech by bylo účelné, aby se zástupce veřejnosti od počátku účastnil příprav návrhu zásad územního rozvoje. Bohužel to ale není ve většině případů možné,[25] protože institut zástupce veřejnosti se může aktivovat až v okamžiku, kdy veřejnost podává k již vypracovanému návrhu Zásad věcně shodné připomínky. Stavební zákon navíc přímo neukládá krajskému úřadu povinnost spolupráce se zástupcem veřejnosti.

V připravované novele stavebního zákona se zásady územního rozvoje zasílají také Ministerstvu životního prostředí, Ministerstvu práce a sociálních věcí, Ministerstvu průmyslu a obchodu, Ministerstvu zemědělství, Ministerstvo dopravy, Ministerstvo kultury, Ministerstvu zdravotnictví a Ministerstvu pro místní rozvoj k uplatnění vyjádření k návrhu Zásad. Uvedené správní úřady uplatní svá vyjádření do 30 dnů od obdržení výzvy, jinak se k nim nepřihlíží. Ve svých vyjádřeních uvedou

---

[21] § 68 písm. a soudního řádu správního.

[22] Viz výše § 172 odst. 5 správního řádu.

[23] § 68 písm. e soudního řádu správního.

[24] Srovnej Průcha, P.: Opatření obecné povahy a nový stavební zákon. In Nový správní řád v praxi krajských úřadů. Sborník ze zimní konference/workshopu. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. 2007, str. 207.

[25] Výjimku tvoří ty případy, kdy je po veřejném projednání návrhu zásad územního rozvoje nutné, aby krajský úřad zadal vytvoření zcela nového návrhu Zásad.

připomínky z hlediska zajištění podmínek udržitelného rozvoje území a výběru optimální varianty řešení.

4. ZÁVAZNÁ STANOVISKA VE SMYSLU § 149 SPRÁVNÍHO ŘÁDU

Závazná stanoviska jsou správními akty, které nemají povahu správního rozhodnutí vydaného ve správním řízení podle § 67 správního řádu. Závazná stanoviska vydaná ve smyslu § 149 správního řádu jsou podkladovými rozhodnutími, která jsou pro správní orgán, který vydává navazující rozhodnutí, závazná, tzn. jeho obsah je závazný pro výrokovou část navazujícího rozhodnutí. V případě vyhodnocování závazných stanovisek tzv. dotčených orgánů se neprojevuje zásada volného hodnocení důkazů.[26]

Závazná stanoviska mohou být pozitivního nebo negativního charakteru. Jestliže dotčený orgán nesouhlasí s realizací předkládaného záměru, má možnost vydat negativní závazné stanovisko, které znemožňuje žádosti vyhovět. Znamená to, že správní orgán, který závazné stanovisko využívá při svém rozhodování jako podkladové, má povinnost v probíhajícím správní řízení žádost zamítnout.[27]

Naopak, pokud dotřený orgán v zásadě souhlasí s provedením předkládaného záměru, vydá pozitivní závazné stanovisko, které umožňuje v navazujícím správním řízení žádosti vyhovět. V pozitivním závazném stanovisku si může dotčený orgán stanovit podmínky, bez kterých nelze záměr provést.

Závaznost stanoviska se nejmarkantněji projevuje právě v případech, kdy dotčené orgány vydají negativní závazné stanovisko. Správní řád obligatorně stanoví správnímu orgánu, vydávajícímu konečné rozhodnutí, respektovat obsah závazného stanoviska znemožňujícího vyhovět podané žádosti. Správní orgán tak nemá podle zákona jinou možnost, než ukončit provádění a získávání dalších důkazů a žádost zamítnout.[28] Jedná se o obdobu ustanovení § 51 odst. 3 správního řádu, který stanoví, že je-li v souladu s požadavky § 3 téhož zákona zjištěna skutečnost znemožňující vyhovět žádosti, neprovádí správní orgán další dokazování a žádost zamítne.

Dotčené orgány poskytují ochranu celospolečenským (veřejným) zájmům. Každý z dotčených orgánů chrání „svůj“ veřejný zájem a proto může někdy

[26] § 50 odst. 4 správního řádu.

[27] § 149 odst. 3 správního řádu. Negativní závazné stanovisko nelze překlenout ani aplikací § 136 odst. 6 správního řádu.

[28] § 149 odst. 3 správního řádu.

dojít k jejich střetu v podobě rozporuplných podmínek, které si stanoví ve svých pozitivních závazných stanoviscích. Tento rozpor je možno odstranit postupem daným § 136 odst. 6, resp. § 133 a násl. správního řádu. Dotčené orgány, které vydaly závazná stanoviska, která jsou svým obsahem rozporná, jsou povinny tuto skutečnost bezodkladně oznámit nejblíže společně nadřízenému správnímu orgánu, který jejich rozpor rozhodne. Nemají-li dotčené orgány společně nadřízený správní orgán, projednávají rozpor ústřední správní úřady, které jsou dotčeným orgánům nadřízené. Ústřední orgány projednávají rozpor v tzv. dohodovacím řízení. Jestliže je dohodovací řízení bezvýsledné, je ústřední správní úřad, na jehož návrh bylo dohodovací řízení zahájeno, povinen předložit zprávu o jeho průběhu spolu s návrhy jednotlivých ústředních úřadů k řešení vládě. U vlády se totiž dá předpokládat, že by jako vrcholný výkonný orgán měla být schopna koordinovat jednotlivé veřejné zájmy, které jsou na nejnižších úrovních hájeny právě dotčenými orgány.

V některých případech může dojít k tomu, že jeden správní orgán vykonává svoji působnost na několika úsecích veřejné správy (obecní úřad obce s rozšířenou působností). V rámci jednoho správního orgánu (jednoho obecního úřadu) tak například sídlí několik na sobě nezávislých odborů, kdy každý z nich hájí „své“ veřejné zájmy podle zvláštních zákonů. Na řešení sporů vzniklých z takto vydaných stanovisek nelze aplikovat postup daný § 136 odst. 6 správního řádu, protože se nebude jednat o rozpory mezi dotčenými orgány ve smyslu tohoto paragrafu.

Stavební zákon za účelem zjednodušení vydávání několika závazných stanovisek, které je příslušný vydávat pouze jeden správní orgán (trojková obec) a které si navzájem neodporují, zavádí institut koordinovaného stanoviska.

V této oblasti se nám objevuje jedna zcela praktická otázka. Jak vyřešit situaci, kdy by správní orgán rozhodl nezamítavým způsobem (byť i nedopatřením) na základě negativního závazného stanoviska a nikdo by proti takovému nezamítavému správnímu rozhodnutí nepodal opravné prostředky? Je takovéto nezamítavé rozhodnutí, které vůbec nemělo být vydáno, nicotné, protože trpí vadami, které jej činí vnitřně rozporným? Obdobně, jak řešit situaci, kdy by správní orgán, který vydává konečné správní rozhodnutí, obdržel od dotčených orgánů řadu pozitivních závazných stanovisek a minimálně jedno negativní závazné stanovisko. Jak tuto situaci vyřešit? Podle znění § 149 odst. 3 správního řádu není možné, aby žádosti vyhověl. Ale co kdyby správní orgán i přesto vydal pozitivní správní rozhodnutí a záměr povolil? A nikdo by proti konečnému správnímu rozhodnutí nepodal opravný prostředek?

Na závěr bych si dovolila ještě jednu malou úvahu k institutu závazných stanovisek. Podle zákona o ochraně přírody a krajiny[29] vláda usnesením

[29] Zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, v platném znění.

v přesně specifikovaných situacích schvaluje výjimky ze zákonných zákazů ve zvláště chráněných územích.[30] Správním orgánem příslušným k udělení výjimky je Ministerstvo životního prostředí. Ministerstvo po obdržení žádosti o výjimku předloží tuto žádost do 60 dnů na jednání vlády. Do 30 dnů po projednání ve vládě vydá Ministerstvo životního prostředí rozhodnutí podle usnesení vlády, které se může k povolení výjimky stavět buď pozitivně, nebo negativně. Existuje nějaká možnost obrany proti usnesení vlády? Např. Zdeňka Vobrátilová se ve svém článku pozastavuje nad tím, zda je vláda v tomto případě dotčeným orgánem státní správy ve smyslu správního řádu.[31] Pokud by tomu tak skutečně bylo, bylo by usnesení vlády rozhodnutím sui generis s povahou závazného stanoviska? A jestliže by usnesení vlády bylo skutečně rozhodnutím sui generis s povahou závazného stanoviska, bylo by možné toto rozhodnutí samostatně přezkoumat ve správním soudnictví?[32]

Z důvodu rozsáhlosti textu, který by bylo nutno věnovat otázce přezkoumatelnosti institutu závazných stanovisek, ať už podle správního řádu nebo v rámci správního soudnictví, si dovoluji od této oblasti zatím upustit a doufám, že se této otázce budu moci věnovat v některém z dalších příspěvků.

5. ZÁVĚR

Ve svém příspěvku jsem se snažila poukázat na některé problémy, které se mohou objevit u schvalování, popř. vydávání, nástrojů řešících střet různých zájmů směřujících do jednoho území. V některých případech má již brzy dojít k nápravě (po novele stavebního zákona se politika územního rozvoje bude vydávat formou nařízení vlády). O ostatních otázkách, zmíněných v textu příspěvku, bude muset rozhodnout teprve četnější praxe a judikatura Nejvyššího správního soudu.

Literature:

- Čapla, N. et al: Ochrana životního prostředí ve správním soudnictví: sborník příspěvků ze semináře, Praha: LexisNexis CZ s. r. o. ve spolupráci s Justiční akademií v Kroměříži, 2008, s. 141, ISBN 987-80-86920-27-6

[30] § 43 zákona o ochraně přírody a krajiny.

[31] Vobrátilová Z. Dotčené orgány, Bulletin stavební právo, č. 1/2008, str. 7.

[32] K tomu viz usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21. 10. 2008, čj. 8 As 47/2005 – 86 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 8. 2009 čj. 7 As 43/2009 – 52.

- Černý, P. et al: Průvodce novým správním řádem : s podrobným výkladem a vzory podání, Praha: Linde, 2006, s. 439, ISBN 80-7201-600-8
- Handrlice, J.: Závazné stanovisko a rozhodnutí podmíněné závazným stanoviskem. Právní forum. 2006, roč. 3, č. 10, s. 366 – 372. ISSN 1214-7966
- Hendrych, D. et al: Správní právo. Obecná část, 7. vyd. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 837, ISBN 978-80-7400-049-2
- Jemelka, L. et al: Správní řád : komentář. 1. vyd. Praha: C.H. Beck, 2008, s. 592, ISBN 978-80-7179-784-5
- Kadečka, S., Marek, D. et al: Nový správní řád v praxi krajských úřadů - sborník ze zimní konference/workshopu, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, s. 215, ISBN 978-80-7380-072-7
- Pekárek M. Územní plánování – jeho postavení a úloha při ochraně životního prostředí a jeho vztahy k dalším koncepčním nástrojům ochrany životního prostředí z pohledu práva [citováno 7. října 2009]. Dostupné z: http://www.cspzp.com/dokumenty/konference01/pekarek.doc.
- Skulová, S. et al: Správní právo procesní. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2008, s. 428, ISBN 978-80-7380-110-6
- Vobrátilová Z. Dotčené orgány. Bulletin stavební právo. 2008, č. 1, s. 3-10. ISSN 1211-6386 SP
- Zahumenská V. Politika územního rozvoje a územní plánování v krajích. Veřejná správa. 2009, č. 4, s. 15-17. ISSN 1213-6581

Contact – email
Marie.Polackova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚZEMNÍ ROZHODNUTÍ JAKO PROSTŘEDEK ŘEŠENÍ ZÁJMŮ V ÚZEMÍ

IVANA PRŮCHOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá jednotlivými druhy územních rozhodnutí, a to se zřetele k jejich roli při řešení střetů zájmů v území. Předmětem pozornosti jsou jak veřejnoprávní, tak soukromoprávní problémy, které je třeba v územním řízení řešit a nástin nástrojů, které k tomu slouží. Stranou zájmu nezůstávají ani vztahy územních rozhodnutí k územně plánovací dokumentaci.

Key words in original language
Územní rozhodnutí; řešení střetů zájmů v území; veřejný zájem; majetková práva.

Abstract
This contribution deals with particular types of municipal decisions. Especially it focuses on their role while solving conflicts of interest regarding certain territories. Thus I will pinpoint the problems of both the public and private law which are often dealt with in municipal proceedings. Moreover I will outline the tools that are used for such solutions and the relationships between municipal decisions and documentation regarding municipal planning.

Key words
Municipal Decision; Solving Conflicts of Interest in Certain Territories; Public Interest; Proprietary rights.

1. ÚZEMNÍ ROZHODOVÁNÍ V SYSTÉMU NÁSTROJŮ ÚZEMNÍHO PLÁNOVÁNÍ

Není pochyb o tom, že územní rozhodnutí vždy bylo a i ve světle zák.č. 183/2006 Sb., o územním plávání a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů zůstává významným nástrojem řešení střetů zájmů v území. Dovoluji si tvrdit, že jeho úloha se nejen v období po nabytí účinnosti „nového“ stavebního zákona neoslabila, ale dokonce v mnohých směrech posílila. Cílem tohoto příspěvku je poukázat na základní druhy zájmů, jejich nositele a na některé vybrané otázky spojené s jejich řešením.

V systému nástrojů územního plánování je z hlediska časového „posledním“ v řadě, v němž se stanoví, jak má být území využito. Pohlíženo na nástroje

územního plánování co do jejich právní formy je naopak prvním v řadě[1] , kterým se autitoritativně rozhoduje v podobě správního rozhodnutí. Zkušenosti z prvních 3 let uplatňování zák.č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (dále jen „StZ“ nebo „stavební zákon“) týkající se nejen samotného územního řízení, jehož výsledkem je vydání územního rozhodnutí[2], ale i vzájemných vztahů územního řízení a jemu časově předcházejících nástrojů územního plánování naznačují, že vzájemné vztahy subjektů, které se jich zúčastňují se mnohdy poměrně těžce resp. komplikovaně řešitelné. Osobně mám zato, že zvolení formy opatření obecné povahy[3] pro zásady územního rozvoje, územní plán, regulační plán i samostatné vymezení zastavěného území v případech, kdy obce nemají územní plán, je vhodným řešením. Problematické se však může jevit konstrukce soudního přezkumu těchto opatření obecné povahy, jak co do určení okruhu osob aktivně žalobně legitimovaných, tak co do lhůt resp. absence lhůt ve vztahu k podání návrhu na zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části (s výjimkou případu, kdy je možné návrh podat pouze spolu s podáním žaloby ve správním soudnictví proti rozhodnutí ve věci, v níž bylo opatření obecné povahy užito), a to právě i v návaznosti na navazující územní řízení. Problematickým se jeví i nastolený režim možného soudního přezkumu obecně závazných vyhlášek, jimiž byla vymezena závazná část územně plánovací dokumentace sídelního útvaru nebo zóny, územního plánu obce nebo regulačního plánu podle zák.č. 50/1976 Sb. stejným mechanismem s ohledem na jejich vnímání coby opatření obecné povahy. Není cílem tohoto příspěvku hodnotit argumentaci Ústavního soudu[4], na

---

[1] Mohou samozřejmě nastat situace, kdy územního rozhodnutí nahrazuje ve stanoveném rozsahu regulační plán (viz § 61 odst. 2 stavebního zákona)

[2] Podle platné právní úpravy jde o územní rozhodnutí o změně využití území, územní rozhodnutí o změně stavby nebo zařízení(územní rozhodnutí o umístění stavby, územní rozhodnutí o změně stavby a o změně vlivu stavby na využití území, územní rozhodnutí o dělení nebo scelování pozemků, územní rozhodnutí o ochranném pásmu.

[3] Pro politiku územního rozvoje jako celorepublikový nástroj územního plánování nebyla zvolena ani forma obecně závazného předpisu ani forma opatření obecné povahy. Z konstrukce ve stavebním zákoně lze dovodit, že se jedná o dokument sui genesis, který je schvalován usnesením vlády, ve Sbírce zákonů je uveřejněno Sdělení o tomto schválení – viz č. 272/ 2009 Sb. Z § 31 odst. 4 stavebního zákona pyně, že politika územního rozvoje je závazná pro pořizování a vydávání zásad územního rozvoje, územních plánů, regulačních plánů a pro rozhodování území. Nabízí se proto otázka, proč její závaznost nebyla vyjádřena i ve formě jejího přijímání. De lege ferenda – viz návrh novely stavebního zákona dostupný na www.mmr.cz vyplývá, že se počítá s tím, že by měla být přijímána ve formě nařízení vlády. De lege lata je však třeba v souvislosti s úvahami o její možné soudní přezkoumatelnosti zvážit, zda nevykazuje znaky opatření opatření obecné povahy v materiálním smyslu.

Ač nejsem zastáncem unáhlených legislativních změn, jsem toho názoru, že ve vztahu k politice územního rozvoje by bylo vhodné stavební zákon novelizovat co nejdříve, a to tak, že by pro politiku územního rozvoje byla zvolena forma nařízení vlády.

[4] Srov. blíže Nález ÚS sp.zn. Pl. ÚS 14/07 ze dne 19.11.2008

základě které došlo k ustálení předtím postupně se vyvíjející judikatury Nejvyššího správního soudu k této otázce, pouze považuji za vhodné uvést, že osobně ji sice respektuji, ale nazírám na ni jako na problematickou. [5] Jedná se sice o časově omezené řešení (v návaznosti na postupné pozbývání platnosti „starých"územních plánů ve smyslu § 187 a násl.)[6], nicméně mám zato, že právě ve vztahu k vydávání navazujících územních rozhodnutí lze očekávat, že bude ze strany osob, které se budou cítit na svých právech přímo kráceni právě obsahem těchto „starých" územních plánů, v praxi využíváno a to mnohdy opět v souvislosti s územním řízením, v němž bude !starého" územního plánu užito.

Namísto územního rozhodnutí může být v zákonem stanovených případech vydán územní souhlas, pro který je právě typické, že se jedná z hlediska ochrany veřejných zájmů o formu využitelnou v bezproblémových situacích[7]. To, že se je třeba se o něm zmínit v souvislosti s územním rozhodnutím je dáno stavem nastolenou judikaturou Nejvyššího správního soudu (jmenovitě rozsudkem ze dne 22.ledna 2009 čj.1 As 92/2008-7, podle něhož je i územní souhlas správním rozhodnutím podle § 67 odst. 1 správního řádu). Je vhodné upozornit, že v souvislosti s přípravou novely stavebního zákona[8] se navrhuje, aby bylo výslovně stanoveno, že územní souhlas není správním rozhodnutím.

2. POVAHA ZÁJMŮ V ÚZEMÍ A OKRUH JEJICH REPREZENTANTŮ (PŘEDSTAVITELŮ)

V území se střetávají zájmy různé povahy a intenzity, jejich vzájemné poměry se mohou v časové lince vyvíjet. Navíc i jejich vnímání z hlediska subjektivního nazírání může být nejednoznačné. To, co je některými vnímáno jako zájem soukromý, může být ve svých důsledcích zájmem veřejným. Navíc pro území, které je vždy vázáno na pozemkovou složku, je typická potencionální využitelnost pro více účelů, které mohou být jak zájmy soukromými, tak zájmy veřejnými. Proti sobě tak mohou stát soukromé zájmy navzájem, soukromé zájmy proti zájmům veřejným a konečně i pluralita zájmů veřejných. V určitém časovém okamžiku mohou tyto zájmy stát „proti" sobě v podobě latentní, k jejich aktivizaci dochází až v návaznosti na úmysl realizovat konkrétní záměr v území. A je to právě celý systém nástrojů územního plánování – završený vydáním územního

[5] Viz blíže rovněž Staša, J.: Soudit či nesoudit „starý" územní plán?, BulletinStavební právo 4/2008, s. 4 a násl.

[6] Blíže vit § 187 a násl. zák.č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů

[7] Blíže viz § 96. zák.č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů

[8] Návrh novely je dostupný na www.mmr.cz

rozhodnutí - v němž bude posouzeno, zda, případně za jakých podmínek bude možné v území s ohledem na „vypořádání“ střetů zájmů v území záměr umístit.

2.1 ÚČASTNÍCI ŘÍZENÍ

Nositeli soukromých (individuálních zájmů), je v územním řízení především žadatel. To, že eventuální realizací svého individuálního záměru bude realizovat i určitý zájem veřejný je samozřejmě možné, nicméně to se promítne např. povinnosti prokázání vlastnického či jiného věcného práva k realizaci záměru (silnější postavení má ten, jež hodlá realizovat záměr, pro který je možné pozemek vyvlastnit). Dalšími nositeli soukromých zájmů jsou nesporně vlastníci pozemku nebo stavby, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn, není-li sám žadatelem, nebo ten, kdo má jiné věcné právo k tomuto pozemku nebo stavbě a dále osoby, jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám anebo sousedním pozemkům nebo stavbám na nich může být územním rozhodnutím přímo dotčen.[9] Stavební zákon přiznává postavení účastníka řízení rovněž společenství vlastníků jednotek podle zákona č. 72/1994 Sb, o „vlastnictví bytů“ resp., pokud nemá právní subjektivitu vlastníkovi, jehož spoluvlastnický podíl na společných částech domu činí více než jednu polovinu [10]

Naproti tomu nositelem veřejných práv bude obec, na jejímž území má být požadovaný záměr uskutečněn, které je účastníkem každého územního řízení z důvodu naplnění její územně samosprávné funkce.[11]

Dalším významným nositelem veřejných zájmů jsou jako účastníci územního řízení osoby, o nichž tak stanoví zvláštní předpis, jmenovitě zejména občanská sdružení podle § 70 zák.č. 114/1992 Sb. , o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, či občanská sdružení a obecně prospěšné společnosti podle § 23 odst. 9 zák. č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí, ve znění pozdějších předpisů.

Všechny výše uvedené subjekty jako účastníci řízení mohou vznášet námitky, a to nejpozději při veřejném ústním jednání, jinak se k nim nepřihlíží, na což musí být účastníci řízení stavebním úřadem upozorněni.

---

[9] Viz § 85 odst. 1 a), § 85 odst. 2 písm. a) a b) stavebního zákona

[10] Návrh novely stavebního zákona ve znění dostupném na www.mmr.cz počítá s tím, že napříště tyto subjekty nebudou mít postavení účastníků územního řízení.

[11] Obec může být samozřejmě i nositelem soukromého zájmu z titulu žadatele, vlastníka pozemku nebo stavby, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn, není-li sama žadatelkou nebo z titulu existence jiného věcného práva k tomuto pozemku a dále i jako osoba, jejíž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám nebo sousedním pozemkům nebo stavbám na nich může být územním rozhodnutím přímo dotčeno.

Právě s ohledem na to, zda jsou nositeli soukromého (jak bylo řečeno výše i ten se může ztotožňovat se zájmem veřejným) či veřejného zájmu, je diferencován okruh námitek, které tito účastníci mohou uplatňovat.

Vlastník pozemku nebo stavby, na kterých má být požadovaný záměr uskutečněn, není-li sám žadatelem, nebo ten, kdo má jiné věcné právo k tomuto pozemku nebo stavbě a dále osoby, jejichž vlastnické nebo jiné věcné právo k sousedním stavbám anebo sousedním pozemkům nebo stavbám na nich může být územním rozhodnutím přímo dotčen je oprávněn vznášen námitky, týkající se těchto zájmů. Stavební zákon přiznává postavení účastníka řízení rovněž společenství vlastníků jednotek podle zákona č. 72/1994 Sb, o „vlastnictví bytů" resp., pokud nemá právní subjektivitu vlastníkovi, jehož spoluvlastnický podíl spoluvlastnický podíl na společných částech domu činí více než jednu polovinu a i tito mohou uplatňovat námitky proti projednávanému záměru v rozsahu, jakým je jejich právo přímo dotčeno.

Obec jako jedna z reprezentantů veřejného zájmu uplatňuje v územním řízení námitky k ochraně zájmů obce a zájmů občanů obce, které mohou být charakteru „soukromého", nicméně tím, že je uplatňuje obce je jejich kvalita rázu veřejného.

Rovněž občanská sdružení a obecně prospěšné společnosti, jimž postavení účastníka řízení vyplývá ze zvláštních předpisů, jsou oprávněny uplatňovat námitky, pokud je projednávaným záměrem dotčen veřejný zájem, jehož se podle zvláštního předpisu zabývají.

Ve vztahu k územně plánovací dokumentaci je třeba zdůraznit, že k námitkám, o kterých bylo rozhodnuto při vydání územního nebo regulačního plánu, se nepřihlíží.

Co se týká samotného vypořádání se s námitkami, stojí stavební zákon na principu primárního pokusu o dosažení dohody mezi účastníky řízení. Pokud dohody nebude dosaženo, rozhodne o námitkách stavební úřad, a to na základě obecných požadavků na výstavbu, obecných požadavků na využití území, závazných stanovisek dotčených orgánů nebo technických norem. Stavební úřad může samozřejmě rozhodovat pouze o námitkách, které nepřesahují rozsah jeho působnosti.

Specifický režim platí pro námitky občanskoprávní povahy, kdy stavební zákon stojí na konstrukci, že si o ní učiní stavební úřad úsudek a rozhodne ve věci samé (vyhověním žádosti nebo jejím zamítnutím s ohledem na další rozhodné skutečnosti). Výluka platí pouze při případ, že by se jednalo o námitku, která by se týkala existence práva nebo rozsahu vlastnických práv. V tomto případě by o věci musel rozhodnout soud a do doby jeho rozhodnutí by bylo řízení přerušeno. Pokud by osoby, kterých se občanskoprávní námitka týká, nedoložily že se na soud obrátily, by muselo být ve věci rozhodnuto zamítnutím žádosti. Nejednalo by se samozřejmě o případ překážky věci rozhodnuté, neboť po vyřešení občanskoprávní situace

mezi dotčenými subjekty by mohlo být ve věci k nové žádosti jednáno znovu.[12]

2.2 VEŘEJNOST

Další subjekty, které nemají postavení účastníků řízení - dikcí § 89 odst. 1 stavebního zákona „veřejnost" - mohou uplatnit rovněž nejpozději při veřejném ústním jednání připomínky, jinak se k nim nepřihlíží. Je vhodné uvést, že ač z hlediska způsobu vyřízení připomínek a slabšímu procesnímu postavení těchto osob vznášejících připomínky, mohou tyto hrát ve vztahu k otázce řešení střetů zájmů v území (soukromých i veřejných) významnou roli a jak průběh, tak konečné rozhodnutí stavebního úřadu ovlivnit.

2.3 DOTČENÉ ORGÁNY

Nejvýznamnějším reprezentantem veřejných zájmů jsou dotčené orgány. Nositelství příslušných veřejných zájmů vyplývá ze zvláštních předpisů. Závěry dotčených orgánů ve vztahu k věci, o níž je v územím řízení rozhodováno, jsou obsaženy v závazných stanoviscích, případně ve stanoviscích.

Věnujme poznámku jmenovitě závazným event. koordinovaným závazným stanoviskům stanoviskům, která v územním řízení vydávají dotčené orgány a která jsou závaznými podklady v územním řízení. Přesahuje rámec tohoto příspěvku zabývat podrobně se závaznými stanovisky resp. koordinovanými závaznými stanovisky, nicméně za poukaz stojí minimálně to, že předmětem odborné diskuse, ovlivněné i soudní judikaturou Nejvyššího správního soudu, je v současné době především otázka soudní přezkoumatelnosti závazných stanovisek, a to především o do otázky přípustnosti jejich eventuální samostatné soudní přezkoumatelnosti těchto aktů, kterým byla judikaturou NSS[13] přiznána povaha rozhodnutí podle § 65 odst. 1 s.ř.s. , a to ve vztahu k závazným stanoviskům, která byla vydána před nabytím účinnosti zák.č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů a před nabytím zák.č. 186/2006 Sb., který byl vydán jako „doprovodný" zákon k novému stavebnímu zákonu a měnil právě řadu zvláštních předpisů mimo jiné i ve vztahu k závazným stanoviskům (oba účinné od 1.1.007). Osobně se kloním k závěru, že od 1.1.2007 by měl být na základě těchto právních předpisů ve spoj. s § 149 správního řádu uplatněn princip, podle něhož by byla závazná stanoviska soudně přezkoumatelná až ve spojení s finálním rozhodnutím.

---

[12] Srov. blíže též Hegenbart, M., Sakař, B. a kol. Stavební zákon. Komentář. 1. vydán. Praha. C.H..Beck, 2008, s. 225.

[13] Srov. mj. usnesení rozšířeného senátu Nejvyššího správního soudu ze dne 21.10.2008 čj. 8 As 47/2005-86, publikované pod č. 1764 in Sbírka rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. 2/2009

Významný okamžik ve vztahu k řešení střetů zájmů v území je i eventuální řešení rozporů, které vyplynou ze závazných stanovisek. Rozpory jsou řešeny postupem podle § 4 odst. 7 stavebního zákona ve spoj. § 136 a § 133 správního řádu.správního řádu. V případě existence záporného (negativního) závazného stanoviska jsem toho názoru, že nelze ustanovení o řešení rozporů se neuplatní a stavební úřad ve smyslu § 149 odst. 3 správního řádu neprovádí další dokazování a žádost zamítne.

3. POSUZOVÁNÍ SOULADU S ÚZEMNĚ PLÁNOVACÍ DOKUMENTACÍ

Specifickou funkci sehrává v průběhu územního řízení posouzení, zda je záměr žadatele v souladu s územně plánovací dokumentací, a proto bude této otázce věnována samostatná pozornost.

Povinnost stavebního úřadu posoudit, zda je posuzovaný záměr v souladu s územně plánovací dokumentací resp. cíli a úkoly územního plánování, zejména s charakteristikou území, vyplývá z § 90 písm. a) a b) StZ.

De lege lata je třeba při rozhodování zohlednit, zda se jedná o případ, kdy je v území vydaná resp. schválená územně plánovací dokumentace či nikoli. Stavební zákon ani jiný právní předpis výslovně nestanoví, jakou formu se úřad územního plánování k těmto otázkám vyjadřuje. Vzhledem k tomu, že pravomoc k vydání závazného stanoviska má mít podle § 149 odst. 1 správního řádu oporu ve zvláštních předpisech, lze uvést, že posouzení souladu záměru žadatele s územně plánovací dokumentací resp. není-li územně plánovací dokumentace vydána či schválena s cíli a úkoly územního plánování, nemá zřejmě povahu závazného stanoviska. Bude se tedy jednat o specifickou formu činnosti – vyjádření – úřadu územního plánování, přičemž obsah Jeho vyjádření není závazný pro výrokovou část územního rozhodnutí a lze se zřejmě ztotožnit s názorem, že se jedná o „poskytnutí informace o podmínkách stanovených pro území, ve kterém se má požadovaný záměr uskutečnit“. [14] Návrh novely stavebního zákona[15] již počítá s tím, že posouzení záměru žadatele z hlediska souladu s územně plánovací dokumentací resp. cíli a úkoly územního plánování bude mít povahu rovněž povahu závazného stanoviska.

Nesoulad záměru žadatele vázaného na vydání územního rozhodnutí s územně plánovací dokumentací (jmenovitě s územním plánem) může ze strany žadatele o územní vyvolat v praxi otázky, jak se k této situaci postavit resp. jak se v ní zachovat.

---

[14] Shodně viz též Hegenbart, M., Sakař, B. a kol. Stavební zákon. Komentář. 1. vydán. Praha. C.H..Beck, 2008, s. 226 a násl

[15] Dostupný na www. mmr.cz

Tento nesoulad může být konstatován buď již ve stádiu před podáním žádosti o územní rozhodnutí nebo až po zahájení řízení.

Ve stadiu před podáním žádosti o vydání územního plánu se může potenciální žadatel o územní rozhodnutí pokusit vyvolat změnu schváleného územního plánu. Tato varianta není sice z pozice žadatele nároková, nicméně pokud by ukázalo jako věcně žádoucí územní plán změnit, jeví se jako vhodné řešení. V tomto stádiu (tj. před podáním žádosti o územní rozhodnutí), za situace, kdy se bude potenciální žadatel cítit územně plánovací dokumentací(územním plánem, resp. jeho částí) krácen na svých právech ve vztahu k záměru, o kterém je třeba rozhodnout v územním řízení (tj. je třeba územního rozhodnutí) je rovněž oprávněn podat podle § 101a s.ř.s. návrh na zrušení části nebo celého územního plánu.

S ohledem na současnou koncepci soudního přezkumu schválených územních plánů se nabízí rovněž posouzení otázky, nakolik je toto řešení možné a vhodné v průběhu „běžícího" územního řízení. Vzhledem k absenci časové limitace soudního přezkumu územního plánu jako opatření obecné povahy v úvahu přichází. Soudní přezkum územního plánu v rámci územního řízení není na překážku v pokračování územního řízení. V případě, že by část příp. celý územní plán byl zrušen ještě před vydáním územního rozhodnutí, byla by žádost zamítnuta. Práva a povinnosti z právních vztahů vzniklých před zrušením ÚP nebo jeho části zůstávají ve smyslu § 101d odst. 4 s.ř.s. nedotčena.

Soudní přezkum územního plánu přichází v úvahu samozřejmě i v návaznosti na vydané územní rozhodnutí, a to společně se žalobou směřující proti pravomocnému územnímu rozhodnutí, ve vztahu k němuž byl územní plán užit. Typické bude asi řešení, kdy spolu se žalobou ke krajskému soudu směřující proti územnímu rozhodnutí KS dojde ke spojení s návrhem na zrušení územnímu plánu, přičemž v tomto případě krajský soud postoupí návrh na zrušení územního plánu (nebo jeho části) jako opatření obecné povahy Nejvyššímu správnímu soudu. Nelze však vyloučit ani podání žaloby proti pravomocnému územnímu rozhodnutí a podání samostatného návrhu na zrušení územního plánu resp. jeho části Nejvyššímu správnímu soudu. Důsledkem zrušení územního plánu jako celku, případně v části, v níž se týká územního rozhodnutí, bude nutné zrušení územního rozhodnutí.

3.1 PROSTŘEDKY POSOUZENÍ ZÁMĚRU ŽADATELE Z HLEDISKA VLIVU ZÁMĚRU NA ŽIVOTNÍ PROSTŘEDÍ

Dalším významným hlediskem, které je třeba v rámci územního ve vztahu k záměru žadatele, které podléhá územnímu řízení, je posouzení jeho event. vlivů na životní prostředí.

V zásadě přicházejí v úvahu následující situace: 1) záměr je třeba posoudit z hlediska vlivů na životní prostředí samostatně nebo 2) záměr se z hlediska vlivů na životní prostředí posoudí v rámci územního řízení či se 3) jedná o

záměr, kdy se vlivy na životní prostředí speciálně „komplexně“ neposuzují a dopady záměry na životní prostředí řeší závazná stanoviska dotčených orgánů (viz výše).

V případě, že záměr je třeba posoudit z hlediska vlivů na životní prostředí – a to jak podle zákona 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí, ve znění pozdějších předpisů, je nezbytné, aby žadatel připojil k žádosti stanovisko příslušného úřadu (ministerstva životního prostředí nebo krajského úřadu). Pokud by se tak nestalo, je třeba územní řízení přerušit, event. následně při nedodání příslušného stanoviska řízení zastavit. Z hlediska dopadů na řešení střetů zájmů je třeba zdůraznit, že stanovisko příslušného úřadu nemá není závazným stanoviskem. Zákon o posuzování vlivů na životní prostředí výslovně zdůrazňuje, že stanovisko je odborným podkladem pro „navazující“ řízení, kterým je typicky územní řízení. Stavební úřad bere při svém rozhodování vždy v úvahu obsah stanoviska a jsou-li ve stanovisku uvedeny konkrétní požadavky, tkající se ochrany životního prostředí, zahrne je do finálního rozhodnutí. Konstrukce právní úpravy obsažená v § 10 odst. 4 zák.č. 100/2001 Sb., o posuzování vlivů na životní prostředí, ve znění pozdějších předpisů umožňuje, aby tak neučinil (částečně nebo zcela). V tomto případě je však nezbytné, aby toto řešení stavební úřad v rozhodnutí odůvodnil. Specifický režim platí pro posuzování záměrů, které by mohly mít negativní vliv na evropsky významné lokality nebo ptačí oblasti. Ve vztahu k nim je orgán, který bude o záměru rozhodovat záměr (tj. jmenovitě stavební úřad v územním řízení), o něm rozhodnout pozitivně pouze tehdy, pokud na základě stanoviska nebude mít záměr negativní vliv na území Natura 2000. Výjimkou mohou být pouze situace naléhavého převažujícího veřejného zájmu a současného uložení kompenzačních opatření nezbytných pro zajištění ochrany a celistvosti území Natura 2000. Ještě přísnější režim platí pro lokality s prioritními typy stanovišť nebo prioritními druhy.

Ve vztahu k posuzování vlivů záměru na životní prostředí přináší stavební zákon ve svém v § 91 novou konstrukci ve vztahu k případům, kdy je příslušným úřadem k posouzení vlivů na životní prostředí příslušný krajský úřad a nezpracovávají se z hlediska umístění záměru varianty řešení. V tomto případě se územní řízení spojuje s postupem podle zák.č. 100/2001 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Žadatel přiloží k žádosti o vydání územního rozhodnutí posudek a dokumentaci vlivů. Vzhledem k tomu, že posouzení vlivů bude „integrováno“ do územního řízení, se nepřikládá stanovisko stavebního úřadu. Lze si samozřejmě představit, že konkrétní záměr byl před podáním žádosti o vydání územního rozhodnutí posouzen samostatně a žadatel má již k dispozici stanovisko příslušného úřadu. V tomto případě se podle mého názoru postupuje tak, že stanovisko připojí k žádosti o vydání územního řízení a režim obsažený v § 91 stavebního zákona se nepoužije.

Posouzení vlivů záměru na životní prostředí samozřejmě nijak neoslabuje postavení dotčených orgánů v územním řízení, které se k záměru vyjadřovaly již v průběhu procesu posuzování vlivů na životní prostředí.

V průběhu územního řízení vydávají závazná stanoviska, která by měla být – pokud nedošlo ke změně situace – obsahově konzistentní s jejich vyjádřeními v rámci procesu posuzování vlivů na životní prostředí.

Jak bylo uvedeno výše, záměr žadatele nemusí vůbec podléhat hodnocení vlivů na životní prostředí. V tomto případě je otázka zájmu na ochraně životního prostředí, resp. jeho jednotlivých složek řešena prostřednictvím závazných stanovisek dotčených orgánů.

4. ÚZEMNÍ ROZHODNUTÍ

Územní rozhodnutí, které je výsledkem územního řízení, je významným právním prostředkem, v němž se autoritativně rozhoduje o tom, zda konkrétní záměr žadatele bude povolen či zamítnut, a to mimo jiné po vyřešení kolizí mezi různými veřejnými příp. i soukromými zájmy, které byly předmětem posuzování stavebního úřadu na základě námitek, stanovisek a vyjádření vznesených v průběhu územního řízení.

Pravomocné územní rozhodnutí by mělo být dostatečnou zárukou pro navození stavu právní jistoty ve vztahu ke všem dotčeným subjektům. Vzhledem k tomu, co bylo uvedeno výše v návaznosti na možnosti soudního přezkumu územního plánu, je však třeba počítat s tím, že mohou nastat situace, kdy se subjekty, které se budou cítit kráceni na svých právech pravomocným územním rozhodnutím, budou domáhat jeho kontroly soudní cestou, a v návaznosti na to i eventuálního zrušení části nebo celého územního plánu, který byl při rozhodování o žádosti o územní rozhodnutí aplikován.

Kromě toho je třeba neopomenout, že autoritativně může být pravomocné územní rozhodnutí změněno nebo zrušeno z moci úřední v řízení o umístění veřejně prospěšné stavby nebo veřejně prospěšného zařízení.

Významné dopady má rovněž zrušení nebo změna závazného stanoviska, v případě, že podkladové rozhodnutí již nabylo právní moci. Tato situace je ve smyslu § 149 odst. 6 důvodem obnovy řízení.

5. ZÁVĚR

Z výše uvedeného je zřejmé, že územní řízení, jehož výsledkem je územní rozhodnutí, není sice jediným nástrojem řešení střetů zájmů v území, ale jeho dominance je významná právě proto, že se jim poprvé (pomineme-li případy, kdy může být od vydání územního rozhodnutí upuštěno v návaznosti na regulační plán) autoritativně s bezprotředními dopady do subjektivních práv zainteresovaných účastníků rozhoduje o uspořádání poměrů v území. Jsem toho názoru, že role územního rozhodnutí by měla být i do budoucna zachována a od jeho vydávání by mělo být upouštěno jen v odůvodněných „nekolizních“ případech.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
ivana.pruchova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VEŘEJNOPRÁVNÍ SMLOUVY V PRÁVU ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ A STAVEBNÍM PRÁVU

RUDOLF RYS

Department of Territorial Public Administration, Ministry of Interior

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o problematice veřejnoprávních smluv v právu životního prostředí a stavebním právu a stručně srovnává s německou právní úpravou. Je zde stručně shrnuta daná problematika a zdůrazněny zajímavé odlišnosti i podobnosti. Situace v Německu je zde zastoupena především náhledem na problematiku účinnosti veřejnoprávních smluv ve světle § 58 VwVfG (správního řádu). Při popisu situace v Rakousku jsou zmiňovány některé úvahy de lege ferenda formou stručného popisu dobrovolných dohod (freiwillige Vereinbarungen) a dohod v oblasti životního prostředí (Umweltvereinbarungen), které jsou často využívány také v Německu. Výsledkem tohoto příspěvku nejsou jednoznačné závěry, nýbrž vytvoření většího prostoru pro diskusi k danému tématu.

Key words in original language
Veřejnoprávní smlouva; veřejnoprávní smlouva subordinační; správní akt; správní akt vyžadující souhlas; správní řád; správní úřad; dobrovolné dohody; dohody v oblasti životního prostředí; "soft effects".

Abstract
This paper deals with the problems of contracts governed by public law in environmental and construction law and briefly compares with German legal regulations. Here are briefly advised existing problems and points out interesting diversities and similarities. The situation in Germany is here represented especially by an insight into problems of effectiveness of contracts governed by public law in light of § 58 VwVfG (Administrative Code). By description of situation in Austria are mentioned some reflections de lege ferenda in form of brief description of voluntary agreements (freiwillige Vereinbarungen) and environmental agreements (Umweltvereinbarungen), which are often used in Germany too. The result of this paper are not explicit conclusions, but creating of bigger space for discussions to the given theme.

Key words
Contract governed by public law; Subordination Contract governed by public law; Administrative act; Administrative act subject to a accord; Administrative Code; Administrative authority; Voluntary agreements; Environmental agreements; "Soft effects".

1. ÚVODEM

Česká právní úprava veřejnoprávních smluv je inspirována a vychází z kvalitní a lety užívání prověřené právní úpravy v německém správním řádu. Samotnou kodifikací institutu veřejnoprávních smluv na spolkové úrovni v německém správním řádu (Verwaltungsverfahrensgesetz ze dne 25. 5. 1976, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „VwVfG“) odborná diskuse na dané téma na řadu let utichla. Přitom správně právní úvahy na dané téma byly před touto zlomovou kodifikací po dlouhou dobu silně ovlivněny zásadou raženou již v období před první světovou válkou Otto Mayerem[1] „Der Staat paktiert nicht.“ („Stát neuzavírá smlouvy.“). Otto Mayer viděl vztah státu k jednotlivci jako vztah vyznačující se jednoznačnou subordinací jednotlivce státu, jako vztah vrchnost - poddaný. Typickým jednáním státu v tomto vztahu pak byla forma správního aktu. Především na základě habilitační práce „Veřejnosprávní smlouva“[2] („Der Verwaltungsrechtliche Vertrag“), kterou sepsal Apelt roku 1920, však došlo i v této části správního práva k jistému přehodnocení uvedených konzervativních postojů. Již v roce 1931 obsahoval návrh správního zřízení (Verwaltungsrechtsordnung) pro spolkovou zemi Würtembersko možnost, právní vztahy v oblasti veřejného práva založit smlouvou, „pokud to nebude v rozporu s právními předpisy“. Toto teoretické východisko následoval i správní řád a zavedl veřejnoprávní smlouvy jako prostředek jednání veřejné správy, který se hodí především k uzavírání právního smíru. Smluvním závazkům je stanovena hranice zásadou zákonnosti jednání veřejné správy. Porozumění právním omezením možností jednání orgánů veřejné správy pomocí veřejnoprávních smluv je pak základem právní úpravy v § 54 a násl. VwVfG. V dnešní době se však prosazuje stále silněji pojem „aktivierender Staat“ („aktivizující stát“), který především znamená snahu vytvořit otevřený, kooperativní vztah mezi společenskými aktéry, přičemž osvědčené veřejnoprávní smlouvy subordinační se pro této účel již nehodí. Podle současného pohledu by se mělo jednat o vztah dvou rovných subjektů a moment subordinace jednoho subjektu druhému po uzavření smlouvy by neměl nikdy nastat. Tento kooperativní vztah by měl mnohem silněji zvýraznit možnosti jednání veřejné správy a rovnoprávnost jednotlivých aktérů. Tomu odpovídá i cíl jednoho z hlavních projektů komplexního vládního programu „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“ (Moderní stát – moderní veřejná správa). Vládní program deklaruje, že „spolková vláda vytvoří rámcové právní podmínky pro kooperativní smluvní vztahy (..), a proto budou ve správním právu procesním pro zajištění kooperačních vztahů zakotveny vhodné typy

[1] Viz např. in: Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht. I. und II. Band / von Otto Mayer, Duncker & Humblot, Berlin 2004 (reprint).

[2] Překlad pojmu verwaltungsrechtlicher Vertrag je doslovně „správněprávní smlouva“, přičemž běžný a používaný překlad je samozřejmě „veřejnoprávní smlouva“ (öffentlich-rechtlicher Vertrag), což je však pojem poněkud širší, zejména pak v německém právu.

smluv a smluvních klausulí.“[3] Změny správního práva procesního však vyžadují díky svým velkým důsledkům pečlivou přípravu.[4] Při Spolkovém ministerstvu vnitra byla za tímto účelem zřízena poradní expertní skupina (Beirat) pro správní právo procesní, která se intenzivně zabývala tématem přizpůsobení institutu veřejnoprávní smlouvy novým požadavkům. Návrhy poradní skupiny na modernizaci právní úpravy veřejnoprávní smlouvy jsou založeny zejména na dvou odborných posudcích (prof. Schuppert a prof. Ziekow).[5] Na základě uvedeného vývoje a stanovených politických cílů má plánovaná novelizace současného německého správního řádu určena především dvě hlavní témata: 1) zavedení veřejnoprávní smlouvy kooperační (viz plánovaný nový § 56a VwVfG) a 2) odstranění případů nicotnosti veřejnoprávních smluv. Podstatným požadavkem kladeným na „**veřejnoprávní smlouvu kooperační**“ je zajištění dostatečného vlivu správního úřadu na řádné plnění veřejných úkolů (viz plánovaný § 56a VwVfG, věta první). Předpokladem zde je, že smluvní stranou může být pouze ten, kdo by byl jinak adresátem správního aktu. Po uzavření kooperační smlouvy se může osoba soukromého práva podílet na plnění veřejného úkolu, avšak to ji nezbavuje jejich stávajících povinností veřejnoprávního charakteru a ještě k tomu nese navíc odpovědnost za splnění veřejného úkolu. Při nedostatečném plnění kooperační smlouvy osobou soukromého práva musí být správní úřad připraven vždy zajistit řádné splnění veřejných úkolů.[6]

2. SMLOUVY SUBORDINAČNÍ V ČESKÉM PRÁVU ŽIVOTNÍHO PROSTŘEDÍ A STAVEBNÍM PRÁVU

Úprava veřejnoprávních smluv subordinačních obsažená v příslušných ustanoveních správního řádu (zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, dále jen „správní řád“) nemá podle mého názoru v českých poměrech odpovídající pozornost odborné veřejnosti. Pro stručný nástin zkoumané problematiky jsem zvolil veřejnoprávní smlouvy

[3] K tomu viz: Schmitz, H.: Kooperationsverträge, str. 51 a násl. (in: Bauer, H., Büchner, Ch., Brosius-Gersdorf, F. (eds.): Verwaltungskooperation: Public Private Partnership und Public Public Partnership, Universiträtsverlag Potsdam, Potsdam 2008).

[4] V tomto směru podrobněji např. Hufen, in: Schuppert, G. F. (ed.): Das Gesetz als zentrales Steuerungsinstrument des Rechtstaates, 1998, str. 11 a násl.

[5] K tomu viz pak především Schuppert, G. F.: Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts (Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtrahmens für Public Private Partnership), Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern, Berlin 2001. Prof. Schuppert zde mimo jiné konstatuje, že s přibývajícím významem kooperace veřejného a soukromého sektoru budou muset být dány k dispozici veřejné správě takové nástroje a formy jednání, které význam těchto změn mnohem více zohlední.

[6] K tomu viz: Schmitz, H.: Kooperationsverträge, str. 53 a str. 54 (in: Bauer, H., Büchner, Ch., Brosius-Gersdorf, F. (eds.): Verwaltungskooperation: Public Private Partnership und Public Public Partnership, Universiträtsverlag Potsdam, Potsdam 2008).

subordinační upravené zákonem č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně přírody a krajiny"), který pokládám vzor úpravy zvláštního smluvního typu veřejnoprávní smlouvy správním řádem neupravené (avšak blížící se typu veřejnoprávní smlouvy subordinační) a zákonem č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon"), který pokládám za vzorovou úpravu veřejnoprávních smluv subordinačních v rámci zvláštního zákona. Povahu smluv podle § 39 zákona o ochraně přírody a krajiny a jejich vztah ke správnímu řádu zkoumal dokonce poradní sbor ministra vnitra ke správnímu řádu a vydal k této problematice svůj **závěr č. 6**.[7] Je zde jednoznačně konstatováno, že smlouva podle § 39 zákona o ochraně přírody a krajiny je veřejnoprávní smlouvou. Smlouva, kterou se zřizuje ochrana památného stromu, je smlouvou podle § 161 správního řádu. Ostatní smlouvy podle § 39 zákona o ochraně přírody a krajiny jsou zvláštním smluvním typem, na který se vztahují obecná ustanovení správního řádu § 159 a § 163 až § 170 upravující veřejnoprávní smlouvy. Smlouvy podle § 39 zákona o ochraně přírody a krajiny, kdy není počítáno se správním řízením a následným vydáním správního rozhodnutí (správního aktu), nýbrž se zřizování ochrany děje formou právního předpisu nejsou veřejnoprávními smlouvami subordinačními podle § 161 správního řádu, jedná se o **zvláštní smluvní typ** správním řádem neupravený. Tyto smlouvy jsou však vzhledem k § 159 odst. 1 smlouvami veřejnoprávními, neboť se týkají ochrany pozemků nebo stromů jinak uskutečňované veřejnoprávními formami a jejich předmět, kterým je ochrana přírody, má veřejnoprávní povahu. Tyto smlouvy rovněž splňují definici ustanovení § 159 odst. 1 správního řádu, kde je veřejnoprávní smlouva definována jako dvoustranný nebo vícestranný právní úkon, který zakládá, mění nebo ruší práva a povinnosti v oblasti veřejného práva.[8] Za velmi důležitý závěr poradního sboru ministra vnitra ke správnímu řádu umožňující další bezproblémový rozvoj těchto smluv pokládám konstatování, **„že smluvní typy upravené správním řádem nelze považovat za výlučné, neboť zvláštní zákon může samostatně upravit jiný typ veřejnoprávní smlouvy"**. Veřejnoprávní smlouva by neměla nedůvodně stanovit méně přísné podmínky ochrany, než které stanoví zákon, aby nebyla v rozporu tímto zákonem (§ 159 odst. 2, 3 správního řádu). Zároveň však může stanovit podmínky přísnější, pokud tím bude vyjádřena vůle smluvních stran a správní orgán bude postupovat v souladu se základními zásadami činnosti podle hlavy II. části první správního řádu.[9] Za rozhodující pro zařazení smlouvy mezi smlouvy veřejnoprávní je její obsah, jímž musí být úprava

[7] Viz blíže na www.mvcr.cz – **Závěr číslo 6 – Smlouvy podle § 39 zákona č. 114/1992 Sb. a jejich vztah ke správnímu řádu**.

[8] Viz tamtéž na str. 1.

[9] Viz tamtéž na str. 2.

práv a povinností v oblasti veřejného (tedy správního) práva.[10] Smlouvy podle nového stavebního zákona jsou klasické veřejnoprávní smlouvy subordinační, které mohou, řečeno slovy tohoto zákona, orgány územního plánování a stavební úřady uzavřít místo vydání správního rozhodnutí (správního aktu). Takováto smlouva může nahradit např. stavební povolení nebo územní rozhodnutí a její náležitosti jsou dány prováděcí vyhláškou ke stavebnímu zákonu. Úpravu v tomto zákoně pokládám za typickou s ohledem na zavádění používání veřejnoprávních smluv subordinačních v našem právním řádu.[11]

3. NĚMECKO

V německém správním právu je pro veřejnoprávní smlouvy („správněprávní smlouvy“) používáno následující základní členění: **1) podle účastníků: a) smlouvy koordinační, b) smlouvy subordinační; 2) podle obsahu: a) Vergleichsvetrag (smlouva o narovnání), b) Austauschsvertrag (smlouva o výměně), c) další správněprávní smlouvy; 3) podle účinků: a) Verfügungsverträge (smlouvy nařizující), b) Verpflichtungsverträge (smlouvy zavazující)**. Uvedené členění zdůrazňuje komplexnost německé právní úpravy těchto smluv a uvádím jej pouze pro lepší porozumění problémům, kterým se zde budu dále věnovat. Důležité je rovněž vymezení rozdílů mezi veřejnoprávní smlouvou a tzv. **správním aktem vyžadujícím souhlas** (správním rozhodnutím vyžadujícím souhlas). Zde je rozhodné, že souhlas občana slouží jen k tomu, že správní úřad nesmí nevyžádaný správní akt vynucovat, pro vlastní úpravu však nemá souhlas občana povahu spolurozhodování. Důležitou indicií zde je, zda občan mohl mít vliv na vnitřní uspořádání daného právního aktu (pak šlo o smlouvu) nebo zda měl možnost díky odepření souhlasu vydání tohoto správního aktu zabránit (pak šlo o rozhodnutí).[12] Veřejnoprávní smlouvy subordinační[13] mají v německé praxi velký význam především v právu životního prostředí a ve stavebním právu. Na základě ustanovení § 58 odst. 1 VwVfG (správního řádu), podle kterého musí třetí osoby dát souhlas k veřejnoprávní smlouvě která zasahuje do jejich práv a díky extenzivnímu výkladu tohoto ustanovení právního předpisu částí odborné literatury, která jej chce mimo smluv nařizujících (Verfügungsveträge), které upravují práva a povinnosti, použít také na smlouvy zavazující (Verpflichtungsverträge), které obsahují

[10] K tomu viz blíže Hrabák, J., Nahodil, T.: Správní řád s výkladovými poznámkami a vybranou judikaturou, 3. aktualizované vydání, Wolters Kluwer a. s. , Praha 2009, str. 432.

[11] Úprava veřejnoprávních smluv v německém stavebním zákoně by si podle mého názoru zasloužila samostatné zkoumání, na které v tomto příspěvku bohužel není vhodný prostor.

[12] Hofmann, H., Gerke, J.: Allgemeines Verwaltungsrecht, Kohlhammer Stuttgart 2005, str. 485.

[13] Jsou používána označení jako „subordinationsrechtliche Verträge“, nebo „subordinationsrechtliche öffentlich-rechtliche Veträge“.

kauzální obchody (úkony), visí nad bezpočtem veřejnoprávních smluv příslovečný Damoklův meč v podobě jejich možné neúčinnosti. Praxe podrobně nastíněná M. Hellriegelem[14] však ukazuje, že tyto smlouvy zavazující (Verpflichtungsverträge) jsou účinné také bez souhlasu třetích osob a že jedině tímto přístupem lze dopomoci veřejnoprávním smlouvám k většímu významu. Pokud by tomu tak nebylo, byly by veřejnoprávní smlouvě odňaty široké možnosti jejího použití ve vztazích správní úřad – účastník řízení – třetí osoba vyskytujících se především v právu životního prostředí a ve stavebním právu, poněvadž správní akty ve formě povolení a připuštění záměru (Vorhabenszulassung), které mohou být například v rámci soudního řízení předmětem smlouvy o narovnání (Vergleichsvertrag), mají typicky dvojí účinek, neboť jsou pro nositele záměru zvýhodňující a pro jeho souseda zatěžující. Také při škodách na životním prostředí a zvláště při řešení starých zátěží jsou formální dohody zatěžující třetí osobu myslitelné, např. mezi nositelem sanační povinnosti a správním úřadem, když předmět smlouvy o starých zátěžích a rozsah sanační povinnosti narušitele pořádku bude nově stanoven v rámci správního uvážení a subjekt odpovědný za sanaci bude na základě toho sanační povinnosti zproštěn. Pokud by byly příslušné zavazující smlouvy (Verpflichtungsverträge), které připravují správní akt, avšak které jej na rozdíl od smluv nařizovacích (Verfügungsverträge) nenahrazují, někdy ve své účinnosti závislé na souhlasu třetí osoby, byly by účinné smluvní závěry sotva myslitelné.[15] M. Hellriegel v uvedené situaci činí následující závěry: Smlouva, kterou se správní úřad zavazuje k nařízení zatěžujícímu třetí osoby je v zásadě účinná, neboť protiprávnost nařízení nemá zcela nutně za následek nicotnost takovéto smlouvy (mimo případů obsažených v § 134 BGB – německého občanského zákoníku – „Právní obchod /úkon/, který se příčí zákonnému zákazu, je nicotný, pokud není zákonem stanoveno něco jiného.“) Takováto smlouva však může mít účinky pouze pro smluvní strany a nikoliv pro třetí osoby. Rozsah nařízení (Verfügung) vůči třetím osobám se pak může pocházet pouze ze zákona, nikoliv ze smlouvy. Obyčejná zavazující smlouva (Verpflichtungsvertrag) nezasahuje do práv třetích osob a tím pádem nespadá pod ustanovení § 58 VwVfG a tím pádem nepotřebuje souhlas třetích osob. V praxi často se vyskytující smlouvy zavazující jsou tímto i ve vztazích správní úřad – účastník řízení – třetí osoba účinné i bez souhlasu třetích osob.[16]

---

[14] Hellriegel, M.: Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten (§ 58 Abs. 1 VwVfG) –Ein Praxisbeitrag zur Stärkung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Bau- und Umweltrecht-, Fachzeitschrift DVBL – Deutsches Verwaltungsblatt, Carl Heymanns Verlag, Münster, Heft 19/2007, str. 1212.

[15] tamtéž

[16] Hellriegel, M.: Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten (§ 58 Abs. 1 VwVfG) –Ein Praxisbeitrag zur Stärkung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Bau- und Umweltrecht-, Fachzeitschrift DVBL – Deutsches Verwaltungsblatt, Carl Heymanns Verlag, Münster, Heft 19/2007, str. 1214.

4. RAKOUSKO

Pojmy jako dohody v oblasti životního prostředí (Umweltvereinbarungen), dobrovolné dohody (freiwillige Vereinbarungen), vyjednané (vícestranné) dohody (verhandelte Vereinbarungen; sektorale Vereinbarungen; Negotiated Agreements) – tohoto typu dohod se často účastní na jedné straně přímo stát – dohoda je pak často kvalifikována jako smlouva a díky tomu jako závazná, dojednané dohody (Umweltabsprachen), osobní závazky (Selbstverpflichtungen) – stát zde stojí obvykle v pozadí, smlouvy o životním prostředí (Umweltverträge), dobrovolné dohody v oblasti životního prostředí (freiwillige Umweltvereinbarungen), dlouhodobé dohody (langfristige Vereinbarungen) atd. bývají v odborné literatuře používány často jako synonyma. Pro účely tohoto příspěvku postačí přiblížit rozdíly mezi prvními dvěma výše uvedenými typy dohod uváděné odbornou studií na toto téma.[17] Uvedené rozdíly jsou samozřejmě platné především pro právní řád rakouský, nicméně takovéto dohody jsou rovněž velmi často používány i v Německu. Zatímco u závazných dohod je stát pokládán za (smluvního) partnera a navenek tak i vystupuje a takovéto dohody jsou zpravidla právně závazné, u nezávazných dohod (die Selbstverpflichtungen – osobní závazky v užším smyslu) hraje stát svou roli převážně v pozadí celého procesu, přičemž tyto dohody nejsou právně závazné, jak již plyne z jejich názvu. **Dohody v oblasti životního prostředí** jsou vyjednané mezi státem a hospodářskými subjekty za účelem dosažení určitých cílů v oblasti ochrany životního prostředí při zohlednění minimálních požadavků na transparentnost a participaci, mají kvalifikované a ambiciózní cíle a určené lhůty pro jejich dosažení, efektivní a nezávislý monitoring, i opravné mechanismy pro případ nedosažení stanoveného cíle. **Dobrovolné dohody**[18] a různé osobní závazky mohou mít pozitivní efekty pro ochranu životního prostředí. Hovoří se zde o tzv. „**soft effects**“ jako je podpora budování důvěry mezi úřady a podnikatelskou sférou, získávání informací, či podpora pěstování povědomí o životním prostředí v podnikatelské sféře. Tyto dohody jsou užitečné pro přiblížení se nově vzniklým problémům při rozličných příčinách a rozličných východiscích pro řešení problému. Společným znakem těchto dohod je, že jsou dobrovolné v tom smyslu, že neobsahují nic, co by právně zavazovalo k jejich uzavření (ačkoliv k tomu často něco zavazuje čistě fakticky, např. hrozba nějaké pořádkové regulace) a že obsahují pouze deklarovaný záměr dosáhnout určitých cílů v oblasti politiky životního prostředí. Mnoho dohod míří na vyhnutí se

[17] Kroiss, F., Gupfinger, H., Alge, T.: Environmental Governance und Umweltvereinbarungen, Ökobüro und Ögut (Gefördert aus den Mitteln des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Wien 2004, str. 40 a násl.

[18] Příklad: Dobrovolná dohoda o recyklaci starých osobních aut (Alt-Pkw-Recycling-Vereinbarung), kdy cílem je zde navýšit podíl opětovně použitelných druhotných surovin získaných ze starých vraků aut ze současných 75% na přibližně 80%, při dodržení zásad správného (k životnímu prostředí šetrného) zacházení s odpadními zbytky.

pořádkovým právním předpisům.[19] Je zde pak oprávněně hovořeno o tzv. „**normativních dohodách**“[20], neboť mnoho podniků, kterým hrozí zavedení nové přísnější zákonné úpravy („**Threat of Legislation**“), přijme raději pokud možno vysoké cíle v oblasti ochrany životního prostředí. Dohoda o životním prostředí, která by se svým obsahem blížila obecně závaznému právnímu předpisu (**normativní smlouva**) však není v Rakousku možná z ústavněprávních důvodů, neboť Spolková ústava obsahuje vyčerpávající typologii všech platných obecně závazných právních předpisů. Spolková ústava rovněž upravuje normy týkající se vzniku obecně závazných právních předpisů stejně tak jako i jejich kontrolu. Obejití těchto zásad podřízených principu právního státu je každopádně vyloučeno.[21] Veřejnoprávní smlouva subordinační je v Rakousku považována za „nesamostatný pramen práva“, neboť pokud se úřad rozhodne konat z moci úřední, nebo smluvní strana podá návrh na závazné vyjasnění sporné právní situace, je vydán úřední výměr („der Bescheid“ - správní akt).[22] Takováto smlouva je však přípustná, pokud zůstane zachována výhrada zákona a pokud je pro ni dáno dostatečně vymezené zákonné zmocnění[23], přičemž zachování principu legality omezuje takovouto smlouvu už předem z hlediska jejího obsahu. Dohoda je oproti tomu právně závazná jen potud, pokud se pohybuje v nějakém zákonném rámci. V případě sporu musí však správní úřad rovněž rozhodnout úředním výměrem (správní aktem).[24]

5. ZÁVĚREM

Tento příspěvek by díky svému proklamovanému zaměření na problematiku práva životního prostředí a stavebního práva v kontextu zvoleného tématu, to jest problematiky veřejnoprávních smluv koordinačních, neměl závěrem opomenout zmínit některé základní principy, které jsou pro moderní právní odvětví, jakým je německé právo životního prostředí, typické. Jedním

---

[19] Börkey, P., Glachant, M., Leveque, F.: Voluntary Approaches for Environmntal Policy, an Assessement; OECD, Paris 1999, str. 18.

[20] Blíže viz Hager, G.: Legal Theory of Voluntary Agreements in the Field of the Environment, CAVA Working Paper No. 200/2/14, http:// www.oeko-instutut.org/bereiche/recht/cava/documents/hager.pdf

[21] Kroiss, F., Gupfinger, H., Alge, T.: Environmental Governance und Umweltvereinbarungen, Ökobüro und Ögut (Gefördert aus den Mitteln des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Wien 2004, str. 100.

[22] K tomu obecně in: Raschauer, B.: Allgemeines Verwaltungsrecht, Manz Wien 1998.

[23] Antoniolli, W., Koja, F.: Allgemeines Verwaltungsrecht, Manz Wien 1996, str. 535.

[24] Kroiss, F., Gupfinger, H., Alge, T.: Environmental Governance und Umweltvereinbarungen, Ökobüro und Ögut (Gefördert aus den Mitteln des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), Wien 2004, str. 99.

z témat, která jsou v souvislosti s tzv. **reformou regulace** na celoevropské úrovni diskutována je tzv. **samoregulace**, která stojí v průsečíku tří principů, které v podstatě určují aktuální vývoj německého práva životního prostředí a které jsou následující: 1) **Deregulace**, což znamená snížení množství právní regulace dané státem díky zjednodušení či odstranění omezujících norem a otevření většího prostoru pro chování adresátů regulace; 2) **Princip původce**, který znamená, jak je uvedeno v definici obsažené v návrhu zákoníku životního prostředí (Umweltgesetzbuch)[25], že původce škodlivých vlivů, nebezpečí nebo rizik pro životní prostředí a pro lidi, je odpovědný i za jejich odstranění; 3) **Kooperační princip**, který svěřuje ochranu životního prostředí občanům a státu do rukou společně. Dalekosáhlý význam kooperačního principu byl zdůrazněn až rozsudkem Spolkového ústavního soudu ve věci daně z obalů.[26] Význam kooperačního principu stoupá především díky použití veřejnoprávních smluv. Jak plánovaná novelizace německého správního řádu, tak nové poznatky z praxe značí znatelný posun v nazírání této problematiky jako jedné z nových forem jednání veřejné správy.

Literature:

- Bauer, H., Büchner, Ch., Brosius-Gersdorf, F. (eds.): Verwaltungskooperation: Public Private Partnerships und Public Public Partnerships, Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 2008, 106 pages, ISBN 978-3-940793-68-3
- Kroiss, F., Gupfinger, H., Alge, T.: Environmental Governance und Umweltvereinbarungen, Wien: Ökobüro und Ögut (Gefördert aus den Mitteln des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft), 2004, 120 pages, without ISBN
- Hellriegel, M.: Wirksamkeit drittbelastender öffentlich-rechtlicher Verträge ohne Zustimmung des Dritten (§ 58 Abs. 1 VwVfG) –Ein Praxisbeitrag zur Stärkung des öffentlich-rechtlichen Vertrages im Bau- und Umweltrecht-, Fachzeitschrift DVBL – Deutsches Verwaltungsblatt Münster: Carl Heymanns Verlag, Heft 19/2007, pages 1211 – 1214
- www.mvcr.cz

[25] Poznámka: Příprava zákoníku životního prostředí je více než deset let trvající projekt.

[26] K uvedeným třem principům takto Kluth, W.: Skript zur Vorlesung Umweltrecht I (Allgemeiner Teil und Immisionsschutzrecht), 2. vydání, Halle 2004, str. 70.

Contact – email
rrys@mvcr.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NĚKTERÉ ASPEKTY STŘETU ZÁJMŮ V ÚZEMÍ OBCÍ

DAGMAR STREJČKOVÁ

Masarykova univerzita, Česká republika

Abstract in original language
Článek se zabývá vybranými oblastmi, ve kterých dochází, event. může docházet, ke střetu zájmů v území obcí. Obce jsou právnické osoby, které představují plnohodnotné právní subjekty. Tudíž jsou i plnohodnotnými subjekty vlastnického práva. V článku je na vlastnictví obcí nejprve nahlédnuto z obecného pohledu, posléze se autorka věnuje některým specifikům vlastnictví nemovitého majetku územních samosprávných celků, jakož i omezením, ke kterým dochází při střetu zájmů v území s životním prostředím, a to zejména v souvislosti s lesním zákonem.

Key words in original language
Majetek obcí; nemovitý majetek; vlastnické právo; omezení vlastnického práva; územní samospráva; životní prostředí; nakládání s lesy.

Abstract
The article deals with particular areas in which the conflicts of interests in the land solution of communities happen or can happen. The communities are corporations, which represent full-valued legal persons and so they are full-valued subjects of proprietary rights, as well. Firstly, the ownership of the communities is regarded from the general point of view; consequently, the author devotes to some specifics of the real estate ownership of municipal authorities. The attention will be paid to the limitations, which happen with the conflicts of interests in the land solution with the environment, especially to the limitations resulting from forest law.

Key words
Property of municipalities; real estate; proprietary; limitation of proprietary; municipal authorities; environment; dealing with forests.

1. ÚVOD

Obce jsou základními územně samosprávnými jednotkami České republiky. Disponují právní subjektivitou, dle svého rozpočtu hospodaří a mohou vlastnit majetek. Majetek obcí je základním předpokladem pro výkon samosprávy a současně i významným znakem nezávislosti obce. Je současně nezbytným nástrojem k plnění úkolů obcí, k výkonu veřejné správy, k zajištění veřejných statků, jakož i k celkovému rozvoji obce. Budeme-li o obci hovořit jako o subjektu, který vystupuje jako nositel řady vymezených veřejných působností, nelze si nevšimnout, že právě při výkonu své samostatné působnosti, ale současně i při výkonu státní správy v rámci své přenesené působnosti, vstupuje obec do řady různorodých vztahů, které lze označit za vztahy soukromoprávní. Při této úvaze lze vyjít

z toho, že obce své kompetence nerealizují pouze veřejnoprávním způsobem (např. formou vydávání správních aktů), ale obce ve vztazích, jejichž jsou nositelem, případně účastníkem, vystupují jako zcela rovnocenný a svébytný partner, jako právnické osoby. Tyto právnické osoby mají však jisté odlišnosti při srovnání s právnickými osobami soukromého práva. Obec jako jednotka organizace veřejné správy v místě může být považována za veřejnoprávní korporaci řízenou samosprávným způsobem. Obec jako právnická osoba veřejného práva je tedy nositelem všech atributů toho, co označujeme právní subjektivitou. Obec je tak na jedné straně způsobilá práva a povinnosti nabývat, na druhé straně je však současně způsobilá se právními úkony i zavazovat.[1]

Článek se tedy po vymezení vlastnictví zaměřuje na postižení specifik, které lze u vlastnictví obcí vysledovat. V rámci řešení střetu zájmů dochází velmi často ke střetávání zájmů soukromých se zájmy veřejnými. Veřejný zájem je pojmem, který se používá ve smyslu tzv. neurčitých pojmů ve správním právu poměrně často, a to i přesto, že ho platná právní úprava výslovně obsahově nevymezuje. Tento článek se pokusí o charakteristiku tohoto pojmu, který je stěžejní i v oblasti práva životního prostředí. Poté, co budou vymezena některá omezení vlastnictví územních samosprávných celků, zaměří se autorka na některá omezení vlastnického práva při střetu zájmů se zájmy životního prostředí, které vyplývají zejména ze zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (dále jen „lesní zákon“).

2. VLASTNICTVÍ

Pokud se na vlastnictví podíváme z obecného pohledu, je nutné konstatovat, že jeho charakteristika pocházející z dob římského práva, jež stanoví, že právo vlastnické, potažmo vlastnictví, představuje „všeobecné právní panství nad věcí,“ [2] je stále živou a platnou definicí. Ačkoliv bychom mohli těchto vymezení vlastnického práva nalézt mnoho, vycházejí vesměs všechny z této římskoprávní dikce. Podstatou tohoto „právního panství nad věcí“ je skutečnost, že vlastník věc ovládá ve svém zájmu a „svou mocí“, tedy mocí, jež je uznávána a chráněna zákonem, ale jež je také zákonem omezena. Při ovládání věci je tedy vlastníkova věc závislá pouze na moci zákona. Rovnost subjektů vlastnického práva lze najít v ustanovení čl. 11 odst. 1 usnesení č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále i „LZPS“), dle kterého má každý právo vlastnit majetek. Dále je uvedeno, že vlastnické právo všech vlastníků má stejný zákonný obsah a ochranu. Obdobné

[1] Rektořík, J., Šelešovský, J. et al: Příručka pro zastupitele měst a obcí. Územní samospráva v ČR, SR a Rakousku, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, s. 28. ISBN 80-210-2254-X.

[2] Srov. dominium ex iure Quiritium jako institut existující v dobách platnosti římského práva.
Heyrovský, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského, Bratislava: Právnická fakulta UK v Bratislavě, 1929, s. 213-215.

vyjádření najdeme rovněž v ustanovení § 124 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších změn a doplňků (dále jen „občanský zákoník"). Dle tohoto ustanovení mají všichni vlastníci stejná práva a povinnosti a poskytuje se jim stejná právní ochrana. Nacházíme tak v platném právu výslovné vyjádření rovnosti subjektů vlastnického práva. Tradičním způsobem legálního vyjádření vlastnického práva je výčet jednotlivých dílčích oprávnění, jimiž vlastník disponuje. Ustanovení § 123 občanského zákoníku pozitivně vymezuje právo vlastníka v mezích zákona předmět svého vlastnictví držet, užívat, požívat jeho plody a užitky a nakládat s ním, což představuje zejména právo vlastníka předmět svého vlastnictví zcizit (převést). Pokud dojde k pozbytí jednoho, ba dokonce i všech, z těchto uvedených práv vlastníka, neznamená tato skutečnost zánik vlastnického práva, ale projeví se tzv. elasticita vlastnického práva spočívající v tom, že pomine-li omezení, dojde bez dalšího k obnovení vlastníkova oprávnění v rozsahu, který odpovídá rozsahu oprávnění odpadnutého.[3] Zatímco rakouský obecný zákoník občanský z roku 1811 zahrnul pozitivní i negativní vymezení vlastnického práva do jednoho ustanovení,[4] náš současný občanský zákoník obsahuje negativní vymezení samostatně v ustanovení § 126, dle kterého má vlastník právo na ochranu proti tomu, kdo do jeho vlastnického práva neoprávněně zasahuje; zejména se může domáhat vydání věci na tom, kdo mu ji neprávem zadržuje.[5]

V této souvislosti je vhodné zabývat se rovněž pojmem „majetek". Viktor Knapp pohlíží obecně na majetek jednak v širším slova smyslu, kdy jej lze vymezit jako soubor všech věcí (movitých i nemovitých), soubor veškerých majetkových práv, a to zejména pohledávek, jakož i soubor majetkových závazků, tak i jako na soubor věcí a majetkových práv, aktiv určitého subjektu bez zřetele na majetkové závazky, pasiva.[6]

Ačkoliv lze pojem majetku označit za jeden ze základních pojmů právního řádu, jeho obecná definice chybí. Jisté vymezení je možné nalézt v ustanovení § 118 občanského zákoníku, dle kterého jsou předmětem občanskoprávních vztahů věci, a pokud to jejich povaha připouští, práva nebo jiné majetkové hodnoty.

Aby byla součástí majetku práva, musí být vyjádřitelná v penězích, tj. musí mít majetkovou povahu. Majetkovými právy jsou pohledávky, které obecně vymezuje i občanský zákoník v ustanovení § 488 jako závazkový právní

---

[3] Havlan, P: Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě, Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 16-18. ISBN 978-80-7201-708-9.
[4] Obecný zákoník občanský vymezil vlastnictví v ustanovení § 354 jako oprávnění „volně nakládat s podstatou věci a jejími užitky a každého jiného z toho vyloučit."
[5] Havlan, P: Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě, Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 17. ISBN 978-80-7201-708-9.
[6] Knapp, V. et al: Občanské právo hmotné. Svazek I. 3, Praha: ASPI Publishing, s. r. o., 2002, s. 226. ISBN 80-86395-31-6.
Srov. Fiala, J.: Majetek. In Hendrych, D. et al: Právnický slovník, Praha: C. H. Beck, 2003, s. 353. ISBN 80-7179-740-5.

vztah, ze kterého věřiteli vzniká právo na plnění vůči dlužníku. Právy majetkové povahy lze označit i práva vyplývající z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví.[7] Z povahy věci vyplývá, že jinými majetkovými hodnotami jsou každé jiné hodnoty, než věci a práva, pokud jsou vyjádřitelné v penězích.

3. VEŘEJNÉ VLASTNICTVÍ

Předmětem tohoto článku je vlastnictví územních samosprávných celků, proto je nutné zmínit rovněž pojem tzv. veřejného vlastnictví.

Veřejným vlastnictvím obecně chápeme vlastnictví subjektů veřejné povahy. Může se jednat o stát, územní samosprávný celek, subjekt zájmové samosprávy, jinou veřejnoprávní korporaci aj. Petr Havlan tento subjekt veřejné správy označuje jako právnickou osobu veřejného práva, resp. obecně „veřejný subjekt".[8] Předmětem veřejného vlastnictví je věc určená k veřejným účelům. I u veřejného vlastnictví je však nutné zmínit podstatný předpoklad, kterým je to, zda příslušný subjekt má postavení vlastnicky způsobilé právnické osoby a dále samozřejmě předpoklad toho, že sama věc může být předmětem vlastnického práva.[9]

Nedílnou součástí tohoto tématu je rovněž problematika tzv. veřejných věcí, jejichž různé klasifikace a výčty lze nalézt v odborné literatuře. Poměrně výstižně se k pojmu veřejná věc vyjádřil ve dvacátých letech J. Janovský, který konstatoval, že „na otázku, které věci jsou věcmi veřejnými, zřejmě lze odpovědět jen hledíc k tomu kterému státu a k určité době; vše závisí od konkrétního stupně hospodářského a sociálního vývoje a jeho vlivu na právní řád a správní praxi."[10] Obsah veřejného vlastnictví je ovlivněn i typem veřejné věci, svým předmětem, na kterém závisí i rozsah a povaha oprávnění a právních povinností. I přes úskalí a rozdílnosti, se kterými se lze při vymezení pojmu veřejných věcí setkat, lze veřejné věci jistým způsobem kategorizovat:

1. finanční (fiskální) majetek, který je důležitý pro svoji kapitálovou hodnotu nebo/a výnos;11

---

[7] Plíva, S.: Hospodaření s majetkem státu, Praha: C. H. Beck, 2004, s. 29. ISBN 80-7179-811-8.
[8] Blíže viz Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 28-43. ISBN 978-80-7179-617-6.
[9] Havlan, P.: Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 10. ISBN 978-80-210-4742-6.
[10] Janovský, J.: Teorie veřejného vlastnictví (Příspěvek k studiu právního řádu veřejného statku v Československu, Francii a Německu), Praha: Nákladem knihovny sborníku věd právních a státních, 1927, s. 23.
[11] Fiskálním majetkem se běžně rozumí lesy, podíly na kapitálových společnostech, cenné papíry, peníze, majetek podniků a hospodářských korporací nositelů veřejné správy aj.
Blíže viz Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 59. ISBN 978-80-7179-617-6.

2. správní majetek, který slouží výkonu veřejné správy;12

3. věci v obecném užívání – tradiční označení těchto věcí je tzv. veřejný statek. Poměrně výstižně charakterizoval tento právní pojem E. Tilsch, který za veřejný statek považoval nemovité věci, určené k tomu, aby byly všem přístupny k obecnému stejnému užívání.13 Slovník veřejného práva československého k tomuto heslu uvádí: „Statek veřejný jsou ony věci veřejné, u nichž konkrétním administrativním účelem, jemuž slouží, je právě obecné užívání.14 Nutno však upozornit i na ten fakt, že v obecném užívání mohou být i věci soukromé. Současné právo pojem veřejného statku neupravuje, na rozdíl od ABGB, kde byl uveden demonstrativní výčet věcí podřaditelných pod tento právní pojem. Jistou změnu tohoto stavu zřejmě přinese nový občanský zákoník, který s tímto institutem opět výslovně počítá. Konkrétním příkladem věcí v obecném užívání mohou být pozemní komunikace.15

Typ veřejné věci výrazně ovlivňuje obsah veřejného vlastnictví. Povaha i rozsah právních povinností a oprávnění budou odlišné v případě, kdy bude předmětem vlastnického práva věc podřaditelná pod kategorii tzv. fiskálního majetku, jiné budou v případě, půjde-li o věc v obecném užívání. Nemalé rozdíly lze vysledovat dokonce i v rámci jednotlivých kategorií veřejných věcí.[16]

Lze souhlasit s názorem Petra Havlana, že vymezení pojmu „veřejná věc“ má svůj význam zejména při posuzování vlastnického práva k těmto věcem, subjektů tohoto vlastnického práva, jakož i nutně onoho účelu, ke kterému mají sloužit.[17]

---

[12] Jedná se především o kancelářské budovy, inventář, služební automobily aj. Petr Havlan upozorňuje rovněž na existenci věcí „na hranici“ mezi věcmi patřícími do majetku finančního a správního. Takový případ nastane např. u nájemních domů ve vlastnictví subjektu veřejné správy (např. obce), které svému vlastníkovi přináší finanční výnos (z tohoto pohledu se jedná o finanční majetek), ale zároveň zákonem stanovený úkol uspokojování potřeby bydlení svých občanů (správní majetek).
Blíže viz Havlan, P.: Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 12. ISBN 978-80-210-4742-6.

[13] Havlan, Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 12. ISBN 978-80-210-4742-6.
Tilsch, E., Svoboda, E.: Občanské právo (část všeobecná), Praha: Všehrd, 1925, s. 146.

[14] Janovský, J.: Statek veřejný. In Hácha, E., Havelka, J.: Slovník veřejného práva československého. Sv. IV., Brno: Polygrafia – Rudolf Rohrer, 1938, s. 624.

[15] Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, s. 60-61. ISBN 978-80-7179-617-6.

[16] Tamtéž, s. 68.

[17] Tamtéž, s. 61-62.

4. VLASTNICTVÍ ÚZEMNÍCH SAMOSPRÁVNÝCH CELKŮ A MOŽNÁ OMEZENÍ

Vlastnictví z obecného pohledu bylo stručně nastíněno. V současné době již neexistuje hierarchicky upořádaný systém druhů a forem vlastnictví, ale panuje rovnost všech subjektů vlastnického práva před zákonem. Tuto rovnost nelze upřít ani s ohledem na jistá specifika v takových případech vlastnictví, kdy na jedné straně vystupuje fyzická osoba (případně tzv. soukromoprávní právnická osoba) a na druhé straně obec či kraj. Dle Petra Havlana je jedním z možných specifik fakt, že rovné postavení subjektů vlastnictví se netýká samotného předmětu vlastnického práva. Doklad nalezneme jak v Listině základních práv a svobod (čl. 11 odst. 2), tak i v ustanovení § 125 odst. 2 občanského zákoníku. Zde je nutné upozornit na to, že i když mají subjekty v zásadě stejnou možnost nabývat vše, co je způsobilé být předmětem vlastnického práva, netýká se to takového majetku, o němž zákon stanoví, že je nezbytný k zabezpečování potřeb celé společnosti, rozvoje národního hospodářství a veřejného zájmu, a který smí být jen ve vlastnictví státu, obce nebo určených právnických osob.“[18] V případě obcí (i krajů) však do současné doby nedošlo k přijetí zákona, který by pro obce (či kraje) ve vlastním slova smyslu vyhrazoval určitý majetek, případně který by určitý majetek vyhradil jako jejich majetek výlučný.[19] Určitým specifickým zákonem v tomto smyslu je zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších změn a doplňků, u kterého lze tyto určité rysy vysledovat. Konkrétně se jedná o ustanovení § 9 odst. 1 citovaného zákona, dle kterého je vlastníkem silnic II. a III. třídy kraj, na jehož území se silnice nacházejí, a vlastníkem místních komunikací obec, na jejímž území se místní komunikace nacházejí. Silnice II. a III. třídy byly teoreticky ke dni 1.10.2001 převedeny do vlastnictví krajů, v souladu s běžným uspořádáním ve státech Evropské unie. Dle některých autorů se však jedná o „danajský dar“ vzhledem k zanedbanému stavu těchto silnic. Více než 80 % silnic tedy v současnosti vlastní kraje.[20]

Podstatnými jsou rovněž omezení výkonu vlastnického práva obcí (respektive krajů). Omezení v nejobecnější rovině nalezneme v ustanovení čl. 11 odstavce 3 Listiny základních práv a svobod, dle kterého vlastnictví zavazuje a nesmí být zneužito na újmu práv druhých anebo v rozporu se zákonem chráněnými obecnými zájmy. Jeho výkon rovněž nesmí poškozovat lidské zdraví, přírodu a životní prostředí nad míru stanovenou zákonem. V řadě právních předpisů najdeme další omezení mající nejrůznější povahu, jedná se např. o omezení nakládání s určitými věcmi stanovením pravidel, jak jedině s nimi lze nakládat. Omezení se mohou týkat výkonu vlastnického práva v určitých podmínkách či v určitých

[18] Ustanovení čl. 11 odst. 2 Listiny základních práv a svobod.
[19] Havlan, P.: Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě, Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 17-18. ISBN 978-80-7201-708-9.
[20] Fastr, P., Čech, J.: Zákon o pozemních komunikacích s komentářem a prováděcími předpisy, Praha: Linde Praha, a.s., s. 23-26. ISBN 978-80-7201-635-8.

oblastech. V neposlední řadě sem můžeme zahrnout i omezení plynoucí z tzv. sousedských práv nebo z titulu věcného břemene aj. Není-li možné dosáhnout stanoveného účelu jinak, nelze pominout v této souvislosti i institut vyvlastnění, který je možný jen na základě zákona, jen pro daný účel a za náhradu.[21]

Specifika omezení obcí a krajů spočívají rovněž v existenci omezení existujících vedle shora uvedených, které vyplývají z jejich podstaty právnických osob veřejnoprávního charakteru. Dle Petra Havlana jde o to, že obce (i kraje) jsou rovněž speciálně tzv. „veřejnoprávně" omezovány při výkonu svého vlastnického práva. Veřejným právem zajištěná větší „přísnost" jednak nemůže být na újmu jinému vlastníkovi, ba naopak by mu měla svou vysokou mírou regulovanosti umožnit získání vysoké míry jistoty v očekávání chování příslušné obce coby vlastníka. Současně je v souvislosti s vlastnictvím územních samosprávných celků zdůrazňována tzv. sociální funkce vlastnictví, která je pojímána z hlediska zájmů občanů obcí, případně krajů. Je nepochybné, že vlastnictví obcí svým povinnostním přístupem k předmětu vlastnictví by mělo dobře tuto funkci plnit. Jedná se však o značně nelehký úkol zákonodárce, ale samozřejmě hlavně těch, kteří toto vlastnické právo územních samosprávných celků vykonávají.[22]

Podrobněji bych poukázala na postavení obce v oblasti školství. V současné době je nejvíce (asi 72 %) základních škol zřízeno obcemi. Obce jako zřizovatelé základních škol plně odpovídají za ekonomické řízení a za efektivní využití svěřených finančních prostředků pro řádné vedení a provoz školy. I přes možnost zřízení nového typu právnické osoby, tzv. školní právnické osoby, jsou v současné době v oblasti regionálního školství školy a školská zařízení ze strany obcí zřizovány jako příspěvkové organizace územních samosprávných celků. Jak již bylo uvedeno, obce jsou veřejnoprávními právnickými osobami. Odtud je odvozeno i postavení a charakter právnické osoby zřízené obcí – příspěvkové organizace. Tuto příspěvkovou organizaci může obec zřídit pro takové účely, jež souvisejí s její samostatnou působností, resp. pro výkon takových činností a služeb, o nichž obec v samostatné působnosti rozhodla, že jejich zabezpečení je v zájmu územně samosprávného celku a zejména jeho občanů, že se jedná o obecný (veřejný) zájem. Zřizovatel svěřuje příspěvkové organizaci do správy svůj majetek a vymezuje rozsah těch svých vlastnických práv, jejichž výkon na organizaci přenáší z důvodu zajištění řádného hospodaření s majetkem k těm účelům, které jsou vymezeny zřizovací listinou jako předmět činnosti, případně zřizovatelem povoleny jako činnosti doplňkové.[23] Příspěvkové organizace jsou jediným typem právnické osoby, který může obec zřídit či založit a který k ní má rozpočtový vztah. Obce

[21] Havlan, P.: Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě, Praha: Linde Praha, a.s., 2008, s. 18. ISBN 978-80-7201-708-9.
[22] Tamtéž, s. 18-19.
[23] Poláková, Z.: Příspěvkové organizace 2006. Praha: ASPI, a.s., 2006, s. 7. ISBN 80-7357-191-9.

jsou rovněž povinny kontrolovat hospodaření těchto organizací. V této souvislosti je nutné upozornit i na tu skutečnost, že zařízení a pozemky sloužící pro vzdělávání a výchovu jsou dle ustanovení § 2 odst. 1 písm. k) a l) zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon) veřejnou infrastrukturou. Stavba pro veřejnou infrastrukturu je stavbou veřejně prospěšnou, tj. stavbou ve veřejném zájmu, proto i zde lze vysledovat potencionální střet se zájmy ryze soukromými.

Vzhledem k tomu, že v území dochází především ke střetávání zájmů soukromých se zájmy veřejnými, pokládám za důležité vymezení pojmu „veřejný zájem“, který se objevuje v celé řadě právních předpisů, aniž by byl legálně definován.

5. VEŘEJNÝ ZÁJEM

Pojem „veřejný zájem“ je značně neurčitou kategorií, která je chápána rozdílně nejen názorovými či politickými skupinami, ale často také samotnými jednotlivci, přičemž i v průběhu času se obsah tohoto pojmu mění a historicky vyvíjí.

Ve všech etapách vývoje lidské společnosti lze celospolečenský, všeobecný či veřejný zájem vysledovat, a to ať už ve větší či menší míře. Už Hippodamos z Milétu v práci o urbanismu, jakož i Platón ve svých spisech, zastávali názor o nutnosti existence veřejných zón a upřesnění úlohy soukromých a veřejných budov při zakládání obcí a měst. V době římské republiky došlo k formulování a k ustálení pojmů veřejný a soukromý zájem, jakož i k rozlišení veřejného a soukromého práva.[24] Nositelem veřejného zájmu se stala úřední moc obce a sdružení různých skupin obyvatelstva. Přechodem od řízení obce k řízení státu dochází rovněž k transformaci veřejného zájmu ve smyslu toho, že vladař se stává nositelem vlastního zájmu, čímž se původní obsah a cíle veřejného zájmu značně redukují. Tento zájem ve středověku závisí na vůli konkrétního panovníka. Až nástupem kapitalistického hospodářství veřejný zájem postupně nabývá nové strukturovanosti a jeho význam stoupá, zejména po hospodářské krizi 30. let 20. století a po druhé světové válce. Rozhodující aspekt veřejného zájmu se v tomto období přesouvá do oblasti politiky a ideologie. Rochdi Goulli zastává názor, že jestliže u evropských států navazuje prosazování veřejných zájmů na tradiční zkušenosti a historický vývoj, kterými byly obce, sdružení občanů a stát, pak státy vzniklé bez tohoto odkazu vykazují malý smysl pro veřejný zájem a prvenství v nich zaujímá zájem individuální. Dále uvádí, že specifickým rysem současné společnosti je pluralita subjektů, které veřejný zájem prosazují, jakož i jejich vzájemné konflikty. „Pojetí státu jako entity a jediného reprezentativního subjektu

[24] Dle Ulpianovy definice je veřejným právem to, jež se týká římského státu, soukromé to, jež sleduje zájmy jednotlivců. Veřejný zájem je tedy spojován se zájmem státu.
„Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem.“
Ulpianus, Digesta 1, 1, 1, 2.

v současné době pozbývá platnosti. Stát se jeví jako pluralita center rozhodování a na úrovni každého centra se formuje veřejný zájem dané oblasti, mezi nimi vznikají rozpory a konflikty. K tomu je třeba přičíst i veřejný zájem hájený sdružením občanů. Tím se počet nositelů veřejného zájmu ve srovnání s minulostí rozšířil a proces jeho prosazování se na jedné straně komplikuje a na druhé straně se zdokonaluje.“[25]

Veřejný zájem je možno vymezit i jako opak tzv. zájmu soukromého. Jedná se o pojem, který se používá ve smyslu tzv. neurčitých pojmů ve správním právu poměrně často, a to i přesto, že ho platná právní úprava výslovně obsahově nevymezuje. Dle Petra Průchy lze dovodit, že „jde o takový zájem, resp. zájmy, jež by bylo možno označit za obecné či veřejně resp. obecně prospěšné zájmy, jejichž nositeli jsou blíže neurčené nicméně alespoň rámcově determinovatelné okruhy či společenství osob jako tzv. veřejnost, popř. zájmy, u nichž jde o tzv. zájmy společnosti (celospolečenské zájmy).“[26] Dušan Hendrych vymezuje veřejný zájem ne jako abstraktní hodnotu, ale jako „výsledek rozsouzení mezi různými zájmy, jako kategorie, která má u každého rozhodnutí svůj konkrétní obsah, jenž je spojen i s okolnostmi řešeného případu.“[27]

Právní předpisy se zpravidla v souvislosti s tím, co je veřejný zájem jako takový, vyjadřují v rámci jiného kontextu. Například zákon č. 182/1993 Sb., o Ústavním soudu, ve znění pozdějších předpisů, obsahuje ustanovení § 80 odst. 1, dle kterého směřuje-li ústavní stížnost proti jinému zásahu orgánu veřejné moci, než je rozhodnutí, může Ústavní soud k odvrácení hrozící vážné škody nebo újmy, k zabránění hrozícímu násilnému zásahu nebo z jiného závažného veřejného zájmu, uložit orgánu veřejné moci formou předběžného opatření, aby v zásahu nepokračoval. Ústavní soud v této souvislosti nejenom podřazuje tomuto ustanovení konkrétní případy, ale svou činností rovněž zásady vztahující se k veřejnému zájmu hledá a nalézá.[28] Dalším ustanovením je např. § 22 odst. 2 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů. Dle tohoto ustanovení lze věc bezúplatně převést pouze ve veřejném zájmu, anebo je-li bezúplatný převod hospodárnější než jiný způsob naložení s věcí nebo stanoví-li tak zvláštní právní předpis.

Jiří Hoetzel k veřejným zájmům rovněž uvedl: „Zákon může upraviti činnost správních úřadů určením přesných skutkových podstat. Ale

---

[25] Goulli, R.: Veřejný zájem: pozitivní přístupy a stručné ekonomické teze. In Malý, I. (ed.): Problémy definování a prosazování veřejného zájmu. Sborník referátů z teoretického semináře pořádaného Katedrou veřejné ekonomie ESF MU v Brně ve spolupráci s Asociací veřejné ekonomie, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, s. 10 – 11. ISBN 80-210-2236-1.

[26] Průcha, P.: Správní právo. Obecná část, Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004, s. 52 – 53. ISBN 80-210-3350-9.

[27] Hendrych, D. et al: Správní právo. Obecná část, Praha: C. H. Beck, 2003, s. 86. ISBN 80-7179-671-9.

[28] Pomahač, R.: Průvodce veřejnou správou, Praha: ISV nakladatelství, 1999, s. 144. ISBN 80-85866-42-0.

neobejde se bez pružných pojmů, protože by jinak nezvládl rozmanitost životních poměrů.“[29] Je zřejmé, že veřejný zájem jedním z těchto „pružných pojmů“ nepochybně je.

Tyto veřejné zájmy nesmí být v rozporu s platnými právními předpisy. Jelikož tyto veřejné zájmy souvisí nejen s režimem veřejného práva, ale i s postavením, posláním a úkoly orgánů veřejné moci, mohou být jejich posuzovateli i kvalifikovanými prosazovateli pouze orgány veřejné moci a tyto veřejné zájmy musí být orgány veřejné moci alespoň aprobovány.[30] V této souvislosti lze upozornit na dvě zásady. Pokud někdo veřejný majetek využívá sám, je jeho činnost podřízena veřejnému zájmu, který vyžaduje, aby dotyčný s veřejností jednal za „rozumných“ podmínek a jeho závazky ve vztahu k veřejnosti byly korektní. Zvýšených výsad a ochrany z důvodů veřejného zájmu však nepožívá soukromý podnik, a to ani tehdy, má-li veřejnost zájem na jeho zachování a dovozuje-li z něho své pohodlí, výhody či prospěch.[31] Krajský soud v Hradci Králové v rozsudku ze dne 19. března 1999 vyslovil názor, že „ne každý kolektivní zájem lze označit za veřejný zájem společnosti. Pojem ‚veřejný zájem‘ je třeba chápat vždy jako takový zájem, který je možno označit za obecně prospěšný zájem.“[32]

V širokém smyslu je veřejný zájem spjat s cíli, úkoly, jakož i účelem státu a strukturálními principy demokracie. V tomto pojetí je veřejný zájem totožný s pojmem „obecného blaha“. Lze se však setkat s názorem, zejména německých státovědců, dle kterého není dostatečně přesné synonymní používání těchto pojmů, jelikož pojem obecného blaha má širší význam a k jeho dosažení není nezbytný státní zásah. Pojem veřejného zájmu má rozsah užší, jelikož zahrnuje pouze ty komponenty veřejného blaha, které „samoregulující společenské mechanismy nedostatečně zajišťují nebo chrání, je tu proto nezbytná státní intervence. Správní právo se zabývá právě těmi chráněnými veřejnými zájmy, jejichž zabezpečení vyžaduje aktivitu orgánů veřejné správy. Obecné blaho tvoří tak zpravidla konglomerát jak autonomně soukromě, tak státně zajišťovaných zájmů.“[33]

Uplatňovat a chránit veřejný zájem je úkolem veřejné správy, kterou Jaroslav Pošvář charakterizoval následovně: „Veřejnou správou je tedy rozuměti správu záležitostí státu, veřejných svazků a jiných subjektů, prováděnou příslušnými orgány, jež se řídí právním řádem a v oboru volné úvahy objektivními postuláty správy státu či postuláty správy veřejných

[29] Hoetzel, J.: Zájmy veřejné. In Hoetzel, J., Weyr, F. et al: Slovník veřejného práva československého, Brno: Nakladatelství Rovnost, 1948, s. 577 –578.
[30] Průcha, P.: Správní právo. Obecná část, Brno: Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 2004, s. 53. ISBN 80-210-3350-9.
[31] Pomahač, R.: Průvodce veřejnou správou, Praha: ISV nakladatelství, 1999, s. 144. ISBN 80-85866-42-0.
[32] Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 19. 3. 1999, sp. zn. 31 Ca 71/98 - 26.
[33] Grospič, J.: Stát a veřejný zájem v konstitucionalistice a ústavním právu. In Jirásková, V. (ed.): Konference 2001. Český stát a vzdělanost, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, s. 332 - 335. ISBN 80-246-0491-4.

svazků a jiných subjektů…S hlediska ryze právního… tu se pak jeví veřejná správa jako tvorba druhotných norem.“[34] V období socialismu byla veřejná správa označována správou státní. Tato správa vykonávaná orgány státu v sobě absorbovala veškerou správu věcí veřejných. Tímto postojem se dávalo najevo, že pouze stát a jeho orgány jsou oprávněné a způsobilé dbát o veřejný zájem a o obecné blaho, čímž došlo k popření možnosti existence občanské společnosti, která se vyznačuje rovněž tím, že správu věcí veřejných mohou vykonávat i jiné subjekty než stát. Dnes přestal být stát jediným nositelem veřejné správy a tyto úkoly jsou částečně delegovány na jiné nositele veřejné správy.[35] V současné době se veřejnou správou rozumí jednak správa státní a jednak tzv. samospráva. V organizačním pojetí rozumíme veřejnou správou soustavu subjektů a vykonavatelů veřejné správy.[36] Orgánem ochrany veřejného zájmu tak může být každý orgán veřejné správy, tj. státní správy i samosprávy.

V oblasti práva životního prostředí někdy vlivem střetu zájmů soukromých s veřejnými dochází k činnosti, jež je nutné řešit v rámci správního řízení, jelikož veřejný zájem na zachování cenných přírodních zdrojů je nadřazen soukromým zájmům hospodářským, přičemž vlastníci jsou povinni tento stav respektovat. V této souvislosti lze upozornit na judikát Vrchního soudu v Praze ze dne 14.1.1997, č.j. 7 A 185/94 – 23, dle kterého "právní úprava odpovědnosti za správní delikty právnických či fyzických osob spadá do oblasti práva veřejného; jejím cílem je zajistit dodržování povinností stanovených zákonem na ochranu hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem, a postihovat protiprávní jednání, jež je v rozporu se zájmy společnosti, je společensky škodlivé nebo nebezpečné. Odpovědnosti za správní delikt v oboru práva veřejného se nelze zásadně vyhnout poukazem na smluvní či jiné ujednání mezi účastníky soukromoprávního vztahu ani poukazem na porušení povinností ze strany jiného subjektu." Ve vztahu k obcím současně uvádím, že dle rozsudku Vrchního soudu v Praze, č.j. 7 A 38/97 lze sankční odpovědnost podle ustanovení § 88 odst. 1, 2 zákona ČNR č. 114/1992 Sb. vyvodit proti každé právnické osobě, která se dopustí protiprávního jednání na úseku ochrany přírody a krajiny, tedy i proti obci, a to bez ohledu na skutečnost, zda k protiprávnímu jednání právnické osoby došlo při výkonu podnikatelské činnosti či nikoli.

6. K NĚKTERÝM OMEZENÍM VLASTNICKÉHO PRÁVA SOUVISEJÍCÍM SE STŘETEM ZÁJMŮ S ŽIVOTNÍM PROSTŘEDÍM

V předchozích kapitolách bylo uvedeno, že vlastnické právo vyjadřuje právo vlastníka pozemek svobodně užívat, požívat a disponovat s ním.

[34] Pošvář, J.: Obecné pojmy správního práva, Brno: Československý akademický spolek Právník, 1946, s. 29.
[35] Hendrych, D. et al: Správní právo. Obecná část, Praha: C. H. Beck, 2003, s. 4-5. ISBN 80-7179-671-9.
[36] Průcha, P.: Správní právo. Obecná část, Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004, s. 46-48. ISBN 80-210-3350-9.

K omezení vlastnického práva k pozemku ve veřejném zájmu dochází na základě zákona a se zachováním základních lidských práv. Současně je charakteristický nárůst omezení vlastníků související se snahou o ochranu životního prostředí. Obec v rámci své samostatné působnosti vystupuje jako jiný soukromoprávní vlastník, avšak s tím, že výkon jejího vlastnického práva, nakládání s jejím majetkem, podléhá kontrole, zda je majetek užíván účelně a hospodárně v souladu s jejími zájmy a úkoly vyplývajícími ze zákonem vymezené působnosti dle ust. § 38 a násl. zákona č. 128/2000 Sb., o obcích (obecní zřízení), ve znění pozdějších změn a doplňků. Vzhledem k existenci smíšeného modelu veřejné správy, kdy se v rámci obce rozlišuje mezi její přenesenou a samostatnou působností, vyplývá pro vlastnictví obcí a nakládání s jejím majetkem další specifikum. Při výkonu státní správy, např. s ohledem k výkonu státní správy lesů, vystupují obecní úřady obcí s rozšířenou působností. Velmi často je v této souvislosti poukazováno na tu skutečnost, že při správním řízení mnohdy dochází k tomu, že orgány veřejné správy (zejména menší obce) stále rozlišují samostatnou a přenesenou působnost nedůsledně. Účastníci správního procesu jsou si ve svých právech a povinnostech rovni, obec je tedy účastníkem tohoto řízení jako každý jiný a správní orgán musí s obcí nakládat jako s každým jiným subjektem. Proč tomu tak často není, uvádí Eva Hamplová z Kanceláře veřejného ochránce práv, dle které je celá situace přehlednější po dosazení konkrétních osob. Jako správní orgán vystupuje především obecní úřad, případně některý z jeho odborů, tedy konkrétní úředníci, kteří jsou pověřeni výkonem státní správy na určitém úseku. Obec, jako jednotka samosprávy, je ve správních řízeních reprezentována pověřenou osobou. Tato pověřená osoba je však rovněž součástí obecního úřadu a může se stát, že je i úředníkem téhož odboru, který je k rozhodnutí věci příslušný. Důvodem je například odbornost tohoto úředníka a erudovaný náhled do dané problematiky. K prolínání státní správy a samosprávy tak dochází zejména v osobní rovině, kdy se v rámci správních řízení ocitají osoby, které spolu běžně spolupracují a jsou navzájem propojeny organizačními vazbami. Ve správních řízeních je na ně ovšem kladen požadavek oproštění se od této skutečnosti a reprezentování zájmů souvisejících s jejich pozicí. Tento příklad je typický zejména pro menší obce, kde je méně početné personální obsazení obecního úřadu, což způsobuje kumulaci výkonu více oblastí veřejné správy u jedné úřední osoby.[37]

Vzhledem k rozsáhlosti této problematiky jsem si pro účely tohoto příspěvku vybrala střet zájmů a v jeho důsledku omezení vlastnického práva, který pro vlastníky vyplývá z lesního zákona.

[37] Hamplová, E.: Výkon přenesené působnosti v podmínkách smíšeného modelu veřejné správy. Právní regulace místní (a regionální) samosprávy. In Kadečka, S., Havlan, P., Valachová, K. (eds.): Právní regulace místní (a regionální) samosprávy. Sborník z 4. letní mezinárodní konference / workshopu, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 229-230. ISBN 978-80-210-4784-6.

Právní úprava, která zajišťovala ochranu lesa, existovala na našem území již v polovině 19. století. Zákon č. 250 ř. z. z roku 1852 ukládal vlastníkovi pozemku například povinnost řádného hospodáře nebo provádění opatření proti škůdcům či požárům, povinnost strpět na základě správního rozhodnutí dopravu dříví přes pozemek, jakož i možnost správního orgánu stanovit na základě žádosti obce nucenou správu lesa.[38] Ve vztahu k územním samosprávným celkům je kuriózním příkladem, nasvědčujícím soudobé nehospodárnosti obcí, císařský patent Marie Terezie, kterým byla nucena chránit lesy, a to především lesy obecní, před svými vlastníky – obcemi, které v nich nehospodařily řádně. V důsledku tohoto patentu byla pravomoc obcí okleštěna natolik, že obce nesměly bez povolení „vrchnosti" ve svých lesích skácet ani strom.[39]

Současný zákon č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (dále jen „lesní zákon"), ve znění pozdějších předpisů, v ustanovení § 1 vymezuje svůj účel, kterým je kromě předpokladů pro zachování lesa, plnění všech jeho funkcí, péči o les a jeho obnovu jako národního bohatství, které tvoří nenahraditelnou složku životního prostředí, také podpora trvale udržitelného hospodaření v něm. V souvislosti s těmito cíli lesní zákon obsahuje řadu povinností a omezení, z nichž některé jsou uloženy právě vlastníkům pozemků určených k plnění funkcí lesa.

Co se týká vlastnického práva k lesním pozemkům, lesní zákon obsahuje speciální úpravu týkající se hospodaření a nakládání s lesy ve vlastnictví státu v ustanovení § 4. Zákon neobsahuje speciální úpravu pro lesy ve vlastnictví obcí, pouze se o této kategorii zmiňuje v ustanovení § 24 v souvislosti s lesními hospodářskými plány. V této souvislosti je uvedeno, že pro státní lesy a lesy ve vlastnictví obcí je závazným ustanovením kromě jiného též minimální plošný rozsah výchovných zásahů v prostorech do 40 let věku.

Omezení a povinnosti vlastníka lesa lze rozdělit do několika oblastí:

1. Povinnosti a omezení preventivního charakteru.

2. Povinnosti evidence, které spočívají v povinnosti vlastníků pozemků určených k plnění funkcí lesa do 30 dnů ode dne uzavření smlouvy oznámit orgánu státní správy lesů vznik nájmu, podnájmu nebo výpůjčky lesních nebo jiných pozemků, jestliže trvají nebo mají trvat méně než pět let. Ustanovení § 12 odst. 2 dále pro tuto smlouvu obligatorně předepisuje písemnou formu, jinak by byla neplatná.

[38] Průchová, I., Chyba, J.: Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 15-16. ISBN 80-210-1959-X.
[39] Havlan, P.: Vývoj, stav a perspektivy právní úpravy majetku územních samospráv v České republice. In Radvan, M., Mrkývka, P. (ed.): Financování územní samosprávy ve sjednocující se Evropě. Sborník 1. Mezinárodního právnického symposia (Brno 12.9.2003), Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2005. ISBN 80-210-3677-X.

Z uvedeného vyplývá, že orgán státní správy lesů nutně nemusí mít informace o nájmech, podnájmech či výpůjčkách přesahujících pět let.

3. Odnětí pozemků a omezení jejich využívání – pro snížení počtu odnímání pozemků určených k plnění funkcí lesa použil zákonodárce nástroje ekonomické, jelikož trvalé i dočasné odnětí je vázáno na poplatky. Z těchto poplatků připadá 40 % obci, na jejímž katastrálním území k tomuto odnětí došlo, 60 % náleží Státnímu fondu životního prostředí.

4. Reparace škod.

5. Plánované hospodaření v lese.

6. Technika hospodaření v lese. V této oblasti omezení jde zejména o to, že uživatel lesa není oprávněn si při hospodaření v lese počínat libovolně, ale zákon ve svých ustanoveních § 31 a 35 vedle obecné povinnosti řádného hospodaření stanovuje celou řadu dalších konkrétních povinností.[40]

Podrobněji se budu zabývat některými aspekty těchto omezení.

Prevenci lze spatřit v ustanovení § 11 odst. 1 lesního zákona, dle kterého si musí každý počínat tak, aby nedocházelo k ohrožování nebo poškozování lesů, jakož i objektů a zařízení sloužících hospodaření v lese. Tato zásada vyplývá i z ustanovení § 415 občanského zákoníku. Dále je vlastník povinen usilovat při hospodaření v lese o to, aby nepoškozoval zájmy jiných vlastníků lesů. Specifická povinnost spočívá v zachování funkcí lesa a genofondu lesních dřevin. Zajímavé se jeví preventivní ustanovení § 22 odst. 1 zákona o lesích, dle kterého jsou vlastníci nemovitostí nebo investoři staveb a zařízení povinni provést na svůj náklad nezbytně nutná opatření, kterými jsou nebo budou jejich pozemky, stavby a zařízení zabezpečeny před škodami způsobenými zejména sesuvem půdy, padáním kamenů, zastíněním a lavinami z pozemků určených k plnění funkci lesa, přičemž tato opatření jsou oprávnění provést i na pozemcích určených k plnění funkce lesa. Vlastník těchto pozemků je povinen provedení opatření strpět. Analogické povinnosti ukládají vlastníkům lesa i jiná ustanovení lesního zákona – např. ust. § 32 odst. 6 (vlastník lesa je povinen hospodařit v lese tak, aby jeho činností nebyly ohroženy lesy sousedních vlastníků), příp. ust. § 35 (meliorace a hrazení bystřin v lesích). Dle Ivany Průchové není vztah těchto ustanovení vůči § 22 odst. 1 vztahem generality a speciality, z čehož by plynula derogace jednoho ustanovení druhým, ale vztahem subsidiarity. Vlastník lesa má nepochybně povinnost řádně v lese hospodařit. V rámci této povinnosti lze vysledovat i přiměřený rozsah činností, které směřují k ochraně sousedních nemovitostí. Poněkud odlišný rozsah povinností lze

[40] Průchová, I., Chyba, J.: Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 77-86. ISBN 80-210-1959-X.

očekávat od vlastníků ostatních nemovitostí, kteří mohou být lesem ovlivněny, po kterých lze požadovat jen takový rozsah činností, které řádné hospodaření v lese přesahují. Vzhledem k tomu, že i v případě řádného hospodaření v lese může dojít k ohrožení svou povahou mimořádnému, jako jsou havárie, padání kamenů, laviny, sesuvy půdy aj., vztahuje se odpovědnost vlastníků přilehlých nemovitostí právě na toto ohrožení, které v sobě mnohdy obsahuje prvek havárie.[41]

Tato otázka byla řešena i v judikátu Nejvyššího soudu ČR, č.j. 25 Cdo 2183/2001, dle kterého nebylo-li nebezpečí vzniku škody hrozící pádem zvětralého skalního masívu řešeno postupem podle ustanovení § 22 odst. 1 zákona č. 289/1995 Sb., o lesích, je třeba při posuzování zbytečnosti nákladů vynaložených účastníkem na odstranění skály zvažovat jako předběžnou otázku i to, zda účastník nebyl povinen takový náklad vynaložit při plnění povinnosti generální prevence podle § 415 obč. zák. Nejvyšší soud v tomto smyslu rozhodl v řízení žalobce Lesů ČR, s.p., proti České republice - Ministerstvu pro místní rozvoj ČR, o zaplacení částky ve výši 470.000,- Kč, kterou žalobce vynaložil na základě rozhodnutí správního orgánu, které bylo následně zrušeno. V posuzovaném případě bylo zjištěno, že žalobce vynaložil částku 470.000,- Kč na odstranění zvětralého skalního masivu, který se nacházel na pozemku určeném k plnění funkcí lesa ve vlastnictví státu, s nímž je svěřeno nakládání žalobci podle §4 odst.1 zákona o lesích, a který odtud ohrožoval sousední nemovitost. Učinil tak v reakci na rozhodnutí správního orgánu, jímž mu byla taková povinnost uložena, které však bylo později pro nezákonnost zrušeno. Lze tedy dovodit, že v příčinné souvislosti s nezákonným rozhodnutím orgánu státu se o tuto částku snížil majetkový stav žalobce. Toto snížení majetkového stavu lze ovšem za škodu považovat pouze tehdy, jestliže bylo vynaložení částky k odstranění skalního masivu zbytečné, tj. jestliže k takovému jednání nebyl žalobce povinen, a to ani z jiného důvodu, než který vyplýval z obsahu nezákonného rozhodnutí. Odvolací soud tedy správně dovodil, že povinnost žalobce odstranit předmětný skalní masiv nelze vyvozovat z ustanovení §22 odst.1 zákona č.289/1995 Sb., o lesích, podle nějž povinnost zabezpečit nemovitosti před škodlivými vlivy z lesních pozemků lze rozhodnutím správního orgánu uložit vlastníkům ohrožených nemovitostí, nikoliv vlastníkům lesních pozemků. Právní úprava státní správy lesního hospodářství vytváří významné možnosti ingerence státu do vztahů vznikajících při užívání lesa. Tato úprava státní správy v oblasti hospodaření s lesy, sledující především zájem na ochraně lesa, však neznamená, že by vlastník lesního pozemku, případně nájemce či právnická osoba, jíž je podle ustanovení §4 odst. 1 zákona o lesích svěřeno nakládání s lesy ve vlastnictví státu (jak tomu je v dané věci), byl zbaven povinností, které mu plynou z obecného právního předpisu - občanského zákoníku. Podle § 415 občanského zákoníku je každý povinen počínat si tak, aby nedocházelo ke škodám na zdraví, na majetku, na přírodě a životním prostředí. Toto ustanovení ukládá prevenční povinnost i vlastníku pozemku ve vztahu k

[41] Tamtéž, s. 79-80.

vlastníkům sousedních nemovitostí. Z uvedeného je zřejmé, že nebylo-li v posuzovaném případě nebezpečí vzniku škody hrozící pádem zvětralého skalního masívu řešeno postupem podle §22 odst. 1 zákona č.289/1995 Sb., o lesích, je třeba při posuzování zbytečnosti nákladů vynaložených žalobcem na odstranění skály (tj. v otázce vzniku škody) zvažovat jako předběžnou otázku i to, zda žalobce nebyl povinen takový náklad vynaložit při plnění povinnosti generální prevence podle § 415 občanského zákoníku. Nejvyšší soud tedy dospěl k závěru, že vzhledem k tomu, že odvolací soud se věcí z tohoto pohledu nezabýval, je předčasný jeho závěr o tom, že žalobci v důsledku nezákonného rozhodnutí správního orgánu vznikla škoda, neboť vychází z neúplně zjištěného skutkového stavu věci.

Co se týká plánovaného hospodaření v lese, zde je nutné upozornit na to, že současný zákon o lesích zná tři typy dokumentů pro plánování lesního hospodářství. Jedná se o oblastní plány rozvoje lesů, lesní hospodářské plány a lesní hospodářské osnovy. Oblastní plány rozvoje lesů, upravené v ustanovení § 23 lesního zákona, jsou metodickým nástrojem státní lesnické politiky, které doporučují zásady hospodaření v lesích. Lesní hospodářské plány se zpracovávají zpravidla na deset let a jsou nástrojem vlastníka lesa. Obligatorně je zpracování těchto plánů stanoveno pro právnické osoby, kterým je svěřeno nakládání se státními lesy, ostatní právnické a fyzické osoby, které vlastní více než 50 ha lesa v obvodu územní působnosti schvalujícího orgánu státní správy lesů. Fakultativně je možnost jejich zpracování stanovena pro ty, kteří vlastní méně než 50 ha lesa. Lesní hospodářské osnovy jsou zpracovávány těmi fyzickými a právnickými osobami, které vlastní lesy o menší výměře než je 50 ha, pokud už pro ně není zpracován lesní hospodářský plán. Součástí plánovaného hospodaření v lese jsou považovány také změny lesních hospodářských plánů a inventarizace lesů, při které se zjišťuje skutečný stav lesa. V souvislosti s inventarizací má vlastník povinnost nejen strpět provádění potřebných úkonů s inventarizací lesů spojených, ale rovněž poskytovat nezbytné údaje orgánům státní správy lesů.[42] Podrobnosti stanoví vyhláška č. 84/1996 Sb., o lesním hospodářském plánování. Konkrétní případ střetu zájmů v rámci plánovaného hospodaření v lese lze ukázat na judikovaném případu Nejvyššího správního soudu, č.j. 3 As 48/2008 – 113, ze dne 12.8.2009. Jednalo se o případ, kdy žalované Ministerstvo životního prostředí jako stěžovatel napadá rozsudek Městského soudu v Praze, kterým bylo zrušeno jeho rozhodnutí. Tímto rozhodnutím žalovaný zamítl odvolání žalobce – Lesů ČR, s.p., a potvrdil rozhodnutí Správy chráněné krajinné oblasti (CHKO) Jeseníky, jímž správní úřad I. stupně vydal nesouhlasné závazné stanovisko podle § 4 odst. 3 zákona č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny (dále též "zákon o ochraně přírody a krajiny") ke schválení

[42] Ustanovení § 28 zákona č. 289/1995 Sb., o lesích a o změně a doplnění některých zákonů (lesní zákon), ve znění pozdějších změn a doplňků.
Blíže viz Průchová, I., Chyba, J.: Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, s. 83-85. ISBN 80-210-1959-X.

žalobcem předloženého lesního hospodářského plánu pro Lesní hospodářský celek Jeseník s účinností ode dne 1. 1. 2007 do 31. 12. 2016. Důvodem nesouhlasu byla podle odůvodnění správního rozhodnutí prvního stupně skutečnost, že Správa CHKO Jeseníky opakovaně vyjádřila požadavek na promítnutí redukce borovice kleče a olše zelené podle plánu péče o zvláště chráněná území, nacházející se v rámci lesního hospodářského celku Jeseník, do návrhu konkrétních hospodářských opatření tak, aby byla redukce kleče možná, přičemž v lesním hospodářském plánu, předloženým žalobcem, se redukce kleče objevuje pouze v popisu porostních skupin, ale není umístěna jako těžba s plošným vyjádřením. Cílem právní úpravy lesního hospodářského plánování je rovněž pokrytí všech lesů na území ČR některým z plánovacích nástrojů (lesní hospodářský plán nebo lesní hospodářská osnova), a to bez ohledu na jejich výměru nebo vlastníka. Při hospodaření v lesích je vlastník lesa vedle lesního zákona a prováděcích právních předpisů povinen dodržovat povinnosti stanovené zákonem č. 114/1992 Sb., jelikož les je ex lege významným krajinným prvkem, který má důležitou funkci pro uchování ekologické stability krajiny. Proto je jednou z podmínek schválení lesního hospodářského plánu závazné stanovisko orgánu ochrany přírody. Orgán státní správy lesů přitom může lesní hospodářský plán schválit pouze tehdy, pokud není v rozporu s ostatními právními předpisy, zejména se zákonem č. 114/1992 Sb. Pokud vlastník lesa hospodaří bez schváleného lesního hospodářského plánu (či bez převzaté lesní hospodářské osnovy), je povinen si vyžádat závazné stanovisko ke každému pěstebnímu nebo těžebnímu zásahu, s výjimkou nahodilé těžby. Z případu vyplynulo, že žalobce kleč v posuzovaném území nerozšiřuje, jedná se o historickou výsadbu z období konce 19. století až do 50. let 20. stol. Nejvyšší správní soud vyslovil v této věci názor, že odstranění existujících porostů kleče z důvodu ochrany přírody je změnou již existujícího stavu dochovaného životního prostředí v zájmu ochrany přírody, která vede ke zlepšování přírodního prostředí. Pokud však nebyl žalobce k odstranění kleče povinen, nemůže být skutečnost, že tato redukce nebyla promítnuta do návrhů těžeb u jednotlivých porostů, ale žalobcem toliko popsána výše uvedeným způsobem v lesním hospodářském plánu, důvodem k nevydání souhlasného závazného stanoviska podle § 4 odst. 3 zákona o ochraně přírody a krajiny. Tím, že orgán ochrany přírody opřel své rozhodnutí o důvody, které zákon o ochraně přírody a krajiny nepřipouští, zatížil své rozhodnutí nezákonností. Městský soud v Praze proto nepochybil, pokud rozhodnutí stěžovatele zrušil a věc mu vrátil k dalšímu řízení.

7. ZÁVĚR

Článek se zabýval vlastnictvím z obecného pohledu, přičemž důraz byl kladen zejména na majetek územních samosprávných celků. Bylo vymezeno veřejné vlastnictví a poukázáno na specifika, se kterými se lze v rámci majetku obcí v platné právní úpravě setkat. Z uvedeného vyplývá, že problematika vlastnictví územních samosprávných celků není v současné době v právní úpravě řešena zcela uspokojivě. S odkazem na doporučení Petra Havlana se jeví vhodnější přijetí samostatného zákona, který by tuto

oblast upravoval, podobně jako je tomu u majetku státního. Zřejmý problém v současné právní úpravě lze vysledovat v její nekoncepčnosti, kdy právní úprava není ucelená a dostatečně logicky provázaná, což ve svém důsledku vede i k obtížné aplikovatelnosti této úpravy. Takový zákon o majetku územních samosprávných celků by mohl upravit základní instituty a základní pravidla pro hospodaření a nakládání s tímto majetkem. Domnívám se, že přijetím tohoto zákona by došlo k zvýšení míry předvídatelnosti chování územních samosprávných celků v majetkoprávní oblasti. Lze jen podtrhnout, že tato předvídatelnost je z hlediska ochrany tohoto typu veřejného majetku jev vysoce žádoucí.[43]

V článku bylo poukázáno na postavení obce při střetech zájmů. Vzhledem k tomu, že velmi často dochází ke střetu zájmů soukromých s veřejnými, je nutné upozornit na tu skutečnost, že postavení obcí je specifické také v tom, že obce při své samostatné působnosti reprezentují zájmy svých občanů, svým způsobem se tedy jedná rovněž o zájem veřejný, i když omezený na území dané obce. V článku byl rovněž pokus o vymezení veřejného zájmu, což je úkol nelehký i proto, že musí být vždy posuzován s ohledem na konkrétní okolnosti daného případu.[44]

V neposlední řadě bylo zohledněno možné omezení vlastnického práva, ke kterému vlivem střetu zájmů veřejných a soukromých dochází. Pro účely tohoto příspěvku byla vybrána oblast některých možných omezení plynoucích z lesního zákona.

Literature:

- Fastr, P., Čech, J.: Zákon o pozemních komunikacích s komentářem a prováděcími předpisy, Praha: Linde Praha, a.s., 239 s. ISBN 978-80-7201-635-8.
- Havlan, P.: Majetek obcí a krajů v platné právní úpravě, Praha: Linde Praha, a.s., 2008, 318 s. ISBN 978-80-7201-708-9.
- Havlan, P.: Veřejné vlastnictví v právu a společnosti, Praha: C. H. Beck, 2008, 306 s. ISBN 978-80-7179-617-6.

[43] Havlan, P.: Vývoj, stav a perspektivy právní úpravy majetku územních samospráv v České republice. In Radvan, M., Mrkývka, P. (ed.): Financování územní samosprávy ve sjednocující se Evropě. Sborník 1. Mezinárodního právnického symposia (Brno 12.9.2003), Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2005. ISBN 80-210-3677-X.

[44] Hamplová, E.: Výkon přenesené působnosti v podmínkách smíšeného modelu veřejné správy. Právní regulace místní (a regionální) samosprávy. In Kadečka, S., Havlan, P., Valachová, K. (eds.): Právní regulace místní (a regionální) samosprávy. Sborník z 4. letní mezinárodní konference / workshopu, Brno: Masarykova univerzita, 2008, s. 230. ISBN 978-80-210-4784-6.

- Havlan, P.: Veřejný majetek, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 169 s. ISBN 978-80-210-4742-6.
- Hácha, E., Havelka, J.: Slovník veřejného práva československého. Sv. IV., Brno: Polygrafia – Rudolf Rohrer, 1938, 995 s.
- Hendrych, D. et al: Právnický slovník, Praha: C. H. Beck, 2003, 1320 s. ISBN 80-7179-740-5.
- Hendrych, D. et al: Správní právo. Obecná část, Praha: C. H. Beck, 2003, 793 s. ISBN 80-7179-671-9.
- Heyrovský, L.: Dějiny a systém soukromého práva římského, Bratislava: Právnická fakulta UK v Bratislavě, 1929, s. 656 s.
- Hoetzel, J., Weyr, F. et al: Slovník veřejného práva československého, Brno: Nakladatelství Rovnost, 1948, 1098 s.
- Janovský, J.: Teorie veřejného vlastnictví (Příspěvek k studiu právního řádu veřejného statku v Československu, Francii a Německu), Praha: Nákladem knihovny sborníku věd právních a státních, 1927, 124 s.
- Jirásková, V. (ed.): Konference 2001. Český stát a vzdělanost, Praha: Nakladatelství Karolinum, 2002, 359 s. ISBN 80-246-0491-4.
- Kadečka, S., Havlan, P., Valachová, K. (eds.): Právní regulace místní (a regionální) samosprávy. Sborník z 4. letní mezinárodní konference / workshopu, Brno: Masarykova univerzita, 2008, 596 s. ISBN 978-80-210-4784-6.
- Knapp, V. et al: Občanské právo hmotné. Svazek I. 3, Praha: ASPI Publishing, s. r. o., 2002, 471 s. ISBN 80-86395-31-6.
- Malý, I. (ed.): Problémy definování a prosazování veřejného zájmu. Sborník referátů z teoretického semináře pořádaného Katedrou veřejné ekonomie ESF MU v Brně ve spolupráci s Asociací veřejné ekonomie, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, 214 s. ISBN 80-210-2236-1.
- Plíva, S.: Hospodaření s majetkem státu, Praha: C. H. Beck, 2004, 366 s. ISBN 80-7179-811-8.

- Poláková, Z.: Příspěvkové organizace 2006. Praha: ASPI, a.s., 2006. ISBN 80-7357-191-9.
- Pomahač, R.: Průvodce veřejnou správou, Praha: ISV nakladatelství, 1999, 246 s. ISBN 80-85866-42-0.
- Pošvář, J.: Obecné pojmy správního práva, Brno: Československý akademický spolek Právník, 1946, 103 s.
- Průcha, P.: Správní právo. Obecná část, Brno: Masarykova univerzita v Brně a nakladatelství Doplněk, 2004, 360 s. ISBN 80-210-3350-9.
- Průchová, I., Chyba, J.: Omezení vlastnického práva k pozemku z důvodu obecného zájmu, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1998, 185 s. ISBN 80-210-1959-X.
- Radvan, M., Mrkývka, P. (ed.): Financování územní samosprávy ve sjednocující se Evropě. Sborník 1. Mezinárodního právnického symposia (Brno 12.9.2003), Brno: Masarykova univerzita v Brně, 2005. ISBN 80-210-3677-X.
- Rektořík, J., Šelešovský, J. et al: Příručka pro zastupitele měst a obcí. Územní samospráva v ČR, SR a Rakousku, Brno: Masarykova univerzita v Brně, 1999, 174 s. ISBN 80-210-2254-X.
- Tilsch, E., Svoboda, E.: Občanské právo (část všeobecná), Praha: Všehrd, 1925, s. 146.

Contact – email
d.strejckova@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ŘEŠENÍ STŘETU ZÁJMŮ V ÚZEMÍ Z HLEDISKA ZÁKONA O MYSLIVOSTI (2001)

ZDENĚK TESNER

Ministerstvo zemědělství, Česká republika

Abstract in original language
Tato práce je zaměřena na řešení střetů v území z hlediska právní úpravy myslivosti (podle zákona o myslivosti z roku 2001). Tato úprava je založena na vlastnickém právu k honebním pozemkům, ale právo myslivosti může být v některých případech v rukou jiných osob. Ovšem množství zájmů angažovaných v oblasti myslivosti je mnohem širší, protože se toho dotýkají i otázky ochrany životního prostředí (například konflikt mezi potřebami živočichů a rostlin), zemědělského a lesnického hospodaření a další. Hlavní pozornost je pak věnována procesu prohlašování pozemků za nehonební.

Key words in original language
Myslivost; Zákon o myslivosti (2001); honební pozemky.

Abstract
This work is focused on the solution of the conflicts in country in the legal regulation of hunting and wild animal wellfare (by Hunting Act 2001). This regulation is built up on the right of property to the hunting allotments, but right of hunting could be constitutioned for different people. Amount of interests engaged in the hunting area is much more higher, because it is touching enviromental questions (for example conflicts between animals and plants requirements), wood and agricultural management and others. Main attention is orientated on the procedure of change of legal status of pieces of land to the nonhuntings.

Key words
Hunting; hunting act (2001); hunting allotment.

Téma střetu zájmů v území a jejich řešení přímo vybízí k tomu, aby byl zmíněn zákon o myslivosti. Právní úprava myslivosti je odvozena z honitby, respektive k ní příslušejícího honebního společenstva, jako základní organizační jednotky myslivosti. Myslivost lze vyjma zákonem stanovených výjimek provozovat právě jen v honitbách, honební společenstvo pak je sdružením vlastníků honebních pozemků tvořících spolu s přidruženými pozemky honitbu. Zákon předpokládá, že všechny honební pozemky, tedy všechny pozemky vyjma těch, jenž zákon za nehonební taxativně označuje, budou začleněny do některé z honiteb, buď jako pozemky tzv. vlastní nebo přidružené. Pozemky jako místa přirozeného výskytu zvěře a právní vztahy k nim tedy tvoří neodmyslitelnou součást mysliveckého práva.

Již z uvedeného je zřejmé, že možných ohnisek střetů se zde vyskytuje nemálo, neboť zájmů, a to někdy velmi různorodých se na úseku myslivosti

potkává právě tolik. Z těch nejvýznamnějších je třeba uvést na prvním místě vlastníky honebních pozemků, z nichž největší je stát vykonávající svá práva prostřednictvím zejména Lesů ČR s.p., Vojenských lesů a statků s.p. a Pozemkového fondu ČR, a.s. Zájmy vlastníků nejsou z různých důvodů homogenní, někteří vlastníci preferují zájmy myslivosti, jiní ekonomické využití. Za zájmy vlastníků pozemků v užším smyslu se označují ty zájmy, jenž chtějí provozovat myslivost v jiné podobě, než podle současného zákona o myslivosti (menší výměra honiteb, větší osobní participace) případně nechtějí, aby se na jejich pozemcích vůbec myslivost provozovala.

Obvykle v opozici proti vlastníkům stojí zájmy mysliveckých sdružení zastřešovaných Českomoravskou mysliveckou jednotou (ČMMJ). Myslivecká sdružení na rozdíl od Honebních společenství nejsou obvykle tvořena vlastníky honebních pozemků, ale aktivními myslivci, kteří si od honebních společenství honitby pronajímají. Lze konstatovat, že myslivecká lobby hájící zájmy ČMMJ patří mezi v Parlamentu mezi ty nejstálejší a nejvlivnější. Dále nelze opomínat ani zájmy osob provozujících zemědělskou výrobu, ať již na vlastních pozemcích a nebo, většinou, na pronajatých plochách.

Samostatnou kapitolu tvoří zájmy environmentálně zaměřených nevládních organizací. Některé z nich se zaměřují na ochranu zvířat, jiné naopak prosazují výrazné zvýšení odlovů zvěře z důvodů ochrany rostlin před okusem. Třetím významným zaměřením bývá snaha o redukci jakýchkoliv lidských zásahů do ekosystému. Není neobvyklé, když jedna a tatáž organizace zastává více z uvedených postojů. Ovšem tam, kde tyto organizace nehájí něčí konkrétní zájem, je třeba ocenit jejich přínos při řešení problémů, neboť mimo jiné dokáží přivést pozornost veřejnosti k aktuálním otázkám.

Své zájmy v této oblasti má i veřejnost jako taková, a to nejen proto, že Ústavní soud prohlásil ve svém nálezu Pl. 34/03 (49/2007 Sb.) myslivost za činnost prováděnou ve veřejném zájmu z důvodů potřeby obhospodařovat přírodní bohatství státu ve smyslu čl. 7 Ústavy. Nepochybně je zde dán mezi jinými zájem na ochraně zdraví a majetku, neboť při výkonu myslivosti dochází k manipulaci s výkonnou střelnou zbraní na místech veřejnosti přístupných. Do zájmu nejširšího okruhu osob jistě lze zařadit také možnost efektivního souběžného využívání pozemků pro potřeby myslivosti s potřebami zemědělské a lesnické výroby, volnočasovými aktivitami a v neposlední řadě mají tyto pozemky sloužit i jako součást ekosystému krajiny. V této souvislosti stojí za zmínku, tedy i za ochranu myslivost jako součást kulturního dědictví.

Aktuální oblasti střetů

V posledních letech vzrůstá počet a intenzita sporů o škody způsobované zvěří, zejména tzv. okusem stromů a jiných rostlin a spásáním polních plodin, ale v menší míře se to týká i ztrát na domácím a hospodářském zvířectvu a poškozování drobných hospodářských staveb (plotů, ohrad).

Příčin tohoto stavu je více, jednak dlouhodobě stoupají početní stavy vysoké a černé zvěře, druhak lidská činnost stále více narušuje přirozený habitat a denní režim zvěře, a na závěr nelze vynechat ani změnu ve způsobech zemědělského využívání polností.

Nárůst početních stavů zvěře je do určité míry způsoben zlepšením stavu životního prostředí v České republice, ale nemenší roli hrají rovněž další faktory společné i vyspělým evropským zemím, kde dochází k obdobným jevům. Obvykle se za jejich příčinu označuje vývoj urbanistických trendů, kdy se stále větší podíl obyvatel koncentruje v okolí sídelních center, kdežto hustota zalidnění zbytku krajiny klesá. Nezanedbatelný vliv na tento vývoj mají samotní myslivci, kteří vzhledem k hospodářské výhodnosti, preferují spíše poplatkový odstřel trofejních kusů (samců), než odlov přírůstku a nositelek přírůstku (samic a mláďat) na zvěřinu, který je pro redukci stavů přemnožené zvěře vhodnější.

Změny charakteru lidské činnosti v krajině pak mají vliv nejen na počet škůdců, ale i na intenzitu následků jejich činnosti. Rostoucí obliba venkovních volnočasových aktivit (čtyřkolky, jezdectví, paintball, geocaching), ovlivňuje denní režim zvěře, jenž je nucena se po větší část dne skrývat v houštinách a mladých porostech, kde okusování stromků způsobuje závažnější škody. Obdobným způsobem působí i změna osevních programů, kdy začínají dostávat přednost energeticky bohaté porosty (kukuřice), které stojí na polích mnohdy až do zimních měsíců a tak poskytují zvláště černé zvěři úkryt i potravu po dlouhá období přímo v polích. V souvislosti s tímto spolu s probíhajícími klimatickými změnami byly i na území ČR zaznamenány až tři vrhy černé zvěře za rok, což přispívá taktéž ke kvantitativnímu nárůstu škod.

Řešení výše zmíněných problémů spočívá v užší spolupráci mezi provozovateli zemědělské výroby, osobami vykonávajícími právo myslivosti a vlastníky pozemků. Nejméně problémů je pak tam, kde všechny tyto atributy náleží jednomu a témuž subjektu. Právní nástroje či výkon pravomocí státní správy mohou jen tomuto řešení napomoci, avšak aktivnějších zásahů je lépe se zdržet vyjma případů, kdy dochází k aktuálnímu výskytu rozsáhlých škod.

Za bez nadsázky esenciální pak je třeba označit střety, v nichž jde o samotnou existenci některé z honiteb. Tyto střety se obvykle odehrávají mezi vlastníky honebních pozemků a osobami, které na nich mají svěřeno právo výkonu myslivosti. Z těchto vlastníků jsou nejčastěji v konfliktech účastní ti, jenž jsou vyloučeni z podílu na výkonu myslivosti. Stává se tak z důvodů nedostatečné výměry jeho pozemků, případně absence jejich souvislosti, a v některých případech jen na základě sjednocování honiteb prováděného na přelomu 70. a 80. let minulého století, kdy menší honitby byly připojeny k větším sousedům. Pro úplnost se sluší podotknouti, že příčinou neshod jsou jen v okrajovém množství případů náhrady za přičlenění pozemků k honitbě nebo nájemné vyplácené mysliveckými sdruženími honebním společenstvům.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Prohlašování pozemků za nehonební

Po uznání honitby jsou zájmy vlastníků honebních pozemků nedisponujících vlastní honitbou obstarávány v rámci honebního společenstva rozhodujícího prostřednictvím většinového hlasování, přičemž počet hlasů jednoho vlastníka odpovídá počtu vlastněných hektarů honebních pozemků (§ 22 odst. 3 ZoM). Honební společenstvo ve většině případů rozhodne o uzavření smlouvy o nájmu honitby, čímž na dobu 10 let přenechá výkon práva myslivosti nájemci, jenž se stává uživatelem honitby ve smyslu zákona o myslivosti. Poté se role honebního společenstva omezuje na schvalování návrhu plánu mysliveckého hospodaření vypracovaného právě uživatelem, jehož dodržování následně administrativně kontroluje orgán státní správy myslivosti.

Zákon o myslivosti obsahuje řadu ustanovení, která se dotýkají vztahu vlastníků honebních pozemků na jedné straně a vykonavatelů práva myslivosti na straně druhé. Až na jedno všechna regulují možnosti využívaní pozemků pro účely myslivosti, a to mnohdy i bez souhlasu vlastníka. Myslivci jsou tak oprávněni například na pozemky vstupovat a vjíždět, lovit zvěř a přisvojovat si ulovené kusy, provádět hospodaření se zvěří a zatím účelem zřizovat myslivecké stavby (vhodné úkryty, krmelce a příkrmová políčka - k čemuž jedinému podle zákona potřebuje souhlas vlastníka). Oním jediňáčkem je ustanovení § 17 odst. 2 upravující možnost prohlášení pozemků za nehonební. Prohlášení pozemků za nehonební tak představuje jedinou nárokovou obranu vlastníků pozemků. Zároveň je vhodné připomenout, že nový zákon o myslivosti (z roku 2001) svěřil vlastníkům provádění takzvané vlastnické kontroly myslivosti, aniž by jim za tímto účelem poskytl jakákoliv další oprávnění.

Pravomoc prohlásit pozemky za nehonební má orgán státní správy myslivosti (obecní úřad obce s rozšířenou působností) z důvodů bezpečnostních nebo vojenských nebo z důvodů zájmu vlastníka a to buď z vlastního podnětu nebo na návrh vlastníka. Přestože toto ustanovení obsahuje dikci „…z (uvedených) důvodů prohlásí za nehonební pozemky i jiné pozemky než uvedené v § 2 písm. e)…“ není třeba pozemky za nehonební označené přímo zákonem prohlašovat ještě rozhodnutím správního orgánu. O ostatních částech tohoto ustanovení pak taková všeobecná shoda nepanuje.

Pokud se zkoumá právní úprava prohlašování pozemků za nehonební, nelze se nezmínit o nálezu Ústavního soudu Pl. 34/03, které bylo publikováno ve Sbírce zákonů pod č. 49/2007 Sb, což se jeví vzhledem k obsahu jako příhodnější způsob citace. Přestože návrh, o němž byl Ústavní soud povolán rozhodnout, se tohoto ustanovení vůbec netýkal, tvoří jeho ústavně konformní výklad podstatnou část jeho odůvodnění. Svou důsledností přednesený výklad nezajišťuje jen ústavní konformitu prohlašování pozemků za nehonební, ale fakticky nahrazuje literu zákona a z tohoto důvodu budiž podroben bližšímu zkoumání.

Před vydáním onoho nálezu postupovaly orgány státní správy myslivosti tak, že k prohlášení pozemku za nehonební stačilo navrhovateli prokázat, že je vlastníkem předmětného pozemku, přičemž jeho zájem byl prokázán již podáním žádosti. Tímto způsobem postupovaly od účinnosti zákona o myslivosti (1. července 2002) přibližně do počátku roku 2008, přes obavy části odborné veřejnosti tento přístup nevedl k hromadnému prohlašování pozemků za nehonební a s výjimkou diskuse o tom, zda mají být pozemky nově znehonebněné v terénu vyznačeny, nevyvolal ani jiné problémy. Na výše uvedeném přístupu k institutu prohlašování pozemků za nehonební se shodli představitelé vlastníků honebních pozemků a osob vykonávajících právo myslivosti při přijímaní tohoto zákona v Poslanecké sněmovně Parlamentu České republiky.

Pro úplnost je třeba dodat, že toto stanovisko svým dopisem potvrdil i tehdejší ministr zemědělství a pozdější předseda Českomoravské myslivecké jednoty, která je největším sdružením osob vykonávajících myslivost, Ing. Jaroslav Palas. Platnost a stále aktuální význam dohod a kompromisů uzavřených při schvalování zákona o myslivosti byly potvrzeny i na Setkání představitelů Ministerstva zemědělství se zástupci myslivecké veřejnosti a vlastníků honebních pozemků konaném dne 5. března 2009 v budově Ministerstva zemědělství.

Výše uvedený nález rozeznává tři skupiny důvodů pro prohlášení pozemků za nehonební, a sice a) vojenské a bezpečnostní důvody, b) zájem na ochraně jiného ústavně zaručeného práva a na c) situace, kdy jinak legitimní omezení vlastnického práva z důvodů práva myslivosti přestalo být proporcionální. U všech těchto důvodů pak Ústavní soud po správním orgánu požaduje, aby zkoumal důvody pro prohlášení pozemků za nehonební, jak z hlediska jejich skutečné existence, tak z hlediska jejich intenzity, což v konečném důsledku znamená stanovení povinnosti, bez dostatečné zákonné opory (viz. Čl. 2 odst. 4 Ústavy), žadatele tyto okolnosti před správním orgánem prokazovat. Tím dochází k omezení či ke ztížení možnosti majitele pozemku dosáhnout jeho prohlášení za pozemek nehonební.

Části nálezu Ústavního soudu týkající se ustanovení o prohlašování pozemků za nehonební je třeba rovněž vykládat v historickém kontextu jejich vzniku. V době jeho vzniku byla otázka prohlašování pozemků za nehonební aktuální vzhledem k nálezu Evropského soudu pro lidská práva ve věci Chassagnou, která se týkala otázky povinného sdružování vlastníků honebních pozemků ve Schválených obecních sdružení lovu. Tento nález byl mnohdy vykládán jako jednoznačné vítězství zájmu vlastníků nad zájmy myslivosti, na což pravděpodobně Ústavní soud reagoval. Avšak je zřejmé, že právní úprava myslivosti v České republice je podstatně odlišná od francouzské a otázka hromadného prohlašování pozemků za nehonební již není, a nutno podotknout, že nikdy ani nebyla, aktuální. Tyto skutečnosti nelze při výkladu tohoto nálezu opomíjet.

Jak již bylo uvedeno, ustanovení § 17 odst. 2 zákona o myslivosti nebylo v řízení o zrušení některých částí zákona o myslivosti napadeno, nemohlo se Ministerstvo zemědělství ani Poslanecká sněmovna vyjádřit k historickým souvislostem jeho vzniku ani k účelům a zájmům, jenž zákonodárce při jeho schvalování předjímal. Bez osvětlení těchto okolností nelze dosáhnout komplexního výkladu tohoto ustanovení. Pokud jde o výklad pro potřeby aplikační praxe, je třeba dále zmínit i nedávný nález Ústavního soudu Pl. ÚS 27/09 (causa Melčák), kde Ústavní soud zavedl přísné rozlišování mezi ratio decidendi a obiter dictum, jehož se ÚS pro příště nemusí držet.

Při prohlašování pozemků za nehonební se střetávají dva ústavně garantované zájmy, a sice zájem vlastníků honebních pozemků a na druhé straně zájem na výkonu práva myslivosti jakožto nástroje na obhospodařování některých složek přírodního bohatství státu. Ústavní soud ve shora citovaném nálezu (odst. 60, 61 a násl.) deklaroval, že není svrchovaným zákonodárcem a tudíž mu nepřísluší hodnotit správnost, ideovou vyváženost či další obdobné atributy přijaté zákonné úpravy, ale toliko soulad zákonné normy s ústavními garancemi jak mu ukládá čl. 83 Ústavy ČR. V následujících úvahách však dovozuje potřebu zkoumat úpravu vztahů mezi zájmy vlastníků honebních pozemků a osob vykonávajících právo myslivosti v kontextu celého zákona o myslivosti. S takovým postupem lze souhlasit, ovšem je třeba poznamenat, že při hodnocení konkrétních ustanovení se jí Ústavní soud neřídil v dostatečné míře. Úvahou o potřebě komplexního výkladu zákona o myslivosti vedla ÚS k přezkoumávání ústavnosti § 17 odst. 2, ač tento nebyl v daném řízení napaden. Ústavní soud podle mého názoru především nereflektoval postavení institutu prohlašování pozemků za nehonební jako jediného nástroje v rukou vlastníků.

Přesunutí hodnocení otázky proporcionality ústavních zájmů z rámce celého zákona o myslivosti na zúžené meze druhého odstavce § 17 znemožňuje dosažení rovnováhy mezi zájmy vlastníků honebních pozemků a zájmy osob vykonávajících právo myslivosti, které bylo dosahováno právě tím, že oproti řadě oprávnění osob vykonávajících právo myslivosti bylo postaveno právo vlastníků pozemku prohlásit svůj pozemek za nehonební. Prohlášení pozemku za nehonební pro vlastníka znamená ztrátu možnosti pobírat finanční náhradu za přičlenění pozemku a především ztrátu možnosti domáhat se náhrady škody způsobené zvěří na těchto pozemcích. Tudíž zde existuje mechanismus vyvažování jednotlivých zájmů i v rámci tohoto institutu.

U důvodů výše označených jako sub a) a sub c) lze akceptovat požadavek na prokázání existence a rozsahu takových důvodů. U vojenských a bezpečnostních důvodů lze toto dovodit přímo z dikce zákona o myslivosti. Možnost omezit vlastnické právo je dána přímo Listinou základních práv a svobod, kde v článku 11 odst. 3 je výslovně stanovena odpovědnost vlastníka, pod níž lze zahrnout i povinnost prokazovat okolnosti potřebné pro posouzení proporcionality uvedených zájmů.

Zcela jiná situace však nastává u důvodů sub b), kde se zájem společnosti na výkonu práva myslivosti střetává s jiným ústavně zaručeným právem. Obvykle půjde, ať již přímo nebo zprostředkovaně, o střet s právem na svobodu myšlení, svědomí a vyznání (někdy souhrnně označované jako svoboda smýšlení) podle článku 15 Listiny, ovšem nelze vyloučit ani jiné případy. Zde nelze povinnost žadatele prokazovat skutečnou existenci a rozsah důvodů pro prohlášení pozemků za nehonební dovodit z platného znění zákona o myslivosti, ostatních zákonů ani z předpisů vyšší právní síly. Pokud by správní orgán přesto požadoval předložení takových důkazů, jednal by v rozporu s článkem 2 odst. 4 Ústavy ČR, jak již někteří žadatelé upozorňují.

Přitom povinnost poskytnout vlastníkovi honebního pozemku efektivní nástroj na prohlášení pozemků za nehonební z důvodů jeho smýšlení vyplývá z Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, tak jak jí vyložil ECHR v již zmíněném rozsudku Chasagnou. V této souvislosti je v neposlední řadě třeba upozornit na skutečnost, že pro skutečné a úplné naplnění svobody smýšlení, tak jak je stanovená v článku 15 Listiny, ale i v evropských a mezinárodních smlouvách o ochraně základních lidských práv, nemůže myšlení, svědomí či vyznání lidí podléhat jakékoliv kontrole či dozoru ze strany orgánů veřejné moci. K tomu Pavlíček a kol. Ústava a ústavní řád České republiky, 2. díl, Práva a svobody, str. 147 a násl.: Stát ani nikdo jiný - politická strana, církev či náboženská společnost nebo občanské sdružení si nesmí přivlastňovat právo rozhodovat o myšlení, svědomí a náboženském vyznání člověka, nebo na ně dozírat.

Konečně je třeba k otázce střetu smýšlení a výkonu práva myslivosti přičinit dvě stručné poznámky. Ústavní soud sice požaduje, aby se formální záštita jinou ústavní garancí nestala prostředkem popření práva myslivosti, ovšem ochrana ústavně garantované svobody smýšlení musí mít formalizovanou podobu, neboť jinak by nemohla býti dostatečně účinná. Druhá poznámka se týká již zmíněné vlastnické kontroly myslivosti, jejíž uplatnění vede k tomu, že ve prospěch myslivosti nelze uplatnit argument opečovávání přírodního bohatství státu, neboť rovněž vlastník jedná v zájmu ochrany této hodnoty.

Ač byla otázka institutu prohlašování pozemků za nehonební po publikování nálezu č. 49/2007 Sb., posuzována Nejvyšším správním soudem, je třeba kriticky konstatovat, že tento se omezil na zopakování právních názorů Ústavního soudu a námitkami Ministerstva zemědělství vycházejícími z výše uvedených myšlenek se nezabýval. Je tedy věcí budoucích rozhodnutí správních soudů stanovit konkrétní mantinely a podmínky znehonebňování pozemků z důvodu zájmu vlastníka. Nad rámec výše provedených úvah by bylo vhodné při prohlašování pozemků za nehonební rozlišovat pozemky, na nichž si majitel nepřeje jakýkoliv výkon práva myslivosti a pozemky na nichž si majitel nepřeje jen provádění lovu zvěře, i když ani tento přístup nevyřeší všechny problémy a naopak, některé dílčí sám přináší (takový režim nemá oporu v zákonných ustanoveních, při větších výměrách takových pozemků by se výkon myslivosti stával velmi nákladnou činností nepřinášející adekvátní odměnu).

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
Zdenek.Tesner@mze.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ŘÍZENÍ A DOKUMENTACE POZEMKOVÝCH ÚPRAV VE VZTAHU K ÚZEMNÍMU PLÁNOVÁNÍ

JANA PODHRÁZSKÁ - ALENA TICHÁ - RADMILA GRMELOVÁ

Oddělení pozemkových úprav Brno, Výzkumný ústav meliorací a ochrany půdy Praha, Česká republika - Fakulta stavební, Vysoké učení technické v Brně, Česká republika - Ústřední pozemkový úřad, Ministerstvo zemědělství, Česká republika

Abstract in original language
Úkolem pozemkových úprav je mimo jiné řídit se podklady územního plánování a realizovat je prostřednictvím uspořádání vlastnických práv k pozemkům. Cílem příspěvku je analýza problémů, které vyvstávají nebo mohou vyvstat v koordinaci a řízení pozemkových úprav a ve vztahu k územnímu plánování.

Key words in original language
Pozemkové úpravy; územní plán; správní řízení; koordinace postupů; dotčené zájmy; plán společných zařízení.

Abstract
The aim of the land consolidation, among others, is to follow the land planning projects and to implement them through the arrangement of plot reallocation with respect to the property rights. The purpose of this paper is to analyze that problems, they can arise in the coordination and proceedings of the land consolidation process and in relation to the land planning.

Key words
Land consolidation; land planning; administrative procedure; coordination of the procedures; respective interests; project of common facilities.

1. ÚVOD

Problematikou využití, rozvoje a ochrany venkovské krajiny se v současné době zabývají zejména tři ministerstva: Ministerstvo zemědělství, Ministerstvo životního prostředí a Ministerstvo pro místní rozvoj. Již z uvedeného je zřejmé, že prosazování rozličných opatření v krajině je podmiňováno různými zájmy jednotlivých oborů. Jejich realizace však je prováděna z velké míry prostřednictvím pozemkových úprav, to znamená prostorovým a funkčním uspořádáním pozemků tak, aby byly zabezpečeny podmínky pro hospodaření vlastníků zároveň s potřebami zachování a zlepšení ekologické stability krajiny. Tento proces je spjat s uspořádáním vlastnických práv k jednotlivým pozemkům, což často komplikuje naplňování představ, vizí a koncepcí týkajících se venkovské krajiny, zpracovávaných bez vazby na vlastnické vztahy v území. Pokud se týká podrobnosti zpracování, jsou pozemkovým úpravám nejblíže územní plány obcí, které však zpracovávají rozvojové plány také bez ohledu na vlastnické

vztahy. Úkolem pozemkových úprav je řídit se mj. podklady územního plánování a realizovat je prostřednictvím uspořádání vlastnických práv k pozemkům. Tento postup zákonitě naráží mnohdy na nepochopení, neochotu vlastníků či na faktickou nemožnost zapracování některých návrhů z důvodů jejich rozporuplné funkce. Cílem příspěvku je analýza problémů, které vyvstávají nebo mohou vyvstat v koordinaci a řízení pozemkových úprav a ve vztahu k územnímu plánování.

2. PROCES POZEMKOVÝCH ÚPRAV

Proces pozemkových úprav je po organizační, věcné a dokumentační stránce velmi složitým správním řízením. Řízení o pozemkových úpravách je upraveno zákonem č. 139/2002 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech (dále jen zákon o pozemkových úpravách, ZoPÚ) v aktuálním znění. Ve smyslu zákona **se pozemkovými úpravami ve veřejném zájmu prostorově a funkčně uspořádávají pozemky, scelují se nebo dělí a zabezpečuje se jimi přístupnost a využití pozemků a vyrovnání hranic tak, aby vytvořily podmínky pro racionální hospodaření vlastníků půdy.** Současně se jimi zajišťují podmínky pro zlepšení životního prostředí, ochranu a zúrodnění půdního fondu, vodní hospodářství a zvýšení ekologické stability krajiny. Součástí procesu pozemkových úprav je uspořádání vlastnických práv a s nimi souvisejících věcných břemen. Výsledky pozemkových úprav slouží pro obnovu katastrálního operátu (zákon č. 344/1992 Sb., o katastru nemovitostí České republiky ve znění pozdějších předpisů, dále jen katastrální zákon, KZ) a jako nezbytný podklad pro územní plánování (zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, dále jen stavební zákon, SZ).

Předmětem pozemkových úprav jsou všechny pozemky v obvodu pozemkových úprav bez ohledu na dosavadní způsob využívání a existující vlastnické a užívací vztahy k nim. **Obvod pozemkových úprav** je území dotčené pozemkovými úpravami, které je tvořeno jedním nebo více celky v jednom katastrálním území. Řízení o pozemkových úpravách vždy zahajuje pozemkový úřad. Účastníky řízení jsou:

- **vlastníci pozemků**, které jsou dotčeny řešením v pozemkových úpravách, a jiné právnické a fyzické osoby, jejichž práva mohou být ve správním řízení přímo dotčena

- **stavebník**, je-li provedení pozemkových úprav vyvoláno v důsledku stavební činnosti,

- **obce**, v jejichž územním obvodu jsou pozemky zahrnuté do obvodu pozemkových úprav.

Pozemkové úpravy se provádějí zpravidla formou komplexních pozemkových úprav, pouze v případě nutnosti řešit jenom některé

hospodářské nebo ekologické potřeby v krajině, provádějí se formou jednoduchých pozemkových úprav.

3. KOORDINACE PROCESU POZEMKOVÝCH ÚPRAV

3.1 KOMPETENCE ÚŘADŮ A ORGÁNŮ V PROCESU POZEMKOVÝCH ÚPRAV

Složitost celého procesu pozemkových úprav vyvolává potřebu nezbytné vzájemné koordinace mezi účastníky procesu na všech kompetenčních úrovních. Na nejvyšší úrovni se jedná o nutnou spolupráci ministerstev podle jejich kompetencí:

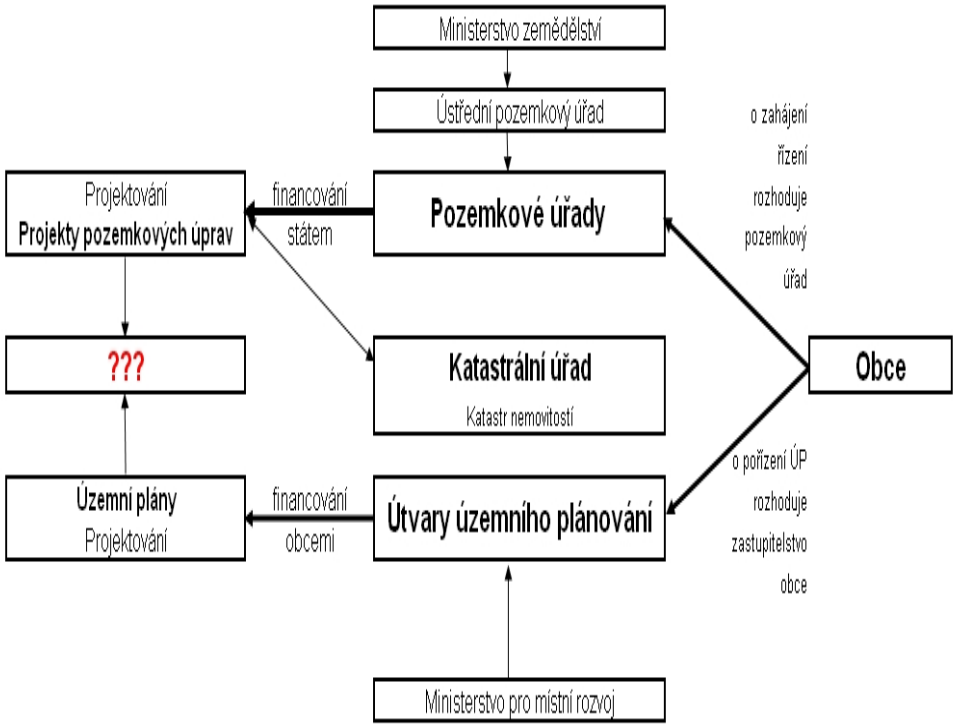
- **Ministerstvo zemědělství** má v kompetenci řízení Ústředního pozemkového úřadu, který řídí 77 pozemkových úřadů v jednotlivých okresech. Ústřední pozemkový úřad zabezpečuje, po dohodě s krajským úřadem, vazbu pozemkových úprav na zásady územního rozvoje. Pozemkové úřady na základě získaných podnětů zahajují řízení o pozemkových úpravách.

- **Ministerstvo pro místní rozvoj** koordinuje činnost územního plánování. Působnost ve věcech územního plánování vykonávají orgány obcí a krajů. Ministerstvo může zasahovat do jejich působnosti jen v záležitostech týkajících se rozvoje území státu.

- **Ministerstvo životního prostředí** metodicky vede odbory životního prostředí na pověřených obcích, které se vyjadřují k projektům pozemkových úprav.

Na obrázku 1) jsou znázorněny vazby mezi jednotlivými útvary, které se do procesu pozemkových úprav zapojují. Mezi jednotlivými účastníky procesu vznikají často komplikované situace.

V tomto článku se zaměřují autorky na problém spolupráce projektantů pozemkových úprav a územních plánů. Vzhledem k tomu, že tvorba územních plánů se řídí stavebním zákonem a projektování pozemkových úprav se řídí zákonem o pozemkových úpravách, bylo by jistě vhodné, kdyby oba zákony byly kompatibilní. Místy se zdá, že legislativci obou předpisů neměli vůbec tendenci vytvořit komplexní právní úpravu problematiky územního plánování a pozemkových úprav. Pro ilustraci je v dalším popsán proces pozemkových úprav a dále proces tvorby územního plánu.



Obrázek 1 Kompetence jednotlivých útvarů při pozemkových úpravách

3.2 PRŮBĚH A DOKUMENTACE POZEMKOVÝCH ÚPRAV

Proces pozemkových úprav řídí pozemkové úřady. V následující tabulce je schematicky zaznamenán průběh pozemkových úprav z hlediska pozemkového úřadu.

Zahájení řízení	Řízení zahajuje vždy pozemkový úřad. Zahájení řízení se oznamuje veřejnou vyhláškou. Pozemkový úřad vyrozumí o zahájení řízení dotčené správní úřady s tím, aby stanovily podmínky k ochraně zájmů podle zvláštních právních předpisů. Přestože zákon o pozemkových úpravách nestanoví pro vyrozumění žádnou lhůtu, mělo by k němu dojít bezprostředně po provedení oznámení. (§ 6 ZoPÚ)

Úvodní jednání	Svolává je pozemkový úřad. Slouží k seznámení účastníků s účelem, formou a předpokládaným obvodem pozemkových úprav. Pozemkový úřad obvykle nezve zástupce dotčených správních úřadů. (§ 7 ZoPÚ)
Soupis a ocenění nároků vlastníků	Pozemkový úřad zajišťuje vypracování soupisu nároků vlastníků pozemků. (§ 8 ZoPÚ)
Návrh pozemkových úprav	Pozemkový úřad zajišťuje zpracování návrhu pozemkových úprav. (§ 9 odst. 1 ZoPÚ) Svolává nejméně jednou za 6 měsíců kontrolní den, na který zve zástupce dotčených správních úřadů i obce (§ 9 odst. 20 ZoPÚ) Předkládá dotčeným orgánům státní správy k vyjádření zpracovaný plán společných zařízení. (§ 9 odst. 10 ZoPÚ) Plán společných zařízení může pořizovatel regulačního plánu projednat jako regulační plán a rovněž pořizovatel územního plánu jej může projednat jako změnu stávajícího územního plánu obce (zasahuje-li do něj). (§ 9 odst. 12 ZoPÚ) V ostatních případech musí být plán společných zařízení dohodnut s úřadem územního plánování. (§9 odst. 12 ZoPÚ)
Rozhodnutí o pozemkových úpravách	Po vystavení návrhu k veřejnému nahlédnutí z hlediska vznesení případných námitek a připomínek a následném závěrečném jednání vydá pozemkový úřad rozhodnutí o schválení návrhu pozemkových

	úprav. Rozhodnutí se oznamuje veřejnou vyhláškou a doručuje všem účastníkům řízení. (§ 11 odst. 1, 3, 5 ZoPÚ) O nabytí právní moci uvedeného rozhodnutí (v případě podaného odvolání proti rozhodnutí prověření, zda proti němu nebyla podána žaloba), vydá pozemkový úřad rozhodnutí o výměně nebo přechodu vlastnických práv. Rozhodnutí se oznamuje veřejnou vyhláškou a doručuje všem účastníkům řízení. (§ 11 odst. 8, 9, 10 ZoPÚ)
Provádění pozemkových úprav	Pozemkový úřad stanoví postup realizace pozemkových úprav (po projednání se sborem zástupců vlastníků a za jeho průběžné spolupráce a s ohledem na potřeby vlastníků a se zřetelem na finanční zajištění). (§ 12 odst. 1 ZoPÚ) Pro změny druhů pozemků, výstavbu polních a lesních cest, ochranu a zúrodňování půdního fondu a další společná zařízení zahrnutá do schváleného návrhu pozemkových úprav se upouští od vydání územního rozhodnutí o umístnění stavby a od rozhodnutí o využití území. (§ 12 odst. 3 ZoPÚ) Společná zařízení realizovaná podle schváleného návrhu pozemkové úpravy vlastní (obvykle) obec. (§12 odst. 4)
Péče o uskutečněná opatření	Provádí vlastník společného zařízení

Tabulka 1 Průběh pozemkových úprav z hlediska pozemkového úřadu

Návrh pozemkových úprav musí splňovat náležitosti dané vyhláškou č.545/2002 Sb., o postupu při provádění pozemkových úprav a náležitostech pozemkových úprav jak vyplývá ze změn provedených vyhláškou č.122/2007 Sb. (dále jen vyhláška o postupu při provádění pozemkových

úprav VoPÚ). V příloze VoPÚ jsou vymezeny tyto náležitosti návrhu pozemkových úprav:

1. Průvodní list pozemkových úprav
2. Souhrnná zpráva
3. Dokumentace o přípravě řízení o pozemkových úpravách
4. Rozbor současného stavu
5. Dokumentace k určení obvodu pozemkových úprav
6. Dokumentace k soupisu nároků vlastníků pozemků
7. Plán společných zařízení
8. Návrh nového uspořádání pozemků
9. Ostatní grafické přílohy, které nejsou součástí plánu společných zařízení
10. Dokladová část.

3.3 PROCES TVORBY A DOKUMENTACE ÚZEMNÍHO PLÁNOVÁNÍ

Cílem územního plánování je vytvářet předpoklady pro výstavbu a pro udržitelný rozvoj území tak, aby byly uspokojeny potřeby současné generace a nebyly ohroženy podmínky života generací budoucích ve smyslu stavebního zákona.

Územní plánování zajišťuje předpoklady pro udržitelný rozvoj území soustavným a komplexním řešením účelného využití a prostorového uspořádání území s cílem dosažení obecně prospěšného souladu veřejných a soukromých zájmů na rozvoji území.

Nástroje územního plánování jsou:

- územně plánovací podklady,
- politika územního rozvoje,
- územně plánovací dokumentace.

Územně plánovací dokumentací se ve smyslu stavebního zákona rozumí:

- zásady územního rozvoje,
- územní plán,

- regulační plán.

Pořizovatelem územně plánovací dokumentace je příslušný obecní úřad, krajský úřad, Ministerstvo pro místní rozvoj. Obecní úřad obce s rozšířenou působností (dále jen „úřad územního plánování“) v přenesené působnosti:

- pořizuje územní a regulační plán pro území obce

- pořizuje územně plánovací podklady

- pořizuje územní plán, regulační plán a územní studii na žádost obce ve svém správním obvodu

- je dotčeným orgánem v územním řízení z hlediska uplatňování záměrů územního plánování, pokud nevydává územní rozhodnutí

- je dotčeným orgánem v řízení podle zvláštního předpisu, v němž se rozhoduje o změnách v území

- podává návrh na vložení dat do evidence územně plánovací činnosti.

Pořízení územně plánovací dokumentace není ze zákona povinné. O pořízení územně plánovací dokumentace rozhoduje zastupitelstvo obce.

Nejdůležitější územně plánovací dokumentací ve vztahu k pozemkovým úpravám je **územní plán a regulační plán**. Jak pozemkové úpravy, tak i územní plán řeší území v měřítku katastrálního území.

V procesu pořizování územního nebo regulačního plánu jsou ve smyslu výše uvedeného hlavními účastníky:

- **obec**, která zadává zpracování územního nebo regulačního plánu,

- **pořizovatel**, kterým je obecní úřad, ten vede procesní postup pořizování a sleduje soulad zejména s cíli a úkoly územního plánování,

- **projektant**, který zpracovává územní plán nebo regulační plán.

Návrh na pořízení územního plánu	Návrh se podává u obce, pro jejíž území se územní plán pořizuje. Splňuje-li návrh všechny stanovené náležitosti, pořizovatel jej předloží k rozhodnutí zastupitelstvu obce (§ 46 SZ)

Zadání územního plánu	Na základě rozhodnutí zastupitelstva obce o pořízení územního plánu a doplňujících průzkumů a rozborů pořizovatel ve spolupráci s určeným zastupitelem zpracuje návrh na vydání územního plánu. \obsah zadání je stanoven ve vyhlášce 500/2006 Sb. Pořizovatel projedná návrh zadání s dotčenými orgány a veřejností. (§47 SZ)
Koncept územního plánu	Pokud je stanoveno v zadání územního plánu, zajistí pořizovatel pro obec zpracování konceptu územního plánu, jinak není zpracování konceptu povinné. (§48, 49 SZ)
Návrh územního plánu	Na základě schváleného zadání územního plánu pořizovatel pořídí pro obec zpracování návrhu územního plánu. Pořizovatel oznámí místo a dobu konání společného jednání o návrhu územního plánu dotčeným orgánům. Dotčené orgány a sousední obce mohou v dané lhůtě 30 dnů ode dne jednání uplatnit připomínky. Návrh územního plánu dále posuzuje krajský úřad z hlediska koordinace využívání území. Podle výsledku projednání projektant upraví návrh a tento se předkládá veřejnosti. (§50,51 SZ)
Řízení o územním plánu	Návrh územního plánu je 30 dní před veřejným projednáním vystaven k nahlédnutí. Každý k němu může podat písemnou připomínku. Náklady spojené s projednáním územního plánu hradí pořizovatel. (§52,53 SZ)
	Jsou-li všechny náležitosti územního plánu v pořádku, vydává jej

Vydání územního plánu	zastupitelstvo obce formou opatření obecné povahy podle správního řádu. (§54 SZ)
Ukládání a poskytování územního plánu	Územní plán opatřený záznamem o účinnosti ukládá pořizovatel u obce, pro kterou byl pořízen. Poskytuje jej rovněž příslušnému stavebnímu úřadu, úřadu územního plánování a krajskému úřadu.
Změny územního plánu	Při pořizování a vydávání změn územního plánu se postupuje obdobně podle §43 až §46 a §50 až §54 SZ a přiměřeně podle §47 až 49 SZ. (§55 SZ) Územní plán může být měněn pouze změnou, která je pořizována obdobně jako územní plán. Nelze jej změnit rozhodnutím podle § 97 odst.3 správního řádu.
Platnost územního plánu	Územní plán sídelního útvaru schválený před 1.7.1992 je platný maximálně do 31. 12.2009. Územní plán sídelního útvaru schválený před 1.1.2007 je platný maximálně do 31.12.2015. Územní plán vydaný po 1.1.2007 je platný zatím bez dalšího omezení.

Tabulka 2 Průběh pozemkových úprav z hlediska pozemkového úřadu

Regulační plán (§61 až §75 SZ) se zpracovává zpravidla pro zvlášť stavebně exponovaná území ve větší podrobnosti než územní plán. Postup je obdobný jako u územního plánu.

Z hlediska návaznosti na pozemkové úpravy je však nutné zdůraznit, že **regulační plán může nahradit plán společných zařízení** pozemkových úprav podle zákona o pozemkových úpravách, ZoPÚ.

Návrh plánu společných zařízení (dále jen PSZ) je souhrn opatření, která mají zabezpečit a naplnit §2 ZoPÚ. Soubor opatření zahrnuje:

- **cestní síť**, tj. opatření k zabezpečení přístupnosti pozemků (polní cesty, lesní cesty, mostky, propustky, brody, železniční přejezdy),

- **protierozní opatření** na ochranu půdního fondu (protierozní meze, zasakovací pásy, záchytné příkopy, terasy, větrolamy, protierozní zatravnění, zalesnění apod.),

- **vodohospodářská opatření** k neškodnému odvedení povrchových vod a k ochraně území před záplavami (suché poldry, nádrže, rybníky, odvodnění, ochranné hráze apod.),

- **místní Územní systém ekologické stability** (ÚSES), tj. opatření pro zvýšení ekologické stability (biocentra, biokoridory, interakční prvky),

- **opatření k ochraně a tvorbě životního prostředí**, například doplnění zeleně, terénní úpravy,

- **další** výše nevyjmenovaná opatření.

Navrhovaná opatření se vzájemně doplňují tak, aby byly zajištěny podmínky pro zlepšení životního prostředí, ochranu a zúrodnění půdního fondu, vodní hospodářství a zvýšení ekologické stability krajiny. Na realizaci návrhu PSZ je přednostně využita **státní, obecní půda** případně **adekvátní rozsah výměry půdy vlastníků** (pokud je nedostatek státní nebo obecní půdy). Při tvorbě PSZ je nezbytné reflektovat širší územní vztahy – povodí, biochory, propojení cestní sítě s navazujícím územím. Plán společných zařízení je však navrhován pouze v obvodu pozemkové úpravy. Zájmy ochrany půdy, vody a krajiny mají vždy přednostní význam před jinými požadavky na pozemky.

Zpracovaný plán společných zařízení pozemkových úprav může být převzat do územně plánovací dokumentace jako regulační plán. Ve smyslu § 9 odst. 12 ZoPÚ může pořizovatel regulačního plánu projednat plán společných zařízení jako regulační plán a rovněž pořizovatel územního plánu jej může projednat jako změnu stávajícího územního plánu obce (zasahuje-li do něj). V ostatních případech musí být plán společných zařízení dohodnut s úřadem územního plánování.

Ve smyslu § 70 SZ zastupitelstvo obce může v odůvodněných případech rozhodnout o souběžném pořízení a vydání regulačního plánu pořizovaného z podnětu a změny územního plánu, která je vyvolána tímto regulačním plánem. Regulační plán nemusí být v tomto případě v souladu s částmi územního plánu, které jsou měněny souběžně pořizovanou změnou územního plánu. Vydání změny územního plánu je podmínkou pro vydání regulačního plánu, který změnu vyvolal.

4. ZÁVĚR

Při zpracování pozemkových úprav musí být respektovány zásady územního rozvoje a současně pozemkové úpravy jsou jedním z nezbytných podkladů územního plánování. Podle právních předpisů není jednoznačně definován postup a v některých případech dochází k procesním „zádrhelům“ z důvodů mnohdy jen obtížně dosažitelné možnosti realizace návrhů územního plánu nástroji pozemkových úprav. Následně je vyvolána změna územního plánu, což znamená další finanční náklady, hrazené obcemi a časové prodlevy v postupu pozemkové úpravy. Takto může nastat situace, že vyprojektování některých společných zařízení je vlastně zaplaceno třikrát: poprvé v původním územním plánu, podruhé v procesu navrhování společných zařízení pozemkové úpravy a potřetí změnou územního plánu.

Nemalou úlohu v celém složitém procesu pozemkových úprav také hrají zdroje financování projektů. Zatímco projektování pozemkových úprav je hrazeno projektantům z prostředků Ministerstva zemědělství, tedy ze státních prostředků, tak náklady na zpracování územního plánu projektantem (a tedy i změny územního plánu v souvislosti s pozemkovými úpravami) hradí obec.

Je zřejmé, že katastrální mapy, územní plán a dokumentace pozemkových úprav musí být v souladu. Je nezbytné vytvořit metodickou pomůcku ke koordinaci tohoto procesu a nejlépe pak vypracovat právní normu či soubor s komplexní úpravou pohledu na plánování, tvorbu a užívání krajiny. Autorky předpokládají, že uvedený text k tomuto cíli přispěje.

Literature:

- KOLEKTIV. Koordinace postupu zpracování územně plánovací dokumentace a návrhu komplexních pozemkových úprav. Brno, ÚUR a VÚMOP Brno, 1999. 36 s
- ČMKPÚ. Metodický návod pro vypracování návrhů pozemkových úprav. Praha, MZe- ÚPÚ 2004. 194 s.
- Podhrázská, J. a kol. Projektování pozemkových úprav. Brno, Učební texty MZLU v Brně, 2006. ISBN 80-7375-011-2. 213 s.
- TNV 75 0144 Terminologie pozemkových úprav. Hydroprojekt a.s., Praha 1996.
- Zákon č.139/2002 Sb., o pozemkových úpravách a pozemkových úřadech, účinnost 1.1.2003 ve znění pozdějších novel
- Zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu., dále jen stavební zákon, SZ).

- Vyhláška č. 122/2007 Sb., o postupu při provádění pozemkových úprav
- Vyhláška č. 500/2006 Sb. o územně analytických podkladech, územně plánovací dokumentaci a způsobu evidence územně plánovací činnosti
- Vyhláška č.545/2002 Sb., o postupu při provádění pozemkových úprav a náležitostech pozemkových úprav jak vyplývá ze změn provedených vyhláškou č.122/2007 Sb.

Contact – email
podhrazska@vumopbrno.cz - ticha.a@fce.vutbr.cz - radmila.grmelova@mze.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

HOROLEZECTVÍ A OCHRANA PŘÍRODY - ROVNOVÁHA NEBO KONFLIKT ZÁJMŮ?

JANA TKÁČIKOVÁ - PETR VACULÍK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Horolezectví je činnost provozovaná především v přírodě. V českých podmínkách se většina vhodných míst k horolezecké činnosti nachází ve zvláště chráněných územích. Základním právním předpisem regulujícím výkon horolezectví na území České republiky je zákon o ochraně přírody a krajiny. Cílem právní úpravy není zakázat horolezectví, ale stanovit takovou míru regulace, která zajistí ochranu přírodního bohatství v souladu s trvale udržitelným rozvojem.

Key words in original language
Horolezectví; ochrana přírody; veřejný zájem; zvláště chráněné území.

Abstract
Climbing itself is an activity being performed mainly in nature. Regarding the Czech conditions, preponderance of convenient places for climbing activities can be found in specially protected areas. The basic legal regulation governing the performance of climbing is the Act on the Conservation of Nature and Landscape. The purpose of legal regulation is not the prohibition of climbing but the determination of such extent of regulation which ensure the protection of natural riches in compliance with sustainable development.

Key words
Climbing; nature protection; public interest; specially protected area.

Horolezectví je jedním z tzv. outdoorových sportů, který v posledních dvou dekádách zaznamenává mezi veřejností nezanedbatelný boom. Důvodem je dostupnost horolezeckého vybavení nejen finanční, rozvoj umělých horolezeckých stěn, zřizování horolezeckých škol, volné cestování po Evropě a jakási módnost sportů v přírodě. Všechny tyto a mnohé další aspekty jsou příčinou toho, že do přírody za touto sportovní činností vyráží více lidí a příroda je tudíž více lidskou činností ovlivňována. Nicméně ochrana přírody a krajiny je veřejným zájmem a činnosti, které by ji mohly negativně ovlivnit jsou státem prostřednictvím práva regulovány, resp. omezovány či zakazovány. A horolezectví není výjimkou…

Pod pojem horolezecká činnost je možné zařadit širokou škálu sportovních aktivit. Klasické pojetí horolezectví vychází především ze zdolávání horských velikánů v Alpách neb o Himalájí. V přírodních podmínkách České republiky, které klasickému pojetí horolezectví nejsou nakloněny, se

největší oblibě těší skalní lezení[1], v omezenější míře pak bouldering[2], ledové lezení[3], příp. skialpinismus[4].

Důsledky jednotlivých horolezeckých disciplín na přírodu se různí, společné mají ovšem jedno, negativní zásah do dochovaného stavu přírody a s tím spojené snahy o omezení či regulaci provozování horolezecké činnosti. Důsledky vysokohorského lezení lze spatřovat spíše v zahraničí, např. nepřehlédnutelné znečištění Himalájí, Jižní sedlo pod Everestem, které slouží jako poslední výškový tábor je skladištěm použitých kyslíkových lahví a dalších "nepotřebných" věcí. Skalní horolezectví stejně jako bouldering zejména pro vysokou koncentraci lezců na určitých místech způsobuje erozi půdy či poškození povrchu skal. Skialpinismus je v České republice provozován prakticky pouze v horském prostředí (Krkonoše, Jeseníky), což se sebou přináší negativní jevy, např. odkryv sněhu a poškozování mladých stromků, spouštění lavin.

Ochrana přírody je v České republice zajišťována zejména prostřednictvím právních prostředků zakotvených v zákoně č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen ZOPK). Nevýhodou pro provozování horolezecké činnosti v českých podmínkách je omezené spektrum vhodných skalních objektů, resp. jejich koncentrace do míst s velmi zachovaným stavem přírody. Ve srovnání s jinými evropskými státy se horolezectví dostává do střetu právě s ochranou přírody, výkon vlastnického práva je až na druhém místě[5].

---

[1] Skalním lezením představuje volné lezení bez používání umělých pomůcek, s výjimkou prostředků nutný k jištění, na nevelehorských terénech (skalách) se zaměřením na maximální obtížnost a čistotu lezení

[2] Boulderingem se rozumí lezení bez lana a zajištění především na skalní úvary, přičemž tyto cesty zpravidla nepřesahují pět metrů.

[3] Ledové lezení je lezení v zimě na ledopády za použití speciálního vybavení (mačky, cepín). V českých skalních terénech zakázaným, ale stoupajícím v oblibě je tzv. drytooling spočívající v lezení za použití speciálního vybavení střídavě v ledu a po skále.

[4] Skialpinismem se rozumí pohyb na lyžích ve volném terénu, kdy je výkon soustředěn především na sjíždění obtížných terénů.

[5] Na rozdíl od některých západoevropských států, např. Francie, Španělsko, které jsou "Mekkou" sportovního skalního lezení a kde se horolezecká činnost nedostává do střetu zájmů ani tak s ochranou přírody[5], jako právě s právem vlastnickým k pozemkům, na nichž se skalní objekty nachází a k pozemkům, které slouží jako přístupové cesty, zakotvuje česká právní úprava dva zásadní instituty zajišťující přístup do přírody. Konkrétně podle § 63 ZOPK má veřejnost garantován přístup do krajiny prostřednictvím sítě veřejně přístupných účelových komunikací, stezek a pěšin mimo zastavěné území, které lze rušit pouze se souhlasem orgánu ochrany přírody. Mimo to má každý právo na volný průchod přes pozemky ve vlastnictví či nájmu státu, obce nebo jiné právnické osoby při dodržení zákonem stanovených podmínek, zejména při respektování práv druhých osob. Obdobně je garantováno právo každého vstupovat do lesa při respektování zákonem stanovených omezení a právem chráněných zájmů.

Soustavu zvláště chráněných území v České republice tvoří národní parky, chráněné krajinné oblasti, národní přírodní rezervace, národní přírodní památky, přírodní rezervace a přírodní památky[6]. Byť tato zvláště chráněná území zabírají "pouze" (ve srovnání s jinými evropskými státy) 15,8 % území České republiky[7], výkon horolezecké činnosti je tak značně limitován a vázán na postoj orgánů ochrany přírody.

ZOPK se o podmínkách provozování horolezecké činnosti výslovně zmiňuje pouze dvakrát, a to ve vztahu k národním parkům a národním přírodním rezervacím. Dle § 16 odst. 1 písm. f) ZOPK je na celém území národních parků zakázáno provozovat horolezectví a létání na padácích a závěsných kluzácích a jezdit na kolech mimo silnice, místní komunikace a místa vyhrazená se souhlasem orgánu ochrany přírody. V případě základních ochranných podmínek národních přírodních rezervací obsahuje § 29 písm. f) ZOPK totožnou formulaci. Nejedná se o formulaci příliš zdařilou, neboť umožňuje různé výklady. Paragraf 43 ZOPK[8] stanoví, že ze zákazů, provozování horolezectví zakázáno je (viz výše), ve zvláště chráněných územích lze povolit výjimku. Jednalo by se o výjimku udělovanou podle odstavce třetího a čtvrtého zmíněného paragrafu, pokud zákonodárce zamýšlel pod tato ustanovení zahrnout činnosti, které zásadním způsobem nezasahují do zvláště chráněného území[9], znamenají však potenciální ohrožení. Výjimku podle tohoto ustanovení může povolit příslušný orgán ochrany přírody (správa národního parku nebo chráněné krajinné oblasti) v případě, kdy jiný veřejný zájem převažuje nad zájmem ochrany přírody, nebo v zájmu ochrany přírody, nebo tehdy, pokud povolovaná činnost významně neovlivní zachování stavu předmětu ochrany zvláště chráněného území. Oproti předchozí právní úpravě, kdy musel být vždy prokázán veřejný zájem výrazně převažující nad ochranou přírody[10], nyní bude dostatečné prokázat, že povolovaná činnost významně neovlivní

---

[6] Zvláštní územní ochrana je poskytována také evropsky významným lokalitám a ptačím oblastem, které tvoří evropskou soustavu území Natura 2000 (viz § 2 odst. 1 písm. r) ZOPK). Tyto lokality se z velké části překrývají se zvláště chráněnými územími.

[7] Viz Ústřední seznam ochrany přírody dostupný na http://drusop.nature.cz/ost/chrobjekty/sumarizace/index.php?frame

[8] Ve znění zákona č. 349/2009 Sb., kterým se mění zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 161/1999 Sb., kterým se vyhlašuje Národní park České Švýcarsko, a mění se zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, ve znění pozdějších předpisů

[9] Srov. § 43 odst. 1 Výjimky ze zákazů ve zvláště chráněných územích podle § …. v případech, kdy **veřejný zájem výrazně převažuje nad zájmem ochrany přírody**, schvaluje v každém jednotlivém případě svým usnesením vláda.

[10] Srov. § 43 ZOPK ve znění zákona č. 291/2009

zachování stavu předmětu ochrany, což lze považovat za jisté "zmírnění" ochrany přírody nejen ve vztahu k horolezecké činnosti. Na druhou stranu vrácení udělování výjimek do režimu správního řízení zajistí účast veřejnosti, zejména občanských sdružení, jejichž zájem na ochranu přírody může významně kolidovat se zájmem horolezeckým.

Dokladem snahy o postup podle naznačeného výkladu bylo rozhodování Správy CHKO Jizerské hory o žádosti Českého horolezeckého svazu o "udělení výjimky ze zákona č. 114/1992 Sb." za účelem provozování horolezectví v národní přírodní rezervaci Jizerskohorské bučiny a jejím ochranném pásmu. Po posouzení žádosti z hlediska příslušnosti Správy CHKO Jizerské hory bylo zahájeno pouze řízení o udělení souhlasu k provozování horolezecké činnosti na skalních objektech v ochranném pásmu národní přírodní rezervace Jizerskohorské bučiny. Ve vztahu k žádosti týkající se povolení horolezecké činnosti na skalních objektech, které se nacházejí uvnitř jádrových území NPR Jizerskohorské bučiny, konstatovala Správa CHKO Jizerské hory, že je kompetentní pouze k vydání odborného stanoviska podle § 78 odst. 7 ZOPK jako podkladu pro rozhodnutí Vlády ČR dle § 43 ZOPK[11]. Nicméně na místo, aby nakonec o osudu horolezecké činnosti ve zmíněné oblasti rozhodla vláda, zahájilo Ministerstvo životního prostředí po postoupení zmíněné žádosti správní řízení o udělení souhlasu s vyznačením přístupových cest a vyhrazení míst pro horolezeckou činnost na území národní přírodní rezervace podle § 29 písm. d) a f) ZOPK[12].

Praxe se tedy přiklání spíše k druhému výkladu, podle něhož orgán ochrany přírody svým souhlasem vyhrazuje místa, kde provozování horolezectví není zakázáno, přičemž současně vymezuje přístupové cesty ke skalním objektům. V tomto postupu jsou však orgány ochrany přírody spatřována možná úskalí, a to v obtížnějším stanovování omezujících podmínek a platnosti vyhrazení pro blíže neurčený okruh osob, byť je souhlas vydáván na žádost[13]. Je rozhodující, jak bude na souhlas s vyhrazením míst nahlíženo z hlediska jeho právní formy. Pokud bude souhlas vydáván ve formě individuálního správního aktu, jako na klasické správní rozhodnutí[14], což

---

[11] Srov. odůvodnění rozhodnutí Správy CHKO Jizerské hory č. 00075/JH/SR/06-01192/JH/E/06, dostupné na http://skaly.horosvaz.cz/document/30000031_Souhlas_OP_NPR_JHB.pdf

[12] Srov. rozhodnutí Ministerstva životního prostředí č. j. 541/181/07/24/200, dostupné na http://skaly.horosvaz.cz/document/Jadrova%20uzemi%20NPR%20JZHBuciny.pdf

[13] Hušek, J.: Výtah z metodického listu AOPK ČR - Horolezectví. 2008. Dostupný na http://cs.euroclimbing.com/?p=4792

[14] Správní rozhodnutí spočívají v jednostranné aplikaci obecně závazných pravidel (obsažených v právních předpisech či mezinárodních smlouvách) veřejnou správou na individualizované (konkrétně, jmenovitě vymezené) případy a adresáty. Viz Kadečka, S.: Charakteristika správního rozhodnutí. In Meritum: Správní řád. ASPI MER019109CZ

také dokládají jednotlivá rozhodnutí již vydaná v této souvislosti orgány ochrany přírody, ve kterých je odkazováno na postup podle §§ 44 odst. 1 SŘ[15], vymezení konkrétního okruhu subjektů včetně stanovení omezujících podmínek nic nebrání, právě naopak. Vyhrazení míst však může nést i určité znaky opatření obecné povahy[16], zákon ale výslovně s tím pro tyto případy na rozdíl od vyhrazování pro jiné činnosti[17] nepočítá[18]. V rozhodovací praxi při vymezování subjektů oprávněných k výkonu horolezecké činnosti na vyhrazených místech tak lze vystopovat jistou nejednotnost, i přestože žadatelem je vždy jedna a tatáž osoba - Český horolezecký svaz (ČHS). Souhlas s vyhrazením míst je buď výslovně adresován členům ČHS, resp. členům členských organizací U.I.A.A.[19] nebo naopak obecně osobám provozujícím horolezectví[20]. V takovýchto případech pak právní forma předmětného správního aktu je více než sporná a navíc vyvstává otázka vynutitelnosti plnění stanovených podmínek osobami, nečleny, na které nemá žadatel (ČHS) žádný vliv[21].

---

[15] Zákon č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

[16] Těžiště dikce předmětného zákonného ustanovení „Podle této části postupují správní orgány v případech, kdy jim zvláštní zákon ukládá vydat závazné opatření obecné povahy, které není právním předpisem ani rozhodnutím." zřetelně nespočívá v akcentaci „názvu" tohoto aktu či úkonu, ale spíše v jeho odlišení od právních předpisů a od rozhodnutí, vydávaných ve veřejné správě. Z úpravy obsažené ve správním řádu lze dovodit, že řízení o vydání rozhodnutí obecné povahy, vzdor tomu, že se zde hovoří o „návrhu", se zahajuje z moci úřední, čímž není vyloučeno, aby takto bylo postupováno k podnětu zvenčí veřejné správy. Správní řád zahájení řízení o opatření obecné povahy spojuje se zveřejněním jeho návrhu na úřední desce. Viz Průcha, P.: Opatření obecné povahy. Pojem a charakteristika. In Meritum: Správní řád. ASPI MER019159CZ

[17] Srov. § 78 odst. 2 písm. b) podle něhož vyhrazení míst k táboření a rozdělávání ohňů se vydává formou opatření obecné povahy, nikoliv však na území chráněných krajinných oblastí (písmeno d)), kde zůstává souhlas.

[18] Výjimkou je vyhrazení míst prostřednictvím návštěvního řádu národního parku, který byl vydáván ve formě obecně závazné vyhlášky, nově, ve znění zákona č. 349/2009 Sb., formou opatření obecné povahy.

[19] Srov. např. rozhodnutí Ministerstva životního prostředí o souhlasu s vyznačením přístupových cest a vyhrazení míst pro horolezeckou činnost na území NPR Jizerskohorské bučiny č. j. 541/181/07/24/200, dostupné na http://skaly.horosvaz.cz/document/Jadrova%20uzemi%20NPR%20JZHBuciny.pdf

[20] Srov. např. rozhodnutí Správy Chráněné krajinné oblasti Broumovsko o Adršpašsko-teplické skály č. j. 00678/BR/2009/AOPK, S00447/BR/2009/AOPK dostupné na http://skaly.horosvaz.cz/document/BroumovPovoleni2009.pdf

[21] Omezování okruhu adresátů při vyhrazování míst je zdůvodňováno takto: *ČHS své členy ovlivňuje a řídí svými interními pravidly, vydává pro jednotlivé oblasti regionální sportovně-etická pravidla lezení, provádí metodickou a osvětovou činnost a je tedy schopen za své členy a jejich chování odpovídat a z případného porušování podmínek rozhodnutí uplatňovat vůči svým členům i sankční opatření*. Viz odůvodnění rozhodnutí Správy CHKO

Institut výjimek se však uplatňuje v případě, kdy by horolezecká činnost mohla způsobit změnu či poškozování národní přírodní památky nebo přírodní památky[22]. Výjimka v tomto případě neslouží k povolení horolezecké činnosti jako takové, ale k možnosti zasáhnout do skalního útvaru umělými prostředky za účelem zajištění cest[23].

Na území zvláště chráněných územích, s výjimkou národních parků a národních přírodních rezervacích (viz výše), není sice horolezectví výslovně regulováno zákonem, nicméně omezení mohou vyplývat a také plynou z bližších ochranných podmínek stanovených v jednotlivých právních předpisech, kterými se zvláště chráněná území vyhlašují. V těchto bližších ochranných podmínkách je provozování horolezecké činnosti vázáno na souhlas orgánu ochrany přírody[24], který zvláště chráněné území vyhlásil, případně na vyznačení horolezeckých terénů se souhlasem příslušného orgánu ochrany přírody[25].

Výjimka ani souhlas nejsou běžně vydávány na žádost jednotlivců. Velkou část horolezecké veřejnosti[26] v České republice reprezentuje Český horolezecký svaz, občanské sdružení horolezců a příznivců horolezectví a sportovních aktivit souvisejících s horolezeckou činností[27], který vyjednává podmínky pro výkon horolezecké činnosti s orgány ochrany přírody a který pro tyto orgány představuje významného partnera, neboť ČHS nejen podporuje rozvoj horolezectví, ale také se snaží aktivně podílet na ochraně přírody v místech, kde je horolezecká činnosti provozována.

Na žádost a ve prospěch ČHS je vydávána poměrně široká škála kladných rozhodnutí, kterými se zasahuje do režimu zvláště chráněných území. Co vede orgány ochrany přírody ČHS vyhovět a jaké požadavky musí být ze strany ČHS splněny? Vezmeme-li jakékoliv rozhodnutí, ať již vydané na základě §§ 16 a 29 písm. d) a f), § 44 odst. 3 či § 37 odst. 1 ZOPK, je jejich obsah velmi podobný.

Jizerské hory č. 00075/JH/SR/06-01192/JH/E/06, dostupné na http://skaly.horosvaz.cz/document/30000031_Souhlas_OP_NPR_JHB.pdf

[22] Srov. § 35 odst. 2 a § 36 odst. 2 ZOPK

[23] Např. usnesení vlády č. 390 o povolení výjimky ze základních ochranných podmínek NPP Stránská skála

[24] Obdobná konstrukce je použita pro případ ochrany ptačích oblastí (např. Ptačí oblast Údolí Otavy a Vltavy) a ochranný pásem zvláště chráněných území.

[25] Srov. např. vyhláška č. 24/2009 Sb., o vyhlášení Národní přírodní památky Peklo a stanovení jejích bližších ochranných podmínek, vyhláška č. 157/1991 Sb., o zřízení chráněné krajinné oblasti Broumovsko

[26] ČHS má cca 12.000 členů. Viz http://www.horosvaz.cz/index.php?cmd=page&type=7

[27] Viz § 2 odst. 1 stanov ČHS, o. s.

Jedná se o "rozhodnutí" vydávaná na žádost ve správním řízení na časově omezenou dobu. Mělo by tedy jít o individuální správní akty vztahující se na jednotlivé členy ČHS a členy členských organizací sdružených pod U.I.A.A.[28],[29]. Jak již ale bylo naznačeno výše, v rozhodnutích o souhlasech s vyhrazením míst okruh oprávněných osob takto konkretizován často není, proto i forma těchto rozhodnutí s ohledem na jejich materiální znaky se někdy blíží spíše opatření obecné povahy.

Jednotlivá rozhodnutí dopadají vždy na konkrétně vypočtené skalní objekty, přičemž mají omezenou časovou platnost. Dále rozhodnutí obsahují výčet povinností pro horolezce i výčet povinností pro ČHS. Pro jednotlivé skalní oblasti je ČHS povinen stanovit tzv. správce skal, kteří sledují stav horolezeckého terénu včetně přístupových cest a dodržování podmínek uvedených v rozhodnutích. Jejich úkolem je také informovat orgány ochrany přírody o případném poškození přírodního prostředí či např. o zahnízdění ptáků. Tito správci skal spolu s příslušnou oblastní vrcholovou komisí (OVK)[30] řeší všechny otázky týkající se horolezecké činnosti v dané oblasti a jsou kontaktním místem mezi ČHS a orgány ochrany přírody. Zápisy z jednání OVK musí ČHS postupovat příslušnému orgánu ochrany přírody. Často jsou ČHS uloženy povinnosti typu udržovat na svůj náklad přístupové cesty ke skalám a zajišťovat je tak, aby nedocházelo k erozi či sesuvům, kontrolovat a zajišťovat čistotu v okolí skalních objektů, provádět opatření dohodnutá s orgány CHKO k eliminaci poškození přírodního prostředí.[31] Každé rozhodnutí, resp. podmínky v něm obsažené je ČHS povinen zveřejnit, a to jak prostřednictvím internetu[32], tak v samotném terénu.

Vydání rozhodnutí předchází zhodnocení vlivu dosavadní horolezecké činnosti na zvláště chráněné území, kterou provádí místním šetřením příslušný orgán ochrany přírody[33]. Správní orgán při rozhodování musí

---

[28] Union Internationale des Associations d'Alpinisme – Mezinárodní unie horolezeckých asociací

[29] Ne všechny evropské horolezecké asociace jsou členy U.I.A.A. Například od 1.1.2009 přestali být členy U.I.A.A. rakouský horolezecký svaz OEAV a německý horolezecký svaz DAV. Toto vystoupení se dotklo i lezců z České republiky, neboť někteří z nich nejsou členy ČHS, ale některého z výše uvedených horolezeckých svazů, a proto nemohou vykonávat horolezeckou činnost v těch oblastech, kde byl rozhodnutím vymezen okruh adresátů pouze na členy ČHS a na členy U.I.A.A.

[30] Odborná subkomise, jeden z orgánů ČHS.

[31] Srov. např. Rozhodnutí Správy CHKO Český ráj o udělení souhlasu s provozováním horolezecké činnosti na území CHKO Český ráj (sp. zn. S/0776/CR/2008/530).

[32] Viz webový portál ČHS Skalní oblasti ČR, dostupný na http://skaly.horosvaz.cz/

[33] V případě, že by se jednalo současně o zásah do území Natura 2000, musí být postupováno v souladu s § 45i ZOPK.

zohlednit všechny oprávněné zájmy ochrany přírody a ostatních účastníků předmětného řízení, přičemž podmínky stanovené v rozhodnutích musí směřovat k minimalizaci negativního vlivu na přírodní prostředí, resp. nesmí dojít ke zhoršení stavu přírodního prostředí. Kladná rozhodnutí jsou pak odůvodňována s poukazem na dlouhodobou tradici provozování horolezectví v ČR, aktivní přístup ČHS k eliminaci poškození přírodního prostředí, lezecký terén jako součást zvláště chráněného území.

Pokud není poskytována skalnímu objektu ochrana prostřednictvím zvláště chráněných území, může ho zaregistrovat z vlastního nebo jiného podnětu orgán ochrany přírody jako významný krajinný prvek v souladu s § 6 ZOPK. Takový skalní útvar je chráněn před poškozováním a ničením. Zásahy, které by mohly mít negativní důsledky, je možné provádět jen na základě závazné stanoviska orgánu ochrany přírody. Samotný výkon horolezecké činnosti by takový zásah s negativními důsledky představovat neměl, jinak by tomu však bylo v případě osazení skály umělými pomůckami k zajištění cest, které by mohly znamenat nevratnou změnu povrchu objektu, na němž je horolezecká činnost provozována.

Nakonec lze ještě konstatovat, že i výkon již povolené[34] činnosti, nejen horolezecké, tj. bez ohledu na platnost souhlasu či výjimky, může orgán ochrany přírody omezit nebo i zakázat, pokud by mohla činnost způsobit nedovolenou změnu obecně nebo zvláště chráněné části přírody.

Sami horolezci se pak bez ohledu na stupeň chráněnosti území, kde se skalní objekt nachází, snaží předcházet střetům zájmů s ochranou přírody právě prostřednictvím výše zmíněného formalizovaného sdružování. Český horolezecký svaz kromě stanov, v nichž se hlásí k aktivní ochraně přírody, vydává tzv. pravidla lezení[35], jejichž porušení je sankcionováno dle disciplinárního řádu ČHS[36]. Tato pravidla stanovují podmínky provozování horolezecké činnosti na skalních objektech na území ČR, zvlášť pro skalní oblasti nepískovcového charakteru a pískovcové skalní objekty na Moravě a vzhledem k odlišnému historickému vývoji samostatně pro pískovcové skalní oblasti s výjimkou zmíněných moravských pískovců. Podmínky výkonu horolezecké činnosti specifikují i v souvislosti s ochranou skalních objektů jako součásti přírody. Kromě obecných povinností vyplývajících i ze zákona, chovat se tak, aby nedocházelo k poškozování přírody, dbát na čistotu a pořádek, je mj. lezcům zakázáno jakkoliv měnit povrch skal za

[34] Blíže viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 10. 2008, čj. 9 As 8/2008-80. ASPI ID JUD146309CZ

[35] Pravidla lezení v pískovcových skalních oblastech v Čechách, dostupná na http://www.horosvaz.cz/res/data/041/004707.pdf a pravidla lezení ve skalních oblastech České republiky, dostupná na republiky http://www.horosvaz.cz/res/data/041/004708.pdf

[36] Blíže viz Disciplinární řád ČHS, o.s. dostupný na http://www.horosvaz.cz/res/data/037/004186.pdf

účelem úpravy a vytváření chytů a stupů, při manipulaci s lanem poškozovat třením povrch skal, používat při lezení zimní horolezeckou výstroj, na pískovcích je pak také zakázáno lézt na mokrých a vlhkých skalách, lézt v botách s tvrdou porážkou a používat takových jistících prostředků, které poškozující skálu. Tyto povinnosti a zákazy mohou být zpřísněny, resp. zpřesněny oblastní vrcholovou komisí. V pravidlech lezení není výslovně vymezena jejich osobní působnost, jejich dodržování a dohled nad dodržováním přísluší všem lezcům, nicméně jejich závaznost a vynutitelnost nemůže jít nad rámec členství v ČHS. Závaznými a vynutitelnými se však mohou stát v případě, že se jejich obsah stane součástí rozhodnutí příslušného orgánu ochrany přírody.

V souvislosti s pravidly lezení a jejich uplatňování je nutné zmínit jeden v poslední době často diskutovaný flagrantní případ střetu zájmů týkající se používání magnesia při provozování horolezectví na pískovcových skalách. Tento, z pohledu jiných států[37] bezvýznamný problém, má svůj původ v tzv. tradicionalistickém pojetí horolezecké činnosti na pískovcových skalách[38]. Tato otázka se stala velmi aktuální v tomto roce, kdy došlo ke změně pravidel lezení v pískovcových skalních oblastech v otázce používání chemických a minerálních látek, které slouží ke zvýšení tření na skalách, jedná se prakticky výhradně o magnesium. Používání magnesia v pískovcových oblastech bylo do změny pravidel zakázáno, avšak fakticky docházelo k jeho častému porušování. Dle platných pravidel, která byla schválena v březnu tohoto roku, je používání magnesia řešeno s ohledem na problematiku zajištění uplatňování a vymáhání výslovného zákazu tak, že použití chemických a minerálních látek, které by měly sloužit ke zvýšení tření na skalách (např. magnesium) není výslovně zakázáno. Je však stanoveno, že používání magnesia není součástí dlouhodobé tradice pískovcového lezení a snižuje sportovní hodnotu výstupu a je považováno za nevhodné především v oblastech vnímaných jako klasické, v cestách nižší obtížnosti (do IXa) a u výstupů vzniklých před rokem 1980[39]. ČHS se tak částečně zřekl odpovědnosti za jednání svých členů. Na druhou stranu je otázka používání magnesia, resp. zákazu jeho používání, většinou řešena v samotných zřizovacích listinách zvláště chráněných území nebo vydaných správních rozhodnutí k povolení horolezecké činnosti. Lze však očekávat, že ze strany státní ochrany přírody v tomto ohledu může dojít ke zpřísnění podmínek při povolování horolezecké činnosti, nebude-li v tomto směru aktivní sám ČHS, resp. oblastní vrcholové komise, které již např.

[37] Vyjma Německa, konkrétně Saska, kde se zrodily zásady pískovcového lezení.

[38] Dalším rozměrem tohoto problému je estetičnost, bílá barva magnesia, které ulpívá na skalách, může působit rušivým a nehezkým dojmem. Samotnou otázkou pak zůstává často zmiňovaná škodlivost magnesia pro povrch skal, resp. pro okolní prostředí, která však nebyla prozatím jednoznačně vědecky prokázána.

[39] Viz čl. 4.2 odst. 3 pravidel lezení v pískovcových skalních oblastech v Čechách

v Dubských skalách nebo Tiských stěnách obnovily zákaz používání magnesia.

Z výše uvedeného je patrné, že ne vždy je jednoduché vymezit takový stav, který by vyhovoval oběma zastoupeným stranám. Je zjevné, že cílem právní úpravy ani postupu ze strany orgánů ochrany přírody není zakázat horolezectví, ale stanovit takovou míru regulace, která zajistí ochranu přírodního bohatství v souladu s trvale udržitelným rozvojem. Efektivnost nástrojů, které jsou využívány k regulaci horolezecké činnosti je vázána nejen na ztotožnění se „provozovatelů" horolezecké činnosti se zájmy na ochranu přírody, ale také na „kvalitě" jejich právní úpravy a následným možnostem její aplikace. Je třeba podotknout, že současný právní i faktický stav je o nalézání křehké rovnováhy, která kdysi samovolně panovala, v současné době však díky masovému rozvoji horolezectví musí být uměle vytvářena. Veřejný zájem lze nalézt na obou stranách, jeden reprezentovaný podporou sportovních aktivit v přírodě, druhý pak jistě daleko mocnější, ale zohledňující hospodářské, sociální a kulturní potřeby obyvatel[40], v zajištění ochrany přírody a uplatňování principu předběžné opatrnosti.

Literature:

- Hušek, J.: Výtah z metodického listu AOPK ČR - Horolezectví. 2008. Dostupný na http://cs.euroclimbing.com/?p=4792
- Český horolezecký svaz [on-line], dostupné na http://www.horosvaz.cz/
- ASPI [databáze]. Verze 10/2009. Wolters Kluwer ČR, a. s.

Contact – email

jana.tkacikova@law.muni.cz - petr.vaculik@ukzuz.cz

[40] Srov. § 1 ZOPK vymezující účel zákona.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁKON O OCHRANĚ PŘÍRODY A KRAJINY: LEX SPECIALIS NEBO LEX GENERALIS?

VOJTĚCH VOMÁČKA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Nedávno skončená tříletá bitva o úpravu zákona o ochraně přírody a krajiny přinesla významnou novelu v podobě zákona č. 349/2009 Sb., jenž kromě předem avizované reakce na řízení pro porušení Smlouvy ze strany Evropské komise a několika medializovaných opatření, mezi než můžeme zařadit zlepšení ochrany alejí, změny ve výkonu stání správy v ochraně přírody a krajiny či udělování výjimek ze zákona, obsahuje zrušení § 90 odst. 4 ZOPK, tedy ustanovení klíčové pro určení vztahu speciality k předpisům, které se více či méně dotýkají regulace vztahů v přírodě a krajině. Jednalo se o již přežité ustanovení? Jaké jsou důsledky jeho zrušení? Která úprava bude mít nyní přednost v případě kolizní či duplicitní úpravy? Na tyto otázky se autor příspěvku pokusí odpovědět.

Key words in original language
Zákon o ochraně přírody a krajiny; novela; lex specialit; lex generalis; konfliktní úprava.

Abstract
A three-year battle over changes of Act No. 114/1992 Coll., on nature conservation and landscape had resulted into a significant amendment in form of Act No. 349/2009 Coll. This act presents a pre-advised response to infringement proceedings by the European Commission and several publicized measures, namely improved avenue protection, changes in the state administration, or exemptions from the law. Besides, § 90 paragraph 4 of Act No. 114/1992 Coll., a key provision for the determination of a relationship to the regulations which more or less affect the relations in nature and landscape, was repealed. Was it already an outdated provision? What are the consequences of its abolition? Which rules will now prevail in the case of conflict or duplication of regulations? The author tries to answer these questions in his contribution

Key words
Act No. 114/1992 Coll.; On nature conservation and landscape; Amendment; Lex specialis; Lex generalis; Conflict of regulations.

Zákon č. 112/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZOPK“), zastává do jisté míry specifické místo mezi předpisy ochrany životního prostředí. Přináší totiž nejen speciální územní a druhovou ochranu, ale rovněž ochranu obecnou, kdy jsou plošně chráněny ekosystémy a krajinné celky, rozmanitost forem života, volně žijící živočichové, planě rostoucí rostliny i prvky neživé přírody. Kromě toho

logicky plní zastřešovací funkci nad některými dalšími složkovými zákony a svým velkým rozsahem se blíží kodexové úpravě. Oblast ochrany přírody je úzce spjata s množstvím právních předpisů spíše hospodářského charakteru, a přestože zákonodárce v § 1 ZOPK stanoví nutnost zohlednění hospodářských, sociálních a kulturních potřeb obyvatel, nedílnou součást zákona o ochraně přírody a krajiny tvořilo již od jeho vzniku ustanovení o řešení případného konfliktu či duplicitní úpravy s předpisy o lesích, vodách, územním plánování a stavebním řádu, o ochraně nerostného bohatství, ochraně zemědělského půdního fondu, myslivosti a rybářství. Ve vztahu ke všem těmto předpisům byl ZOPK a předpisy vydané k jeho provedení dle vlastního § 90 odst. 4 v postavení zvláštního právního předpisu s aplikační předností.

Novela ZOPK v podobě zákona č. 349/2009 Sb. přinesla několik očekávaných a nutných změn, mimo jiné se nové úpravy dočkalo povolování kácení stromořadí u silnic a železnic, správní řízení ve věci schvalování výjimek ze zákazů ve zvláště chráněných územích a postup při hodnocení lesních hospodářských plánů a lesních hospodářských osnov pro evropsky významné lokality a ptačí oblasti. § 90 odst. 4 ZOPK byl bez náhrady zrušen, přičemž se objevila řada otázek ohledně posuzování vztahu ZOPK a dalších právních předpisů v případě konfliktní či duplicitní úpravy. Tímto příspěvkem chci shrnout dosavadní stav nastíněného problému, vypátrat důvody zrušení jednoho z klíčových ustanovení zákona o ochraně přírody a krajiny a nastínit budoucí tendence ve vývoji posuzování postavení ZOPK jako předpisu obecného či zvláštního vůči ostatním právním předpisům.

Nebývá zvykem, aby nějaký právní předpis výslovně stanovil svou vlastní specialitu vůči předpisům jiným. Lze uvést kupříkladu zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, jenž v § 1 odst. 2 říká:

„Právní vztahy uvedené v odstavci 1 se řídí ustanoveními tohoto zákona. Nelze-li některé otázky řešit podle těchto ustanovení, řeší se podle předpisů práva občanského. Nelze-li je řešit ani podle těchto předpisů, posoudí se podle obchodních zvyklostí, a není-li jich, podle zásad na kterých spočívá tento zákon.“

Ještě bližší příklad nalezneme mezi předpisy slovenského práva životního prostředí, kde výjimečné postavení slovenského zákona č. 543/2002 Z. z., o ochrane prírody a krajiny, dokazuje již znění jeho § 1 odst. 2:

„Ak tento zákon neustanovuje inak, vztahuju sa na ochranu zlomek životného prostredia osobitné predpisy“.

I zde se v plné míře uplatňuje derogační zásada lex specialis derogat legi generali, navíc v mnohem větším rozsahu než je tomu u § 90 odst. 4 ZOPK, neboť odlišná úprava má přednost přede všemi jinak zvláštními předpisy. Na druhou stranu je zde oproti ZOPK zakotvena specialita pouze v oblasti ochrany přírody. Slovenský systém pramenů práva životního prostředí je

přitom českému systému stále velmi blízký, tedy i pozice zákona o ochraně přírody a krajiny v něm je obdobná.

Postup, kdy je stanovena vlastní obecnost (např. formulací „nestanoví-li zvláštní předpis jinak“) či je úprava některé oblasti svěřena zvláštnímu předpisu (např. formulací „podrobnosti stanoví zvláštní předpis“), je ovšem častý. Dlužno však poznamenat, že samotná odkazující norma přednost speciality k obecnosti nezakládá, plní toliko funkci informační[1].

Význam § 90 odst. 4 ZOPK v aplikační praxi je nepopiratelný; zakládá účinnou obranu proti oslabování ochrany přírody a krajiny v případě novelizací právních předpisů o lesích, vodách, územním plánování a stavebním řádu, o ochraně nerostného bohatství, ochraně zemědělského půdního fondu, myslivosti a rybářství[2]. Podle Borovičkové[3] neztrácí na aktuálnosti ani v současné době, přestože již většina právních předpisů v uvedených oblastech byla nahrazena právními předpisy novými. Prchalová dodává[4], že pravidlo v § 90 odst. 4 je velmi důležité, protože v opačném případě, kdy by např. hospodářské využívání určitých přírodních zdrojů mělo přednost před jejich ochranou, tato ochrana by de facto neexistovala. Konečně Mlčoch připomíná[5], že i v případné budoucí právní úpravě ZOPK je nutno vztah speciality zachovat.

Oproti tomu již před více než deseti lety při prvním čtení tzv. Brouskova návrhu[6] označil poslanec Václav Brousek výše zmíněné ustanovení za jeden z nejpalčivějších problémů, závažný legislativně technický prostředek, který narušuje jednotnost našeho právního řádu jako celku. Dle jeho názoru se jím velmi ztěžuje aplikace právních předpisů a vyvolává se nepřiměřená nejistota o jejich vzájemném poměru. V takovém odkazovacím ustanovení nelze vyčíslit všechny předpisy, jichž se týká, takže může paradoxně dojít k omezení působnosti zákona jeho doslovným výkladem. Zvláštnost situace je podle něj třeba posuzovat případ od případu[7]. Tím, jak jsem již zmínil, že

---

[1] Viz nález Ústavního soudu Pl. US 41/02 k otázce bezpečnostních prověrek advokátů v souvislosti s trestním řízením

[2] Blíže Pekárek, M. a kol.: Zákon o ochraně přírody a krajiny – Komentář, Iurisica Brunensia, Brno 1995, s. 144

[3] Borovičková in Miko, L. a kol.: Zákon o ochraně přírody a krajiny. Komentář, C. H. Beck, Praha 2005, s. 336

[4] Prchalová, J.: Zákon o ochraně přírody a krajiny a NATURA 2000 s komentářem a prováděcími předpisy - podle stavu k 1. 1. 2006, Linde Praha, 2006, s. 215

[5] Mlčoch S.: Lesy a ochrana přírody, Ochrana přírody, 2008, ročník 63, číslo 1, s. 38

[6] Návrh poslance Václava Brouska a dalších poslanců na vydání zákona, kterým se mění a doplňuje zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 295, 1. čtení proběhlo 20. 10. 1999, návrh zákona byl zamítnut.

[7] Stenoprotokol na http://www.psp.cz/eknih/1998ps/stenprot/017schuz/s017254.htm

se ZOPK blíží kodexové úpravě, kdy jeho cílem je ucelená úprava významné části právního odvětví, a tím pádem i přehlednost a nerozpornost právní úpravy, je zakotvení vlastní speciality pochopitelné, protože nepřímé novelizace předpisu takového typu prostřednictvím zásady lex specialis působí vždy negativně. Koncepce speciality zákona o ochraně přírody však nebyla stoprocentně respektována ani před zrušením jeho § 90 odst. 4., což ukazuje například ustanovení § 58 odst. 5, pozn. 21d) ZOPK, dle něhož je zvláštním předpisem lesní zákon, případně § 59 odst. 1 písm. j) zákona o vodách, v němž je stanovena povinnost odstraňování náletových dřevin (a úpravy v ZOPK se výslovně nepoužije).

Zrušení § 90 odst. 4 ZOPK bylo nekoncepčním zásahem do struktury zákona o ochraně přírody a krajiny. Vládní návrh zákona s ním nepočítal, jednalo se o poslední z dvaceti tří pozměňovacích návrhů poslance Evžena Snítilého. Žádný z těchto návrhů nebyl zdůvodněn, tři však byly přijaty, mezi nimi i přes zásadní nesouhlas zpravodaje a zásadní nesouhlas ministra životního prostředí návrh na zrušení § 90 odst. 4 ZOPK[8]. Je zřejmé, že takový krok míří jedinému cíli: oslabení silné a účinné ochrany přírody, již zákon o ochraně přírody a krajiny poskytuje. Obecně lze říci, že předchozí takové pokusy byly vedeny třemi směry – zúžením věcné působnosti zákona (vyjmutí souvisle zastavěného území obce z definice krajiny ve výše zmíněném Brouskově návrhu, automatické udělení výjimky ze zákazu povolování a umisťování nových staveb ve zvlášť chráněných územích veřejně prospěšné stavbě v tzv. Sehořově návrhu[9]), omezením účasti veřejnosti prostřednictvím občanských sdružení (účast pouze v řízeních zahajovaných z vlastního podnětu orgánu státní správy a samosprávy v Brouskově návrhu, omezení účasti ve stavebním řízení v tzv. Melčákově návrhu[10]) - a právě zrušením ustanovení o přednostní aplikaci ZOPK.

Společným a vždy používaným argumentem proti všem zásahům v těchto oblastech byla mj. existence § 90 odst. 4 ZOPK; jeho zrušení lze tedy vnímat jako přípravu vhodných podmínek pro budoucí prosazení změn v oblastech, kde se výrazně střetává zájem na ochraně přírody se zájmem na

---

[8] 3. Čtení proběhlo 17. 6. 2009 na 59. Schůzi Poslanecké sněmovny ČR, návrh zákona byl schválen (hlasování č. 342, usnesení č. 1292). Stenoprotokol na http://www.psp.cz/eknih/2006ps/stenprot/059schuz/s059165.htm

[9] Návrh skupiny poslanců na vydání zákona, kterým se doplňuje zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, zástupce navrhovatele: Karel Sehoř, sněmovní tisk 146, 1. čtení proběhlo 2. 6. 1999, návrh zákona byl zamítnut.

[10] Návrh poslanců Miloše Melčáka, Michala Pohanky, Karla Sehoře a Milana Šimonovského na vydání zákona, kterým se doplňuje zákon č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů, sněmovní tisk 580, předložen 22. 8. 2008, dosud neprojednán. Vzhledem k tomu, že Michal Pohanka se vzdal poslaneckého mandátu, Karel Sehoř byl zvolen členem kolegia NKÚ a Milan Šimonovský jmenován do rady Českého telekomunikačního úřadu, dovolil jsem si návrh pojmenovat pouze po poslanci Melčákovi.

jejím hospodářském využití. Otázkou však je, jaký je dopad zrušení § 90 odst. 4 ZOPK bez dalších změn ZOPK či ostatních složkových předpisů. Nelze totiž říci, že jeho zrušením přestává být zákon o ochraně přírody a krajiny a předpisy vydané k jeho provedení zvláštními předpisy ve vztahu k předpisům o lesích, vodách, územním plánování a stavebním řádu, o ochraně nerostného bohatství, ochraně zemědělského půdního fondu, myslivosti a rybářství.

Obecně platí, že v případě kolizní úpravy je třeba užít derogačních pravidel (lex superior derogat inferiori, lex specialis derogat generali, lex posterior derogat priori). Připomínám, že § 90 odst. 4 ZOPK označuje jako zvláštní předpis nejen zákon o ochraně přírody a krajiny, ale také předpisy vydané k jeho provedení, což může v praxi působit problémy při konfliktu prováděcích předpisů k ZOPK a jiných zákonů, resp. předpisů k jejich provedení. Kloním se k názoru, že derogační pravidlo lex superior derogat inferiori zde není nijak oslabeno a případný střet zákona s předpisem k provedení ZOPK byl a bude i po zrušení § 90 odst. 4 ZOPK řešen ve prospěch právního předpisu vyšší síly, neboť norma nižší právní síly normě vyšší právní síly odporovat nesmí. Mnohem důležitější pro další posuzování zákona o ochraně přírody jako předpisu obecného nebo zvláštního je zásada lex specialis derogat generali, neboť třetí zásada, lex posterior derogat priori, se uplatní jen v krajním případě, kdy budou kumulativně splněny všechny podmínky pro její použití – existence dvou konfliktních úprav stejné právní síly, u nichž zákonodárce neupravil jejich vzájemný vztah, přičemž stupeň jejich speciality je shodný.

Slovem „lex“ je přitom míněna posuzovaná právní norma, nikoliv zákon jako celek[11], proto není možné dát jednoznačnou odpověď, zda je ZOPK lex generalis či lex specialis vůči jinému právnímu předpisu (může k němu být předpisem obecným i zvláštním zároveň); lze však takto posuzovat jeho jednotlivá ustanovení[12]. Situace, kdy by některý právní předpis bylo možné označit celý za lex specialis ve vztahu k ZOPK je teoreticky možná, s ohledem na koncepci ZOPK však nepravděpodobná, přinejmenším ve vztahu k právním předpisům jmenovaným ve zrušeném § 90 odst. 4. Otázkou zůstává, do jaké míry lze jednotlivé právní normy vydělovat z vazeb k dalším normám uvnitř předpisu, aby jejich aplikace nebyla nakonec kontraproduktivní, a tedy i nakolik je možné doplňovat konfliktní úpravu, kdy se použije lex specialis, úpravou obecnou. Nejvhodnějším řešením je beze sporu aplikace právní úpravy vzniklé kombinací porovnávaných ustanovení.

[11] Může nastat výjimečná situace, kdy se právní předpis a právní norma obsahově i rozsahem kryjí.

[12] Viz např. Knapp, V.: Teorie práva, C. H. Beck, Praha 1995, s. 159, Gerloch, A.: Teorie práva, Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, Dobrá voda 2001, s. 63

Příkladem budiž účast občanských sdružení ve správních řízeních na základě § 70 ZOPK. Zde se nic na současné situaci nemění, přestože se vyvinula praxe, kdy občanská sdružení, jimž je účast ve správním řízení upírána, prokazují své právo s odkazem na § 90 odst. 4 ZOPK, a to zejména díky konstantní judikatuře Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS"), jenž se ke speciální úpravě účastenství ve správním řízení vyjádřil ve svém usnesení ze dne 2. prosince 2003, sp. zn. 7 A 56/2002 (publ. pod č. 162/2004 Sb. NSS):

„Zákon ČNR č. 114/1992 Sb. je zvláštním zákonem, který při splnění podmínek § 70 přiznává postavení účastníka řízení občanským sdružením ve smyslu obecné definice účastníka řízení dle § 14 odst. 2 správního řádu. Toto postavení jim však přísluší (za podmínek § 70 cit. zákona) toliko ve správních řízeních u příslušných správních úřadů v těch řízeních, kde není okruh účastníků zvláštním předpisem stanoven vůbec (§ 14 odst. 1 správního řádu) anebo je vymezen speciálně oproti § 14 odst. 1 správního řádu."

Protože zde NSS posuzoval vztah ZOPK a zákona č. 18/1997, o mírovém využívání jaderné energie a ionizujícího záření (atomový zákon), logicky neargumentoval prostřednictvím ustanovení § 90 odst. 4 ZOPK, nýbrž odvodil zvláštní postavení ustanovení § 70 ZOPK vůči všem právním předpisům upravujícím takové správní řízení, jež lze podřadit pod působnost zákona o ochraně přírody a krajiny.

Obdobně se NSS postavil k otázce speciality zákona o ochraně přírody a krajiny vůči právnímu předpisu, který byl do výčtu v § 90 odst. 4 zahrnut, stavebnímu zákonu (pochopitelně šlo o starý stavební zákon, tedy zákon č. 50/1976 Sb., o územním plánování a stavebním řádu), a to ohledně účastenství v kolaudačním řízení:

„Ustanovení § 78 odst. 1 stavebního zákona je takovýmto ustanovením zvláštního zákona. Jak bylo výše zmíněno, podle jeho dikce není pochyb, že výčet účastníků kolaudačního řízení je zde taxativní. Smyslem a účelem zvláštního ustanovení o okruhu účastníků je stanovit tento okruh relativně restriktivně, rozhodně restriktivněji, než jak to činí ustanovení § 59 odst. 1 stavebního zákona ve vztahu k účastníkům řízení stavebního. V tomto smyslu je § 78 odst. 1 stavebního zákona obdobou § 14 odst. 1 atomového zákona, třebaže na rozdíl od věty druhé tohoto ustanovení atomového zákona výslovně neříká, že takto definovaní účastníci jsou „jedinými" účastníky kolaudačního řízení[13]*".*

Řešení interpretačního problému ovšem není zdaleka tak jednoduché, jak se zdá. V rozsudku ze dne 29. března 2007, čj. 2 As 12/2006 – 111, kde NSS opět posuzoval možnost účasti občanského sdružení na základě § 70 ZOPK

[13] Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 9. prosince 2004, čj. 7 As 29/2003-78

v řízení dle § 14 odst. 1 atomového zákona, pak přinesl jasný interpretační algoritmus, který je použitelný pro posuzování vztahu ustanovení ZOPK ke všem složkovým právním předpisům zahrnutým do zrušeného ustanovení § 90 odst. 4:

„Spor se tak koncentruje pouze na otázku, která z těchto dvou norem má povahu normy speciální v jejich vztahu vzájemném. Nejvyšší správní soud konstatuje, že žádná. Za speciální je totiž nutno považovat tu normu, jež má užší vymezení, ať už věcné, či osobní. (…) V případě souběžné aplikace, respektive střetu takových dvou norem, nelze jednoduše určit, která z nich je obecná a musí „ustoupit" normě speciální, nýbrž je třeba je aplikovat současně tam, kde je to možné, popřípadě využít jiná výkladová pravidla tam, kde souběžná aplikace možná není."

Nejvyšší správní soud shledal § 70 ZOPK normou věcně obecnější oproti např. územnímu řízení (dopadá na všechna v ní specifikovaná řízení) a zároveň s užším osobním rozsahem (občanská sdružení za splnění dalších podmínek); pravidlo lex specialis derogat generali podle něj v takovém případě nelze použít, nýbrž je třeba zejména jazykového, systematického a teleologického výkladu ke zjištění, která norma bude aplikována. Je-li to možné, přednost dostává současné použití obou konfliktních norem – jejich konfliktnost je tedy pouze zdánlivá.

S ohledem na výše uvedené lze konstatovat, že zrušením § 90. odst. 4 ZOPK se nic nemění ani na účasti občanských sdružení za podmínek § 70 ZOPK v řízeních dle § 85 a § 109 stavebního zákona (zde již zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu). Stanovisko vlády ze dne 22. září 2008 ke zmíněnému Melčákově návrhu se s namítaným nesouladem mezi ustanoveními § 85 a § 109 stavebního zákona[14], upravujícími okruh účastníků územního a stavebního řízení, a § 70 ZOPK, vypořádalo následovně:

„Uvedený rozpor je pouze zdánlivý, neboť v § 90 odst. 4 zákona č. 114/192 Sb. je stanoveno, že zákon o ochraně přírody a krajiny a předpisy vydané k jeho provedení jsou zvláštními předpisy ve vztahu mimo jiné i k předpisům územního plánování a stavebního řádu, což platí i pro určování okruhu účastníků správních řízení vedených podle stavebního zákona a v něm zejména pro územní a stavební řízení. I když stavební zákon stanoví okruh účastníků stavebního řízení taxativně (a speciálně vůči obecnému vymezení účastníků řízení podle § 27 správního řádu), ustanovení § 70 zákona č.

[14] Podle § 85 stavebního zákona jsou mezi účastníky územního řízení uvedeny obecně též osoby, o kterých tak stanoví zvláštní právní předpis, mezi účastníky stavebního řízení vypočtenými v § 109 tato kategorie chybí.

114/1992 Sb. je ve vztahu k § 109 stavebního zákona ustanovením speciálním, které okruh účastníků stavebního řízení rozšiřuje.[15]*“*

K tomuto závěru lze tedy dospět nejen cestou § 90 odst. 4 ZOPK, ale také výkladem, který použil NSS v případě porovnávání ustanovení ZOPK a atomového zákona.

Teleologický výklad, kdy pouze právní normy konstruované jako restriktivní, výslovně uzavřené dopadu jiných norem stejné síly a speciality, vylučují užití zvláštních norem ZOPK, je s ohledem na specifické působení norem ochrany životního prostředí jedině správný (a tedy odpovídající systematickému výkladu). Pakliže si připomeneme podmínky aplikace pravidla lex posterior, tedy existenci dvou konfliktních úprav stejné právní síly a stejného stupně speciality, kdy není upraven jejich vzájemný vztah, vychází nám, že jde o totožnou situaci, s níž NSS spojuje přednostní použití obou konfliktních norem. To znamená, že pravidlo lex posterior je upozaděno. Zbývá jeho použití v případě, že není žádným způsobem výkladu dosažitelná možnost současného použití obou konfliktních norem, což je teoreticky možné, je-li některá z těchto norem konstruována jako výslovně uzavřená dopadu jiných norem stejné síly a speciality, případně jsou obě normy natolik protichůdné, že své současné použití vylučují. V prvém případě jde ovšem o situaci, která konfliktní není, neboť zákonodárce výslovně upravil vztah mezi normami – a derogační pravidla zde ztrácí svůj smysl. Druhá situace by teoreticky nastat neměla, jelikož by se jednalo o nepřímou novelu, nesystematický zásah do právního řádu[16].

Struktura zákona o ochraně přírody a krajiny napovídá mnoho o tendencích budoucího posuzování vztahu jeho ustanovení k ustanovením právních předpisů jmenovaných ve zrušeném § 90 odst. 4. Za speciální bude považována norma, která má užší vymezení, ať už věcné nebo osobní. Lze zjednodušit, že v případě konfliktní úpravy s předpisy ochrany životního prostředí budou ustanovení těchto předpisů schopna vystupovat jako zvláštní vůči ustanovením obecné i zvláštní části ZOPK. Oproti tomu předpisy vymezené ve zrušeném § 90 odst. 4 ZOPK vzhledem ke svému odlišnému zaměření budou v případě konfliktní úpravy zvláštní úpravou vůči obecné části ZOPK (kromě výjimek v podobě např. ustanovení o zvláštním krajinném prvku) a obecnou úpravou vůči zvláštní části ZOPK (zvláště chráněná území, zvláště chráněné druhy rostlin, živočichů a nerostů).

Zrušení § 90 odst. 4 ZOPK tak neotevírá pomyslnou Pandořinu skříňku, představuje však významný apel na interpretační schopnosti správních

[15] Stanovisko vlády ze dne 22. září 2008 k návrhu zákona, kterým se mění zákon České národní rady č. 114/1992 Sb., o ochraně přírody a krajiny, ve znění pozdějších předpisů (sněmovní tisk 580/1)

[16] Viz čl. 54 odst. 1 legislativních pravidel vlády.

orgánů a soudů; možnost pro zákonodárce, aby prostřednictvím novelizací složkových zákonů oslaboval komplexní ochranu poskytovanou zákonem o ochraně přírody a krajiny. Závěrem uvádím trefný a nadčasový citát poslance Libora Ambrozka z projednávání již zmíněného Brouskova návrhu před deseti lety:

„Je proto našem zájmu lépe odmítnout pokusy o destrukci, které nejsou vedeny dobrým úmyslem. Skoro by se dalo dodat, že to není moc dobrý dárek k desátému výročí 17. listopadu.[17]*“*

Contact – email
134608@mail.muni.cz

[17] Libor Ambrozek, 1. čtení sněmovního tisku č. 295, 20. 10. 1999, stenoprotokol na http://www.psp.cz/eknih/1998ps/stenprot/017schuz/s017254.htm

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SBLIŽOVÁNÍ A ROZCHÁZENÍ ČESKÉHO, SLOVENSKÉHO A POLSKÉHO RODINNÉHO PRÁVA

CONVERGENCE AND DIVERGENCE OF CZECH, SLOVAK AND POLISH FAMILY LAW

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SBLIŽOVÁNÍ A ROZCHÁZENÍ ČESKÉHO, SLOVENSKÉHO A POLSKÉHO RODINNÉHO PRÁVA

RODINNÉ PRÁVO VČERA, DNES A ZÍTRA

Zdeňka Králíčková

Jak již bylo naznačeno v anotaci, cílem sekce Sbližování a rozcházení českého, slovenského a polského rodinného práva je analyzovat (r)evoluční proměny rodinného práva v Česku, na Slovensku a v Polsku.

Je všeobecně známo, že po druhé světové válce vznikly ve všech posuzovaných zemích – díky československo-polské komisi – téměř zcela totožné základní prameny rodinného práva, zákon o právu rodinném v Československu (1949) a kodeks rodzinny v Polsku (1950).

Komise stála před nelehkým úkolem unifikovat velmi nesourodou materii stojící na tradicích, zvyklostech, obyčejích a hodnotách vyvíjejících se po staletí. O rodinném právu se traduje, že je nejméně vhodným odvětvím pro harmonizaci, resp. unifikaci. Rodinné právo tak bývá označováno za zrcadlo společnosti té které země, které není možné měnit dne ze dne, revolučně, nota bene experimentálními instituty. Důvodně. Letmým pohledem do historie (a také na politickou mapu Evropy po roce 1918) zjišťujeme, že základními prameny rodinného práva byly po rozpadu mocností po první světové válce rakouský ABGB, německý BGB, ruský Zwod zakonow a uherské zvykové právo. Nepochybně se jednalo o neutěšený stav, který – jak bychom asi řekli dnešní terminologií – ztěžoval volný pohyb osob a rodinný život vůbec v rámci nově vzniklého Československa a Polska. Zákonodárci si po roce 1918 uvědomovali, že nová, sjednocující úprava základních rodinněprávních institutů je více než žádoucí.

Aby byl v českých zemích a na Slovensku odstraněn právní dualismus ve věcech týkajících se základních institutů týkajících se člověka jako člena rodiny, byly postupně přijímány jednotlivé zákony (např. tzv. manželská novela čili rozlukový zákon) a zejména byla vytvořena rekodifikační komise, jejímž úkolem bylo unifikovat občanské, resp. rodinné právo. Již z letmého pohledu do vládního návrhu československého občanského zákoníku (1937)[1] je patrné, že právě z důvodů tradic nebyla do vládní osnovy materie věnovaná rodinnému právu vůbec zařazena. Nicméně, není

[1] Viz Vládní návrh zákona, kterým se vydává občanský zákoník. Praha: Národní shromáždění ČSR. Senát, 1937.

bez zajímavosti, že komentářová literatura na tento materiál odkazuje, resp. z něj cituje.[2]

Z českých historických pramenů je v této věci dobře znám výrok Emila Svobody, dle kterého „je rodinné právo odvětvím, jehož předmětem jsou poměry osobního života, které na pohled nejméně snesou zasahování zevní moci. Jsou-li i jinde hranice, kam až může právo zasáhnout, jsou na tomto poli mnohem osudnější.“[3] Ze slovenských zdrojů je třeba zmínit zejména dílo Štefana Lubyho, kde autor hovoří o tom, že komisi „nešlo i unifikaci“, ale o „revizi rakouského občanského zákoníku z roku 1811“, a že „tato koncepce nepřála od samého počátku slovenskému právu“, jehož základy byly v uherském obyčejovém právu.[4]

Jde-li o Polsko, z polských pramenů se také podává informace o pokusech zákonodárce rodinné právo po roce 1918 unifikovat, a to obdobně jako v Československu: nejprve krok po kroku jednotlivými zákony, resp. dekrety, zejména ve věcech manželských, posléze do podoby kodifikace. Práce byly znemožněny vypuknutím druhé světové války.[5]

Nabízí se otázka, proč byla československo-polská komise ve své kodifikační činnosti úspěšná.[6] Důvodů bylo nepochybně několik. Odhlížeje od politického zadání[7] ve vazbě na tzv. právnickou dvouletku,[8] je možná

---

[2] K tomu srov. *Rouček, F., Sedláček, J.:* Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Praha: Linhart, 1935, passim.

[3] Srov. *Svoboda, E.:* Rodinné právo československé. Praha: Československý kompas, 1946, s. 9.

[4] Zejména *Luby, Š.:* Slovenské všeobecné súkromné právo. Bratislava: 1941, s. 90. Srov. také hojné poznámky pod čarou.

[5] K tomu srov. *Smyczyński, T.:* Prawo rodzinne i opiekuńcze. Warszawa: C. H. Beck, s. 9.

[6] Ze skromných historických pramenů srov. *Knapp, V.*: Proměny času. Praha: Prospektum, 1998; *Anonymus (hlavní redaktor V. Knapp)*: Právo rodinné. Praha, Státní pedagogické nakladatelství, 1961; *Petrželka, K.:* Perspektivy spolupráce československých a polských právníků. Právník, 1949, č. 2, s. 59 – 60. Z nejnovější literatury *Fiedorczyk, P.:* Czechoslowacka droga do kodifikacji prawa rodzinnego (1919 – 1949). V tisku; *Fiedorczyk, P.:* Československo-polská spolupráce v unifikaci a kodifikaci rodinného práva po roce 1945. Viz tento elektronický sborník.

[7] Z obecného pohledu srov. *Bělovský, P.:* Rodinné právo. In *Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.):* Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví. Brno: Masarykova univerzita, 2009, s. 463 a násl.

[8] K tomu viz *Serebrovskij, V. I., Svěrdlov, G. M.:* Tři studie o sovětském rodinném právu. Praha: Orbis, bez vroč., zejména předmluvu, kde je uvedeno, že „*Ministerstvo spravedlnosti … bude informovat o sovětském právu, které se stává velkým vzorem a bohatým zdrojem zkušeností …*“.

jako jednu z příčin dokončení unifikace uvést skutečnost, že mnohé historické instituty se tzv. přežily (např. moc otcovská). Také je možné mít za to, že v Československu sehrála svoji roli i Ústavní listina (1920) na základě které došlo – mimo jiné – ke zrovnoprávnění muže a ženy a k zákazu diskriminace, zejména dle pohlaví a původu.[9]

Ačkoli o lidskoprávní dimenzi rodinného práva v dnešním slova smyslu není možné v této souvislosti hovořit, nelze nevidět nový pohled doktríny na institut hlavy rodiny v (dle § 91 o. z. o.). V komentářové literatuře je – mimo jiné – konstatováno, že „Muž není tedy pánem ženy jako podle práva kanonického, nýbrž podle mínění redaktorů patří řízení rodiny oběma členům, totiž mužovi i ženě, podle přirozenosti rozumu a zvyklosti“[10] a „Jestliže by však opatření mužovo zasahovalo do osobních práv manželčiných, tj. jestliže by rovnost lidská, pokud jde o mravní důstojnost nebyla srovnatelná s tímto opatřením mužovým, byla by tím manželka dotčena ve svých lidských právech ….“.[11]

Dnes můžeme konstatovat, že to vše nepochybně vytvořilo půdu pro vytvoření nových – a v mnohém nadčasově pojatých institutů (k tomu níže).

Za významný počin československo-polské komise můžeme označit skutečnost, že dokázala skloubit na prvý pohled nesourodé a zejména, že jí vytvořené rodinné kodexy byly – ve srovnání s jejich nástupci z šedesátých let – prosty ideologických preambulí i základních zásad vymezených expressis verbis. Silný politicko-ideologický náboj však vyvěrá z důvodové zprávy vytvořené československým zákonodárcem.[12]

Jde-li o jednotlivé instituty, v zásadě lze říci, že mnohé dnes hodnotíme jednoznačně pozitivně (např. rozvod s možností upuštění od výroku o vině,

---

Dále viz *Anonymus (hlavní redaktor V. Knapp)*: Právo rodinné. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1961, s. 8, kde se konstatuje, že *„V tom následovalo naše rodinné právo příkladu nejpokrokovějšího práva, které dosud vytvořila lidská společnost, práva sovětského“*.

[9] K tomu srov. zákon č. 121/1920 Sb., kterým se uvozuje ústavní listina Československé republiky, zejména § 106, kde je konstatováno, že *„Výsady pohlaví … se neuznávají“* (odst. 1) a *„Všichni … požívají v stejných mezích … plné a naprosté ochrany svého života a své svobody nehledíc k tomu, jakého jsou původu …“* odst. 2). Dále srov. úvodní články cit. zákona, zejména dikci *„Zákony odporující ústavní listině, jejím součástkám a zákonům jí měnícím a doplňujícím jsou neplatné“* (čl. I.).

[10] Tak *Rouček, F., Sedláček, J.:* Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a Podkarpatské Rusi. Op. cit., díl prvý, s. 463.

[11] Op. cit., s. 464.

[12] Srov. *Andrlík, J., Blažke, J., Kafka, A. (eds.):* Komentář k zákonu o právu rodinném. Praha: Orbis, 1954, s. 13 a násl. - Obecná část důvodové zprávy.

zákonné společenství majetkové, poručenství), u jiných jsme kritičtí (např. instituty náhradní rodinné péče).[13] O převážně přínosných výsledcích československo-polské komise můžeme hovořit nepochybně proto, že byla personálně složena z odborníků s tradičním vzděláním a ctících hodnoty, na kterých staví po tisíciletí lidská společnost. Není bez zajímavosti, že se k mnohým počinům vytvořeným touto komisí po roce 1989 postupně vracíme. Jde např. o podstatu zákonného institutu manželského majetkového práva, poručenství a o koncepci rozvodu s nezletilými dětmi atd. (Srov. zákon č. 91/1998 Sb. v Česku a zákon č. 36/2005 Z. z. na Slovensku).

Samostatnou kapitolou však zůstává politická problematika zákazu církevního sňatku.[14]

Dodejme jen, že ačkoli byly zpočátku jednotlivé instituty československého a polského rodinného práva velmi podobné, postupně začalo docházet k jejich odlišné interpretaci a aplikaci a také k více či méně významným novelizacím rodinných kodexů a zejména, v šedesátých letech k jejich nahrazení kodexy novými: zákonem o rodině v Československu (1963) a kodexem rodzinnym a opiekuńczym v Polsku (1964). Nové rodinné zákoníky byly uvozeny ideologicky laděnými zásadami. Došlo k

---

[13] Důvodem potlačení institutů individuální náhradní rodinné péče o nezletilé děti ve prospěch kolektivní výchovy byl fenoménem nucené kolektivizace na všech úrovních. K tomu blíže *Králíčková, Z.:* Instituty náhradní rodinné péče. Tento elektronický sborník.

[14] V detailech viz *Tureček, J.:* Občanský sňatek. Právník, 1950, č. 2/3, s. 71 – 82.

K tomu také *Anonymus (hlavní redaktor V. Knapp)*: Právo rodinné. Op. cit., s. 9, kde se hovoří o stěžejních zásadách socialistického rodinného práva, mezi kterými je – na prvém místě (sic!) – uvedena zásada povinného občanského sňatku. Dodejme, že tato učebnicová koncepce měla mnoho následovníků.

Jde-li o sovětský model, srov. *Serebrovskij, V. I., Svěrdlov, G. M.:* Tři studie o sovětském rodinném právu. Op. cit., s. 7 a násl., kde prvý ze spoluautorů vymezuje pojem sovětského socialistického práva rodinného a konstatuje, že *„Celé sovětské socialistické právo rodinné je uvedením v život učení marxismu-leninismu o rodině“*, a dále vytyčuje jeho základní principy, mezi které řadí – mimo jiné – *„Likvidaci účasti církve v úpravě manželských a rodinných vztahů“*.

Pokud jde o další vývoj v zemích bývalého Sovětského vazu, viz *Khazova, O.:* Family Law within the former Soviet Union: More differences or more in common? In *Antokolskaia, M. (ed.):* Convergence and Divergence of Family Law in Europe. Antwerp – Oxford – New York: Intersentia, 2007, s. 97 a násl.; v rozšířené a doplněné verzi a v překladu *Z. Králíčkové* a *M. Kornela,* viz *Chazova, A. O.:* Rodinné právo v bývalém Sovětském svazu: více odlišností nebo více společného? Právník, 2009, č. 8, s. 847 a násl., a zejména s. 852, kde se konstatuje, že *„Jednou z nejvýznamnějších reforem týkajících se manželství je nepochybně obnovení církevní formy manželství …. Možná by to mohlo být interpretováno jako konzervativní jev … zdá se to spíše přirozenou reakcí na utlačování církve během sovětského režimu, který odebral lidem možnost zvolit si formu sňatečného obřadu, jež by nejvíce odpovídala jejich přání a víře.“*

radikálnímu opuštění tradičního právnického pojmosloví i institutů. Rodinné kodexy, obdobně jako občanské zákoníky, byly poznamenány – slovy Karla Eliáše - velkým zjednodušováním, deformací, balastem, vulgarizací.[15] K depurizaci těchto zákoníku a k jejich novelizacím v duchu tradic i inovací reflektujících evropskou dimenzi začalo docházet až po pádu Berlínské zdi.

K faktickému rozcházení rodinných práv v posuzovaných zemích nepochybně přispěla také celá řada právních i mimoprávních faktorů, zejména politických, demografických, kulturních, náboženských a ekonomických.[16]

Jaká je situace dnes?

Lze se domnívat, že v současné době se rodinná práva v Česku, na Slovensku a v Polsku postupně sbližují, a to především díky lidskoprávnímu rozměru dané problematiky. Jak Česko, tak Slovensko a Polsko přijaly po roce 1989 nové Ústavy a přistoupily k celé řadě mezinárodních úmluv. Také respektují judikaturu Evropského soudu pro lidská práva, což se odráží – mimo jiné – i v judikatuře národních Ústavních soudů.

Všem srovnávaným zemím je dále společné, že stojí před nutností rekodifikace rodinného práva, tzn. před znovuzačleněním rodinněprávní materie do občanských zákoníků ve světle svých i evropských kontinentálních tradic a tendencí dalšího vývoje. Tím bude překonána odvětvová samostatnost rodinného práva inspirovaná sovětským modelem[17] a realizovaná československo-polskou komisí.

---

[15] Srov. *Eliáš, K.*: Legendy o osnově občanského zákoníku. Právní rozhledy, 2007, č. 17, s. 632 a násl., a řadu dalších studií z téhož pera.

[16] K tomu srov. *Králíčková, Z.:* Sbližování a vzdalování slovenského a českého rodinného práva. Právník, 2005, č. 2, s. 157 a násl.

[17] K odvětvové samostatnosti rodinného práva dle sovětského modelu srov. rozsáhlou učebnicovou literaturu a zejména teoretické dílo *Macur, J.:* Občanské právo procesní v sytému práva. Brno: Univerzita J. E. Purkyně, 1975, s. 138, 139, kde je uvedeno, že *„odvětví rodinného práva splňuje komplexní kritéria samostatnosti právního odvětví“* s odkazem – mimo jiné – na *„charakteristický předmět“* a *„zvláštní strukturu“*.

K tomu dále zejména *Chazova, A. O.:* Rodinné právo v bývalém Sovětském svazu: více odlišností nebo více společného? Op. cit., s. 849 – 850, kde jsou konstatovány, s odkazem na bohatý poznámkový aparát, níže uvedené důvody pro odvětvovou samostatnost rodinného práva:

„Pozoruhodným znakem vývoje v postsovětském rodinném právu je v tomto směru odklon některých zemí od rozlišování mezi občanským a rodinným právem jako teoretickým konceptem, který byl tradiční pro sovětské právo. Sovětská teorie práva rozdělovala socialistické právo do odvětví a rodinné právo nahlížela jako samostatné odvětví, a kvůli tomu bylo rodinné právo upraveno zákonem, který se týkal výhradně manželských a rodinných věcí, a nebyl začleněn do občanského zákoníku. Toto vydělení rodinného práva mělo historické vysvětlení; původně přišlo v porevolučním zákonodárství na mysl pouze z legislativně-technických důvodů. Zatímco tehdy země nutně vyžadovala radikální reformu rodinného práva, na druhé straně nepotřebovala vůbec žádné občanské právo, neboť

Záměrem pořadatelů bylo, aby jednotlivé konferenční příspěvky analyzovaly vývoj ve všech posuzovaných zemích. Proto byly mnozí familiaristé na Dny práva 2009 pozváni a požádáni o zpracování srovnávacích studií s dílčími závěry. Pro účely ústní prezentace pak byly vybrány ty vyžádané příspěvky, které zpracovávají nejvýznamnější instituty rodinného práva, s tím, že aktuální otázky rekodifikace[18] obecně i jde-li o

---

veškeré soukromé vlastnictví, které přesahovalo „pouhou míru spotřeby", bylo zrušeno jako atribut kapitalismu.

Později, ke konci 20. let a na počátku 30. let, však doznala odvětvová samostatnost rodinného práva silný ideologický základ. Ten pomohl opodstatnit rozdíly mezi sovětskou a buržoazní rodinou s tím, že sovětská rodina byla prosta kupeckých úvah a byla založena na lásce, zatímco buržoazní rodina měla pragmatický, zištný základ, což bylo cizí oficiální sovětské představě manželství a rodiny. Sovětský stát vždy rázně obhajoval „odvětvovou samostatnost" rodinného práva; a tato koncepce je stále velmi silná, přinejmenším v ruské právní doktríně, ačkoli v postsovětské době ztratila svého konfrontačního ducha se Západem."

O překonanosti doktríny odvětvové samostatnosti rodinného práva po rozpadu Sovětského vazu svědčí následující řádky autorky:

„Jedním z bezprostředních výsledků rozpadu Sovětského svazu v roce 1991 a vytvoření nových nezávislých států byla významná právní reforma v těchto zemích. Reforma rodinného práva tvořila základní část této revize. Rodinné právo muselo být přizpůsobeno novým sociálním a hospodářským skutečnostem, které tam dorazily společně s významnou politickou změnou. Proto není překvapující, že poté, co se tyto státy staly nezávislými a osvobozenými z tlaku sovětského státu, vyjevil se zcela odlišný obraz rodinného práva. Všechny země, které bereme v úvahu, přijaly nové rodinné zákonodárství."

Není bez zajímavosti, že v mnoha zemích bývalého Sovětského svazu došlo k (znovu)začlenění rodinněprávní materie do občanských zákoníků.

[18] V Česku se započalo s rekodifikačními pracemi v důsledku věcného záměru Ministerstva spravedlnosti (č.j. 2623/00-L ze dne 29. ledna 2001), ze kterého vyplývá snaha o vytvoření evropského kontinentálního civilistického pojetí rodinného práva. Rodinněprávní normy byly začleněny do druhé části paragrafovaného pracovního znění návrhu rekodifikovaného soukromoprávního kodexu. K tomu srov. *Eliáš, K., Zuklínová, M.:* Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001, a řadu časopiseckých studií z pera hlavních zpracovatelů. Jde-li o současný stav rekodifikačních prací v Česku, resp. text vládního návrhu nového občanského zákoníku, srov. www.psp.cz, sněmovní tisk č. 835, V. volební období.

Ze slovenské literatury ve věci potřeby rekodifikace rodinného práva, srov. zejména *Arnoldová, M.:* Rodinné právo a jeho miesto v systéme právného poriadku. Justičná revue, 2003, č. 10, s. 860 – 862, s odkazem na díla *Luby, Š.:* Dejiny súkromého práva na Slovensku. Bratislava, 1946, s. 15, ze kterého se podává *„Rodinné právo je súčasťou občianského práva. V rámci občianského práva rodinné právo vzniklo a vyvíjalo sa. To platí aj pre vývoj rodinného práva na území dnešného Slovenska …",* a *Glos, J. a kol.:* Rodinné právo. Obzor, Bratislava, 1975, s. 9 – 10. Také srov. *Lazár, J.:* K niektorým koncepčným otázkám rekodifikácie súkromého práva. Justičná revue, 2001, č. 1, s. 11, a především *Kubíčková, G.:* Perspektivy rozvoja rodinného práva. Justičná revue, 2001, č. 2, s. 25. Pokud jde o aktuální vývoj na Slovensku, viz *Lazár, J. (ed.):* Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravedlnosti, 2008 a

jednotlivé instituty budou pro jejich rozsáhlost námětem brněnských Dnů práva příštích let.

nejnovější studii hlavních zpracovatelů návrhu nového občanského zákoníku *Lazar, J., Kubíčková, G.:* Rodinné právo v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku. In *Winterová, A., Dvořák, J. (eds.):* Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 283 a násl.

Jde-li o východiska rekodifikačních prací v Polsku, srov. *Radvański, Z. (ed.):* Zielona ksiega. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzecpospolitej Polskiej. Warszawa: Ministerstwo sprawiedliwości, 2006. V českém jazyce pak viz *Tégl, P.:* Zpráva o přípravě nového Kodeksu cywilnego v Polsku. In *Winterová, A., Dvořák, J. (eds.):* Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 553 a násl.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MANŽELSKÉ POVINNOSTI A JEJICH VYKONATELNOST

MICHAL ŠALOMOUN

Právnická fakulta, Masarykova univerzita

Abstract in original language
V českém, slovenském i polském rodinném právu existuje několik manželských povinností, u nichž je možné pochybovat o jejich vykonatelnosti. Je to zejména povinnost manželů žít spolu a být si věrni. Pokud se nad vykonatelností těchto povinností zamyslíme, tak jejich faktická realizace přestavuje na jedné straně pás cudnosti a na druhé straně domácí vězení. Přestože je nemálo zastánců těchto nástrojů, v rovině ryze právní bychom jejich použití měli zavrhnout, ale proč? Nabízí se dvojí zdůvodnění. Jedno provedl Nejvyšší soud ČR, který tyto povinnosti jednoduše prohlásil za proklamativní. Druhým zdůvodněním by mohlo být, že použití těchto nástrojů by bylo v rozporu s právem na tělesnou integritu a právem na osobní svobodu člověka.

Key words in original language
Manželské povinnosti, vynucení povinností, povinnost manželů žít spolu a být si věrni

Abstract
Czech, Slovak, and Polish family laws feature a number of marital duties that might be disputed in terms of their enforeceability. This concerns predominantly the marital duty to live together and remain faithful. Thinking of enforceability of these duties brings us to a conclusion that their common implementation could only be performed by using the chastity belt on one hand or by imposing the house arrest on the other. Although there are many supporters of the latter two solutions, these should be lawfully rejected; but why? There are two reasons. The first one was provided by the Supreme Court of the Czech Republic which adjudicated that such duties are proclamative. The second reason implies that using these tools would be contrary to the right of body integrity and the right of personal freedom of a human being.

Key words
Marital duties, enforcement, marital duty to live together and remain faithful

1.1 ÚVOD

Jednou z mnoha možností, jak nahlížet na právní řád, je pojetí právního řádu jako katalogu nejrůznějších práv a povinností, které jsou přiřazovány nejrůznějším subjektům. Lidská zkušenost ukazuje, že dát někomu právo nebo povinnost mnohdy nestačí, a proto musí být práva a povinnosti

vykonatelná. Vykonatelnost je vlastně mocenská realizace práva, která nastupuje tam, kde si právní subjekt neplní svoji povinnost dobrovolně.

V případě nesplnění povinností je tedy možné obrátit se na soud žalobou na splnění povinnosti. Soud potom v nalézacím řízení zkoumá, zda tu určitá povinnost je či není, a pokud shledá, že je, pak nařídí povinnému, aby povinnost realizoval. Pokud povinný ani po této intervenci soudu svoji povinnost dobrovolně nesplní, je možné přistoupit k jejímu vynucení formou exekuce nebo výkonu rozhodnutí. V případě povinností nepeněžní povahy, o kterých bude v tomto článku řeč, je pak takové vynucení povinnosti prováděno ukládáním pokut povinnému, dokud povinnost není splněna.

1.2 MANŽELSKÉ POVINNOSTI

Právně regulovat lze v podstatě cokoli, tedy i vztahy v rodině a život v ní. V kontinentálním právním prostředí tato regulace bývá provedena zpravidla ve speciálním kodexu nazvaném zákon o rodině nebo podobně. Nejinak je tomu v České republice, Slovenské republice a Polské republice. Jednotlivé zákony o rodině těchto států mají rovněž speciální pasáž obsahující výčet práv a povinností manželů.

V českém zákoně o rodině (zákon č. 94/1963 Sb., o rodině) je tato úprava obsažená v § 18 a zní: „Muž a žena mají v manželství stejná práva a stejné povinnosti. Jsou povinni žít spolu, být si věrni, vzájemně respektovat svoji důstojnost, pomáhat si, společně pečovat o děti a vytvářet zdravé rodinné prostředí."

Ve slovenském zákoně o rodině (zákon č. 36/2005 Z.z., o rodine a o zmene a doplneni niektorých zákonov) je úprava manželských povinností upravena v § 18, který zní: „Manželia sú si v manželstve rovni v právach a povinnostiach. Sú povinní žiť spolu, byť si verni, vzájomne rešpektovať dostojnosť, pomáhať si, starať sa spoločne o deti a vytvárať zdravé rodinné prostredie."

V polském zákoně o rodině (Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964 nr 9 poz. 59) je tato úprava v čl. 23, který zní : „Małżonkowie majš równe prawa i obowišzki w małżeństwie. Sš obowišzani do wspólnego pożycia, do wzajemnej pomocy i wiernošci oraz do współdziałania dla dobra rodziny, którš przez swój zwišzek założyli."

Jednoduchou syntézou uvedené právní regulace (zejména srovnání českého a slovenského zákona o rodině, které jsou v tomto smyslu obsahově totožné) lze dospět k tomu, že v právním řádu České a Slovenské republiky (pro Polskou republiku to platí obdobně) se vyskytují tyto právní povinnosti:

1. povinnost manželů žít spolu

2. povinnost manželů být si věrni

3. povinnost manželů vzájemně respektovat svoji důstojnost

4. povinnost manželů pomáhat si

5. povinnost pečovat o děti

Uvedené povinnosti jsou v právních předpisech zcela jasně a zřetelně označeny jako právní povinnosti, takže o jejich významu coby právních povinností není zřejmě pochyb. Pokud tomu tak ovšem je, pak by v rámci obecné logiky měly být tyto povinnosti i vynutitelné. Prakticky by tak mělo být možné, aby v případě, že manžel opustí manželku (nebo naopak) byl jaksi přinucen k návratu. Manžel v případě opuštění manželky by totiž porušoval svoji povinnost žít s manželkou. Žaloba manželky na splnění této povinnosti by tak měla být úspěšná, a celé soudní řízení by tak mělo vyústit v plnění povinnosti manžela žít s manželkou, tedy k návratu manžela. Otázka je, zda tomu tak opravdu bude.

1.3 VYNUCENÍ MANŽELSKÝCH POVINNOSTÍ

Při vynucování manželských povinností je rovněž třeba se zamyslet nad faktickou realizací nuceného výkonu těchto povinností. V případě neplnění povinností manželů žít spolu to v podstatě znamená dotáhnout manžela (manželku), který opustil druhého manžela, zpět do společného obydlí. To si lze jistě představit jako možné, nicméně se to trochu příčí současnému pojetí lidských práv kohokoli někam násilně přemísťovat.

Ještě absurdnější nucený výkon povinností by byl v případě neplnění povinností manželů být si věrni. V případě nevěry manželky by to bylo možné technicky realizovat pásem cudnosti, tedy nástrojem, který k uvedenému účelu byl historicky vyvinut. Nicméně v opačném gardu, tedy jakýsi pás cudnosti pro muže vyvinut nebyl. Nucená realizace této povinnosti tak v případě povinného – muže nemá uspokojivé technické řešení.

Absurdnost vynucení těchto manželských povinností spočívá především v pojetí lidských práv a v poměřování jejich důležitosti. Pokud je totiž nejvyšší hodnotou člověka lidský život a svoboda jednotlivce, pak je zřejmé, že právo na ochranu rodiny stojí oproti lidské svobodě a právu na tělesnou integritu na nižším stupínku důležitosti. Je tak zřejmé, že vynucovat povinnost manželů být si věrni pomocí pásu cudnosti, přičemž jinak to v podstatě nejde, nebude v dnešním pojetí práva možné, neboť by se tím zároveň zasahovalo do práva na tělesnou integritu a práva na osobní svobodu.

Historicky však nebylo nic ojedinělého zabezpečovat výkon těchto povinností i normami trestního práva. Podotýkám, že to bylo ještě před tím, než se do popředí právního řádu dostala koncepce uplatňování základních

lidských práv. Například trestní kodex z roku 1852 znal v oddílu o přečinech a přestupcích zvláštní podstatu cizoložství. Podle § 206 cit zákona bylo stanoveno: „Osoba oddaná, která se dopouští cizoložství, jakož i osoba neoddaná, s níž cizoložství bylo spácháno, vina jest přestupkem a potrestána buď vězením od 1 do 6 měsíců, žena však potrestána má být přísněji tehdy, když pro spáchané cizoložství může vzejít pochybnost a manželském původu dítěte, které potom přijde na svět.“[1]

1.4 ZDŮVODNĚNÍ NEMOŽNOSTI VYNUCENÍ MANŽELSKÝCH POVINNOSTÍ

Navážu-li na předchozí odstavce a na příklad s podáním žaloby na vynucení povinnosti manželů být si věrni, lze předpokládat, že taková žaloba by měla být zamítnuta. Společensky přijatelný výsledek bychom sice měli, ale jak tento postup odůvodnit.

Jednou z možností, jak to udělat, předvedl Nejvyšší soud ČR ve svém rozsudku ze dne 14. 8. 2008, sp. zn. 22 Cdo 1726/2007. V uvedeném případě se manžel, který byl oprávněným z věcného břemene spočívajícím v právu doživotního a bezúplatného užívání nemovitostí, domáhal vyklizení uvedené nemovitosti, které užívala též jeho manželka, která byla rovněž vlastnicí uvedené nemovitosti a povinnou z věcného břemene. Odvolací soud opřel zamítnutí žaloby mimo jiné též o § 18 zákona o rodině. Z povinnosti manželů žít spolu dovodil odvolací soud právo manželky na užívání bytu, zatíženého věcným břemenem svědčícím jejímu manželovi, a to i proti jeho vůli. Proti tomuto závěru se ohradil Nejvyšší soud ČR, který v uvedeném rozsudku, kterým zrušil rozhodnutí odvolacího soudu, uvádí: „Obecně platí, že oprávněný z věcného břemene má právo umožnit užívání bytu zatíženého břemenem i svému manželovi. [...] Avšak povinnost takové užívání manželovi umožnit nelze z platného práva dovodit; proklamativní povinnost manželů žít spolu nelze tímto způsobem vynucovat, zejména v případě, že vztahy manželů jsou již vážně narušeny a dochází mezi nimi k soudním sporům. Zamítnutí žaloby na vyklizení bytu podané manželem, oprávněným z věcného břemene umožňujícího užívat byt, proti manželce, která je vlastnicí zatíženého bytu, tak nelze opřít o povinnost manželů žít spolu (§ 18 zákona o rodině).“

Zdůvodnění Nejvyššího soud ČR tak bylo provedeno tak, že manželské povinnosti jsou pouze proklamativní, tedy nevynutitelné. Uvedené odůvodnění se sice vypořádalo s konkrétním případem, nicméně je problematické z toho důvodu, že jaksi podkopalo právní jistotu ohledně povinností v celém právním řádu. Z odůvodnění uvedeného rozhodnutí lze totiž dovodit, že v právním řádu jsou dva typy povinností. Jedny, které se plnit musí, a druhé, které se plnit nemusí. To by ještě nebylo nic strašného,

[1] Citováno podle Haderka, J.: Uzavírání manželství z hlediska právního, Academia, Praha 1977, str. 175.

problém však nastává v tom, jak poznat, které povinnosti jsou ony proklamativní, a které nikoli.

Ačkoli nehodlám zpochybňovat autoritu Nejvyššího soudu ČR, mám za to, že odůvodnění nevynutitelnosti manželských povinností by bylo vhodnější udělat jinak. Právní argumentace by se měla opírat o to, že manželské povinnosti se mohou dostat do kolize s osobnostními právy manžela jakožto fyzické osoby, zejména s právem na osobní svobodu a s právem na zachování lidské důstojnosti. Jedná se tedy o metodu poměřování důležitosti v kolizi stojících práv a povinností. Rovněž tato práva (právo na tělesnou integritu a osobní svobodu) jsou základní lidská práva, jež jsou nezadatelná a nezcizitelná, proto se těchto práv nelze vzdát a to ani ve prospěch manžela. Ostatně právní úprava v určitých ohledech dokonce počítá s tím, že se manželské povinnosti nemusejí respektovat. Důkazem toho je např. institut vykázání manžela z bytu dle § 44 a násl. zákona č. 273/2008 Sb., o Policii České republiky, a dle § 76b občanského soudního řádu.

Manželské povinnosti žít spolu a být si věrni jsou komplikovaně realizovatelné, neboť narážejí na osobnostní práva druhého manžela. Nelze však říci, že by osobnostní práva druhého manžela tyto povinnosti zcela negovala. V manželském soužití je zkrátka možno do osobnostních práv druhého manžela zasahovat podstatně více, než kdyby to manžel nebyl. Tato větší míra tolerované intervence je patrná zejména v trestním právu v institutu trestního stíhání se souhlasem poškozeného a v právu odepřít výpověď. Trestní stíhání za určité trestné činy spáchané mezi manžely je tak bez souhlasu druhého manžela vyloučeno (např. trestný čin ublížení na zdraví nebo znásilnění).

1.5 ZÁVĚR

Je zřejmé, že při uvažování o vykonatelnosti manželských povinností se dostáváme do schizofrenní situace. Na jednu stranu právní řád obsahuje zcela jasně formulovanou povinnost a na druhou stranu se ji zdráhá vykonat. Problém je, co s tím? Neměla by se povinnost manželů být si věrni a žít spolu z právního řádu odstranit? Nebylo by to vůči adresátům právních norem férovější, aby právní řád obsahoval pouze povinnosti, které jsou vskutku povinnostmi právními a tedy vynutitelnými?

Druhá varianta řešení spočívá v zachování stávajícího stavu, tedy v ponechání této povinnosti v právním řádu. Pak je však třeba připustit, že v právním řádu jsou dva typy povinností, jedny, které se plnit musí, a druhé, které se plnit nemusí. Problém nastává v tom, jak poznat, které jsou které.

Jednoduché řešení bez připuštění sexuální volnosti v manželských vztazích, zdá se, neexistuje. Nakonec se ukazuje, že uvedený rozpor bude třeba vyřešit v ryze právně argumentační rovině tak, že povinnost manželů žít spolu a být si věrni, právními povinnostmi jsou, nicméně jejich vykonatelnosti brání právo na tělesnou integritu a právo na osobní svobodu, která jako práva ryze osobnostní jsou vnímána jako hodnotově vyšší než

právo na rodinný život a z něho vycházející povinnosti manželů žít spolu a být si věrni.

Literature:

- Haderka, J.: Uzavírání manželství z hlediska právního, Praha, Academia 1977, str. 375, ISBN neuvedeno.

Contact – email
advokacie@oou.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZLUKA MANŽELSTVÍ – ZAPOMENUTÝ INSTITUT??

PAVEL PETR

VŠB – Technická univerzita Ostrava

Abstract in original language
Předkládaná stať se věnuje vymezení rozluky manželství, jako institutu, který se v současném platném právu sice neobjevuje, nicméně se nejedná o zcela mrtvý institut. Pozastavujeme se nad problematikou rozluky, jako institutu, který je běžný v méně sekularizovaných zemích jako např. v Polsku nebo Irsku, a jeho případné roli v probíhající reformě soukromého práva v ČR.

Key words in original language
Rozluka; rozvod.

Abstract
The isssue deals with the problemacy of marriage cessation. We focuse the role of such a lost institute in present. In spite of the fact we can´t find it in valid law of the Czech Republic, it´s still common in less deconsecrated countries eg. Ireland or Poland. We try to define it possible benefits for the running private law reform.

Key words
Separation of marriage; separacja małżonków.

Rozluka v proměnách času

Rozluka manželství je z pohledu českého práva mrtvým institutem. Nebývalo tomu tak ovšem vždy. Institut rozluky manželství se objevuje již v době účinností obecného zákoníku občanského (dále jen o.z.o.)[1]. Než se budeme věnovat právní úpravě rozluky v době účinnosti tohoto předpisu, je nezbytné zdůraznit, že o.z.o. připouštěl pouze existenci církevního sňatku.[2] Tím se podstatně lišil od právní úpravy typické v zahraničí, kde tomu bylo právě naopak.

Z hlediska možného konce manželství připouštěl o.z.o. dvě varianty jeho ukončení. Rozvod od stolu a lože (i) a rozluku (ii). V prvně uvedeném případě bylo manželům opakovaně (třikrát) domlouváno prostřednictvím

[1] Císařský patent č. 946/1811 ř. z., který nabyl účinnosti dne 1.1.1812. (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie).

[2] Až do účinnosti tzv. rozlukové novely č. 320/1919 Sb. z. a n., která zavedla rovnoprávnost občanského a církevního sňatku.

orgánu církve (srov. § 104 o.z.o.).[3] Rozvod od stolu a lože zásadně umožňoval obnovení manželství.[4] Rozluka manželství (z dnešního pohledu připomíná spíše rozvod manželství *stricto sensu*) nabyla na důležitosti právě s rozlukovou novelou občanského práva.[5]

O rozluku, bylo možné usilovat, pokud byl naplněn některý z uvedených důvodů:

> *a) dopustil-li se druhý manžel cizoložství;*
> *b) byl-li pravoplatně odsouzen do žaláře nejméně na tři léta, nebo na dobu kratší, avšak pro trestný čin vyšlý z pohnutek, nebo spáchaný za okolností svědčících o zvrhlé povaze;*
> *c) opustil-li svého manžela zlomyslně a nevrátí-li se na soudní vyzvání do šesti měsíců. Není-li pobyt jeho znám, budiž soudní vyzvání učiněno veřejně;*
> *d) ukládal-li druhý manžel o manželův život nebo zdraví;*
> *e) nakládal-li jím vícekráte zle, ubližoval-li mu těžce, neb opětovně ho na cti urážel;*
> *f) vede-li zhýralý život;*
> *g) pro trvale nebo periodicky probíhající chorobu duševní, která trvá tři léta; pro těžkou duševní degeneraci vrozenou nebo získanou, čítaje v ni těžkou hysterii, pijáctví nebo navyklé nadužívání nervových jedů, jež trvá dvě léta; pro padoucí nemoc, trvající aspoň rok s nejméně šesti záchvaty v roce nebo s přidruženou duševní poruchou;*
> *h) nastal-li tak hluboký rozvrat manželský, že na manželích nelze spravedlivě požadovati, aby setrvali v manželském společenství. Rozluku nelze vysloviti k žalobě manžela, který rozvratem je převážně vinen;*
> *i) pro nepřekonatelný odpor. Žalobě lze vyhověti jen tehdy, připojí-li se k žádosti za rozluku třebas i dodatečně také druhý manžel. V tomto případě netřeba však rozluky ihned povolovati, nýbrž lze napřed uznati na rozvod od stolu a lože a to třebas i vícekráte.*

Jak vidno, byly to důvody, které se v nezměnily dodnes. Přestavovaly ovšem „zvláštní“ druh rozluky. Vedle nich, bylo možné žalovat rozluku z „obecných“ důvodů, tj. pro nepřekonatelný odpor (srov. § 15 novely).

---

[3] Farář má povinnost, aby manželům připomněl slavnostní slib učiněný obapolně při oddavkách, a důtklivě jim uvedl na paměť škodlivé následky rozvodu. Tyto domluvy se musí opakovati třikráte za sebou v rozdílných dobách. Jsou-li bez účinku, vydá farář stranám písemné osvědčení, že trvají na svém úmyslu se rozvésti přes trojnásobné domluvy.

[4] ROUČEK, F.; SEDLÁČEK, J. et al. *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému.* Praha : Linhart, 1935. (reprint Aspi).

[5] Netřeba připomínat účinnost o.z.o. pro české země i po vzniku ČSR (28.10.1918) na základě tzv. recepční normy a problémy s tím spojené (dualizmus práva).

Současná úprava rozluky v Evropě

Institut rozluky manželství (separation of marriage, separacja małżonków) je typický v zemích, které jsou méně sekularizovány než Česká republika. Není tedy překvapením, že se objevuje v Polsku, Irsku, Itálii, event. Francii.

Ve **Francii** má institut podobu soudně provedeného rozdělení, spojeného se zánikem některých manželských povinností. Skončí tak povinnost společného bydlení, naopak povinnost podpory a věrnosti zůstává. Problematickým se pak jeví přetrhání dědické posloupnosti v neprospěch manžela, který nese za rozluku výhradní vinu.

V **Irsku** se rozlukou chápe rozvod manželství se všemi souvisejícími důsledky, s výjimkou práva uzavření nového manželství a zachování práva podle dědického zákona (Succesion Act 1965).[6] Důvodem pro rozluku jsou například nevěra, opuštění manžela, event. fakt, že manželství nebylo po dobu nejméně jednoho roku konzumováno (§ 2 Judicial Separation and Family Law Reform Act (1989)). Rozluku není možné změnit na rozvod.

Základní rysy rozluky v **Itálii** jsou velmi podobné výše uvedeným. Zásadním rozdílem je ovšem obligatorní účast státního zástupce v řízení, kde manželé mají nezletilé děti. Pozoruhodné je vyvrácení domněnky otcovství ve prospěch manžela. Z pohledu majetkové práva manželů dochází k zániku společného jmění manželů.

Německo, podobně jako **Česká republika**, nemá upraven institut rozluky (ani se o jeho zavedení neuvažuje)[7]. Přesto se případy odlučeného manželství objevují. Jde tedy o *rozluku de facto*.

Snad nejvíce ekumenicky založenou zemí mezi novými členy Evropské unie je **Polsko**. Institut rozluky je bytostně spjat právě s existencí církevních sňatků a manželství z něj vzešlých. Právě zde mají manželé enormní zájem na rozluce bez současného zániku manželství. Jak uvádí polské prameny[8] manželé přistupují k rozluce manželství (separacja małżonków) protože je akceptována ze strany církve a nevede tak k sociální ostrakizaci páru. Základní rozdíly mezi rozlukou a rozvodem v polském právu lze shrnout následovně:

1.) po rozluce je manželství zásadně obnovitelné,

---

[6] Dostupné z WWW: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/divorce_ire_cs.htm [cit.28.11.2009].

[7] ELIÁŠ, K.; ZUKLÍNOVÁ, M. *Principy a východiska nového kodexu soukromého práva.* Praha : Linde, 2001. s. 165.

[8] KASPRZYK, P. *Instytucja separacji małżeńskiej w świetle ustawy z dnia 21 maja 1999 roku*. Sandomierz : Wydawnictwo Diecezjalne, 1999. 141 s.

2.) rozluka je procesně jednodušší (absence prokazování trvalého rozvratu manželství (rozkład pożycia małżenskiego),

3.) rozluka je levnější (cca 100 PLN, resp. 600 PLN[9] za rozvod),

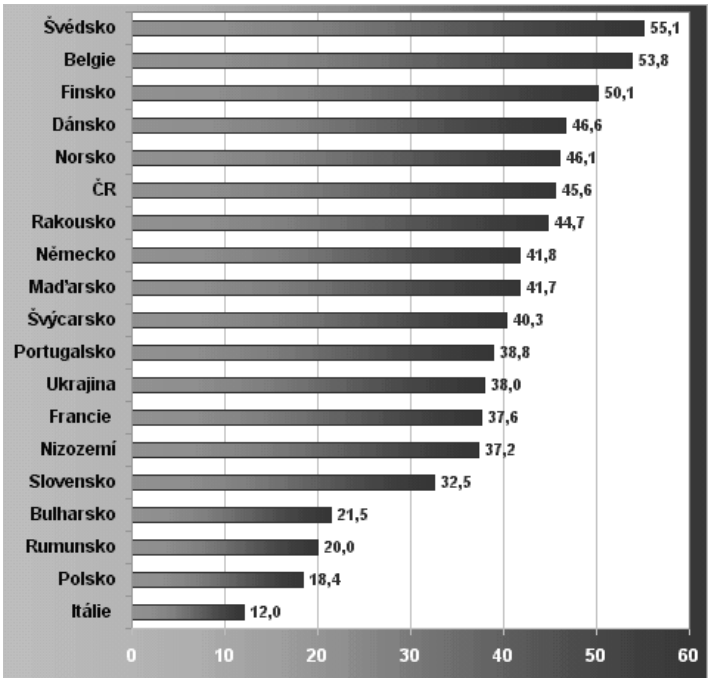
4.) manželé se po rozluce nemohou vrátit k užívání původního příjmení,

5.) po rozvodu jsou některé platby výživného omezeny na pět let, v případě rozluky tomu tak není,

6.) po rozluce zůstává povinnost k vzájemné pomoci – vyžadují-li to ohledy slušnosti (velmi vágní pojem – nejde ovšem o dobré mravy).

Rozvodovost, jako negativní sociologický jev, je v České republice relativně vysoká (45,6 %; viz graf). Naproti tomu ukazatel rozvodovosti je v Polsku o polovinu nižší. Domníváme se ovšem, že tento jev nezahrnuje faktické rozvody v podobě rozluk. Lze tedy konstatovat, že zavedením institutu rozluky do českého právního řádu by postrádalo smyslu s ohledem na fakt, že prioritním důvodem společenské akceptace rozluky tkví v náboženském založení polské veřejnosti a problémů s tím spojených.

Graf 1: Úhrnná rozvodovost ve vybraných evropských zemích [%]



Zdroj: Eurostat (2002).

[9] Dle kurzovního lístku ČNB (28.11.2009) jde o cca 629 Kč, resp. 3774 Kč.

Literature:

- MAKARIUS, M. K aktuálním otázkám společného jmění maželů. Aplikované právo, 2005, č. 1., s. 3-48.
- VESELÁ, R. Vznik Československé republiky a novelizace rodinného práva. In Sborník z mezinárodní konference Dny práva 2008. Brno : MU, 2008.
- ROUČEK, F.; SEDLÁČEK, J. et al. Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému. Praha : Linhart, 1935. (reprint Aspi).
- ELIÁŠ, K.; ZUKLÍNOVÁ, M. Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha : Linde, 2001. s. 165.
- KASPRZYK, P. Instytucja separacji małżeńskiej w świetle ustawy z dnia 21 maja 1999 roku. Sandomierz : Wydawnictwo Diecezjalne, 1999. 141 s.

Contact – email

pavel.petr@vsb.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ROZVOD

ROMANA SMYČKOVÁ – ALEXANDRA KOTRECOVÁ

Vysoká škola v Sládkovičove, Fakulta práva Janka Jesenského, Katedra Občianskeho práva, Sládkovičovo, Slovensko

Abstract in original language
Zákon č. 36/2005 Z. z. o Rodine v znení neskorších predpisov priniesol do nášho právneho poriadku v problematike rodinného práva výrazné zmeny. Potrebu novej právnej úpravy si vyžiadal spoločenský vývoj. Boli zavedené nové inštitúty, precizovala sa podstata legálnych ustanovení. V porovnaní s právnou úpravou platnou v Českej republike však v oblasti manželských vzťahov, ako časti vzťahov rodinnoprávnych, zostal rozvod, ako jeden zo spôsobov zániku manželstva, založený na sporovom základe. Súd je z toho dôvodu v konaní o rozvod manželstva vždy povinný skúmať dôvody rozvratu manželstva medzi manželmi, ako aj to či nie je možné obnoviť ich vzájomné spolužitie a, či manželstvo nie je schopné naďalej plniť svoj účel. Dôraz sporového konania je zrejmý aj z označenia účastníkov konania v konaní o rozvode: žalobca (navrhovateľ) a žalovaný (odporca). Nie je jednoduché odpovedať na otázku dôvodu absencie nerozporovaného rozvodu v našej právnej úprave, jednou z príčin by mohol byť až prílišný konzervatizmus našej spoločnosti. Výhody ta|kejto formy rozvodu, t. j. rozvodu dohodou možno vnímať vo viacerých rovinách. Manželia, ktorí majú záujem zrušiť manželstvo rozvodom tak nemusia absolvovať súdne konanie a v rámci neho objasňovať a približovať skutočnosti, ktoré môžu byť veľmi súkromnej a intímnej povahy. V nerozporovanom rozvode nie je potrebné, aby boli manželia vystavení stresu súdneho konania. Príspevok približuje základné hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty nerozporového rozvodu. Snaží sa ponúknuť úvahy o výhodách a nevýhodách tohto inštitútu. V neposlednom rade ponúknuť návrhy de lege ferenda a presvedčiť, že rozvod dohodou je za daného spoločenského stavu nevyhnutnosťou aj v Slovenskej republike.

Key words in original language
Nerozporovaný rozvod; Rodinné právo; Rozvod; Manželské právo; Civilný proces.

Abstract
Family Act Nr. 36/2005 brought a strong change into the law order, especialy into the family law. The reason for this new law was the forthcomming social development. New institute has been established, the essence of legal provision has been precised. In comparison with the law, valid in the Czech republic, in the field of marital relations as a part of family law relations, divorce as a way of ending a marriage, remained in our country established on a dispute base. From this reason the court is always obliged to examine the causes of getting divorced of the spouses, as well as the fact, that there is a way how to renew their cohabitation and that there is

no other way in which the marriage can fulfill its purpose. The stress of the dispute is obvious also from its marking of the participants of the divorce: pelaintiff and defendant. It is not simple to give an answer to the question about the reason of absence of the divorce by consent in our law, one of the causes could be the conservativism in our society. Advantages of such a kind of divorce, that is the divorce by agreement, can be in various fields. Spouses, who have the interest in getting their marriage canceled, do not have to take part at a trial and to make clear the facts of intimate and personal nature. During the divorce by consent there is no need for the spouses to be in stress of a trial. This contribution tries to bring closer the basic substantive and procedural aspects of divorce by consent. It tries to offer some considerations about the advantages and disadvantages of this institute. Last but not least, it tries to offer some proposals de lege ferenda and to persuade, that the divorce by agreement is at the present state of the society essential also in the Slovak republic.

Key words
Divorce by consent; Family law; Divorce; Matrimonial law; Civil proceeding.

1. VŠEOBECNÉ VÝCHODISKÁ.

Manželstvo ako zväzok muža a ženy je v zásade životným spoločenstvom osôb rôzneho pohlavia a možno ho identifikovať aj ako jediný právom dovolený zväzok, teda právny pomer, ktorý vzniká a zaniká zákonom stanoveným spôsobom. Aj z účelu tohto zväzku a tiež zákonom vyjadreného predpokladu ide o trvalú formu spolužitia s účelom vytvorenia harmonického prostredia pre rozvíjanie vzájomných vzťahov partnerov a riadnu výchovu detí. Tak ako vyplýva aj zo základných zásad Zákona o rodine, štát vstupuje do týchto vzťahov predovšetkým za účelom nie len definovania predpokladov a podmienok vzniku platného manželstva, ale tiež snahou o naplnenie vyššie uvedeného charakteru a účelu tejto formy spolužitia garantovaním jeho ochrany.[1] Napriek skutočnosti, že sa so vznikom manželstva predpokladá vytvorenie zväzku trvalého, tak z hľadiska historického je postupne prekonaná dogma nezrušiteľnosti manželstva a najmä v 18. str. n. l. dochádza k posilneniu tendencií akceptujúcich zrušiteľnosť manželstva. Cieľom príspevku je stručne poukázať na vývoj legislatívne definovaných podmienok a spôsobu zrušenia manželstva po roku 1949 so zdôraznením hmotnoprávnych podmienok a tiež s poukazom na procesnoprávne aspekty vývoja právnej úpravy najmä vo vzťahu de lege lata a vrátane pripravovanej rekodifikácie v Slovenskej republike. Komparáciou nášho rozvodového práva s rozvodovým právom v Českej republike a Poľsku sa taktiež pokúsime poukázať na jednotlivé odlišnosti,

[1] Zák. č. 36/ 2005 Z. z. Zákon o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení

existenciu osobitých inštitútov a naznačiť tiež pozitíva, ktoré by mohli byť inšpiráciou aj pre slovenskú legislatívu.

2. HISTORICKOPRÁVNE ASPEKTY ROZVODU MANŽELSTVA

Rozvod manželstva možno definovať ako „ jediný právom uznaný spôsob zániku platného manželstva počas života manželov“.[2] Podľa diferenciácie kritérií vo vzťahu k právomoci rozhodovacieho subjektu a jej rozsahu, dôvodov rozvodu a ich právnej sily ako aj postavenia subjektov možno identifikovať rôzne modely rozvodu manželstva.[3]

Z hľadiska vývoja právnej úpravy rozvodu možno konštatovať, že najmä po roku 1949 dochádza vo všeobecnej rovine k jej sústavnému „ zjednodušovaniu “. S účinnosťou Zákona o práve rodinnom (zák. č. 265/1949 Zb. ďalej len ZPR) už právna úprava nepozná rozlišovanie rozvodu od stola a lože (teda separáciu manželstva, ako možnosť manželov žiť oddelene, bez následku zániku manželstva a s vylúčením možnosti uzavrieť nové manželstvo) a rozluky manželstva, pričom len rozluka manželstva spôsobovala právny následok zániku manželstva. S ohľadom na skutočnosť, že je veľmi ťažké postihnutie rozmanitosti a rôznorodosti životných vzťahov a z nich vyplývajúcich pomerov, upúšťa vyššie uvedená právna úprava od vypočítania dôvodov rozvodu manželstva. Ako všeobecne vyjadrený dôvod sa do právnej úpravy dostáva „hlboký a trvalý rozvrat“ ako objektívny stav, v dôsledku ktorého manželstvo neplní svoje funkcie. Ako zásadná sa ale v tejto fáze vývoja javí skutočnosť zavinenia. Vina na rozvrate manželstva je vnímaná v kontexte porušenia povinností manželov, nie je možné o nej hovoriť ak súčasne sú dané iné objektívne dôvody, ktoré viedli k vzniku rozvratu vzťahov medzi manželmi (napr. duševná porucha, neplodnosť). Existencia viny na rozvrate mala niekoľko právnych následkov tak z hľadiska hmotnoprávneho, ako aj procesnoprávneho.[4] Významným prvkom pri posudzovaní predpokladov rozvodu vo vývoji právnej úpravy má tiež okolnosť, že manželia po určitú (dlhšiu) dobu spolu nežijú. Práve táto okolnosť umožňovala rozvod manželstva aj v prípade, že vina na

---

[2] Pavelková, B: Manželské právo. UK v Bratislave. Právnická fakulta. Vydavateľské oddelenie. 2004. str. 217

[3] k tomu bližšie pozri tamtiež, str. 218 až 222

[4] Súd nepovolí rozvod, ak ho výlučne zavinil manžel, ktorý ho navrhuje a nevinný manžel so zánikom manželstva nesúhlasí (§ 30 ods. 3 ZPR). O rozvod nemôže požiadať manžel, ktorý rozvrat výlučne zavinil, iba ak druhý manžel s rozvodom prejaví súhlas (§ 30 ods. 4 ZPR). Vina na rozvode sa premietala aj do úpravy vyživovacej povinnosti po rozvode. Vo výroku rozsudku o rozvode manželstva súd mohol vysloviť vinu niektorého manžela, resp. obidvoch, resp. ani jedného, ak k rozvratu došlo z objektívnych dôvodov. Súd mohol upustiť od vyslovenia viny v rozsudku, ktorým sa manželstvo rozvádzalo aj v prípade, ak o to požiadali obaja manželia (§ 31 ods. 2 ZPR).

rozvrate bola len na strane jedného z manželov, pričom sa prelomila ochrana manžela, ktorý rozvrat nezavinil práve za predpokladu že manželia spolu dlhodobo nežili (§ 30 ods. 4 s účinnosťou od roku 1956 ZPR upúšťa od súhlasu nevinného manžela).

V tejto fáze právnej úpravy rozvodu manželstva má rozhodujúci význam rovnako otázka ochrany záujmov maloletých detí. Manželstvo súd nerozviedol, ak by to bolo v rozpore s ich záujmami (§ 30 ods. 2 ZPR). Z hľadiska rozhodovacieho procesu o rozvode bola podmienená možnosť vydať rozsudok o rozvode manželstva s maloletými deťmi na úpravu práv a povinností rodičov na čas po rozvode. Súd rozhodujúci o rozvode musel dať podnet (teda na tento postup neboli legitimovaní manželia) na opatrovateľský súd, pričom skončenie rozvodového konania bolo podmienené rozhodnutím o úprave voči maloletým deťom na čas po rozvode.[5]

V kontexte vývoja spoločensko – politických pomerov sa premieta do právnej úpravy rozvodu manželstva v Zákone o rodine z roku 1963 záujem spoločnosti na vnímaní manželstva ako trvalého a harmonického spoločenstva muža a ženy (upevňovanie manželstva v súčinnosti so štátnymi orgánmi, ostanými občanmi, prevencia, odsúdenie ľahkovážneho pomeru k manželstvu - § 23 ZR). Paradoxne ale právna úprava opäť v komparácii s predchádzajúcou úpravou zjednodušuje hmotnoprávne podmienky rozvodu.

Upúšťa sa teda od subjektívneho princípu viny na rozvode a uplatňuje sa výlučne objektívne hľadisko vo vzťahu k rozvratu vzťahov medzi manželmi s následkom neplnenia spoločenského účelu manželstva. Povinnosťou súdu je zisťovať a teda aj vyhodnotiť príčiny rozvratu, nie vinu na rozvrate. Tu treba konštatovať, že zisťovanie príčin vedúcich k rozpadu spolužitia manželov pri upustení od posudzovania viny na rozvode má význam už nie priamo pre vyslovenie rozvodu manželstva vo výroku rozsudku, ale len pre kvalitatívnu stránku jeho odôvodnenia. Rovnako k liberalizácii právnej úpravy dochádza pri úprave vzťahov k maloletým deťom v konaní obligatórne spojenom s konaním o rozvod.[6] Úprava pomerov rodičov k maloletým deťom môže byť nahradená dohodou, ktorá podlieha schváleniu súdu (to neplatí pre dohodu o styku rodičov s dieťaťom) a tiež podlieha možnej zmene zo strany súdu v prípade zmeny pomerov.

[5] § 32 ZPR

[6] § 24 ZR – „...súd prihliadne najmä na záujmy maloletých detí.“, § 30 ods. 2 ZPR ...manželstvo nemožno rozviesť, ak by to bolo v rozpore so záujmami maloletých detí..“

3. ROZVOD V SLOVENSKEJ REPUBLIKE PODĽA STAVU DE LEGE LATA

Pri analýze podmienok právnej úpravy rozvodu manželstva dochádza k ich ďalšej úprave na území Slovenskej republiky prijatím nového Zákona o rodine.[7] Právna úprava pozná jediný hmotnoprávny dôvod rozvodu manželstva a tým je vážne a trvalé rozvrátenie vzťahov medzi manželmi.[8] Aj podľa platného právneho stavu predstavuje rozvod manželstva nežiaduci spoločenský a právny jav. Preto zákon zdôrazňuje postoj spoločnosti k významu a účelu manželstva a zachováva akési všeobecné výkladové pravidlo v § 22 ZR, ktorý zdôrazňuje ústavnoprávnu ochranu manželstva s možnosťou pristúpiť k jeho rozvodu len v odôvodnených prípadoch.[9] Na strane druhej ale zákon posudzuje existenciu týchto predpokladov vo vzťahu k nemožnosti očakávať obnovenie spolužitia manželov. Treba tak zdôrazniť, že ak sú splnené a preukázané dôvody vážneho a trvalého rozvratu vzťahov medzi bez možnosti obnovenia ich spolužitia, je nutné akceptovať aj napriek spoločenským záujmom na zachovaní manželstva rozvod ako legitímnu formu ukončenia manželského vzťahu.[10] Slovenská právna úprava aj napriek tomu, že súd neskúma vinu na rozvrate, pri posudzovaní jeho miery ukladá súdu povinnosť prihliadať na porušenie povinností manželov vyplývajúcich im zo zákona. Súčasná právna úprava zachováva (aj keď v modifikovanom vyjadrení) povinnosť súdu zisťovať príčiny rozvratu a rovnako povinnosť upraviť právne pomery voči maloletým deťom na čas po rozvode.

Kľúčovým pre rozvod manželstva je teda kvalifikovaný rozvrat.[11] V zmysle stavu de lege lata na našom území (a tak je tomu aj v ČR) patrí rozvod manželstva do právomoci civilných súdov.[12] Zo súčasnej hmotnoprávnej úpravy, ktorej fundamentálnym východiskom je rozvrat vzťahov medzi manželmi bez možnosti obnovenia spolužitia, identifikuje rozvod manželstva ako vec statusovú a sporového charakteru. Neexistuje teda osobitná právna úprava konania o rozvod manželstva v procesnom kódexe a na konanie o rozvod sa aplikujú ustanovenia právnej úpravy sporového konania. V tejto súvislosti je ale na mieste poukázať na niekoľko odlišností z nej vyplývajúcich.

---

[7] Zák. č. 36/ 2005 Z. z. o rodine a zmene a doplnení niektorých zákonov v platnom znení

[8] Česká právna úprava (§ 24 ods. 1 ZR) vychádza z rozvratu manželstva, nie vzťahov medzi manželmi

[9] Pozri aj rozhodnutie NS SR Pls. IV/1966

[10] K tomu pozri napr. Hrušáková, M. a kolektív: Zákon o rodině. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005.str 67

[12] Zák. č. 99/ 1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v platnom znení, § 7 ods. 1

V konaní o rozvod manželstva je daná výlučná miestna príslušnosť, teda kritéria pre jej založenie vyplývajú ex lege (§ 88 ods. 1 písm. a)). Aj keď právna úprava upúšťa od obligatórnosti zmierovacieho konania ostáva zachovaná povinnosť súdu v konaní o rozvod viesť manželov k odstráneniu rozvratu a snahu o ich zmierenie. V snahe o zachovanie manželstva zdôrazňuje zákon obligatórne povinnosť súdu prerušiť konanie o rozvod, ak to účastníci zhodne navrhnú, alebo sa bez ospravedlnenia nedostavia na pojednávanie. Ak je to ale dôvodné na základe závažných dôvodov, môže súd pokračovať v konaní na návrh jedného z manželov aj pred uplynutím doby troch mesiacov, ktorá je inak podmienkou pre ďalšie pokračovanie konania.[13] Rovnako ak dôjde k späťvzatiu návrhu na rozvod manželstva, súd neberie do úvahy nesúhlas odporcu a tento úkon vždy pripustí a konanie zastaví. Z hľadiska verejného záujmu je tiež dôvodné, keďže z právnej úpravy to výslovne nevyplýva a pre realizáciu dokazovania, najmä s ohľadom na výsluch manželov ako účastníkov konania, by malo byť vylúčené použitie ustanovenia § 115a, ktoré umožňuje prejedanie veci bez nariadenia pojednávania. Ochrana súkromných záujmov (resp. intímnych otázok) rozvádzajúcich sa manželov môže byť následne modifikovaná prejednaním veci s vylúčením verejnosti.

Zásadnou z hľadiska priebehu konania je otázka dôkaznej povinnosti a dôkazného bremena v rozvodom konaní ako konaní sporovom. Povinnosť označiť dôkazy na preukázanie svojich tvrdení je primárnou procesnou povinnosťou účastníkov konania. Vývoj právnej úpravy týchto procesných povinností a teda zodpovednosť za výsledok konania a následne formou unesenia dôkazného bremena prenáša na účastníkov konania. Súd môže výnimočne vykonať aj iné dôkazy, ak je ich vykonanie nevyhnutné pre rozhodnutie vo veci. Pokiaľ teda právna úprava Zákona o rodine súdu ukladá zisťovať príčiny, ktoré viedli k vážnemu rozvratu vzťahov medzi manželmi, môže vzniknúť problém zjednodušeného postupu súdu (... súd výnimočne môže vykonať...), kedy bude vychádzať pri hodnotení rozhodujúcich skutočností len na základe dôkazov navrhnutých účastníkmi konania. Tento postup, aj keď dnes plne zodpovedajúci preneseniu zodpovednosti za výsledok konania na účastníkov konania v sporovom konaní neobstojí v nadväznosti na snahu zákonodarcu rozhodnúť o rozvode manželstva len v odôvodnených prípadoch. Rovnako možnosť vyplývajúca zo zákona § 120 ods. 3 súd si môže osvojiť, tam kde to zákon nevylučuje a rozvodové konanie medzi uvedenými negatívnymi výnimkami nie je, zhodné tvrdenia účastníkov ak ich považuje za nesporné. Význam uvedeného je podstatný pre vydanie rozsudku, pričom súd rozhodne na základe skutkového stavu z vykonaného dokazovania, ako aj na základe skutočností, ktoré neboli medzi účastníkmi sporné.[14] Z procesného hľadiska v nadväznosti na predmet sporu je tiež opodstatnené, že zákon vylučuje

[13] §§110, 111 ods. 3 OSP

[14] § 153 ods. 1 OSP

možnosť rozsudku o rozvode manželstva napadnúť mimoriadnymi opravnými prostriedkami. Aj napriek uvedenému vychádzajúc z významu nie len z hmotnoprávnej úpravy rozvodu ale tiež funkcií a predpokladov, ktoré sa viažu na súdne rozhodnutie ako autoritatívny prejav vôle súdu, je paradoxná situácia, ktorá umožňuje, aby odôvodnenie rozsudku, ak sa účastníci vzdali práva na podanie odvolania, bude mať skrátenú podobu.[15]

S konaním o rozvod manželstva je obligatórne spojené konanie o úprave práv a povinností k maloletým deťom na čas po rozvode. V minulosti označovanú rodičovskú zodpovednosť označuje súčasne platný Zákon o Rodine pojmom rodičovské práva a povinnosti.[16] V súlade s § 24 Zákona o Rodine, súd v rozhodnutí, ktorým sa manželstvo rozvádza musí upraviť aj výkon rodičovských práv a povinností k maloletému dieťaťu na čas po rozvode. Súd teda musí určiť komu zverí maloleté dieťa do osobnej starostlivosti, kto bude maloleté dieťa zastupovať a kto bude spravovať jeho majetok. Nakoľko v podmienkach Slovenskej republiky nie je možné rozhodnúť o spoločnej príp. striedavej starostlivosti rodičov, súd musí zveriť maloleté dieťa vždy len jednému z rodičov. Pri rozhodovaní o zverení maloletého dieťaťa musí primárne prihliadať na jeho záujmy a zohľadniť aj ďalšie zákonom predpokladané skutočnosti (napr. stabilitu výchovného prostredia). Vo vzťahu k druhému rodičovi, ktorému maloleté dieťa do osobnej starostlivosti zverené nebolo, musí určiť rozsah jeho vyživovacej povinnosti.

Pri určení výšky vyživovacej povinnosti, ako aj úpravy styku druhého rodiča, ktorému maloleté dieťa nebolo zverené, uprednostňuje súd v slovenskej právnej úprave dohodu rodičov. Rodičia sa o úprave styku môžu dohodnúť akokoľvek, môžu sa dohodnúť aj na tzv. neobmedzenom styku[17] druhého rodiča s dieťaťom, prípadne určiť rozsah styku síce konkrétne, avšak veľmi široko. V poslednom období sa tiež v praxi začínajú vyskytovať dohody o úprave styku v rozsahu simulujúcom tzv. striedavú výchovu. Striedavú výchovu náš právny poriadok nepozná. Rodičia by sa však podľa nášho názoru mohli dohodnúť tak, že dieťa bude zverené len jednému rodičovi, ale v rámci výkonu styku druhého rodiča, si rodičia budú dieťa po týždni, príp. po dvoch týždňoch striedať. Súd má podľa nášho názoru povinnosť takúto dohodu schváliť, pokiaľ nie je v rozpore so záujmami maloletého dieťaťa. Rodičovskú dohodu si následne, po

[15] Súd uvedie iba predmet konania a ustanovenia zákona podľa ktorých rozhodol (§ 157 ods. 3 OSP).

[16] Podľa § 28 ods. 1 ZoR, súčasťou rodičovských práv a povinností sú najmä: a) sústavná a dôsledná starostlivosť o výchovu, zdravie, výživu a všestranný rozvoj maloletého dieťaťa, b) zastupovanie maloletého dieťaťa, c) správa majetku maloletého dieťaťa.

[17] Negatívom takejto úpravy styku je nevykonateľnosť výroku. V prípade vzniku konfliktu medzi rodičmi bude preto zrejme potrebné opätovne upraviť styk rodiča s maloletým.

prihliadnutí na záujem maloletého dieťaťa osvojí súd tak, že sa stane súčasťou rozvodového rozsudku.

Dohoda rodičov sa môže dotýkať úpravy výkonu rodičovských práv a povinností ako celku.

V procesných súvislostiach chceme ešte poznamenať, o úprave rodičovských práv a povinností k maloletému na čas po rozvode rozhoduje súd v konaní o rozvode. Pred jedným súdom prebiehajú dve relatívne samostatné konania, na jednej strane sporové konania zo zvýraznenými osobitosťami na ktoré sme poukázali na jednej strane, a konanie vo svojej podstate nesporové, ktorého primárnym záujmom je sledovanie potrieb maloletého dieťaťa.

4. OSOBITOSTI ROZVODU V ČESKOM A POĽSKOM PRÁVE.

Česká republika a Poľsko rovnako ako Slovenská republika vychádzajú zo základu kontinentálnej právnej kultúry. Komparácia právnych úprav rodinného práva, a pre naše potreby primárne práva rozvodového, je zaujímavá už len z toho dôvodu, že české, slovenské a poľské právo v určitom štádiu prechádzalo rovnakým historickým vývojom. O vzájomnej prepojenosti slovenského a českého právneho poriadku nemožno mať žiadne pochybnosti. Od roku 1950 v Československej republike platil zákon Národného zhromaždenia č. 265/1994 Sb., o rodinnom práve. Ten sa následne stal účinným prakticky v celom znení v Poľsku. Postupne sa rodinné právo v spomenutých krajinách začalo diferencovať, či už prostredníctvom osobitých inštitútov v nich aplikovaných, ako aj z dôvodu odlišujúceho sa základu hodnotového systému.

V každom jednotlivom prípade je potrebné vnímať rozvodové konanie v dvoch rovinách. V jednej rovine ide o vzájomný spor existujúci medzi manželmi, ktorého vyriešenie poskytuje odpoveď na otázku, či manželstvo rozhodnutím súdu zanikne alebo nie. V druhej rovine nemožno hovoriť ani o podstate konfliktu ako takého, ale ide o riešenie otázok rodičovských práv a povinností k maloletému dieťaťu na čas po rozvode. Tieto okruhy možno vnímať samostatne, avšak neoddeliteľne aj vo vzájomných súvislostiach. Je potrebné konštatovať, že často sa nedoriešený konflikt medzi manželmi, ktorý vyústil do rozvodového konania, prenáša do budúcej úpravy rodičovských práv a povinností k maloletému dieťaťu na čas po rozvode.

V Českej republike, na rozdiel od Slovenskej republiky, kde bol v roku 2005 prijatý úplne nový zákon o Rodine[18], zostal naďalej platný a účinný zákon č. 94/1963 Sb. o Rodine (ďalej len ČZoR). Predmetná právna norma prešla výraznou novelizáciou vykonanou zákonom č. 91/1998

[18] Zákon č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Sb. Tzv. veľká novela ČZoR sa výrazným spôsobom dotkla aj právnej úpravy rozvodového konania.[19]

V Poľsku otázky rozvodu a rodičovskej zodpovednosti upravuje Zákonník o rodine a poručníctve (ďalej len PZRP).[20]

Obe právne úpravy, aj česká aj poľská vychádzajú pri skúmaní predpokladov pre rozvod manželstva, z vážneho rozvratu vzťahov medzi manželmi, pričom ide o rozvrat hlbokého[21] a trvalého charakteru.

Rozhodujúcim záujmom na ktorý sa prihliada v rozvodovom konaní je záujem maloletých detí. Kým v slovenskej právnej úprave vzniká súdu povinnosť „len" prihliadnuť v rozvodovom konaní na záujmy maloletých detí, v poľskej aj v českej právnej úprave je ochrana maloletého dieťaťa zintenzívnená tým, že manželstvo nebude možné rozviesť, ak by to bolo v rozpore so záujmami maloletého dieťaťa.[22] V oboch prípadoch ide o tzv. tvrdostnú klauzulu.

V poľskej aj v českej právnej úprave nachádzame tvrdostnú klauzulu ešte na inom mieste. Súdu je poskytnutá možnosť nevyhovieť návrhu na rozvod manželstva v prípade, ak s rozvodom manželstva nesúhlasí ten z manželov, ktorý sa nepodieľal na jeho rozvrate porušením svojich manželských povinností. V Českej republike pribúda k nesúhlasu manžela ešte ďalší predpoklad, a to že rozvodom manželstva by bola manželovi, ktorý s rozvodom nesúhlasí spôsobená závažná ujma a mimoriadne okolnosti konkrétneho prípadu svedčia v prospech zachovania manželstva. Cieľom takejto právnej úpravy je ochrana druhého manžela pred následkami, ktoré by mohli byť vyvolané zánikom manželstva. Takéto zabezpečenie je na mieste najmä v manželstvách starších osôb, manželstvách osôb, kde jedna trpí zdravotnou poruchou, ale aj pri dlhoročných manželstvách.

V podmienkach slovenského právneho poriadku sa takáto tvrdostná klauzula nevyskytuje. V odbornej literatúre sa stretneme s názorom, že zachovanie tvrdostnej klauzule v právnych úpravách jednotlivých štátov je spiatočníckym krokom, zvyšuje napätie v rodine a podporuje zachovávanie tzv. mŕtvych manželstiev.[23]

---

[19] Inštitút tzv. dohodnutého alebo nesporného rozvodu, spoločná výchova aj možnosť tzv. výchovy striedavej

[20] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekunczy

[21] V poľskej právnej úprave z rozvratu úplného čl. 56 § 1 ZRP

[22] § 24 ods. 2 Zákona č. 94/1963 Sb., čl. 56 § 1 in fine ZRP

[23] Napr., s. 92

S týmto názorom sa nestotožňujeme a domnievame sa, že zachovanie tvrdostnej klauzule, s dôrazom na ochranu a zachovanie manželstva, v odôvodnených prípadoch je minimálne morálne a spoločensky žiaduce. To samozrejme nevylučuje možnosť zmierňovania tvrdostnej klauzule napr. tým, že pokiaľ sú skutočne v konkrétnom prípade vzťahy medzi manželmi tak trvale a hlboko rozvrátené a narušené, že manželstvo nemôže plniť svoj spoločenský účel, musí ustúpiť aj nesúhlas druhého manžela, prípadne aj existencia možného vzniku ujmy.[24]

Z procesnoprávneho hľadiska vo všetkých komparovaných štátoch dochádza k zániku manželstva právoplatným meritórnym rozhodnutím súdu, ktorým ten vysloví, že manželstvo sa rozvádza. V samotnom rozvodovom konaní je súd povinný skúmať príčiny rozvratu manželstva a ustáliť konkrétny okruh príčin, prípadne určiť tú dominantnú, ktorá spôsobila, že nie je možné ďalej manželstvo zachovať. Odrazovým mostíkom pre nachádzanie príčin rozvratu by mali byť vzájomné povinnosti medzi manželmi, pričom porušenie konkrétnej povinnosti zvýšenej intenzity môže viesť k práve spomínaným následkom. Ustálenie príčin rozvratu môže mať následný vplyv na ďalší okruh vzťahov, ktoré bezprostredne súvisia so zánikom manželstva.[25]

V tomto smere je osobitne zaujímavá poľská právna úprava, ktorá vyžaduje, aby súd popri skúmaní, či sú alebo nie sú v konkrétnom prípade naplnené hmotnoprávne predpoklady pre rozvod manželstva, kladie dôraz aj na povinnosť súdu zistiť, kto zavinil rozvrat manželstva a následne toto pretaviť do rozsudku, ktorým bude manželstvo rozvedené. Tu teda môžeme vnímať isté historickoprávne paralely, pričom v poľskej právnej úprave na rozdiel od tej slovenskej sa zachovalo skúmanie subjektívneho hľadiska viny v rozvodovom procese. Manželia sa môžu dohodnúť, aby súd upustil od vyslovenia zavinenia rozvratu, pričom sa následne vychádza z fikcie, že rozvrat manželstva nezavinil ani jeden z nich.[26]

V podmienkach Slovenskej republiky často krát samotný rozvod manželstva spôsobuje len vyvolanie ďalších sporov predovšetkým majetkovoprávneho charakteru. Aplikujúc existenciu skúmania subjektívneho hľadiska viny v podmienkach Slovenskej republiky, súd by napr. v konaní o vrátení daru vychádzal zo zavinenia manžela na rozvrate manželstva spôsobeného napr. porušením vernosti, pričom by už následne skúmal len to, či samotné zavinenie manžela je takej intenzity, že hrubo porušuje dobré mravy tak,

[24] Napr. v Českej republike podľa § 24b ods. 2, ak manželia spolu nežijú po dobu dlhšiu ako tri roky, súd manželstvo rozvedie, pokiaľ sú splnené hmotnoprávne predpoklady pre rozvod manželstva podľa § 24.

[25] Napr. majetkovoprávne vyporiadanie manželov, zrušenie spoločného nájmu manželov a pod.

[26] Čl. 57 § 2 ZRP

ako to vyžaduje ustanovenie § 630 Zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len OZ).

Tak ako sme naznačili už v úvodných úvahách, druhou rovinou v ktorej je potrebné porovnať právnu úpravu vo vybraných štátoch, je nevyhnutnosť riešiť po rozvode otázky ohľadom rodičovských práv a povinností k maloletému dieťaťu na čas po rozvode.

Obdobne ako na Slovensku aj v poľskej právnej úprave platí, že v rozhodnutí, ktorým súd manželstvo manželov rozvádza rozhodne aj o rodičovských právach a povinnostiach k maloletým deťom, ako aj o vyživovacej povinnosti rodičov. Samotný poľský zákon o rodine a poručníctve nepoužíva pojem rodičovské práva a povinnosti, ale hovorí o tzv. rodičovskej moci.[27] Súčasťou rodičovskej moci je výchova maloletého dieťaťa. Pod výchovou maloletého dieťaťa rozumieme primárne osobnú starostlivosť o maloletého.

Súd môže rozhodnúť o zverení rodičovskej moci len jednému rodičovi a vo vzťahu k druhému rodičovi rozsah rodičovskej moci obmedzí. Zároveň rozhodne o styku (rozsahu styku) rodiča, ktorého rodičovská moc bola obmedzená.[28] Maloleté dieťa bude následne v zmysle poľskej právnej úpravy odvodzovať svoje miesto pobytu od miesta pobytu rodiča, ktorý nad ním vykonáva rodičovskú moc, a ktorý týmto spôsobom bude nad ním vykonávať aj osobnú starostlivosť. Od júla 2009 pripúšťa PZRP dohodu rodičov o výkone rodičovskej moci nad maloletým, ktorú súd schváli v prípade, že je v záujme maloletého dieťaťa.[29]

Poľský zákonník o rodine a poručníctve pripúšťa v čl. 58 § 1 výkon rodičovskej moci aj oboma rodičmi,[30] v prípade, že sa dohodnú na spoločnom výkone rodičovskej moci a je to v záujme maloletého dieťaťa.[31] Tak ako vyplýva z vyššie uvedeného, rozhodujúcim kritériom pri rozhodovaní o výkone rodičovskej moci je záujem maloletého dieťaťa.

Obdobnú právnu úpravu, čo do výkonu výchovy (ako súčasti rodičovskej zodpovednosti) maloletého oboma rodičmi pripustil aj český zákonodarca v § 26 ČZoR. Spoločná výchova, alebo striedavá výchova je možná vtedy, ak majú o to obaja rodičia záujem a zároveň ak je to v záujme maloletého dieťaťa. Spoločná výchova znamená, že obaja rodičia sa o dieťa budú starať

---

[27] Čl. 58 § 1 ZRP

[28] ČL. 58 § 1 ZRP, prvá veta

[29] Čl. 58 § 1druhá veta

[30] Čl. 58 § 1a druhá veta

[31] Je potrebné poznamenať, že do júla 2009 poľský zákon o rodine a poručníctve dohodu rodičov ohľadom výkonu rodičovskej moci nepripúšťal.

súčasne v prostredí, kde bude dieťa žiť [32] (napr. v prípadoch, že rodičia naďalej zostávajú bývať v jednom byte alebo dome).[33] Rodičovská zodpovednosť zostáva zachovaná v zásade obidvom rodičom. Striedavá výchova potom znamená, že dieťa strieda dve prostredia v určitých presne určených časových intervaloch.

Spoločným elementom v slovenskej a poľskej právnej úprave je samotné rozhodovanie o rodičovských právach a povinnostiach podľa slovenskej právnej úpravy resp. o výkone rodičovskej moci podľa poľskej právnej úpravy, z procesného hľadiska, v jednom konaní, t.j. pred jedným súdom. V konaní o rozvod manželstva. Tu výrazne napreduje česká právna úprava.

Podľa § 25 ČZoR, manželství nelze rozvést, dokud nenabude právní moci rozhodnutí o úpravě poměru nezletilých dětí pro dobu po rozvodu, které vydá soud v řízení podle § 176 občanského soudního řádu. Z citovaného vyplýva, že o rodičovských právach a povinnostiach k maloletému dieťaťu vždy rozhoduje výlučne a len poručnícky súd určený podľa miesta bydliska maloletého dieťaťa. Klady tohto poňatia možno vidieť v mnohých smeroch. Pozitíva sú preto nielen právneho charakteru, ale aj charakteru psychologického. Domnievame sa tiež, že takáto koncepcia je schopná lepšie vnímať osobitosti konaní v ktorých sa rozhoduje o maloletom dieťati a z toho dôvodu aj dôslednejšie zohľadniť a chrániť jeho záujmy.

Nie je ničím výnimočným, že v rámci rozvodového konania, ktoré je svojou povahou jednoznačne konaním sporovým dochádza k riešeniu konfliktu medzi manželmi, ktorý sa následne prenáša aj do rozhodovania o úprave rodičovských práv a povinností k maloletému dieťaťu na čas po rozvode. Relevantným faktorom je aj tá skutočnosť, že sudca rozhodujúci v rámci všeobecnej civilnej agendy nedokáže niekedy vnímať špecifiká konania vo veciach maloletých tak citlivo, ako na to špecializovaný poručnícky senát. Takáto právna úprava tiež umožňuje zachovávať kontinuitu a prehľadnosť, pričom zabraňuje vzniku rozdielnych rozhodnutí týkajúcich sa jedného maloletého dieťaťa. Napokon zamedzuje problémom technického charakteru, kedy konanie o úprave práv k maloletému dieťaťu môže prebiehať na inom súde[34], ako rozvodové konania v ktorom sa rovnako rozhoduje o úprave práv a povinností k maloletému na čas po rozvode.[35]

---

[32] Obdobnú situáciu rieši aj PZRP v čl. 58 § 2

[33] Radvanová, S., Zuklínová, M. Kurs občanského práva, Instituty rodinného práva, Praha: C. H. Beck, 1999, s. 66

[34] § 88 ods. 1 písm. c) zákona č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len OSP).

[35] § 88 ods. 1 písm. a) OSP

V neposlednom rade spočíva výhoda tohto postupu aj v tom, že sa predchádza stavu, vzhľadom na samostatnosť výroku o rozvode manželstva a výroku o úprave práv a povinností, aby zostali, v prípade odvolania voči výroku o rozvode manželstva, ktorý spôsobuje nenadobudnutie právoplatnosti výroku o úprave práv a povinností k maloletému na čas po rozvode, rodičovské práva a povinnosti k maloletému po istý čas neupravené.

5. „POĽSKÁ“ ROZLUKA A „ČESKÝ“ NEROZPOROVANÝ ROZVOD.

Popri naznačených hmotnoprávnych a procesnoprávnych osobitostiam, nachádzame v českej a poľskej právnej úprave určité špecifické inštitúty, ktoré sú slovenskému právnemu poriadku neznáme. V poľskom rodinnom práve ide v súvislosti s rozvodom o inštitút rozluky (separacja).[36] České rodinné právo zase zakotvuje osobitý spôsob rozvodu, ktorým je rozvod dohodou alebo tiež tzv. nerozporovaný rozvod.[37]

Rozluka a rozvod manželstva od „stolu a lože“ ako osobitý spôsob zániku manželstva za jeho trvania bola súčasťou právnych poriadkov mnohých európskych štátov a to v dôsledku vplyvu rímskeho a neskôr kánonického práva. Právna podstata separatio thori, mensae ac habitationis spočívala v tom, že manželia síce mohli žiť oddelene, ale nemohli uzavrieť nové manželstvo.

Podľa čl. 61 § 1 PZRP, pokiaľ medzi manželmi nastal úplný rozvrat vzájomného spolužitia, ktorýkoľvek z manželov môže žiadať, aby súd rozhodol o rozluke manželstva. Súd v konaní o rozluke manželstva preto skúma, či je daný predpoklad úplného rozvratu vzťahov medzi manželmi, ktorý na rozdiel od rozvodu nie je rozvratom trvalým. Súd tiež môže rozhodnúť o rozluke manželov, pokiaľ o to požiadajú a nemajú spoločné maloleté deti.[38] V takom prípade súd nerozhodne o tom, kto spôsobil rozvrat manželstva, ktorý viedol až k jeho rozluke. Súd však rozluku nepripustí, pokiaľ by to bolo v rozpore so záujmom maloletých detí, a v rozpore so zásadami spoločenského spolužitia.[39]

V rozhodnutí, ktorým súd rozhodne o rozluke manželov rozhodne aj o rodičovskej moci a o vyživovacej povinnosti k maloletým deťom obdobne, ako je tomu v rozvodovom konaní.

---

[36] Čl. 61 PZRP

[37] § 24a ČZoR

[38] Čl. 61 § 3 PZRP

[39] Čl. 61 § 2 PZRP

Právoplatnosť výroku o rozluke manželstva vyvoláva rovnaké právne následky ako zánik manželstva. Rozhodujúcim je však, že manželia, ktorých manželstvo súd rozlúčil nemôžu uzavrieť nové manželstvo. Zároveň im zostáva zachovaná aj povinnosť vzájomnej pomoci.

Poľská právna úprava má bližšie k inštitútu „rozvodu od stola a lože". Domnievame sa, že existencia a zachovanie predmetného inštitútu v právnom poriadku tohto štátu je zrejmá z dôvodu katolíckej orientácie štátu. Rozluka manželstva na rozdiel od rozvodu manželstva je katolíckou cirkvou tolerovaná.

Nerozporovaný rozvod, alebo rozvod dohodou je osobitým druhom rozvodu, ktorý sa vyznačuje najmä špecifickými procesnoprávnymi pravidlami. Za splnenia hmotnoprávnych predpokladov stanovených zákonom tak súd nevykonáva dokazovanie ohľadom existencie resp. neexistencie kvalifikovaného rozvratu manželstva, ale vychádza zo zhodných tvrdení účastníkov (zo súhlasu manželov), že nechcú ďalej v manželstve zotrvávať. Ide najmä o prípady, kedy medzi manželmi už prišlo k tzv. psychologickému rozvodu, t.j. obidvaja sú s rozvodom vyrovnaní.[40]

Podľa § 24a ČZoR, jestliže manželství trvalo alespoň jeden rok, manželé spolu nejméně šest měsíců nežijí a k návrhu na rozvod se druhý manžel připojí, má se za to, že podmínky uvedené v § 24 odst. 1 jsou splněny. Soud nezjišťuje příčiny rozvratu a manželství rozvede, jsou – li předloženy a) písemné smlouvy s úředně ověřenými podpisy účastniků upravující po dobu po tomto rozvodu vypořádání vzájemných majetkových vztahů, práva a povinnosti společného bydlení a případnou vyživovací povinnost, a b) pravomocné rozhodnutí soudu o schválení dohody o úpravé poměrů nezletilých dětí po dobu po rozvodu.

Z uvedeného vyplýva, že súd v danom prípade nezisťuje dôvody rozvratu manželstva a ani manželia nemusia súd s touto skutočnosťou oboznamovať. Jeho význam spočíva aj v tom, že neponecháva riešenie významných majetkovoprávnych otázok na čas po rozvode, ale naopak núti rozvádzajúcich sa manželov dohodnúť tieto otázky už v čase predchádzajúcom podaniu návrhu na rozvod manželstva.[41]

Ide nepochybne o moderný inštitút, ktorý by mal byť nepochybne neoddeliteľnou súčasťou úpravy rozvodového práva v súčasných európskych štátotch.

---

[40] Hrušáková, M., Novák, T. Tzv. nesporný (smluvený) rozvod a mediace, Bulletin advokacie č. 5/1999, s. 29 a nasl.

[41] Radvanová, S., Zuklínová, M. Kurs občanského práva, Instituty rodinného práva, Praha: C. H. Beck, 1999, s. 63

6. ROZVOD MANŽELSTVA DE LEGE FERENDA.

V Slovenskej republike prebiehajú práce na príprave nového Občianskeho zákonníka. Rodinné právo má byť zaradené do Občianskeho zákonníka. Zaradenie rodinného práva do systému Občianskeho zákonníka má zo sebou priniesť aj relevantné zmeny, ktoré sa majú dotknúť aj rozvodového práva. Rozvod manželstva má byť upravený v dvoch podobách a to s dokazovaním rozvratu a bez dokazovania rozvratu.[42]

Pri prezumpcii rozvratu sa vychádza z nevyvrátiteľnej domnienky rozvratu manželstva, ktorý sa predpokladá a teda nie je ho potrebné dokazovať. V týchto prípadoch teda súd nebude zisťovať príčiny rozvratu, pričom zo zákona sú identifikované podmienky, za akých možno existenciu rozvratu predpokladať. Pre tento druh rozvodu je možné použiť aj označenie ako neodporovaný rozvod, nesporový rozvod, rozvod po vzájomnej dohode. Nejde ale o rozvod konsenzuálny, ktorý sa v teórii charakterizuje ako rozvod na základe spoločne vyjadrenej vôli manželov, pričom rozvrat vzťahov sa ani neprezumuje. Konsenzuálny rozvod je teda prejavom vôle obidvoch manželov zákonom dovoleným spôsobom zrušiť manželstvo.[43] Pre rozvod bez dokazovania rozvratu budúca právna úprava predpokladá splnenie podmienok – manželia aspoň po dobu jedného roka pred podaním návrhu spolu nežili, podali spoločný návrh na rozvod, alebo sa druhý manžel k návrhu pripojil, manželia ktorí majú spoločné maloleté deti predložia súdu dohodu o úpravu pomerov k deťom na čas po rozvode.

Posledné poznámky príspevku sa viažu k procesnoprávnym otázkam ktoré bude musieť reflektovať právna úprava v prípade zavedenia rozvodu bez dokazovania rozvratu. Keďže aj súčasná úprava predpokladá obligatórnu objektívnu kumuláciu konania o rozvod manželstva s maloletými deťmi s konaním o úprave pomerov voči týmto deťom na čas po rozvode, je potrebné vymedziť moment, dokedy je potrebné predložiť dohodu rodičov (nie rozhodnutie súdu) o úprave pomerov k maloletým deťom na čas po rozvode. Česká právna úprava tento predpoklad formuluje tak, že podmienkou možného rozvodu manželstva s prezumpciou rozvratu je o. i. právoplatné rozhodnutie súdu o schválení takejto dohody. Znamená to teda, že si manželia najskôr dajú takúto dohodu schváliť a následne podajú návrh na rozvod, alebo je tento postup možný kedykoľvek počas konania o rozvod ? Pre efektívny priebeh konania, ktorý nepriamo vyplýva už aj zo skráteného procesného postupu bez dokazovania rozvratu tu bolo účelné podmieniť existenciu takejto právoplatne schválenej dohody ako obligatórnu súčasť návrhu na rozvod manželstva bez dokazovania rozvratu (neodporovaný rozvod). V konaní starostlivosti súdu o maloletých to na

[42] Lazar, J. Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti SR, s. 60.

[43] Pozri aj Radvanová, S.,Zuklínová, M.,: Kurs občanského práva - Instituty rodinného práva. Praha. C. H. Beck:1999, str. 63

strane druhej predpokladá povinnosť súdu takúto dohodu schváliť (ak nie je v rozpore so záujmami maloletého), bez toho, aby sa tento súd zaoberal otázkou dôvodnosti rozvodu manželstva. Ďalší právny problém nastane následne, ak súd manželstvo nerozvedie. V takomto prípade by sa ponúkal možný postup v dôsledku zásadnej zmeny pomerov, ktorý by umožnil súdu, ktorý dohodu schválil, zrušiť rozhodnutie o jej schválení s účinkami spätnými.

Inou verziou by bola možnosť kedykoľvek počas konania o rozvode bez dokazovania rozvratu si dať schváliť takúto dohodu, ktorá keďže je podmienkou pre možné vyslovenie rozvodu manželstva z procesného hľadiska predpokladá prerušenie konania o rozvod podľa § 109 ods. 2 písm. c) OSP. Aj keď určitá úvaha zvádza k tomu, že práve obligatórne prerušenie konania by o. i. mohlo mať za následok aj vytvorenie časového priestoru pre možné obnovenie spolužitia manželov, čo ale v prípade súhlasného postoja manželov v snahe o dosiahnutie rozvodu manželstva je asi málo pravdepodobné.

7. ZÁVEROM

Rozvod manželstva aj v zmysle vyššie uvedených východísk moderná spoločnosť dnes už akceptuje nie len ako riešenie vzájomného odcudzenia sa manželov v dôsledku rozvratu ich vzťahov. Súčasne si tieto okolnosti nevyhnutne vyžadujú následnú reflexiu právnej úpravy v takej podobe, aby zohľadnila osobitosti tak hmotnoprávnych podmienok, za ktorých môže manželstvo súd rozviesť a tiež efektívneho procesného postupu v konaní pred súdom s čo najviac možným precizovaním týchto podmienok.

Literature:

- Horváth, E., Varga, E. Zákon o Rodine. Komentár. Bratislava: Iura edition, 2009
- Hrušáková, M., Novák, T. Tzv. nesporný (smluvený) rozvod a mediace, Bulletin advokacie č. 5/1999
- Hrušáková, M. a kolektív: Zákon o rodině. Komentář. 3. vydání. Praha: C. H. Beck, 2005
- Kol. autorov: Učebnica občianskeho a rodinného práva, III.zväzok, Slovenské vydavateľstvo politickej literatúry, 1956
- Lazar, J.: Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva, Bratislava: Ministerstvo spravodlivosti SR
- Pavelková, B: Manželské právo. UK v Bratislave. Právnická fakulta. Vydavateľské oddelenie. 2004

- Pavelková, B.,Kubíčková, G., Čečotová, V.: Zákon o rodine. Komentár s judikatúrou. Heuréka. 2005
- Radvanová, S.,Zuklínová, M.,: Kurs občanského práva - Instituty rodinného práva. Praha. C. H. Beck:1999

Contact – email
alexandra.kotrecova@gmail.com - smycka@mail.t-com.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MATEŘSTVÍ A OTCOVSTVÍ

DITA FRINTOVÁ - ONDŘEJ FRINTA

Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze

Abstract in original language
Článek srovnává hlavní okruhy právní úpravy mateřství a otcovství v České Slovenské a Polské republice. Nejprve se zaměřuje na obecné otázky a širší historické souvislosti. Zvláště je pak pojednáno o mateřství a o otcovství ve zkoumaných státech. V závěru docházejí autoři ke stanovisku, že právní úpravy mateřství a otcovství se ve zkoumaných státech v podstatných rysech nikdy nerozešly.

Key words in original language
Rodičovství; mateřství; otcovství; určování; popírani

Abstract
The contribution compares main issues of legal regulation of motherhood and fatherhood in Czech, Slovak and Polish laws. Firstly, general questions and historical connections are mentioned. The article describes motherhood and fatherhood in states mentioned above separately. As an outcome, the authors share the opinion that legal regulation of motherhood and fatherhood in these states has never moved from each other.

Key words
Parenthood; motherhood; fatherhood; determination; negation

Pro určení rodičovství, tedy jak mateřství, tak i otcovství, pak platí, že tyto otázky musí zákonitě rozřešit každá společnost, na každém stupni vývoje lidské civilizace. Jasné stanovení pravidel určujících, kdo jsou rodiče dítěte (filiace), a tedy i jasné stanovení příbuzenských vazeb na to navazujících, je podle našeho názoru jednou z podmínek pro sociální interakci jedinců mezi sebou vůbec. Vždyť tam, kde by nebyly jasné základní vztahy mezi jednotlivými lidmi, panovalo by sociální vakuum. Každý jedinec se zapojuje do rodiny skrze své rodiče a skrze rodinu pak postupně navazuje i další vztahy se širším sociálním okolím, ať už jde o rodinu širší či o interakce navazované mimo rodinu.

Pro téma rodičovství je to výhoda. V případě určování mateřství i otcovství se dá jednoznačně poukázat na jasný a zřetelný vliv právního systému, který považujeme za historický (pra)základ našeho současného práva. Tímto systémem je samozřejmě římské právo. Zabýváme-li se mateřstvím a otcovstvím, vybaví se většině z nás ony regule, které byly po dlouhá staletí stále připomínány a memorovány, až se nakonec tak vžily, že začaly považovat za nezpochybnitelné pravdy. Jde o známé zásady o matce a otci:

matka je vždy jistá, i když počala nemanželské dítě,[1] zatímco otec je vždy nejistý.[2] Z toho se pak mnohdy dovozuje, že již římské právo položilo základy našemu chápání rodičovství, ostatně, již římské právo znalo domněnky na určování otcovství. To je pochopitelné, protože, jak je uvedeno výše, jde o otázky, jejichž nutnost řešení platí univerzálně nejen geograficky, ale i historicky.

Ovšem ony Paulovi připisované sentence o jisté matce a nejistém otci nelze podle našeho názoru vytrhovat z kontextu. Zamýšlel snad Paulus edukovat čtenáře o tom, že je možno zjistit, která žena je matkou, zatímco s otcem je to složitější? Domníváme se, že toto Paulus považoval za vcelku zřejmou skutečnost, s níž by nečinil tolik povyku. Podle našeho názoru je totiž nutno klást důraz na navazující Paulův text, kde se praví, že „Přirozené rodiče nemůže nikdo žalovat před soudem: neboť všem rodičům se prokazuje stejná úcta.“[3] Jinak řečeno: Paulovi šlo především o následky, které přirozené (biologické) rodičovství působí v oblasti procesu.[4] Jádrem sdělení je tedy to, že přirozené rodiče nemohou děti pohánět před soud, zatímco otázka, kdo rodičem je, byla vcelku jasná a nepotřebovala žádných bližších komentářů.

Konstrukce římských právníků se rozšířily napříč evropským územím. Tak např. z Koldínova sepsání práv městských můžeme vidět, že Koldín znal římské právo, že znal Digesta. Byť právě regule o mateřství či otcovství převzaty nenajdeme. A tak se přes období středověku dostal odkaz římského práva (v podobě více či méně roztříštěného obecného práva soukromého) až k autorům první moderní soukromoprávní kodifikace na našem území. Obecný občanský zákoník z roku 1811[5] totiž v mnohém z obecného soukromého práva vycházel.

Téma rodičovství, jak mateřství, tak i otcovství, má ještě další výhodu. Tou je skutečnost, že od dob nejstarších až po konec dvacátého století platily biologické zákonitosti reprodukce lidského rodu jako jasně dané, nezpochybnitelné.[6] A po celou dobu vývoje platilo, že právo se k otázce

---

[1] Doslova: „*quia semper certa est, etima si volgo conceperit:*“ Paulus, D, 2, 4, 5. Cit. dle Behrends, O. et al.: Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. II. Band. Digesten 1 – 10. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, GmbH, 1994, s. 182.

[2] Doslova: „*pater vero is est, quem nuptiae demonstrant.*“ Paulus, D, 2, 4, 5. Ibidem.

[3] Doslova: „*Parentes naturales in ius vocare nemo potest: una est enim omnibus parentibus servanda reverentia.*“ Paulus, D, 2, 4, 6. Ibidem.

[4] Ona část Digest, v níž tyto věty nacházíme, se ostatně nazývá: „*De in ius vocando.*“ Tedy: O povolání před soud.

[5] Cís. patent 946/1811 Sb. z. s.

[6] „*Iura sanquinis nullo iure civili dirimi possunt.*“ Tedy: „Práva pokrevenství nemohou být zrušena civilním právem.“ Corpus Iuris Civilis, kniha 50, titul 17, fragment 8.

rodičovství muselo stavět stále stejně, resp. stále stejnými konstrukcemi. Buď biologické zákonitosti bude respektovat a právní poměr mezi rodiči a dětmi vystaví tak, aby byl s poměrem biologickým – pokud možno podle daného stavu poznání – v souladu, nebo od biologických faktů odhlédne a bude právní vztah konstruovat jinak. Ve druhém případě pak lze vztah dvou osob konstruovat buď ryze uměle, juristicky, pak jde o osvojení,[7] nebo se určitá právní relevance přizná jiným skutečnostem, než biologickému poutu mezi dvěma osobami (vzpomeňme např.: mléčné bratrství, které vznikalo kojením od jedné ženy, vznikal vztah soukojenců), nebo založení mateřského pouta na volním projevu uznání dítěte za vlastní, které se uplatňovalo ve francouzském prostředí).

Výše zmíněné dvě výhody našeho tématu nám dávají možnost přejít od dávné historie prakticky rovnou do devatenáctého a dvacátého století. Pokud jde o Obecný zákoník občanský, tak ten více méně ohledně této problematiky odrážel obecné právo soukromé. Konec konců, srovnáme-li Koldínova práva městská a Obecný zákoník občanský z roku 1811, tak zjistíme některé velmi shodné rysy. V obou dílech se velmi podobně hovoří v obecnosti o příbuzenství, o jeho stupních, o linii přímé a nepřímé a o švagrovství.[8] Důvod je jasný: protože to má význam pro dědické právo. Ale ani v jednom z těchto děl se nehovoří o určování mateřství. A důvod je jasný: protože matka je vždy jistá. Pozornost se věnovala těmto otázkám především v souvislosti s určením, zda je dítě manželské nebo nikoliv (§ 137 Obecného zákoníku občanského). Pouze na tomto místě se v Obecném zákoníku občanském hovořilo o porodu dítěte z ženy – manželky jako o předpokladu manželského původu dítěte, tedy nikoliv prvoplánově, jako o hlavním, nosném tématu.[9]

---

[7] *„Adoptio naturam imitatur.“* Tedy: Osvojením se napodobuje příroda. Institutiones Iustiniani I, 11, 4 (§ 4 J. de adopt. I. 11.). Dlužno ovšem dodat, že uvedená maxima nemá sdělit pouze to, že adopcí právo napodobuje přírodu: *„Minorem natu majorem non posse adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur; et pro monstro est, ut major sit filius, quam pater.“* Jádrem sdělení je tedy nikoliv skutečnost, že osvojením se napodobuje příroda, nýbrž to, že právě z tohoto důvodu se žádá, aby osvojitel byl starší než osvojenec, neboť by bylo divné, pokud by syn byl starší než jeho otec. Řečeno dnešní terminologií, mezi osvojitelem a osvojencem má být přiměřený věkový rozdíl. Srov. Cooper, T.: The Institutes of Justinian with notes. 3rd ed. New York: John S. Voorhies, Law Bookseller & Publisher, 1852, s. 30.

[8] Viz např. Jireček, J. (ed.): Práva městská Království českého a Markabství moravského spolu s krátkou jich summou od M. Pavla Krystyana z Koldína. 5. vyd. Praha: Všehrd, 1876, s. 170 a násl., zejm. s. 175 – 177 a vedle toho srov. § 40 až 42 Všeobecného zákoníku občanského.

[9] Srov. Sedláček, J.: Komentář k § 137 Obecného zákoníku občanského. In Rouček, F. – Sedláček, J.: Komentář k československému Obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl prvý. Praha: V Linhart, 1935, s. 719 a násl.

Stejně tomu bylo i v uherském právo platném tehdy na Slovensku. Ani tam nebylo výslovně upraveno, jak určovat a dokazovat mateřství. Ovšem maternitní spor o určení mateřství byl samozřejmě přípustný a bylo nutno prokázat, že dítě, o které jde, se narodilo z dotyčné ženy. Shoda mezi českým a slovenským právem té doby byla i ohledně povahy zápisů do matrik – nebylo sporu, že zápis v matrice je důležitým důkazním prostředkem, ale také nebylo sporu, že samotný zápis nemůže být z hlediska určení původu dítěte právně významnou – konstitutivní – skutečností, a to prostě proto, že matrikář není oprávněn o původu dítěte rozhodovat.[10]

Po druhé světové válce je vývoj právní úpravy v české a slovenské republice samozřejmě shodný. Oproti právnímu stavu před válkou však dochází k jedné velmi významné změně. Zákon o právu rodinném již nerozlišuje mezi manželskými a nemanželskými dětmi. Zároveň neobsahuje, stejně jako před tím Obecný zákoník občanský, výslovná ustanovení o určení mateřství. Zákon o právu rodinném upravil pouze zjištění a popření otcovství, a to opět na základě tradičního sytému domněnek – a to již téměř v té podobě, jak ji známe ze současného zákona o rodině.[11] Poválečný vývoj v Československu je od vývoje v Polsku odlišný v tom, že dochází k ideologicky zdůvodňovanému vydělení rodinného práva z občanského zákoníku. V poválečném Polsku právní dějiny takto radikální směr nenabraly. Po válce došlo pouze k unifikaci, ale nikoliv ke kodifikaci. Materie rodinného práva byla obsažena v několika samostatných dekretech z let 1945 až 1946, a to zvláště pro právo manželské, právo rodinné, právo poručenské a manželské právo majetkové.[12]

Zákony o rodině, které vstoupily v účinnost v roce 1964 v Československu a Polsku,[13] byly výsledkem vzájemné mezinárodní spolupráce. Důvody, proč se tehdy přikročilo ke společné práci právě na poli rodinného práva, je nutno vidět v dobových reáliích v obou zemích. Obě země se považovaly za socialistické a tomu bylo za potřebí přizpůsobit jejich právní řády. A rodinné právo se jevilo jako vhodné proto, že bylo možno ho vydělit z postupně se měnících vztahů občanskoprávních, které jsou především majetkové. Jinak řečeno, zatímco přestavba majetkových vztahů podle socialistického modelu se v té době ještě nepovažovala za ukončenou, o právu rodinném panovalo přesvědčení, že je již možno jej upravit zcela v duchu socialistických zásad rodinného života a že v budoucnu již nebude docházet k velkým změnám. Úzká mezinárodní spolupráce, která je

[10] Ibidem.

[11] Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů.

[12] Piątowski, J. S. in Piątowski, J. S. (red.): System prawa rodzinnego i opiekuńczego. Część 1. Wrocław: Zakład Narodowy im. Ossolińskich - Wydawnictwo, 1985, s. 8.

[13] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy (Dz. U. Nr 9, poz. 59, ve znění pozdějších předpisů).

charakteristická pro vznik obou kodexů, podstatně ovlivnila také jejich obsah. Při spolupráci se totiž ukazovaly některé rozpory, a to i přes geografickou blízkost, i přes podobné nastavení společenských, ekonomických a sociálních vztahů. Za účelem překlenutí těchto rozporů byly voleny často velmi obecné formulace, tak, aby byly přijatelné pro obě strany. To ovšem vedlo k jisté lakoničnosti textu zákona a tedy k nutnosti překlenovat tuto nedostatečnost v aplikační praxi, v rámci judikatury.

Pokud jde o mateřství a jeho způsob úpravy ve zkoumaných právních řádech v šedesátých letech, tak lze uvést, že stále platí to, co je zažité z minulosti. Totiž, že otázka vzniku vztahu mezi matkou a dítětem v okamžiku porodu je natolik jasná, že není potřeba ji v právním řádu blíže upravovat. Takže proto ani československý, ani polský zákon o rodině, ve svém původním znění tuto problematiku neupravovaly.

Později však došlo k relativizaci zažité jistoty ve vztahu mezi matkou a dítětem. To v důsledku působilo na přehodnocení otázky, nakolik je nutno se zabývat založením vztahu mezi matkou a dítětem přímo v textu zákona. Tímto faktorem byly nové možnosti, které přinesly pokroky medicíny na poli asistované reprodukce. Ovšemže tento vývoj byl postupný – nicméně zlom z námi zkoumaného pohledu znamenalo zavedení programu dárcovství vajíček, resp. umožnění transferu embrya do dělohy jiné ženy, než od níž oplodněné vajíčko pochází. Právě v tento okamžik vyvstává otázka, jak se postavit k tomu, že jedna žena dítě porodí, ale od jiné ženy dítě geneticky pochází. Dovedeno až do důsledku, vyvstává otázka, zda není třeba přehodnotit pravidlo o skutečnostech, které zakládají právní vztah mezi biologickou matkou a dítětem.

V tento okamžik se otázkami mateřství začíná blíže zabývat právní věda. Nutno říci, že diskurz, který se odehrával hlavně v osmdesátých letech minulého století, je obtížněji mapovatelný, protože se odehrával z části v literatuře právnické a z části v literatuře lékařské. U nás se danou problematikou zabýval zejména prof. Haderka. Považujeme v tomto směru za zásadní jeho článek „Partus – non ovum – facit maternitatem“, uveřejněný v časopise Československá gynekologie č. 51/1986. Zde uvádí argumenty pro zachování tradičního náhledu na založení vztahu mezi matkou a dítětem.

Článek je cenný podle nás proto, že se zabývá hlouběji právě samotnou biologickou rovinou mateřství, tedy otázkami veskrze metaprávními, což není u právníků příliš časté. O to pádnější jsou pak jeho argumenty, které se pohybují stále v rovině biologických zákonitostí reprodukce lidského rodu. V tomto Haderkově článku se odráží (stejně jako v jiných jeho statích) přesné rozlišování mezi biologickou, sociální a právní rovinou rodičovství. Jedině při striktním zachování tohoto rozdělení lze téma zpracovat systematicky a dospět k jasným závěrům. A co více, Haderka si je vědom, že biologické není totéž, co genetické. Genetická rovina totiž nestojí sama o sobě vedle výše uvedených rovin rodičovství, nýbrž je jednou ze složek roviny biologické. Jinak řečeno, je to podmnožina biologické roviny. A tak

Haderka dospívá k tomu, že ta skutečnost, která zakládá biologické pouto mezi ženou – matkou a dítětem, je porod, a to i za situace, kdy dítě od této ženy geneticky nepochází. To vše na základě argumentů ryze biologických, které v tomto případě mají stát na prvém místě před argumenty z oblasti práva a dokonce i před argumenty z oblasti etiky a morálky.[14]

Vývoj v prostředí naší nauky lze charakterizovat v obcenosti tak, že posléze zavládl v teorii všeobecný konsenzus o tom, jak se postavit k těmto otázkám, tedy že je to téma alespoň prozatím vyřešené. Během osmdesátých let dvacátého století tedy nebyla pociťována nějak zvláště naléhavá potřeba tuto otázku nově začlenit do zákonné úpravy. V průběhu devadesátých let dvacátého století došlo nejen k dalším pokrokům v oblasti reprodukčního lékařství, ale především k rozšíření a zpřístupnění nových metod. Do tohoto odvětví začal pronikat komerční prvek.

To nakonec našlo odraz i v činnosti zákonodárné, alespoň pokud jde o Českou republiku. Jak známo, novela zákona o rodině č. 91/1998 Sb.[15] změnila název třetí hlavy z původního určování otcovství na určování rodičovství. Přibyl nový § 50a, který stanovil, že matkou dítěte je žena, která dítě porodila. Nejde však – vhledem k uvedeného jednotnému stanovisku právní teorie o nijak převratný závěr, naopak, jde o jeho potvrzení a o jeho převzetí přímo do textu zákona.

Nutno podotknout, že novela vznikala jako poslanecká iniciativa a v mnohých směrech se to odrazilo na její kvalitě. Pokud jde o námi sledovanou problematiku, očekávalo by se, u takto zásadního ustanovení, náležité odůvodnění v důvodové zprávě. Důvodová zpráva je však u § 50a povýtce stručná, lakonicky konstatuje, že v souvislosti s rozvojem asistované reprodukce dochází ve světě k četným a vleklým sporům a že účelem tohoto ustanovení je jim předcházet. V důvodové zprávě je tak zcela pominuto, že tyto spory jsou typické – nebo alespoň v té době byly – pro právní řády založené na systému anglosaského práva, které otázky rodičovství pojímají poněkud odlišně. V důvodové zprávě je také opomenuto zdůvodnění toho, proč český zákonodárce spojil právní vztah matka dítě s faktem porodu a proč naopak nepřiznal žádnou relevanci faktu genetického pouta mezi původkyní vajíčka a dítětem, které se z něj narodilo. Při tom stačilo poukázat na jednotné stanovisko české familiaristiky. Taková stručnost důvodové zprávy a absence klíčových argumentů v ní může totiž vzbudit dojem, že zákonodárce má vlastně na výběr, s jakou skutečností bude právní mateřství spojovat. To pak relativizuje přesvědčivost a imperativnost daného ustanovení a vzbuzuje se dojem, že

[14] A ovšem Haderka odkazuje i na autory zahraniční – mimo jiné na polského kolegu Nestorowicze a jeho článek z roku 1985. (Nestorowicz, M.: Problemy prawne novych technik sztucznego poczęcia dziecka. In: Prawo i panswto, 40, 1985, s. 40n.).

[15] Zákon č. 91/1998 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů, a o změně a doplnění dalších zákonů.

zákonodárce se zkrátka bez hlubších důvodů rozhodl pro jednu z možných variant, takže proč neusilovat o změnu ve prospěch druhé varianty.

A právě tento povrchní přístup se ukázal v době nedávné. Na začátku posledního čtvrtletí roku 2009 iniciovalo ministerstvo spravedlnosti ČR setkání odborníků nad otázkou zavedení možnosti zástupného mateřství do právního řádu ČR. Pokud je nám známo, za vzor měl být vzat britský model, který je ovšem založen na daleko větší ingerenci soudů při zakládání rodičovského pouta než je tomu u nás. Klíčovým prvkem bylo také přiznání platnosti smlouvám mezi objednatelkou a zástupnou matkou. Pouhým přiznáním platnosti – třebaže těmto smlouvám neměla být přiznána účinnost – dochází k tomu, že se subjekt stává objektem, jinak řečeno, osobní status člověka je předmětem smlouvy. To považujeme za problematické z hlediska souladu s naších pojetím ochrany lidských práv.

Vývoj ve Slovenské republice šel cestou odlišnou. Nový zákon o rodině[16] obsahuje ohledně určení mateřství stejné pravidlo jako § 50a českého zákona o rodině (matkou je žena, která dítě porodila). Avšak navíc je v § 82 slovenského zákona o rodině obsažen také druhý odstavec, podle kterého jsou neplatné takové smlouvy, které jsou s uvedenou zásadou v rozporu. Jinak řečeno, slovenský zákonodárce dává jasně najevo, že nemíní vůbec připustit případy zástupného mateřství. Větší propracovanost slovenské úpravy se odráží také v tom, že v § 83 slovenského zákona o rodině je obsažena základní úprava maternitního sporu, včetně určení okruhu aktivně legitimovaných osob. A i toto ustanovení je zcela koherentní se stanoviskem slovenského zákonodárce ohledně otázky zástupného mateřství. V případě sporu má totiž rozhodnout o mateřství soud, a to na základě skutečností zjištěných o porodu dítěte. A contrario soud nebude rozhodovat na základě skutečností zjištěných o genetickém původu dítěte, ani na základě skutečností zjištěných o smluvním vztahu mezi ženou, která rodila, a ženou jinou, která si dítě případně „objednala“. Těmito skutečnostmi se soud vůbec zabývat nebude.

Domníváme se, že takovéto pojetí má samozřejmě vliv i na procesní stránku věci, a to předně na dokazování – přesněji řečeno – na způsob hodnocení určitého důkazu, s nímž se v těchto sporech setkáváme. Jde o důkaz pomocí znaleckého posudku analýzou DNA. Ten totiž prokazuje právě a jenom genetické pouto mezi dvěma lidmi[17] – a to je přesně to, co v dané chvíli slovenský soud zajímat nemá. Jistěže z genetického vztahu mezi dítětem a ženou lze soudit, že tato žena dítě porodila, avšak právě v případě porodu dítěte, které se narodilo z vajíčka dárkyně, tomu tak není. Žena dítě rodila, třebaže toto dítě od ní geneticky nepochází. Souladnost těchto dvou

[16] Zákon č. 36/2005 Z. z., o rodině a o změně a doplnění některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

[17] V podrobnostech viz např. Brdička, R. – Loudová, M. – Sieglová, Z.: Znalec sám proti sobě. Řešení sporného otcovství. In Právní rádce č. 8/2000, s. 14 a násl.

ustanovení svědčí, domníváme se, o promyšleném a koncepčním přístupu slovenského zákonodárce k této otázce.

Lze tedy uzavřít, že český i slovenský zákon o rodině v současnosti výslovně upravují vznik právního vztahu matka – dítě, a to na základě objektivní skutečnosti porodu.

Situace v Polsku je odlišná. Zákon o rodině tam dosud nijak neupravuje vznik vztahu mezi dítětem a matkou.[18] Byť i v polské nauce bylo rozřešeno, s jakou okolností má právo mateřství právní spojit (porod dítěte), je mlčení zákona v této věci v současnosti pociťováno jako problematické. Výchozí teze připravované rekodifikace polského soukromého práva, obsažené v tzv. Zelené knize, jednoznačně upozorňují, že reformovat je třeba právě tu část rodinného práva, která se zabývá vztahy mezi rodiči a dětmi.[19] Pokud jde o založení vztahu matka – dítě, i v polském prostředí, jinak považovaném za konzervativnější, než např. české, rezonují otázky spojené se zástupným mateřstvím. Pozice polského zákonodárce je ovšem ve srovnání s pozicí zákonodárce českého i slovenského nepochybně jednodušší. Návrh nového polského občanského zákoníku se přiklání k tomu řešení, které mateřství v rovině práva spojuje s faktem porodu, a to prostě proto, že pro Polsko plyne z mezinárodních smluv. Polsko je totiž zemí, která přistoupila k Evropské úmluvě o právním statusu nemanželského dítěte z roku 1975. V čl. 2 této úmluvy se stanoví, že původ nemanželského dítěte ze strany matky se určí výlučně na zjištění faktu porodu. Na základě uvedeného je navrhován čl. 61 odst. 9 v návrhu nového polského občanského zákoníku, který stanoví, že „matkou dítěte je žena, která je porodila."

K tomu mají přistoupit také ustanovení další, a to ustanovení týkající se určení mateřství. Pozornost se věnuje určení okruhu aktivně legitimovaných osob. Žalovat o určení mateřství bude moci jak žena, která porodila, tak i dítě (a též prokurátor). Výslovně se uvádí, že muž – (biologický) otec právo žalovat na určení mateřství mít nebude, neboť ustavení vztahu matka – dítě je součástí výhradní intimní sféry matky, do které nemůže ingerovat. Návrh má obsahovat také ustanovení o popírání mateřství – k tomu má dojít tehdy, pokud je v matrice zapsána žena, která dítě neporodila. Překvapivý je široký okruh osob, které mají být k podání návrhu legitimovány. Jsou to následující osoby:

a) dítě,

b) žena, která, ač zapsána jako matka, dítě neporodila,

---

[18] Smyczyński, T.: Macierzyństwto. In: Radwański, Z. (red. nacz.): System prawa prywatnego. Tom 12. Smyczyński, T. (red.): Prawo rodzinne i opiekuńcze s. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut nauk prawnych pan, 2003, s. 5 a násl.

[19] Radwański, Z. (red.): Zielona księga. Optymala wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Warszawa: Ministerstwo sprawiedliwości, 2006, s. 149 a násl.

c) žena, která porodila; manžel matrikové matky,

d) muž, který své otcovství souhlasně prohlásil s matrikovou matkou,

e) muž, jehož otcovství určil soud na základě toho, že obcoval s matrikovou matkou v době rozhodné a

f) prokurátor.

I když je okruh těchto osob široký, jde vždy o osoby, jichž se ta otázka dotýká z důvodu osobního statusu, nikoliv primárně z důvodů majetkových (např. dědických).

Pokud jde o mateřství, můžeme shrnout hlavní body: česká, slovenská i polská doktrína vychází z toho, že právní vztah matka – dítě právo ustanovuje na základě porodu – jako objektivně zjistitelného faktu a k jiným okolnostem se nepřihlíží. Nejzdařilejší je v tomto ohledu úprava slovenská, neboť na rozdíl od české obsahuje výslovné ustanovení dopadající na smlouvy o zástupném mateřství a ve sporných případech dává soudu jasné směrnice, jak postupovat. Česká pak stojí na druhém místě, a to z důvodu určité neuzavřenosti, lakoničnosti a zejména z důvodu absence úpravy sporů o určení mateřství. Na posledním místě pak stojí úprava polská, která neobsahuje ničeho o určení mateřství. Avšak v případě dopracování a přijetí návrhu tamního občanského zákoníku získá Polsko veskrze moderní a promyšlenou úpravu těchto otázek.

Pokud jde o otcovství, tak lze uvést, že ve všech třech právních řádech je založení vztahu dítě – otec založeno na tradičním systému domněnek. Změny, kterými právní úprava určování a popírání otcovství prošla, byly opět zapříčiněny rozvojem metod asistované reprodukce a šlo prakticky o reakci na možnost použít spermie dárce. Zásadní odlišnost lze v otázkách otcovství spatřovat mezi slovenským zákonem o rodině na straně jedné a mezi českým a polským na straně druhé. Slovenský zákon o rodině totiž dává otci možnost popřít otcovství ve lhůtě tří let (nota bene) od okamžiku, kdy se dozvěděl, že se jeho manželce narodilo dítě, či do tří let od souhlasného prohlášení o otcovství. Domníváme se, že v tomto razantním prodloužení lhůty se odráží zvýšený zájem společnosti na tom, aby otcovství právní bylo možno uvést do souladu s biologickými skutečnostmi, a to i na úkor jistoty pevného zakotvení právního statusu dítěte.

V rámci nového zákona o rodině se na Slovensku nepřistoupilo kromě této změny k nějakým dalším revolučním změnám, jako např. odstranění systému domněnek jako takového a jeho nahrazení systémem zcela novým, reflektujícím běžnou dostupnost rozboru DNA. Byť je možno ještě uvést – opět v duchu posílení role biologického otcovství – možnost danou dítěti, aby určitým způsobem vyvolalo popření otcovství (s touto možností dosud český zákon o rodině nepočítá).

Také v České republice v rámci chystané rekodifikace zůstává systém domněnek otcovství rovněž zachován. Zatímco s prodloužením lhůty pro popření otcovství se nepočítá, je v návrhu upravena možnost, aby otcovství popíralo také dítě samo. A stejně je tomu i v Polsku, kde se v zelené knize uvádí, že zažitý systém není třeba nijak zvláště měnit, ovšem při zohlednění možnosti provádět DNA při popírání otcovství (také v Polsku se počítá s tím, že právo popírat otcovství bude mít i dítě).

Máme-li tedy závěrem odpovědět na otázku, zda se české, slovenské a polské rodinné právo sbližují či rozcházejí, pak lze shrnout, že v hlavních rysech se – co se mateřství a otcovství týká – vlastně nikdy nerozešla. Jako první učinilo určitý odstředivý krok až Slovensko, a to relativně nedávno, při prodloužení lhůty pro popření otcovství ze šesti měsíců na tři roky. Hlavní východiska, na nichž však všechny tři úpravy stojí, jsou však shodná. Jde jak o založení, tak i o ukončení rodičovského pouta. V tomto smyslu se tedy uvedené právní řády nikdy nerozešly a zůstávají i nadále v jednotě.

Pozn.: Tento příspěvek byl zpracován v rámci výzkumného záměru Univerzity Karlovy v Praze Právnické fakulty, který je registrován pod č. MSM 0021 620 804 s názvem „Proměny práva na počátku 3. tisíciletí – kořeny, východiska, perspektivy“

Literature:

- Behrends, O. et al.: Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. II. Band. Digesten 1 – 10. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag, GmbH, 1994
- Cooper, T.: The Institutes of Justinian with notes. 3rd ed. New York: John S. Voorhies, Law Bookseller & Publisher, 1852
- Haderka, F.: Partus – non ovum – facit maternitatem. In: Československá gynekologie č. 51/1986, s. 203 a násl.
- Nestorowicz, M.: Problemy prawne novych technik sztucznego poczęcia dziecka. In: Prawo i panswto, 40, 1985, s. 40 a násl.
- Radwański, Z. (red. nacz.): System prawa prywatnego. Tom 12. Smyczyński, T. (red.): Prawo rodzinne i opiekuńcze s. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck, Instytut nauk prawnych pan, 2003
- Radwański, Z. (red.): Zielona księga. Optymala wizja Kodeksu cywilnego w Rzeczypospolitej Polskiej. Warszawa: Ministerstwo sprawiedliwości, 2006

- Rouček, F. – Sedláček, J.: Komentář k československému Obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Díl prvý. Praha: V Linhart, 1935

Contact – email
frinta@prf.cuni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

LEGAL ASPECTS OF ASSISTED REPRODUCTION

ANNA HOŘÍNOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Jak je všeobecně známo, první "dítě ze zkumavky" Louise Brown, se narodila ve Velké Británii v roce 1978. Nedlouho nato byla metoda umělého oplodněné úspěšně aplikována v tehdejší ČSSR. Jak se průlom do oblasti přirozené reprodukce projevil v tehdejší právní úpravě a jak jej reflektujeme dnes? A jak na benefity reprodukční medicíny nahlíží tradičně silně nábožensky orientovaná polská společnost? Nejen na tyto otázky hledá následující příspěvek odpověď.

Key words in original language
Umělé oplodnění; asistovaná reprodukce; In vitro fertilizace; zdravotnické právo; Česká republika; Slovensko; Polsko.

Abstract
Louise Brown born in 1978 in Great Britain is the world´s first baby to be conceived by in vitro fertilization known as IVF. It was only four years later when IVF was successfully applied in former Czechoslovakia. How was this development reflected by the Czechoslovak legislature and how it is reflected today? And what is the legislative attitude of Polish religious society to these matters? These and further questions are addressed by the paper.

Key words
Artificial Insemination; Assisted Reproduction; In Vitro Fertilization; Medical Law; Czech Republic; Slovakia; Poland.

ÚVOD

V době, kdy vznikaly solidní římskoprávní základy právního myšlení, bylo jednoduché formulovat zásady určování mateřství i otcovství, protože jediné, co mohlo situaci zkomplikovat, byla nevěra na straně ženy. Pro tehdejší civilizaci by asi bylo velice abstraktní, představit si varietu možností, které dnes mohou díky pokroku lékařské vědy nastat. Musíme si uvědomit, že posunutí hranic, jehož jsme svědky, má za následek zpochybnění bezpečného prostoru a rámce, ve kterém se pohybovaly generace po dlouhá staletí před námi. Ano, vznikaly sice schizofrenie ve smyslu sociální role kojné, kdy tato žena byla pravděpodobně pro svého odchovance mnohem více matkou, než žena, která mu dala život. To, aby dítě, které projde porodními cestami, nemělo s rodičkou žádnou společnou genetickou informaci a vztahy mezi dítětem a jeho biologickými a porodním rodičem byly tak roztříštěny, si však asi dokázal představit málokdo. Hranice možného se posouvají a to znamená ztrátu jistot. Právní jistota je

však jedním ze základních atributů právního státu. Nejjednodušší cesta je samozřejmě ta, že necháme žít jevy jako je léčba neplodnosti a aplikace různých metod v boji s ní, vlastním životem a nebudeme je nijak právně regulovat. Za předpokladu, že chceme, aby právo zůstalo morální kategorií, znamená to však vymezit se vůči těmto fenoménům. Je ale dost dobře možné reflektovat, co se děje na poli reprodukční medicíny se stejnou rychlostí v rovině práva? Upřeme-li pozornost na území tehdejšího dnešní České republiky, Slovenska a Polska, pak dospějeme k závěru, že středoevropský prostor nepatří ve smyslu právní úpravy asistované reprodukce k nejprogresivnějším. Rozdíly zde samozřejmě existují a v následujících řádcích se budeme soustředit na jejich vývoj od dob socialismu dodnes.

1. METODICKÉ POZNÁMKY NA ÚVOD

Než se začneme zaobírat samotnou materií příspěvku, ráda bych předeslala, pár poznámek k jeho systematice. Je účelné, když rozlišujeme právní úpravu asistované reprodukce ve smyslu jejích lékařských aspektů a právní úpravu statusových otázek s touto problematikou souvisejících. Za nutné ještě považuji říci, že asistovaná reprodukce je předmětem bádání mnoha oborů, právo nevyjímaje. Existuje tedy celá řada různých pohledů, jak se dá na právní aspekty asistované reprodukce dívat. Tento obor je sám o sobě bohatě vnitřně diferencován na mnoho dílčích otázek a každá z nich by vydala na nespočet stran úvah. Na následujících řádcích bude z tohoto důvodu pouze nastíněn současný právní stav a vývoj, který mu předcházel.

2. GENEZE PRÁVNÍHO STAVU

Začněme, možná trochu nezvykle, od stavu, ve kterém se nachází právní úprava problematiky v komparovaných státech k dnešnímu dni. Co se týče Polska a Slovenska, není takřka o čem hovořit, jelikož do současnosti nebyla v těchto zemích přijata zákonná úprava specificky se věnující asistované reprodukci. Přehledný seznam vybraných států a charakteristika jejich právních úprav obsahuje publikace "Etické a právní aspekty asistované reprodukce".[1]

Na druhou stranu, statusové otázky obecně jsou tradičně všemi srovnávanými úpravami standardně a více či méně uspokojivě vyřešeny. To samé se, jak vyplynulo z již řečeného, o problematice lékařských aspektů asistované reprodukce, říci nedá.

[1] Dostál, J. Etické a právní aspekty asistované reprodukce. Situace ve státech přijatých do Evropské unie p roce 2004. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, Lékařská fakulta, 2007, s. 36-51.

2.1 POLSKÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA ASISTOVANÉ REPRODUKCE

Literatura z roku 1994 a r. 1997 uvádí, že až 25% polských párů zažívá obtíže spojené s plodností.[2] Ze stejného zdroje pochází také informace, že na území Polska se v roce 2002 nacházelo 17 center poskytujících služby reprodukční medicíny.[3] I přes to, že se v Polsku asistovaná reprodukce prokazatelně aplikuje[4], neexistuje zákon ani skupina zákonných ustanovení, která by se specificky zaobírala asistovanou reprodukcí, podmínkami, podrobnostmi a mezemi jejího výkonu. Dostál uvádí, že existuje pouze podzákonný předpis s názvem "Rekomendacje Polskiego Towarzystwa Ginekologicznego dotyczące technik wzpomaganego rozrodu".[5] Zde je třeba zmínit se o velice špatné dostupnosti informací o polské právní úpravě v anglickém či českém jazyce. Z tohoto důvodu se mohou zdát předkládané poznatky z polského právního prostředí poněkud kusé.

Bielawska-Batorowicz uvádí, že po změně režimu se v Polsku, v rámci diskusí o etických problémech asistované reprodukce, začaly otevřeněji projevovat názory, jež mají oporu ve stanovisku Katolické církve k předmětným otázkám.[6] Tímto by si bylo lze vysvětlit, proč ještě nebyl v postsocialistické éře Polska přijat příslušný zákon. Dospět ke konsensu v situaci, kdy nejvlivnější společenská skupina celou podstatu reprodukční medicíny zcela odmítá, je přinejmenším obtížné.[7]

Stejně tak nenalezneme zmínku o statusu dítěte narozeného z umělého oplodnění dárcovskou spermií v polském rodinném a opatrovnickém kodeksu. A také literatura se dle Bielawske-Batorowicz v tomto bodě

---

[2] Bielawska-Batorowicz, E. In Blyth, E., Landau, R. Third Party Assisted Conception Across Cultures. Soacial, Legal and Ethical Perspectives. London: Jessica Kingsley Publishers, 2004, s. 168, ISBN 1 84310 0843 pb, ISBN 1 84310 085 hb.

[3] Ibidem.

[4] Ibidem.

[5] Dostál, J. Etické a právní aspekty asistované reprodukce. Situace ve státech přijatých do Evropské unie p roce 2004. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, Lékařská fakulta, 2007, s. 44.

[6] Bielawska-Batorowicz, E. In Blyth, E., Landau, R. Third Party Assisted Conception Across Cultures. Soacial, Legal and Ethical Perspectives. London: Jessica Kingsley Publishers, 2004, s. 170, ISBN 1 84310 0843 pb, ISBN 1 84310 085 hb.

[7] Postoj Římskokatolické církve viz. "Instructions on Respect for HUman Life in its Origin and on the Dignity of Procreation Replies to Certaion Questions of the Day." [Citováno dne 28. 11. 2009]. Dostupný z: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_en.html

rozchází.[8] Postoje, které za právního otce dítěte považují dárce spermatu, jsou založeny na primátu objektivní pravdy, na jejímž základě nemůže být tolerována inkonsistence mezi biologickým a právním rodičovstvím.[9]

Pohlédneme-li do minulosti, současná právní situace v Polsku je od dob, kdy se zde narodilo první dítě ze zkumavky, stále stejná. Nereflektuje totiž společenskou realitu, ve které je asistovaná reprodukce dostupným, nicméně právem ignorovaným řešením problémů s lidskou plodností.

2.2 PRÁVNÍ STAV V ČESKÁ REPUBLICE 2009 - 1993

Dnešní legislativní stav rozebírané problematiky se z pohledu České republiky zdá vcelku uspokojivý. V roce 2006 byl přijat zákon č. 227/2006 Sb., o výzkumu na lidských embryonálních kmenových buňkách a souvisejících činnostech a o změně souvisejících zákonů. Tento zákon novelizoval zákon č. 20/1966 Sb., o péči o zdraví lidu ve smyslu stanovení základních předpokladů a limitů provádění asistované reprodukce v ČR. Po více než 20 letech od doby narození prvního československého dítěte ze zkumavky se odborníci dočkali solidního právního podkladu. Ačkoliv má právní úprava své mezery, např. neřeší uspokojivě otázku finanční kompenzace dárců gamet a jejího zneužití, je možno říci, že svoji úlohu plní.

Od doby, kdy asistovaná reprodukce setrvávala odsouzena k regulaci podzákonnými předpisy, jsou v ČR účinné ještě: Metodický návod Ministerstva zdravotnictví ČR č.j. OZP/2-252-4.11.97, pro poskytování, vykazování a úhradu výkonů asistované reprodukce z roku 1997 a Metodické opatření Ministerstva zdravotnictví ČR č.j. OZP 30493/01/OZP-200/3-152/6, Doporučené standardy postupu při poskytování a vykazování výkonů asistované reprodukce z roku 2001.

Zmíněný zákon č. 227/2006 Sb. taktéž novelizoval zákon o rodině ve smyslu promítnutí nově umožněného využití metod asistované reprodukce nesezdanému páru, do domněnek otcovství. Jediným bodem kritiky se zdá být úprava popření otcovství v situaci, kdy dal partner souhlas s umělým oplodněním své partnerky, která byla včleněna do § 54 odst. 3, což se vzhledem k systematice zdá být poněkud nelogické.

2.3 SLOVENSKÁ PRÁVNÍ ÚPRAVA 2009 - 1993

Slovensko, se na rozdíl od nás, nezařadilo mezi země se zákonnou úpravou asistované reprodukce. Obecně je na problematiku aplikovatelný zákon

---

[8] Bielawska-Batorowicz, E. In Blyth, E., Landau, R. Third Party Assisted Conception Across Cultures. Soacial, Legal and Ethical Perspectives. London: Jessica Kingsley Publishers, 2004, s. 175, ISBN 1 84310 0843 pb, ISBN 1 84310 085 hb.

[9] Ibidem.

č.576/2004 Z.z., o zdravotnej starostľivosti. Specificky pak Záväzné opatrenie Ministerstva zdravotníctva SSR z roku 1983. Tento podzákonný předpis pochází z doby narození prvního dítěte po úspěšném provedení umělého oplodnění, je tudíž značně zastaralý a lze říci, že neodpovídá faktickému společenskému stavu. Otázky takové důležitosti, jako jsou záležitosti dotýkající se osobního stavu účastníků právních vztahů, by v zájmu právní jistoty neměly být ponechány regulaci podzákonnými předpisy.

Co se týče vztahu určení rodičovství a asistované reprodukce, slovenská úprava obsažená v zákoně o rodině je velice podobná té naší. Slovensko má relativně nový zákon č. 36/2005 Sb., o rodine, který však, na rozdíl od české právní úpravy určení mateřství, v § 82 zcela explicitně staví dohody o náhradním mateřství mimo zákon. Slovenský zákonodárce tak zcela jasně vyjádřil svůj postoj k tomuto fenoménu a odmítl mu poskytnout právní ochranu.[10]

3. SOCIALISTICKÁ HISTORIE PRÁVNÍ ÚPRAV ASISTOVANÉ REPRODUKCE NA ÚZEMÍ ČSSR

Problémy s plodností se ve společnosti obvykle vyskytují bez ohledu na její politické uspořádání. Ačkoliv se socialistické establishmenty tehdejší ČSSR a Polské lidové republiky podle sovětského vzoru snažili navodit iluzi bezchybnosti a bezbřehého štěstí socialistické společnosti, poptávka po léčbě neplodnosti s objevem nových metod stejně vznikla. Ve Velké Británii se narodilo první dítě na základě metody nazývané asistovaná reprodukce, v roce 1978. V tehdejší Československé socialistické republice to bylo v roce 1982. Na rozdíl od Velké Británie, kde byla tato zásadní událost následována sestavením Warnock Committee, komise, která dostala za úkol zkoumat tehdejší a možný budoucí vývoj medicíny a dalších vědeckých odvětví souvisejících s lidskou plodností a embryologií[11], ČSSR a PLR významnějším způsobem na nastalé změny nereagovaly. Není třeba připomínat, že veřejná diskuse, která by bývala byla velice zapotřebí a možná mohla zabránit nynější letargii spojené s těmito otázkami, nebyla dostupným nástrojem generování legislativy.

3.1 VÝVOJ V ČSSR/ČSFR DO R. 1993

Jak bylo již řečeno, první úspěšné provedení umělého oplodnění na území tehdejší ČSSR došlo v roce 1982. Bylo to shodou okolností v Brně v porodnici na Obilním trhu a hlavním aktérem této události byl prof. Pilka, dnes již uznávaný a oceňovaný zakladatel reprodukční medicíny u nás. Po

[10] Více viz. Humeník, I. Surogačné (náhradné) materstvo. [Citováno dne 27. 11. 2009]. Dostupný z: www.pravo-medicina.cz

[11] British Medical Journal, [Citováno dne 27. 11. 2009] Dostupný z: http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1442316/?page=1.

tomto přelomovém okamžiku bylo jasné, že je nezbytné na nastalý status quo nějak legislativně reagovat. Místo toho, aby byla zahájena veřejná debata a podniknuty další kroky k formulaci všeobecně přijatelných legislativních řešení, byla v roce 1982 v ČSR a v roce 1983 v SSR přijata Ministerstvy zdravotnictví[12] obou socialistických republik opatření o podmínkách pro umělé oplodnění. Tyto podzákonné předpisy řešily elementární otázky spojené s umělým oplodněním, kdo je oprávněn o něj požádat a jaké náležitosti musejí být splněny, aby bylo vykonáno. V opatření byla také stanovena anonymita dárců gamet. Není překvapením, že otázky tak zásadního významu byly za socialismu řešeny v rámci podzákonného právního předpisu, otázkou však zůstává, proč v ČR trvalo zákonodárci tak dlouho, než je povýšil na záležitosti takového formátu, že si zaslouží zákonnou úpravu a proč k tomu na Slovensku nedošlo dodnes.

Novela zákona o rodině č. 132/1982 Sb., pak reagovala na praktické důsledky aplikace umělého oplodnění v rovině určování otcovství, když byla omezena možnost popření otcovství v případě, že bylo se souhlasem manžela matky provedeno této ženě umělé oplodnění.

ZÁVĚR

Krátký úryvek z publikace "České rodinné právo" jen výstižně dokresluje výše řečené a na rozdíl od stále se měnící sociální reality kolem nás zůstane, doufejme, jako elementární hodnotový základ, konstantní: "S ohledem na skutečnost, že vztahy mezi rodiči a dětmi jsou nejvýznamnějšími vztahy mezi lidmi vůbec, a zároveň, i z hlediska ochrany zájmů nezletilých dětí, je dán zásadní zájem společnosti na tom, aby tyto vztahy byly co nejrychleji a nejjistěji určeny a stabilizovány."[13]

Literature:

- Bielawska-Batorowicz, E. In Blyth, E., Landau, R. Third Party Assisted Conception Across Cultures. Soacial, Legal and Ethical Perspectives. London: Jessica Kingsley Publishers, 2004, s. 285, ISBN 1 84310 0843 pb, ISBN 1 84310 085 hb.
- Dostál, J. Etické a právní aspekty asistované reprodukce. Situace ve státech přijatých do Evropské unie p roce 2004. Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, Lékařská fakulta, 2007, s. 170.

[12] Pro ČR se jednalo o Opatření Ministerstva zdravotnictví ČR č.j. OP-066.8.-18.11.1982 o podmínkách pro umělé oplodnění z roku 1982.

[13] Hrušáková, M. In Hrušáková, M, Králíčková, Z. České rodinné právo. 2. vydání. Brno: Masarykova Univerzita v Brně. 2001. s. 162.

- Hrušáková, M. In Hrušáková, M, Králíčková, Z. České rodinné právo. 2. vydání. Brno: Masarykova Univerzita v Brně. 2001. s. 384.
- Humeník, I. Surogačné (náhradné) materstvo. [Citováno dne 27. 11. 2009]. Dostupný z: www.pravo-medicina.sk.

Web sources:

- http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1442316/?page=1
- http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_en.html
- http://www.pravo-medicina.sk

Contact – email

Horinova.anna@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

RODIČOVSKÁ ZODPOVĚDNOST A OBDOBNÉ INSTITUTY

MARTIN KORNEL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek stručně analyzuje historický vývoj rodičovské zodpovědnosti a obdobných institutů na území České republiky, Slovenska a Polska. K analýze byl zvolen vývoj právních úprav v oblasti nabývání práv a povinností k dítěti a obsahu těchto rodičovských práv a povinností. Právní úpravy v padesátých letech vycházely z prakticky stejného kodexu, nicméně od té doby prošly vývojem a je zajímavé, že lze pozorovat tendence k sbližování právních úprav, jakkoliv si tyto byly v některých etapách vzdálené.

Key words in original language
Rodičovská moc; rodičovská zodpovědnost; patria potestas; rodičovská práva a povinnosti; české rodinné právo; polské rodinné právo; slovenské rodinné právo.

Abstract
The contribution analyses legal regulation of parental responsibility and similar institutions in historical context in the region of Czech Republic, Slovakia and Poland. Development of parental rights and duties attaining and of the content of such rights and duties is under observation. Legal regulations were based on the same codex during the fifties and sixties in the 20th century. But some progression occurred during following years and interesting finding is that inclinations to convergence of legal regulations are tangible, although significant differences were evident in some periods of development.

Key words
Parental authority; parental responsibility; patria potestas; parental rights and duties; Czech family law; Polish family law; Slovak family law.

Všeobecně přijímaným faktem je, že právní vztah mezi rodičem a dítětem v současnosti vzniká narozením dítěte. Odhlédneme-li od povinnosti matky pečovat o plod, pak můžeme konstatovat, že teprve narozením dítěte k němu rodiče nabývají základní sumu práv a povinností. České právo současnosti tato práva a povinnosti označuje jako rodičovskou zodpovědnost. Označení institutu se lišilo v minulosti i nyní napříč různými právními řády. Typický byla tato práva (popř. i povinnosti) označována jako otcovská moc nebo rodičovská moc. V současnosti se lze setkat především s označením rodičovská péče (*parental custody*), rodičovská odpovědnost (*parental*

responsibility), nebo rodičovská autorita či moc (*parental authority*).[1] Ještě více než označení tohoto institutu se odlišují národní přístupy k jeho obsahu, nebo například v přístupu k otázce omezení rodiče nebo zbavení rodiče těchto práv a povinností.[2]

Společným rysem však zůstává, že se jedná o práva a případně povinnosti rodiče ve vztahu k dítěti, jakkoliv se odlišují přístupy v tom, kdo je právní rodič dítěte či zda mají oba rodiče ve vztahu k dítěti tato práva a povinnosti ve stejném rozsahu. Tyto instituty zpravidla plní stejnou nebo obdobnou funkci, která spočívá v definování práv a povinností mezi rodičem a dítětem. Základní podmínka pro komparaci je tedy splněna, protože v právu lze srovnávat pouze instituty, které plní stejnou funkci.[3] Možnost takového srovnávání a jeho účelnost dokládá například abstrahování obecných principů právě na základě srovnání právních úprav v této oblasti provedené například v *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*.[4]

Tento příspěvek srovnává současnou a historickou právní úpravu institutů zahrnujících práva a povinnosti rodičů k dítěti na území České republiky, Slovenska a Polska. Důvod výběru právě těchto právních řádů spočívá ve skutečnosti, že v padesátých a na počátku šedesátých let dvacátého století byla oblast rodiněprávních vztahů na území Československa a Polska regulována prakticky totožnými právními úpravami.[5] V šedesátých letech došlo však v obou zemích k přijetí nových zákonů, v jejichž důsledku se právní úpravy ve sledovaných zemích oddálily. Zdá se, že tato tendence navíc přetrvává do současnosti, když došlo k vzdálení právní úpravy slovenské od české, a to přijetím nového slovenského rodiněprávního kodexu v roce 2005. Sluší se dodat, že do jisté míry tento příspěvek

[1] Srov. Blair, M., Weiner, M.H.: Introduction: Resolving Parental Custody Disputes--A Comparative Exploration. Family Law Quarterly, 2005, Vol. 39, No. 2, s. 247 a násl.

[2] O tom svědčí například variabilita odpovědí na dotazníky CEFL týkající se zbavení nebo omezení rodičovských práv (discharge of parental responsibilities) (Q 51-54). Dostupné z http://www.ceflonline.net/.

[3] Zweigert, K., Kötz, H.: Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon, 3. vydání, 1998, s. 34

[4] Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities [online] [cit. 10.11.2009]. Dostupné z http://www.ceflonline.net/Reports/Principles%20PR%20English.pdf

[5] Více k práci civilní subkomise Stálé československo-polské právnické komise např. Petrželka, K.: Perspektivy spolupráce československých a polských právníků. Právník, 1949, č. 2, s. 59-60.

navazuje na práci autora srovnávající kriteria zakotvená v zkoumaných právních řádech pro rozhodování o výchově nezletilých dětí.[6]

Prověříme platnost závěrů učiněných M. Antokolskou, která ve své práci došla ke zjištění, že v současnosti existuje obecná tendence ke změnám a „modernizaci" rodinného práva napříč Evropou, jakkoliv není pravděpodobné, že by tato tendence mohla sama o sobě způsobit dosažení nějaké finální společné podoby rodinného práva.[7] Přitom však v rámci této tendence existují země, procházející vývojem rychleji a země, ve kterých dochází ke změnám se zpožděním.[8] V příspěvku proto prozkoumáme, jakým vývojem do dnešních dnů instituty zahrnující práva a povinnosti rodičů k nezletilým dětem prošly a zda opravdu neexistuje předpoklad k jejich brzkému a opakovanému sblížení.

Zjistíme, jakým vývojem prošly právní úpravy týkající se nabytí práv a povinností rodiče k dítěti a jakým způsobem se měnil obsah těchto práv a povinností. Pro účely tohoto příspěvku bylo totiž nutné vybrat pouze některé aspekty dotýkající se práv a povinností rodiče k dítěti. Mimo zvolené by bylo možné se zaměřit na otázky jako kdy a jakým způsobem práva a povinnosti rodiče k dítěti zanikají, která práva a povinnosti stojí vně institutu a z jakých důvodů a jakým způsobem do práv a povinností rodiče může zasáhnout státní moc. Nicméně takto podrobná analýza, jakkoliv by byla potřebná, přesahuje rozsahové možnosti konferenčního příspěvku. Příspěvek uzavřeme syntetickým závěrem, ve kterém prověříme, zda byla teoretická východiska, na kterých příspěvek stojí, potvrzena.

Obecně k vývoji právní úpravy práv a povinností rodičů k dětem na území Československa a Polska

Na území Československé republiky (dále jen „ČSR") došlo nabytím účinnosti zákona č. 265/1949 Sb., o právu rodinném (dále jen „ZPR") dne 1. 1. 1950 k revolučním změnám v oblasti právní úpravy rodinných vztahů.[9]

---

[6] Kornel, M.: Kritéria pro rozhodování o výchově nezletilého dítěte. Právní fórum, Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, č. 7, s. 281-287 nebo Kornel, M Parental Custody Disputes: Criteria Used by the Courts in Central Europe. In Volumul Conferenței Internaționale a Doctoranzilor în Drept organizată de Facultatea de Drept și Științe Andministrative din cadrul Universității de Vest din Timisoara și Centul European de Studii și Cercetări Jurisdice Timişoara 16-18 iulie 2009. Romania : Wolters Kluwer, 2009. od s. 353-360.

[7] Antokolskaia, M.: Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, s. 497-501.

[8] Tamtéž.

[9] K tomu např. Bělovský, P.: Rodinné právo. In Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.).: Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 65-71 nebo Kolektiv autorů. Právo rodinné. Karlova univerzita v Praze: Praha, 1961, p. 6-12.

Zvláště významnou skutečností je, že teprve přijetím ZPR došlo ke sjednocení právní úpravy v oblasti rodiny, když ZPR nahradil Obecný zákoník občanský, v té době účinný v českých zemích, a bývalé uherské právo, založené převážně na normách zvykového práva užívané na území Slovenska.[10] Jedna z nejpodstatnějších změn se významně dotkla právě oblasti úpravy práv a povinností rodičů k jejich dětem. Byl opuštěn dosavadní model otcovské moci, jehož kořeny sahají až k římskému právu (*patria potestas*), a v duchu rovnosti ženy a muže jim oběma právo přiznalo ve vztahu k dítěti *rodičovskou moc*. Tato byla upravena především v §§ 52-62 ZPR. Zároveň již zákon nerozlišoval mezi dětmi manželskými a nemanželskými. Obdobný význam jako ZPR pro ČSR mělo v Polsku přijetí rodinného kodexu v roce 1950 s účinností k 1. 10. 1950 (dále jen „KR“).[11] V Polsku přitom byla situace před přijetím nové úpravy poněkud složitější, když předchozí právní úprava byla podstatně roztříštěnější. Od znovunabytí faktické suverenity Polska v roce 1918 se na jeho území uplatňovaly v oblasti práv a povinností rodičů k dětem především vlivy Code Napoleon, Německého občanského zákoníku (Deutsches Buergerliches Gesetzbuch), občanského práva carského Ruska a také Rakouského Všeobecného občanského zákoníku (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) z roku 1811.[12]

Vzhledem k téměř naprosté totožnosti ZPR a KR nepřekvapí, že od účinnosti KR byla rodičovská práva a povinnosti na území Polska rovněž zahrnuta do institutu rodičovské moci (*władza rodzicielskia*). Rodičovská moc byla upravena zejména v článcích 53-63 KR a za dobu své účinnosti nedoznala právní úprava v této oblasti žádných změn.

S účinností od 1. 4. 1964 byl na území Československé socialistické republiky (dále jen „ČSSR) ZPR nahrazen novým právním předpisem a to zákonem č. 94/1963 Sb., o rodině (dále „ZOR“). ZOR byl typickým produktem tehdejšího zákonodárství a ideologické základy, na kterých byl

[10] Hrušáková, M., Králíčková, Z. České rodinné právo. Brno: Doplněk, 3. vydání, 2006, s. 22-24.

[11] Ustawa z dnia 27 czerwca 1950 r. Kodeks rodzinny. Dziennik Ustaw z 26.6.1950 Nr 034 poz. 308. Dostupné z http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19500340308.

[12] K tomu podrobně např. Nagorski, Z.: Codification of Civil Law in Poland (1918-1939). In Komarnicki,W a kol.. Studies in Polish and Comparative Law. Londýn: Stevens & Sons Limited, 1945, s. 45 a násl. nebo pro oblast uzavírání manželství Alexandrowitz, K.: Marriage Law in Poland: A Problem of Comparative Law. In Komarnicki,W a kol.. Studies in Polish and Comparative Law. Londýn: Stevens & Sons Limited, 1945, s. 156 a násl. Oboje dostupné z http://ia351404.us.archive.org/0/items/studiesinpolishc00poliuoft/studiesinpolishc00poliuoft.pdf.

stavěn, jsou v jeho textu nepřehlédnutelné.[13] Typickým příkladem je § 30 ZOR, který stanovil, že o výchovu dětí pečují v nerozlučné jednotě rodiče, stát a společenské organizace, zejména Československý svaz mládeže a jeho pionýrská organizace. Zákon o rodině takřka zcela opustil právní konstrukci zahrnující práva a povinnosti rodiče v jeden institut, neboť nadále užíval pouze obecný termín *práva a povinnosti rodičů*. Právní úprava těchto práv a povinností byla obsažena zejména v §§ 32-40 ZOR.

Nedlouho po Československé socialistické republice došlo k přijetí nové úpravy rodinného práva také v Polsku. Konkrétně se jednalo o zákoník o rodině a poručnictví (dále „KRO“) účinný od 1. 1. 1965.[14] Polská úprava, na rozdíl od československé, nadále zachovala institut rodičovské moci (*władza rodzicielskia*), který byl převážně normován čl. 92-113 KRO.

Ustanovení ZOR týkající se rodičovských práv a povinnosti sice přežila v prakticky nezměněné podobě tak zásadní dějinné události jakými byly Sametová revoluce v roce 1989, rozdělení České a Slovenské Federativní Republiky a vznik samostatné České republiky a Slovenské republiky v roce 1993, avšak v roce 1998 nabyla v České republice účinnosti „velká novela zákona o rodině“ provedená zákonem č. 91/1998 Sb. Touto novelou byly právní vztahy mezi rodiči a dětmi dotčeny velmi významně. Od 1. 8. 1998 byla opět většina práv a povinností rodiče k dítěti upravena podstatně systematičtěji a zahrnuta do jednoho právního institutu, kterým je *rodičovská zodpovědnost*. Na území Slovenska se práva a povinnosti rodiče k nezletilému dítěti dočkaly nové úpravy teprve přijetím zákona č. 36/2005 Z. z., o rodine (dále „SZOR“) a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ovšem i tento zákon zůstal u práv a povinností a nevrátil se k terminologii, která by práva a povinnosti zahrnutá do jednoho institutu významně odlišila od ostatních práv a povinností rodiče k dítěti. Oproti tomu v Polsku zůstávala právní úprava rodičovské moci až na drobné novelizace do listopadu 2008, kdy byla přijata rozsáhlá novela rodinného kodexu, která nabyla účinnosti v červnu 2009 a významně se dotkla také úpravy rodičovské moci.[15]

V České republice již byl dokončen návrh nového občanského zákoníku, který by měl obsahovat také právní úpravu dosud obsaženou v ZOR a v jeho rámci je navrhována změna označení institutu rodičovská zodpovědnost na

---

[13] Srov. Bělovský, P.: Rodinné právo. In Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.).: Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2009, s. 466

[14] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Dziennik Ustaw z 5 marca 1964 Nr 9 poz. 59.

[15] Ustawa z dnia 6 listopada 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks rodzinny i opiekuńczy oraz niektórych innych ustaw. Dziennik Ustaw z 12 grudnia 2008 Nr 220 poz. 1431.

rodičovská odpovědnost.[16] Změna terminologie je dána celkovou koncepcí a pojetím odpovědnosti v novém občanském zákoníku.[17] Také na Slovensku byly započaty rekodifikační práce, ale zatím není zcela zřejmé, zda a k jakým změnám by mělo v této oblasti dojít.[18] Rovněž v Polsku byly zahájeny práce na novém civilním kodexu, přičemž dosud byla vydána jen tzv. zelená kniha, která shrnuje základní východiska nové úpravy a podle všeho institut rodičovské moci zůstane v Polsku zachován.[19]

Nabytí rodičovských práv a povinností

1950-1964. Podle § 55 odst. 1 ZPR a čl. 56 § 1 KR náležela rodičovská moc oběma rodičům. Rodiči dítěte byly vždy osoby určené jako otec a matka podle zákonných domněnek obsažených v ZPR a KR. Právní úprava stála na zásadě, že matka je vždy jistá, dokonce natolik jistá, že nebylo nutno tuto zásadu vyjádřit v textu zákona.[20] Matce tedy bez nejmenších pochybností náležela rodičovská moc již od narození dítěte. Pokud jde o rodičovskou moc otce, pak záleželo na tom, na základě které ze zákonných domněnek bylo jeho otcovství určeno. V případě, že byl za otce považován manžel matky nebo bylo otcovství určeno na uznáním otcovství se souhlasem matky, náležela otci rodičovská moc od okamžiku, kdy byl právně považován za otce dítěte. Pokud došlo k určení otcovství rozhodnutím soudu, musel soud rozhodnout, zda bude otci rodičovská moc ve vztahu k dítěti náležet (§ 55 odst. 3 ZPR a čl. 56 § 3 KR) a nenáležela tedy otci

---

[16] Viz § 798 a násl. vládního návrhu občanského zákoníku. [online] [cit. 17. 11. 2009] Dostupné z http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Vladni_navrh_obcanskeho_zakoniku_LRV_090430_final_s%20obsahem.pdf.

[17] Srov. Důvodová zpráva k návrhu občanského zákoníku. [online] [cit. 17. 11. 2009] Dostupné z http://obcanskyzakonik.justice.cz/tinymce-storage/files/Duvodova_zprava_OZ_LRV_090430_final.pdf, str. 198 a násl.

[18] Srov. Lazar, J., Kubíčková, G.: Rodinné právo v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku. In Winterová, A., Dvořák, J. (eds.): Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 283 a násl.

[19] Viz. Tégl, P.,: Zpráva o přípravě nového Kodeksu cywilnego v Polsku. In Winterová, A., Dvořák, J. (eds.): Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 553 a násl.

[20] Toto přesvědčení zákonodárce v České republice přetrvalo do „velké novely“ zák. č. 94/1963 Sb., o rodině, provedené v roce 1998, kdy byl do zákona vložen § 50a určující za matku dítěte ženu, která jej porodila. Na Slovensku do roku 2005, tedy do účinnosti nového zákona o rodině (§ 82) a v Polsku dokonce do roku 2009, kdy nabyla účinnosti novela rodinného kodexu, kterou byla vložena nová ustanovení čl. 61/9, když v obou zemích zákonodárce rovněž výslovně stanovil, že matkou dítěte je žena, která jej porodila.

automaticky. Výjimku z výše uvedených pravidel představovala situace, kdy jeden z rodičů, případně oba, nebyli svéprávní. Nesvéprávným byl rodič nezletilý, zbavený svéprávnosti zcela nebo částečně, případně rodič, který pro duševní poruchu nebyl schopen si své záležitosti obstarat sám buď vůbec nebo náležitě (v ČSR podle zákona č. 141/1950 Sb., občanský zákoník a v Polsku dle Ustawy z dnia 18 lipca 1950 r. Przepisy ogólne prawa cywilnego, Dz.U. 1950 nr 34 poz. 311).

1964-1998. V ČSSR náležela od účinnosti ZOR veškerá práva a povinnosti ve vztahu k dítěti ve smyslu § 34 odst. 1 ZOR od narození dítěte jeho oběma právním rodičům. Kdo je právní rodič dítěte určovaly zákonné domněnky obsažené v ZOR, avšak nově od účinnosti ZOR náležela práva a povinnosti rodiče k dítěti zásadně i otci, jehož otcovství bylo určeno soudem na základě třetí domněnky otcovství. Rodičovská práva však neměl dle § 34 odst. 2 ZOR ten rodič, který neměl způsobilost k právním úkonům v plném rozsahu. Tedy dle zákona č. 40/1964 Sb. osoba nezletilá, nebo osoba omezená či zbavená způsobilosti k právním úkonům pro duševní poruchu nebo v důsledku užívání alkoholických nápojů nebo omamných prostředků a jedů.

V Polsku nová právní úprava rodičovské moci účinná od roku 1965 vycházela, pokud se jedná o její nabývání rodiči nadále z norem obsažených v starším KR, proto rodičovská moc náležela automaticky právním rodičům nezletilého dítěte od okamžiku narození (čl. 92 a čl 93 § 1 KRO) s výjimkou otce, jehož otcovství bylo určeno soudním rozhodnutím. V takovém případě otci náležela rodičovská moc pouze v případě, že mu ji soud rozhodnutím přiznal (čl. 93 § 2 KRO). Rodičovská moc dále nenáležela rodiči, který nebyl plně způsobilý k právním úkonům (čl. 94 § 1 KRO).

1998 - současnost. „Velká novela“ ZOR se přinesla v ČR pro oblast nabývání rodičovské zodpovědnosti oproti předchozí úpravě nabývání rodičovských práv a povinnosti v podstatě pouze jednu významnou novinku spočívající v tom, že i rodiči, který nemá způsobilost k právním úkonům v plném rozsahu z důvodu nedostatku věku, mohl soud přiznat rodičovskou zodpovědnost ve vztahu k péči o dítě, pokud dosáhl 16 let a má potřebné předpoklady pro její výkon (§ 34 odst. 3 ZOR). Toto bylo odůvodňováno především skutečností, že nezletilí starší šestnácti let mohou sňatkem nabýt plnou způsobilost k právním úkonům, a tedy i rodičovskou zodpovědnost, dříve než dosažením osmnácti a vzhledem k tomu přistupovalo právo zbytečně odlišně k nezletilým rodičům mladším osmnácti let, kteří vstoupili a kteří nevstoupili do manželství. Nová úprava měla toto odlišné zacházení zmírnit.[21]

[21] Hrušáková, M. a kol.: Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009, s. 131 a 132.

Slovenská úprava rodinného práva přijatá v roce 2005 čerpá významně inspiraci v ZOR po změnách provedených „velkou novelou“. Proto není překvapením, že také dle § 29 SZOR, může soud za obdobných podmínek jako dle § 34 odst. 3 ZOR přiznat nezletilému rodiči rodičovskou zodpovědnost ve vztahu k osobní péči o nezletilé dítě.

Rozsáhlá novela rodinného kodexu účinná v Polsku od června 2009 se významně dotkla ustanovení čl. 93 § 2 KRO, týkající se rodičovské moci otce určeného rozhodnutím soudu. Nadále již rodičovská moc takovému otci automaticky náleží, soud má však možnost dle čl. 93 § 2 KRO v zájmu dítěte ve výroku určujícím rodičovství rozhodnout o ponechání rodičovské moci jednoho nebo obou rodičů v klidu, jejím omezení nebo zbavení. Nově také dle čl. 96 § 2 KRO, náleží částečně rodičovská moc i rodiči, který nemá plnou způsobilost k právním úkonům, neboť i ten může vykonávat běžnou péči o dítě a jeho výchovu, pokud soud s ohledem na zájem dítěte nerozhodne jinak.

Obsah institutů zahrnujících rodičovská práva a povinnosti

1950-1964. Dobová odborná literatura zastávala názor, že obsah rodičovské moci nelze vzhledem k její zvláštní povaze a k jejímu posláni vypočítávat dopodrobna nebo jej vyložit způsobem, který by její náplň zcela vyčerpal.[22] Literatura proto hovořila o tom, že soubor práv a povinnosti, které náležejí rodičům vůči dětem, tvoří s výjimkou povinnosti výživy, naplň moci rodičovské.[23] Neuzavřený výčet obsahu rodičovské moci byl obsažen v § 53 ZPR a čl. 54 KR, dle kterých rodičovská moc obsahovala zejména práva a povinnosti rodičů řídit jednání dětí, zastupovat je a pečovat o jejich majetek. Řízením dětí byla myšlena především péče o dítě, čímž se rozuměla péče o jeho fyzický a duševní rozvoj, tak aby dítě bylo připraveno přispívat svou prací ku prospěchu společnosti.[24] Zájem společnosti byl zákonem zdůrazňován opakovaně vedle zájmu dítěte, když například samotný výkon rodičovské moci měl být prováděn v souladu se zájmy společnosti (§ 53 ZPR a čl. 54 KR in fine). Z titulu rodičovské moci byli oba rodiče oprávněni zastupovat dítě při jednání, ke kterým dítě nebylo způsobilé (§ 57 odst. 1 ZPR a čl. 57 § 1 KR). Takové zastoupení však nebylo možné, pokud by se jednalo o jednání mezi dětmi samými nebo o jednání mezi dítětem a rodičem, s výjimkou jednání, která byla výlučně ku prospěchu dítěte. Pokud nemohl dítě zastoupit některý z rodičů, zastoupil jej soudem ustanovený opatrovník. Jde-li o úpravu správy majetku dítěte, ZPR a KR ukládal rodičům, aby majetek dítě spravovali s péčí řádného hospodáře a stanovil

[22] Kolektiv autorů.: Právo rodinné. Praha : Karlova univerzita v Praze, 1961, s. 80.

[23] Kolektiv autorů.: Právo rodinné. Praha : Karlova univerzita v Praze, 1961, s. 81

[24] Kolektiv autorů.: Právo rodinné. Praha : Karlova univerzita v Praze, 1961, s. 81

závazná pravidla pro nakládání s jeho výnosy (§ 58 ZPR a čl. 58 KR). Výnosy měly být primárně použity k výživě dítěte a jeho sourozenců, kteří s ním byly vychováváni a poté na úhradu jiných odůvodněných potřeb rodiny. Rodiče byly povinni vyúčtovat svou správu pouze na žádost dítěte a do jednoho roku od skončení správy, která končila zásadně zletilostí dítěte (§ 59 ZPR a čl. 59 KR). Podle československého práva byly z rodičovské správy zcela vyloučeny prostředky, které získal nezletilý jako odměnu za vlastní práci.[25]

1964-1998. ZOR rodičům v ČSSR přiznával práva a ukládal povinnosti pečovat o výchovu dítěte, jeho výživu, řídit jeho jednání a spravovat majetek, zastupovat nezletilé dítě a stýkat se s ním.[26] Zákon neobsahoval jasný výčet práv a povinností a tato navíc nebyla zahrnuta do jednoho právního institutu. ZOR byl navíc poznamenán ideologickým formováním, což dokládá například skutečnost, že dle ZOR bylo prvořadou povinností rodiče působit na citový, rozumový a mravní vývoj dětí v duchu zásad morálky socialistické společnosti (§ 31 ZOR). Navíc, jak již bylo zmíněno výše, tento úkol měl plnit v nerozlučné jednotě se státem a společenskými organizacemi, zejména Československým svazem mládeže a jeho pionýrskou organizací (§ 30 ZOR). Pokud se jedná o zastupování nezletilého, převzal ZOR prakticky zcela právní úpravu obsaženou v ZPR. Pouze bylo vypuštěno ustanovení, které umožňovalo rodiči zastoupit dítě, přestože byl dán střet zájmů, pokud jednání bylo výlučně ku prospěchu nezletilého. V duchu potlačení významu soukromého vlastnictví v socialistické, potažmo komunistické, společnosti nebyla správa majetku dítěte upravena výslovně a byla zahrnuta pod správu záležitostí dítěte. V tomto navázal ZOR na ZPR, neboť ještě více zeštíhlil úpravu, která byla už v ZPR obsažena jen velmi úsporně.[27] Marně bychom tak v ZOR hledali ustanovení řešící nakládání s výnosy majetku dítěte, toto bylo totiž zcela na uvážení rodičů.[28] Přestože mohl být nezletilý starší 15 let zaměstnán, nemohl již nadále rozhodovat o tom, jak naloží s odměnou získanou prací, protože toto bylo součástí správy záležitostí dítěte jeho rodiči.[29]

Dle polské úpravy obsažené v čl. 95 § 1 KRO rodičovská moc představuje souhrn práv a povinností rodiče pečovat o dítě, jeho majetek a výchovu. Navíc podle čl. 98 § 1 KRO jsou rodiče zákonnými zástupci dítěte, které se nachází v jejich rodičovské moci, a tedy mají právo a povinnost dítě zastupovat. Oproti KR doznala změn ustanovení týkající se správy majetku

[25] Glos, J., a kol.: Rodinné právo. Praha: Orbis, 1970, s. 157.

[26] Tamtéž, s. 152 a násl.

[27] Tamtéž, s. 157.

[28] Tamtéž, s. 157.

[29] Tamtéž, s. 157.

nezletilého dítěte, přestože převážná část předchozích ustanovení KR byly převzata do KRO, byla přidána některá další pravidla. Například nově mohli být rodiče dle čl. 102 KRO závětí nebo darovací smlouvou vyloučeni ze správy majetku, který dítě darováním nebo dědictvím nabylo. Zajímavé také je, že pokud náležela rodičovská moc pouze jednomu z rodičů, mohl mu soud uložit, aby předložil soupis majetku dítěte a informoval soud o významnějších změnách tohoto majetku (čl. 104 KRO). Úprava zastupování dítěte a péče o ně zůstala prakticky beze změny oproti KR.

1998 - současnost. „Velká novela“ ZOR, v jejímž důsledku se některá z práv a povinností rodiče vůči dítěti stala opět součástí jednoho právního institutu, systematizovala rodičovskou zodpovědnost do tří základních kategorií práv a povinností. Jedná se o práva a povinnosti rodiče k dítěti při péčí o nezletilé dítě, zejména péči o jeho zdraví, tělesný, citový, rozumový a mravní vývoj, při zastupování dítěte a při správě jeho jmění (§ 31 ZOR). Mimo rodičovskou zodpovědnost pak stojí především práva a povinnosti rodiče k dítěti v souvislosti s jeho výživou, volbou jména, souhlasem s osvojením nebo prohlášením rodičovství. V důsledku přechodu k tržnímu hospodářství a obnovení významu soukromého vlastnictví vyvstala pochopitelně potřeba nově a důkladněji upravit správu majetku dítěte. Po „velké novele“ jsou tak rodiče povinni pečovat o majetek nezletilého s péčí řádného hospodáře, výnosy dítěte musejí být použity primárně na potřeby jeho výživy a teprve poté k úhradě potřeb rodiny. Samotný kmenový majetek dítěte však může být dotčen, pouze pokud by došlo k nezaviněnému a hrubému nepoměru mezi poměry rodičů a dítěte (§ 37a ZOR). Byla znovu zakotvena povinnost rodičů vyúčtovat hospodaření s majetkem dítěte na jeho žádost do jednoho roku od skončení správy. Navíc soud může na základě vlastního uvážení ustanovit pro ochranu jmění dítěte opatrovníka, pokud by mohly být jinak majetkové zájmy dítě ohroženy (§ 37b ZOR).

Úprava přijatá v roce 2005 na Slovensku rovněž vyjádřila potřebu blíže a jasněji vymezit, co je obsahem rodičovských práv a povinností. Rodičovská práva a povinnosti tak tvoří dle § 28 SZOR právní institut zahrnující především péči o výchovu, zdraví, výživu a všestranný vývoj nezletilého dítěte, zastupování nezletilého a správu jeho majetku. Problém z hlediska terminologie i praxe může činit skutečnost, že existují také další práva a povinnosti rodičů k dítěti, která nejsou do tohoto institutu zahrnuta, například vyživovací povinnost.[30] Je proto s podivem, že v demonstrativním výčtu § 28 SZOR je povinnost pečovat o výživu dítěte zahrnuta. Pokud se jedná o správu majetku dítěte, jsou pravidla obsažená v SZOR prakticky stejná jako v ZOR s jedinou výjimkou týkající se vyúčtování hospodaření s majetkem dítěte a předání majetku. K odevzdání majetku dítěti je rodičům stanovena lhůta 30 dnů po dosažení zletilosti a povinnost rodičů vyúčtovat

[30] Viz Cirák, J., Pavelková, B., Štěvček, M.: Rodinné právo. Šamorín: Heuréka, 2008, s. 113-119.

hospodaření s tímto majetkem končí nejdříve uplynutím tří let od ukončení správy (§ 32 SZOR). Právní úprava § 33 SZOR týkající se opatrovníka majetku dítěte (*majetkový opatrovník*) se velmi podobá § 37b ZOR.

Novelizace účinná v Polsku od června 2009 se dotkla rovněž ustanovení normujících obsah rodičovské moci. Především byla v textu KRO na několika místech zdůrazněna role dítěte, jeho práv a význam jeho názoru pro výkon rodičovské moci (čl. 95 §§ 1, 4 KRO). Dále byla odlišně upravena povinnost rodiče předložit soudu seznam majetku dítěte, když nyní podle čl. 104 § 1 KRO může soud uložit rodičům povinnost předložit tento seznam i v případě, kdy rodičovská moc nenáleží pouze jednomu z nich. Tato nová úprava je mimo jiné důsledkem změny koncepce následků rozvodu a faktické nebo právní separace rodičů na rodičovskou moc. Novelizace totiž, mimo jiné, sledovala korekci současné situace, kdy rodičovská moc v těchto situacích náleží pouze jednomu z rodičů.[31] Tím docházelo často k vyloučení jednoho z rodičů, zpravidla otce, ze života dítěte.[32]

Závěry

Z výše podaného výkladu je zjevné, že institucionalizace rodičovských práv a povinností prošla v posledních sto letech významnou proměnou. Zaměřme se nyní ve stručnosti na projevy sbližování a rozcházení rodinného práva, které je možné z výkladu podaného ke sledovaným zemím vypozorovat.

Především od padesátých let byly zrovnoprávněni muž a žena, kteří jsou právními rodiči dítěte, ve výkonu těchto práv a povinností. Avšak po jistou dobu se muž, jehož otcovství bylo určeno soudem a muž - otec, jehož otcovství bylo určeno jinak, nenacházeli ve stejném postavení. Institucionalizovaná práva a povinnosti totiž nenáleželi soudně určenému otci automaticky, ale pouze pokud mu je přiznal soud. Jako první od této koncepce odstoupilo československé právo v roce 1964 a téměř o 50 let později také polské právo, v důsledku novely KRO účinné v roce 2009.

Všechny sledované úpravy také stanovily, že rodičovská práva a povinnosti v institucionalizované podobě náleží rodiči, který je sám plně způsobilý právně jednat. Přitom způsobilost k právnímu jednání byla a je upravena předpisy občanského práva. Poté „velká novela“ ZOR přinesla do českého práva v roce 1998 rozšíření subjektů - nositelů rodičovské zodpovědnosti ve vztahu k péči o nezletilé dítě také na nezletilé rodiče, kteří jsou starší šestnácti let, pokud jim takto rodičovskou zodpovědnost přizná soud. Nasledně, v roce 2005, bylo „předčasné“ nabytí rodičovských práv a

[31] Kornel, M.: Kritéria pro rozhodování o výchově nezletilého dítěte. Právní fórum, Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, č. 7, s. 284-285.

[32] Viz Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości - z upoważnienia ministra - na zapytanie nr 2960. [online] [cit. 18. 11. 2009] http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/33637022.

povinností obdobně upraveno také na Slovensku. V roce 2009 dokonce i polská právní úprava výslovně připustila, aby se na péči o nezletilé dítě podílel i rodič, který nemá plnou způsobilost k právnímu jednání.

Pokud se jedná o samotná práva a povinnosti, která jsou zahrnuta do zkoumaných právních institutů, můžeme i zde vypozorovat tendence k oddalování a sbližování. Především je třeba upozornit, že československá úprava v roce 1964 téměř zcela opustila institucionalizovanou podobu těchto práv a povinností, aby se k nim v roce 1998 již samostatná Česká republika vrátila, následována Slovenskem v roce 2005. Pokud vezmeme v potaz otázku správy majetku dítěte, která tradičně tvoří jeden ze základních stavebních kamenů rodičovských práv, i zde československá úprava v padesátých a především v šedesátých letech téměř zcela rezignovala na její normování, aby následně došlo v letech 1998 a 2004 k částečnému návratu k pravidlům používaných v ZPR z roku 1949 a jejich rozšíření. Vzhledem k inspiraci slovenského zákonodárce v české úpravě provedené „velkou novelou" došlo rovněž přijetím slovenského zákona o rodině v roce 2005 k převzetí právní úpravy správy jmění nezletilého s drobnými výjimkami, jako například lhůty k předání majetku dítěti po dosažení zletilosti nebo lhůt týkajících se povinnosti rodiče vyúčtovat správu tohoto majetku.

V neposlední řadě došlo v letech 1998 v České republice a 2004 na Slovensku k depurizaci práva od ideologického nánosu, který na rodiněprávních předpisech ulpěl především v šedesátých letech dvacátého století. Vzhledem k tomu, že na polské úpravě z šedesátých se ideologické působení neprojevilo v tak značné míře jako v Československé socialistické republice, nebyl stejný postup v Polsku zcela nutný, přesto se do jisté míry projevil v novelizaci účinné v roce 2009.

Tento příspěvek jasně prokázal, že existuje tendence ke sbližování právních úprav ve sledované oblasti. V tomto ohledu by měly tuto tendenci potvrdit nové civilní kodexy, jejichž příprava v České republice, na Slovensku a v Polsku započala nebo byla dokončena. Vzhledem k tomu, že komplexní podoby se dosud dočkal pouze český nový občanský zákoník, není možné prověřit tento předpoklad již nyní. Tendence ke sbližování právních úprav bude však patrná, dokud budou ve středoevropském prostoru působit na podobu rodinného práva podobné faktory.[33]

Literature:

- Alexandrowitz, K.: Marriage Law in Poland: A Problem of Comparative Law. In Komarnicki,W a kol. Studies in Polish and Comparative Law. Londýn: Stevens & Sons Limited, 1945

[33] Srov. Antokolskaia, M.: Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, s. 512.

- Antokolskaia, M.: Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006
- Bělovský, P.: Rodinné právo. In Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.).: Komunistické právo v Československu. Kapitoly z dějin bezpráví. 1. vyd. Brno : Masarykova univerzita, 2009
- Blair, M., Weiner, M.H.: Introduction: Resolving Parental Custody Disputes--A Comparative Exploration. Family Law Quarterly, 2005, Vol. 39, No. 2
- Glos, J., a kol.: Rodinné právo. Praha: Orbis, 1970
- Hrušáková, M. a kol.: Zákon o rodině. Zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání, Praha: C. H. Beck, 2009
- Hrušáková, M., Králíčková, Z. České rodinné právo. Brno: Doplněk, 3. vydání, 2006
- Kolektiv autorů.: Právo rodinné. Praha : Karlova univerzita v Praze, 1961
- Kornel, M Parental Custody Disputes: Criteria Used by the Courts in Central Europe. In Volumul Conferenței Internaționale a Doctoranzilor în Drept organizată de Facultatea de Drept şi Ştinţe Andministrative din cadrul Universității de Vest din Timisoara şi Centul European de Studii şi Cercetări Jurisdice Timişoara 16-18 iulie 2009. Romania : Wolters Kluwer, 2009
- Kornel, M.: Kritéria pro rozhodování o výchově nezletilého dítěte. Právní fórum, Praha : Wolters Kluwer ČR, a. s., 2009, č. 7
- Lazar, J., Kubíčková, G.: Rodinné právo v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku. In Winterová, A., Dvořák, J. (eds.): Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009
- Nagorski, Z.: Codification of Civil Law in Poland (1918-1939). In Komarnicki,W a kol.. Studies in Polish and Comparative Law. Londýn: Stevens & Sons Limited, 1945
- Petrželka, K.: Perspektivy spolupráce československých a polských právníků. Právník, 1949, č. 2

- Tégl, P.,: Zpráva o přípravě nového Kodeksu cywilnego v Polsku. In Winterová, A., Dvořák, J. (eds.): Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s
- Zweigert, K., Kötz, H.: Introduction to Comparative Law. Oxford: Clarendon, 3. vydání, 1998

Contact – email
mkornel@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INSTITUTY NÁHRADNÍ RODINNÉ PÉČE

ZDEŇKA KRÁLÍČKOVÁ

Masarykova universita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Záhy po komunistickém převratu v roce 1948 došlo k likvidaci pěstounské péče, a to zákonodárcem. V důsledku kolektivizace na všech úrovních – a také, žel, kolektivizace výchovy dětí, jež vedla v adoraci ústavní výchovy a v potlačení tradičních institutů náhradní péče o dítě v lidově-demokratickém zákoně o právu rodinném z pera společné československo-polské komise i v jeho nástupci z šedesátých let, bylo na pěstounskou péči zcela zapomenuto, podobně jako na jiné „buržoazní přežitky“. V literatuře se lze setkat s výstižným názorem charakterizujícím koncepci institutů náhradní rodinné péče v zákoně o rodině z šedesátých let slovy „juristické odchýlení od tradičního právnického pojmosloví“ s cílem „zahlušit pravý stav věci.“ Nicméně, později - díky hlasům odborníků z praxe - našla pěstounská péče v rodinných kodexech své zakotvení, které však není zcela bez problémů, zejména ve vazbě na institut svěření dítěte do péče jiné fyzické osoby než rodiče. Cílem příspěvku je poukázat na klady i zápory, na společné znaky i na celou řadu odlišností jednotlivých právních úprav v historických souvislostech.

Key words in original language
Pěstounská péče; Tradice; Komunistický převrat v roce 1948; Kolektivizace péče o děti; Návrat k tradičním institutům.

Abstract
After the communist take-over, the institution of foster care was canceled by the lawmaker. Due to collectivezation on the all levels, and unfortunately on the level of child´s care, the foster care was abandoned by the law maker of the Act on the Family Law from 1949 created by the common Czechoslovak-Polish commission and the Act on the Family. Later on - thanks to professionals, the foster care founded again its place in legal order. However, it was not without problems, especially in the relation with child´s custody. The contribution is focused on positives and negatives of Czech, Slovak and Polish acts regarding fostering and child´s custody in their historical consequences.

Key words
Foster care; Child´s custody; Tradition; Communist take over in 1948; Collectivization; Come back; Traditional institutions.

1. ÚVOD

O rodinném právu se obecně traduje, že je nejméně vhodným odvětvím pro harmonizaci, resp. unifikaci. Rodinné právo bývá označováno za zrcadlo

společnosti té které země, které není možné měnit dne ze dne, revolučně, nota bene experimentálními instituty.

Jak již bylo konstatováno v úvodním příspěvku,[1] jednotlivé instituty vytvořené československo-polskou komisí dnes hodnotíme spíše pozitivně (např. rozvod s možností upuštění od výroku o vině, zákonné společenství majetkové), u jiných – zejména institutů náhradní rodinné péče, žel, nezbývá než předznamenat, že jsou poplatné době svého vzniku.[2] Nicméně, je všeobecně známo, že československo-polská komise stála před nelehkým úkolem. Měla za úkol unifikaci velmi rozdílných právních úprav v zemích s rozličnou právní kulturou a tradicemi a – jde-li o toto dílčí téma, o věc značně politizovanou. Žel, v rámci tzv. právnické dvouletky bylo přehlíženo, že dítě je neoddělitelnou součástí své přirozené rodiny[3] a nebylo navázáno na civilizační tradice založené obecným občanským zákoníkem, který osobní péči o dítě jinou osobou než rodičem upravoval pomocí institutu převzetí do schovanství (srov. § 186 o. z. o.). Z české dobové literatury se podává, že se osoba pečující o dítě se nazývala pěstoun,[4] že „adopcí není ještě pouhý poměr schovanecký" a že ti, kteří se dítěte ujali „nejsou zase oprávněni zadržovati dítě vlastním jeho rodičům, kteří snad později se o ně hlásí"[5] a že „rodičové po případě zákonný zástupce mohou dítě kdykoli požadovati zpět …".[6]

Jde-li o Slovensko, v literatuře bylo uvedeno, že „individuální péči o nezletilé vykonávala až do r. 1930 Slovenská divize ČSČK se svými místními spolky".[7] Posléze bylo možné nezletilé dítě svěřit do péče

---

[1] Srov. *Králíčková, Z.:* Rodinné právo včera, dnes a zítra. Viz tento elektronický sborník.

[2] K tomu srov. *Knapp, V.*: Proměny času. Praha: Prospektum, 1998; *Anonymus (hlavní redaktor V. Knapp)*: Právo rodinné. Praha, Státní pedagogické nakladatelství, 1961; *Petrželka, K.:* Perspektivy spolupráce československých a polských právníků. Právník, 1949, č. 2, s. 59 – 60. Z nejnovější literatury *Fiedorczyk, P.:* Czechoslowacka droga do kodifikacji prawa rodzinnego (1919 – 1949). V tisku; *Fiedorczyk, P.:* Československo-polská spolupráce v unifikaci a kodifikaci rodinného práva po roce 1945. Viz tento elektronický sborník.

[3] Tak *Šabatová, A.:* Dítě je neoddělitelná součást rodiny. Náhradní rodinná péče, 2004, č. 3, s. 12 a násl.

[4] K tomu srov. komentář k tomuto ustanovení v díle *Rouček, F., Sedláček, J.:* Komentář k československému obecnému zákoníku občanskému a občanské právo platné na Slovensku a v Podkarpatské Rusi. Praha: Linhart, 1935, díl prvý, s. 912 a násl.

[5] Srov. *Tilsch, E.:* Rakouské právo občanské. Právo rodinné. Praha: Všehrd, 1908, s. 93-94.

[6] Viz *Krčmář, J.:* Základy přednášek o právu občanském. IV. Právo rodinné. Praha: Všehrd, 1927, s. 82.

[7] Srov. *Schiller, M. a kol.:* Péče o děti v ČSSR. Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1971, s. 14.

pěstouna. Z historických pramenů se dále podává, že „poměr schovanský je napodobením poměru rodičovského, ale jen faktickým napodobením, a všeobecně nemá právní následky“ a že „poručenský soud však může na pěstouna přenést jednotlivá rodičovská oprávnění“.[8]

Nelze zastírat, že vedle snahy o vymícení vykořisťování cizích chudých dětí,[9] zejména na venkově, bylo československo-polskou komisí navazováno na politická rozhodnutí, která záhy po komunistickém převratu v důsledku kolektivizace na všech úrovních – a také, žel, kolektivizace výchovy dětí, vedla k adoraci ústavní výchovy. Tím došlo k potlačení tradičních institutů náhradní péče o dítě, alespoň jde-li o dnešní Česko, a z právního řádu se tiše vytratil nominální (pojmenovaný) institut individuální osobní péče o dítě, institut pěstounské péče zavržený jako buržoazní přežitek.[10]

Odpovědi na mnohé otázky lze vyčíst z důvodové zprávy[11] k výsledku činnosti československo-polské komise a z dobové literatury. Jde o náročnou práci pro historiky. Nicméně, chceme-li lépe porozumět současné právní úpravě a seriózně hovořit o rekodifikaci,[12] nezbývá než se pro účely

---

[8] Tak *Luby, S.:* Základy všeobecného súkromného práva. 3. vyd. Šamorín: Heuréka, 2002, s. 228.

[9] Tak v díle *Schiller, M. a kol.:* Péče o děti v ČSSR. Op. cit., s. 19.

[10] Tak *Radvanová, S.:* Jak dál v náhradní péči o dítě. K některým aktuálním otázkám. Justiční praxe, 2002, č. 6, s. 375 a násl.

[11] Jde-li o důvodovou zprávu, viz *Andrlík, J., Blažke, J., Kafka, A. (eds.):* Komentář k zákonu o právu rodinném. Praha: Orbis, 1954, s. 13 a násl. - Obecná část důvodové zprávy.

[12] V Česku se započalo s rekodifikačními pracemi v důsledku věcného záměru Ministerstva spravedlnosti (č.j. 2623/00-L ze dne 29. ledna 2001), ze kterého vyplývá snaha o vytvoření evropského kontinentálního civilistického pojetí rodinného práva. Rodinněprávní normy byly začleněny do druhé části paragrafovaného pracovního znění návrhu rekodifikovaného soukromoprávního kodexu. K tomu srov. *Eliáš, K., Zuklínová, M.:* Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001, a řadu časopiseckých studií z pera hlavních zpracovatelů. Jde-li o současný stav rekodifikačních prací v Česku, resp. text vládního návrhu nového občanského zákoníku, srov. www.psp.cz, sněmovní tisk č. 835, V. volební období.

Ze slovenské literatury ve věci potřeby rekodifikace rodinného práva, srov. zejména *Arnoldová, M.:* Rodinné právo a jeho miesto v systéme právného poriadku. Justičná revue, 2003, č. 10, s. 860 – 862, s odkazem na díla *Luby, Š.:* Dejiny súkromého práva na Slovensku. Bratislava, 1946, s. 15, ze kterého se podává *„Rodinné právo je súčasťou občianského práva. V rámci občianského práva rodinné právo vzniklo a vyvíjalo sa. To platí aj pre vývoj rodinného práva na území dnešného Slovenska …“*, a *Glos, J. a kol.:* Rodinné právo. Obzor, Bratislava, 1975, s. 9 – 10. Také srov. *Lazár, J.:* K niektorým koncepčným otázkám rekodifikácie súkromého práva. Justičná revue, 2001, č. 1, s. 11, a především *Kubíčková, G.:* Perspektivy rozvoja rodinného práva. Justičná revue, 2001, č. 2, s. 25. Pokud jde o aktuální vývoj na Slovensku, viz *Lazár, J. (ed.):* Návrh legislatívneho

tohoto příspěvku zabývat alespoň základními historickými mezníky a jejich legislativními výstupy.

Cílem tohoto příspěvku je proto analyzovat účel a podstatu jednotlivých institutů náhradní rodinné péče po roce 1948 v bývalém Československu a v Polsku a zamyslet se nad jejich účelem, jde-li o jejich sbližování a rozcházení, zejména ve vazbě na judikaturu Evropského soudu pro lidská práva.

2. K JEDNOTLIVOSTEM

Léta 1950 - 1964

Jde-li o český a slovenský zákon o právu rodinném (srov. 265/1949 Sb., 265/1949 Zb.,) a polský kodeks rodzinny (zákon ze dne 27. 6. 1950, Nr. 034), v obecné rovině je třeba říci, že vedle institutu osvojení tyto kodexy neupravovaly jakýkoli institut náhradní rodinné péče. Pokud rodiče dítěte nemohli, neuměli anebo nechtěli své dítě vychovávat, a současně nebylo možné rozhodnout o jeho osvojení (nově pojímaném jako přijetí cizího nezletilého dítěte za vlastní), dítě muselo být umístěno především do ústavu. Tak stanovil výslovně zákon o sociálně-právní ochraně dětí slovy „Je-li třeba dítě svěřit do péče nahrazující péči rodičů, bude umístěno zásadně do péče kolektivní; jinak lze dítě umístit jen v rodině, která skýtá záruku, že dítě bude vychováno k lásce k lidově demokratickému státu, a která je schopna mu poskytnout prostředí příznivé po všech stránkách pro jeho rozvoj, a to zpravidla u toho, kdo dítě osvojí“ (srov. § 9 zákona č. 69/1952 Sb., resp. Zb., novelizovaný zákonem č. 58/1955 Sb., resp. Zb.). Dodejme, že zákon o rodině žádný institut „umístění dítěte v rodině“ neznal a osvojení mezi blízkými příbuznými (prarodiči a vnuky, sourozenci) bylo a je důvodně z povahy věci vyloučeno.

Období 1964 - 1973

Nástupci kodexů z šedesátých let již ve věci institutů náhradní rodinné péče stanovili odlišně. Jak se podává z důvodové zprávy k českému a

---

zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravedlnosti, 2008 a nejnovější studii hlavních zpracovatelů návrhu nového občanského zákoníku *Lazar, J., Kubíčková, G.:* Rodinné právo v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku. In *Winterová, A., Dvořák, J. (eds.):* Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 283 a násl.

Jde-li o východiska rekodifikačních prací v Polsku, srov. *Radvański, Z. (ed.):* Zielona ksiega. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzecpospolitej Polskiej. Warszawa: Ministerstwo sprawiedliwości, 2006. V českém jazyce pak viz *Tégl, P.:* Zpráva o přípravě nového Kodeksu cywilnego v Polsku. In *Winterová, A., Dvořák, J. (eds.):* Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 553 a násl.

slovenskému zákonu o rodině (zákon č. 94/1963 Sb., dále jen ZOR, zákon č. 94/1963 Zb., dále jen SZOR), zákonodárce nepochybně přehodnotil chybu, kterou udělal při koncipování jeho předchůdce. Z odborné literatury můžeme ve věci „méně příznivých důsledků, vyplývajících z některých neuvážených reorganizačních snah" citovat následující hodnotící závěry: „Zejména jde o praktické nedocenění výchovné funkce rodiny, přecenění kolektivní výchovy, zvláště u dětí útlého věku, přezírání citové výchovy a lidské individuality a někdy přeorganizovanost, omezující volný čas a ohrožující přirozený vývoj".[13]

Nicméně, na tradiční, předpřevratové (1948) instituty nebylo výslovně navázáno. V české literatuře se lze setkat s výstižným názorem charakterizujícím novou koncepci zákonodárce z počátku šedesátých let slovy „juristické odchýlení od tradičního právnického pojmosloví" s cílem „zahlušit pravý stav věci."[14]

Zákonodárcem byl vytvořen institut svěření dítěte do výchovy jiného občana než rodiče (srov. § 45 odst. 1 ZOR, § 45 odst. 1 SZOR). Jeho systematické zařazení se z dnešního pohledu jeví jako problematické, neboť ve druhém odstavci téhož ustanovení byla upravena ústavní výchova. Podstatu zkoumaného institutu lze vystihnout slovy: individuální osobní péče o dítě v osobou odlišnou od rodiče, jejíž práva a povinnosti k dítěti vymezí soud. V praxi se jednalo zejména o právo a povinnost o dítě osobně pečovat, rozhodovat v běžných věcech dítěte, případně přijímat na dítě výživné a použít ho v zájmu dítěte.

V Polsku byla situace obdobná.

Rok 1973, resp. 1975

Jde-li o další vývoj, nelze nezmínit aktivity českých odborníků,[15] kteří se léta zasazovali o obrodu pěstounské péče u nás a vytvořili tak fakticky atmosféru, která přála vytváření tzv. velkých rodin ať už žijících individuálně, nebo soustředěných do dětských vesniček.[16] Dodejme jen, že

---

[13] Srov. *Schiller, M. a kol.:* Péče o děti v ČSSR. Op. cit., s. 21.

[14] Srov. *Glos, J.:* Pěstoun, macecha a otčím se stěhují do našeho rodinného práva. Právny obzor, 1970, s. 519 a násl.

[15] Za všechny jmenujme *Zdeňka Matějíčka, Josefa Langmaiera, Jiřího Dunovského, Jarmilu Koluchovou, Sentu Radvanovou* aj.

[16] K vývoji sociálně-právní ochrany a zejména institutů individuální náhradní péče u nás viz slova *Františka Brabence* v díle *Novotná, V., Burdová, E.:* Zákon o sociálně-právní ochraně dětí. Komentář. 3. vydání. Praha: Linde, 2007, s. 9 a násl., zejm. s. 14.

K aktuálním otázkám pak viz *Sobotková, I.:* Pěstounské rodiny: jejich fungování a odolnost. Praha: MPSV, 2003.

zákonodárce na požadavky z praxe posléze reagoval. V sedmdesátých letech došlo ke znovuzavedení pěstounské péče do českého, resp. československého právního řádu, ovšem v poměrně hybridní podobě (srov. zákon č. 50/1973 Sb., o pěstounské péči, zákon č. 50/1973 Zb. o pestúnskej starostlivosti).[17] Pěstounskou péči upravenou tímto zákonem bychom mohli charakterizována jako osobní dlouhodobou výchovu, resp. péči o nezletilé děti v případě, kdy rodiče nemohou dostát svým povinnostem, nelze uplatnit institut osvojení a ústavní výchova není vhodná (§ 1 cit. zák.). Jde-li o práva a povinnosti pěstouna, resp. společných pěstounů – manželů, zákon stanovil především osobní péči, obdobná práva a povinnosti rodičů; jde-li však o zastupování dítěte a správu jeho záležitostí, pak šlo jen o běžné záležitosti s možností obrátit se na soud, rozhodne-li zákonný zástupce dítěte nikoli v zájmu dítěte (srov. § 4 cit. zák.). Pěstounská péče byla od samého počátku pojata jako péče státem financovaná, což ovšem rodiče nezbavovalo vyživovací povinnosti k dítěti (hrazenou nepřímo státu).

Ve vazbě na přijetí tohoto zákona byl novelizován i zákon o rodině (a to zákonem č. 132/1982 Sb., zákonem č. 132/1982 Zb.). Od účinnosti novely bylo možné svěřit dítě také do společné péče manželům. Dále bylo stanoveno, že dítě může být svěřeno do pěstounské péče s tím, že podrobnosti stanoví zvláštní zákon (srov. § 45 odst. 2 ZOR, resp. SZOR).

Od přijetí zákona o pěstounské péči se traduje celá řada mýtů, ačkoli zákon dnes stanoví v mnoha věcech zcela odlišně, resp. je třeba vnímat lidskoprávní dimenzi rodinného práva. Jde především o mýtus dlouhodobosti pěstounské péče, pojímání pěstounské péče jako tzv. quasi osvojení bez možnosti styku dítěte s rodiči.[18]

Rovněž v Polsku byl přijat zákon, který zakotvil institut pěstounských rodin a možnost svěření dítěte do poručensko výchovné péče (srov. zákon Dz. U. 1975 Nr. 45) do rodinného zákoníku nazvaného kodex rodzinny a opiekuńczy (Dz. U. 1964 Nr. 9, viz nová ustanovení § 1121, 1122 - rodzina zastepcza).

Po roce 1989

Rok 1989 by ale měl být považován za mezník v diskontinuitě s dobou, kdy „právo bylo považováno za vůli vládnoucí třídy povýšenou na zákon.“ Jak v Česku, tak na Slovensku i v Polsku byly přijaty nové ústavy, přistoupeno

---

[17] Srov. *Radvanová, S., Zuklínová, M.:* Kurz občanského práva. Instituty rodinného práva. Praha: C. H. Beck, 1999, s. 142 a násl.

[18] K tomu v podrobnostech *Králíčková, Z.:* Pěstounská péče: mýty versus ústavně konformní interpretace a aplikace zákona s úvahami de lege ferenda. Právní rozhledy, 2008, č. 9, s. 309 a násl.; *Radvanová, S.:* „Mytologie“ náhradní péče o děti. In *Mitlöhner, M. (ed.):* Sborník referátů. 16. celostátní kongres k sexuální výchově v České republice. Praha: 2008, 120 - 122.

k celé řadě mezinárodních lidskoprávních úmluv a začalo se hovořit o potřebě rekodifikace základních pramenů,[19] [20] [21]včetně rodinných kodexů. Mnohé instituty začaly být interpretovány odlišně – v duchu mezinárodních úmluv a evropských tradic. Také došlo k přijetí mnoha dílčích novel, více či méně kontroverzních.[22]

Koncem roku 1992 bylo přistoupeno k rozdělení Československa. Nástupnické státy, Česko a Slovensko, přijaly nové ústavy[23] a právní řády se v mnohém začaly rozcházet. [24]

---

[19] V Česku se započalo s rekodifikačními pracemi v důsledku věcného záměru Ministerstva spravedlnosti (č.j. 2623/00-L ze dne 29. ledna 2001), ze kterého vyplývá snaha o vytvoření evropského kontinentálního civilistického pojetí rodinného práva. Rodinněprávní normy byly začleněny do druhé části paragrafovaného pracovního znění návrhu rekodifikovaného soukromoprávního kodexu. K tomu srov. *Eliáš, K., Zuklínová, M.:* Principy a východiska nového kodexu soukromého práva. Praha: Linde, 2001, a řadu časopiseckých studií z pera hlavních zpracovatelů. Jde-li o současný stav rekodifikačních prací v Česku, resp. o text vládního návrhu nového občanského zákoníku, srov. www.psp.cz, sněmovní tisk č. 835, V. volební období.

[20] Ze slovenské literatury ve věci potřeby rekodifikace rodinného práva, srov. zejména *Arnoldová, M.:* Rodinné právo a jeho miesto v systéme právného poriadku. Justičná revue, 2003, č. 10, s. 860 – 862, s odkazem na díla *Luby, Š.:* Dejiny súkromého práva na Slovensku. Bratislava, 1946, s. 15, ze kterého se podává *„Rodinné právo je súčasťou občianského práva. V rámci občianského práva rodinné právo vzniklo a vyvíjalo sa. To platí aj pre vývoj rodinného práva na území dnešného Slovenska …“,* a *Glos, J. a kol.:* Rodinné právo. Obzor, Bratislava, 1975, s. 9 – 10. Také srov. *Lazár, J.:* K niektorým koncepčným otázkám rekodifikácie súkromého práva. Justičná revue, 2001, č. 1, s. 11, a především *Kubíčková, G.:* Perspektivy rozvoja rodinného práva. Justičná revue, 2001, č. 2, s. 25. Pokud jde o aktuální vývoj na Slovensku, viz *Lazár, J. (ed.):* Návrh legislatívneho zámeru kodifikácie súkromného práva. Bratislava: Ministerstvo spravedlnosti, 2008 a nejnovější studii hlavních zpracovatelů návrhu nového občanského zákoníku *Lazar, J., Kubíčková, G.:* Rodinné právo v pripravovanom slovenskom Občianskom zákonníku. In *Winterová, A., Dvořák, J. (eds.):* Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 283 a násl.

[21] Jde-li o východiska rekodifikačních prací v Polsku, srov. *Radvański, Z. (ed.):* Zielona ksiega. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego w Rzecpospolitej Polskiej. Warszawa: Ministerstwo sprawiedliwości, 2006. V českém jazyce pak viz *Tégl, P.:* Zpráva o přípravě nového Kodeksu cywilnego v Polsku. In *Winterová, A., Dvořák, J. (eds.):* Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám. Praha: ASPI – Wolters Kluwer, 2009, s. 553 a násl.

[22] K problematice poslaneckých návrhů jako jednoho z důvodu současného stavu české legislativy viz studie *Zoulík, F.:* Úvaha o naší současné legislativě. Ve službách práva. Sborník příspěvků k 10. výročí založení pobočky nakladatelství C. H. Beck v Praze. Praha: C. H. Beck, 2003, s. 1 a násl.

[23] Při interpretaci a aplikaci je tak třeba vycházet z českého i slovenského právního řádu jako z celku; zejména z Ústavy České republiky a ústavy Slovenské republiky, a také z Úmluvy o právech dítěte a z Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

[24] K tomu srov. *Králíčková, Z.:* Sbližování a vzdalování slovenského a českého rodinného práva. Právník, 2005, č. 2, s. 157 a násl.

Za nejvýznamnější počin, jde-li o Českou republiku, je ve věci institutů náhradní rodinné péče třeba považovat přijetí zákona o sociálně-právní ochraně dětí (zákon č. 359/1999 Sb.). V důsledku toho byl novelizován i stále platný zákon o rodině (novelou provedenou zákonem č. 360/1999 Sb.). Tímto počinem došlo – ve vazbě na zrušení samostatného zákona o pěstounské péči, k začlenění pěstounské péče do soukromoprávního rodinného kodexu (srov. §§ 45a – 45d ZOR).[25] Základními rysy pěstounské péče již není dlouhodobost, ale osobní péče o dítě po dobu, co rodičům bude v osobní péči o jejich dítě bránit nějaká překážka, ať už objektivní nebo subjektivní. Jde-li o institut svěření dítěte do výchovy, zákonodárce expressis verbis zakotvil preferenci osob dítěti příbuzných (srov. zákon č. 91/1998 Sb.)

Odborná i laická veřejnost si začala klást otázku, jaký je rozdíl mezi pěstounskou péči (§§ 45a – 45d ZOR) a svěřením dítěte do péče jiné osoby než rodiče (§ 45 ZOR). Nelze nevidět, že v rámci snahy o potlačení významu kolektivní péče a o reformu soukromého práva v průběhu devadesátých let minulého století se oba instituty obsahově přiblížily. Rozdíly není možné uměle vytvářet, zejména s poukazem na neblahou historii a podivné instituty vzniklé dle politického zadání, experimentálně originální za každou cenu, tedy i na úkor dotčených lidí. V praxi se traduje, že pěstounská péče není pro příbuzné dítěte, ačkoli ze zákona tento zákaz nevyplývá.[26]

Později byl český zákon o rodině, jde-li o pěstounskou péči, novelizován ve vazbě na snahu uvádět do praxe nové podoby pěstounské péče[27] – zejména pěstounské péče pojímané v zahraničí jako profesionální. Český zákonodárce vtělil do zákona o rodině institut pěstounské péči na přechodnou dobu (srov. zákon č. 134/2006 Sb.).[28] Lze mít výhrady jak ke koncepci, tak k jazykovému vyjádření i systematickému zařazení (srov. § 45a odst. 2 ZOR ve spojení s § 27 ZSPOD). Nicméně, obecně lze konstatovat, že lépe nedostatečně, než vůbec.[29]

---

[25] Srov. také *Králíčková, Z.:* Pěstounská péče po novele. Právo a rodina, 2000, č. 6, s. 1 – 5, a 7, s. 5 – 9.

[26] K tomu v podrobnostech *Králíčková, Z.:* Pěstounská péče: mýty versus ústavně konformní interpretace a aplikace zákona s úvahami de lege ferenda. Op. cit.

[27] K tomu např. *Dunovský, J.:* Pěstounská péče, současnost a perspektivy. Sociální politika, 1993, č. 9, s. 8.

[28] K tomu v podrobnostech srov. *Řeháková, L.:* Profesionální pěstounská péče. Tento sborník.

[29] Jako varianta pěstounské péče bývá v české literatuře uváděna kontroverzní *tzv. hostitelská péče* (Tak *Motejl, O., Černá I., Panovská, K., Matyášová, P.*: Rodina a dítě. Stanoviska 2. Sborník stanovisek veřejného ochránce práv. Praha: ASPI, s. 86.)

Jde-li o platnou slovenskou právní úpravu, zákonodárce přijal nový zákon o pestúnskej starostlivosti a o príspevkoch pestúnskej starostlivosti (zákon č. 265/1998 Z. z.) a později pak především nový slovenský zákon o rodině (zákon č. 36/2005 Z. z., o rodině, dále jen SZOR), ve kterém je upravena vedle náhradní osobní starostlivosti (§§ 45 - 47 SZOR) také pěstounská starostlivost (srov. §§ 48 – 53 SZOR). Zákon o pestúnskej starostlivosti nyní reguluje pouze dávky pěstounské péče. V neposlední řadě je třeba zmínit zákon o sociálno-právnech ochrane detí a sociálnej kuratele o zmene a doplnení niektorých zákonov (305/2005 Z. z.).[30]

Pokud jde o pěstounskou starostlivost, resp. péči, rodiče zásadně zůstávají zákonnými zástupci svého dítěte a mají expressis verbis zakotvené právo se svým dítětem stýkat. Jde-li o práva a povinnosti pěstounů, zákon

---

Poznatky z praxe, dále, žel, nasvědčují tomu, že ačkoli hostitelská péče není institutem upraveným zákonem o rodině, bývá využívána jako možný předstupeň pěstounské péče, ale i osvojení (sic!). Prostor k obcházení procesu zprostředkování pěstounské péče, resp. osvojení, a institutů předpěstounské a preadopční péče skýtá ustanovení § 30 ZSPOD. Podle tohoto ustanovení může ředitel ústavu svěřit dítě do „dočasné péče", resp. slovy zákona *„… po předchozím písemném souhlasu obecního úřadu obce s rozšířenou působností povolit dítěti, …. pobyt u rodičů, popřípadě jiných fyzických osob, a to nejvýše v rozsahu 14 kalendářních dnů …"*. Lze mít za to, že *účelem* tohoto institutu je krátkodobý pobyt dítěte u rodičů, popřípadě u osob, které dítě zná, jsou mu blízké apod. Zákon totiž neupravuje zprostředkování tzv. hostitelské péče pro osoby dítěti neznámé, jejich odborné posuzování a prověřování apod. Je tak možné plně souhlasit s názorem, že řediteli ústavu nepřísluší nabízet dítě k pobytu osobám, které si do příslušného zařízení přijdou vybrat dítě. (Tak *Novotná, V., Burdová, E.:* Zákon o sociálně-právní ochraně dětí. Komentář. 3. vydání. Praha: Linde, 2007, s. 144.)

Pokud k takovému *„taktickému manévru k rychlému dosažení pěstounské péče"* v praxi dojde, hrozí, že mimo zákon navozený faktický stav, kterým se předjímá budoucí soudní rozhodnutí o osudu dítěte, soud bez dalšího potvrdí, mimo jiné v zájmu stability výchovného prostředí (Tato výstižná kritická slova, plně vystihující problematiku, byla – mimo jiné – uveřejněna v díle *Kotek, M., Kotalová, K.:* Hostitelská péče – dnes a zítra. Aktuální otázky náhradní rodinné péče. Sborník z VII. celostátního semináře náhradní rodinné péče konaného ve dnech 10. – 11. 10. 2007. Brno: Triada, s. 23.)

V této věci se nabízí otázka, zda ustanovení § 30 ZSPOD není praxí aplikováno jako *náhražka* za ustanovení § 5 odst. 1 zákona č. 109/2002 Sb., o výkonu ústavní výchovy nebo ochranné výchovy ve školských zařízeních, upravující možnost umístění dítěte mimo zařízení do *smluvní rodiny*, které bylo zrušeno nálezem Ústavního soudu (srov. nález č. 476/2004 Sb.).

[30] K právní úpravě pěstounské péče srov. dále komentářovou literaturu, např. dílo *Pavelková, B., Kubíčková, G., Čečotová, V.:* Zákon o rodine. Komentár. Bratislava: Heuréka, 2005, a *Svoboda, J., Ficová, S.:* Zákon o rodine. Komentár. Bratislava: Eurounion, 2005.

Také srov. úpravu tzv. profesionální náhradní rodiny opírající se o zákon č. 195/1998 Z. z. a zákon č. 279/1993 Z. z. Ke zkušenostem viz *Roháček M.:* Profesionálna náhradná rodina na Slovensku. Aktuální otázky náhradní rodinné péče. Sborník z III. celostátního semináře náhradní rodinné péče konaného ve dnech 29. – 30. 9. 2003. Brno: Trialog, 2003, s. 21 a násl.

zdůrazňuje povinnost osobní péči o dítě, správu jeho jmění a jeho zastupování v běžných věcech s možností obrátit se na soud, rozhodne-li v podstatné věci rodič v rozporu se zájmy dítěte (§ 50 SZOR). Dále, rodiče mají výslovnou povinnost platit na své dítě výživné podle svých možností, schopností a majetkových poměrů a odůvodněných potřeb dítěte. Výživné však neplní k rukám pěstounů, ale orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Soud rozhodne o vyživovací povinnosti rodičů k dítěti v rámci rozhodování o pěstounské péči (§ 51 SZOR). Stát pěstounskou péči financuje dávkami pěstounské péče (zákon č. 265/1998 Z. z.).

Odlišnost nové slovenské právní úpravy od úpravy české, resp. československé, je možné spatřovat především ve zdůraznění práva rodičů na styk s dítětem v pěstounské péči (výslovně § 50 odst. 5 SZOR) a možnosti pěstounů – manželů požádat soud o svěření dítěte do individuální péče pro dobu po rozvodu manželství zároveň s návrhem na rozvod (§ 52 odst. 3 SZOR). Podle nové slovenské právní úpravy může soud svěřit dítě do pěstounské péče pouze osobě s trvalým pobytem na území Slovenské republiky (§ 48 odst. 2 SZOR) a pěstounskou péči může prodloužit o jeden rok po nabytí zletilosti dítětem (§ 52 odst. 5 SZOR).

Jde-li o další institut, o náhradní osobní starostlivost, nový slovenský zákon o rodině výslovně preferuje příbuzné dítěte s trvalým pobytem na území Slovenské republiky. Právní úprava tradičně vychází z toho, že dítě „právně zůstává“ v původní rodině, rodičům jsou zachována rodičovská práva a povinnosti a mají právo se s dítětem stýkat (srov. § 45 odst. 6 SZOR). Rodiče plní svoji vyživovací povinnost přímo k rukám jiné fyzické osoby, neboť stát tuto formu náhradní rodinné péče nefinancuje (§ 45 odst. 7 a 8 SZOR). Práva a povinnosti jsou podobná jako u pěstounské péče – jde v podstatě o osobní péči o dítě, správu jeho jmění a jeho zastupování v běžných věcech s možností obrátit se na soud, rozhodne-li v podstatné věci rodič v rozporu se zájmy dítěte (45 odst. 4 SZOR).

Pokud jde o Polsko, právní rámec individuální osobní péče o nezletilé dítě v rodzinach zastepczych a v rámci institutu svěření dítěte do poručensko výchovné péče poskytuje stále kodex rodzinny a opiekuńczy (Dz. U. 1964 Nr. 9, viz nová ustanovení § 1121, 1122 - rodzina zastepcza) a zákon o společné pomoci (srov. zákon ze dne 12. 3. 2004, Dz. U. No. 64 poz. 593). Tato individuální péče – obdobně jako v Česku a Slovensku – je vždy pojímána jako subsidiární k rodině přirozené. Může být zabezpečována jak osobami dítěti a jeho rodině příbuznými, tak nikoli příbuznými. Z literatury se podává, že v praxi se nejčastěji uplatňuje péče příbuzenská, resp. pokrevní (v 80% případů),[31] což je plně v souladu s mezinárodními úmluvami. Jde o institut, který nemá statusové důsledky, tedy rodiče zůstávají právně spojeni se svými dítětem a zásadně také zákonnými

[31] Srov. *Stasiak, S. a kol.:* Rodzinne formy opieki zastepcczej. Warszawa: 2007, s. 26 – 27.

zástupci svého dítěte s právem na styk. Pokud jde o vyživovací povinnost rodičů k dítěti, rodiče ji platí přímo, například na základě smlouvy formou notářského zápisu,[32] nicméně zákon garantuje rodzinam zastepczym finanční pomoc.[33] Role pečujících osob je v pravém slova smyslu pečující, obdobně jako v české a slovenské úpravě: jde o výkon běžné péče o dítě, o výchovu dítěte a jeho zastupování.[34]

3. ZÁVĚR

Máme-li učinit závěr ve věci pěstounské péče de lege lata, nezbývá než konstatovat že slovenský zákonodárce nejvíce z posuzovaných zemí vnímá lidskoprávní dimenzi rodinného práva. Podporou pro tento názor budiž judikatura Evropského soudu pro lidská práva ve věci Kutzner v. Německo, která nepochybně napomáhá k dalšímu hodnotovému sbližování institutů pěstounské péče v Česku, na Slovensku i v Polsku. Srov. zejména konstatování:

„Ačkoli základním smyslem článku 8 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod je chránit jedince před svévolnými zásahy veřejné moci, může jako doplněk existovat i pozitivní závazek obsažený v účinném „respektování" rodinného života. Proto tam, kde vznikly rodinné vazby, musí stát v zásadě jednat způsobem, který umožní další rozvíjení takových vazeb, a podnikat opatření, která dovolí opětovné spojení rodiče a dítěte."[35]

Pěstounská péče i další instituty náhradní (rodinné) péče jsou a musí být chápány jako překlenovací řešení krize přirozené nukleární rodiny rodičů a jejich dítěte. Mohou trvat jen tak dlouho, dokud jej jeho rodiče nemohou, nechtějí nebo nedokáží mít v osobní péči. Nejdéle však do zletilosti dítěte. Z toho je třeba vyvodit nově nazíranou klasifikaci pěstounské péče: dle potřeby. Pěstounská péče tedy může a měla by být jak krátkodobá – překlenovací, profesionální, terapeutickou, respitní, azylová či emergentní, tak střednědobá a dlouhodobá, resp. bez výslovného časového vymezení.[36] Pěstounská péče má opodstatnění a může trvat zásadně jen tak dlouho, pokud krize na straně rodičů nepomine, resp. dokud jí dítě bude potřebovat. Pěstounská péče i jiné instituty náhradní (rodinné) péče jsou a měly by být

---

[32] Tamtéž, s. 44.

[33] Tamtéž, s. 22, s. 44, s. 61 – tabulka.

[34] Tamtéž, s. 22, s. 43.

[35] Srov. rozsudek ze dne 26. 2. 2002, věc č. 46544/99, v českém jazyce dostupný v Soudních rozhledech, 2003, č. 4, s. 142 a násl.

[36] K tomu *Molton, M., Hellincks, W.:* Residential and Foster Care in the European Community: Current trends and Policy and Practice. The Bristish Journal of Social Work, 1994, No. 24, s. 560 – 576.

obecně pojímány jako instituty garantující zachování a rozvíjení přirozených vazeb dítě – nukleární rodina, rodiče, a to zejména prostřednictvím pravidelného styku. Proto by měla být pravidlem pěstounská péče za účasti rodičů, nikoli naopak. V principu č. 2 Doporučení Rady Evropy[37] je zdůrazněno právo na udržování osobního vztahu (personal relationship) mezi dítětem a rodinou jeho původu, pokud to neodporuje základním zájmům dítěte.

Z výše uvedeného lze de lege ferenda vyvodit následující teze.

Pokud nemůže nezletilé dítě žít se svými rodiči, mělo by být svěřováno především svým příbuzným, resp. osobám dítěti blízkým. Není možné vytvářet atmosféru bránící prarodičům a dalším příbuzným ve výkonu pěstounské péče o dítě po dobu, co jejich rodičům v této péči brání překážky, byť subjektivního charakteru, nota bene když je obecně známo, že příbuzní mají k dítěti nejblíže, spíše umožní dítěti styk s rodiči a zpravidla nebudou bránit návratu dítěte domů k rodičům po odpadnutí problémů, resp. po sanaci. Lze mít za to, že toto pojímání pěstounské péče (i jiných institutů) je plně v souladu s lidskoprávními standardy a lidským přístupem k věci vůbec.

Česká republika bývá často terčem kritiky za velký počet dětí v ústavech, s tím, že se nediferencuje mezi jednotlivými resorty. Nově čelí problémům dětí odebraných rodičům ze sociálních důvodů – např. ve věci Wallová a Walla proti České republice[38] a v medializované kauze dvojčat Křížových.[39] V této souvislosti bývá někdy konstatováno, že propracovaný systém institutů náhradní péče o děti je ve svém důsledku kontraproduktivní, neboť potírá význam přirozené rodiny … Jde však o komplexní otázku: nejen o zákon a o jeho ústavně konformní interpretaci a aplikaci, ale i o prevenci, o pomoc, o doprovázení, o sociální práci. Lze tedy souhlasit s odborníky, kteří správně hovoří o potřebě sanace rodin ohrožených nejen sociálními problémy, ale i patologickými jevy, a o nutnosti státu disponovat určitým počtem skutečných sociálních bytů, o potřebě spolupráce mezi resorty apod., o osvětě, o terénní práci za účasti neziskových organizací. [40]

---

[37] Srov. *Doporučení Rady Evropy* č. (87)6 *o pěstounských rodinách.*

[38] V detailech rozsudek ze dne 26. října 2006 ve věci stížnosti č. 23848/04, v českém jazyce dostupný na www. justice.cz.

[39] K tomu srov. rozhovor s pěstouny s názvem *„Původně jsme chtěli starší děti“* na stránkách MF Dnes ze dne 1. 3. 2008, s. B2. Z rozhovoru se mimo jiné podává, že děti Křížovy u nich byly nejprve na *„hostovské návštěvě“* ačkoli *„měli zažádáno o předpěstounskou péči. Tam je ale zapotřebí počkat, zda se rodiče neodvolají.“*

[40] Tak např. *Bechyňová, V.:* Sanace rodiny – zkušenosti a výsledky. Sborník z III. celostátního semináře náhradní rodinné péče. Brno: Trialog, 2003, s. 30 a násl.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Contact – email
zdenka.kralickova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VYŽIVOVACIA POVINNOSŤ

NATÁLIA RICHTEROVÁ

Univerzita P. J. Šafárika, Právnická fakulta Košice, Slovensko

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
Vývoj vyživovacej povinnosti od roku 1949; pramene vyživovacej povinnosti do roku 1992; špecifiká vyživovacej povinnosti v Slovenskej republike.

Abstract
N/A

Key words
Developement of allimony allowance obligation in 1949; allimony allowance obligation sources up to 1992; specifics of allimony allowance obligation in Slovak Republic.

Medzi najdôležitejšie funkcie rodiny patrí funkcia zabezpečovacia – inak i ekonomická. Táto funkcia v ponímaní právnej úpravy už vo Všeobecnom občianskom zákonníku z roku 1811 v jeho prvom diely v tretej hlave § 137 - § 186 „právo medzi rodičmi a deťmi“ upravoval výživné – menovite výživu detí. Definoval túto výživu ako prostriedok k zachovaniu fyzickej existencie a výchovy detí. Povinným bol v prvom rade otec (§ 141), ak nebol resp. nebol schopný, nastupovala matka a ďalej podporne v priamom rade po otcovi starí rodičia a až potom starí rodičia zo strany matky (§ 143). [1]

Povojnový vývoj rodinného práva ovplyvnila Ústava 9. mája (r. 1948) a z právnickej dvojročnice vzišiel zákon č. 265/1949 Zb. o rodinnom práve s účinnosťou od 1.1.1950. Došlo k vyčleneniu rodinného práva z občianskeho práva, a tým k vytvoreniu nového unifikovaného rodinného práva. Zásadnou zmenou tohto zákona bolo stanovenie rovnosti postavenia mužov a žien v rodine i v spoločnosti a zrovnoprávnenie detí narodených v manželstve a mimo manželstva. Z týchto zásad vychádzala aj samotná úprava vyživovacej povinnosti v zákone o rodinnom práve.

Pokiaľ ide o manželov, zákon o rodinnom práve upravoval v § 19 povinnosť obom manželom starať sa o uspokojenie potrieb rodiny podľa svojich síl a podľa pomeru svojich zárobkových a majetkových možností. Manželia teda boli povinní starať sa o hradenie nákladov na udržiavanie rodiny – byt,

[1] Sedláček, J.: Rodinné právo, Brno: Československý Akademický spolek „Právnik“, 1934, s. 221

stravu, ošatenie a pod. podľa svojich síl a podľa pomeru svojich finančných možností. Nešlo o rovnosť mechanickú, ale miera povinností sa riadila zárobkovými a majetkovými možnosťami každého z manželov. Poskytovanie prostriedkov sa mohlo sčasti, alebo celkom vyvážiť osobným výkonom starostlivosti o deti a spoločnú domácnosť. Išlo po prvý krát o zadosťučinenie a ocenenie práce, najmä žien v domácnosti.

Spoločenský bola najvýznamnejšia vyživovacia povinnosť medzi príbuznými v priamom pokolení. Zákon o rodinnom práve ho upravoval vo svojej druhej hlave piatej časti v §§ 70 – 77, čím zabezpečil záruku deťom prostredníctvom rodičov, že ich telesný a duševný rozvoj bude zabezpečený aj po stránke materiálnej. Ustanovenie § 70 zákona o rodinnom práve upravoval zákonnú vyživovaciu povinnosť medzi príbuznými v priamom pokolení. Išlo o zákonnú povinnosť, ktorú dohodou medzi zúčastnenými nebolo možno platne ani vylúčiť, ani obmedziť.[2] Išlo o právo zakladajúce sa na ustanovení práva rodinného, ktoré nemožno previesť ani na iného, a ani sa ho nemožno zrieknuť. Pojem vyživovacej povinnosti vymedzoval § 70 ods. 1 tak, že ide o povinnosť poskytovať úhradu na osobné potreby. Osobnými potrebami sa rozumelo všetko, čo človek potrebuje k svojmu životu, a to ako zo stránky telesnej (strava, byt, šatstvo, lekárske ošetrenie a pod.), tak aj zo stránky kultúrnej (literatúra, noviny, rozhlas a pod.).

Ustanovenie § 70 ods. 1 zákona o rodinnom práve ďalej zdôrazňovalo, že vyživovacia povinnosť medzi príbuznými v priamom pokolení je vzájomná, takže nárok na výživu majú ako predkovia voči potomkom, tak aj potomci voči predkom. Poradie, v akom mali príbuzní v priamom rade plniť, zákon určoval podľa zásady, že najprv sú na vyživovaciu povinnosť zaviazaní potomci a len ak ich niet, vyživovacia povinnosť prechádza na predkov. Táto zásada však mala výnimku. V § 39 zákona o rodinnom práve sa ukladala rodičom povinnosť starať sa o výživu detí tak dlho, kým dieťa nie je schopné sa živiť samo. Teda v prvom rade sa povinnosť ukladala predkom. Táto výnimka vyplývala z povahy inštitúcie rodiny. Slovo dieťa v § 39 zákona o rodinnom práve sa myslelo iba na potomkov prvého stupňa. Vzhľadom na ustanovenie § 72 tohto zákona išlo len o dieťa maloleté, takže vyživovacia povinnosť uložená v § 39 zákona o rodinnom práve sa týkala len detí maloletých. Povinnosť živiť maloleté deti zaťažovala teda v prvom rade rodičov. Len čo maloleté dieťa nadobudlo plnoletosť, odpadla vyživovacia povinnosť podľa § 39 a nastúpila všeobecná vyživovacia povinnosť podľa § 70 ods. 2 zákona o rodinnom práve.

Už aj v zákone o rodinnom práve na rozdiel od ostatných práv a povinnosti rodičov voči deťom, ktoré majú majetkový charakter, neviazala sa vyživovacia povinnosť vo svojej existencii na rodičovskú moc. Aj v prípade, že by bol niektorý z rodičov pozbavený rodičovskej moci, nevzťahovalo by sa to na vyživovaciu povinnosť rodičov voči deťom.

[2] Rodinné právo, Bratislava: Povereníctvo spravodlivosti, 1950, s. 383

Vyživovacia povinnosť rodičov voči deťom vzniká podľa tohto zákona narodením dieťaťa. Od tohto okamihu sú rodičia v zmysle § 71 zákona o rodinnom práve povinní prispievať na úhradu osobných potrieb detí, a to rukou spoločnou a nerozdielnou. Čo znamená, že ak jeden z rodičov z vážneho dôvodu nemohol plniť vyživovaciu povinnosť, bol druhý rodič povinný ju plniť v celom rozsahu.

Samotný rozsah vyživovacej povinnosti rodičov voči deťom tu zákon určil odôvodnenými potrebami oprávnenej osoby, ako aj zárobkovými a majetkovými možnosťami povinných rodičov (§ 73 zákona o rodinnom práve). Pojem odôvodnené potreby oprávneného bol tu upresnený len u určitého subjektu na rozdiel od pojmu primerané náklady na výchovu a výživu, ktorý bol pojmom všeobecným. Zákon o rodinnom práve určoval potreby maloletého dieťaťa a plnoletého dieťaťa zvlášť. Potreby maloletého určoval jeho § 35.

Nárok na výživné určoval tomu, kto bol v núdzi, t.j. v takom stave, v ktorom sa postihnutému nedostávala z vlastných prostriedkov slušná výživa. To však neplatilo o nároku mal. detí proti rodičom (§ 72 zákona o rodinnom práve). Povinnosť rodičov k výžive mal. detí trvala zásadne dovtedy, pokiaľ dieťa nebolo schopné sa živiť samo. Tu sa uvedená skutočnosť nejavila jasná všeobecnými zárobkovými možnosťami dieťaťa. Bolo potrebné rozhodovať v tých prípadoch jednotlivo a starostlivo zvážiť okolnosti samostatnej výživy.

Zásady rovnoprávnosti muža a ženy a rovnoprávnosti detí pochádzajúcich z manželstva i mimo neho sa tak plne odrazili v zákone o rodinnom práve aj pri vyživovacej povinnosti rodičov voči deťom, ktorá tak zaťažila obidvoch rodičov rovnako. V § 73 uvedeného zákona zárobkové a majetkové možnosti sa posudzovali podľa času, keď sa povinnému vyživovacia povinnosť ukladala. V § 75 sa táto možnosť v zmysle zákona o rodinnom práve posudzovala podľa iného času. V prípade, že ten, kto už bol zaviazaný plniť vyživovaciu povinnosť sa v posledných troch rokoch predtým, než oprávnená osoba žiadala o určenie tohto záväzku zriekne právnym úkonom, alebo opomenutím majetkových práv, alebo výhod, alebo ak sa vzdá bez dôležitého dôvodu doterajšieho zamestnania, alebo ho zamení za menej výnosné, berú sa do úvahy pri určení výšky jeho záväzku, jeho zárobkové a majetkové možnosti v čase predtým, než tak urobil.[3] V § 76 zákona o rodinnom práve otec dieťaťa, za ktorého nebola matka dieťaťa vydatá, bol povinný matke prispievať, ako slušnosť žiada, na úhradu nákladov na tehotenstvo a zľahnutie, ako i na úhradu jej osobných potrieb za čas troch mesiacov. Účelom bolo chrániť matku, ktorá nebola vydatá. Nárok sa uplatňoval v sporovom konaní. Žalovať bolo možné otca dieťaťa, alebo muža, ktorého by bolo treba pokladať za otca dieťaťa, keby sa bolo ženino tehotenstvo skončilo pôrodom.

[3] Rodinné právo, Bratislava: Povereníctvo spravodlivosti, 1950, s. 383

V súvislosti s vydaním zákona o rodinnom práve bol vydaný zákon č. 266/1949 Zb. o dočasných zmenách v niektorých občianskoprávnych veciach, ktoré vo svojich ustanoveniach riešil súvisiace otázky ako hmotnoprávneho, tak aj procesnoprávneho charakteru a preklenul obdobie do vydania nového občianskeho zákonníka (zákon č. 141/1950 Zb.). Paragraf 23 tohto zákona upravoval prípady výživného, kedy rodičia maloletého dieťaťa spolu nežijú. Zákon neukladal súdu povinnosť, aby o tom rozhodoval súd z úradnej moci. Predpokladal, že rodičia budú plniť všetky svoje povinnosti dobrovoľne. Ak by však svoju povinnosť neplnili, potom rozhodoval súd na návrh toho, komu sa malo dieťa zveriť do výchovy a akou sumou má každý z rodičov prispievať na výživu. Deň podania návrhu bol rozhodný pre súdne určenie odkedy začína povinnosť na výživu. Podotýkame, že nešlo o povinnosť solidárnu, ako bola v § 71 zákona o rodinnom práve. Dohoda rodičov vyžadovala súhlas súdu. Obdobne sa upravila vyživovacia povinnosť aj v prípade, ak rodičia spolu žili, ale jeden z nich neprispieval na dieťa výživným vôbec, alebo nie úplne. Prihliadalo sa na osobnú starostlivosť matky.

Vyplývajúc z názvu sekcie „zbližovanie a rozchádzanie českého, slovenského a poľského rodinného práva“, vývoj rodinného práva v Poľsku bol po roku 1945 obdobný vývoju v Československu. Po prvej reforme rodinného práva v Poľsku vykonanej v rokoch 1945 až 1946, došlo k druhej reforme zákonom č. 27/1950 (Zbierka zákonov č. 34, bod 308). Tento kódex bol výsledkom úzkej spolupráce československej a poľskej legislatívy a v podstate sa zhodoval s našim zákonom č. 265/1949 Zb. o rodinnom práve. Neboli teda v zásade ani rozdiely v alimentačnom práve. Tak ako u nás, tak aj v Poľsku boli snahy o tretiu reformu rodinného práva. Výsledkom toho sa stal nový zákon (Kodeks rodziny i opiekúnczy) č. 59/1964 D.U., ktorý nadobudol účinnosť 1. januára 1965. Podstatnou zmenou vo vyživovacích povinnostiach bola úprava výživného medzi rozvedenými manželmi. Manžel, ktorý rozvrat výlučne zavinil, bol povinný zabezpečiť svojmu bývalému manželovi životnú úroveň, akú mal pred rozvodom.

V Československu zlom vo vývoji rodinného práva nastal po prijatí ústavného zákona č. 100/1960 Zb. z 11. júla 1960. V nej sa osobitne zdôraznilo rovnaké postavenie mužov a žien v rodine, v práci a vo verejnej činnosti (čl. 20 ods. 3 Ústavy). Na Ústavných princípoch bol potom vypracovaný a prijatý nový zákon č. 94/1963 Zb. o rodine, ktorý nadobudol účinnosť 1. apríla 1964. Jednotlivé ustanovenia týkajúce sa vyživovacích povinností nadväzovali na predchádzajúci stav predstavovaný zákonom č. 265/1949 Zb. avšak podrobnejšou úpravou. Princíp rovnoprávnosti mužov a žien v rodine a v spoločnosti, ktorý nový zákon o rodine prebral z Ústavy z roku 1960 sa premietol aj v oblasti vyživovacej povinnosti medzi manželmi a aj vyživovacej povinnosti rozvedených manželov, nazvaný „príspevok na výživu rozvedeného manžela. Z dôvodovej správy k návrhu zákona vyplýva však iná filozofia tejto úpravy, ako bola úprava poľská. Z nej vyplýva, že „pokiaľ ide o príspevok na výživu rozvedeného manžela, ustanovuje návrh zákona takú zásadu, že v našej spoločnosti, kde je väčšina

žien v pracovnom pomere a je zárobkovo sebestačná, je potrebné, aby povinnosť jedného manžela k druhému bola po rozvode obmedzená len na takú dobu, ktorá stačí k tomu, aby si manžel, ktorý nebol zárobkovo činný, zabezpečil zamestnanie a prostriedky k vlastnej obžive".[4] Preto na rozdiel od poľskej právnej úpravy z roku 1964, náš zákon o rodine z roku 1963 upravoval príspevok na výživu rozvedeného manžela rozsahom len nevyhnutnej výživy a časovo obmedzenej najdlhšie na päť rokov po rozvode. Osnova vyživovacích povinností v zák. č. 94/1963 Zb. o rodine vychádzala z úvahy, že občania si plnia v prevažnej väčšine svoje povinnosti vyplývajúce zo vzťahu medzi rodičmi a deťmi, medzi príbuznými a medzi manželmi dobrovoľne, ako povinnosť morálnu, nie zákonnú. Zákon č. 94/1963 Zb. o rodine upravoval vzájomnú vyživovaciu povinnosť rodičov a detí (§ 85 - § 87), vyživovaciu povinnosť medzi ostatnými príbuznými (§ 88 - § 90), vyživovaciu povinnosť medzi manželmi (§ 91), príspevok na výživu rozvedeného manžela (§ 92 - § 93) a príspevok na výživu a úhradu niektorých nákladov nevydatej matke (§ 95). Osnova výživného kvôli lepšej prehľadnosti zahrňovala kritériá pre určenie rozsahu výživného do samostatnej šiestej hlavy ako „spoločné ustanovenia" (§ 96) a taktiež podmienky konania pre vymožiteľnosť jednotlivých nárokov z výživného (§ 97 - § 103).

Zmeny v oblasti vyživovacej povinnosti vyvolala potreba sociálnej odkázanosti na rozsahom vyššiu životnú úroveň u bývalých manželov.

Novela zákona o rodine (zák. č. 132/1982 Zb.) s ohľadom najmä na rozvedené ženy (starajúce sa o maloleté deti, ženy v staršom veku, ktoré sa nemohli uplatniť v pracovnom procese) určila rozsah príspevku na výživu rozvedeného manžela z nevyhnutnej výživy na primeranú výživu. Novela sledovala najmä to, aby súdy rozvedeným manželom priznávali viac ako len náklady na stravovanie, ale i na uspokojovanie ďalších nevyhnutných životných potrieb vyplývajúcich z ich veku, zdravotného stavu, spôsobu života a pod. (R 50/85).

V Zákone č. 94/1963 Zb. bolo pôvodne poskytovanie príspevku na výživu rozvedeného manžela obmedzené na päť rokov po rozvode (§ 93), pričom sa povinnosť platiť tento príspevok mohla výnimočne z dôležitých dôvodov predĺžiť, a to aj bez časového obmedzenia. Toto päťročné obdobie sa ukázalo v aplikačnej praxi ako nepostačujúce na to, že by sa odkázaný bývalý manžel mohol stať sebestačným a mohol si svoju výživu zabezpečiť vlastnými príjmami. Preto novela zákona o rodine (zák. č. 132/1982 Zb.) paragraf 93 zrušil a súdy mohli rozhodovať o príspevkoch pre bývalého rozvedeného manžela v primeranom rozsahu už bez časového obmedzenia. Novela zák. č. 132/1982 Zb. reagovala pri určení príspevku na výživu a úhradu niektorých nákladov nevydatej matke (§ 95 zákon o rodine) na súlad s materskou dovolenkou a predĺžila povinnosť otcovi dieťaťa prispievať na

[4] Holub, M.: Zákon o rodině a předpisy souvisící, Praha: Panorama 1986, s. 640

úhradu výživy matke na dobu jedného roka, ktorá začínala plynúť najskôr začiatkom tehotenstva, najneskoršie však odo dňa pôrodu.

Za trvania spoločného Československého štátu k ďalším zmenám v oblasti vyživovacích povinností nedošlo. Po rozdelení spoločného Česko – slovenského štátu, obe samostatné štáty, ako Česká republika, tak aj Slovenská republika nastúpili na svoj samostatný legislatívny proces. V oboch štátoch sa viedli rozsiahle diskusie o potrebe zmeny rodinnoprávnych vzťahov. Boli určené viaceré komisie pre vypracovanie jednak novely ešte vždy spoločného, platného zákona o rodine, ale aj pre prípravu monistického systému súkromného práva, teda aj rodinného práva, ktorý má osobné a majetkové práva úzko prepojené so všetkými súkromnými vzťahmi.

Výraznejšie zmeny v úprave vyživovacích vzťahov po roku 1989 boli realizované na Slovensku najmä novelou zák. č. 127/2002 Z.z. s účinnosťou od 1. apríla 2002 a Zák. č. 245/2002 Z.z. s účinnosťou od 1. novembra 2002.

Novelou Zák. č. 127/2002 Z.z. bol z § 96 vypustený jeho druhý odsek, podľa ktorého výživné nebolo možné priznať, ak by to bolo v rozpore so zásadami morálky socialistickej spoločnosti. Vypustenie tohto odseku sa stalo silným terčom kritiky judikačnej praxe, nakoľko sa očakávalo, že sa toto ustanovenie bude len depurovať a nahradí sa ustanovením o rozpore s dobrými mravmi. Obsahovo totiž táto klauzula v praxi veľmi chýbala najmä v konaniach o určení príspevku na rozvedeného manžela, ale aj pri vyživovacej povinnosti detí voči rodičom.

Zásadná zmena v úprave nastala zákonom č. 245/2002 Z.z., a to v prvom rade v § 85 ods. 2 zákona č. 94/1963 Zb. o rodine. Aj keď dovtedy teória rodinného práva ako aj judikačná prax ponímali vyživovaciu povinnosť rodičov voči deťom v rozsahu rovnakej životnej úrovne, postrádala právna úprava konkrétne znenie rozsahu výživného. Novela tak upresňuje rozsah rovnakej životnej úrovne rodičovského výživného tak, že vsunul do § 85 ods. 2 druhú vetu: „Dieťa má právo podieľať sa na životnej úrovni svojich rodičov“. Uvedený odsek bol spresnený tiež kritériom, ktorý zásadne ovplyvňuje rozsah tohto výživného, a to zisťovaním majetkových pomerov obidvoch rodičov. Dokazovanie skutočného príjmu rodiča z inej než závislej činnosti podliehajúcej dani z príjmu a majetkových pomerov rodičov všeobecne, je veľmi náročné a zdlhavé. Z tohto hľadiska boli ustanovenia zákona č. 94/1963 Zb. o rodine absolútne nevyhovujúce už novým sociálnym a ekonomickým podmienkam spoločnosti a spôsobovali porušenie ústavného práva občana na súdne konanie bez zbytočných prieťahov. Preto novela zák. č. 245/2002 Z.z. zásadným spôsobom zmenila prístup k takto nejasným príjmom podnikateľov tým, že zaviedla nové ustanovenie § 85a ods. 1, ktoré zaviedlo domnienku príjmu povinného rodiča vo výške pätnásťnásobku životného minima, pokiaľ nepreukáže svoje príjmy predložením podkladov na zhodnotenie jeho majetkových pomerov a sprístupnením údajov chránených osobitnými predpismi. Toto ustanovenie

je aplikovateľné len, ak je zrejmý nepomer medzi preukázaným majetkom povinného rodiča a jeho preukázanými príjmami. Odsek druhý § 85a hore uvedenou novelou zákona o rodine umožnil považovať za odôvodnené potreby dieťaťa, ak to majetkové pomery povinného rodiča odôvodňujú aj tvorbu úspor, a to priamo za účelom najmä prípravy na budúce povolanie. Na tomto mieste však je nutné povedať, že celé znenie ustanovenia § 85a zák. č. 94/1963 Zb. o rodine s účinnosťou od 1. novembra 2002 bolo ako značne oneskorená reakcia na vznik podnikateľských subjektov a veľkú diferenciu medzi príjmami jednotlivých skupín obyvateľstva. Celé znenie, ako aj zaradenie ustanovenia je doslovne prevzaté z českej úpravy zavedenej zákonom č. 91/1998 Sb. účinným od 1.8.1998, ktorá je i dnes účinná ako tzv. „veľká novela".

Na rozdiel od Českej republiky, sa legislatívny proces v rodinnom práve v Slovenskej republike oneskoril o sedem rokov. Dôvody tohto opozdenia sú viaceré, ale hlavný dôvod je snáď ten, že práce na príprave nového občianskeho zákonníka, v ktorom sa počítalo aj so zaradením rodinného práva v tom čase nepokročili, resp. boli zastavené. Nové spoločensko-ekonomické vzťahy si tak vyžiadali zrýchlenie príprav na novelizácii zákona o rodine. Zámer tvorcov nového zákona o rodine bol vytvoriť kvalitný pilier, na ktorom môžu v budúcnosti stavať pripravované rekodifikačné práce na novom občianskom zákonníku.

Predchádzajúci zákon o rodine č. 94/1963 Zb., ktorý v znení uskutočnených noviel platil až do 31.3.2005 bol na svoju dobu moderný a progresívny. Vo veľkej miere v ňom zostala zachovaná koncepcia právnej úpravy jeho predchodcu - zákona o rodinnom práve. Po dlhé štyridsaťročné obdobie platil takmer v nezmenenej podobe. Nereagoval už však dostatočne na vývoj a zmeny, ktoré nastali v spoločnosti. Celkovo osem noviel odrazilo len veľmi čiastkovo trendy, ktoré prinášal spoločenský vývoj.

V pláne legislatívnych úloh vlády SR na rok 2004 bolo Ministerstvu spravodlivosti SR uložené vypracovať novelu zákona č. 94/1963 Zb. o rodine v znení neskorších predpisov. Zákon o rodine vyšiel v Zbierke zákonov v čiastke 20 pod č. 36/2005 Z.z. 19. januára 2005 s účinnosťou od 1. apríla 2005.

Počas jednotlivých fáz legislatívneho štádia priebežne odznievali výraznejšie diskusie týkajúce sa úpravy výživného a lehôt na rozhodovanie súdu vo veciach starostlivosti súdu o maloletých.

Keďže rozsah navrhovaných zmien prekročil možnosti priamej novelizácie zákona, vyžiadal si zmeniť nielen pôvodnú systematiku zákona, ale aj prijatie nového zákona. Podľa nášho názoru sa nejedná o taký rozsah zmien, ktorý si vyžadoval zmenu systematiky zákona o rodine. Neprehľadnosť sa ukazuje najmä pri nezhode s ustanoveniami, ktoré boli citované v doterajších judikátoch.

Tretia časť nového Zákona o rodine zachováva názov „ Výživné “, ale oproti predchádzajúcej úprave túto časť delí na dve hlavy a samotnú prvú hlavu ďalej člení na šesť oddielov. Najžiadanejšou zmenou tretej časti malo byť určovanie vyživovacej povinnosti rodičov k deťom, pretože z hľadiska spoločenských a ekonomických zmien boli dovtedajšie ustanovenia už nevyhovujúce. Nový zákon o rodine však žiadne zásadné zmeny neprináša, skôr naopak ich ešte viac komplikuje. Tvorcovia síce prezentujú v dôvodovej správe zmenu filozofie v určovaní výživného stanovením práva dieťaťa na výživné zo zákona, toto však aj doposiaľ vyplývalo z ustanovenia o rodičovských právach a povinnostiach podľa § 33 zákona č. 94/1963 Zb. o rodine. Doterajšie kritériá rozsahu ostávajú na jednej strane naďalej nezmenené, ale zároveň sa zavádza povinnosť rodiča prispievať bez ohľadu na jeho možnosti, schopnosti, majetkové pomery a odôvodnené potreby dieťaťa, na jeho výživu, minimálnou sumou vo výške 30% zo sumy životného minima na nezaopatrené neplnoleté dieťa alebo na nezaopatrené dieťa podľa osobitného zákona, ktorým je zák. č. 601/2003 Z.z. o životnom minime v znení neskorších predpisov. Vzhľadom na častú zmenu výšky životného minima sa takéto vymedzenie minimálneho výživného nejaví najvhodnejšie, pretože v rôznych obdobiach bude stanovované minimálne výživné v rôznej výške. Bude potrebné tiež vyriešiť otázku, či zmena výšky životného minima nebude dôvodom pre zmenu rozhodnutia o výživnom a či vôbec pri určení minimálneho výživného má ustanovenie o možnosti zmeny rozhodnutia ešte význam. Myšlienka minimálneho výživného je vo svojej podstate dobrá, ale musí byť naviazaná na celý komplex sociálnych a ekonomických opatrení, bez ktorých je spolu so zákonom č. 201/2008 Z.z. o náhradnom výživnom za terajších podmienok nekoncepčná a nezohľadňuje ani dlhodobo vysokú mieru nezamestnanosti v určitých regiónoch.

Doterajšie kritériá určovania rozsahu vyživovacej povinnosti sa dopĺňajú majetkovými pomermi povinného, ktoré sa okrem výživného pre deti má použiť aj pre ostatné druhy vyživovacích povinností. Okrem toho, súd má pri rozhodovaní prihliadať aj na neprimerané majetkové riziká, ktoré na seba povinný berie. Dôvodová správa označuje za takéto riziká, činnosť povinného subjektu, ktorá ohrozuje dosiahnutie zisku a súčasne možnosť poskytovania výživného.

Veľmi vhodným ustanovením je doplnenie doterajšej právnej úpravy novým ustanovením § 77 ods.2 zákona o rodine o možnosti priznania nároku na výživné maloletému dieťaťu tri roky spätne, zdôraznením výnimočnosti priznania spätného výživného len z dôvodov hodných osobitného zreteľa. Tým sa predíde zneužívaniu tohto ustanovenia rodičmi po rozpade ich manželského, resp. partnerského vzťahu. Rodič uplatňujúci nárok dieťaťa na výživné bude musieť preukázať dôvody, ktoré mu bránili uplatniť nárok voči rodičovi hneď, ako prestal dobrovoľne plniť vyživovaciu povinnosť k dieťaťu.

Pokiaľ ide o ďalšie druhy vyživovacích povinností nový zákon o rodine upravuje rozsah vyživovacej povinnosti detí k rodičom na zabezpečenie primeranej výživy, namiesto doterajšej slušnej výživy. Pri vyživovacej

povinnosti medzi ostatnými príbuznými, ak sa určuje výživné pre maloleté dieťa, je možné použiť aj ustanovenie, ktoré za odôvodnené potreby dieťaťa považuje vytváranie úspor, čo je však v rozpore s ustanovením o rozsahu tejto vyživovacej povinnosti, ktorá má byť poskytnutá len v nevyhnutnej miere. Príspevok na výživu rozvedeného manžela možno priznať najdlhšie na dobu piatich rokov, ale je možné ju predĺžiť výnimočne z dôvodov uvedených demonštratívne.

Zákon č. 36/2005 o rodine v oblasti vyživovacích povinností nepriniesol zásadné zmeny. Nové ustanovenia buď vôbec neriešia aplikačné problémy dovtedajšej úpravy, alebo ju ešte viac komplikujú a vzájomne si protirečia. Dopad na nový zákon o rodine prináša každodennou rozhodovacou činnosťou judikačná prax. Potrebné zmeny v rodinnoprávnej úprave budú v modernejšom a dôslednejšom ponímaní uskutočnené dlho očakávanou rekodifikáciou občianskeho zákonníka.

Literature:

- Glos, J. a kol.: Rodinné právo, Bratislava: Obzor, 1965.
- Hrušáková, M. a kolektív: Rodinné právo, Brno: Nakladatelství Doplněk, 1993.
- Lazar, J. a kolektív: Občianske právo hmotné, Tretie doplnené a prepracované vydanie, Bratislava: Iura Edition, Edícia učebnice, 2006

Contact – email

natalia.richter@zoznam.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PROFESIONÁLNÍ PĚSTOUNSKÁ PÉČE

LENKA ŘEHULOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek je věnován problematice profesionální pěstounské péče, jejíž poslání – předejít umístění dítěte do ústavní péče v situaci, kdy toto dítě po určitou dobu z různých důvodů nemůže setrvat v biologické rodině, avšak předpokládá se jeho návrat do ní – je více než záslužné. Ačkoliv má pěstounství v České republice dlouholetou tradici, rozvíjí se tento typ náhradní rodinné péče ve srovnání se sousedními slovanskými zeměmi – Slovenskou a Polskou republikou - jen velmi pomalu. Cílem příspěvku je provést analýzu jednotlivých aspektů právní úpravy ve všech třech zmiňovaných zemích a rovněž tak komparaci ve vztahu k české právní úpravě pěstounské péče na přechodnou dobu. Závěrem jsou zhodnoceny nedostatky české právní úpravy.

Key words in original language
Profesionální pěstounská péče, pěstounská péče na přechodnou dobu, pěstoun, rodiče, dítě, biologická rodina, náhradní rodinná péče, ústavní péče, orgán sociálně-právní ochrany dětí, dětský domov, krizové centrum pro děti a mládež, starosta, odborná příprava, pracovní smlouva, hmotné zabezpečení, odměna, Slovensko, Polsko.

Abstract
The paper is devoted to the issue of professional foster care. The function of this institute - to avoid a placement of children to an institutional treatment in the case, when the children cannot stay in the original family because of whatever reason however there is a presumption of re-entry, is more than praiseworthy. Although the Czech foster care has had a long tradition, it is developing very slowly in comparison with the neighboring Slavonic countries, i.e. Slovakia and Poland. The main aim of this paper is the brief analyzing of particular aspects of valid legal regulation in all three mentioned countries and the comparison in relation to the Czech temporary foster care, too. The conclusion deals with the shortage of the Czech legal regulation of this issue.

Key words
The professional foster care, temporary foster care, foster parent, parents, child, original family, surrogate family care, institutional treatment, children´s home, crisis centre for children and minors, chief magistrate, professional training, employment contract, financial support, wages, Slovakia, Poland.

1. PĚSTOUNSKÁ PÉČE NA PŘECHODNOU DOBU V ČESKÉ REPUBLICE

1.1 LEGISLATIVNÍ ZAKOTVENÍ PĚSTOUNSKÉ PÉČE NA PŘECHODNOU DOBU A JEJÍ CÍLE

Pěstounská péče na přechodnou dobu je relativně novým institutem náhradní rodinné péče, jenž byl do **zákona č. 94/1963 Sb., o rodině** (dále v textu jen jako „ZOR“) začleněn v souvislosti s novelizací **zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí** (dále v textu jen jako „ZSPOD“), a to **zákonem č. 134/2006 Sb.**[1] s účinností ode dne 1. června 2006. Legislativní zakotvení této specifické formy pěstounské péče se může zdát redundantní, neboť současná právní úprava se nezmiňuje o časovém trvání pěstounské péče, a tedy nic nebrání její realizaci jak z hlediska krátkodobého, tak i dlouhodobého. Nicméně historicky přetrvává mýtus dlouhodobosti pěstounské péče mající svůj původ v ustanovení §2 odst. 1 **zákona č. 50/1973 Sb., o pěstounské péči** ve znění pozdějších předpisů.[2] Přestože pojem dlouhodobosti pěstounské péče nebyl do nynější právní úpravy převzat, je tato stále chápána jako dlouhodobé řešení situace dítěte, které nemůže vyrůstat ve své biologické rodině[3], a tedy i proto se zákonodárce odhodlal k explicitnímu zakotvení pěstounské péče na přechodnou dobu. Původně bylo uvažováno o institutu profesionální pěstounské péče, avšak v důsledku velmi zásadních připomínek odborníků z řad psychologů, pediatrů a právníků, bylo nakonec přistoupeno k pěstounské péči na přechodnou dobu, kterážto je jakýmsi připodobněním profesionální pěstounské péči na Slovensku či v Polsku, jak bude pojednáno níže.

Hmotněprávní úpravu individuální pěstounské péče nacházíme v ustanoveních §§45a až 50 již zmiňovaného ZOR, avšak při interpretaci a aplikaci pěstounské péče je třeba vycházet i z dalších právních předpisů, kterými jsou ZSPOD (zejména §§19a až 27 - zprostředkování pěstounské péče, a §27a - pěstounská péče na přechodnou dobu), **zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře** ve znění pozdějších předpisů (§§36 až 43 - dávky pěstounské péče) **a zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád** ve

---

[1] Zákon č. 134/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

[2] *„Dítě, jehož výchova u rodičů není zajištěna z příčin, které budou zřejmě dlouhodobé, může být svěřeno do pěstounské péče jiného občana (dále jen "pěstoun"), jestliže zájem dítěte vyžaduje svěření do takové péče.“*

[3] Srov. **KRÁLÍČKOVÁ, Z.**: Pěstounská péče: mýty versus ústavně konformní interpretace a aplikace zákona s úvahami de lege ferenda. Právní rozhledy, 2008, č. 9, s. 311.

znění pozdějších předpisů (§§176 až 180 – řízení ve věcech péče soudu o nezletilé).

Cílem zavedení institutu pěstounské péče na přechodnou dobu je **předejít umístění dítěte do ústavní péče v situaci, kdy toto dítě po určitou dobu z různých důvodů nemůže setrvat v biologické rodině, ale existuje tu předpoklad brzkého návratu do ní**. Právě po onu přechodnou dobu by dítě mělo být v rukou speciálně pověřených a vyškolených pěstounů, kteří by se měli podílet na sanaci biologické rodiny, kterážto dočasně neplní svou funkci. Hlavním úkolem těchto pěstounů je tak samozřejmě péče o osobu dítěte, avšak vedle toho by měli ve spojení s orgánem sociálně-právní ochrany dětí a rodiči přispívat k vytvoření podmínek umožňujících návrat dítěte do původní rodiny nebo jeho přechod do péče budoucích (dlouhodobých) pěstounů nebo osvojitelů.[4] Existence této formy náhradní rodinné péče by měla vést k redukci vysokého počtu dětí (zejména útlého věku) umisťovaných do ústavních zařízení. Česká republika se v tomto směru již delší dobu potýká s ostrou kritikou nestátních neziskových organizací (Středisko náhradní rodinné péče, Nadace Naše dítě, Fond ohrožených dětí, aj.), ale i mezinárodních organizací a institucí (Výbor pro práva dítěte při OSN, IFCO, UNICEF). Česká republika zaujímá alarmující 1. místo v počtu dětí do tří let umístěných v ústavní péči.[5] Ačkoliv máme jako jedni z mála na světě díky dlouhodobému výzkumu prof. Z. Matějčka[6] nezpochybnitelné důkazy, že ústavní péče je ze všech možných řešení pro zdravý vývoj dítěte to nejhorší, nepromítá se toto zjištění ani zdaleka do praxe české sociální politiky. Navíc fungující přechodnou pěstounskou péči jako alternativu péče ústavní, umožňující dětem vyrůstat v prostředí obdobném rodinnému s předpokladem návratu k biologické rodině lze bezpochyby chápat i jako jeden z prostředků umožňující zachování či obnovení práva na rodinný život.[7]

1.2 PŘEDPOKLADY PĚSTOUNSKÉ PÉČE NA PŘECHODNOU DOBU

Předpoklady realizace pěstounské péče na přechodnou dobu členíme na *obecné základní předpoklady* zakotvené v ustanovení §45a odst. 1 ZOR

---

[4] Srov. Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2006 Sb., kterým se mění ZSPOD, ZOR a další zákony, obecná část.

[5] Statistika dostupná z: http://www.vzd.cz/deti-do-tri-let-v-evropskych-ustavech [citováno dne 24. 10. 2009].

[6] **Prof. PhDr. Zdeněk Matějček, CSc**. (1922 - 2004) - světově uznávaný dětský psycholog, který se průkopnicky věnoval studiu podmínek vývoje dětí v ústavech, moderní reformátor péče o děti, zdůrazňující nezastupitelnou úlohu rodiny.

[7] K tomu podrobněji viz **ŘEHULOVÁ, L**.: Pěstounská péče na přechodnou dobu jako institut zachování či obnovení práva na rodinný život. Právní rozhledy, 2009, č. 15, s. 536-540.

(výchova v rodině není řádně zabezpečena, je dán zájem dítěte na svěření do jiného výchovného prostředí a zásadně jeho kladné vyjádření v této věci, existuje vhodná osoba a její souhlas) a *předpoklady zvláštní* obsažené v ustanovení §45a odst. 2 ZOR, jež jsou současně i důvody a časovým limitem pro aplikaci pěstounské péče na přechodnou dobu.[8]

1.2.1 OBECNÉ ZÁKLADNÍ PŘEDPOKLADY (§45A ODST. 1 ZOR)

K předpokladům na straně dítěte

ZOR v ustanovení §45a odst. 1 hovoří obecně o svěření do pěstounské péče fyzické osobě, jestliže **zájem dítěte uplatnění této formy náhradní rodinné péče vyžaduje** rozhodující je zájem a blaho dítěte).[9] Mezi obecné základní předpoklady ke svěření dítěte do pěstounské péče dle Doc. Z. Králíčkové dále patří:

a. **výchova dítěte v rodině není řádně zabezpečena**;

b. **kladné vyjádření dítěte**, je-li schopno formulovat své vlastní názory s ohledem na ustanovení §31 odst. 3 ZOR a čl. 12 Úmluvy o právech dítěte – tzv. participační práva dítěte;

c. existence fyzické **osoby způsobilé náhradní rodinnou péči vykonávat a její souhlas**.[10]

Evidenci dětí pro účely zprostředkování pěstounské péče vede ve smyslu ustanovení §22 ZSPOD příslušný krajský úřad. Obecní úřady obcí s rozšířenou působností jsou pak povinny o těchto dětech zjistit veškeré dostupné informace a z těchto vypracovat odpovídající spisovou dokumentaci (§21 odst. 4 ZSPOD).

K předpokladům na straně pěstouna

ZOR jako jedinou obecnou podmínku stran osoby pěstouna v ustanovení §45a odst. 1 uvádí **fyzickou osobu**, kterážto **poskytuje záruku řádné výchovy dítěte**. Osoba, která může být soudem ustanovena do funkce pěstouna na přechodnou dobu, musí splňovat *obecné základní předpoklady*

---

[8] Viz **HRUŠÁKOVÁ, M. a kol**.: Zákon o rodině a zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 196. Veřejný ochránce práv ve svém stanovisku ze dne 13. 6. 2003, sp. zn. 2650/2002/VOP/ZG v této souvislosti uvádí: *„Orgán sociálně-právní ochrany dětí nemůže zvýhodňovat pěstouny, činit kroky v jejich prospěch a upřednostňovat je před biologickým rodičem dítěte. Úkolem sociálních pracovníků je sanace biologické rodiny.“*

[9] Případný nesouhlas rodičů se svěřením dítěte do pěstounské péče na přechodnou dobu nemá žádný význam.

[10] **KRÁLÍČKOVÁ, Z**.: Pěstounská péče po novele. 1. část. Právo a rodina. 2000, č. 6, s. 2.

(bezúhonnost a způsobilost k právním úkonům v plném rozsahu) i dále popsané *předpoklady zvláštní*. Do pěstounské péče na přechodnou dobu lze dítě svěřit osobám, které jsou **zařazeny do evidence osob vhodných k výkonu této péče** (§45a odst. 2 ZOR), kterou ve smyslu ustanovení §27a odst. 1 ZSPOD vede opět příslušný **krajský úřad.**[11] ZSPOD v témže ustanovení rovněž upravuje i samotný proces zprostředkování tohoto typu náhradní rodinné péče. Do předmětné evidence se zařazují pěstouni, kteří mají na základě **odborného posouzení předpoklady pro výkon této péče, zejména z hlediska její krátkodobosti a péče o dítě krátce po narození.**[12] Před samotným aktem zařazení do evidence musí tito potencionální pěstouni navíc absolvovat **speciální přípravu** k přijetí dítěte do náhradní péče. Celý proces trvá v rozmezí šesti až osmi měsíců. Zájemci o zprostředkování pěstounské péče na přechodnou dobu mohou písemnou žádost podat u obecního úřadu obce s rozšířenou působností, příslušného dle místa trvalého bydliště žadatele.[13]

Pěstounem může být po splnění zákonem stanovených podmínek **osamělá osoba**, **jeden z manželů, manželé společně** a po přijetí zákona č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství ve znění pozdějších předpisů, zřejmě i **jeden z partnerů** nikoliv však partneři jako pár. Pěstounská péče je určena **jakýmkoliv fyzickým osobám**, tedy i prarodičům a dalším příbuzným a jiným členům širší rodiny.[14] Svěření dítěte do pěstounské péče příbuzným je plně v jeho zájmu, neboť umožňuje udržování pravidelného kontaktu s rodiči spíše, než kdyby bylo v péči cizích osob. Tzv. příbuzenská

---

[11] **Evidence** obsahuje žadatelovy *osobní údaje, doklady* (o státním občanství, zdravotním stavu, ekonomických a sociálních poměrech, bezúhonnosti, atd.), *souhlas s účastí na přípravě k přijetí dítěte do rodiny, písemný souhlas* opravňující krajský úřad k dalšímu šetření ve věci a *stanovisko* obecního úřadu obce s rozšířenou působností k žádosti o zařazení do evidence (§27a odst. 3 ZSPOD).

[12] Podle E. Pávkové jsou u žadatelů o tento institut nezbytné tyto předpoklady: naplněné vlastní rodičovství anebo velmi dobře zpracovaný problém bezdětnosti; zkušenosti s výchovou dětí, nejlépe vlastních, příbuzných, nebo alespoň z dlouhodobé volnočasové činnosti; vysoká adaptabilita a frustrační tolerance; celková psychická zralost; ochota dál se vzdělávat a spolupracovat se všemi zaangažovanými; podpora zbytku rodiny a souznění s přáním dětí, které v ní vyrůstají. In **PÁVKOVÁ, E**.: Profesionální pěstounská péče pro a proti. In Sborník z III. celostátního semináře Náhradní rodinné péče, 2003, s. 28.

[13] Na problematiku odborného posouzení žadatele se dle ustanovení §27a odst. 4 ZSPOD užijí obdobně ustanovení pro účely zprostředkování osvojení a pěstounské péče. Krajský úřad po dokončení odborného posouzení rozhodne o zařazení/nezařazení žadatele do evidence a opis tohoto rozhodnutí zašle obecnímu úřadu obce s rozšířenou působností. Ministerstvu práce a sociálních věcí a obecnímu úřadu obce s rozšířenou působností krajský úřad taktéž zašle opis seznamu osob zařazených do evidence osob, které mohou po přechodnou dobu vykonávat pěstounskou péči, jakož i oznámí jakékoliv doplnění a změny.

[14] K tzv. **příbuzenské pěstounské péči** srov. **KRÁLÍČKOVÁ, Z.**: K některým aspektům náhradní rodinné péče: tzv. příbuzenská pěstounská péče. In Aktuální otázky náhradní rodinné péče - Sborník z VII. celostátního semináře náhradní rodinné péče. Brno: Triada - poradenské centrum, 2007, s. 39 – 46.

pěstounská péče na přechodnou dobu sehrává nezastupitelnou roli ve zdravém psychickém a fyzickém vývoji dítěte, zajišťuje zachování rodinných vazeb, a tím i práva na rodinný život jedince.

1.2.2 ZVLÁŠTNÍ PŘEDPOKLADY (§45A ODST. 2 ZOR)

Zvláštní předpoklady realizace pěstounské péče na přechodnou dobu ZOR v ustanovení §45a odst. 2 člení do tří kruhů. V první řadě je tato forma náhradní rodinné péče určena dětem, jejichž **rodiče nemohou výchovu ze závažných důvodů po přechodnou dobu vykonávat**. Jde o okamžitou pomoc v akutní nouzi při náhlých situacích, ale i v případech, kdy krize není tak náhlá - např. vážné onemocnění rodiče samoživitele, autonehoda obou rodičů a následná hospitalizace, zjištěné týrání nebo zneužívání v rodině, rodič ve výkonu trestu, atd.[15]

Dále může být do přechodné pěstounské péče svěřeno dítě **na dobu, po kterou rodiči plyne lhůta šesti týdnů po narození dítěte, po jejímž uplynutí může dát rodič blanketový souhlas s osvojením podle ustanovení §68a ZOR**. Typickým příkladem je novorozené dítě, jehož matka přišla o bytové zázemí, avšak o dítě má opravdový zájem, toto pravidelně navštěvuje, ale není dosud známo, zda bude schopna péči dítěte zajistit (tj. alternativa k ústavní péči v kojeneckém ústavu).

Poslední okruh zvláštních předpokladů uvedený v ustanovení §45a odst. 3 písm. c) pamatuje na situaci, kdy soud v incidenčním řízení posuzuje, zda v řízení o osvojení bude třeba souhlas rodičů k osvojení jejich dítěte (do doby pravomocného rozhodnutí soudu). Jedná se tedy o **otázku tzv. kvalifikovaného nezájmu rodičů o dítě po dobu nejméně šesti měsíců a tzv. žádného zájmu po dobu nejméně dvou měsíců po narození dítěte** (§68 odst. 1 písm. a) a b) ZOR).[16]

V předešlých dvou případech je přechodná pěstounská péče chápána jako jakýsi předvoj dlouhodobějšího řešení situace dítěte, a to svěření do pěstounské péče nebo osvojení.

---

[15] Pro zajímavost lze zmínit, že ve Velké Británii existuje pro tyto případy registr speciálně vyškolených pěstounů, kteří jsou dostupní 24 hodin denně a jsou okamžitě připraveni dítě převzít. Tato nouzová péče se většinou organizuje na dny, týdny, maximálně na pár měsíců, mezitím sociální pracovník hledá pro dítě trvalé řešení. Toto u nás zatím bohužel vůbec nefunguje. Děti jsou nejčastěji umísťovány do tzv. Klokánků, provozovaných Fondem ohrožených dětí, což však je ona nevhodná forma ústavní péče

[16] K právním následkům předvídaným v ustanovení §68 odst. 1 ZOR, porušení práva stěžovatelů na spravedlivý proces dle čl. 36 odst. 1 LZPS a zásahu do práva na rodinný život ve smyslu čl. 8 odst. 2 Úmluvy viz **nález Ústavního soudu ČR ze dne 28. 1. 2004, sp. zn. I. ÚS 669/02**.

1.3 ROZHODOVÁNÍ O PĚSTOUNSKÉ PÉČI NA PŘECHODNOU DOBU

O návrhu na svěření dítěte do pěstounské péče na přechodnou dobu rozhoduje výlučně **soud**. Věcně a místně příslušným soudem v prvním stupni je okresní soud, v jehož obvodu má dítě na základě dohody rodičů nebo rozhodnutí soudu, popřípadě jiných rozhodných skutečností, své bydliště (§9 odst. 1 ve spojení s §88 písm. c) OSŘ). Ve věci jedná a rozhoduje samosoudce. Řízení se zahajuje **na návrh**, který může podat toliko orgán **sociálně-právní ochrany dětí**, konkrétně obecní úřad obce s rozšířenou působností, kterýžto má k dispozici opisy evidence vyškolených pěstounů, měl by jednat rychle, operativně a se znalostí věci. Účastníky řízení jsou navrhovatel a ti, o jejichž právech nebo povinnostech má být v řízení jednáno (§94 odst. 1 OSŘ), tj. zájemce/zájemci o přechodnou pěstounskou péči, dítě zastoupené kolizním opatrovníkem a rodiče dítěte (popř. poručník). V průběhu řízení je nezbytně nutné provést výslech účastníků; souhlas rodičů se svěřením dítěte do pěstounské péče na přechodnou dobu však není třeba.

Soud o svěření dítěte do této formy náhradní rodinné péče rozhoduje **rozsudkem** s konstitutivními účinky (§45a odst. 2 písm. a) ZOR) nebo **usnesením o předběžném opatření** (§45a odst. 2 písm. b), c) ZOR). Rozhodnutí v podobě rozsudku soud vydává v případě uvedeném v ustanovení §45a odst. 2 písm. a) ZOR, kdy v rozsudku stanoví individuálně dle okolností případu dobu trvání přechodné pěstounské péče.[17] Ustanovení §76a odst. 1 věta třetí OSŘ umožňuje soudu, jde-li o svěření dítěte do pěstounské péče na přechodnou dobu, po jejímž uplynutí lze dát souhlas rodiče s osvojením nebo na dobu do rozhodnutí soudu o tom, že není třeba souhlasu rodiče k osvojení, rozhodnout ve věci předběžným opatřením. Délka trvání předběžného opatření je stanovena na dobu **tří měsíců od vykonatelnosti s možností prodloužení.** V souladu s ustanovením §45a odst. 5 ZOR je soudu uložena povinnost v součinnosti s orgány sociálně-právní ochrany dětí **přezkoumat důvody a podmínky trvání této formy náhradní péče, a to nejméně jednou za tři měsíce.** Za tím účelem si vyžaduje zejména zprávy příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí. Soud je rovněž oprávněn stanovit pěstounovi povinnost podávat o výkonu pěstounské péče pravidelné informace, a to v termínech individuálně stanovených podle okolností každého jednotlivého případu.[18] Soud vždy rozhodne o výchově dítěte, odpadnou-li důvody, pro které bylo dítě svěřeno do přechodné pěstounské péče.

---

[17] V daném případě sice není možná aplikace ustanovení §76a odst. 1 věta třetí OSŘ, avšak nic nebrání v užití ustanovení §76 odst. 1 písm. b) a §76a odst. 1 věta první OSŘ s možností vydání předběžného opatření v délce trvání jeden měsíc.

[18] **HOLUB, M. a kol**.: Zákon o rodině. Komentář a předpisy související. 8. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, s. 150.

1.4 KRÁTCE K HMOTNÉMU ZABEZPEČENÍ PĚSTOUNSKÉ PÉČE NA PŘECHODNOU DOBU

Pěstounská péče na přechodnou dobu se řadí mezi státem podporované formy náhradní rodinné péče. Poněvadž zákon o státní sociální podpoře neobsahuje zvláštní ustanovení pro případ přechodné pěstounské péče, je třeba pro nároky dítěte a jeho pěstouna vycházet z právní úpravy zakotvené v hlavě sedmé zákona o státní sociální podpoře nazvané „Dávky pěstounské péče“. Poskytované dávky lze členit na **dávky, na něž má nárok dítě** svěřené do pěstounské péče na přechodnou dobu (příspěvek na úhradu potřeb dítěte) a **dávky nárokovatelné pěstounem** (odměna pěstouna, příspěvek při převzetí dítěte a příspěvek na zakoupení motorového vozidla).

Neboť rodiče dětí svěřených do pěstounské péče na přechodnou dobu zůstávají nadále nositeli rodičovské zodpovědnosti, zůstává jim ve vztahu k těmto dětem zachována i **vyživovací povinnost**. Návrh soudu na stanovení výživného v těchto případech podává ve smyslu ustanovení §19 odst. 4 ZSPOD úřad státní sociální podpory. Nárok na výživné určené rozhodnutím soudu na dítě, jemuž náleží příspěvek na úhradu potřeb, přechází na stát. Je-li výživné vyšší než zmiňovaný příspěvek, náleží dítěti rozdíl mezi výživným a příspěvkem s tím, že tento rozdíl se vyplácí pěstounovi (§45d odst. 1 ZOR). Jde o tzv. **legální cesi**, jejímž smyslem je oproštění pěstounů od leckdy komplikovaného vymáhání výživného pro dítě svěřeného do jejich péče.[19]

2. „PROFESIONÁLNA NÁHRADNÁ RODINA“ NA SLOVENSKU

2.1 LEGISLATIVNÍ ZAKOTVENÍ PROFESIONÁLNÍ NÁHRADNÍ RODINY A JEJÍ CÍLE

První zmínku a možnost zřízení profesionálních náhradních rodin při speciálních školských zařízeních obsahoval **zákon č. 279/1993 Z.z., o školských zariadeniach**.[20] Tvůrcové této myšlenky se nechali inspirovat profesionálními rodinami v Polsku, kde již mají delší tradici. Po změně gestora náhradní rodinné péče z Ministerstva školstva na Ministerstvo práce sociálnych vecí a rodiny začátkem roku 2007 převzal institut profesionální

[19] K vyživovací povinnosti rodičů k dětem v pěstounské péči více viz **KRÁLÍČKOVÁ, Z.**: Vyživovací povinnost rodičů k dětem v náhradní péči. Právní rozhledy, 2005, č. 9, s. 305-309.

[20] O zákonnou úpravu profesionální náhradní rodiny se zasloužila Ruth Erdélyová. Prvním východiskem bylo lepší využití poměrů dětí a zaměstnanců v dětských domovech a druhým zprostředkování rodinné péče i dětem, o něž projevují alespoň formální zájem biologičtí rodiče, a proto dítě není volné ani pro adopci ani pěstounskou péči jako takovou. Podrobněji srov. **ERDÉLYOVÁ, R.**: Deti z domovov majú tendenciu nezakladať si rodinu, ale detský domov. Nebyť sám. 2006, č. 2, s. 6-8. Na přelomu let 1995 až 1996 vzniklo šest profesionálních náhradních rodin při dětských domovech v Istebném, Koliňanoch, Bratislavě a Lubietové.

náhradní rodiny zákon č. 222/1996 Z.z., organizácii miestnej štátnej správy, a to pouze do poloviny roku 1998, kdy byl vydán **zákon č. 195/1998 Z.z., o sociálnej pomoci**. K novelizaci uvedené problematiky pak došlo až v roce 2005, kdy dne 1. září nabyl účinnosti **zákon č. 305/2005 Z.z., o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele a o zmene a doplnení niektorých zákonov** (dále v textu jen jako „ZoSOD“).

Obdobně jako v případě české právní úpravy je profesionální náhradní rodina **zvláštním typem náhradní péče o dítě s nařízenou ústavní péčí, kterou vykonává po dohodnutou dobu profesionální rodič ve svém vlastním rodinném prostředí 24 hodin denně, ovšem rozdílně od naší úpravy jako zaměstnanec dětského domova nebo krizového střediska**. Profesionální náhradní rodina je ve smyslu ustanovení §10 odst. 1, **vyhlášky** Ministerstva práce, sociálnych věcí a rodiny SR **č. 198/1998 Z.z., o vykonanie niektorých ustanovení zákona o sociálnej pomoci** (dále v textu jen jako „vyhláška k provedení zákona o sociální pomoci“), organizační součástí dětského domova (event. dětského domova pro nezletilé bez doprovodu či krizového střediska). Profesionální rodičovství není rodinně-právním, nýbrž **pracovněprávním vztahem** se zařízením pro výkon opatření sociálně-právní ochrany dětí a sociální kurately (dále v textu jen jako „zařízení“), a proto musí být profesionální rodič v procesu přípravy veden k tomu, že pobyt dítěte je pouze jakousi přestupní stanicí. Dítě není v profesionální náhradní rodině natrvalo, ale jen do doby, dokud nedojde k úpravě podmínek v biologické rodině dítěte anebo se nenajde dítěti trvale náhradní rodina. Profesionální náhradní rodina je upřednostňována před jinými formami ústavní péče, neboť zachovává dle možností veškeré atributy zdravého rodinného života a výchovy dětí v rodině. Slovenská republika je na rozdíl od ČR až na 6. místě v počtu dětí do tří let umístěných v ústavní péči, přičemž ke zlepšení situace výraznou měrou přispělo právě zřizování profesionálních náhradních rodin.[21]

2.2 PŘEDPOKLADY REALIZACE PROFESIONÁLNÍ NÁHRADNÍ RODINY

Rovněž i institut profesionální náhradní rodiny na Slovensku předpokládá pro jeho realizaci naplnění několika předpokladů, jak níže uvedeno.

K předpokladům na straně profesionálního rodiče

V profesionální náhradní rodině mohou péči vykonávat jak **manželé společně**, jež jsou zaměstnanci příslušného zařízení anebo samostatně fyzická osoba. **Fyzická osoba**, která má zájem stát se profesionálním rodičem, musí splňovat podmínky uvedené nejen v ustanovení §39 odst. 4

[21] Ke konci března roku 2009 bylo ve 400 profesionálních náhradních rodinách už 669 dětí, 300 z nich ve věku do tří let. Z dětí do jednoho roku se vloni z ústavu dostalo přímo do pěstounské péče jen 11, 92 jich bylo předáno do péče profesionálních rodičů.

ZoSOD.[22] Potencionální profesionální rodič je povinen absolvovat odpovídající **odbornou přípravu** v závislosti na dosaženém stupni vzdělání. Fyzická osoba, která splňuje kvalifikační předpoklad úplného středoškolského vzdělání zakončeného maturitní zkouškou nebo vysokoškolského vzdělání jiného než pedagogického směru podstupuje přípravu v délce **60 hodin**, je-li absolventem vysoké školy pedagogické, pak se účastní přípravy o 20 hodin kratší, tj. **40 hodin**.[23] Příprava probíhá individuální či skupinovou formou, formou konzultací a supervize a je vykonávána **ÚPSVaR** (Ústredie práce, sociálnych věcí a rodiny) anebo akreditovanými subjekty – občanským sdružením **„Návrat“**[24], společností přátel dětí z dětských domovů **„Úsmev ako dar“**[25], a PhDr. **Evou Litavskou**. ÚPSVaR zajišťuje přípravu fyzických osob, které mají v odpovídající územní působnosti obvyklý pobyt, budou zde vykonávat nebo již vykonávají profesionální rodičovství anebo v daném obvodu se nachází sídlo daného zařízení. Příprava k výkonu profesionální náhradní péče spočívá v poskytnutí základních informací o náhradní rodinné péči, psychickém, fyzickém a sociálním vývoji a potřebách dítěte a v nácviku praktických zkušeností ve výchovné práci s dětmi a mladistvými (§53 odst. 11 ZoSOD).[26] Po úspěšném absolvování přípravy jsou žadatelé zapsáni na krajském úřadě do seznamu osob vhodných pro výkon náhradní rodinné péče. Nutno ovšem dodat, že ani úspěšné absolvování shora popsané odborné přípravy nezakládá žádný nárok na uzavření pracovního poměru s příslušným zařízením.

Profesionální náhradní péče se uskutečňuje v domácím prostředí profesionálního rodiče, a to v rodinném domě nebo bytě poskytnutém zařízením anebo v rodinném domě či bytě, jehož je profesionální rodič vlastníkem či nájemcem. Manželé mohou poskytovat profesionální náhradní péči v samostatném domě nebo bytě, který je vymezenou částí dětského domova jen tehdy, jsou-li oba jeho zaměstnanci.

K předpokladům na straně dítěte

[22] Je-li náhradní rodinná péče zabezpečována pouze jednou fyzickou osobou, pak podmínky ustanovení §39 odst. 4 ZoSOD platí i pro jeho/její manžela/ku. Žadatelé o profesionální náhradní výchovu musí rovněž předložit výpis z trestního rejstříku, potvrzení o zdravotním stavu a doklad o příjmu a absolvovat psychologické testy a rozhovory zaměřené na charakteristiku osobnosti, motivaci, rodičovské postoje, stabilitu partnerských vztahů, apod.

[23] Ke splnění kvalifikačních předpokladů podrobněji viz vyhláška Ministerstva školstva SR č. 41/1996 Z.z., o odbornej a pedagogickej spůsobilostipedagogických pracovnikov v znení neskorších predpisov.

[24] http://www.navrat.sk.

[25] http://www.usmev.sk.

[26] Podrobněji k odborné přípravě zajišťované ÚPSVaR např. viz http://www.upsvar-pd.sk.

V profesionální náhradní rodině se péče poskytuje **nejvýše třem dětem s nařízenou ústavní péčí**, jsou-li profesionálními rodiči manželé, pak je tento **počet dvojnásobný**. Dítě, které vyžaduje léčebně-výchovnou péči[27] a dítě vážně psychicky narušené se považuje pro účely určení počtu dětí za děti dvě (§10 odst. 4 vyhlášky k provedení zákona o sociální pomoci). Určený počet dětí může být překročen jen se souhlasem zřizovatele zařízení a v odůvodněných případech (§53 odst. 8 ZoSOD).[28] Při zařazování dětí do profesionální náhradní rodiny se zohledňují sourozenecké a rodičovské vazby.

Profesionální náhradní rodina je vhodná **i pro nezletilou matku s nařízenou ústavní péčí a její dítě**. Mladistvý může setrvat v profesionální náhradní rodině po dosažení zletilosti, jestliže o to sám požádá a je-li to vhodné a účelné; nejdéle ovšem do dosažení 25 let věku. Velkou výhodou profesionální náhradní péče oproti osvojení či pěstounské péče je **široký rozsah aplikovatelnosti**. Je využitelná i pro starší děti, sourozenecké skupiny, romské děti, děti s výchovnými či zdravotními problémy, děti mentálně či psychicky postižené, děti, které jsou v kontaktu se svými rodiči, ale tyto o ně nemohou pečovat. Právní status dítěte se přitom nemění, děti zůstávají i nadále v ústavní péči kmenového dětského domova, a proto není třeba rozhodnutí soudu či souhlas biologických rodičů s umístěním do profesionální náhradní rodiny.

2.3 ROZHODOVÁNÍ O SVĚŘENÍ DÍTĚTE DO PROFESIONÁLNÍ NÁHRADNÍ RODINY

O svěření dítěte do profesionální náhradní rodiny nerozhoduje jako v České republice soud, nýbrž **ředitel** zařízení pro výkon opatření sociálně-právní ochrany dětí a sociální kurately, tj. ředitel dětského domova či krizového střediska, jenž je přitom oprávněn využít pomoci nestátních organizací. Profesionální rodič si nemůže konkrétní dítě vybrat, toto je mu přiděleno vedením domova. **Dětský domov je povinen vytvářet podmínky tak, aby každé dítě nejpozději do třech let věku bylo umístěno do profesionální náhradní rodiny**; výjimky stanoví zákon v ustanovení §53 odst. 2 ZoSOD. Příslušné zařízení s profesionálním rodičem uzavírá jednak **dohodu o výkonu péče v profesionální náhradní rodině**[29], ale rovněž **pracovní smlouvu** v rozsahu poloviční ho či plného úvazku.

Při umísťování dítěte do profesionální náhradní rodiny dětský domov utváří podmínky pro navázání kontaktu dítěte s profesionálním rodičem. Zařízení

---

[27] Viz ustanovení §26 odst. 2 písm. c) zákona č. 195/1998 Z.z., o sociálnej pomoci.

[28] Např. sourozenecké skupiny. V případě jednoho dítěte v profesionální náhradní rodině profesionální rodič uzavírá pracovní poměru v rozsahu poloviční ho úvazku.

[29] K náležitostem dohody srov. ustanovení §10 odst. 5 vyhlášky k provedení zákona o sociální pomoci.

rovněž poskytuje odbornou pomoc (psycholog, speciální pedagog, sociální pracovník a terapeut), poradenství, průběžné vzdělávání a sleduje úroveň poskytované péče.

2.4 KRÁTCE K HMOTNÉMU ZABEZPEČENÍ PROFESIONÁLNÍ NÁHRADNÍ RODINY

Hmotné zabezpečení profesionální náhradní rodiny s ohledem na charakter této formy náhradní rodinné péče má na rozdíl od české právní úpravy zcela odlišnou povahu. Vzhledem k tomu, že výkon činnosti profesionálního rodiče je chápán jako pracovněprávní vztah, náleží mu jako zaměstnanci příslušného zařízení „**plat**“. Profesionálnímu rodiči tedy není vyplácena odměna pěstouna ani příspěvek na úhradu potřeb dítěte v rámci dávek státní sociální podpory jako je tomu v České republice.

Dětský domov dále poskytuje dítěti nebo mladistvému umístěnému v profesionální náhradní rodině základní vybavení a hradí zvýšené náklady spojené se zdravotním stavem, věkem, speciálními potřebami či sportovní činností dítěte (§52 odst. 4 ZoSOD). Finanční prostředky na úhradu výdajů na péči dítěte v profesionální náhradní rodině poskytuje dětský domov ve výši skutečných výdajů na dítě umístěné v dětském domově (§20 vyhlášky k provedení zákona o sociální pomoci). Částka poskytnutá zařízením na úhradu výdajů se dle věku dítěte pohybuje ve výši až trojnásobku životního minima.[30]

Závěrem ke slovenské právní úpravě…

Ze shora uvedeného plyne, že se profesionálna náhradná rodina na Slovensku na rozdíl od české pěstounské péče na přechodnou dobu vyznačuje podstatně propracovanější právní úpravou, což platí i pro níže popsanou úpravu polskou. Jednotný systém odborné přípravy včetně organizačního zajištění, odborná pomoc, poradenství, průběžné vzdělávání a supervize ze strany zařízení, motivující finanční ohodnocení, apod. – to vše v českém právním prostředí v dané oblasti bohužel absentuje.

Přesto se ale i profesionálna náhradná rodina v praxi potýká s nemalými problémy, jmenovitě se jedná zejména o:

- chybí přesná definice a vnímání profesionálního rodičovství jako povolání;

[30] Srov. ustanovení §2 písm. c) zákona č. 601/2003 Z.z., o životnom minime a o zmene a doplneni niektorych zakonov v zneni neskorších predpisov.

- existující rozdíly mezi dětskými domovy ve službách poskytovaných profesionálním rodičům a s tím související větší potřeba vzájemné komunikace a spolupráce mezi dětskými domovy a profesionálními rodiči[31];

- rozpor mezi očekáváním dětského domova a profesionálních rodičů v tom smyslu, že některé dětské domovy upřednostňují koncept profesionálního rodičovství zejména pro problémové děti, zatímco druhá strana očekává přidělení bezproblémového dítěte do své péče;

- otázka krátkodobosti profesionální náhradní rodiny, neboť se vícekrát ukázalo, že děti byly v profesionální náhradní rodině umístěny několik roků (až 7 let a více);

- odchod dítěte z profesionální rodiny bývá charakterizován psychickou zátěží nejen pro dítě, ale i profesionálního rodiče a dalších příslušníků rodiny;

- vzdálenost bydliště profesionálních rodin od dětského domova.[32]

Oproti české pěstounské péči na přechodnou dobu je profesionální rodičovství bezpochyby činností psychicky i fyzicky náročnější z hlediska vlastní iniciativy profesionálního rodiče. Nevýhodu slovenské profesionální náhradní rodiny spatřuji v omezení aplikace tohoto institutu jen pro děti s nařízenou ústavní péčí, což vylučuje využití pro případy uvedené v ustanovení §45a odst. 2 ZOR, zejména tehdy nemohou-li rodiče výchovu ze závažných důvodů po přechodnou dobu vykonávat (např. okamžitá pomoc v akutní nouzi).

3. „ZAWODOWE RODZINY ZASTĘPCZE“ V POLSKU

3.1 LEGISLATIVNÍ ZAKOTVENÍ PROFESIONÁLNÍ NÁHRADNÍ RODINY A JEJÍ CÍLE

O institutu náhradních rodin, aniž by byl přímo použit přívlastek profesionální, ač se tím mají na mysli, hovoří již **zákon ze dne 29. listopadu 1990, o sociální pomoci**[33] (čl. 31d až 33) a **nařízení Rady ministrů ze dne 21. října 1993, o pěstounských rodinách**[34]. Uvedený

---

[31] *„Vedení dětských domovů sice tvrdí, že poskytují rodinám podporu, avšak činnost zahrnuje spíše kontrolu, nepracuje s důvěrou, vedení domovů nepožívá přirozenou autoritu rodin a je s nimi spíše v konfliktu.“* Srov. **ROHÁČEK, M.**: Profesionálna náhradná rodina na Slovensku. In Sborník z III. celostátního semináře NRP. Brno, 2003, s. 48-49.

[32] Podrobněji srov. **BÚŠOVÁ, K.**: Profesionálná náhradná matka - rodič alebo profesionál? *Biograf*, 2009, č. 48. Dostupné z: http://www.biograf.org/clanky/clanek.php?clanek=v4801 [citováno dne 24. 10. 2009].

[33] Ustawa z dnia 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej.

[34] Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 października 1993 r. w sprawie rodzin zastępczych.

zákon včetně prováděcího předpisu byl v průběhu devadesátých let několikrát novelizován a nakonec zrušen a současnou právní úpravu profesionální pěstounské péče nacházíme v **zákoně ze dne 12. března 2004, o sociální pomoci** ve znění pozdějších předpisů (čl. 74 až 79, dále v textu jen jako „ZoSP“) a **nařízení Ministerstva sociálních věcí ze dne 18. října 2004, o pěstounských rodinách** ve znění pozdějších předpisů (dále v textu jen jako „NoPR“). Stran pramenů polské právní úpravy nelze opomenout **Rodinný a pěstounský kodex**[35] (dále v textu je jako „RaPK“) ze dne 25. února 1964 s účinností od 1. ledna 1965.

Poslání profesionálního pěstounství v Polsku je obdobné jako v České a Slovenské republice. **Jde o zvláštní typ náhradní rodinné péče podléhající rozhodnutí soudu, vykonávané po dohodnutou dobu osobou příbuzensky nespřízněnou36 s dítětem v jejím vlastním rodinném prostředí, a to na základě smlouvy o dílo** (nikoliv pracovní smlouvu jako na Slovensku) **uzavřené se starostou dle místa bydliště profesionální náhradní rodiny**. Polské právo rozlišuje tři typy profesionálních pěstounských rodin (čl. 74 ZoSP). První, **profesionální pohotovostní náhradní rodina** nespřízněná s dítětem, kterážto vykonává pohotovostní péči o opuštěné děti, děti v ohrožení života a zdraví a není-li možné stanovit totožnost rodičů či místo jejich pobytu. V tomto typu náhradní rodinné péče mohou být dočasně umístěny **maximálně tři děti**, a to do doby normalizace životní situace dítěte **na dobu nejdéle 12 měsíců** (s možností prodloužení o další tři měsíce s ohledem na zvláštní okolnosti). Pohotovostní náhradní rodina nemůže odmítnout přijetí dítěte ve věku do 10 let přivedené policií Druhý, **profesionální vícedětná náhradní rodina nespřízněná s dítětem**, s minimálním počtem tří a maximálním počtem šesti dětí; vhodná zejména pro sourozence. A konečně třetí, **profesionální zvláštní náhradní rodina nespřízněná s dítětem**, jež je určená pro děti společensky nepřizpůsobivé a děti s různými dysfunkcemi a zdravotními problémy vyžadující speciální péči a ošetřování (maximální počet dětí v rodině tři). Polská republika zaujímá na rozdíl od ČR a SR až 12. místo v počtu dětí do tří let umístěných v ústavní péči. Polskou právní úpravu ze všech třech posuzovaných zemí, jak bude dále nastíněno, osobně považuji za nejpropracovanější a odpovídající účelu a poslání profesionální pěstounské péče.

---

[35] Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25. lutego 1964.

[36] Neexistuje přesná definice, která by stanovila, v jakém případě se ještě jedná o příbuzenský vztah. Čl. 128 RaPK hovoří o příbuzenském vztahu jen v přímé linii (syn, dcera, jejich rodiče, prarodiče, praprarodiče a sourozenci) – pak jde o tzv. „rodinu spřízněnou s dítětem“.

3.2 PŘEDPOKLADY REALIZACE „ZAWODOWE RODZINY ZASTĘPCZE“

K předpokladům na straně profesionálního rodiče

Všichni pěstouni nezávisle na tom, zda plní svoji funkci profesionálně či nikoliv se řídí stejnými právními předpisy, ovšem na kandidáty pro výkon profesionální pěstounské péče jsou kladeny zvláštní požadavky. Kromě požadavků uvedených v ustanovení čl. 4 NoPR[37] a čl. 73 odst. 1 ZoSP musí kandidáti (manželé nebo sama fyzická osoba) ve smyslu ustanovení čl. 75 ZoSP **získat kladné hodnocení příslušného střediska sociální pomoci** dle místa jejich bydliště vydaného na základě šetření rodinného prostředí a je nezbytné **absolvovat odborné školení a získat kvalifikační osvědčení.** Odborná školení jsou organizována okresním střediskem sociální pomoci rodině či z jeho pověření střediskem adopce a opatrovnictví nebo jiným subjektem. Školení se provádí dle individuálního plánu v závislosti na potřebách rodiny. Základní délka přípravy pro všechny typy náhradních rodin činí 39 hodin, nicméně uchazeči o výkon profesionálního rodiče musí podstoupit přípravu o 20 hodin delší, tj. celkově **59 hodin.**[38] Program školení schvaluje ministerstvo sociálních věcí na návrh okresního střediska sociální pomoci rodině, střediska adopce, opatrovnictví či jiného subjektu. V současnosti v Polsku probíhá diskuze o rozdílech v přípravě uchazečů o adopci, pěstounství a profesionální pěstounství, kdy příprava na výkon profesionální pěstounské péče by měla do budoucna mít až 200 výukových hodin. Funkci profesionálního rodiče nemohou plnit osoby zcela práce neschopné (čl. 75 odst. 5 ZoSP).

Po úspěšném absolvování odborného školení, získání kvalifikačního osvědčení a kladného stanoviska příslušného střediska sociální pomoci musí žadatelé navíc podat **návrh k uzavření „smlouvy o dílo“** – plnění funkce profesionální náhradní rodiny určeného typu, a to **k rukám starosty** dle místa trvalého bydliště žadatele. Právě tento okamžik na cestě realizace výkonu profesionální pěstounské péče je ovšem velmi problematický, neboť nejeden představitel územní samosprávy odmítá uvedenou smlouvu uzavřít, ač tuto povinnost v podstatě zakotvuje přímo ustanovení čl. 75 odst. 2 ZoSP (*„S rodinou, která bude plnit funkci profesionální náhradní rodiny*

[37] Ustanovení čl. 4 NoPR vyjmenovává: psychofyzické predispozice kandidátů v závislosti na typu rodiny, schopnosti a zkušenosti nezbytné při péči o děti se zvláštními potřebami, nacházející se v krizové situaci, včetně péče o početné sourozence a o děti sociálně nepřizpůsobivé, bytové podmínky kandidátů, apod.

[38] K tomu podrobněji viz **ŽILINČÍKOVÁ, D**.: Špecializovaná pestúnská starostlivosť v Poľsku jako podpora individuálnej rodinnej starostlivosti o deti so špecifickými potřebami. Dostupné z: http://www.vzd.cz/specializovana-pestunska-starostlivost-v polsku-ako-podpora-individualnej-rodinnej-starostlivosti-o [citováno dne 7. 11. 2009]. Rozsah školení je uveden v ustanovení čl. 6 NoPR.

nespřízněné s dítětem, starosta uzavře smlouvu, která zohledňuje příslušná ustanovení občanského zákoníku týkající se smlouvy o dílo.“) Zákonodárce v tomto předpisu nepředpokládal situaci, kdy starosta odmítne podepsání smlouvy. Přitom takovéto odmítnutí, pokud je vůbec přípustné, je třeba hodnotit jako správní rozhodnutí, které poškozuje nejen danou náhradní rodinu, ale zejména zájem dětí, které by mohly být do uvedené rodiny umístěny.[39] K **ukončení smlouvy** o plnění funkce profesionální náhradní rodiny nespřízněné s dítětem dochází v souladu s podmínkami stanovenými v dané smlouvě; v případě, že nejsou stanoveny, pak po uplynutí výpovědní lhůty tří měsíců. Neprovádí-li náhradní rodina výkon profesionální pěstounské péče řádně či přestala splňovat podmínky uvedené v ustanovení čl. 73 ZoSP, je starosta oprávněn vypovědět smlouvu s okamžitou platností bez dodržení výpovědní lhůty a o této skutečnosti bezodkladně informovat soud. V takovém případě je starosta odpovědný za zajištění nové náhradní rodiny. Seznamy uchazečů, jež úspěšně absolvovali odborné školení, získali kvalifikační osvědčení a kladné stanovisko střediska sociální pomoci a rovněž se starostou uzavřeli shora uvedenou „smlouvu o dílo“, vede okresní středisko sociální pomoci rodině.

K předpokladům na straně dítěte

Profesionální náhradní rodina je vhodná jak pro děti zdravé, tak i se zdravotními problémy, děti mladší i starší, sourozenecké skupiny, děti společensky nepřizpůsobivé, které jsou sice v kontaktu se svými rodiči, ale tyto o ně nemohou dočasně pečovat. Zákon hovoří o dítěti zbaveném úplně nebo částečně rodičovské péče (čl. 72 odst. 1 ZoSP). Děti pobývají v náhradní rodině do dosažení plnoletosti s výjimkou zakotvenou v ustanovení čl. 78 odst. 5 ZoSP. Počet dětí umístěných v profesionálních náhradních rodinách je stanoven na zásadě minima a maxima a je odvislý od typu realizované náhradní rodinné péče.

3.3 ROZHODOVÁNÍ O SVĚŘENÍ DÍTĚTE DO „ZAWODOWE RODZINY ZASTĘPCZE“

K umístění dítěte do péče profesionálního rodiče dochází obdobně jako v České republice v zásadě **na základě rozhodnutí soudu** (čl. 72 odst. 6 ZoSP). V naléhavých případech však je dítě umístěno do náhradní rodinné péče na návrh nebo se souhlasem biologických rodičů **na základě uzavřené občanskoprávní dohody** mezi profesionální náhradní rodinou a starostou; tato možnost již je ovšem českému právu cizí. Nicméně i o této dohodě starosta bezodkladně musí informovat soud, jenž ex officio zahájí řízení ve věci rodičovské zodpovědnosti.[40] Dnem nabytí právní moci rozhodnutí

[39] K tomu srov. **KWAŚNIEWSKA, A., POMARAŃSKA – BIELECKA, M. a ZIMA, M.**: Rodzinne formy opieki zastępczej – poradnik prawny. Varšava: Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, 2007, s. 29.

[40] O přijetí dítěte přivedeného policií profesionální pohotovostní rodina nespřízněná s dítětem informuje bezodkladně, nejpozději do 24 hodin soud nebo okresní středisko

upravujícího situaci dítěte uvedená dohoda pozbývá platnosti. Povinnost péče o dítě a jeho výchovu profesionální náhradní rodina přejímá dnem umístění dítěte v této rodině na základě rozhodnutí soudu anebo jmenované občanskoprávní dohody (čl. 72 odst. 9 ZoSP).

Místně a věcně příslušným pro řízení o umístění dítěte do profesionální pěstounské péče je soud, v jehož obvodu má nezletilý/á místo trvalého bydliště. **Účastníky řízení** jsou nejen biologičtí rodiče dítěte, ale i osoby, jež by chtěly plnit funkci profesionální náhradní rodiny. Dítě, o jehož umístění do náhradní rodiny se jedná, může být účastníkem onoho řízení, je-li starší 13 let. Jde o typ nesporného řízení, jež lze zahájit i bez návrhu. **Navrhovatelem** jsou nejčastěji na jedné straně biologičtí rodiče, kteří nejsou schopni péči o dítě z jakýchkoliv důvodů dočasně zajistit anebo na druhé straně osoba mající zájem stát se profesionálním rodičem. Není vyloučeno, aby návrh vzešel i ze strany sociálního pracovníka, pedagoga či kurátora. Návrh je zpoplatněn částkou ve výši 40 PLN, ovšem lze požádat o osvobození od soudních poplatků. Probíhá-li **řízení z moci úřední**, a tedy soud nezná vhodné zájemce o profesionální pěstounskou péči, obrátí se na okresní středisko sociální pomoci rodině, jež vede seznamy uchazečů připravených na plnění funkce profesionální náhradní rodiny. Soud taktéž může do meritorního rozhodnutí ve věci, vyžaduje-li to zájem dítěte, vydat ihned vykonatelné předběžné opatření. Při výběru náhradní rodiny bere soud ohled na osoby spřízněné s dítětem, dávají-li záruku zlepšení situace dítěte, připravenost uchazečů k plnění funkce náhradní rodiny, odpovídající věkový rozdíl mezi uchazeči a dítětem, úroveň vývoje a způsobilosti dítěte, zásadu nerozdělování sourozenců a názor dítěte (čl. 73 odst. 3 ZoSP).

3.4 KRÁTCE K HMOTNÉMU ZABEZPEČENÍ „ZAWODOWE RODZINY ZASTĘPCZE“

Hmotné zabezpečení profesionální náhradní rodinné péče má v Polsku obdobnou povahu jako na Slovensku. Profesionálním náhradním rodinám nespřízněným s dítětem (vícedětným a zvlátním) je vyplácena za prováděnou péči a výchovu **odměna na základě „smlouvy o dílo“** uzavřené mezi náhradní rodinou a starostou. Profesionální pohotovostní náhradní rodina navíc dostává odměnu za stav připravenosti k přijetí dítěte do péče. Uzavřou-li „smlouvu o dílo“ manželé, odměna náleží jen jednomu z nich. Od 1. ledna 2008 je platný nový způsob odměňování profesionálních náhradních rodin, kdy tento je zakotven zejména v ustanovení čl. 13 NoPR. **Profesionální mnohodětné a zvláštní náhradní rodině nespřízněné s dítětem** je vyplácena měsíční odměna ve výši do **160% základu** (základem je částka ve výši 1.647 PLN), tj. 2.635,20 PLN, **nejméně** však **95%** tohoto základu. Při stanovování výše odměny se zohledňuje mj. absolvování dodatečných kurzů a školení či zkušenosti práce s dětmi a doba

---

sociální pomoci rodině (čl. 74 odst. 7 ZoSP). Dítě v uvedené rodině pobývá do doby vydání soudního rozhodnutí.

plnění funkce náhradní rodiny. **Profesionální pohotovostní náhradní rodina nespřízněná s dítětem** plnící svoji funkci **ve stavu připravenosti na přijetí dítěte** obdrží odměnu ve výši **95% základu** a **v okamžiku přijetí prvního dítěte se odměna zvyšuje na 160% základu**. Tato odměna se navíc zvyšuje o dalších 20% základu, jsou-li v rodině umístěny více než tři děti po dobu delší než 10 měsíců.

Profesionální náhradní rodině je dále poskytována **peněžitá pomoc** na částečné pokrytí životních nákladů každého dítěte, které je v rodině umístěno s přihlédnutím k věku, zdravotnímu stavu a eventuálnímu společenskému nepřizpůsobení dítěte.[41] Tato peněžitá pomoc náleží náhradní rodině i po dosažení **plnoletosti dítěte** do doby ukončení studia (čl. 78 odst. 5 ZoSP), ovšem náklady s touto finanční pomocí spojené nesou již samy biologičtí rodiče (čl. 79 odst. 1 ZOSP).[42] Starosta může náhradní rodině přiznat i **jednorázovou peněžitou pomoc** na pokrytí nezbytných výdajů spojených s potřebami dítěte přijímaného do rodiny, a to ve výši 150% základu.

4. ZHODNOCENÍ NEDOSTATKŮ ČESKÉ PRÁVNÍ ÚPRAVY PĚSTOUNSKÉ PÉČE NA PŘECHODNOU DOBU

Nepochybně se shodneme, že poslání institutu pěstounské péče na přechodnou dobu, tj. předejít umístění dítěte do ústavní péče v situaci, kdy toto dítě po určitou dobu z různých důvodů nemůže setrvat v biologické rodině, je nad míru záslužného charakteru. Je samozřejmostí, že dítě má právo vyrůstat společně se svými biologickými rodiči, avšak mohou nastat často nezávisle na vůli rodičů situace, kdy nemohou ze závažných důvodů péči o dítě po přechodnou dobu vykonávat. Mohou-li v takových případech převzít výchovu dětí k tomu odborně připravení pěstouni, kteří ve spojení s orgánem sociálně- právní ochrany dětí a rodiči pracují na vytváření podmínek pro návrat dítěte do původní rodiny nebo pro přechod do péče budoucích pěstounů nebo osvojitelů, značně se tím eliminuje riziko negativního vlivu ústavní výchovy, na něž je poukazováno již od 50. let 20. století. Samotný účel a podstatu pěstounské péče na přechodnou dobu je tedy třeba hodnotit velmi pozitivně za předpokladu její „funkčnosti".

Právě ona „funkčnost" je však slabinou této formy náhradní rodinné péče. Počátkem roku 2007 ředitelka Institutu náhradní rodinné péče NATAMA[43]

---

[41] K hmotnému zabezpečení dále srov. ustanovení čl. 9 až 14 NoPR.

[42] K tomu podrobněji viz ustanovení čl. 79 ZoSP; zákon zohledňuje rodinnou, zdravotní, finanční a majetkovou situaci biologických rodičů a umožňuje i částečné nebo úplné osvobození od této platby. Uvedené se nevztahuje na matku dítěte ponechaného v instituci zdravotní péče bezprostředně po narození.

[43] NATAMA je profesionální nestátní odborná organizace založená v roce 2003 specializující se na rodinnou péči o opuštěné děti a na podporu pěstounské péče. Více viz www.natama.cz.

P. Vrtbovská při rozhovoru s novináři uvedla: *„Kdyby se na tom hodně pracovalo, tak funkční přechodná pěstounská péče bude v Česku za nějaké tři až pět let.“* Jest pravdou, že institut pěstounské péče na přechodnou dobu je odvozen od tzv. profesionální pěstounské péče, která existuje v okolních zemích EU, včetně jmenované právní úpravy na Slovensku a Polsku, avšak u nás je postavena pouze na ryze teoretických základech a česká právní úprava jako taková, jak vyplývá ze shora uvedeného, je velmi strohá až kusá.

Pěstounskou péči na přechodnou dobu by měli vykonávat odborně vyškolení pěstouni, avšak rozsah ani stupeň odbornosti není nikterak stanoven; představy o kvalifikaci pěstounů jsou vágní a nejasné. Neexistuje jednotný systém školení a rovněž otázkou zůstává, kdo by měl tato školení organizovat. Pěstouni by se měli při výkonu náhradní rodinné péče řídit určitým individuálním plánem terapie a rehabilitace, měla by jim být poskytnuta odborná podpora a k dispozici by měly mít krizové intervenční služby, na nic z toho ale zákon nepamatuje. Absentuje rovněž celková koordinace systému pěstounské péče na přechodnou dobu.

Dalším problematickým a bezpochyby demotivujícím faktorem budoucích pěstounů je otázka financování této formy náhradní rodinné péče. Původní záměr zákonodárce počítal s tím, že by místo dávek státní sociální podpory byla pěstounovi za určitých podmínek přiznávána mzda, nicméně tento záměr nebyl uskutečněn, a tak jsou pěstouni hmotně zabezpečeni totožně jako pěstouni mající dítě v péči dlouhodobě, tzn. pouze dávkami státní sociální podpory. Přitom průměrné náklady na jedno dítě umístěné v ústavní péči činí kolem 250.000,- Kč ročně, kdežto v případě profesionální pěstounské rodiny se pohybují pouze okolo 170.000,- Kč ročně. I kdyby tedy došlo k vyplácení mzdy v určité vyšší výši či navýšení dávek státní sociální podpory, stále by tato forma náhradní rodinné péče byla finančně výhodnější.

V souvislosti s pěstounskou péčí na přechodnou dobu je znepokojující i počet budoucích zájemců o tento druh náhradní rodinné péče. Obecně osob přicházejících žádat o svěření dítěte do pěstounské péče je velmi málo a jejich představy o tomto institutu i o dětech, pro které by byla pěstounská péče vhodná, bývají bohužel často značně zkreslené. Pěstounská péče je u nás tradičně, avšak nesprávně, chápána jako dlouhodobá péče o dítě, které nemá předpoklady k osvojení a není v jeho zájmu, aby dlouhodobě pobývalo v kolektivním zařízení náhradní rodinné péče. O relativně novém typu pěstounské péče na přechodnou dobu nejsou občané informováni takřka vůbec a veřejné podvědomí o jeho existenci chybí.

Je tedy zřejmé, že k účinnému výkonu pěstounské péče na přechodnou dobu bude třeba tento institut v rámci úvah de lege ferenda detailněji rozpracovat, neboť nejsou právně ošetřena jeho základní hlediska. K tomu by nám mohla býti vzorem shora analyzovaná právní úprava sousedních států – Slovenska či Polska. V opačném případě zůstanou příslušná ustanovení ZOR a ZSPOD v aplikační praxi českého právního prostředí nenaplněna…Snad k tomu

přispěje **Národní akční plán k transformaci a sjednocení systému péče o ohrožené děti**, jenž byl schválen v červenci letošního roku pro období 2009 až 2011 a jehož jedním cílů je i snížení počtu dětí dlouhodobě umístěných ve všech typech ústavní péče.[44]

Literature:
České monografie

- HOLUB, M. a kol.: Zákon o rodině. Komentář a předpisy souvisící. 8. vydání. Praha: Linde Praha, a.s., 2007, s. 752, ISBN 80-7201-517-7.
- HRUŠÁKOVÁ, M. a kol.: Zákon o rodině a zákon o registrovaném partnerství. Komentář. 4. vydání. Praha: C.H. Beck, 2009, s. 558, ISBN 978-80-7400-061-4.

Polské monografie

- KWAŚNIEWSKA, A., POMARAŃSKA – BIELECKA, M. a ZIMA, M.: Rodzinne formy opieki zastępczej – poradnik prawny. Warzsawa: Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, 2007, s. 61, ISBN 978-83-60720-05-9.

České odborné články

- KRÁLÍČKOVÁ, Z.: Pěstounská péče po novele. 1. část. Právo a rodina. 2000, č. 6, s. 1–5, ISSN 1212-866X.
- KRÁLÍČKOVÁ, Z.: Vyživovací povinnost rodičů k dětem v náhradní péči. Právní rozhledy, 2005, č. 9, s. 305-309, ISSN 1210-6410.
- KRÁLÍČKOVÁ, Z.: K některým aspektům náhradní rodinné péče: tzv. příbuzenská pěstounská péče. In Aktuální otázky náhradní rodinné péče - Sborník z VII. celostátního semináře náhradní rodinné péče. Brno: Triada - poradenské centrum, 2007, s. 39 – 46.

[44] *„Zvýšením počtu náhradních rodin a jejich specializací lze dosáhnout snížení počtu dětí v ústavech všech typů a v ohrožených rodinách. Proto je nutné především zajistit odbornou podporu a doprovázení náhradním rodinám, optimalizovat výběr a přípravu náhradních rodičů a dětí umisťovaných do NRP, posilovat finanční zajištění náhradních rodin (včetně zrovnoprávnění sociálního zabezpečení náhradních rodičů) a měnit postoj široké veřejnosti k otázkám přijímání dětí do NRP.“* Viz Národní akční plán k transformaci a sjednocení systému péče o ohrožené děti na období 2009 až 2010, s. 13.

- KRÁLÍČKOVÁ, Z.: Pěstounská péče: mýty versus ústavně konformní interpretace a aplikace zákona s úvahami de lege ferenda. Právní rozhledy, 2008, č. 9, s. 309-316, ISSN 1210-6410.

- PÁVKOVÁ, E.: Profesionální pěstounská péče pro a proti. In Sborník z III. celostátního semináře Náhradní rodinné péče. Brno, 2003.

- ŘEHULOVÁ, L.: Pěstounská péče na přechodnou dobu jako institut zachování či obnovení práva na rodinný život. Právní rozhledy, 2009, č. 15, s. 536-540, ISSN 1210-6410.

Slovenské odborné články

- ERDÉLYOVÁ, R.: Deti z domovov majú tendenciu nezakladať si rodinu, ale detský domov. Nebyť sám. 2006, č. 2, s. 6-8, ISSN 1336-6025.336-60

- BÚŠOVÁ, K.: Profesionálná náhradná matka - rodič alebo profesionál? Biograf, 2009, č. 48. ISSN 1211-5770.SS

- ROHÁČEK, M.: Profesionálna náhradná rodina na Slovensku. In Sborník z III. celostátního semináře Náhradní rodinné péče. Brno, 2003.

- ŽILINČÍKOVÁ, D.: Špecializovaná pestúnská starostlivosť v Poľsku jako podpora individuálnej rodinnej starostlivosti o deti so špecifickými potřebami. Dostupné z: http://www.vzd.cz/specializovana-pestunska-starostlivost-v polsku-ako-podpora-individualnej-rodinnej-starostlivosti-o

České právní předpisy

- Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů.

- Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

- Zákon č. 50/1973 Sb., o pěstounské péči, ve znění pozdějších předpisů

- Zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů.

- Zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů.

- Důvodová zpráva k zákonu č. 134/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů,

zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 117/1995 Sb., o státní sociální podpoře, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 200/1990 Sb., o přestupcích, ve znění pozdějších předpisů.

Slovenské právní předpisy

- Zákon č. 279/1993 Z.z., o školských zariadeniach, ve znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 222/1996 Z.z., organizácii miestnej štátnej správy, ve znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 195/1998 Z.z., o sociálnej pomoci, ve znení neskorších predpisov.
- Zákon č. 601/2003 Z.z., o životnom minime a o zmene a doplneni niektorych zakonov, v zneni neskorších predpisov.
- Zákon č. 305/2005 Z.z., o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele a o zmene a doplnení niektorých zákonov, ve znení neskorších predpisov.
- Vyhláška Ministerstva školstva SR č. 41/1996 Z.z., o odbornej a pedagogickej způsobilosti pedagogických pracovnikov, ve znení neskorších predpisov.
- Vyhláška Ministerstva práce, sociálnych věcí a rodiny SR č. 198/1998 Z.z., o vykonanie niektorých ustanovení zákona o sociálnej pomoci, ve znení neskorších predpisov.

Polské právní předpisy

- Kodeks rodzinny i opiekuńczy z dnia 25. lutego 1964.
- Ustawa z dnia 29 listopada 1990 r. o pomocy społecznej. (Dz.U. 1990 Nr 87 poz. 506).
- Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 21 października 1993 r. w sprawie rodzin zastępczych (Dz. U. 1993 Nr 103 poz. 470).
- Ustawa z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej; (Dz.U. 2004 Nr 64 poz. 593).

- Rozporządzenie Ministra Polityki Społecznej z dnia 18 października 2004 r. w sprawie rodzin zastępczych; (Dz.U. 2004 Nr 233, poz. 2344).

České internetové zdroje

- http://www.mpsv.cz
- http://www.natama.cz
- http://nahradnirodina.cz
- http://www.rodina.cz
- http://www.vzd.cz

Slovenské internetové zdroje

- http://www.biograf.org
- http://www.navrat.sk
- http://www.upsvar-pd.sk
- http://www.usmev.sk

Polské internetové zdroje

- http://isap.sejm.gov.pl
- http://rodziny.interwencjaprawna.pl
- http://www.rodzinazastepcza.org.pl
- http://www.rodzinyzastepcze.waw.pl

Contact – email
mgr.lenka.rehulova@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PORUČENSTVÍ A OPATROVNICTVÍ NAD NEZLETILÝMI V HISTORICKÉM KONTEXTU

LENKA WESTPHALOVÁ

Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

Abstract in original language
Historický vývoj institutů poručenství a opatrovnictví poukazuje na známou skutečnost, že vývoj probíhá v kruhu. Článek se zabývá poručenstvím a opatrovnictvím zejména za účinnosti Obecného občanského zákoníku, zákona o právu rodinném, zákona o rodině v původním znění a zákona o rodině ve znění novely z roku 1998. Je nutno zdůraznit, že současná právní úprava je významně ovlivněna úpravou v OZO a zákonu o právu rodinném.

Key words in original language
Poručenství; opatrovnictví; jmění dítěte; výchova dítěte; zákonný zástupce.

Abstract
Historical development of the guardianship and custodianship advert to the fact that the development is always circle. The paper focuses on guardianship and custodianship in the time of General civil code, Civil code from the year 1949 and 1963. The last change happened in the year 1998. The present legal regulation is mainly inspirited from the civil code from year 1811 and 1949.

Key words
Guardianship; custodianship; child´s property; upbringing of the child; legal representative.

České právo obsahuje řadu institutů, které zajišťují ochranu práv a zájmů osob, které nejsou schopny si ji samy zajistit. Může jít o osoby nezletilé, nezpůsobilé k právním úkonům v plném rozsahu, o osoby, u kterých není známo místo jejich pobytu, apod. Mezi tyto instituty počítáme zejména opatrovnictví a poručenství. Termín poručenství u nás vymizel na poměrně dlouhou dobu přes 30 let, kdy se na oba instituty používal termín opatrovnictví, což činilo potíže zejména v mezinárodním styku, ale díky tzv. velké novele z roku 1998 byl znovu zaveden pojem poručník. Došlo tak k terminologickému oddělení dvou rozdílných institutů.

Rozlišení pojmů opatrovnictví a poručenství

Pro nezletilé děti je hlavním účelem těchto funkcí výkon práv a povinností namísto rodičů, které oni v konkrétní věci nemohou z nejrůznějších důvodů vykonávat. V obou případech o ustanovení této osoby rozhoduje soud, liší se pouze forma soudního rozhodnutí, v případě poručníka jde o rozsudek a v případě opatrovníka o usnesení. Je třeba říci, že jde o tzv. zastoupení

přímé, kdy zástupce jedná za jiného jeho jménem, přičemž práva a povinnosti vznikají přímo zastoupenému.[1]

Poručník vykonává všechna práva a povinnosti, která jinak náleží rodičům, jde tedy vlastně o výkon rodičovské zodpovědnosti. Navíc poručenství je typický rodinněprávní institut, který ochraňuje nezletilé dítě pro jeho specifické postavení, kdy nemá plnou způsobilost k právním úkonům s ohledem na svůj věk. Poručník neplní jen povinnosti vyplývající z okolnosti, že je zákonným zástupcem dítěte, ale může zajišťovat i výchovu dítěte. Nepatří sice k zákonným povinnostem poručníka o dítě osobně pečovat, ale když tak činí, považuje se z důvodu vyplácení dávek státní sociální podpory za pěstouna. Zákon o rodině dále upřesňuje osobu, která je v konkrétním případě ustanovována za poručníka. Přednost se dává zásadně osobě fyzické, a to v první řadě tomu, koho doporučili rodiče, není-li nikdo takto doporučen, soud ustanoví někoho jiného z příbuzných nebo osob blízkých dítěti nebo jeho rodině. Dále se výběr vhodné osoby může provést z evidence žadatelů o osvojení nebo pěstounskou péči.[2] Až tehdy, nemůže-li být poručníkem ustanovena osoba fyzická, ustanoví soud poručníkem orgán sociálně-právní ochrany dětí. Mimoto orgán sociálně-právní ochrany vykonává také tzv. dočasné zákonné poručenství po dobu než je dítěti ustanoven poručník nebo než se ujme své funkce.

Na rozdíl od poručenství se v případě opatrovnictví nad nezletilými dětmi jedná o výkon pouze některých práv a povinností za rodiče, a to buď dlouhodobě nebo krátkodobě. Již jsem výše uvedla, že o ustanovení soud rozhoduje usnesením, ve kterém konkrétně vymezí rozsah práv a povinností opatrovníka z hlediska účelu, pro který byl ustanoven. Pojem opatrovník nezná pouze rodinné právo, ale používá ho i právo občanské hmotné, občanské procesní, pracovní právo, správní právo a mezinárodní právo.

Historický vývoj

Počátky poručenství je možné sledovat v římském právu, kde již zákon dvanácti desek poskytoval ochranu nezletilým (tutela impuberes) a ženám (tutela mulieres). Poručenství bylo chápáno jako náhrada otcovské moci, tzn., poručník se staral o osobu poručence i jeho majetek. Vlastní péče o dítě byla většinou svěřená matce nebo blízkému příbuznému, od poručníka se vyžadovalo zejména zajištění hmotných prostředků na výživu dítěte.

Stejně jako dnes i římské právo rozeznávalo institut opatrovníka (cura), kdy jeho moc byla vázaná určitým účelem. Zejména bylo možné ustanovit opatrovníka osobám mladším 25 let (v tomto věku se ve starém Římě od roku 191 př. Kr. nabývalo plné způsobilosti k právním úkonům)

[1] Viz ustanovení § 22 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku

[2] HRUŠÁKOVÁ, M., KRÁLÍČKOVÁ, Z. *České rodinné právo*. 3. vydání. Brno: Doplněk, 2006, s. 353

k poskytnutí pomoci při podstatných úkonech (např. prodej nemovitostí). K těmto právním úkonům potřeboval nezletilý souhlas opatrovníka, jinak byly neplatné.

Všeobecný občanský zákoník z roku 1811

Poručenství a opatrovnictví bylo ve Všeobecném občanském zákoníku (zákon č. 946/1811 Sb.z.s., Algemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, dále jen ABGB) z roku 1811 upraveno v ustanoveních § 187 a následujících. Základní rozdíl mezi poručenstvím a opatrovnictvím tkvěl v tom, že ‚Poručník má zvláště o nezletilcovu osobu pečovati, zároveň však její jmění spravovati. Opatrovníka jest potřebí, aby pečoval o záležitosti těch, kdož jsou z jiné příčiny nežli pro nezletilost nezpůsobilí, aby sami o ně pečovali.'[3] Přičemž se opatrovník ustanovoval nezletilcům, kteří drželi nemovité jmění v jiné provincii nebo státě nebo kteří v některém zvláštním případě nemohli být zastoupeni otcem nebo poručníkem, u zletilých, kteří upadli v šílenost nebo blbost; u osob prohlášených za marnotratníky, u nenarozených dětí, někdy také u hluchoněmých, u nepřítomných a u trestanců.

Poručník byl ustanovován nezletilým (osobám mladším 21 let), pokud nebyly v otcovské moci. Ustanovoval ho soud, způsoby výběru vhodného poručníka jsou podobné těm současným, s tím rozdílem, že poručníkem mohla být ustanovena i manželská (!) matka, protože tato jinak nebyla nositelem otcovské moci. Dále byl poměrně podrobně upraven postup odmítnutí poručenské funkce, ten, kdo se bez příčiny zdráhal převzít poručenskou funkci, měl být přiměřenými donucovacími prostředky k tomu donucen. Kromě současného individuální a hromadného poručenství rozeznával ABG i tzv. poručenství ústavní, zde šlo o situaci, že nezletilý neměl ani nemovitý ani rozsáhlé movité jmění a byl umístěn do polepšovny nebo jiného veřejného nebo soukromém ústavu věnovaném péči o výchovu. V těchto případech se neustanovoval poručník, ale jeho oprávnění a povinnosti náležely přednostovi ústavu.

Soud mohl také ustanovit více poručníků, ale současně musel stanovit, kdo bude hlavně pečovat o osobu nezletilce a o hlavní řízení obchodů. Toto současná právní úprava nezná, ustanovuje se jeden poručník, jedině manželé mohou být ustanoveni společně jako poručníci. Tak zvaný spoluporučník musel být ustaven vždy, když poručníkem byla ustanovena žena – ‚Soud má ženě, která byla ustanovena poručnicí, přidati nějakého muže jako spoluporučníka'.[4]

[3] Ustanovení § 188 ABGB

[4] Ustanovení § 211 ABGB.

Každý poručník, kromě matky a prarodičů, musel složit slib, že povede nezletilce k počestnosti, bázni boží a ctnosti, že chce z něho přiměřeně stavu vychovat užitečného občana, před soudem i mimo soud jej zastupovat, jmění věrně a pilně spravovat a chovat se podle právních předpisů. Poručníku vydal soud formální listinu, která jeho úřad ověřovala a aby se mohl podle potřeby prokázat.

Základem poručenského vztahu byla tradičně starost o osobu poručence a správa jeho majetku. Poručník byl povinen pečovat o výchovu poručence, v důležitých případech si musel vyžádat schválení poručenského soudu, schvalovat právní úkony poručence, bez jeho svolení nemohl poručenec uzavřít platné manželství. Postup při správě majetku poručníkem byl v ABGB velmi podrobně upraven, například byl povinen odevzdat klenoty, drahocennosti a dlužní úpisy do soudní úschovy. Hotovost i mohl poručník ponecháno jen tolik, kolik bylo zapotřebí na vychování sirotka a k řádnému provozu hospodářství, zbytek měl být použit na zaplacení dluhů, byly-li nebo k jiné užitečné potřebě, popřípadě uloženo. Dále se měly prodat v dražbě nepotřebné movité věci (pokud nebyly rodinnou památkou), zvláštní ustanovení měl zákoník o domácím nářadí, které bylo možné z volné ruky přenechat rodičům a spoludědicům za soudně odhadnutou cenu. Nemovité věci mohly být zcizeny jen v případě nouze nebo k patrnému prospěchu nezletilce se schválením poručenského soudu a zpravidla jen veřejnou dražbou.

V každém roce nebo nejpozději během dvou měsíců po jeho uplynutí musel poručník podat poručenskému soudu účty se všemi potřebnými přílohami. V těchto účtech musel být podrobně určen příjem a výdej, přebytek nebo zmenšení jistoty jmění.

Poručenství podle ABGB končilo smrtí poručence, pominutím překážky výkonu moci otcovské, nabytím zletilosti, nabytím zletilosti prominutím let, úředním nebo vyžádaným propuštěním poručníka, propuštěním na žádost poručníka. Dále byla velmi podrobně upravena odměna poručníka, která mohla být pravidelná roční nebo jednorázově určená ke konci poručnické funkce.[5]

Opatrovník se nezletilým ustanovoval v případech, kdy nastala situace, že mezi rodiči a nezletilým dítětem nebo mezi poručníkem a nezletilcem měl být uzavřen obchod, potom byl soud dožádán, aby nezletilému jmenoval

[5] Ustanovení §§ 266 a 267 ABGB: Pilným poručníkům může soud z uspořených příjmů přiřknouti přiměřenou roční odměnu; tato odměna však nesmí činiti více než pět ze sta ryzích příjmů a smí ročně nejvýše čtyř tisíc zlatých dosáhnouti. Je-li nezletilcovo jmění tak skrovné, že nelze ničeho nebo jen málo do roka uspořiti, může se poručníkovi, který jmění neztenčené zachoval nebo nezletilému slušné zaopatření zjednal, alespoň ku konci poručenství uděliti odměna okolnostem přiměřená.

zvláštního opatrovníka. Podobně, když vznikly právní rozepře mezi dvěma nebo více nezletilci, kteří měli jednoho a téhož poručníka, nesměl tento poručník zastupovat žádného z nezletilců, nýbrž musí požádat soud, aby každému zvlášť ustanovil jiného opatrovníka. Ustanovení § 282 ABGB zmiňovalo i práva a povinnosti opatrovníků, kteří měli pečovat buď jen o správu jmění nebo zároveň o osobu jejich chráněnce, a používalo na tyto vztahy přiměřeně ustanovení o poručenství.

Zákon o právu rodinném, zákon č. 265/1949 Sb.

Jak je všeobecně známo, Obecný občanský zákoník z roku 1811 byl na našem území účinný až do 1. 1. 1950. Nová, a prvně mimo občanský zákoník provedená kodifikace rodinného práva, byla sice ovlivněna nucenou sovětizací právního řádu, nicméně je zřejmé, že zejména u institutu poručenství se zákonodárce do jisté míry inspiroval úpravou předchozí. Termín poručenství zůstává, poručenství je upraveno v ustanoveních § 78 a násl., nicméně úprava je mnohem stručnější než úprava v ABGB. Potřeba ustanovení poručníka se omezila jen na důvody stanovené zákonem – osiření nezletilce nebo zbavení rodičů rodičovské moci. Poručníkem se mohla stát i žena, která nepotřebovala souhlas manžela ani tzv. spoluporučníka. Komentář z té doby uvádí, že ‚se již přežil původní účel poručenství – získat a udržet soukromý majetek a že základem nového práva poručenského bude péče o osobu poručence a tudíž plná náhrada za chybějící péči rodičovskou'.[6]

Výběr osoby poručníka byl v zákonu o právu rodinném obdobný jako v ABGB i v současné právní úpravě, tedy v prvé řadě, koho doporučili rodiče, popř. osoba příbuzná nebo blízká nezletilému nebo rodině. Pokud nebyla vhodná fyzická osoba, soud ustanovil tzv. hromadným poručníkem okresní národní výbor (úřadovnu ochrany mládeže dle ustanovení § 4 zákona č. 69/1952 Sb., o sociálně právní ochraně mládeže).

Poručník nahrazoval moc rodičovskou, zejména co se týče osobní péče, majetkové správy a zastupování dítěte. Ve všech důležitých věcech týkajících se osoby poručence nebo správy jeho majetku si poručník musel vyžádat souhlas soudu. Dále byl poručník povinen podávat soudu zprávy o osobě poručence a účty ze správy jeho majetku. Dle důvodové zprávy šlo o každoroční periodické účty jakož i závěrečný účet. Podrobnější ustanovení o správě majetku nebyla v zákoně o právu rodinném obsažena, de facto se používala i nadále ustanovení z ABGB. Byla-li správa majetku poručence spojena se značnou námahou, mohl mu soud přiznat z tohoto majetku přiměřenou odměnu, a to buď ročně nebo po skončení správy. Funkce poručníka končila smrtí poručence, návratem pod moc rodičovskou, dosažením zletilosti, odvoláním poručníka a zproštěním poručenské funkce

[6] ANDRLÍK, J., BLAŽKE, J., KAFKA, A. *Komentář k zákonu o právu rodinném.* Praha: Orbis, 1954, s. 322

na žádost. Do dvou měsíců od skončení poručnické funkce byl poručník povinen předložit závěrečný účet. Této povinnosti mohl být soudem zproštěn.

Opatrovnictví podle zákona o právu rodinném bylo rozlišeno na opatrovníka podle ustanovení § 60 zákona o rodině, opatrovníka pro správu majetku dítěte (pokud rodiče vážně ohrožují jmění dítěte, pokud by poruchy nabyly intenzity zneužívání rodičovské moci, musel by soud rodiče zbavit rodičovské moci) a kolizního dle ustanovení § 57 odst. 2 (rodiče nemohli zastoupit děti, šlo-li o právní jednání mezi dětmi samými nebo o právní jednání mezi dítětem a rodičem nebo rodiči, ledaže šlo o právní jednání, které bylo výlučně ke prospěchu dítěte, v těchto případech střetu zájmů byl dítěti ustanoven opatrovník[7]).

Zákon o rodině, zákon č. 94/1963 Sb.

S účinností od 1. 4. 1964, kdy nabyl účinnosti zákon o rodině bylo v jeho původním znění přistoupeno tak trochu k nečekanému kroku, a to je zrušení pojmu poručník a jeho pouhé nahrazení pojmem opatrovník bez podstatné změny obsahu. Důvodem byl prý sémantický původ slova poručník a jeho odvození od poroučet, avšak v socialistické společnosti se nikomu neporoučí. Šlo však o nepochopení tohoto pojmu, protože zde jde zejména o to poroučet někoho do péče, popřípadě ručit za svěřenou osobu. Tato terminologická změna přinesla těžkosti zejména v mezinárodním styku (rozdíl smazal i zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním č. 97/1963 Sb.), při sjednávání mezinárodních smluv o právní pomoci. Situace se změnila až po přijetí novely zákona o rodině v roce 1998, kdy se do českého právního řádu vrátil pojem poručník.

Již jsem se zmínila o tom, že změna byla pouze terminologická, nikoli obsahová, nicméně i tak institut opatrovníka podle § 78 zákona o rodině byl velmi stroze upraven. Ustanovoval se, když oba rodiče nezletilého zemřeli, byli zbaveni rodičovských práv anebo neměli způsobilost k právním úkonům v plném rozsahu a základními právy a povinnostmi bylo nezletilého vychovávat, zastupovat a spravovat jeho záležitosti místo jeho rodičů. Z právní úpravy se úplně ztratil pojem majetek nebo jmění dítěte a byl nahrazen velmi vágním pojmem záležitosti dítěte. Zákon upřednostňoval osobu fyzickou pro funkci opatrovnickou, nicméně znal i pojem hromadného opatrovnictví, tedy výkon této funkce národním výborem. Opatrovník podle § 78 ZR odpovídal společnosti za řádné plnění této funkce a podléhal pravidelnému dozoru soudu. Jakékoli rozhodnutí v podstatné věci týkající se nezletilého vyžadovalo schválení soudu. Bližší ustanovení měl zákon o rodině v původním znění jen o výchově nezletilého, úplně nezmíněna zůstala pravidle nakládání s majetkem nezletilého. Výchova nezletilého měla být uskutečňována ve spolupráci se školou, společenskými

[7] Nestačila pouhá potencionalita střetu zájmů jako v současné právní úpravě.

organizacemi a státními orgány tak, aby z něho vyrostl zdravý a uvědomělý občan.

Dále byl v ustanoveních §§ 83 a 84 ZR upraven i tzv. kolizní opatrovník a opatrovník pro řízení o osvojení v případech, kdy rodiče nemuseli vyslovit souhlas s osvojením dítěte nebo dali souhlas k osvojení bez vztahu k určitým osvojitelům.

Poručenství dle současné právní úpravy

Zákon o rodině v současném znění po změnách nastolených tzv. velkou novelou zákona o rodině č. 91/1998 Sb. znovu upravuje institut poručenství, a je třeba říci, že se zákonodárce inspiroval zejména úpravou v zákoně o právu rodinném a v ABGB.

Důvody pro ustanovení poručníka jsou tradiční a vychází ze situace, že dítě nemá zákonného zástupce. Zákon přímo v ustanovení § 78 vyjmenovává situace, kdy je třeba poručníka ustanovit. Jde o situace, kdy oba rodiče dítěte zemřeli, byli zbaveni rodičovské zodpovědnosti, výkon jejich rodičovské zodpovědnosti byl pozastaven nebo nemají plnou způsobilost k právním úkonům. Poručníka ustanoví soud v nesporném řízení zahájeném z úřední povinnosti jakmile se dozví, že nastala potřeba ustanovení poručníka. Základními povinnostmi poručníka pak je výchova dítěte v nejširším pojetí, zastupování dítěte a správa jeho jmění. Poručník není povinen o dítě osobně pečovat, není to ovšem vyloučeno a poručenství se pak považuje za náhradní rodinnou výchovu.

Výběr osoby poručníka je obdobný jako v ABGB a v zákonu o právu rodinném, tedy v prvé řadě koho doporučili rodiče, dále osoba z příbuzných nebo osob blízkých dítěti nebo rodině, popřípadě jinou fyzickou osobu. Pokud není možné ustanovit osobu fyzickou, bude ustanoven poručníkem orgán sociálně-právní ochrany dětí.

Poručník je podroben pravidelnému dozoru soudu, poručník musí pravidelně (většinou jednou za rok) podávat soudu zprávy o osobě poručence a účty ze správy jeho jmění. Této povinnosti ho soud může zprostit. Je-li správa jmění poručence spojena se značnou námahou, může soud poručníkovi přiznat odměnu buď ročně nebo při skončení správy. Po skončení správy je poručník povinen do dvou měsíců podat závěrečný účet ze správy jmění poručence.

Poručenství zaniká zproštěním funkce poručníka na jeho návrh, dále jeho odvoláním, když porušuje své povinnosti nebo se stal pro výkon této funkce nezpůsobilým, nabytím zletilosti poručence, smrtí poručence, obnovením rodičovské zodpovědnosti, navrácením plné způsobilosti k právním úkonům rodiče poručence, popřípadě nabytím zletilosti rodiče poručence.

Na tomto místě bych se chtěla ve svém příspěvku jen zastavit na možné interpretační těžkosti ustanovení § 80 odst. 5 ZR. Zákon v tomto ustanovení

stanoví, že i pro poručníka platí obdobně ustanovení § 37b ZR. Podle mého názoru jde o přiměřenou aplikaci ustanovení týkajících se opatrovníka pro správu jmění dítěte na výkon funkce poručníka, tedy o to, že soud by měl stanovit meze výkonu poručnických práv, tedy vymezit rozsah majetku a určí způsob, jakým by mělo, resp. nemělo být se jměním dítěte nakládané. Zejména by měl soud stanovit způsob výkonu vlastnických a jiných věcných práv a práv z duševního vlastnictví, způsob výkonu práv k cenným papírům a práv závazkových. Také je vyloučeno, aby poručník činil úkony, které jsou spojené s nepřiměřeným rizikem. Další otázkou, která může z možné kolize těchto dvou ustanovení vyplynout, je otázka, zda mohou být obě funkce (poručníka a opatrovníka pro správu jmění dítěte) kumulované. Půjde tedy o situaci, kdy soud zjistí, že by mohly být ohroženy majetkové zájmy dítěte a dítě nemá rodiče, ale jeho zákonným zástupcem je poručník. Haderka[8] se domnívá, že soud vybírá osobu poručníka i s přihlédnutím k jeho možnostem vedení funkce po stránce majetkové a tedy, když se poručník stane dodatečně neschopným pro výkon poručenské funkce po stránce majetkové, že by měl soud poručníka odvolat podle ustanovení § 82 ZR a ustanovit druhého poručníka, popřípadě, pokud se vytvořil osobní vztah mezi bývalým poručníkem a dítětem, tomuto poručníkovi dítě svěřit do náhradní rodinné výchovy (pěstounské péče, popř. do péče jiné fyzické osoby). Nicméně já bych se přiklonila k variantě, že bude možné zachovat poručníka v jeho funkci, i když se stal neschopným pečovat o jmění dítěte s tím, že paralelně by byl ustanoven opatrovník pro správu jmění dítěte. Bylo by dle mého názoru v rozporu se zájmem dítěte, pokud by majetkové zájmy dítěte byly z objektivních důvodů ohrožené, tj. např. poručník není schopen pečovat o jmění, které poručenec nabyl v dědictví (firma, autorská práva pod.), protože nemá odborné znalosti, ale o dítě osobně pečuje jinak si plní své povinnosti, odvolávat poručníka a ustanovovat nového, pokud z okolností nevyplývá, že poručník není schopný vykonávat své povinnosti jako takové. Opatrovník pro správu jmění je pomocný, ochranný institut a pokud může stát vedle rodičů, není důvod, aby nemohl být ustanoven vedle poručníka.

Opatrovnictví dle současné právní úpravy

Osoba opatrovníka

Nejprve se zde zmíním o obecných pravidlech pro výběr a ustanovení opatrovníka, která platí pro všechny druhy opatrovnictví, u jednotlivých druhů se touto problematikou budu zabývat konkrétněji.

Pokud jde o osobu opatrovníka, může soud podle okolností ustanovit osobu fyzickou, která bude mít způsobilost k právním úkonům v plném rozsahu a způsobem života bude zaručovat řádný výkon této funkce. Dalším

[8] HADERKA, J. *Poručenství a opatrovnictví od účinnosti zákona č. 91/1998 Sb.* Právní praxe, 1999, č. 1., s. 46

předpokladem je, že s tímto ustanovením souhlasí. Může se jednat o osobu příbuznou nebo z okruhu známých dítěti nebo rodině, ale i o např. ředitele dětského domova nebo advokáta. Zejména v případech krátkodobého opatrovnictví je nejčastěji do funkce ustanovován orgán sociálně-právní ochrany, který s ohledem na § 17 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí, je povinen tuto funkci přijmout a zabezpečuje profesionalitu zastoupení, když platí, že opatrovník je povinen se zúčastňovat soudních a úředních jednání, která se týkají dítěte a průběžně informovat soud o aktuálním stavu příslušných řízení. Je povinen si opatřovat stanoviska obou rodičů a zjistit názor dítěte, pokud je schopno posoudit význam opatření, která se ho týkají. Orgán sociálně-právní ochrany by neměl být ustanoven do funkce opatrovníka v případech, kde sám zahájil řízení podáním návrhu. Potom by soud měl do funkce ustanovit jinou vhodnou osobu (v praxi je to zpravidla justiční čekatel, soudní tajemník nebo jiná vhodná osoba).

Ve věcech s cizím prvkem je nutno do funkce opatrovníka ustanovit Úřad pro mezinárodněprávní ochranu dětí se sídlem v Brně. Povinnost přijmout tuto funkci pro něho vyplývá z § 35 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně-právní ochraně dětí.

V usnesení o ustanovení opatrovníka soud vymezí jeho působnost ve vztahu ke konkrétnímu řízení, které je v usnesení také uvedeno. Usnesení potom doručí osobám, které jsou procesně legitimovány (rodiče nezletilého a kolizní opatrovník) a ty mají právo odvolání. Opatrovník se své funkce může ujmout až tehdy, kdy je usnesení vykonatelné, tedy jeho doručením všem procesně legitimovaným osobám (§ 171 odst. 2 OSŘ). Definitivně však opatrovníkovi zaručuje jeho procesní práva a povinnosti až právní moc usnesení.

Jakékoli rozhodnutí soudu v řízení, kde je nezletilý zastoupen opatrovníkem, může být s účinky řádného doručení nezletilému doručeno jedině k rukám kolizního opatrovníka. Pokud by tedy nebylo řádně doručeno, nenabude rozhodnutí právní moci ani by nebylo vykonatelné. Byl publikován i názor, že opatrovník může udělit za opatrovance plnou moc advokátovi nebo jinému občanu (§ 24 občanského soudního řádu) a to v rozsahu, v jakém je on oprávněn za opatrovance jednat.[9]

Pokud nebyl nezletilému dítěti ustanoven opatrovník, ač mu být ustaven měl, znamená to, že tento účastník nebyl řádně zastoupen a je to důvod pro podání odvolání, jelikož nebyly splněny podmínky řízení podle § 205 odst. 2 písm.a) OSŘ, popř. důvod pro podání žaloby na zmatečnost řízení § 229 odst.1 písm. c) OSŘ.

Situace pro ustanovení opatrovníka

[9] HOLUB, M., NOVÁ, H. *Zákon o rodině a předpisy souvisící*. Praha: Linde, 1998, s. 70-74

V rodinném právu je institut opatrovníka zaměřen na ochranu práv a zájmů nezletilých dětí, když jejich nezpůsobilost plyne z nedostatku věku.

Opatrovník se tedy ustanoví podle § 83 zákona o rodině v následujících případech.

Střet zájmů rodičů a dítěte nebo mezi dětmi týchž rodičů navzájem – tzv. kolizní opatrovník (§ 37 zákona o rodině)

Podle § 37 odst.1 zákona o rodině nemůže žádný z rodičů zastoupit své dítě, jde-li o právní úkony ve věcech, při nichž by mohlo dojít ke střetu zájmů mezi rodiči a dítětem nebo ke střetu zájmů dětí týchž rodičů. Ve srovnání s obecnou úpravou obsaženou v § 30 občanského zákoníku, podle něhož je zákonné zastoupení vyloučeno tehdy, jestliže dojde ke střetu zájmů zastoupeného a zástupce nebo ke střetu zájmů těch, kteří jsou zastoupeni týmž zástupcem, je úprava zákona o rodině přísnější. Kolizní opatrovník podle zákona o rodině musí být ustanoven již v případě, že kolize zájmů hrozí, přitom však nemusí vůbec nastat (hovoří se o tzv. potencionalitě).

Takový opatrovník bude ustanoven dítěti ve všech řízeních péče soudu o nezletilé, v řízení o osvojení, v řízení o určení nebo popření otcovství, v dědickém řízení, pokud dědí rodič i dítě. Naproti tomu není třeba ustanovovat opatrovníka v řízení o povolení uzavřít manželství, i když účastníky jsou jak nezletilý, tak jeho zákonní zástupci, neboť podle § 194 OSŘ zde zákon přiznává nezletilému procesní způsobilost v plném rozsahu.[10] Ale tento opatrovník se neustanovuje pouze pro účely zastoupení v soudním řízení. Může být ustanoven i tehdy, jde-li o právní úkony, kdy jsou účastníky jak nezletilé děti, tak i jejich rodiče (např. uzavření smlouvy darovací, smlouvy o poskytnutí úvěru ze stavebního spoření, atd.). Opatrovník se samozřejmě nebude ustanovovat v situacích, kdy k právnímu úkonu má podle § 9 občanského zákoníku způsobilost samo nezletilé dítě, tedy takové právní úkony, které jsou svou povahou přiměřené rozumové a volní vyspělosti odpovídající jejich věku.

O ustanovení kolizního opatrovníka rozhoduje okresní soud, místně příslušný podle bydliště dítěte. Rozhodnutí má formu usnesení, ve kterém určí práva a povinnosti opatrovníka. Jde o řízení péče soudu o nezletilé podle § 176 odst. 2 občanského soudního řádu.

V případě dítěte, jehož zákonným zástupcem nejsou rodiče, ale je jím soudem ustanovený poručník (popř. manželé jako poručníci), je rozšířena ochrana nezletilého dítěte, a to jednak ve vztahu k § 80 odst. 4 zákona o rodině, kdy jakékoli rozhodnutí poručníka v podstatné věci týkající se dítěte, vyžaduje schválení soudem. Nejde jen o právní úkony, ale i o jiná majetková a osobní rozhodnutí (otázky vzdělávání, volby povolání,

[10] HRUŠÁKOVÁ, M. a kol. *Zákon o rodině – komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.BECK, 2001, s. 110

lékařských zákroků). Domnívám se taktéž, že v těchto řízeních o schválení úkonu za nezletilého bude nutné ustanovení kolizního opatrovníka podle § 37 zákona o rodině, jelikož podle § 81 se na vztahy poručníka a poručence přiměřeně vztahují ustanovení o právech a povinnostech rodičů a dětí.

Ohrožení majetkových zájmů dítěte (§ 37b zákona o rodině)

Tzv. majetkový opatrovník je staronovou novinkou (podobný institut znal již obecný zákoník občanský z roku 1811 v § 149, zákon o právu rodinném v § 60) znovu zavedenou novelou zákona o rodině č. 91/1998 Sb. Obecně jsou jmění dítěte povinni spravovat jeho rodiče, popř. poručník. Na ochranu majetkových zájmů dítěte pamatuje také občanský zákoník, který v § 28 stanoví, že pokud nejde o běžnou záležitost, tak je potřeba k nakládání s majetkem dítěte schválení soudu. Zákon o rodině stanoví, že majetkový opatrovník se ustanoví v odůvodněných případech, pokud by mohly být majetkové zájmy dítěte ohroženy. Z povahy a účelu tohoto opatrovnictví se dá dovodit, že se bude jednat o opatrovnictví dlouhodobějšího charakteru.

Zákonná podmínka, tedy odůvodněné případy, kdy by majetkové zájmy mohly být ohroženy, mohou být různé, a to objektivní nebo subjektivní. Jako příklad těch objektivních lze uvést, že rodiče nebo jeden žijící rodič nemohou zabezpečit správu jmění dítěte s ohledem na jeho rozsah (restituční nároky velkého rozsahu, zděděný majetek, značné příjmy dítěte ze sportovní nebo umělecké činnosti). Jestliže tedy rodiče nemají odpovídající odborné znalosti a nejsou schopni pečovat o jmění dítěte s péčí řádného hospodáře, měli by sami na základě plné moci svěřit správu tohoto jmění fyzické nebo právnické osobě s odbornými znalostmi. Pokud tento krok rodiče neudělají sami, je zde důvod, aby takového opatrovníka ustanovil soud. Subjektivní hlediska jsou spatřována především v okolnosti, že rodiče, i když nejde o majetek velkého rozsahu, ho nespravují řádně, například s ním rizikově podnikají nebo jej používají pro vlastní potřebu.

Potřeba ustanovení majetkového opatrovníka může vyplynout z řízení o výchově a výživě (je-li zjištěno, že dítě je vlastníkem jmění, které není řádně spravováno), z řízení o schválení jiného než běžného právního úkonu, který se týká nakládání s majetkem dítěte podle § 28 občanského zákoníku (pokud by schválení tohoto úkonu bylo v rozporu se zájmy dítěte), dále z řízení podle § 49 zákona o rodině, kdy se rodiče nedohodnou o podstatných věcech při výkonu rodičovské zodpovědnosti a požádají soud, aby rozhodl. Dále může potřeba ustanovení majetkového opatrovníka pro ochranu jmění dítěte vyplynout z řízení o zúžení nebo vypořádání společného jmění manželů. Kromě toho může být řízení o ustanovení majetkového opatrovníka zahájeno na podnět kohokoli, kdo se o ohrožení majetkových zájmů dozví. Může to být i orgán sociálně-právní ochrany dítěte, orgány činné v trestním řízení, advokáti, notáři, pracovníci dětských domovů.

Zákon stanoví, kdo může být ustanoven jako majetkový opatrovník. V prvé řadě by to měla být osoba fyzická. Půjde-li v konkrétním případě o jmění

dítěte menšího rozsahu, nebude na překážku, pokud bude opatrovníkem ustanovena osoba příbuzná nebo blízká, pokud půjde o jmění většího rozsahu, bude vhodnější odborník, tedy notář, advokát nebo ekonom. Nemůže-li být opatrovníkem ustanovena fyzická osoba,ustanoví soud opatrovníkem zpravidla orgán sociálně-právní ochrany dětí. V praxi ovšem nelze očekávat odborné vybavení tohoto orgánu a proto bude namístě, pokud uzavře smlouvu s peněžním ústavem nebo jinou právnickou nebo fyzickou osobou, která bude pro něho vykonávat správu jmění ve všech případech, kdy bude do funkce ustanoven.[11]

Soud rozhoduje usnesením o ustanovení opatrovníka v řízení podle § 176 občanského soudního řádu, péče soudu o nezletilé. V usnesení soud vymezí rozsah jmění, a určí základní pravidla pro správu tohoto jmění. Opatrovník nesmí při správě jmění činit úkony, které jsou spojeny s nepřiměřeným rizikem. Jelikož opatrovník podléhá dohledu soudu, soud může podmínit platnost některých právních úkonů svým souhlasem a určí časový interval pravidelného podávání zpráv o správě jmění. Opatrovník má povinnost podat závěrečné vyúčtování ve lhůtě dvou měsíců od skončení své funkce, této povinnosti ho soud nemůže zprostit.

Opatrovník má také právo na úhradu nutných výdajů. Vedle toho dále na přiměřenou odměnu z výnosu majetku, jejíž výši stanoví soud. Pokud by správa jmění dítěte nenesla zisk, opatrovník bude mít nárok jen na náhradu nutných výdajů.[12] Tato případná odměna a náhrada nutných výdajů bude příslušet i orgánu sociálně-právní ochrany, který z nich bude plnit své smluvní závazky, o kterých jsme se již výše zmínila. V tomto případě nelze aplikovat bezplatnost sociálně-právní ochrany, jak vyplývá z § 92 zákona č. 100/1988 Sb., o sociálním zabezpečení.[13] Zákon o rodině také výslovně stanoví odpovědnost opatrovníka za škodu při porušení povinností, které mu byly stanoveny při správě jmění dítěte. Současně tím není dotčena ani odpovědnost za bezdůvodné obohacení a případně trestněprávní následky.

Jelikož jde o tzv. dlouhodobé opatrovnictví a zákon neupravuje konkrétní okolnosti zániku této funkce, z povahy věci můžeme dovodit, že funkce majetkového opatrovníka zanikne nejpozději dosažením zletilosti dítěte. Dříve pak, splní-li opatrovník úkol, který mu byl soudem stanoven nebo na základě rozhodnutí soudu, když neplní řádně své povinnosti nebo odpadl důvod jeho ustanovení, tj. rodiče jsou již schopni zabezpečit správu dítěte sami.

---

[11] HRUŠÁKOVÁ, M. a kol. *Zákon o rodině – komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.BECK, 2001, s.115

[12] tamtéž, s.118

[13] HOLUB, M., NOVÁ, H. *Zákon o rodině a předpisy souvisící*. 4. vydání. Praha: Linde, 2000, s. 80

Omezení rodičovské zodpovědnosti (§ 44 odst.2 zákona o rodině)

Omezení rodičovské zodpovědnosti vysloví soud v případě, že rodič nevykonává řádně povinnosti, které mu z rodičovské zodpovědnosti vyplývají a zájem dítěte takové omezení vyžaduje.[14] V rozhodnutí o omezení rodičovské zodpovědnosti musí být podle okolností konkrétního případu přesně stanoven rozsah práv a povinností, na které se omezení vztahuje. Jestliže došlo k omezení jednoho rodiče, bude práva a povinnosti, na které se omezení vztahuje, vykonávat druhý rodič. Jestliže nezletilé dítě nemá druhého rodiče, popř. jestliže druhý rodič nemá rodičovskou zodpovědnost nebo došlo k omezení u obou rodičů, je nutno zajistit, aby tato práva a povinnosti mohla být vykonávána. Podle okolností případu a povahy práv a povinností, jichž se omezení týká, soud ustanoví nezletilému opatrovníka, který bude oprávněn tato práva a povinnosti vykonávat. Nebude-li třeba soustavné činnosti opatrovníka, soud nezletilému ustanoví opatrovníka vždy k úkonu, ke kterému je ho potřeba k ochraně zájmů nezletilého.

Řízení o osvojení (§ 68b zákona o rodině)

Řízení o osvojení je upraveno samostatně v § 181-185 občanského soudního řádu. Není pro svá specifika zařazeno do věcí péče soudu o nezletilé. Toto řízení se zahajuje pouze na návrh, je tedy ovládáno zásadou dispoziční. Účastníci řízení jsou taxativně vymezeni. Jsou jimi osvojované dítě, jeho rodiče, případně poručník, osvojitel a jeho manžel. Rodiče osvojovaného dítěte ovšem nejsou účastníky v případech, kdy byli zbaveni rodičovské zodpovědnosti, nemají způsobilost k právním úkonům v plném rozsahu, dali souhlas předem bez vztahu k určitým osvojitelům (tzv. blanketní souhlas) nebo soud pravomocně rozhodl, že k osvojení není třeba jejich souhlasu. Jelikož rozsudkem o osvojením vzniká mezi osvojitelem a osvojencem takový právní vztah jako mezi rodiči a dětmi, je zřejmé, že tak závažný krok se nemůže obejít bez souhlasu rodičů dítěte, a to ani nezletilého rodiče. Zákon zná ovšem z tohoto pravidla výjimky, které zabezpečují práva a zájmy dítěte vůči rodičům, kteří nemají zájem o své dítě. Toto projevení zájmu je diferencováno a může jít o neprojevení žádného zájmu po dobu dvou měsíců od narození dítěte nebo neprojevení opravdového zájmu po dobu nejméně šesti měsíců. Zda jsou splněny tyto podmínky, zkoumá soud v řízení podle § 180a, 180b OSŘ na návrh okresního úřadu, popřípadě rodiče dítěte.

Již jsem se zmínila, že v řízení o osvojení se dítěti vždy ustanovuje kolizní opatrovník. Kolize zájmů je evidentní, když jsou rodiče jako zákonní zástupci dítěte účastníky řízení o osvojení. V případě, kdy rodiče nejsou zákonnými zástupci dítěte, je účastníkem řízení o osvojení poručník dítěti je

[14] K problematice zásahu do rodičovských práv viz také BUBELOVÁ, K. *Porušení práva na rodinný život*. Právní fórum. 2009, č.6, s.254

opět ustanoven kolizní opatrovník. Poručník dává v řízení o osvojení souhlas s osvojením dítěte. Otázka, zda tento projev vůle vyžaduje či nevyžaduje schválení soudu, je v literatuře řešena různě.[15] Přikláním se k názoru, že poručník dává tento souhlas sám za sebe, zájmy dítěte jsou zabezpečeny kolizním opatrovníkem a proto není třeba schválení tohoto právního úkonu soudem. Odmítne-li dát poručník souhlas s osvojením dítěte, nelze ho žádným způsobem nahradit, v žádném případě ne souhlasem kolizního opatrovníka. Pokud by ovšem poručník odmítl dát souhlas v rozporu se zájmy dítěte, čímž by porušil své povinnosti poručníka, byl by to důvod pro jeho odvolání z funkce soudem.

Opatrovník podle § 68b zákona o rodině, tedy opatrovník ustanovený v řízení o osvojení, je ustanoven tehdy, když není na základě rozhodnutí soudu třeba souhlasu rodičů dítěte nebo rodiče dali tzv. blanketový souhlas. Opatrovník je v usnesení, kterým se ustanovuje, zmocněn k tomu, aby dal souhlas k osvojení dítěte. Přivolení opatrovníka je přitom hmotněprávní podmínkou, bez které nelze osvojení vyslovit. Je ho třeba i tehdy, má-li být prosté osvojení přeměněno na nezrušitelné. V žádném případě nedochází k automatickému sloučení oprávnění kolizního opatrovníka a opatrovníka podle § 68b v jednom subjektu. V praxi se však zpravidla ustanoví jen jeden opatrovník, kterému jsou vymezena jeho práva a povinnosti tak, že bude zastupovat dítě v řízení o osvojení (jako kolizní opatrovník) a je oprávněn dát souhlas k osvojení.

Je-li to v zájmu dítěte z jiných důvodů třeba (§ 83 zákona o rodině)

Jde o tzv. opatrovníka ad hoc, neboli příležitostného, který je ustanovován v případech, kdy to vyžaduje zájem dítěte na ochraně jeho práv. Takovými případy může být nečinnost rodičů, která výrazně poškozuje zájmy dětí. Jestliže např. rodiče neuplatňují nároky dítěte na sociální dávky, jsou nečinní ve věci vyřízení sporných záležitostí týkajících se dítěte, při vyřizování jeho školních nebo zdravotních záležitostí, je možné ustanovit opatrovníka ad hoc. Tento opatrovník bude podávat eventuální návrhy a žádosti u příslušných úřadů a bude dítě v těchto řízeních zastupovat.

Důvodem nečinnosti rodičů může být jejich neznalost, nedostatečná sociální orientace nebo také může být nečinnost projevem jejich nezájmu vůči dítěti. V těchto případech by soud měl zvažovat i jiná opatření, např. omezení nebo zbavení rodičovské zodpovědnosti. V praxi se nutnost ustanovení opatrovníka ad hoc vyskytuje zejména v případech dětí umístěných v ústavní výchově nebo pěstounské péči, když rodiče jsou jejich zákonnými zástupci a projevují o ně pouze formální zájem a je třeba řešit sporné záležitosti.

---

[15] viz HRUŠÁKOVÁ, M. a kol. *Zákon o rodině – komentář*. 2. vydání. Praha: C.H.BECK, 2001, s.252 a viz HADERKA, J.: *Udělování přivolení k osvojení a zastupování dítěte v tomto řízení*. Socialistická zákonnost, 1987. s. 259

Poručenství a opatrovnictví nad nezletilými jsou velmi důležité instituty rodinného práva, zejména z hlediska ochrany zájmů dítěte. V této okolnosti, tedy potřebě chránit zájmy nezletilých, je vůbec spatřován smysl existence rodinného práva, jelikož v opačném případě by stačila obecná úprava postavení fyzické osoby obsažená v občanském zákoníku. Poručenství a opatrovnictví nad nezletilými dětmi jsou v našem právním řádu rozvinuté a propracované instituty, které počítá s množstvím variant, které mohou při výchově dítěte, jeho zastupování a správě jeho jmění nastat.

Contact – email
lenka.westphalova@upol.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INTERVENCE STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ A OBDOBNÝCH ORGÁNŮ DO ŘÍZENÍ VE VĚCI RODINNÉHO PRÁVA

RADOVAN DÁVID

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Cílem tohoto příspěvku je vymezit činnost státního zastupitelství, jakožto orgánu, který v dnešní době oficiálně hájí veřejný zájem. Historie nám ukázala, že prokuratura v České republice, Slovensku a Polsku byla vnímána jako ochránce socialistické zákonnosti. Prokuratura, resp. státní zastupitelství, prošly významnými změnami. Jejich účast v civilním řízení je typická také pro země tradičně demokratické. Navzdory všemu je však velmi problematické vymezit cíle činnosti, jakož i procesní postavení státního zastupitelství v civilním řízení.

Key words in original language
Státní zastupitelství; Civilní proces; Veřejný zájem.

Abstract
The main aim of this contribution is to describe the activity of the public prosecutor's office as a very important authority that helps to protect the public interest. The history showed us that the public prosecutor's offices in the Czech Republic, Slovakia and Poland were recognized as the institutes that helped to protect socialist law and order. We can see that the role of the public prosecutor's office has been changed. It is also typical for the traditional democratic countries. However, it is very difficult to define the aims of its activity as well as its procedural role.

Key words
Public prosecutor; Civil proceedings; Public interest.

Cílem tohoto příspěvku je vymezit činnost státního zastupitelství, jakožto orgánu, který v dnešní době oficiálně hájí veřejný zájem. Historie nám ukázala, že prokuratura v České republice, Slovensku a Polsku byla vnímána jako ochránce socialistické zákonnosti. Prokuratura, resp. státní zastupitelství, prošly významnými změnami. Jejich účast v civilním řízení je typická také pro země tradičně demokratické. Navzdory všemu je však velmi problematické vymezit cíle činnosti, jakož i procesní postavení státního zastupitelství v civilním řízení. Základem působnosti státního zastupitelství v civilním řízení je čl. 80 Ústavy České republiky[1], který stanoví, že státní zastupitelství na základě zákona vykonává vedle veřejné

[1] Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky.

žaloby i další úkoly. Zákon o státním zastupitelství[2] pak konkrétněji v § 4 odst. 1 písm. c) a § 5 stanoví, že státní zastupitelství působí i v jiném než trestním řízení. Samozřejmostí je, že tato jeho působnost je dále upravena i občanským soudním řádem[3], zejména ustanovením § 35, a v návrhové oblasti také ustanoveními některých hmotněprávních předpisů.

Působnost a úlohu státního zastupitelství však není možné zužovat na pouhou úroveň zákonných předpisů. Je důležité si uvědomit, že stěžejní část působnosti státního zastupitelství v civilním řízení je odůvodňována tzv. veřejným zájmem. Proto je nutné uchopit problematiku právní úpravy této působnosti zejména na poli předpisů ústavních a mezinárodněprávních, včetně relevantní judikatury. Vzhledem k okrajovosti uvedeného tématu, způsobeného nevelkým zájmem právní teorie o činnost státního zastupitelství na netrestním úseku, je nanejvýš vhodné řešit sporné a výkladově nejasné otázky cestou konzultací s osobami nadmíru znalými danou problematikou, tedy se státními zástupci působícími na netrestním úsecích jednotlivých státních zastupitelství a soudci zejména z úseků tzv. nesporných řízení.

Státní zastupitelství může dle ustanovení § 1 odst. 1 zákona o státním zastupitelství působit k ochraně veřejného zájmu jen ve věcech, jež jsou zákonem svěřeny do jeho působnosti.

Zákon o státním zastupitelství v § 5 odst. 1 výslovně stanoví, že státní zastupitelství je oprávněno podat návrh na zahájení občanského soudního řízení či do takového řízení vstoupit jen na základě zákona. Lze tedy konstatovat, že výčet řízení, do kterých může státní zastupitelství zasáhnout, ať už vstupem nebo návrhem, je taxativní.

Okruh věcí spadajících do působnosti státního zastupitelství však není řešen pouze občanským soudním řádem. Ačkoliv ustanovení § 35 odst. 1 zahrnuje celkem 15 věcí, stanoví rovněž, že oprávnění podat návrh na zahájení řízení dle zvláštních právních předpisů nejsou tímto výčtem dotčena.

Státní zastupitelství tedy vykonává svoji návrhovou a vstupovou činnost jak na základě občanského soudního řádu, tak i na základě dalších právních předpisů.

Tento příspěvek se tedy bude zabývat výčtem jednotlivých okruhů řízení ve věcech, do nichž může státní zastupitelství vstoupit či podat návrh na jejich zahájení, se zdůrazněním povahy veřejného zájmu, který má státní zastupitelství v daném řízení zastupovat a důsledně hájit. Příslušnost státního zastupitelství je zde přísně odvozena od příslušnosti soudu, jenž ve věci jedná. Za státní zastupitelství v těchto řízeních bude s přihlédnutím

[2] Zákon č. 283/1993 Sb., o státním zastupitelství, ve znění pozdějších předpisů.

[3] Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů.

k ustanovením § 9 občanského soudního řádu příslušné okresní nebo krajské státní zastupitelství.

1. PŮSOBNOST STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ DLE OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU

Občanský soudní řád obsahuje výčet věcí, do nichž může státní zastupitelství vstoupit v ustanovení § 35 odst. 1, vedle něj však dle § 35 odst. 3 může v některých z těchto věcí samo podat návrh na zahájení řízení. V právní úpravě působnosti státního zastupitelství dle občanského soudního řádu lze tedy vydělit dvě základní oblasti: Řízení ve věcech dle § 35 odst. 1 občanského soudního řádu, do nichž může státní zastupitelství vstoupit, a řízení dle § 35 odst. 3 občanského soudního řádu, jež mohou být zahájena na návrh státního zastupitelství.

1.1 OKRUH VĚCÍ DLE § 35 ODST. 1 A 3 OBČANSKÉHO SOUDNÍHO ŘÁDU

Okruh věcí uvedených v § 35 odst. 1 občanského soudního řádu je nutné vnímat jako taxativní výčet, neboť řízení v těchto věcech jsou jedinými, do nichž může státní zastupitelství vstoupit, resp. je s nimi spojena celá zvláštní problematika postavení státního zastupitelství jako zvláštního subjektu občanského soudního řízení spočívající v jeho procesním postavení, jež není výslovně označeno za účastenství, resp. státní zastupitelství v těchto řízeních není účastníkem.

Nicméně, zvláštností tohoto ustanovení je také úmysl zákonodárce zdůraznit význam úlohy státního zastupitelství v jeho vstupové činnosti, neboť se výčet věcí, do nichž může státní zastupitelství takto zasáhnout, neustále zvyšuje[4].

1.1.1 ŘÍZENÍ VE VĚCECH URČENÍ, ZDA JE TŘEBA SOUHLASU RODIČŮ DÍTĚTE K JEHO OSVOJENÍ

Dle ustanovení § 63 odst. 1 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o rodině“), vzniká na základě osvojení mezi osvojencem a osvojitelem takový poměr, jaký je mezi rodiči a dětmi, včetně založení rodičovské zodpovědnosti při výchově dětí. Mezi osvojencem a příbuznými osvojitele vzniká příbuzenský poměr, osvojením pak zanikají vzájemná práva a povinnosti mezi osvojencem a původní rodinou.

Ačkoliv dle § 63 zákona o rodině může k osvojení dojít jen na základě rozhodnutí soudu, je nutné věnovat zvýšenou pozornost tomu, jak se rodiče osvojovaného dítěte k osvojení staví, resp. zda s tímto souhlasí či nikoliv, neboť dle ustanovení § 65 odst. 2 zákona o rodině lze nezletilého osvojit

[4] Z pouhého počtu tří věcí v roce 1994 až na nynější počet 15.

jedině tehdy, je-li mu osvojení ku prospěchu. Dle § 67 zákona o rodině je k osvojení nutný souhlas zákonného zástupce osvojovaného dítěte, avšak až na výjimky uvedené v § 68 odst. 1. Vzhledem k tomu, že zjištění, zda byly tyto podmínky dodrženy, je velmi složitým, je nutné, aby soud rozhodl, zda souhlas rodičů je či není nutný. Soud tak dle § 68 odst. 3 zákona o rodině rozhodne v (nesporném) občanském soudním řízení se zvláštní právní úpravou dle § 180a a § 180b občanského soudního řádu.

Státní zastupitelství v tomto řízení chrání veřejný zájem, jenž je založený na skutečnosti, že mezi osvojovaným dítětem a rodinou zanikají původní vztahy, což je v případech, kdy se dítě ještě nedokáže ke svému osvojení vyjádřit, velmi citelný zásah do jeho osobní i osobností sféry. Případy, kdy není nutný souhlas rodičů, jsou vymezeny tak, že po dobu nejméně šesti měsíců rodiče soustavně neprojevují opravdový zájem o dítě, zejména tím, že dítě pravidelně nenavštěvují, neplní pravidelně a dobrovolně vyživovací povinnost k dítěti a neprojevují snahu upravit si v mezích svých možností své rodinné a sociální poměry tak, aby se mohli osobně ujmout péče o dítě; nebo tak, že po dobu nejméně dvou měsíců po narození dítěte neprojevili o dítě žádný zájem, ačkoliv jim v projevení zájmu nebránila závažná překážka.

Státní zastupitelství v tomto případě jedná takovým způsobem, aby byl vždy náležitě zjištěn skutečný stav věci, resp. se musí zaměřit na to, aby podmínky, že souhlasu rodičů k osvojení není třeba, byly bezpodmínečně splněny[5]. Je tedy nutné aktivně přistoupit k dokazování spočívajícímu v prokázání zájmu nebo naopak nezájmu rodičů o dítě tak, aby rodiče zcela nedůvodně „nepřišli“ o své dítě, ale také aby bylo o dítě náležitě postaráno, tedy aby skutečně došlo k osvojení, je-li mu ku prospěchu. Státní zastupitelství přispívá k podmínce rychlosti řízení uvedené v ustanovení § 180a odst. 4 občanského soudního řádu, podle kterého je soud povinen rozhodnout o určení, zda je třeba souhlasu rodičů dítěte k jeho osvojení, přednostně a s největším urychlením. Státní zastupitelství musí rovněž věnovat zvýšenou pozornost neurčitému právnímu pojmu „prospěch“[6]. V žádném případě nesmí jít o prospěch pouze majetkový, ale také zejména o prospěch duševní a morální, tzn. přistoupit k osvojení jedině tehdy, jestliže neporušuje základní právo na respektování rodinného života, ať už ze strany rodičů či osvojovaného dítěte. Nejde totiž jen o prosazování zájmů dítěte či rodičů, ale o prosazení zájmu celé společnosti na respektování základních práv dotýkajících se rodinného života dle čl. 10 odst. 2 Listiny základních

[5] Nález Ústavního soudu ze dne 28. 1. 2004, sp. zn. I. ÚS 669/02.

[6] Čl. 21 sdělení č. 104/1991 Sb. Federálního ministerstva zahraničních věcí o Úmluvě o právech dítěte (dále jen „Úmluva o právech dítěte“)

práv a svobod[7] a dle čl. 8 odst. 2 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.

1.1.2 ŘÍZENÍ VE VĚCECH ULOŽENÍ VÝCHOVNÉHO OPATŘENÍ DLE § 43 ODST. 1 A 2 ZÁKONA O RODINĚ

V případě, že si to vyžaduje zájem na řádné výchově dítěte, může soud, neučinil-li tak již orgán sociálně-právní ochrany dětí, dle § 43 odst. 1 v nesporném soudním řízení učinit opatření, jimiž jsou napomenutí nezletilého, jeho rodičů a osob, které narušují jeho řádnou výchovu; stanovení dohledu nad nezletilým; či uložení omezení nezletilému, spočívající v zabránění škodlivým vlivům na jeho výchovu, kdy nezletilému např. zakáže návštěvu různých podniků apod.

Ustanovení § 35 odst. 1 písm. b) občanského soudního řádu je významným nejen proto, že do řízení v těchto věcech může státní zastupitelství vstoupit, ale také tím, že soud může řízení v této věci zahájit i na návrh státního zastupitelství. Státní zastupitelství by tedy dokonce mohlo být jedním z nejvýznamnějších iniciátorů těchto řízení, zejména tehdy, dopustí-li se nezletilý činu, který je pro společnost nebezpečný, nelze-li však tento čin řešit v řízení dle zákona č. 218/2003 Sb., o soudnictví ve věcech mládeže, ve znění pozdějších předpisů

Státní zastupitelství by především mělo pomoci s výkladem neurčitého právního pojmu „zájem na řádné výchově dítěte“. Tento pojem lze v tom nejužším slova smyslu chápat jako „nutnost přihlížet k příčinám ohrožení nebo narušení výchovy nezletilého a k možnostem nápravy v dosavadním výchovném prostředí.“[8] Včasné uložení vhodného výchovného opatření totiž může zabránit vážným škodám ve výchově dítěte. Veřejný zájem v tomto řízení však může mít více rozměrů. Nejde jen o zájem společnosti na řádné výchově dítěte, ale také o zájem v oblasti zajištění práva na spravedlivý proces, v nejširším smyslu pak dokonce ochrany osobní sféry nezletilého či dokonce jeho osobnosti. Státní zastupitelství v tomto případě musí přispívat svými důkazy ke zjištění skutkového stavu věci tak, aby nejen jednal v zájmu nezletilého, ale také v zájmu celé společnosti. Jde tedy o hájení zájmu nezletilého v tom smyslu, aby mu bylo zajištěno právo na spravedlivý proces[9], tedy aby soud zjišťoval také jeho názor, a zejména aby uloženo vhodné výchovné opatření, ovšem pouze tam, kde je objektivně nutné, ale také o hájení zájmu veřejného na zajištění řádné výchovy nezletilých. Státní zastupitelství by tak mělo zajišťovat efektivnost řízení

---

[7] Usnesení 2/1993 Sb. Předsednictva České národní rady o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (dále jen „Listina základních práv a svobod“).

[8] Stanovisko Nejvyššího soudu ČSSR ze dne 10. 10. 1978, sp. zn. Cpj 33/78.

[9] Stejně tak však např. i rodičům, jestliže je soud napomene apod.

tak, aby v případě jednorázové či nepatrné závady na výchově nezletilého nedocházelo k neadekvátním zásahům rozhodnutím soudu, či naopak, aby soud učinil taková opatření, jež jsou skutečně nutná.

1.1.3 ŘÍZENÍ VE VĚCECH NAŘÍZENÍ ÚSTAVNÍ VÝCHOVY A PRODLOUŽENÍ ÚSTAVNÍ VÝCHOVY

Zákon o rodině vedle výchovných opatřeních obsahuje také právní úpravu možnosti soudu[10] nařídit ústavní výchovu, event. ji prodloužit, je-li výchova dítěte vážně ohrožena nebo narušena. Podmínkou pro nařízení ústavní výchovy dle § 46 odst. 1 zákona o rodině je však bezvýslednost předchozích výchovných opatření, anebo skutečnost, že rodiče ze závažných důvodů nemohou výchovu zabezpečit.

Stejně jako v předchozím případě, může státní zastupitelství vstoupit do řízení dle § 35 odst. 1 občanského soudního řádu anebo samo podat návrh na jeho zahájení dle § 35 odst. 3 občanského soudního řádu, z čehož je zřejmý úmysl zákonodárce, aby státní zastupitelství využívalo svých poznatků zejména z řízení trestního, kde je dítě buď objektem trestného činu či jeho obětí.

Státní zastupitelství v tomto řízení zejména přispívá k výkladu neurčitého právního pojmu, jímž je „závažné ohrožení nebo narušení výchovy“. „Za vážné narušení výchovy dítěte je nutno považovat skutečnost, že rodiče zanedbávají své povinnosti při výchově dětí, vytvářejí pro ně nevhodné rodinné prostředí nebo přímo ohrožují jejich duševní, tělesný nebo mravní vývoj a je třeba děti z výchovy vlastní rodiny odejmout, nebo když rodiče ani při náležitém úsilí nemohou zvládnout výchovu dětí pro nedostatky v jejich duševním, tělesném nebo mravním vývoji, anebo když z objektivních důvodů na rodičích nezávislých není možno zajistit výchovu dětí ve vlastní rodině, přičemž zpravidla nejde o děti, v jejichž chování by byly zjištěny vážné závady.“[11] Významnou je však skutečnost bezvýslednosti výchovných opatření anebo existence závažných důvodů.

Státní zastupitelství rovněž přispěje k dostatečnému zjištění, zda nelze ústavní výchovu nahradit náhradní rodinnou péčí nebo rodinnou péčí v zařízení pro děti vyžadující okamžitou pomoc, což je rovněž dle § 46 odst. 2 zákona o rodině povinností soudu.

Stejně tak státní zastupitelství, v případě, že tak neučiní soud, navrhne vyžádání zprávy od příslušného orgánu sociálně-právní ochrany dětí; opatření vyjádření dítěte, jestliže se dítě s ohledem na svůj věk a rozumovou vyspělost může vyjádřit; a vyzvání rodičů k vyjádření svých stanovisek.

---

[10] Nález Ústavního soudu ze dne 28. 3. 1995, sp. zn. Pl. ÚS 20/94.

[11] Stanovisko Nejvyššího soudu ČSSR ze dne 10. 5. 1981, sp. zn. Cpj 228/81.

Vzhledem k tomu, že nařízení ústavní výchovy či její prodloužení má závažný dopad na rodinné vztahy, zejména pak na nezletilé dítě, je v nejvyšším společenském zájmu, aby soud v těchto věcech postupoval nadmíru pečlivě, státní zastupitelství by tak mělo aktivně působit pro zjištění skutkového stavu a pro rozhodnutí, jež bude věcně i procesně bez vad. Nebylo-li by takto postupováno, může se řízení dostat do rozporu s právem na spravedlivý proces dle ustanovení čl. 36 odst. 1 Listiny základních práv a svobod a čl. 6 odst. 1 Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod a čl. 10 odst. 2 Listiny základních práv a svobod a čl. 8 odst. 1 Úmluvy o ochraně základních lidských práv a svobod.

1.1.4 ŘÍZENÍ VE VĚCECH POZASTAVENÍ, OMEZENÍ NEBO ZBAVENÍ RODIČOVSKÉ ZODPOVĚDNOSTI

Pojem rodičovská zodpovědnost je zakotven v ustanoveních § 31 až § 40 zákona o rodině, kdy tato je vymezena zejména jako důsledná ochrana zájmů dítěte, řízení jeho jednání a výkon dohledu nad ním odpovídající stupni jeho vývoje. V tomto případě rodiče dítěte zejména pečují o zdraví dítěte a jeho všestranný, tedy tělesný, rozumový, citový i mravní rozvoj. Dále rovněž zastupují nezletilé děti a spravují jejich jmění. Vzhledem k tomu, že se jedná prakticky o formování vývoje člověka a jeho osobnosti, může dojít k problematickým situacím. Je však samozřejmé, že jakékoliv zásahy do rodičovské zodpovědnosti může činit pouze obecný soud v nesporném občanském soudním řízení.

Tato řízení jsou upravena v ustanovení § 44 odst. 1 až 4 zákona o rodině, jež se konkrétně zabývá možnostmi pozastavení, omezení a zbavení rodičovské zodpovědnosti, a v ustanoveních § 176 až § 180 občanského soudního řádu, jež upravují nesporná řízení mimo jiné také ve věcech pozastavení, omezení či zbavení rodičovské zodpovědnosti.

Dle § 44 odst. 1 zákona o rodině může soud dočasně pozastavit výkon rodičovské zodpovědnosti, jestliže jejímu výkonu brání závažná překážka a vyžaduje-li si to zájem dítěte. Dle ustanovení § 44 odst. 2 zákona o rodině může soud omezit rodičovskou zodpovědnost toho z rodičů, který nevykonává řádně své povinnosti, jež mu z rodičovské zodpovědnosti plynou, ovšem za předpokladu, že si to vyžaduje zájem dítěte. V neposlední řadě může dle ustanovení § 44 odst. 3 a 4 zákona o rodině soud zbavit rodiče jeho rodičovské zodpovědnosti, jestliže tento rodič zneužívá svou rodičovskou zodpovědnost nebo ji závažným způsobem zanedbává, stejně tak spáchá-li rodič úmyslný trestný čin proti svému dítěti, či dítě mladší čtrnácti let využije pro spáchání trestného činu. Významným důsledkem tohoto zásahu do rodičovské zodpovědnosti je jisté narušení vztahů mezi rodičem a dítětem, je proto nutné k řízením v těchto věcech přistupovat se zvýšenou pozorností.

Proto i státní zastupitelství má možnost do řízení v těchto věcech vstupovat či dokonce přímo podávat návrhy na zahájení řízení v těchto věcech. Především z ustanovení § 44 odst. 3 a 4 je patrná silná provázanost

působnosti státního zastupitelství v trestním řízení s působností v řízení civilním. Je zřejmé, že v této oblasti státní zastupitelství vždy využije poznatků z řízení trestního, ať už se jedná o trestné činy páchané na dětech, prostřednictvím těchto dětí či dokonce mimo nich, má-li však tato trestná činnost, či případné odsouzení za ni, významný dopad na děti. Státní zastupitelství tedy aktivně jedná v zájmu dětí, jichž se dotýká trestná činnost, nicméně tak činí i případech jiných.

Velmi významnou činností, jíž se státní zastupitelství zabývá, je prokazování, zda je pozastavení, omezení či zbavení rodičovské zodpovědnosti v zájmu dětí, je tedy jeho povinností přistoupit i k výkladu neurčitého právního pojmu „zájem dítěte“. Tomuto pojmu se věnuje zejména Úmluva o právech dítěte[12].

Zejména je stanovena povinnost soudů i všech státních orgánů, aby zájem dítěte byl určujícím hlediskem při jakékoliv činnosti týkající se dětí, resp. určujícím hlediskem v soudním řízení. Základním hlediskem dle úmluvy je fyzický, duševní, citový a mravní rozvoj celkové osobnosti dítěte, navíc však umocněný o právo na životní úroveň, jež mu takový rozvoj zabezpečí. V neposlední řadě nesmí být dítě vystaveno bezdůvodným zásahům do své osobní sféry, resp. do svého soukromí, ať se již tento zásah dotýká zásahů státu do jeho rodinného prostředí nebo naopak třetích osob do jeho postavení jako objektu chráněného zákonem. Úmluva rovněž připouští zásah do rodinné sféry každého dítěte, nicméně pouze na základě zákona, jenž není v rozporu s touto Úmluvou.

Státní zastupitelství vedle zájmů, jež jsou uvedeny v Úmluvě o právech dítěte, chrání rovněž zájem státu na spravedlivém procesu tak, aby rozhodnutí bylo správné a bez vad, založené na dostatečně zjištěném skutkovém stavu, zejména zajištěním zjištění názoru orgánu vykonávajícího sociálně-právní ochranu dětí dle ustanovení § 178 odst. 2 občanského soudního řádu, což má zajistit, aby nedocházelo k nechtěnému „potrestání“ rodičů za jednorázové pochybení, což může opět rozvoj dítěte výrazně (negativně) ovlivnit.

2. PŮSOBNOST STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ DLE DALŠÍCH PRÁVNÍCH PŘEDPISŮ

2.1 NÁVRHY STÁTNÍHO ZASTUPITELSTVÍ NA ZRUŠENÍ NAŘÍZENÉ ÚSTAVNÍ VÝCHOVY ČI ULOŽENÉ OCHRANNÉ VÝCHOVY

Do celkového konceptu netrestní působnosti státního zastupitelství patří vedle činnosti v samotném občanském soudním řízení také např. činnost dozorová. Jednou z oblastí, která spadá do působnosti státního

[12] Sdělení č. 104/1991 Sb. Federálního ministerstva zahraničních věcí o Úmluvě o právech dítěte (dále jen „Úmluva o právech dítěte“).

zastupitelství, je dle § 39 zákona o výkonu ústavní výchovy nebo ochranné výchovy ve školských zařízeních a o preventivně výchovné péči ve školských zařízeních[13] dozor nad dodržováním právních předpisů při výkonu ústavní výchovy a ochranné výchovy v diagnostických ústavech, dětských domovech, dětských domovech se školou a výchovných ústavech.

Veřejný zájem v této oblasti jednoznačně sleduje povinnost všech subjektů dodržovat ustanovení zákona, resp. nejednat tak, aby došlo k ohrožení základních práv člověka. Státní zastupitelství proto může do těchto zařízeních vstupovat v kteroukoliv dobu; nahlížet do povinné dokumentace vedené zařízením; hovořit s dětmi bez přítomnosti jiných osob; žádat od zaměstnanců zařízení a dalších osob podílejících se na péči o děti potřebná vysvětlení; prověřovat, zda rozhodnutí a postupy ředitele zařízení odpovídají zákonům a jiným právním předpisům; vydávat příkazy k přijetí opatření vedoucích k odstranění stavu odporujícího právním předpisům; a nařídit, aby dítě, které je v zařízení nezákonně, bylo po oznámení orgánu sociálně-právní ochrany dětí bezodkladně propuštěno.

Na základě těchto oprávnění také může podávat soudu návrhy na zrušení nařízené ústavní výchovy nebo uložené ochranné výchovy, popřípadě podávat návrhy na uložení ochranné výchovy dětem umístěným v zařízení na základě nařízené ústavní výchovy. Státní zastupitelství tak může v těchto nesporných řízeních přispívat k tomu, aby vůdčím principem celé oblasti byl zájem dítěte, doplněný o respektování zásady, že právní ochrana dětí nesmí znamenat nepřiměřené zásahy do soukromí rodiny za současného stanovení přípustné míry ingerence státu při řešení různých situací. Využívání prostředků působnosti státního zastupitelství v oblasti péče o děti se tak bude řídit zásadou zákonnosti a vědomím, že předním hlediskem při každé činnosti státu ve vztahu k dětem a mládeži, jakož i s dopadem na děti a mládež je nejvyšší blaho dítěte.

2.2 NÁVRH NA POPŘENÍ OTCOVSTVÍ

Zákon o rodině v ustanoveních § 62 a 62a dává nejvyššímu státnímu zástupci oprávnění podat návrh na popření otcovství.

Vztahy mezi rodičem a dítětem jsou jedněmi ze základních společenských vztahů s mimořádným významem. Řádný výkon obsahu tohoto vztahu, resp. práv a povinností z něj vycházejících, je však (většinou) možný jedině tehdy, jestliže stav právní odpovídá i stavu skutečnému. Zákon o rodině i proto vychází z možnosti, aby domněnka otcovství byla vyvrácena a byl prokázán stav skutečný. Nicméně však nelze připustit, aby statusové poměry

[13] Zákon č. 109/2002 Sb., o výkonu ústavní výchovy nebo ochranné výchovy ve školských zařízeních a o preventivně výchovné péči ve školských zařízeních a o změně dalších zákonů, ve znění pozdějších předpisů.

dětí byly dlouhodobě vystavitelné možnosti vyvrácení domněnky otcovství[14], proto je zákonem o rodině připuštěna pouze šestiměsíční lhůta.

Po uplynutí této lhůty (dle § 62a zákona o rodině výjimečně však i před jejím uplynutím) tak přichází jediná možnost popření otcovství, a to na základě návrhu nejvyššího státního zástupce dle § 62 zákona o rodině. Tento návrh je označen jako žaloba a je nezastupitelným právním prostředkem výjimečné povahy[15].

Lhůta pro její podání je v zásadě neomezená, avšak podání je současně podmíněno zájmem dítěte. Důležité je však připomenout, že neuplynula-li lhůta pro podání návrhu ostatním účastníkům a nejedná-li se současně o případ § 62a zákona o rodině, nesupluje nejvyšší státní zástupce aktivitu žádné z těchto oprávněných osob. Okruh podmínek je dále podmíněn možností spolehlivě prokázat, že muž není otcem dítěte, resp. nejvyšší státní zástupce může návrh podat pouze v případě první a druhé zákonné domněnky otcovství[16]. Nejvyšší státní zástupce před podáním návrhu posuzuje tyto předpoklady nezávisle na ostatních subjektech.

V případě šetření, zda nejvyšší státní zástupce podá či nikoliv návrh na popření otcovství, se soustřeďuje zejména na důkaz vyvrácení domněnky otcovství, přičemž se v žádném případě nelze omezit na pouhá ústní sdělení účastníků rodinněprávních vztahů. Nejvyšší státní zástupce by se tak měl soustředit i na zvláštní důkazní prostředky, kterými jsou znalecké posudky z oboru zdravotnictví, zejména pak na analýzu DNA. Je však nutné připomenout, že nejvyšší státní zástupce by měl k jejich opatření přikročit teprve tehdy, zjistí-li, že případné popření otcovství by bylo v zájmu dítěte. Stejně tak nejvyšší státní zastupitelství tyto posudky nehradí a nesmí rovněž nikoho nutit, aby se jim podrobil.

Zájem dítěte je největším rozdílem od ostatní působnosti státního zastupitelství v civilním řízení, kde se hovoří pouze o zájmu veřejném. Zájem dítěte je zde vlastně nadřazen zájmu veřejnému, resp. je před ním upřednostněn. V žádném případě nesmí být pod zájem dítěte vtahován zájem matky, matrikového otce či muže, jenž se za otce označuje[17]. Úmluva o právech dítěte v čl. 3 odst. 1 za nejzákladnější hledisko zájmu dítěte považuje ochranu života a zdraví dítěte, umocněnou o péči o blaho dítěte dle čl. 3 odst. 2. Současně však musí být přihlédnuto k zájmu dítěte na právo

[14] Sýkorová, Z. Žaloby nejvyššího státního zástupce na popření otcovství podle § 62 zákona o rodině. Státní zastupitelství, 2003, č. 6, s. 4.

[15] Usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 1998, sp. zn. I. ÚS 430/98.

[16] Tedy pouze v případech, kdy muži svědčí domněnka otcovství na základě manželství s matkou dítěte, či na základě souhlasného prohlášení.

[17] Sýkorová, Z. Žaloby nejvyššího státního zástupce na popření otcovství podle § 62 zákona o rodině. Státní zastupitelství, 2003, č. 6, s. 6.

znát své rodiče, dle čl. 7 odst. 2 Úmluvy o právech dítěte, a zájmu dítěte dle čl. 9 odst. 1 Úmluvy o právech dítěte, aby nebylo odděleno od svých rodičů proti jejich vůli. Dalším ze zájmů je dle čl. 27 Úmluvy o právech dítěte právo na životní úroveň nezbytnou pro jeho tělesný, duševní, mravní a sociální vývoj. Tyto základní zásady však nelze absolutizovat opět proti zájmu dítěte. Další okolnosti, jež mohou zájem dítěte zesilovat, jsou např. skutečnost, že matka žije se zploditelem dítěte, který se na péči řádně podílí; matrikové otcovství je jen formální a brání ve spojení s otcem biologickým; muž, jemuž svědčí domněnka otcovství, byl odsouzen pro závažný trestný čin či je stižen vážnou duševní poruchou. Okolnosti zeslabující zájem dítěte jsou např. skutečnosti, kdy biologický otec není znám anebo své otcovství zpochybňuje; dítě k biologickému otci nemá vytvořen citový vztah bez eventuální perspektivy, že jej biologický otec lépe zajistí než otec matrikový; uplynula dlouhá doba od narození dítěte a jeho statusové poměry jsou stabilizovány, kdy navíc hrozí, že by dítě rozhodnutím mohlo utrpět citovou újmu.

Procesně legitimovaným k podání návrhu je nejvyšší státní zástupce, a to i tehdy, jestliže podněty k podání návrhu prošetřovalo i jiné státní zastupitelství. Jedná se tedy o výsostné oprávnění[18] nejvyššího státního zástupce, přičemž proti jeho vyrozumění o odmítnutí podnětu není přípustný opravný prostředek.

Nejvyšší státní zástupce podává žalobu u obecného soudu dítěte a má v tomto řízení postavení účastníka. Náležitosti žaloby, jež směřuje proti matce, otci a dítěti, event. proti jejich opatrovníkovi, se řídí ustanoveními § 42 odst. 4 a § 79 odst. 1 občanského soudního, přičemž návrh výroku rozsudku zní tak, že matrikový otec není otcem dítěte narozeného z matky dítěte a zapsaného v knize narození příslušného matričního úřadu[19]. Zvláštní důraz bude kladen na podání žaloby dle ustanovení § 62a zákona o rodině, jež umožňuje podat žalobu na popření otcovství, jež bylo určeno souhlasným prohlášením rodičů, ještě před uplynutím šestiměsíční lhůty pro ostatní účastníky, neboť tento návrh musí být odůvodněn zřejmým zájmem dítěte a musí být v souladu s ustanoveními zaručujícími základní lidská práva. Takovým případem může být např. situace, kdy muž, jenž nezpochybnitelně nemůže být otcem dítěte, event. matka, přistoupili k prohlášení výlučně s úmyslem zištnosti či jiným zavrženíhodným důvodem, a je-li podání návrhu neodkladné vzhledem k hrozící újmě, jako např. zavlečení do ciziny apod.

Institut návrhu na popření otcovství ze strany nejvyššího státního zástupce je v současné době velmi diskutovaným, zejména co se týče

[18] Jíšová, A. Návrh nejvyššího státního zástupce na popření otcovství v praxi. Bulletin advokacie, 2006, č. 11-12, s. 82.

[19] Sýkorová, Z. Žaloby nejvyššího státního zástupce na popření otcovství podle § 62 zákona o rodině. Státní zastupitelství, 2003, č. 6, s. 7.

nepřezkoumatelnosti odmítnutí podnětu k podání návrhu. Další vývoj v této oblasti bude záviset především na judikatuře a dalších diskusích o eventuální změně současné právní úpravy.

3. SLOVENSKÁ REPUBLIKA

O vývoji účasti státního zastupitelství v civilním řízení slovenské prokuratury lze konstatovat prakticky totéž, co k vývoji účasti státního zastupitelství v civilním řízení na území České republiky. Institut prokurátorského dozoru včetně razantního omezení působnosti státního zastupitelství po změně společenských poměrů po roce 1989 jsou totožnými prvky ve vývoji.

Stejně jako v České republice je také ve Slovenské republice účast prokuratury v civilním řízení součástí její netrestní působnosti, která překonala pojetí prokurátorského dozoru.

Základním ustanovením pro možnost prokuratury účastnit se civilního řízení je § 35 občanského soudního řádu[20]. Dle § 35 odst. 1 může prokuratura podat návrh na zahájení řízení ve věcech uplatnění nároku státu na vydání bezdůvodného obohacení, včetně majetku získaného z nepoctivých zdrojů, a ve věcech uložení ochranné výchovy osobě, která pro nedostatek věku není trestně odpovědná a spáchala čin, který je jinak trestný. Občanský soudní řád dále do působnosti prokuratury řadí také dozor nad zachováváním zákonnosti orgány veřejné správy, kdy ve Slovenské republice je správní soudnictví vykonáváno soudy obecnými.

Vedle toho může dle § 35 odst. 2 občanského soudního řádu vstoupit do řízení ve věcech způsobilosti k právním úkonům; prohlášení osoby za mrtvou; zápisu do obchodního rejstříku; výchovy nezletilých; opatrovnictví a konkurzu a vyrovnání. Jedná se tedy o oblast užší než dle české právní úpravy.

Významným předpokladem pro výkon působnosti je, že prokuratura jedná pouze tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem[21].

Dalším významným ustanovením je § 243e občanského soudního řádu, tedy možnost generálního prokurátora Slovenské republiky podat mimořádné dovolání[22]. Jde v zásadě o dvojí podobu. Může se jednat o podání mimořádného dovolání proti rozhodnutím ve věcech, jež jsou uvedena v § 35 občanského soudního řádu, bez ohledu na to, zda se jich prokuratura

[20] Zákon č. 99/1963 Z.z., občansky súdny poriadok, ve znění pozdějších předpisů.

[21] § 3 odst. 2 zákona č. 153/2001 Z.z., o prokuratúre, ve znění pozdějších předpisů.

[22] Beneč, Š. Prokuratúra Slovenskej republiky a jej netrestná pôsobnosť. Státní zastupitelství, 2006, č. 9, s. 23.

účastnila či nikoliv, a to vždy bez nutnosti obdržení podnětu od osoby dotčené rozhodnutím. Druhým případem je podání mimořádného dovolání ve všech ostatních případech, až na výjimky stanovené zákonem, dotýkající se především rodinně právních vztahů či rozhodnutí dovolacího soudu, avšak pouze tehdy, je-li dovolací důvod namítán některým z účastníků či osobou dotčenou rozhodnutím soudu. Mimořádné dovolaní lze podat ve lhůtě jednoho roku od nabytí právní moci rozhodnutí, avšak pouze tehdy, je-li shledáno porušení právních pravidel či došlo k vadám na řízení, a vyžaduje-li to veřejný zájem. Jedná se tedy o oprávnění širší než je tomu tak u českého státního zastupitelství, jež disponuje „pouze oprávněními" stejnými, jakými disponují účastníci řízení. Institut mimořádného dovolání tak může znamenat hrožení zásady jistoty právních vztahů, nicméně jeho objektivní potřeba samotného vyžádání ze strany účastníků řízení či osob dotčených rozhodnutím z něj činí institut skutečně respektující jak zásadu ochrany nabytých práv, tak i ostatních zásad procesních.

4. POLSKO

Základním právním předpisem upravujícím účast státního zastupitelství[23] Polské republiky v civilním řízení je zákon o státním zastupitelství[24], který vedle základní působnosti státního zastupitelství v řízení trestním, upravuje možnost státního zastupitelství aktivně zasáhnout i do řízení civilního, přičemž zákon upraví, za jakých podmínek tak státní zastupitelství může činit. Tímto zákonem je občanský soudní řád[25]. Oproti právní úpravě České republiky lze právní úpravu polskou označit jako mnohonásobně širší, neboť se neomezila na pouhé konstatování, že státní zastupitelství může činit (až na výjimky) vše, co může činit účastník. Zakotvuje tak pro každou část řízení nalézacího konkrétní práva, event. povinnosti státního zastupitelství, což určitě činí menší interpretační potíže než v České republice.

Státní zastupitelství Polské republiky může do civilního řízení zasáhnout třemi způsoby. Jde zejména o možnost vstupu a podání návrhu a dále o možnost aktivně zasáhnout do opravných řízení.

Výčet věcí, do nichž může státní zastupitelství zasáhnout se omezuje na konstatování, že státní zastupitelství může zasáhnout do věcí všech, avšak s uvedením, že ve věcech rodinných a nemajetkových (osobních a osobnostních) jen těch, které jsou uvedeny v taxativním výčtu. Jedná se typicky o řízení ve věcech popření rodičovství a také např. neplatnosti manželství. Podmínkou však vždy je, aby se jednalo o významné hájení zákonnosti anebo veřejného zájmu.

---

[23] Prokuratura.

[24] Zákon ze dne 20. června 1985, o státním zastupitelství (o prokuraturze).

[25] Zákon ze dne 17. listopadu 1964, občanský soudní řád (kodeks postępowania cywilnego).

V případě vstupové činnosti státního zastupitelství je v zákoně přímo uvedeno, že státní zastupitelství není účastníkem, resp. není vázáno na hájení zájmu některé ze stran. V případě, že podá samo návrh na zahájení řízení, a činí tak v zájmu osoby, stává se tato osoba účastníkem řízení a je vůči státnímu zastupitelství ve vztahu nerozlučného společenství. Státní zastupitelství v těchto řízeních nesmí disponovat předmětem řízení.

Nejvyšší státní zastupitelství Polské republiky je navíc oprávněno podat u Nejvyššího soudu tzv. kasační stížnost. Tu státní zastupitelství podává tehdy, dojde-li k závěru, že rozhodnutí odvolacího soudu je v rozporu se zákonem či veřejným zájmem. Může tak činit z úřední činnosti anebo na základě podnětu třetích osob, neboť původní účastníci řízení mají možnost podat kasační stížnost přímo ze zákona.

Stejně jako v právním řádu Ruské federace bude zajímavé sledovat vývoj i v Polské republice, protože ani Polsko se ještě nevypořádalo z institutem prokurátorského dozoru, který byl typický pro právní úpravu socialistickou a který byl v České republice ještě v 90. letech minulého století překonán.

5. ZÁVĚR

Státní zastupitelství lze charakterizovat jako subjekt, jehož posláním je hájení veřejného zájmu, prosazující se skrze trestní řízení a v menším rozsahu skrze oblast netrestní. V trestním řízení plní státní zastupitelství své historické předurčení veřejného žalobce, nicméně jeho netrestní působnost je výsledkem jiných tendencí. Z historického pohledu můžeme vysledovat, že státní zastupitelství bylo nástrojem v rukou státu a jeho moci, prostřednictvím něhož byl chráněn pořádek, resp. zájmy vládnoucího subjektu. Proto lze konstatovat, že právě proto jsou příslušná oprávnění svěřena právě státnímu zastupitelství, o to více je vše umocněno skutečností, že státní zastupitelství je ze všech subjektů nejblíže moci soudní, i když samozřejmě není její součástí. Svěření jeho netrestních působností jinému subjektu je tak podle mě ne nemožné, ale spíše neefektivní. Navíc, státní zastupitelství disponuje jak silným kvalifikačním a znalostním potenciálem, tak i rozsáhlými informačními zdroji, za poměrně široké znalosti a důvěry veřejnosti. Proto se domnívám, že není vhodné měnit současnou koncepci a omezovat působnost státního zastupitelství na netrestním úseku.

Problematiku státního zastupitelství tak dnes nelze omezovat na pouhé konstatování čtyř ustanovení občanského soudního řádu za současného uvažování dalších právních předpisů. Je nutné si uvědomit, že státní zastupitelství prochází celým občanským soudním řízením, tedy od zásad jeho objektivního fungování zohledňujících i jeho historický vývoj, přes otázky účastenství, řízení v prvním stupni, dokazování, rozhodování, až po oblast opravných prostředků. Už jen samotným uvažováním těchto oblastí lze konstatovat, že státní zastupitelství je subjektem nadmíru důležitým. Nicméně i u něj se setkáváme s aplikačními problémy. Jde zejména o otázku nedostatečnosti současné právní úpravy, spočívající v nepříliš obsáhlém znění relevantních právních ustanovení a vyvolávající nutnost dovodit

právní úpravu cestou širšího výkladu jednotlivých ustanovení. Tento problém tak spatřuji nejvíce zřejmým v řízeních o opravných prostředcích. Problematickým se jeví také pojem veřejný zájem, který jako jediný může odůvodnit zásah státního zastupitelství do civilního řízení.

Státní zastupitelství lze rovněž vidět jako prvek netypický pro civilní řízení, nicméně při podrobnější komparaci právní úpravy se zahraničím můžeme tento závěr vyvrátit. Účast státního zastupitelství je typická jak pro právní úpravu tradičních demokracií, včetně anglosaského právního systému, tak i pro země procházející transformací, kde státní zastupitelství hrálo spíše negativní úlohu. Proto lze dovodit, že státní zastupitelství bylo využíváno jako prvek prosazující zájmy vládnoucích skupin na úkor jiných, avšak také jako prvek prosazující zájmy společnosti na respektování a ochraně těch hodnot, jež svým významem výrazně vynikají. Samotná česká právní úprava si prošla obojím pojetím. Státní zastupitelství tak odráží konkrétní společenské poměry.

Literature:

- Sýkorová, Z. Žaloby nejvyššího státního zástupce na popření otcovství podle § 62 zákona o rodině. Státní zastupitelství, 2003, č. 6

- Jíšová, A. Návrh nejvyššího státního zástupce na popření otcovství v praxi. Bulletin advokacie, 2006, č. 11-12

- Beneč, Š. Prokuratúra Slovenskej republiky a jej netrestná pôsobnosť. Státní zastupitelství, 2006, č. 9

Contact – email

radovan.david@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MEZINÁRODNÍ ÚNOSY DĚTÍ

MICHAELA JANOČKOVÁ – PETR SEDLÁK

Masarykova universita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek se věnuje otázce sbližování či rozcházení českého, slovenského a polského práva v otázce mezinárodních rodičovských únosů dětí. Všechny tři země jsou členskými státy Úmlouvy o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí a vztahují se na ně i normy evropského práva, jež tuto problematiku také upravují. Nicméně naleznete zde i výrazné rozdíly a různé přístupy k řešení této velmi citlivé otázky.

Key words in original language
Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí; nařízení Brusel II. bis; protiprávní přemístění nebo zadržení dítěte.

Abstract
The contribution is focused on the question of convergence or divergence of the czech, slovak and polish law in the issue of international parental child abduction. All three countries are member states of the Convention on Civil Aspects of International Child Abduction and they are under jurisdiction of European law, which deals with this topic. However, you can find significant differences and approaches how to solve this very sensitive issue.

Key words
Convention on Civil Aspects of International Child Abduction; EU regulation Brussels II. bis; unlawful removal or retention of a child.

Úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí (v textu dále jen jako „Úmluva“) byla přijata na půdě Haagské konference mezinárodního práva soukromého dne 25. 10. 1980 a k datu konání konference Dny práva 2009 se k jejímu dodržování zavázalo 81 států z celého světa. Od svého sepsání je tak nejvýznamějším mezinárodním právním předpisem, jež se snaží bojovat a vyrovnat se s následky protiprávního přemisťování či zadržování dětí mimo zemi jejich obvyklého bydliště.

Česká republika, Slovensko ani Polsko před svým přistoupením k Úmluvě neměly žádnou speciální vnitrostátní úpravu, jež by se věnovala otázce protiprávních přemístění či zadržení dětí v cizině. Ve vnitrostátním právu nebyla obsažena ani zvláštní úprava, jež by zabraňovala svévolnému přemisťování dětí nebo působila alespoň preventivně.

Tento příspěvek si klade za cíl seznámit čtenáře s právním úpravou týkající se této specifické problematiky ve vnitrostátních právních předpisech ve

všech třech uvedených státech, tedy nalézt odraz přistoupení těchto států k Úmluvě v jejich právních normách.

Polsko

Jako první k Úmluvě přistoupilo Polsko, a to 1. prosince 1992. V té době byla v účinnosti ještě předchozí Ústava Polské republiky, která nestanovovala pro přijetí mezinárodních úmluvy žádné speciální požadavky či předchozí souhlas s přistoupením jiným právní předpisem. Po přijetí nové Ústavy v roce 1997, která takový požadavek obsahovala, byla Úmluva prohlášena za součást vnitrostátního práva, která by měla být aplikována přímo. Ačkoli byla polská právní úprava v otázce mezinárodních rodičovských únosů dlouho konstatní, v roce 2001 proběhla rozsáhlá novela civilních procesních norem především v oblasti výkonu rozhodnutí a možnosti podat opravné prostředky. Zvláštní úpravu otázky tak, jak byla zakotvena v ČR, však v polském právu nenajdeme.

Polské právo články 7 až 11 Úmluvy převzalo za „vlastní" a aplikuje je přímo. S ohledem na vázanost polského práva i ustanoveními nařízení Rady ES č. 2201/2003, tzv. Brusel II. bis jsou i pravidla zde obsažená používána přímo, avšak na jiném teoreticko-právním podkladě. V polském procesním předpisu[1] (v textu dále jen „KPC") je pak této otázce věnována speciální úprava v poměrně rozsáhlém § 598. Důraz je kladen především na rychlost řízení vyplývající z mezinárodních norem práva, i když žádná vnitrostátní právní úprava, jež by limitovala délku soudní řízení jako je tomu například v ČR, neexistuje.

Polská právní úprava se v mnoha ohledech silně vymyká vzájemně releativně podobné úpravě ČR a SR. Jedním z výrazných rysů je například zanesení rodičovského únosu dítěte do katalogu trestných činů. Podle § 211 polského trestního zákoníku může být rodič obviněn z trestného činu protiprávního přemístění dítěte. Toto obvinění však může být vzneseno pouze při splnění určitých podmínek, přičemž jednou z nejvýznamnějších je zohlednění faktu, že rodičovská zodpovědnost rodiče – únosce byla před přemístěním dítěte omezena, pozastavena či jí byla osoba zbavena, a to ještě před unesením či zadržením dítěte. Osoba, jež protiprávně přemístí či zadrží dítě mimo území Polska, může za předpokladu, že se dobrovolně navrátí i s dítětem, požádat příslušný soud o možnost tzv. „bezpečného návratu", tedy že bude moci být ponechána na svobodě do ukončení trestního řízení.

Na podkladě článku 6 a následujících Úmluvy byl i v Polsku určen tzv. ústřední orgán[2], kterým je na rozdíl od ČR a SR polské Ministerstvo spravedlnosti.[3] Působnost tohoto orgánu je věci poměrně zúžena, a to na roli

[1] Kodeks postepowania cywilnego.

[2] Central authority.

[3] Blíže viz. www.ms.gov.pl .

zprostředkovatele předání informací a koordinátora celého procesu v řízení o návrat protiprávně přemístěného dítěte. Ministerstvo se při své činnosti nesnaží zajistit dobrovolný návrat dítěte uneseného do Polska, jeho úkolem také není vést jednání mezi rodičem – únoscem a opuštěným rodičem ve snaze zprostředkovat mezi nimi dohodu. Veškeré tyto snahy o typicky „mimosoudní“ vyřešení záležitosti jsou v gesci soudu. Podle § 223 odst. 1 KCP je soudce oprávněn vyzvat strany ke smírnému řešení věci, stejně tak může doporučit mediaci. Mediace je přípustná však pouze na základě dohody stran nebo rozhodnutí soudu. Pokud je výsledkem takového jednání dohoda, soud ji schválí a stane se vykonatelnou obdobně jako meritorní soudní rozhodnutí. Schválení takové dohody probíhá na neveřejném zasedání soudu. V žádném případě však snaha o vyřešení sporu jiným prostředkem nesmí vést k neodůvodněným průtahům v řízení. Proto je stranám uložena lhůta, během níž mají dospět ke konsenzu, a to v rozsahu jednoho měsíce. Na žádost stran sporu může být soudem v odůvodněných případech prodloužena.

Stejně jako zbylé dva státy i Polsko deklarovalo výhradu k článku 26 odst. 3 Úmluvy a tudíž neposkytuje opuštěnému rodiči bezplatné právní zastoupení v řízení před polskými soudy. Žadatel o návrat si může sám zvolit svého právního zástupce z řad komerčních advokátů, nicméně také může požádat o ustanovení bezplatného právního zástupce soud. Tento mu bude po posouzení soudem přidělen v případě, že již byl předtím žadatel osvobozen od povinnosti hradit soudní poplatky, tedy prokázal, že náklady soudního řízení by bez další pomoci mohly výrazně zasáhnout žadatele či jeho rodinu. Ministerstvo spravedlnosti Polska v této věci působí jako prostředník při podávání takové žádosti o právní pomoc a zajišťuje právní poradentství.

Ačkoli ČR a SR přistoupily ke koncentraci místní příslušnosti ke konkrétnímu soudu, polská právní úprava zůstala setrvalá a všechny polské soudy podle místa pobytu uneseného dítěte jsou příslušné rozhodovat o otázce jeho návratu do země obvyklého bydliště.

V návaznosti na polskou ústavu (článek 72 odst. 3) a samozřejmě Úmluvu o právech dítěte jsou soudy povinny umožnit dítěti projevení jeho názoru při jednání a na tento brát se zřetelem na vyspělost a zralost dítěte přiměřený ohled. Obdobně jako v českém právu není stanovena věková hranice, kdy by mělo být dítět povinně vyslýcháno, avšak od 13 let věku může být soudem požadována osobní přítomnost nezletilého při soudním jednání. Výslech dítěte by podle § 576 odst. 2 KPC měl probíhat mimo soudní síň, přičemž ho může provést samotný soudce či osoba jím pověřená. Námitky dítěte proti jeho návratu do země obvyklého bydliště by měl soud brát v potaz, pokud mohou být hodnoceny jako nezávislé a dítě již dosáhlo takového stupně vyspělosti, že je schopno své mínění vyjádřit.

Pro samotné jednání soudu ve věci nebyla stanovena žádná zvláštní pravidla a postupuje se proto v souladu s obecnými procesními normami. Do vnitrostátního práva však bylo v rozporu s předchozím přímým použitím ustanovení Úmluvy transponováno pravidlo obsažené v článku 16 Úmluvy,

tedy že soudy státu, kam bylo dítě uneseno, nemohou do doby vyřešení řízení o návrat dítěte dle Úmluvy rozhodovat ve věci svěření dítěte do péče jednoho z rodičů nebo o rodičovské zodpovědnosti jako takové. Taktéž je výslovně v § 598 KPC zakotveno, že v průběhu řízení o návrat dítěte nesmí být tato otázka vůbec zkoumána.

Proti rozhodnutí prvoinstančního soud je přípustné odvolání, v čemž se vzácně shodují všechny tři zkoumané právní řády. Taktéž bylo možno i proti rozhodnutí odvolacího soudu podat kasační žalobu k Nejvyššímu soudu, od novely KCP v roce 2001 však toto dovoleno není. Rozhodnutí soudu je pak vykonatelné nabytím právní moci, přičemž byla vytvořena samostatná právní úprava výkonu rozhodnutí věcech mezinárodních únosů dětí.

O nucený výkon rozhodnutí může požádat osoba, jíž bylo přiznáno právo dítě převzít. Soud ve svém rozhodnutí určuje i lhůtu, ve které musí rodič - únosce dítě předat druhému rodiči či odpovědné osobě. V případě, že není dodržena povinnost uložená soudním rozdhonutím, přistoupí soud na návrh k nucenému výkonu rozhodnutí, jež provádí soudní úředník za přítomnosti oprávněné osoby. Při výkonu rozhodnutí jsou policejní složky povinny poskytnout nutnou součinnost.

Poměrně vzácným jevem je i výslovně zakotvená preventivní činnost polských soudů ve snaze zabránit mezinárodním únosům dětí a tou je možnost vydat rozhodnutí, jímž se dítěti zakáže vycestovat. O vydání takového zákazu může soud rozhodovat nejenom na žádost oprávněné osoby, ale také z úřední povinnosti.

Slovensko[4]

Obecné poznámky úvodem

Historický vývoj právní úpravy Slovenské republiky je úzce svázán s právní úpravou ČR, když po rozdělení federace nedošlo k okamžitým změnám slovenského práva, které kontinuálně navázalo na právní úpravu ČSFR. V oblasti, jež je předmětem zájmu tohoto příspěvku, je základem zkoumání promítnutí prostředků ochrany proti mezinárodním únosům dětí do slovenského práva. Proto je nutné reflektovat rozlišení jejich rozložení mezi mezinárodní, komunitární a vnitrostátní právo.

Z pohledu mezinárodního práva je základ ochrany před mezinárodními únosy dán Úmluvou OSN o právech dítěte, která je pro Slovensko od 28.5.2003 závazná.[5]

---

[4] S ohledem na příspěvek JUDr. Matejové neobsahuje tato část aktuální judikaturu slovenských soudů.

[5] Srov. ČR 22.2.1993, Polsko 7.6.1991.

Haagská úmluva o občanskoprávních aspektech mezinárodních únosů dětí. Ze srovnávaných zemí je Slovensko zemí, kde uvedená úmluva vstoupila v platnost, shodně s Úmluvou o právech dítěte, jako poslední[6], a to 1.2.2001, když úmluva byla podepsána ještě v rámci bývalé federace dne 28.12.1992 a k ratifikaci došlo 7.11.2000.

Obdobně jako ČR i Polsko, deklarovalo Slovensko výhradu k článku 26 odst. 3 Haagské úmluvy.

V přehledu mezinárodních smluv nelze opominout výsledek činnosti Rady Evropy na tomto poli, a to Evropskou úmluvu o uznávání a výkonu rozhodnutí o výchově dětí a obnovení výchovy dětí ze dne 20. května 1980. Uvedená úmluva je účinná ve všech třech srovnávaných zemích, přičemž pro Slovensko vstoupila úmluva v platnost 1.9.2001, když byla ratifikována 22.3.2001.

Právní regulace mezinárodních únosů dětí na úrovni komunitární je stejně jako pro ČR i v Polsko dána nařízením Rady ES č. 2201/2003, tzv. Brusel II bis. Taktéž stejně jako pro ostatní srovnávané země vstoupilo nařízení Brusel II. bis v účinnost pro Slovensko dnem vstupu do ES, tedy 1.5.2004.

Ve vztahu k vnitrostátní právní úpravě je třeba konstatovat, že Slovensko nemá specializovanou hmotnou ani procesní právní úpravu mezinárodních únosů dětí. Jednotlivé aspekty ochrany práv jsou vnitrostátně obsaženy především v rovině procesní, jak bude uvedeno v následující části.

Závěrem úvodních poznámek nelze zapomenou na postavení a úlohu ústředního orgánu Slovenské republiky pro otázky mezinárodních únosů dětí. Příslušným orgánem státní správy je Centrum pre medzinárodnoprávnu ochranu detí a mládeže, které je orgánem státní správy s celostátní působností. Zřizovatelem Centra je Ministerstvo práce, sociálnych vecí a rodiny SR a Centrum vzniklo s účinností od 1.2.1993 jako rozpočtová organizace pro zabezpečení a poskytování právní ochrany dětem a mládeži ve vztahu k cizině. Rozsah působnosti Centra je dán zákonem č. 305/2005 Z.z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele a o zmene a doplnení niektorých zákonov a rozsahem činnosti ústředních orgánů dle mezinárodních a komunitárních předpisů. Základem činnosti Centra jsou úkoly při vymáhání výživného z a do ciziny, úkoly při řešení mezinárodních únosů dětí a zprostředkování mezinárodních osvojení.[7]

Vnitrostátní úprava

Úvodem je třeba znovu zopakovat, že ani jeden ze zkoumaných států neměl před přijetím Haagské úmluvy svou vlastní vnitrostátní úpravu otázky

[6] Srov. ČR podpis – 28.12.1992, ratifikace 15.12.1997, vstup v platnost 1.3.1998; Polsko přistoupilo k úmluvě 10.8.1992 a úmluva vstoupila v platnost 1.11.1992.

[7] Pro bližší informace www.cipc.sk

mezinárodních únosů dětí v občanskoprávní rovině. Neexistovaly tedy žádné fakticky efektivní prostředky nápravy únosu, pokud bylo dítě uneseno do ciziny, neboť v případě únosu do některé ze zkoumaných zemí, byla věc projednávána na podkladě obecných norem MPS, běžným opatrovnickým soudem, v běžném opatrovnickém řízení.

Vnitrostátně Slovensko přisuzuje stejně jako ČR mezinárodnímu rodičovskému únosu charakter civilního úkon, s nímž jsou spojeny následky v rovině civilněprávní, neboť rodičovský únos není trestným činem. S ohledem na civilní charakter únosu je jednou z prvotních otázek úroveň aktivity směrem k smírnému řešení, dobrovolnému návratu. V prostředí Slovenska je možnost zprostředkovat dobrovolný návrat dítěte rozdělena mezi Centrum a soud. Centrum jako ústřední orgán činí kroky ještě před zahájením soudního řízení, které mají svěřovat k dobrovolnému navrácení (např. osobní kontakt s únoscem za účelem vysvětlení situace a zmírnění jejích dopadů). Žadatel však může odmítnout pokus o smírné řešení a trvat rovnou na žalobě. V takovém případě, resp. pokud se nepodaří smírné řešení věci, je věc prostřednictvím zvoleného právního zástupce postoupena soudu, který s ohledem na ustanovení § 100 odst. 1 o.s.p. má vést jednání především k smírnému vyřešení věci.

Pokud k dobrovolnému navrácení nedojde a naopak je zahájeno soudní řízení, je jeho průběh dán ustanoveními o.s.p., dle kterého je řízení ve věcech protiprávního zadržení nebo přemístění dítěte ať již dle úmluvy nebo nařízení součástí ustanovení o řízeních ve věcech mladistvých. Aktivně legitimován k zahájení řízení je toliko rodič (osoba), jehož právo péče o dítě bylo porušeno. V současné době neposkytuje Centrum zastupování žadatelů o návrat a v případě žádosti o bezplatnou právní pomoc je nutné rozhodnutí soudu na základě podmínek ustanovení § 30 o.s.p. (předpokladem je možnost být osvobozen od soudních poplatků).

Obdobně jako ČR i Slovensko po rozpadu federace a po přijetí Haagské úmluvy nezaložili místní příslušnost jednoho konkrétního soudu pro řízení o mezinárodních únosech. Tento stav setrval v SR do 31. 12. 2008. Do této doby rozhodovaly všechny místně příslušné okresní soudy i v otázkách mezinárodních únosů dětí. Od 1.1.2009 nabyla účinnosti novela zákona č. 371/2004 Z. z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky[8] a ustanovením § 14a byla stanovena výlučná místní příslušnost Okresního soud Bratislava I. (pro prvostupňové řízení) a v souvislosti s tím i výlučná příslušnost Krajského soudu v Bratislavě pro řízení odvolací.

Jestliže tedy dojde k zahájení řízení je zásadní otázkou mezinárodních únosů dětí jeho rychlost. Efektivní nápravu totiž může zjednat pouze neprodlené rozhodnutí ve věci samé. ČR, jak bude níže uvedeno, přijala

[8] Čl. VI Zákona č. 517/2008 Z.z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 757/2004 Z. z. o súdoch a o zmene a doplnení niektorých zákonov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

řadu zásadních opatření pro zkrácení doby řízení. Slovensko na rozdíl od ČR k obdobným krokům dosud nepřistoupilo. Limitace délky soudního řízení je ponechána na úmluvě, resp. nařízení a z ustanovení § 176 odst. 3 o.s.p. lze dovodit pouze obecnou lhůtu pro řízení ve věcech nezletilých dětí, dle které by měl soud rozhodnout do 6 měsíců, přičemž tuto lze prodloužit. Prodloužení lhůty je možné, pokud nebylo možno z vážných důvodů a z objektivních důvodů vykonat důkazy.

Obdobně lze shledat, že Slovensko nevyloučilo přípustnost mimořádných opravných prostředků v občanském soudním řízení. Řádné opravné prostředky jsou jak v ČR, tak i Polsku a Slovensku přípustné.

V otázkách zjišťování skutkového stavu SR neomezuje výslech nezletilých. Pro provedení výslechu není stanovena spodní věková hranice, nýbrž je navázán na rozumovou a volní vyspělost, výslech obvykle probíhá přímo u soudu v přítomnosti sociálního pracovníka, příp. prostřednictvím psychologa.

Ve věci protiprávního přemístění nebo zadržení dítěte rozhoduje jak prvostupňový tak i odvolací soud usnesením (srov. ustanovení § 176 odst. 2 o.s.p.). Pro výkon vydaného rozhodnutí platí přiměřeně obecná úprava výkonu rozhodnutí o výchově nezletilých dětí (srov. ustanovení § 273a odst. 1 o.s.p.). Jelikož je ve věci rozhodováno usnesením, je jeho vykonatelnost vázána na ustanovení § 171 o.s.p., tedy v případě uložení povinnosti na plnění uplynutím lhůty, v ostatních případech doručením, resp. vyhlášením. Odklad vykonatelnosti až po právní moci rozhodnutí je možný buď ze zákona (což v případě mezinárodních únosů není stanoveno) nebo z rozhodnutí soudu, které musí být odůvodněno. Aktivní legitimaci pro podání návrhu na výkon rozhodnutí má osoba, které bylo nalézacím rozhodnutím přiznáno právo.

Pro výkon rozhodnutí jsou na rozdíl od nalézacího řízení příslušné všechny soudy, jejichž místní příslušnost je dána obecnými pravidly o.s.p (srov. ustanovení § 273 odst. 3 o.s.p.). Soud v průběhu výkonu rozhodnutí nejprve ve spolupráci s orgánem sociálně-právní ochrany dětí vyzve povinného k dobrovolnému plnění uložené povinnosti (srov. ustanovení § 273a ve spojení s § 272 odst. 2 o.s.p.). V případě, že nedojde k dobrovolnému splnění, provede soud odnětí dítěte. Nucený výkon rozhodnutí, tedy odnětí dítěte z péče povinného provedou obecné soudy ve spolupráci se státními orgány a předají oprávněnému (srov. ustanovení § 273a ve spojení s § 273 odst. 2 o.s.p.).

Česká republika

Stejně jako výše uvedené státy je i ČR vázána stejnými mezinárodními právními instrumenty, kdy k Úmluva přistoupila k datu 1. 3. 1998. Do poměrně nedávné doby ani v českém právu nebyla obsažena žádná zvláštní jak hmotně, tak i procesněprávní úprava této otázky. Od října minulého roku však byl zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád, ve znění pozdějších

předpisů (v textu dále jen "OSŘ") obohacen o speciální procesní úpravu řízení o navrácení nezletilého dítěte ve věcech mezinárodních únosů dětí. Novela tak vnesla komplexní právní úpravu, jež upravuje jak otázku účastenství, tak i např. velmi krátké procesní lhůty, formu rozhodnutí soudu v jednotlivých otázkách řízení či vyloučení mimořádných opravných prostředků.

Je poměrně spornou otázkou, jak toto řízení zařadit po stránce teoretickoprávní - zda mezi řízení sporná či nesporná. Vyřešení tohoto problému s sebou nese především důsledky v oblasti dokazování, resp. role soudu a aktivity jednotlivých účastníků řízení při předkladání důkazních prostředků soudu. Ačkoli měla novelizace přinést projasnění určitého tápání, vzniklo na jejím základě mnoho problematických bodů a jako legislativní počin není hodnocena velmi kladně. Nicméně je nutno podotknout, že při řízení ve věci mezinárodních únosů dětí je soud především vázán zněním Úmluvy, popř. nařízení Brusel II. bis (jejich vzájemná kolize byla vyřešena v textu samotného nařízení) a dle jejich ustanovení postupovat i ve svém jednání s ohledem na pravidlo priority mezinárodní úmluvy v případě kolize s vnitrostátním předpisem zakotvené článkem 10 Ústavy ČR.

Účastníky uvedeného řízení jsou žalobce, žalovaný a dítě. Zahájit jej lze pouze na návrh žalobce, kterým je osoba, jejíž právo péče o dítě bylo porušeno protiprávním přemístěním dítěte mimo místo jeho obvyklého bydliště. Žalovaným je pak osoba, jež porušení práv žalobce způsobila.

Žalobu je nutno podat k Městskému soud v Brně, jež je výlučně příslušný rozhodovat v těchto věcech. Není však jako na Slovensku dána příslušnost tohoto soudu přímo textem zákona, ale vychází z místa sídla ústředního orgánu dle Úmluvy, Úřadu pro mezinárodněprávní ochranu dětí se sídlem v Brně (dále v textu jen jako "Úřad").

Jak již bylo řečeno, roli ústředního orgánu vykonává Úřad, jež byl založen na základě § 3 zákona č. 359/1999 Sb., o sociálně - právní ochraně dětí, ve znění pozdějších předpisů. Tato instituce však nevznikla nově, ale navázala na činnost Ústředí pro mezinárodně právní ochranu dětí, jehož historie sahá až do doby první republiky. Je součástí sítě orgánů sociálně - právní ochrany dětí a jeho nadřízeným orgánem je Ministerstvo práce a sociálních věcí. V jeho působnosti je dále i problematika mezinárodních vymáhání výživného a zprostředkování mezinárodního osvojení.[9]

Úřad při své činnosti zajišťuje v otázce mezinárodních únosů dětí především preventivní činnost spočívající v právním poradenství oběma stranám a pomoci při řešení již nastalých sporů mimosoudní cestou. Je nápomocen i při již probíhajícím řízení a snaží se zprostředkovat dohodu mezi účastníky řízení.

---

[9] Blíže viz. www.umpod.cz .

Stejně jako Polsko a Slovensko i ČR přijala výhradu k článku 26 Úmluvy a osobám dožadujícím se návratu není kromě činnosti Úřadu poskytována bezplatná právní pomoc. Žalobce proto o ni musí požádat v souladu s vnitrostátní právní úpravou.

Na rozdíl od ostatních zkoumaných právních řádů je v občanském soudním řádu (v textu dále jen „OSŘ“) stanoveno množství striktních lhůt, do jejichž uplynutí musí soud či účastníci učinit určité procesní kroky. Je zavedena např. zvláštní forma kvalifikované výzvy žalovanému k vyjádření se k žalobě. V případě, že se žalovaný ve lhůtě nevyjádří ani nesdělí důvod, jež mu v tom bránil, může soud rozhodnout i bez nařízení jednání a to na základě fikce, že žalovaný proti návrhu na navrácení nemá námitek. Celé řízení by mělo být ukončeno do šesti týdnů od podání žaloby. V případě, že se však tuto lhůtu nepodaří dodržet, musí se s tímto soud pouze vypořádat v odůvodnění.

Rozsudek ve věci je předběžně vykonatelný a ani odvolání, jež je jako jediný opravný prostředek přípustné, nemá odkladný účinek. Toho je možno dosáhnout pouze na výslovnou žádost obsaženou v odvolání. Před novelizací byla otázka možnosti využití mimořádných opravných prostředků velmi nejasná a i judikatura Nejvyššího soudu byla roztříštěná. Od 1. 10. 2008 však byly veškeré mimořádné opravné prostředky *el lege* vyloučeny.

I podle práva ČR má dítě právo vyjádřit před soudem svůj názor ve věci, jež se jej týká. Není však stanovena žádná věková hranice a je tak pouze na posouzení soudu, zda uzná dítě za dostatečně rozumově a volně vyspělé, aby bylo schopno formulovat své názory. Soud bere ohled na názor dítěte znovu s ohledem na dříve jmenované kritéria. Z dikce zákona vyplývá, že výslech prioritně provádí sám soud, ale je i možné provést slyšení dítět prostřednictvím jeho zástupce, znaleckým posudkem nebo pomocí orgánu sociálně - právní ochrany dětí. Kde výslech dítěte proběhne je na vůli soudu.

Výkon rozhodnutí se i v řízeních o návrat dítěte řídí obecnou právní úpravou otázky výkonu rozhodnutí ve věcech výchovy nezletilých. Návrh na výkon rozhodnutí podává jako ve věch výše uvedených jurisdikcích osoba, jíž svědčí právo a nebylo dobrovolně vykonáno. Soud při splnění určitých podmínek povinného vyzve k dobrovolnému plnění, uloží mu pokutu nebo může využít i další možnosti pro mimosoudní smírčí či mediační jednání. V případě, že žádný ze zákonem daných prostředků nepovede k dobrovolnému splnění povinnosti, přistoupí soud k odnětí dítěte. Příslušným soudem o výkon rozhodnutí je stejný soud, jež rozhodoval o věci samé.

Otázka prevence mezinárodním únosům není v českém právu výslovně upravena a mnohdy je opomíjen § 49 zákona č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů. Praxe českých soudů je navíc v otázce vydávání zákazu vycestování dítěte velmi roztříštěna a nejednotná.

Jak bylo zřejmé z popisu jednotlivých právních úprav, v mnohých aspektech jsou si všechny tři právní řády velmi blízké a určité instrumenty aplikované v jednom ze států, jsou v jiném po časové prodlevě včleňovány do legislativy taktéž. Vždy je však nutno podoknout, že dokonalost právní úpravy není zárukou její správné aplikace, což je především úkolem pro justiční orgány. Všechny tři státy se setkaly s palčivým problémem zdlouhavosti řízení o návrat nezletilého ve věcech mezinárodních únosů, jež ve svém důsledku nejvíce ovlivní dítě. Společným jmenovatelem potíží bylo také důležité oddělení únosového řízení od řízení o výchově dítěte.

Contact – email
76807@mail.muni.cz -- ptsedlak@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ALTERNATIVNÍ FORMY ŘEŠENÍ RODINNĚPRÁVNÍCH KONFLIKTŮ (MEDIACE)

INGRID KOVÁŘOVÁ KOCHOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Ve svém článku se zabývám mediací. Mediace představuje důležitý nástroj pro řešení konfliktních situací. Záměrně není užíván termín „spor“, ten je vyhrazen pro spor jako typ soudního řízení dle z.č. 99/1963 Sb. Předpokladem soudního sporu však je konflikt. Konflikt však nemusí být řešen pouze v rámci soudního řízení. Konflikt lze podle jeho specifik řešit různými cestami, vedle již zmíněného soudního řízení, je možno konflikt řešit v rámci další institucionalizované podoby řešení konfliktů - prostřednictvím rozhodčího řízení. Některé konflikty však s ohledem na svoji specifickou podobu je nejvhodnější řešit cestou mediace. V článku jsou poskytnuty základní informace o mediaci, jejích výhodách a možném přínosu pro konflikty vznikající v rámci rodinněprávních vztahů, nejčastěji konflikty rodičů ohledně výkonu jejich rodičovské zodpovědnosti k jejich dětem. Právě tento typ konfliktů je nejvhodnější řešit cestou mediace.

Stěžejní část příspěvku je věnováno stavu právní úpravy mediace. V České republice právní úprava mediace dosud chybí. Je zpracován návrh zákona o mediaci, v příspěvku je tento návrh zákona analyzován. Další část příspěvku je věnována právní úpravě mediace ve Slovenské republice - z.č. 420/2004 Z.z. o mediácii, která nabyla účinnosti 1.9.2004, a právní úpravě polské obsažené v ust. Art. 183 a násl. Kodeksu postępowania cywilnego, která byla do polského právní řádu zařazena novelizací tohoto právního předpisu účinnou od 10.12.2005. Dále článek obsahuje srovnání zahraničních právních úprav s českým návrhem zákona.

Pozornost je věnována i obsahu směrnic Evropského parlamentu a Rady, když národní právní úpravy odráží jejich obsah. Konečně, o mediaci nelze hovořit pouze z pohledu pozitivního práva. Právě s ohledem na charakter mediace jako neformálního postupu nelze pominout ani regulaci mediace předpisy, které vydávají stavovské organizace mediátorů.

Závěrečná část příspěvku se pak věnuje dalším možnostem využití mediace při řešení dalších konfliktů vznikajících v rámci života rodiny.

Key words in original language
Mediace; mimosoudní řešení konfliktů; spor; rodičovská zodpovědnost; právní úprava mediace; asociace mediátorů; využití mediace.

Abstract
In my article I handle with mediation. Mediation represents an important instrument for conflicts resolution. The term dispute is here purposely not

used. Dispute is used for a type of judicial proceeding 99/1963 Sb. Presumtion of a judicial proceeding is a conflict. Conflict does not need to be solved only in a judicial proceeding. Conflict could be solved in accordance of its specific in many ways, next to above mentioned judicial proceeding it could be solved by an alternative institutionally form of resolution – arbitration proceeding. For some conflicts regarding their specific forms is the best way of solving - the mediation. This article includes basic informations about mediation, its advantages and possible bendit for family law conflicts most ofen for those which results in accordance to parentel responsibility between parents and their children. Mediation is the best way how to solve those type of conflicts.

Fundamental part of the article deals with the regularization of mediation. In Czech Republic is none regularization. Actually there is an proposal of a mediation law proceeding and there is an analysis of it in this article. Next part of the article deals with the Slowakia regularization – law No. 420/2004 Z.z. o mediácii, effective from 1.9.2004, and polish regularization by Art. 183 and oth. Kodeksu postępowania cywilnego, effective from 10.12.2005. The article contains also the comparation of those regularization with the czech propsal regularization.

It also deals with the Council directive and the European Parliment directive, while the national regularizations are reflecting their content. After all, there is no posibility to discuss mediation only in the light of positive law. Regarding of the mediation-character as an informal proceeding the fact that mediation is also regulate by an proffesional organisation of mediators can not be pretermit.

The last part of the article deals with other possibilites of mediation-utilisation to the conflicts which are rasing from family life.

Key words
Mediation; non-judicial conflict resolution; dispute; parental responsibility; regularization of mediation; mediation assotiation; mediation-utilisation.

1. ÚVOD

Mediace představuje alternativní postup pro odstranění mezilidského (mezisubjektového) konfliktu. Ne každý konflikt je nutno řešit cestou soudního řízení. Proto není užíván termín „spor“, ten je vyhrazen pro spor jako typ soudního řízení dle z.č. 99/1963 Sb. občanského soudního řádu v platném a účinném znění (dále jen „o.s.ř.“). Předpokladem soudního sporu však je vždy konflikt. Na mediaci lze nahlížet z mnoha úhlů pohledu, z pohledu psychologa, odborníka na komunikaci, či z pohledu právníka. V důsledku toho můžeme nalézt několik přístupů k definici mediace. Z pohledu psychologa budou akcentovány vlastnosti tohoto postupu řešení konfliktu vymezující ji oproti jiným, odborník na komunikaci bude akcentovat fáze procesu mediace. Mediace je chápána jako metoda rychlého, efektivního a kultivovaného řešení sporů za pomoci třetí strany –

mediátora, neformální, mimosoudní proces řešení konfliktů, ve kterém jsou obě strany přítomny dobrovolně. Cílem mediace je vést jednání k porozumění, smírnému řešení a k vytvoření vzájemně přijatelné dohody. Legální definice bude vymezovat atributy tohoto postupu jako typu řízení. Pro účely tohoto příspěvku užívám definici mediace jako postupu, ve kterém dvě nebo více stra konfliktu samy dobrovolně usilují o dosažení dohody o vyřešení sporu za pomoci mediátora.[1]

Mediace nepopírá konflikt. Konflikty jsou součástí lidského života. Konflikt lze charakterizovat jako nemožnost dosažení shody v myšlení, představách, kterou pociťuje alespoň jedna strana konfliktu, situaci pak komplikuje i chování druhé strany, v němž může být spatřována snaha o omezování vlastních cílů, představ a zájmů. Konflikt může mít řadu podob, může být otevřený, či skrytý. Nejčastějšími příčinami konfliktů jsou nepochopení, nedorozumění, polopravdy, nevyřčené pravdy, přesvědčení, strach. Konflikty mohou být neřešeny, a to z řady důvodů. Mohou být řešeny cestou kdo z koho, nebo cestou spolupráce. Poslední způsob je nejvhodnější, a proto se na něj mediace soustředí. Vždy jde o situaci, kdy spolu účastníci konfliktu nekomunikují. Při řešení konfliktu touto cestou mají jeho účastníci kontrolu nad výsledkem procesu, přijímají zodpovědnost za výsledek řešení konfliktu a mohou dosáhnout usmíření. V rámci usmíření lze nalézt rozumné řešení konkrétního konfliktu. Mediátor je třetí stranou, která se podílí na řešení konfliktu pouze tím, že vytváří prostředí, ve kterém strany konfliktu mohou konstruktivně komunikovat. Vytváří prostor pro to, aby komunikace mohla probíhat, ukazují účastníkům konfliktu, jak lze takovou cestou řešit i konflikty v budoucnu, a tím učí účastníky konfliktu řešit konflikty touto kooperační cestou. Mediátor je nestranný, nedoporučuje účastníkům řízení konkrétní možnosti řešení konfliktu, neposkytuje jim právní rady, nestaví se na stranu jednoho z účastníku konfliktu. Mediace se liší od facilitace.[2] Mediace je dobrovolná, jde o proces vycházející z vůle účastníků konfliktu najít řešení svého konfliktu zejména tam, kde vztahy účastníků konfliktů jsou dlouhodobé, blízké, typicky jde o vztahy rodinné, o sousedské vztahy, o pracovněprávní vztahy.[3] Mediace je nástrojem pro řešení konfliktu pouze pro ty znesvářené strany, které mají potřebu konflikt řešit, dosažení dohody není povinné. Mediace často končí tak, že dohody dosaženo není. I za takové situace však mediace může být přínosem, může být začátkem pro proces komunikace a uklidnění vztahů mezi stranami konfliktu.

---

1 definice mediace dle čl. 3 pís. a) směrnice EP 2008/52/ES ze dne 21.5.2008

2 Facilitace je situací, kdy třetí strana intervenuje do procesu řešení konfliktu.

3 Existuje několik možných druhů mediace a) shuttle mediace, kdy mediátor komunikuje se stranami konfliktu odděleně, v průběhu této oddělené komunikace dochází k postupnému sbližování postojů, k setkání stran konfliktu dochází až okamžiku, kdy je uzavřena dohoda, b) transformativní mediace, při které sehrává větší roli vlastní proces mediace, strany sporu se učí vzájemné komunikaci, poznat a pochopit postoje druhé strany konfliktu.

Mediace jako nástroj řešení konfliktu je produktem vývoje moderní a postmoderní doby. Jedinec jako autonomní subjekt práv, nositel svobody, nemá potřebu komunikace. Vědomí vlastní hodnoty a svobody jej spíše svádí k tomu, aby prosazoval své názory na úkor ostatních a společnost je tedy daleko více společností konfliktní. Popření tradičních hodnotových systémů, jejich relativizace přivádí společnost do fáze popsané Hobesem jako společnost vlčí. Takový výsledek samozřejmě není řešením, společnost si uvědomuje nedostatky tohoto vedlejšího produktu koncepce absolutní svobody lidského individua a snaží se nabídnout alternativy. Za zásadní alternativu považuji alternativou nabízenou J. Habermasem a jeho diskursivní etikou, která nově přivádí člověka k dialogu, ke komunikaci.

S mediací v její institucionalizované podobě se setkáváme od 60. let 20. století v USA, rozšířila se posléze do západní Evropy. Tento článek se zabývá mediací v České republice, na Slovensku a v Polsku.

2. STAV V ČESKÉ REPUBLICE.

Přístup k řešení konfliktu se v posledních desetiletích značně proměňuje. V dřívější době řada konfliktů byla řešitelná za pomoci ne státní, nejčastěji církevní, či jiné mravní autority. Tím jak ustupoval po r. 1948 vliv náboženství i tradiční morálky, došlo současně ke ztrátě prostoru pro řešení konfliktu. Oba tyto ne právní normativní systémy byly nahrazeny tzv. pravidly socialistického soužití. Účastníci konfliktu pak měli možnost řešit svůj konflikt neformálně před svým „kolektivem“ ať už stranickým, mládežnickým, či odborářským ve věcech pracovněprávních.[4] Řešení konfliktů cestou projednávání v kolektivu efektivní nebylo, když těmto kolektivům chybělo uznání jejich autority aspekt uznání jejich autority jako subjektu schopného a povolaného k řešení konfliktu. Podstatou tohoto postupu nebylo hledání společné komunikace, při řešení konfliktu na bázi dobrovolnosti. Iniciativu v tomto směru držel právě onen kolektiv, který řešil konflikt ve svůj vlastní prospěch. Podle právní úpravy ust. §§ 59 až 66 z.č. 99/1963 Sb., občanského soudního řádu (dále jen „o.s.ř.“) v období do 31.12.1991 bylo věcí soudu preventivně působit a předcházet sporům, soudy zasílaly podněty příslušným kolektivům, případně pozývaly konkrétní osoby na pohovory dle ust. § 62 o.s.ř. pokud zjistily, že osoby neplní své právní povinnosti, případně dle ust. § 65 o.s.ř. zasílaly upozornění organizacím, případně státním organizacím, pokud soud při své úřední činnosti zjistil porušování práva. Je zřejmé, že u těchto postupů absentoval základní rys mediace, tj. rys dobrovolnosti, iniciativy k řešení konfliktu vycházející od účastníků konfliktu. Proto posléze v r. 1991 došlo ke zrušení těchto ustanovení z důvodu jejich neživotnosti. Ze stručného popisu těchto ustanovení je zřejmé, že se nejednalo o mediaci, jak je stručně charakterizována v úvodu tohoto článku.

4 vyhl.č. 82/1965 Sb., kterou se provádí zákoník práce. Konflikt řešila odborová organizace, pokud nedošlo k vyřešení, postupoval se bez dalšího návrh k vyřízení soudu.

Po r. 1989 bylo snad očekáváno, že dojde k návratu společnosti do stavu před r. 1948. K tomuto návratu nedošlo. Po dobu komunistické totality došlo k proměně struktury společnosti, česká společnost je nejateističtější v Evropě, vliv církevní morálky tu není. Obecná morálka české společnosti není morálkou jaká tu byla v r. 1948 (ani nemůže být), není ani taková jaká by být mohla, pokud by nedošlo k únorovému komunistickému puči. Pro současnou českou společnost je charakteristická absence autorit, ke kterým je možno se obrátit, pokud nastane problém, konflikt. Jediným, na koho je možné se obrátit je soud (sám soudní sytém však příliš autority ve společnosti nemá). Soudní řešení konfliktu však z povahy věci není vždy vhodné a ostatně ani možné. V rámci soudního řízení lze řešit spor o právo, některé konflikty účastníků soudních řízení však takovými spory nejsou, jde často o problémy mající svůj původ v nedostatečné komunikaci, vzájemné zášti a snaze ublížit druhému, případně ostatním. Tyto problémy právo řešit neumí a nemůže. Na druhé straně jsou ale i právní otázky, které musí být řešeny soudem, ale přesto není vhodné, aby jediným, kdo hledá řešení byl soud. Typickým případem jsou právě rodinněprávní konflikty. Nejčastěji jde o konflikty rodičů ohledně výkonu jejich rodičovské zodpovědnosti k jejich dětem, ve věcech výchovy, výživy a styku s dítětem.

Pro českou společnost je typický ještě další rys, totiž víra její politické reprezentace, tedy moci zákonodárné v to, že každý společenský jev je možno a také nanejvýš vhodno regulovat kazuistickou právní úpravou, která pamatuje na všechny varianty, které mohou při aplikaci právního předpisu nastat. Je jen logickým důsledkem, že tyto snahy se nesetkávají s úspěchem. Důvodem může být chyba zákonodárce, vývoj společenských vztahů, se kterým zákonodárce nepočítá. Právní úprava pak reálně neřeší společenský problém, který původně řešit měla, neodpovídá na společenskou poptávku po právní úpravě, pokud ovšem taková poptávka po právní úpravě vůbec existovala.[5]

Jak tedy český zákonodárce upravuje mediaci? Pozitivně právní úprava mediace jako takové v České republice chybí. To ovšem neznamená, že mediace v České republice neexistuje. Mediací se zabývají nestátní subjekty, jsou sdruženy v Asociaci mediátorů České republiky, jsou zřízena centra poskytující mediační služby, např. v Ostravě. Zájemci o mediaci získávají informace o mediaci ze statutů mediačních center, případně z informací poskytovaných Asociací mediátorů ČR. Mediace je předmětem výuky na vysokých školách.[6]

---

5 V poslední době se množí takové příklady, jde o plošné zavedení systému datových schránek pro doručování úředních (nejen soudních) písemností, zásadní změnu občanského soudního řízení zavedením téměř bezvýjimečné zákonné koncentrace soudního řízení již ve fázi přípravy jednání, případně při prvním jednání ve věci. Ve své podstatě jde o přínosné myšlenky, nicméně realizace těchto myšlenek v podobě pozitivněprávní přináší několikanásobně více problémů než přínosů.

6 např. FSS MU Brno v rámci bakalářského studijního programu,

Mediaci nalezneme skrytě upravenu v ust. § 110 odst. 2 o.s.ř. dle které mohou účastníci řízení navrhnout klid řízení z důvodu probíhající mediace, soud řízení přeruší nepříčí-li se to účelu řízení, soud sleduje průběh mediace, mohou mu být poskytovány pouze informace, které již v řízení před soudem vyšly najevo. Pokračovat v takto přerušeném řízení lze dle ust. § 111 odst. 2 věta třetí o.s.ř. pokračovat i bez návrhu před uplynutím tříměsíční lhůty jinak stanovené ve větě prvé téhož zákonného ustanovení.

Mediace má své místo i při řešení sporů ohledně styku s dítětem. Česká republika je vázána Úmluvou o sjednávání syku s dětmi č. 91/2005 Sb.m.s.; konkrétně čl. 7, ukládající členským státům zajisti, aby rodiče děti byli motivováni k řešení konfliktů ohledně styku s dítětem dohodou. Podle ust. § 12 z.č. 359/1999 Sb. o sociálně právní ochraně dětí jsou orgány, které mají usilovat o uzavření dohod mezi znesvářenými rodiči orgány sociální péče o děti.

Ministerstvo spravedlnosti ČR zpracovalo návrh zákona o mediaci v netrestních věcech.[7] Předkladatel zákona volí koncepci úplné samostatné právní úpravy mediace v rámci základního právního předpisu spojenými s novelizacemi dalších dotčených právních předpisů, zejména v tomto případě o.s.ř., jde o implementaci norem evropských, konkrétně směrnice EP 2008/52/ES ze dne 21.5.2008.

Podle tohoto návrhu zákona se mediací rozumí „postup pro řešení sporů za účasti jednoho nebo více registrovaných mediátorů, který podporuje komunikaci mezi osobami na sporu zúčastněnými (dále jen „strany sporu“) tak, aby jim pomohl dosáhnout smírného vyřešení jejich sporu uzavřením mediační dohody.“[8] Mediace se zahajuje uzavřením písemné dohody o mediaci, jejími obligatorními náležitostmi jsou: označení stran sporu, mediátora, vymezení předmětu sporu, výše odměny a náhrad mediátora a dobu, na kterou je dohoda uzavřena, nebo údaj, že jde o dohodu uzavřenou na dobu neurčitou, dohodu o úhradě nákladů mediace. Podstatná část návrhu zákona je věnována postavení mediátora, zvláště se přitom ustanovuje skupina mediátorů v rodinných sporech, dohledu nad činností mediátora, registraci mediátorů.

Mediace může probíhat nezávisle na jakémkoli jiném řízení. Návrh zákona řeší vztah probíhající mediace k soudnímu řízení. Pokud již bylo zahájeno soudní řízení, soud řízení obligatorně přeruší postupem podle ust. § 109 o.s.ř. a nařídí první schůzku s registrovaným mediátorem v řízeních ve

---

7 mediace v trestních věcech je upravena v z.č. 257/2000Sb. ze dne 14.7.2000 o Probační a mediační službě a o změně zákona č. 2/1969 Sb.,o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů,zákona č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů a zákona č. 359/1999 Sb.,o sociálně-právní ochraně dětí zákon o Probační a mediační službě)

8 ust. § 3 pís. a) návrhu zákona

věcech výchovy a výživy nezletilého dítěte a styku rodičů a prarodičů s ním, pokud dojde k přerušení řízení může dojít k přerušení řízení nejdéle na dobu tří měsíců, nelze ji nařídit po dobu trvání předběžného opatření dle ust. § 76b o.s.ř. Případně řízení přeruší dle ust. § 110 o.s.ř. ke společnému návrhu účastníků řízení. Soud v obou případech přerušení vždy určí lhůtu, na kterou je řízení z toho důvodu přerušeno, nejdéle může být řízení přerušeno na dobu 1 roku. Po dobu mediace, nejvýše 1 roku neběží promlčecí ani prekluzivní lhůty.

Mediační dohoda sama o sobě není podkladem pro výkon rozhodnutí, není exekučním titulem. Podkladem pro výkon rozhodnutí se stává poté, co je její obsah zachycen v notářském nebo exekutorském zápisu se svolením k vykonatelnosti, nebo byla schválena jako soudní smír. Podle ust. § 99 o.s.ř. pak jako soudní smír může být schválena mediační dohoda uzavřená před registrovaným mediátorem, a to i tehdy, jsou-li předmětem mediační dohody věci výchovy a výživy nezletilého dítěte nebo styku rodičů, prarodičů a sourozenců s ním.

Zvláště se pak zařazuje možnost soudu nařídit, je-li to účelné, ve věcech výchovy a výživy nezletilého dítěte a styku rodičů, prarodičů a sourozencům s ním první schůzku u registrovaného mediátora v rodinných sporech do ust. § 100 o.s.ř., které upravuje základní procesní povinnosti účastníkům řízení. Mediace je úplatná, zákon vymezuje činnost mediátora jako podnikatelskou činnost vykonávanou na základě živnostenského oprávnění, tedy činnost vykonávanou za účelem dosažení zisku. Náklady mediace by měli nést účastníci řízení, vyjma nákladů na první schůzku nařízenou dle ust. § 100 o.s.ř.

Návrh zákona o mediaci v netrestních věcech není nyní projednáván v rámci legislativního procesu, jeho projednávání se předpokládá v průběhu r. 2011.

3. SLOVENSKÁ REPUBLIKA.

Na Slovensku je mediace právem regulována z.č. 420/2004 Z.z. o mediácii, který nabyl účinnosti 1.9.2004.

Jde o komplexní úpravu mediace pro spory vzniklé z občanskoprávních vztahů, rodinněprávních vztahů, obchodních závazkových vztahů a pracovněprávních vztahů, jde o mimosoudní činnost. Mediaci provádí mediátoři na základě uzavřené smlouvy o mediaci. Ministerstvo spravedlnosti vede registr mediátorů, i na Slovensku je výkon činnosti mediátora podnikáním. Mediace se provádí na základě písemné dohody, pokud návrh na uzavření dohody není akceptován do 14 dnů, má se za to, že byl odmítnut. Výsledkem mediace je uzavření obligatorně písemné dohody, která je závazná pro osoby zúčastněné na mediaci, exekučním titulem se stává pokud je sepsaná ve formě notářského zápisu, nebo schválená jako soudní smír. Soud může účastníkům řízení pouze doporučit, aby se pokusili o smír cestou mediace.

Mediace je úplatná. Pokud probíhající soudní řízení skončí schválením soudního smíru, jehož předmětem je mediační dohoda, vrací se poměrná část zaplaceného soudního poplatku.

4. POLSKO.

Polskou právní úpravu mediace nalezneme v ust. Art. 183 a násl. Kodeksu postępowania cywilnego, která byla do polského právní řádu zařazena novelizací tohoto právního předpisu účinnou od 10.12.2005.

Mediace probíhá na základě uzavřené dohody o mediaci, mediace může probíhat jak před zahájením soudního řízení, tak i v průběhu soudního řízení. Mediace je dobrovolná, úplatná. Mediátorem může být jak osoba zapsaná v seznamu mediátorů, tak i osoba vybraná ad hoc pro pomoc při řešení konkrétního konfliktu. Dojde-li k uzavření mediační dohody v průběhu řízení, soud řízení přeruší na dobu jednoho měsíce, pokud mediace probíhá, je možné prodloužení této doby, a to ke společnému návrhu stran sporu.

Soud doporučuje účastníkům řízení, aby se podrobili mediaci do skončení prvního jednání ve věci, poté může k medici dojít pouze ke společnému návrhu stran sporu, mediaci může soud doporučit účastníkům řízení pouze jedenkrát v průběhu řízení. Pokud dojde k uzavření dohody v průběhu mediace, sepisuje se do protokolu a tento protokol mediátor předkládá soudu. Soud dohodu schválí ve formě soudního smíru (dohody) pokud je v souladu s hmotným právem, pokud je její obsah určitý. Pokud dojde ke schválení soudem, je exekučním titulem.

5. EVROPSKÁ UNIE.

Evropská unie si dlouhodobě uvědomuje potřebu mediace pro řešení konfliktů mezi lidmi. Základem pro všechny tři zmíněné právní úpravy je směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21.5.2008. Tato směrnice se vztahuje na přeshraniční spory v občanských a obchodních věcech, tedy pro spory, v němž alespoň jedna ze stran sporu má bydliště nebo se obvykle zdržuje v jiném členském státě než kterákoli jiná strana. Mediací se pro účely této směrnice rozumí i mediace vedená soudem, který však není příslušný pro žádné soudní řízení mezi stranami. Podle této směrnice členské státy jsou povinny zajistit mediačni řízení, vypracování a dodržování kodexů dobrovolných chování mediátorů, přístup stran konfliktu k mediaci, důvěrnost mediace, vykonatelnost dohod vyplývajících z mediace a zajistit, aby v průběhu mediace neběžely zúčastněným osobám promlčecí a prekluzivní lhůty.Členským státům je uloženo, aby uvedly v účinnost své právní předpisy, resp. dosáhly souladu s touto směrnicí do 21.11.2010. Tato směrnice je závazná pro všechny státy vyjma Dánska.

Účelem směrnice je zajistit jednotlivcům lepší přístup ke spravedlnosti, přičemž k řešení konfliktů mají sloužit i jejich alternativní způsoby, vedle rozhodčího řízení též mediace, členské státy by měly podpořit mediaci,

avšak mediace nemá být povinná, její nepodstoupení, nemá být stíháno žádnou sankcí. Soudy by nicméně měly mít možnost navrhnout stranám sporu řešení konfliktu cestou mediace, státy by měly zajistit kvalitní mediaci. Předpokládá se, že využívání mediace by mohlo přispět ke snížení nákladů státu na soudní řízení. Nemělo by však jít v žádném případě o hlavní důvod pro zavádění mediačního řízení. Mediace je důležitá sama o sobě, neboť jejím prostřednictvím lze vyřešit konflikt. Předpokládá se využití mediace ve všech obchodních a občanskoprávních sporech – konfliktech.

6. ZÁVĚREČNÉ SROVNÁNÍ.

Na Slovensku i v Polsku je zdůrazňován význam mediace právě pro rodinné konflikty, zejména konflikty rodičů o výchovu a výživu nezletilých dětí, pro konflikty o styku s dítětem. Důležité je však i využití mediace pro spory mezi bývalými manžely, a to při zrušení a vypořádání práva společného nájmu bytu, při vypořádání zaniklého společného jmění manželů, při sporech o výživné mezi zletilými osobami.

Při srovnání návrhu českého zákona o mediaci s právní úpravou slovenskou a polskou vzniká několik dílčích otázek:

1) Je vhodné upravit mediaci v rámci občanského soudního řádu, nebo samostatným zákonem o mediaci?

Mediace je do jisté míry alternativou soudního sporu. Proto by úprava postupu mediace měla být zařazena v občanském soudním řádu. Polská varianta řešení se jeví jako vhodnější. Účastník soudního řízení získává komplexní informaci o možnostech řešení svého konfliktu z jedné (základní) právní normy, a to z občanského soudního řádu. Český návrh zákona je pro běžného účastníka řízení nepřehledný, neboť mnohem větší pozornost se věnuje postavení mediátorů, jejich ustanovování a správním deliktům, tedy organizačním záležitostem, které s vlastní mediací nesouvisí. Pouze tyto otázky by měly být upraveny samostatným zákonem. Klást si v této souvislosti otázku, zda vůbec právně regulovat mediaci je nadbytečné, a to s ohledem na to, že zavést do národního právního řádu právní úpravu mediace ukládá České republice evropská legislativa.

2) Je vhodné zavést povinnou mediaci v rodinněprávních konfliktech – ve věcech péče soudu o nezletilé?

Toto povinné zavedení mediace je v přímém rozporu se zásadou dobrovolnosti mediace. Nesystémově, kdy vůdčí potřeba zájmu dítěte vyžaduje rychlé vyřízení věci a je možné se obávat, že dojde pouze k prodloužení řízení. Přínosnější by bylo, pokud český zákonodárce setrvá na svém záměru zavést obligatorní mediaci (již toto je jasný protimluv), koncipovat zákonnou povinnost podrobit se mediaci tak, že společně s návrhem bud soudu předložena i zpráva o tom, že mediace proběhla, v jakém období a s jakým výsledkem tak, aby z této zprávy s ohledem na

obligatorní mlčenlivost mediátora o probíraných otázkách bylo zřejmé , že mediace proběhla, kdy proběhla a s jakým výsledkem. Je zřejmé, že česká úprava vyžaduje mediaci i v případech, kdy je z povahy toho institutu vyloučena, při násilí v rodině – předběžné opatření dle ust. § 76b o.s.ř. není pro zákonodárce překážkou pro to, aby vyžadoval po účastnících řízení mediaci, činí mediaci povinnou pro osoby psychicky nemocné, tj. i osoby nesvéprávné, či omezené ve způsobilosti k právním úkonům, osoby závislé na návykových látkách, omezené ve způsobilosti k právním úkonům přechodně po dobu ataku závislosti, tedy osoby bez způsobilosti k procesním úkonům.

3) Je správně vymezen okruhu osob, které se podrobují mediaci?

Zákonodárce okruh osob, které se podrobují mediaci, vymezuje jako účastníky řízení. S ohledem na definici účastníků řízení obsaženou v ust. § 90 o.s.ř. ve sporném řízení tu problém není. S ohledem na definici účastníků řízení v ust. § 94 o.s.ř. se pak musíme ptát, zda se mediaci musí podrobit i samo nezletilé dítě.

4) Má být omezena doba mediace, probíhá-li současně soudní řízení ?

Mediace jako dobrovolný proces zásadně nepředpokládá omezení doby trvání. Mediace trvá, pokud osoby účastníci se mediace mají potřebuje mediace účastnit. Jiná je ovšem situace, kdy mediace probíhá již v průběhu soudního řízení. V důsledku provádění mediace má být soudní řízení přerušeno buď postupem dle ust. § 109 o.s.ř., nebo má k návrhu stran sporu nastat klid řízení dle ust. § 110 o.s.ř. Český zákonodárce předpokládá u klidu řízení až dobu 1 roku. Jako velice inspirující se jeví polská právní úprava, dle které dochází k přerušení řízení na dobu jednoho měsíce. Tato doba je vymezena pro uskutečnění první návštěvy mediátora a navázání dialogu s dalším účastníkem konfliktu. Tento postup je vhodnější, reaguje pružněji na konkrétní situaci v daném konfliktu. V souvislosti s přerušením řízení se ještě jako poněkud matoucí jeví pokyn zákonodárce pro soud sledovat průběh mediace, a to s ohledem na povinnou mlčenlivost mediátora a důvěrnost probíraných informací.

5) Má být mediační dohoda schválena jako soudní smír?

Mediační dohoda se stává exekučním titulem ve formě notářského zápisu či exekutorského zápisu s přímou vykonatelností, případně schválená jako soudní smír. Podstata schválení soudního smíru spočívá v kontrole dohody soudem, zda jde o právní úkon určitý a srozumitelný, soud schválí smír není-li v rozporu s právními předpisy. Návrh zákona počítá s tím, že veškeré mediační dohody, tedy i dohody ve věcech péče soudu o nezletilé budou soudem schvalovány touto formou. Jde o zcela nekoncepční záměr ignorující rozdílnosti sporného a nesporného řízení vyjádřené ve stávají právní úpravě o.s.ř.

6) Má být mediace úplatná?

Mediace je zákonodárcem koncipována jako úplatná. Úplatnost mediace je rovněž problémem, a to zejména pro ta řízení, která jsou osvobozena od poplatkové povinnosti, případně řízení, kde je od poplatkové povinnosti osvobozen navrhovatel. Jde právě o mediační řízení vzešlá z důvodů rodinných konfliktů. Působí zvláštně pokud v řízení osvobozeném od poplatkové povinnosti je stranám konfliktu ukládáno podrobit se úplatné mediaci. Cena mediace je určena dohodou s mediátorem, nyní se setkáváme se s cenou okolo 600,-Kč až 800,-Kč za jednoho účastníka mediace. Návrh zákona nepředpokládá, že by např. za osoby nemajetné hradil úplatu za mediaci stát.

Podnětnou se alespoň pro účely mediace v řízeních, která nejsou osvobozena od povinnosti platit soudní poplatek, jeví úprava slovenská. Pokud dojde k uzavření mediační dohody a jejímu následnému schválení formou soudního smíru, pak dochází podle toho, v jaké fázi řízení dojde k uzavření dohody, k vrácení poměrné části zaplaceného soudního poplatku. Tato úprava by byla přínosná například ve sporných řízeních vycházejících z rodinných konfliktů, a to ve sporech o výživné mezi zletilými osobami, ve sporech o zrušení práva společného nájmu bytu a vypořádání zaniklého společného jmění manželů.

7) Pamatoval český zákonodárce na vztah mediace a koncentrace soudní řízení?

Nejvíce žádoucí je stav, kdy je v průběhu řízení uzavřena dohoda. Zákonodárce však u řízení neuvedených v ust. § 120 odst. 2 o.s.ř. neřeší vztah průběhu těchto řízení, mediace a dalšího procesního institutu – koncentrace řízení dle ust. § 118b o.s.ř. Podstatou zákonné koncentrace je uvedení skutkových tvrzení a označení důkazů do skončení přípravného jednání, případně jednání, nekoná-li se jednání přípravné, resp. do uplynutí lhůty, která je účastníkům řízení stanovena postupem dle ust. § 118a odst. 1, 3 o.s.ř. Praktické problémy mohou vznikat, pokud po prvním jednání ve věci dojde k úspěšné mediaci, k uzavření dohody, ovšem na základě jiného skutkového stavu. Ne vždy totiž skutkový stav tvrzený účastníky řízení v průběhu sporu odpovídá realitě. Pak bude zřejmě velmi problematické schvalování smíru – mediační dohody, když k novým skutečnostem a důkazům soud ex lege přihlížet nesmí. Za takové situace by soud vlastně smír schválit neměl. Pokud by ke schválení smíru došlo, mohlo by s ohledem na ust. § 99 odst. 2 o.s.ř. následně dojít k tomu, že nespokojený účastník řízení podá u soudu žalobu na neplatnost smíru právě z toho důvodu. Tím by mohlo dojít k popření celého procesu mediace.

Návrh českého zákona vyvolává jak vidno různé otázky. V průběhu legislativního procesu by proto měla být návrhu věnována větší pozornost, aby některé jeho nedostatky byly odstraněny. Český zákonodárce by měl pečlivěji přistoupit k implementaci evropského práva a současně by se měl inspirovat již platnou a účinnou právní úpravou polskou a slovenskou tak, aby se i v Česku mediace stala hojně užívaným státem podporovaným nástrojem řešení mezilidských konfliktů.

Mediace by měla být využívána nejen pro řešení konfliktů rodičů při výkonu rodičovské zodpovědnosti. Mediace je velice vhodná i pro řešení sporů o výživné mezi manžely, rozvedenými manžely a rodiči a jejich zletilými dětmi, jakož i majetkové spory rozvedených manželů. Za těmito spory totiž vždy stojí mezilidské konflikty. Pokud se podaří cestou mediace odstranit konflikt, pak většinou osoby zúčastněné na konfliktu dospějí k dohodě. Zákon v některých případech, např. u vypořádání zaniklého společného jmění manželů, či zrušení práva společného nájmu bytu předpokládá jako prioritní způsob řešení právě hmotněprávní dohodu. Cestou mediace tak lze i v těchto konfliktech účelně předcházet soudním sporům.

Literature:

- Ustawa z dnia 17.listopada 1964, Kodeks postępowania cywilnego, dostupno na www.kancelariasejmu.pl.
- Mediacje(přehled pr. úpravy), dostupno na www.ms.gov.pl/mediacje/mediacje.php
- Morek, R: Mediacja w Kodeksie postępowania cywilnego – uwagi porównawacie na tle przepisów o mediaci postępowaniach: karnym, w sprawach nieletnich sądami administracyjnymi, Sprawdź nowości 20/2006, C.H.Beck, dostupno na www.monitorprawniczy.pl
- Specifika mediaci rodzinnych, dostupno na www.mediacija.com
- Glegoła-Szcap, M., Gojska, A., Krata, A., Huryn, V.: Jak skrzystać z mediaci rodzinny, Stowarzyszenie Mediatorów Rodzinnych, 2006, dostupno na www.mediacija.com
- zákon 420/2004 Z.z o mediácii a doplnení neiktových zákonic, dostupno na http://jaspi.justice.gov.sk
- Rupcová, E.: Implementácia mediácie do slovenského právního poriadku, dostupno na www.justice.gov.sk.
- 10 dôvodov pre mediáciu, dostupno na www.mediacia.info/mediacia-dovody.html.
- Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2008/52/ES ze dne 21.5.2008 o některých aspektech mediace v občanských a obchodních věcech

- Návrh směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/251(COD) o některých aspektech zprostředkování v občanských a obchodních záležitostech
- European Code of Conduct for Mediators, dostupno www.ec.eurpoa.eu/civljustice/adr
- Návrh zákona o mediaci v netrestních věcech a o změně některých zákonů a důvodová zpráva k tomuto zákonu, dostupny na www.portal.justice.cz
- Úmluva o styku s dětmi č. 91/2005 Sb.m.s.
- Z.č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád
- Z.č. 359/1999 Sb., o sociálně právní ochraně dětí
- O Asociaci mediátorů České republiky, dostupno na www.amcr.cz/medaice
- Standardy Mediačního centra pro rodinné a občanskoprávní spory v Ostravě, dostupno na www.mcova.cz/standardy
- Běhounek, T.: Mediace v civilním řízení, Právní rozhledy 19/2004, s. 713, dostupno na www.beck-online.cz/legalis

Contact – email
ingrid.kovarovakochova@osoud.olc.justice.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KONANIE O NÁVRAT DIEŤAŤA PODĽA DOHOVORU O OBČIANSKOPRÁVNYCH ASPEKTOCH MEDZINARODNÝCH ÚNOSOV DETÍ V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

ALENA MÁTEJOVÁ

Univerzita P.J. Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika

Abstract in original language
Slovenská republika ako zmluvný štát Dohovoru o občianskoprávnych aspektoch medzinárodných únosov detí a členský štát Európskej únie plní záväzky v boji proti neoprávnenému premiestneniu alebo zadržiavaniu dieťaťa. Základným cieľom medzinárodných nástrojov v tejto oblasti je účinný boj, spočívajúci v kvalifikovanom, jednotnom a rýchlom rozhodovaní súdnych orgánov zmluvných štátov za účelom faktického návratu dieťaťa do štátu jeho obvyklého pobytu. Príspevok sa zaoberá niektorými aspektmi aktuálneho konania o návrat maloletého dieťaťa neoprávnene premiestneného alebo zadržiavaného v Slovenskej republike.

Key words in original language
Dohovor o občianskoprávnych aspektoch medzinárodných únosov detí; Nariadenie Rady (ES) č. 2201/2003; Občiansky súdny poriadok; neoprávnené premiestnenie alebo zadržanie dieťaťa; mediácia - konanie o návrat dieťaťa.

Abstract
The Slovak Republic as a signatory state of the Convention on the Civil Aspect of International Child Abduction and as a member state of the European Union fulfils its obligations in the struggle against the wrongful removal and retention of a child. The fundamental goal of international instruments in this area is an effective struggle consisting of qualified, unified and prompt decision making of the judicial authorities of signatory states to secure factual return of a child to the state of its habitual residence. The contribution is dealing with some aspects in the actual child-return proceeding wrongfully removed or retained in the Slovak Republic.

Key words
Convention on the civil aspects of international child abduction; Council Regulation (EC) No. 2201/2003; Code of Civil Procedure; wrongful removal or retention of a child; mediation- child-return proceeding.

Ratifikáciou Dohovoru o občianskoprávnych aspektoch medzinárodných únosov detí (ďalej v texte len „Dohovor o únosoch“)[1], sa Slovenská republika pripojila k tým zmluvným štátom[2], ktoré sa snažia na medzinárodnej úrovni chrániť deti pred škodlivými účinkami ich neoprávneného premiestnenia alebo zadržiavania a za týmto účelom zabezpečiť okamžitý návrat maloletých detí do štátu ich obvyklého pobytu. Neustále narastajúci počet „cezhraničných prípadov“ únosov detí, predstavuje vážny právny, ale svojimi dôsledkami tiež širší sociálny problém, keďže vždy sú jeho faktickými obeťami bezbranné deti. Rodič premiestni maloleté dieťa do iného štátu (väčšinou ide o jeho domovský štát)[3] s cieľom dosiahnuť vydanie rozhodnutia o opatrovníctve k dieťaťu a tým aj legalizáciu svojej faktickej situácie. V čase vypracovania Dohovoru o únosoch prevládali prípady, kedy „únoscom“ dieťaťa bol častejšie otec, ktorému dieťa nebolo zverené do osobnej starostlivosti. Za ostatné roky sa situácia výrazne zmenila a každoročne narastá počet prípadov, kedy v zmysle ustanovení Dohovoru o únosoch matka dieťaťa je jeho „únoscom“. Podobný scenár možno vidieť aj v aplikačnej praxi v Slovenskej republike. Vychádzajúc zo štatistických údajov, z celkového počtu prípadov medzinárodných únosov detí riešených prostredníctvom Centra pre medzinárodnoprávnu ochranu detí a mládeže („ďalej v texte len „Centrum“)[4], približne jedna tretina z nich sú prípady, keď rodič - slovenský štátny občan žijúci v zahraničí (častejšie ide o matky), vycestuje spolu s dieťaťom na územie Slovenskej republiky bez súhlasu druhého rodiča (otca) dieťaťa so zmenou obvyklého pobytu dieťaťa[5]. Nakoľko väčšina z nich má výrazné rodinné väzby a často krát aj trvalý pobyt na území

---

[1] Dohovor bol podpísaný dňa 28.12.1992 a podpis bol uznaný pre Slovenskú republiku s účinnosťou od 1.1.1993. Národná rada Slovenskej republiky vyslovila súhlas s ratifikáciou tohto dohovoru dňa 15.6.2000, platnosť nadobudol dňa 1.2.2001. Dohovor je publikovaný v Zbierke zákonov ako Oznámenie Ministerstva zahraničných vecí SR č. 119/2001 Z. z.

[2] Aktuálne 81 zmluvných štátov dohovoru, www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24

[3] Bez súhlasu druhého rodiča s vycestovaním dieťaťa, so zmenou jeho obvyklého pobytu, prípadne aj napriek zákazu príslušných orgánov štátu obvyklého pobytu maloletého dieťaťa za podmienok uvedených v Dohovore o únosoch

[4] Ústredný orgán Slovenskej republiky podľa čl. 6 Dohovoru o únosoch a podľa čl. 55 písm. a),b),e) Nariadenia Brusel II bis, pôsobnosť vymedzená v ustanovení § 74 zákona č. 305/2005 Z. z. o sociálnoprávnej ochrane detí a o sociálnej kuratele v znení neskorších právnych predpisov

[5] Napr., kým v roku 2002 Centrum evidovalo 7 prípadov zo SR do zahraničia a 3 prípady zo zahraničia do SR, už v roku 2005 – bolo 37 prípadov zo SR do zahraničia a 15 prípadov zo zahraničia na územie SR, v roku 2007 - 73 prípadov zo SR do zahraničia a 30 prípadov zo zahraničia na územie SR, v roku 2008 - 107 prípadov zo SR do zahraničia a 52 prípadov zo zahraničia na územie SR

podrobnejšie pozri www.cipc.sk/index.php?appId=25&idc=5

Slovenskej republiky, ihneď po príchode sa snažia získať rozhodnutie slovenského súdu o zverení dieťaťa do svojej výlučnej osobnej starostlivosti. Konajú tak v presvedčení, že im bude v Slovenskej republike poskytnutá právna ochrana slovenskými orgánmi ako občanom Slovenskej republiky s trvalým pobytom na tomto území. Dohovor o únosoch je medzi členskými štátmi EÚ[6] doplnený o niektoré ustanovenia Nariadenia Rady (ES) č. 2201/2003 z 27. novembra 2003 o súdnej právomoci a uznávaní a výkone rozsudkov v manželských veciach a vo veciach rodičovských práv a povinností, ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 1347/2000 (ďalej v texte len „ Nariadenie Brusel II bis“)[7]. Proklamované sú ciele Dohovoru o únosoch a to zabrániť rodičovskému únosu dieťaťa medzi členskými štátmi, a pokiaľ k tomu predsa len dôjde, zabezpečiť okamžitý návrat dieťaťa do členského štátu jeho pôvodu. Pravidlá Nariadenia Brusel II. bis majú prednosť pred normami Dohovoru o únosoch vo vzťahoch medzi členskými štátmi, ako aj pred vnútroštátnymi právnymi normami vo veciach, na ktoré sa uplatňuje toto nariadenie.

NIEKOĽKO ASPEKTOV TÝKAJÚCICH SA KONANIA O NÁVRAT MALOLETÉHO DIEŤAŤA PREMIESTNENÉHO ALEBO ZADRŽIAVANEHO V SLOVENSKEJ REPUBLIKE DO ŠTÁTU JEHO OBVYKLÉHO POBYTU

Vo vnútroštátnom právnom poriadku Slovenskej republiky stále absentuje špecifická právna úprava, týkajúca sa súdneho konania o návrat maloletého dieťaťa, ako napr. procesná úprava v Českej republike.[8] Hoci Ministerstvo spravodlivosti Slovenskej republiky vyvíjalo aktivity smerujúce k implementácii Dohovoru o únosoch do vnútroštátneho právneho poriadku už počas jeho ratifikačného procesu a pripravilo k nemu Návrh komplexného vykonávacieho zákona, návrh nenašiel potrebnú legislatívnu podporu. Snaha o čiastkovú vnútroštátnu hmotnoprávnu úpravu sa premietla do Zákona č. 36/2005 Z. z. o rodine (ďalej v texte len „ZR“) tým, že dohoda o vysťahovaní dieťaťa do cudziny je považovaná za tak podstatnú vec pri výkone rodičovských práv a povinností, že vysťahovanie dieťaťa do cudziny je vyjadrené explicitne formou demonštratívneho výpočtu skutočností v ustanovení § 35 ZR[9]. Ako vyplýva aj z dôvodovej správy k § 35 ZR, vo veciach vysťahovania maloletého dieťaťa do cudziny je potrebné,

[6] Okrem Dánska – článok 2 ods. 3 nariadenia

[7] Platné pre Slovenskú republiku od 1.3.2005

[8] Konanie o návrat maloletého dieťaťa vo veciach medzinárodných únosov detí ust. § 193 a – 193e Zákona č. 99/1963 Sb. Občanský soudní řád v znení neskorších predpisov

[9] Rozhodovanie súdu pri nezhode rodičov – „Ak sa rodičia nedohodnú o podstatných veciach súvisiacich s výkonom rodičovských práv a povinností, najmä o vysťahovaní maloletého dieťaťa do cudziny, o správe majetku maloletého dieťaťa, o štátnom občianstve maloletého dieťaťa, o udelení súhlasu na poskytovanie zdravotnej starostlivosti a o príprave na budúce povolanie, rozhodne na návrh niektorého z rodičov súd.“

aby súd skúmal, či nie sú danom prípade splnené podmienky pre aplikáciu Dohovoru o únosoch.[10] Súdy Slovenskej republiky nateraz postupujú v konaní o návrat maloletého dieťaťa neoprávnene premiestneného alebo zadržiavaného v Slovenskej republike do štátu jeho obvyklého pobytu (ďalej v texte len „konanie o návrat dieťaťa“) podľa vyššie uvedených medzinárodných noriem[11], pričom primerane uplatňujú vnútroštátne procesné právo. Žiadosť o návrat maloletého dieťaťa môže byť podaná len v rámci mechanizmu administratívnej spolupráce ústredných orgánov podľa Dohovoru o únosoch. I napriek tomu, že tento Dohovor sa nesnaží zaviesť výhradný systém a flexibilita je daná aj možnosťou priameho podania žiadosti (návrhu) o návrat dieťaťa na vnútroštátne orgány štátu, kde sa dieťa nachádza, postup podľa článku 29 Dohovoru o únosoch sa v Slovenskej republike aplikovať nedá[12]. Žiadateľ sa primárne so žiadosťou o návrat dieťaťa zo Slovenskej republiky obráti na svoj domovský ústredný orgán, ktorý zašle návrh a doklady do Centra postupom podľa Dohovoru.[13] Po doručení žiadosti sa Centrum najskôr snaží dosiahnuť dobrovoľný návrat maloletého dieťaťa do štátu jeho obvyklého pobytu[14]. Za účelom zmierlivého riešenia veci, formou neformálneho pohovoru s rodičom „únoscom“, príp. stretnutia oboch strán sporu v sídle Centra, sa využívajú vhodné prostriedky na dosiahnutie dobrovoľného návratu bez začatia súdneho konania. Podľa § 99 ods.1 Občianskeho súdneho poriadku (ďalej v texte len “OSP“) súd môže odporučiť účastníkom konania, aby sa pokúsili o zmier mediáciou. Od účinnosti zákona č. 420/2004 Z. z. o mediácii, sa spory, ktoré vznikajú aj z rodinnoprávnych vzťahov môžu riešiť mediáciou. Mediácia je mimosúdna činnosť, pri ktorej osoby zúčastnené na mediácii pomocou mediátora riešia spor, ktorý vznikol z ich zmluvného alebo iného právneho vzťahu. [15] S cieľom maximálne eliminovať počet súdnych konaní sa predpokladá, že v blízkej budúcnosti Centrum zrealizuje pilotný projekt mediácie s využitím skúseností zo zmluvných štátov, ktoré už mediáciu realizujú (napr. aj Česká republika).

---

[10] Pozri SVOBODA, J., FICOVÁ, S.: Zákon o rodine, Komentár, Judikatúra, súvisiace predpisy a vzory rodinnoprávnych podaní, Bratislava, EUROUNION 2005, s. 96, ISBN 80-88984-76-9

[11] Pozri čl. 1 ods.2 Ústavy Slovenskej republiky

[12] Pozri Výkladová správa k Dohovoru o únosoch od Elisy Peréz-Vera bod 139, čl. 29 http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf

[13] Čl. 8, čl 24 ods. 1, čl. 27 Dohovoru o únosoch

[14] V súlade s čl. 7 ods. 2 písm. c) Dohovoru o únosoch

[15] Pozri MAZÁK, J. et al: Základy občianskeho procesného práva, Tretie podstatne prepracované a doplnené vydanie, Bratislava, IURA EDITION 2007, s. 123 -124, ISBN 978-80-8078-145-3

Ak sa nepodarí vec ukončiť formou dohody, návrh o návrat dieťaťa je postúpený na súd prostredníctvom Centra (ak navrhovateľ žiada v konaní o ustanovenie advokáta ex offo[16]) alebo advokátom, ktorého navrhovateľ písomne splnomocnil, aby ho v danom konaní zastupoval. Na konanie o návrat dieťaťa je podľa ust. § 9 ods. 1 OSP vecne príslušný okresný súd, ktorý koná a rozhoduje samosudcom. Na konanie o odvolaní je príslušný nadriadený krajský súd (§ 10 ods. 1 OSP). Práve zložitosť a povaha prípadov medzinárodných únosov detí, nevyhnutnosť špecializácie sudcov a skúsenosti z iných štátov, viedli k tomu, že konania vo veciach o návrat dieťaťa neoprávnene premiestneného alebo zadržiavaného sa skoncentrovalo na špecializované súdy. S účinnosťou od 1.1.2009[17] je na konanie o návrat maloletého dieťaťa miestne príslušný Okresný súd Bratislava I, ktorého obvodom je celé územie Slovenskej republiky. Na konanie o odvolacích prostriedkoch je príslušný Krajský súd v Bratislave. Podľa ust. § 10a OSP na konanie o dovolaniach proti rozhodnutiam krajských súdov ako odvolacích súdov a o mimoriadnych dovolaniach proti rozhodnutiam súdov je vždy funkčne príslušný Najvyšší súd Slovenskej republiky.

Konanie o návrat dieťaťa v zmysle článku 3 Dohovoru o únosoch, sa nepovažuje za konanie o starostlivosti súdu o maloletých[18], nie je rozhodovaním o zverení maloletého dieťaťa do osobnej starostlivosti jedného z rodičov. Ide o špecifické konanie týkajúce sa maloletého dieťaťa, pričom cieľom tohto konania je obnoviť pôvodný stav, tzv. status quo a tým umožniť príslušnému orgánu v štáte obvyklého pobytu maloletého dieťaťa, aby rozhodol vo veci starostlivosti o maloleté dieťa.[19] Konanie sa začína len na návrh. Návrh podáva ten, koho opatrovnícke právo bolo porušené podľa právneho priadku štátu, na ktorého území malo dieťa svoj obvyklý pobyt bezprostredne pred premiestnením alebo zadržaním (navrhovateľ). Súd má v súlade s čl. 2 druhá veta a s čl. 11 Dohovoru o únosoch[20] konať vo veci urýchlene a tak, aby v záujme ochrany dieťaťa pred negatívnymi účinkami neoprávneného premiestnenia alebo zadržania vydal rozhodnutie do 6 týždňov odo dňa začatia konania. V praxi súdov spôsobuje striktné dodržanie tejto lehoty vážne problémy, ak sa majú dodržať všetky zákonné podmienky v konaní podľa OSP.

---

[16] Podľa ust. § 30 OSP

[17] Zákon č. 371/2004 Z.z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov

[18] Podľa ust. § 176 Občianskeho súdneho poriadku - OSP

[19] Napr. V odôvodnení Uznesenia Krajského súdu v Prešove č.k. 4 CoP20/2009 alebo Uznesenia OS Bratislava č.k. 1/P/5/2009-163

[20] Článok 11 ods. 3 Nariadenia Brusel II bis.

Úlohou súdu v danom konaní je posúdiť skutočnosti, či došlo k neoprávnenému premiestneniu alebo zadržaniu dieťaťa v zmysle článku 3 Dohovoru o únosoch,[21] vo vzťahu k členským štátom EÚ aj v spojení s čl. 2 ods. 11 Nariadenia Brusel II bis. V rámci dokazovania by sa mal súd zamerať na nasledovné skutočnosti:

1. obvyklý pobyt dieťaťa bezprostredne pred jeho neoprávneným premiestnením alebo zadržaním

2. existenciu opatrovníckeho práva podľa právneho priadku štátu, na ktorého území malo dieťa svoj obvyklý pobyt bezprostredne pred premiestnením alebo zadržaním.[23]

3. skutočný výkon opatrovníckeho práva spoločne alebo samostatne alebo by sa takto vykonávalo, ak by nedošlo k premiestneniu či zadržaniu.[24]

Dohovor o únosoch špecifikuje,[25] kedy súd nariadi návrat dieťaťa a po splnení akých podmienok návrat dieťaťa do štátu jeho obvyklého pobytu nariadiť nemusí. Vo vzťahu k členským štátom EÚ sa okrem Dohovoru o únosoch použije aj Nariadenie Brusel II bis[26]. Príslušné súdy rozhodujú v konaniach o návrat dieťaťa uzneseniami podľa ust. §176 ods.2 a ust. § 223 OSP.

Pri hodnotení okolností uvedených v čl. 13 Dohovoru o únosoch súd berie do úvahy všetky informácie o sociálnom zázemí dieťaťa v štáte jeho obvyklého pobytu. Súčinnosť súdu poskytuje Centrum v rozsahu svojej pôsobnosti, ktoré v konaní o návrat dieťaťa nemá žiadne procesné postavenie. Na základe žiadosti Centra, súd poskytne informácie

---

[21] Premiestnenie alebo zadržanie sa považuje za neoprávnené, ak

a) je porušením opatrovníckeho práva, ktoré nadobudla osoba, inštitúcia alebo iná právnická osoba buď spoločne alebo samostatne podľa právneho priadku štátu, na ktorého území malo dieťa svoj obvyklý pobyt bezprostredne pred premiestnením alebo zadržaním a

b) v čase jeho premiestnenia alebo zadržania sa toto právo aj skutočne vykonávalo buď spoločne alebo samostatne alebo by sa takto vykonávalo, ak by nedošlo k premiestneniu či zadržaniu.

Opatrovnícke právo uvedené v písmene a) možno nadobudnúť najmä priamo zo zákona alebo na základe rozhodnutia súdu alebo správneho orgánu, alebo na základe dohody platnej podľa právneho poriadku tohto štátu.

[23] Čl. 5 a) Dohovoru o únosoch

[24] Čl.2 ods. 11 Nariadenia Brusel II bis.

[25] Pozri čl. 12,13,20 Dohovoru o únosoch

[26] Pozri čl. 11 a čl 42 Nariadenia Brusel II bis.

o aktuálnom stave konania v rozsahu potrebnom na podanie správy Centra ústrednému orgánu štátu obvyklého pobytu dieťaťa.

Skutočnosti uvedené v čl. 13 písm. a) a b) Dohovoru o únosoch, preukazuje, teda dôkazné bremeno nesie osoba, ktorá nesúhlasí s návratom maloletého dieťaťa do štátu jeho obvyklého pobytu, pričom táto osoba nemusí byť nevyhnutne „únosca dieťaťa". Riešenie sa obmedzuje len na určenie všeobecnej právnej zásady, že ten kto sa domáha určitej skutočnosti (práva), musí ju aj dokázať.[27] Z hľadiska judikatúry v Slovenskej republike v súčasnosti nie sú porovnateľné rozhodnutia Najvyššieho súdu Slovenskej republiky (ďalej v texte len „NS SR") týkajúce sa prípadov neoprávneného premiestnenia alebo zadržiavania maloletého dieťaťa v Slovenskej republike. Doposiaľ existuje jediné rozhodnutie NS SR, ktorý rozhodol o mimoriadnom dovolaní Generálneho prokurátora SR[28] proti rozsudku okresného súdu a uzneseniu krajského súdu o nariadenie návratu dieťaťa do štátu jeho obvyklého pobytu tak, že obe rozhodnutia zrušil a vec vrátil na ďalšie konanie okresnému súdu. V tomto rozhodnutí je judikovaný o. i. obvyklý pobyt dieťaťa, ako aj aplikácia ustanovenia čl. 13 Dohovoru o únosoch.[29] NS SR sa nestotožnil so závermi odvolacieho súdu i súdu prvého stupňa o nepreukázaní výnimiek z nariadenia návratu dieťaťa, pretože oba súdy nesprávne aplikovali čl. 13 Dohovoru o únosoch[30]. Podľa NS SR musia súdy vychádzať z čo najstarostlivejšieho zistenia skutkového stavu veci. To znamená, že z hľadiska aplikácie ustanovenia článku 13 Dohovoru o únosoch, eliminujúce dôvody návratu dieťaťa do miesta bydliska otca, musia byť zistené a objasnené natoľko dostatočne, aby hrozba vážneho nebezpečenstva fyzickej alebo duševnej ujmy, prípadne neznesiteľná situácia z prikázaného návratu, boli čo najvyššou mierou pravdepodobnosti vylúčené a obdobne, aby čo najúplnejšie boli ozrejmené taktiež všetky okolnosti, z ktorých by bolo možné usudzovať na skutočný postoj otca k maloletému a jeho pobytu na Slovensku. S ohľadom na vyššie uvedené je pre Slovenskú republiku inšpiratívna česká právna úprava vzťahujúca sa na zákaz dovolania vo veciach medzinárodných únosov detí podľa Dohovoru o únosoch a Nariadenia Brusel II bis. Podľa súčasnej právnej úpravy v Slovenskej republike sa možnosťou uplatnenia mimoriadnych opravných prostriedkov marí účel konania o neoprávnenom

---

[27] Pozri Výkladová správa k Dohovoru o únosoch od Elisy Peréz-Vera bod 114 http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf

[28] Nejde o vec upravenú Zákonom o rodine, ale o vec vyplývajúcu z právnej úpravy Dohovoru o únosoch

[29] Uznesenie NS SR č.k. 2M Cdo 23/2008 z 30.06.2009

[30] Okresný súd po vykonanom dokazovaní nariadil, že dieťa sa má vrátiť do krajiny obvyklého pobytu a krajský súd napadnuté rozhodnutie okresného súdu potvrdil. V odôvodnení uviedol, že predmetom konania bolo len rozhodnúť o návrhu o návrat dieťaťa do štátu jeho obvyklého pobytu. To znamená obnoviť pôvodný stav, ktorý matka dieťaťa porušila tým, že sa s dieťaťom nevrátila na územie VB, ktoré je obvyklým pobytom dieťaťa.

premiestnení alebo zadržaní dieťaťa, keďže dôjde k neprijateľnému predĺženiu súdneho konania. Zdĺhavé konanie vyvolané rôznymi obštrukciami rodiča, má negatívny dopad na dieťa a v konečnom dôsledku ho vôbec nechráni pred škodlivými účinkami takéhoto neoprávneného premiestnenia alebo zadržiavania.

Otázka trov konania a výdavkov spojených s konaním o návrat dieťaťa je dôležitým aspektom, ktorý by som chcela v krátkosti zmieniť. V súčasnosti aj tu súdy využívajú analógiu pri rozhodovaní. Vo väčšine prípadov preto postupujú podľa ust. § 146 ods. 1 písm. a) OSP a rozhodnú, že v konaní žiaden z účastníkov nemá právo na náhradu trov konania aj napriek tomu, že konanie možno začať len na návrh. V minulosti súdy postupovali aj podľa ust. § 150 OSP a z dôvodov hodných osobitného zreteľa súd nepriznal náhradu trov konania, keďže išlo o konanie týkajúce sa maloletého dieťaťa. Čo sa týka nákladov spojených s účasťou právnych zástupcov alebo so súdnym konaním, Slovenská republika uplatnila výhradu že ich nebude znášať okrem tých, ktoré možno uhradiť zo systému právnej pomoci alebo právneho poradenstva. Po nariadení vrátenia dieťaťa alebo vydaní rozhodnutia týkajúceho sa práva styku podľa tohto dohovoru môžu podľa Dohovoru o únosoch justičné alebo správne orgány uložiť osobe, ktorá odňala alebo zadržala dieťa alebo zabránila výkonu práva styku, aby zaplatila nevyhnutné výdavky, ktoré vynaložil žiadateľ alebo boli vynaložené v jeho prospech, vrátane cestovných výdavkov, akýchkoľvek nákladov alebo platieb vynaložených na lokalizáciu dieťaťa, nákladov právneho zastúpenia žiadateľa a nákladov návratu dieťaťa[31].

Výkon rozhodnutia o návrat dieťaťa je upravený len v ust. § 273a OSP a to tak, že sa použijú primerane ustanovenia týkajúce sa rozhodnutia o výchove maloletých detí.[32] Ak výzva súdu zostane bezvýsledná, súd vykoná v súčinnosti so štátnymi orgánmi odňatie dieťaťa tomu, u koho nemá byť a zabezpečí jeho odovzdanie tomu, komu má byť podľa rozhodnutia vrátené alebo komu bolo podľa rozhodnutia zverené.[33] Ide o výkon rozhodnutia obligatórnym odňatím dieťaťa bez ukladania pokút.. Výzva súdu rodičovi, súčinnosť s orgánmi sociálnoprávnej ochrany detí, obcou smerujúce k dobrovoľnému plneniu povinností nie sú pre tieto prípady jasne špecifikované v iných právnych normách. I napriek tomu, že sa v Slovenskej republike doteraz fakticky nezrealizoval žiadny výkon rozhodnutia o návrat dieťaťa, v právnej úprave absentuje zapojenie ďalších zložiek, aby priebeh výkon rozhodnutia v čo najmenšej možnej miere traumatizoval dieťa.

---

[31] Článok 26 ods. 2 a ods 3 Dohovoru o únosoch

[32] Ust. § 272 a 273 ods. 2 a 3 OSP

[33] Ust. § 273a ods. 2 OSP

Literature:

- Mazák, J. et al: Základy občianskeho procesného práva, Tretie podstatne prepracované a doplnené vydanie, Bratislava, IURA EDITION 2007, s. 123-124, ISBN 978-80-8078-145-3.
- Svoboda, J., Ficová, S.: Zákon o rodine, Komentár, Judikatúra, súvisiace predpisy a vzory rodinnoprávnych podaní, Bratislava, EUROUNION 2005, s. 96, ISBN 80-88984-76-9.
- Výkladová správa k Dohovoru o občianskoprávnych aspektoch medzinárodných únosov detí od Elisy Peréz-Vera, dostupné na internete: http://hcch.e-vision.nl/upload/expl28.pdf
- Dohovor o občianskoprávnych aspektoch medzinárodných únosov detí (z 25. októbra 1980); Ozn. MZV SR č. 119/2001 Z.z.
- Nariadenie Rady (ES) č. 2201/2003 z 27. novembra 2003 o súdnej právomoci a uznávaní a výkone rozsudkov v manželských veciach a vo veciach rodičovských práv a povinností, ktorým sa zrušuje nariadenie (ES) č. 1347/2000
- Zákon č. 36/2005 Z. z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov
- Ústavný zákon NR SR č. 460/ 1992 Zb. Ústava Slovenskej republiky
- Zákon č. 99/1963 Zb. Občiansky súdny poriadok
- Zákon č. 99/1963 Zb. Občanský soudní řád
- Zákon č. 371/2004 Z.z. o sídlach a obvodoch súdov Slovenskej republiky v znení neskorších predpisov
- Uznesenie NS SR č.k. 2M Cdo 23/2008 z 30.06.2009

Contact – email

alena.matejova@cipc.gov.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

RODINNÉ PRÁVO VE SVĚTLE JUDIKATURY ESLP

FRANTIŠEK ORÁLEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o vlivu judikatury Evropského soudu pro lidská práva na právní úpravu rodinného práva České republiky, Slovenské republiky a Polska. Stručný přehled judikatury se zaměřuje na rozhodovací praxi Evropského soudu pro lidská práva ve vztahu k výše uvedeným státům a důsledkům ve vztahů k právním řádům těchto zemí.

Key words in original language
Rodinné právo; Judikatura Evropského soudu pro lidská práva; Česká republika; Slovenská republika; Polsko.

Abstract
The paper is focused on influence of the case law of the European Court of Human Rights on Czech, Slovak and Polish Family Law. The brief summary of judicature is focused on the practise of the European Court of Human Rights on the subject of aforementioned countries and legal consequences of judicature on law.

Key words
Family law; European court of Human Rights Case-Law; Czech Republic; Slovak Republic; Poland.

1. JUDIKATURA ESLP

Pojem judikatura ESLP je souhrnný pojem označující rozsudky Evropského soudu pro lidská ve věcech porušení Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod.[1]

Evropský soud pro lidská práva se sídlem ve Štrasburku byl zřízen roku 1959 k projednávání porušení Úmluvy. V současnosti ESLP fakticky plní funkci mezinárodního odvolacího orgánu, na který má možnost obrátit se i

[1] Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod byla podepsána na půdě Rady Evropy dne 4.11.1950 v Římě. V platnost vstoupila, po ratifikaci deseti státy, v září roku 1953.

[2] Úmluva čl. 34: „Soud může přijímat stížnosti každé fyzické osoby, nevládní organizace nebo skupiny osob považujících se za poškozené v důsledku porušení práv přiznaných Úmluvou a jejími protokoly jednou z Vysokých smluvních stran. Vysoké smluvní strany se zavazují, že nebudou nijak bránit účinnému výkonu tohoto práva.“

jednotlivec s individuální stížností v případě, že se domnívá, že některé z jeho práv zaručených Úmluvou[2] byla porušeno rozhodnutím vnitrostátního orgánu, včetně orgánu nejvyšších, např. Ústavního soudu. [3]

Úmluva v oblasti práva rodinného chrání zejména právo na respektování soukromého a rodinného života,[4] právo uzavřít manželství,[5] a zákaz diskriminace[6] a související procesní právo na účinný právní prostředek nápravy[7] a právo na spravedlivý proces.[8]

Výbor ministrů za administrativní podpory Generálního direktoriátu pro lidská práva dohlíží nad respektováním judikatury ESLP, a to nejen např. na vyplacení peněžité kompenzace státem jednotlivci, který se dovolal porušení Úmluvy, ale také nad legislativní nápravě ve státě, který se dopouští porušení Úmluvy.

Česká a slovenská federativní republika ratifikovala Úmluvu 18.března 1992., resp. 1.1.1993. Polsko ratifikovalo Úmluvu dne 19.1.1993. Vzhledem k datu ratifikace Úmluvy lze vliv judikatury ESLP do tohoto období prakticky vyloučit a vývoj rodinného práva v Evropě lze charakterizovat níže uvedeným způsobem.

---

[3] Malenovský, J. Mezinárodní právo veřejné – jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště právu českému. Brno : Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1993, s. 254.

[4] Úmluva čl. 8: „Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a korespondence."

[5] Úmluva čl. 12: „Muži a ženy způsobilí věkem k uzavření manželství mají právo uzavřít manželství a založit rodinu v souladu s vnitrostátními zákony, které upravují výkon tohoto práva."

[6] Úmluva čl. 14: „Užívání práv a svobod přiznaných touto Úmluvou musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakémkoli důvodu, jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod nebo jiné postavení."

[7] Úmluva čl. 13: „Každý, jehož práva a svobody přiznané touto Úmluvou byly porušeny, musí mít účinné právní prostředky nápravy před národním orgánem, i když se porušení dopustily osoby při plnění úředních povinností.

[8] Úmluva čl. 6: „Každý má právo na to, aby jeho záležitost byla spravedlivě, veřejně a v přiměřené lhůtě projednána nezávislým a nestranným soudem zřízeným zákonem, který rozhodne o jeho občanských právech nebo závazcích nebo o oprávněnosti jakéhokoli trestního obvinění proti němu.

2. VÝVOJ PO DRUHÉ SVĚTOVÉ VÁLCE

Základními východisky rodinného práva po druhé světové válce byla dogmatická koncepce tradiční rodiny s dominantním postavením muže a církevní nauka.[9] Patriarchální pojetí manželství bylo postupně vytlačováno ženskou emancipací. Ženy byly ve válce nuceny zastávat typicky mužské pracovní pozice a přestaly být ekonomicky závislé na mužích. Materiální nezávislost žen měla za následek změnu postavení žen ve společnosti a nutnosti změn v právní regulaci institutů manželství a rodiny.

Počátkem druhé poloviny dvacátého století je ve většině zemí Evropy žena stále podřízena manželovi.[10] Postupně se prosazuje odbourávání konvencí a přechod k názorové pluralitě a toleranci. Poválečná obnova Evropy a celkové uvolnění morálky měly významný dopad na charakter společnosti. Postupně se začínají prosazovat dříve nemyslitelné a nepřijatelné názory. Kulturní a legislativní změny v šedesátých a sedmdesátých letech v oblasti rodiny jsou srovnatelné s francouzskou a ruskou revolucí[18] a definitivně pohřbívají stovky let staré společenské konvence.[11]

Osmdesátá léta jsou konzervativní a ovlivněna politickým klimatem[19] a vůči předchozímu období jsou kritická a obracejí zpět svůj zrak k tradičním hodnotám.[12]

3. RODINNÉ PRÁVO VE SVĚTLE JUDIKATURY ESLP

Níže uvedené případy porušení Úmluvy poukazují na konkrétní legislativní důsledky judikatury ESLP na právní řády Polska, Slovenské republiky, České republiky.

---

[9] Antokolskaia, M. Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective : a tale of two millennia. Antwerpen : Internsentia, 2006, s. 257.

[10] Müller-Freienfels, W. The International and Comparative Law Quarterl [citováno 14. října 2009]. Dostupný z: http://links.jstor.org/.

[11] Glendon, M.A. The New Family and New Property. Toronto : Butterword, 1981, s. 101.

[12] Wallace. C. The Family and the New Rights [citováno 14. října 2009]. Dostupný http://links.jstor.org/.

4. POLSKO

V rozhodnutí **ROZANSKI v. Poland**, 55339/00, 18/08/2006, ESLP dospěl k závěru, že bylo porušeno právo na rodinný život. Stěžovateli se ze soužití s družkou narodil syn. Došlo ke zrušení společné domácnosti a družka se začala s dítětem skrývat. Stěžovatel podal k soudu návrh na určení opatrovníka dítěte, který by podal žalobu na určení otcovství. Současně podal obdobný návrh státnímu zástupci. Státní zástupce návrh odmítl s ohledem na podaný návrh k soudu. Stěžovatel vzal návrh soudu zpět. Nový přítel matky dítěte se stal otcem dítěte na základě jednostranného prohlášení, které bylo stvrzeno rozhodnutím soudu prvního stupně. Následně podal stěžovatel několik návrhů k soudu na popření otcovství a všechny byly odmítnuty.

ESLP dal stěžovateli za pravdu, protože polský právní řád neobsahoval žádnou možnost, aby se stěžovatel mohl přímo domáhat určení otcovství.Současně polský právní řád neobsahoval žádnou právní úpravu, která by umožňovala otci popírat otcovství.

V návaznosti na výše uvedený případ byl přijata novelizace zákona o rodině a opatrovnictví z účinností od července 2004, která umožňuje otci dítěte domáhat se u soudu určení otcovství. Rozhodnutím polského ústavního soudu v roce 2007 bylo potvrzeno, že postačí že možnost popírat otcovství má státní zástupce a dítě.

V současnosti je kritizována absence směrnice státním zástupců pro postup v případě popírání otcovství.

V případě **PAWLIK v. Poland** 11638/02**,** 19/09/2007 bylo zkonstatováno porušení práva na rodinný život v důsledku nepodniknutí kroků k zajištění styku se synem. Po rozvodu manželství matka bránila otci ve styku s dítětem. Matka uzavřela s otcem po 8 letech soudních řízení dohodu o úpravě styku.

Ustanovení § 1050 polského občanského soudního řádu v takovém případě umožňuje ukládat pokuty opakovaně a v případě jejich neplacení umožňuje uložit nepodmíněný trest odnětí svobody nebo svěřit dítě do výchovy jinému rodiči. Polské ministerstvo spravedlnosti připravuje návrh zákona, který efektivněji umožní výkon rozhodnutí o úpravě styku.

V kauze **P.P. v. Poland** 8677/03**,** 08/04/2008 se stěžovateli, občanu italské národnosti, se z manželství s polskou občankou narodily 2 dcery. Rodina žila v Itálii a matka odjela na prázdniny do Polska a zažádala o rozvod. Děti ji byly svěřeny do péče a bránila otci ve styku s nimi dokud polský soud nerozhodl po několik let o změně výchovného prostředí. Matka se nadále s dětmi skrývala. Byl vydán na otce zatykač pro neplacení výživného a děti svěřeny do péče matky s ohledem na citové vazby. Výše uvedenému případu je z oblasti práva rodinného podobný např. rozsudek **PODBIELSKI v. Poland** 27916/95, 30/10/1998. V dalších cca. 190

případech ESLP dospěl k závěru, že došlo k porušení čl. 6. Úmluvy a případ nebyl projednán v přiměřené lhůtě.

V návaznosti na opakované porušení Úmluvy a průtahy v řízení byla přijata novela polského občanského soudního řádu s účinností k 20.3.2007. Novelou došlo k přesunutí pravomoci ze soudců na vyšší soudní úředníky, byla uzákoněna zavedena mediace. V současnosti je připravována elektronizace justice.

V případě **TYSIAC v. Poland,** 5410/03, 24/09/2007 se ESLP dotkl právní úpravy interrupcí v Polsku. Dle právní úpravy roku 1993 bylo provedení interrupce vyjma případů ohrožující života matky zakázána. Stěžovatelka požadovala interupci v roce 2000 s poukazem na rizikové těhotenství a předpokládáný zdravotním problém diagnostikovaný lékařem. Gynekolog odmítl provést interupci jako bezdůvodnou. Po porodu došlo u stěžovatelky k závažným zdravotním problémům a stěžovatelka podala trestní oznámení na gynekologa, který interupci odmítl vykonat. Podnět byl odmítnut s poukazem na absenci práva na interupci.

V dubnu 2009 vstoupil v platnost zákon o ochraně práv pacienta, který umožňuje podat stížnost proti postupu lékaře.

Právo na styk s dítětem bylo předmětem řízení **ZAWADKA v. Poland**, 48542/99, 12/10/2005. Polské soudy nezajistily stěžovateli právo na styk s dítětem a postupně jej zbavily rodičovských práv.

V daném případě se nepodařilo zjistit adresu matky a v současnosti není zajištěn výkon rozhodnutí ESLP. Rozhodnutí bylo zasláno všem polským soudům a seznámení se z rozhodnutím je součástí policejních školení.

5. SLOVENSKÁ REPUBLIKA

Ve případě **JAKUB v. Slovakia** 2015/02, 28/05/2006 a v dalších cca. 50 slovenských kauzách dospěl k ESLP, že nebyla dodržena přiměřená lhůta k projednání případu.

Od 1.1.2008 zřízeno 9 nových soudů a zvýšen počet soudců. Novela slovenského občanského soudního řádu s účinností od 1.1.2007 údajně zrychlila řízení.Slovensko dosud k výzvě nepředložilo statistiku od roku 2007, která by prokázala, že ke zrychlení řízení skutečně došlo.

V rozsudku **KONTROVA v. Slovakia,** 7510/04, 31/05/2007 se ESLP zabýval případem domácího násilí.Manžel stěžovatelky zastřelil v roce 2002 dvě vlastní děti a policie, které byla situace v rodině známa, k tísňovému volání matky nic nepodnikla.

Stěžovatelka se domáhala nemajetkové újmy v penězích, které ji soud nepřiznal.

Trestní zákoník od roku 2006 umožňuje po pachateli požadovat náhradu nemajetkové újmy. Slovensko současně sekretariátu zaslalo přehled případů domácího násilí, kdy slovenský soud přiznal nemajetkovou újmu.

V kauze **PAULIK v. Slovakia,** 10699/05, 10/01/2007, v roce 1970 slovenský soud rozhodl o otcovství stěžovatele a slovenský právní řád neznal způsob v tomto případě jak popírat otcovství. Otec poukazoval na možnost testů DNA. U otců, u kterých vzniklo otcovství na základě prohlášení nebo zákonné domněnky, tito měli možnost otcovství popřít, kdežto u otců kde otcovství bylo určeno na základě rozhodnutí soudu jako ve stěžovatelově případě nebylo možno popírat.

V roce 2008 potvrdilo Slovensko novelizaci zákona, která vstoupí v účinnost roku 2009, která umožní nejvyššímu státnímu zástupci za určitých podmínek popírat otcovství i v případech, kdy otcovství bylo určeno na základě zákonných domněnek nebo rozhodnutím soudu.

V případě **BERECOVA v. Slovakia,** 74400/01, 24/07/2007, dospěl ESLP k závěru, že nezletilé děti byly v rozporu se zákonem, stěžovatelce odňaty a umístěny do ústavu. ESLP v daném případě mimo jiné kritizoval, že slovenský právní řád neobsahuje opravný prostředek, který umožňoval odvolat se proti rozhodnutí o umístění dětí do ústavu.

ESLP dospěl k závěru, že slovenská právní úprava odporuje Úmluvě a dodnes nebyla zjednána náprava.

6. ČESKÁ REPUBLIKA

Jedním z nejznámějších českých případů průtahů v řízení a související možnosti domáhat se po státu náhrady škody je případ **Patera v. the Czech Republic**, 25326/03, 26/04/2007. Stěžovatel podal k ESLP stížnost s poukazem na délku řízení o výkon rodičovské zodpovědnosti a na zásah do práva na respektování rodinného života. České soudy nebyly schopny zajistit stěžovateli styk s dítětem a soudní spory byly fakticky ukončeny až dosažením zletilosti dítěte. ESLP ve vztahu k České republice eviduje cca. 70 případů průtahů v řízení.

Ke zrychlení řízení přispěly zejména na novely 30/2000 Sb. a 59/2005 Sb. občanského soudního řádu, které zavedly širší možnosti v oblasti kvalifikovaných výzev soudu, rozhodování odvolacích soudů namísto navrácení věci zpět soudu prvního stupně.

Zákon č. 82/1998 Sb umožňuje požadovat po státu odškodnění v případě nepřiměřené délky sporu.

V rozsudku **HAVELKA AND OTHERS v. the Czech Republic,** 23499/06, 21/09/2007 se jednalo o svěření dětí do ústavní péče z důvodu nedostatečné péče v důsledku absence trvalého příjmu.Vzhledem k hrozbě ztráty bytu byl nad výchovou tří nezletilých dětí stěžovatele nařízen soudní

dohled. Matka dětí opustila společnou domácnost a stěžovatel se staral o své tři nezletilé děti sám a o další tři nezletilé děti matky, které mu byly svěřeny do výchovy. Příslušný orgán sociálně-právní ochrany, který byl pověřen dohledem nad výchovou dětí, začal od roku 2002 informovat soud o nedostatečné spolupráci otce. Zároveň probíhalo řízení o vyklizení bytu, stěžovatel nepracoval a požíval alkohol. Vzhledem k nedostatečné péči v důsledku absence trvalého příjmu a vzhledem k hrozbě ztráty bytu a vystěhování byly všechny děti svěřeny do ústavní péče. Obdobným případem je **WALLOVA AND WALLA v. the Czech Republic**, 23848/04, 26/03/2007.

V současnosti neexistuje sociální bydlení pro chudé rodiny, a ani se systematicky ve větším měřítku nerealizuje sociální práce pomáhající rodinám předcházet dluhům na nájemném..Ze zprávy České republiky vyplývá upuštění od záměru zřídit zvláštní úřad, který by se řešením této problematiky zabýval.

Problematikou vynutitelnosti styku s dítětem se ESLP zabýval v případech **RESLOVA v. the Czech Republic,** 7550/04, 18/10/2006, Koudelka, 1633/05 ,20/09/2006, **Fiala v. the Czech Republic**, 26141/03 , 11/12/2006, **Kříž v. the Czech Republic**, 26634/03, 09/04/2007, **Mezl v. the Czech Republic**, 27726/03, 09/04/2007, **Zavřel v. the Czech Republic**, 14044/05,18/04/2007. Ve výše uvedených případech české orgány selhaly ve vynutitelnosti styku rodiče s dítětem.

Roku 2008 vstoupila v platnost novela občanského soudního řádu a zákona o sociálně-právní ochraně dětí, která upravila lhůty pro řízení a operuje s mediací a rodinou terapií. V přípravě je návrh zákona o mediaci s cílem urychlit řízení a přesunout část agendy ze soudů na registrované mediátory.

Výše uvedené rozsudky byly přeloženy do češtiny a ministerstvo spravedlnosti uspořádalo se soudci několik seminářů k výše uvedeným tématům.

7. ZÁVĚR

Na základě všech výše uvedených rozhodnutí ESLP lze dospět k závěru, že Česká republika, Slovenská republika a Polsko mají v oblasti rodinného práva společné problémy. Jednou z nejfrekventovanějších otázek je délka soudního řízení, která je zvláště citlivá ve vztahu k nezletilým dětem. Další okruh případů se týká zajištění vynutitelnosti styku rodiče s dítětem v případech, kdy jeden rodič brání druhému ve styku a absenci opravných prostředků v právních řádech jednotlivých států.

Některé z judikátů ESLP mají viditelnou odezvu v právní úpravě. Např. v Polsku se jedná o možnost podání žaloby na určení otcovství přímo soudu, na Slovensku pravděpodobně vstoupí v platnost novela umožňující nejvyššímu státnímu zástupci popírat otcovství v širším okruhu případů,

legislativní rada vlády České republiky v těchto dnech projednává návrh zákona o mediaci.

Přínos judikatury je zpravidla velmi sporný. V důvodových zprávách českých a slovenských zákonů se mi prakticky nepodařilo dohledat zmínky o judikatuře ESLP. Státy sice informují Výbor ministrů o legislativních změnách souvisejících s rozhodovací praxí, nicméně je obtížné dohledat, zda právní úprava byla skutečně přijata v důsledku stížnosti u ESLP. Vzhledem k obsahu přehledu případů sledovaných Výborem ministrů, lze dovodit, že legislativní odezva je zpravidla otázkou několika let a jen výjimečně státy přijmou nápravu v důsledku pouhého podání stížnosti k ESLP.

Současně je zjevné, že judikatura působí zejména ve vztahu ke státu, který se dopustil porušení Úmluvy bez viditelných důsledků pro právní řády ostatních států. O této skutečnosti svědčí např. Zprávy o stavu lidských práv v České republice, kterou od roku 1999 každoročně předkládá vládě její zmocněnec pro lidská práva. Zprávy obsahují přehled nejdůležitějších judikátů ESLP výhradně ve vztahu k České republice a českým stěžovatelům.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti mám za to, že judikatura ESLP působí zpravidla ve vztahu ke státu, který porušil úmluvu. Rozhodovací praxe ESLP přispívá ke sjednocení právní úpravy ve státech Úmluvy mimoděk především v případech, kdy státy mají obdobné problémy.

Historický vývoj je velmi obtížné hodnotit s ohledem na relativně krátkou dobu, po které jsou Česká republika, Slovenská republika a Polsko vázány Úmluvou. Státy jsou nuceny na rozhodovací praxi ESLP reagovat a např. reflektovat nárůst počtu stížností k ESLP (v České republice uzákoněna možnost domáhat se u Ministerstva spravedlnosti náhrady za průtahy v řízení). Proto si dovoluji vyslovit domněnku, že s přibývajícím počtem stížností budou státy brát judikaturu vzhledem k přiznávané výši odškodnění více v potaz než je tomu dnes a zejména před několika lety, kdy stížností bylo podstatně méně.

Výše uvedené případy reprezentují rozhodovací praxi ESLP převážně z posledních let. Ve zveřejněných přehledech a zápisech ze zasedání Výboru ministrů je velmi obtížné dohledat rozhodnutí staršího data.

Hlavním zdrojem pro zpracování této práce byly zprávy a přehledy o vymahatelnosti jednotlivých rozsudků ESLP zveřejněné na webových stránkách Rady Evropy. [13]

[13] http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Reports/Current_en.asp

Literature:

- Malenovský, J. Mezinárodní právo veřejné – jeho obecná část a poměr k vnitrostátnímu právu, zvláště právu českému. Brno : Masarykova univerzita a nakladatelství Doplněk, 1993, s. 254.
- Antokolskaia, M. Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective : a tale of two millennia. Antwerpen : Internsentia, 2006, s. 257.
- Müller-Freienfels, W. The International and Comparative Law Quarterl [citováno 14. října 2009]. Dostupný z: http://links.jstor.org/.
- Glendon, M.A. The New Family and New Property. Toronto : Butterword, 1981, s. 101.
- Wallace. C. The Family and the New Rights [citováno 14. října 2009]. Dostupný http://links.jstor.org/.

Contact – email

frantisekprava@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁSADA DISPOZITIVNOSTI A JEJÍ MÍSTO V RODINNÉM PRÁVU

MARIÁN ROZBORA

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Soukromé právo je tradičně spjato se zásadou dispozitivnosti. Součástí soukromého práva je i rodinné právo, a tedy právně-filozofický pohled by měl rovněž vycházet z fundamentální podstaty soukromého práva spočívajícího ve svobodě individua, a tedy i úprava by primárně měla být charakterizována jako dispozitivní. Kogentní normy jsou pak z doktrinálního hlediska pouze výjimkami z obecného principu svobody, nicméně s ohledem na materii rodinného práva je kogentních výjimek takové množství, že z kvantitativného hlediska lze naopak hovořit o uplatnění principu kogentnosti. Nemalý význam na četnost kogentních norem mají specifické principy regulující rodinné právo, či zde se v hojné míře vyskytující: princip ochrany slabšího, princip solidarity, princip dobrých mravů. Ačkoliv obecně lze hovořit o trendu prosazování autonomie vůle a potažmo dispozitivnosti v soukromém právu (to zejména v středoevropském regionu), zřejmě nelze takovýto vývoj očekávat i na poli rodinného práva.

Key words in original language
Rodinné právo, principy rodinného práva, dispozitivnost, kogentnost.

Abstract
Work deals with the question the non-mandatory rules, and theirs place in the family law. However, the family law is usually marked as the part of the private law, and the fundamental principle of the private law is the autonomy of will, and result the principle of the non-mandatory rules. But the family law regulates specific matter, so in the family law is a lot of mandatory exception. The main reason is given by the principles of protection of weaker party, solidarity and good faith. However, nowadays the non-mandatory rules are increased, in the family law it´s different and we can´t expect same way.

Key words
Principles of family law, mandatory rules, non-mandatory rules.

1. OBECNĚ O PRINCIPECH RODINNÉHO PRÁVA

V literatuře se zpravidla mluví o rodinném právu jako o právu, kterého ustanovení mají povahu kogentní[1]. Nicméně se lze setkat i s názory, které

[1] Srov. HURDÍK, J. a kol.: *Úvod do soukromého práva*. 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006; týž: *Zásady soukromého práva*. Brno: Masarykova univerzita, 1998, s. 67; HRUŠÁKOVÁ, M. In

uvedené poněkud kritizují a označují za obecný princip dispozitivnost, jako reakci na nosný pilíř svobody dominující celému soukromému právu, přičemž kogentní ustanovení rodinného práva jsou z hlediska filozofie rodinného práva pouze výjimkou.[2] Zřejmě na tom nic nemění ani skutečnost, že co do počtu mohou snad i kogentní ustanovení převažovat. Z pohledu právně-filozofického je ovšem dominantní svoboda projevující se mj. i dispozitivní povahou ustanovení. (Lze tedy rozlišit pohled kvalitativní, tj. právně-filozofický; a naopak kvantitativní, tj. statistický.)

Aniž bych chtěl stavět do popředí některou z teorií rozlišování práva soukromého a práva veřejného, zůstává faktem skutečnost, že rodinné právo v obvyklém pojetí upravuje především vztahy (zjednodušeně) mezi „členy" rodiny. Dle mne je rovněž možné (poněkud schematicky zjednodušeně) říct, že rovněž rodinné vztahy nejsou primárně vztahy orgánu veřejné moci k „členům rodiny." Tedy primárně rodinné právo není o tom, aby orgán veřejné moci vtiskoval „členům rodiny" obsah právního vztahu.

Literatura v tomto kontextu hovoří o autonomii vůle, když za subjekty rodinně-právního vztahu označuje „členy rodiny" (s vědomím problematického uchopení rovnosti v právu a právní vědě) za osoby v rovném postavení. Instruktivnost (ve smyslu zjednodušenosti) výkladu někdy svádí k zaměnitelnosti principu autonomie vůle s principem rovnosti. Je proto vhodné (a jak bude osvětleno: rodinné právo je k tomu skutečně ideální ukázkou) poukázat na rozdíl mezi uvedenými principy. Zatímco autonomie vůle ve svém dynamickém pohledu (prezentovaném známými svobodami volby úkonu, adresáta atd.) vypovídá o přístupu zákonodárce (potažmo veřejné moci jako celku) k účastníku vztahu, tedy zda může účastník vztahu na základě projevů své vůle vyvolávat zamýšlené právní následky; naopak princip rovnosti vypovídá o tom, zda účastníci vztahu mají „navzájem" stejný (srovnatelný) právní potenciál, tedy např. zda mohou stejnými projevy své vůle vyvolat stejné právní následky.

Oba principy bývají fakticky ztotožňovány, a to tím, že se hovoří o jejich spjatosti. Nicméně když se podíváme na tuto otázku v rodinném právu a přijmeme doposud hojně tradovaný názor, že rodinné právo je ve značné míře kogentní, tak zjistíme, že kogentní povaha ustanovení jakožto významný omezovatel autonomie vůle účastníků rodinně-právního vztahu sama o sobě nevylučuje ještě princip rovnosti účastníků tohoto vztahu. Manželé jsou si navzájem v podstatě ve svých právech a rovni a nemohou jeden druhému vtisknout svou vůli, aniž by s tím druhý souhlasil. Na druhé straně kogentní povaha mnohých ustanovení rodinné práva natolik omezuje

---

HRUŠÁKOVÁ, M., KRÁLÍČKOVÁ, Z.: *Rodinné právo.* 3. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2006, s. 40; táž: *Zákon o rodině. Komentář.* 4. vyd. Praha: C. H. Beck, 2009, s. XXVIII., kde autorka hovoří, že: *„k možnosti smluvní modifikace lze přistoupit pouze tam, kde to zákon výslovně dovoluje."*

[2] Srov. KRÁLÍČKOVÁ, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském srovnání.* Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 102

autonomii vůle, že ji lze řečí přírodovědců „zanedbat.“ Takže princip autonomie vůle není nutně spjat s principem rovnosti stran v tom smyslu, že by musely být oba současně a bezpodmínečně přítomny. Jelikož se lze domnívat, že princip dispozitivnosti je obsahově navázán na princip autonomie vůle, plyne z uvedeného, že nelze dost dobře usuzovat na dispozitivní povahu právních norem (nejen) rodinného práva s odkazem na uplatnění a rozvoj zásady rovnosti.[3] Ačkoli mohou nastat mezi uvedenými principy rovnosti a dispozitivnosti jistá „funkční“ pojítka, zřejmě se nedá dost dobře hovořit o existenciálním propojení.

2. OBECNÉ O POVAZE RODINNÉHO PRÁVA (KOGENTNOST – DISPOZITIVNOST)

Jak jsem již naznačil, je účelné se zabývat, zda je vůbec v rodinném právu správné hovořit o zásadě dispozitivnosti. Z filozofického hlediska lze souhlasit s názorem, že rodinné právo je součástí soukromého práva, přičemž pojmově lze očekávat, že soukromé právo má ke svobodě jednotlivce blíže, než právo veřejné, a naopak veřejné právo víc než právo soukromé má prezentovat omezení svobody jednotlivce. S pojmem slobody, na základě jednoduché myšlenkové konstrukce, by mělo být spojeno uplatnění principu dispozitivnosti právní úpravy.

Zřejmě lze bez zásadnějších námitek označit rodinné právo v nejužším smyslu (tj. úprava zákona o rodině) za soukromé právo. Logicky by pak mělo vždy být v rámci aplikace a interpretace rodinného práva (alespoň v naznačeném rozsahu zákona o rodině) přistupováno v tom smyslu, že jednotlivé právní normy jsou dispozitivní, pokud není odůvodněna kogentní povaha.

3. DIFERENCIAČNÍ KRITERIA

Přijetí názoru o soukromoprávní povaze zákona o rodině vede k nutnosti rozlišitelnosti kogentní a dispozitivní povahy konkrétní právní normy. V teorii (cit. Králíčková) se vychází ze základního „tematického“ členění (soukromého) rodinného práva, kdy část osobní (statusová) a osobně-statusová jsou charakterizovány povahou ius cogens, a naopak část majetková je upravena především normami dispozitivní povahy.

S uvedeným názorem se ztotožňuji, i když musím uvést, že s poněkud odlišným odůvodněním. Králíčková[4] odůvodňuje kogentní povahu zejména statusové oblasti soukromého rodinného práva tou skutečností, že na řešení soukromoprávní oblast navazuje značné množství veřejně-právních

[3] KRÁLÍČKOVÁ, Z.*: Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském srovnání.* Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 37, včetně literatury tam uvedené

[4] KRÁLÍČKOVÁ, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském srovnání.* Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 81

předpisů. I když nutno přiznat, že pokud „navazující“ právní předpisy výslovně počítají pouze s řešením právních otázek takovým způsobem předvídaným zákonem o rodině (a tedy nepočítají výslovně s odchylnou úpravou odlišnou od výslovné zákonné úpravy), lze v tom patrně spatřovat zákonodárcův úmysl směřující ke kogentní povaze ustanovení o statusových otázkách. I na majetkové právo – jakkoliv dispozitivní – přece mohou navazovat mnohé veřejnoprávní normy kogentní povahy. To samo o sobě dle mého názoru nevyvolává kogentní povahu soukromoprávní normy.

Klíč k nalezení odpovědi kogentná povahy předmětných práv totiž plyne především ze skutečnosti, že spadají pod tzv. osobní práva, a jako taková jsou nepřenositelná, nezděditelná a nepromlčitelná.[5]

Při posuzování povahy jednotlivých právních norem se lze odrazit od diferenciačních kriterií platných pro soukromé právo v nejobecnější rovině (resp. občanské právo), plynoucí z jednotlivých výkladových metod. Jednak jde o kategorické příkazy vylučující dispozitivní povahu, rovněž výslovné zákazy smluvního odchýlení. Rovněž i v rodinném právu v rámci interpretace mají pro posouzení povahy právní normy i další výkladové metody. Tedy jako systematický výklad apod. Zvláštní pozornost v rámci otázky diferenciačních kritérií si ovšem zaslouží následující specifika „soukromého“ rodinného práva jako takového, které se buď v obecné poloze skromného práva nenacházejí, nebo nenabývají takového významu (zejména, co do četnosti případů).

Jedním z principů uplatňujících se v rodinném právu a současně zasluhující, resp. odůvodňující kogentní povahu je nepochybně princip *ochrany slabšího*. Tradičně bude možné pod pojem slabšího zařadit dítě, těhotnou ženu a ženu v šestinedělí. Normy, které svým účelem slouží primárně k naplnění zájmů těchto slabších, resp. k jejich ochraně, by neměly být smluvně derogovatelné. Odklon ve prospěch slabší strany ovšem rovněž nelze principiálně odmítat, protože lze k ochranářským normám přistupovat jako k minimálnímu standardu, který má být zachován. Výslovnou regulaci nenalezneme, nicméně nesmíme zapomínat na skutečnost, že neuvážená hypertrofie ochrany může vést konec-konců k paradoxu rozpornosti cíle a výsledku. Nelze totiž zapomínat, že ochrana slabšího (např. dítěte) má smysl především tam, kde silnější (např. rodič) skutečně silnější pozici má, a kde je reálná hrozba zneužití. Neuváženým navyšováním povinností a odnímáním práv dochází ke kontraproduktivnímu efektu.[6] Lepší pozice jednoho jednotlivce vůči druhému je totiž odůvodněna též realitou

[5] Srov. SEDLÁČEK, J. In ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kol.: *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému,* Díl I., Praha 1935-1937, Reprint původního vydání, Praha: CODEX Bohemia, s.r.o., 1998, s. 453an.

[6] Obdobně: ELIÁŠ, K. in WINTEROVÁ, A., DVOŘÁK, J. (eds.): *Pocta Sentě Radvanové k 80. narozeninám.* Praha: ASPI, 2009, s. 133 a násl.

společenského života, definovaná zdravým společenským a přírodním prostředím.

Dle mého bude rovněž odůvodňovat kogentnou povahu i realizace principu *solidarity*. Rodina totiž z hlediska sociologického je soužitím osob pod heslem jeden za všechny a všichni za jednoho. Různé normy zakotvující povinnosti participace (nejenom) na hmotném zabezpečení podle schopností a možností atp. podle mě realizují tento nosný princip soukromého rodinného práva, a z důvodů takovéhoto fundamentálního významu jej nelze smluvně modifikovat.

Dalším takovýmto významným kritériem uplatňujícím se v rodinném právu je institut *dobrých mravů*. Tento je sice obecným kritériem neplatnosti smluv, a nelze jej dost dobře považovat za odůvodnění kogentnosti právní normy jako takové. Nicméně je důvodem neplatnosti dohody, a lze se domnívat i takovýmto postupem, že norma, jejíž teleologický základ tkví právě v rozvinutí institutu dobrých mravů, je kogentná. Ostatně takovémuto chápání směřuje jak návrh nového občanského zákoníku České republiky (výslovně § 1 odst. 2 návrhu), tak produkty soft-law atp. směřující k vytvoření evropského civilního kodexu (prostřednictvím institutů pojmenovaných good faith, fair dealing). Specifický význam institutu dobrých mravů v rodinném právu ostatně již v prvorepublikové literatuře shledal Vladimír Kubeš[7], a taktéž v dnešní právní vědě shledává Salač.[8]

4. NÁSTIN ANALÝZY JEDNOTLIVÝCH USTANOVENÍ SOUČASNÉHO ZÁKONA O RODINĚ

§ 1 - § 10 (část první – manželství)

Pokud jde o samotný institut manželství, tak jeho pojmovými znaky jsou především jednotlivé elementy legální definice, tedy společenství muže a ženy, a to trvalého charakteru. Nelze tedy smluvně stanovit „manželství“ mezi osobami téhož pohlaví, nebo mezi vícerými osobami. Otázkou zůstává schůdnost názoru, že strany smlouvou naváží právní důsledky zákonem stanovené (výlučně) pro manželství na jiné formy soužití (kohabitace, či homosexuální soužití). V českém právním řádu (jelikož se profiluje v souvislosti s přijetím zákona o registrovaném partnerství jako liberální) lze připustit platnost takovýchto inominátních dohod. Naproti tomu v polském právním řádu, kde je již v ústavní rovině zakotvena ochrana manželství, tomu tak zřejmě nebude.

[7] KUBEŠ, V.: *Smlouvy proti dobrým mravům*. Brno-Praha: Orbis, 1933, s. 267.

[8] SALAČ, J.: *Rozpor s dobrými mravy a jeho následky v civilním právu.* 2 vyd., Praha: C.H. Beck, 2004, s. 247an

V této souvislosti v podmínkách českého právního řádu není vhodné opomíjet pozitivní rozměr dispozitivní právní úpravy. I když není určena k omezení práv, její konstruktivní potenciál tkví ve faktu, že se uplatňuje pro případ, kdy strany dohodou neřešily všechny otázky právního vztahu. Proto dle mě není správné odnímat přínos dispozitivní právní úpravy s poukazem na skutečnost, že jisté formy soužití (typicky kohabitace) jsou sociálně determinovány vůlí osob „nebýt právem regulován."

Rovněž k pojmovým znakům institutu manželství nutno uvést, že manželství nelze uzavírat na „dobu určitou", ale výlučně v úmyslu trvalého společenství. Taková smluvní limitace manželství na „určitou" dobu by byla neplatná, a nemohly by jí být přiznány zamýšlené právní následky. Nicméně důvod pro neplatnost manželství by dán nebyl.[9]

Pokud jde o proces vzniku manželství (zejm. ust. § 2 - §10 ZoR), jsem názoru, že opětovně lze hovořit o kogentnosti, když zákonodárce volí vyšší požadavek zvláštní formy pro právní úkony ve snaze zvýšení právní jistoty a možností smluvního odchýlení od zákona by tento požadavek ztratil smysl. Kogentní povahu zákonných ustanovení zakotvujících formální proces vzniku manželství lze taktéž opřít o systematický výklad, když ust. 1 odst. 1 obsahuje dovětek „založené zákonem stanoveným způsobem." Bylo by dokonce možné uvažovat o výslovném zákonném příkazu použít tyto normy, jakožto rubu výslovného zákonného zákazu ve smyslu § 2 odst. 3 obč. zák. Nemožnost uplatnění autonomie vůle ve formě dispozitivnosti ohledně zákonného způsobu založení manželství potvrzuje rovněž slovenská odborná literatura.[10]

§ 11 - § 17a

Pokud jde o ustanovení o neplatnosti a neexistenci manželství (§ 11 an. ZoR) tak platí, že i v soukromém právu sankční charakter ustanovení indikuje kogentnost. Dispozitivní charakter sankcí by relativizoval celý právní řád. Nelze sankci smluvně vyloučit, ale ani nad rámec zákona sjednat. Máme tím ovšem na mysli sankce působící erga omnes, nikoli sankce působící mezi stranami „uzavřeného" právního vztahu. I u sankcí v obecné rovině platí, že strany si své vzájemná práva mohou upravit odchylně od zákona. Neplatnost právního úkonu ovšem působí erga omnes. V této souvislosti je vhodné poukázat na vývoj mezinárodního práva

[9] Ani takovéto zamyšlení nelze považovat za přehnaně teoretické, bez jakýchkoliv praktických dopadů. Je řada případů, kdy osoby vstupují do manželství s úmyslem jenom dočasného efektu. Například je z praxe znám případ, kdy žena asijského původu musela vstoupit do manželství s otcem dítěte, jinak by dle tradic komunity musela spáchat samovraždu. Aby tomuto předešla, „dohodla se" s biologickým otcem dítěte, že po nějaké době od sňatku podají návrh na rozvod manželství.

[10] ČEČOTOVÁ, V. In PAVELKOVÁ, B., KUBÍČKOVÁ, G., ČEČOTOVÁ, V.: *Zákon o rodine. Komentár s judikaturou.* Šamorín: Heuréka, 2005, s. 14.

soukromého ve Slovenské republice, kde okolnosti vylučující uzavření manželství – jakožto kogentná ustanovení slovenského hmotného práva - jsou považovány dokonce za výhradu veřejného pořádku (blíže § 20a z. č. 97/1963 Z. z. v z.n.p.).[11]

Otázky zániku manželství, resp. jeho rozvodu jsou z hlediska geneze právního vztahu manželství zrcadlovým projevem jeho vzniku. Pokud tedy zastáváme názor o kogentnosti norem regulujících vznik manželství, a to zejména s poukazem na nutnost vyšší míry formy, pak je logické, že i otázky zániku, jakožto normy regulující formu, budou kogentními.

Nesmíme zapomínat, že existence, planost, vznik a zánik manželství jsou momenty vytvářející statusový rámec osoby, a proto je rovněž nezbytné přistupovat k těmto momentů jako smluvně nemodifikovatelným. Působí totiž erga omnes.

§ 18 - § 21

Zajímavou otázkou je nepochybně řešení povahy norem regulujících vztahy mezi manžely. V porovnání se zbytkem právní úpravy rodinného práva svěřené zákonu o rodině totiž právě zde jakoby vystupoval do popředí relativní rozměr právního vztahu, tedy rozměr charakterizovaný jako inter partes. Ostatně to zdůrazňuje i sám zákonodárce, když hovoří o vztazích „mezi“ manžely.

Víme, že manželství má ve zkratce povahu smluvní, a tedy uzavření manželství v podstatě znamená uzavření smlouvy sui generis. Obecný občanský zákoník dokonce výslovně hovořil o „smlouvě manželské“ ve svém ust. § 44.[12] Právní vztah manželství založený takovouto manželskou smlouvou působí jako statusová záležitost vůči všem. Nicméně lze rovněž hovořit o vnitřních vztazích, tedy vztazích mezi manžely, jinými slovy o obsahu právního vztahu v rovině inter partes. Dle mého nelze naprosto mechanicky separovat důsledky právní skutečnosti sňatku na důsledky působící erga omnes a důsledky v rovině inter partes. Nelze proto zřejmě beze zbytku hovořit o odlišných režimech z hlediska kogentnost a dispozitivnosti, nicméně rozdíl tu zřejmě bude.

Osobně nevidím v obecné rovině důvod, proč by si manželé své vzájemné vztahy, jimiž nezasahují do práv dalších osob, nemohli dohodnout jiný než zákonný obsah vztahu. Nicméně bližším rozborem, že ani úprava obsažená v ust. § 18 až § 21 nebude smluvně derogovatelná. Za první lze poukázat na

---

[11] ČEČOTOVÁ, V. In PAVELKOVÁ, B., KUBÍČKOVÁ, G., ČEČOTOVÁ, V.: *Zákon o rodine. Komentár s judikaturou*. Šamorín: Heuréka, 2005, s. 18.

[12] Což byl tehdejší odpor ke kanonickému právu, které považovalo manželství za svátost. Blíže srov. SEDLÁČEK, J. In ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kol.: *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému.* Díl I., Praha 1935-1937, Reprint původního vydání, Praha: CODEX Bohemia, s.r.o., 1998, s. 369.

skutečnost, že navzdory názvu marginální rubriky nelze dost dobře hovořit výlučně o vztazích „mezi" manželi, když zákon na tomto místě pojednává například o jednatelském oprávnění za manžela, tedy nikoliv otázku působící výlučně inter partes. Dále je nutné výslovně upozornit na skutečnost, že na tomto místě je pojednáno (srov. zejména § 18) o nosných principech, hodnotově založených na fundamentálním podkladu civilizované společnosti (např. princip rovnosti v právech, důstojnosti atp.), kdy potencialita smluvní modifikace koliduje s nosnými principy právního státu jako takového.

Rovněž zřejmě není možné připustit smluvní odchýlení ani u zákonné povinnosti participace péče o potřeby rodiny. Ust. § 19 totiž rozvíjí jeden z nosných principů rodinného práva, a to solidarity. Od tohoto principu se nelze odchýlit, jinak bychom tím řekli, že základní stavební jednotkou civilizované společnosti není rodina, jelikož každý je sevřen svým individualismem, bez pomocné ruky nejbližších, ponechán osudu se záchrannou sítí státu ve výjimečných případech. To zřejmě fundamentu současného sociálního inženýrství neodpovídá.

§ 30 - § 40

Pokud jde o ustanovení o rodičovské zodpovědnosti, pak lze s poukazem na význam norem, především jakožto prostředků na ochranu slabší strany právního vztahu – zde tedy dítěte – hovořit o kogentnosti. Tentokrát tedy odůvodněné principem ochrany slabšího.

Otázkou však zůstává, zda by byly akceptovatelné dohody, které by rozšiřovaly katalog práv dítěte, tedy zda lze mluvit jednostranné kogentnosti.

§ 50a - § 62a

Další významnou oblastí, níž je věnována pozornost je otázka určení rodičovství (§ 50a an. ZoR). Opětovně se jedná o statusové otázky osob, které působí erga omnes, a tedy nelze je svévolně smluvně modifikovat. S rozvojem moderní genetiky bylo navzdory klasické římsko-právní sentenci „mater semper certa est" řešit i otázku mateřství. S ohledem na dynamiku vývoje reagovala slovenská právní úprava v novém zákoně o rodině ust., kdy jsou výslovně za neplatné prohlášeny dohody a smlouvy, které jsou v rozporu se zákonnou normou řešící otázku mateřství (srov. § 82/2 SZoR).[13] Ačkoliv to v českém ZoR takhle výslovně uvedeno není,

[13] V důvodové správě se přitom uvádí, že: „Nové ustanovenie odseku § 85 zavádza do právnej úpravy zásadu neplatnosti akýchkoľvek zmlúv a dohôd, ktoré sú v rozpore so zákonnou domnienkou materstva. V zahraničnej praxi už nastali aj prípady, kedy matka odmietla odovzdať dieťa tzv. objednávateľom. Súčasná právna teória hodnotí „zmluvy o náhradnom materstve" ako zmluvy neplatné pre rozpor s § 3 (resp. § 39) Občianskeho zákonníka."

domnívám se, že ani zde není prostor pro smluvní modifikace, a to zejména s ohledem na statusovou povahu ustanovení. S poukazem na tu samou statusovou povahu ustanovení lze hovořit i o kogentnosti právních norem regulujících domněnky otcovství. Rovněž lze považovat za správný názor, že neplatnost dohod o smluvní modifikaci rodičovství je možno dovodit prostřednictvím institutu dobrých mravů.[14] Nicméně si nejsem jist, zejména u určení otcovství, absolutní použitelností institutu dobrých mravů, když nemusí vždy dobrý mravům s ohledem na konkrétní okolnosti odporovat. (Ostatně i souhlasné prohlášení je v podstatě jakási smlouva a zákon ji toleruje). Proto je dle mého názoru nutné zvýraznit právě statusovou povahu působící erga omnes, a tudíž smluvně nemodifikovatelnou.

Vylepšení spočívající v dosazení nového odstavce 2 § 82 SZoR (tedy ohledně neplatnosti smluv o mateřství) ovšem dochází k výkladové potíži. Z pohledu čistě technického totiž lze hovořit o uplatnění arg. a contrario, kdy zákonodárce výslovně zakazuje pouze dohody o mateřství, takže důkazem z opaku platí, že dohody o otcovství jsou platné, přičemž zůstává pouze korektiv dobrých mravů atd. Skutečně koncepčním řešením by bylo prohlášení snad celé částí o určení rodičovství za kogentnou.

§ 63 - § 77

Poměrně zajímavou oblastí úpravy je hlava věnující se problematice osvojení, jelikož tato vychází de lege lata z poměrně úzkého pojetí tohoto klasického institutu, a to i navzdory tomu, že právní předpis „velkoryse" rozlišuje dva druhy (zrušitelné a nezrušitelné osvojení). Tento tradiční římsko-právní institut (adrogatio) byl totiž v českém právním řádu původně, tj. v rámci obecného zákoníku občanského upraven poměrně široce, což dle mě nepochybně umožňovalo i značně široké uplatnění dispozitivnosti. Prvně stojí za zmínku, že OZO (a posléze i z. č. 56/1928 Sb. o osvojení) umožňoval rovněž osvojení zletilého, což ani zákon o právu rodinném (§64), ani ZoR (§65 v souvislosti rovněž s nálezem Pl. ÚS 6/96) neumožňuje. Snad v koncepční souvislosti s liberálním přístupem k osvojení zletilých byla právní úprava pojata co do právních účinků jako dispozitivní, s jistým omezením pouze ohledně převzetí jména (srov. § 184 O.Z.O., příp. § 5 z. č. 56/1928 Sb.), přičemž i k rozvázání osvojeneckého pouta postačovala dohoda účastníků vztahu bez nutnosti ingerence soudu.[15]

Naproti tomu současná právní úprava (a to se týká i nové slovenské úpravy, jelikož neobsahuje výraznější odchylky) je s největší pravděpodobností kogentní, když definuje pojmové znaky institutu, složitou strukturu procesu

[14] PAVELKOVÁ, B. In PAVELKOVÁ, B., KUBÍČKOVÁ, G., ČEČOTOVÁ, V.: *Zákon o rodine. Komentár s judikaturou.* Šamorín: Heuréka, 2005, s. 18.

[15] Blíže srov. SEDLÁČEK, J. In ROUČEK, F., SEDLÁČEK, J. a kol.: *Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému.* Díl I., Praha 1935-1937, Reprint původního vydání, Praha: CODEX Bohemia, s.r.o., 1998, s. 890an.

za účasti veřejné moci (navíc doplněnou prvky realizace veřejného zájmu). Rovněž co do účinků v otázce vzájemného vztahu osvojitele a osvojence (ust. § 72/1) je nutno s poukazem na systematický výklad k § 63/1 hovořit o kogentnosti. O kogentní povaze lze s obdobnými úvahami hovořit i v rámci návrhu nového občanského zákoníku, pouze s výraznější změnou v otázce možnosti osvojení zletilého (§763).

§ 85 - § 103

Výrazný posun v otázce posuzování povahy ustanovení (nebo přesněji snad norem) by dle mého bylo možno akceptovat v rámci úpravy výživného, tedy části třetí zákona o rodině. I když nutno upozornit na třídění, které hovoří o právní úpravě jako osobně-majetkové, a proto jednoznačně kogentní.[16] Vůči tomuto názoru mám nicméně jisté výhrady, i když si nedovolím na tomto místě polemizovat s názorem jako celkem.

Založení vyživovací povinnosti rodičů vůči dětem (§85/1) nepochybně výrazně naplňuje ochranářskou funkci, přičemž dokonce lze uvažovat v intencích veřejného pořádku, proto lze mluvit jednoznačně o kogentní povaze. Podobně právo podílet se na životní úrovni rodičů směřuje k ochraně dítěte, jeho nediskriminace, a taktéž lze hovořit o požadavku souladnosti s dobrými mravy.

Nicméně jistou námitku lze položit ve vztahu k větě první §85/2 a k §85/3 jako celku. Je nepochybně pravdou, že i zde nalezneme uplatnění principu solidarity v rodině, nicméně v majetkovém aspektu není nutno tak nekompromisně na tomto lpět. Je to pochopitelně věc pohledu, obzvlášť když jistý korektiv dobrých mravů ZoR výslovně předpokládá (§ 96/2).

Následující ustanovení § 85a, zejména odstavec 2 normuje situaci ve prospěch dítěte, a lez jej klasifikovat jako ochranářské, a tudíž kogentné. Rovněž princip solidarity rozvedený ust. § 87 odůvodňuje kogentní povahu.

Na druhé straně ust. § 88 dle mého nemusí být považováno ve všech ohledech za kogentné. Lze skutečně paušálně dopředu odsoudit k trestu neplatnosti vzájemné dohody dětí, rodičů a prarodičů, že vyživovací povinnost přednostně mají plnit vzdálenější příbuzní.

Rovněž bych nebrojil ani proti dohodám, které by modifikovaly ust. § 90 ve směru derogace zákonného požadavku nutnosti. Přitom opětovně nemusí jít o jakési právně-teoretické sci-fi. V případě, kdy solventní prarodič měsíčně zasílá vnukovi na studiích částku, byť není splněný zákonný požadavek nutnosti, není možné takovéto jednání považovat za platnou konkludentní dohodu o výživném?

---

[16] KRÁLÍČKOVÁ, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském srovnání.* Brno: Masarykova univerzita, 2003,

Nicméně dosavadní vývoj právní vědy takovémuto liberálním pojetí nesměřoval, když již za účinnosti O.Z.O. byla vyživovací povinnost charakterizována jako právo osobní, a proto kogentní, jehož se nelze platně vzdát, převést na jiného atp. Přitom i de lege ferenda lze hovořit o vývojové linie názoru o kogentnost tohoto institutu, když oddíl 3 s názvem Rodiče a dítě (tj. § 722an), do jehož rámce spadá i otázka výživného (§ 825), normuje hned v úvodu: „Rodiče a dítě mají vůči sobě navzájem povinnosti a práva. Těchto vzájemných povinností a práv se nemohou vzdát; učiní-li tak, nepřihlíží se k tomu.“, pouze s výjimkou kazuistických dispozitivních norem (např. § 836 pojednávající o splatnosti a výslovně zakotvující dispozitivnost). Jistý prostor pro úvahu o dispozitivnosti se otevírá pouze v návaznosti na posouzení norem o výživném, jako norem minimálního standardu, přičemž tzv. nadstandard (ať už cestou inominátů, nebo jinou) je akceptovatelný.[17]

ZÁVĚR:

Na základě učiněného nástinu lze uzavřít, že i v „soukromém“ rodinném právu prezentovaném zákonem o rodině je kvalitativně významný zájem jednotlivce a „právně“ rovnostářská povaha, takže lze hovořit o principiálně-filozofickém pojetí právního odvětví jako dispozitivního. Nicméně z pohledu kvantity převažuje povaha kogentná, jelikož jsou dány četné důvody značného množství kogentních „výjimek“ z obecného principu svobody (potažmo) dispozitivnosti; tedy z pohledu kvantitativního lze hovořit o zásadě kogentnosti. Uplatnění principu dispozitivnosti není dost dobře možné opodstatňovat ani hypertrofií principu rovnosti účastníků rodinně právních vztahů.

Opodstatnění kogentnost přitom plyne z věcného zaměření rodinného práva, jímž je řešení zejména statusových otázek. Nemalý význam na četnost kogentných norem mají specifické principy regulující rodinné právo, či zde se v hojné míře vyskytující: princip ochrany slabšího, princip solidarity, princip dobrých mravů.

Ačkoliv obecně lze hovořit o trendu prosazování autonomie vůle a potažmo dispozitivnosti v soukromém právu zejména v středoevropském regionu, zřejmě nelze očekávat takovýto vývoj i na poli rodinného práva, zejména pokud jde o statusové otázky.

Contact – email
rozbora.marian@seznam.cz

[17] KRÁLÍČKOVÁ, Z.: *Autonomie vůle v rodinném právu v česko-italském srovnání.* Brno: Masarykova univerzita, 2003, s. 44 – 46.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DĚDICKÉ PRÁVO

JANA VOLKOVÁ

Masarykova univerzita; Právnická fakulta

Abstract in original language
Základním tématem příspěvku je srovnání českého a slovenského dědického práva. Jeho součástí bude shrnutí vývoje dědického práva v obou zemích, vzájemné odlišnosti. Příspěvek se nebude dědickým právem zabývat obecně, ale s důrazem na rodinně právní aspekty. Především vymezí majetkové následky po smrti rodinného příslušníka a upozorní na rozdíly v české a slovenské právní úpravě.

Key words in original language
Dědictví, rodinné právo, Slovensko, Česká republika

Abstract
The primary focus of my contribution is a comparison of the Czech and Slovak inheritance right. I will summarize the development of inheritance right in both countries and will point out individual differences. I shall not focus on inheritance right in general but will emphasize the aspects related to family law. The aspects of ownership and property after death of a next of kin will be pointed out and the differences between Czech and Slovak legislation will be mentioned.

Key words
Inheritance law, family law, Slovak republic, Czech republic

České rodinné právo je na rozdíl od některých jiných evropských úprav upraveno v samostatném zákoně o rodině. To však neznamená, že jej není nutné posuzovat v souladu s jinými právními odvětvími. Jak vývoj českého rodinného práva již ukázal, změna zákona o rodině bez zohlednění občanského práva a naopak může přinášet mnoho problémů. Vždy je nutné změny posuzovat v širších souvislostech, uvědomit si vzájemnou propojenost různých zákonů. Na příklad dědické právo, upravené v občanském zákoníku, a rodinné právo, regulující vztahy mezi rodinnými příslušníky, se zcela zásadně propojují v okamžiku umrtí rodinného příslušníka.

Cílem mého příspěvku je poukázat na vzájemnou propojenost rodinného a občanského práva v otázkách dědění a ukázat, jak se rodinné a dědické právo vzájemně ovlivňují. Upozorním na změny a rozdílné nazírání na určité instituty rodinného a dědického práva v zákonech České a Slovenské republiky od roku 1949 do současnosti. Obě země měly společné právní prameny do roku 1993. Vzhledem ke společné tradici a historii nacházíme v právní úpravě sice rozdíly, ale základní zásady jsou totožné.

Prvním společným zákonem týkajícím se rodinného práva byl zákon č. 265/1949 Sb., o právu rodinném. Následoval zákon č. 94/1963 Sb., o rodině. K vyznaným změnám v rodinněprávní úpravě došlo zákonem č. 132/1982 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon o rodině. V České republice zákon č. 94/1963 Sb., o rodině (dále jen „zákon o rodině“), ještě stále platí, na Slovensku jej nahradil zákon č. 36/2005 Z. z., o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov. V posledních 15 letech přinesl největší novelizaci českého rodinného práva zákon č. 91/1998 Sb.

1. MANŽELSKÉ MAJETKOVÉ PRÁVO

1.1 VÝVOJ MAJETKOVÉHO SPOLEČENSTVÍ MANŽELŮ A VLIV NA DĚDĚNÍ

V zákoně č. 265/1949 Sb., o právu rodinném (dále jen "ZPR"), byly upraveny majetkové poměry mezi manžely v § 22 a násl. ZPR. Jmění, které nabyl kterýkoli z manželů v době trvání manželství - kromě majetku nabytého dědictvím nebo darem, a všeho, co sloužilo k jeho osobním potřebám nebo výkonu jeho povolání, tvořilo jeho získaný majetek. Získané majetky obou manželů byly společným majetkem (tedy zákonným společenstvím majetkovým). Soud mohl ze závažných důvodů zákonné společenství majetkové zrušit. V případě, že zákonné majetkové společenství zaniklo, platila pro jeho dělení úprava podílového spoluvlastnictví s tím, že oba podíly si byly rovny.

Zákonné společenství majetkové bylo možné modifikovat. V ustanovení § 29 ZPR bylo uvedeno: *Manželé si mohou dohodnout, že rozsah jmění jim společného bude jiný, než jaký je při zákonném společenství majetkovém. Také správu společného jmění mohou smlouvou upravit jinak, než stanoví zákon. Stejně mohou zákonné společenství majetkové vyhradit až ke dni zániku manželství.* Smluvní odchýlení od zákonné úpravy společného majetku bylo možné. Pro jeho platnost ujednání bylo nutné dodržet formu soudního zápisu.

Dědění ze zákona mezi manžely bylo upraveno v § 526 a násl. zákona č. 141/1950 Sb., občanského zákoníku (dále jen „občanský zákoník z roku 1950). Pozůstalý manžel dědil rovným dílem se zůstavitelovými dětmi. Pokud děti neměli, stal se pozůstalý manžel součástí druhé dědické skupiny, ve které dědil vždy nejméně polovinu majetku vedle zůstavitelových rodičů a osob, které se zůstavitelem žily nejméně po dobu jednoho roku před jeho smrtí ve společné domácnosti jako členové rodiny a které z tohoto důvodu pečovaly o společnou domácnost nebo byly odkázány výživou na zůstavitele. Pozůstalý manžel, který žil se zůstavitelem v době jeho smrti ve společné domácnosti, dědil vedle svého podílu nedoplatky zůstavitelovy odměny za práci a opětujících se důchodů až do výše jednoměsíčního příjmu, jakož i zůstavitelovo obvyklé domácí zařízení.

V občanském zákoníku z roku 1950 bylo v § 534 a násl. upraveno také dědění ze závěti. V komentáři k občanskému zákoníku z roku 1957 je

uvedeno: *Závěť jest silnější titul dědického práva, i když občanský zákoník preferuje dědění ze zákona. Vedle zákonné posloupnosti zná tedy zákon jen ještě jediný titul dědického práva - závěť, a to , a to individuální*[1].

Občanský zákoník z roku 1950 pamatoval na určité skupiny dědiců, které by měly dědit vždy. Ustanovení § 551 stanovilo, že závěť je neplatná v případě, pokud zůstavitel nezanechal svým potomkům v závěti tolik, kolik činí cena celého jejich zákonného podílu, anebo pokud nezůstavil jiným svým potomkům nebo tomu z rodičů anebo ze starých rodičů, který je v době zůstavitelova úmrtí v nouzi a už práce neschopný, tolik, kolik činí cena tří čtvrtin podílu, který by jim náležel podle ustanovení o dědění ze zákona. Jak vyplývá z komentáře z roku 1957: *Zákon dbá toho, aby zůstavitel nemohl svou individuální vůlí zmařit základní zásady dědění ze zákona, vyjadřující vůli celku a záležící v tom, že dědické právo ve své nové funkci slouží především k posílení svazků rodinných. Provedením této zásady je pak ustanovení § 551 obč. zák., vybírající z okruhu zákonných dědiců osoby nejbližší zůstaviteli a chránící dědické právo jejich i proti vůli zůstavitele. Nepatří však mezi neopominutelné dědice manžel zůstavitelův ani jiné příbuzné osoby, i kdyby jinak, v případě, že by tu nebyla závěť, dědily*[2].

Z výše uvedeného vyplývá, že bylo možné upravit zákonné společenství majetkové smlouvou. Bylo tedy možné, že manželé zákonné společenství majetkové zúžili např. pouze na obvyklé vybavení domácnosti. Pokud by ten z manželů, kterému dle smlouvy zůstala většina majetku, sepsal závět zcela v neprospěch svého manžela, neexistovala zákonná obrana. Občanský zákoník z roku 1950 v § 551 pamatoval pouze na děti a na rodiče, o pozůstalém manželovi se nezmiňoval. Proto mohla dle této právní úpravy nastat situace, že by jeden z manželů po zániku manželství nezískal žádný majetek.

Zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, majetkové vztahy mezi manžely neupravuje. Činí tak § 143 a násl. zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku (dále jen „občanský zákoník“). Dle původní dikce zákona mezi manžely vznikalo bezpodílové spoluvlastnictví, jehož předmětem mohly být jen věci. Úprava majetkových vztahů mezi manžely byla kogentní, nebylo možné se jakýmkoli způsobem od zákonné úpravy odchýlit. Smluvní volnost, která existovala v předchozí právní úpravě, byla zcela potlačena.

Manžel při dědění ze zákona dle § 473 občanského zákoníku byl v první skupině spolu se zůstavitelovými dětmi. Každý z nich dědil stejným dílem.

---

[1] HOLUB, R. et al. *Komentář k občanskému zákoníku. Právo dědické*. Praha: Nakladatelství Orbis, 1957. s. 135.

[2] HOLUB, R. et al. *Komentář k občanskému zákoníku. Právo dědické*. Praha: Nakladatelství Orbis, 1957. s. 182.

V soudobých komentářích je uvedeno: *Ve skupinách jsou dědici označeni podle svého vztahu (příbuzenského, manželského nebo společenského) k zůstaviteli, přičemž se jednotlivé skupiny částečně překrývají. Tak např. zůstavitelův manžel je zařazen jednak do prvé skupiny, ve které dědí spolu s potomky zůstavitele, jednak do druhé skupiny, kde dědí s jinými osobami.*

Manžel zůstavitele dědí pouze v to případě, jestliže v době zůstavitelovy smrti manželství existovalo (skutečnost, že manželé spolu fakticky nežili, nemá v této souvislosti právní význam). Zemřel-li zůstavitel dříve, než nabyl právní moci rozsudek, kterým bylo jeho manželství rozvedeno, manžel dědí.[3]

Manželův podíl nebyl v první skupině určen, dědil stejný podíl jako zůstavitelovy děti. Pouze u úpravy druhé dědické skupiny dle § 474 odst. 2 občanského zákoníku je uvedeno, že manžel dědí nejméně jednu polovinu vedle dalších dědiců, kterými jsou zůstavitelovi rodiče a ti, kteří žili se zůstavitelem nejméně po dobu jednoho roku před jeho smrtí, pečovali o společnou domácnost nebo byli odkázáni na výživu.

Stejně jako v předchozí právní úpravě nepatří manžel mezi neopominutelné dědice, to znamená, že jej zůstavitel na základě závěti mohl z dědění zcela vyloučit. Vzhledem k tomu, že bezpodílové spoluvlastnictví manželů neumožňovalo jakoukoli odchylku, měl pozůstalý manžel nárok na majetek z tohoto institutu, proto se nemohlo stát, že by po smrti druhého z manželů nezískal majetek žádný.

Zákonem č. 509/1991 Sb., kterým se mění, doplňuje a upravuje občanský zákoník, došlo ke zcela zásadním změnám v manželském majetkovém právu. Ustanovení § 413 občanského zákoníku nově upravilo pojem bezpodílového spoluvlastnictví mezi manžely: *V bezpodílovém spoluvlastnictví manželů vše, co může být předmětem vlastnictví a co bylo nabyto některým z manželů za trvání manželství, s výjimkou věcí získaných dědictvím nebo darem, jakož i věcí, které podle své povahy slouží osobní potřebě nebo výkonu povolání jen jednoho z manželů a věcí vydaných v rámci předpisů o restituci majetku jednomu z manželů, který měl vydanou věc ve vlastnictví před uzavřením manželství anebo jemuž byla věc vydána jako právnímu nástupci původního vlastníka.*

Nově měli manželé možnost dohodou rozšířit nebo zúžit zákonem stanovený rozsah bezpodílového spoluvlastnictví, upravit způsob správy společného majetku, vyhradit vznik bezpodílového spoluvlastnictví ke dni zániku manželství. Manželé mohli využít své smluvní volnosti a od dříve kogentních ustanovení se odchýlit. Úprava dědického práva však na tuto změnu nijak nereagovala. Manželé nebyli zahrnuti mezi neopomenutelné dědice, nedošlo k zásahu do ustanovení týkajících se závěti.

---

[3] ČEŠKA, Z., KABÁT, J., ONDŘEJ, J., ŠVESTKA, J. et al. *Občanský zákoník. Komentář, Díl II.* Praha: Panorama Praha, 1987. s. 681.

V České republice nedošlo ke změně do roku 1998. Až zákon č. 91/1998 Sb., kterým se mění a doplňuje zákon č. 94/1963 Sb., o rodině, ve znění pozdějších předpisů, a o změně a doplnění dalších zákonů, zcela nově upravil manželské majetkové právo. Bezpodílové jmění manželů bylo nahrazeno společným jměním manželů, jehož předmětem nebyly už jen věci, ale i další aktiva a pasiva, a v rámci kterého byly možné různé modifikace.

Institut společného jmění manželů je založen na zásadě, že věci, jež ho tvoří, patří oběma spoluvlastníkům bez určení jejich podílů; to znamená, že každý z nich je vlastníkem celé věci, přičemž jeho vlastnické právo je omezeno stejným vlastnickým právem druhého. Společné jmění manželů představuje zákonné řešení majetkového manželského společenství, jehož podstatou je společné užívání a hospodaření s proměnlivou majetkovou masou. Z tohoto základního předpokladu se pak odvíjí i řešení právních situací, k nimž mezi manžely dochází a které je založeno na jiných principech než podílové spoluvlastnictví. U společného jmění mají oba manželé stejné postavení jako vlastník, v důsledku čehož nepřipadá mezi manžely převod majetku, jenž se nachází ve společném jmění, do úvahy[4].

Manželé od účinnosti zákona č. 91/1998 Sb. mohli smlouvou uzavřenou formou notářského zápisu rozšířit nebo zúžit stanovený rozsah společného jmění manželů, změnit rozsah majetku a závazků nabytých či vzniklých v budoucnosti, ale i majetku a závazků, které již tvoří jejich společné jmění. Dále bylo možné smlouvou uzavřenou formou notářského zápisu vyhradit zcela nebo zčásti vznik společného jmění manželů ke dni zániku manželství, pokud se nejednalo o věci tvořící obvyklé vybavení společné domácnosti.

Nově tento zákon upravil uzavření předmanželské smlouvy. Jak je uvedeno v § 143a odst. 3 občanského zákoníku: *Muž a žena, kteří chtějí uzavřít manželství, mohou smlouvou uzavřenou formou notářského zápisu upravit své budoucí majetkové vztahy v manželství obdobně.*

Ani na tyto změny nereagovala právní úprava týkající se dědění. Přes veškeré možnosti zúžení společného jmění manželů, nebyla ochrana pozůstalého manžela pro tyto případy zahrnuta do dědického práva. Je vždy otázkou, zda je vůbec vhodné do dědického práva zasahovat. Veškeré modifikace majetkového práva vyplývají z principu smluvní svobody, manželé měli možnost se rozhodnout, že nechtějí postupovat jinak než je v zákoně uvedeno. Nyní ale nelze vyloučit, že právní úprava bude zneužita v neprospěch jednoho z manželů.

[4] KRÁLÍK, M. *Podílové spoluvlastnictví v občanském zákoníku*. Praha: C. H. Beck, 2008. s. 56.

Ve Slovenské republice stále existuje institut bezpodílového spoluvlastnictví s možnými modifikacemi. Mohou rozsah spoluvlastnictví dohodou rozšířit nebo zúžit.

1.2 TESTOVACÍ VOLNOST MANŽELŮ

Od roku 1949 nebylo možné upravit poměry po smrti manželů upravit společnou závětí nebo smlouvou. Dobové komentáře uvádějí, že *občanský zákoník na jedné straně odstranil právní instituty, popřípadě se vyhnul právním institutům, které byly známy dřívějším úpravám dědického práva a jimiž byla kromě jiného omezena pořizovací volnost občana. Tak tomu bylo např. u tzv. dědických smluv, vzájemných testamentů, které nemohly být jednostranně zrušeny nebo odvolány*[5].

Dědické právo v České ani Slovenské republice ani v dnešní době uzavření společné závěti neumožňuje, resp. sankcionuje absolutní neplatností.

2. RODIČE A DĚTI

2.1 ZÁKONNÉ PODÍLY

České ani slovenské právo nečiní žádné rozdíly mezi manželskými a nemanželskými dětmi. Všechny zákony upravující majetkové vztahy mluví o dětech nebo potomcích, dále je nespecifikují.

Jak uváděla literatura, *podle platné právní úpravy se neprojeví rozdíl mezi sourozenci plnorodými (se zůstavitelem mají společné rodiče) a polorodými (se zůstavitelem mají společného jen jednoho z rodičů), jak tomu bylo ještě před 1. 4. 1964, kdy nabyl účinnosti občanský zákoník č. 40/1964 Sb. Tehdy totiž patřili sourozenci mezi dědice druhé skupiny a nastupovali na místo uvolněné po některém ze zůstavitelových rodičů. Z toho pak plynulo, že se sourozenec, který měl se zůstavitelem jak společného otce, tak společnou matku, podílel na uvolněných podílech obou. Naproti tomu polorodý sourozenec, který měl se zůstavitelem společného např. pouze otce, vstupoval do jeho podílu, ale neměl účast na dědictví při přechodu uvolněného podílu, který by jinak připadl zůstavitelově matce. Zařazením sourozenců do třetí dědické skupiny se tento rozdíl mez plnorodými a polorodými sourozenci z hlediska dědického nástupnictví stírá*[6].

Rozdíly již existují při rozlišování zletilých a nezletilých potomků. Občanský zákoník z roku 1950 považoval závěť za neplatnou v případě, že

---

[5] ČEŠKA, Z., KABÁT, J., ONDŘEJ, J., ŠVESTKA, J. et al. *Občanský zákoník. Komentář, Díl II.* Praha: Panorama Praha, 1987. s. 691.

[6] MIKEŠ, J. *Dědické právo (právní poradce pro každého*). Praha: Informatorium, 1993. s. 45.

zůstavitel nezanechal svým nezletilým potomkům tolik, kolik činí cena celého jejich zákonného podílu. Jiným potomkům měl zůstavitel povinnost zanechat nejméně tři čtvrtiny podílu, který by jim náležel podle ustanovení o dědění ze zákona.

Stejným způsobem byly zajištěni neopominutelní dědicové i v zákoně č. 40/1964 Sb., občanském zákoníku. Nezletilí potomci měli nárok na celý dědický podíl ze zákona, zletilí na tři čtvrtiny. Závěť by v tomto případě byla relativně neplatná, dědicové, kteří byli opomenuti, museli svá práva uplatnit. Právo na povinný díl nenáležel potomkům druhého stupně, jestliže jejich bezprostřední předek, tj. otec či matka, vůči zůstaviteli syn či dcera, neuplatnili právo na povinný díl, a tedy projevili souhlas s dědickým nástupnictvím podle závěti v celém rozsahu.

Od 1. 1. 1992 jak v České republice, tak na Slovensku, již zletilí potomci nemají nárok na tři čtvrtiny svého zákonného podílu, ale pouze na jednu polovinu. U nezletilých potomků ke změně nedošlo.

2.2 VYDĚDĚNÍ

Možnost vyloučit z dědění toho, kdo by jinak dědil, i kdyby na něj v závěti nebylo pamatováno, připouštěl jak občanský zákoník z roku 1950, tak obecný zákoník občanský z r. 1811, stejně jako právo platné do konce roku 1950 na Slovensku.

Po dobu téměř dvaceti let neměli možnost rodiče jakýmkoli způsobem vyloučit své potomky z dědění, protože jim jako neopomenutelným dědicům zaručoval zákon vysokou ochranu, kterou nebylo možné prolomit ani prostřednictvím závěti.

Institut vydědění se stal znovu součástí československého práva zákonem č. 131/1982 Sb., kterým se mění a doplňuje občanský zákoník a upravují některé další majetkové vztahy. Nově se stal součástí občanského zákoníku § 469a: *Zůstavitel může vydědit potomka, protože v rozporu s pravidly socialistického soužití neposkytl zůstavitelovi potřebnou pomoc v nemoci, ve stáří nebo v jiných závažných případech. O náležitostech listiny o vydědění a o jejím zrušení platí obdobně ustanovení § 476 a 480; v listině však musí být uveden důvod vydědění.* V žádném dalším ustanovení není vydědění upraveno. Komentář z roku 1987 uvádí, že *dojde-li k vydědění např. zletilého syna zůstavitele, nastupují na jeho místo jeho případní potomci, ale jen v rozsahu povinného podílu příslušejícího mu podle §479 oz*[7]. Pojetí bylo proto odlišné od dnešní právní úpravy jak v České republice, tak na

[7] ČEŠKA, Z., KABÁT, J., ONDŘEJ, J., ŠVESTKA, J. et al. *Občanský zákoník. Komentář, Díl II.* Praha: Panorama Praha, 1987. s. 666.

Slovensku, kdy dle § 469a odst. 2 občanského zákoníku může zůstavitel vztáhnout vydědění i na potomky osoby vyděděné.

3. REGISTROVANÍ PARTNEŘI

Registrované partnerství je upraveno pouze v České republice, a to v zákoně č. 115/2006 Sb., o registrovaném partnerství a o změně některých souvisejících zákonů (dále jen „zákon o registrovaném partnerství“). V souladu s tímto zákonem došlo i k významným změnám v občanském zákoníku. Nově je partner ve smyslu zákona o registrovaném partnerství uveden v první dědické skupině při dědění ze zákona. Nemá-li zůstavitel potomky, dědí dle § 474 občanského zákoníku ve druhé skupině manžel nebo partner, zůstavitelovi rodiče a dále ti, kteří žili se zůstavitelem nejméně po dobu jednoho roku před jeho smrtí ve společné domácnosti a kteří z tohoto důvodu pečovali o společnou domácnost nebo byli odkázáni výživou na zůstavitele. Partner je tedy v rámci dědických skupin uveden na stejné pozici jako manžel.

4. ZÁVĚR

Jak vyplývá z výše uvedeného, rodinné a dědické právo je velmi úzce propojeno. Dědické právo sice řeší především majetkové otázky po smrti rodinného příslušníka, ale významně se dotýká i rodinných vztahů. Ne vždy při legislativní změně jednoho předpisu došlo k novelizaci druhého, což mohlo některé z pozůstalých značně poškodit.

České a slovenská právní úprava je velmi podobná, což vyplývá především ze společných pramenů práva po dobu padesáti let. V českém právu na rozdíl od Slovenska byly ale nově upraveny instituty, např. registrované partnerství, rozvod dohodou, atd. Je tedy otázkou, zda se právní úpravy budou rozcházet nebo sbližovat.

Literature:

- KRÁLÍK, M. Podílové spoluvlastnictví v občanském zákoníku. Praha: C. H. Beck, 2008. 407 s. ISBN 978-80-7400-040-9.
- MIKEŠ, J. Dědictví a právo (právní poradce pro každého). Praha: Informatorium, 1993. 166 s. ISBN 80-85427-10-9.
- ČEŠKA, Z., KABÁT, J., ONDŘEJ, J., ŠVESTKA, J. et al. Občanský zákoník. Komentář. Díl II.: Praha: Panorama Praha, 1987.
- HOLUB, R. et al. Komentář k občan*skému zákoníku. Právo dědické.* Praha: Orbis, 1957. 381 s.

Contact – email
76215@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TVORBA PRÁVA V HISTORICKÉM VÝVOJI

LAW CREATING IN HISTORICAL EVOLUTION

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SUDĚBNIK MCHITARA GOŠE A JEHO VLIV NA PRÁVO KAVKAZSKÝCH NÁRODŮ

STANISLAV BALÍK

Ústavní soud ČR, Fakulta právnická ZČU, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek je věnován významné středověké arménské právní památce tzv. Suděbniku Mchitara Goše ze 12. století, jeho zdrojům a jeho vlivu na právo v kavkazských zemích. Suděbnik Mchitara Goše vychází z řady pramenů, zejména z biblických zákonů obsažených ve druhé a třetí knize Mojžíšově, církevních zákonů přijatých Efeským a Konstantinopolským koncilem a místními arménskými koncily, z práva jiných národů, a to křesťanských i islámských, a arménských právních obyčejů. Příspěvek se zabývá vlivem Suděbniku na pozdější arménské právní památky i na gruzínský zákoník Vachtanga VI. Pozornost je věnována i používání Suděbniku mimo arménské území, zejména v Polsku, kde král Zikmund I. v r. 1519 potvrdil latinský překlad Suděbniku jako oficiální předpis pro rozhodování ve věcech, jejichž účastníky byli Arméni. Suděbnik byl arménskou menšinou v Polsku používán až do r. 1790.

Key words in original language

Právní dějiny Arménie; Suděbnik Mchitara Goše; arménská menšina v Polsku; kavkazské země.

Abstract
The paper is devoted to the important mediaeval Armenian legal document from the 12th century known as the Sudebnik of Mkhitar Gosh, its sources, and its influence on the law in Caucasian countries.The Sudebnik of Mkhitar Gosh is based on a number of sources, in particular the biblical laws contained in the Second and Third Books of Moses, the ecclesiastic laws adopted by the Council of Ephesus, the Council of Constantinople and local Armenian councils, the law of other nations (both Christian and Islamic), and Armenian legal customs.The paper considers the influence of the Sudebnik on later Armenian legal documents and on the Georgian Code of Vakhtang VI. It also investigates the use of the Sudebnik outside Armenian territory, particularly in Poland, where in 1519 King Sigismund I acknowledged the Latin translation of the Sudebnik as the official code for rulings in matters concerning Armenians. The Sudebnik was used by the Armenian minority in Poland until 1790.

Key words
Armenian legal history; Sudebnik of Mkhitar Gosh; Armenian minority in Poland; Caucasian countries.

1. ÚVOD

Důvodem, pro který jsem se přihlásil na tuto konferenci s referátem o arménském Suděbniku Mchitara Goše, není primárně - ač by se tak na první pohled mohlo zdát - to, že Suděbnik zmiňuji na právnických fakultách v Plzni, Brně a Olomouci při výuce právních dějin mimoevropských zemí[1] a v Plzni navíc při výuce oboru právních dějin zemí a národů bývalého SSSR, kam arménská právní historie tématicky spadá. Není jím ani pouhé získání záminky k publikaci dalšího příspěvku s arménskou tématikou[2]. Příklad této středověké právní památky, jak bude podáváno dále, totiž velmi úzce souvisí s konferenčním tématem tvorby práva v historickém vývoji.

2. AUTOR A PRAMENY SUDĚBNIKU MCHITARA GOŠE

Mchitar Goš (cca 1130-1213) patřil bezpochyby k nejvýraznějším osobnostem arménské kultury 2. poloviny 12. a počátku 13. století, podle arménského právního historika Rubena Avakjana byl prý ve své době *"nejvýznamnějším ze všech nám známých znalců práva, jemuž nebylo rovného jak v Evropě, tak v Přední Asii."* Mchitar Goš je charakterizován jako *"zákonodárce, znalec práva, církevní a společensko-politický činitel, pedagog, básník, stoupenec nezávislosti Arménie, myslitel a učený mnich"*.[3] Tento vysoký církevní hodnostář (vardapet) většinu života tvořil v klášteře v dnešním Gošavanu, který založil a v němž sepsal nejen Suděbnik, ale i většinu svého bohatého literárního díla.

---

[1] Srv. blíže Balík S., Balík S. ml., Právní dějiny mimoevropských zemí (Stručný nástin). 2. rozšířené vydání, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. , 2006, str. 3-4; Balík S., Několik poznámek o výuce Obecných právních dějin a Právních dějin mimoevropských zemí na Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni od zahájení výuky do dnešních dnů, in: Knoll V. (ed.), Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, str. 13-17. Pro rozlišení budou jména autorů v poznámkovém aparátu a přehledu literatury uváděna takto: Balík S.= Stanislav Balík (1928), Balík S. (ml.)=Stanislav Balík (1956).

[2] Srv. Balík S. (ml.), Památník arménského písemnictví, Lidová demokracie, 3. 12. 1985, str. 1; Balík S. (ml.), Arménie: Příprava zákona o advokacii, Bulletin advokacie č. 10/2004, str. 103-104; Odlišné stanovisko soudce Stanislava Balíka (ml.) k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/06 (č. 10/2008 Sb.); Balík S. (ml.), Osnova Ústavy nezávislé Arménie Šamira a Akona Šamirjanových z let 1773-1788, in: Kokeš M., Pospíšil I. (ed.), In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a ústavním právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, str. 23-32.

[3] Srv. Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 233-234. O arménských dějinách podrobněji srv. dále např. Redgateová E. A, Arméni, Praha 2003; Šaginjan V., Dějiny Arménie od počátku až do roku 2000, Praha 2001; Орманян М., Армянская Церковь, Ереван 2005; Brentjes B., Arménie. Tři tisíce let dějin a kultury, Praha 1976 aj.

Mchitar Goš započal psaní Suděbniku v r. 1184. V té době byly sice k dispozici překlady Zákonů křesťanských císařů Konstantina, Theodosia a Lva, dále Eklogy a také biblických zákonů do staroarménštiny, které pořídil Gošův souputník Nerses Lambronatsi, k dispozici byla Mchitaru Gošovi jistě i Arménská kniha kánonů, sestavená v 8.století arménským katholikosem Hovanem Odznetsim, potvrzená třetím Dvinským koncilem v r. 719 a po dvě staletí doplňovaná.[4]

Autor Suděbniku sám v desáté hlavě Úvodu psal *"o tom, z jakých pramenů či od jakých národů se chystáme přejímat soudní řády potvrzující naši pravdu, a o tom, jaký je obsah našeho Suděbniku"*. Pokud jde o národy, s jejichž právem se seznámil a vzal je jako - řečeno moderní terminologií - referenční kriterium, Mchitar Goš uvedl:

"Za prvé, pokládáme za správné čerpat ze stávajících obyčejů, které jsou chovány v ústní podobě u Abraháma a dalších patriarchů, jakož i u pohanů; z těchto obyčejů, podle nichž se učili soudit cizoložníky, zloděje a vrahy.

Za druhé, přejímáme od všech křesťanských národů jako rodných bratrů. Co vše jsme slyšeli a viděli u jejich mravných soudů, to vše sepisujeme v Suděbniku.

Za třetí, přejímáme i od muslimů, vybíráme ale a nepřejímáme jejich chybné normy a soudní pravidla, která se učili u Mohameda, nýbrž pouze to, co převzali ze zákonů Mojžíšových."[5]

V citované desáté hlavě Úvodu Mchitar Goš zároveň napsal, že bude čerpat z knih Mojžíšových, z nichž výslovně uvedl Exodus a Deuteronomium, z kanonických knih a ze všech knih Starého a Nového zákona.[6]

Mohlo by se zdát, že Suděbnik Mchitara Goše je tak - alespoň podle slov svého autora - eklektickým zpracováním právních norem z různých právních řádů a arménských právních obyčejů. Z textu Suděbniku je však zřejmé, že Goš cituje nejvíce z knih Mojžíšových, dále z ostatních částí

---

[4] Srv. též Harutyunyan G. G., Constitutional culture: The lessons of the history and the challenges of the time, Yerevan 2005, str. 379, 382-383. (cituji dle anglického resumé monografie psané v arménštině).

[5] Srv. český překlad in: Balík S., Balík S. ml., Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005, str. 123-124. Tento překlad vychází z Армянсий "Судебник" Мхитара Гоша. Перевод с древнеармянского А. А. Паповяна. Редакция, вступительная статья и примечания Б. М. Арутюняна, Ереван: Институт истории АН Армянской ССР, 1954.

[6] Text Suděbniku Mchitara Goše v ruském jazyce přináší nejnověji Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 254-438. V dalším textu, pokud nebude uvedeno jinak, vycházím z tohoto ruského překladu.

Starého a Nového zákona a z církevních zákonů přijatých na různých koncilech. Autor v desáté knize Úvodu ostatně dal najevo, že přímá citace Koránu nepřichází v úvahu. O právu jiných křesťanských národů se Mchitar Goš zmínil spíše proto, aby dal najevo rozsah svého právnického vzdělání, jinak je v textu uvádí spíše výjimečně, jako např. v šesté hlavě Úvodu o tom, *"jaké by měly být soudy, žalobci a žalovaní"*, byzantský a gruzínský příklad tříčlenných soudních senátů z důvodů právně srovnávacích.

Suděbnik Mchitara Goše se skládá z Úvodu o dvanácti hlavách a dvou částí.První část o 124 článcích nese název Církevní zákony, druhá o 130 článcích je nazvána Světské zákony. Sepsáním arménského obyčejového práva jsou především Světské zákony, i zde má však původ v obyčejovém právu pouhých 43% článků.[7]

Články Suděbniku vycházející z biblického či kanonického práva mají nezřídka podobu spíše učebnice práva. Často začínají citátem z Bible či kánonu, někdy po citátu z Bible následuje výklad o odpovídajícím kánonu, posléze akceptace předloh nebo naopak jejich modifikace, odpovídající dobovým arménským reáliím. Za ukázky přibližující popsanou formu mohou posloužit např. čl. 163 a 164 Suděbniku, zařazené do Světských zákonů.

Článek 163 Suděbniku upravuje krádež volů, oslů a obdobných zvířat:

"Jestliže někdo ukradne vola nebo ovci, porazí jej nebo prodá, dá náhradou pět volů za vola a čtyři ovce za ovci. Jestliže nemá čím zaplatit, bude prodán za hodnotu ukradeného. Jestliže bude chycen a nalezne se u něho to, co ukradl, živé, ať je to vůl, osel či jiné obdobné zvíře, včetně ovce, poskytne dvojnásobnou náhradu.[8]

Zákon budiž jasný: za nenávratně odvedené je povinen zaplatit pětinásobek nebo čtyřnásobek, za nalezených pouze dvojnásobek. V tomto duchu přijmeme toto pravidlo zákona Mojžíšova."

Článek 164 Suděbniku je *"o soudu nad zloději, kteří se vloupali do domu".*

"Jestliže v domě bude přistižen zloděj, který, jsa raněn, zemře, tehdy se jeho zabití tomu, který jej zabil, nebude klást za vinu. Avšak jestliže nad zlodějem

[7] Srv. Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 236.

[8] Exodus, XXI, 37; XXII, 2, 3.

vyšlo slunce, tehdy na tom, kdo jej zabil, ulpí krev zabitého a ten, kdo jej zabil, sám má být zabit.[9]

Posvátný zákon Mojžíšův nepokládá za hřích zabití vykonané neúmyslně v noční temnotě.. Člověka, který zabil za úsvitu, je třeba soudit jako úmyslného vraha, neboť zloděje, lidi, které kradou, zákon káže vydat na smrt. My však ustanovujeme, jak je uvedeno, pokutu a výkupné jak v případě úmyslného, tak neúmyslného zabití. Ukradené se nahrazuje jako v ostatních případech, jestliže se ztratilo, čtyřnásobkem, neztratilo-li se, dvojnásobkem."

Zatímco Církevní zákony a Světské zákony obsahují normy kanonického i světského, převážně hmotného práva, má Úvod povahu nejen prologu či preambule, ale též pojednání právněfilosofického, teoretického, právně-etického a náboženského. Úvod se však zabývá i metodologickými otázkami, vysvětluje, proč je nutné sepsání práva, a jak má být právo aplikováno. Z hlediska tvorby práva je podstatné, že Mchitar Goš v desáté hlavě Úvodu mimo jiné napsal, že *"jsme položili základ Suděbniku, a je nutné, aby se postupně a ve všech časech rozrůstal, zahrnoval po pořádku všechna budoucí soudní rozhodnutí moudrých lidí."* Goš tak vedle dosavadních pramenů pro budoucnost připouští soudcovskou tvorbu práva a otevírá prostor pro novelizace a revize Suděbniku, který, ač byl napsán i z popudu katholikose kavkazské Albánie Stefanose[10], byl zprvu pouze právní knihou.

3. VLIV SUDĚBNIKU MCHITARA GOŠE NA PRÁVO KAVKAZSKÝCH NÁRODŮ

Vliv Suděbniku Mchitara Goše na právo kavkazských národů je obecně uznáván, diskuse se vede spíše o jeho rozsahu. Z pohledu shora naznačených úvah samotného autora Suděbniku o dalším osudu jeho díla lze pak následující významnou arménskou právní památku, Suděbnik Smbata Sparapeta z 2. poloviny 13. století, pokládat za další upravenou verzi Suděbniku Mchitara Goše. Některé skupiny autorů dokonce pokládají Smbatův Suděbnik za pouhý překlad či zkrácený překlad Suděbniku Mchitara Goše.[11]

---

[9] Exodus, XXII, 1. Při překladu vycházím z textu Suděbniku, nikoliv z novodobé podoby Bible. Pro porovnání srv. Bible. Písmo Svaté Starého a Nového zákona. Český ekumenický překlad. Praha: Česká biblická společnost 1996, str. 32-83.

[10] Srv. třetí hlavu Úvodu Suděbniku Mchitara Goše.

[11] Podrobněji o průběhu této diskuze srv. Авакян Р. О., Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, стр. 439-462.

Gošův Suděbnik byl znám i autorům osnovy Ústavy nezávislé Arménie Šamiru a Akonovi Šamirjanovým, žijícím ve 2. polovině 18. století v indickém Madrasu. Jak bude pojednáno dále, teritoriální působnost Suděbniku Mchitara Goše přesáhla díky rozsáhlé diaspoře Arménů arménské území, a to bez ohledu na to, kdo právě v samotné Arménii vládl. Jako právní kniha byl používán - s výjimkou, o níž bude dále řeč - ještě v této době.

Mimo Arménii se pak Suděbnik Mchitara Goše počátkem 18. století stal jedním z hlavních pramenů gruzínského Zákoníku Vachtanga VI. Z důvodu objektivity nelze souhlasit s názorem, že by však byl zdrojem jediným. Je evidentní, že obě právní památky dále vycházejí z biblických a církevních zákonů, Zákoník Vachtanga VI. reflektuje navíc gruzínské církevní i světské psané a obyčejové právo.[12]

Před nedávnem bylo namátkově poukázáno na obsahovou podobu ustanovení Zákoníku Vachtanga VI. o soudech a soudcích a kapitol V. a VI. Úvodu Suděbniku Mchitara Goše.[13] Gošův soudce tak měl být *"…hloubavý, rozumově vyspělý…Proto soudci přísluší být ve všech vztazích učeným, uměřeným, moudrým a nestranným…"*[14], Vachtangův soudce pak podle §3 Zákoníku *"zvídavý, bystrý, přemýšlivý v rozhodování, klidný, vážený a prozíravý"*. V obou případech měl být soudce spravedlivý a poslušný Boha.

Jednotlivé právní památky shora uvedené by si jistě zasloužily podrobnějšího srovnání, které rozsah tohoto spíše informativního příspěvku nedovoluje, jisté však je, že obecně vycházely ze shodných duchovních a hodnotových základů a že Suděbnik Mchitara Goše, který byl nejstarší z těchto právních pramenů, všichni pozdější autoři dobře znali a inspirovali se jím.

4. PŮSOBNOST SUDĚBNIKU MCHITARA GOŠE V ARMÉNSKÉ DIASPOŘE

Samostatnou kapitolou je aplikace Suděbniku Mchitara Goše arménskými komunitami, žijícími v diaspoře. Ty byly rozptýleny po celém dostupném světě. Je známo, že Arméni, jichž tradičně žije mimo vlast velké množství, obvykle neasimilují. Bylo tomu tak od samého počátku středověku, arménské komunity navíc zůstaly s Arménií v kontaktu i prostřednictvím

[12] Viz též Assatiani N., Bendianachvili A., Histoire de la Géorgie, Paris: L´ Harmattan, 1997, str.205; Code géorgien du roi Vakhtang VI, publié pour la première fois en version française et annoté par Josef Karst, Strasbourg, 1934 s komentáři z let 1935 a 1937.

[13] Srv. Balík S., Balík S. ml., Několik poznámek o procesních ustanoveních gruzínského Zákoníku Vachtanga VI., in: Pocta doc. Petru Hlavsovi k 70. narozeninám, Olomouc: Právnická fakulta UP (v tisku).

[14] Balík S., Balík S. ml., Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005, str. 123.

církevní organizace arménské církve, která byla tradiční ochránkyní národních tradic a kultury.

Arménské komunity v zahraničí žily svým vlastním právním životem, v němž sehrál Suděbnik Mchitara Goše významnou roli. O tom, že tomu tak bylo, svědčí i celá řada dochovaných rukopisů Suděbniku ve světových knihovnách.

Největšího uznání se Suděbniku Mchitara Goše dostalo v Polsku, na Ukrajině, i v dalších zemích Litevského knížectví resp. pozdější Polsko-Litevské unie. Zde se dostalo Arménům, obdobně jako německému obyvatelsvu zvláštního postavení a samosprávy.[15] Mezi arménskými komunitami dosahovaly většího významu např. komunity v Kamenci Podolském, Lvově a dalších městech.

Suděbnik Mchitara Goše byl pro věci Arménů zprvu aplikován jako právní kniha. Ještě v r. 1518 tak např. polský král Zikmund I. zrušil jako nezákonný rozsudek lvovského soudu, který podle magdeburského práva odsoudil k trestu smrti za cizoložství Arména, který udržoval poměr s manželskou lvovského měšťana. Král zároveň odsoudil lvovské soudce k pokutě 200 marek a každý arménský majitel domu ve Lvově obdržel satisfakci ve výši 20 grošů.[16]

V následujícím roce 1519 pak Zikmund I. dokonce potvrdil Suděbnik v překladu do latiny jako zákoník upravující rozhodování ve věcech, jejichž účastníky byli Arméni. Stalo se tak mimochodem deset let před vydáním prvého Litevského statutu.

Králův počin podtrhl aplikaci principu personality práva a umožnil arménským soudům Suděbnik nejen aplikovat, ale i judikatorně dotvářet. I v případě tzv. Zákoníku polských Arménů se tak objevují občas názory, že jde o samostatnou právní památku, která toliko čerpá z Gošova Suděbniku, převažuje však názor, že jde pouze o překlad Suděbniku. Ten byl v r. 1601 přeložen ještě do polštiny. Nelze ostatně přehlédnout i další obdobné mutace Suděbniku v dalších arménských komunitách.

Jak již bylo řečeno výše, působnost Suděbniku přesáhla arménské teritorium a polský příklad se liší od ostatních zemí především tím, že se Suděbniku dostalo oficiální královské sankce. Suděbnik tu takto platil až do r. 1790, kdy byla náboženská, správní a soudní autonomie Arménů zrušena.

---

[15] Podrobný přehled literatury a přehledné zpracování této problematiky zejména srv. Григорян В. Р., История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии), Ереван: Матенбдаран , 2005. passim

[16] Srv, Григорян В. Р., История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии), Ереван: Матенбдаран, 2005, s. 198.

5. ZÁVĚR

Závěrem ve vztahu ke konferenčnímu tématu lze shrnout, že arménský Suděbnik Mchitara Goše je významnou středověkou právní památkou, která nejen svojí teritoriální působností a aplikací překročila arménské území.

Suděbnik Mchitara Goše s dalšími právními památkami, jejichž se stal inspiračním zdrojem či předlohou, spojuje vazba k biblickým a církevním zákonům a tedy i náboženský kontext, který je Arménům i Gruzínům duchovně velmi blízký.

Z hlediska tvorby Suděbniku nelze přehlédnout Gošovo všestranné vzdělání, využití metod právněhistorické, komparatistické a právněfilosofické. Se sesbíranými normami Goš kriticky pracoval a reagoval tak na dobové poměry. Sám Goš vnímal svůj text pouze jako výchozí krok, vyjádřil se pozitivně k soudcovské tvorbě práva a budoucím novelizacím a revizím Suděbniku.

Suděbnik Mchitara Goše je tak po zásluze vnímán jako nosný pilíř ve vývoji arménského právního myšlení. Zcela jistě by si zasloužil samostatnou studii věnovanou právnímu rozboru jeho obsahu.

I v tomto případě se českému čtenáři *"ukazuje, že jistá současná geografická izolace Arménie by mohla být i příčinou nezaslouženého pozapomenutí právní památky, která svým významem přesahuje arménské národní právní dějiny a dokumentuje mimo jiné i skutečnost, že nikoho nelze a priori podceňovat."*[17]

Literature:

- Авакян, Р. О.: Памятники армянского права, Ереван: ЕФ МИЮИ-XXI ВЕК, 2000, 1018 с. ISBN 99930-859-0-1.
- Армянсий "Судебник" Мхитара Гоша. Перевод с древнеармянского А. А. Паповяна. Редакция, вступительная статья и примечания Б. М. Арутюняна, Ереван: Институт истории АН Армянской ССР, 1954.
- Assatiani N., Bendianachvili A., Histoire de la Géorgie, Paris: L´ Harmattan, 1997, 335 s. ISBN 2-7384-6186-7.

[17] Srv. .); Balík S. (ml.), Osnova Ústavy nezávislé Arménie Šamira a Akona Šamirjanových z let 1773-1788, in: Kokeš M., Pospíšil I. (ed.), In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a ústavním právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea, Brno: Masarykova Univerzita, 2009, str. 31-32.

- Balík , S., Balík ,S. ml.: Právní dějiny mimoevropských zemí (Stručný nástin). 2. rozšířené vydání, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o. , 2006, 223 s. ISBN 80-86898-62-8.
- Balík, S., Balík, S. ml.: Texty ke studiu právních dějin evropských zemí a USA, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2005. 271 s. ISBN 80-86898-28-8.
- Balík, S.: Několik poznámek o výuce Obecných právních dějin a Právních dějin mimoevropských zemí na Fakultě právnické Západočeské univerzity v Plzni od zahájení výuky do dnešních dnů, in: Knoll, V. (ed.): Acta historico-iuridica Pilsnensia 2006, Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2007, s. 13-17. ISBN 978-80-7380-085-7.
- Balík, S. (ml.): Památník arménského písemnictví, Lidová demokracie, 3. 12. 1985, str. 1.
- Balík, S. (ml.): Arménie: Příprava zákona o advokacii, Bulletin advokacieč. 10/2004, s. 103-104. ISSN 1210-6348.
- Balík, S. (ml.): Osnova Ústavy nezávislé Arménie Šamira a Akona Šamirjanových z let 1773-1788, in: Kokeš, M., Pospíšil, I. (ed.): In dubio pro libertate. Úvahy nad ústavními hodnotami a ústavním právem. Pocta Elišce Wagnerové u příležitosti životního jubilea, Brno: MasarykovaUniverzita, 2009, s. 23-32. ISBN 978-80-210-4837-9.
- Bible. Písmo Svaté Starého a Nového zákona. Český ekumenický překlad. Praha: Česká biblická společnost, 1996. ISBN 80-85810-11-5.
- Brentjes, B.: Arménie. Tři tisíce let dějin a kultury, Praha 1976.
- Code géorgien du roi Vakhtang VI, publié pour la première fois en version française et annoté par Josef Karst, Strasbourg, 1934 s komentáři z let 1935 a 1937.
- Григорян В. Р., История армянских колоний Украины и Польши (армяне в Подолии), Ереван: Матенбдаран, 2005. 300 s.

- Harutyunyan ,G. G.: Constitutional culture: The lessons of the history and the challenges of the time, Yerevan, 2005. ISBN 99930-66-38-9.
- Odlišné stanovisko soudce Stanislava Balíka (ml.) k nálezu Ústavního soudu ČR sp. zn. Pl. ÚS 2/06 , č. 10/2008 Sb.
- Орманян, М.: Армянская Церковь, Ереван: АНКЮНАКАР 2005, 238 s., ISBN 99941-949-4-1.
- Redgateová: E. A, Arméni, Praha: Nakladatelství Lidové noviny, 2003, 424 s. ISBN 80-7106-350-9.
- Šaginjan, V.: Dějiny Arménie od počátku až do roku 2000, Praha: Univerzita Karlova v Praze - Nakladatelství Karolinum 2001, 209 s. ISBN 80-246-0196-6.

Contact – email
Balikovi@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

JUSTICE AS PRINCIPLE OF LAW CREATING IN LITHUANIA

LINAS BAUBLYS

Mykolas Romeris University, Lithuania

Abstract in original language
Contradiction of justice and law is a classical problem of legal and philosophical discourse. Evidently, that all classical thinkers (from Plato till Thomas Aquinas) believed in existence of some particular idea of justice. But some periods in thinking process (i.e. rationalism, empirism) and some historical events (i.e. Jan Huss process, 2 World wars) completely changed the definition of justice and also understanding of contradiction of justice and law. The goal of this article is to show how these scientific and historical changes influenced Lithuanian legal practice and legal doctrine. One of legal example of problematic of contradiction of justice and law is the process of the restitution of nationalized private property rights in Lithuania after regaining independence in 1990. One of political example of the relativity of justice is the process of impeachment to the one member of the Parliament of the Republic of Lithuania. The analysis of those examples show what a problem exists in the moral and legal consciousness and also in the jurisprudence of Lithuania. One of sources of this problem is scientific and historical changes of XIX and XX centuries.

Key words in original language
Justice; Justice and law contradiction; Valuable relativism; Legal practice; Legal discourse.

Contradiction of justice and law is a classical problem of legal and philosophical discourse. That's dogmatic that justice was the point of interest more than 2000 years in works of Hesiod (Works and days), Plato, Aristotle, stoics, Cicero, Ulpian, Augustine, Thomas Aquinas, Thomas Hobbes, John Locke, David Hume, John Rawls etc. Evidently, that all these classical thinkers believed in existence of some particular idea of justice.

But some periods in thinking process (i.e. rationalism, empirism, positivism) and some historical events (i.e. Jan Huss process, 2 world wars) completely changed the definition of justice and also understanding of justice and law contradiction.

Scientifically changes in the definition of justice was clearly pronounced in the conception of legal positivism from XIX century in works of J. Bentham, J. Austin, H. Kelsen, H.L.A. Hart etc[1]. Legal positivism "states

[1] Rüthers B. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit: Defizite eines Begriffs. Zürich, 1991, p. 7–16.

that there is no inherent or necessary connection between the validity conditions of law and ethics or morality. Therefore, in legal positivism, the law is seen as being conceptually separate (though of course not separated) from moral and ethical values, and it simply sees the law is posited by lawmakers, who are humans. It should be noted that although a positivist's view of law is that it is ultimately a matter of human custom or convention, this does not entail or presuppose that positivists endorse laws of any particular content, or the view that valid law is always to be obeyed by citizens or applied by judges. The positivist argument is solely about the nature of law as a human institution"[2].

Historical changes of XX century and their impact to justice as one of great human idea was clearly pronounced by J.-F.Lyotard, who wrote about the collapse of the "Grand Narrative": "these meta-narratives - sometimes 'grand narratives' - are grand, large-scale theories and philosophies of the world, such as the progress of history, the know ability of everything by science, and the possibility of absolute freedom. Lyotard argues that we have ceased to believe that narratives of this kind are adequate to represent and contain us all. We have become alert to difference, diversity, the incompatibility of our aspirations, beliefs and desires, and for that reason post modernity is characterized by an abundance of micro narratives"[3].

It means that modern justice conception is influenced by valuable relativism (i.e. euthanasia, abortion, cloning, homosexuality, set of taxes, even the judgment of the court).

How these scientific and historical changes influenced Lithuanian legal practice and legal doctrine is one of my scientific interests and also aim of this article.

I'd like to produce some legal and political examples.

First of them is the process of the restitution of nationalized private property rights (that the Soviet Union had abolished in 1940 and 1944) in Lithuania after regaining independence in 1990.

European foundation of restitution is Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", Article 1 of Protocol No.1 provides as follows: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law".

---

[2] http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_positivism

[3] http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Fran%C3%A7ois_Lyotard#The_collapse_of_the_.22Grand_Narrative.22

The Parliament of the Republic of Lithuania legalized the restitution in "The Restitution of Property Act" of 1991.

It means that the Republic of Lithuania has obligated to protect the breached rights. Though, it is necessary to emphasize that it had a right not to do so as well, because The European Court of Human Rights has already pointed out the fact "that the state has no such duty as to return the nationalized property. However, if the state is able to shoulder this kind of duty, the individual has all the chances to defend his rights according to the Article 1 of Protocol No.1 from the moment of recognition of the right to nationalized property" [4].

But the problem of restitution arose, because during the 50 years the nationalized houses were rented by other people who often did not know about the nationalization. So unconditional restitution would mean that these innocent people were sent out of their houses into the street. Thus, unconditional restitution would be unjust as well.

This question reached the Constitutional Court of the Republic of Lithuania and it expressed in its decree as follows:

"Upon nationalization and socialization in other unlawful manner of land, banks, heavy industry, other property, including residential houses, carried out of occupation government, the human natural rights to possess private property was denied. The property illegally disseized from did not become state property and it is to be considered disposed of by the state only in fact"[5].

Nevertheless, taking into account the changed relations of legal property during these 50 years, the Constitutional Court pointed out that "the owners of nationalized property are not recognized as proprietors" though it would be followed from the earlier conclusion, that "the confiscated property did not become the state's property."

The Constitutional Court pointed out that:

"Justice may be implemented by ensuring the equilibrium of interests by escaping fortuity and self-will, instability of social life and conflict of interests. It is impossible to attain justice by recognizing the interests of only group or one person and by denying the interests of others at the same time. It is impossible to solve clashes of interests by making absolute the protection of rights of a person who attempts to restore the rights of

[4] Švilpaitė E. Neišnaudotos galimybės: nuosavybės apsauga pagal Europos žmogaus teisių konvencijos Pirmąjį protokolą. Justitia, 2005 m. Nr. 1 (55), p. 44

[5] The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. 22. December 1995. http://www.lrkt.lt/doc_links/main.htm

ownership to residential house by getting it back in kind, and at the same time denying the right of tenants to possess a dwelling place"[6].

It means that to attain justice in a case like that we have to strive for equilibrium of interests. The consequences of such solution was that restitution doesn't make place. It means that the people who lost their property until now doesn't have possibility to rebuilt owners rights.

As a prove, there can be given an example of one particular case, which has reached The European Court of Human Rights[7]. In that case it is specified that the owners of the nationalized property have handed an application for the return of the property held by state, but the judgment on their behalf was accepted only in year 2000 and only in the Supreme Court of Lithuania. Despite of the fact the institutions which were responsible for the restitution were not able to return the property and as a consequence the case reached The European Court of Human Rights in 2004. Thereby, rises a reasonable question, what is the commitment to return the nationalized property, worth? Citizens, who have already suffered from occupation authority, suffers once more for it's own – native country, Lithuania, because they are forced to litigate with it in courts for even more than ten years[8].

To understand this problem we should ask the main question:

- Can equilibrium of interests be achieved in this case without restitution?

- Also we should ask other questions:

- Does it mean that the people who's property was nationalized are only the equal side of the interests?

- Does it mean that problem should be solved by compromise or equilibrium of interests?

- Does it mean that robbed people demand to restore their property without compromise is regarded as unjust?

To my opinion, the Constitutional Court's mistake is the proposition that the restoration of nationalized property is only a question of equilibrium of interest. In this case to achieve justice, firstly we should talk about

---

[6] Ibid.

[7] The ruling of the European Human Rights Court. Užkurėlienė v. Lithuania, no. 62988/00, ECHR 7 April 2005 http://www.echr.coe.int/eng/Press/2005/April/Announcejudgments5-7042005.htm

[8] Ibid.

restitution, i.e. eliminating consequences of legal delict, not about compromise. The compromise of interest, i.e. protection of tenants, should be discussed only on the second place.

This problem could be solved:

- By recognizing the owners as aggrieved party and restoring their rights of ownership.

- By protection the rights of tenants, i.e. provide guaranties from wanton eviction till obtaining other or their own domicile.

The more interesting situation is in our neighboring country.

In 1917, a property was nationalized in Belarus. The law of privatization was passed in 1993. A citizen whose property was nationalized in 1917, in 1993 was still living in his house as a tenant. He appealed to the government institutions, asking to restore his property. The answer by the Court was that the citizen must acquire his lodging in common order[9]. Thus, the Constitutional Court let the citizen to buy his home from the state, that some years ago took his home from him.

One more legal example - the case V.Landsbergis vs. UAB „Ūkininko patarėjas“[10].

Claimant V.Landsbergis has made a requirement that the announcement of the local newspaper „Ūkininko patarėjas‘‘ which has accused him of stealing from Lithuania and „Mažeikių nafta“ and reselling to the Russia, should be recognized unfaithful and humiliating his as a human‘s honour and dignity. Claimant motivated his demand, by explaining that he certainly did not steal from Lithuania and „Mažeikių nafta‘‘ and did not resell anything to Russia as well, and calling him a „theft‘‘ was qualified by the claimant as an insult of his honour and dignity[11].

It is essential to stress that the claimant motivated his requirement by the decision No.1 made by the judges of the Supreme Court of Lithuania, which provides applying norms of the Civil Code, by defending human‘s honour and dignity civil cases, where is stated: “whether the broadcasted information are humiliating or not, should be proved by the claimant. Characteristics of the broadcasted information is not being determined, when the used words, are without a doubt humiliating. Definitions “theft”,

[9] Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus. Minsk, 2005’4

[10] The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania. http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=27663

[11] Ibid.

"cheater", "drunkard" etc., in society are usually interpreted homologous and spreading them to sensible and moral individuals certainly creates a negative opinion of the person"[12].

However, when this case was heard in the courts of Lithuania , it was clarified that all those affirmations which are understood in society homologous, and impacts the sensible and moral individuals in a negative way , do not always understood homologous in the courts. The court of first instance claimant's accusation of being a "theft" found unfaithful and his - V.Landsbergis, dignity and honour humiliating information. Court has explained his arguments by the practice of The Supreme Court. But the court of Appeal Court overruled the judgment made by the court of the First instance. Such a reasoning for determined judgment are completely complicated and uncertain[13]. That was also admitted by the Court of Cassation, which overruled the decision of the Appeal Court and stated, that the judgment of the court of the first instance is lawful and there can not be any disagreements[14].

This case proves, that even visible expressions in the jurisprudence of Lithuania Courts sometimes can be recognized relatively.

Some more political examples.

The member of the Lithuanian Republic Parliament A. Butkevičius was sentenced to commit a crime for corruption. But when the Court decision came into force, the Parliament did not take away the deputy's mandate because while voting there were not enough votes. So being in prison, he further was left the representative of nation. While being in prison! By the way, he was my representative, because he was selected in my electoral district.

A puppet government was established when the Red Army occupied Lithuania in the 1940s. Its leader J. Paleckis signed the treaty and proclaimed "The Declaration of signing up the Union of the Soviet Republics" [15].

---

[12] The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania. http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=26782

[13] The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania. http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=27663

[14] Ibid.

[15] Lietuvos įstojimo į Sovietų Socialistinių Respublikų Sąjungos sąstatą deklaracija. *Vyriausybės žinios*. 1940, Nr. 719-5744

In the 1990s, when Lithuania restored its independence, the Parliament of the Republic of Lithuania passed the law that this "declaration" was acknowledged as unlawful.

However, the author's son of this Declaration of the Puppet Government in 2004, when the Lithuania Republic became the member of the European Union, was elected as Lithuania representative member of European Parliament. So he holds one of the highest posts in foreign policy. In second time he was elected in 2009.

These and many other legal, political, economic etc. examples bring such conclusions:

1. The philosophic, moral, political etc. problem of definition of justice takes part in the law creation and judgment of Lithuania.

2. The conceptual problem of valuable relativity determines that the concrete problems and concrete legal cases becomes unresolved.

3. Therefore, many people in Lithuania do not trust in Justice.

Literature:

- Bulletin of the Constitutional Court of the Republic of Belarus. Minsk, 2005'4
- http://en.wikipedia.org/wiki/Legal_positivism
- http://en.wikipedia.org/wiki/Jean-Fran%C3%A7ois_Lyotard#The_collapse_of_the_.22Grand_Narrative.22
- Lietuvos įstojimo į Sovietų Socialistinių Respublikų Sąjungos sąstatą deklaracija. Vyriausybės žinios. 1940, Nr. 719-5744
- Rüthers B. Das Ungerechte an der Gerechtigkeit: Defizite eines Begriffs. Zürich, 1991, p. 7–16.
- Švilpaitė E. Neišnaudotos galimybės: nuosavybės apsauga pagal Europos žmogaus teisių konvencijos Pirmąjį protokolą. Justitia, 2005 m. Nr. 1 (55), p. 44
- The ruling of the Constitutional Court of the Republic of Lithuania. 22. December 1995. http://www.lrkt.lt/doc_links/main.htm
- The ruling of the European Human Rights Court. Užkurėlienė v. Lithuania, no. 62988/00, ECHR 7 April 2005

http://www.echr.coe.int/eng/Press/2005/April/Announcejudgments5-7042005.htm

- The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania. http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=27663
- The ruling of the Supreme Court of the Republic of Lithuania. http://www.lat.lt/4_tpbiuleteniai/senos/nutartis.aspx?id=26782

Contact – email
temis@mruni.eu

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AEQUITAS JAKO PRVEK TVORBY ŘÍMSKÉHO PRÁVA

KAMILA BUBELOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá společensko-právními okolnostmi, které měly vliv na utváření římskoprávní představy o ekvitě a rozborem několika případů, při kterých bylo právo aplikováno právě na jejím základě. Závěrem se autorka snaží dovodit obecnější závěry o podstatě tohoto mimořádného fenoménu v dějinách práva a jeho přínosu pro současné právní systémy.

Key words in original language
Spravedlnost; Aequitas; Římské právo; Soudní rozhodnutí; Rozsudek.

Abstract
The contribution deals with social and legal circumstances which influenced the formation of Roman perception of equity and ||analysis of several cases when the law was applied on its basis. In conclusion the author tries to deduce more general conclusions about the nature of this extraordinary phenomenon in the history of law and its benefits for present systems of law.

Key words
Aequitas; Equity; Justice; Decision; Roman law; Judgement.

I. Úvod

Když v roce 1993 publikoval prof. Peter Blaho svůj příspěvek Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve,[1] vybral si pro úvodní vymezení problému jednu z encyklopedických variant vysvětlení obsahu římskoprávní aequitatis, jak je vykládá ve své knize H. Heuman.[2] Dovolím si tímto vymezením začít také a na práci prof. Blaha tak částečně navázat.

H. Heuman rozeznává pět významů pojmu aequitas v římském právu: 1. souměrná rovnováha v právních vztazích, 2. sladění právních poměrů, institutů a prostředků s duchem přirozeného nebo občanského práva (tzv. ratio), obzvláště působením přirozené ekvity v ius naturale nebo ius gentium, 3. shoda pozitivněprávních ustanovení se smyslem pro přirozené právo, 4. rozumové zohlednění individuality každého právního vztahu při

[1] Blaho, P.: Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve, in: Slušnosť v práve (sborník z konference), Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava 1993, s. 97 – 109.

[2] Heuman, H. (ed. Seckel, E.): Handlexikon zu den Quellen des römischen Recht, Jena 1907, s. 22.

aplikaci pozitivní právní normy, které jednak shodné rozhoduje shodně, ale zároveň věc přetváří při zvláštním posouzení každé kauzy, 5. zmírnění (zjemnění) přísného práva,[3] aby se přiblížilo přirozenoprávnímu vnímání spravedlnosti (slušnosti) v pravém, původním smyslu.

Ani těchto pět vypočtených možných významů však ještě nezahrnuje všechny možné prvky působení aequtiatis v římském právu, což je jeden z důvodů, proč je stále zkoumána jak s ohledem na její původní význam, tak s ohledem na její přínos pro moderní právní systémy.[4] V tomto krátkém pojednání se chci pozastavit nad tím, jak aequitas působila na tvorbu práva v několika konkrétních případech.

Než však přistoupíme ke kazuistice, nelze opominout ani lingvistický úvod. Co vlastně v sémantické rovině znamená pro právníka slovo aequitas? Nemůže to být jenom rovnost, neboť pak by se vyjádřila slovem aequalitas,[5] a nemůže to být ani spravedlnost, protože pro tu existuje ještě bližší (výstižnější) slovo iustitia.[6] Aequitas je magistrátská (rozhodovací) nestrannost; oproti ius znamená vyšší spravedlnost s ohledem na mravnost a slušnost.[7] Lze ji tedy přirovnat k úkolu současných soudců aplikovat právo v rámci soudcovského rozhodování podle § 3 odst. 1 občanského zákoníku v souladu s dobrými mravy.[8] M. Bartošek ve své encyklopedii[9] akcentuje právě tento pohled, když považuje ekvitu za nejdůležitější tvůrčí princip výkladu a tvorby římského práva, jehož východiskem byla formální rovnost občanů před zákonem a hledání správného východiska přirozeným právním cítěním (aequitas naturalis).

---

[3] K tomu viz Pringsheim, F.: Ius aequum und ius strictum, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtgeschichte, Nr. 52, 1932, s. 78 – 155.

[4] Jovanović, M.: Aequitas and bona fides in the legal practice on ancient Rome and the prohibition of the abuse of rights, in: Facta universitatis – series Law and Politics, vol. 1, Nr. 7, Niš 2003, s. 763 – 789 (dostupné online na http://facta.junis.ni.ac.rs/lap/lap2003/lap2003-03.html - citováno ke dni 29. 11. 2009).

[5] Pražák, J., Novotný, F., Sedláček, J.: Latinsko-český slovník, KLP, Praha 1999, s. 41.

[6] Ibidem, s. 741.

[7] Ibidem, s. 42.

[8] Nález Ústavního soudu ČR sp. zn. I. ÚS 643/04 (citováno dne vyhledávacího systému NALUS): „Zásada souladu práv, resp. jejich výkonu s dobrými mravy představuje významný princip, který v odůvodněných případech dovoluje zmírňovat tvrdost zákona a dává soudci prostor pro uplatnění pravidel slušnosti (ekvity). Pojem dobré mravy nelze vykládat pouze jako soubor mravních pravidel užívaných jako korektiv či doplňující obsahový faktor výkonu subjektivních práv a povinností, ale jako příkaz soudci rozhodovat v souladu s ekvitou („haec aequtias suggerit…“), což ve svých důsledcích znamená nastoupení cesty nalézání práva.“

[9] Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Panorama, Praha 1981, s. 65 – 66.

Oddělovat aequitas[10] od iustitiae však zcela nelze, neboť jsou vzájemně provázány natolik, že např. v době císaře Claudia II.[11] byly vnímány jako synonyma, jak můžeme vyvodit z rubu mince,[12] na kterém je zobrazena alegorická postava bohyně Spravedlnosti (žena s mečem a váhami), ale nápis zní Aequitas.[13] Není však úkolem tohoto příspěvku hledat obsah slova spravedlnost, ačkoli je to téma blízké; pojem spravedlnost budiž zkoumán zvlášť.[14] Pro účely následujícího výkladu oddělme[15] spravedlnost jako ideální vlastnost práva od aequtiatis jako smyslu pro spravedlnost, prostředku a cesty k jejímu dosažení. Rovněž je třeba odlišit pojem aequitas od pojmu bona fides, který je významově užší a váže se k obligačnímu a věcnému právu.[16]

II. Zastavení u Cicerona

Ačkoli M. T. Cicero[17] nebyl právník, ale řečník, věnoval problematice smyslu pro spravedlnost samostatnou knihu.[18] Nezapře v ní vliv stoické

---

[10] K římskoprávnímu pojetí např. Mayer-May, T.: s. v. Aequitas, Der Kleine Pauly, Bd. 1, Stuttgart 1964, s. 97 – 98.

[11] Císař Claudius II. vládl Římské říši v letech 41 – 54 po Kr.

[12] Studie k této problematice viz Lange, H.: Die Wörter Aequitas und Iustitia auf römischen Münzen, dostupné online na http://interclassica.um.es – citováno ke dni 29. 11. 2009.

[13] Fotokopii mince lze shlédnout online na http://en.wikipedia.org/wiki/Aequitas (citováno ze dne 29. 11. 2009).

[14] Z široké nabídky literatury např. Večeřa, M.: Spravedlnost v právu, Masarykova univerzita, Brno 1997; Barány, E.: Pojmy dobrého práva, EuroKódex, Bratislava 2007; Dworkin, R.: Když se práva berou vážně, Praha 2001, Hart, H. L. A.: Pojem práva, Praha 2004, Rawls, J.: Teorie spravedlnosti, Praha 1995; Studený, V.: O kvantitativní kvalifikaci spravedlnosti, Masarykova univerzita, Brno 2006 (dostupné online, citováno ke dni 29. 11. 2009) a mnohé další.

[15] Jakkoli jsem si vědoma, že např. Cicero tyto dva pojmy neobyčejně zdatně prolíná; viz např. „A spravedlivé činy jsou vesměs slušné, kdežto nespravedlivé jsou stejně tak neslušné, jako hanebné.“ Citováno z: Cicero, M. T.: O povinnostech, přeložil J. Ludvíkovský, Svoboda, Praha 1970, s. 62.

[16] Fercia, R.: Appunti in tema di obbligazioni generische tra „bona fides“ ed „aeqitas“. In: Diritto e Storia, č. 5/2006, dostupné online na http://www.dirittoestoria.it/5/Tradizione-Romana/Fercia-Obbligazioni-generiche-bona-fides-aequitas.htm (citováno ke dni 29. 11. 2009). K pojmu dobrá víra v římském právu viz rovněž příspěvky českých a slovenských autorů ve sborníku Bona fides, Právnická fakulta Univerzity Karlovy, Praha 1999.

[17] Marcus Tullius Cicero žil v letech 106 př. Kr. – 43 př. Kr.

[18] Viz dílo citované v poznámce č. 15. K tématu rovněž v Ciceronových knihách O zákonech a O nejvyšším dobru a zlu.

filozofie,[19] ale přes jasné filozofické zaměření výkladu z něj lze excerpovat i některé právní náhledy. Např. uvádí složky čestného jednání: 1. dávat každému, co jeho jest, 2. zachovávat smlouvy, 3. udržet si sílu vznešeného a nepřemožitelného ducha (opak malichernosti?) a 4. zachovávat řád a míru ve všech činech a slovech (uměřenost a zdrženlivost).[20]

Z právních záležitostí bych ještě ráda zmínila, že Cicero dával i praktické návody, jak jednotlivých složek čestnosti (slušnosti) dosáhnout: např. k výše uvedenému bodu č. 1.: věci nezjištěné nepokládat za pravdivé (presumpce neviny),[21] spravedlnosti dosahovat čestnými způsoby (neboť teprve takové jednání zaručuje člověku označení „poctivý muž"), tj. hlavně tak, aby člověk neškodil druhému, ledaže byl nespravedlivě napaden (nutná obrana), a aby užíval společných statků jako společných, a soukromých jako soukromých (ohled na společné zájmy a respekt k cizímu vlastnictví).[22] O tom, že Ciceronovy výklady o smyslu pro čestnost a spravedliost jsou skutečně obecného charakteru, svědčí i skutečnost, že jeho zásady převzal do výkladů o křesťanských ctnostech i sv. Ambrož.[23]

K bodu 2. Cicero vysvětluje, že základem spravedlnosti je věrnost, tj. stálost a opravdovost v slibech a úmluvách; zatímco nespravedlnost se projevuje dvěma způsoby – křivdou druhému a neposkytnutím pomoci těm, jimž se křivda děje.[24] Křivda se podle něj děje dvojím způsobem, násilím nebo lstí; lest připomíná lišku, násilí lva, ale větší pohrdání zasluhuje lest, neboť žádný z druhů nespravedlnosti není horší, než když se snaží zdát poctivými právě ti idé, kteří se dopouštějí podvodu.[25] Podle Cicerona ten, kdo propadne touze po moci, cti a slávě, zapomíná na spravedlnost. Přesto však vidí i případy, kdy je možno z důvodu spravedlnosti zrušit závazky, a to tehdy, když by splnění bylo k neprospěchu toho, komu jsme slib dali. Zde citujme i nejčastější příklad prétorské pomoci proti přísnému právu, zavedení actio doli (žaloba z podvodu, nazývaná Ciceronem „metla na

[19] Viz např. Dostalík, P.: Vliv řecké filozofie na formování římských představ o státu, in: Pocta Stanislavu Balíkovi k 80. narozeninám, Plzeň 2008, s. 66 – 78.

[20] Dílo citované v poznámce č. 15, s. 31.

[21] Ibidem, s. 32.

[22] Ibidem, s. 33; Pozn. aut.: Výklad pojmů v textu v závorkách vkládám podle významu, jaký mají v současném právu.

[23] Viz Jaroslav Ludvíkovský v předmluvě k dílu citovanému v poznámce č. 15. Prostřednictvím renesanční etiky Erasma Rotterdamského se Ciceronovy názory dostaly až do doby moderní, která označila ideál čestného člověka slovem gentleman. Srovnej také anglický výraz pro ekvitu: fairness, férovost.

[24] Viz dílo citované v poznámce č. 15, s. 34: „Nejčastěji se však lidé odhodlávají ke křivdě, aby dosáhli splnění svých choutek, a na této neřesti má největší podíl lakota."

[25] Viz dílo citované v poznámce č. 15, s. 42.

všechny úskoky“): „A kdo by dále neuznal, že není třeba dodržovat takové sliby, které člověk činí pod nátlakem, ze strachu, nebo když byl obelstěn? Takové sliby přece většinou bývají prohlašovány právem prétorským a některé i přímo zákony za neplatné.“[26]

K bodu 3. Cicero uvádí, že je nutno rozlišovat úmyslné a nedbalostní zavinění, neboť „při každém nespravedlivém činu je třeba pečlivě rozlišovat, zda se činí bezpráví v záchvatu nějaké vášně, jenž bývá obyčejně krátký a dočasný, nebo úmyslně a záměrně“. Rozlišovacím znakem pro rozeznání zlého úmyslu je mu pochybnost: čestnost je totiž sama svou podstatou jasná, kdežto jakékoli pochybování už prozrazuje, že člověk pomýšlí na bezpráví.[27]

Nejrozsáhlejší výklad věnuje Cicero bodu 4. Aby nedocházelo ke „zlomyslnému a chytráckému výkladu práva“, z něhož pochází pořekadlo vrchol práva – vrchol bezpráví, je nutno postupovat čestně, tj. nevykládat literu zákona formalisticky. Uvádí zde příklad vojevůdce, který uzavřel s nepřítelem příměří na třicet dní a potom v noci pustošil nepřátelské území s odůvodněním, že příměří bylo uzavřeno na dny, nikoli na noci. Takové chytráctví se s čestností a smyslem pro spravedlnost neslučuje.[28] Vysvětluje také, že prokázání dobrodiní je otázka rozhodnutí, ale splatit dobrodiní musí každý, kdo chce být čestným člověkem: jedinou omluvou by mohlo být, že by se musel přitom dopustit nějakého bezpráví.[29]

Právě smysl pro slušnost a poctivost dle Cicerona odlišuje člověka od zvířat, kterým lze přičíst např. statečnost. Smysl pro slušnost a poctivost (aequitas) má základ v pospolitosti lidí, v záměru vzájemně spolu vycházet. Hovoří i o správě společných věcí, které – pokud nebyly vyčleněny podle občanského práva správě soukromé – mají být užívány podle řecké zásady „mezi přáteli je vše společné“.[30] Cicero považoval za součást slušnosti i zachovávání míry a řádu ve veškerém konání, neboť věděl, že je nesnadné, aby si ten, kdo zatouží vyniknout nad všechny (tj. získá např. magistraturu), zachoval smysl pro rovnost, jež je „nejvlastnějším znakem spravedlnosti“.[31]

Není smyslem této práce vysvětlovat celou Ciceronovu nauku o smyslu pro spravedlnost; považovala jsem však za vhodné, abych ji zde krátce

---

[26] Ibidem, s. 37.

[27] Ibidem, s. 36.

[28] Ibidem, s. 38.

[29] Ibidem, s. 44.

[30] Ibidem, s. 46.

[31] Ibidem, s. 50.

představila, neboť bude nápomocna pro větší srozumitelnost následujícího výkladu samotných právních pramenů.

III. Pojmy dobrého práva v římských pramenech

Pojem aequitas není jediná významová varianta, kterou v textech římských právníků nalezneme. Kromě ní se vyskytuje nejčastěji ještě obrat „bonum et aequum“ (dobré a správné), „bonum“ (dobro) nebo „iniquum“ (neslušnost, rozpor se smyslem pro spravedlnost, opak slova aequitas). Kromě klasické Celsovy definice, že právo je umění dobrého a spravedlivého (ius est ars boni et aequi)[32] se v samém začátku první knihy Digest i císař Justinián hlásí ke znalosti dobrého a spravedlivého, neboť si přeje umět odlišit slušné od neslušného jako dovolené od nedovoleného a i on zakládá jejich použití na pravé, ne předstírané filozofii.[33] V těchto zmíněných pramenných místech se hovoří o pojmu aequum, a jeho významem zde není rovnost, nýbrž spravedlnost. Vidíme tedy, že kde je zajištěna rovnoprávnost, nastupuje i spravedlnost.

Rozdíl mezi spravedlností a ekvitou v římskoprávním pojímání můžeme demonstrovat na těchto dvou fragmentech:

D 1. 1. 10. pr. Ulpianus libro primo regularum: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.

Překlad: Ulpián v první knize Právních pravidel: Spravedlnost je neměnná a stálá vůle dát každému jeho právo.

D 1. 1. 11. pr. Paulus libro quarto decimo ad Sabinum: Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum in quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale.

Překlad: Paulus v knize čtvrté svých komentářů K Sabinovi: Slovo právo užíváme ve více významech – v jednom je přirozeným právem, které hovoří o tom, co je slušné a dobré vždy.

Vycházejíc z těchto dvou fragmentů vidíme, že aequitas je cesta k naplnění iustitiae. Iustitia naplňuje právo člověka, aby obdržel (ve všech smyslech toho slova) vše, co mu náleží. A to lze realizovat pouze spojením ustanoveného práva s právem přirozeným, dle kterého každý člověk má smysl (cit) pro vyváženost mezi oprávněnými zájmy společnosti i jednotlivců.

[32] D 1. 1. 1. pr.

[33] D 1. 1. 1. 1.

Jestliže je něco v rozporu se smyslem pro spravedlnost, je to iniquum, protože to neoprávněně škodí. Vezměme např. výrok Celsův:

D 22. 3. 13. idem libro trigesimo digestorum: Cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et deversae professiones proferunt, ea potissmum stare, quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oporter et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.

Překlad:[34]

Tentýž ve 30. knize svých Digest: Pokud je zjišťován věk člověka, poskytl k tomu náš císař toto dobrozdání: Je-li u někoho zkoumána otázka jeho věku a jsou předkládána rozporná osvědčení, je tvrdé (kruté) a neslušné uznat právě to osvědčení, které škodí. Neboť při vyšetřování případu se musí hledat pravda a věk se určí podle toho osvědčení, jehož hodnověrnost je zřejmě důvěryhodnější.

Druhým prvkem ekvity je tedy odstraňování tvrdosti zákona. Zákonodárce na tomto místě ale neřekl, že ochranu proti škodě zasluhuje každé působení, které je tvrdé; tvrdost zákona totiž v oprávněných případech zajišťuje jeho účinnost; aby byl důvod tuto tvrdost odstranit, musí být jednání zároveň neslušné (iniquum).[35]

Význam slova iniquum může být i nespravedlnost. Např. v Justiniánových Institucích se v souvislosti se zaváděním prétorské ochrany dědiců, kterým civilní právo odpíralo ochranu, hovoří o „zjevné nespravedlnosti“ a „nespravedlnosti práva“:

Just. Inst. 3. 7. pr. a 1.:

… Et si quidem ex naturalibus libertis aliquem suum heredem reliquisset, nulla videbantur querella: si vero adoptivus filius esset, aperte iniquum erat nihil iuris patrono superesse. 1. Qua de causa postea praetoris edicto haec iuris iniquitas emendata est. …

Překlad:[36]

---

[34] Překlad do slovenštiny viz Blaho, P., Vaňková, J.: Corpus iuris civilis – Digesta, domus I., EuroKódex, Bratislava 2008, s. 470.

[35] K aplikaci zásady *Lex dura, sed lex* viz blíže Blaho, P.: Aequitas ako correctio iuris v rímskom súkromnom práve, in: Slušnosť v práve (sborník z konference), Právnická fakulta Univerzity Komenského, Bratislava 1993, s. 106 – 107.

[36] Překlad do slovenštiny viz Blaho, P.: Justiniánske Inštitúcie, Iura Edition, Trnava 2000, s. 155.

Pokud (zůstavitel-propuštěnec) zanechal vlastního dědice, neexistovala žádná možnost stížnosti. Ale pokud zanechal adoptivního syna, bylo zjevně nespravedlivé, aby patronovi nezbylo dědické právo. 1. Proto tuto nespravedlnost práva později napravil prétorský edikt.

Naopak aequum, správné, je to, co slušnost činit přikazuje. Jako příklad můžeme uvést výrok Paulův:

D 47. 10. 2. Paulus libro 50 ad edictum: Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.

Překlad: Paulus v 50. knize komentářů K ediktu: Byl-li manžel uražen bezprávím (iniurií), nemůže jeho žena žalovat, protože je správné, aby muži bránili ženy, nikoli ženy muže.

V tomto případě má slovo aequum pro jednání význam „správně konat“, neboť by nebyl logicky vhodný překlad slovem „spravedlivé“ či „rovné“ a už vůbec by pro porovnání postavení muže a ženy nepadalo do úvahy slovo „rovnoprávné“, které však bylo přiléhavým překladem ve fragmentu předchozím.

Aequitas jako slušnost lidského konání (ev. opak neslušnosti) však v římskoprávním pojetí není totožná s mravností či nemravností. Můžeme se o tom přesvědčit např. zde:

D 2. 14. 27. 4. Paulus libro tertio ad edictum: Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda: veluti si paciscar ne furti agam vel iniuriarum, si feceris: expedit enim timere furti vel iniuriam poenam: sed post admissa haec pacisci possumus.

Překlad:[37] Paulus ve třetí knize svých komentářů K ediktu: Dohody, jejichž důvod je nemravný, není třeba zachovávat, např. se s tebou dohodnu na krádeži nebo jiném bezpráví, že na tebe nepodám žalobu, když něco takového spácháš; protože je namístě strach z trestu za krádež nebo injurii. Ale po spáchání takových činů můžeme tuto dohodu uzavřít.

Nemravnost (turpitudo) neměla v římském právu pouze ten význam, že se příčila hodnotám, které chránily zákony, ale i etickým hodnotám, jež vyznávala římská společnost v dané době. Turpis tedy nebyly pouze osoby, které spáchaly něco protiprávního, ale i ty, které žily způsobem příčícím se římskoprávnímu pojímání ctnosti, např. prostitutky nebo gladiátoři. Jakkoli dnes už prostituce nečiní lidi nezpůsobilými třeba ke svědecké výpovědi, přesto si stále tento mravní kontext kupodivu uchovává: provozování prostituce může být důvodem, pro který lze potomka právoplatně vydědit v souladu s požadavky českého občanského zákoníku. U nemravnosti nejde

[37] Slovenský překlad viz dílo uvedené v poznámce č. 34, s. 112 – 113.

tedy o nespravedlnost, nerovnost, nevyváženost nebo tvrdost, ale o odsouzeníhodnost.

Přejděme nyní k ukázce aplikace samotné aequitatis v soudním sporu. Paulus v druhém titulu deváté knihy Digest, která pojednává o Akviliově zákoně (náhrada škody), vysvětluje případ, ve kterém byl usmrcen cizí otrok, jenž byl použit jako předmět zástavy. Řešil otázku, zda je možno dát žalobu na náhradu škody z Akviliova zákona nejen zástavnímu dlužníkovi (tj. vlastníkovi otroka), ale i zástavnímu věřiteli – pro případ, že dlužník by se stal insolventním a zničením zástavy (otroka) by byl věřitel poškozen. Paulus rozhoduje na základě ekvity:

D 9. 2. 30. 1. Paulus libro vicensimo secundo ad edictum: … Sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem. …

Překlad:[38] Ale bylo by neslušné, aby ten, kdo otroka usmrtil, odpovídal vlastníkovi i věřiteli. Pouze pokud by se někdo domníval, že v tomto případě dlužník neutrpěl žádné bezpráví, protože je v jeho prospěch zaplatit dluh a získat přebytek, musí mu být dána žaloba na to, co přesáhne výši dluhu.

I pachatel deliktu má tedy právo (aequitas ve významu rovnost), aby se vůči němu postupovalo korektně a nebyl trestán víc, než odpovídá skutečné újmě, kterou způsobil. V tom můžeme vidět základ moderní retributivní spravedlnosti.

Na závěr svého příspěvku bych chtěla ještě zmínit pramenné místo, ze kterého se můžeme dozvědět, jakou vlastností aequtias oplývá. Obvykle k ní v pramenech nebývají přidávány přívlastky, takže se jedná o fragment poněkud atypický. Jeho autorem je Modestinus:[39]

D 1. 3. 25. Modestinus libro VIII responsorum: Nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Překlad:[40] Modestinus v 8. knize svých Dobrozdání: Ani smysl zákona ani zjemňující slušnost nedovoluje, abychom to, co bylo zavedeno jako výhoda pro lidi, v jejich neprospěch vykládali příliš přísně.

---

[38] Slovenský překlad ibidem, s. 201.

[39] Herennius Modestinus působil kolem roku 250 po Kr., žák Ulpiánův.

[40] Slovenský překlad viz poznámka č. 34, s. 78.

Toto velmi významné interpretační pravidlo staví účel ekvity jednoznačně na místo vyšší, než samotný text zákona. Modestinus sděluje, že slušný (tj. naplňující spravedlnost) je pouze takový výklad, který je v souladu se záměrem zákona a navíc znemožňuje ublížit jeho adresátovi. Výklad slova benignitas je v tomto směru rozhodující. Benignitas je dobrotivost, laskavost, milost, nebo dokonce dobročinnost a štědrost.[41] Na benignitas se často odvolávali císaři, neboť jejím prostřednictvím zdůvodňovali skutečné agraciace v konkrétních kauzách. U nich jistě šlo o benignitas ve významu milosti. Avšak ekvita nemá zajišťovat milost pro pachatele (tj. agraciaci), nýbrž tlumit nepřiměřenou tvrdost zákona. Můžeme tedy alegoricky říci, že aequitas podle Modestina je projevem dobrotivé, laskavé a štědré Spravedlnosti.

VI. Závěr

Slovo aequitas může v římském právu nabývat několik významových rovin – je spravedlností, je rovností (nikoli však ve smyslu rovnost muže a ženy), je smyslem pro dobro ostatních, je vyšším principem rozhodování a povinností soudcovou. V této krátké stati nemohl být proveden celistvý výzkum, který by vyžadoval podrobit zkoumání všechna pramenná místa s výskytem tohoto obratu, avšak nastínil alespoň část bohatství, které se v pojmu aequitas skrývá.

Contact – email
kamila.bubelova@upol.cz

[41] Pražák, J., Novotný, F., Sedláček, J.: Latinsko-český slovník, KLP, Praha 1999, s. 156.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MORALLY CONTROVERSIAL LEGAL REGULATIONS

DAWID BUNIKOWSKI

Torun School of Banking, Wyższa Szkoła Bankowa w Toruniu, Toruń, Polsko

Abstract
The subject of my paper is some reflections about morally and socially controversial cases such as abortion, euthanasia, porno|graphy, prostitution, homosexual couples, cloning, human fertilization, some aspects of borderlines of law and medicine, bioethics, professional ethics, some institutions of family law (polygamy, bigamy, duties during and after marriage), etc., and, of course, legal regulations concerning them. Prima facie, laws concerning morally and socially controversial phenomena are "morally controversial legal regulations". Obviously, we have some exceptions – there may be morally and socially controversial situations (e.g. abortion on demand or in a danger of mother's life) in which legal regulation is required and is not controversial in chosen in one country (secularized and so called 'full of hedonism' the West). Law evaluated in the ground of different ethical systems and moralities in completely different ways is "morally controversial legal regulations", in general. Law and public opinion are still changing in the field of law and morality and enforcement of morality by the law (vide: history of law). But some legal regulations like prostitution are always something controversial (from centuries) and it may be a fact that in such cases there are no "morally good" legal regulations and good legal solution. My considerations relate to four points: 1) relations between law and morality, 2) freedom as a value in context of enforcement of morality by the law (also some distinctions about theory of cognition, philosophi|cal and religious ideas of freedom and interference of the state, the "crash of values", the conflict of interests and rights), 3) morally, legally and socially controversial phenomena (it is a very wide concept and includes many moral phenomena) and morally controversial legal regulations in concrete states (USA, the West of Europe, Central-Eastern Europe and even Asia or Africa). It is an analysis of laws concerning abortion, euthanasia, artificial fertilization, cloning, suicide, institutionalization of homosexual couples, prostitution, pornography, borders of law, morality and medicine, duties in family law, medical ethics, legal ethics, "lie", wrongful life, wrongful birth, legal and moral status of animals, polygamy, 4) complex social policy and limitation/solution of source of morally controversial phenomena such as abortion. My point of view is that I must have been considered both arguments pro and contra legalization of concrete moral evil (e.g. abortion, cloning). My research in every point seems to be interdisciplinary: there are moral, theological, philosophical, sociological, and legal aspects. First of all, contemporary legal regulations are analyzed. But legal regulations - in my opinion - always have their foundations, essence and directives in some philosophical and ideological conceptions of the world, society, family and person. So it is

a reason of such the wide and interdisciplinary research in my reflections. It is obvious that liberalization of the law in socially and morally controversial cases such as abortion, euthanasia etc. is going "well" in eyes of liberals and the left. I was seeking ethical or philosophical source of legal regulations, arguments pro and contra liberalization of the law in moral cases, consequences of the law, public opinion and its changes under the law enforced. The conclusion is that we live in the moment of history in which the liberalization of law in socially and morally cases is still spreading but it deems to be rather restrained and middle-of-the-road process. Law relates to many factors such as culture, religion, morality, economy, even climate, geo|graphy, politics etc. In my opinion every country must follow its own way in the field of enforcement of morality by the law. The states may have completely different legal regulations (and they have the right to that!) concerning socially and morally controversial phenomena, and according to me, it is absolutely normal and better situation than absolute legal unification and a lack of legal diversity. Of course, the border of legal regulation is the harm principle, universal values and universal human rights.

Key words
Law; Morality; Controversies.

The subject of my paper is some reflections about morally and socially controversial cases such as abortion, euthanasia, pornography, prostitution, homosexual couples, cloning, human fertilization, some aspects of borderlines of law and medicine, bioethics, professional ethics, some institutions of family law (polygamy, bigamy, duties during and after marriage), etc., and, of course, legal regulations concerning them. Prima facie, laws concerning morally and socially controversial phenomena are “morally controversial legal regulations”. Obviously, we have some exceptions – there may be morally and socially controversial situations (e.g. abortion on demand or in a danger of mother’s life) in which legal regulation is required and is not controversial in chosen in one country (secularized and so called ‘full of hedonism’ the West). Law evaluated in the ground of different ethical systems and moralities in completely different ways is “morally controversial legal regulations”, in general. Law and public opinion are still changing in the field of law and morality and enforcement of morality by the law (vide: history of law). But some legal regulations like prostitution are always something controversial (from centuries) and it may be a fact that in such cases there are no “morally good” legal regulations and good legal solution.

My considerations relate to four points:

1. relations between law and morality,

2. freedom as a value in context of enforcement of morality by the law (also some distinctions about theory of cognition, philosophical and

religious ideas of freedom and interference of the state, the “crash of values”, the conflict of interests and rights),

3. morally, legally and socially controversial phenomena (it is a very wide concept and includes many moral phenomena) and morally controversial legal regulations in concrete states (USA, the West of Europe, Central-Eastern Europe and even Asia or Africa). It is an analysis of laws concerning abortion, euthanasia, artificial fertilization, cloning, suicide, institutionalization of homosexual couples, prostitution, pornography, borders of law, morality and medicine, duties in family law, medical ethics, legal ethics, "lie", wrongful life, wrongful birth, legal and moral status of animals, polygamy,

4. complex social policy and limitation/solution of source of morally controversial phenomena such as abortion. My point of view is that I must have been considered both arguments pro and contra legalization of concrete moral evil (e.g. abortion, cloning).

My research in every point seems to be interdisciplinary: there are moral, theological, philosophical, sociological, and legal aspects. First of all, contemporary legal regulations are analyzed. But legal regulations - in my opinion - always have their foundations, essence and directives in some philosophical and ideological conceptions of the world, society, family and person. So it is a reason of such the wide and interdisciplinary research in my reflections. It is obvious that liberalization of the law in socially and morally controversial cases such as abortion, euthanasia etc. is going "well" in eyes of liberals and the left. I was seeking ethical or philosophical source of legal regulations, arguments pro and contra liberalization of the law in moral cases, consequences of the law, public opinion and its changes under the law enforced.

The conclusion is that we live in the moment of history in which the liberalization of law in socially and morally cases is still spreading but it deems to be rather restrained and middle-of-the-road process. Law relates to many factors such as culture, religion, morality, economy, even climate, geography, politics etc. In my opinion every country must follow its own way in the field of enforcement of morality by the law. The states may have completely different legal regulations (and they have the right to that!) concerning socially and morally controversial phenomena, and according to me, it is absolutely normal and better situation than absolute legal unification and a lack of legal diversity. Of course, the border of legal regulation is the harm principle, universal values and universal human rights.

Contact – email
dawid.bunikowski@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DURATION, SPATIALITY AND ENFORCEABILITY OF LAW

CLAUDIU MANTA

The Faculty of Juridical Sciences, University“Constantin Brancusi” Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
To take effect, a law must apply to certain individuals, situated on a determined teritory, and between certain periods of time, set with precision or using as a general mark an indefinite period of time, its purpose being deducted from the point of view of the evolutions in the society or changing the political regimes.

Key words in original language
Law; political regim; abolition of the law.

To take effect, a law should apply to determined individuals, that belong to a given territory and in certain time, set with precision and using like a general marker indefinitely, its aims are supposed to be deducted by light of the evolution of society or political regimes change.

Subsection A. Duration of law

Analyzing retrospectively we observe that in the course of time, there were laws, which lasted very long. The law of 12 Plates was in force, with some amendments, more than a millennium. Now the default rate of elaboration of laws and default of the neutralization of their effects, by leaving the force has accelerated greatly. Low cadence of issuing laws can be explained by the slowness of socio-economic transformations. Oligarchy administration of ancient Greek claimed that "who dared to propose a new law should appear in public with halter neck. If the law fell the introducer was hanged on spot."1 Note this is a sacralization of the existing legislation at that time. Nobody needs to arrogate the responsibility of, let's say legislative initiative, and if someone dare to support the need for some regulations takes a huge risk, that of losing their lives if, in the reaction towards its boldness it was an adversative one.

The force of a law is manifested between the two chronological marked dates: date of entry and date of exit of force. Social facts committed before the first moment or after consuming the second one are not applied the law.

1 Popa Nicolae, Eremia Mihail – Constantin, Cristea Simona - General Theory of Law, op. cit. p.148; considering how many legislative projects does not stir the sympathy of the population, such legislation today would leave the Parliaments empty, the chosen ones being required to account for the inadvertence of election promises and their work deployed in the service of citizens.

Force of the law is the same throughout the period, in which the legislative act is into force and whenever it meet the conditions of law implementation, it will apply equally, whether it be at the beginning of the period, that is into force2 or the day before its exit of force.

Date, on which a law entries into force, is set ordinarily when it is notified to the citizens. Doctrine and jurisprudence have established three criteria reporting the entry into force. After the first criterion, each state organization disposes by fundamental law or other given laws, on which the normative act, after it has traversed all the procedural steps entries into force. In our country, under the Constitution, a law entries into force three days after publication in the Official Gazette. After another criterion, coming into force is provided, expressly by the law published as being thereafter the publication in the Official Gazette, with a clear period of more than three days. Third of all, public disclosure, which is related, also the entry into force of the law3 can be done through a variety of forms and official documents according to specific features. The period of three days stipulated by Romanian positive law is calculated on calendar days as opposed to legal terms, calculated on days off and starts from the day of law publication in the Official Gazette, up to the hour 24 of the third day elapsed from the publication.4

Once entered into force, the law is applicable ex nunc, not for other events produced before its appearance, but with these exceptions: the notions of penal policy, when a crime committed before the appearance of a criminal law, but after its appearance, the regime of impunity for this is gentle, the new law retrospectives being applicable to that criminal offense; when the Parliament released a law, whose sense is not very clear, legislative authority will release a new legal document called, for interpretation and which logically will produce effects, retroactively from the date of the generation of interpretable law, because the legislative forum did not alter the original law, but only to interpret, providing additional explanations; third case of retroactivity is met, when a law expressly indicates, that will be applied to other situations (cases, circumstances) occurred before its appearance.5 It is recommended however that in a democratic society, the legislative power < exempt> the legislative system from those normative regulations.

End of the applicability of a law coincides with its exit of force. There are three ways for cessation of a law activity:

- fulfillment of term;

---

2 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, Ed. All- Beck, Bucharest, 2003, p. 404-405
3 Motica I. Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, Ed All-Beck, Bucharest, 2001, p97
4 Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona - General Theory of Law, o.p. p149
5 Motica I. Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p97

- obsolescence;

- abolition.6

The completion of term implies that the law in question includes in its content a provision, where through establishes its validity. In the fulfillment of this period, the respective law shall cease to be active; its provisions automatically emerge in force without the need for any formality.

Obsolescence is another situation, whereat a law ceases to be applicable. Although the law in question, has not provided any term for exit of force, or if, it stipulated but has not reached it and although it is not submissive to repeal, however, the normative act issued a period of time before, by the legislative authority and entered into force in accordance with the legislation time, cannot produce effects because it became obsolete or surpassed by the realities of life. Obsolescence puts its mark in time on such a law, as it is not topical. To better understand this, we will consider the content of the Civil Code in force at art. 655 "the one who made against the defunct a capital charge, declared by justice being calumnious."7 The present regulation represents, one of the three cases of deceased's estate unworthy. Through Decree no. 6 / 1990 of the new regime installed at the head of the country, the capital punishment was abolished. How in this case an inheritance may be declared deceased's estate unworthy, if he made a liar denounce, that attracted the author his death penalty, but the new legislation does not allow the pronouncement of such punishment, the provision of the Civil Code although being into force we can consider it obsolete.

The abolition of the law is the most common way of removal from the force. Depending on how it is displayed, the abolition may be: express and tacit, and depending on the size of legislative content out of force, the abolition can be total or partial.

The expression abolition is subdivided into direct abolition, when the new legislative act appeared to define precisely the law that is replaced and indirect, when the new normative act establishes only that its opposite provisions are out of force. The tacit abolition makes no reference to the cessation of force of other normative acts but the new appeared law juridifies otherwise that the old law did.8

The total abolition leads to the cessation of the effects of an entire normative act, while the partial one attracts the cessation of its action, only a part from a previous normative act. The abolition represents "an available document that can be achieved only by the state body which issued the act subject to abolition or an hierarchical body superior to this, and only by an act of the

6 Idem, p98
7 Civil Code, art.655, par. 2
8 Motica L Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p98

same legal value. (i.e. the law is repealed only by a law)".9 Functions of abolition in the harmonizing of legislation are: avoiding conflicts between the regulation of the old text and the new text; excluding the possibility that two laws regulate the same circumstance; the removal of un-correlation or discrepancies between laws; cosmetization of the legislative fund through the removal from action of laws, which tend or even have become obsolete, no longer being current with the legal order.10 Just like about non-retroactivity of law, we noted that there are some exceptions, such situations, that deviate from the rule are met also in case of the ultra-activity of law. One such case has in view the more favorable criminal law, that from reasons of humanistic nature of the one that legislates is applicable also after the exit of the force for the acts committed by state authorities, but unresolved by the scientific bodies, in the period when the criminal law was in force. The second case has in view the temporary criminal law, which is susceptible of application and after the completion of the period, to which was in force, only those committed and unsolved acts until the completion of that term.11

Subsection B. The spatiality of law

While it is in force, a law applies in a given territory; the Romanian laws applicable in Romania, former Soviet laws apply across the USSR territory, and EU laws are put into execution within the determined space by the external borders of Member States.

By territory of the state we understand "the part of the globe, including soil, subsoil, waters and air crown, above the ground and water, on which the state exercises its sovereignty."12 The soil represents the dry zone, over the area where people develop various activities, the subsoil represents the area located in the upper part of the earth's surface but also of the waters, waters include all rivers, lakes, interior ditches and maritime strip located along the coastline. For Romania, its width is 12 nautical miles. Although considered part of a state territory, the territorial sea must comply with the servitude of peaceful passage of vessels, of other states13 and the air column refers to the air space situated above the waters ground and territorial sea of a state climbed up at the lower altitude of the outer space.

The boundary between states is limited, which divides the sovereignty and authority of a state, from the one of another state. These limits are set by

9 Gorun Adrian - Philosophical foundations of law, Ed. Bibliotheca, Targoviste, p104; without the intervention of any form of abolition, practically a law is in force indefinitely, this doesn't occur if the society indifference towards its contents, so the law to descend on obsolete.
10 I. Mrejeru apud Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p409-410
11 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p4l0
12Drăganu Tudor - Constitutional law and political institutions, the elementary Treat Vol I, Ed. Lumina Lex, Bucharest, 1998, p192
13 Idem, p192

demarcation, mounds and palisades of earth or other natural signs. If the border between two states is a flowing water, the limit between countries will be established by common agreement or in the absence of agreement, the area where water depth is the widest will be considered as border. If the boundary between states is a lake, its center line will be fixed as boundary, and if, over the water, which constitutes the border a bridge is built, the border will be at the middle of that bridge.14

The principle of territoriality of the law stipulates that the state law is applied also on the surface of ships or aircraft to that state, to their own citizens. This means that on an aircraft or a spacecraft, the behavior of the ones from there is submissive to the jurisdiction of the state that owns the aircraft.15

Subsection C. The enforceability of law

Normative acts are issued for people, for people's interest and they are watching the modeling of human behavior by general rules.

In the implementation of law "in space and over the person function the territoriality principle derived from the sovereignty one - frequently called <the principle of territorial supremacy>. In its chastity, all persons (citizens or foreigners) are subject to the state in which territory it stood."16 Exceptions to the principle of territoriality are the following categories of persons, whom apply the law of its proper country, but not that of the state in which territory there are found: people, who enjoy the extraterritoriality, foreigners and stateless persons and citizens stood overseas.17

Persons that enjoy the extraterritoriality own the diplomatic immunity or are treated in the legal regime of the consuls. Diplomatic immunity involves exemption of people who formed the diplomatic body but also of those assimilated to it by state jurisdiction, on the territory where it deploys its activity. Diplomatic immunity has in its content, both materialized jurisdictional immunity, in the inviolability of persons, and inviolability of houses, namely buildings, diplomatic missions, inclusive their vehicles. If, however a person, who benefits from diplomatic immunity violates the state laws, where it exercises its diplomatic activity, the administration of that state will declare it persona non grata, which draws its recall by the state, which sent on a mission or if it does not happen, he will be expelled.18 The consulate agents of some foreign countries benefit also from some

14 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p412
15If aboard of a spacecraft, national legislation it's prevail against astronauts, probably in the decade of the seventh century of the last century, in the period of hard land, a deflective behavior of one of the astronauts should be entered also in the incidence of American law, even if offense was committed on the surface of the Earth's natural satellite.
16 Gorun Adrian - Philosophical foundations of law, op. cit. p107
17 Motica L Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p101
18 Mihai Gheorghe - Fundamentals of law I-II, op. cit. p. 415.

privileges and set immunities, on the basis of reciprocity. Regarding the legal status of the foreign stand on the territory of another state, there are three types of governing it: a national system, based also on reciprocity, where through to the foreign, the host state gives the same rights as proper citizens, except those to elect and be elected; a special procedure by which the rights of foreigners are set specifically by international treaties or other agreements; the system of the most favored nation clause, which is the result of bipartite agreements and under which, the foreigners of a certain state stand in the territory of other countries have other facilities (customs, trade) compared to other foreigners, stand concomitant in the territory of that country.19

The application of criminal law is done also on the principle of territoriality, with three exceptions applicable to persons in accordance with following principles: the personality of the criminal law, this being the opposition to the Romanian citizen or stateless persons with residence in Romania in case that they commit some crimes, outside the country; the reality of criminal law, the laws with Romanian criminal provisions being applicable to foreigners, which outside the territory of our country have committed acts provided by the legislation of Romanian criminal law, if they were directed against any Romanian citizen or to the Romanian State; the universality of criminal law, that is applicable to foreigner, who's abroad, or to the stateless person with residence in Romania, that are committing a crime, punishable by law of the country, in whose territory the act was committed and the author is found in Romania.20

Law aims to provide a social order that the entire society should benefit from on the whole but also each human individual in part. Source of misunderstandings, of conflicts and losses generated by default it is not in nature where we live, but in the way of approaching life by people. By its laws, the legal system tries to stem all these events or even reduce the weight of negative effects.

Contact – email
claudiumanta@yahoo.com

19 Motica L Radu, Mihai Gheorghe - General Theory of Law, op. cit. p. 102.
20 Idem, p.103.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE GENERATIONS OF HUMAN'S RIGHTS

ADRIAN VASILE CORNESCU

Faculty of Juridical Sciences University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract
The current article wants to treat the genesis of subjective rights, especially the fundamental human rights and identifying the four generations of rights as they appeared during time. A very important problem is represented also by the conflict between the generations of rights due to the process of multiplying them.

Key words
Professional self-governance; legal norm; judicial review.

The development of subjective rights, in terms of number, content and completeness of their function is strongly connected to the disequilibrium of the relationships between the individual (the citizen) and the social group (state), and it can astonish the evolution, in terms of human history.

In ancient times, the balance between the individual (citizen) and social group (state) was clearly in favor of the state. Individual rights were subordinated to the interest of the "fortress". This was the situation for the people who enjoy the status of citizen, for all other social classes or foreigners (barbarian people themselves), the situation was much more dramatic. In the medieval period, personal safety and private property were at the arbitrary disposal of the sovereign who had absolute rights without limits, the right to life and death over their subjects. This period generally is characterized by the existence of *the right to force* itself and not *the force of law*, subordinating rights of circumstance, to servitude towards the absolute monarch (monarchy by divine right). Under these conditions, individual rights were at the discretion of the ruling class, the senior pyramid to the monarch. In terms of the history of law, and general theory of law, this evolution may be surprised by the evolution of the generations of subjective human rights.[1] In essence, the evolution of generations of rights is a return, a refund of duties previously delegated to Hobbes's sovereign or government, citizen and civil society. On the other hand, represents a return to the jusnaturalist conception of subjective rights and to the valorization of persons in a juridical sense, as a human being.

[1] Silvia Castignone, Introduzione alla filosofia del dirito, Ed. Laterza, Roma, 2004, p. 198

THE FIRST GENERATION OF SUBJECTIVE RIGHTS

This generation of subjective rights is *the generation of civil and political rights* acquired through the force of writing and of arms.

Once time passed and ideas and concepts about state were developed, political power, and right and freedom (the works of philosophers John Locke, Ch Montesquieu, Th. Hobbes, JJ Rousseau), appeared a fight against monarchical absolutism, struggle which will be successful, success expressed by documents with legal force as:

- Magna Charta in 1215
- Petition of Rights in 1628
- The Bill of Rights (Declaration of Rights) in 1689, England
- The American Declaration of Independence in 1776
- The French Declaration of Human and Citizen Rights in 1789.

Through these documents of constitutional nature, were established early forms of limitation of absolute power in the sense that:

l. There were established safeguards against the introduction of taxes by the king, without the approval of Parliament;

2. also have established safeguards against arrest of persons and confiscation of assets without observance of procedure of courts;

3. there were supported and declared the freedom of speech, that freedom of thought and the right to petition;

4. there were stated principles of individualism, starting from the idea expressed by the French Declaration of Human and Citizen Rights in1789 as "*the purpose of each political associations is keeping natural and indefeasible human rights."*

It is considered that the Declaration of human and citizens rights from 1789 expresses in the best way the idea that there are inherent human rights, rights that are exercised in a state which is not an end in itself, but only a mean to ensure coexistence of individuals and the exercise of individual rights. For this reason, it is estimated that it is an expression of the first generation of subjective rights. The French Declaration of Human and Citizens Rights from 1789 contained two new ideas:

1. the idea that man as an individual, benefits of "natural rights, inalienable and sacred" including *liberty and equality*;

2. The second idea is that the "purpose of all political associations is the preservation of the natural and indefeasible rights of man" (Article 2 of the Declaration).

There are two categories of rights which the Declaration of Human and Citizens Rights from 1789 is referring to:

1. civil rights or human rights as:

- Freedom of opinion (Article 10)

- Freedom of expression and press (Article 11)

- Personals ownership (Article 17)

- The right to personal security in relation to justice and police (art. 7-9)

- Equality before the law (Art. 6)

2. political rights, those that allow citizen participation at power, namely:

- Equal access to public (Article 6)

- Participation in elaboration of laws (Article 6)

- Control of taxes (art. 13-14)

- Citizen control over the administration (Art. 15)

These rights represent the first generation of subjective rights, and more precisely those rights that refer to personal autonomy of the individual and the rights that enable citizen participation in power in a society where "the exercise of natural rights of each man has no limits, than those which ensure for the other members of society the same rights" (article 4). In the modern age, these rights have found their consecration in constitutions and in the laws of most countries, as well as in international documents. Among them we mention:

- The Universal Declaration of Human Rights U.N.

- The International Pact on Civil and Political Rights.

At regional level in Europe, there were created legal mechanisms for protecting these rights: the system of the Council of Europe and of European Court of Human Rights, based on European Convention of human rights and The Additional Protocols of this Convention.

In the system of protected rights which belong to the first generation protected by the European Convention on Human Rights and by The Additional Protocols to this Convention we mention:

1. The right to life.

- the Right to life;

- the Right to privacy;

- Prohibition of torture and inhuman or degrading punishments;

- Prohibition of slavery and forced labor.

2. Freedom and security of a person.

- the Right to a fair trial.

3. The right to property of the person or of a legal person.

4. Freedom of mind, of thought and religion.

5. Freedom of expression and information.

6. Freedom to free elections.

THE SECOND GENERATION OF SUBJECTIVE RIGHTS

In the category of socio-economical and cultural rights we can identify these categories of rights:

1. the right to work;

2. freedom of association;

3. the right to education, learning;

4. the right to insurance for sickness, old age and disability (Social insurance).

These rights come from positive law, as well as from international law (International Covenant on Economic, social and cultural). This dedication has not the same coverage, as in the case of first generation rights, as consecration requires significant effort from the State and so it is appropriate to everyone's prosperity. The second generation of rights, against the first generation of rights requires institutional support from the state, the first generation rights can be exercised independently and singular. The state must intervene through legislation to create an institutional system that allows the exercise, for example, of the right to education or retirement. It is estimated that if the first generation rights form "free status", social economic rights are related to the "social status" of the individual.In the system of rights that belong to the second generation and protected by The

European Convention on Human Rights, Additional Protocols to this Convention and The European Social Charter include:

1. freedom of meeting, association and establishing unions;

2. the right to education;

3. social rights (social security, pensions, medical services).

In the paper "Legal Sociology", Mrs. Professor Sofia Popescu treats the sociology of human rights and when she refers to the rights from the third generation of social rights she presents Norberto Bobbio's view, which asserted the importance of research " *for applying effective legal rules which affirm, recognize, define and assign human rights. It was given the example of the rules from the Italian Constitution which enshrines social rights which were called bashful as "programmatic" and that do not command, prohibit and allow hic et nunc, but command, prohibit and allow for future, without a certain overdue "* [2]

The same situation is found in the Romanian legal system and this way it appears to be more legitimate and interesting the question regarding the nature of these rights: they have the nature of rights in themselves or of moral or political goals, of some good intentions and goals of the future?

The same author, based on the above considerations, "inclined to mark a distinction between *a right of strong sense,* involving claims that enjoy effective legal protection and *rights in a weak sense*, marking a historical process that interests the sociologist of law. It is a process of transition, in a first phase from an unwritten system of rights in a weak sense, in conformity with the rules of natural or moral rules, to a system of rights, in a strong sense, consecrated by the positive right of national states that, later, which is actually now, is due to the emergence of international documents on human rights and there will be a reverse pass from a system of strong human rights, such as the ones recognized by national states to a system of human rights, in a weak sense, like the international one is."[3]

THE THIRD GENERATION OF HUMAN RIGHTS

In this category we can identify the so called ***solidarity rights***, rights which can not be exerted only by an individual, but only collectively, like:

1. the right of people to self-determination;

---

[2] Sofia Popescu, Legal Sociology, Ed. Lumina Lex, Bucharest, p.149

[3] Sofia Popescu, op. cit. p.149-150

2. the right to peace;

3. the right to development;

4. the right to humanitarian assistance;

5. environmental law;

6. the right of sexual minorities, ethnic, religious, linguistic, etc.

These rights have a positive consecration, generally in international law.

The rights in this category can not be exerted individually, but only by groups or collectivities of people. The third generation rights require not only the need to create an institutional support by the State, but, as in the case of second generation rights, they need to restrict the first generation of rights, through a so called "positive discrimination", in the sense that these rights , like the rights of any minority, require a limitation of rights of first generation. The environmental law allows social groups to live in a healthy environment, clean, without harmful agents to health but, in the same time, involves a number of limitations of rights of first or second generation, like owning a forest or the right to work.

Interestingly, regarding the right to environment is the jump which tends to do to the legal status of human beings, hypostasis in which environmental law would become a science of law, fundamental, subordinating all other branches of legal science. The doctrine about the environmental right, talks about these rights as "*rights of future generations*". We appreciate that they should be seen within the tendency of assertion of the rights of the fourth generation of rights, because right now, the rights of future generations are only some developments trying to crystallize in the form of solidarity rights.

In the Romanian environmental law through the Water Law no. 137/1995 (subsequently repealed by Emergency Ordinance no. 195 of December 22, 2005) on environmental protection, we find an express reference to the rights of future generations, when the legislature defining the concept of "sustainable development" said that it is "a development that meets the needs of present without compromising the ability of future generations to meet theirs "- (Art. 1)

There are laws that recognize different and in some proportions, the existence and exercise of this kind of rights, environmental rights, rights of minorities. Romania is one of the countries that have recognized the great importance of third generation rights. We have the right to environment, the right of ethnic and sexual minorities (their substantial base being put after 1990, in the approach to join the Council of Europe and integration in the European Union, and harmonization of national legislation with international documents of the two regional organizations).

THE FOURTH GENERATION OF SUBJECTIVE RIGHTS

In this category are included the so called "rights related to genetic engineering", rights which are on the doctrinal debate in what regards their recognition or prohibition of certain activities.

We could put in the same category the so called *rights of future generations*, as well as rights that can not belong to an individual nor to social groups, including nations, they belong *only to humanity* as a whole. The rights of humanity would treat the common assets of **the whole** humanity.

In the same category it is possible to insert rights deriving from exploration and exploitation of cosmic space. In the classic way it is considered that rights related to genetics can be classified as belonging to this last generation of rights, but even if fourth generation in itself is challenged as existence. In doing so, there are identified rights that ensure the inviolability of individual rights and unavailability of human body in terms of development of medical science, of genetics.

Studying the human genome, genetic manipulation, in vitro fertilization, experiences with human embryos, euthanasia and eugenics are activities that can generate complicated legal issues, ethical, moral and even religious, reason for which public opinion has led States to deal with regulation of these issues. The European Council recommends to member states to adopt principles which will govern the relation between genetic engineering and human rights, in such a way that the right to life and dignity would be understood as a right over genetic characteristics of a person. (Recommendation 934/1982).

Thus, each person has its right to life, dignity, personal identity, closely linked to its genetic type configuration, unique, right which it can transmit as genetic heritage to descendants, without being subject to genetic manipulation. From this perspective, human organ donation is prohibited.

In the same time, taking into consideration the principles of inviolability of a person and unavailability of human body, it must be accepted that genetic engineering can be applied for therapeutic purposes to treat and eliminate genetic diseases.

The central idea is that human being should not be genetically influenced, in any way. There are mentioned Nazi ideas about the superiority of a race which required the elimination of others, ideas embodied legal (and factual) in laws of euthanasia of mentally ill, the sterilization of persons with hereditary abnormalities, the bastards sterilization or prohibiting interethnic marriages. Just to avoid doing the same thing in history, the international community has proclaimed the fact that human genome is part of the human heritage.

The UNESCO Declaration on human genome from 1997:

1. stipulates the compulsoriness of the international community to protect the human genome, the right to genetic identity of a person entitled to the banning of cloning;

2. stipulates the obligation of States to defend the person and its dignity, regardless of its genetic characteristics;

3. stipulates limits of intervention on a person's genetic characteristics, subordinated to medical purposes, that concern human health;

4. the respect of humans ego from conception to real death.

In the debate are issues of assisted euthanasia (the right to die in peace and dignity), maintaining artificial life after brain death, sterilization, fetal status, infanticide (late abortion)[4].

MULTIPLICATION AND INSTIUTTIONALIZATION OF NEW RIGHTS

In their historical evolution, mentioned earlier in this paper, it is estimated that human rights have passed through four different processes:

1. of positivation.

2. of generalization.

3. of internationalization.

4. of specialization.

After the second world war, as a response to atrocities of the war and to affecting of human person, both in civil society, as well as in institutional, national and international level, humanity has sought to assert its valences and to obtain legal recognition and protection of its sacred values. So, appeared more demands from the individual, as well as from groups of individuals, demands which evolved and took up the legal form of subjective rights, the State recognizing and protecting them . What is characteristic of the postwar period is the *multiplying and institutionalization* of human rights. In the doctrine[5] this legal and factual reality is undergoing critics:

[4] See in the same sense, Duculescu Victor, Juridical protection of human rights. Internal and international means, Ed. Lumina Lex, p. 294-306

[5] Sofia Popescu, Legal State in contemporary debates, Ed. Academiei Romane, Bucharest, 1998, p. 153-159; Henri Oberdoff, Droit de l'homme et libertes fondamentales, Ed. Armand Colin, Dalloz, Paris, 2003, p.13

1. it is considered as threatening the existence of legal States, weakening its authority;

2. the institutionalization of some rights would attract inefficiency of others;

3. the apparition of a conflict between different generations of rights.

Under the name of *human rights* there were to be affirmed, recognized and protected in national and international level, a number of rights of first and second generation rights. Subsequently, the concept of human rights had to be included rights of the third generation.

From the generations of rights only a part was defined as *human rights.* After a socio-legal criterion, the latter are different from the other subjective rights for two reasons:

1. they are fundamental rights, absolutely essential for human beings, as individuals or members of a community, rights recognized at an international level;

2. secondly, these are "models destined to convince, lacking any sanction, enjoying approval and spontaneous support, motivated by ethical values". In the category of human rights, we can identify the rights from the first generation like: the right to life, personal safety, the right to property and rights from the second generation like: socio-economical rights or freedom rights (freedom of association) or from the third generation (minorities' rights, the right to an environment).

On the other hand, the doctrine [6] says that we are facing two tendencies:

a. *of creating new subjective rights* (of children, old persons, sick people, those with disabilities);

b. *of creating new subjects of rights* (the case of animals, environment, human specie). These tendencies are affronting the classical conception of subjective rights and cause reflection to the anticipation of future.

THE CONFLICT BETWEEN GENERATIONS OF RIGHTS

As shown above, the process of multiplication of rights led to the emergence of some frictions, of a conflict between them. Thus, the generation of social economical rights, which requires intervention and support of the state in the economy, for example, limits the rights of first generation and the right to property or rights that limit the power of the state (the issue of new taxes and control over their establishment). Or for example, the right to instruction, education, and freedom of scientific research come into conflict

[6] Silvia Castignone, op.cit. p.200

with the field of genetic manipulation; the right to security of a person comes into conflict with the right to privacy.

It is estimated that the conflict between subjective rights of different generations or between them and those human goals which tend to jurisdize (fourth generation of rights) is a factor of crisis, a potential danger to the rule of law. The universal nature of subjective rights, qualified as human rights makes them have a transnational relevance, which involves treating them at an international level, beyond the position of the State in question.

It is estimated that the situation of conflict between rights is of two types:

1. conflicts opposing different conceptions about one and the same fundamental right;

2. conflicts that arise from the inability to protect or exercise a fundamental right, without violating another fundamental right;

It is very possible that the exercise of a fundamental right can not be plenary, without limitation of another fundamental right: the right to technological development within environmental law, the right to work, in relation to the right to social security. According to Mrs. Professor Sofia Popescu conflicts between different generations of subjective rights and fundamental rights are explained by the fact that they come from different social interests, protected by different rights and from the rivalry between the values that are protected by various fundamental rights to protect their "existence of second-generation rights (economical, social, cultural) and involves massive state legislature, are endangering the first generation of human rights (political and civil rights).[7]

So, the concern and obligation to organize the equilibrium of the exercise of subjective rights go to the State (and not only, also to the civil societies which may bring their own contribution). They must bring accord between the persons' interests (civil and political rights of first generation of rights) and the communities' interests (social solidarity rights from the second generation of rights). Such a State is the State of Rights and in a modern conception The Social State of Rights.

The subjective rights of an European citizen, mentioned in the Unions' Charter of fundamental rights, which belongs to the Treaty of European Constitution, are recognized in the spirit of society's evolution, social progress and scientific and technological development and, also, in

[7] Sofia Popescu, General Theory of Rights, Ed. Lumina Lex, Bucharest, 2000, p.356

[8] See the Treaty of institution of a Constitution for Europe, Ed. of the European Institute from Romania, Bucharest, 2005, p. 17, 19, 41.

considering the responsibilities and duties which they imply for a third party and for the human community and future generations.[8]

Contact – email
cornescuadrian@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

FORMOVANIE "HOMO IURIDICUS"

JÁN ČIPKÁR

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language
Analýza normatívneho systému najrôznejších kultúr umožňuje vyčleniť okrem iných normatívnych regulátorov aj biologicko-psychologické, ktoré sa považujú za najstaršie a sú základom (genotypom) pre ostatné normatívne regulátory. V príspevku sa venuje pozornosť problematike tabu, totemu, mágii, rituálu a obyčajam.

Key words in original language
Genotyp.

Abstract
In addition to other normative regulators the analysis of normative systems of various cultures enables the allocation of biological and psychological regulators, which are considered to be the oldest and serve as a basis (genotype) for other normative regulators. The focus of this contribution is aimed at the problematics of taboo, totem, magic, ritual and custom.

Key words
The genotyp.

1. NAMIESTO ÚVODU.

Prečo by sa mali v dnešnej dobe zaoberať nejakým „starovekým“ právom prvotnopospolnej spoločnosti? Žeby základná zápletka, či intriga dejín ľudského rodu bola ukrytá práve v etape jeho predhistórie? Akákoľvek ľudská spoločnosť nie je schopná zabezpečiť svoju životnú činnosť (a vyžitie) bez základných regulátorov/regúl (ako sú sociálne normy, tabu, totem, mytológia, obyčaje, právo, mononormy, normy) správania svojich členov.1

Analýza normatívneho systému najrôznejších kultúr umožňuje vyčleniť nasledujúce normatívne regulátory: 1. biologicko-psychologické, 2. manželsko-rodinné, 3. korporatívno-skupinové, 4. mytologicko-náboženské,

1 Tento príspevok predstavuje výstup z riešenia čiastkovej úlohy grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

5. právne a 6. morálne. Biologicko-psychologické regulátory sa považujú za najstaršie a sú základom (genotypom) pre ostatné normatívne regulátory.2

2. TABU AKO PROTOTYP PRÁVNEHO ZÁKAZU

Dôležitým faktorom biologickej evolúcie človeka bol skupinový výber. V súčasnej antropológii nachádza svoje zdôvodnenie idea o tom, že individuálny prirodzený výber prebiehal ako výber populácií (ako integrovaných celkov) a iba jednotlivé skupiny/stáda raných predľudí formovali samotných jednotlivcov a stimulovali individuálny výber.

Podľa objavov archeológov a antropológov dejiny ľudského rodu datujú svoj počiatok z dôb existencie homo habilis (pred 2 – 3 miliónmi rokov). Je zrejmé, že vznik novej kvality – ľudského spoločenstva nie je možné vysvetliť iba zákonmi biológie. Je potrebné brať do úvahy aj „sociálne" faktory, determinujúce charakter vzájomných vzťahov medzi ľuďmi i so skupinou (celkom), v ktorej žili.

Ak je vychádzame z faktu, že už neandertálci si stavali spoločné bydliská, poznali rozvinuté lovecké hospodárstvo (kolektívne), praktikovali loveckú mágiu, t. j. žili v spoločenstve, ktoré nemôžeme už nazývať stádom, ale „praobčinou", potom následne môžeme povedať, že počiatok rodovej organizácie má svoje miesto už v dobe paleolitu. Táto skutočnosť viedla k sformulovaniu myšlienky, že rodová organizácia predchádza homo sapiens a že zlomový moment v sociogenéze (t. j. vo vzniku najjednoduchšej sociálnej štruktúry) predbieha zlomovej zmene v antropogenéze (t. j. vo formovaní fyzického typu človeka, podobného dnešnému).

Od spoločného lovu ľudské bytosti sa dostávajú na vyšší stupeň svojej existencie – uvedomelo spoločným úsilím organizujú svoj život. Prvotné formy ľudskej činnosti predstavujú prispôsobenie sa človeka okolitému prostrediu, čo nadobúda kolektívny charakter – „prvým človekom" je a môže byť iba „množstvo ľudí". Je logické predpokladať, že u tohto „množstva ľudí" sa objavujú vnútorné vzťahy, vyžadujúce určitú reguláciu.

Základné formy prispôsobenia sa ľudí k prostrediu sa prejavovali v podobe využívania prírodných prostriedkov, ich zdokonaľovaním metódou pokusov a chýb, a tiež aj uprednostňovaním úspešných vzorov správania a loveckej činnosti, budovania úkrytov, či obydlia, čo si v konečnom dôsledku vyžadovalo hľadať spôsoby poskytnutia nadobudnutých návykov a skúseností ďalším pokoleniam.

V praobčine sa objavuje to, čo nebolo predtým: kolektívne vlastníctvo prostriedkov pre lov a prácu, spoločné obydlia. Toto vlastníctvo sa stalo

2 Pozri: Černych, Je. N. - Vengerov, A. B.: Struktura normativnoj sistemy v drevnich obščestvach. In: Od doklassovych obščestv k ranneklassovym. Moskva: 1987, s. 25

„socializujúcim“ faktorom, vyžadovalo taký vzťah k sebe, ktorý bol regulovaný určitými „normami“, pravidlami správania. Komunálne vzťahy bolo možné regulovať pod podmienkou zúčastnenia sa všetkých členov praobčiny v tomto procese, inak recidívy zoologickému individualizmu ohrozovali krehký základ jestvovania prvotnopospolného kolektívu. A teda, potreba v samoregulácii sa objavuje v najranejších štádiách sociogenézy ako prirodzený nevyhnutný predpoklad prežitia v podmienkach tvrdej selekcie.

Neandertálske pohrebiská staré 60 000 rokov svedčia o zachovávaní určitých rituálov (do hrobov dávali kvety) vo vzťahu k mŕtvym, svedčia aj o pravidlách a tradíciách v každodennom živote. Jedným z ďalších dôkazov predchádzania procesu sociogenézy pred antropogenézou je inštitút exogamie – uzatvorenie manželstva, pohlavné vzťahy iba s členmi iného rodu (a nie medzi pokrvnými príbuznými).

Zákaz nadväzovať intímne vzťahy s pokrvným príbuzným sa zakladalo na presvedčení o následnej možnosti vzniku defektného potomstva. Porušenie zákazu (tabu) na incest sa tvrdo trestalo (u severných národností – nivchov, vinník musel spáchať samovraždu). V antropologickej literatúre sa zákaz na uskutočnenie akejkoľvek činnosti označuje termínom – tabu (J. Coukke, keď plával v roku 1777 na ostrovy Tongo v Oceánii a na Tahiti počul používať domorodcov slovo tabu ako zákaz vykonať neprípustnú činnosť).

Formovanie spoločenských vzťahov (zameraných na neutralizáciu čisto biologických prejavov dominovania a zoologického individualizmu) prebiehalo prostredníctvom tvrdej samoregulácie praobčiny (išlo o zabezpečenie jej života, harmonizáciu kolektívnych a individuálnych záujmov, oslobodenie psychickej energie od strachu pred okolitým svetom a jej nasmerovanie na praktickú činnosť; zabezpečenie stabilných vzťahov – eliminovanie čisto subjektívnych motívov a okolností zo strany rodičov a súkmeňovcov).

Vznik rodu stimuloval zavŕšenie antroposociogenézy, vďaka ktorej samoregulácii spoločenstiev starovekých ľudí sa dosahovali sociálne kvality. Menil sa aj charakter samotnej samoregulácie. Vznikajú mnohopočetné nové tabu.

J. G. Fraser (1854 – 1941) v práci - Zlatá ratolesť (1890) opisuje rôzne druhy zákazov (zákaz na určité činnosti, tabu na ľudí, predmety, zakázané slová). Mnohé sa transformovali a zachovali dodnes.

1. Zakázané činnosti. Tabu na spolčovanie sa (kontakt) s cudzincami (potenciálnymi nositeľmi „zlej“ mágie s negatívnym vplyvom na kontaktujúcich sa). Napr. obyčaj zakrývať tvár (ženy), pretože duša opúšťa telo cez odhalené časti tela. Alebo vládcovia museli dodržiavať tabu na odchod z bydliska (nesmeli vstúpiť na zem), nesmeli sa kontaktovať s obyčajnými smrteľníkmi (japonskí, čínski, africkí vládcovia). Tabu na zvyšky jedál (príkaz ich zakopať do zeme, alebo zničiť ohňom).

2. Tabu na ľudí. Vzťahovalo sa na vodcov a vládcov (považujúcich za Bohočloveka). Bol daný zákaz pozerať sa na nich. Ďalej to bol napr. zákaz kontaktu s ľuďmi nosiacimi smútok (ako majúcimi kontakt so zosnulými), tabu na tehotné ženy, tabu na vojakov vracajúcich sa z boja (karanténa, pobyt v tzv. mužských domoch), tabu na vrahov alebo katov (duše usmrtených ich prenasledovali).

3. Tabu na predmety a veci (na železo, na ostrú zbraň, na krv, na vlasy alebo nechty pri strihaní, na uzly, na prstene (aj dnes: čierna mačka, žena s prázdnymi vedrami...).

4. Zakázané slová. Zákaz na vlastné mená (zmena mena pri vstupe do kláštora), na mená mŕtvych, na mená vládcov a pod.

Tieto uvedené tabu boli svojráznymi sociálnymi normami prvotnopospolnej spoločnosti, dôležitým prostriedkom štandardného správania ľudí, potlačenie recidívy „zoologického individualizmu“, prostriedkom výchovy.

Tabu ako biologicko-psychologická (sankčná) norma zákazu sa stala genotypom iných normatívnych regulátorov (tabu na incest – požiadavka exogamie bola aj prvým manželsko-rodinným regulátorom).

3. TOTEM, MÝTUS A "IDEÁLNY PRÁVNY PORIADOK". OBYČAJ.

Skupinové regulátory. Pracovná činnosť skorej občiny vyššieho paleolitu, mezolitu a raného neolitu vyžadovala vyššiu úroveň kolektivizmu (napr. pri poľovaní), širokú spoluprácu (lov rýb), špecializáciu pracovnej činnosti (výroba pracovných nástrojov...).

Samoregulácia životnej činnosti občiny sa realizovala prostredníctvom skupinových regulatívov pre zvýšenie úrovne jej organizovanosti, jej „normatívnosti“ (pri výmene predmetov medzi občinami). Reglamentu podliehajú vzťahy pohlaví (v patrilineárnych skupinách).

Normy prvobytnej občiny (prvobytná mononormatika, A. I. Peršic) neboli ešte diferencované podľa objektov činnosti na kolektívne a individuálne (neboli špecializované, boli monolitné).3 Objavujú sa tzv. mononormy – rôzne pravidlá správania prvotnopospolnej spoločnosti (rituály, obyčaje, náboženské normy...) jednotné pre všetkých členov spoločnosti. Všetky tieto pravidlá správania splývajú v nerozvinutom vedomí prvobytného človeka, kde rozhodujúcim sa stáva fungovanie jediného princípu, umožňujúceho rozlišovať to, čo je povinné a to, čo je nepovinné. Je

3 Pozri: Peršic, A. I.: Problemy normativnoj etnografiji. In: Issledovanija po obščej etnografiji. Moskva 1979, s. 215 – 219. A taktiež: Aleksejev, V. P., Peršic, A. I,: Istorija pervobytnogo obščestva. Moskva 1990, s. 204.

pravdepodobné, že tieto mononormy zanikli so vznikom sociálnej diferenciácie.

Normotvorba prvobytného spoločenstva mala donucujúci charakter. Osud každého člena občiny závisel od vnútorného zjednotenia občiny, ktoré bolo možné dosiahnuť najmä tvrdou reglamentáciou všetkých stránok životnej činnosti (preto je aktuálna otázka najmä skupinových regulatívov). Hovoriť o nejakých individuálnych právach je priskoro. Reglamentácia života uzatvorených skupín prvobytných ľudí bola prostriedkom neutralizácie prejavov anarchizmu, podriadenie jednotlivca moci väčšiny bolo prirodzenou nevyhnutnosťou. Okrem „práva silnejšieho“ bolo aj „domáce právo“ (kódex privilégií mužov).

Donútenie v prvobytnej spoločnosti bolo skôr psychického rázu (antagonistické protirečenie medzi kolektívom a jednotlivcom nebolo). Bolo aj fyzické donútenie v podobe krvnej pomsty (čo nebolo charakteristické pre spoločnosť, ale bolo skôr prejavom jej divokosti).

Rodové zriadenie ako spoločenská organizácia najviac zodpovedala kočovému spôsobu života. Jedným z druhov tohto štádia organizácie bola aj totemická organizácia. Podľa S. Freuda u Austrálčanoch namiesto náboženských a sociálnych ustanovení existoval systém totemizmu. Austrálske kmene sa skladali z rodín alebo klanov, ktoré boli pomenované podľa svojho totemu (ktorým mohlo byť nejaké zviera, rastlina alebo sily prírody – dážď, voda a pod., nachádzajúci sa v určitom vzťahu k celej rodine).

Totem (ako kmeňový symbol primitívnych národov uctievaný v náboženskej podobe) vystupoval ako praotec celej rodiny, anjel – chrániteľ a pomocník, predpovedajúci budúcnosť a milujúci svoje deti, aj keď pre iných bol nebezpečný. Zo strany spoločenstva sa mu prejavovala určitá úcta a posvätnosť (bol striktný zákaz jeho zničenia, či konzumovania v prípade zvieraťa). Spolupatričnosť k totemu sa stala základom všetkých sociálnych povinností Austrálčanov. Členovia toho istého totemu nesmeli uzatvárať manželstvo, alebo mať medzi sebou pohlavný vzťah. Porušenie tohto zákazu sa trestalo aj smrťou oboch partnerov. Teda, totemizmus bol priamo spájaný s požiadavkou exogamie.

Je zrejmé, že totemizmus má dva aspekty – existuje ako spôsob sociálneho zoskupovania i ako náboženský systém povier a obyčají (ide o náboženstvo celej občiny a nie jednotlivca, náboženstvo je identické so sociálnosťou).

Inštitút totemizmu bol regulátorom príbuzenských vzťahov (napriek svojej mystickosti snáď aj modelom súčasného rodinného práva). Totemizmus bol prvotnou formou uvedomenia príbuzenských vzťahov (pre právnu antropológiu je dôležité: pochopenie vzájomnej súčinnosti rodovej a občinnej organizácie, ich normatívnych regulátorov).

Mononormativizmus primitívnych spoločností (podobný ako u austrálskych aborigenov) treba prijímať dvojako: tabu a totemický symbolizmus sa môžu interpretovať ako niečo mýtické i ako úplne utilitárne predpisy (obalené do tabuizovanej formy). Prostredníctvom týchto mononoriem (rôznorodých tabu, totemickej symboliky a s nimi spätou rituálnosťou) sa dosiahol cieľ usporiadania života občín (pretože nijaké iné vonkajšie donútenie občina nepoznala, okrem svojrázneho chápania „kontroly" zo strany duchov a božstiev).

Mýtologicko-náboženské a morálne regulátory. Ďalším dôležitým regulátorom správania pravekých ľudí bola mytológia. Slovo „mýtus" je odvodené od gréckeho slovesa mytheuein, znamenajúceho „rozprávať". Bolo to rozprávanie, ktoré dalo archaickému spoločenstvu odpoveď na základné otázky týkajúce sa jeho existencie. Odkiaľ pochádza svet, vesmír a v neposlednom rade aj odkiaľ pochádzajú ľudia.4

Mytológia obsahovala okrem iného aj konkrétne predpisy o správaní členov občiny. Mýtus predstavoval imperatívny model/vzor pre adekvátne formovanie ľudských väzieb a vzájomných vzťahov. Mytológia plnila funkciu vysvetlenia a legitimácie sociálnych noriem.

Mýty a povesti rôznych národov ponúkajú pre právnu antropológiu materiál o mononormatívnosti starovekého človeka i obyčajnom práve minulosti. V mýtoch sa poukazuje na povinné plnenie určitých činností, povinnosti sú formulované zreteľne a nie dvojzmyselne (napr. v afrických: ak zomrel starší brat, mladší sa musel oženiť s jeho ženami, aby sa nestali ženami mužov z iného plemena). Alebo: aby nevymreli ľudia, tak bolo potrebné zachovať dobytok, za ktorým pôjdu a nebudú hladovať.

Mýtus utvrdzuje reálne vzniknutý regulatívny normatívny systém a tak vytvára normatívny precedens (reflektujúci budúcnosť). Plní dve funkcie: odráža jestvujúce normatívne regulatívy a kanonizujúc ich slúži ako prameň normatívneho predpisu (obaleného do moralizátorskej formy: mýtus

4 Podľa tém, ktorými sa mýty zaoberajú a druhu otázok, na ktoré odpovedajú, rozdeľujeme mýty do niekoľkých skupín: 1. kozmologické (pôvod a vznik sveta), 2. teogonické (pôvod a zrodenie bohov), 3. etiologické (výklad o príčinách, pôvode a podstate rôznych predmetov, zvykov a javov), 4. heroické (pôvod a založenie danej kultúry). Podľa Mircea Eliade mýtus predstavuje scenár o počiatku ľudstva, ktorý musí byť spoločenstvom neustále opakovaný. Toto opakovanie, ktoré spočíva v imitácii – predvádzaní – deja mýtu, sa nazýva rituál. Rituál prírodných národov alebo archaických civilizácií nie je však v očiach archaických ľudí obyčajnou napodobneninou. Každý rituál má svoj božský model, archetyp (základný vzor správania, napríklad činnosť bohov pri stvorení sveta alebo víťazstvo mýtického predka), ktorý sa pri obrade sprítomňuje. Ide o časové sprítomnenie mýtickej udalosti. Typickým príkladom je tanec, ktorý vznikol ako súčasť náboženských obradov prírodných národov. K tejto problematike je možné odporučiť: Budil, I. T.: Mýtus, jazyk a kulturní antropologie. Praha: Triton 1995; Eliade, M: Od Zalmoxida k Čingischánovi. Praha: Argo 1997; Eliade, M.: Iniciace, rituály, tajné společnosti. Brno: Computer Press 2004.

vysvetľuje rovnako minulosť, súčasnosť i budúcnosť; mýtus ako prežívaná realita, a nie ako prerozprávané dejiny, historka, podobne ako biblická povesť o stvorení sveta, prvotnom hriechu a vykúpená smrť Krista).

Z mýtu vyčleňujeme jeho normatívnu, predpisujúcu stránku, akumulujúcu skúsenosť predchádzajúcich pokolení a predkladajúcu „ideálny" model pre správanie. Aby ideálny model „pracoval", musí byť reflektovaný v určitej činnosti (ako je napr. mágia, rituál, obyčaj).

Mýtus teda načrtáva akoby ideálny právny poriadok, ktorý by mal človek dodržiavať. Obyčaj (podobne ako aj rituál a obrad) vzniká na základe každodennej praxe opakovaním minulých činností, ktoré sa potvrdili v praxi. Obyčaj sa zakladá na skúsenosti (preto ju môžeme charakterizovať aj ako prežitý, životom odskúšaný právny poriadok).

Mágia, rituál (obrad), obyčaj. V archaických kultúrach bol vzťah k božstvu, ľuďom i okolitému svetu vytváraný kúzlom a magicky. Človek archaických kultúr ovláda svoj svet pomocou mágie. Mágia predchádzala náboženstvu. Čo človek nedosiahol racionálnym úsilím, pokúšal sa dosiahnuť pomocou magických obradov (cez tajné, tajomné poznanie, prvotnopospolnú alchýmiu; uvedené poznanie nebolo výsledkom božského zjavenia).

Mágia predstavuje akúsi vlastnosť vecí, alebo presnejšie, je vlastnosť spojitosti človeka s vecou. Aj keď nebola vytvorená človekom, bola vždy pre neho určená. V každej tradícii, v každej mytológii vystupuje mágia ako spolupatričnosť človeku, nadobudnutá od človeka alebo človeku podobnej bytosti.5

V mágii človek zdôrazňoval svoju autonómiu a pokúšal sa ovplyvniť zákony prírody, predísť im, zastaviť chod udalostí silou vôle a vykonaním tajnej rituálnej činnosti. Pozná tajomné sily dobra a zla a snaží sa ich zapojiť do svojich služieb. Ak chce dopriať dobro pre svojho blížneho, tak ho „požehná" (lat. signare). Avšak ak chce uvaliť na niekoho zlo, tak to potom činí pomocou kliatby. Požehnania a kliatby sú spôsobmi magického používania čarovnej moci, ktorými je celý svet riadený. Človek môže požehnať aj sám sebe na obranu proti zlému, môže udeliť požehnanie deťom odchádzajúcim z domu a tak ich dáva pod ochranu. Naopak, kliatbou sa privoláva nešťastie na iných alebo na seba samého. Deje sa to prostredníctvom magickej techniky čarovania a kúziel.

Pre ovládnutie a riadenie tajomných síl bolo potrebné zvláštne poznanie. Čarovať mohol iba ten, kto poznal slová, ktoré mohli byť vždy použité, presne vyslovené a v pravej chvíli a na pravom mieste zodpovedajúcimi posunkami realizované. Pri skrátení vyslovenej formuly, alebo pri jej doplnení, nemá to žiaduce účinky. Môže mať to opačný dosah voči

5 Pozri: Malinowski, B. K.: Magic, Science and Religion. In: Science, Religion and Reality. L: 1925, s. 75

čarujúcemu. Záleží len na tom, čo chce čarujúci dosiahnuť. Čarovanie je automaticky pôsobiacou technikou navodzovania zdaru alebo zmarenia, bez mravnej hodnoty a bez väzby na dobré alebo zlé úmysly. Znalosť kúzelných formúl a posunkov bola dôležitá pre zdravý život, úzkostlivo sa chránila a utajovala. Poznanie mágie sa dedilo z človeka na človeka ako tradícia cez zasvätenie a učenie.

Osvojované z detstva mýty a ústnym podaním zachovávané pravidlá správania sa v podobe nejakého ideálneho modelu práva v mágii neujali, ba skôr sa v nej odvrhovali a eliminovali, pretože sa spoliehali na špecifickú skúsenosť emocionálnych stavov, než na poslušné prijatie všeobecne uznávaného modelu.

Mágia v tomto zmysle sa stala modelom „deviantného“, t. j. protiprávneho správania. Napriek tomu bola (a v niektorých svojich prejavoch naďalej zostáva) súčasťou bytia človeka. Mágia ovplyvnila vznik mnohých kultov a obradov (odlišných od totemizmu), predurčených rôznym skupinám (erotické obrady a kulty alebo prisluhovanie určitým druhom činností – napr. poľovnícka mágia, kult pochovávania a pod.).

Ďalším dôležitým sociálnym regulátorom bol rituál (pravidlo správania s akcentom na vonkajšiu formu jeho prevedenia, ktoré bolo stroho kanonizované; vykonávateľ poznal poriadok svojej činnosti.) a obrad. Začiatok rituálu nepredpokladal nevyhnutnú prítomnosť špeciálne na to pripravenej osoby: predpokladalo sa, že každý účastník rituálu pozná postupnosť krokov jeho naplnenia. Avšak životná skúsenosť bola taká, že sa vždy našiel nejaký neformálny líder pre výkon jednotlivých rituálnych činností, ktorý ovládal špecifiká daného rituálu a dozeral na to, aby sa dodržiavali určité potrebné pravidlá pri jeho realizácii.

Obrad sa odlišoval tvrdšími pravidlami, zložitosťou a počtom zúčastnených osôb (obrad v súvislosti s prechodom do vyššieho životného obdobia - dospelosti). Sociálny význam obradu bol vyšší, psychologickejší a vďaka výchovnému vplyvu silnejší (než u rituálu). Obrad predznamenal nielen nadobudnutie nového statusu človeka v súvislosti s jeho životnými a sociálnymi zmenami, ale aj udelenie nových práv a povinností. Takým bol napr. obrad iniciácie, známy mnohým národom.

Človek v tradičných spoločnostiach si vytváral o sebe svoj obraz. Tento obraz poznával a realizoval prostredníctvom iniciácie. Je zrejmé, že existovalo veľké množstvo typov a variant iniciácií, ktoré zodpovedali rozdielnym sociálnym štruktúram a rozmanitým kultúrnym horizontom. Existujú fakty, že všetky premoderné spoločnosti, t. j. tie, ktoré pretrvali na západe až do stredoveku a v ostatných častiach sveta až do prvej svetovej vojny, uznávali prvoradú úlohu ideám a technikám iniciácie.

Všeobecne pod iniciáciou sa chápe súhrn rituálov a taký obsah ústnych podaní, po ktorých nasleduje zásadná zmena náboženského a sociálneho statusu osoby, ktorá podstupuje iniciáciu: jedinec nadobúda iný spôsob

existencie v porovnaní so svojou existenciou pred iniciáciou. Najdôležitejšou kategóriou iniciácie je iniciácia v puberte so svojimi rituálmi nadobudnutia iného stavu (roly, postavenia) svojho života, ktorými musia prejsť všetci mladí z daného kmeňa, aby mohli byť prijatí medzi dospelých a stať sa zodpovednými členmi daného spoločenstva. Daná iniciácia uvádza nového člena zároveň do ľudského spoločenstva aj do sveta duchovných hodnôt. Učí sa správaniu, praktikám a inštitúcii dospelých, ale taktiež poznáva aj mýty a posvätné tradície kmeňa, poznáva mená bohov a históriu ich činov, poznáva mystické vzťahy, ktoré existujú medzi kmeňom a nadprirodzenými bytosťami, teda tie vzťahy, ktoré boli stanovené na samotnom počiatku.

Každá archaická (primitívna) spoločnosť má svoj koherentný celok mýtických tradícií, svoje „poňatie sveta“, ktoré je postupne odhaľované novému členovi v priebehu jeho iniciácie. Jedinci sa stávajú hodnými posvätného učenia až v priebehu duchovnej prípravy svojimi poručníkmi; zúčastňujú sa tajných obradov, podstupujú celý rad skúšok a predovšetkým tieto skúšky vytvárajú skúsenosť iniciácie: stretnutie s posvätným. Väčšina iniciačných skúšok zahŕňa tzv. rituálnu smrť, po ktorej nasleduje vzkriesenie alebo znovuzrodenie (ústredný moment všetkých iniciácií predstavuje obrad, ktorý symbolizuje smrť jedinca a jeho návrat medzi živých). Jedinec sa vracia žiť život nového človeka, ktorý si privlastnil nový spôsob bytia. Iniciačná smrť teda znamená zároveň koniec detstva a nevedomosti.

Archaické myslenie teda predpokladá, že človek je vytvorený: človek osamote, bez pomoci iných nemôže sa stať úplným človekom. Sú tu duchovní vodcovia (predstavitelia nadprirodzených bytostí), ktorí človeka formujú. „Znovuzrodenie“ uskutočnené prostredníctvom iniciácie nie je „prirodzené“, napriek tomu, že môžu byť použité symboly z tejto oblasti. Toto „zrodenie“ zahŕňa rituály, ktoré boli zavedené („akože“) nadprirodzenými bytosťami: predstavuje božské dielo, vytvorené vôľou a mocou nadprirodzených bytostí; nepatria „prírode“ (v modernom zmysle slova), ale posvätným dejinám, sprostredkovaným mýtmi. Teda, druhé v poradí iniciačné zrodenie neopakuje prvé biologické narodenie.

V dnešnom chápaní by sme mohli povedať, že iniciácia ukončuje život „prírodného človeka“ a uvádza nového člena do oblasti kultúry. Avšak, je potrebné poznamenať, že pre človeka archaickej spoločnosti nie je kultúra ľudským dielom, má nadprirodzený pôvod. Prostredníctvom nej človek vstupuje do kontaktu so svetom bohov a s inými nadprirodzenými bytosťami a podieľa sa na ich tvorivých aktivitách. Svet nadprirodzených bytostí je svetom, kde sa veci odohrali po prvýkrát, kde určitý čin (od tej doby znovu uskutočňovaný vďaka náboženstvu a jeho rituálom) bol prvýkrát realizovaný a naplnený zmyslom (kráčať v určitom postavení, vytrhnúť určitú liečivú bylinu, ísť na lov v určitom ročnom období a pod.), bol tiež svetom, v ktorom sa stretávali bohovia a hrdinovia, svetom, v ktorom ľudia vyhlásili určité normy, atď.

A práve mýty nás uvádzajú do sveta, ktorý nemôže byť „opísaný“, ale iba „vyrozprávaný“, pretože je upletený z činov, nepredvídateľných skutkov a z bájnych premien. Tieto činy posvätných dejín nás uvádzajú do všetkého, čo sa stalo významné od stvorenia sveta, do všetkých udalostí, ktoré prispeli k tomu, aby sa človek stal takým, aký je dnes. Nováčik, ktorý je iniciáciou uvádzaný do mytologických tradícií kmeňa (daného spoločenstva), je zároveň uvádzaný do posvätných dejín sveta a človeka. A toto je dôvod, prečo je iniciácia tak dôležitá pre človeka v spoločnostiach existujúcich pred modernou spoločnosťou.

Všeobecne môžeme rozlíšiť tri veľké typy iniciácií.6 Prvý typ zahŕňa kolektívne rituály, prostredníctvom ktorých sa uskutočňuje prechod od detstva alebo adolescencie k dospelosti a ktorými musia prejsť všetci členovia spoločnosti („kmeňová iniciácia“, „rituály puberty“). Druhý typ zahŕňa rituály, týkajúce sa vstupu do nejakej tajnej spoločnosti (bratstva), vyhradenej iba jednému pohlaviu, nie sú povinné pre všetkých členov daného spoločenstva a väčšina z nich sa praktizuje iba v skupinách s veľmi obmedzeným počtom členov. Tretí typ je charakteristický pre mystické povolania (medicinman, šaman).

A nakoniec máme obyčaj ako prostriedok normatívnej regulácie. V tejto súvislosti je potrebné upozorniť na nerovnaké ponímanie „obyčaje“, aplikovanej v spoločenstvách existujúcich do vzniku štátnych útvarov a „obyčaje“ ako synonymu obyčajového (zvykového) práva národných štátnych útvarov s ich písaným právom, kde paralelne s ním majú svoje miesto aj normy obyčajového práva, zdedené z predchádzajúceho tzv. doštátneho obdobia, avšak s už s inými nadobudnutými vlastnosťami.

Obyčaj v prvom chápaní je produktom archaického spôsobu myslenia, obyčaj v druhom ponímaní je už produktom viac rozvinutej mentality, predpokladajúcej pluralizmus právnych princípov (prejavujúceho sa v podobe vyčlenenia sféry obyčajového práva mojich predkov a práva daného štátom, v ktorom žijem (či administráciou metropolu, zabezpečujúceho kontrolu nad daným teritóriom). Je zrejmé, že v skutočnosti nie je ľahké uviesť jednoznačnú deliacu čiaru medzi týmito dvomi pojmami obyčaje a najmä tam, kde obyčajové právo má už svoje hlboké historické korene. Avšak v rámci metodologického prístupu uvedené rozlišovanie chápania obyčaje má svoj zmysel.7 V našom prípade ide o obyčaj v prvom ponímaní a je potrebné zdôrazniť najmä to, že obyčaj sa zakladá na činnostiach mnohonásobne sa opakujúcich v minulosti, preto

6 Pozri bližšie: Eliade, M.: Iniciace, rituály, tajné společnosti. Mystická zrození. Brno: Computer Press 2004, s. 14.

7 Podobné rozlišovanie (vďaka určitej tradícii v sociológii pochádza z čias M. Webera: Ekonómia a spoločnosť, 1922) má svoje miesto vo francúzskom slovníku etnológie a antropológie, pozri: Dictionnaire de l’ethnologie et de l’anthropologie. Paris: 2000, p. 182 („Coutume“).

vystupuje ako „prežitý“ (časom a skúsenosťami, teda životom predchádzajúcich pokolení overený) poriadok. Dôsledkom porušenia, či nedodržania obyčaje nie sú spravidla veľmi tvrdé sankcie (hoci bývajú aj výnimky), avšak sila morálneho donútenia („spoločenskej mienky“) je natoľko významná, že takéto obyčaje sa stávajú fakticky prirodzenými pravidlami pre bytie človeka v spoločnosti.

V tejto časti problematiky je možné konštatovať, že samoregulácia života v prvotnopospolnej občine a regulácia správania človeka sa v nej realizujú vďaka pravidlám správania (mononormám) sprevádzaných danými rituálmi a obyčajami. Uvedené mononormy majú prirodzeno-povinnostný charakter. Najvyšší stupeň stmelenia danej občiny bolo možné dosiahnuť vďaka úplnej integrácii jednotlivca do jej štruktúr, čo sa považovalo za prirodzenú nevyhnutnosť. V neskoršom období pre normatívny systém spoločenstiev je charakteristická určitá zložitosť.

4. NA ZÁVER

Oddelenie skupinových a osobných záujmov podkopávalo tradičné štruktúry občinno-kmeňovej samosprávy. Proces vyčlenenia verejnej moci vyžadoval iné prostredie, než aký bol archaický kolektivizmus rodokmeňového zriadenia.

Ak v podmienkach rodovej občiny jediným nárokovateľom na vodcovstvo bol staršina rodu, tak so vznikom teritoriálnej správy okruh pretendentov sa rozšíril nielen vďaka väčšiemu počtu kandidujúcich starejších rodov, ale aj vodcov klanov, žrecov, ochrancov totemov, liečiteľov, kováčov. Vznik majetníckej nerovnosti ovplyvňoval aj kandidátov na vodcovstvo: medzi nimi bolo viac zbohatnutých súkmeňovcov. Formuje sa nová sociálna hierarchia: nie totemická, nie pokrvná, ale hierarchia bohatstva a sociálneho vodcovstva, čo nachádza svoje vyjadrenie aj v normatívnom systéme – vzniká inštitút dedičstva. Dedenie majetku po otcovskej línii vedie k ďalšej individualizácii moci, jej personifikácii.

Aktuálne sú aj rôznorodé regionálne osobitosti spôsobov nastolenia osobnej moci: kandidatúra vekovo starších, sakralizovanie vodcov, vydobyvších si totem a právo, zložitý systém striedania lídrov klanov pri moci (v Afrike uzákonenie víťazov súťaží).

Osobitný význam mala inštitucionalizácia vekových, vojenských a obradových skupín (mužské zväzy), ktorých úloha bola nespochybniteľná pri presadzovaní vodcovstva ako antiprúdu kolektivizmu občinno – plemennej samosprávy.

Vodcovstvo – je prvým krokom pre vytvorenie štátu s osobitným (oddeleným od sociuma) aparátu správy zakladajúcom sa predovšetkým na jednom vodcovi. Je to etapa, kedy rozdvojenie právneho bytia človeka, jeho osobných práv a jeho spoločenského statusu nadobúda konečnú formu.

Hierarchický počiatok v právnom statuse človeka, ktorý vznikol v epoche „vojenskej demokracie“ a rozvíjal sa v dobe vodcovstiev, v podmienkach „etatistického“ bytia človeka prvýkrát nadobúda inštitucionalizovaný charakter v podobe písomných noriem práva. Čím bol vyšší sociálny a politický status človeka v polise, štáte, tým viac práv nadobúda.

Napriek tomu nebol eliminovaný problém, nastolený Aristotelom: právo je miera spravodlivosti ako určitého stredu ujmu a výhody, obmedzujúca ľubovôľu.

Pre Aristotela je najdôležitejší „rovný vzťah“ človeka na súde, ktorý akoby rozotiera sociálne a vlastnícke (majetnícke) odlišnosti.

Hľadanie kompromisu medzi spravodlivosťou, ktorú garantuje štát a zákon a spravodlivosťou, ktorú každý človek chápe podľa seba, v európskom právnom myslení nachádza cestu práve prostredníctvom zabezpečenia formálnej rovnosti (zakotvenej v zákone a v súdnej procedúre).

Vzniká binom: štát – právo alebo právo – štát, v ktorom človek akoby nachádzal strednú pozíciu. Odteraz štát nachádza svoje právo – právo štátu (inú cestu mali tzv. tradičné právne systémy, vytvorené na nábožensko-etických základoch).

Literature:

- Aleksejev, V. P., Peršic, A. I,: Istorija pervobytnogo obščestva. Moskva 1990
- Budil, I. T.: Mýtus, jazyk a kulturní antropologie. Praha: Triton 1995 Červená, K.: Business environment in the Slovak republic after the accession of the SR to EU – and economic aspects. In: Gospodarka i finanse w warunkach globalizacji: international scientific conference: Ciechocinek, 19 – 21 may 2008: Tom I. – Torun: Wyzsza Szkola Bankowa, 2008. – ISBN: 9788392360742
- Černych, Je. N. - Vengerov, A. B.: Struktura normativnoj sistemy v drevnich obščestvach. In: Od doklassovych obščestv k ranneklassovym. Moskva: 1987
- Červená, K.: Malé a stredné podnikanie po začlenení SR do EÚ- Možnosti a perspektívy. In: Vplyv medzinárodného a európskeho práva na právny poriadok Slovenskej republiky: zborník príspevkov. – Košice, 2007. - ISBN: 978-80-89089-67-3

- Čipkár, J.: Úvod do právnej antropológie. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach 2008. – ISBN: 978-80-7097-726-2
- Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie. Paris: 2000, p. 182 („Coutume").
- Eliade, M: Od Zalmoxida k Čingischánovi. Praha: Argo 1997;
- Eliade, M.: Iniciace, rituály, tajné společnosti. Mystická zrození. Brno: Computer Press 2004
- Knapp, V.: Teorie práva, I. vydání. Praha: C.H. Beck 1995. – ISBN: 80-7179-028-1
- Kovler, A. I.: Krizis demokratiji? Demokratija na rubeže XXI. Moskva 1997
- Kovler, A. I.: Antropologija práva, Moskva: Norma, 2002
- Lévi-Strauss: Anthropologie structurale. Paris: Plon, 1958
- Lévi-Strauss: Myšlení prírodných národú, Praha 1971
- Lukaševa, E. A.: Predislovje. In: Prava čeloveka: itogi veka, tendenciji, perspektivy. Moskva 2002
- Malinowski, B. K.: Magic, Science and Religion. In: Science, Religion and Reality. L: 1925
- Nersesjanc, V. S.: Pravo i zakon. Moskva 1983
- Nersesjanc, V. S.: Jurisprudencia. Moskva 1998
- Nersesjanc, V. S.: Juridičeskaja antropologija kak nauka i učebnaja disciplína. In: Rulan, N.: Juridičeskaja antropologija. Moskva 1999
- Nersesjanc, V. S.: Obščaja teorija prava i gosudarstva. Moskva 2000
- Peršic, A. I.: Problemy normativnoj etnografiji. In: Issledovanija po obščej etnografiji. Moskva 1979
- Rouland, N.: Aux confins du droit. Paris 1991
- Rouland, N.: L'antropologie juridique. (Série „Droit fondamental"), Paris 1980

- Rouland, N.: L'anthropologie juridique. Paris 1980 a tiež preklad: Rulan, N.: Juridičeskaja antropologija. Moskva 1999
- Sajdov, A. CH.: Meždunarodnoje pravo prav čeloveka. Moskva 2002
- Supatajev, M. A.: Kuľturologija i pravo. Moskva 1998

Contact – email
jan.cipkar@upjs.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNÍ OBYČEJ JAKO PRAMEN PRÁVA V PRÁVU ŘÍMSKÉM

PETR DOSTALÍK

Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
Právní obyčej; římské právo; právní věda; Digesta seu Pandectae; M. T. Cicero.

Abstract
N/A

Key words
Legal custom; roman law; roman legal science; Digesta seu Pandectae.

Namísto úvodu

Právní obyčej jako jeden z pramenů práva přitahuje již dlouhou dobu pozornost historiků i právních vědců. Právnímu obyčeji byla v romanistice vždy věnována zvýšená pozornost, od dob francouzké revoluce a vystoupení C. F. von Savignyho (1814 - Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung and Rechtswissenschaft) [1] se problém obyčejového práva, pojmu práva a právních pramenů stal problémem právní filozofie a obecné právní vědy.

Základní „stopou“ pro zkoumání právnch obyčejů jsou výroky klasických právníků zachycené v právních a neprávních pramenech.

Úkolem tohoto příspěvku je prozkoumat právní obyčej jako pramen práva, tak jak jej zpracovává v historickém vývoji Zákon XII desek, předklasická právní věda (zde se musíme pro nedostatek pramenů právních opírat zejména o spisy M. T. Cicerona), a věda klasická, tak jak je zachycena v Digestech.

[1] Podle K. Rebra se právě Savignyho vlivem stala otázka právního obyčeje otázkou filozofickou a historickou, viz K. Rebro, *Juliánova nauka o práve obyčajovom*, Bratislava 1944, str. 9.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Právní obyčej

Právní obyčej - consuetudo, mos - primitivní způsob tvoření práva. Nejpřirozenější, nejspontánější pramen. "spontánní zachovávání nějaké normy, jež odpovídá právnímu přesvědčení národa."[2]

Inst. 1.2.3

"Ex non scripto ius venit quod usus comprobavit. nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur."

"Z nepsaného se stalo právem, to, co zvyk potvrdil. Neboť dlouhotrvající mravy potvrzené souhlasem užívání mají stejnou platnost jako zákon."

Právo obyčejové předpokládá přesvědčení obyvatel, že norma je právně závazná. Norma musí být také trvale a dlouhodobě zachovávána. Musí tedy trvat po dlouhodu dobu, nesmí odporovat zásadám rozumu a mravnosti. Za právní se pak nepovažují takové obyčeje, které jsou sice zachovávány, jejich zachovávání je však založeno na omylu nebo na nesprávném výroku zákona.[3]

Význam obyčeje pro vývoj římského práva spočívá jednak v tom, že se jedná o prvotní, jakkoli primitivní pramen práva, tak jak je tomu u všech ostatních národů.[4]

Význam obyčeje v římském právu je zdůrazněn tím, zejména v tom, že veškerá pozdější normotvorba, ať již na základě zákonů nebo stanovisek právníků či praetorské jurisdikce se nesnaží o vytváření nových právních norem, ale o správné poznání a pochopení již existujících právních obyčejů.[5]

A konečně, třetí význam římského obyčeje jako pramene práva je v tom, že právní obyčej platil vedle psaných právních norem. Přestože je zákon XII desek pouhým sepsáním obyčejového práva,[6] od dob jeho vydání zákona

---

[2] P. Bonfante, *Instituce práva římského*, Brno 1932, str.23.

[3] Dig. 1.3.39

Celsus 23 Dig.

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optentum est, in aliis similibus non optinet.

[4] P. Bonfante, *Instituce práva římského*, Brno 1939, str.23

[5] M. Kaser, *Romisches Privatsrecht*, sv. 1, str. 25

[6] Th. Kipp, *Geschichte der Quellen des Romischen Rechts*, Leipzig 1909, str. 37: "Die Gezetzgebung der XII Tafeln war gröstenteils Aufzeichnung alten Gewohnheitsrechtes."

nabývá stále většího významu psaný pramen práva - zákon, přijatý na zákonodárném shromážděním (comitia curiata, concilium plebis)[7] a jeho interpretace nejprve pontifikální, později laickou právní vědou.

Raná práva a rané právní normy byly založeny obyčeji, ale od dob, kdy jsou psané záznamy, obyčej není hlavním zdrojem práva. To proto, že hlavním impulsem pro vývoj římského práva byla právní věda. Právníci mohli rozhodovat na buď na základě zákona nebo na základě obyčeje, ale materiálním pramenem bylo stanovisko právníka, ne obyčej.[8] Přesto právní obyčej podržel svůj význam pro tvrobu práva a platily vedle sebe právní normy založené jak na obyčeji, tak na zákonu - např. Gaius 4.26-27, 28.9. Při popisu procesního institutu „legiactio per pignoris capionem" rozlišuje Gaius dva případy – podle „zvykového práva" - "moribus" se žaluje touto legisakcí v případě, že si voják vzal zástavu za peníze, které mu měly být vyplaceny jako žold nebo za státní příspěvek na jízdního koně. Na základě zákona (rozumí se XII desek) se žaluje touto legisakcí tehdy, pokud bylo koupeno obětní dobytče a peníze nebyly zaplaceny.

Koexistence obyčeje vedle jiných jiných pramenů práva je jedním z hlavních rysů římského práva soukromého.[10]

Ve druhém století před Kristem nebyla velká část společenských vztahů regulována psaným právem, a byla tedy ponechána v rozhodovací pravomoci státních orgánů - zejména úředníků - nejvýznamnější je konzul a censor. Jako příklad můžeme uvést instutut zneužití otcovské moci - v zákoně XII desek jsou pouze vyřešeny pouze nejvýznamnější problémy - propuštění z moci otcovské, otcovražda, ustanovení syna za dědice a způsob ustanovení poručníka. Například instutut zneužití otcovské moci nebyl upraven vůbec a byl postihováno jako nemorální právě censory.[11] Právě tak institut otroctví není upraven zákony, ale naopak existují podrobné předpisy ohledně vedení sporu o svobodu člověka (liber homo bona fides servient), ohledně práva návratu (postliminium - to bylo řešeno dokonce zákonnou úpravou - viz Lex Cornelia). Zákony bylo upravovány pouze ty společenské vztahy, které byly sporné nebo zdrojem napětí ve státě (spory mezi patricii a plebeji), nebo to, co bylo římskými občany považováno za podstatné nebo

---

[7] Text zákona měl pro Římany, stejně jako pro Řeky význam přímo posvátný - Kipp je přesvědčen o vlivu řeckého práva na právo římské - Th. Kipp, *op. cit.*, str 38:"Dass griechischen Recht den Inhalt der XII Tafeln beinflusst hat, ist unzweifelhaft."

[8] A. Watson, *Roman Law around 200 B.C.* str. 11-13.

[9] Lat. text a český překlad viz *Gaius. Učebnice práva ve 4 knihách* (ed. J. Kincl), Plzeň 2007, str. 10.

[10] O obyčeji jako pramene práva ústavního viz P. Dostalík, *Antická státověda v díle M. T. Cicerona*, Olomouc 2009.

[11] Týž, str. 11.

kde bylo z nějakého jiného důvodu třeba státního zásahu (změny dědického práva - ochrana vdov a sirotků nebo stanovení maximálních měr úroků apod).

Oblast, která nebyla upravena právem psaným, byla ponechána na právu obyčejovém, které bylo zpracováno a přetvořeno právní vědou a praetorskou pravotvornou činností podle potřeb konkrétního případu a podle zásad aequity.

Jeden z hlavních zdrojů informací o starém římském právu M. T. Cicero v prvním století před Kr. zřetelně rozlišuje právo na psané a nepsané

Cic. Part. Orat 36.130. - první část

"Sed propria legis et ea quae scripta sunt, et ea que sine litteris, aut gentium iure, aut maiorum iure retinentur. "

"Ale vlastní zákony (rozumí se právní normy) a ostatní psané normy, a také ty, které (platí) bez zapsání, jako právní normy, které platí na základě ius gentium (práva národů) nebo na základě práva předků (rozumí se obyčejové právo - pozn. P.D.)"

Cicero uvádí obyčej jako pramen práva i ve svém filozofickém spise Topica:

Cic. Top. 5.29.

„Atque etiam definitiones aliae sunt partitionum aliae divisionum; partitionum, cum res ea quae proposita est quasi in membra discerpitur, ut si quis ius civile dicat id esse quod in legibus, senatus consultis, rebus iudicatis, iuris peritorum auctoritate, edictis magistratuum, more, aequitate consistat.“12

"Můžeme tedy rozlišovat dva typy definic. Jedny definice jsou "rozdělující na části", jiné prostě pojmy dělí. Rozdělující na části je taková definice, která věc, o které se hovoří, rozčlení na jednotlivé díly, jako když se říká, že občanské právo se skládá z zákon, senatusconsult, rozsouzených věcí, stanovisek osob zkušených v právu, ediktů úředníků, mravů a aequitě."

Tato Ciceronova definice, jakkoli slouží pouze jako příklad, je zajímavá jednak tím, že Cicero počítá mezi prameny práva také soudní rozsudky a že mezi prameny práva občanského (v originálním lat. textu civile jako mravy - mores).

---

[12] Cit. podle Cicero´s *Topica* (ed. a překl. Tobias Reinhardt), Oxford 2003, str. 127. Existují pochybnosti, zda tento text odpovídá právnímu pohledu na celou problematiku, avšak Cicero má k právníkům nejblíže, hovoří přímo *o ius civile*, ne o právu obecně. Viz *Folk Law: Essays in the Theory and Praxis of Lex Non Scripta*, sv. 1 (ed. A.D. Renteln a A. Dudes), Wisconsin 1995, str. 23.

Vyjdeme-li při interpretaci Ciceronova textu z definice právního obyčeje P. Bonfanteho, která je uvedena na počátku tohoto příspěvku, má termín mos[13] v právním smyslu dvojí význam

- označuje jednak společenské zvyklosti (např. zvyk dávat dceři věno je také založen na mravech předků a přitom není právně závazný)

- označuje také společenský obyčej jako pramen práva (obvykle se udává mores maiorum - mravy předků, aby se zdůraznila starobylost tohoto obyčeje)

Významné je pokračování fragmentu z díla Partitio Oratione, které se po rozdělením práva na psané a nepsané zabývá výslovně právem obyčejovým:

Cic. Part. Orat. 36.130. pokračování

"Scriptorum autem privatum aliud est, publicum aliud. Publicum lex senatus consultum, foedus, privatum tabulae, pactum conventum, stipulatio. Quae autem scripta non sunt, ae aut consuetudine aut conventis hominum et quasi consensu obtinentur. Atquae etiam hoc in primis, ut nostros mores legesque tueamur, quodam modo naturali iure praescriptum est."

"Právo, které bylo sepsáno rozlišujeme na právo veřejné a soukromé. (Pramenem) veřejného práva je zákon, rozhodnutí senátu, spojenecká smlouva, (pramenem) práva soukromého je závěť, smlouva nebo stipulace. Rovněž tak to právo, které má svůj původ v nepsaném, to nás zavazuje buď právními obyčeji nebo zvyklostmi lidí, a tedy jakoby souhlasem. A zde tedy ponejprv, pokud zachováváme naše zákony a obyčeje, jakobychom zachovávali to, co je předepsáno (nařízeno) přirozeným právem."

Costa popírá, že by Cicero rozlišoval mezi ius scriptum a non scriptum podobně jako texty v Digestech a domnívá se, že pod ius non scriptum Cicero rozumí ius naturale.[14] Rebro uvádí, že jak ius scriptum, tak ius non scriptum patří obě pod pojem lex tedy právo lidské, a to je v protikladu k pojmu ius naturale - právo přirozené.[15] Podle Cicerona se právo lidské dělí na právo psané a nepsané,[16] a obyčej patří mezi právo nepsané, ale nevyčerpává jej.

---

[13] Viz heslo *mores* v Paulys RE.

[14] Costa, *Cicerone giureconsulto I*, str. 40.

[15] K. Rebro, op. cit., str. 80.

[16] Viz také Instit. orat. 2.13.6.

Stejně tak rozlišuje A. Gellius právo psané a nepsané a uznává derogační moc nepsaného práva, když uvádí, že Drakónovy zákony v Aténách byly zrušeny nikoli rozkazem, ale tichým a nepsaným souhlasem Atéňanů.[17]

Cicero, De inv. 2.22. 67.

"Consuetudine autem ius esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In se autem quaedam sunt iura ipsa iam certa proptem vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quae praetores edicere consuerunt. Quaedam autem genera iuris iam certa consuetudine facta sunt, quod genus pactum, par, iudicatum."

"Má se za to, že obyčej je takové právo, které na základě vůle všech bylo potvrzeno bez zákona dlouhým užíváním. V obyčeji je obsaženo určité právo, právě proto, že bylo potvrzeno dlouhým užíváním. Ke kterým v tomto druhu a jsou mnohá jiná (ustanovení) a z těchto jiných je největší část, kterou praetoři vydávají ve svých ediktech. Jiné druhy práva již určité byly učiněny zvykem, jako je dohoda stran, aequita, rozhodnutí soudu."

Jedná se tedy o takové právo, které se zakládá na vůli všech občanů, kteří ho však nevyslovili zákonným ustanovením, ale cestou zvyku, dlouhého času a tímto dlouhým časem je také potvrzované. Sporné při výkladu tohoto místa je, jaké je podle Cicerona postavení soudního rozhodnutí jako pramene práva. Rozděluje prameny práva na dvě velké skupiny - jednak ta ustanovení, která jsou určitá (tedy závazná) následkem zvyku (mezi ně patří i rozhodnutí praetorů vyhlašovaná v ediktech - tedy jako by praetoři ve svých rozhodnutích nalézali obyčejiové právo), jednak ta ustanovení, která se nemusela stát určitými, ale jako hotové, perfektní normy dlouhodobým užíváním přešly do práva obyčejového - tedy dohoda stran, rozhodnutí soudu nebo aequita.[18]

Stejně tak praetoři přejimali do svých ediktů již hotové právní normy obyčejového práva a ne že by až převzetím se staly nezávazné zvyklosti právními normami.[19]

Cic. De inv. 2.54.162.

Consuetudine ius est, quod aut leviter a natura tractum aluit et maius fecit usus, ut religionem, aut si quid eorum, quae ante diximus, ab natura profectum maius factum propter consuetudinem videmus, aut quod in

[17] A. Gellius, Noctae Atticae 18.4.

[18] K. Rebro, "Právní normy vyjádřené ve formě smlouvy, soudního rozsudku nebo aequity přešly jako právní normy do obyčejového práva,"op. cit. str.77

[19] Tamtéž.

morem vetustas vulgi adprobatione perduxit, quod genus pactum est, par, iudicatum.

Obyčej je právem, co je možno lehčeji zachovávat na základě přírody a co závaznějším učinil zvyk, jako je např. náboženství, nebo jestliže z toho, o čem jsme mluvili předtím, co vychází z přírody a máme zato, že bylo uznáno za závazné skrze zvyklost nebo co na základě obecného schválení dlouhodobé užívání přivedlo mezi právní obyčeje, jako je soudní rozhodnutí stejně jako smlouva.

Cicero uplatnuje tedy oba znaky, jak souhlas občanů ("adporbatio vulgi"), tak dlouhodobé užívání ("vetustas").

Cicero odlišuje prostý obyčej od právního obyčeje. Rozdíl je v tom, že právní obyčej je založen na přesvědčení lidí, že se má zachovávat to, co je zachováváno.[20]

Právem obyčejovým je to, co bez zákonného podkladu je zachováváno právě tak, jako by to bylo ustanoveno zákonem. Tedy hlavním prvkem je přesvědčení, že to, co se zachovává je ustanovené zákonem - opinio legis. Totéž, i když méně jasně říká Cicero.

Dalším znakem, o kterém prameny hovoří - je dlouhodobé užívání.[21] Není ovšem uvedeno, jak dlouho má být obyčej zachováván. Co se týká důvodu platnosti právního obyčeje, uvádí Cicero, že normy obyčejového práva platí proto, že se již dlouho užívají.[22] Jinde ovšem tvrdí, že obyčej je závazný proto, že je shodný s právem přirozeným,[23]příroda je pramenem závaznosti práva obyčejového.[24] Cicero také připomíná, že mnoho zákonů vyšlo z užívání díky svému stáří nebo bylo zrušeno novými zákony,[25] uvádí i případy, kdy byla zákonná norma doplněna mravy předků, který platil jako

---

[20] Her. 2.13.19.

[21] Cic. Top. 90; Cic.De inv. 2.22. 67; Cic. De or. 2.358,1, 188;Liv. Ab, Urbe Con.27,8,9.

[22] Cic. Epist. ad fam. 4.3.1; Cic. De inv. 2.54.162; Cic. Tusc. Disp. 2,40; Cic. Laelius De Amititia 68.

Cic. De off. 3.72. Ex quo intellegitur, quoniam iuris natura fons sit, hoc secundum naturam esse, neminem id agere, ut ex alterius praedetur inscitia. Nec ulla pernicies vitae maior inveniri potest quam in malitia simulatio intellegentiae, ex quo ista innumerabilia nascuntur, ut utilia cum honestis pugnare videantur. Quotus enim quisque reperietur, qui impunitate et ignoratione omnium proposita abstinere possit iniuria.

[24] Cic. De nat. deorum 2,5." Quis enim hippocentaurum fuisse aut Chimaeram putat, quaeve anus tam excors inveniri potest, quae illa, quae quondam credebantur apud inferos, portenta extimescat? Opinionis enim commenta delet dies, naturae iudicia confirmat."

[25] Cic. De orat. 1,247. "Cum autem quod amore patriae censes nos nostrorum maiorum inventa nosse debere, non vides veteres leges aut ipsas sua vetustate consenuisse aut novis legibus esse sublatas?"

zákon.[26] Stejně tak i A. Gellius uvádí, že právo obyčejové má moc rušit normy práva psaného,[27] dále uvádí, že některá místa Zákona XII desek byla zrušena neužíváním a nahrazena právem obyčejovým.[28]

Podle Cicerona má právník ovládat nejen zákony a vyhlášky magistrátů, ale tak obyčeje.[29] V soudní řeči obviňuje protistranu, že jedná v rozporu s obyčejem[30] - nebo v jiné soudní řeči tvrdí, že jeho protivník nedbá ani zákonů, ani obyčejů.[31] Stejně tak i úředníci mají podle Cicerona povinnost dbát nejen norem práva psaného a praetorských ediktů, ale také aequity a právních obyčejů.[32]

Právní obyčeje nebyly pouze pramenem práva soukromého, ale na základě obyčeje - musí být ovšem splněny oba prvky - přesvědčení národa o závaznosti a vynutitelnosti právní normy a dlouhodobé užívání takového obyčeje - platí mnohé normy upravující římské právo ústavní, a také právo válečné - Cicero je přesvědčen o tom, že se válka má vést "consuetudinis iura" tedy podle pravidel zachovávaných zákony a obyčeji.[33]

M. Kaser[34] ovšem tvrdí, že neprávní prameny nejsou zcela spolehlivé, že pojmy, kteří rétoři používají (consuetudo, mos) mají jiný význam u rétorů a u řečníků, protože rétoři vycházejí z řecké právní tradice, která je odlišná od práva národa římského.

Navíc se podle něj mohli řečníci v rámci soudních sporů dovolávat i neplatných nebo všeobecně neuznávaných právních zásad, a to tam, kde to mohlo být ve prospěch strany, kterou zastupovali. Řečníci jsou spíše nakloněni řeckým vlivům než konzervativní právníci, kteří zastupovali element čistě římský.

---

[26] De leg. 2.23. "Marcus: Ergo adeo expectate leges, quae genus illud optumum rei publicae contineant, et si quae forte a me hodie rogabuntur, quae non sint in nostra re publica nec fuerint, tamen <fu>erunt fere in more maiorum, qui tum ut lex valebat."

[27] Gell. Noctae Atticae,12.13,5.

[28] Gell. Noctae Atticae, 20,1, 22.

[29] De orat 1.212.

[30] Cic. Pro P. Quintio 28 "contra ius consuetudinem, contra ius praetorum."

[31] Cic. Pro A. Caecina 2, "contra ius morem et consuetudinem."

[32] Cic. In Verr. 2.1.116 "ius consuetudo, aequitas, edicta."

[33] Cic. In. Verrem 2.4.122.

[34] Sav. Z. 59, str. 95 a násl. F. Schulz, *Principles of the Roman Law*

To, co bylo doposud ukázáno z neprávních pramenů podle mého soudu dokazuje, že rétoři se ve svých spisech zabývají otázkami čistě právními nebo právně-filozofickými a snaží se na ně nalézt odpověď aniž by sledovali jakýkoli určitý zájem. Navíc je třeba upozornit, že Cicero se zabývá problémem obyčejového práva nejen v soudních řečech (Pro Caecina, Pro P. Quntio, In Verrem), ale zejména v čistě teoretickém, filozofickém spisu De Inventione, který neměl žádnou souvislost s Ciceronovou řečnickou činností na foru. Navíc, jak uvádí K. Rebro,[35] pokud by obyčejové právo svědčilo v soudním sporu straně jedné, pak musely nastávat případy, kdy se mohly být použity druhou stranou v její prospěch, a to byl ten důvod, proč byla nauka o právních obyčejích rétory rozpracovávána.

Kromě toho se v Ciceronových filozofických spisech (De legibus, De officiis) objevují úvahy o právním obyčeji jako o projevu přirozeného práva (ius naturale). V tomto případě je možno vidět v jeho úvahách odraz řecké filozofie, zejména nauky Aristotelovy. To že Cicero uvádí jako pramen závaznosti jak dlouhodobé užívání a přesvědčení o závaznosti, tak soulad s právem přirozeným podle mého soudu dokládá, že Cicero zpracovává nauku o právním obyčeji již zavedenou a čistě římskou (stopy této nauky nacházíme u Gaia (Gaius, I.1 - všichni, kteří se řídí zákony a obyčeji a Ulpiána Inst. 1.2.3) a jeho cílem je dát tuto nauku do souladu s "čerstvě importovanou" naukou o přirozeném právu.

Je tedy možno shrnout, že právní obyčej byl zdrojem práva jednak v nejstarších dobách, kdy byl základem všeho práva - ovšem právními obyčeji se myslí i právní normy náboženské, přesvědčení stařešinů jednotlivých rodů nebo patres familias, názory jurisprudence. V nejstarších dobách není možno oddělit právo a neprávní zvyklosti. [36]

S rozvojem římského práva v jeho psaných formách je právo obyčejové zatlačováno do pozadí, ale neztrácí na svém významu a podle zpráv Cicerona a Gaia má v předklasickém období římského práva funkci nejen podpůrnou (subsidiární), ale také funkci interpretační (podle něj v podstatě soudí praetor) a derogační - mnohé zákony jsou podle Cicerona zrušeny neužíváním za mlčenlivého souhlasu všech a A. Gellius uvádí totéž o normách zákona XII desek.

Stěžejním pramenem poznání významu obyčejového práva jsou citace ze spisu právníka Iuliána, které se zachovaly v Digestech. Původně tvořily Iuliánův komentář k zákonu Iulia et Poppaea, kde Iulián chybějící úpravu právem psaným doplňoval použitím právního obyčeje.

[35] K. Rebro, op. cit., str. 82.

[36] K. Rebro, op. cit., str. 83.

Iuliánův text má však širší právně-filozofický záměr, a odpovídá na otázku, zda se i v právu klasickém užívalo právního obyčeje pouze subsidiárně nebo zda měl i derogační funkci. Citované místo zní:

Dig. 1.3.32pr.

Iulianus 84 Dig.

"De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet."

V těch případech, ve kterých se neužijí psané zákony, tehdy se přísluší starat, jak jsou (tyto otázky pozn. P.D.) upraveny v mravech a zvycích. A jestliže se v nějakém případu nedostává obyčeje, použije se to, co je tomuto případu nejbližšší a co má s ním jistou souvislost. Jestliže se nic takového nenalezne, tehdy je třeba zachovávat právo které se užívá v městě Římě.

Dig. 1.3.32.1

Iulianus 84 Dig.

"Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur."

"Starý obyčej má ne nezaslouženě přednost před zákonem, a tak i právo, které je založeno na zvycích. Neboť jestliže nás samotné zákony nezavazují z žádné jiné příčiny, než že jsou přjaty rozhodnutím lidu, proto (v orig. po zásluze – pozn. P.D.) i ty, které lid potvrdil aniž by byly sepsány, zavazují všechny. Neboť co záleží na tom, zda lid veřejně vyhlásí (objasní) svou vůli hlasováním nebo samotnými věcmi a skutky. A z této věci se také vyvozuje, že zákony se zrušují nejen hlasováním zákonodárce, ale také neužíváním za mlčenlivého souhlasu všech."37

Vycházíme - li z při interpretaci přímo z textu Digest, můžeme souhlasit spolu s K. Rebrem,[38] že podle Juliána tedy nejenže právní obyčej platí a

[37] srov.např spornou platnost zákona o zrušení šlechtických titulů

[38] K. Rebro, *Juliánova nauka o práve obyčajovom*, Bratislava 1944, str. 11.

užívá se tam, kde nejsou psané zákony ("causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est"), ale dokonce, tam, kde je stejná právní otázka upravena zákonem a obyčejem jinak, má přednost obyčej před zákonem, neboť i on vyjadřuje vůli lidu, jen na rozdíl od zákona je tato vůle vyjádřena konkludentně ("rebus ipsis et factis").

Moderní romanistika[39] podrobila tento fragment kritickému zkoumání a převažuje v ní názor, že jej není možné připsat Iuliánovi, ale že je do značné míry interpolován. Významní autoři (Sollazi, M. Kaser) se domnívají, že původně hovořil Iulián pouze o mezerách v zákoně Iulia et Poppea a že text je porušen a význam obyčeje zdůrazněn kompilátory nebo poklasickými právníky a odráží právně-filozofickou nauka justiniánskou, která má svůj původ v berytském učení. Klasičtí právníci (zejm. Gaius, Paulus) neuvádí obyčej mezi prameny práva, a to co nalézáme v pracích např. Ulpiána, to je pouhá rétorská ozdoba.

Domnívám se, že položíme-li vedle sebe neprávními prameny z dobe konce republiky a prvého století císařství (Cicero, Livius)a doplníme-li je pozdějšími autory, pokud je jejich výklad relevantní ke staré době (Aulus Gellius a rušení ustanovení zákona XII desek mlčenlivým souhlasem všech), dojdeme k závěru, že místa, která se v právních pramenech zabývají obyčejem, nejsou interpolována, ale naopak můžeme dovodit, že obyčej jako pramen práva hrál v římském právu významnou úlohu. Nejprve, jako ve všech primitivních právnch řádech, byl základním pramenem, to ještě v době, kdy není možné rozlišit právní normy od neprávních. Později, postupem psaného práva - edikty úředníků, zákony, senatusconsulta, soudní rozhodnutí bylo obyčejové právo zatlačeno poněkud do pozadí, ale upravovalo ty oblasti veřejného života, které nebyly normovány právem (otroctví, otcovskou moc), resp. právními normami byly regulovány pouze ty aspekty těchto společenských vztahů, které byly z určitého důvodu považovány za důležité pro římský stát.[40]

Kromě toho byly právní obyčeje imperativem, kterým se řídil praetor při posuzování právní podstaty sporu a spolu s aequitou[41] tvořili základní složku jeho diskreční pravpmoci při uplatňování soudní a zákonodárné pravomoci.

Tomu nasvědčují i výroky klasických právníků, zejména Iuliána, které jsou dochovány v Digestech, podle kterých má obyčej nejen funkci subsidiární (a

---

[39] M. Kaser, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht,* SZ 59, str. 80 a násl., Perozzi, *Institutiones di dirrito Romano*, I, 2. vyd.

[40] F. Schultz, *Principles of Roman Law*, Oxford 1936, str. 6-18.

[41] K. Bubelová, Aequitas jako prvek tvorby římského práva, in: Dny práva 2009, sekce Tvorba práva v historickém vývoji, Právnická fakulta MU, Brno 2009 (v tisku).

slouží k tzv. vyplňování mezer v právu), ale také derogační, obyčej může rušit zákonný předpis. Bylo by zajímavé sledovat, jakým způsobem se tato nauka (svým původem repunlikánská) uplatnila přímo v právu justiniánském, tedy zkoumat, jaké stopy zanechal obyčej jako pramen práva v Digestech. Rozbor této problematiky by měl neblahý vliv na rozsah a strukturu článku vzhledem k zaměření tohoto článku na pramen práva obecně. Tomuto tématu bude věnováno samostatné pojednání.[42]

Contact – email
petr.dostalik@seznam.cz

[42] P. Dostalík, *Problematika subsidiarity obyčejového práva v právu Justiniánském* (v tisku).

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MATERIÁLNÍ PRAMENY ŘÍMSKÉHO PRÁVA A JEJICH VLIV NA VZNIK SOUKROMÝCH KODIFIKACÍ

PAVEL SALÁK - MIROSLAV FRÝDEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta – Univerzita Palackého v Olomouci, Právnická fakulta

Abstract in original language
Meritem příspěvku jsou nenormativní, neoficiální sbírky římského práva. Práce je rozdělena do dvou částí. V první jsou zkoumány dvě soukromé sbírky, které se do dějin práva zapsaly jako *ius civile Papirianum* a *ius civile Flavianum.* Druhým zkoumaným obdobím je pak již doba císařského Říma. Hlavním pramenem práva jsou císařské konstituce a reskripty, které byly sebrány do dvou kodexů, které také byly jen soukromou iniciativou a jejich účelem bylo zpřehlednit rozsáhlou spleť císařských konstitucí a reskript. Tyto sbírky jsou označovány jako *Codex Gregorianus* a *Codex Hermogenianus*

Key words in original language
Římské právo; Ius civile papirianum; Ius civile Flavianum; Codex Gregorianus; Codex Hermogenianus.

Abstract
The non-normative and unofficial collections of Roman law are the basis of the present conference paper. The work is dividend into two parts. In the first part, there are analysed two private collections that are known in our history as *ius civile Papirianum* and *ius civile Flavianum.* The second analysed period is the imperial Rome. The imperial constitutions and rescripts are the main sources of law. They were collected into two codes that were also only the private initiative and their aim was to make complicated imperial constitutions and rescripts more transparent. These collections are called *Codex Gregorianus* and *Codex Hermogenianus.*

Key words
Roman law; Ius civile Papirianum; Ius civile Flavianum; Codex Gregorianus; Codex Hermogenianus.

Úvod

Předložený konferenční příspěvek v sekci Tvorba práva v historickém vývoji směřuje do dvou období římského státu a jeho základem nejsou formální prameny práva, ale materiální prameny vzniku římského práva. Meritem příspěvku však nejsou normativní právní akty, ale nenormativní, neoficiální kodifikace římského práva, které se do dějin práva zapsaly jako *ius civile Papirianum* a *ius civile Flavianum.* V tomto prvním zkoumaném období jde o dvě soukromé sbírky, které spadají do nejstarších dějin starověkého Říma a snahou příspěvku je poodkrýt ony materiální prameny vzniku práva, tedy právní, společenské a jiné skutečnosti a události, které

vedly k soukromému sepsání platného práva. Materiální prameny vzniku práva jsou rozhodující společenské jevy, které se spolupodílejí – ovlivňují vznik práva; např. války, občanské nepokoje, velké zadlužení, neúroda, politická lobby etc. Formální prameny práva jsou jednotlivé „druhy" normativních aktů.

Druhým zkoumaný obdobím je pak již doba císařského Říma a zkoumaným pramenem práva jsou pak císařské konstituce, které byly sebrány do dvou kodexů, které také byly jen soukromou iniciativou a jejich účelem bylo zpřehlednit rozsáhlou spleť císařských konstitucí. Materiální prameny vzniku práva ke Gregoriánovu a Hermogeniánovu kodexu je pak pozadí 3. a 4. století n. l., tedy období, kdy se historické období označované jako principát přibližuje k absolutnímu císařství a tím se i mění povaha právních pramenů.

Úvodem jen chceme připomenout vývoj kodifikací v kontinentální Evropě. V současné době je snad nepředstavitelná představa, že by nejdůležitější oblasti lidského života, které jsou právem upraveny, nebyly kodifikovány, tedy nebyly by upraveny v zákonících, které upravují celé právní odvětví (trestní, občanské, obchodní, ústavní…). Tato praxe je však snahou až pozdních dob. Příspěvek pojednává o pramenech práva v období starověku, a o období kodifikačním se dá hovořit v právní historii až od poloviny 18. století resp. počátku 19. století.

Je tedy nasnadě položit si otázku, co to vlastně kodifikace je, najít její určité společné znaky, které ji charakterizují. Pojem či slovo kodifikace, pochází z latinského slova codex – starší tvar caudex, [- icis, m], 1) kmen, nebo peň; - poněvadž staří psali na deskách dřevěných voskem potažených - desky (tabulky) zápisné, zápisky, kniha, spis, seznam[1]. Codex je označení pro „výrobek" na který se zapisovalo, kodex, je také označení pro účetní knihu Římanů. Etymologie slova codex je tedy kniha. Kodex v právu je pak kniha jejímž obsahem jsou právní normy nebo právo obecně. V knize jsou tedy sepsány a v ní jsou soustředěny právní normy – platné právo a to s určitým záměrem, kterým bylo systematické zpracovaní určité právní oblasti.

V nejstarší době Říma, kdy právo bylo výlučně nepsané nebylo zapotřebí, aby bylo právo sepsáno či průběžně spisováno, pramenem práva byly především zvyky předků *mores maiorum* a právní zvyky *conseutudo*, které měly nepsanou podobu. O kodifikaci práva ve starověkém Římě můžeme hovořit až v těch okamžicích: kdy bylo nutné „mít po ruce" sepsaná právní pravidla, v době, kdy bylo zapotřebí změnit zaběhnuté obyčeje nebo s právem seznámit širší veřejnost, tedy seznámit s právem všechny jeho

[1] Pražák, M., Novotný, F., Sedláček, J. : Latinsko – český slovník. Praha 1933, heslo *codex*, str. 225

adresáty (poslední poznámka směřuje již přímo k prolomení interpretačního monopolu pontifiků).

Obyčejové právo a potřeba jeho sepsání jako nutnost nebo exces?

Snad ve všech obdobích Říma byl pramenem práva právní obyčej *conseutudo*, jemu naroveň byl postaven tzv. zvyk předků *mores maiorum.* V nejstarších dobách byl právní obyčej takřka jediným pramenem práva. Tyto dva právní prameny vznikly a nejvíce se vyvíjely v rodové společnosti. V rodovém zřízení se jednalo o určité ustálené chování v určitých situacích, teprve s existencí králů začaly být určité společenské vztahy regulovány. Ale tyto tzv. královské zákony *leges regiae* jsou svou podstatou náboženské právní normy – *fas. Fas* je náboženský zákaz, který říkal to, co je zakázáno činit – tedy to, co je *nefas, fas* je pak to, co bylo dovoleno a *nefas* je pak negativně formulované pravidlo chování lidí z něhož se později vyvinuly právní normy[2].

O právu a o jeho vzniku nám podává krásný výklad Marcus Tullius Cicero ve svém spise De officiis libri tres II.12 *Myslím, že nejen u Médů, jak o tom vypravuje Hérodot, ale i u našich předků vešlo kdysi v obyčej volit lidi dobré povahy za krále, proto se dosáhlo spravedlnosti. Když byli lidé v míru utiskováni od lidí mocnějších, utíkali se vždy o pomoc k některému jednotlivci, vynikajícímu ctností. A ten, aby ochránil slabší před bezprávím, zavedl rovnost a podle stejného právního řádu vládl nejvyšším i nejnižším. A ze stejné příčiny jako království byly zavedeny také zákony. Neboť lidé si vždycky žádali rovné právo; vždyť jinak by to ani právo nebylo. Dokud lidé dosahovali takového práva od spravedlivého a poctivého jednotlivce, byli s ním spokojeni. Když tomu přestalo tak být, byly vynalezeny zákony[3], aby se všemi lidmi vždycky mluvily jednou a touž řečí. Je tedy jasné, že k vládě bývali vybíráni ti, o jejichž spravedlnosti měl lid vysoké mínění.*[4]

Cicero vysvětluje důvod vzniku zákonů. Základní zásadu práva je rovnost a poskytnutí spravedlnosti. V nejstarší době král vládne všem stejně, všem poskytuje ochranu jejich právům a to je i základní imperativ práva, že právo musí být pro všechny rovné – stejné pro všechny jeho subjekty. Požadavek „rovného práva“ je jeho základní charakteristikou a pojmovým znakem práva. Tato základní myšlenka je i zahrnuta i do nejstaršího sepsání práva Lex doudecim tabularum

Consuetudo je obyčej, právní obyčej. Podmínky, toho, aby bylo conseutudo závazné: usus longaevus, longa conseutudo – dlouhotrvající, neměnné

[2] K tomuto tématu např. SKŘEJPEK, M.: Ius et religio.

[3] Pozn. autora leges sunt inventae – zde spíše při překladu mělo být použito výrazu nalezeny

[4] CICERO, M., T. O povinnostech. Svoboda. Praha. 1970, přeložil Jaroslav Bahník. str.

chování, tacitus consensus populi – tichý souhlas národa, opinio necessitatis – přesvědčení o právní závaznosti; to bylo vyžadováno především u nových obyčejů

Dig. 1.3.32pr. Iulianus 84 Dig. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc ius, quo urbs roma utitur, servari oportet. Dig. 1. 3. 32 Iulianus v 84 knize svých Digest V těch případech, pro které nemáme psané zákony, se musí zachovávat to, co se zavedlo mravem a obyčejem. Zakořeněný obyčej se plným právem zachovává jako zákon, a je to právo, o kterém se hovoří, že bylo ustanoveno obyčeji.

Dig. 1.3.33 Ulpianus 1 de off. procons. Diuturna consuetudo pro iure et lege in his quae non ex scripto descendunt observari solet. Dig. 1. 3. 33 Ulpianus 1 kniha o povinnostech místodržitele Dlouhotrvající obyčej se obvykle zachovává jako právo a zákon v těch případech, které nepocházejí z psaného práva.

Dig. 1.3.35 Hermogenianus 1 epit. Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur. Dig. 1. 3. 35 Hermogenianus 1 epit. Ale ne méně jako psané právo se zachovává i to, co se schválilo dlouhotrvajícím užíváním a též po dobu mnoho roků se dodržovalo jako tichá dohoda občanů.

Ius civile Papirianum - nastala v Římě stasis?

Ius civile Papirianum v pramenech též známá jako de ritu sacrorum je sbírka o níž se v římských pramenech traduje, že na konci královské doby byly sebrány a vydány královské zákony pontifikem Papiriem. Zpráva o této sbírce se dochovala v Justiniánských Digestech, Liviových dějinách (Ab Urbe condita) dále najdeme zmínky o ius civile Papirianum u Dionysia z Halikarnassu, dále u Servia v jeho komentáři k Vergilově Aeneidě.

Dig. 1. 2. 2. 2 Pomponius … vyhlásili je i následující králové, všechny existují sepsané ve knize Sexta Papiria, který žil v té stejné době jako Tarquinius Superbus, syn Demerata z Korintu, a patřil nejvznešenějším mužům. Tato kniha jak jsme pověděli výše, se nazývá Papirianovo civilní (občanské) právo. Ne proto, že by do ní Papirius něco svého, ale proto, že uspořádal do jednoho celku zákony, které se vyhlašovaly bez pevného pořadí.

Pomponius nás v tomto fragmentu spravuje o tom, že v době krále Tarquinia Superba žil Sextus Papirius, který uspořádal královské zákony do jedné knihy.

Dig. 50. 16. 144 Paulus[5] v tomto fragmentu je podáván výklad ke konkubinátu a je zde zmínka o tom, že existuje výklad k ius civile Papirianum, který napsal Granius Flacus.

Livius Ab Urbe condita: VI, 1: Vyprávěl jsem o zahraničních válkách, o domácích rozbrojích, událostech temných už pro přílišnou starobylost, jak už se dávají rozpoznat z místa příliš vzdáleného. Důvod toho je také, že v těch časech bylo málo a poskrovnu literárních památek, jež jsou jedinou spolehlivou zárukou paměti vykonaných činů; i když některé byly zapsány v zápiscích nejvyšších kněží-pontifiků i v jiných státních i soukromých dokumentech, povětšině zanikly po požáru města.

Tento fragment z Liviových Dějin nás informuje o tom, že Římané mají poskrovnu literárních památek, což je způsobeno především požárem města (patrně má Livius namysli požár při vyplenění Říma Galy v roce 390 nebo 386 př. n. l., kdy měly vzít za své i Zákony dvanácti desek).

Livius Ab Urbe condita I, 32: Nařídil tedy (pozn. Ancus Marcius), aby pontifex, to je nejvyšší kněz, je všechny ze zápisků královských vypsal a uveřejnil je na bílé desce a aby ji vyvěsil na veřejném místě. Z toho vznikla jakási naděje u občanů toužících po klidu.

Na závěr je ponechán fragment z první knihy Liviových Dějin, kde je patrná zmínka o tom, co Řekové označovali jako stasis, tedy období vnitřního nepokoje. V římském podání je pak stasis nepokoj ve smyslu, kdy až na patricijské kněží nebyli lidé znalí v textech právních norem a bylo potřebami lidí a doby sáhnuto k sepsání práva, zde jde o zápisky královských zákonů, který vydal pontifex.

Posledním fragmentem, který nám přibližuje vznik ius civile Papirianum je fragment Dionysa z Halikarnassu.

Dionysios z Halikarnassu, Antiquitates Romanae III, 36, 4 Ancus Marcius napsal na desky komentáře o posvátných věcech shromážděných pontifiky, které Numa Pompilius ustanovil. Ve starých časech nicméně byly tyto (soupisy) zničeny poté, co byli králové vyhnáni, ve skutečnosti byly znovu sepsány a veřejně vystaveny Gaiem Papiriem pontifikem maximem.

V Digestech nám Pomponius říká, že Papirius žil v době kralování Tarquinia Superba, Dionysios z Halikarnassu nám podává zprávu, že v době

[5] Libro memorialium massurius scribit " pellicem" apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. granius flaccus in libro de iure papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam pallakyn graeci vocant.

Anca Marcia byly sepsány komentáře o posvátných věcech a po vyhnání králů byly znovu sepsány a veřejně vystaveny pontifikem maximem Papiriem. Vzhledem k přesnosti a znalosti dějin královského Říma je pravděpodobnější a věrohodnější verze, kterou podává Dionysios než verze, která je obsažena v Digestech.

Ius civile Flavianum

Vznik ius civile Flavianum předchází další období neklidu v Římské obci, které bylo namířeno proti monopolu římských kněží pontifiků, kteří měli monopol na výklad práva, ale také jako jediní v Římě znali kalendář, tedy znali, které dny jsou fasti, což jsou dny, kdy se mohou podávat žaloby a může se podstupovat soudní řízení a dny nefasti, kdy bylo zakázáno podstupovat soudní a veřejné jednání.

Ius civile Flavianum je soukromou sbírkou, která je připisována Cn. Flaviovi, který měl na konci jako sekretář (písař) Appia Claudia vydat dílo, které je známo pod označením ius civile Flavianum. Tato sbírka, kterou sepsal sekretář pontifika maxima Appia Claudia Caeca je doslovnou sbírkou legis actiones, tedy doslovné znění žalob v nejstarším římském legisakčním procesním systému. Další co, měl Gnaeus Flavius učinit je zveřejnění kalendáře, v němž jsou vyznačeny dny fasti, tedy dny, kdy je možno podat žalobu.[6]

Zveřejněním jednak přesného znění žalob a zveřejnění úředních dnů (fasti) došlo k prolomení pontifikální interpretace a římské právo od těchto dob dostává laický charakter. Začíná být pěstována právní věda (jurisprudence) pěstována právníky, kteří nejsou členy kněžského kolegia. Výklad a přizpůsobování římského práva se stalo pružnější a začalo být méně formalizované.

Dig. 1, 2, 2, 6 Pomponius …a tak téměř ve stejném čase se zrodily tyto tři části práva: Zákon dvanácti desek, z něhož začalo vycházet občanské (civilní) právo a z těchto stejných předpisů se vytvořily žaloby. Ale všechny tyto předpisy, jako i znalost výkladu a formulování žalob patřily kolegiu pontifiků. Každý rok se ustanovovalo, kdo z nich bude spravovat soukromé záležitosti občanů. A národ se takřka sto let řídil tímto zvykem. 7. Když se později žalobami zabýval Appius Claudius a uvedl je do určité podoby, tak jeho tajemník Gnaeus Flavius, syn propuštěnce, odcizil z nich vytvořenou knihu a zveřejnil ji lidu. A lid tento dar vítal natolik, že se Flavius stal tribunem lidu, senátorem i kurulským aedilem. Tato kniha obsahuje žaloby a jmenuje se Falvianovo civilní právo; tak jako předešlé Papirianovo civilní právo. Neboť ani Gnaeus Flavius nepřidal do knihy nic svého.

[6] SCOTT, J., B. Law, The state, and the international community. Volume one. New Persey. The Lawbook Exchange, LTD. 2002, str.116-118.

Tyto dva fragmenty nám jasně dokazují, bez ohledu do jaké doby spadá sepsání práva Papirianem, že v Římě existovala tradice, podle níž existovaly tři základní psané prameny římského práva, a to: ius civile Papirianum, Lex doudecim tabularum a ius civile Flavianum. Tyto tři sbírky pak opravdu byly schopné pokrýt veškeré právo hmotné a procesní. Zde se již může hovořit o Liviovském *fons omnis publici privatique iuris*.

Kodex Gregorianus a Hermogenianus

Materiální prameny vzniku Gregoriánova a Hermogeniánova kodexu

V každé učebnici práva se dočteme, že *Codex Gregorianus* a *Codex Hermogenianus* patří mezi nejvýznamnější právní památky římského práva.[7] Vzdor této skutečnosti, musíme říci, že kolem nich existuje mnoho dohadů a otázek. Nalézt na ně odpověď není však cílem tohoto příspěvku, jeho cílem je především zasadit je do kontextu doby, v níž vznikly.

Přesto se těmto otázkám a drobným záhadám spojeným s existencí těchto kodexů nevyhneme. Pro počáteční seznámení se však spokojme s konstatováním, že oba tyto kodexy vznikají během vlády císaře Diokleciána, někdy v první polovině devadesátých let 3. stol. n. l. a zahrnují v sobě císařské konstituce doby předchozí. Gregoriánský kodex je členěn na knihy, tituly a jednotlivé konstituce, přičemž tyto konstituce jsou řazeny v rámci titulů chronologicky. Obdobně je členěn i Hermogeniánský kodex, který obsahuje císařská reskripta. Jehož členění však spočívá pouze na titulech.[8]

Bohužel, do dnešních dob se ani jeden z těchto kodexů nezachoval v úplné podobě.[9] Známe je v podstatě z útržkovitých zmínek v právních pramenech doby pozdější, především u Theodosiánského a Justiniánského kodexu. V tomto ohledu je nejdůležitější tzv. *Fragmenta Vaticana*.[10] Je trochu zarážející, že velmi často se tyto zákony objevují v souvislosti

[7] SKŘEJPEK, M. Prameny římského práva. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004, s. 129.

[8] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 319

[9] Edice známých pozůstatků viz HÄNEL, G. Codicis Gregoriani ed codicis Hermogeniani fragmenta. Bonn: Adolf Markus, 1835.

[10] Tento spis byl objeven r . 1821 A. Majem ve Vatikánském palimpsetu. Obsahuje zlomky spisků významných právníků /Papinána, Paula, Ulpiána/ a několik zákonů Konstatina Velikého a Valentiniana. Vedle nich jsou tam zahrnuta i reskripta pocházející z obou kodexů. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 76.

s kodifikacemi germánskými – přičemž u Vizigótského zákoníku *Lex Romana Visigothorum*[11] je extrakt z těchto dvou kodexů jakousi „přílohou".

Ještě jednou se zastavme u jejich názvu. Slovem kodex dnes chápeme jako soubor norem, především právních, určitého odvětví. Latinský termín codex měl trošku jiný význam. Původně byl tento termín používán pro kmen, či desku, odtud se významově rozšířil na knihu, v době Říma v podobě dřevěných voskových tabulek svázaných k sobě, která postupně začala pro svou větší praktičnost nahrazovat svitky papyru či pergamenu. Označovaly se tak i účetní knihy, kam Římané zapisovali svá majetková vydání a příjmy a také výdaje. Později se tímto pojmem rozumělo shrnutí právní norem či zákonů. Z výše řečeného je patrné, že tyto dvě sbírky se od předchozích lišily i svou formou, nebyly již psány na svitku, nýbrž ve svázané knize.[12]

Druhou část názvu tvoří jména autorů, osob, jimž jsou tyto kodexy připisovány. Někdy dokonce se obě díla vyskytují i jen pod názvem Gregorianus a Hermogenianus. Je však otázkou, zda se autoři opravdu jmenovali takto a ne Gregorius a Hermogenes.[13] V případě Gregoriana nemáme žádných jiných zpráv o jeho existenci, neexistuje zde jediný pramen, který by nás o jeho osobě informoval blíže. Každopádně ale muselo jít o vysokého úředníka, který se pohyboval na dvoře císaře Diokleciána, tedy ve východní části říše a patrně měl vazbu ke škole v Berytu.[14] Pokud jde o Hermogeniana, zde je situace jiná. S tímto jménem se ve sledovaném období setkáváme a nacházíme jej i v jiných právních památkách. Problémem zde však je skutečnost, že jméno Hermogenianus je v daném období časté a nelze tedy s určitostí říci, zda jde o jednu, či různé osoby. Přesto však převládá názor, že jej lze ztotožnit s oním Hermogenianem, jež je citován v Justiniánských digestech a z jehož pera pochází i jiné právní památky jako *Juris Epitomae*.[15]

---

[11] Tento zákoník byl vydán Alarichem II. r. 506 a je též znám jako Alarichův Breviář. Zákoník je členěn do Leges, tvořených Theodosiánským kodexem, a Ius, kam jsou vedle Epitomei Gaii a úryvků z Papiniana zahrnuty i oba kodexy s komentářem. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 77, edice např. HÄNEL, edice např. G. Lex Romana Visigothorum. Berlin: Wilhelm Besser, 1847.

[12] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 316.

[13] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 316-317.

[14] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 318, poz. č. 12.

[15] SMITH, W. (ed) Dictionary of Greek and Roman Antiquities. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870, s. 421-422.

Každopádně skladba obou kodexů naznačuje, že vznikly ve východní části říše a konstituce ze západní části se sem dostaly dílem omylem, dílem byly doplněny při pozdějším přepisu, který vznikl na západě.[16]

Již bylo naznačeno, že kodexy vznikají v první polovině devadesátých let 3. stol. n.l. Přesnější datace v dané chvíli je opět dost těžko možná, z důvodu výše zmíněné zlomkovitosti. Např. Smith ve svém slovníku antické kultury uvádí, že Gregoriánský kodex obsahuje normy z doby vlády Diokleciána a Maximiána a stanovuje dobu jeho vzniku k roku 305. Hermogeniánský kodex pak v sobě obsahuje i normy Valentovi a Valentiana II., což posouvá dobu jeho vzniku do doby před nástup Konstantina Velikého.[17]

Podrobnější rozbor textu obou kodexů však ukázal, že tyto normy jsou v zásadě nikoliv původním dílem, ale doplňkem doby pozdější a všeobecně se tak uznává, že doba vzniku gregoriánského kodexu je někdy kolem let 291-292 n.l., neboť poslední císařská konstituce je datována rokem 290 n.l. Hermogeniánský kodex pak vzniká v letech následujících, neboť, až na jedinou výjimku, obsahuje reskripty z let 293-294 n.l. V tomto ohledu je třeba zmínit, že vazba mezi oběma kodexy je tak velmi těsná, že vždy jsou zmiňovány zároveň a Hermogeniánský kodex v podstatě je jakýmsi „doplňkem“ kodexů Gregoriánského.[18] O skutečnosti, že Hermogeniánský kodex Gregoriánský následuje vypovídá i fakt, že vždy jsou jmenovány v tomto pořadí.[19]

Jestliže horní hranici nám představuje počátek devadesátých let 3. stol. pak dolní hranici s jistotou tvoří doba téměř o sto let dříve. Nejstarším doloženým fragmentem je konstituce císaře Septima Severa z r. 196 n.l. [20] Přesto však zlomkovitost našich poznatků o tomto díle vede řadu autorů k přesvědčení, že kodex sahal možná i hlouběji do minulosti, a jako dolní hranici vidí předpisy z doby Hadriánovi.[21]

---

[16] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 321-322.

[17] SMITH, W. (ed) Dictionary of Greek and Roman Antiquities. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870, s.301. Zde ale jde právě o ony pozdější doplňky.

[18] SMITH, W. (ed) Dictionary of Greek and Roman Antiquities. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870, s. 301.

[19] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 317.

[20] KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 317.

[21] SKŘEJPEK, M. Prameny římského práva. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004, s. 129.

S nástupem Oktaviána Augusta a počátkem principátu, jakkoliv jsou na odiv stavěny stále republikánské tradice, doznává celá společnost velkých změn. A tyto změny se pochopitelně projevují i v právu, včetně pramenů práva. Jestliže základní právo republikové je stavěno především na obyčejích, zákonech, plebiscitech, ediktech magistrátů a jurisprudenci, již Oktavianus Augustus se začíná opírat o zcela jiný orgán, který tak získává roli „normotvůrce" – o senát.

Stále častěji se tak vedle zmiňovaných pramenů objevují senatusconsulta, jimž byla rovněž přiznána síla zákona.[22] Sice ještě Oktavianus sám několikrát svolal komicie, aby došlo k hlasování o zákonech, již jeho následovníci komicie přestávají svolávat a za Tiberia pak komiciární shromáždění zcela mizí. Naopak čím dál jasněji vystupují do popředí, vedle ediktů magistrátských, konstituce císařské.[23] Císařské konstituce v zásadě vyplynuly z pravomoci magistrátské, která byla dána do rukou principovi – nejvýrazněji se to konec konců odráží na císařských ediktech. Císařské konstituce pak postupně vytlačují ostatní prameny práva, přičemž i zákonodárná role senátu postupně upadá a mizí za Severovců.

Konstituce císařů jsou v zásadě tvořeny čtyřmi typy dokumentů:

edicta – vychází z ius edicendi magistrátů a obsahovala ustanovení všeobecná

mandata – šlo o instrukce určené jednotlivým úředníkům či správcům v provinciích, směřující k vykonávání jejich úřadu

decreta – rozsudky, jež vyřizoval císař buď na základě apelace, nebo při jednání jednoinstančním

rescripta – dobrozdání císaře, odpovědi na dotazy od úředníků, či přímo od procesních stran

Podobně jako v případě magistrátů, považovalo se, že edikty jsou platné pouze po dobu daného panovníka. Každý nástupce však většinou obnovoval platnost předchozích ediktů, často i jen mlčky. Valná část císařských ediktů získala tím platnost trvalou. Dokonce nemělo na platnost ediktů vliv ani to, pokud bylo po smrti císaře nad ním vysloveno *damnatio memorie* nebo *rescissio actorum*. Podobně i mandata, ačkoliv byla určena pro konkrétního úředníka a tedy i územně omezena, nicméně některá pravidla pro dané úřednické kategorie vedla k jejich opakování a tím i k tomu, že získala de facto trvalou platnost. Obdobně tomu bylo i u dekretů a reskript, jakkoliv svým charakterem byly snad nejvíc určeny pouze pro dané strany či soudce.

[22] GAI I 1,4

[23] GAI I 1,5

Naopak, tyto konstituce velmi často nebývaly omezeny pouze na příjemce, nýbrž získávaly obecnou závaznost.

Postupem času se čím dál víc prosazovala jak obecná závaznost tak i trvalá platnost císařských konstitucí, takže v době Hadriánově toto právníci všeobecně uznávali.[24] S nástupem Diokleciána a dominátu dochází ke změně pramenů a mizí postupně jak mandata, tak později i dekreta a reskripta, což souvisí se změnou soudního procesu.[25]

Vedle problematiky pramenů práva je zde ovšem třeba zmínit i jinou skutečnost a to vývoj společnosti jako takové, tedy i dějiny obecné, či politické. Právo je do určité míry odrazem doby a proto je třeba zmínit i vývoj římského impéria v době z níž pocházejí konstituce zahrnuté v obou kodexech. Má-li být doba před nástupem Diokleciána charakterizována co nejstručněji, pak ji mohou vyjádřit nejlépe dvě slova. Úpadek a krize. Prakticky celou první polovinu 3. stol. n.l. se římský stát potácí ve vleklých konfliktech nejen na svých hranicích, ale především vnitrostátních. K inflaci nedochází jen v oblasti ekonomické, ale o inflaci můžeme hovořit i u samotné hodnosti císaře. Onu inflaci nám nejlépe ukazuje případ, senátora, který císařský titul získal prostě tím, že v dražbě nabídl nejvyšší cenu[26] V období od r. 218 stol. n.l. do r. 268 n.l. zde máme cirka padesát uzurpátorů moci, kteří si osobují nárok na titul císař. Pohnutý charakter doby naznačuje i fakt, že i z těch „oficiálních" císařů, kterých bylo celkem dvacet sedm, bylo sedmnáct zavražděno a dva donuceni k sebevraždě.[27] Za tímto tragickým osudem do značné míry stojí chamtivost, byli to vojáci, kteří zpravidla nové císaře provolávali a také je likvidovali. Nově jmenovaný císař přeci vždy musí odměnit ty, jež mu k úřadu dopomohli. Hovoříme o tzv. vojenské anarchii.

Charakter římské říše se od dob Augustových značně změnil, Řím pozvolna přestával být centrem a moc senátu, kdysi vyjádřená oním slavným SPQR upadala. Caracallův edikt, který přiznal římské občanství všem obyvatelům říše způsobil, že onen původní vztah k Římu jako centru ochladl. Nový panovníci pocházejí z provincií, přičemž nejvýznamněji se projevuje oblast pro Řím nejexponovanější – Podunají. Slabost jednotlivých panovníků, ať již vycházela z jejich osobních vlastností, nebo z ostatních okolností, jako

---

[24] Vycházeli přitom z teze, že na základě lex imperii lid svou moc přenesl na císaře. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 49an.

[25] HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 51-52.

[26] Byl to Didius Julianus, nicméně jeho vláda netrvala nijak dlouho. Po devíti týdnech byl z rozkazu Septima Severa, kterého provolali císařem jeho vojáci v Podunají, senátem popraven. GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s. 304.

[27] GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s. 308.

jejich závislost na prefektovy urbi[28], jen posilovala roli armády. Ne nadarmo Septimus Severus svým synům radil: *„Vycházejte spolu dobře, buďte štědří k vojákům a o nic jiného se nestarejte.“*[29] Role senátu, jako instituce jmenující císaře pozvolna upadala a v podstatě se smrskla na pouhé formální posvěcení té osoby, kterou vybrali a prosadili vojáci. I v otázce nástupnictví v podstatě vítězil tou dobou princip, který prosazovali vojáci, tedy dědičnost, místo adoptování nástupců, což preferoval senát.[30]

Je nasnadě, že doba takovéhoto chaosu a de facto bezvládí neposkytovala příliš právní jistoty a rovněž časté střídání panovníků a dokonce ztráta vlivu a určitých územích[31] mohlo mít vliv na skutečnost, že o císařských konstitucích existovalo nízké povědomí.

Napomáhalo tomu i způsob zveřejňování konstitucí. Neexistovaly totiž žádné veřejné sbírky, kde by byly tyto konstituce zveřejňovány. Tento nedostatek se nejvíce projevoval u dekretů a reskript. Některé z nich platily jen pro konkrétní spor, jiné byly závazné obecně. Obecně závazná reskripta byla zasílána dotazujícím se úřadům formou dopisu a bylo pak na těchto úřadech, aby odpověď zveřejnily. Výjimkou byla pouze rescripta per subsciptionem, která byla vyvěšována veřejně.[32] To však vždy v době vlády panovníka a jen na určitou dobu. Jinak však konstituce byly uloženy v archivu, takže povědomí o těchto pramenech práva bylo velmi malé. Soud jen velmi těžko mohl ověřovat platnost starých reskript, na něž se případné strany sporu odvolávaly.[33]

---

[28] Tento úředník působil původně jako zástupce krále, za republiky jako zástupce konzulů, později tuto roli převzal městský praetor, od Tiberia se však stal jedním z císařských úředníků, který měl velitelskou pravomoc na policejními jednotkami v Římě a rovněž měl na starosti civilní a trestní soudní moc v oblasti Říma a okruhu sto padesáti kilometrů. BARTOŠEK, M. Encyklopedie římského práva.1. vydání. Praha: Panorama , 1981, s. 259.

[29] GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s.305.

[30] Tento způsob, že císař zvolil svého nástupce po poradě se senátem mimo okruh své rodiny se osvědčil především v 2. stol. n.l. GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999, s. 309.

[31] Za největší území, kde Řím ztratil vliv platilo především Galské císařství (259-273)a také Palmýrské království (267-272). Jestliže první útvar se nakonec spojil s Římem mírovou cestou, v případě Palmýrského království bylo třeba přikročit k vojenským operacím. BURIAN, J. Římské impérium. Vrchol a proměny antické civilizace. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Svoboda-Libertas, 1994, s. 127-129.

[32] Praxi veřejného vyvěšení těchto reskriptů zavedl buď Traján nebo Hadrián, adresát pak měl možnost pořídit si ověřený opis. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 48-49.

[33] Tato reskripta, pokud strany neměly jejich ověřený opis, byla uložena výhradně v císařském archivu. KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2. vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912, s. 318.

V podstatě jediným zdrojem obecného císařských konstitucí byly práce právníků, které nejen že obsahovaly tyto konstituce, ale doplňovaly je i výkladem. Není náhodou, že šlo o právníky, kteří zastávali vysoké státní úřady. Ti totiž také díky svému postu měly přístup do císařského archivu. Osud tří nejčastěji citovaných autorů digest – Papiniána, Ulpiána a Paula -je však do značné míry příznačný sledované době. Papinián byl popraven císařem Caracallou r. 212 n. l., Ulpián byl zavražděn pretoriány r. 228 n.l. a o Paulovo smrti buď nevíme nic, nebo zemřel *„pessima morte“* (nejhorší smrtí), kde však může jít o omyl a spojení jeho osoby s Ulpiánem.[34] Všichni tři působili[35] v úřadě preafecta pretoriae.[36] Tento vysoký úřad jak vidno byl neméně nebezpečný, než post císaře.

Jakkoliv se politická situace nástupem Diokleciána uklidnila, po stránce právních pramenů se ještě zhoršila. Jeho rozsáhlé reformy zcela změnily organizaci říše a zasáhly do mnoha oblastí. Je na snadě, že tyto reformy provázela značná legislativní činnost.[37] Není proto divu, že chaos a nízká informovanost o platném právu se ještě více prohlubovala, už i proto, že zde nebylo osob typu Ulpiána a jeho předchůdců. Po jejich smrti se ještě sice vyskytuje několik známých právníků, z nichž nejznámější je Modestinus, nicméně kolem poloviny 3. stol. dochází ke značnému úpadku právní vědy autoři této doby jsou vesměs anonymní a čerpají z jurisprudence klasické. Neklidná doba příliš nepřála vědeckému bádání.

Tato situace vyústila ve všeobecnou potřebu celkového souhrnu císařských konstitucí a to nejen vlády Diokleciánovi, ale především jeho předchůdců, neboť jak jsme si řekli, tyto konstituce platily nadále. A výsledkem této potřeby se stal Gregoriánský kodex. Kodex Hermogeniánský pak v sobě obsahuje v zásadě jen reskripty Diokleciánovy z let 293-294 n.l. a

---

[34] KINCL, J., URFUS, V., Římské právo. Praha: Panorama, 1990, s. 53.

[35] Papinián za Septima Severa, oba zbývající pak za Alexandra Severa. HEYROVSKÝ, L. Dějiny a systém soukromého práva římského. 4. vydání. Praha: J. Otto, 1910, s. 65-66.

[36] Praefectus praetorie byl původně za Augusta velitel císařské tělesné stráže – pretoriánské gardy. Později se stal vrchním velitelem všech jednotek v Itálii /s výjimkou oblasti, jíž spravoval praefectus urbanus/. Původně byly dva, později jejich počet byl různý – od jednoho až po čtyři. Byly principovými rádci a pomocníky, od Commoda pak měli pravomoc soudit v zastoupení císaře civilní i trestní spory v Itálii /opět vyjma území 150km od Říma/ a v provinciích. Šlo v podstatě o nejvyšší soudce a proti jejich rozhodnutí nebylo odvolání. Jedinou možností byla milost císaře. Směli vydávat i normativní příkazy. Za Diokleciána byl stanoven přesný počet praefectů praetorie a Konstantin Velký jej připravil o jeho vojenské pravomoci. BARTOŠEK, M. Encyklopedie římského práva. 1. vydání Praha: Panorama , 1981, s. 260.

[37] Z doby Diokleciánovi máme dochováno cca 1300 císařských konstitucí, což je prakticky polovina ze všech konstitucí. TURPIN, W. The Law Codes and Late Roman Law. s. 340.

Gregoriánský kodex tak pouze doplnil, „novelizoval." Reagoval na určitý nárůst legislativy, k níž bezesporu se státoprávními změnami došlo.[38]

Podle všeho, dílo těchto právníků nebylo oficiální sbírkou v době svého vzniku, vzešlo z jejich soukromé iniciativy, která reagovala na poptávku „zdola." Nemělo tedy povahu pramene práva. Skutečnost, že do jednoho textu byla shrnuta většina císařských konstitucí však byla natolik významná, že tato de facto „právní kniha" se setkala se značným ohlasem a získala velké obliby.

Oba kodexy navíc předznamenaly další vývoj a staly se svou formou vzorem při kodifikačních snahách císaře Theodosia II., které vyvrcholily r. 438 vydáním Theodosiánského kodexu.[39] Tento zákoník nejen že se inspiroval formou Gregoriánským a Hermogeniánským kodexem, ale na oba kodexy v podstatě navázal, neboť obsahuje konstituce císařů počínaje Konstantinem Velikým. Ostatně sám, na oba dva kodexy odkazuje.[40] Podobně na ně odkazuje při své kodifikační činnosti i císař Justinián.[41] Můžeme tak s klidným svědomím říci, že alespoň dodatečně se tyto dvě soukromé sbírky staly oficiálním pramenem práva.

Literature:

- PRAŽÁK, J., NOVOTNÝ, F., SEDLÁČEK, J. Latinsko – český slovník, Praha: 1933, 1348 s.
- KINCL, J.: Gaius, Učebnice práva ve čtyřech knihách, Brno: Doplněk 1981, 274 s, ISBN 80-7239-057-0.
- HEYROVSKÝ, L.: Dějiny a systém římského soukromého práva, Praha: 1910, 1243 s.

---

[38] Na druhou stranu nemůžeme říci, že ze skutečnosti, že nejvíce dochovaných konstitucí je z doby Diokleciánovi svědčí o mnohem rozsáhlejší legislativní činnosti. Nezapomeňme, že k přítomné době máme vždy více podkladů, než k době, jež již uplynula. TURPIN, W. The Law Codes and Late Roman Law. s. 341.

[39] Codex Theodosianus (CTh.), měl být souhrnem práva východořímského císaře Theodosia II. Práce blyy zahájeny r. 429 n.l. a kodex byl publikován r. 438 s účinností od 1. ledna 439. Závazný však byl nejen na východě, ale i v západní části říše na základě žádosti císaře Valentiniana III. a jeho platnost formálně potvrdil i senát Říma. Zatímco na východě byl nahrazen kodifikací Justinianskou, na západě platil v podobě obyčejového práva v Itálii d e facto až d o 1 1 .stol. Čerp ały z něj i kodifikační snahy Vizigótů. SKŘEJPEK, M. Prameny římského práva. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004, s. 159.

[40] CTh. 1,1,5: *„Ad similitudidem Gregoriani atque Hermogeniani codicis cunctas colligi constitutiones decernimus, quas Constantinus inclitus et post eum divi principes nosque tulimus, edictorum viribus aut sacra generalitate subnixas..."*

[41] TURPIN, W. The Law Codes and Late Roman Law. s. 340.

- TUREČEK, J., a kol.: Světové dějiny státu a práva ve starověku, Praha: Orbis, 1963, 637 s.
- Red. ĎJAKOV, V., N. a KOVALJOV, S., I. a kol.: Dějiny starověku, Praha: 1963, 774 s.
- LIVIUS: Dějiny, Praha: Svoboda, 1976, přeložil Pavel Kucharský, 660 s.
- SKŘEJPEK, M.: Římské právo v datech, Praha: C.H.Beck, 1997, 116 s., ISBN 80-7179-123-7.
- SKŘEJPEK, M.: Texty ke studiu římského práva, Praha: ORAC, 2001, 279 s., ISBN 80-86199-32-0.
- BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Academia, 1994, 471 s., ISBN 80-200-0243-X.
- BARTOŠEK, M.: Dějiny římského práva ve třech fázích jeho vývoje, Praha: Academia, 1995, 280 s., ISBN 80-200-05445-5.
- BARTOŠEK, M.: Škola právnického myšlení, Praha: Karolinum, 1993, 380 s., ISBN 80-7066-579-3.
- KINCL, J., URFUS, V., SKŘEJPEK, M.: Římské právo. 1. vydání. Praha: C.H.Beck, 1995, 386 s., ISBN 80-7179-031-1.
- SKŘEJPEK, M.: Ius et religio, Právo a náboženství ve starověkém Římě, Praha: Vydavatelství 999, 1999, 371 s., ISBN 80-901064-8-X.
- GRANT, M: Dějiny antického Říma, Praha: BB art 1999, 472 s., ISBN 80-7257-009-9.
- BOHÁČEK, M.: Nástin přednášek o soukromém právu římském, Právo obligační, právo dědické, díl II., Praha: nákladem vlastním, 1946, 193 s.
- TACITUS: Letopisy, Praha: Svoboda 1975, přeložili Antonín Minařík a Antonín Hartmann, 554 s.
- TACITUS: Z dějin císařského Říma, Rozprava o řečnících, Praha: Svoboda, 1976, přeložili Antonín Minařík, Antonín Hartman a Václav Bahník, 473 s.
- ROBERT, J-N.: Řím 753 př.n.l. až 476 n. l., Praha: Lidové noviny, 2001, 270 s., ISBN 80-7106-398-3.

- KINCL, J.: Deset slavných procesů Marka Tullia, Praha: C.H.Beck, 1997, 267 s., ISBN 80-7179-178-4.
- PEČÍRKA, J., a kol.: Dějiny pravěku a starověku 2 díl, kapitoly 10-21, Praha: Státní pedagogické nakladatelství, 1979, 1091 s.
- HATTENHAUER, H.: Evropské dějiny práva, Praha: C.H.Beck, 1998, 708 s., ISBN 80-7179-056-7.
- DOBIÁŠ a kol.: Dějiny lidstva od pravěku k dnešku. Římské impérium, jeho vznik a rozklad, Praha: Melantrich, 1936, 695 s.
- KOLEKTIV AUTORŮ: Encyklopedie antiky, Praha: Academia,1973, 741 s.
- REBRO, K.: Rímské právo súkromé, Bratislava: Obzor, 1980, 278 s.
- CVETLER, J., Kincl, J.: Právo římské, Praha: 1970, 161 s.
- URFUS, V.: Obecné dějiny státu a práva, Římské právo soukromé, Brno: 1979, 95 s.
- SCHARR, E.: De romanorum iure Latine et Germanice (Römisches Privatrecht Lateinisch und Deutsch), Zürich: Artemis Verlag, 1960, 1400 s.
- KRÜGER, P. Geschichte der Quellen und Literatur des Römischen Rechts. 2, vydání. München, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1912,
- HÄNEL, G. Codicis Gregoriani ed codicis Hermogeniani fragmenta. Bonn: Adolf Markus, 1835.
- HÄNEL, G.: Edice Lex Romana Visigothorum. Berlin: Wilhelm Besser, 1847.
- SKŘEJPEK, M. Prameny římského práva. 2. vydání. Praha: LexisNexis CZ, 2004,
- SMITH, W. (ed) Dictionary of Greek and Roman Antiquities. 2. vydání, Boston: Little , Brown & Company, 1870
- GRANT, M. Dějiny antického Říma. Praha: BB art, 1999,
- BURIAN, J. Římské impérium. Vrchol a proměny antické civilizace. 1. vydání. Praha: Nakladatelství Svoboda-Libertas, 1994
- www.thelatinlibrary.com

- www.archive.org
- www.fordham.edu
- http://penelope.uchicago.edu

Contact – email
miroslav.frydek@upol.cz - 10908@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE EVOLUTION OF THE REGULATIONS RELATING TO THE JURIDICAL INSTITUTION OF THE ADOPTION IN ROMANIA

ALIN-GHEORGHE GAVRILESCU

Faculty of Juridical Sciences "Constantin Brancusi" University of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
This paper present aspects on the evolution of the regulations relating to the juridical institution of the adoption in Romania. In the Romanian law adoption is a traditional institution, being regulated even by the old legislative bodies (Ivan Gheorghe Caragea`s Ruling, Scarlat Calimachi`s Code). More complete regulations of the institution are found in Romanian Civil Code of 1865, Family Code, Law no. 11/1990, Government Emergency Ordinance no. 25/1997, Law no. 273/2004 with subsequent modifications.

Key words in original language
Adoption, law; Family Code.

In Romanian law, adoption has been regulated since old laws. Therefore, the Calimach Code called it "affiliation" and the Caragea Code provided that "adopting children is a gift for the consolation of those that cannot have children".

The Civil Code from1864, amended in 1906, regulated adoption as a solemn contract concluded between the adopter and the adopted. The adopter had to be at least 18 years older than the adopted and enjoy a good reputation. In the initial regulation, only the persons that had no children or legitimate offspring were allowed to adopt. If the adopter was married, the spouse's consent was necessary in order to adopt. The adopted could be major or minor. He could not be adopted by more persons, except for the case in which the adopters were spouses. The adoption consent was expressed in authentic form, and adoption had to be agreed on by the court of law sentencing on the adoption request through a resolution that was not motivated or appealed against in any way. Adoption was, basically, irrevocable. The adopted had still the possibility to ask for the annulment (revocation) of the adoption within a year from the coming of age, without being necessary to motivate the revocation request addressed to the juridical court.

Affiliation created civil kinship relations between the adopter and the adopted, as well as patrimonial relations between them similar to those resulting from the legitimate family, but it did not break the kinship relations between the adopted and its origin family; parental power was not passed over to the adopter and continue to belong to the natural parents of

the adopted. Later on, the Law no. 276/1944 established that, through the adoption effect, parental power passed to the adopter. The adopted came at the succession of its natural relatives and to that of the adopter, but not at the succession of the adopter's relatives. In return, the adopter had no right to the adopted succession.

By amending the Civil Code through the Decree no Prin. 131/1949 the right to adopt was also given to persons that had children or legitimate offspring, establishing, at the same time, that only minor children could be adopted and that adoption was to be made only for the best interest of the adopted. Also, it provided that through the adoption, the adopted and its offspring acquired the legal status of child and legitimate offspring of the adopter and at the same time, all the rights and duties between the adopted and its offspring ceased, on one hand, and the natural parents of the adopted and its relatives, on the other hand.

The Civil Code did not expressly regulate international adoption but it admitted that the adopter could be foreigner and because foreigners enjoyed all the civil rights in Romania and adoption was consider a civil law act[1].

Distinct from the regulation from the Civil Code, the Decree no. 182/1951 regulated the institution of adoption that had all the effects of a natural filiation (art. 1 par. 1). In the regulation of the Decree no. 182/1951 only two spouses were allowed to adopt together and at the same time; they could adopt only the child that had not turned 5 years old (exceptionally admitting the adoption of children older than 5 years old if they had been adopted or taken care of the ones that wanted to adopt them) and only if both parents were unknown, deceased, missing or if they had left them for more than a year; the adopted and its offspring exit the natural family and completely entered the adopters' family becoming relatives to adopters and their relatives[2].

Once with the enforcement of the Family Code from 1954 the provisions of the Civil Code that organized adoption were annulled, regulating it under the name of affiliation in the 3rd Chapter and the 2nd Title called "Kinship" from the Family Code. Including adoption in the Family Code was justified, except for its appurtenance to family law, and the need for a correlation between the regulations regarding the adoption and those regulating other institutions from this branch, respectively: filiation, support obligation etc. which are included in the same code[3]

---

[1] Marieta Avram, *Filiation. National and International Adoption*, All Beck Press, Bucharest, 2001, p. 94.
[2] For details see Traian Ionaşcu, *From adoption to the affiliation established through the Decree no. 182 from 19th of October 1951* in „Justiția Nouă" nr. 7-8/1951, p. 745-752.
[3] Alexandru Bacaci, Viorica-Claudia Dumitrache, Codruța Hageanu, *Family Law*, 4th edition, All Beck Press, Bucharest, 2005, p. 219.

Family Code regulated material law aspects of affiliation except for its nullity, a matter in which the general rules regarding the nullity of civil legal acts applied regarding the nullity of individual administrative legal acts regarding the affiliation consent decision[4].

In the system of the Family Code, adoption appears as a child protection means art. 66 of the Family Code stating the principle that affiliation could only be made for the best interest of the adopted. Adoption was conceived as a means by which the child may receive the family it needs[5] establishing the rule that only minor children could be adopted. Nonetheless, it exceptionally regulated the possibility to adopt a major person if it had been raised by the adopter during its minor years.

In the regulation of the Family Code, the lawmaker kept some of the interdictions from the Civil Code, like the maintenance of the impediment resulting from a previous adoption, waived some of them, like the negative condition that the adopter should not have any children or legitimate offspring or provided new ones like preventing adoption between brothers.

In order to conclude adoption, it provided the consent of the adopted, if it turned 10, along with the consent of its parents.

Adoption preserved its solemn character in the regulation of the Civil Code meaning that "ad validitatem" the consent had to be expressed in an authentic form[6].

Adoption consent was given to the custody authority as administrative authority with attributions regarding minor children's protection.

The Family Code regulated two types of adoption:

1. adoption with limited effects (art. 67-78) that had the following characteristics:

- the kinship relations between the adopted and its offspring, on one hand, and natural parents and its relatives, on the other hand, were maintained;

- kinship relations similar to those between natural parents and children were established between the adopted and its offspring, on one hand and the adopter, on the other hand.

2. adoption with full effects that had the following characteristics:

---

[4] Ioan Albu, Ionel Reghini, Paul Andrei Szabó, *Affiliation*, Dacia Press, Cluj Napoca, 1977, p. 18.
[5] Emese Florian, *Children's Rights Protection*, C. H. Beck Press, Bucharest, 2006, p. 207.
[6] Marieta Avram, *op. cit*., p. 96.

- the kinship relations between the adopted and its offspring, on one hand, and its natural parents and their relatives, on the other hand, ceased, maintaining the impediment to marriage resulting from the blood kinship;

- kinship relations were established between the adopted and its offspring, on one hand and the adopter and its relatives, on the other hand.

As far as adoptions and affiliations existing at the enforcement date of the Family Code, art. 9 par. 1 of the Decree no. 32/1954 for enforcing the Family Code, established that they shall be applied the provisions of the Family Code, except for the validity conditions regulated by the old laws agreed upon. Decree no. 32/1954 also cancelled the Decree no. 131/1949 for adoption amendment and Decree no. 182/1951 that regulated affiliation with full effects of natural filiation (art. 49). Consequently, from the effective day of the Family Code, former adoptions became affiliations with limited effects regulated by the Family Code and former affiliations continued to have full effects regulated by the Family Code. The provisions of the Family Code regulated the transformation, at request, of the adoptions existing on the effective day of the Family Code, into affiliations with full effects of natural filiation (art. 78 Family Code as amended through the Law no. 4 from 04. 04. 1956 and the Decree no. 283 from 21st of June 1958).

International adoption was allowed, but according to the provisions of Decree no. 137/1956 it required the permit of the country's President in case of adopting a Romanian citizen by a foreigner or of a foreigner by a Romanian citizen.

Considering the practical need to especially protect the child that was to be adopted, beginning from 1990 this institution has received special normative acts.

First of all, through the Law no. 11/1990 regarding adoption consent, the ability to consent to the adoption was transferred from the custody authority to the court of law. Also, the subsidiary character of international adoption was established, in the sense that foreigners or Romanian citizens residing abroad were allowed to adopt only children recorded at the Romanian Adoptions Committee, incorporated through this law, and that cannot be entrusted or adopted in the country in the 6-month period from their registration (art. 3 par. 1). Law no. 11/1990 also established that if the adopter or the adopted were foreigners, each of them had to comply with, regarding the conditions for the conclusion of the adoption, to its national law, if the foreign law did not breach the public order of Romanian private international law and the fact that allowed to achieve material benefits for the adoption were incriminated. The Decree no. 137/1956 stipulating that international adoption was conditioned by the President's consent was abrogated.

Law no. 11/1990 was successively amended through the Law no. 48/1991 that replaced the term of affiliation from the Family Code and other

normative deeds, with the adoption one, as well as through the Law no. 65/1995 that amended and completed some provisions regarding international adoption, the most important amendment being the forbiddance of international adoption of children by the family, in order to mark the fact that international adoption was a means of protecting the child that was deprived of its familial environment[7].

The provisions of the Family Code regarding the adoption as well as the other provisions existing in special laws in this matter were abrogated through the Government Emergency Ordinance no. 25 / 1997 regarding the legal status of adoption, approved with amendments through the Law no. 87/1998, that established a new legal and unitary in compliance with the international standards that Romania is a part of[8]. In the system of the Emergency Ordinance regarding the legal status of adoption no. 25/1997 adoption, international adoption included, was a means of protecting the child that established the filiation between the adopter and the child as well as the kinship between the child and the adopter's relatives (art. 1). This normative deed regulated only one type of adoption, adoption with full effects respectively, that had the following characteristics:

Filiation was established between the child and the adopter. Once with the establishment of the filiation through adoption, the filiation between the child and its natural parents ceased (art. 1 par. 4);

Kinship was established between the child and the adopter's relatives. Although the law did not expressly stipulate the doctrine, it underlined that kinship was also established between the adopted child's offspring and the adopter's relatives[9];

The kinship between the adopted child and its natural relatives, as well as the kinship between the adopted child's offspring and its natural relatives ceased, preserving the impediment of marriage between the adopted and its natural relatives (art. 21 par. 3), as well as adopter's offspring and its natural relatives[10].

The emergency ordinance regarding the legal status of adoption no. 25/1997 tried to align the internal legislation to international legislations in the matter, but in practice, it proved not to include enough guarantees for the adoption, especially the international one, to be able to occur, considering the superior interest of the child. The normative configuration of

[7] Marieta Avram, *op. cit.*, p. 97.
[8] Emese Florian, *op. cit.*, p. 207; Marieta Avram, *op. cit.*, p. 98.
[9] Ion P. Filipescu, *Adoption and Protecting the Child in Difficulty*, All Beck Press, Bucharest, 1998, p. 2.
[10] Idem p.3

international adoption has generated certain discontents, especially from the European Union[11]

The Government Emergency Ordinance no. 121/2001 suspended, for 12 months from its enforcement, all the procedures with the object of Romanian children adoption by a foreign citizenship person or by a Romanian citizenship person or family residing abroad.

The Government Emergency Ordinance no. 121/2001 was approved, with amendments, through the Law no. 347/2002, that provided that the demands for adoption pending at law courts on the enforcement date of the Government Emergency Ordinance no. 121/2001 shall be settled according to the relevant regulations at their submission date. At the same time, it was provided that, in exceptional circumstances, required by the superior interest of the child, at the proposal of the National Authority for Child Protection and Adoption, certified by the General Secretariat of the Government, the Government may approve to submit some international adoption consent applications to the relevant courts of law.

The term for temporarily suspending all the procedures regarding international adoptions was successively prorogued through the Government Emergency Ordinances no. 123/2001 and no. 151/2002, Government Ordinance no. 16/2003 and Government Emergency Ordinance no. 7/2003, by 1st of June 2003. Law no. 233/2003 adopted Government Emergency Ordinance no. 7/2003, but with the amendment according to which the term in discussion was prorogued "until the enforcement date of the new regulations regarding the legal status of adoptions".

The Government Emergency Ordinance no. 1/2004 cancelled art. 11-15 from Government Emergency Ordinance no. 121/2001, approved, as amended and completed through the Law no. 347/2002, as further amended. The Government Emergency Ordinance no. 1/2004 stipulates: "Applications for the consent on the adoption of Romanian children, submitted by a person or a family with foreign citizenship or by a person or a family with Romanian citizenship, residing abroad, for whom the Government approved the submission of the files to the relevant courts of law until the enforcement of this ordinance, shall be settled according to the relevant regulations on their submission date".

At present, adoption is regulated by the Law no. 273/2004 regarding the legal status of adoption, as amended and completed through the Government Emergency Ordinance no. 102/2008, approved through the law. 49 from 20th of March 2009. Adoption is today the legal operation that allows to create the filiation connection between the adopter and the adopted as well

[11] Dan Lupaşcu, *Legal theoretical and practical aspects regarding adoption with special refference to the Law no. 273/2004,* Law Magazine no. 12/2004, p. 9.

as a kinship relation between the adopted and adopter's relatives (art. 1 of the law).

Contact – email
alin77gav@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KNOWLEDGE – CULTURE AND DEMOCRACY PROGRESS

ADRIAN GORUN

Faculty of Letters and Social Sciences University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
Between the knowledge process, culture and the progress of democracy are established a series of correlations that can be revealed only by understanding precisely those concepts. Regarding the term of clarification explanations generated by several factors is required. First, it is not a rigorous one, covering an imprecise territory, indefinite by references and miscellaneous connotations. Then, the judgment that knowledge is an essential and existential attribute of human being can not be ruled out, and it is at the same time, ascertaining but also critical and selective. It should also be put on the same plane an intrinsic and elementary knowledge which has a subjective and spontaneous sense, which is found in the human genetic code, with an objective, critical, reflective and deliberate knowledge which is an epistemic knowledge (scientific). Its bipolarity and processing should be examined by reporting its finite subject to the infinitely subject matter and the gnosiology problems and solutions aimed to a specific state of knowledge (subjective and scientific) bearing usually a mark of genres and forms of knowledge that, each time, enjoyed the prestige of epistemological, having even a paradigmatic role. The approach that I propose not only surprising the correlations between conceptual parts (knowledge epistemic-culture-democracy), but especially in developing content sequences relating to formal democracy and substantive democracy, the role of democracy and political culture in progress, we reveal the unsatisfactory nature of the concept gnosiology only in terms of internal consistency and simplicity, of consistency with its own theoretical and methodological assumptions. The nature which is studied nowadays is not a pre-human one. It is already processed and cultural valued. The systems of meaning can be deciphered only by considering the context, turning the research results in the field of cultural anthropology, psycho-sociology, and history culture and focusing on the social psyche in the reconstruction of the horizon of human reality. The human condition is the human axiological foundations of universe, universe that is not confined either to the ontic or at gnosiological ones. And this is because the values are immanent and transcendent both as valued objects and subjects which would value. Thus, value is a relationship assessment of goods or creation, by virtue of correspondence between their characteristics and human aspirations. Therefore, on can say that a political system is shaped by the cultural factors and the political system, in turn, can cause changes into the culture, influencing other behavioral patterns of the society. Culture creates tradition, form autonomous systems of knowledge, shaping the structure of some institutions. In other words, culture creates a

different quantum of social experience. Democracy is the political form that has proved long time, a great capacity for learning and a huge transformation potential that occurred as the idea of government by the majority. In our opinion, the concept of democracy points to a multitude of problems in terms of a failure (if not a crisis) in the epistemic domain. Conditions of democracy originated in the political system (as any political regime) is the essential way in which the policy models in real hypostasis and goal hypostasis, concrete in the governance exercised by many and the ideal of government by as much as possible. The gears of globalization and knowledge society, reconstruction of the experiments experienced democracy, acceptance of democratic governance as the axiom, acceptance of extending the scope of political participation and the idea of universality of voting, pluralism and compromise, the positive contamination into the international plan are not sufficient arguments to show justification and legitimacy of democratic regimes compared with the non-democratic ones. Furthermore, normative judgments can not substitute for objective judgments. The response to these challenges may be made only by bringing into question the concepts of formal democracy and substantive democracy.

Key words in original language
Democracy; democratic systems; epistemic knowledge; globalization.

1. EPISTEMIC KNOWLEDGE – CULTURE – DEMOCRACY – CONCEPTUAL REFERENCES

All the great culture ages have proposed theses, principles and gnoseological problems to the meditation and reflection1. Even in the cultures and mentalities qualified as proto-historical, archaic, mythological, myths, images and symbols are structures communicating about the meaning of those cultures exponents is attributed to knowledge, essential and existential coordinate of man.

There is no rough concept for what we generally name knowledge. This, especially to the extent where the term usually used is vague, and covers an imprecise "territory", not determined by references and heterogeneous connotations. But this is way clarifications are necessary. Especially because the judgement according to which knowledge is the essential and existential feature of man cannot be denied. This judgement becomes indicative: a certain moment of knowledge is involved in any human activity and commitment. At the same time, it becomes critical and selective: we cannot put at the same level an elementary, intrinsic knowledge (human ontis attribute), found in the human genetic code, in the existential project of the human being (as a component of life), with an objective, critical, reflexive knowledge. The elementary knowledge

1In order to clear about the process of the theory of knowledge, see P.P. Negulescu, New writings, I, The problem of knowledge, Academy Publisher RSR, Bucharest, 1969.

represents the universality and identity of the human being – as bio-psychic being, socio-cultural and action being, and it is "knowledge or thought in subjective meaning, consisting of a state of mind or consciousness or a disposition towards behaviour or reactions2". By comparison (although the gradualness of the plans is obvious), the objective knowledge, critically controlled, represents knowledge or thought in objective meaning, consisting of problems, theories and arguments as such"3.

Elementary knowledge is spontaneous, subdued at the same time to some freedom and constraints horizons appeared both from the genetic code and the life situations (individual and group); objective knowledge is intentional, obtained through special and specialized activities, explicitly following some justness, authenticity and probation ideals. Objective knowledge is the epistemic (scientific) knowledge.

At cultural and historical scale, we can identify knowledge systems more or less integrated, proper to some human communities, systems where there are structured different types of knowledge (differentiated, synthesized, and hierarchised):

a) perceptive knowledge, of common sense; b) technical and pragmatic knowledge' c) scientific knowledge; d) philosophical knowledge; e) mythical knowledge; f) religious knowledge; g) artistic knowledge.

At the same time, all the forms of conscience and ideologies (coercive or non-coercive) are associated with moments and coefficients of specific knowledge. Then, within the framework of knowledge types, the following forms of knowledge may be identified:

a) empirical – theoretical; b) positive – speculative; c) intuitive - reflexive; e) representative – symbolic; f) individual - collective ş.a.

therefore, we discuss of types of knowledge:

- elementary, spontaneous, common, subjective;

- objectived, elaborated, reflexive, critical, scientific, knowledge systems, genera and forms of knowledge; the types and forms of knowledge , characterized by their variable modalities of expression, communication, and diffusion.

2K.R. Popper Epistemology without a known subject, in Epistemology. Contemporary orientations, Political Publisher, Bucharest, 1974, p. 72.

3Ibidem.

In this approach4, taking into consideration the gradual character of knowledge in general, but also by the benefits resulting from the empiricism – rationalism dispute (mediated in the modern age by Kant's criticism), we are concerned by illustrating the relation: scientific knowledge – culture (especially political culture) – the progress of democracy. We will focus on the difference between the scientific knowledge system and the system of opinions, on highlighting those field of reality liable of a certain knowledge (comparisons with fields where certitudes are subordinated to statistics), on the need of passing (within the process of knowledge) from the misleading appearance of things to the observation of their essence, on the existence or non-existence of adequate means of the subject at a certain point, in order to establish the validity of some knowledge results or at least certain degrees of its credibility.

Knowledge bipolarity and gradual character have to be analyzed by reporting its finite subject (a finitudine established by admitting the genetic, existential, potential – action limitations of the investigation means) to the infinite object (spatial and temporal infinite and various forms of manifestation). At the same time, we have to take into consideration one evidence: that gnoseologic problems and solutions also focus on a determined state of knowledge (subjective and scientific), having the fingerprint of genera and forms of knowledge which, in every age, have had an epistemological prestige, even with a paradigmatic role.

Knowing the knowledge has only one “royal” way: it is a moment of human knowledge below the historical possibility. In our steps, both in surprising the the correlations between conceptual references (epistemic knowledge – culture – democracy), but especially in developing the content sequences regarding formal democracy and substantial democracy, the role of knowledge and political culture in the progress of democracy (but also in underlining some intrinsic limitations of the “phantom-theory” of democracy) we issue the assumption that the appreciation of a gnoseologic conception only under the aspect of coherence and internal simplicity, of consistency with its own theoretical and methodological premises, is not enough

In the dispute between episteme and gray matter (Taminaux’ paradox) we have to take into consideration the farther consequences of democracy theory development, the extra-gnoseologic contexts (ontological, psycho-anthropological) it engages.

4 Vezi Filosofie, Editura Didactică şi Pedagogică, 1985, p. 220 şi urm.

The contemporary picture of epistemological concerns and positions is extremely various. Participating in understanding the knowledge of society supposes a systematic analysis regarding:

- great internal transformations, regarding thought style or form produced in modern and current science, but especially the analysis of the new social-economic, cultural and political status of science within informational society;

- new methods and means allowing to carry theoretical researches (logical and mathematic, semantic, meta-theoretical) and empirical (psycho-genetic, psycho-sociological, historical, anthropological, cybernetic etc.), which used to be inaccessible;

- Philosophical and cultural traditions , contemporary scientific trends and schools (logical empiricism and analytical philosophy – R. Carnap, C.G. Hempel; critical rationalism– K.R. Popper; phenomenology – Ed. Husserl; neo-rationalism – G. Bachelard, F.Gonseth; genetic epistemology – J. Piaget; conceptual pragmatism – W.v.O. Quine; the new technology of science – Th.S. Kuhn, St. Toulmin; "scientific" realism – M Bunge, H. Putnam – the contextuality of truth – R. Rorty ş.a.);

- Methods, techniques, and instruments granting the epistemological researchers a higher degree of positivity, like: a direct analysis regarding epistemological problems that the top practice of scientific research supposes; formalising analysis and logical – mathematic reconstruction of scientific theories, as well as of intuitive epistemological concepts (theory, model, explanation, prediction, testing, truth etc.);

- Historical-critic and psycho-genetic methods (that underline the growth mechanisms of knowledge and the historical way in which they have evolved and succeeded their main hypotheses etc)5.

The nature studied by sciences nowadays, is not an anti-human nature; it is already processed and culturally valued. Significations systems may be decrypted only by taking into consideration the context, calling the results of the researchers in the field of cultural anthropology, psycho-sociology, the history of culture, placing the accent on knowing the social psychic in the process of "rebuilding" people's reality horizon. In this context, Mircea Eliade uses the term of "semantic opacity" which means that any document, even contemporary ones, is "spiritually opaque" as long as it is not decrypted, by integrating it in a system of significations: "A prehistoric or contemporary tool only reveals its technological intentionality: everything

5Ibidem, p 226.

its producer or owners have thought, have imagined, have hoped related to it is unknown to us"6.

In a definition expressing the content essence, truth represents the value of knowledge. Man's way of being, human nature, (Montaigne, Malraux), „mysterious being and for revelation" (Lucian Blaga) – is the grounds of the human axiological universe. Just like value judgements do not identify themselves with judgements about value, in the same way they do not resume themselves to ontic universe, not to the gnoseological one. This happens firstly because values are immanent and transcendent to valued objects and to valorising subjects. It is of great interest the idea expressed by a Shakespearian character in "Troilus and Cressida": „ value dwells not in particular …; It holds his estimate and dignity / As well wherein 'tis precious of itself /As in the prizer". To put it in other words, values is when and where something (mainly anything) has less or more significance for someone (a human being capable of appreciation, compulsorily), involving a specific relation between the subject and the object.

A possible definition: Value is an appreciation relation of some goods or creations, in virtue of their correspondence between their features and man's hopes.

Consequently, we may assume that value is not an intrinsic attribute of some objects (either material or ideal), not an intrinsic attribute of the subject, but a specific way of preferential and desiderative report of the subject towards the object based on social criteria7.

The system of values that offers structural identity to a community is defined as "a synthesis of cultural and civilisation components admitted as legitimate at communitarian level"8. Based on the symbolic interactions, culture is a system of "collective symbols". Passing over the multitude of definitions given to culture, I believe that J.Plano's is conclusive and edifying for our study: Culture is the assembly of behaviour patterns acquired and socially transmitted, specific to one society. As a defining element of a national group, it develops and preserves by studying, language, knowledge, folklore, faith, habits, traditions, institutions, both official and not official. In short, through the totality of social experience. In

---

6Mircea Eliade, Istoria credinţelor religioase, vol. I, Editura Ştiinţifică şi Enciclopedică, Bucureşti, 1981, p 5.

7L. Grünberg, Axiology and human nature, Political Publisher, Bucharest, 1972, p 61-62; N. Rescher, Introduction to Value Theory, Prentice-Hall Inc; New Jersey, 1969, p 55.

P. Andrei, The Philosophy of Value, Foundations Publisher, Bucharest, 1945, p 23 şi urm; l. Lavelle, Traité des valeurs, vol. I, P.U.F. Paris, 1951, p 92-93.

8Ştefan Buzărnescu, The Sociology of Public Opinion, Didactic and Paedagogic Publisher, R.A., Bucharest, p. 28.

a maximum essence, taking into consideration its political component also, we may say that a political system is modelled by cultural factors and political system, in its turn, can cause alterations at cultural level, influencing other behaviour patterns of the society. This requires another observation, namely that the existence of subcultures or counter-cultures, that may be depicted by alienating important groups from the dominant cultural group, can cause ostilites and tensions that, in their turn, may result into violence, repression and last revolution or civil war. This is a thesis that I shall take into consideration in analyzing democracy. The level (subsystem) of culture, social consciousness, ideology and spiritual life work together within the social system together with the level (subsystem) of the reports between human society – nature; the level (subsystem) of social structures and specific relations; the level (subsystem) of communitarian life.

Then, in the system of political culture, there are included:

- Ideas, conceptions, specific conscience forms – political, moral, philosophical, artistic, juridical, religious;

- Representations, mentalities, opinions, states of spirit, attitudes.

Briefly, representing the individual spiritual sphere, the condition of culture has a double meaning: it conditions and it is conditioned by the social environment.

We are interested on its impact upon the condition of the political system; values, aspirations cause representatives behaviours at individual, group, national, international level (especially through globalization). Culture creates tradition, forms autonomous knowledge systems, models the structure of institutions (creates another tonality of the social experience)9.

History is the control witness upon values and utilities of different political societies. This judgement may be issued both for democratic systems, and for non-democratic systems, especially regarding their legitimacy and legitimating.

Democracy is the political form that "has proven in time a great capacity of learning and a great potential of transformation"10; it has developed as an idea of government by the people, transforming the political life almost at the same time in Athens (and other cities– Greek states), as well as in the

9See Adrian Gorun, Political Theory, Presa universitară clujeană, Cluj Napoca, 2002, p. 43-47; Dumitru Lepădatu, Political Processes and Phenomena, Bucharest, Ed. Actami, 200, p. 59-66.

10Gianfranco Pasquino, Political Science Course, European Institute, 2002, p. 305.

castle state – Rome11. Many authors have considered that Giovani Sartori's exclamation: „Democracy! The name for a thing which does not exist", included its work.

In my opinion12, this exclamation is not compromising, but on the contrary, it draws the attention of many problems of the concept of democracy itself from the view of an epistemic lack (or even a crisis) in the field. The difference between the initial concept – current concept – actual reality is both historical and semantic – through the extension of the referential. The approaches of democratic systems are concerned both with the genesis, evolution and working of this type of system, as well as with its possible evolutions in the future; at the same time, the intensity and constancy of debates cannot exclude common historical aspects or the specific elements of democratic systems. "What we understand by democracy is not what an Athenian from Pericles' time used to understand– says R. Dahl. Greek, Roman, Medieval, and Renaissance notions combine from more recent centuries, to produce a mixture of theory and methods which is sometimes unconscious"13. This is why, a consistent definition of democracy is difficult, but political science today takes into consideration Schumpeter's definition more and more: „… democratic method is that institutional order for reaching to political decisions, orders where people get the right to decide, after a concurrent confrontation for getting popular vote"14. This definition has credits – illustrating the concurrent and edifying character of elections, including the principle of predicted reactions (Friedrich), but at the same time it is also too procedural, which makes the concept content too unilateral. We can establish that democracy – understood as method, as institutional order for reaching political decisions, is explained through the middle rank (in Kant's meaning, through relative purposes, corresponding to hypothetical imperatives). But democracy is a product (political system) and process through which reality (social ontis0 includes the desiderate gradually (understood here as a possible virtual). Originating in the political system (as any political system), democratic system is the essential way for the politics to transform into desiderate hypotheses and real hypotheses. In fact, government exercised by "the many" and the ideal of exercising the government by as many as possible. It is at the same time, an inclusive and exclusive process, a political system and a form of government (of life). It involves at the same time, potentia and potestas, puissance and pouvoir. It is mainly a system of the political power, but a measurement for the degree in

11 Adrian Gorun, Political Power and Political Systems, Bibliotheca Publisher, 2006, p. 128.

12Ibidem, p. 129-130.

13Robert Dahl, Democracy and its Critics, Iași, European Institute, p. 10.

14 J.A.Schumpeter, Capitalism, Socialism and Democracy, New York, Harper & Row, 1942.

which this system (as self-government desiderate) complies with the human condition in such a type of community, and this measure – as result of individual self-evaluation (as a statistic mean of these self-assessments), involves the immanence of political culture and consequently a degree of knowledge. Man's self-conscience shall include systematic elements (not just spontaneous), to the extent to which it is fundamented in cognitive and axiological structures into different degrees and ranks. In accordance with the level of these degrees and ranks, the consequences of democracy shall be received more spontaneously and more elaborately. The processing degree (individual's ability) of the gross democratic act shall lead to opinions (subjectively credible) or knowledge (with real and grounded attributes). This is the field (within this interval) of differentiation between the "phantom reception" of democracy, "the phantom theory" and a scientific theory, between the credibly subjectual opinion, the objective opinion (public opinion) and the scientific knowledge of democracy. But taking into consideration that democracy is the system of exercising the power by the many, with a desirable tendency, by as many, it is certain that public opinion becomes the standard of reporting in elaborating the answer to the question: how good is the democratic system? And even under the circumstance of globalization and the society of knowledge, the reconstruction of lived democratic experiments, accepting the democratic government as an axiom, accepting the extension of the political participation sphere and the idea of vote universality, pluralism and compromise, positive contamination within the international plan are not enough arguments to indicate the justification and legitimacy of democratic systems in comparison to non-democratic ones. Moreover, normative judgements cannot replace objective judgements. The answer to these challenges cannot be formulates unless discussing the problems of formal democracy and substantial democracy.

2. FORMAL DEMOCRACY AND SUBSTANTIAL DEMOCRACY

It is known that Ancient people did not treat politics as an "object" claiming a specific "method" represented by nature sciences, but looked at it as a system (politeia) offering the society its central meanings, "putting its institutions and rules in order, modelling the needs and lifestyle of its members"15.

In the Ancient people's view, politics was at the same time:

- A way of organizing the town;

- A way of life for people inside the town

15See Jean Baudouin, Introduction in Political Sociology, Macord Publisher, Timişoara, 1999, p. 89-90.

This originates the distinction between formal democracy and substantial democracy , but their coexistence also. Therefore, if democracy is reduced to developing the forms of organizing the Town, then it is formal; if, on the contrary, politics is approaches at the same time as a form of organizing the Town and way of life for people inside the Town, democracy is formal and substantial.

Democratic systems, like any type of political system, include immanent tensions, appeared especially in the plan of institutional modernization trials, due to complaints about the existent system (the limitations of the democratic system) reported to the desired way of organizing the Town. These limitations prove the persistence of the tensions between formal democracy, based on elaboration and compliance with the rules and procedures (including on institutional construction) and substantial democracy which has the finality of formal procedures results regarding citizens' welfare.

Formal democracy is the sine qua non condition (but not enough) for substantial democracy as in actu democracy (way of life); the first one is the way to reach and achieve the desired and expected human condition, and the second one expresses the extent to which the elaborated, built and enforced institutional and normative background transforms human condition, meaning the way of life for people in the Town. And, knowing the fact that formalized democratic societies are plural by nature (including even plural communities), they implicitly and implacably create not just poliarchies but hierarchies also (natural – objective, and more seriously, oligarchic type ones). Expectations, desires are structured in their turn into:

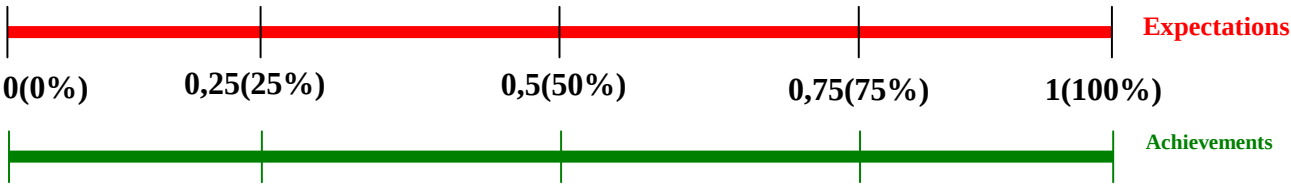
a) subjectual – credible opinions (accepted / rejected / contested individual lifestyle);

b) perceptions of groups, objectived communities – public opinion (accepted / contested lifestyle);

c) elaborated forms of conscience (theories, doctrines, ideologies), regarding the capacity of formal democracy to transform human condition from a community (objective assessment of progress/ stagnation/ regress of lifestyle in accordance with formal democracy). From this point of view, conduct may be justifying / contesting.

All its three forms of structuring the expectations are comparative (either on time periods, either, when democratic systems succeed to non-democratic systems, comparisons are made through the view of human condition), and indicators used focus on the lifestyle as it is perceived (individually or at the level of some groups) as resulting from scientifically grounded analyses. The impact of being aware of the results of expectations reporting to achievements is underlined in behaviours (to vote, support or contestation actions – active behaviours – refrain, passivity, absence – passive behaviours).

POSSIBILITIES (ACHIEVEMENTS – EXPECTATIONS BAROMETER)



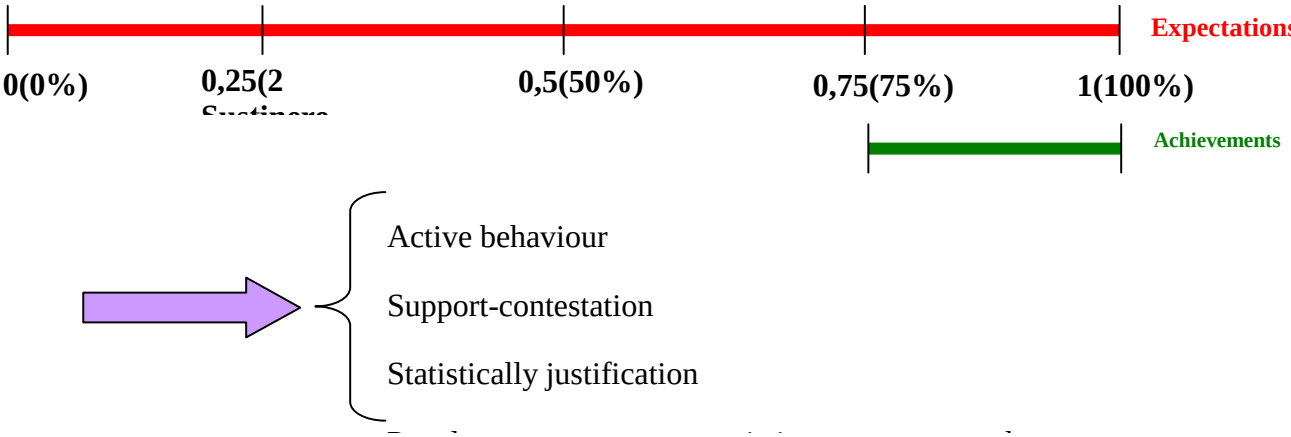
Case I. Achievable cases

0 expectations

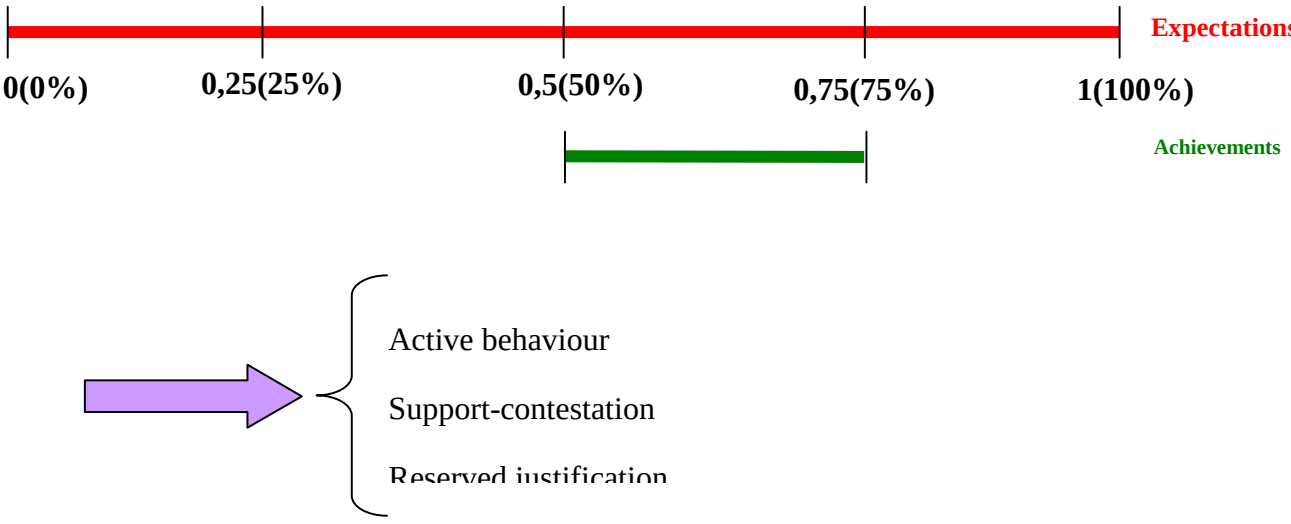
1 expectations and 1 achievements (0 % lack of achievements), ideal case

Case II. Achievable cases for 1 expectations

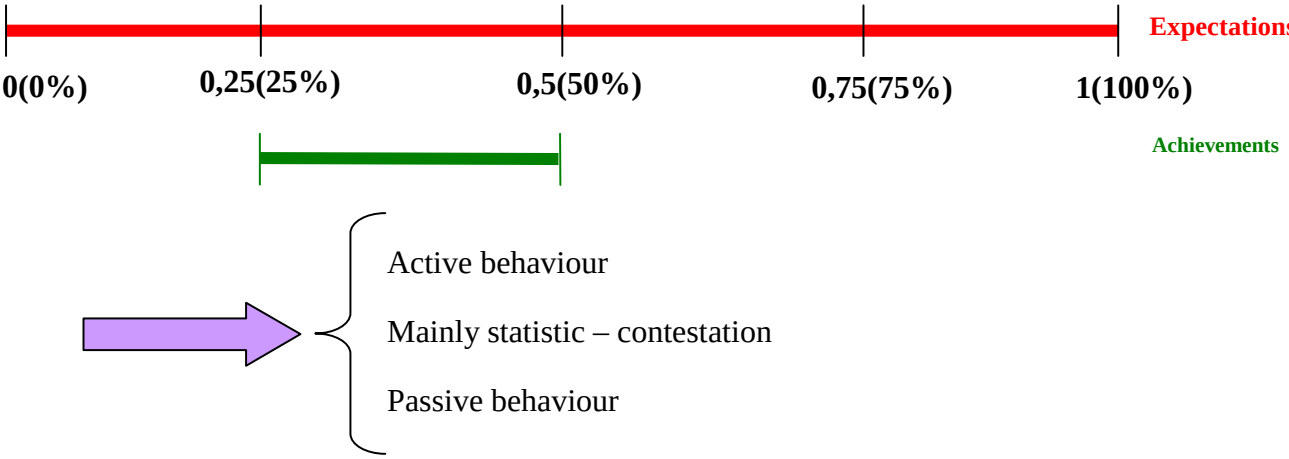
2.1. Achievements with values: (0,75÷1) (0,25 lack of achievements)



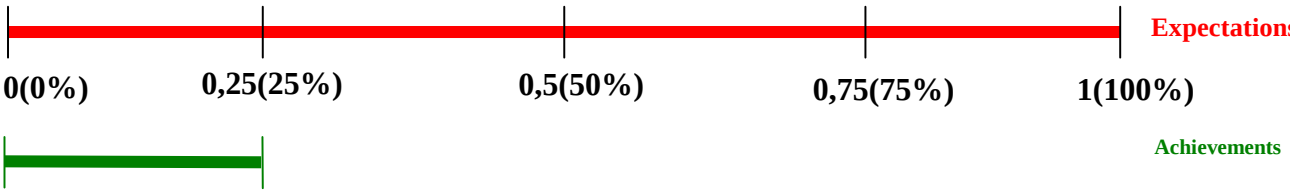
2.2. Achievements with values: (0,5÷0,75) (0,5 lack of achievements)

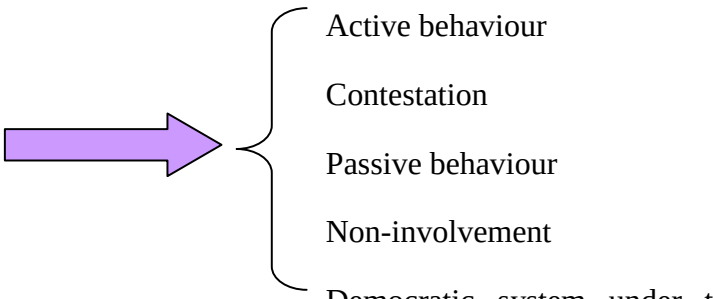


2.3. Achievements with values: (0,25÷0,5) (0,75 lack of achievements)



2.4. Achievements with values: (0÷0,25) (1 lack of achievements)





Democratic system under the sign of question (possible

3. KNOWLEDGE AND PROGRESS OF DEMOCRACY (DEMOCRACY AS PRODUCT AND PROCESS)

„By adopting this assumption (identifying the natural framework of democracy in nation – state - n.n.) says R. Dahl, which is not admitted very often, is how profoundly the passing from town-state to nation-state has affected the limitations and possibilities of democracy. The transformation is so profound that, if an Athenian citizen from the 5th century appeared among us suddenly (as an Athenian, he must be a man), he would probably think that we think as democracy is something completely strange, unattractive and non-democratic. An Athenian from Pericles' times would think of our democracy as far from democracy, firstly because of the consequences upon the political life and political institutions, of passing from a town-state, more intimate and participating, tot he gigantic forms of government, more impersonal and more indirect." – R. Dahl, Democracy and its Critics, Iaşi, European Institute, 2002.

Giving the attribute of democratic to a system depends on certain conditions, among which the determining role is held by: the non-restrictive character of electoral participation, the citizens' ability to freely exercise their activities considered fundamental for the vote organization; the possibility to exercise the rights considered indispensable for democratic life (meetings, exhibition, press). These conditions are completed by those formulated by R. Dahl:

I. Formulating preferences; II. Expressing preferences; III. Seeing its own preferences equally weighed within the government act16.

The following appear:

The historical coordinate of democracy (democratization)

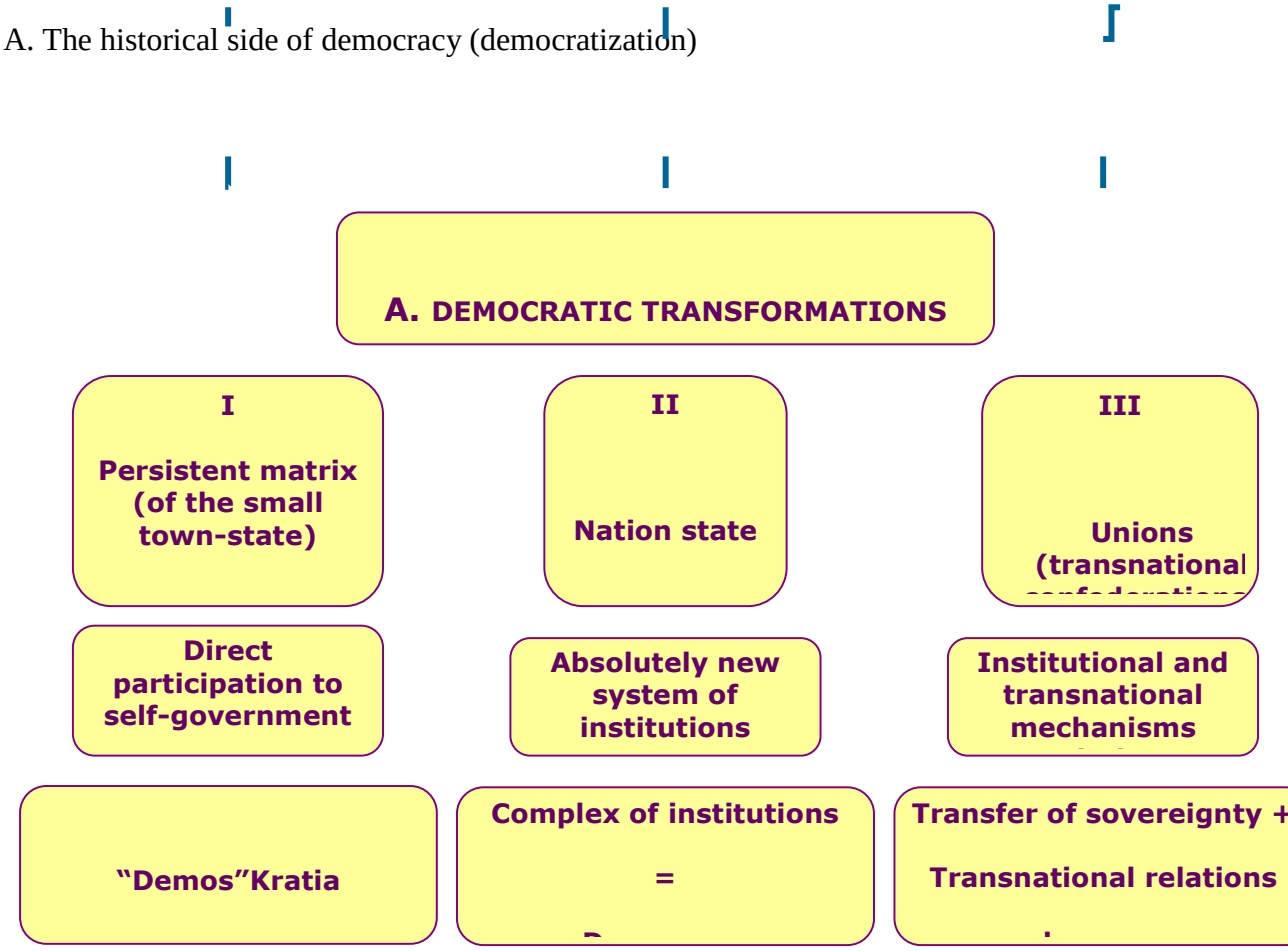
The two sides of democratization

The side of contesting in the relation with the authorities

The size of influent participation

16See Adrian Gorun, op. cit., p. 134-135

A. The historical side of democracy (democratization)



NOTE:

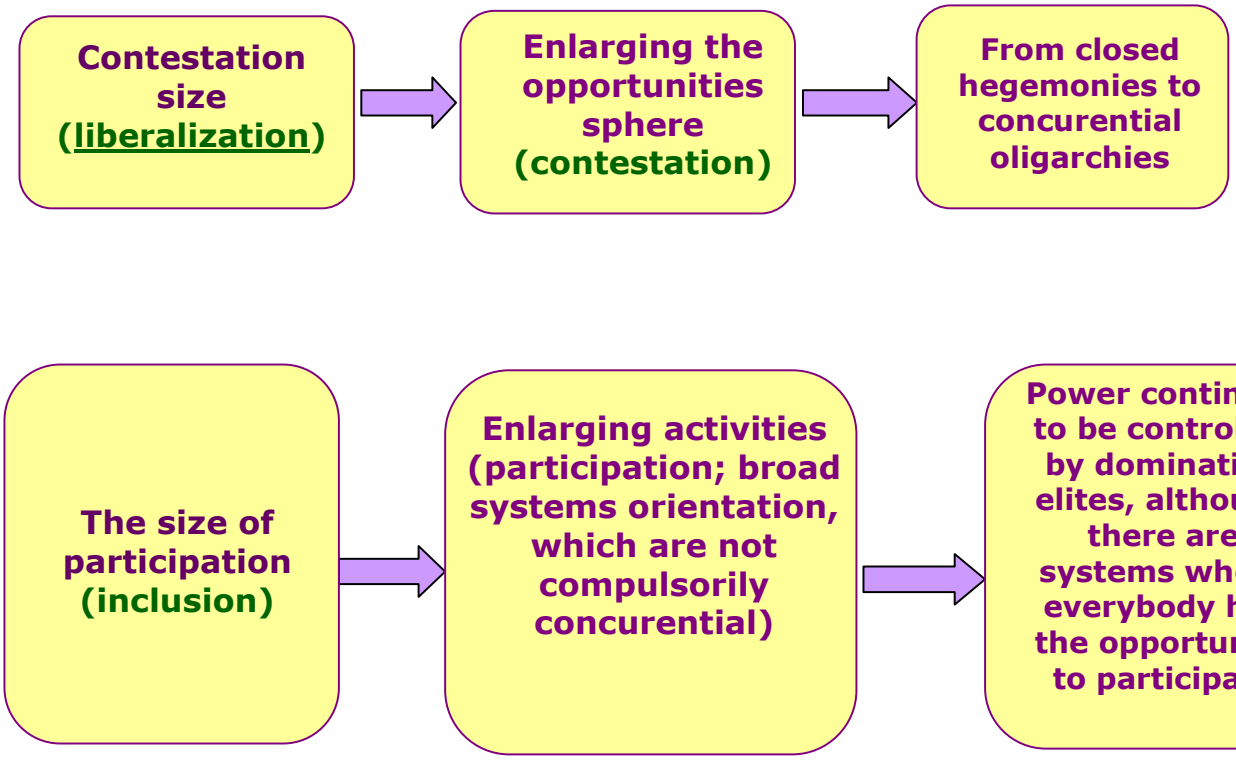
1. Transformations (democratic) → adaptations (conceptual) → connotations (new),

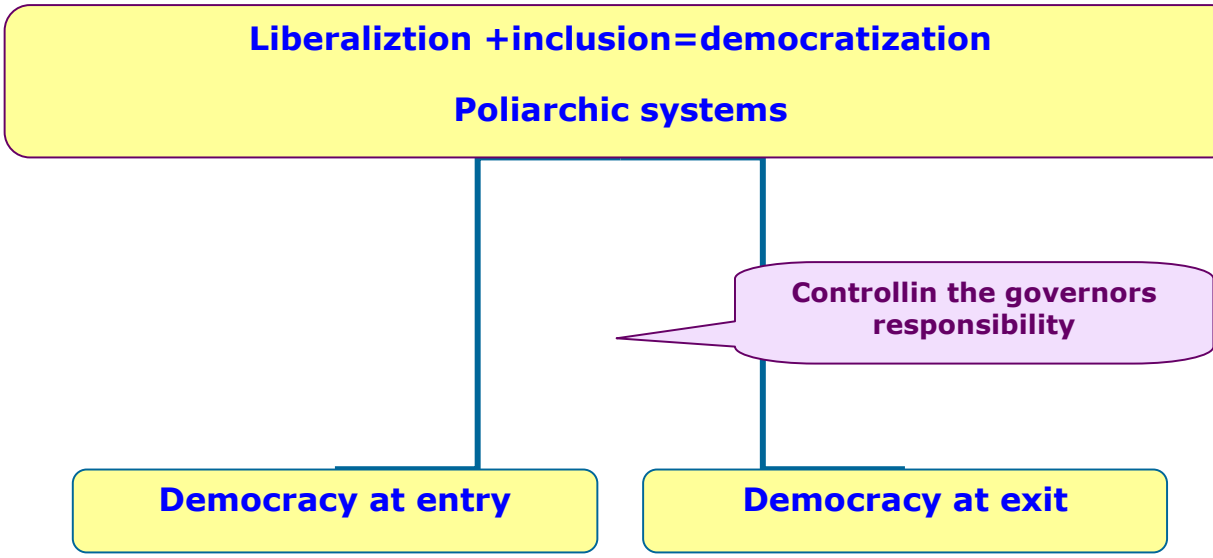
2. Enlarging the pattern sphere (from participating democracy) → democracy (representative) → transfer of legitimacy upon international organisms,

3. Inclusive and exclusive character of participation,

4. Profitable contamination (positive or negative) of democratization (especially in globalization age).

Sizes of democratization (at the level of nation-state)





NOTE: The process is not irreversible. Explanations are supported by the democratization phases.

The evolution from non-democratic systems to democratic systems (Dankwart Rustow).

a) Preliminary condition: participants' general consent regarding their belonging to the political community

↓

fight between groups of elites

b) The fight between groups of elites is not finished through the "decisive" victory of a group upon the others, but through a compromise. Compromise is at the same refusal (marking the elites of group interest) and acceptance (reciprocal tolerance within living together which allows to initiate competition, but also the approval for entering to competition).

c) **HABITATION**

(contextual factors are taken into consideration: historical memory of abandoned democracies, positive or negative contamination, existance or absence of competitional market

GETTING FAMILIAR WITH DEMOCRATIC RULES, REGULATIONS AND PROCEDURES

(there may be risks, causing crisis ⇨ that may lead to the fall of

The three waves
democratization (
Huntington)

NOTE:1) The three waves of democratization illustrate the flow and backflow of democratic systems17.

2) The irreversible (or reversible) character of democratization depends on factors characterizing formal democracy (institutional construction, authority and legitimacy of democracy institutions, developed pluralism, real and functional pluripartidism, political culture, sustainable certification,

17See A. Gorun, op. Cit. p 148-150

stable internal and international political order, focusing on the domino effect of democratization processes) and especially substantially democracy (finishing poverty, the rhythm of economic and political reforms, individual social status, the power of example of the democratic pattern, weakening and limiting the pressure of backflow by limiting the consequences of authoritative systems).

Entropic factors

Seymour Martin Lipset's thesis: economic systems that manage to create and maintain a democratic system are the most developed ones. (indicators: income/inhabitant; training degree; urbanization percentage; level of industrialization; access to media; civilisation degree).

According to the thesis, a wrong conclusion that would lead to the following sociologic thesis:

All the social and economic systems that go beyond certain industrialization steps, alphabetization, and income/inhabitant will give birth to democratic systems.

This assumption is contradicted by the factual-historical reality.

This thesis has to be reformulated, taking into consideration the following aspects:

- in affirming democracy, aggregate features of the social and economic system are not prioritary, but the absence of significant unbalances and inequalities between different social groups; the appearance of a democratic system is achieved when inequalities are kept under control and unbalances are reduced;

- the social and economic development level is not of priority, but the ways in which it has been achieved; this especially to the extent in which attempts of achievement may lead to authoritative methods and unbalance the system. It is important to underline, Huntington's distinction between modernity and modernization (taking into consideration the differences between the slow progress and high, forced level of modernization).

Conclusion: efforts made for supporting a high level of modernization for a long time, implacably lead to the instability of political power and democratic system, making it possible for them to collapse. The high level of modernization, supported for long periods, undermines substantial democracy18.

18See detailed analysis in A. Gorun, op. Cit. p. 152-162

A general conclusion is also required: the concept of democracy, as elaborated and grounded the "phantom theory" of democracy is proved today – in the context of knowledge society" inconsistent and inefficient. Passing from "the phantom theory" to the scientific theory of democracy is not achieved without taking into consideration answers of the type:

- What are the people?
- Who are the people made of?
- Which are the sizes of democracy?
- Why does the utopia character of democratic ideal increase?
- Why does "democracy" means:
    - A distinct group of institutions and political practices;
    - A system of rights;
    - A social and economic order;
    - A system providing certain desirable results;
    - An unique process of taking compulsory collegial decisions etc.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

LEGISLATIVNÍ PRAVIDLA V MINULOSTI A V SOUČASNOSTI

JAROSLAV GRINC

Fakulta sociálně ekonomická Univerzity Jana Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem

Abstract in original language
Legislativní pravidla císařovny Marie Terezie, Legislativní pravidla vlády České republiky usnesení vlády č. 188 z roku 1998 o Legislativních pravidlech vlády, novely Legislativních pravidel vlády, budoucnost legislativních pravidel, návrhy změn legislativních pravidel.

Key words in original language
Legislativní pravidla; tvorba práva; zákonodárství.

Abstract
Legislative rules of empress Marie Terezie, Legislative rules of the government of the Czech republic, Resolution of the government Nr. 188 on from 1998 on the Legislative rules of the government, Future of the legislative rules. Proposals for changes of the legislative rules.

Key words
Legislative rules; legislation.

Legislativní pravidla v minulosti a v současnosti

1. Úvod

Vývoj legislativních pravidel v minulosti a v současnosti nepochybně doznal výrazných a významných změn, které se pro jejich složitý historický vývoj a obsáhlost této materie pokusím přiblížit jen v obecné rovině. Současně se pokusím nastínit určité možnosti zjednodušení legislativních pravidel a zejména poukázat na racionální možnosti srozumitelnosti výsledků legislativního procesu přijatelných pro jejich adresáty.

2. Stručný exkurz do historie

Lze konstatovat, že právo na počátku historicky zaznamenaných lidských dějin mělo podobu obyčejů. Ze své podstaty vznikalo přirozenou a spontánní cestou a v podstatě nevyžadovalo žádného zákonodárce, žádný legislativní proces. První cílevědomé zásahy do této oblasti se omezily na určitá nařízení samovládce a jeho věrné družiny o kterou se přirozeně opíral. Tento mocenský proces vycházel z postavení samovládce podporovaného právě a mnohdy jen touto svojí družinou, kterou získal na svoji stranu určitými privilegii, mnohdy postačilo, že šlo o člena družiny věrné samovládci a už samotná příslušnost k této družině svým způsobem

zavazovala k loajalitě, vymezovala a privilegovala své členy ve společnosti a odtud jim byla dána jakási „vyšší“ společenská role, která v podstatě postačovala k podmanění ostatních členů společnosti. Je přirozené, že takto vzniklý samovládce byl ze svého společenského postavení mocensky způsobilým k ukládání povinností v podobě nařízení, která kladla meze autonomii svévole a krevní msty a zakazovala obyčeje z politického, ekonomického či náboženského (christianizace) hlediska. V tomto vývojovém stadiu je problematické hovořit o jakékoliv legislativní technice.

Pomineme-li slavné římské právníky a právní filosofy a jejich slavná díla, pak jen velmi stručný historický vývoj legislativních pravidel nás nejspíše zavede do dob vlády Marie Terezie a zcela jistě pak do jednotlivých kodifikací té doby.

Za zmínku nepochybně stojí rakouský všeobecný občanský zákoník (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) z roku 1811[1], který vedle francouzského občanského zákoníku (Code civil) z roku 1804 je jedním z nejlepších kodifikací té doby, zdrojem poznání i vynikajícím dílem dosud nepřekonaným.

Položíme-li si otázku, proč tomu tak je, nepochybně dospějeme k závěru, že nešlo jen o důslednost tehdejší panovnice, ale i o její zvláštní cit pro právo, spravedlnost a srozumitelnost, tedy o pojmy velmi zásadní nejen z pohledu legislativního, ale i z pohledu adresátů zákona, jejich orientace v zákoně, pochopení toho, co je od nich touto právní normou požadováno, motivace jak se chovat, aby se nedostali do konfliktu se zákonem a ve svých důsledcích tento zákon má svojí jasnou srozumitelností i žádoucí preventivní účinky a je schopen rozvíjet nejen společnost, ale i právní vědomí či předvídatelnost práva.

Není od věci poznamenat legislativně velmi silných a neméně srozumitelných pět bodů, kterými velmi osvícená Marie Terezie svým vlastnoručním listem ze dne 4. srpna 1772 adresovaným tehdejšímu prezidentu nejvyššího soudu, kterým zákonodárné komisi nařídila přepracování celé osnovy tohoto zákoníku s tím, že zákonodárná komise se bude řídit těmito jejími zásadami:

„1. Látku jest přehlédnouti a ze zákona vypustiti to,co patří do učebnice.

2. Jest se vyjadřovati, pokud možno, krátce a zbytečné podrobnosti, zejména ty, které jsou pro zákonodárce lhostejné, jest přejíti.

3. Jest se vystříhati dvojsmyslností, nejasností, zbytečného opakování a rozvláčnosti v nařízeních, o kterých žádný rozumný člověk nepochybuje.

---

[1] vyhlášen patentem č. 946 sb. z.s. (sbírky zákonů soudních) z roku 1811 s platností pro všechny země tvořící císařství rakouské (vyjma koruny uherské) a nabyl účinnosti dnem 1. ledna 1812, novelizován byl v letech 1914, 1915 a 1916

4. Není se vázati na římské právo a jest za základ bráti přirozenou slušnost.

5. Není se pouštěti do subtilností a jest usilovat o jednoduchost"[2].

Těchto pět bodů Marie Terezie má nepochybně velmi racionální, legislativní i právní význam i po téměř dvou stech letech už proto, že velmi stručně a srozumitelně vytváří pevný základ legislativní techniky. Obávám se však, že u soudobých legislativců tento silný a racionální základ poněkud absentuje.

V této souvislosti je naprosto nemožné nezmínit se o mimořádném a jedinečném Komentáři k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanskému právu platnému na Slovensku a v Podkarpatské Rusi vydaném v roce 1935 nákladem právnického nakladatelství V. Linhart v Praze, který zpracovali a uspořádali univerzitní profesoři JUDr. František Rouček a JUDr. Jaromír Sedláček se svým okruhem spolupracovníků, neboť toto dílo je neustále živým zdrojem inspirace, studia, vědeckých prací a obdivu[3].

Pokud vypustíme legislativní vývoj po roce 1948, který v některých právních odvětvích byl vzdor totalitarismu legislativně na velmi dobré úrovni a vydáme-li se na vývoj po roce 1989, pak se dostáváme do určitého historicky a legislativně poněkud nesourodého a chaotického procesu v němž dominuje pojem „legislativní smršť".

Literature:

- Bárány, E.: *Zákon a demokracia*. In: sborník č. 2.
- Boguszak, J. – Čapek, J. – Gerloch, A.: *Teorie práva*. Praha, ASPI, 2004.
- Čebišová, T.: *Právo na dobré zákony (?)*. In: sborník č. 3.
- Filip, J.: *Ústavní soud a problémy legislativy v ČR*. In: sborník č. 3.
- Gerloch, A.: *K možnostem stabilizace právního řádu ČR a zvýšení efektivnosti legislativního procesu*. In: sborník č. 3.
- Gerloch, A.: *Teorie práva*. Plzeň, Aleš Čeněk, 2004.
- Grinc, J.: *Základy práva.* Univerzita J.E.Purkyně v Ústí nad Labem, 2007.
- Holländer, P.: *Ústavněprávní argumentace*. Praha, Linde, 2003.

[2] Rouček, Sedláček: Komentář k Československému obecnému zákoníku občanskému a občanskému právu platnému na Slovensku a v Podkarpatské Rusi, vydáno nákladem právnického knihkupectví a nakladatelství V. Linhart v Praze, 1935, díl I. str. 4

[3] Grinc, J.: *Základy práva,* Univerzita Jana Evangelisty Purkyně v Ústí nad Labem, Fakulta sociálně ekonomická 2007

- Kadlecová, M. – Schelle, K. – Veselá, R. – Vlček, E.: *Vývoj českého soukromého práva.* Praha, Eurolex Bohemia, 2004.
- Knapp, V.: *Teorie práva*. Praha, C.H.Beck, 1995.
- Knapp, V. a kol.: *Tvorba práva a její současné problémy.* Praha, Linde, 1998.
- Kolář, P. – Pecháček, Š. – Syllová, J.: *Parlament České republiky 1993 – 2001*. Praha, Linde, 2002.
- Kolektiv autorů Právnické fakulty UK: *Dějiny evropského kontinentálního práva.* Praha, Linde, 2004.
- Krecht, J.: *Normativní regulace*. Praha, Vodnář, 1997.
- Kukliš, P.: *Niektoré problémy právnej normotvorby v Slovenskej republike*. In: sborník č. 3.
- Kysela, J.: *Zákonodárný proces v ČR jako forma racionálního právního diskursu.* In: sborník č. 3.
- Mikule, V.: *Některé otázky tvorby a kontroly právních předpisů v České republice.* In: sborník č. 3.
- Pavlíček, V. a kol.: *Ústavní právo a státověda. I. díl Obecná státověda.* Praha, Linde, 1998.
- Pavlíček, V. a kol.: *Ústavní právo a státověda. II. díl Ústavní právo České republiky. Část 2.* Praha, Linde, 2004.
- Pelikánová, I.: *Hledání práva – nesprávnost v právu.* In: sborník č.1.
- Přibáň, J.: *Legitimizační fikce legality.* In: sborník č.1.
- Přibáň, J.: *Suverenita, právo a legitimita.* Praha, Karolinum, 1997.
- Riebbels, F. (ed.): *Seminar of Councils of State in The Hague on 16 February 2004: Organisation of the advisory function of Councils of State.* http://www.juradmin.eu/en/newsletter/pdf/Hr_9-En.pdf (9. 3. 2007).
- Šín, Z.: *Legislativní pravidla IV.* Olomouc, Univerzita Palackého, 2006.
- Šín, Z.: *Tvorba práva.* Praha, C.H.Beck, 2003.

- Tichý, L.: *Mánie a fobie při aproximaci práva.* In: sborník č. 1.
- Urban, J.: *Teorie národního hospodářství.* Praha, Linde, 2006.
- Van Damme, M.: *The Council of State: Institution on the Junction of Three Traditional Powers of The State.* In: Vande Lanotte, J. (ed.): *The Principle of Equality: a South African and Belgian Perspective.* Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2001. http://www.raadvst-consetat.be/pdf/council_of_state.pdf (9. 3. 2007)
- Wawrzyniak, J.: *Legislativní rada vlády a její úloha v procesu tvorby zákonů.* In: sborník č. 3.
- Wintr, J.: *Říše principů. Obecné a odvětvové principy současného českého práva.* Praha, Karolinum, 2006.
- Wintr, J.: *Vliv politických idejí a programů na české zákonodárství v letech 1989-1998.* In: sborník č. 2.
- Gerloch, A. (ed.): *Teoretické problémy práva na prahu 21.století.* Praha, Univerzita Karlova, 2002.
- Gerloch, A. – Maršálek, P. (eds.): *Zákon v kontinentálním právu*. Praha, Eurolex Bohemia, 2005.
- Vostrá, L. – Čermáková, J. (eds.): Otázky tvorby práva v České republice, Polské republice a Slovenské republice. Plzeň, Aleš Čeněk, 2005.

Contact – email
Jaroslav.Grinc@ujep.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁKON A ROZHODNUTÍ (K PROBLEMATICE TVORBY PRÁVA V MEZIVÁLEČNÉ PRÁVNÍ VĚDĚ)

ONDŘEJ HORÁK

Katedra teorie práva a právních dějin
Právnická fakulta Univerzity Palackého v Olomouci

Abstract in original language
Příspěvek bude pojednávat o názorech meziválečné právní vědy (Krčmář, Kubeš a Sedláček) na tvorbu práva, především na vztah zákona a rozhodnutí, na roli judikatury a na právní intepretaci (resp. na § 6 a 7 ABGB).

Key words in original language
Tvorba práva; Právní interpretace; Zákon; Rozhodnutí; Judikatura; Obyčej; Meziválečná právní věda; Krčmář; Kubeš; Sedláček.

Abstract
The article deals with opinions of interwar jurisprudence on law creating (Krčmář, Kubeš, Sedláček), especially on act and decision, role of judicature and law interpretation (§ 6 a 7 ABGB).

Key words
Law creating; Law interpretation; Act; Decision; Judicature; Custom; Interwar jurisprudence; Krčmář; Kubeš; Sedláček.

Úvod

Na počátku nového milénia se na stránkách Českého časopisu historického vedla zajímavá polemika dvou historiků o pojetí národa v meziválečném Československu. Odrážela nejen odlišné názory na meziválečnou éru, ale i dva protichůdné argumentační přístupy: ze strany Evy Broklové nejen příkladně idealizující a dogmatický, ale i zbytečně osobně vyhrocený.[1] S odstupem tyto příspěvky komentoval i Václav Pavlíček a na adresu obou historiků tehdy zazněla výtka, že nevěnovali pozornost problematice „s dostatečnými hledisky právními, tj. s ohledem na to, že soud může jen

[1] Srov. KUČERA, Jaroslav. Politický či přirozený národ? K pojetí národa v československém právním řádu meziválečného období. *ČČH*, 2001, roč. 99, č. 3, s. 548-568, a BROKLOVÁ, Eva. Politický nebo etnický národ? *ČČH*, 2002, roč. 100, č. 2, s. 379-394.). Polemika mimoděk odráží i jeden z příkladů soudobé cenzury, kdy dr. Broklová z pozice tehdejší ředitelky Masarykova ústavu již dříve odmítla publikovat jeden z Kučerových konferenčních příspěvků, který nekonvenoval s jejím náhledem na to, jakou představu by si čtenáři měli udělat o první republice - Ústav by měl být přitom garantem vytváření podmínek pro objektivní bádání o meziválečné éře a pro vedení dialogu.

interpretovat platné předpisy, nikoliv je vytvářet“.[2] Obdobné tvrzení o roli soudů najdeme i v jiných jeho příspěvcích, např. že soud „právo nevytvářel, ale na základě platných právních norem svými nálezy právo nalézal“.[3] Zatímco z hlediska právně-teoretického to může být otázka diskutabilní, tak z právně-historického to je tvrzení chybné. Na následujících stranách se pokusím alespoň výběrově představit jak názory meziválečné právní vědy, tak i několik takřka „učebnicových“ příkladů toho, jak meziválečná judikatura dotvářela či vytvářela právo.

Meziválečné polemiky (Kubeš vs. Krčmář)

K představení názorů meziválečné právní vědy využiji další polemiku, tentokráte meziválečnou, publikovanou pod stejnojmennými články „Zákon a rozhodnutí“.[4] Rád bych ji však uvedl ještě jednou historiografickou poznámkou: když přijel Viktor Knapp v roce 1990 do Brna na konferenci o Františku Weyrova, zmínil ve své příspěvku, který věnoval otázkám právní interpretace, také jeden separát o vztahu zákona a rozhodnutí (kde byl otištěn nezjišťoval), který dostal od svého učitele Jana Krčmáře.[5] Krčmář přímo a Weyr zprostředkovaně (svým dílem) pro něj sice byli „velcí učitelé“ (což se nevylučuje s tím, že s řadou názorů normativistů nesouhlasil), ve vlastním příspěvku mu však meziválečná právní věda vytvářela spíše „entreé“ k představení jeho vlastních názorů na právní interpretaci. Na tomto případu je možné dobře demonstrovat, jak subjektivně může být vnímána hranice minulosti: nejen příslušnost k určité generaci, ale někdy jen pár let věkového rozdílu (Kubeš-Knapp) stačí k tomu, aby autorovi uniklo poměrně zajímavé pozadí celého sporu, což se (zřejmě) stalo právě v tomto případě. Zmiňovaný separát, resp. Krčmářův článek „Zákon a rozhodnutí“ totiž vyvolal velmi zajímavou a dobově příznačnou odpověď, která přinesla opětovné zhoršení vztahů mezi pražskou právnickou fakultou a brněnskými normativisty.[6] Na Krčmářův článek zareagoval nadějný brněnský absolvent

---

[2] PAVLÍČEK. Václav. Vliv rakouských ústavních tradic na československou ústavnost. In MALÝ, Karel, SOUKUP, Ladislav (edd.). *Vývoj české ústavnosti v letech 1618-1918*. Praha : Karolinum, 2006, s. 765-781, cit. s. 769.

[3] Týž. K ústavním aspektům práv menšin po vzniku Československa. In HARNA, J. a kol. (edd.). *Československo 1918-1938.* Osudy demokracie ve střední Evropě. Díl II. Praha : CeFReS; Historický ústav AV ČR, 1999, s. 594-601, cit. s. 596.

[4] KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 89-110, a KUBEŠ, Vladimír. Zákon a rozhodnutí. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. 16, s. 56-78.

[5] KNAPP, Viktor. Miniatura k poctě Františka Weyra (a také trochu jeho odpůrce Jana Krčmáře). In DOSTÁLOVÁ, Jana (ed.). *K odkazu prof. JUDr. Františka Weyra*. Sborník příspěvků z mezinárodní konference. Brno : Masarykova univerzita, 1992, s. 57-60.

[6] K okolnostem vzniku a k významu těchto pojednání srov. KUBEŠ, Vladimír. *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu*. Díl I. Brno : Masarykova univerzita, 1995, s. 241nn.

(tehdy ještě docent in spe) Vladimír Kubeš, pozdější významný civilista a právní filosof. I samo pozadí vzniku Kubešova příspěvku je poučné a ilustrativně odráží, jak učitelé výrazně a přitom nenásilně směřovali své žáky (v tomto konkrétním případě prof. Jaromír Sedláček, který ve svém semináři vychoval řadu skvělých právních vědců). Nechme však mluvit samotného Sedláčka prostřednictvím Kubešovy vzpomínky, která se váže k jednomu jejich letmému setkání po Kubešově studijním pobytu v Berlíně, kdy měl Sedláček prohlásit: „Podívejte se na právě vyšlé Krčmářovo pojednání ‚Zákon a rozhodnutí' a sežeňte si objemnou knihu švédského [dánského, O.H.] právního teoretika Alfa Rossa ‚Theorie der Rechtsquellen' z roku 1928 [1929, O. H.]. Budete-li mít chuť, tak o tom něco napište."[7] V jiné práci potom Kubeš vzpomíná, že ho k tomu Sedláček vyzval v semináři.[8]

Krčmář ve svém článku (ovlivněném Rossovou prací) došel k závěru, že ustálená soudní praxe může derogovat zákon,[9] který podle Kubeše „jaksi nezapadal do celého jeho učení". Kubeš ve svém pojednání podrobil ostré kritice pojetí Rossovo a tím i Krčmářovo a současně vyložil problematiku z hlediska normativní teorie. Ukázal, že v pojetí normativistů soudce právo pouze nenalézá (nejde o sylogismus, jak uváděl Krčmář), ale naopak dotváří, není pouze „ústy zákona" (bouches de la loi), ale jde o tvůrčí proces: aplikace práva se neděje analytickými, nýbrž syntetickými soudy (odkazoval zvláště na Sedláčkovy práce). Podle Kubeše pak normativní teorie poprvé vědecky zdůvodnila teorii o svobodném nalézání práva. V rámci svého článku se dotknul i slavného § 7 ABGB pojednávajícího o rozhodování podle přirozených zásad právních. Na rozdíl od Krčmáře ho považoval za jedno z ústředních ustanovení celého občanského zákoníku, které by mělo být v „modernější" podobě (tedy s vypuštěním odkazu na

[7] Týž. „*… a chtěl bych to všechno znovu*". [Paměti.] Brno : Masarykova univerzita, 1994, s. 31.

[8] Týž. *Dějiny myšlení o státu a právu*…, s. 241.

[9] „Po tom všem, co bylo právě pověděno, nerozpakuji se, vracím-li se k otázce položené výše pod č. 9, říci, že "platí" právo, které je dáno ustálenou judikaturou, i když se odchyluje od smyslu zákonných textů zjištěného interpretačními metodami filologickou a logickou. Dokud judikatura o určité právní větě se neustálila, sub judice lis est. Právní věta vyslovená soudcem, která se setká s jednomyslným odporem nauky (zjev asi řídký, hledíc k tomu, že významnější representanti nauky bývají individuality příliš vyhrocené) nebo aspoň s odporem "publicistů zvláště kvalifikovaných" nebo zase s prudkým odporem významných činitelů politických, ještě "neplatí". Když soudy přes to na oné právní větě se ustáli, pak lze říci, že "platí". Z toho je pak arci patrno, že (platné právo je kategorií stále pohyblivou a že se mění nejen akty zákonodárnými, nýbrž i změnou judikatury). V judikatuře ustálená právní věta již "neplatí", když se vyskytne rozhodnutí odchylné a nová právní věta "platí" buď ihned (je-li např. ve shodě s postuláty nauky důrazně hlásanými) nebo až se ustálí." KRČMÁŘ, Jan. Zákon a rozhodnutí. *Sborník věd právních a státních*, 1932, roč. 32, s. 109-110.

přirozené právo, např. obdoba čl. 1 odst. 2 švýcarského ZGB z roku 1907) zachováno i v připravované osnově občanského zákoníku.[10]

Pro Kubešovu odbornou dráhu byla tato polemika (resp. v ní řešené otázky) v jistém smyslu určující, protože stála na počátku dlouhé řady jeho prací pojednávajících o problematice tzv. mezer v právu, interpretace, tvorby práva a myšlenkové stavby ABGB vůbec,[11] zejména pak ovlivnila téma jeho habilitační přednášky o významu § 7 a chápání přirozených zásad právních jako „pozitivního práva sekundárního", která také byla následně publikována a stala se jednou z jeho nejznámějších prací.[12] Kubeš se k zmíněným tématům vracel celý život, významný prostor jim věnoval i v rámci své poslední knihy o teorii a dějinách zákonodárství.[13]

Krčmářův článek však byl významný i pro další vývoj domácí právní vědy, a to paradoxně i po roce 1948, ovšem pouze zprostředkovaně pracemi Viktora Knappa.[14] Ten sice (dobově pochopitelně) článek svého učitele neuváděl, ale jeho teze o „faktické" závaznosti judikatury[15] má svůj původ nepochybně u Krčmáře.

Úvahy o vztahu zákona a rozhodnutí byly v meziválečné literatuře poměrně časté, ještě před uvedenou polemikou látku velmi zdařile

---

[10] KUBEŠ, Vladimír. Zákon a rozhodnutí. *Časopis pro právní a státní vědu*, 1933, roč. 16, s. 56-78.

[11] KUBEŠ, Vladimír. Několik poznámek k superrevizní osnově všeobecného zákoníka občanského. (Příspěvek k studiu přirozených zásad právních ve smyslu § 7 obč. zák. z r. 1811.) *Časopis pro právní a státní vědu*, 1932, roč. 15, s. 210-231; Týž. „Positivní" právo sekundární v občanských zákonících moderních států se zřetelem k osnově československého obč. zákoníka. *Časopis* …, 1934, roč. 17, s. 314-323; Týž. „Přirozené zásady právní" a „dobré mravy" v obecném zákoníku občanském. In KRČMÁŘ, Jan (ed.). *Randův jubilejní památník*. K stému výročí narození Antonína Randy vydala Právnická fakulta Univerzity Karlovy. Praha : PF UK, 1934, s. 395-422, a Týž. Filosofický základ a celková výstavba o. z. o. z r. 1811 a vládního návrhu o. z. (Současně příspěvek k problému interpretačních a aplikačních předpisů.) In *Vědecká ročenka právnické fakulty Masarykovy university v Brně*, 1936-37, roč. 14, s. 37-64.

[12] Toto Kubešovo řešení opakovaně vyzdvihoval zvláště prof. Ernst Swoboda (srov. KUBEŠ, „… *a chtěl bych to všechno znovu"*, s. 39-40) a překvapivě se zmínka o něm objevuje, i když bez uvedení autora, i v literatuře vzniklé po roce 1948 (např. VAŠEČKA, Jan. *Věc v právním smyslu v historickém pohledu*. Brno : UJEP, 1979, s. 64).

[13] KUBEŠ, Vladimír. Theorie der Gesetzgebung. *Materiale und formale Bestimmungsgründe der Gesetzgebung in Geschichte und Gegenwart.* Wien-New York : Springer, 1987, k *ABGB* s. 84-90, k § 7 s. 85-88.

[14] Srov. KNAPP, Viktor. Soudcovská tvorba práva v socialistických zemích. *Právník*, 1969, roč. 108, s. 81-91. Nověji: Týž. Přínos středoevropského soudnictví k evropské právní kultuře. *Právník*, 1993, roč. 132, s. 725-736.

[15] K tomu např. KÜHN, Zdeněk. In Kol. aut. *Judikatura a právní argumentace.* Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha : Auditorium, 2006, s. 8-9.

z právněhistorického hlediska pojednal romanista Otakar Sommer, s jistým odstupem se pak k tématu stručněji vrátil (z hlediska „praktika“) první prezident Nejvyššího soudu Vladimír Fajnor.[16] Nejpodrobněji se pak tématem tvorby práva zabýval procesualista Adolf Procházka[17], další ze známých brněnských normativistů, mj. také čelný politik lidové strany a jeden z „doúnorových“ ministrů.[18] Konečně můžeme také zmínit, že někteří z právních vědců uvažovali o převzetí institutu zásadních rozhodnutí, které znalo recipované slovenské právo (např. prof. Sedláček).

Recepční zákon a recepční judikatura

Pokud se chceme podívat na konkrétní příklady tvorby práva v meziválečné éře, nenajdeme myslím vhodnější ukázku než problematiku „recepční normy“: oprávněnost Radbruchova tvrzení, že interpret může zákonu rozumět lépe než jeho tvůrce a že zákon může být chytřejší než jeho tvůrci - ba dokonce musí být chytřejší než jeho tvůrci, se v našich právních dějinách nejnázorněji projevila hned u prvního československého zákona.[19]

V textu zákona (čl. 2) a v návaznosti na něj i v základní soudobé historické a v právněhistorické literatuře čteme konstatování, že „veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají prozatím v platnosti“. Tato formulace však nebyla vhodně zvolena a způsobila v dalším vývoji celou řadu komplikací. Díky tomu, že byl zákon č. 11/1918 Sb. z. a n. pevně svázán s datem 28. října 1918 a se vznikem Československa a že svůj hlavní úkol splnil v revolučních dnech - zřízení státu, udržení veřejného pořádku, zachování kontinuity a právní jistoty - nebyl později změněn. Naopak se zákon stal předmětem zužujících i rozšiřujících výkladů, které však v některých případech právní jistotu naopak oslabily.

V podstatě ani jeden výraz „recepční normy“ (čl. 2) nemohl být vykládán doslovně. Toho si prvorepubliková právní věda a justice reprezentovaná

---

[16] SOMMER, Otakar. Soudce a občanský zákon. (Poznámka k § 7 ob. z. obč.) In ČÁDA, František (ed.). *Naše právo a stát.* Sborník k šedesátému výročí založení spolku československých právníků „Všehrd“. Praha : Spolek čsl. právníků „Všehrd“, 1928, s. 82-87.

[17] Zvl. PROCHÁZKA, Adolf. *Tvorba práva a jeho nalézání.* Praha; Brno : Orbis, 1937. Dále v několika příspěvcích do jubilejních sborníků-poct (Englišova 1930, Kallabova 1939).

[18] V současnosti se v Ústavu pro soudobé dějiny AV ČR (dr. Milan Drápala) připravují k vydání Procházkovy paměti *Ve víru století*.

[19] K právnímu rozměru vzniku Československa a recepci práva, s odkazy na další literaturu, nověji srov. HORÁK, Ondřej. „Samostatný stát československý vstoupil v život.“ 28. říjen 1918 pohledem právníka a historika. In *Sborník příspěvků z konference Olomoucké právnické dny 2008*. Olomouc : UP, 2008, s. 769-777, a GABRIŠ, Tomáš. Vznik právneho poriadku prvej ČSR. *Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae*, 2007, roč. 25, s. 107-119.

zvláště Nejvyšším soudem a Nejvyšším správním soudem byly dobře vědomy a jejich pohled se v obecné rovině příliš nelišil. Užívaly proto v různých modifikacích teleologické výklady a tomu odpovídající argumentaci.[20] Sporným bodem se mohlo stát (a také se stalo), zda určité zákony (resp. jejich části) recipovány byly či nikoliv. Základní rozdíl mezi zastávanými názory spočíval pak samozřejmě v tom, že pohled soudu byl pro konkrétní spory závazný. V platnosti nemohly předně zůstat „veškeré" zákony – ze samé podstaty věci to nebylo možné. Řada předpisů, které se „nesrovnávaly s novým stavem" tak recipována nebyla. V čl. 2 dále nalezneme ustanovení o tom, že platit mají „dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení". Vzhledem k charakteru práva recipovaného na Slovensku a Podkarpatské Rusi muselo být při interpretaci použito rozšiřujícího výkladu, protože v obou těchto zemích si svůj význam podrželo ještě obyčejové právo. V tomto smyslu se tedy zákonodárce vyjádřil příliš úzce. Právní věda a praxe však na základě extenzivního výkladu shodně dovodily, že recipovány byly jak zákony a nařízení, tak i právní normy obecně - tedy psané i obyčejové právo.[21]

Možných výkladů recepčního zákona nalezneme desítky. Jsou zachyceny ve sbírkách rozhodnutí nejvyšších soudů – brněnského Nejvyššího soudu (sbírka Vážného) a pražského Nejvyššího správního soudu (sbírka Bohuslavova). Judikatura těchto soudů řešila otázky vzniku československého státu, platnosti mezinárodních smluv, problematiku nástupnictví po bývalé monarchii, změn ve vojenském trestním soudnictví a armádě, recepci obyčejového práva na Slovensku či ústavní svobody a

---

[20] Podle Jaromíra Sedláčka pozbyla platnosti všechna ustanovení dosavadního platného řádu, která odporovala postavení Národního výboru jako „vykonavatele státní svrchovanosti". Měla to být „ustanovení týkající se císaře, dynastie, dvoru, … dále předpisy o nejvyšších orgánech státu, t. j. říšské radě, o ministrech, o generálním štábu a o vrchním velení branné moci, o emblémech a symbolech státních, o zástupcích v cizích státech". SEDLÁČEK, Jaromír. Ústavní listina a občanský zákoník. In *Naše právo a stát.* Praha : Spolek čsl. právníků „Všehrd", 1928, s. 90.

Obdobně řešil tento problém také Nejvyšší soud (např. Vážný civ. 7751, zřejmě nejpropracovanější rozhodnutí vztahující se k recepci). Ve své argumentaci vyšel z úvodní věty preambule recepčního zákona (tj. „Samostatný stát československý vstoupil v život"), která podle něj nepřipouštěla, aby „zůstaly v platnosti ony říšské zákony rakouské, jež se s existencí a samostatností nově zřízeného československého státu nesrovnávají…". Kromě pragmatické sankce tak přestaly platit „všechny zákony týčící se říšské ústavy, zejména delegací, říšské rady a zemských sněmů, jakož i volebních řádů do obou těchto sborů atd., samozřejmě pozbyly platnosti také předpisy o vyhlašování nálezů jménem císaře, o označování úřadů jako c. k. apod., takže co se třeba jen těchto drobností týče, bylo v této vstupní větě obsaženo in nuce vše, co potom předepsal zákon na ochranu Československé republiky ze dne 23. července 1919, čís. 449 Sb. z. a n." Rozh. z 3. února 1928, R II 28/28. In VÁŽNÝ, František. *Rozhodnutí nejvyššího soudu československé republiky ve věcech občanských*. Sv. X. 1928. Praha 1929, s. 177-178.

[21] Srov. LACLAVÍKOVÁ, Miriam. Recepcia obyčajového práva a práva kuriálnych decízií v prvej ČSR (príspevok k histórii súkromného práva na Slovensku). In *Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica*, 2005, roč. 2, s. 149-167.

jazykové právo. Nejvyšší soudy tak získaly možnost napravovat svými rozhodnutími nesmyslné důsledky, k nimž by bylo docházelo při sledování linie doslovného výkladu recepčního zákona. V jistém smyslu plnily roli dnešního Ústavního soudu, protože rozhodovaly o tom, zda určité právní předpisy byly/nebyly převzaty, tedy zda platí/neplatí – můžeme mluvit o tzv. negativní normotvorbě. Současně však měly příležitost se také aktivně podílet na formování právního řádu, když některými svými rozhodnutími suplovaly roli zákonodárce. Asi nikoho nepřekvapí, že k tomu docházelo v duchu posilování národních pozic a prosazování národních zájmů, často bohužel s pomocí výrazně účelového výkladu (např. u jazykového práva či pozemkové reformy).[22]

Co tedy vlastně platilo po 28. říjnu 1918? Na tuto otázku nikdo přesnou odpověď neznal a ani znát nemohl. Alois Rašín do recepčního zákona žádnou obecnou derogační klausuli typu („pokud to neodporuje novému stavu"), jak bývá zvykem, nezahrnul. Zákonodárce to výslovně řešil až po šestnácti měsících, a to obecným derogačním ustanovením v článku IX. uvozovacího zákona č. 121/1920 Sb. z. a n. československé ústavní listiny, kde se říkalo, že všechna ustanovení, jež „odporují této ústavní listině a republikánské formě státu, dále všechny dřívější ústavní zákony, i když by jednotlivá jejich ustanovení nebyla v přímém rozporu s ústavními zákony Československé republiky", pozbyla platnosti. Soudy se stejně většinou obracely k samotné recepční normě.

V prvních měsících po vzniku Československa však byla aplikační praxe u soudů problematická a nejednotná. Soudci si nebyli jistí, zda mohou předpisy, kde se mluví o císaři či monarchii automaticky vztáhnout na nový stát. Zákonodárce tuto „nejistotu" částečně vyřešil zákonem ze dne 23. 7. 1919 č. 449 Sb. z. a n., o zákonné ochraně Československé republiky, kde stanovil, že se v recipovaných právních předpisech výrazy „rakouský", „uherský", „císařský" a „královský" a další jim podobné nahrazují příslušnými tvary termínů „československý" a „Československá republika". Můžeme říci, že šlo o deklaratorní akt, jakýsi „autentický výklad" recepčního zákona. Přesto však byla některá ustanovení bývalého rakouského právního řádu jen velmi problematicky využitelná (např. ochrana cti prezidenta jako zločin podle § 63 trestního zákona o urážce Veličenstva, který se dříve trestal žalářem od jednoho do pěti let). Vzniklý stav byl pociťován jako „mezera v právu" a pro oblast trestního práva byl s odstupem řešen v rámci zákona na ochranu republiky č. 50/1923 Sb. z. a n.

---

[22] Blíže: HORÁK, Ondřej. Vznik Československa a recepce práva. K právní povaze a významu zákona čís. 11/1918 Sb. z. a n. s přihlédnutím k otázce recepce právního řádu. *Právněhistorické studie*, 2007, roč. 38, s. 153-169. K oblasti jazykového práva (nejen) po vzniku ČSR: Týž. Národnost jako právo i provinění. Zamyšlení nad významem etnicity v domácím právním vývoji v letech 1918 až 1948. In KNOLL, Vilém, KARHANOVÁ, Martina (edd.). *Naděje právní vědy*. Býkov 2007. Sborník z mezinárodního setkání mladých vědeckých pracovníků konaného ve dnech 12.-14. 10. 2007 na Zámeckém statku Býkov. Plzeň : A. Čeněk, 2008, s. 66-82.

Závěrečné zamyšlení

Řešení problematiky pramenů práva se v různých obměnách stále vrací zpět a vždy signalizuje snahu o změnu „paradigmatu". Z dnešních právních teoretiků až na výjimky nikdo nepochybuje o tom, že aplikační činnost soudů je tvůrčí proces a že se soudy výrazně podílí na podobě právního řádu. Současná právní věda se navíc velmi intenzivně zabývá právní interpretací, argumentací a judikaturou[23] a snaží se přehodnotit otázku právních pramenů (resp. v jistém smyslu „hledá" teoretické zdůvodnění „závaznosti judikatury"). Své inspirace autoři často nachází v obsáhlé zahraniční literatuře, jak kontinentální, tak angloamerické, pokud se budeme držet vymezení těchto (stále více se přibližujících) právních okruhů. Myslím si, že se však stále málo obrací k domácím tradicím, zvláště pak k meziválečné právní vědě (a to i přes její jistou módnost po roce 1990): v některých případech by se tak vyhnuli „objevování objeveného" a jistě by získali řadu cenných inspirací (tezí a argumentů).[24] V případu závaznosti konstantní judikatury je myslím to nejpřirozenější řešení (i přes své kritiky) také nejakceptovatelnější: tedy chápat soudcovské právo (usus fori) jako právo obyčejové. A opět to není nic nového, evropská právní věda k tomu dospívá v podstatě v každé druhé generaci.

Contact – email
onhorak@post.cz

[23] Srov. zvl. KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva ve složitých případech. K úloze právních principů v judikatuře.* Praha : Karolinum, 2002; GERLOCH, Aleš, MARŠÁLEK, Pavel (edd.). *Problémy interpretace a argumentace v soudobé právní teorii a právní praxi.* Praha : Eurolex Bohemia, 2003; HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace*. Ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu. Praha : Linde, 2003; KÜHN, Zdeněk. *Aplikace práva soudcem v éře středoevropského komunismu a transformace*. Analýza příčin postkomunistické právní krize. Praha : C.H. Beck, 2005; KÜHN, Zdeněk, BOBEK, Michal, POLČÁK, Radim (edd.). *Judikatura a právní argumentace.* Teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha : Auditorium, 2006; MELZER, Filip. *Metodologie nalézání práva*. Brno : Tribun EU, 2008; GERLOCH, Aleš a kol. *Teorie a praxe tvorby práva*. Praha : ASPI, 2008, zvl. s. 86-110, či HANUŠ, Libor. *Právní argumentace nebo svévole*. Úvahy o právu, spravedlnosti a etice. Praze : C.H. Beck, 2008.

[24] Jedna drobnost za ostatní: Libor Hanuš ve své práci *Právní argumentace nebo svévole* (2008, s. 57) zmiňuje, že Radbruchovu myšlenku (interpret může zákonu rozumět lépe než jeho tvůrce a zákon může být chytřejší než jeho tvůrci - ba dokonce musí být chytřejší než jeho tvůrci) „objevil" Pavel Holländer (*Ústavněprávní argumentace*, 2003). Ponechejme stranou, že obdobné názory měly v německé právní vědě delší tradici (Heindrich Töhl, Karl Bindig, Oskar von Büllow a další), především však není nutné nic „objevovat", Radbruchova „Rechtsphilosophie" patří ke klasickým právním pracím (1914, 1932 výrazně přepracovaná a od té doby vyšla ještě mnohokrát), zmíněný citát byl navíc českými právníky opakovaně zmiňován, např. také Vladimírem Kubešem v jeho článku *Zákon a rozhodnutí* či v 1. dílu jeho posmrtně vydané práce *Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu* (1995, s. 251).

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NORIMBERSKÝ TRESTNÝ TRIBUNÁL A JEHO VPLYV NA TVORBU MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA

DANIEL KROŠLÁK

Právnická fakulta, Trnavská univerzita, Trnava, Slovenská republika

Abstract in original language
Príspevok analyzuje význam Norimberského trestného tribunálu na ďalší vývoj medzinárodného trestného práva. Prechádza cez historický vývoj trestania medzinárodných zločincov a s tým súvisiace medzinárodné zmluvy. Pri tom sa zameriava najmä na pojem zločinu podľa medzinárodného práva.

Key words in original language
Norimberský proces; Charta Medzinárodného vojenského tribunálu; návrh Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva; Štatút Medzinárodného tribunálu pre bývalú Juhosláviu; Štatút Medzinárodného tribunálu pre Rwandu; Rímsky štatút Medzinárodného trestného súdu.

Abstract
This paper analyses significance of the Nuremberg military tribunal concerning further development of international criminal law. The author focuses especially on the concept of international crime.

Key words
Nuremberg trial; Charter of the IMT; the Draft code of crimes against the peace and security of mankind; the Statute of the International tribunal for the former Yugoslavia; the Statute of the International tribunal for Rwanda; the Rome statute of the ICC.

Úvod

Snaha o potrestanie medzinárodných zločinov má pomerne dlhú históriu. Už pred Prvou svetovou vojnou sa ustálilo „všeobecné presvedčenie civilizovaných národov, že určité činy, porušujúce medzinárodné právo najmä pri vedení vojny, sú zavrhnutiahodné a zasluhujú si potrestanie.“[1] V tej dobe však chýbalo presné vymedzenie protiprávnych aktov a ich povahy z hľadiska možného postihu.[2] Za prvý pokus stíhať zločincov, ktorí porušili pravidlá medzinárodného práva je možné pokladať Versailleskú

[1] Šturma, P.: Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha : Karolinum, 2002, s. 113. Porovnaj Hobza, A.: Přehled mezinárodního práva válečného. Praha : Všehrd, 1946, s. 151.

[2] Bližšie pozri Hobza, cit. dielo, s. 151 a nasl.

mierovú zmluvu z roku 1919. Podľa nej mal byť zriadený medzinárodný tribunál, ktorému malo Nemecko vydať na trestné stíhanie bývalého cisára Wilhelma II. pre „najhrubšie porušenie medzinárodnej morálky a posvätnej autority zmlúv“[3] a ďalšie osoby obvinené z porušenia vojnového práva.[4]

K realizácii trestného stíhania cisára a ostatných v uvedenej forme napokon nedošlo, ako píše Antonín Hobza, z dôvodov politických: „Veřejné mínění světové nebylo tehdy ještě dosti silné a sjednocené, aby si vynutilo provedení důsledků z nazírání, které již proniklo i do kolektivní smlouvy

[3] Article 227 of the Treaty of Versailles:

„The Allied and Associated Powers publicly arraign William II of Hohenzollern, formerly German Emperor, for a supreme offence against international morality and the sanctity of treaties.

A special tribunal will be constituted to try the accused, thereby assuring him the guarantees essential to the right of defence. It will be composed of five judges, one appointed by each of the following Powers: namely, the United States of America, Great Britain, France, Italy and Japan.

In its decision the tribunal will be guided by the highest motives of international policy, with a view to vindicating the solemn obligations of international undertakings and the validity of international morality. It will be its duty to fix the punishment which it considers should be imposed.

The Allied and Associated Powers will address a request to the Government of the Netherlands for the surrender to them of the ex-Emperor in order that he may be put on trial.“

[4] Article 228 of the Treaty of Versailles:

The German Government recognizes the right of the Allied and Associated Powers to bring before military tribunals persons accused of having committed acts in violation of the laws and customs of war. Such persons shall, if found guilty, be sentenced to punishments laid down by law. This provision will apply notwithstanding any proceedings or prosecution before a tribunal in Germany or in the territory of her allies.

The German Government shall hand over to the Allied and Associated Powers, or to such one of them as shall so request, all persons accused of having committed an act in violation of the laws and customs of war, who are specified either by name or by the rank, office or employment which they held under the German authorities. Article 229 of the Treaty of Versailles:

Persons guilty of criminal acts against the nationals of one of the Allied and Associated Powers will be brought before the military tribunals of that Power.

Persons guilty of criminal acts against the nationals of more than one of the Allied and Associated Powers will be brought before military tribunals composed of members of the military tribunals of the Powers concerned.

In every case the accused will be entitled to name his own counsel.

mezinárodní.“[5] „Nekonanie sa procesu“ mohlo súvisieť aj so svetovou verejnou mienkou. Základným dôvodom však zrejme bolo, že Nemci chceli zabrániť vydaniu zločincov, ktorí boli na zozname zostavenom Spojencami (Liste des personnes désignées par les Puissances Alliées pour être livrées par l'Allemagne en exécution des articles 228 à 230 du Traitè de Versailles et du Protocole du 28 juin 1919). Energickými pokusmi o revíziu Versailleskej zmluvy sa im najprv podarilo oddialiť vydanie. Umožnila im to nejednotnosť Spojencov: Najmä Briti časom netrvali na pôvodnom zozname požadovaných zločincov a britská vláda bola ochotná urobiť čiastočnú revíziu. Čo sa týka Francúzov, tí takémuto kompromisu naklonení neboli. Problém mala vyriešiť konferencia Spojencov, ktorá sa konala v polovici februára 1920 v Londýne. Tým, že sa na konferencii nezúčastnili Spojené štáty americké, kľúčovú rolu zohralo na strane víťazov stojace Taliansko, ktoré naklonilo vážky rozhodnutia na britskú stranu. Návrh Britov znel: vykonať proces s vojnovými zločincami na nemeckom vnútroštátnom súde. Spojenci sa tiež zriekli možnosti do procesu nejakým spôsobom zasahovať. S výnimkou, že by procesy neboli vedené riadne a neboli uložené riadne tresty.

Následne sa od januára 1921 do novembra 1922 konalo na Ríšskom súde v Lipsku celkovo 17 procesov s vojnovými zločincami. Tieto, ako aj ďalšie až do roku 1927, však nenaplnili očakávania ohľadom potrestania medzinárodných zločincov.[6]

V medzivojnovom období, najmä v rokoch 1924 – 1938, bolo vypracovaných niekoľko návrhov na zriadenie medzinárodného trestného súdu zo strany nevládnych organizácií ako napríklad International Association of Penal Law, International Law Association, alebo Interparliamentary Union. Žiadny z nich sa však nestal oficiálnym dokumentom. Výnimkou bol jedine návrh profesora Vespasiana V. Pellu, ktorý ovplyvnil Dohodu o predchádzaní a potláčaní terorizmu z roku 1937.[7]

Počas Druhej svetovej vojny sa otázka potrestania vojnových zločincov stala opäť aktuálnou. Už deklaráciou zo dňa 13. januára 1942 (St. James Palace) označili Spojenci „za jeden z hlavných vojnových cieľov potrestanie osôb zodpovedných za zločiny a to právnou cestou a bez ohľadu na to, či budú vinníci stíhaní ako jednotlivci alebo spoluzodpovední za zločiny, bez

[5] Hobza, cit. dielo, s. 153.

[6] Bližšie pozri Hankel, G.: Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg. Hamburg : HIS, 2003.

[7] Politickým podnetom k jeho vypracovaniu bol atentát bulharského teroristu Vlada Černozemského v roku 1934 v Marseille, ktorého obeťou sa stal juhoslovanský kráľ Alexander I. Karadžordževič. Bližšie pozri napr. Saul, B.: The Legal Response of the League of Nations to Terrorism. In: Journal of International Criminal Justice, 2006, vol. 4, č. 1, s. 78-102.

ohľadu na to, či konali na základe rozkazu alebo na vlastnú zodpovednosť alebo sa len na zločinoch podieľali“. V októbri 1943 bola sedemnástimi štátmi, ktoré sa nachádzali vo vojnovom stave s Nemeckom, zriadená Komisia Spojených národov pre vojnové zločiny.

Ďalej nasledovala Moskovská deklarácia z 30. októbra 1943, týkajúca sa „zodpovednosti hitlerovcov za spáchané zverstvá“, v ktorej veľmoci nepripúšťali pochybnosti o tom, že sa budú konať procesy.[8] Sovietske, americké a anglické predstavy sa však celkom nezhodovali: na Teheránskej konferencii (28. november – 1. december 1943) požadoval Stalin zastrelenie päťdesiattisíc nemeckých dôstojníkov, politikov a sympatizantov, Churchill však túto myšlienku energicky odmietal. V porovnaní s požiadavkou „zastreliť všetkých vinníkov“ bol pre západných spojencov prijateľnejší akýkoľvek súdny proces.[9]

Za niekoľko týždňov zahájil Sovietsky zväz bez spoluúčasti ostatných Spojencov takzvaný „charkovský proces“, prvý verejný protinemecký proces s vojnovými zločincami. Obžalovaní boli traja nemeckí vojaci zajatí v Stalingrade. Proces začal 16. decembra 1943 a skončil po dvoch dňoch vynesením rozsudkov smrti obesením, ktoré boli vykonané verejne. Podľa moskovského rozhlasu bola poprava vykonaná v prítomnosti 40 tisíc divákov.[10]

Spojené štáty následne iniciovali zriadenie spoločného súdu víťazných mocností. 2. mája 1945 menoval nový americký prezident Harry Truman sudcu Najvyššieho súdu Spojených štátov Roberta Jacksona za splnomocnenca pre rokovanie s ostatnými veľmocami a šéfom zboru amerických žalobcov. V správe zo dňa 6. júna 1945 mu Jackson predložil plán hlavného norimberského procesu a načrtol už základné body obžaloby i hlavné právne problémy. V bode VII Postupimského protokolu potvrdili víťazné mocnosti svoj zámer postaviť nemeckých vojnových zločincov „pred rýchly a spravodlivý súd. Dúfajú, že rokovania v Londýne povedú k rýchlej dohode slúžiacej tomuto účelu, a považujú za záležitosť najväčšej

[8] Bližšie pozri Declaration of atrocitities made at the Moscow conference, October 1943: „… Let those who have hitherto not imbued their hands with innocent blood beware lest they join the ranks of the guilty, for most assuredly the three Allied powers will pursue them to the uttermost ends of the earth and will deliver them to their accusors in order that justice may be done. …” Online:

http://www.ess.uwe.ac.uk/documents/moscwdecl.htm

[9] Bližšie pozri Tehran Conference: Tripartite Dinner Meeting. Online: http://teachingamericanhistory.org/library/index.asp?document=906

[10] Bližšie pozri Kochavi, A. J.: The Moscow Declaration, the Kharkov Trial, and the Question of a Policy on Major War Criminals in the Second World War. In: History, 1991, vol. 76, č. 248, s. 401 – 417.

dôležitosti, aby sa proces s týmito hlavnými zločincami konal v čo najbližšom možnom termíne.“[11]

Tak sa prvou skutočne fungujúcou súdnou inštanciou trestajúcou medzinárodné zločiny stal Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu, zriadený na základe Londýnskej dohody z 8. augusta 1945. Jeho súčasťou bola Charta Medzinárodného vojenského tribunálu, ktorá prvýkrát aj spresňovala a kategorizovala medzinárodné zločiny. V januári 1946 bola následne prijatá obdobná Charta pre Medzinárodný vojenský tribunál pre ďaleký východ v Tokiu.[12]

Zriadenie týchto tribunálov bolo od samotného počiatku široko diskutované tak v rámci právnej vedy, ako aj laickej verejnosti.[13] Na jednej strane sa možno stretnúť s názormi hodnotiacimi činnosť Tribunálu pozitívne, na strane druhej sa hovorí o výkone „spravodlivosti víťazov“.[14]

Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu

Zakladajúcim dokumentom Medzinárodného vojenského tribunálu bola Charta Medzinárodného vojenského tribunálu z roku 1945.

Podľa článku 2 Charty tvorili Tribunál štyria sudcovia menovaní víťaznými veľmocami. Podľa článku 4 ods. 4 dospieval Tribunál k rozhodnutiu väčšinou hlasov. Za predsedu Tribunálu bol zvolený britský sudca Geoffrey Lawrence. Ďalšími členmi boli Američan Francis Biddle, Francúz Henri Donnedieu de Vabres a za Sovietsky zväz Iona Timofjevič Nikitčenko.

Hlavnými žalobcami boli: sudca Najvyššieho súdu USA Robert Jackson, sir Hartley Shawcross za Veľkú Britániu, François de Menthon za Francúzsko a Roman Andrejevič Rudenko za Sovietsky zväz.

Trestné činy, ktoré mal Tribunál stíhať, boli vymedzené v článku 6 Charty:

---

[11] „ … Die drei Regierungen bekräftigen ihre Absicht, diese Verbrecher einer schnellen und sicheren Gerichtsbarkeit zuzuführen. Sie hoffen, daß die Verhandlungen in London zu einer schnellen Vereinbarung führen, die diesem Zwecke dient, und sie betrachten es als eine Angelegenheit von größter Wichtigkeit, daß der Prozeß gegen diese Hauptverbrecher zum frühestmöglichen Zeitpunkt beginnt. …“ Online: http://www.documentarchiv.de/in/1945/potsdamer-abkommen.html

[12] K tomu bližšie pozri napr. Osten, Philipp: Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die japanische Rechtswissenschaft. Berlin : BWV, 2003.

[13] Spomienky účastníkov i názory právnej vedy sú pomerne reprezentatívne obsiahnuté v zborníku Mettraux, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford : Oxford University Press, 2008.

[14] Takto sa vyjadril Hermann Göring ešte pred začatím procesu. Pozri Gilbert, G. M.: Norimberský deník. 2. vydanie. Praha : Mladá fronta, 1971, s. 15.

a) zločiny proti mieru: osnovanie, príprava, podnecovanie alebo podniknutie útočnej vojny alebo vojny porušujúcej medzinárodné zmluvy, dohody alebo záruky, alebo účasť na spoločnom pláne alebo spiknutí za účelom uskutočnenia ktoréhokoľvek z vyššie uvedených činov;

b) vojnové zločiny: porušenie zákonov vojny alebo vojnových zvyklostí. Medzi tieto porušenia patrí vražda, zlé nakladanie alebo deportácie civilného obyvateľstva z obsadeného územia alebo v jeho rámci na otrocké práce, alebo na akýkoľvek iný účel, vražda vojnových zajatcov alebo osôb na mori alebo zlé nakladanie s nimi, vraždenie rukojemníkov, plienenie verejného alebo súkromného majetku, svojvoľné ničenie miest a obcí, pustošenie neodôvodnené vojenskou nutnosťou a iné zločiny;

c) zločiny proti ľudskosti: a to vražda, vyhladzovanie, zotročovanie, deportácie alebo iné ukrutnosti spáchané proti civilnému obyvateľstvu pred vojnou alebo počas vojny, alebo prenasledovanie z politických, rasových či náboženských príčin pri páchaní akéhokoľvek zločinu spadajúceho pod právomoc Tribunálu alebo v spojení s takýmto zločinom, bez ohľadu na to, či bolo porušené právo zeme, v ktorej boli zločiny spáchané.

Zaujímavé je, že z týchto troch skupín zločinov vyplynuli štyri body obžaloby, ktoré Briti a Američania presadili, t.j. aby bol k zločinom proti mieru, vojnovým zločinom a zločinom proti ľudskosti pridružený ešte zločin „spiknutia“, teda spoločného zosnovania zločinov. Veľmi im záležalo na tom, aby tu bola zakotvená trestnosť „conspiracy“. Rozsudok však bral na tento bod obžaloby len malý zreteľ.

Obžaloba bola vznesená 6. októbra 1945, súdny proces začal 20. novembra 1945 a bol ukončený vynesením rozsudkov 1. októbra 1946.[15] Tie zneli nasledovne:

Trest smrti

Martin Bormann – vodcov tajomník (odsúdený in absentiam)

Hermann Wilhelm Göring – ríšsky maršal a veliteľ letectva

Joachim von Ribbentrop – ríšsky minister zahraničných vecí

Wilhelm Keitel – poľný maršal a náčelník štábu vrchného veliteľstva

Ernst Kaltenbrunner – poľný maršal a šéf bezpečnostnej služby

[15] Bližšie pozri protokoly z procesu Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14. November 1945 - 1. Oktober 1946. [amtlicher Text in deutscher Sprache] 1. Band. Nürnberg : International Military Tribunal, 1947.

Alfred Rosenberg – minister pre okupované východné územia, ideológ strany

Hans Frank – guvernér Poľska

Julius Streicher – majiteľ a vydavateľ protižidovských novín Der Stürmer

Fritz Sauckel – splnomocnenec pre nasadenie pracovných síl

Alfred Jodl – náčelník Operačného štábu Vrchného veliteľstva brannej moci, rehabilitovaný 1953

Wilhelm Frick – minister vnútra a ríšsky protektor v Čechách a na Morave

Arthur Seyss-Inquart – guvernér Rakúska a holandský komisár

Doživotie

Rudolf Hess – Hitlerov zástupca a vodca NSDAP

Walter Funk – minister hospodárstva

Erich Raeder – veľkoadmirál a vrchný veliteľ námorníctva

20 rokov

Baldur von Schirach – vodca združenia nacistickej mládeže Hitler-Jugend

Albert Speer – Hitlerov architekt a minister zbrojnej výroby

15 rokov

Konstantin von Neurath – minister zahraničia do roku 1938, prvý protektor Čiech a Moravy

10 rokov

Karl Dönitz – admirál a Hitlerov nástupca vo funkcii hlavy štátu

Zastavenie trestného stíhania

Gustav Krupp von Bohlen und Halbach – riaditeľ koncernu Krupp, stíhanie zastavené pre vysoký vek a neuspokojivý zdravotný stav

Robert Ley – vedúci Deutsche Arbeitsfront (Nemeckého pracovného frontu), spáchal samovraždu ešte pred začiatkom hlavného pojednávania

Oslobodení

Hjalmar Schacht – prezident ríšskej banky, minister hospodárstva do roku 1937

Hans Fritzsche – vedúci ríšskeho rozhlasu

Franz von Papen – bývalý kancelár, veľvyslanec v Rakúsku a v Turecku

Medzinárodný vojenský tribunál v Norimbergu bol svojim vznikom a fungovaním jedinečnou inštitúciou, ktorá nemala priameho nástupcu. Jeho existencia (pokiaľ hovoríme o ich zakladajúcich dokumentoch a rozsudkoch) výrazne obohatila medzinárodné právo jednak zavedením katalógu zločinov podľa medzinárodného práva, ako aj presadením princípu individuálnej zodpovednosti podľa medzinárodného práva. Na základe toho sa potom podľa doktrinálnej predstavy stal jednotlivec subjektom medzinárodného práva (i keď v relatívne obmedzených parametroch). Ďalší vývoj medzinárodného trestného práva v rokoch „studenej vojny" bol charakteristický stagnáciou, a to tak v oblasti právnej, ako aj inštitucionálnej regulácie.

Napriek tomu možno skonštatovať, že vytvorenie a činnosť Medzinárodného trestného tribunálu sa stali vzorom pre tieto medzinárodné dokumenty:

- Dohovor o genocíde (1948)

- Všeobecná deklarácia ľudských práv (1948)

- Norimberské princípy (1950)

- Dohovor o nepremlčateľnosti vojnových zločinov a zločinov proti ľudskosti (1968)

- Ženevský dohovor na ochranu obetí vojny (1949) a jeho dodatkové protokoly z roku 1977

V žiadnom z nasledujúcich prípadov, v ktorých bolo možné hovoriť o zločinoch podľa medzinárodného práva, však nedošlo k zriadeniu medzinárodného trestného súdu. Prielom priniesla až frustrácia medzinárodného spoločenstva z hromadného vraždenia, „etnických čistiek" a ďalších zločinov spáchaných na území bývalej Juhoslávie v rámci konfliktov, ktoré vznikli po jej rozpade. Odpoveďou na tieto barbarstvá sa stalo zriadenie Medzinárodného tribunálu pre stíhanie osôb zodpovedných za závažné porušenia medzinárodného humanitárneho práva spáchané na území bývalej Juhoslávie od roku 1991. Tento tribunál vznikol na základe rezolúcie Bezpečnostnej rady OSN č. 827 z roku 1993 so sídlom v Haagu.

Obdobným spôsobom bol ako reakcia na genocídu v Rwande zriadený na základe rezolúcie Bezpečnostnej rady OSN č. 955 z roku 1994 i Medzinárodný tribunál pre Rwandu so sídlom v Arushi (Tanzánia).

Zločin podľa medzinárodného práva

Pojem „zločin podľa medzinárodného práva“ sa vo svojom klasickom ponímaní odvíja od Charty Norimberského trestného tribunálu, v zmysle ktorej sem zaraďujeme tieto tri kategórie: zločiny proti mieru, vojnové zločiny a zločiny proti ľudskosti.

Prijatie Charty bolo začiatkom profilácie a spresňovania medzinárodných trestných zločinov. Už v roku 1947 bola Komisia pre medzinárodné právo poverená (rezolúcia Valného zhromaždenia OSN č. 177/II zo dňa 21. 11. 1947) úlohou vypracovať návrh dokumentu nazvaného Kódex zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva. Diskusia v Komisii sa vtedy zamerala predovšetkým na otázku, či sa zásady stanovené v rozsudku a Charte Medzinárodného trestného tribunálu stali zásadami medzinárodného práva. Komisia dospela ku kladnému záveru a v roku 1950 sformulovala Zásady medzinárodného práva uznané v Charte Norimberského tribunálu a jeho rozsudku.[16]

Prvý návrh samotného Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva predložila Komisia v roku 1951, avšak k jeho prerokovaniu vo Valnom zhromaždení OSN nakoniec nedošlo a návrh bol vrátený Komisii na dopracovanie. S niekoľkými zmenami bol návrh Valnému zhromaždeniu opätovne predložený v roku 1954. Aj vtedy však bolo jeho prerokovanie odložené.

Až v roku 1978 požiadalo Valné zhromaždenie generálneho tajomníka OSN, aby vyzval členské štáty a príslušné organizácie na predloženie pripomienok k návrhu Kódexu a pripravil k tejto problematike správu. Následne poverilo Valné zhromaždenie (rezolúcia 36/106 z roku 1981) Komisiu pre medzinárodné právo vypracovaním nového návrhu Kódexu. Návrh dostal ucelené znenie nakoniec až v roku 1991.[17]

Jeho text obsahoval všeobecné zásady a obsiahly katalóg skutkových podstát bez „norimberského“ rozlíšenia troch kategórií zločinov (t.j. zločiny proti mieru, zločiny proti ľudskosti a vojnové zločiny). Ako píše Šturma, „[t]áto zmena nebola popretím doterajšej klasifikácie, ale skôr odrážala rozšírenie zoznamu zločinov o niektoré nové skutkové podstaty, ktorých zaradenie mohlo vyvolávať problémy (ako napr. nedovolený obchod s drogami alebo úmyselné a ťažké poškodzovanie životného prostredia). Komisia tak zvolila pragmatické riešenie v očakávaní pripomienok zo strany

[16] Mrázek, J.: K boji s mezinárodní zločinností z hlediska mezinárodního práva. Praha : Academia, 1979, s. 87 a nasl.; Klanduch, P.: Medzinárodný trestný súd a Organizácia Spojených národov. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006, s. 52 a nasl.

[17] Bližšie pozri Mrázek, cit. dielo, s. 100 a nasl.; Šturma cit. dielo, s. 48 a nasl.; Klanduch, cit. dielo.

štátov, po ktorých vyhodnotení a zapracovaní až v roku 1994 pristúpila k prerokovaniu a prijatiu návrhu v druhom čítaní.“[18] To zakončila na zasadnutí v roku 1996 prijatím celého návrhu článkov Kódexu.

Kódex (ako to už vyplýva aj z jeho názvu) sa vzťahuje na zločiny proti mieru a bezpečnosti ľudstva a to bez ohľadu na skutočnosť, či takéto konania sú alebo nie sú trestné podľa vnútroštátneho práva. Základným princípom aplikácie jeho ustanovení je možnosť individuálnej zodpovednosti (čl. 2 ods. 1: Zločin proti mieru vyvoláva individuálnu zodpovednosť.). Toto pravidlo vychádza už z Charty a rozsudku Norimberského trestného tribunálu. Komisia sa odvoláva na názor Norimberského tribunálu, podľa ktorého „bolo konštatované, že medzinárodné právo sa týka konania suverénnych štátov a nestanovuje žiadny trest pre jednotlivcov ... Podľa názoru Tribunálu (tento právny názor) musí byť odmietnutý. To, že medzinárodné právo ukladá povinnosti a zodpovednosť jednotlivcom rovnako ako štátom, bolo uznané už dávno“.[19]

Tento princíp bol následne potvrdený v Zásadách medzinárodného práva uznaných v Charte Medzinárodného trestného tribunálu a v jeho rozsudku, rovnako aj v Štatúte Medzinárodného tribunálu pre bývalú Juhosláviu (čl. 7 ods. a čl. 23 ods. 1) a v Štatúte Medzinárodného tribunálu pre Rwandu (čl. 6 ods. 1 a čl. 22 ods. 1).

Ako to vyplýva z čl. 2 ods. 1 návrhu Kódexu, rozsah jeho pôsobnosti je obmedzený na jednotlivcov v zmysle fyzických osôb. Návrh pritom presne nerozlišuje, či sa jedná o jednotlivca so špeciálnym postavením (napr. jednotlivca konajúceho v postavení štátneho orgánu) alebo osobu bez takéhoto postavenia. Komentár k dotknutému ustanoveniu však uznáva, že „konanie, za ktoré je jednotlivec zodpovedný, by mohlo byť tiež pričítateľné štátu“, v prípade, že jednotlivec konal ako „orgán štátu“, „v záujme štátu“, „menom štátu“ alebo ako orgán de facto, bez akejkoľvek formálnej právomoci.[20] Z tohto dôvodu bol do Kódexu preto zaradený článok 4 (Zodpovednosť štátov), ktorý stanovil, že trestná zodpovednosť jednotlivcov za zločiny proti mieru a bezpečnosti ľudstva „nijakým spôsobom nebráni zodpovednosti štátov podľa medzinárodného práva.“[21]

Istú výnimku z tejto koncepcie (t.j. že zločin proti mieru môže každý jednotlivec) tvorí trestný čin agresie. V zmysle ustanovenia článku 2 ods. 2 v spojitosti s článkom 16 Kódexu nesie zodpovednosť za zločin agresie

---

[18] Šturma, cit. dielo, s. 49.

[19] Pozri Nazi Conspiracy and Aggression: Opinion and Judgement, United States Government Printing Office, Washington, 1947, s. 52. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 54.

[20] YILC, 1996, vol. II (Part Two), s. 19, § 4. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 54.

[21] YILC, 1996, vol. II (Part Two), s. 23. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 54.

nesie ten, kto ako vodca alebo organizátor nariadi, alebo sa aktívne podieľa na plánovaní, príprave, zahájení či vedení agresie spáchanej štátom. Tu má uvedené konanie špecifickú povahu a môže byť spáchané len jednotlivcami, ktorí sú agentmi a ktorí uskutočňujú svoju právomoc vydávať rozkazy, pričom využívajú prostriedky, ktoré majú k dispozícii, na spáchanie tohto zločinu.[22]

Pri ostatných zločinoch (zločin genocídy, zločin proti ľudskosti, zločin proti Spojeným národom a pridruženému personálu, vojnový zločin) sa zdá, že ich môže spáchať každý jednotlivec. V skutočnosti sa však tento predpoklad relativizuje v článku 2 ods. 3, na základe ktorého sa zdá, že vo väčšine prípadov bude páchateľom všetkých zločinov podľa Kódexu osoba, ktorá vystupuje (i keď len fakticky) v postavení štátneho orgánu. Konkrétne je tu ustanovené, že jednotlivec je zodpovedný za spáchanie niektorého z uvedených zločinov, ak:

- ho spácha úmyselne;

- nariadi spáchanie takého zločinu, ku ktorého spáchaniu skutočne dôjde alebo dôjde k jeho pokusu;

- nezabráni alebo nepotrestá spáchanie takéhoto zločinu za okolností stanovených v článku 6 Kódexu;

- napomáha, podnecuje alebo inak pomáha, priamo či nepriamo, pri spáchaní takého zločinu, a to vrátane poskytnutia prostriedkov na jeho spáchanie;

- sa priamo podieľa na plánovaní zločinu alebo spolčení za účelom spáchania zločinu, ku ktorého spáchaniu skutočne dôjde;

- priamo a verejne nabáda iného na spáchanie zločinu, ku ktorého spáchaniu skutočne dôjde;

- pokúsi sa spáchať taký zločin tým, že začne konať spôsobom naplňujúcim skutkovú podstatu zločinu, ktorého uskutočnenie však nie je dokonané vzhľadom na okolnosti nezávislé na jeho úmysloch.[23]

K tomu je asi nutné dodať, že článok 7 Kódexu, v nadväznosti na Chartu a rozsudok Norimberského trestného tribunálu deklaruje plnú zodpovednosť jednotlivca konajúceho v postavení štátneho orgánu: „úradné postavenie jednotlivca, ktorý spácha zločin proti mieru a bezpečnosti ľudstva, aj keď

[22] Porovnaj YILC, 1996, vol. II (Part Two), s. 19, § 5. Podľa Šturma, cit. dielo, s. 55. Bližšie k celkovej konštitúcii agresie ako zločinu proti medzinárodnému právu pozri Galdunová, K.: Trestný čin agresie. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006, s. 79 a nasl.

[23] Pozri článok 3 Kódexu.

konal ako čelný predstaviteľ štátu alebo vlády, nie je prekážkou jeho trestnej zodpovednosti a neslúži ani ako poľahčujúca okolnosť.“

Paralelne s procesom prípravy Kódexu zločinov proti mieru a bezpečnosti ľudstva sa Komisia zaoberala i otázkou návrhu Štatútu medzinárodného trestného súdu. Jeho prijatie v roku 2002 sa nakoniec stalo zavŕšením snáh o vytvorenie stálej inštitúcie, ktorá by trestala medzinárodných zločincov.

Literature:

- Der Prozess gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Internationalen Militärgerichtshof Nürnberg, 14. November 1945 - 1. Oktober 1946. [amtlicher Text in deutscher Sprache] 1. Band. Nürnberg : International Military Tribunal, 1947.
- Galdunová, K.: Trestný čin agresie. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006.
- Gilbert, G. M.: Norimberský deník. 2. vydanie. Praha : Mladá fronta, 1971.
- Hankel, G.: Die Leipziger Prozesse. Deutsche Kriegsverbrechen und ihre strafrechtliche Verfolgung nach dem Ersten Weltkrieg. Hamburg : HIS, 2003.
- Hobza, A.: Přehled mezinárodního práva válečného. Praha : Všehrd, 1946.
- Klanduch, P.: Medzinárodný trestný súd a Organizácia Spojených národov. In: Medzinárodný trestný súd na začiatku 21. storočia. Bratislava : SSMP, 2006.
- Kochavi, A. J.: The Moscow Declaration, the Kharkov Trial, and the Question of a Policy on Major War Criminals in the Second World War. In: History, 1991, vol. 76, č. 248, s. 401 – 417.
- Mettraux, G. (ed.): Perspectives on the Nuremberg Trial. Oxford : Oxford University Press, 2008.
- Mrázek, J.: K boji s mezinárodní zločinností z hlediska mezinárodního práva. Praha : Academia, 1979.
- Osten, Philipp: Der Tokioter Kriegsverbrecherprozeß und die japanische Rechtswissenschaft. Berlin : BWV, 2003.

- Saul, B.: The Legal Response of the League of Nations to Terrorism. In: Journal of International Criminal Justice, 2006, vol. 4, č. 1, s. 78-102.
- Šturma, P.: Mezinárodní trestní soud a stíhání zločinů podle mezinárodního práva. Praha : Karolinum, 2002.

Contact – email
daniel.kroslak@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

GESCHEITERTE MODERNISISERUNG DURCH TRANSFER: DIE ÖSTERREICHISCHE RECHTSFAMILIE UND DIE UNGARISCHE RECHTSKULTUR IM 19. JAHRHUNDERT[*]

CHRISTIAN NESCHWARA

Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien

Abstract in original language
Österreichs Recht hat im 19. Jahrhundert als eine der bedeutendsten europäischen Rechtsordnungen gegolten; durch den Transfer in Länder der ungarischen Krone hat sich seine räumliche Dimension seit 1849 beachtlich erweitert. Aufgrund der seit 1860 veränderten Verfassungssituation kommt es in Ungarn zur Aufhebung österreichischen Rechts, in den Nebenländern Kroatien-Slawonien und Siebenbürgen aber zu dessen Fortbildung.

Key words in original language
Rechtsüberleitung; Österreichisches Recht; Ungarische Rechtskultur; Kodifikation.

Abstract
Within the 19th century Austrian Law displayed a leading part as a supranational legal order in Europe: As a result oft transferring it to the lands of the Hungarian Crown the space of validity got a remarkable expansion since 1849. The changing of constitutional basics after 1860 in Hungary was followed by the abolition of Austrian law, but in her "*partes adnexae*", Croatia-Slavonia and Transsylvania, Austrian law was kept in validity.

Key words
Legal transfer; Austrian Law; Hungarian legal culture; Codification.

[*] Der folgende Beitrag basiert auf einem Manuskript (im Umfang von etwa 120 Seiten), das für ein mehrbändiges Werk vorbereitet worden ist, welches aus Anlass des 200jährigen Bestandes des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches von 1811 unter Mitwirkung von mehreren Mitgliedern am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte zur Drucklegung für 2011 vorbereitet wird.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

1. DIMENSIONEN DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTS-FAMILIE

1.1 UMFANG

Das österreichische Recht hat im 19. Jahrhundert neben dem französischen Recht[1] als die bedeutendste Rechtsordnung in Kontinentaleuropa gegolten; durch den nach 1849 erfolgten Transfer in Länder der ungarischen Krone hat sich die räumliche Dimension seiner Geltung beachtlich erweitert; es umfasste dadurch für etwa ein Jahrzehnt – bis zur Abtretung der Lombardei im Jahre 1859 – ein Geltungsgebiet im Ausmaß von etwa 660.000 Quadratkilometern unter Einschluss von fast 40 Millionen Einwohnern als Normunterworfenen, so dass man durchaus von der Existenz einer eigenen österreichischen Rechtsfamilie[2], von einem orbis iuris austriacus, in Europa sprechen konnte.

1.2 AUSBILDUNG

Den Kern dieses Rechtskreises bildete das Justizrecht, das im ausgehenden 18. Jahrhundert als politisches Instrument zum Zweck des Umbaus der Union der habsburgischen Länder zu einem gemeinsamen Staat gezielt Einsatz gefunden hat. Die in ihrer Struktur inhomogene Länderverbindung mit differenzierten Rechtstraditionen sollte auf dem Fundament des Justizrechts zu einem durch Rechtseinheit gekennzeichneten monarchischen Einheitsstaat umgeformt werden.[3] Diese Zielsetzung konnte zunächst nur für einen Teil der habsburgischen Länderunion, nämlich für die deutschen Erbländer, die bis 1806 dem Verband des Heiligen Römischen Reiches angehört hatten, sowie für Galizien und die Bukowina verwirklicht werden. 1815/16 erfolgte eine erste markante Ausdehnung der Geltung österreichischer Justizgesetze auf die Lombardei und Venetien sowie Dalmatien.[4]

Der ungarische Länderkomplex – mit Ausnahme der Militärgrenze – ist dagegen von der Rechtsvereinheitlichung ausgenommen geblieben.[5] Es war

---

[1] Dazu Konrad Zweigert / Hein Kötz (Hrsg.), Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996, 73 ff., insbesondere 84 ff.

[2] Helmut Slapnicka, Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums, Wien 1973, 78.

[3] Vergleiche Helmut Strakosch, Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753-1811), München 1976; detailreich: Wilhelm Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte, 11. Auflage Wien 2009, 79 ff.

[4] Wilhelm Brauneder, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, in Gutenberg-Jahrbuch, Mainz 1987, 247 f.

[5] Dazu George Barany, Ungarns Verwaltung, in: Adam Wandruszka / Peter Urbanitsch (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie 1848-1918, Band II (Rechtswesen), Wien 1975, 306–468, 365.

dies eine Folge der verfassungsrechtlichen Sonderstellung der ungarischen Länder im Verband des habsburgischen Gesamtstaates, die sich – vom Bestand eigener Rechtstraditionen abgesehen – vor allem auch in der Existenz von eigenen Zentralbehörden sowie einer eigenständigen Behördenorganisation auf mittlerer und lokaler Ebene manifestierte.

2. EXPANSION AUF DIE LÄNDER UNGARNS

2.1 VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDINGUNGEN

Erst der Verlust dieser verfassungsrechtlichen Sonderstellung durch die Einbeziehung Ungarns in den Geltungsbereich der für den gesamten österreichischen Staatsverband geltenden Reichsverfassung von 1849 ermöglichte eine Ausdehnung des österreichischen Justizrechts auch auf Ungarn und seine Nebenländer Kroatien-Slawonien und Siebenbürgen.

Bis dahin hatten sich die ungarischen von den übrigen habsburgischen Ländern durch eine eigentümliche Rechtsordnung abgehoben, die im Privatrecht, besonders im Familien- und Erbrecht, durch Rechtsinstitute geprägt war, welche im Mittelalter wurzelten;[6] dazu zählte vor allem das adelige Lehn- und Erbgütersystem mit seinem komplizierten Familien-Rückfallserbrecht, der Avitizität, welche einen freien Liegenschaftsverkehr nicht zuließ. Die ungarische Rechtsordnung bestand überdies aus einem vielfältigen Konglomerat von Rechtsquellen unterschiedlicher Qualität, zum Großteil gewohnheitsrechtlicher Herkunft, vermischt mit einer Fülle von lokalen Statutarrechten und vereinzelten Gesetzen sowie präjudiziellen Entscheidungen des ungarischen Höchstgerichts; überdies kam ergänzend noch das kanonische Recht hinzu. Dieses bunte Rechtsquellengemisch war nur zum Teil in systematischen Sammlungen erfasst, zunächst vor allem im Tripartitum aus dem 16. Jahrhundert bzw im "*Corpus Juris Hungarici*" seit dem 17. Jahrhundert.[7]

---

[6] József Szalma, Parlament und Zivilgesetzgebung in Ungarn, in: Gábor Mathé / Barna Mezey (Hrsg.), Von den Ständeversammlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn. Studien zur Parlamentsgeschichte, Budapest-Graz 2001, 129–144, besonders 129–135. – Vereinzelte Versuche unter Josef II., österreichisches Justizrecht nach Ungarn zu transferieren, sind Episode geblieben: Vergleiche zum Eherecht Ferenc Mádl, Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus, in: Andor Csizmádia / Kálmán Kovács (Hrsg), Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa 1848–1944, Budapest 1970, 93; Gábor Hamza, Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechticher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Entwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, Budapest 2002, 132 ff.

[7] János Zlinszky, Ungarn, in: Helmut Coing (Hrsg.), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, Band III (Das 19. Jahrhundert), Teil 2 (Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht), München 1972, 2149 ff., 2157, 2160 f., 2198–2200; Erich Heymann, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, Tübingen 1917, 9 ff.; Richard Zehntbauer, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts, Freiburg 1916, 20 f.; Carl Putz, Zur Frage der Rechts-Reception und Codification in Ungarn, Wien 1872, 53 ff.; Karl Szladits,

Bedingt durch die lang andauernde Zeit Besetzung durch die Osmanen war es in Ungarn bis zum Ende des 18. Jahrhunderts zu einem fast vollständigen Stillstand der Rechtsentwicklung gekommen; erst im Vormärz setzten auf Initiative der Stände Bemühungen um eine Modernisierung der Rechtsordnung ein; sie konzentrierten sich vor allem auf das Handelsrecht. Eine umfassende Erneuerung des Justizrechts, vor allem des Privatrechts, ist aber bis 1848 ausgeblieben.[8] Erst in Verbindung mit den Zielsetzungen der Revolution zur Neugestaltung der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung wurde – auf der Grundlage einer eigenen Verfassung – auch für das Justizrecht eine Erneuerung ins Auge gefasst; die Hauptzielsetzung war es, eine Kodifikation des Privatrechts zustande zu bringen. Von einem Grundsatz-Beschluss über die Aufhebung der Avitizität abgesehen, konnte der Landtag aber unter den Bedingungen der Revolution dazu so gut wie keine Vorarbeiten leisten – mit dem Erlass der Reichsverfassung vom März 1849 waren sie wieder obsolet geworden.[9]

Es konnte nun aber, nachdem die Länder Ungarns dem Verband des Kaisertums Österreich verfassungsrechtlich völlig untergeordnet waren, eine Angleichung des ungarischen Justizrechts, vor allem auf dem Gebiet des Privat- und des Strafrechts an die Rechtsordnung Cisleithaniens in Erwägung gezogen werden.[10] Die von der Verfassung 1849 proklamierte

---

Ungarn, in: Friedrich Schlegelberger (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Band I (Länderberichte), Berlin 1929, 276–286; Antal Almási, Ungarisches Privatrecht, Band I, Berlin-Leipzig 1924, 3 ff.; Sándor Plosz, Ungarns Justizwesen, in: Zeitschrift für Ungarisches öffentliches und Privatrecht (im Folgenden abgekürzt zitiert als ZUÖP), Band II (1896), 23 ff.; János Zlinszky, Die Rolle der Gerichtsbarkeit in der Gestaltung des ungarischen Privatrechts vom 16. bis zum 20. Jahrhundert, in: Jus Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, Band X (1983), 7 f., ferner Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 94 ff., 98, und Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 135 ff.

[8] Hamza, Entwicklung (wie Fußnote 6), 134 ff.

[9] Christian Neschwara, Die Geltung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Ungarn und seinen Nebenländern von 1853 bis 1861, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung 114 (Wien-Köln-Weimar 1996), 362–376, besonders 363 f.

[10] Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 100; Karl Szladits, Franz Deák und unser heutiges Privatrecht, in: ZUÖP (wie Fußnote 7), Band IX (1903), 320, 326; Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 136. – Ferner Zlinszky, Ungarn (wie FN 7), 2151; Verhandlungen des österreichischen verstärkten Reichsrathes 1860. Nach den stenographischen Berichten, Band II, (Neudruck) Wien 1972, 345 ff.; Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867 (im Folgenden abgekürzt zitiert als MRP), Abteilung V (Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff), Band 4, Wien 1986, 24.

Rechtsangleichung[11] gab dann auch den Anstoß für konkrete Überlegungen zu Revision des ABGB[12] und des Strafgesetzes von 1803.[13]

2.2 TRANSFER ÖSTERREICHISCHEN RECHTS SEIT 1852

2.2.1 VORBEREITUNGEN

Zur Vorbereitung der Einführung des ABGB in den Ländern Ungarns war bereits im April 1850 im Justizministerium in Wien eine Kommission eingesetzt worden, der auch Fachleute aus Ungarn beigezogen wurden. Nach ihrem Gutachten sollte eine schrittweise Adaptierung des Privatrechts vorbereitet werden – das Personenrecht, vor allem das Eherecht, hatte Priorität[14], anschließend sollte das Erbrecht folgen. Bis Mitte Juli 1851 konnte zwar der Entwurf für ein neues ABGB-Personenrecht fertig gestellt werden – die weiteren Arbeiten waren durch die Aufhebung der Reichsverfassung 1849 mit Jahresende 1851 hinfällig geworden.[15]

Auf der Grundlage von neuen Verfassungsgrundsätzen waren mit Jahresbeginn 1852 die Weichen zu einer Vereinheitlichung der Justiz- und Verwaltungsorganisation für den Gesamtstaat unter Einschluss aller Länder gestellt worden, und damit war auch eine alle Länder des Gesamtstaates einschließende Unifizierung des Justizrechts in Aussicht genommen worden.[16]

---

[11] Reichsgesetzblatt (im Folgenden abgekürzt zitiert als RGB1.) Nummer 150

[12] Neschwara, ABGB (wie Fußnote 9), 364 ff.

[13] RGB1. Nummer 25. Dazu eingehend Friedrich Hartl, Grundlinien der österreichischen Stafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, in: Gabor Mathé / Werner Ogris (Hrsg.), Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.–XX. Jahrhundert, Budapest 1996, 13–54; vergleiche auch Werner Ogris, Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918, in: Wandruszka / Urbanitsch (wie Fußnote 5), 538–622, 565.

[14] Thomas Fellner, Die österreichische Zentralverwaltung (im Folgenden abgekürzt zitiert als ÖZV), Band III (Von der Märzrevolution bis zur Dezemberverfassung 1867), Teil 1 (Die Geschichte der Ministerien Kolowrat, Fiquelmont, Pillersdorff, Wessenberg-Doblhoff und Schwarzenberg), Wien 1964, 542 f.; Friedrich Walter (Hrsg.), Aus dem Nachlaß des Freiherrn Carl Friedrich Kübeck von Kübau, Wien 1960, 80 sowie 82. – Dazu auch die Akten des Justizministeriums in: Allgemeines Verwaltungsarchiv Wien Justizministerium, Signatur alt I B I (im Folgenden abgekürzt zitiert als AVA, JM), Karton 44, Post 4.

[15] MRP (wie Fußnote 10), Abteilung III (Das Ministerium Buol-Schauenstein), Band 1, Wien 1975, 347 f., 384 Fußnote 4; vergleiche auch Walter, Kübeck (wie FN 14), 97 f.

[16] Zugleich mit den Patenten vom 31. Dezember 1851, den sogenannten „Silvester"-Patenten (RGBl. 1852 / Nummer 1 und 2), wovon das erste die Reichsverfassung und das zweite das am 4. März 1849 zugleich mit der Reichsverfassung für die cisleithanischen Länder des Kaisertums Österreich erlassene Grundrechte-Patent aufgehoben hat, erfolgte der Erlass der „Grundsätze für organische Einrichtungen in den Kronländern des österreichischen Kaiserstaates", als Beilage zu einem Handschreiben des Kaisers an seine Minister vom 31. Dezember 1851 über die künftige verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Kaiserstaates: RGBl. 1852 / Nummer 4.

2.2.2 ÜBERLEITUNG DES ABGB

Die Bemühungen der Regierung in Wien konzentrierten sich dabei zunächst auf das Strafrecht. Vorarbeiten für eine Revision des Strafgesetzes waren zwar bereits 1850 aufgenommen worden; die dringliche Notwendigkeit, für Ungarn ein zeitgemäßes Strafrecht zu schaffen, führte dann aber doch nicht zum Erlass eines neuen Strafgesetzes, sondern bloß zu einer – um mehrere neue Bestimmungen ergänzten – Neuausgabe des alten Gesetzes aus 1803, das Ende Mai 1852 mit Wirkung ab 1. September unter Einschluss von Ungarn und seiner Nebenländer, in Kraft gesetzt wurde – ausgenommen blieb nur die Militärgrenze.[17]

Auch in Bezug auf die Einführung des ABGB in den ungarischen Ländern war die Regierung zunächst nicht mehr auf dessen Anpassung an die Verhältnisse in Ungarn eingestellt, sondern zu einer Total-Rezeption entschlossen: Es gab allerdings Vorbehalte gegen ein solches radikales Vorgehen, vor allem von Seiten der ungarischen Mitglieder im Reichsrat, dem Beratungsorgan des Kaisers in Fragen der Gesetzgebung; ihre Bedenken wurden von den Ministern mit dem Hinweis auf die Tatsache zurückgewiesen, dass auch 1815 in der Lombardei und in Venetien die Einführung des ABGB anstelle des Code civil ungeachtet der besonderen Eigentümlichkeiten dieser beiden Länder auf keinerlei Schwierigkeiten gestoßen sei. Bei der Einführung des ABGB in Ungarn wollte man dennoch behutsamer vorgehen – vor allem, um nicht ein neuerliches Aufflammen der Revolution zu provozieren: Es sollten "*angemessene Vorbereitungen*" vorangehen und es war die "*Beachtung der eigentümlichen Verhältnisse*" dieser Länder zugrunde zu legen.[18]

Die Arbeiten dafür wurden zu Ende April 1852, also knapp nach Erlass der Verfassungsgrundsätze, aufgenommen; sie betrafen alle Länder Ungarns – Siebenbürgen blieb zunächst ausgenommen. Um eine rasche Einführung des ABGB zu gewährleisten, wurde aber von einer Revision des Gesetzes mit Wirkung auch für die Länder seines bisherigen Geltungsbereichs Abstand genommen:[19] Es war lediglich auf die Existenz von Verweisungen des ABGB auf andere Gesetze Rücksicht zu nehmen und es sollte den seit 1812 ergangenen "*nachträglichen Verordnungen*" Rechnung getragen werden, und zwar auf bemerkenswerte Weise: Dem in Buchform kundgemachten

---

[17] Künftig: Christian Neschwara, Franz Zeiller und das Strafrecht: Seine Ambitionen zur Verbesserung des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: Felipe Westermayer (Hrsg.), Homenaje Al professor Bernardino Bravo Lira (= Revista Chilena de Historia del Derecho; 2010 im Erscheinen); und Thomas Olechowski, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in: Thomas Olechowski / Christian Neschwara / Alina Lengauer / Jürgen Busch (Hrsg.), Festschrift zum 75. Geburtstag für Werner Ogris (im Erscheinen 2010).

[18] MRP (wie Fußnote 15), 347.

[19] AVA, JM (wie Fußnote 14), Karton 44, Post 4.

Gesetz wurde ein Anhang mit den für die Länder Ungarns maßgeblichen "*nachträglichen Verordnungen*" und im ABGB verwiesenen Gesetze – und zwar durch die Aufnahme der betreffenden Normen in einen Anhang zu dem jeweils als Gesetzbuch kundgemachten Text des ABGB – beigebunden.[20] Im Übrigen wollte man den "*eigentümlichen Verhältnissen in diesen Ländern*" aber lediglich durch allfällige Beschränkungen der Anwendbarkeit von einzelnen Bestimmungen des ABGB Rechnung tragen, nicht aber durch eine Novellierung mit Wirkung für alle Länder; Beschränkungen in der Anwendung des ABGB in Ungarn waren dann auch nur für das Eherecht vorgesehen. Eine spezielle Regelung, in Verbindung mit einem eigenen Gesetz, haben außerdem die für das Erbrecht mit der Aufhebung der Avitizität verbundenen Rechtsfolgen erfahren.[21] Der Titel der Ausgabe für Ungarn lautete: "*Ausztrai átalános polgári törvénykönyv kihirdettetett az 1852 november 29. nyiltparancscal Magyar-, Horvát- és Tótországban, a Szerbvajdaságban és a temesi bánságban, az ezm törvénykönyvre vonazotó, a függelékben foglalt utólogos redeletekkel együtt"; bzw. jener der siebenbürgischen Variante: "... kihirdettetett az 1853 május 29. nyiltparancscal az Erdélyi nagyfejedelemségben ...*".

[20] MRP (wie Fußnote 10), 86 f.; AVA, JM (wie Fußnote 14), Karton 44, Post 12, Blatt 8.

[21] Zu den Beschränkungen in der Anwendbarkeit des ABGB im Detail: St. [Moritz Stubenrauch, Hrsg.], Die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Juni 1811 in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und dem Temeser Banate, in: Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung (im Folgenden abgekürzt zitiert als AÖG-Z) 1853, 1 f.

Allgemeines österreichisches

bürgerliches Gesetzbuch

kundgemacht

mit dem Patente vom 29. November 1852

für das Königreich

Ungarn, Croatien und Slavonien, der serbischen Woiwodschaft und dem Temeser Banate,

sammt den

auf dieses Gesetzbuch sich beziehenden in dem Anhange enthaltenen nachträglichen Verordnungen.

Wien.

Aus der kaiserl. königl. Hof- und Staatsdruckerei.

1853.

Abbildung 1: Deutschsprachige Ausgabe des österreichischen ABGB für Ungarn 1853 (Quelle: Privates Bildarchiv Christian Neschwara).

Nach dem für Ungarn und Kroatien-Slawonien sowie für die neuen Verwaltungsgebiete Wojwodina und Banat mit 1. Mai 1853 erfolgten Inkrafttreten des ABGB wurden auch konkrete Arbeiten für die Einführung des ABGB in Siebenbürgen aufgenommen. Sie haben sich bloß darauf beschränkt, das für die anderen Länder Ungarns bereits erlassene Kundmachungspatent zum ABGB sowie den Anhang der "*nachträglichen Verordnungen*" für Siebenbürgen zu adaptieren. Die Kundmachung erfolgte mit Wirkung ab 1. September 1853, und zwar inklusive der vorgelagerten Abschnitte der Militärgrenze, welche bereits 1851 dem Landesgebiet von Siebenbürgen inkorporiert worden war, während die übrigen Abschnitte der Militärgrenze ausgenommen blieben, wo das ABGB in der bereits seit 1812 kundgemachten Fassung fortbestand.[22] Der Titel lautete in Kroatisch: "*Obci austrianski gradjanski zakonik proglasen patentom od 29. studenoga 1852 u kraljevinah Ugarskoj, Hérvatskoj i Slavonii, sérboskoj Vojwodini i*

[22] Kundmachung für Ungarn, Kroatien-Slawonien, das Banat und die Woiwodina: Patent vom 29. November 1852, RGBl. 1852 / Nummer 246; für Siebenbürgen: Patent vom 29. Mai 1853, RGBl. Nummer 99; vergleiche Barany, Verwaltung (wie Fußnote 5), 365. – Kundgemacht wurde der authentische (um Druckfehler berichtigte) deutsche Text des ABGB. Zu den verschiedenen Ausgaben und Übersetzungen siehe auch: Jürgen Busch / Alexander Besenböck, Die Einführung des österreichischen ABGB, Gesamtstaatsidee und nationaler Partikularismus, in: Andreas Bauer / Karl H.L. Welker (Hrsg.), Europa und seine Regionen. 2000 Jahre Rechtsgeschichte, Wien 2007, 568 f.

tamiskom Banatu". Für Siebenbürgen lautete der Titel in Rumänisch: "*Codicele civile Austriacu universale ...*".

КОДІЧЕЛЕ ЧІВІЛЕ

АВСТРІАКЪ ВНІВЕРСАЛЕ

пвблікатъ

ДИ МАРЕЛЕ ПРІНЧІПАТЪ

АРДЕАЛЪВЛЪ,

кв патента діи 29. Maiŭ 1853;

де ноŭ

кв ордінъчіиіле сvплемантарі реферітоаре ла ачестъ кодіче де легі ші купріисе ши адітъмынтъ.

Партеа прімъ.

ВІЕНА.

Діи т. р. тіпографіи де пятте ші де стать.

1860.

Allgemeines österreichisches

bürgerliches Gesetzbuch

kundgemacht

mit dem Patente vom 29. Mai 1853

in dem

Grossfürstenthume Siebenbürgen,

samt den

auf dieses Gesetzbuch sich beziehenden, in dem Anhange enthaltenen nachträglichen Verordnungen.

Erster Theil.

Wien.

Aus der kaiserl. königl. Hof- und Staatsdruckerei.

1860.

Abbildung 2: Doppelsprachige Ausgabe rumänisch(-kyrillisch)–deutsch 1860 (Quelle: Privates Bildarchiv Christian Neschwara).

Der 1811 gebrauchte Titelzusatz des ABGB "*für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*" war dem nun die gesamte Monarchie umfassenden Geltungsbereich nicht mehr entsprechend; die Kundmachung des ABGB für die ungarischen Länder und Siebenbürgen erfolgte daher jeweils unter dem Titel "*Allgemeines österreichisches bürgerliches Gesetzbuch*". Kundgemacht wurde zwar der authentische deutsche Text des ABGB von 1811, es standen aber in der Folge amtliche Übersetzungen, auch in doppelsprachigen Ausgaben zur Verfügung, nämlich in Deutsch-Ungarisch sowie in Deutsch-Kroatisch mit einer serbischen Variante; ihr Titel lautete in Serbisch: "*Sveobstij gradjanskij zakonik za sve jnemacke naseljedne zemlje austrijske monarchie*". Für Siebenbürgen gab es später außerdem noch eine doppelsprachige amtliche Ausgabe in Deutsch-Rumänisch, und zwar in kyrillischer Schrift.[23]

2.2.3 ÜBERLEITUNG PRIVATRECHTLICHER NEBENGESETZE

Neben dem ABGB ist – zum Teil bereits ab 1850 – in den ungarischen Ländern eine Reihe von anderen österreichischen privatrechtlichen

[23] Brauneder, ABGB, in Gutenberg-Jahrbuch (wie Fußnote 4) 236–238.

Nebengesetzen[24] eingeführt worden, wodurch sich weitere Modifikationen der früheren Privatrechtssituation in Ungarn und Siebenbürgen ergeben haben; und zwar vor allem im Erbrecht durch die Beseitigung der Rechtsfolgen der Avitizität sowie im Sachenrecht durch die Umstellung des Liegenschaftsverkehrs auf das in den Erbländern etablierte Grundbuchsystem. Mit der Anlegung der Grundbücher wurde in Ungarn bereits zu Jahresbeginn 1850 begonnen; Ende 1855 erfolgte sodann der Erlass einer für alle Länder Ungarns allgemein geltenden Grundbuchsordnung;[25] ausgenommen blieb abermals Siebenbürgen, wo diese Grundbuchsordnung 1870, also erst nach der bereits 1867 erfolgten "*Wiedervereinigung*" mit dem Königreich Ungarn eingeführt worden ist.

2.2.4 ÜBERLEITUNG WEITERER JUSTIZGESETZE

In Verbindung mit der Neuorganisation der Justiz kam es, vom Erlass des Strafgesetzes und des ABGB abgesehen, zur Schaffung von weiteren Teil-Kodifikationen, nämlich 1852 zum Erlass einer provisorischen Zivilprozessordnung und einer provisorischen Konkursordnung für Ungarn und Siebenbürgen[26], für alle Länder gemeinsam erfolgte 1853 der Erlass einer Strafprozessordnung[27] sowie 1854 der Erlass des Gesetzes über das

---

[24] Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2178 ff.; Carl Putz, System des ungarischen Privatrechts, Wien 1870, 50 ff.; Maximilian Füger von Rechtborn, Das alte und neue Privatrecht in Ungarn, Hermannstadt 1858, 19 ff.

[25] Zu Jahresbeginn 1850 begann die Anlegung der Grundbücher in Ungarn (Landesgesetzblatt 1850 / Nummer 2), Ende Dezember 1852 folgte Siebenbürgen: Vergleiche dazu Ferdinand Schuster [Professor für Zivilgerichtliches Verfahrensrecht an der Universität Pest], Kurze Anleitung zum Studium der neuesten gesetzlichen Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Grundbuches in ... Ungarn ..., Wien 1857. Zu Jahresende 1855 (RGBl. 1855 / Nummer 222) wurde für alle Länder Ungarns eine allgemeine Grundbuchsordnung erlassen; ausgenommen hievon war Siebenbürgen, wo diese Grundbuchsordnung erst 1870, nach der Wiedervereinigung mit dem Königreich Ungarn, eingeführt wurde.

[26] Noch im selben Jahr erfolgte auch die Überleitung des österreichischen Zivilverfahrensrechts mit dem Erlass von provisorischen Zivilprozessordnungen für Ungarn samt den verselbständigten Verwaltungsgebieten Kroatien-Slawonien, Woiwodina und Banat, beziehungsweise für Siebenbürgen sowie mit dem Erlass einer für alle ungarischen Länder gemeinsamen Konkursordnung: Provisorische Zivilprozessordnungen: RGB1. Nummer 104 (Siebenbürgen) beziehungsweise 190 (Ungarn); provisorische Konkursordnung: RGBl. Nummer 132. – Zum Strafprozessrecht: Ogris, Rechtsentwicklung (wie Fußnote 5), 558; zum Strafrecht ebda 566; zum Zivilprozessrecht: Bernhard Schöniger-Hekele, Die österreichische Zivilprozessreform 1895. Wirkungen im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914 – Ausstrahlungen ins Ausland, Frankfurt/Main etc. 2000, 127; Janos Zlinszky, Ungarn, Zivilprozeßrecht, in: Coing, Handbuch (wie Fußnote 7), 2820, 2826 f.; Katalin Gönczi, Das juristische Vermächtnis des 19. Jahrhunderts in Ungarn und seine Umgestaltung im europäischen Kontext, in: Thomas Giaro (Hrsg.), Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers, Band I (= Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 205), Frankfurt/Main 2006, 109–128, besonders 121.

[27] RGBl. Nummer 151.

Außerstreitverfahren 1854;[28] 1852 folgte noch der Erlass einer Advokaten-[29] und 1859 der Erlass einer Notariatsordnung für Ungarn und Siebenbürgen.[30]

2.3 AUSWIRKUNGEN DER GELTUNG ÖSTERREICHISCHEN RECHTS IM RECHTSLEBEN

2.3.1 ALLGEMEIN

Durch die Einführung österreichischen Rechts haben die ungarischen Länder – jedenfalls im Bereich des Justizrechts[31] – einen markanten Modernisierungsschub ihrer Rechtsordnung sowie erstmals auch eine weitgehende Rechtseinheit erfahren, und zwar mit – rechtspolitisch gesehen – durchaus akzeptablen Lösungen, vor allem im Privatrecht, weil dadurch auch jenen Reformen Rechnung getragen worden ist, welche der ungarische Landtag 1848 als Voraussetzung für eine künftige ungarische Privatrechtskodifikation bereits grundsätzlich beschlossen hatte. Dass das Justizrecht in Ungarn nun endlich von seinen ständisch-feudalen Wurzeln befreit werden konnte und auf eine moderne gesetzliche Grundlage gestellt worden war, ist zwar durchaus positiv aufgenommen worden, die Einführung des österreichischen Rechts musste allerdings auch auf Ablehnung stoßen, weil dieser Transfer in Ungarn selbst weniger als

---

[28] RGBl. Nummer 208. Dazu Rainer Sprung / Peter G. Mayr, Die Entstehung und Weiterentwicklung des Außerstreitgesetzes 1854, in: Winfried Kralik / Walter H. Rechberger (Hrsg.), Symposion Außerstreitreform, Wien 1992, 1–26, besonders 9. – Ferner dazu auch: Christian Neschwara, Ohne Notariat geht's auch? Notarielles Gerichtskommissariat und Außerstreitverfahren 1848–1854, in: Walter H. Rechberger (Hrsg.), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005 (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XXIX), Wien 2006, 31–39.

[29] RGBl. Nummer 109 (Siebenbürgen) und 170 (Ungarn). Dazu Krsiztina Korósne-Delacasse, Oktroyierte Rechtsanwaltsordnung in Ungarn oder die erste moderne Regelung, in: Markus Steppan / Helmuth Gebhardt (Hrsg.), Zur Geschichte des Rechts. Festschrift für Gernot Kocher zum 65. Geburtstag, Graz 2007, 205–212.

[30] RGBl. Nummer 23. – Dazu Christian Neschwara, Österreichs Notariatsrecht in Mittel- und Osteuropa. Zur Geltung und Ausstrahlung des österreichischen Notariats, Wien 2000, 27–33; jüngst Christian Neschwara Österreich(-Ungarn): Geschichte und Historiographie des Notariats, für: Mathias Schmoeckel / Werner Schubert (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen (= Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte), Tübingen 2009, 241–277, besonders 265–276 (Exkurs: Ungarn).

[31] Zum Rechtsunterricht: Wilhelm Zorn, Die Organisation der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien in Ungarn seit 1860, in: Juristische Blätter 1884, 233 ff., 245 ff.; knapp dazu auch: Zlinszky, Gerichtsbarkeit (wie Fußnote 7), 133 ff. – Zur Rechtswissenschaft vergleiche: Moritz Stubenrauch, in der Vorrede zu seinem Kommentar, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch ... stammt den dazu erflossenen Nachtrags-Verordnungen, 1853, III f.; ferner: Leopold Pfaff / Franz Hofmann, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, Teil 1, Wien 1877, 63, 67; Josef Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I (Allgemeiner Teil), 1856, 19; Zlinszky, Gerichtsbarkeit (wie Fußnote 7), 19, 26, 34.

Modernisierung, denn als eine massive Überfremdung der eigenen Rechtskultur empfunden worden war. Die Aufnahme des österreichischen Rechts gestaltete sich im Rechtsleben seiner neuen Geltungsgebiete auch durchaus nicht reibungslos. Vor allem hatte die Neuorganisation der Justiz in den ungarischen Ländern einen großen Bedarf an mit der österreichischen Rechtsordnung vertrauten Beamten hervorgerufen. Diese abrupt entstandene Nachfrage konnte zunächst nur dadurch gedeckt werden, dass aus den cisleithanischen Kronländern Beamte nach Ungarn versetzt wurden. Der Großteil dieser – insgesamt etwa 5000 – Beamten wurde von der Regierung in Böhmen und Mähren sowie in Galizien rekrutiert.

2.3.2 BEISPIEL: EIN BÖHMISCHER BEAMTER ALS ÖSTERREICHISCHER ENTWICKLUNGSHELFER IN DER UNGARISCHEN SLOWAKEI

Einer dieser Beamten, der "*als Assessor bei einem Gerichtshofe in einem deutsch-slavischen Kronlande*", vermutlich aus Mähren, nach Ungarn versetzt worden war, berichtete 1861 anonym rückblickend[32] über seine Erlebnisse als juristischer Entwicklungshelfer in Ungarn – knapp zusammengefasst – Folgendes:

Er war zu Beginn des Jahres 1853 zunächst einem nicht näher bezeichneten "*ungarischen Collegialgerichte*" in der Slowakei zugeteilt worden, und zwar zum Zweck der praktischen Unterweisung des dortigen Gerichtspersonals "*in der Anwendung der österreichischen Gesetze*". Er fand dort einen "*chaotischen Geschäftsgang*" vor, so dass er sich gezwungen sah, "*den gesamten Personalstand des Gerichtes, ... formell und materiell, theoretisch und praktisch, und von den Anfangsgründen beginnend*", erst mit der neuen Rechtsordnung vertraut zu machen. Er war mit seinem Gerichtsvorsteher überein gekommen, dass er täglich durch zwei Stunden Vorlesungen über das gesamte materielle und formelle Justizrecht halten sollte, und zwar neben den ihm vom Oberlandesgerichtspräsidenten speziell übertragenen Erledigungen im gerichtlichen Verfahren. Er musste sich daher einen straffen Zeitplan zurechtlegen: Von 6 bis 8 Uhr früh hielt er seine Vorlesungen, an welchen – auf ihr eigenes Ansuchen – auch die Advokaten teilzunehmen berechtigt waren, anschließend folgten von 9 Uhr an zweimal die Woche Gerichtssitzungen; an den übrigen Tagen Unterweisungen des Kanzleipersonals, und zwar bis 11 Uhr und oft darüber hinaus; daran schlossen sich ab 13 Uhr ungarischer Sprachunterricht und später am Nachmittag noch Vorbereitungen für die nächsten Vorlesungen sowie die Erledigung der ihm sonst als Gerichtsbeamten übertragenen Arbeiten an. Nach eigenen Angaben musste er täglich 11, oft aber sogar bis zu 14

[32] Dazu: [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig 1861, in Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung [im Folgenden abgekürzt zitiert AÖG-Z] 1861, 203 f. und 206 ff.; dasselbe ausführlicher auch in der [Zeitschrift] Gerichtshalle (im Folgenden abgekürzt zitiert GH), 1861, 138 f., 140 f., 146 f. und 154 ff.

Stunden arbeiten. Der anonyme Gerichtsbeamte aus Österreich hatte mit seiner Ausbildungstechnik zwar einen großen Erfolg, sodass ihm auch die Bevölkerung "*wie ... einem Wunderdoctor*" ratsuchend zuströmte;[33] er selbst fühlte sich aber in seiner abgeschiedenen Lage dennoch zunehmend unangenehm und er hoffte auf die baldige Rückkehr auf seinen früheren Dienstposten. Stattdessen wurde er im April 1853 zum Stuhlrichter in einem – vom ihm – nicht näher bezeichneten Komitat in der Slowakei ernannt.[34]

An dem ihm zugewiesenen neuen Dienstort musste er Geschäftsrückstände von mehreren Monaten übernehmen. In dem völligen Chaos der Gerichtsakten fand er "*unter dem Bette des Amtsdieners*", der das Gerichtslokal bewohnte, unter anderem auch "*einen Haufen großer Bücher*" – die sich als die eben erst zur Anlegung gelieferten neuen Grundbücher herausstellten! Es standen ihm zwar mehrere ungarische Konzeptsbeamte zur Verfügung, denen die geltenden österreichischen Rechte aber fremd blieben; sie konnten, wie er feststellte, bloß "*eben schreiben, aber nichts weiter*". Auch ein neues Gerichtsgebäude wurde bereitgestellt, es fehlte aber jegliche Kanzleieinrichtung; nüchtern konstatierte er: "*Ich sollte amtieren und hatte nichts, als die leeren Wände, keinen Tisch, keinen Sessel*".[35]

2.3.3 BOYKOTT DER ÖSTERREICHISCHEN REGIERUNG UND DES ÖSTERREICHISCHEN RECHTS

Die Anwendung des neuen Rechts durch ausländische, der Landessprache nicht mächtige bzw durch heimische, mit dem Gesetz aber nicht vertraute Beamte war einem Einleben des österreichischen Rechts in Ungarn auch nicht gerade förderlich; es wurde dort wie ein Besatzungsrecht empfunden und in den österreichischen Beamten sah man so etwas wie Kolonialoffiziere.[36] Die zum Teil offene Ablehnung, welche den österreichischen Beamten in Ungarn entgegenschlug, war vor allem auch eine Konsequenz der in Ungarn herrschenden Auffassung über seine verfassungswidrige Einbindung in das gesamtstaatliche Konzept der Verfassung von 1849 bzw der Verfassungsgrundsätze von 1852.

---

[33] Amtsleben (wie Fußnote 32), in: AÖG-Z 12 (1861), 203 f.; Amtsleben (wie Fußnote 32), in: GH 5 (1861), 138, 140.

[34] Amtsleben (wie Fußnote 32), in: AÖG-Z 12 (1861), 204; Amtsleben (wie Fußnote 32), in: GH 5 (1861), 146.

[35] Amtsleben (wie Fußnote 32), 207; Amtsleben (wie Fußnote 32), in: GH 5 (1861), 154 f.

[36] Otto Sashegyi, Ungarns politische Verwaltung in der Ära Bach 1849–1860, Graz 1979, 97 ff.; Anton Dauscher, Das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Judex-Curial-Conferenz, 2. Auflage Wien 1862, 2 f.

3. RÜCKZUG DER ÖSTERREICHISCHEN RECHTSFAMILIE AUS UNGARN SEIT 1860

3.1 VERFASSUNGSRECHTLICHE BEDINGUNGEN

Dem latenten Boykott gegen das österreichische Recht in Ungarn und den zugleich wachsenden Selbständigkeitsbestrebungen Ungarns musste auch schon bald nachgegeben werden, nämlich 1860 durch eine Annäherung an den in Ungarn vertretenen Standpunkt über seine verfassungsrechtliche Sonderstellung mit dem Erlass des Oktoberdiploms: Ungarn sollte damit zwar nicht auf den Status seiner staatsähnlichen Selbständigkeit von 1848 zurückgeführt werden, aber – mit Modifikationen – auf den Verfassungszustand vor der Revolution. Dies musste aber natürlich auch die Wiederherstellung der früheren Justizorganisation zur Folge haben – und damit war auch die weitere Geltung der österreichischen Justizgesetze, vor allem die des ABGB, in Ungarn prekär geworden, denn mit den Oktobererlässen von 1860 war die Justizgesetzgebung wieder in die Kompetenz der Landtage der ungarischen Länder zurückgefallen.[37]

3.2 AUFHEBUNG ÖSTERREICHISCHEN RECHTS IN UNGARN: DIE JUDEXKURIALKONFERENZ 1861

Die Möglichkeiten einer Reorganisierung der ungarischen Rechtspflege auf der Grundlage des früheren ungarischen Rechts wurden auch bereits zu Jahresbeginn 1861 auf einer Konferenz von Politikern und juristischen Experten aus Ungarn unter dem Vorsitz des Judex Curiae, dem Präsidenten der im Oktober 1860 als Höchstgericht wieder hergestellten Septemviraltafel in Pest, erörtert. Außer der Behandlung von organisationsrechtlichen Fragen hatte die so genannte Judexkurialkonferenz außerdem die Aufgabe, jene "*Rechtsnormen zu bezeichnen bzw. zu verfassen, deren Anwendung [in der Rechtspflege] sie für angebracht hielt*"; definitive Änderungen der österreichischen Gerichtsorganisation und der bestehenden Justizgesetze sollten jedoch der künftigen ungarischen Gesetzgebung vorbehalten bleiben.[38]

Dieser Plan ist aber faktisch bereits dadurch unterlaufen worden, dass von den meisten der in Ungarn in den Komitaten und Städten wiederhergestellten Selbstverwaltungs-Einrichtungen nicht nur die ihnen

---

[37] Brauneder, Verfassungsgeschichte (wie Fußnote 3), 137 ff., 179, 181; Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 101; Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 2 f.; Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 318 ff.; Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2152.

[38] Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 102 ff., hier 102. Dazu aus zeitgenössischer Sicht: Maximilian Füger von Rechtborn, Über die Wiederherstellung des bestandenen ungarischen Privatrechtes. Ein civilistischer Beitrag zur Erörterung einer der belangreichsten Fragen für den bevorstehenden Landtag, Hermannstadt 1861; ferner: Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 320 ff.; Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 2 f.

seit 1860 wieder zustehenden Verwaltungsagenden wahrgenommen, sondern auch die ihnen bis 1852 zugestandenen Gerichtsfunktionen usurpiert worden waren, wobei in Bezug auf das dabei anzuwendende Recht – ob das geltende österreichische oder das frühere ungarische – vor allem in den ländlichen Gerichtsbezirken völlige Willkür geherrscht haben soll; überaus problematische Folgen hatte diese Anarchie in der Justizpflege vor allem beim Umgang mit dem bestehenden österreichischen Strafgesetz, das von der Rechtspflege zumeist nicht mehr angewendet wurde. Ein Berichterstatter aus Ungarn sprach damals von einem "*Zustand ... wahrer Rechts- und Gesetzlosigkeit*" wie man sie in Europa seit "*der großen Hunnenwanderung*" im Mittelalter nicht mehr erlebt habe.[39]

Dieses unrechtmäßige Vorgehen der ungarischen Selbstverwaltungs-Einrichtungen hatte in der Folge auch die Entscheidungen der im Jänner 1861 einberufenen Judexkurialkonferenz entscheidend beeinflusst. Nachdem die Wiederherstellung der ungarischen Justizorganisation de facto bereits als vollzogen angesehen werden konnte, waren auch die damit verbundenen organisationsrechtlichen Fragen bereits präjudiziert. Die Beratungen der Judexkurialkonferenz konnten sich daher sofort auf die Möglichkeiten der Wiederherstellung der ungarischen Justizgesetze konzentrieren, wobei – in Bezug auf die Frage des künftigen Privatrechts – zwei gegensätzliche Standpunkte auf einander prallten: Einer radikal-konservativen Mehrheit, welche auf eine Rückkehr zum vorrevolutionären Status drängte und damit auf die formelle Aufhebung des österreichischen Rechts abzielte, stand eine gemäßigt-liberale Minderheit gegenüber, welche darauf bedacht war, durch die provisorische Fortgeltung der österreichischen Justizverfassung auch die 1848 erzielten Errungenschaften für die Rechtspflege Ungarns weiter zu sichern. In der Schlussphase der Judexkurialkonferenz – Anfang März 1861 – konnte schließlich ein Kompromiss gefunden werden: Es sollte im Privatrecht weder zur Wiederherstellung des früheren ungarischen Rechts in Pausch und Bogen kommen, noch das Herzstück des österreichischen Justizrechts, das ABGB, unverändert beibehalten werden.

Eine an die Spitze der insgesamt bloß etwa 300 Paragraphen umfassenden Beschlüsse der Judexkurialkonferenz gestellte Generalklausel postulierte zwar den Grundsatz, dass die früheren ungarischen Privatgesetze als wiederhergestellt anzusehen waren – aus Erwägungen der Rechtssicherheit und der Rechtskontinuität musste von diesem Prinzip allerdings eine Reihe von Ausnahmen vorgesehen werden, um den inzwischen veränderten Verhältnissen Rechnung zu tragen. Die Ergebnisse der

[39] Ein anonymer Berichterstatter aus Ungarn hat diese Situation der Anarchie in der ungarischen Justizpflege so beschrieben: Die Justiz in Ungarn, in: GH (wie Fußnote 32) 1861, 185.

Judexkurialkonferenz wurden daher auch als ein "*Ausgleich*"[40] in Bezug auf die Frage des in Ungarn geltenden Privatrechts angesehen. Sie versuchten zum einen, die Kontinuität mit dem früheren ungarischen Privatrecht zu wahren, und es zum anderen durch modernere Elemente zu ergänzen. Insgesamt schufen die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse für das Privatrecht aber doch bloß den anachronistischen Torso einer Rechtsordnung, ein buntes Gemenge von überwiegend antiquierten ungarischen Rechtsvorschriften, in das einige neue Elemente aus österreichischen Gesetzen eingemischt wurden.[41]

3.3 AUSWIRKUNGEN DER BESCHLÜSSE DER JUDEXKURIALKONFERENZ BIS 1867

3.3.1 UNGARN

Dass Ungarn mit dem Wirksamwerden der Beschlüsse der Judexkurialkonferenz in seiner Privatrechtsentwicklung nahezu auf das Niveau des Vormärz zurückgeworfen worden war, hatte die Regierung in Wien zwar erkannt, sie war aber vor vollendete Tatsachen gestellt worden und musste, um einer weiteren Eskalation der chaotischen Zustände der ungarischen Rechtspflege entgegen zu treten, dem Kaiser die Anerkennung empfehlen. Die Beschlüsse der Judexkurialkonferenz haben mit der modifizierten Wiederherstellung des früheren ungarischen Justizrechts zugleich auch die Aufhebung der entsprechenden österreichischen Justizgesetze zur Folge gehabt, so dass mit einem Schlag fast alle seit 1849 von der österreichischen Regierung erzielten rechtspolitischen Erfolge, vor allem die Herstellung der Rechtseinheit im Gesamtstaat, wieder beseitigt waren.[42]

Die Regierung in Wien war in der Folge auch bemüht, eine Revision Judexkurialkonferenz-Beschlüsse zu erwirken – nach der Aufnahme von Verhandlungen des Kaisers mit dem ungarischen Landtag über die

---

[40] Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 326; ferner vor allem Stefan Malfér, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn zur Zeit des „Provisoriums“ 1861–1867, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1992, 32–44, besonders 32 f.

[41] Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 7 ff.; Putz, System (wie Fußnote 24), 51; Zehntbauer, Einführung (wie Fußnote 7), 23 f.; Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 105 f.; Zlinszky, Gerichtsbarkeit (wie Fußnote 7), 168 ff.; Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 138 f.; Barany, Verwaltung (wie Fußnote 5), 367 f.; Emil Böszörinnyi-Nagy, Das ungarische Erbrecht im Dualismus, in: Csizmádia / Kovács (wie Fußnote 6), 417 f.

[42] Dauscher, Civil- und Strafrecht (wie Fußnote 36), 2 ff.; Putz, System (wie Fußnote 24), 51; Zehntbauer, Einführung (wie Fußnote 7), 23; Almási, Privatrecht (wie Fußnote 7), 5 f.; Belá Sarlós, Das Rechtswesen in Ungarn, in: Wandruszka / Urbanitsch (wie Fußnote 5), 514 f.; Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2153; Malfér, ABGB (wie Fußnote 40), 32 f , 35 ff.; Pál Hofmann, Ein privatrechtliches Gesetzbuch für Ungarn, in: AÖG-Z (wie Fußnote 21) 1865, 123 f., 127 f.

Verwirklichung der Selbständigkeitsbestrebungen Ungarns war solchen Überlegungen aber seit dem Herbst 1865 der Boden entzogen.[43]

Der erfolgreiche Abschluss dieser Verhandlungen führte bekanntlich mit Jahresbeginn 1867 zur Begründung der staatlichen Selbständigkeit Ungarns auf der Grundlage seiner früheren Verfassung von 1848, und zwar unter Rückgliederung der 1849 als Kronländer verselbständigten Nebenländer. Dieser Wandel der verfassungsrechtlichen Grundlagen hatte zunächst aber nur in einem Teil dieser Länder das Außerkrafttreten des österreichischen Justizrechts nach sich gezogen, nämlich nur im Königreich Ungarn und in den mit ihm bereits seit 1860 wieder vereinigten Gebieten, nämlich in der Wojwodina und im Banat.

3.3.2 NEBENLÄNDER

Auf die ehemaligen Nebenländer Ungarns, Kroatien-Slawonien und Siebenbürgen, wurden die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse aber nicht erstreckt; sie waren zwar seit 1867 mit Ungarn wieder staatsrechtlich verbunden, das österreichische Justizrecht blieb aber dennoch in Geltung: In Kroatien und Slawonien aufgrund eines 1868 mit dem Landtag von Ungarn vereinbarten Separat-Ausgleichs, wodurch diese Länder von der Geltung des ungarischen Justizrechts auf der Grundlage der Judexkurialkonferenz-Beschlüsse ausgenommen wurden; in Siebenbürgen blieb das österreichische Justizrecht, vor allem das ABGB, zum Teil stillschweigend in Geltung; ähnliches traf auch auf Fiume und das Küstenland zu; auf all diese Gebiete wurde die Wirksamkeit von neuen ungarischen Gesetzen nur erstreckt, soweit dies im Einzelfall auch ausdrücklich angeordnet worden war.[44]

4. ENTWICKLUNG EINER NEUEN UNGARISCHEN RECHTSKULTUR SEIT 1867

Österreichisches Justizrecht, vor allem das ABGB, war daher in weiten Teilen des ungarischen Staatsgebiets in Geltung geblieben, seine Fortbildung wurde aber in die Zuständigkeit der jeweiligen Landesparlamente gelegt.[45] Mit der sukzessiven Etablierung einer neuen

---

[43] Brauneder, Verfassungsgeschichte (wie Fußnote 3), 142.

[44] Hofmann, Gesetzbuch (wie Fußnote 42), 127 f.; Putz, System (wie Fußnote 24), 51; Szladits, Deák (wie Fußnote 10), 317, 326; Almási, Privatrecht (wie Fußnote 7), 19 f.; Szladits, Ungarn (wie Fußnote 7), 277; Zehntbauer, Einführung (wie Fußnote 7), 23 f.; Mádl, Kodifikation (wie Fußnote 6), 105; Böszörmenyi-Nagy, Erbrecht (wie Fußnote 41), 417; Barany, Verwaltung (wie Fußnote 5), 365, 472; Zlinszky, Ungarn (wie Fußnote 7), 2142 f., 2153.

[45] Vergleiche zur Situation in Bosnien-Herzegowina: Ivo Pilar, Entwicklungsgang der Rezeption des österr. allg. bürgerl. Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechts, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des

Justizgesetzgebung in Ungarn – durch das Handelsgesetzbuch von 1875 und das Ehegesetz 1896[46], durch das Strafgesetz von 1878 und durch die Strafprozessordnung von 1896, durch die Zivilprozessordnung von 1868, 1896 und 1911 sowie durch die Neugestaltung der Advokatur und den Erlass einer neuen Notariatsordnung 1874 – war allmählich ein von Cisleithanien völlig separierter Rechtsraum mit eigenständigem Charakter entstanden: Im Privatrecht traten die Unterschiede besonders deutlich hervor, weil der Komplex der ungarischen Länder – rechtsgeographisch betrachtet – in eine Vielzahl von unterschiedlichen Privatrechtsgebieten zerfallen war, in denen österreichisches Justizrecht einen jeweils anderen Grad an Geltung entfalten konnte.[47] Für den ungarischen Gesamtstaat war daher vor allem die Schaffung eines eigenen Privatrechts-Gesetzbuchs als Symbol der staatlichen Einheit zu einem dringenden rechtspolitischen Anliegen geworden, weil die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse das ABGB im Königreich Ungarn in der Praxis nicht durch das frühere ungarische Privatrecht ersetzen konnten. Das ungarische Privatrecht war 1861 zwar nominell wiederhergestellt worden, de facto blieb aber, insbesondere im Sachen- und im Obligationenrecht, das ABGB für die Vertrags- und Gerichtspraxis weiterhin grundlegend.[48]

Es stand neben dem ungarischen Privatrecht außerdem im Rechtsunterricht an den ungarischen Rechtsfakultäten auf dem Programm und blieb damit auch für die Rechtswissenschaft präsent. Die ungarische Privatrechts-wissenschaft hatte sich allerdings mit der Zuwendung zur deutschen Pandektistik und dem Vorliegen von Kodifikationsentwürfen zu einem ungarischen BGB um 1900 zunehmend ein eigenes – vom ABGB differenziertes und auch bewusst distanziertes – Profil gegeben. Nach erfolglos aufgenommenen Versuchen, die Verwirklichung einer eigenen Privatrechtskodifikation sukzessive durch den Erlass von Teilkodifikationen zu erreichen, konzentrierten sich die Kodifikationsbemühungen in Ungarn seit 1895 auf Gesamtentwürfe; in den folgenden zwei Jahrzehnten bis 1916 wurden insgesamt fünf Fassungen ausgearbeitet; zum Vorbild für die

---

ABGB, Band I, Wien 1911, 701 ff.; ferner: Busch / Besenböck, Von Mailand bis Czernowitz (wie Fußnote 22), 577.

[46] Vergleiche dazu Überleitung ungarischen Rechts im österreichischen Burgenland nach 1921, in: Jan Neckář / Michal Radvan / David Sehnálek / Jiří Valdhans (Hrsg), Dny práva – 2008 – Days of Law (Acta Universitatis Brunensis Iuridica 337), Brünn 2008, 60, 469-495

[47] Katalin Gönczi, Kontinuität und Wandel im ungarischen Rechtssystem der Zwischenkriegszeit, in: Giaro (wie FN 15), Band II (= Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 215), Frankfurt/Main 2007, 69–83.

[48] János Zlinszky, Wissenschaft und Gerichtsbarkeit. Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert (= Ius Commune Sonderhefte 97), Frankfurt/Main 1997, 11 f.; Gönczi, Vermächtnis (wie Fußnote 26), 125 f.

ungarische Privatrechtskodifikation war nun zwar das deutsche BGB geworden; es zeigten sich aber auch Einflüsse des österreichischen ABGB.[49]

5. AUSBLICK

Der gesamte Komplex der ungarischen Länder war also schon ab 1861 – rechtsgeographisch betrachtet – in mehrere Privatrechtsgebiete zerfallen. Das weitere Schicksal des ABGB in den ungarischen Ländern gestaltete sich in der Folge auch sehr unterschiedlich.[50] Außer im Königreich Ungarn selbst galt die Fassung von 1853 in den Nebenländern weiter. Seine Fortbildung lag aber unabhängig von der österreichischen Privatrechtsentwicklung in der Hand der jeweiligen Landtage, sodass sich für diese Länder allmählich unterschiedliche Textschichten des ABGB ausbildeten. Nach Ende des Ersten Weltkrieges wurden – definitiv aufgrund der Pariser Vorortevertäge von 1919/20 – alle Geltungsgebiete des ABGB im Verband des ehemaligen ungarischen Gesamtstaates an die Nachfolgestaaten der Gesamtmonarchie abgetreten: Siebenbürgen fiel an Rumänien; Kroatien-Slawonien und die Wojwodina sowie die dem Banat nach 1867 inkorporierten Teile der Militärgrenze und Bosnien-Herzegowina wurden an Jugoslawien[51] abgetreten; Fiume wurde Italien zugesprochen. Es blieb in allen von Ungarn abgetretenen Gebieten das ABGB nach dem jeweiligen Stand der Gesetzgebung vom 1. November 1918 in Geltung.[52]

Die faktisch seit 1861 offene Kodifikationsfrage konnte nach 1918 selbst in Ungarn nicht realisiert werden.[53] Das ungarische Privatrecht in der Gestalt,

---

[49] Gábor Mathé, Problems of codification during the Austrian-Hungarian dual monarchy, in: Mathé / Mezey (wie Fußnote 4), 28 f.; Szalma, Parlament (wie Fußnote 6), 140 f.; Hamza, Entwicklung (wie Fußnote 7), 137 ff.

[50] Dazu grundsätzlich: Slapnicka, Österreichs Recht (wie Fußnote2) 71 ff., sowie Alexander Fedynskyi, Räumlicher Geltungsbereich des ABGB im Wandel der Zeit, Diss. iur. Wien 1944; vgl. auch Brauneder, ABGB (wie Fußnote 3), 248. Ferner: József Szalma, Geltung und Bedeutung der Kodifikationen Österreichs, Serbiens und Montenegros im ehemaligen Jugoslawien, in: ZNR 1994, 341 ff., sowie Nikola Gavella, Die Rolle des ABGB in der Rechtsordnung Kroatiens. Zum 140. Jahrestag seiner Einführung in Kroatien, in: Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2 (München 1994), 603 ff.

[51] Dazu künftig: József Szalma, Das ABGB in Serbien. Der Einfluß des ABGB auf das Serbische Bürgerliche Gesetzbuch von 1844, in: Wilhelm Brauneder (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung vorbereitet für 2011).

[52] Dazu künftig: József Szalma, Die Anwendung des ABGB im ehemaligen Südungarn (Woiwodina) in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und die Fortgeltung des ABGB als Rechtsregel nach 1918, sowie von Nikola Gavella, Das ABGB in Kroatien-Slawonien und Jugoslawien, in: Wilhelm Brauneder (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung vorbereitet für 2011).

[53] Ungarn strebte nach 1920 eine Revision des Friedensvertrags von Trianon und eine Rückgliederung ehemals ungarischen Staatsgebiets an und wollte daher seine mit diesen Gebieten partiell gemeinsame Privatrechtskultur nicht von sich aus durch den Erlass einer neuen Privatrechtskodifikation verlassen.

die ihm die Judexkurialkonferenz-Beschlüsse verliehen hatte, wirkte – modifiziert durch Einzelgesetze und fortgebildet durch die Gerichtsbarkeit – nach dem Scheitern der Privatrechtskodifikation auf Grundlage eines 1928 fertiggestellten Entwurfs – sogar über das Ende des Zweiten Weltkrieges hinaus fort.[54] Erst 1959 wurde ein ungarisches Zivilgesetzbuch[55] erlassen, allerdings ruhten seine geistigen Grundlagen im Rechtsdenken des sozialistischen Rechtskreises. Dasselbe gilt für die ehemaligen ungarischen und nach 1918 an Jugoslawien abgetretenen Gebiete; es hat insbesondere jüngst in Kroatien auch die Schaffung von neuen Teilkodifikationen des Privatrechts, etwa im Sachen- und Obligationenrecht, beeinflusst.[56]

[54] Kátálin Gönczi, Die historische Rechtsschule in Ungarn und ihre geistesgeschichtlichen Hintergründe, in: Orsolya Marta Péter / Béla Szabó (Hrsg), A bonis bona discere. Festgabe für János Zlinszky zum 70. Geburtstag (= Ünnepi Tanulmányok V), Miskolc 1998, 446 ff.; Sarlós, Rechtswesen (wie Fußnote 42), 252 f.

[55] Hierzu insbesondere Ferenc Mádl, Das erste Ungarische Zivilgesetzbuch – das Gesetz vom Jahre 1959 – im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation, in: Ferenc Mádl (Hrsg.), Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien, Budapest 1963, 56 ff.; Hamza, Entwicklung (wie Fußnote 6), 139 ff.

[56] Nikola Gavella, Die Rolle des ABGB in der Rechtsordnung Kroatiens. Zum 140. Jahrestag seiner Einführung in Kroatien, in: Zeitschrift für Europ. Privatrecht 1994, 603 ff.

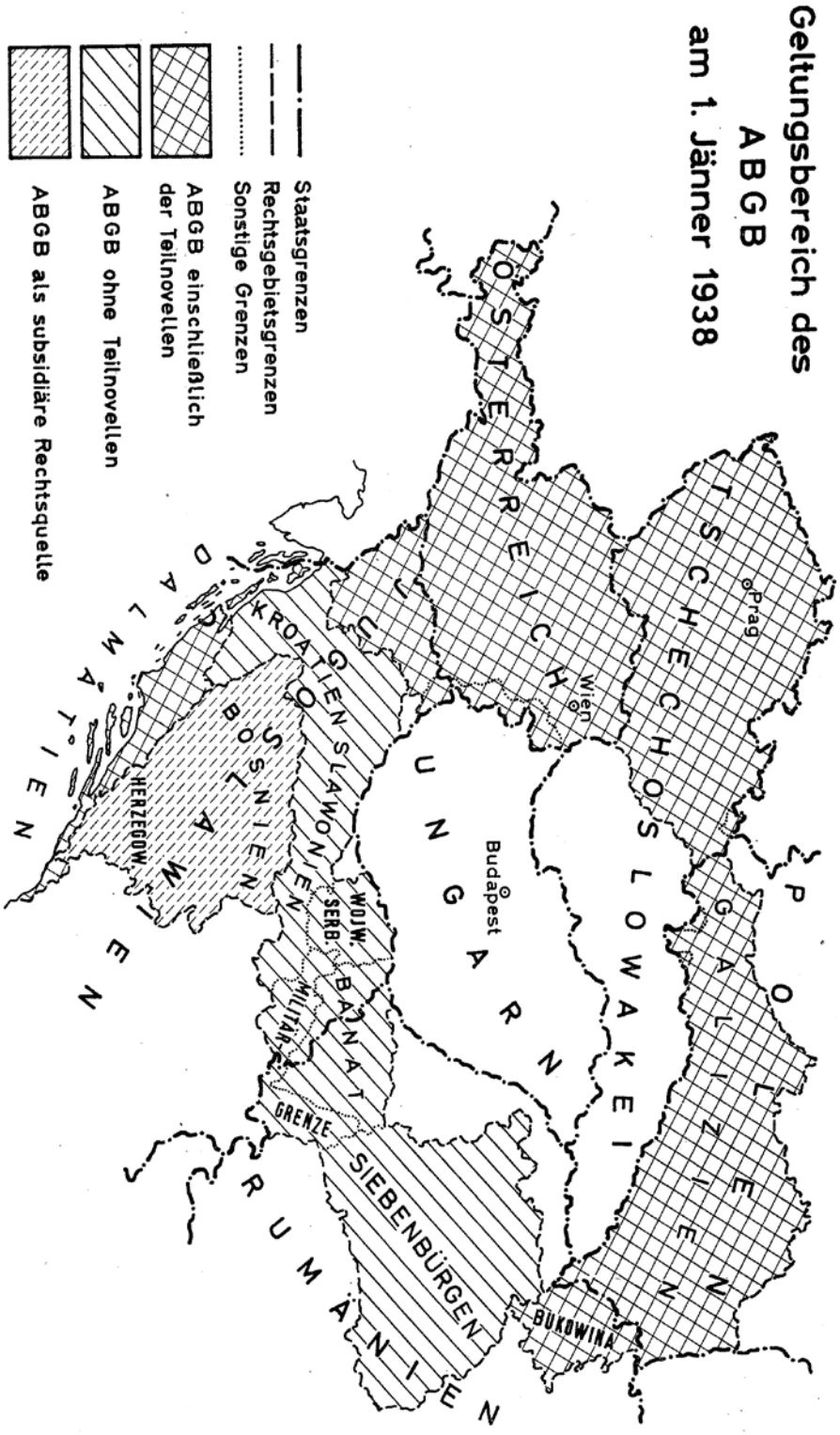


Abbildung 3. Geltungsbereich des ABGB am 1. Jänner 1938
(Quelle:Slapnicka, Österreichs Recht, wie Fußnote2, 95).

6. LITERATUR:

6.1 SELBSTÄNDIGE WERKE

- Reichsgesetzblatt (für das Kaiserthum Österreich; abgekürzt zitiert RGBl.), Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1849–1918.
- Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung [abgekürzt zitiert AöG-Z], Wien: Dorfmeister 1850–1931.
- Unger Josef, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Wien: Breitkopf und Härtel 1856, Band I (Allgem. Teil), XVIII und 634 Seiten.
- Schuster Ferdinand, Kurze Anleitung zum Studium der neuesten gesetzlichen Bestimmungen über die Einrichtung und Führung des Grundbuches in ... Ungarn ..., Wien: Manz 1857, VIII und 148 Seiten.
- Gerichtshalle. Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft. Organ für Rechtspflege und Volkswirtschaft [abgekürzt zitiert GH], Wien 1857–1937: Breitenstein.
- Füger von Rechtborn Max, Das alte und neue Privatrecht in Ungarn, Hermannstadt: Steinhaußen 1858, X, 404 Seiten.
- Füger von Rechtborn Max, Über die Wiederherstellung des bestandenen ungarischen Privatrechtes. Ein civilistischer Beitrag zur Erörterung einer der belangreichsten Fragen für den bevorstehenden Landtag, Hermannstadt: Steinhaußen 1861, 113 Seiten.
- [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig: Oehme 1861, II und 47 Seiten.
- Dauscher Anton, Das ungarische Civil- und Strafrecht nach den Beschlüssen der Judex-Curial-Conferenz, 2. Auflage Wien: Manz 1862, XII und 372 Seiten.
- Putz Carl, System des ungarischen Privatrechts, Wien: Manz 1870, XVI und 388 Seiten.
- Putz Carl, Zur Frage der Rechts-Reception und Codification in Ungarn, Wien: Manz 1872, 47 Seiten.

- Juristische Blätter. Eine Wochenschrift [abgekürzt zitiert JBl], Wien: Carl Fromme 1872–1938.
- Pfaff Leopold / Hofmann Franz, Kommentar zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche, Band I, Teil 1, Wien: Manz 1877, XII und 360 Seiten.
- Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte / Germanistische Abteilung [abgekürzt zitiert ZRG / GA], Band 1, Weimar: Böhlau 1880 ff, ISSN 0323-4045.
- Zeitschrift für Ungarisches öffentliches und Privatrecht [abgekürzt zitiert ZUÖP], Pest: Pollitzer 1895–1907.
- Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches [abgekürzt zitiert FS ABGB], Band I, Wien: Manz 1911, X und 762 Seiten.
- Zehntbauer Richard, Einführung in die neuere Geschichte des ungarischen Privatrechts, Freiburg im Breisgau: Gschwendt 1916, 94 Seiten.
- Heymann Ernst, Das ungarische Privatrecht und der Rechtsausgleich mit Ungarn, Tübingen: Mohr 1917, 119 Seiten.
- Almási Antal, Ungarisches Privatrecht, I, Berlin-Leipzig: de Gruyter 1924, XI und 330 Seiten.
- Gutenberg-Jahrbuch, Band 1, Mainz: Gutenberg-Gesellschaft 1926 ff, ISSN 0072-9094.
- Schlegelberger Friedrich (Hrsg.), Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, Band I (Länderberichte), Berlin: Vahlen 1929, IV, 1016 Seiten.
- Fedynskyj Alexander, Räumlicher Geltungsbereich des ABGB im Wandel der Zeit, juristische Dissertation, juristische Dissertation Wien: 1944, IX und 164 Blätter.
- Walter Friedrich (Hrsg.), Aus dem Nachlaß des Freiherrn Carl Friedrich Kübeck von Kübau, Wien: Böhlau 1960, 216 Seiten.

- Mádl Ferenc (Hrsg.), Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien, Budapest: Akad. Kiado 1963, 381 Seiten.
- Fellner Thomas, Die österreichische Zentralverwaltung (im Folgenden abgekürzt zitiert als ÖZV), Band III (Von der Märzrevolution bis zur Dezemberverfassung 1867), Teil 1 (Die Geschichte der Ministerien Kolowrat, Fiquelmont, Pillersdorff, Wessenberg-Doblhoff und Schwarzenberg), Wien u.a.: Böhlau 1964, XIX und 589 Seiten.
- Csizmadia Andor / Kovács Karoly (Hrsg.), Die Entwicklung des Zivilrechts in Mitteleuropa, Budapest: Akad. Kiado 1970, XII und 460 Seiten.
- Coing Helmut (Hrsg), Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte III (Das 19. Jahrhundert), Teil 2 (Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht), München: C.H. Beck 1972, XIX und 2840 Seiten, ISBN 3-406-08634-9.
- Slapnicka Helmut, Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums, Wien: Verlag für Geschichte und Politik 1973, 106 Seiten, ISBN 3-7028-0058-1.
- Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867]abgekürzt zitiert MRP], bearbeitet von Heindl Waltraud, Abteilung III (Das Ministerium Buol-Schauenstein), Band 1, Wien: Österreichischer Bundesverlag 1975, LXXVI und 580 Seiten, ISBN 3-215-71218.
- Wandruszka Adam / Urbanitsch Peter (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Band II (Rechtswesen), Wien: Verlag der Österr. Akademie der Wissenschaften 1975, XVIII und 791 Seiten, ISBN 3-7001-0081-7.
- Strakosch Helmut, Privatrechtskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1753–1811), München: Verlag für Geschichte und Politik 1976, 92 Seiten, ISBN 3-7028-0088-3.
- Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [abgekürzt zitiert ZNR], 1 ff, Wien: Manz 1979 ff, ISSN: 0250-6459.

- Sashegyi Otto, Ungarns politische Verwaltung in der Ära Bach 1849–1860, Graz: Institut für Geschichte d. Univ. Graz, Abt. Südosteurop. Geschichte 1979, 143 Seiten.
- Zlinszky János, Wissenschaft und Gerichtsbarkeit. Quellen und Literatur der Privatrechtsgeschichte Ungarns im 19. Jahrhundert (= Ius Commune. Sonderhefte 97), Frankfurt/Main: Klostermann 1983, XII, 222 Seiten, ISBN 3-465-02838-4.
- Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867 [abgekürzt zitiert MRP], Abteilung V (Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff), Band 4, bearbeitet von Brettner-Messler Horst, Wien: Österr. Bundesverlag 1986, LXVIII, 363 Seiten, ISBN 3-215-06435-9.
- Kralik Winfried / Rechberger Walter H. (Hrsg.), Symposion Außerstreitreform (= Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XI), Wien 1992, 148 Seiten, ISBN 3-214-06961-6.
- Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [abgekürzt zitiert ZeuP], Band 1 ff, München: Beck 1993 ff, ISSN 0943-3929.
- Mathé Gábor / Ogris Werner (Hrsg.), Die Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation im XIX.–XX. Jahrhundert, Budapest: UNIO 1996, 269 Seiten.
- Zweigert Konrad / Kötz Hein (Hrsg.), Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen: Mohr 1996, XVII und 729 Seiten, ISBN 3-16-146548-2.
- Péter Orsolya Marta / Szabó Béla (Hrsg), A bonis bona discere. Festgabe für János Zlinszky zum 70. Geburtstag (= Ünnepi Tanulmányok V), Miskolc: Bíbor 1998, 609 Seiten.
- Schöniger-Hekele Bernhard, Die österreichische Zivilprozessreform 1895. Wirkungen im Inland bis zum Ausbruch des Ersten Weltkrieges 1914 – Ausstrahlungen ins Ausland, Frankfurt/Main etc.: Lang Verlag 2000, 204 Seiten, ISBN 3-631-35886-5.

- Mathé Gábor / Mezey Barna (Hrsg.), Von den Ständeversamlungen bis zum parlamentarischen Regierungssystem in Ungarn, Budapest-Graz: Eötvös Loránd-Univ., Jur. Fak. 2001, 153 Seiten.
- Hamza Gábor, Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Entwiclung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn, Budapest 2002: Andrássy Gyula Deutsche Universität Budapest, 282 Seiten, ISBN 936-206-266-3.
- Rechberger Walter H. (Hrsg.), Außerstreitverfahren zwischen 1854 und 2005, Wien: Manz 2006, 54 Seiten, ISBN 978-3-214-14303-9.
- Giaro Thomas (Hrsg), Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers I, Frankfurt/Main: Klostermann 2006, VIII und 344 Seiten, ISBN 3-465-03489-9.
- Bauer Andreas (Hrsg.), Europa und seine Regionen. 2000 Jahre Rechtsgeschichte, Wien: Böhlau 2007, 764 Seiten, ISBN 3-412-13804-5.
- Steppan Markus / Gebhardt Helmuth (Hrsg.), Zur Geschichte des Rechts. Festschrift für Gernot Kocher zum 65. Geburtstag, Graz: Leykam 2007, 511 Seiten, ISBN 978-3-7011-0080-4.
- Giaro Thomas (Hrsg), Modernisierung durch Transfer im 19. und frühen 20. Jahrhundert. Rechtskulturen des modernen Osteuropa. Traditionen und Transfers II, Frankfurt/Main: Klostermann 2007, VIII, 317 Seiten, ISBN 978-3-465-04017-0.
- Jan Neckář / Michal Radvan / David Sehnálek / Jiří Valdhans (Hrsg), Dny práva – 2008 – Days of Law (= Acta Universitatis Brunensis Iuridica 337), Brünn 2009, 469-495, ISBN 978-80-210-4733-4.
- Brauneder Wilhelm, Österreichische Verfassungsgeschichte, 11. Auflage Wien: Manz 2009, 292 Seiten, ISBN 978-3-214-14876-8.
- Schmoeckel Mathias / Schubert Werner (Hrsg.), Handbuch zur Geschichte des Notariats der europäischen Traditionen, Tübingen: Mohr 2009, 619 Seiten, ISBN 978-3-8329-4068-3.

6.2 BEITRÄGE IN SAMMELBÄNDEN ODER ZEITSCHRIFTEN

- St. [= Moritz Stubenrauch], Die Einführung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches vom 1. Juni 1811 in Ungarn, Croatien, Slavonien, Serbien und dem Temeser Banate, in: AöG-Z 4 (1853), 1 ff.
- [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig 1861, in: AÖG-Z 12 (1861), 203 f. und 206 ff.
- [anonym,] Acht Jahre Amtsleben in Ungarn. Von einem k.k. Stuhlrichter in Disponibilität, Leipzig 1861, in: GH 1861, 138 f., 140 f., 146 f. und 154 ff.
- [anonym,] Die Justiz in Ungarn, in: GH 1861, 185 f.
- Hofmann Pál, Ein privatrechtliches Gesetzbuch für Ungarn, in: AöG-Z 1865, 123 f., 127 f.
- Zorn Wilhelm, Die Organisation der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien in Ungarn seit 1860, in: JBl 1884, 233 ff, 245 ff.
- Plosz Sándor, Ungarns Justizwesen, in: ZUÖP II (1896), 23 ff.
- Szladits Karl, Franz Deák und unser heutiges Privatrecht, in: ZUÖP IX (1903), 326 ff.
- Pilar Ivo, Entwicklungsgang der Rezeption des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in Bosnien und der Herzegowina unter besonderer Berücksichtigung des Immobilienrechts, in: FS ABGB, Band I, Wien: Manz 1911, 703–726.
- Szladits Karl, Ungarn, in: Schlegelberger, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Band I, 276–286.
- Mádl Ferenc, Das erste Ungarische Zivilgesetzbuch – das Gesetz vom Jahre 1959 – im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation, in: Mádl, Zivilgesetzbuch 76 ff.
- Mádl Ferenc, Kodifikation des ungarischen Privat- und Handelsrechts im Zeitalter des Dualismus, in: Csizmadia / Kovács, Entwicklung des Zivilrechts, 87–120.

- Böszörményi-Nagy Emil, Das ungarische Erbrecht im Dualismus, in: Csizmadia / Kovács, Entwicklung des Zivilrechts, 413–430.
- Zlinszky János, Ungarn, in: Coing (Hrsg), Handbuch der Quellen und Literatur III/2, 2141–2213.
- Barany George, Ungarns Verwaltung, in: Wandruszka / Urbanitsch, Habsburgermonarchie II, 306–456.
- Sarlós Bela, Das Rechtswesen in Ungarn, in: Wandruszka / Urbanitsch, Habsburgermonarchie II, 499–537.
- Ogris Werner, Die Rechtsentwicklung in Cisleithanien 1848–1918, in: Wandruszka / Urbanitsch, Habsburgermonarchie II, 538–622.
- Neschwara Christian, Die Geltung des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches in Ungarn und seinen Nebenländern von 1853 bis 1861, in: ZRG / GA 113 (Wien-Köln-Weimar 1996), 362–376.
- Brauneder Wilhelm, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie, in Gutenberg-Jahrbuch 62 (1987), 205–254.
- Sprung Rainer / Mayr Peter G., Die Entstehung und Weiterentwicklung des Außerstreitgesetzes 1854, in: Kralik / Rechberger, Symposion Außerstreitreform, 1–92.
- Malfér Stefan, Das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn zur Zeit des "Provisoriums" 1861–1867, in: ZNR 14, Wien: Manz 1992, 32 ff.
- Szalma József, Geltung und Bedeutung der Kodifikationen Österreichs, Serbiens und Montenegros im ehemaligen Jugoslawien, in: ZNR 16, Wien: Manz 1994, 341 ff.
- Gavella Nikola, Die Rolle des ABGB in der Rechtsordnung Kroatiens, in ZEuP 2 (1994), 603–623.
- Hartl Friedrich, Grundlinien der österreichischen Stafrechtsgeschichte bis zur Revolution von 1848, in: Mathé / Ogris, Entwicklung der österreichisch-ungarischen Strafrechtskodifikation, 13–54.

- Mathé Gábor, Problems of codification during the Austrian-Hungarian dual monarchy, in: Mathé / Mezey, Von Ständeversamlungen zum parlamentarischen Regierungssystem, 25–40.
- Gönczi Kátálin, Die histor. Rechtsschule in Ungarn und ihre geistes-geschichtl. Hintergründe, in: Péter / Szabó, Festgabe Zlinszky, 446 ff.
- Szalma József, Parlament und Zivilgesetzgebung in Ungarn, in: Mathé / Mezey, Von Ständeversamlungen zum parlamentarischen Regierungs-system, 129–144.
- Neschwara Christian, Ohne Notariat geht's auch? Notarielles Gerichtskommissariat und Außerstreitverfahren 1848–1854, in: Rechberger, Außerstreitverfahren, 31–39.
- Gönczi Kátálin, Das juristische Vermächtnis des 19. Jahrhunderts in Ungarn und seine Umgestaltung im europäischen Kontext, in: Giaro, Modernisierung durch Transfer I, 109–128.
- Busch Jürgen / Besenböck Alexander, Von Mailand bis Czernowitz. Die Einführung des österreichischen ABGB, Gesamtstaatsidee und nationaler Partikularismus, in: Bauer, Europa und seine Regionen, 535–597.
- Korósne-Delacasse Krsiztina, Oktroyierte Rechtsanwaltsordnung in Ungarn oder die erste moderne Regelung, in: Steppan / Gebhardt (Hrsg.), Festschrift Kocher, 205–212.
- Gönczi Kátálin, Kontinuität und Wandel im ungar. Rechtssystem der Zwischenkriegszeit, in: Giaro, Modernisierung durch Transfer II, 69–83.
- Neschwara Christian, Überleitung ungarischen Rechts im österreichischen Burgenland nach 1921, in: Neckář / Radvan / Sehnálek / Valdhans, Dny práva – 2008, 469-495.
- Neschwara Christian, Österreich(-Ungarn): Geschichte und Historiographie des Notariats, für: Schmoeckel / Schubert, Handbuch zur Geschichte des Notariats, 241–277.

6.3 BEITRÄGE (DRUCKLEGUNG IN VORBEREITUNG)

- Neschwara Christian, Franz Zeiller und das Strafrecht: Seine Ambitionen zur Verbesserung des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: Westermayer Felipe (Hrsg.), Homenaje Al professor Bernardino Bravo Lira (= Revista Chilena de Historia del Derecho; Drucklegung für Santiago de Chile: 2010 vorbereitet).
- Olechowski Thomas, Zur Entstehung des österreichischen Strafgesetzes 1852, in: Olechowski Thomas / Neschwara Christian / Lengauer Alina / Busch Jürgen (Hrsg.), Festschrift zum 75. Geburtstag für Werner Ogris (Drucklegung für Wien: 2010 vorbereitet).
- Neschwara Christian, Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch in Ungarn, in: Brauneder Wilhelm (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung für Wien: 2011 vorbereitet).
- Gavella Nikola, Das ABGB in Kroatien-Slawonien und Jugoslawien, in: Brauneder Wilhelm (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung für Wien: 2011 vorbereitet).
- Szalma József, Die Anwendung des ABGB im ehemaligen Südungarn (Woiwodina) in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und die Fortgeltung des ABGB als Rechtsregel nach 1918, in: Brauneder Wilhelm (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung für Wien: 2011 vorbereitet).
- József Szalma, Das ABGB in Serbien. Der Einfluß des ABGB auf das Serbische Bürgerliche Gesetzbuch von 1844, in: Wilhelm Brauneder (Hrsg.), Österreichs ABGB: Eine europäische Kodifikation (Drucklegung vorbereitet für 2011)

Contact – email
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien: A-1010 Wien, Schottenbaste 10–16, http://homepage.univie.ac.at/christian.neschwara – Christian.neschwara@univie.ac.at

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

DISKRIMINACE JAKO PRÁVOTVORNÝ ČINITEL V ŘÍMSKÉM PRÁVU

LUCIE OBROVSKÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o problematice diskriminace ve vývoji práva, a to zejména v právu starověkého Říma. Dnešní pohled na zásadu rovnosti před zákonem je jiný než v dřívějších právních systémech. Proto je zajímavé srovnání dnešního pojetí této zásady a jejího vývoje, zejména ve společnostech, které počítají s nerovností jako s klasickou součástí právní reality. Příspěvek se zejména věnuje statusům v římském právu a v některých jiných právních systémech.

Key words in original language
Diskriminace; rovnost; otrok; otroctví; libertin; status; caput.

Abstract
This paper deals with the problem of discrimination in the history of law, especially in the ancient Rome. Contemporary conception of equality before the law differs from its conceptions in the past legal systems. It is interesting to compare the contemporary formal and material equality before the law and its development especially in those societies which presuppose the inequality as the element of the realm of law. This paper deals with the statuses in Roman law and other ancient law systems.

Key words
Discrimination; equality; slave; slavery; libertin; status; caput.

ÚVOD: DNEŠNÍ PŘÍSTUP K DISKRIMINACI

Rovný přístup ke spravedlnosti, přisouzení stejného množství práv všem osobám ve srovnatelné situaci, je základní premisou dnešních právních řádů. Zásada rovnosti bývá také vyjadřována negativním způsobem, a sice zákazem diskriminace. V zásadě obojí znamená totéž. Zajímavou skutečností je, že ačkoli dnes zajištění této zásady vnímáme jako stěžejní pro demokratickou společnost, je právní rovnost poměrně novým výdobytkem. Na zajištění stejné právní pozice bez ohledu na osobní, sociální nebo rodový status, případně bez ohledu na pohlaví, po většinu vývoje lidstva nemůžeme pomýšlet[1]. Nicméně pro objektivní pohled je

[1] Stačí připomenout historii volebního práva ve Švýcarsku, které je v jiných ohledech považováno za zemi se silnou demokratickou tradicí. Poslední švýcarský kanton, který neopravňoval k volebnímu právu ženy, jej musel zavést až v roce 1990, po donucení zdejším Nejvyšším soudem.

potřeba dodat, že ani dnes nezajišťují všechny právní řády rovnost. Za všechny lze uvést příklad rozdílných trestů za cizoložství pro muže a ženy (u ženy je navíc většinou kvalifikováno i za situace, kdy je znásilněna) v právu šaría, které je uplatňováno například ve větší části Somálska. Žena, která se dopustí cizoložství, podstupuje velmi krutý trest smrti - ukamenování, zatímco na muži je proveden tělesný trest -bičování.[2]

Nutné je si uvědomit, že skutečnosti, které z dnešního právního pohledu jsou diskriminací, protože splňují určité, objektivně dané znaky, pochopitelně takto v minulosti nebyly chápány. Relativitu toho, co společnost chápe jako diskriminační, ostatně vystihuje D. Falada v příspěvku Diskriminace a personalita práva - úvaha o sedmi zastaveních: "význam pojmu diskriminace, tak jak je chápán dnes, nelze…přenášet do jiných období…Tehdejší chápání…by patrně zapříčinilo, že tehdejší současníci by našemu přístupu vůbec nerozuměli. Podobně jako my vidíme projevy diskriminace tam, kde je Římané ani netuší, budou zcela jistě budoucí generace při zkoumání našeho právního řádu spatřovat diskriminaci i tam, kde my ji nevnímáme."[3]

Dnes je diskriminačním každé jednání, v rámci něhož je s osobami ve srovnatelných podmínkách zacházeno různým, pro jednu z nich znevýhodňujícím způsobem.[4] Takové jednání tedy porušuje zásadu rovnosti. Jde zde nicméně o porušení právních předpisů konkrétním diskriminačním jednáním: samotné předpisy formálně musí rovnost dodržovat. Nicméně v minulosti byl nerovný stav mezi jednotlivými osobami přirozený a jistě chápán také jako spravedlivý - a podle toho vznikaly také právní předpisy, které a priori přidělují některým skupinám osob jiné množství práv než ostatním skupinám. Jsou tedy diskriminační už ze své podstaty.

Tyto jsou právě předmětem příspěvku - v římském právu jsou zastoupeny hojně. V podstatě až s počátkem novodobých revolucí se objevuje myšlenka rovných práv pro všechny lidi, kdy již sice neexistuje otroctví v pravém

---

[2] Takový verdikt, tj. absolutní trest, na základě kterého byla Chalíma Ibrahím Abdirahmánová po krk zavalena štěrkem a poté ukamenována, vynesl v minulých dnech soudce radikální skupiny Šabáb, která v některých zemích zavádí právo šaría. Viz: http://zpravy.idnes.cz/muslimsti-povstalci-ukamenovali-v-somalsku-zenu-pro-cizolozstvi-10l-/zahranicni.asp?c=A081028_085518_zahranicni_cen. Podobné praktiky kritizuje mj. zpráva Amnesty International z letošního roku, podle níž jsou v mnoha zemích v mnoha životních oblastech. Více: Amnesty International Report 2009, 405 s, ISBN 978-0-86210-444-3.

[3] Falada, D.: Diskriminace a personalita práva - úvaha o sedmi zastaveních. In: Ed. Bubelová, K.: Sborník příspěvků ze IV. konference právních romanistů ČR a SR, Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2001, s. 19.

[4] K současnému pojetí antidiskriminačního práva více viz: Fredman, S: Antidiskriminační právo, Praha: Multikulturní centrum, 2007, 209 s., 978-80-254-1054-7. Nebo také Boučková, P.: Rovnost a sociální práva, Praha: Auditorium, 2009, 978-80-87284-02-5.

slova smyslu, ale panuje zásadní nerovnost mezi osobami podle jiných kritérií - např. podle sociálního statusu, rodové příslušnosti, množství majetku apod.

Předem se předesílá, že není možné v příspěvku postihnout všechny aspekty problematiky: spíše jde o přehled jednotlivých diskriminačních důvodů, které byly v právním řádu římského státu relevantní, jakož i o postižení oblastí právní reality, pro niž byla diskriminace v tomto právním systému nejpříznačnější. V tomto smyslu není blíže například rozváděn politický boj mezi patriciji a plebeji jako dvěma specifickými skupinami římské společnosti, byť by se do tohoto tématu zčásti také řadil: plebejci se uchylují posléze k boji za rovné postavení s patriciji, čehož projevem je například zajištění možnosti sňatků mezi patriciji a plebejci navzájem. Tento politický boj se tedy samozřejmě promítá také do práva.

Zajímavé problematice diskriminace v římském právu se (nikoli komplexně) věnuje také sborník příspěvků IV. konference právních romanistů, v němž se objevují například otázky určitých právních pokusů o odstranění diskriminace v Římě, a z nějž je také v příspěvku čerpáno.[5]

1. CAPUT – SPECIFICKÝ INSTITUT ŘÍMSKÉHO PRÁVA

Nejvýznamnější oblastí při charakteristice práva osob a pojetí nerovnosti v římském právu je nepochybně pojem caput a s nimi spojené statusy osob (status libertatis, status civitatis a status familiae). Ty právě tvoří status svobodného Římana, jsou-li přítomny. Caput (doslova hlava) vyjadřuje právní osobnost, pozici v právním řádu - nebo také souhrn práv určité osoby. Proto změna této pozice je vyjadřována jako capitis deminutio neboli doslova zmenšení právní osobnosti. Podle toho, v jakém smyslu byly zmíněné tři statusy osoby, působil také pak právně caput osoby, a podle toho také určitá osoba má, případně nemá konkrétní práva.

Samotná tato skutečnost by zásadě rovnosti nejspíš nebránila, pokud by nicméně podmínka nabytí práv nebo případné odlišnosti spočívaly v objektivním, nezpochybnitelném kritériu, kterým je například nabytí určitého věku pro uzavření manželství, výkon volebního práva apod. Tak je tomu dnes[6], ovšem věk bude hrát při nabývání způsobilosti k právním úkonům obecně, jakož i k získání odpovědnosti v jednotlivých právních odvětvích, vždy určitou roli. V takovém ustanovení nespatřujeme problém: člověk sice musí dosáhnout k nabytí práva určitého věku, ale tato podmínka platí pro všechny stejně, tedy nezakládá neodůvodněné rozlišování. V

[5] Ed.:Bubelová, K.: Ius Romanum, Sborník příspěvků ze IV. konference právních romanistů ČR a SR na téma Diskriminace v římském právu konané 2. a 3. 11. 2001, Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2001, 104, 80-244-0582-2.

[6] Přesto se objevují diskuse například o tom, zda je naše věková hranice pro nabytí trestní odpovědnosti adekvátní, vzhledem k tomu, že v jiných státech je povětšinou nižší.

římskoprávním pojetí nastává ale potíž v tom, že lidé mají nestejnou pozici před zákonem už ze skutečnosti, jakým rodičům se vlastně narodí (buď jako svobodní, nicméně podřízeni pak paterovi, nebo jako vernae, tedy děti otroků, a ti jsou majetkem otrokáře). To je kritérium, které pochopitelně člověk ze své podstaty neovlivní: proto by na základě takové proměnné neměl disponovat méně nebo více výhodným právním postavením.

Z pohledu rovnosti je nejspíš nejvýznamnějším status libertatis. Rozdílné postavení svobodných a otroků je ale předmětem následující části, podobně jako krátká úvaha o přítomnosti diskriminace v římské rodině, přičemž rodinný stav je vyjádřen statusem familiae. Pokud bychom ale měli být striktní v posuzování dnešního a tehdejšího práva, je nepochybné, že také dnes mají občané státu jinou pozici než lidé, jež občanstvím nedisponují (tolik pokud jde o srovnáním s římským statusem civitatis), a podobně není možné tvrdit, že by všichni členové rodiny měli stejné postavení: už tím, že může rodič jako zákonný zástupce za dítě rozhodovat o jeho úkonech, je vyjádřena nerovnost vztahu mezi nimi. Podobně také žena je podřízena svému muži nikoli jen v římské právní tradici, ale také v obdobích, která po římské době následují. Nicméně římská koncepce tento vztah v mnohém přerůstá: pater má nad ostatními členy rodiny, a tedy i nad ženou, téměř neomezenou moc.

Zajímavý nicméně z hlediska rovného postavení je také status civitatis, tedy ten status, který rozlišuje mezi domácími a cizími (peregrini). Mezi peregriny přitom patřily osoby, které neměly vůbec vztah k obci. Nicméně také původně občan mohl o své občanství přijít. Stalo se tak důsledkem trestu za spáchání velezrady. Zde je opět možné sledovat prolomení jednoho ze základních pravidel dnešní demokratické společnosti, a sice nemožnost pozbytí státního občanství proti vůli občana[7]. Náš právní řád neumožňuje udělení trestu v podobě odejmutí státního občanství[8].

Problematika vztahu mezi státem a státním občanem je tedy i otázkou dnešního práva - také náš právní řád přisuzuje jiné postavení svému občanovi, a jiné apatridům nebo cizím státním příslušníkům. Narozdíl od dnešní doby ovšem římští "neobčané" jsou a priori nazýváni hostes, tedy nepřátelé. Tím se také vyjadřuje, že nemají obdobně privilegované postavení spojené s právy a povinnostmi jako občané říše. Římské právo tak důsledně uplatňuje zásadu personality práva, což lze ovšem chápat z dnešního pohledu jako diskriminační obecně pouze zčásti: také dnešní

[7] Podle Ústavy ČR nemůže být nikdo proti své vůli zbaven státního občanství (čl. 12 odst. 2 úst. z. č. 1/1993 Sb.).

[8] Trestními předpisy je umožněno pouze uložení trestu vyhoštění. Vyhoštění nicméně nesmí být uděleno státnímu občanovi, ale naopak osobám, které občanstvím nedisponují. Trestní zákon č. 140/1961 Sb., § 27 písm. ch).

právní řády v některých aspektech tuto zásadu, oproti zásadě teritoriality, uznávají.[9]

Kategorií, kterou ze současného práva ovšem neznáme, byli tzv. Latinové, která je právně odlišná jak od hostes, tak od občanů římských, a bývá řazena k peregrinům. V rámci této skupiny je navíc ještě rozlišováno mezi např. tzv. Latiny Iuniánskými (tito žili sice jako svobodní, ale umírali jako otroci). Pro většinu Latinů platí ovšem, že disponují dvěma nejvýznamnějšími právy občanů - právem obchodu a právem uzavřít sňatek. Vidíme tedy, že status libertatis je sledován podle kritéria, které daná osoba nemůže ovlivnit (tj. místo narození): Latinové byli potomci kmenů usazených ve střední části Apeninského poloostrova, zvané Latium, a podle toho vyhlíží její právní pozice. To je opět z pohledu dnešních diskriminačních teorií neakceptovatelné. Tyto skupiny, které jsou tedy svobodnými, ale nemají plnoprávné postavení jako občané, známe také z jiných starověkých států. Vedle spartských perioiků jsou to třeba také starobabylónští muškénové nebo chaldejští "Asyřané".[10]

2. OTROCTVÍ JAKO POPŘENÍ ZÁSADY ROVNOSTI LIDÍ

Otroctví je zásadní charakteristikou antického Říma: o římské společnosti se hovoří jako o otrokářské. Ostatně sám Gaius uvádí: "De condicione hominum: et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quot omnes homines aut liberi sunt aut servi".[11] Často bývá otrokova pozice v právním řádu popisována zásadou servus nullum caput habet (otrok nemá právní subjektivitu). V tomto smyslu je nejvýraznějším projevem vztahu otrokáře a otroka právo otrokáře svůj "majetek" beztrestně zabít, fyzicky jej trestat apod. Vztahují se tedy na otrokářovo vlastnické právo k otrokovi všechny jeho složky jako u jiných věcí, tzn. pán má také právo otroka beztrestně odložit a opustit, tak jako disponuje tímto právem derelikce také vůči jiným předmětům svého vlastnictví.

Na straně druhé často tyto právní konsekvence neměly odpovídající reálné opodstatnění: často se stávalo, že pán ponechal jako jistou odměnu za vykonanou práci otrokovi majetek zvaný peculium, prostřednictvím kterého

---

[9] Například ustanovení zákona o mezinárodním právu soukromém určuje, že způsobilost uzavřít manželství, jakož i podmínky jeho platnosti, se řídí právem státu, jehož je určitá osoba příslušníkem. In: zákon č. 97/1963 Sb. , § 19. Podobně v autorském právu platí, že základní předpis, tj. autorský zákon, platí pro vytvoření díla českého státního občana, ať bylo vytvořeno kdekoli. In § 107 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb.

[10] Klíma k těmto skupinám osob výslovně uvádí, že byli diskriminováni jak společensky, tak zejména právně. Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s. 244.

[11] O právním postavení osob: a základní rozdělení práva osob je tedy takové, že všichni lidé jsou buď svobodní, nebo otroci." Gaius I.9, Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Praha: Doplněk, 1981, s. 32.

se nejeden otrok posléze vykoupil na svobodu. Lze také zmínit faktické rozdíly v postavení, resp. kvalitě života otroků státních a soukromých. Právní relevanci tyto rozdíly ale neměly.

Diskriminace otroků je evidentní již ze základního postulátu, jehož autorem je Ulpianus, a sice: servus pro nullis habentur, tedy otrok se nepovažuje za nic.[12] Dochází tedy zde k ztotožnění otroka nikoli se subjektem práva, kterým jsou všechny ostatní lidské bytosti, ale s objektem práva. Tento základní postulát se pak projevuje v mnoha oblastech právní reality: jak v právu soukromém, tak trestním, jak v hmotněprávních otázkách, tak v procesním postavení otroka. Caput tedy určuje také privilegované, případně znevýhodňující postavení například před soudem. Pokud se vrátíme k otrokům, tato skutečnost se projevuje například tím, že svědecká výpověď otrokova bude vážena před soudem jistě méně významně, než výpověď svobodné osoby. Podobně se nabízí diskriminační pozice otroka při metodách výslechu.

V neposlední řadě se trestního práva dotýká problematika rozdílných tělesných trestů pro svobodné a otroky, jakož i zostřených trestů smrti – například ukřižování bylo typicky způsobem trestu smrti pro otroky (a tedy i gladiátory), pro osoby bez občanských práv, případně pro piráty. Také jiné způsoby trestu smrti byly určeny jen pro určité skupiny lidí – například v armádě panovaly kruté tělesné tresty. Z pohledu dnešního práva pochopitelně i toto je projev diskriminace: dnešní právní řády povětšinou nemohou rozlišovat různé tresty pro různé skupiny lidí (ovšem viz výše uvedený případ práva šaría). Všimněme si navíc, že ačkoli v právu civilním je otrok věcí, v otázce odpovědnosti a trestního práva jakoby "ožil" - jakoby se stal účelově osobou.

Ve starověku i dalších obdobích se nicméně právě v oblasti trestního práva objevují jasné disproporce: ostatně i z nejznámějšího starověkého zákoníku, tj. zákoníku krále Chammurapiho víme, že otroci byli často trestáni za spáchání téhož trestného činu mnohem přísněji než svobodní. Stejně tak asyrské zákony přinášejí za tentýž čin pro svobodné například peněžitý trest, pro otroky ale zohavující tresty.[13] Navíc otroci jsou diskriminováni také například v oblasti kontraktace, když tento významný zákoník stanoví, že

[12] D 50.17.32. Ulpianus současně ale na tomto místě polemizuje: z hlediska práva civilního (ius civile) je sice otrok ničím, z hlediska práva přirozeného (ius naturale) to ovšem neplatí: nakonec Ulpianus svou rozvahu (Ulp.43 Sab.) zakončuje formulí: "omnes homines aequales sunt". In: Honoré, T.: Ulpian, Natural Law and Stoic Influence, přístupné zde: http://www.historycooperative.org/journals/ahr/111.4/pdf/mathisen_ahr111.4.pdf.

[13] Jsou jim uťaty uši a nos například. In Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s. 89.

pokud někdo převezme něco do úschovy nebo koupí bez písemné smlouvy něco od otroka, čeká jej trest smrti.[14]

Pro otázku diskriminace v trestním právu je pak nepochybně významnou skutečností dále to, že samotné nastolení otrockého stavu bylo po určitou část římského vývoje druhem trestu. Hovoříme pak o otroctví z trestu, tedy servitus poenae[15]. Také v přemyslovských Čechách je důvodem vzniku otroctví vedle narození také rozsudek.[16] Možnost uvalení otroctví na původně svobodného člověka je opět dnešní optikou diskriminační. A podobně tak otroctví pro dluhy - už podle Zákona XII tabulí mohl věřitel dlužníka prodat tzv. trans Tiberim - za řeku Tiberu.[17]

Také v jiných starověkých státech[18] je možné najít jasně diskriminační opatření ze strany státu: pomineme-li obecně existenci otroctví, nelze na tomto místě neuvést spartskou "specialitu" státního boje s otroky, a sice každoroční státní mocí posvěcené vraždění silných otroků, kteří by se v budoucnu mohli stát nebezpečnými pro stát (hovoříme o tzv. krypteia).[19]

Obecně také v jiných starověkých i pozdějších politických útvarech lze sledovat zejména nerovnost různých společenských vrstev před zákonem: děje se tomu tak mj. v Egyptě, Mezopotámii, v Sumeru, Indii, Číně, ale také u Inků nebo Mayů. Ve všech těchto státních útvarech, ale i jinde, se postupuje v rámci trestního řízení diskriminačně ve srovnání s jinými,

---

[14] Viz k tomu blíž: Klíma, J.: Nejstarší zákony lidstva: Chammurapi a jeho předchůdci, Praha: Československá akademie věd, 1979, 382 s..

[15] Nejčastější formou výkonu trestu bylo odsouzení do dolů (in metallum) nebo boj s šelmami (ludum venatorium ad bestias). Nebo byl člověk odsouzen k trestu smrti a současně zbaven svobody. Více k otroctví jako formě trestu in: Ed. Rodriguez, J.P.: The historical encyclopedia of world slavery, svazek I., Santa Barbara, 1997, s. 578, ISBN 0-8736-885-5.

[16] Bílý, J. L.: Právní dějiny na území České republiky, Praha: Linde, 2003l, s. 62-63, ISBN 80-7201-429-3.

[17] Více k této otázce viz příspěvek A. Landy Prodej svobodného člověka v římském právu. In: Ed. Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, s. 9 a násl., ISBN 80-85889-39-0.

[18] Na tomto místě nebudeme postavení otroků v jiných státech více rozvádět. Více k tomu viz Obrovská, L.: Některé aspekty právního postavení otroka v antickém Římě a srovnání s jinými starověkými státy, Naděje právní vědy - Býkov 2007, Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2008. s. 123-133, ISBN 978-80-7380-122-9. Nebo také Obrovská, L.: Právní postavení otroka v antickém Řecku, Cofola 2008 Conference: Key points and ideas, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, s. 239-241, ISBN 978-80-210-4629-0.

[19] Vojáček, L. a kol. : Dejiny verejného práva v Európe, Bratislava: Vydavatelské oddelenie Praf UK, 2004, s. 60, ISBN 80-7160-176-4.

urozenějšími vrstvami společnosti. Přitom na výši trestu má vliv nejen postavení pachatele, ale také postavení poškozeného.[20]

Toto je společné všem sledovaným starověkým i pozdějším civilizacím, podobně jako další zásada, která je zajímavá z pohledu rovnosti: jednotlivé společenské třídy nemají sice rovné postavení před zákonem, ale spojuje je absolutní podřízenost panovníkovi tak, jak ji popisuje Klíma: "ve vztahu k panovníkovi jako absolutnímu despotovi se mohli všichni občané v určitých případech dostat do postavení bezprávných subjektů na úrovni otroka.".[21] Tyto teze sice platí ve většině států, nicméně neznamená to, že neexistují rozdíly. Například egyptský otrok se může hájit na soudě[22], což v jiných státech běžné není.

Otrok je zásadně omezen na právech, jak bylo už naznačeno výše, také v soukromoprávní oblasti - například pokud je mu dovolena kontraktace, vždy za tím účelem, aby zlepšil pánovo ekonomické postavení. Pokud otrok kontrahuje, vzniká z takového jednání nikoli klasická smlouva, ale pouze naturální obligace, která opět nemá tytéž důsledky jako klasická smlouva.

S otroctvím jsou dále spojeny další kategorie obyvatelstva: zejména půjde o libertiny a kolóny, pomineme-li osoby v mancipiu, tedy dočasném otroctví.Také propuštěnci - liberini - měli omezená práva, čili i zde spatřujeme rozdílné postavení před zákonem ve srovnání se svobodnými. Šlo o otroky, kteří byli propuštěni na svobodu. Tak jako jsme u statutu civitatis uváděli hraniční skupinu Latinů, kteří totiž mají více práv než cizinci, ale ne tolik jako občané, podobně to platí zde u statutu libertatis. Libertini tedy tvoří kategorii osob stojících na pomezí otroků a svobodných, což se přirozeně projevuje na množství přisouzených práv. Nemají proto práva občanů, například aktivní a pasivní volební právo, právo odvolat se při obvinění k lidu, nebo právo stát se knězem (propuštěncovy děti nicméně již nabývají všech práv). Libertus, tj. propuštěný otrok je k svému bývalému pánovi, nyní patronovi, vázán prostřednictvím ius patronatus.[23]

Nelze dále při výkladu diskriminačního přístupu římského práva k jednotlivým osobám opomenout postavení další specifické skupiny obyvatelstva - kolónů. Tato vrstva se formuje až ke konci římského vývoje a někdy bývá popisována jako svobodná, jindy jako polosvobodná. Faktem zůstává, že postavení kolónů je natolik blízké otrockému, že dokonce bývají

---

[20] Balík, S, Balík, S. ml: Právní dějiny mimoevropských zemí, Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, s. 34, 47, 61, 69, 135, 139, ISBN 80-86473-25-2.

[21] Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s. 250.

[22] K postavení egyptského otroka viz Ed. Donadoni, S.: Egyptský člověk a jeho svět, Praha: Vyšehrad, 2006, 313 s., ISBN 80-7021-813-4.

[23] Bartošek, M: Encyklopedie římského práva, Praha: Panorama, 1981, s., 217.

nazýváni "otroky hroudy" (servi glebae[24]) jako vyjádření závislosti na půdě, kterou obdělávají - kolóni byli sice původně zcela svobodní rolníci, ale jejich závislost na velkostatkáři, na jehož půdě pracují, postupně vzrůstá.

Relativitu ve srovnání otroků a kolónů vyjadřuje Češka ve svém Zániku antického světa: "…společná práce vedla ke stírání ostrých rozdílů mezi osobně svobodnými nádeníky a otroky, ba nezřídka se stávalo, že se člověk svobodný ocitl v postavení podřazeném otroku - mistrovi."[25] Na jiném místě dokonce zdůrazňuje, že nijak dobré vyhlídky neměl ani samotný propuštěnec: "otrok dostal při svém formálním propuštění na svobodu od svého pána…kus pole k obdělávání, pročež i nadále zůstával na svém patronovi zcela závislý."[26]

3. DISKRIMINACE ŽEN A POJETÍ ŘÍMSKÉ RODINY

Postavení ženy v římském právu je otázkou zajímavou: je nicméně potřeba dospět k závěru, že jde o zásadní projev diskriminace římskoprávního systému. Žena je jednak vyloučena z politického života (to pochopitelně známe také z Řecka apod.), současně je podřízené její postavení v rodině. Zde se totiž její pozice vůči manželovi v případě tzv. přísného manželství popisuje jako filiae loco, neboli jakoby by manželka byla na pozici jeho dcery (a současně vůči svým dětem má pozici sororis loco, neboli je v pozici jakoby jejich sestry). Manželka ztrácí navíc vazbu na svou původní rodinu - což například neznáme z Egypta, kde se právní postavení ženy po uzavření sňatku nemění.

Také Digesta řadí často ženu do téhož ustanovení po bok například osobám bezectným, a dokonce někde otrokům[27]. Tím je vyjádřena nízká míra úcty k ženám. Nejen v rámci rodiny se tak projevuje diskriminace žen. Obecně platí, že žena nesmí například volit, ani provádět rozličné právní úkony. Za ženu je provádí buď její manžel, nebo poručník (hovoříme o institutu tutela mulierum)[28].

---

[24] Nebo také servi terrae, tj. otroci země, což má stejný význam. Tamtéž, s. 106.

[25] Češka, J.: Zánik antického světa, Praha: Vyšehrad, 2000, s. 11, ISBN 80-7201-386-8.

[26] Tamtéž, s. 80.

[27] Například Ulp. 46, 1, 3. Podle tohoto ustanovení se nemohou otroci, ženy a děti stát ručiteli. Zdá se, že neexistuje ospravedlnitelný důvod k takové legislativní úpravě. Ustanovení je proto ukázkou čiré právní diskriminace.

[28] V Římě byl institut poručnictví a opatrovnictví využíván i ve vztahu k marnotratníkům nebo nedospělcům. Zde je jistě takové jednání opodstatněné, ne ale v případě žen, které jsou tímto totiž stavěny rozumově na roveň nedospělců, šílenců a duševně nemocných. K těmto skupinám totiž také existoval poručník, případně opatrovník. Nicméně například právě ve vztahu k duševně nemocným jsou i současné české soudy a zákonodárci opakovaně kritizováni například za nadbytečné využívání institutu zbavení způsobilosti, když v jiných státech tato možnost není.

Mimořádný význam pro právní postavení má právě rodinný status. V tomto smyslu je nejvýznamnějším fenomén patria potestas (otcovská moc). Římská rodina totiž působí jako substrát osobně - majetkových vztahů, v rámci nichž má enormní moc právě otec rodiny. Všichni členové rodiny, a k těm se čítají také otroci, mu jsou podřízeni. Pouze syn se může z jeho moci vymanit, a sice tzv. emancipací, kdy se pak on sám stává paterem familias v nově vzniknuvší rodině. Otcova moc má různé složky - a to vůči manželce (manus), vůči dětem (patria potestas) a vůči otrokům (domestica potestas).

Nejvýznamnějším oprávněním otce vůči své rodině je právo nad životem a smrtí -ius vitae necisque. Pater sice sezval zvláštní domácí soud, kterému přednesl svoje důvody pro výkon tohoto práva, nicméně uvažuje se, že tento neměl většího významu při rozhodování s nešťastníkovým osudem. "Trest", který stihl patera jednajícího nespravedlivě a vedeného pouze krutostí, měl pouze charakter odejmutí společenské váženosti.[29] Toto oprávnění neznáme ale pouze z Říma: uvádí se například jako hlavní oprávnění otce rodiny také ve starověké Palestině.[30] Naopak ve spartské společnosti toto oprávnění nebylo, což je s podivem vzhledem k pověstné spartské krutosti.

Nejčastějším prohřeškem, na základě kterého pater uplatnil právo nad životem a smrtí, bylo cizoložství. Nejen manželku, ale také dceru mohl takto potrestat, jak to dokládají Papinianus a Ulpianus.[31] Jasně diskriminační bylo také trestání manželky například za požití vína - ať trestem tělesným, nebo jiným (původně dokonce trestem smrti).

Nerovnou pozici žen před zákonem neznáme pouze z Říma. Opět je prostoupena většinou tehdejších právních řádů. Zajímavým je například Právní zrcadlo asyrské ženy, jak jej popisují středoasyrské zákony. To je součást právního systému, v němž je žena sice na straně jedné chráněným subjektem (například jsou zde stanoveny vysoké tresty za znásilnění nebo způsobení potratu), na straně druhé jsou zde trestné činy, které jsou specificky páchány jen ženami a trestem se pak vyjadřuje podřízenost ženy manželovi: velmi často figuruje jako součást skutkové podstaty činu okolnost související s manželovou domácností nebo jeho osobností. Mimořádně ponižující a diskriminační je například trest za znásilnění mladé dcery - její otec dá znásilnit manželku pachatele.[32] Potrestanou osobou tedy

---

[29] Ed Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, s. 54-55, ISBN 80-85889-39.

[30] Balík, S., Balík, S.: Právní dějiny mimoevropských civilizací, Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, s. 71, ISBN 80-86473-25-2.

[31] D 48, 5, 23, 3 a 48, 5, 24, 1. Pater mohl ale právo vykonat jen tehdy, přistihl-li dceru ve svém domě či domě jejího manžela. Přístupné zde: http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-48.htm#5.

[32] Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s. 95.

není pachatel. Opět je zde vyjádřena mimořádná podřízenost ženy - otec znásilněné dívky tak zbavuje cti onoho pachatele.

4. DALŠÍ PROJEVY DISKRIMINACE V ŘÍMSKÉM PRÁVU

Existence otroctví, popírání rovnosti žen a mužů a enormní moc patera nejsou jedinými projevy diskriminačního přístupu v právu osob starověkého Říma. Dále s právní pozicí souvisí také rozdělení osob na osoby svého a cizího práva, které opět z dnešního pohledu lze chápat jako diskriminační: osobou cizího práva byli ženy, děti, manželky synů a zejména otroci. Tito všichni tedy podléhají jediné osobě svého práva, kterou může být jen pán rodiny, případně emancipovaný syn.

Dále s problematikou nerovnosti ve smyslu sociálním i právním souvisí rozdělení obyvatelstva v tzv. honestiores a humiliores. Tak jako se dichotomie sociálního postavení mezi patriciji a plebejci projevuje také v právu, podobně rozlišení těchto dvou kategorií (honestiores byli majetní oproti humiliores) je poznamenáno například důsledky v trestním právu, kde za stejný čin je honestiorovi uloženo vyhoštění, zatímco humiliorovi trest smrti apod. Výše zmíněný zákaz sňatků mezi patriciji a plebejci není jediným výrazem sociální nerovnosti starověkého práva. Například také v ptolemaiovském Egyptě byl kněžím zakázán sňatek s ženami jiných sociálních tříd. Ba co víc, docházelo také ke sňatkům svobodných s otroky, což je v Římě nepřijatelné.[33]

Dále je potřeba zmínit tzv. infamia, neboli bezectnost. I zde se jedná spíše o kategorii sociální, ovšem s právními důsledky. Totiž bezectná osoba (povětšinou taková, která byla souzena pro závažný trestný čin) je jednak většinou přeřazena z vyšší společenské třídy do nižší, jednak je jí upíráno volební právo a právo podílet se na soudním řízení. Odsouzenec je tak stíhán trestem dvakrát, a to udělením konkrétního trestu a vedle toho upřením těchto některých práv.

Velmi zajímavou je dále otázka vztahu římské vládní moci k určitým náboženstvím a s tím spojených právních důsledků. To, že víra v rukou světské moci je efektivním sjednocujícím faktorem, není třeba připomínat. Proto se také římská vládní moc snaží mít kontrolu nad vyznáním svého obyvatelstva. Přes poněkud zvláštní postavení židovské víry[34] v rámci říše nelze proto opomenout počáteční stíhání praktikujících křesťanů - křesťanství představovalo hrozbu decentralizace moci.

---

[33] Naskosová, P.: Římské a egyptské manželství, In: Ed Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, s. 73, ISBN 80-85889-39.

[34] Židé jsou v dalším období silně utlačovanou a diskriminovanou skupinou - také ve středověkých a novověkých Čechách nemají například ani politická práva. Bílý, J. L.: Právní dějiny na území České republiky, Praha: Linde, 2003l, s. 123, ISBN 80-7201-429-3.

Proto ještě za Diocletiana je postaveno mimo zákon, podobně jako poté, co je v roce 313 Konstantinem uznáno státním náboženstvím, se tak děje všem odchylkám od oficiální víry. Hereze i apostazie jsou pak stíhány v trestních procesech, ostatně jako ve staletích následujících po pádu Říma. Jejich nerovná pozice se ale projevuje i v civilní oblasti: například mají omezenu testovací volnost.

Justinián odebírá také pohanům a židům jednak možnost sňatku s křesťanem, jednak možnost vlastnit otroky - křesťany. Stejně tak manichejští byli postaveni mimo zákon a byli velmi omezováni v majetkových pořízeních. Současně ale nelze upřít křesťanské filosofii podíl na zlepšení životních podmínek otroků -a samotným otroků tato víra přiznává lidství od přirozenosti: jestliže podle světského práva je otrok otrokem, "z boží milosti se stává svobodným a v církvi plnoprávným členem."[35]

Ještě zmiňme diskriminaci podle jiných hledisek, které dnes jsou chápány jako diskriminační důvody, zejména sexuální orientace. V trestních řádech různých starověkých států objevují až bizarní tresty[36] za homosexuální styky (zajímavé je, že platily pouze pro muže, v čemž lze spatřovat další úroveň diskriminace). Vždy měly plnit úlohu difamující. Ovšem ve starověkých společnostech, kde spatřujeme tak zásadní popření rovnosti, jakými jsou rozvinuté otroctví nebo upalování heretiků pro odchýlení od oficiální víry, stěží můžeme čekat právní akceptaci sexuálních menšin.

5. ZÁVĚR

Příspěvek byl letmým exkurzem do problematiky projevů diskriminace právního systému antického Říma, případně dalších starověkých právních systémů. Nemohl ale problematiku postihnout v celé její šíři. Pouze nastínil nejvýznamnější otázky římského práva, které mohou být dnešní optikou vnímány jako diskriminační, avšak v tehdejší době tak vnímány povětšinou nebyly: samotné rozdělení společnosti na svobodné a otroky bylo přirozené i v názorech známých filosofů a povětšinou o jeho opodstatněnosti nebylo pochybováno.

Snahy autorky jsou proto vedeny těmito okolnostmi: účelem příspěvku bylo shrnutí nejvýznamnějších diskriminačních faktorů v každodenním životě impéria. V tomto smyslu se nabízí jako zásadní zamyšlení nad právní pozicí otroků a propuštěnců, dále nad formací římské rodiny, ale také nad diskriminací podle pohlaví, neboť i to je pro římský stát velmi příznačné.

---

[35] Češka, J.: Zánik antického světa, Praha: Vyšehrad, 2000, s. 131, ISBN 80-7201-386-8.

[36] Například podle tzv. tabulky A středoasyrských zákonů pokud byl někdo usvědčen z homosexuality, byl potrestán homosexuálním stykem (!). Neboli trestný čin je současně trestem. Ba co víc, takto trestaným je pouze aktivní účastník, pasivní je považován za poškozeného. Tamtéž, s. 91-92.

Vždy je přitom potřeba si uvědomit, že zdaleka ne vždy splývá stav de iure a stav de facto, což je patrné například právě na každodenním životě některých otroků, ale i na postavení žen v různých dobách římského vývoje.

Z právního pohledu je sice otrok věcí, fakticky ale může disponovat i vlastním majetkem a vykoupit se na svobodu. Zde je možné sledovat vztah faktického a právního stavu hlavně v tom smyslu, že byť otrok nemůže vlastnit určitý majetek - pán mu jej může kdykoli odebrat, fakticky se ušetřenými aktivy může vykoupit na svobodu. Právo tedy stanoví určitý právní rámec postavení otroků, ale konkrétní životní podmínky konkrétního člověka závisely spíše na přítomnosti nebo nepřítomnosti soucitu otrokáře. V tomto smyslu, zdá se, není mezi starověkými společnostmi, alespoň podle dochovaných pramenů, větších rozdílů.

Závěrem nelze než konstatovat, že v dnešní době hledíme na otázku rovnosti před zákonem zcela jinou optikou a s jinými prioritami než dřív. I v dnešní právní realitě se ale stále potýkáme s problémem diskriminace a otázky související navíc s tzv. pozitivní diskriminací neboli afirmativními opatřeními jsou víc než aktuální. Proto je dobré si uvědomit, že rovnost je kategorie velmi relativní: absolutní rovnosti a spravedlnosti nebude ani skrze právo jako mocenský nástroj dosaženo nejspíš nikdy.

Literature:

- Amnesty International Report 2009, 405 s, ISBN 978-0-86210-444-3.
- Balík, S., Balík, S.: Právní dějiny mimoevropských civilizací, Dobrá Voda: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2003, 181 s., ISBN 80-86473-25-2.
- Bartošek, M.: Encyklopedie římského práva, Praha: Panorama, 1981, 507 s.
- Bílý, J. L.: Právní dějiny na území České republiky, Praha: Linde, 2003l, 474 s., ISBN 80-7201-429-3.
- Boučková, P.: Rovnost a sociální práva, Praha: Auditorium, 2009, 978-80-87284-02-5.
- Bubelová, K.: Ius Romanum. Sborník příspěvků ze IV. konference právních romanistů ČR a SR na téma Diskriminace v římském právu konané 2. a 3. 11. 2001, Olomouc: Univerzita Palackého v Olomouci, 2001, 104 s., 80-244-0582-2.
- Češka, J.: Zánik antického světa, Praha: Vyšehrad, 2000, 277 s., ISBN 80-7201-386-8

- Donadoni, S.: Egyptský člověk a jeho svět, Praha: Vyšehrad, 2006, 313 s., ISBN 80-7021-813-4.
- Fredman, S: Antidiskriminační právo, Praha: Multikulturní centrum, 2007, 209 s., 978-80-254-1054-7
- Gaius: Učebnice práva ve čtyřech knihách, Praha: Doplněk, 1981, s.
- Klíma, J.: Nejstarší zákony lidstva: Chammurapi a jeho předchůdci, Praha: Československá akademie věd, 1979, 382 s.
- Klíma, J.: Zákony Asýrie a Chaldeje - pokračovatelé Chammurapiho, Praha: Academia, 1985, s.
- Obrovská, L.: Některé aspekty právního postavení otroka v antickém Římě a srovnání s jinými starověkými státy, Naděje právní vědy - Býkov 2007, Plzeň : Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, s. r. o., 2008, 636 s., ISBN 978-80-7380-122-9
- Obrovská, L.: Právní postavení otroka v antickém Řecku, Cofola 2008 Conference: Key points and ideas, Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2008, s. 239-241, ISBN 978-80-210-4629-0.
- Rodriguez, J.P: The historical encyclopedia of world slavery, svazek I., Santa Barbara, 1997, 578 s., ISBN 0-8736-885-5.
- Ed. Skřejpek, M.: Sborník studentských příspěvků z konferencí římského práva, Praha: Právnická fakulta Univerzity Karlovy v Praze, 2001, 97 s., ISBN 80-85889-39-0
- Vojáček, L. a kol. : Dejiny verejného práva v Európe, Bratislava: Vydavatelské oddelenie Praf UK, 2004, 385 s., ISBN 80-7160-176-4.
- Internetové zdroje a právní předpisy:
- http://zpravy.idnes.cz/muslimsti-povstalci-ukamenovali-v-somalsku-zenu-pro-cizolozstvi-10l-/zahranicni.asp?c=A081028_085518_zahranicni_cen
- http://www.historycooperative.org/journals/ahr/111.4/pdf/mathisen_ahr111.4.pdf
- http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-48.htm#5

- Ústava ČR (z. č. 1/1993 Sb.)
- Trestní zákon (z. č. 140/1961 Sb.)
- Autorský zákon (z. č. 121/2000 Sb.)
- Zákon o mezinárodním právu soukromém a procesním (z. č. 97/1963 Sb.)

Contact – email
ObrovskaLucie@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TOWARDS TO THE MODERN PUBLIC HEALTH CARE SYSTEM IN HUNGARY (1867-1914)

BALÁZS PÁLVÖLGYI

Faculty of Law and Political Sciences, Széchenyi István University, Hungary

Abstract in original language
The process of the reform of the public health system was parallel with the general reform of the public administration system in Hungary. After 1875 the new policy of the government tried to reform this base, and launched a systematic codifications-work to press back the municipalities from the local public administration. The act of public health (1876) determined precisely the position of the community in the system of public administration concerning public health.

Key words in original language
Health care systém; Hungary; 1867-1914; reform of administration.

Preface

Although the final steps were made within a few years, the developing of the health-insurance system had taken several years, and the slow process brought very serious problems to solve. In the following pages we will try to expose the most important points of the apparition and transformation of the public health in Hungary between the second half of the 19th century till 1914.

Changes in the financing (1724-1875)

It is admitted that the working of the health system became more and more expensive due to the new technologies, new tools and the high costs of human work. The 19th century, which abounded in inventions in the domain of biology helping the medical sciences, forced the reform of the system of the public health as well.

In the beginning of the period the base of the financing was that everybody paid the bill for themselves, which means that the functioning of the system was maintained by the patients. But what about those who weren't able to pay, and above all in cases (mainly in disasters) which could be dangerous for the community? That is the crucial question, the base on which the system of the modern public health developed.

As it was evident, that the poorest couldn't have remained without medical treatment either, a decree of 1724 ordered that the communities should pay

the bill of the treatment of their poorest inhabitants, in case the poor didn't have any relatives, which could be obliged to pay the bill.[1] This solution equalized the costs between the inhabitants of the community. The next few steps aimed to extend this circle in a geographical way with a certain tax tool: in 1851/52 they created the so called "National Found" system[2], in which the costs of the medical treatments were to pay from a base of an additional tax, and a decree of 1855 prescribed that the medical treatment costs of the poor were to pay from the Found of the country of the Crown, in which the patient was registered. The condition of use of the "free" medical treatment was the production of the certificate of poverty. In this system those hospitals could participate which accomplished some criteria, related mainly to the capacity and the number of the possible forms of treatments. The hospitals which could admit patients not only from community could demand the payment for the poor from the Found.

After the restitution of constitutionalism in Hungary (1867), the new solution with the Act of Communities (1871) went back again to the anterior system, so the communities became responsible for their poor, including the financial responsibility for paying hospital invoices for them.[3] This law tended to give a solution for the problem of the certificate of residence, which could form a base for the free medical treatment as well. Although in the new liberal political climate the right for the free movement was evident, the admission of a poor person to the community could have had hard financial consequences in case of a long medical treatment. That was the main reason for the mainly refusing attitude of the communities towards the small people, namely that the communities tried to refuse, or at least spin out the admission when it was related with a treatment abroad.[4] To summarize the system, the row of the natural/legal persons obliged to pay for a medical treatment: 1) the patient 2) in case of poverty (with certificate drawn up by the authorities of the community) the relatives of the patient (or

---

[1] *A magyar korona országainak nemzetközi egészségügye. Az egyes igazgatási tárgyak fejlődésének történetével – hivatalos adatok nyomán.* Közli DR. LINZBAUER XAV. FERENCZ, magy. kir. egyetemi orvoskari tanár. Pest, 1868, Kugler. 34. BÉKÉSY, GÉZA: *A nyilvános betegápolás szabályai*. Budapest, 1902, Országos Központi Községi Nyomda Rt. továbbá 1898/XXI. tc. általános indoklása.

[2] cs.kir. BM 1852/33.009, magy. kir. udv. kancellária 1863/3244 – MOL K150-1867-17-IV-12-3833

[3] 1871/XVIII.tc. 22§ g

[4] We have to point out, that the general rules of registration weren't clear enough, and there were several opaque points in the serial of decrees, which aimed to give a solution. The position of women, children and domestic servants remained a vexed question, and therefore the misarranged system became a standing resource of hard financial problems for the communities and hospitals as well. – to the question: FELSZEGHY, BÉLA: *A községi illetőség*, Beszterce, é.n., Csallner Károly. PETRÓK, GYULA: *Illetőség, elhagyottá nyilvánítás, közsegélyezés*. Kaposvár, 1909, Szabó Lipót ny. POMOGYI, LÁSZLÓ: *Szegényügy és községi illetőség a polgári Magyarországon.* Budapest, 2001, Osiris. VITA, EMIL: *A községi illetőség.* MJÉ, 1912. szept., 36. füzet. A községek lépéseihez példa: *Polgármesteri jelentés Karczag rendezett tanácsú város 1900. évi közigazgatási állapotáról*. Karczag, 1902, Sződi S. ny.

association, charity organization and employer) 3) the community (with right of recourse) 4) the municipality.

There remained the question of the patients treated in Austria. Till 1807, the bill of the poor hospitalized in Austria was automatically paid from the fundus confraternitatum, so from the found which was created by Joseph II. from the properties of some orders. In 1807, as the capital dwindled away, it was necessary to have a special permission for the payment. From 1810 there were the Hungarian municipalities that paid for the poor, and between 1814 and 1855 the whole system was based on mutuality, which means that every country paid for the hospitalization in its territory. From 1855 it became the state which paid for its own citizens.[5] This system was adopted by the poor decree of 1872, and got only slightly modified by the further decrees, which aimed to make the process of payment precise.[6] Concerning the other countries, the fate of the bill of medical treatment depended eventually on the existence of international treaties or conventions. Several government of the German Alliance concluded treaty to resolve the same problem, and Austria joined it in 1853. In 1867 Austria concluded a treaty with some cantons of Switzerland, and in the 60s and 90s with Italy. With France and England there was only an accord concerning mutual hospitalization of insane patients, and with the United States, Serbia, Rumania and Turkey no treaties existed.[7]

The malfunction of the financing-system

The result of this system wasn't splendid at all. The different parts of the public health system belonged mainly to the communities and municipalities, which meant that even the so called "public" hospitals worked above all with the subsidies of the owner, so the community or municipality and the income from the patients. The erroneous system of the 70s' created an unmanageable quantity of cases of contested registration. The situation was aggravated by the beginning of mass internal migration, which led to a considerable surplus in Budapest and in the developing cities of the country and to a shortage in workers and tax-payers on the confines of Hungary. Due to the ambiguity of the rules of residence and registration into the community in several cases in which the facts weren't evident, the Home Office which was competent to make a decision, made a conclusion favourable to Budapest, or to the developing community in which the poor settled to find a job.[8] The strategy of the patients was absolutely

[5] 855/6382 (márc. 6.) cs.kir. BM

[6] BM 1872/8803, BM 1872/23.144, BM 1876/51.661, BM 1880/12.012

[7] A Budai Cs. Kir. Helytartóság 1854. évi jan. hó 14-i 537. sz. rendelete, 1897/XV. tc., LINZBAUER, 1868, GRÓSZ LIPÓT, 1869

[8] MOL K150-1653-1888-IV-23-6987

comprehensible. As Budapest had the largest capacity in medical treatment, the countryside-workers in need of hospitalization chose the capital in which they had better chances to have an adequate treatment as in their provenance. As a result, the municipalities and communities – according to the law of 1875[9] – had to pay considerable amounts of medical treatment for the workers who didn't obtain normal residence in the capital and remained pro forma registered in the provenance-community.

Shortly after the law came into force, it became clear that each part of the system was adverse party and they had a stake in not to cooperate with each other. The fundamental interest of the communities and municipalities dictated that they try to avoid the payment for the poor as far as possible: so the costs should be born by the relatives of the patient and if it wasn't possible, they tried to shift the obligation on another municipality, although it is worth to noting that in certain cases the community drew up the certificate of poverty – out of charity – even if the poor didn't accomplish all the criteria to obtain the document.[10] This situation contributed to the phenomenon of the imperfect filling of the information-sheet which caused a chaotic plight in the central administration, because all the parties – except the Home Office – were interested in the failed process of the ascertainment of state of registry, because in this case it was the state which was obliged to pay for the medical treatment of the poor. In this system it was the hospitals which could never receive their money on time, so in consequence even the policy of the owner of the institution – which aimed to spare money – caused serious financial difficulties to the hospitals.[11] Finally, even the hospitals made several mistakes in the process of admission. It occurred repeatedly that the hospitals filled in the admission-sheet only after the beginning of the medical treatment, and it resulted from this that if the state of provenance of the patient wasn't clear enough, the ambiguity could contribute to the felonious slowness of the finishing of the process.[12]

The growing administrative problems of the system of 1875, and the growing financial difficulties in the budget forced the government to rethink the possibilities of modifying the system. As the reform of the whole administrative system was – due to political reasons - practically impossible, and because the competence of the municipalities remained a touchy point, the government which aimed in a fashion to put under control the local administration decided to progress only step by step to avoid the larger

[9] 1875/III. tc.

[10] THIM, JÓZSEF: *A szegény betegek gyógyításáról.* Gyógyászat 1896, jan. 12. 24-25.

[11] MOL K150-86-1870-IV-9-5304, MOL K150-179-1872-IV-9-332-38482

[12] BM 1885/8989 (márc. 3.)

political difficulties.[13] This rather general political intention met the professional point of views of the experts of the public health system who already pointed out all the faults of the existing system to the political and the medical circles as well.[14]

The situation was given for the government: the system of the institution was financed supposedly by the communities and municipalities, and they decided in all the questions concerning its work. After a careful examination of the real financial situation of these legal persons, we could observe that it was eventually the state which maintained the whole system through the municipalities.

To have a better approach, it is absolutely necessary to have a look at the system of taxation at this time. In accordance with the laws of 1870s', the costs of the public health system were to finance from the "domiciliary-tax" in the municipalities (counties), from supplement-tax in the communities (cities), and from community-tax in the villages.[15] There was a considerable difference between the financial possibilities of the municipalities (counties) and the other legal persons (cities and villages), namely during the preparation-works of the budget of 1868, the Ministry of Finance blocked the introduction of the taxation based on "domiciliary -tax" with a decree and accomplished a budget with the system of subsidies, which replaced the "domiciliary"-tax annually.[16] The argument for this solution was that the municipalities effect tasks which form the tasks of the state anyhow and it is the municipality which accomplishes them instead of the direct state work. The municipalities lost their position concerning the taxation, added to which that the government created an institution for the execution of the taxation even on that level.[17] After a series of restructurating of the levy and reorganization of the administration of the municipalities, they had to retire from the administration of their own budget. As the municipalities didn't

---

[13] KOZÁRI, MÓNIKA: *Tisza Kálmán és kormányzati rendszere*. Budapest, 2003, Napvilág., WLASSICS, GYULA: *Önkormányzat és felügyeleti jog*. Különlenyomat a „Jogállam" XIII. évfolyamának 1. füzetéből., Bp, 1914, 9.

[14] DUBAY, MIKLÓS, DR.: *A közegészségügyi törvényjavaslathoz.* Bp, 1876, Franklin., CSATÁRY, LAJOS: *A közegészségügy államosítása, tekintettel a közigazgatási reformra.* Egészség, 1889/6, 271-276.

[15] 1870/XLII. tc. 11§, 13.§, 1872/XXXVI. tc. 10§, 1871/XVIII. tc. 121.§, 119-120§

[16] SZITA, JÁNOS: Tolna vármegye költségvetési gazdálkodása a dualizmus első éveiben (1867-1870). In: *Tanulmányok Tolna megye történetéből V.* Szekszárd, 1974, 319-342., a kérdéshez továbbá ld.: STIPTA, ISTVÁN: Megyei elképzelések a törvényhatóságok rendezéséről. In: *Jogtörténeti Tanulmányok V.* Budapest, 1983, Tankönyvkiadó. 305-319., illetve az 1886-os rendezéshez STIPTA, ISTVÁN: Parlamenti viták a területi önkormányzatról (1870-1886). In: *Hatalommegosztás és jogállamiság.* (szerk. Mezey Barna) Budapest, 1998, Osiris Könyvkiadó. 77-94.

[17] VÖRÖS, KÁROLY, 1956, KMETY, KÁROLY: *A magyar közigazgatási jog kézikönyve*. Budapest, 1900, Politzer Zsigmond könyvkereskedő kiadása. KMETY KÁROLY: *A magyar pénzügyi jog kézikönyve*. Budapest, 1902, Politzer.

have any considerable assets which could give them a certain financial playground, there remained only the very limited possibility of the supplement-taxation as a plausible aid with which they could count.

The cities on the contrary had – in comparison to the municipalities – reserved all their financial liberties. The cities normally had much more property than the municipalities did, and they had flexible opportunities to levy their own taxes which they could do with their own staff. In accordance with laws of 1870s' the cities could impose taxation on the indirect state taxes, and could introduce customs and duties as well.[18] After all, these kinds of incomes didn't appear in the outlays concerning the public health of the cities, it remained rather the use of the different duties such as the duty on the use of canalization, the duty on the meat-inspection, etc. [19] So the communities could have used the system of the so called supplement-taxes, which was attached to the normal taxes of the state. This form of taxation, which aimed to finance the different expenses of the communities, in principle didn't have a ceiling, so it was the financial possibilities of the contributors of the city which could have formed a bar to the levy. During this period the communities expressed their opinion against the ruling system of the supplement-taxes which - in its argumentation – surcharged the whole system of taxation of the communities while the communities accomplished a state task maintaining an expensive public health institution. Therefore the cities claimed that the state ceded to them a part of the state taxes admitting that the cities' costs concerning the public health form a part of the central budget.[20] Whatsoever the supplement taxation of the cities continuously augmented and the difference between the levels of taxation became more and more considerable, which caused an unjust and unequal situation.

Tasks of public health in the communities

To make it precise the possibilities of the presence of the medical staff on the local level, it is to detail that there were two types of doctors in sense of the public administration. Firstly there was the so called doctor of the district and the municipality who worked in fact in the system of the administration of the municipality, with the most important task of controlling the public health institution and its situation, and secondly there was the so called doctor of the community/village/medical circle, who had the primary task of the medical attendance and curing the local patients. The system adjusted in 1876 with the public health act created a slightly confused situation because the purview of the two positions in certain cases

[18] FABÓ, BEÁTA: *A budapesti vámvonalrendszer változása a XIX-XX. században.* Tanulmányok Budapest Múltjából (a továbbiakban TBM) XXV. (1996) 61-84.

[19] MÁRFFY, EDE: *A városi adók és illetékek*. Budapest, 1908, Szfőv. Háziny. 33.

[20] MÁRFFY, EDE: *A magyar városok háztartásának joga*. Bp, 1914, Szerzői kiadás.

overlapped, and in many occasions it was the doctor of the district who replaced the vacant doctor of the community/village/medical circle. Firstly it is worth to examining the situation of the community doctor because that should have been the key-position in the functioning of the public health system.

The base was given in the act of communities (1871), in the decree concerning the poor people (1872) and in the act of public health (1876). In accordance with these laws the community had to accomplish multiple obligations towards the poor people and had to maintain a more or less functioning public health system.

The act of public health (1876) determined precisely the position of the community in the system of public administration concerning public health: in this point of view the community formed the very last chain-link in the public administration, and enumerated the tasks as well: so from the tasks concerning the poor inhabitants came the obligation of medical attention of the poor and unrecoverably insane people, the blind, the deaf and dumb people, the foundlings and the foster-children. The vaccination and the social-hygiene were a community-obligation, as the maintenance of the cemetery and mortuary. Within this circle the community had to effect the food-[21], and water control, and assure the cleanness of the streets. All these tasks were to accomplish by the local police which was in this period - except in Budapest - a community institution, so its costs burdened the local budget.

The budget of the communities was charged with the costs of the doctor's salary, which was a common obligation of the communities over 6000 inhabitants. The smaller villages could accomplish this obligation in the so called "public health circle" in which they could form groups and hire the medical personnel together. The forming of these circles caused serious tension between the participants, added to which, that sometimes the municipality intended to expand the obligations of the medical personnel, to assure the functioning of the public health in the villages as well.[22]

As in accordance with the law the doctor had ordinary salary from the community but the level of the salary wasn't defined, - it was always defined by the municipalities (in accordance with the proposal of the community) - there were unimaginable differences between the incomes of the doctors of the communities. As in general the salary of the medical personnel depended on the financial situation of the community, and it was clear to the experts that the situation in which practically large districts remained without medical presence, could have changed only with a radical

[21] BM 1876/31.026

[22] MOL K150-748-1879-IV-1-48400

reform of the salary-system, which could have affected the political interests of the municipalities and communities as well.[23]

The program of the nationalization of the public health system

By the end of the 19th century it became clear that the whole system was set to reform. The following questions remained to be clarified: how deep should the public health be restructured, where are the limits of the possibilities of the politics of the government, and how efficiently could the municipality defend its interest, because beyond the real quotidian problems of the financing of the public health system. In a wider point of view the great question was the re-definition of the role of the municipalities and communities in the structure of the public administration, and the marking of the new limits of its autonomy. As this point seemed to be a great, crucial point, a long debate could be observed which contained as much a political, as a professional argumentation. So by the examination of the events it is worth to considering the complexity of the problem.

The restructuring of the financing of the hospitals

In the former system it was the municipality which took place at the end of the queue of the participants obliged to pay for the poor patients. This solution created an obvious chaotic plight in which serious differences emerged between the levels of deficits of the municipalities. As the rules of the law of 1875 which gave a solution concerning medical treatment fees were deeply modified by the law of the mutual-aid society and the law which arranged the relation in this term between the farm-servant and the boss, it was high time to create a new law in which all the rules and modifications of this domain would be placed.

The real importance of the law of 1898 was given by the new institution of the so called 'national fund of medical-treatment' which aimed to counterbalance the immense differences between the poor and rich regions of the country. The cover of the costs of the new institution was created by the supplement taxes added to the direct taxes such as the direct state tax (taxation of property), the income tax and the company-tax. From this new resource the costs of treatment of the poor patients (in case of lacking relatives, mutual-aid societies etc.), the costs of the defense against the contagious diseases (except the cholera and the pest, because the costs of these diseases were to pay from the budget directly), the costs of the foundlings till age the of 7, and finally the costs of the accouchement in hospitals were paid.

---

[23] *A magyarországi községi- és körorvosok országos értekezletéből felterjesztett kérvény a nm. belügyminiszter urhoz.* in: Közegészségügyi Kalauz, 1879/21 (nov. 1.), 1-2.

The restructuring of the situation of the village doctors

In the forming of the public health system diverse associations of doctors participated which worked out drafts for the reform of institutions in the early 1870s', and naturally the association of the so-called district or circle doctors was founded as well. These forms of the profession could make pressure on the Home Office and deliver information during the process of planning of the reforms.

The fact that the location of the doctors wasn't balanced and the cities abounded with medical praxis was well known by the government. The internal migration of the medical personnel was a widespread phenomenon, and it became so intensive that it already imperiled the basic functioning of the system. In the poor regions it was to observe that the circles were too big, the consultation fees were too low and there wasn't any opportunity to create a private praxis for the doctors of the villages from which they could have had a supplementary income counterbalancing the absolutely low salary. That was the main reason of the internal migration which was strengthened by the erratic payment of the villages, which means that the doctors usually received their salary late, and they had to claim for their salary repeatedly which was a humiliating practice to them. Although the Home Office prescribed in some decrees that the salaries of the doctors should be payed on time, the roots of the problems didn't change, because the financial conditions of the villages didn't improve.[24] As the doctors claimed about the bad conditions again in 1881, the ministry decided to link the payment to the number of the inhabitants of the villages and to assure the payment on time, allowed the introduction of a supplement taxation, with which the costs of the medical personnel were incorporated in the official budget. With these measures the problem of the payment was resolved in many circles, but in certain strongly rural parts of the country it was possible to pay just once a year: at the harvest, when the country-folk sold the crop. In these parts of the country the doctors had to be satisfied with the part-payment and the payment in kind.[25]

The situation in the countryside became more and more serious, added to which that the municipalities found a tricky solution to the problem: as the villages announced the vacancies with such a low salary that no application were received, therefore it became the district doctor – who was paid in practice by the state - who had to fulfill the task of the vacant doctor of the circle. So the doctor of the district, who was originally staff of the administration, with tasks of the public administration, became a certain supplement-doctor in case of the circle-doctor's absence.

[24] BM 1881/56.284/80

[25] MOL K150-1641-1888-IV-6-12031

As the government couldn't find a solution to the above mentioned problems, and the professionals insisted on creation of a new law, the government – taking into consideration the proposals of the medical associations – prepared a new law which had a double target. After a long preparation-period the new regulation came into effect in 1908.

The first point of view of its creation was the better definition of the purview of the doctor of the community/circle, so the doctor, who was originally in charge of the tasks of the medical treatment of the inhabitants of the community, and secondly had to accomplish some obligations concerning the administration of the public health system of its.

It remained the doctors' tasks to do the administrative work, so in accordance with the new law it was the doctor of the community/village/circle who had to accomplish the vaccination, the food-control, etc., to give information about the general trends of public health in his domain, and to participate in the work of the health commission of the community/village/circle.

The most important changes concerned the financial position of the doctors and the relation between the medical staff and the community/village/circle though. The salary of the doctor was defined by the law and represented in fact a mixed system in which the poorness of the territory should have been compensated. The compound salary chart had four elements: 1) basic salary 2) age-allowance 3) local-allowance 4) personal-allowance. Added to this salary the doctor had an accommodation-allowance or a real flat, the costs of the transport (of the medical visits), the fee of the medical visits. The law made a system of paid holiday and a financial base for pension to those doctors. The paid holiday of the doctors didn't only aim the recreation of the doctors. By that time the retraining-courses for doctors, which were organized by the universities in the summer period had become widespread. To give them an opportunity to participate as well, the system of replacement was to be resolved to.

Concerning the pension-system, with this new law the government launched the elaboration of a pension-institute, in which the payment of the doctors was completed by the state.[26] The first budget in which the items of the pension of these doctors appeared was the budget of 1913.[27]

In the previous system it was the community in fact which defined the salary of the doctors, and it was clear enough that with a simple prescription even a new law couldn't change the reality, so that the communities/villages didn't have enough money to pay more to the doctors. Therefore it was the

[26] *A nyugdíj*. Közegészségügy, 1913. szeptember 15.

[27] BM 1913/147.000

state which paid the points 1)-3) of the salary and it was only the 4) point of the payment which charged the budget of the community.

The points 1)-2) of the salary was to pay automatically, the local-allowance was to pay only in case of the poorness of the medical circle which formed a barrier to the creation of a private-praxis to the doctor. Theoretically it was the local-allowance which should have compensated for the immense differences between the levels of incomes of the doctors, so that should have been the financial device to assure the functioning of the public health in the poor territory of the country. The 4th point of the salary in the new system, so the personal-allowance was set to be the compensation in the domains in which the doctors had a higher salary level than in the new system they would have had.

The new law guaranteed the on time payment of the salary: the municipalities had to form a medical found in which the Home Office transferred the amount once a year while the communities/villages should have paid the sum of the personal-allowance, the accommodation-allowance and the travelling charges quaterly.

Conclusions

The process of the reform of the public health system was parallel with the general reform of the public administration system in Hungary. As at the time of the Ausgleich (1867) the Hungarian politician circles and the public opinion esteemed the relatively autonomic municipality as the gage of constitutionalism, the modern centralism wasn't realizable. Therefore the municipalities and communities became a branch of the public administration which effected the law and the decrees – in fact with subsidies from the state – with their own personnel. After 1875 the new policy of the government tried to reform this base, and launched a systematic codifications-work to press back the municipalities from the local public administration. As the direct step of the take-over under state-control of the entire public administration broke down in the 1890s', the government succeeded with a step-by-step policy, with which by the beginning of the 20th century the withstand-capacity of the municipal interest-groups was eliminated, and the local public administration came under direct financial control of the government.

Within the framework of the reform-process the government worked out the take-over of the majority of the public health system. With the categorization of the hospitals, with the creation of the national fund of medical treatment and with the assurance of the salary of the doctors in the countryside the government created a modern public health system with which it could defend the population against the most dangerous contagious diseases of the period and to provide a basic medical attendance.

Contact – email
bpalvolgyi@yahoo.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

HISTORICAL EVOLUTION OF STATE LAND CADASTRE IN RUSSIAN FEDERATION

JULIA PESHKOVA

Faculty of law, Saint Petersburg State University of Aerospace Instrumentation, Russia

Abstract
This contribution shows us that the all-round state approach to a land appraisal and land description existed not always. Herewith land registration is very important for development of state legal and economic relations because unrecorded land is not item of legal and economic turnover. On the basis of few written remaining certificates of the Ancient Russia period it is possible to consider that the princely authority realized necessity of the land registration even at that time. This article describes the whole historical evolution of the State Land Cadastre of the Russian Federation from the first attempt attachments of lot lands to geographical reference points to the today's satellite electronic account.

Key words
State Land Cadastre; Land appraisal; Land registry; National land census; Ordnance survey; Land surveying commission and expedition; Cadastral district; Cadastral region; Cadastral section; Land value.

The modern understanding of the State Land Cadastre is reflected in the special law accepted by the State Duma on November, 24th, 1999, it is «the organized code of the documentary data received as a result of carrying out of State cadastral registration of the ground areas, about a location area, a special-purpose designation and a legal status of the lands of the Russian Federation and data on territorial zones and presence located on the ground areas and objects strongly connected with the ground areas». The cadastral account, in turn, is defined as the description of the ground areas for the purpose of reception of individual characteristics of everyone, allowing unequivocally to allocate its (land plot) from others and to carry out a qualitative and economic estimation. Such descriptions are registered in the Uniform State Register of the lands with assignment to each land plot of its cadastral number.

Certainly, the all-round state approach to a land appraisal and land description existed not always. On the basis of few written remaining certificates of the Ancient Russia period it is possible to consider that the princely authority realized necessity of the land registration even at that time. According to Novgorod cadastres of the end of XV century which containe instructions on an accessory of the land plots to concrete owners, data on their area and an arrangement concerning natural reference points (the rivers, lakes, etc.), about fertility of the earth, the tradition of land description goes back to XI—XIII centuries.

In the Middle Ages at domination of feudal system of an economy when the ground rent expressed economic relations and distribution of state lands was a well-tried remedy of strengthening of the central power, last could not remain indifferent to a condition of ground fund. The size of a profitable part of treasury depended on it.

Development of so-called «cadastres» was finished approximately in 1551 which formulated principles and an order of the land description and accepted the unified unit of land taxation. It was "plough". The base size of a plough was 800 quarters of the land. However it could change depending on fertility of soil and a social status of the land owner.

According to principles of Ivan IV (1581) the National land census has been started (finished in 1592 in reign of his son Feodor). This census can be considered only conditionally as a prototype of cadastral account because it had a purpose — documentary nominal fixing of the peasants who were on the lands of concrete owners at that moment.

Further the government resorted to "patrols" (local censuses) not once, continuing to trace a condition of the lands. Especially sharp requirement for such measures was felt after the Time of Troubles in the conditions of deep economic crisis and ruin of the lands. The general land census has been spent in 1626. That census we can compare with the census of the period since 1766 (Catherine II) up to the end of XVIII century. It has received the name «Ordnance survey». Land survey has captured territory of 22 provinces. Its main objective was definition of a clear boundary of private landed estates and at the same time it solved many other problems concerning studying of economic position of the country. Besides detailed land maps, plans of provinces and districts Ordnance survey has left after itself the multivolume «economic notes». However, it's no regular and detailed data about quality of the surveyed lands and fertility of soils in it. It was no mass cadastral works in territory of the Russian empire up to the cancellation of the serfdom in 1861.

Serfdom liquidation has appreciably accelerated process of capitalisation of the lands. The lands of an agricultural purpose and occupied with industrial targets began to be involved actively in a market turn. Therefore there was a sharp requirement for new scale cadastral researches.

It was developed in the end of a XIX-th century on the basis of new founded state land surveying commissions and expeditions. The best scientists of that time conducting detailed research of a soil cover, productivity of cultures, efficiency of fodder grounds, location of the ground areas concerning the economic centres and commodity markets, took part in work of expeditions. Such indicators as presence of working and draught force, the size of capital investments, landed property and land tenure forms were carefully fixed also. Inspections were spent with application of the advanced foreign techniques of an estimation of the earth and on the basis of own original workings out which have essentially enriched world practice. Its data was

published in provincial state collections which have become the base of the state fiscal account, private transactions of purchase and sale of the land, bank hypothecary crediting.

Grandiose cadastral and land surveying work has been buried by 1917. The cadastral account seemed to be an unnecessary invention for the state. Having turned to the public property, the land has lost the former real price, and also its value. Considerable losses of the productive lands, its unreasonable withdrawal from an agricultural turn and transfer under industrial targets and objects of power departments, flooding of extensive territories for creation of artificial water basins became a consequence of it.

Returning to the account and an estimation of the lands by creation of uniform national state cadastre became a component of the agrarian reform developed in the Russian Federation in the beginning of 1990th years. On the State committee of the Russian Federation on land tenure and land management (State Committee on Land Resources and Development) founded in 1992, the problem on working out of methods of conducting a ground cadastre has been assigned. Only after finishing the necessary preparatory measures the Government of the Russian Federation has begun practical work on cadastre drawing up (by decree «About the state cadastral estimation of the earths», August 25th, 1999).

In November 1999 the State Duma had been passed the Federal law of the Russian Federation «About the state ground cadastre». The basic spheres of application of the cadastral account were: information supply of the state and municipal management of land resources, the state control over use and protection of the lands, actions for preservation and increase of fertility of the lands, the state registration of the rights to real estate and transactions with it, land management, economic land appraisal and account of land cost as a part of natural resources, establishment of a well-founded payment for the land.

The law has established compulsion of the cadastral account of all ground areas in territory of the Russian Federation irrespective of patterns of ownership, a special-purpose designation and resolved use of land plots. All registration data are registered in constantly filled up and updated uniform state register. It consists of following data on the ground areas: cadastral numbers; location (address); area; category of lands and resolved use of the ground areas; the description of borders of the ground areas and its separate parts; the real rights registered when due hereunder and restrictions (encumbrances); economic characteristics including the sizes of a payment for the land; qualitative characteristics including indicators of a condition of fertility of separate categories of the lands; presence of objects of the real estate strongly connected with the ground areas.

This act has established units of cadastral division of territory of the Russian Federation on cadastral districts, regions and sections to which the cadastral account is spent by a uniform technique. In September 2000 the

Government of the Russian Federation has accepted the Decree «About the statement of the rules for cadastral division of territory of the Russian Federation and the rules for assignment of cadastral numbers to the ground areas». According to it the cadastral district includes the territory of the subject of the Russian Federation (and also water area of internal waters and the territorial sea adjoining to this territory), cadastral region — territory of an administrative and territorial unit of the subject of the Russian Federation, cadastral section — small settlements, city blocks and other territories limited to natural and artificial objects.

In April, 2000 the Government of the Russian Federation has confirmed Rules for realization of the state cadastral valuation of lands. There is general principle of the cadastral valuation of lands in it — estimated zoning of territory. The estimated zone is understood as a part of the lands which are homogeneous for a special-purpose designation, a kind of functional use and relatives at cadastral cost.

Rules reflect three basic approaches which have developed in the modern theory of estimated activity: cost-based, comparative and profitable. The first provides definition of the expenses necessary for restoration or so-called "replacement" of object of an estimation taking into account its deterioration. The comparative approach reveals a project cost of an estimation proceeding from comparison of the prices for similar objects. Profitable is based on definition of size of expected profitable receipts from object of an estimation. Last two approaches are realised in Rules with the greatest completeness.

The cadastral valuation of lands of city and rural settlements, gardening and country associations first of all leans against the statistical analysis of market prices of similar objects of the real estate. On the contrary, at an estimation of agricultural lands out of line of city and rural settlements and the lands of wood fund it is necessary to use capitalization method of the settlement investment income.

Applied at a cadastral valuation of lands of an agricultural purpose the capitalization method of the rent considers many factors: condition of a soil cover, environmental conditions, location concerning commodity markets of agricultural and wood production, distance to the centre of an economy and warehousing and processing places, presence and quality of a high system. Concerning farmlands it is necessary to consider the categories of its use (an arable land, haymakings, pastures, personal plots, deposits).

The Government of the Russian Federation confirmed the rules for furnishing information of the state land cadastre in December 2000. This information is qualified as public, having open character except for carried to a category of the limited access (its list in the decree is absent). Therefore any citizen has the right to reception of necessary information from the state land cadastre without being obliged to prove the inquiry. The cadastral land registry of an agricultural purpose has come to the end in 2001.

The similar capitalization method of the investment income is used at a cadastral land registry of wood fund. Basic indicators for calculations are: base efficiency of the wood lands in natural and cost expression, estimated expenses for extraction, processing and transportation of wood, the price of realisation of finished goods. For the present ecological value of wood lands, protective function of wood plantings from erosion of soils, a wood role as supplier of valuable herbs, wild-growing berries and mushrooms is not considered.

At definition of cadastral land value of the industry out of settlements it is applied cost-based method together with the capitalization method of the investment income because there is a set of difficulties in reception of the authentic initial information. Therefore in some cases admits expedient to consider expenses for engineering-transport arrangement of territory of industrial regions.

Definition of cost of the ground areas occupied with industrial targets and objects of other special purpose concerns the most difficult kinds of cadastral works (the cosmodromes; starting complexes and the launchers used for space activity; sites under airdromes and other objects of air transport; the ground areas for placing of hydroelectric power stations, nuclear stations and other power stations; sites under objects of the road service, placed on strips of tap of highways). Here enter and especially protected territories. Territories of medical-improving districts and resorts, and also rest houses, boarding houses, objects of physical training and sports, etc. are considered as those.

The realisation of the Federal target program «Creation of the automated system of conducting the state land cadastre», confirmed by the Government of the Russian Federation in August 3rd, 1996 and prolonged till the end of 2001 by other Government Ordinance (December 30th, 2000) is finished. In all subjects of the Russian Federation it is developed more than 900 modern programmno-technical complexes of cadastral land registry. The Federal target program «The automated system of conducting the state land cadastre and the state registry of objects of the real estate» is valid. It is spent about 50 milliards rubles to finance this program using budgetary funds. The uniform system of bodies of the state cadastral registry — Federal official bodies «Ground cadastral chambers» is generated and installed in all territory of the Russian Federation. Transition to the centralised data storage of land statistics that provides possibility of a complex estimation of a current state and use of land resources became the important result.

Literature:

- Land Code of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009
- Forestry Code of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009
- Water Code of the Russian Federation, Moscow: Exsmo, 2009

- RF Presidential Edict No. 2130, December 11th, 1993 "Concerning the State Land Cadastre and registration of documents about estate in land"
- RF Government Ordinance No. 745, October 25th, 2001 About Confirmation of Federal Target Program "Creation of the automated system of conducting the state land cadastre and the state registry of objects of the real estate (2002 - 2007)"
- RF Government Ordinance No. 560, September 13th, 2005 About Confirmation of Subprogramme "Creation of the system of real estate cadastre (2006 - 2011)" of Federal Target Program "Creation of the automated system of conducting the state land cadastre and the state registry of objects of the real estate (2002 - 2007)"
- RF Government Ordinance No. 418, August 19th, 2004 About Confirmation of Regulation on Federal Land register of Property

Contact – email
jules84@mail.ru

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

CHRISTIANIZATION BY WAY OF LEGISLATION. THE THEODOSIAN CODE AS A SOURCE FOR THE RELIGIOUS POLICIES OF THE FIRST CHRISTIAN EMPERORS[*]

PÁL SÁRY

Faculty of Law, University of Miskolc, Hungary

Abstract in original language
The imperial legislation played a central part in the Christianization of the pagan Roman Empire. The course of Christianization is mirrored clearly in the material of the Theodosian Code. Reading the textes of the constitutions we can recognize the main religious political aims which were set by the first Christian emperors: (1) destruction of the pagan religion, (2) consolidation of the Christian mentality and scale of values, (3) defence of the Christian religion against the external effects and assaults, (4) protection of the purity of faith and the unity of the church, (5) stabilization of the position of the church, (6) regulation of the position of the Jews.

Key words in original language
Roman law; Imperial legislation; Theodosian Code; Religious policy; Christianization.

The Theodosian Code contains more than 2500 imperial constitutions which were issued between 311 and 437. During this period many changes happened in the life of the Roman Empire. Among others the pagan empire became Christian during this time. The course of Christianization is mirrored clearly in the material of the Code. Reading the textes of the constitutions we can recognize the main religious political aims which were set by the first Christian emperors.

1. The first aim was the progressive destruction of the pagan religion. The Christian emperors prohibited the pagan ceremonies; they ordered to punish the various kinds of prediction, magic and especially the sacrifices.[1] The pagan worship of emperors was abolished: adoration of statues and images of emperors was prohibited.[2] In most cases the rebellious pagans were to be punished with death. The pagan temples were closed, demolished or transformed; the treasures and endowments of them were confiscated.[3] The

[*] The research for this paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

[1] CTh 9.16.1-2, 4-12; 16.10.1-2, 4-13, 17, 19, 21, 23.

[2] CTh 15.4.1.

[3] CTh 5.13.3; 10.1.8; 16.10.4, 10-11, 13, 16, 18-19, 20, 25.

pagan festivals and the privileges of the pagan priests were abolished.[4] The pagans were excluded from the public officies.[5]

The first religious political steps of Constantine were very cautious: the prohibitions decreed by him were always combined with some concessions.[6] The successors of Constantine dealt with the pagans much more harshly, and this change was expressed clearly by the rough drafting of their edicts.[7]

2. The second aim was the consolidation of the Christian mentality and scale of values. The Christian emperors protected virginity and sexual morality. They abolished the matrimonial pressure,[8] and exempted those women who lived in perpetual virginity (in virginitate perpetua viventes) from the poll-tax (capitatio).[9] The sexual crimes were punished severely.[10] In the prisons men were to be separeted from women.[11] The emperors made efforts to suppress the obscene pagan debauches,[12] and to prevent the increase of prostitution.[13]

Protecting the marriages and families they impeded divorces,[14] and ordered to punish adultery by death.[15] Separation of members of slave families was forbidden.[16] The poor family men were given state support to feed their children.[17] The widowers who remarried suffered pecuniary disadvantages.[18]

The power of the fathers and the masters was restricted. The fatherly right to kill the child (ius vitae necisque) was abolished.[19] Reclaim an exposed child

---

[4] CTh 2.8.22; 6.3.1; 16.10.14.

[5] CTh 16.10.21.

[6] While, e.g., private (domestic) rites were prohibited, public ceremonies were permitted (CTh 9.16.1-2; 16.10.1), or, while malevolent magic was prohibited, benevolent sorcery was permitted by him (CTh 9.16.2).

[7] See, e.g., CTh 16.10.2: *cesset superstitio, sacrificiorum aboleatur insania*.

[8] CTh. 8.16.1.

[9] CTh 13.10.4.

[10] CTh 9.7.3, 6; 9.8.1; 9.9.1; 9.24.1-2; 9.25.1-3.

[11] CTh 9.3.3.

[12] CTh 15.6.1-2.

[13] CTh 15.8.1-2.

[14] CTh 3.16.1-2; 16.2.44.

[15] CTh 11.36.4.

[16] CTh 2.25.1.

[17] CTh 11.27.1-2.

[18] CTh 3.8.1-3; 3.9.1; 8.13.1, 4; 8.18.3, 10.

[19] CTh 9.14.1; 9.15.1.

from person who received him was prohibited.[20] Torture of slaves to death was declared a crime (homicidium).[21]

In the field of criminal law many other regulations were issued by the effect of Christianity. To sentence criminals to gladiatorial shows was forbidden.[22] On Sundays the governors had to visit the prisons and control the conditions of the prisoners.[23] During Lent to conduct criminal procedures and execute corporal punishments was prohibited.[24] At Eastertide amnesty was granted for prisoners.[25]

3. The third aim was the defence of the Christian religion against the external – pagan or Jewish – effects and assaults. The emperors protected the tranquillity of the Christian feasts. On Sundays, at Easter, Whitsun and Christmas all judicial procedure had to be suspended, and organization of spectacles was forbidden on these days.[26] Christians were exempted from the public duties which were connected with the pagan religion.[27] The actors who were baptized did not have to act on the stage any more.[28]

Defending the Christian religion Theodosius the Great forbade Jews and Christians to intermarry.[29] Jews could not have any Christian slaves.[30] Jews had to perform their religious rites without violation of Christianity.[31] The Jews who were baptized were given a special legal protection.[32]

Protecting the religious piety trading of the relics of martyres was forbidden.[33] The ecclesiastical dresses were given legal defence.[34] Oath-breaking had to be punished for religious reasons.[35] Defending the Christian

[20] CTh 5.9.1-2.
[21] CTh 9.12.1.
[22] CTh 15.12.1.
[23] CTh 9.3.7.
[24] CTh 9.35.4-5.
[25] CTh 9.38.3-4, 6-8.
[26] CTh 2.8.1, 18-21, 23-25; 8.8.1; 15.5.2, 5.
[27] CTh 12.1.112; 16.1.1; 16.2.5.
[28] CTh 15.7.1-2, 4, 8-9.
[29] CTh 3.7.2.
[30] CTh 3.1.5; 16.8.19, 22, 26; 16.9.1-5.
[31] CTh 16.8.18.
[32] CTh 16.8.1, 5, 28.
[33] CTh 9.17.7.
[34] CTh 15.7.12.
[35] CTh 2.9.3.

faith apostasy (from Christianity to paganism or Judaism) was declared a crime.[36]

4. The fourth aim was the protection of the purity of faith and the unity of the church. The Catholic emperors made efforts to confirm the Catholic religion and suppress the heresies. The imperial intervention in the religious cases was reasonable, because the religious conflicts endangered the unity of the whole empire.

Among the various heresies Arianism was the most dangerous. The struggle between the Catholics and the Arians finally ended with the victory of the Catholics. In 380, by his famous edict (Cunctos populos), Theodosius the Great declared the Catholic faith a state religion, and Arianism a heresy.[37] After this, obedience to the state included obedience to the Catholic Church, too.

The Catholic emperors forbade the heretics to come together, erect altars, build churches, teach their doctrins, perform religious services, ordain clerics.[38] The buildings and estates, in which they held their meetings, were forfeited to the state or the Catholic Church,[39] and the books, which contained their religious doctrins, were burned publicly.[40] The rebellious heretics usually had to pay a fine.[41] The aim of the punishment was emendation; punishability was ceased by conversion to the Catholic faith.[42] The incorrigible persons were exiled.[43]

The heretics lost their honesty and ability to hold public offices.[44] They suffered many disadvantages in the field of the law of succession and obligations.[45] It is worthy of note that the slave-owners and the patrons could be punished, if their slaves or tenant-farmers became heretics.[46] It was a special case of secondary (vicarious) liability (culpa in eligendo) in Roman law.

---

[36] CTh 16.7.1-7; 16.8.1, 7, 23.

[37] CTh 16.1.2.

[38] CTh 16.5.6, 8-12, 14-15, 20-22, 24, 26, 30, 34, 36-38, 40, 45, 51, 53-54, 56-58, 65-66; 16.6.4, 7.

[39] CTh 16.5.3, 4, 8, 12, 21, 30, 33-34, 36, 40, 43, 45, 52, 54, 57-59, 65; 16.6.2, 4.

[40] CTh 16.5.34, 66.

[41] The amount of the fine depended on the social position of the delinquents (CTh 16.5.52, 54).

[42] CTh 16.5.41.

[43] CTh 16.5.13, 18, 20, 29-34, 36, 45, 52-54, 57-58, 62, 64-65; 16.6.6; 16.10.24.

[44] CTh 16.5.3, 7, 9, 25, 29, 42, 48, 54, 58, 61, 65.

[45] CTh 16.5.7, 9, 17-18, 23, 25, 27, 36, 40, 49, 54, 58, 65; 16.6.4; 16.7.3.

[46] CTh 16.5.52.

5. The fifth aim was the stabilization of the position of the church. The church was given many privileges. The clerics were exempted from the curial duties, some taxes and a lot of other compulsory obligations.[47] Collaterally, however, the emperors restricted the circle of those persons who could be enrolled in the clergy: e. g. ordination of curials, provincial officials, tax-collectors, bakers and swine collectors were prohibited.[48]

In 321 bequests to the church were legalised.[49] In 434 the local churches and the monasteries were authorized the right of intestate succession.[50]

The bishops were given official power. The religious disputes fell within the exclusive competence of the ecclesiastical courts.[51] On basis of a compromise of the parties the bishops could adjudge secular legal disputes, too.[52] The decision of the bishop was not appealable.[53] The secular authorities had to execute the episcopal resolutions.

The church enjoyed many judicial privileges. The clerics were exempted from the jurisdiction of the secular courts.[54] The bishops could not be compelled to give evidence.[55] The members of the clergy could not be tortured.[56] The disputed legal cases in which the church was involved had to be resolved without any delay.[57]

The imperial constitutions granted the right of asylum to the churches.[58] Breaking of this right was declared a capital crime.[59] The church asylum provided effective shelter from the abuses of state authorities, local lords, and cruel slave-owners. It was possible, however, to misuse the right of asylum. For this reason the emperors restricted this right in some respects, e. g. they prohibited the clergymen to harbour debtors to the fisc.[60] At the same time the right of asylum was extended in space to the lounges, gardens

---

[47] CTh 8.5.46; 11.1.1, 33; 11.16.15, 18, 21-22; 13.1.1, 5, 11; 16.2.1-2, 7-11, 14-16, 24, 36, 40.

[48] CTh 8.4.7; 12.1.49, 59, 99, 104, 115, 121, 123, 163, 172; 14.3.11; 14.4.8; 16.2.3, 6, 17, 19, 21.

[49] CTh 16.2.4.

[50] CTh 5.3.1.

[51] CTh 16.2.23; 16.11.1.

[52] CTh 1.27.2.

[53] CTh 1.27.1-2.

[54] CTh 16.2.12, 41, 47.

[55] CTh 11.39.8.

[56] CTh 11.39.10.

[57] CTh 2.4.7.

[58] CTh 9.45.1-5.

[59] CTh 9.45.4.

[60] CTh 9.45.1, 3.

and courts of the churches on condition that the refugees were not allowed to sleep and eat within the sanctuary.[61]

The Christian emperors made the manumission of slaves possible in the churches.[62] In the beginning those who were manumitted in a church, in the presence of clerics, became only Latins, but later such persons obtained the civitas Romana. The clerics could manumit their own slaves without any formal restriction.

According to the testimony of the Code, in the fourth and fifth centuries some clerics, monks, and especially the parabalani often intervened in public affairs, and stood up against every injustice; e. g. they impeded the execution of unfair judgements.[63] It is easy to understand that the emperors could not tolerate acts of this kind: so the clerics were forbidden to disturb the administration of justice in any way,[64] the over-zealous monks were banished from the cities,[65] the number of the parabalani was restricted, and they were prohibited to enter the meeting place of a municipal council or a courtroom.[66]

The clerics were granted a special criminal protection; their physical insult was not a private delict but a public crime (cf. privilegium canonis).[67] Violation of the privileges of the church was declared also a crime.[68]

6. Finally, the sixth aim was the regulation of the position of the Jews. As stated above some rights of the Jews in defence of Christianity were restricted, e. g. they were not allowed to have Christian slaves. As the pagans and the heretics, the Jews were also excluded from the public officies.[69] On the other hand, however, the Christian state protected the Jewish religion. The Jews could come together without any restriction, and could exercise their ancient religion.[70] It is true that they were prohibited to build new synagogues, but their old synagogues were granted legal protection by the state.[71] They had their own judicial authorities.[72] Jewish

---

[61] CTh 9.45.4.

[62] CTh 4.7.1.

[63] The *parabalani* belonged to a religious guild, whose members were occupied in attending sick persons.

[64] CTh 9.40.15-16; 11.36.31.

[65] CTh 16.3.1.

[66] CTh 16.2.42-43.

[67] CTh 16.2.31.

[68] CTh 16.2.34, 40.

[69] CTh 16.8.16, 24.

[70] CTh 2.8.26; 8.8.8; 16.8.9, 20.

[71] CTh 7.8.2; 16.8.12, 21-22, 25-27.

[72] CTh 2.1.10.

religious leaders enjoyed many privileges,[73] and anti-Semitic manifestations were declared crimes.[74]

Since all these main aims could be realized, the pagan Roman Empire became Christian formally within some generations. It can be stated that the imperial legislation played a central part in this colossal change.

Literature:

- Biondi, B., Il diritto romano cristiano, I–III, Milano, 1952–1954.
- Boyd, W. K., The Ecclesiastical Edicts of the Theodosian Code, New York, 1905.
- Coleman-Norton, P. R., Roman State & Christian Church. A Collection of Legal Documents to A.D. 535, I–III, London, 1966.
- De Giovanni, L., Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti chiesa-stato, Napoli, 1985.
- Di Mauro Todini, A., Aspetti della legislazione religiosa del IV secolo, Roma, 1990.
- Escribano Paño, M. V., La construction de l'image de l'hérétique dans le Code Théodosien XVI, in J.-N. Guinot and F. Richard, eds., Empire chrétien et Église aux IVe et Ve siècles. Integration ou 'concordat'? Le témoignage du Code théodosien, Paris, 2008, pp. 389–412.
- Evans Grubbs, J., Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation, Oxford, 1995.
- Evans Grubbs, J., Virgins and Widows, Show-Girls and Whores: Late Roman Legislation on Women and Christianity, in R. W. Mathisen, ed., Law, Society, and Authority in Late Antiquity, Oxford, 1999, pp. 220–241.
- Ferrari Dalle Spade, G., Immunità ecclesiastiche nel diritto romano imperiale, Atti del Reale Istituto Veneto di Scienze. Lettere ed Arti 99 (1939–1940), pp. 107–248.

[73] CTh 16.8.2-4, 10, 13, 15, 17.
[74] CTh 16.8.11-12, 21, 25-26; 16.10.24.

- Gaudemet, J., L'Église dans l'empire romain (IVe-Ve siècles), Paris, 1958.
- Gemmiti, D., La chiesa privilegiata nel Codice Teodosiano. Vescovo, clero e monaci: aspetti emblematici, Napoli, Roma, 1991.
- Härtel, G., Die Religionspolitik der römischen Kaiser von Diocletian bis Justinian I. anhand ausgewählter beispiele aus dem Codex Theodosianus, dem Codex Justinianus und den Novellen Justinians I, Acta Classica Universitatis Scientiarum Debreceniensis 22 (1986), pp. 69–86.
- Herrmann, E., Ecclesia in Re Publica. Die Entwicklung der Kirche von pseudostaatlicher zu staatlich inkorporierter Existenz, Frankfurt am Main, Bern, Cirencester, 1980.
- Herrmann, J., Cod. Theod. 9,45: De his, qui ad ecclesias confugiunt, in G. Kleinheyer and P. Mikat, eds., Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, Paderborn, 1979, pp. 271–282.
- Hunt, D., Christianising the Roman Empire: the evidence of the Code. in J. Harries and I. Wood, eds., The Theodosian Code. Studies in the Imperial Law of Late Antiquity, London, 1993, pp. 143–158.
- Huttmann, M. A., The Establishment of Christianity and the Proscription of Paganism, New York, 1914.
- Joannou, P. P., La législation impériale et la christianisation de l'Empire Romain (311–476), Roma, 1972.
- Kuefler, M. S., The Marriage Revolution in Late Antiquity: The Theodosian Code and Later Roman Marriage Law, Journal of Family History 32 (2007), pp. 343–370.
- Langenfeld, H., Christianisirungspolitik und Sklavengesetzgebung der römischen Kaiser von Konstantin bis Theodosius II, Bonn, 1977.
- Noethlichs, K. L., Die gesetzgeberischen Maßnahmen der christlichen Kaiser des vierten Jahrhunderts gegen Häretiker, Heiden und Juden, Köln, 1971.

- Noethlichs, K. L., Zur Einflussnahme des Staates auf die Entwicklung eines christlichen Klerikerstandes. Schicht- und berufsspezifische Bestimmungen für den Klerus im 4. und 5. Jahrhundert in den spätantiken Rechtsquellen, Jahrbuch für Antike und Christentum 15 (1972), pp. 28–59.
- Noethlichs, K. L., Materialen zum Bischofsbild aus den spätantiken Rechtsquellen, Jahrbuch für Antike und Christentum 16 (1973), pp. 28–59.
- Noethlichs, K. L., Die Juden im christlichen Imperium Romanum, Berlin, 2001.
- Rouge, J., La legislation de Théodose contre les hérétiques. Traduction de C.Th. XVI,5,6–24, in Epaktasis. Mélanges patristiques offerts au Cardinal Jean Daniélou, Paris, 1972, pp. 635–649.
- Salzman, M. R., The Evidence for the Conversion of the Roman Empire to Christianity in Book 16 of the Theodosian Code, Historia 42 (1993), pp. 362–378.
- Sandwell, I., Outlawing 'Magic' or Outlawing 'Religion'? Libanius and the Theodosian Code as Evidence for Legislation against 'Pagan' Practices, in W. V. Harris, ed., The Spread of Christianity in the First Four Centuries. Essays in Explanation, Leiden, Boston, 2005, pp. 87–124.
- Sáry, P., Pogány birodalomból keresztény birodalom. A Római Birodalom kereszténnyé válása a Codex Theodosianus tükrében, Budapest, 2009.
- Tilden, P., Religious intolerance in the later Roman empire: the evidence of the Theodosian code, Exeter, 2006.
- Vogler, C., Les Juifs dans le Code Théodosien, in J. Le Brun, ed., Les chrétiens devant le fait Juif, Paris, 1979, pp. 35–74.

- Zuccotti, F., 'Furor hereticorum'. Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione della eterodossia religiosa nella legislazione del Tardo Impero Romano, Milano, 1992.

Contact – email
sarypal@hotmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZÁKONODÁRNÁ ČINNOST REVOLUČNÍHO NÁRODNÍHO SHROMÁŽDĚNÍ (1918 – 1920) PŘI REFORMOVÁNÍ VEŘEJNÉ SPRÁVY

KAREL SCHELLE

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Revoluční národní shromáždění vzniklo v polovině listopadu 1918 z Národního výboru. Jeho hlavním úkolem bylo připravit pro Československo definitivní ústavu. Souběžně s ústavou připravovalo však řadu doplňujících právních předpisů. K jedněm z nejdůležitějších patřily zákony vztahující se k reformování veřejné správy. Jako první si RNS vzalo za úkol oživit obecní zřízení. Proto již v lednu 1919 byly vydány dva pro obecní správu rozhodující zákony, a to tzv. novela obecního zřízení a zákon o volbách do obcí. V polovině roku 1919 došlo k jejich realizaci. Hlavním cílem však bylo připravit komplexní správní reformu sjednocující veřejnou správu na celém území československého státu. A tak společně s československou ústavou konce února 1920 byl vydán tzv. župní zákon, podle kterého mělo být československé území rozděleno na župy a ty dále na okresy. K jeho realizaci však nikdy nedošlo.

Key words in original language
Revoluční národní shromáždění.

Abstract
The Revolutionary National Assembly was established in the middle of November of 1918 as a successor of the National Committee. Its main purpose was to draft a final constitution for Czechoslovakia and thereto it worked on preparation of a number of supplementing legal regulations. Especially the laws on public administration reform were the most important ones. As its very first task, the RNA decided to revive municipal system and thus in January of 1919 the two crucial acts on municipal administration were passed, i.e. an amendment regarding municipal system and an Act on Municipal Elections and these acts were implemented in the middle of 1919. Nonetheless, the main goal was to prepare a complex reform of public administration that would unify public administration throughout the territory of Czechoslovakia. Hence, along with the Czechoslovakian Constitution, the Region Act, under which the Czechoslovakian territory was to be divided into regions which would further divide into districts, was passed at the end of February of 1920. However it has never been implemented.

Key words
The Revolutionary National Assembly.

Veřejná správa převzatá Československou republikou z rakousko-uherské monarchie se stala jedním z těch problémů, které vládní místa nejen, že nemohla povšimnutí, ale naopak se musela připravit na jejich brzké řešení. Švehlova opatření v podobě zřízení bezmocných důvěrníků u orgánů politické správy v českých zemích, zdaleka nemohla uspokojit ani minimální požadavky na správní reformu, o níž se stále intenzivněji diskutovalo. Dosavadní veřejná správa těžkopádností, existencí značného množství předpisů, dvojí legislativou zemskou a říšskou, růzností v Čechách, na Moravě a ve Slezsku, zcela odlišným správním systémem na Slovensku a údajně přílišnou nákladností. Rovněž převzatá dvojkolejnost se stále více ukazovala jako brzda dalšího rozvoje celého správního systému. Proto částečná reforma obecního zřízení uskutečněná v únoru 1919 musela být považovaná jen jako dočasné opatření. Reformou veřejné správy se mělo navíc zajistit definitivní začlenění Slovenska a Podkarpatské Rusi do unitárního státu a tím zamezit autonomistickým snahám, které se od roku 1919 začínaly, především z řad slovenské ľudové strany objevovat, odkazujíc na ustanovení Pittsburské dohody. Nutnost reorganizovat veřejnou správu si v této době již tedy stále intenzivněji uvědomovaly v podstatě všechny politické kruhy. Z toho důvodu příprava zásadní reformy veřejné správy v Československu se stala jedním z nejdůležitějších úkolů, které byly postaveny před Švehlovo ministerstvo vnitra.

V této souvislosti je třeba si uvědomit, že myšlenka na reformu již zastaralého systému veřejné správy nevznikla až v důsledku vzniku Československé republiky, ale pouze se navazovalo na celou řadu reformních snah objevujících se již v posledním období habsburské monarchie.[1]

Ani jeden z navrhovaných projektů v posledních dvaceti letech života habsburské monarchie nebyl ovšem uskutečněn, a tak organizace politické správy zůstala zcela nezměněná. Všechny návrhy ovšem i přes svoji značnou odlišnost měly jedno společné, hledaly východisko ve vytvoření menších správních útvarů v podobě krajů, které by se staly základní administrativní jednotkou v čele s politickými orgány s rozhodující pravomocí. Tím by se kraje staly jádrem celé soustavy politické správy. Tyto tendence rozpadem rakousko-uherské monarchie nezapadly, ale naopak teprve po vzniku Československá mohly být realizovány, samozřejmé s přihlédnutím k novým možnostem a potřebám československého státu, přičemž se muselo rovněž uvažovat o jejich použitelnosti pro Slovensko. Navíc projekt krajského zřízení musí být zbaven bývalého nacionálního náboje, kdy myšlenka na vytvoření krajů v rukou německých politiků měla sloužit k zaostření národnostního sporu a

[1] Z rozsáhlé literatury viz zejména: **Rieger, B.**: *Přehled nejnovějších návrhů zřízení krajského,* Praha 1903

pod záminkou národnostního vyrovnání přispět v Čechách k správnímu roztržení země a k vytvoření tzv. uzavřeného území.[2]

Rovněž municipální samospráva na Slovensku, jejíž základy pocházely ještě z feudálních Uher, čekala mnoho let na zásadnější reformu. Ani zde pokusy o podstatnější změnu celého správního systému, neměly pronikavější odezvu. Ať již návrh Szapáryho z roku 1897 nebo snahy Bánffyho směřující k postátnění uherské samosprávy, vždy narazily na odpor především uherské gentry, která téměř veškeré administrativní úřady měla ve svém držení.[3]

Převzatá rakouská a uherská správa recepčním zákonem z 28. října 1918 tedy nevyhovovala potřebám mladého československého státu. Reforma veřejné správy tedy za daných okolností byla zcela nevyhnutelná. Nová organizace správy navíc musela alespoň částečně splnit požadavky na „zlaicizování státní správy".[4] To pochopitelně, předpokládalo nejen odstranění dvoukolejnosti v českých zelních, ale zároveň její odbyrokratizování a postavení na zcela poněkud jiné základy. V souladu s tím bylo třeba zajistit optimálnější koncentraci správy sloučením agend v nejednom typu úřadu, čímž mělo dojít za účelem zrychlení a zpružnění úřadování ke zrušení zbytečných úřadů.[5] Nutnost reformy veřejné správy byla tedy tak aktuální, že ministerstvo vnitra prakticky hned od svého vzniku začalo s její přípravou. Po zrušení národních výborů a vytvoření osnovy novely k obecnímu zřízení začalo se uvažovat o hlavních směrech, kterými bude reforma veřejné správy orientována. S prvními představami o úkolech, které čeká ministerstvo vnitra v tomto směru, seznámil Antonín Švehla veřejnost hned po Novém roce 1919 v poskytnutém rozhovoru pro Národní listy. Zde poukázal na pět nejdůležitějších momentů, s nimiž se bude v oblasti státní správy třeba vypořádat:

l. zlidovění zastupitelských správních sborů,

---

[2] **Houser, J. - Urfus, V.**: *Politická správa na Slovensku za buržoazní předmnichovské republiky*, Historický časopis, IX, 1961, s. 279.

[3] K tomu **Rieger, B.**: *O samosprávě v Uhrách.* In: Drobné spisy II, Praha, 1919, s. 413n.

[4] **Šťastný, K.**: *Několik slov k reformě správy,* Správní obzor, X, 1919, s. 103; **Laštovka, K.**: *Reforma správy politické,* Správní obzor, X.,1919, s. 19; **Hoetzel, J**.: *Důležitá otázka veřejné správy,* Národní politika ze 7. ledna 1919; **Hoetzel, J.**: *Dvojí správní kolej*, Národní politika z 18. prosince 1918.

[5] **Kállay, J.**: *Organizácia verejnej správy.* In: Slovensko kedysi a teraz, sestavil **E. W. Seton Watson**, Praha 1931, s. 215; **Laštovka, K.**: *Dějiny organi*zace *politické správy v Československé republice.* In: Slovník veřejného práva československého, díl I, Brno 1929, s. 357; **Drachovský, J.**: *Reforma veřejné správy v Československu,* Parlament, III, 1924, s. 251 n.

2. zajištění nové úpravy poměrů státní správy k samosprávě,

3. provedení nového rozdělení správních obvodů a jejich vztah k dosavadním zemským hranicím,

4. sblížení státního organismu se Slovenskem,

5. zrychlení a zlevnění celého správního postupu.

Úkoly to byly tedy nemalé a navíc jejich řešení velmi spěchalo.[6]

Ještě před zahájením prvních kroků v přípravě správní reformy musely být ovšem rozhodnuty hlavní zásady, na nichž bude reforma postavena. Především muselo být stanoveno, v jakém rozsahu bude reforma uskutečněna a jakých oblastí veřejné správy se bude dotýkat. Na tento problém nebylo těžké odpovědět. Nejvyšší správní úřady byly konstituovány teprve před několika týdny a na novele k obecnímu zřízení rovněž ještě nezaschl inkoust. Z těchto důvodů do reformy nebyly zahrnuty nejvyšší a nejnižší složky veřejné správy. Zároveň z reformy byla vyňata správa prováděná samosprávnými státními úřady a odbornými samosprávnými svazy.

Dále bylo třeba stanovit základní principy budoucí reformy. Jak již bylo uvedeno, bylo jisté, že správa musí být zorganizována tak, aby byla přístupnější obyvatelstvu, nebyla nákladná a svůj význam měl i unifikační prvek. S tím souviselo rozhodnutí, zda budoucí správa bude postavena na bývalém rakouském nebo uherském principu, případně zvolena varianta třetí kompromisní.

Jako podklad pro rozhodnutí sloužily jednak konkrétní zkušenosti přímo správních funkcionářů, které byly vtěleny do řady návrhů, námětů a úvah, jež bylo možné v té době nalézt nejen na stránkách denního tisku, ale i řady odborných časopisů, jakými byly například Věstník Českých okresů, Věstník českých měst, Správní obzor a další. Rovněž Klub konceptních úředníků českého zemského výboru vydal podnětnou studii nazvanou „Krajská správa" obsahující některé zajímavé myšlenky. Druhým pramenem, z něhož mohli autoři hlavních zásad budoucí správní reformy čerpat, byly bývalé pokusy o správní reformu a to jak v Rakousku, tak v Uhrách. Konečně bezesporu použitelné byly i zkušenosti a návrhy z jiných států, především ve střední Evropě.

V lednu a únoru 1919 zároveň ministerstvo vnitra provedlo anketu v rámci níž se obrátilo jednak na zástupce autonomních útvarů, jimiž byly především Svaz českých okresů, Svaz českých měst, Ústředí starostenských sborů na Moravě a ve Slezsku a jednak na zástupce úředníků sdružených v

[6] Národní listy z 1. ledna 1919.

Klubu českých úředníků zemského výboru, Jednotě českých samosprávných úředníků zemí koruny České, Jednotě právníků ve službách země, okresů a obcí, Klubu konceptních úředníků politické správy a Klubu konceptních úředníků politické správy a Klubu státních úředníků a posléze na obchodní a živnostenské komory a zemědělské rady, a požádalo je o odpovědi na pět otázek:

1. Zda je vhodné zřídit pro řádné obstarávání sjednocené vnitřní správy nové úřady - kraje a z jakých důvodů?

2. Kolik krajů by bylo účelné zřídit, v jaké velikosti a s jakým průměrným počtem obyvatelstva?

3. Jaká by měla být působnost krajských úřadů nejen vůči ostatním úřadům politické správy, ale i vůči samosprávným korporacím, a jaké změny s tím související by bylo potřebné uskutečnit v těchto úřadech a korporacích?

4. Jaká má být organizace krajských úřadů? Zda a v jaké míře by měla být u krajských úřadů přiznána účast zástupců obyvatelstva, jak by tito zástupci měli být ustaveni a v jaké formě by jejich účast měla být upravena?

5. Zda se má přiznat krajským úřadům i zákonodárná, resp. nařizovací pravomoc a v jakém rozsahu?[7]

Z dotazníku tedy vyplynulo, že ministerstvo vnitra v souladu s předválečnými koncepcemi správních reforem, počítalo se zavedením krajského zřízení, jako organizačního základu pro novou správní reformu, ovšem na zcela jiných principech Důvod, proč anketa počítala s krajským řízením, je třeba hledat nejen ve změně politické situace, která se vytvořila vyhlášením samostatného československého státu, ale kraje jako nové administrativně teritoriální celky měly zabezpečit pružnější a levnější správu. Současně mělo krajské zřízení sloužit k snadnějšímu začlenění Slovenska do nového státu.[8]

V této fázi přípravy správní reformy však myšlenka krajského zřízení ještě zdaleka všude nevyvolala kladnou odezvu. Zcela jednoznačně ji zavrhli představitelé okresní samosprávy v Čechách, kteří se za tím účelem sešli v dubnu 1919 v Praze na mimořádném sjezdu českých okresů. Pro zachování zemí se vyslovili i zástupci moravských okresních silničních výborů na sjezdu v Brně v březnu 1919. Ze stanoviska prezidia zemské správy politické v Praze vyplynulo, že její představitelé sice pro kraje, ale jen jako

---

[7] Tisky RNS, tisk 2422, Správa výboru ústavního o návrhu zákona o zřízení župních a okresních úřadů v republice Československé.

[8] **Houser, J. – Urfus, V.**: *Politická správa na Slovensku za buržoazní předmnichovské republiky*, Historický časopis, IX, 1961, s. 279; **Lipscher, L.**: *K vývinu polítickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 184.

orgánů II. instance při zachování zemí. Podobný názor vyslovil Klub konceptních úředníků zemského výboru v Čechách. Naopak Jednota českých samosprávných úředníků se jednoznačně vyslovila pro zachování zemí a proti krajům. Krajské zřízení našlo negativní odezvu i u moravského zemského výboru v Brně atd. Na druhé straně řada jiných institucí a korporací k projektu krajského zřízení našla kladný vztah.[9]

Na základě došlých odpovědí vypracovalo ministerstvo vnitra pamětní spis o reformě vnitřní politické správy, který předložilo 3. května 1919 ministerské radě. Obsahoval hlavní zásady, podle nichž měla být vypracována osnova příslušného zákona. Správní reforma se měla podle jeho autorů zakládat na třech hlavních principech:

l. Správa vrchnostenská, zeměpanská i autonomní, měla být v zásadě sloučena, unifikována vždy v jediném státním úřadě. Obce měly sice zůstat jako samostatné korporace, ale jejich vrchnostenská pravomoc měla být ve smyslu novely k obecnímu zřízení přiměřeně upravena.

2. Obvody těchto úřadů měly být voleny tak, aby byly dost blízko obyvatelstvu, aby dále zabezpečovaly plné využívání odborného personálu, který by byl těmto úřadům přidělen, a popř. aby mohly být i finančně dosti silným nositelem různých veřejných místních úkolů, jež státní správa nechce nebo nemůže obstarávat svým nákladem. Při stanovení těchto obvodů nemuselo být přihlíženo k hranicím jednotlivých zemí.

3. Požadavku demokratizace správy mělo být vyhověno rozsáhlým přibíráním laického elementu k spolupůsobení a to nejen jako elementu poradního nýbrž i rozhodujícího.

V nižších instancích měl být zachován princip koncentrace správy. V I. instanci měly vykonávat politickou správu podkrajské úřady a statutární města, ve druhé instanci krajské úřady. Podkrajské úřady měly být zřizovány vždy pro obvod soudního okresu, protože se mělo za to, že tehdejší politické okresy jsou příliš velké a znemožňují užší styk úřadů s obyvatelstvem. Krajských úřadů mělo být v Čechách zřízeno 8, na Moravě a ve Slezsku 5, na Slovensku 6 a na Podkarpatské Rusi l. Působnost těchto úřadů měla být upravena tak, že podkrajské úřady měly mít kompetenci dosavadních okresních hejtmanství a okresních výborů (resp. okresních silničních výborů), krajské úřady potom dosavadních zemských správ politických a zemských výborů. Značný důraz byl kladen na účast občanů ve veřejné správě. Z tohoto důvodu se měly u politických úřadů rozeznávat

[9] *Mimořádný sjezd českých okresů Království českého (O reformě vnitřní správy)*, Praha 1919; k tomu řada článků ve Věstníku Poradního sboru českých okresů v Království českém, IX.; Brněnské noviny z 30. ledna 1920; Národní archiv (dále jen NA), fond MV 1918 - 1924, karton 104, sig. 3/18/1/2; tamtéž, karton 105, sign. 3/18/1/3; tamtéž, karton 110, sign. 3/18/1/29; atd.

dvě agendy: do první měly patřit ty záležitostí, které bylo nutno bezvýjimečně vyhradit úřednickému rozhodování, do druhé potom záležitosti „v nichž jde spíše o uplatňování jistých veřejných nároků a vyrovnávání jich mezi sebou, čili tzv. správní justice“.

U podkrajských a krajských úřadů měly být zřízeny zvláštní senáty, které by za řízení úředníka vykonávaly správní justici v celé veřejné správě. Senáty se měly skládat z l úředníka a 2 zástupců občanů. Úředník měl mít právo odvolat se proti usnesení senátu k vyšší instanci, když by podle jeho názoru bylo porušeno objektivní právo.

K obstarávání záležitostí, které dříve vykonávaly samosprávné korporace a které by stát na sebe nepřevzal (obor kulturní a tzv. blahobytová péče, jako např. školství, zdravotnictví, zprostředkování práce apod.) měly být zřízeny podkrajské a krajské výbory. Dvě třetiny jejich členů se měly volit, zatímco zbývající třetinu měla jmenovat vláda „aby byl paralyzován politický ráz všech veřejných voleb a přibráni i zástupci zkušení, ale v politických bojích se méně účastnivší“. Výbory měly konat schůze za předsednictví přednosty krajského a podkrajského úřadu, který měl mít právo jejich usnesení zastavit, pokud by se příčilo zákonu nebo nebylo účelné. Výbory měly být poradním orgánem svého úřadu, který by mohl a v jistých případech musel si vyžádat jejich dobré zdání a kromě toho měly volit členy soudních senátů pro správní justici.

Krajské úřady měly být konečně i orgánem zákonodárné moci. Jejich zákonodárná moc měla být ovšem omezena a měla se vztahovat na prováděcí předpisy k zákonům celostátním, pokud by to bylo v těchto výslovně připuštěno, a na jisté záležitosti týkající se například ochrany zemědělství, opatřování bytů, sociální péče, školství apod. Přitom muselo být stanoveno, že právo celostátní má přednost před právem druhého řádu (krajským) a že prezident má právo absolutního veta.[10]

Návrh reformy státní správy, byl tedy vzhledem k existujícímu stavu do značné míry pokrokového charakteru. Zvlášť významné bylo ustanovení o účasti laického živlu jak v soudních senátech, tak v krajských a podkrajských výborech.

Pamětní spis byl ministerskou radou schválen 12. května 1919, přičemž v diskusi převládl názor, aby kraje byly spíše větší a aby neměly zákonodárnou pravomoc.[11] Poté byl spis okamžitě rozeslán na jednotlivá ministerstva k vyjádření. Návrhy obsažené v tomto spise také bezprostředně vyvolaly velmi živý ohlas.

---

[10] **Janák, J.**: *Vývoj správy v českých zemách v epoše kapitalismu II, Období první a druhé republiky a okupace (1918 – 1945),* Praha 1971, *s.* 55 - 56.

[11] NA, fond PMR. 1919 5 - 6; karton 4032, protokol ze 71. schůze vlády z 12. května 1919.

Zásadní problém, který se v dalších měsících při diskusích o budoucí reformě politické správy objevil, bylo zda-li má být přikročeno k zcela nové organizaci politické správy, zrušením tradičních zemí a vytvořením podstatně menších jednotek, nebo ponecháno již vžité zemské zřízení a pouze v rámci něho přikročeno k reformním zásahům do správní organizace. V případě, že by měla být prosazena první varianta, s níž konečně počítalo i ministerstvo vnitra, vyvolala bouřlivé diskuse otázka o tom, jak velké administrativně-teritoriální celky se bude jednat, zda to budou kraje (resp. župy) malé, velké nebo střední, tedy mají-li mít 100 - 120 tisíc obyvatel, či 500 -700 tisíc obyvatel nebo zda se má jít ještě nad tento počet. Tyto problémy zůstaly v podstatě otevřeny až do posledních okamžiků přijetí zákona o správní reformě a staly se, vlastně ústředním mottem politického boje v rámci přípravy a projednávání návrhů i budoucí osnovy zákona zakotvujícího novou organizací veřejné správy.[12]

V průběhu měsíce června 1919 byla také na ministerstvu vnitra, připravena první verze osnovy zákona o krajském zřízení a okamžitě rozeslána všem odborům ministerstva vnitra, ostatním ministerstvům, nejrůznějším orgánům, organizacím, institucím, zájmovým korporacím a zemským politickým správám k vyjádření. Zároveň byla zřízena meziministerská komise pro přípravu veřejné správy.[13] V červenci 1919 také vyšel zákon č. 431 Sb., jímž bylo zřízeno ministerstvo pro sjednocení správy a zákonodárství, běžně nazývané ministerstvem unifikací, do jehož čela byl v prosinci toho roku postaven Milan Hodža. Jejím úkolem bylo v maximální míře spolupracovat s ministerstvem vnitra při přípravě a provádění správní reformy se zvláštním zřetelem k podmínkám na Slovensku.

Pamětní spis ministerstva vnitra i prvotní osnova zákona pochopitelně nebyly všude přijaty příznivě. Nová koncepce správní organizace musela být tedy důsledně prosazována, přičemž bylo třeba čelit nejen různým zájmům některých politických stran, ale i snahám národnostních menšin o řešení postavení svých příslušníků prostřednictvím této reformy, případně i projevům lokálního patriotismu. Bylo třeba sladit radikální představy příslušníků sociálně demokratické levice s konzervativnějšími koncepcemi některých občanských stran. Rozhodující skutečností přitom bylo, že ministerstvo vnitra bylo v rukou agrární strany, a tak pochopitelně její zájmy zde sehrály důležitou rolí. Zároveň je třeba vzít v úvahu i tu skutečnost, že i když reforma veřejné správy patřila prvořadým problémům, s nimiž se musela vládní místa brzy vypořádat, přece jen její příprava a konečně i projednávání osnovy zákona o nové organizaci správy, jak v

---

[12] **Laštovka, K.**: *Župní a okresní úřady v republice Československé,* s. 81n.; **Kahánek, F.**: *Ke vzniku zákona o župách,* Parlament, II,.1922 - 1923, s. 404n.

[13] NA, fond 1918 - 1924, karton 104, sign. 3/18/1/2; tamtéž, karton 105, sign. 3/18/1/3; fond PMR 1919 - 1925, karton 1729, sign. 401 (58a - 58) 1.

ústavním výboru, tak v plénu Národního shromáždění, probíhalo společně s pěti nejdůležitějšími ústavními zákony v čele s ústavou Československé republiky. Tento moment sice na jedné straně ukazoval na důležitost řešení tohoto problému, na straně druhé však přece jen způsoboval, že pozornost vládních míst, politických stran i nejširší veřejnosti byla orientována na řešení zásadních státoprávních problémů a reformě veřejné správy tak byla věnována pozornost až na druhém místě. V neposlední řadě práci na přípravě správní reformy komplikovala velmi vyhrocená politická situace na Slovensku, ale i nejasnost v řešení tzv. těšínského problému a postavení nejvýchodnější části republiky Podkarpatské Rusi. Prosazení nových představ o budoucí organizaci státní správy bylo dosti složité, a jak se také ukázalo, do poslední chvíle nebylo jisté, zda návrhy ministerstva vnitra budou přijaty, případně jaké korekce bude třeba dodatečně ještě provést.

Hned po té co představy ministerstva vnitra pronikly mezi širší veřejnost, začala bouřlivá diskuse, jak v kuloárech všech významnějších politických stran, tak na stránkách celostátního a regionálního tisku i v odborných časopisech. Jak dále uvidíme, z politických stran, které zaujaly opoziční postoj proti navrhované správní formě, to byla strana národně demokratická a strana lidová. Se značnými rozpaky k reformě postavila veřejnost na Moravě. S velkým nadšením nebyl návrh reformy přijat ani na Slovensku.

V průběhu letních a podzimních měsíců roku 1919 na ministerstvo vnitra směřovaly desítky návrhů, námětů a stanovisek, kterými se různé organizace, instituce, představitelé zemských a okresních politických správ i územních samosprávných korporací snažili ovlivnit práce na připravované reformě a v té souvislostí mnohdy i prosadit svoje vlastní zájmy.

Zajímavý návrh přišel z Moravy obsažený v referátu L. Pluhaře, který odezněl na zasedání moravského zemského výboru 2. srpna 1919. Návrhy, které byly v něm obsažené, byly také převzaty do oficiálního stanoviska tohoto moravského orgánu. Autor návrhu vycházel ze skutečnosti, že ve všech zemích vývoj správy probíhal poněkud odlišně, z toho důvodu je třeba i další zásahy do státní správy přizpůsobit životním podmínkám každé země. Proto je nutné zachovat silné ústředí analogické vídeňské vládě a na druhé straně ponechat země s širokou autonomní pravomocí, což mělo být přeneseno i na Slovensko. V čele zemí se předpokládala existence zemských sněmů.[14]

Kritické stanovisko k předpokládané reformě politické správy vyjádřilo i ministerstvo pro správu Slovenska. Především se návrhu vytýkalo, že byl postaven na zásadách, které byly vypracovány ještě za monarchie, přičemž

[14] **Pluhař, L.**: *O reformě zemské správy,* Brno 1919 (brožura vydaná do diskuse k vládnímu návrhu o reformě správy); **Lipscher, L.**: *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 88; Moravská Orlice z 23. listopadu 1919; Socialistická budoucnost z 29. listopadu 1919.

se nepřihlíželo k vývoji na Slovensku. V. Šrobár dále navrhoval, aby Bratislava a Košice nenáležely k žádnému kraji (župě), ale byly přímo podřízeny ústřednímu úřadu a měly mít působnost krajských (župních) orgánů. Župana měl jmenovat přímo prezident republiky a okresní správa se měla na Slovensku jmenovat slúžnovská.[15]

Z ministerstva národní obrany přišla žádost, aby obvody krajů a podkrajů kryly s obvody nových divisních a doplňovacích velitelství.[16] Všechny připomínky a další náměty, které ministerstvu vnitra přišly, byly vyhodnoceny a některé z nich zapracovány do konečné podoby vládního návrhu zákona. Práce na přípravě reformy šly celkem rychle, a tak A. Švehla již 12. srpna 1919 mohl na schůzi vlády přednést hlavní zásady zákona o krajském zřízení. V rozsáhlé diskusi při jednání o tomto bodu bylo především upozorněno, že „zákonodárná činnost krajských sněmů mohla by vést k partikularismu". Proto bylo vysloveno přání, aby tato činnost byla omezena pouze na věci místní správy. Zároveň bylo navrženo přejmenování krajských a podkrajských orgánů na orgány župní.[17] O příčinách této změny se toho moc neví, předpokládá se, že autoři této myšlenky právě tímto chtěli zákon přizpůsobit historii a tradicím na Slovensku.[18]

V podstatě o měsíc později, 11. září 1919, podal již A. Švehla na schůzi vlády podrobnou zprávu o připravovaném župním zákonu. Většina členů vlády se k návrhu postavila příznivě. Odezněly zde však i kritické hlasy. Například ministr sociální péče L. Winter (sociálně demokratická strana) napadl vymezení kompetence župních zastupitelstev, dále se postaven proti jmenování určité části členů župních zastupitelstev a nesouhlasil s tím, aby všichni úředníci byli jmenováni. K posledním problému se vyjádřil i V. Šrobár, který navrhl, aby v otázce jmenování úřednictva bylo sáhnuto k myšlence, která byla uplatňována v uherské komitátní správě, podle které by župan předkládal terna, z nichž by župní zastupitelstvo nebo župní výbor úředníky jmenoval. Kromě toho si Šrobár vyhradil týdenní lhůtu k podání dalších připomínek.[19]

---

[15] **Lipscher, L.**: *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 8; NA, fond PMR 1919 - 1925, karton 1729, sign. 401/58a - 58/1.

[16] NA, fond MV 1918 - 1924, karton 105, sign. 3/18/1/3.

[17] NA, fond PMR 1919 6 - 8, karton 4033, protokol ze 109. schůze vlády z 12. srpna 1919.

[18] **Hoetzel, J.**: *Župy - země. Několik vzpomínek a poznámek,* čas. „Bratislava", II 1928, s. 76.; **Všetečka, J.**: *Kraje či župy?,* Venkov z l. října 1919; **Sokolovský, L.**: *Grad - španstvo - stolica - župa (Príspevok k terminológii dejín správy),* Slovenská archivistika, XVI, 1981, s. 115.

[19] NA, fond PMR 1919 8 - 10, karton 4034, protokol ze 117. schůze vlády z 11. září 1919.

Vláda se znovu k osnově zákona o župním zřízení vrátila až 10. října 1919. Objevil se zde však nový problém. Zároveň totiž ministr veřejných prací A. Hampl (sociálně demokratická strana) předložil svoji osnovu zákona o oddělení státní stavební správy od správy politické a požadoval, aby do župního zákona byla vložena věta, že „nynější státní služba stavební upravuje se s ohledem na tento zákon zvláštní“. Proti tomu se postavil Švehla, a tak na návrh V. Šrobára došlo znovu k odložení projednávání návrhu správní reformy.[20]

Ke konečnému odsouhlasení vládního návrhu zákona o župním zřízení došlo až 16. října 1919 na 130. schůzi vlády. Ministru Hamplovi vyhověno nebylo, a tak tento svoji osnovu vzal zpět a hlasovat proti župnímu zřízení. Mezi Šrobárem a Švermou se nakonec všechny sporné momenty vyjasnily, a tak většinou hlasů členů ministerské rady byl vládní návrh zákona přijat.[21]

Předběžné porady s politickými stranami zahájila vláda, jak vyplynulo ze zpráv z denního tisku, 30. října 1919, kde jim zatím ještě neoficiálně předložila vládní návrh.[22]

O nedočkavosti, s jakou se očekávala vládní předloha, svědčí i interpelace na vládu vznesená Fr. Weyrem v ústavním výboru Národního shromáždění 18. listopadu 1919. Tehdy nemožnost předložení vládní osnovy parlamentu zdůvodňoval B. Bobek, jako zástupce vlády, mimořádnou situací na Těšínsku, která ztěžuje práci na některých částech celého projektu správní reformy.[23]

Konečná podoba návrhu se velmi brzy dostala i ve známost veřejnosti v podobě řady komentářů a stanovisek, které se začaly objevovat na stránkách denního tisku.

Až do poslední chvíle do skupiny stoupenců zemského zřízení a tedy odpůrců vypracované osnovy se postavili, jak jsme již uvedli, především představitelé národní demokracie a československé strany lidové.

Národní demokracie, u níž se projevovaly nacionalistické tendence, zdůrazňovala, že realizací tohoto zřízení by se v Čechách vytvořily dvě župy (Karlovarská a Česká), které by měly německou většinu. Národní

---

[20] NA, fond PMR 1919 8 - 10, karton 4034, protokol ze 128. schůze vlády z 10. října 1919; fond PMR 1919 - 1923, karton 1728, sign. 401/53 - 58.

[21] NA, fond PMR 1919 8 - 10, karton 4034, protokol ze 130. schůze vlády z 16. října 1919.

[22] Lidové noviny z 31. října 1919.

[23] Lidové noviny z 19. listopadu 1919; Rovnost ze stejného dne; Moravské noviny z 20. listopadu 1919.

demokraté se nemohli smířit s myšlenkou, že by se tyto župy mohly stát základem jakési národní samosprávy. „Proti čemu se stavíme" - komentoval stanovisko národní demokracie K. Kramář při projednávání osnovy zákona v ústavním výboru Národního shromáždění — „proti dvěma německým župám, a to na smrt. Stavíme se proti kompetenci žup, která by z nich mohla učinit sněmy“.[24]

Další důvod, jak tvrdili národní demokraté, měl citové podbarvení. Dokazovali, že zemské zřízení má v Čechách historické opodstatnění, jak to také při projednávání osnovy zákona v plénu Národního shromáždění vyjádřil poslanec J. Brabec: „My však jsme pomocí zemí koruny České a pomocí našeho historického útvaru utvořili samostatný český stát. Proto, neboť jsme měli tento historický útvar, byly nám na mezinárodní konferenci přiznány historické hranice“.[25]

Přitom hrály svou roli i stranické zájmy, které byly podmíněny tím, že vysocí úředníci zemské správy v Čechách byli ve většině přívrženci národní demokracie, kterým se nechtělo zaměnit Prahu za venkovská župní sídla.[26] Ale župní zákon narazil na odpor i proto, poněvadž znamenal odstranění zažitého rakouského administrativního systému a jeho nahrazení něčím, co v podstatě vycházelo ze systému uherského.[27] Kromě toho národní demokraté tvrdili, že k myšlence převzetí zemského zřízení přišli vzhledem k poměrům, jaké se vytvořily na Slovensku. Dovozovali, že na Slovensku se vzmáhají silně autonomistické proudy. Jedině reforma, jakou navrhovali národní demokraté, měla tyto vlivy paralyzovat.[28] Navíc vznikly námitky, že podle župního zákona byla účast občanů na politické správě omezena. Zdůvodňovali to tím, že zástupci občanstva se nezúčastňují vrchnostenské správy ve vlastním slova smyslu, tj. na té části správy, která byla dosud vykonávána výlučně státními úředníky. Proto se podle nich neuskutečnila v Československu tzv. vrchnostenská samospráva.[29] Konečně je třeba vidět,

---

[24] Archiv Parlamentu ČR (dále jen AP), fond RNS, kanton 33, protokol ze schůze č 153 ústavnho výboru z 19. úínora 1920; srov. **Máša, J.**: *Varujeme v poslední hodině,* Lidové noviny z 9. ledna 1920.

[25] Těsnopisecké zprávy Národního shromáždění, zápis ze 126. schůze z 28. - 29. února 1920.

[26] Robotnické noviny z 30. dubna 1931; rovněž **Lipscher, L.**: *K vývinu polítickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 91.

[27] **Lipscher, L.**: *K vývinu polítickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 91.

[28] AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru č. 153 a z 19. února 1920, dopolední zasedání; rovněž **Lipscher, L.**: *K vývinu polítickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 91.

[29] **Baxa, B.**: *Zákon o župníma zřízení a jeho nedostatky,* Praha 1922. s. 15; **Lipscher, L.**: *K vývinu polítickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 92.

že jejich kladný vztah k zemím byl vyvolán tradičními úspěchy při volbách do zemských samosprávných orgánů. Svoje odmítavé stanovisko k župnímu zřízení vyslovili národní demokraté jednoznačně 25. ledna 1920 v Národních listech: „Jsme za zachování zemí. Nové kraje by nám zatížily rozpočet a neměli bychom pro ně úřednictvo. Vnutí-li nám župy, pak jsme pro ně jedině tehdy, nebude-li v Čechách ani jediného kraje čistě německého“. V tomto duchu hovořil K. Kramář v parlamentu při projednávání vládního návrhu. V konečné fázi se Kramář přiklonil k zřízení malých žup, které by se skládaly ze dvou nebo tří stávajících okresních hejtmanství, přičemž zemská samospráva by zůstala, jako zvláštní instance vlády zemské politické správy.[30] I když se stanovisko národních demokratů nepodařilo prosadit, vymohli si alespoň zakotvení do vládního návrhu vytvoření župních svazů, které měly být jakousi vzdálenou náhradou za země. Rovněž československá strana lidová bojovala za ponechání zemského zřízení. Svoje nejsilnější pozice měla na Moravě. Proto se hned po vytvoření ČSR u ní projevily autonomistické sklony. Prosazování svých zájmů odůvodňovala, stejně jako strana národně demokratická, historickými reminiscencemi, o čemž se zmínil i J. Dolanský, který uvedl: „To má historický základ... je to přirozené, neboť ta autonomie moravská, jakou jsme ji měli a máme, se osvědčila, tím, že to, co v českém zápase na Moravě se dělo, dělo se právě pod heslem autonomie zemské“. Odpor národních demokratů a lidovců k župnímu zřízení vyvolal ve vládních kruzích přece jen určité rozpaky, a to i přes to, že obě strany stály mimo vládní koalici. Pravděpodobně z toho důvodu se 7. ledna 1920 uskutečnila schůzka ministra A. Švehly s A. Rašínem a J. Šrámkem o možném kompromisu v otázce zemských hranic a zemské autonomie. Podkladem jednání byl plán na zachování dosavadních zemských výborů ve změněné formě. Zmizely by pouze hranice mezi Moravou a Slezskem s tím, že by obě tyto země byly rozděleny na dvě nebo tři župy. Župy by tvořily zemský celek, v čele s voleným zvláštním zemským zastupitelstvem. Zastupitelstvo by se tak stalo stálým úřadem pro věci přikázané zemské správní kompetenci a tvořilo by vsunutou instanci mezi vládou a župami.[31] K dohodě však nedošlo, a tak postoj národních demokratů a lidovců zůstal nezměněn.

Ostatní politické strany, resp. alespoň jejich pražská ústředí, byly proti převzetí zemské správy. Nejrozhodněji se za zrušení zemí postavili vedle agrárníků zástupci socialistických stran, kteří zpočátku brojili i proti vytvoření župních svazů. Proti zemskému zřízení rovněž vystoupili i zástupci Klubu slovenských poslanců. V ústavním výboru Národního shromáždění k tomu hovořili K. Medvecký a I. Derér. Dokazovali, že samospráva Slovenska je nežádoucí nejen z důvodů politických, ale i

---

[30] Lidové noviny z 9. ledna a 20. února 1920; České slovo 21. února 1920.

[31] Těsnopisecké zprávy Národního shromáždění, zápis ze 126. schůze z 28. - 29. února 1920; rovněž **Lipscher, L.**: *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 92.

organizačních. Poukazovali na to, že Slovensko nemůže být spravováno z jednoho centra, a proto nemůže tvořit jedinou administrativní jednotku. Historickým vývojem se vytvořila taková situace, že Slovensko bylo napojeno na Budapešť. Po vyhlášení samostatnosti zůstalo Slovensko bez jednotného centra. Ale i přírodou vytvořené podmínky na Slovensku mluví proti zemskému zřízení, jak to zdůvodňoval K. Medvecký: „Není to těleso homogenní, ale je jednotlivými dolinami a řekami rozdělené na údolí, která nemohou být jednotně spravovaná". I. Dérer zase konstatoval, že zemská správa a s ní spojená autonomie má rozdílný význam pro obě části republiky. Pro české země je to otázka čistě správní, otázka správně technická. Ale pro Slovensko má autonomie nejen význam administrativně-organizační, ale inkorporuje v sobě i důležitý moment politický. Politickou škodlivost viděl Klub slovenských poslanců v tom, že autonomie poskytnutá Slovensku by posloužila maďarské iredentě, a to by vedlo k významnému oslabení československého státu.[32] Stanovisko Klubu slovenských poslanců bylo konečně zcela jednoznačně vyjádřeno v rezoluci, kterou na plenárním zasedání Národního shromáždění 27. února 1920 přečetl I. Markovič: „Klub slovenských poslanců vidí nyní zabezpečené potřeby samosprávy Slovenska těmito ustanoveními, která jsou obsažena v zákonech, tvořících komplex ústavy, jmenovitě v zákoně o župním zřízení…župy a župní svazy zabezpečují Slovensku všechno, co potřebuje a co nyní samo může použít bez toho, že by samo sebe poškodilo".[33] Je pochopitelné, že stanovisko Klubu slovenských poslanců, jež korespondovalo s názory většiny členů sociálně demokratické strany na Slovensku a slovenské strany národní, nebylo v souladu s požadavky slovenské ľudové strany, jejíž představitelé stále intenzivněji začínali prosazovat vytvoření slovenské autonomie,[34] a rovněž maďarské občanské politické strany měly o budoucím správním uspořádání Slovenska poněkud jiné představy.

K významným odpůrcům zemského zřízení však patřila pochopitelně i strana agrární, která tímto postupem rovněž sledovala svoje politické cíle. Usilovala o vytvoření velkého počtu malých žup, čímž by bylo dosaženo co největšího centralizačního účinku.[35]

Při sledování odezvy návrhů na správní reformu zavedením župního zřízení, není možné přejít bez povšimnutí názorové proudy, které se na tento problém vytvořily ve Slezsku a na Moravě.

---

[32] Lidové noviny z 8. ledna 1920; AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru č. 153 a z 19. února 1920, dopolední zasedání rovněž **Lipscher, L.**: *K vývinu politickej správy na Slovensku v rokoch 1918 – 1938,* Bratislava 1966, s. 93.

[33] Těsnopisecké zprávy Národního shromáždění, zápis ze 125. schůze z 27. února 1920; k tomu srov. Národnie noviny z 29. února 1920.

[34] K tomu např. Slovák ze 13. ledna 1920.

[35] K tomu **Houser, J. – Urfus, V.**: *Politická správa na Slovensku za buržoazní předmnichovské republiky,* Historický časopis, IX, 1961, s. 279.

Zástupci slezských politických kruhů sice žádali pronikavou reformu veškeré vnitřní správy, která by stát zabezpečovala proti separatistickým snahám, zároveň však byli pro sloučení zeměpanské správy se správou autonomní na samosprávném základě. Na jedné straně uznávali, že zemská správa se osvědčila a lid si na ni zvykl a při budování státu by se neměly provádět náhlé a pronikavé změny, aby se dosavadní právní nejistota a zmatky příliš nevystupňovaly, zároveň vsak naléhavě upozorňovali, že pro Slezsko by mohl požadavek zemské autonomie být osudným. „Češi by tvořili při zachování historických hranic Slezska jen značnou menšinu obyvatelstva. Podle toho by byla měřena i jejich práva, proto není zde vážných důvodů udržet slezskou autonomii". Někteří za slezských činitelů (například náměstek předsedy zemské správní komise v Opavě J. Lukeš) navrhovali připojit Slezsko k Moravě. Slezští představitelé politických stran župní zřízení všemožně podporovali, protože jak tvrdili „příšera separatismu je tak blízká, že ji lze vidět z denních zpráv listů. Žije na Slovensku a ohlásila se v Brně. Uzákoněna jest v Podkarpatské Rusi. Bylo by liknavostí nečelit těmto snahám rázně institucí župního zřízení".[36] Ostravští sociální demokraté přišli s myšlenkou na vytvoření společné ostravsko-slezské župy.

Poněkud jiná situace byla na Moravě. Zde můžeme pozorovat až do poslední chvíle značně odmítavé stanovisko k župnímu zřízení. Projdeme-li všechny významnější moravské deníky počínaje levicovou Rovností a konče Moravskou Orlicí, setkáme se téměř všude s výrazným odporem proti připravované reformě.[37] Hlavním argumentem zde byla obava před rozdělením Moravy na jednotlivé župy, čímž by v podstatě zanikla jako samostatný útvar. Argumentovalo se zde odlišností od Čech, jak v kulturní, hospodářské, tak politické oblasti. S tím souvisel strach z přílišné centralizace a tím z „podřízenost Moravy Praze". „V intencích Moravy je, aby zůstala pokud možno celou. Ať se toto zřízení nazve župou nebo zemí, je lhostejno, ale nelze souhlasit, aby Morava byla zmalomocněna rozdělením na několik žup", — čteme na stránkách moravského tisku.[38] „Jedná se nám především, aby naše Morava neroztřískala se na několik

[36] **Lukeš, J.**: *Zemská samospráva či zřízení župní,* Venkov z 29. listopadu 1919; Lidové noviny z 2. ledna 1920.

[37] Např. **Špera, A. M.**: *Krajské zřízení a autonomie,* Rovnost z 2. září 1919; **Špera, A. M.**: Krajské zřízení, Rovnost z 20. a 25. listopadu 1919, 2. a 6. prosince 1919; *Reakční zákon o krajském zřizení,* Rovnost ze 7. prosince 1919; *Sociální demokraté a zemská autonomie,* Moravská Orlice z 26. listopadu 1919; *Župy,* Moravská Orlice z 25. února 1920; *Morava – odsouzení k smrti,* Občanské noviny z 21. ledna 1920; *Proč?,* Občanské noviny z 11. února 1920. Moravské stanovisko často podporovala i **Peroutkova** Tribuna - viz např. Separatismus, Tribuna z 10. prosince 1919; **Skýpala, O.**: *Autonomie Moravy,*Tribuna ze 14. prosince 1919.

[38] **Skýpala, O.**: *Autonomie Moravy,* Moravská Orlíce ze 17. prosince 1919.

krajů, které by nebyly ničím jiným než několika kancelářemi“, zdůrazňovala při jiné příležitosti Moravská Orlice.[39]

Ve stejném duchu bylo publikováno i prohlášení zemského a krajského výkonného výboru československé sociální demokracie v Brně.[40] Zároveň bylo navrhováno ponechání obcí beze změny jako nejnižší jednotky, druhou správní jednotkou měl být okres v čele s okresním zastupitelstvem a voleným předsedou, který by byl potvrzen vládou. Jako třetí instance měly být zachovány země, kde by však došlo k sjednocení místodržitelství a zemského výboru v čele s voleným náčelníkem potvrzeným prezidentem republiky.[41] Konference zemského zastupitelstva sociální demokracie na Moravě konaná 23. listopadu 1919 však přijala, ovšem pod vlivem přítomného A. Meissnera z Prahy, poněkud opatrnější stanovisko. Vyslovili se již pro krajské zřízení, ale pod podmínkou, že pravomoc zemské autonomie bude přenesena na jeden kraj.[42] Stanovisko brněnských sociálních demokratů bylo tedy v zásadním rozporu s postojem sociálních demokratů v Ostravě.

Odmítavé stanovisko k navrhovanému župnímu zřízení zaujali i představitelé většiny ostatních politických stran působících na Moravě. Určitou nerozhodnost ovšem projevili národní socialisté, kteří vystupovali s dosti nevyhraněným názorem. V jedné chvíli dokonce přišli s návrhem na rozdělení Moravy a Slezska na tři župy: brněnskou, olomouckou a moravsko-slezskou.[43]

O odmítavém stanovisku moravského zemského výboru jsme se již zmiňovali na jiném místě. Svůj odpor k rozdělení Moravy vyslovili i zástupci moravských silničních výborů již 29. března 1919 a znovu potom 27. ledna 1920.[44]

---

[39] *Župní zřízení,* Moravská Orlice z 3. prosince 1919.

[40] Rovnost z 5. listopadu 1979.

[41] **Vaněk, K.**: *Zrušení zemských celků a zrušení krajů,* Rovnost z 6., 8. a 9. listopadu 1919.

[42] Rovnost z 24. listopadu 1919.

[43] **Kokrhánek, J.**: *Reforma veřejné správy,* Socialistická budoucnost z 31. srpna 1979; **Kokrhánek, J.**: *Župní zřízení,* Socialistická budoucnost z 11. ledna 1920. K příznivcům župního zřízení patřily i některé politické kruhy v Olomoucí. K tomu viz Našinec (Olomouc) ze 7. prosince 1919; *Rozdělení našich zemí dle krajů,* Pozor (Olomouc) z 20. srpna 1919.

[44] Národní listy z 29. ledna 1920; Moravská Orlice z 29. ledna 1920; Brněnské noviny z 30. ledna 1920.

Ke změně postoje, alespoň u moravských poslanců v Národním shromáždění, došlo až koncem ledna 1920, kdy se v Praze konala jejich porada nazvaná jako tzv. Moravské kolo. Poslanci všech politických stran působících na Moravě se zde dohodli, až na zástupce strany lidové, na jednotném postupu spočívajícím v podpoře vládního návrhu.[45]

Ohlas vládní předlohy reformy státní správy byl tedy přijat značně rozporně. S odmítavým postojem přišli i zástupci českých menšin národnostně smíšených okresů, když v rezoluci Ústředního výboru obraných jednot českých a národnostně smíšených okresů zveřejněné 19. ledna 1920 se zcela jednoznačně postavili za zachování zemského zřízení.[46] Kriticky se k připravované reformě postavili rovněž představitelé německé menšiny v pohraničí, jejich nespokojenost především vyplývala z toho, že nebyli k přípravě pozváni.[47] Pražský večerník kritizoval Švehlův postup při prosazování zrušení zemí s poukazem na skutečnost, že zemské zemědělské rady zůstanou zachovány, z nichž by si agrárníci chtěli vytvořit druhou vládu, kam by se uchýlili kdyby „jim byla politická moc v republice vyrvána".[48] Pro vládní kruhy vsak bylo rozhodující, že A. Švehla mohl konečně 2. prosince 1919 konstatovat, že v koalici stran zastoupených ve vládě bylo docíleno ve věci župního zřízení úplné dohody.[49]

Značný rozruch v době přípravy a projednávání vládní osnovy župního zákona vzbudil rovněž problém, která města budou určena jako sídla župních úřadů. Některá města předvídajíc brzskou správní reformu zápas o získání sídla župního, resp. krajského úřadu zahájil dříve, než započala samotná příprava reformy.[50] Nervozitu a řevnivost mezi jednotlivými městy navíc vyhrotila i ta skutečnost, že ministerstvo vnitra nechávalo tento problém až do poslední chvíle nevyřešený.[51] Ještě v době zahájení jednání v

---

[45] Moravská Orlice z 31. ledna 1920; **Weyr, F.**: *Župní zřízení,* Lidové noviny z 30. ledna 1920.

[46] *Projev českých menšin,* Národní listy z 19. ledna 1920; Lidové noviny ze stejného dne.

[47] Národni listy ze 16. ledna 1920; Národní politika z 18. ledna 1920.

[48] *Boj o zemskou autonomii,* Pražský večerník z 18. prosince 1919.

[49] NA, fond PMR 1919 10 - 12, karton 4035, protokol ze 144. schůze vlády z 2. prosince 1919.

[50] První žádosti o sídla okresních nebo krajských úřadů se dostály na ministerstvo vnitra již v polovině prosince 1918 (viz NA, fond MV 1918 – 1924, karton 98, sign. 3/5/1; tamtéž, karton 99, sign. 3/5/2, dále sign 3/10/3; tamtéž, karton 101, sign. 3/11/2, 3/12/1, 3/12/2, atd.).

[51] Ve skutečnosti však první návrh pňlohy A byl hotov již v tětě 1919 (viz NA, fond MV 1918 - 1924, karton 105, sign. 3/I8/1/3; k tomu NA, fond PMR 1919 10 - 12, karton 4035, protokol ze 144. schůze vlády z 2. prosince 1919).

ústavním výboru o vládním návrhu nebyla příloha A, z níž byl patrný nejen rozsah žup, ale i jejich župní města k dispozici.[52] Ještě pozoruhodnější je, že ještě 19. února 1920, tedy deset dní před odhlasováním župního zákona se vedla diskuse o jednom ze základních problémů, o velikosti žup.[53] Téhož dne došlo z podnětu sociálních demokratů k poradě některých poslanců Národního shromáždění. Výsledkem toho byla žádost, aby k území ostravské župy byly připojený okresy valašsko-meziříčský, rožnovský a vsetínský z důvodů národnostních, hospodářských a komunikačních.[54]

Situace začala nabývat na napjatosti o dva dny později, kdy denní tisk otiskl úřední zprávu z výboru. Na Moravě se počet navrhovaných žup ustálil na 5, moravsko-slezská župa měla být zvětšena na úkor župy uhersko-hradišťské o tři valašské okresy Valašskoklobouck, Vsetínsko a Rožnovsko. Šlo tedy o snahu zachovat celý valašský región vcelku. Dále se začalo upouštět od přijetí jižních Čech k župě znojemské. Zároveň se rozpoutal boj o Prahu, zda má být samostatnou nebo zda bude spojena s župou venkovskou.

O další den později šlo již „do tuhého“. Zejména se to týkalo župy západomoravské. Sociální demokrat E. Burian navrhoval jako její centrum Třebíč. Hlasovali však pro něho jen tři poslanci. Dalšími kandidáty bylo Znojmo a Jihlava. Hlasování však dopadlo nerozhodně pro obě města, a tak do diskuse zasáhl K. Kramář, který zvrátil hlasování ve prospěch Znojma. Dalším napjatým bodem byl spor o sídlo župy severomoravské. Kandidáty zde byla Ostrava a Opava.[55] Při hlasovaní nakonec zvítězila rozdílem jednoho hlasu Ostrava. Zároveň byly zamítnuty návrhy na zrušení hradišťské župy a na připojení Přibyslavi a Humpolce k západomoravské župě.

V Čechách se uvažovalo o volbě sídel žup v Praze, Hradci Králové, Chrudimi, Jičíně, České Lípě, Lounech, Karlových Varech, Plzni a Českých

---

[52] AP, fond RNS, karton 32, protokol ze 120. schůze ústavního výboru z 27. ledna 1920.

[53] AP, fond RNS, karton 33, protokol ze 153 a schůze ústavního výboru z 19. února 1920.

[54] **Weyr, F.**: *O župní zřízení,* Lidové noviny z 20. února 1920.

[55] Spor o prvenství mezi Opavou a Ostravou začal již v polovině listopadu 1918. Dne 20. listopadu 1918 zaslal Zemský národní výbor pro Slezsko žádost do Prahy, v níž úpozornil, že vzhledem k tomu, že vláda Sudetenlandu obsadila zemskoú vládu v Opavé, přestala existovat druhá instance. V té souvislosti žádal, aby ze zemského hospodářského úřadu pro moravsko-slezský kamenouhelný revír v Moravské Ostravě byla vytvořena II. instance pro severní Moravu a Slezsko. Události se však vyvíjely jinak. Opava byla vojensky obsazena a vláda Sudetenlandu zrušena, proto prezídium ministerstva vnitra 20. ledna 1919 rozhodlo, že žádost je neaktuální. V dalších měsících se střídavě na ministerstvu vnitra objevovaly žádostí tu z Ostravy, tu zase z Opavy o získání sídla krajského, resp. župního úřadu. Zpočátku vítězila Opava pro kterou byl i zemský prezident Šrámek, v konečné fázi však rozhodly národnostní poměry pro Ostravu (NA, fond MV 1918 - 1924, karton 103, sign. 3/17/2. Dále k tomu: *V zápase o sídlo úřadu,* Slezský venkov z 19. srpna 1919, atd.).

Budějovicích. Vládní návrh však v této podobě zdaleka neprošel. Pro župu chrudimskou, tzv. Udržalovu, byly jako sídlo navrhovány Pardubice. Výsledkem hlasování však byla jejich „drtivá porážka ve prospěch Chrudimi. Ministr vnitra nato žádal revokaci a hlasování bylo odloženo. V jičínské župě vláda navrhovala jako sídlo župního úřadu Mladou Boleslav, pro niž aktivně agitoval tamní rodák A. Meissner. I když deputace mladoboleslavských občanů horlivě zpracovávala členy ústavního výboru, zvolen byl nakonec Jičín. Pro lounskou župu byl podle mínění vlády nejvhodnější jako sídlo úřadu Most. Ten však byl ústavním výborem zamítnut, přičemž hlasovaní mezi dalšími dvěma kandidáty Louny a Slaným dopadlo v této fázi zatím nerozhodné. V případě českobudějovické župy byl veden spor o to, zda k ní mají být připojeny i města Tábor a Milevsko. Návrh však byl zamítnut, a tak zůstala v původně navrhované podobě. U slovenských žup bylo stanoveno, že jejich počet bude šest, spor se vedl pouze ohledně Turčianského sv. Martina.[56]

Dne 25. února 1920 to již vřelo i v samotném ústavním výboru. „na chodbách Národního shromáždění to dnes vypadá, jako když v domě hoří“ psaly Lidové noviny. „Byly tu deputace měst, které mezi sebou sváří o sídla župy. Rovněž deputace v počtu několika set osob – zemští samosprávní úředníci a zřízenci si stěžovali na finanční poškození novou organizací samosprávy“.[57] Nátlak na členy ústavního výboru od deputací potencionálních župních sídel byl rozhodně nepříjemný. Pro sídlo župy se stávkovalo v té době v Pardubicích a Mladé Boleslavi, v Táboře hrozilo složením funkce obecní zastupitelstvo, několikatisícový protestní tábor se konal v Chrudimi, z Opavy zaslaly tamější kluby českých politických stran otevřený list ministerskému předsedovi V. Tusarovi, vládě a členům Národního shromáždění, v němž protestovali proti tomu, aby sídlem se stala Ostrava atd. Tentýž den rovněž ústavní výbor zvažoval strategické zřetele při volbě župních sídel. Byli k tomu účelu vyslechnuti také generál M. Pellé a podplukovník generálního štábu Kalous.[58]

O den později proběhlo v ústavním výboru další hlasování o sídlech žup a opět došlo ke změně. Místo Znojma byla dána přednost Jihlavě. Ostrava si uhájila své místo oproti Opavě, rozhodující v tomto případě bylo stanovisko generála Pellé, který Ostravu doporučil z vojensko-strategických důvodů. V Čechách pak místo Jičína dostala přednost Mlada Boleslav, místo Chrudimi byly zvoleny Pardubice. Vše se to dělo za dalšího soustředěného nátlaku

[56] AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru z 21. února 1920; *Župy na Moravě,* Lidové noviny z 22. února 1920; *Ústavní předlohy hotovy,* Lidové noviny z 23. února 1920.

[57] *Boj o sídla žup,* Lidové noviny z 25. února 1920.

[58] AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru z 25. února 1920.

řady někdy značně početných deputací českých a moravských měst.[59] Jeden z přítomných členů ústavního výboru prof. F. Weyr o tom napsal: „nebylo pro členy ústavního výboru trapnějšího hlasování než v dnešní schůzi, kdy se jednalo o sídlech žup. Města vysílala své zástupce, aby přesvědčili členy ústavního výboru, že sídlo župy nemůže být nikde jinde než v jejich městě".[60] Argumentace těchto zástupců řevnících měst byla protichůdná. Na jedné straně se tvrdilo, že město, které svého soupeře předčí všemi okolnostmi - úřady, školami, vojenskou posádkou, dobrým spojením dráhou atd. si zasluhuje sídla župního úřadu. Zástupci dalších měst ovšem zase naopak uváděli, že jejich město tyto vymoženosti nemá, a tak právě proto mu patří alespoň sídlo župy. Některá města zašla dokonce až k výhrůžkám, když jejich zástupci začali šířit pověsti o tom, že v případě, když jejich město nebude zvoleno za sídlo župy, okresní hejtman složí funkci, obyvatelstvo se neúčastní příštích voleb do Národního shromáždění atd.[61]

S definitivním rozborem navrhované právní normy a s konečným rozhodnutím o sídlech župních úřadů seznámil tisk veřejnost až 28. února 1920. Při dalším jednání v plénu Národního shromáždění o osnově župního zákona se již v podstatě nic nezměnilo. Byla přijata varianta tzv. středně velkých žup po vzoru francouzských departmentu. Počet žup byl nakonec ustálen na 21, z toho 9 českých, 5 moravských, l těšínská, 6 slovenských. Župními sídly se staly v Čechách města Praha (pro tzv. župu venkovskou), Pardubice, Hradec Králové, Mladá Boleslav, Česká Lípa, Louny, Karlovy Vary, Plzeň a České Budějovice, na Moravě Jihlava, Brno, Olomouc Uherské Hradiště a Moravská Ostrava, ve Slezsku to byl pochopitelně Těšín a na Slovensku Bratislava, Nitra, Turčianský sv. Martin, Zvolen, Liptovský Sv. Mikuláš a Košice. Praha, jako hlavní město republiky, byla z župního zřízení vyňata.

Národním shromážděním byl župní zákon přijat v ranních hodinách 29. února společně s ústavní listinou československého státu, jazykovým zákonem a ústavními zákony o volebním soudu, volebním řádu do poslanecké sněmovny, o složení a pravomoci senátu. Jeho přijetím, jako

---

[59] AP, fond RNS, karton 33, protokol ze schůze ústavního výboru z 26. února 1920.

[60] **Weyr, F.**: *Sídla žup,* Lidové noviny z 26. února 1920.

[61] Brněnské noviny z 28. února. 1920; *Spory o sídla žup,* Národní listy z 28. února 1920; značné humorně dnes vyznívá protest jičínské deputace, který popsaly Lidové noviny: *„Velká smuteční standarta, s kterou přišli, nesla nápis: Protest pokořeného Jičína. Povykovali před sněmovnou, že* se *zdálo, že bude třeba jednání přerušiti, volali na poslance u okna: Táhněte od okna a pracujte! Platíme na vás! Fuj! Hanba! apod."* (Lidové noviny z 27. února 1920). Ke sporu mezi městy o župní sídla viz dále Národní listy z 12. září 1919; *Reforma veřejné správy a český jih,* Národní listy z 25. září 1919; *Těšínsko samostatným krajem,* Národní listy z 19. listopadu 1919; Moravské noviny z 20. listopadu 1919; Pražský večerník z 28. února 1919; Reichenberger Zeitung (Liberec) z 27. února 1920; Venkov z 22., 24. a 26. února 1920, atd.

zákona č. 126 Sb., se měla začít jedna z důležitých etap ve vývoje československé státní správy, etapa, která však, jak se v dalších letech ukázalo, nepřinesla očekávaný výsledek.

Contact – email
karel.schelle@schelle.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE RIGHT TO KEEP AND BEAR ARMS IN THE USA - THE SUPREME COURT DECISIONS AND THEORETICAL BACKGROUND

JOHAN SCHWEIGL

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Je právo nosit a držet zbraň přirozeným právem každého jednotlivce či je to výsadou, kterou musí udělit orgán státní moci? Autor tohoto článku se zaměřil na právo držet a nosit zbraň v USA, které je garantováno druhým dodatkem americké Ústavy. V prvé řadě popisuje způsob, jakým je toto právo chápáno Nejvyšším soudem USA a dále vymezuje některé teoretické přístupy, na nichž je toto právo postaveno.

Key words in original language
Ústava USA; Právo držet a nosit zbraně; Heller v. District of Columbia; John Lock; Otci zakladatelé.

Abstract
Is the right to keep and bear arms a natural right of every individual or is it a privilege to be granted by government? This article is focused on the right to keep and bear arms, which is guaranteed by the Second Amendment to the American Constitution. Firstly, the author describes the way this right has been understood by the American Supreme Court and, secondly, he outlines some of the theoretical approaches on which this right was based.

Key words
American Constitution; Right to Keep and Bear Arms; Heller v. District of Columbia; John Lock; Founding Fathers.

Samotná podstata práva držet a nosit zbraň - tak jak byla chápána americkými otci zakladateli - v Evropě víceméně neexistuje a pokud se již objeví, tak je velmi často negována mlhavým a neurčitým, leč populárním pojmem "veřejného zájmu", na základě kterého je toto právo limitováno. Co vlastně měli tvůrci americké Ústavy a jejích prvních deseti dodatků na mysli, když považovali za důležité vymezit pravidlo, že "řádně organizovaná milice, jež je nezbytná pro bezpečnost svobodného státu a právo lidí držet a nosit zbraně, nesmí být omezovány"? Účelem tohoto krátkého příspěvku není podat vyčerpávající přehled americké judikatury týkající se druhého dodatku americké Ústavy, ani analyzovat rozdíly mezi současnou právní úpravou držení zbraní v České republice a ve Spojených Státech. Naopak, autor se pokusí jen krátce shrnout teoretické základy práva na držení zbraní a při tom jen stručně shrne některá důležitá rozhodnutí amerických soudů, která toto právo formují či deformují. Závěrem se zamyslí nad některými ekonomickými aspekty zákonů regulujících držení zbraní.

V prvé řadě je nutné uvědomit si, že právo držet a nosit zbraň je v USA definováno na federální úrovni. Tato skutečnost - která se týká celého "Bill of Rights", tedy prvních deseti dodatků americké Ústavy - byla předmětem mnoha soudních sporů a k jejímu řešení docházelo až v souvislosti s vývojem tzv. inkorporační doktríny.[1] Tato řešila především nakolik svobody garantované Ústavou a jejími dodatky vážou moci jednotlivých států. Jak uvedl v první polovině 19. století John Marshall (Barron v. Baltimore - 1833), tak "Ústava dává pravomoci pouze federální vládě (moci) a proto prvních deset dodatků může omezovat pouze ty pravomoci, jež jí byly dány."[2] S postupem času však docházelo k tomu, že základní svobody garantované v "Bill of Rights" začali být prostřednictvím judikatury soudů (především Nejvyššího soudu USA) chápány tak, že zavazují i moci jednotlivých států. Jeden z prvotních impulzů k tomuto byl dán přijetím 14. dodatku a jeho "due process clause".[3] Původně bylo účelem druhého dodatku jen vymezit určitý prostor, do kterého federální moc nesměla zasahovat. Tudíž nesměla narušovat práva občanů organizovat se v milici a nosit zbraně za účelem obrany, např. před možnou tyranií právě ze strany federální moci či za účelem lovu.

Jak uvádí J. Madison ve Federálních listech,[4] tak na rozdíl od představitelů evropských států se ti američtí neobávají toho, že jejich občané jsou ozbrojeni - a právě toto, považuje za jednu z ohromných výhod, kterou Američané v porovnání s Evropany mají. Tedy z výše uvedeného - a ze samotného textu druhého dodatku, který nevytváří žádné nové, státem zaručené právo, ale jen konstatuje existenci určitého přirozeného práva, do kterého nemá být federální mocí zasahováno lze usoudit, že právo nosit zbraň není a nikdy nebylo chápáno jako "status pozitivus", tedy něco co má stát zajišťovat pro své občany, popř. povolovat na základě vydání licence, nýbrž jako Jellinekovský "status negativus", tedy sféru, v níž se nemá stát nijak angažovat. V tomto pojetí autor spatřuje největší rozdíl mezi "kontinentálním" přístupem k právu nosit zbraň a tím americkým. Pokud americký ústavodárce vycházel z toho, že se vznikem státu - v tomto případě federace - je třeba vymezit prostor, v němž státní či federální moc

---

[1] Více na: Kansas City School of Law web : The Incorporation Debate [citováno dne 28. 11. 2009]. Dostupné z: http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/incorp.htm.

[2] Spaeth, H. J., The Constitution of United States, 13. vydání, New York : HarperCollins Publishers, 1991, s. 105, ISBN: 0-06-467105-4.

[3] Schweigl, J. District of Columbia v. Heller - "Završení evoluce" doktrinálních přístupů k interpretaci druhého dodatku americké Ústavy?, In Europeanization of the National Law, the Lisbon Treaty and Some Other Legal Issues. Brno : Masarykova universita. ISBN 978-80-210-4630-6, s. 1139-1151. 2008, Brno.

[4] Madison, J. in Madison, J. a kol. Federalist Papers, Federalist No. 46, Electronic Version : The Pennsylvania State University, 2001, s. 214. Dostupné z: http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf.

není oprávněna regulovat, tak, z pohledu tohoto konkrétního práva, evropští ústavo- a zákonodárci zaujali naprosto opačnou pozici. Stát tuto svobodu reguluje a následně vydává licence, povolení - vytváří si tak, svým způsobem, určitou formu monopolu.

Američtí "Founding Fathers" byli velmi ovlivněni myšlenkami Johna Locka,[5] který velmi respektoval soukromé vlastnictví a jeho nabývání odůvodňoval tvrzením, že: "kdo převede věc z jednoho stavu do druhého, získává právo ji vlastnit".[6] Mimoto definoval i pojem "self-ownership" a tato práva spolu úzce spojoval: "Každý člověk má majetek ve své vlastní osobě. Tedy nikdo nemá žádná jiná práva, než ta k sobě. Práce jeho těla a práce jeho vlastních rukou je, jak můžeme říci, jeho. Cokoli on tedy vyjme z toho stavu, který vytvořila příroda, a co on smísil se svojí prací a přidal k tomu něco ze sebe, se stává jeho majetkem."[7] Tedy na základě tohoto přístupu bylo právo držet a nosit zbraň - právo bránit svůj majetek - chápáno jako právo přirozené, do něhož neměla státní moc zasahovat (koncepce svobody). Dále Lock tvrdí, že lidé vstupují do společnosti ne proto, aby nějaká nová práva získali, nýbrž s cílem ochránit svůj majetek a "pokud tedy vláda nalomí důvěru, kterou do ní lid ložil, pozbývá moci, kterou jí lid svěřil a ta přechází na lid, jenž má právo chopit se své původní svobody".[8] I k tomuto potřebuje lid prostředky, jak případně tohoto práva využít a "navíc vědomí, že lid se může vzbouřit, je podle Locka nejlepší zábranou proti vládě útlaku."[9]

Zaručuje-li tedy druhý dodatek právo nosit zbraň, je na místě tázat se, o jakou zbraň se jedná a kdo toto právo má. Na tyto a podobné otázky odpovídala s postupem času judikatura amerických soudů (především Nejvyšší soud). Např. v případu United States v. Miller (1939) bylo stanoveno, že puška s upilovanou hlavní (sawed off gun) není typem zbraně, který používá milice, a tak se na ni druhý dodatek nevztahuje. Případ Lewis v. United States (1980) zase řeší otázku, jak omezit právo vlastnit zbraň pachatelům trestných činů: "Tento soud již opakovaně projevil názor, že moc zákonodárná může v souladu s Ústavou zakázat pachatelům trestných činů vykonávat i činnosti, které jsou mnohem více fundamentálního rázu, než právo nosit zbraň."

---

[5] Především pak Thomas Jefferson. Více: Leiser, B. M. Thomas Jefferson. In: Velké postavy západního myšlení. Praha : Prostor, 2. vydání. 2008, str. 364 an. ISBN: 80-7260-002-8.

[6] Ibid. Burton, M. L. John Lock. Str. 275 an.

[7] Lock, J. In. Rothbard, M. N. The Ethics of Liberty. 2. vydání, New York : New York University Press, 1998, s. 22. Dostupné i v elektronické podobě: http://mises.org/rothbard/ethics.pdf.

[8] Opt. Cit. Burton, M. L. str. 276.

[9] Ibid.

Mezi klíčové rozhodnutí patří ovšem až nedávný případ District of Columbia v. Heller (2008), ve kterém, v zásadě, Nejvyšší soud řešil otázku, zdali se právo nosit a držet zbraň vztahuje na "všechny" jednotlivce či pouze na ty, kteří jsou členy organizované milice a NS poprvé ve své historii vyřkl, že ve "federálních enklávách" (nezmínil jednotlivé státy), má jednotlivec toto právo bez ohledu na to, zdali je či není členem milice. Za zmínku určitě stojí i právě probíhající případ McDonald v. Chicago, ve kterém jedná o to, zdali je úprava držení ručních zbraní v Chicagu v souladu s Ústavou.

Ať se již týká o regulaci čehokoliv, je důležité mít vždy na paměti základní cíl takové regulace a její účel - a toto se vztahuje jak ke stanovování mezí základních lidských svobod (svobody užívat střelnou zbraň), tak i podmínek, na základě kterých může být vystavena licence k užívání zbraně. Obecně se regulace zdůvodňuje tím, že zbraně se "mohou dostat do špatných rukou"[10] a proto je ve "veřejném zájmu" jejich držení regulovat. Přesto, že "veřejném zájmu" dochází k regulaci mnoha aspektů našich životů, autor se domnívá, že málokdo si položil otázku, co vlastně tím "veřejným zájmem" ve skutečnosti je. Jak se měří? Kdo ho určuje a definuje? Není to náhodou pojem nebezpečný, který, protože může být velmi jednoduše aplikován na v podstatě jakoukoliv situaci, tak velmi často - ač pod jinými názvy - sloužil jako zástěrka k páchání zločinů, byť třeba i ve jménu práva? A neměla by mu z tohoto důvodu být věnována mnohem větší pozornost?

I kdybychom akceptovali, že přísná regulace držení zbraní je ve "veřejném zájmu", tak nesmíme zapomínat na existenci substitutů, ke kterým se vždy poptávající obrátí, pokud je mu - ať již z ekonomických, právních či jiných důvodů - odepřena možnost pořídit si určitý produkt. Osoby poptávající po zbraních lze rozdělit do několika skupin. Na ty, co zbraň chtějí ke sportovním účelům, k vlastní obraně, k obraně jiných (pracovní nástroj), na ty co ji chtějí k páchání trestné činnosti, a zcela jistě i další. U každé z těchto osob zákonitě existuje určitý zájem (potřeba), kterého může být dosaženo právě za použití poptávané zbraně. Zde se může jednat o zážitek ze střelby (sportovci), pocit jistoty a bezpečí (ti, co mají zbraně k vlastní obraně), možnost výkonu určité práce (pracovníci bezpečnostních agentur), páchání trestné činnosti (pachatelé), atd. Jsou-li tedy kladeny překážky tomu, aby si osoby náležící do těchto skupin pořídili zbraň legálním způsobem, pak si ti, u kterých pro ně pozitivní aspekt držení zbraní převáží nad zákonnými překážkami, pořídí zbraň stejně - ale nelegálním způsobem. Které osoby, z těch výše uvedených, takto nejčastěji učiní? A jaké nevýhody to přinese těm, kteří tak neučiní?

[10] Bilefsky, D. Herald Tribune web : EU legislators push tougher gun controls [citováno dne 14. 4. 2008]. Dostupné z: http://www.iht.com/articles/2007/11/29/europe/union.php.

Mějme stále na paměti výše uvedené skupiny poptávajících a vraťme se zpět k otázce existence substitutů. Sportovci mohou začít střílet z jiných (povolených či lépe dostupných zbraní), lidé vyžadující zbraně na obranu začnou hledat jiné - dostupnější, stejně jako tomu bude i u těch, kteří ochranu poskytují v rámci své podnikatelské činnosti. S hledáním substitutů tomu nebude jinak ani u těch, kteří se snaží získat zbraň pro páchání trestné činnosti. "Pokud jsou střelné zbraně zakázány, tak není důvod očekávat, že zarytí pachatelé trestných činů začnou věnovat pozornost právu. Tito pachatelé budou vždy schopni pořídit si zbraň; budou to nevinné oběti, kdo bude trpět…"[11]

Ovšem zamysleme se nad skupinou pachatelů hromadných střeleb v amerických školách - osob, které střílejí jen z toho důvodu, aby zabili co nejvíce lidí. Každá taková nešťastná událost vyvolá vlnu diskuzí o tom, jak, kdyby střelné zbraně nebyly tak lehce dostupné, tak by k něčemu podobnému nedocházelo, a proto je třeba jejich držení přísněji regulovat. S. A. Kjar se ve své článku "Why Economists Tend to Oppose Gun Control Laws"[12] zamýšlí nad tím, jaký substitut by mohl být těmito pachateli zvolen, pokud by byli omezeni v přístupu ke střelným zbraním: "Mnoho lidí tvrdí, že pokud by střelec neměl pistole a náboje, tak by nebyl schopen zastřelit všechny tyto lidi. Toto je jistě pravda. Ale z tohoto, dále vyvozují, že pokud by neměl pistole a náboje, tak by nebyl schopen zabít všechny tyto lidi. Ale toto je kompletně jiná otázka." Jako nejpravděpodobnější variantu substitutu označuje výrobu trhaviny, která, pokud má pachatel v úmyslu zabít co nejvíce lidí, mu k tomuto účelu může posloužit ještě lépe než střelná zbraň.

Co se efektivity a účelu zákonů limitujících právo držet zbraň týče, je nutno mít stále na paměti existenci substitutů, a uvědomovat si, že ne každá regulace přináší takové výsledky, které jsou od ní očekávány. Např. profesor historie J. L. Malcom uvádí, že v Anglii po staletí klesala míra násilné trestné činnosti a paradoxně se začala navyšovat až po té, co byly přijaty přísnější zákony regulující držení zbraní.[13] K tomuto podobně i Rothbard: "Z dalekosáhlé studie provedené na University of Wisconsin na podzim 1975 jasně vyplývá, že zákony regulující držení zbraní nemají ani individuální ani kolektivní efekt na snižování míry násilné trestné činnosti."[14]

---

[11] Rothbard, M.: For a New Liberty, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 2002, s. 115, ISBN 0-02-074690-3.

[12] Dostupné zde: Mises.org web: http://mises.org/story/2562.

[13] Ostrowski, J. Mises.org web: The Why of Gun Owenrship. [citováno 28. 11. 2009]. Dostupné z: http://mises.org/daily/1111.

[14] Rothbard, M. N. Opt. Cit. For a New Liberty, s. 117.

Závěrem autor připomíná základní skutečnost spojenou s úpravou držení zbraní v USA. Právo držet zbraň je tam koncipováno jako "status negativus", tedy sféra jednotlivce, do níž nemá být federální mocí zasahováno, na rozdíl o úpravy většiny ostatních států, kde je toto koncipováno jako státem přiznaná výsada. Ze samotného znění druhého dodatku lze vyvodit, že právo držet zbraň je přirozeným právem a státní (v tomto případě federální) moc se musí zdržet jakýchkoliv zásahů do něj. Obecně vzato, zákony regulující držení zbraní jsou stejné jako jiné zákony regulující společenské vztahy a pokud již má docházet k regulaci držení zbraní, tak je třeba brát v úvahu i ekonomické aspekty, které sebou takové zákony přinášejí, obzvláště existenci substitutů, k nimž se poptávající mohou obrátit v případech, kdy získat střelnou zbraň by již pro ně nebylo efektivní, resp. kdy by náklady převážili užitek. Vhodné je také uvažovat nad tím, na kolik je třeba určité společenské vztahy regulovat, a pokud je tak již činěno, tak nakolik se tak může dít ve jménu tak obecného, mlhavého a lehce zneužitelného pojmu, jakým je tzv. "veřejný zájem".

"Američané mají to právo a výhodu, že mohou držet zbraně - na rozdíl od občanů jiných zemí, jejichž vlády nedůvěřují občanům se zbraněmi". James Madison - The Federalist Papers

Literature:

- Spaeth, H. J., The Constitution of United States, 13. vydání, New York : HarperCollins Publishers, 1991, ISBN: 0-06-467105-4
- Schweigl, J. District of Columbia v. Heller - "Završení evoluce" doktrinálních přístupů k interpretaci druhého dodatku americké Ústavy?, In Europeanization of the National Law, the Lisbon Treaty and Some Other Legal Issues. Brno : Masarykova universita. ISBN 978-80-210-4630-6, s. 1139-1151. 2008, Brno.
- Madison, J. a kol. Federalist Papers, Federalist No. 46, Electronic Version: The Pennsylvania State University, 2001. Dostupné z: http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf.
- Leiser, B.M. a kol.: Thomas Jefferson. In: Velké postavy západního myšlení. Praha : Prostor, 2. vydání. 2008, str. 364 an. ISBN: 80-7260-002-8.
- Rothbard, M. N. The Ethics of Liberty. 2. vydání, New York : New York University Press, 1998. Dostupné i v elektronické podobě: http://mises.org/rothbard/ethics.pdf

- Bilefsky, D. Herald Tribune web : EU legislators push tougher gun controls [citováno dne 14. 4. 2008]. Dostupné z: http://www.iht.com/articles/2007/11/29/europe/union.php.
- Rothbard, M.: For a New Liberty, New York: Macmillan Publishing Co., Inc., 2002, ISBN 0-02-074690-3.
- Ostrowski, J. Mises.org web: The Why of Gun Owenrship. [citováno 28. 11. 2009]. Dostupné z: http://mises.org/daily/1111.

Contact – email
johan.schweigl@seznam.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRÁVNÍ PRAMENY V POČÁTCÍCH STAROVĚKÉHO ŘÍMA

IVANA STARÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstrakt v rodném jazyce
Práce se zabývá prameny práva v počátcích starověkého Říma. Pozornost je věnována zejména právu zvykovému, podle kterého obyvatelé Říma žili až do 5.století před naším letopočtem. Zvykové právo je velmi silně svázáno s náboženskými normami. S vývojem společnosti se dospívá k názoru, že je nutno zvykové právo kodifikovat, a proto vzniká první psaný pramen práva v podobě Zákona 12 desek.

Klíčová slova v originálním jazyce
Řím; zvykové právo; obyčejové právo; náboženství; bohové; kodifikace; Zákon 12 desek.

Abstract
This thesis deals with the issue of the sources of law in the early stages of the Ancient Rome. Particular attention is paid to the customary law, according to which the citizens of Rome lived until the 5th century BC. There is a very close connection between the customary law and religious norms.As the society developed it was considered necessary to codify the customary law, which led to the creation of the first written source of law, the Law of the Twelve Tables.

Key words
Rome; customary law; common law; religion; gods; codification; The Law of the Twelve Tables.

Příspěvek se zaměřuje na prameny práva v počátcích starověkého Říma. Článek bude rozdělen na dvě části. Nejprve je pozornost zaměřena na nejstarší období římského státu, pro které se vžilo označení doba královská. Druhá část bude věnována období republiky a první kodifikaci zvykového práva.

Řím vznikl zhruba v 8. století př. n. l. a o jeho založení hovoří legenda, podle níž byl Řím založen Romulem v roce 753 př. n. l. . V 8. století byla Itálie rozdrobena na řadu obcí, které vždy tvořily svazek. Mezi takovou obec můžeme zařadit i Řím. Tato nevelká obec se nacházela na břehu Tiberu a většina obyvatel se živila zemědělstvím.

V raných dobách říše žilo římské obyvatelstvo v rodovém zřízení. Základní jednotku společnosti tvoří rod neboli gens a v čele stojí stařešina, který řídil usnesení rodových shromáždění.

V 8. století př. n. l. nebyl Řím a jeho právo vázáno psanými prameny práva. Zhruba tři století žili obyvatelé Říma podle zvyklostí a obyčejů, které převzali od svých předků. Nutno říci, že tyto zvyklosti a obyčeje nedosahovaly podoby právních norem. S první kodifikací práva se setkáváme až v 5. století. Do této doby se obyvatelstvo řídilo nepsaným zvykovým právem.

Každý právní systém, ani Řím nebyl výjimkou, se vyvinul z obyčejového práva. Pokud by jsme chtěli stručně charakterizovat zvykové právo, musíme vyjít z definice, že zvykem se rozumí to, co se dodržuje a respektuje.

Zvykové právo starého Říma je velmi úzce propojeno s náboženskými normami. Dá se říci, že náboženství si svůj vliv udržovalo po celé trvání římské říše a každodenně se objevovalo v běžném životě Římanů. Zvyklosti a obyčeje měly tedy s náboženskými představami velmi silné pouto, často byly považovány za vůli bohů nebo za pravidla, která lidem nastolili sami bohové. Platilo pravidlo, že co je správné z pohledu náboženských norem, je dovoleno i z pohledu práva. Nedocházelo tedy k rozlišování fas [1] a ius [2].

Fas můžeme považovat za předchůdce práva a lze ho chápat jako právo bohů. Většinou se však jednalo o soubor názorů starých Římanů na to, co je spravedlivé. Fas je mnohem starším termínem než ius a můžeme jím označit jakoukoliv normu, která má v sobě něco náboženského.

Ius je označení pro právo, které tvoří již sami lidé bez ohledu na bohy. Toto právo by už nemělo mít vazbu na náboženství, protože právo se nemá shodovat s náboženstvím.

Ius Qiuritum neboli národní obyčejové římské právo vycházelo celé z náboženských zákazů a příkazů.

Římané se snažili v době zvykového práva normovat své jednání ve vztahu k přirozeným silám, aby minimalizovali nebezpečí, které jim hrozilo z porušování obyčejových pravidel, které ovšem nebyly přesně dané jako u psaných pramenů práva.

Na život Římanů, kteří se řídili zvykovým právem, měla vliv bohyně Iustitia. Bohyně Iustitia byla obdobou řecké bohyně spravedlnosti Themidy. Řecká bohyně spravedlnosti byla také znázorňována s váhami v ruce a musela být vždy přítomna svému muži, pokud vykonával funkci nejvyššího soudce.

---

[1] Boží výrok

[2] Právo

Římané své bohyni kromě vah vložili do rukou i meč. Váhy měly být symbolem rozhodčí činnosti a meč znázorňoval činnost vykonávající spravedlnost. Na Iustitii nebylo hleděno jako na pomocnici nejvyššího boha, ale jí samotné náleželo postavení soudkyně, které byl svěřen výkon božského práva a spravedlnosti. Právě zde se setkáváme s principem aequitas neboli spravedlnost, který se spolu s principem dobré víry prolíná celým římským právem. Právě v době zvykového práva neměl být člověk tím, kdo měří své skutky, ale měl být vydán zmiňované bohyni spravedlnosti, které jako jediné příslušel výkon božského práva.

Se zvykovým právem se setkáváme v oblasti soukromého i veřejného práva. Jako příklad pro soukromé právo nám může sloužit římská rodina zvaná familia.

V starých časech Říma převažoval náboženský charakter rodiny.V čele sakrální římské rodiny stál pater familias, který byl nadán neomezenou pravomocí nad členy své rodiny. On jediný měl postavení osoby sui iuris [3] a rozhodoval o složení své rodiny, neboť mohl odložit postižené dítě, které by na rodinu mohlo přinést hněv bohů. V rodině měl pater familias postavení kněze, které bylo obdobné s postavením pontifika. Sám otec dohlížel na to, zda nejsou porušovány pravidla nastolená bohy. Pokud by otec zjistil porušení pravidel, byl povinen vykonat očištění rodiny.

Jak jsem již říkala výše právo, kterým se řídilo obyvatelstvo Říma v počátcích svého vzniku, bylo vytvořeno z pravidel světské povahy (ius) a z pravidel, která měla zajistit přízeň bohů prostřednictvím věšteb, rituálů (fas). Snad proto bylo přirozené, že funkce výkladu práva se ujali právě pontifikové. Pontifikové byli kněžský sbor, který byl podle tradice založen králem Numa Pompiliusem. Prvním pontifikům král uložil dozor na tím, aby nedocházelo k rušení ius dividium [4] . Sbor měl původně tři členy, později pět. Tato hodnost byla v počátku svého vzniku vyhrazena pouze patriciům [5] , ale zákonem lex Ogulnia [6] došlo k omezení jejich svrchovanosti. Členství ve sboru bylo doživotní.

Kněží byli považováni za ochránce práva bohů. Podle docenta Skřejpka byli pontifikové ztělesněním tradičních římských hodnot, byli nositeli nejen tradic náboženství, ale i práva. Právě pontifikům náleželo interpretovat principy fas a ius.

---

[3] Osoba nepodřízená cizímu právu

[4] Božské právo

[5] Privilegovaná vrstva římského obyvatelstva

[6] Zákon vydaný 300 př.n.l., který umožnil vstup neprivilegované vrstvě obyvatelstva (plebejové) do sborů pontifiků a augurů. Patriciové si svůj monopol udrželi pouze u feitálů (vyhlašovali válku).

Pontifikové asistovali při hledání práva, poskytovali rady králi, prétorům a snad právě proto jim byl svěřena interpretace právní normy, na kterou vlastnili monopol. Pontifikové často vydávali responsa neboli posudky, které obsahovaly neblahé znamení.

Pontifikům náležel dohled nad římským kalendářem, který měl právě dopad na právo veřejné. Kněží tímto způsobem zasahovali do politiky a upevňovali tím svoje mocenské postavení, protože vědu ohledně kalendáře pěstovali jako tajnou nauku. Pontifikové měli monopol na rozhodnutí, kdy je možno konat právní jednání. Právní úkony nebylo možno činit v dnech zasvěcených bohům, tyto dny bývaly označovány písmenem N [7].V těchto dnech bylo zakázáno soudit, pohřbívat a bylo zakázáno činit vše, co by odvádělo pozornost lidí od náboženských úkonů.

Pro veřejné právo měli ještě velký význam augurové [8]. Tento sbor vznikl asi již v době rodové společnosti a za nejstarší vykladače znamení můžeme považovat Romula a Remuse. Původní počet odpovídal počtu tří tribuí, ale s vývojem společnosti jejich počet stoupal. Augurové svoje výklady nejčastěji provozovali na základě letu ptáků, ze kterého zkoumali, zda jsou bohové nakloněni k státnímu aktu. Augurové byli přítomni při každé významné příležitosti a často svými výklady ovlivňovali veřejné právo římské.

Na rozvoj mezinárodního práva v Římě měli značný vliv knežský sbor fetiálů, kteří jako jediní si zachovali složení pouze z privilegované vrstvy římského obyvatelstva. Do pravomoci výše uvedeného kněžského sboru patřilo vyhlašování válečného stavu, uzavírání mezinárodních smluv.Všechny činnosti fetiálů byly svázány množstvím formalit.

Pontifikové jako jediní kněží Říma zasahovali i do oblastí práva soukromého. Svůj vliv uplatňovali ve věcech, které se týkali římské familie. Byli přítomni při řadě právních úkonů jako bylo uzavření sňatku, adopce a nebo sepsaní závěti.

Pontifikové si o svých poznatcích z právní praxe vedli zápisy [9] a s nadsázkou tedy můžeme říci, že pontifikové byli zakladateli římské právní vědy.

Na závěr je nutno ještě zmínit tresty zvykového práva.Zvykové právo bylo typické svými příkazy a zákazy, které často pocházely od dávných předků. Celé zvykové právo a „trestní právo „ bylo ovlivněno magií a tím i související trest. Nutno říci, že porušení pravidel docházelo k narušení

[7] Dies nefasti

[8] Znalcí, vykladči znamení, kterým bohové projevili svoji vůli

[9] Commentarii pontificum

rovnováhy mezi člověkem a bohy. Jenže problém spočíval v tom, že trest nedopadal pouze na pachatele,ale na celou společnost.

Porušení fas mělo různou intenzitu, neboť Římané znali činy odčinitelné [10] a neodčinitelné[11] . Při neodčinitelných činech měl pachatel trest, který odpovídal činu smrti a mohl být postižen dvojím trestem. Pachatel mohl být zasvěcen i se svým majetkem uraženému bohu a byl ponechán plně jeho hněvu. Pachatel nebyl již nikým chráněn a mohl být beztrestně zabit a byl nucen opustit římskou obec.[12]

Na pachatele mohl být uvalen i trest v podobě přímé spravedlnosti [13] . Zde již pachatel nečekal na hněv bohů a iniciativy se ujal stát, který provinilce ihned usmrtil. Tímto trestem byly postihovány nejtěžší zločiny jako projev bezbožnosti, noční krádež, kde pachatel býval oběšen. Za živa byla pohřbena Vestálka, která porušila slib čistoty. Byla zazděna do kamenné hrobky, neboť stalé platila její nedotknutelnost. V době královské se setkáváme i s tresty, které měly pachateli před smrtí způsobit ještě bolest.Často byli zločinci zašívání do koženého vaku spolu se zvířaty [14] a tento vak byl hozen do vody.

Vliv náboženství na právo se prolíná celou dobou královskou a svoji úlohu sehrálo náboženství i v právu trestním, ale i zde se již setkáváme z poznatky, které jsou typičtější pro dobu pozdější.Zejména mám na mysli rozlišování úmyslu a nedbalosti.

Pokud hovoříme o pramenech práva v počátcích Říma musíme uvést i královské zákony zvané leges regiae. Jsou považovány za nejstarší právní normy, které se ovšem nedochovaly v pravém znění. Tyto zákazy a příkazy jsou tvořeny právě samotnými králi.Tyto zákony byly vytvořeny za účelem obyčej doplnit a nebo upřesnit. Sám bájný zakladatel Říma král Romulus vydával zákony.

Jedním z nich vložil moc zastávat úřady, soudit a být kněžími do rukou patriciům a plebejové se měli věnovat hospodářské činnosti. Romulus ovšem ve svém zákoně nestanovil trest za vraždu otce, protože on každou vraždu považoval za otcovraždu.

---

[10] Scellus expiabile.K odčinění postačí provedení náboženského úkonu na usmíření božstava

[11] Scellus inexpiabile. K očištění pachatele již nebylo možno použít obět, ale pachatel již odpovídal sám za sebe a i svým majetkem.

[12] Latinský termín pro tento trest je consecratio capitis et bonorum

[13] Deo necari

[14] Většinou se jednalo o opici, hada nebo kohouta

Král Numa Pompilius také psal zákony a jeho múzou byla nymfa Egerie, která byla jeho rádkyní ve věcech náboženských a právních.Numa Pompilius ustanovil pro římské vdovy dobu smutku 10 měsíců a v této době se nemohly provdat. Pokud by tak učinila, byla jí nařízena obět v podobě březí krávy.

Neustálé boje mezi patricii a plebeji o výklad norem zvykového práva zapříčinily první kodifikaci zvykového práva v římském právu.

Tímto počinem mělo být omezeno svévolné vykládání práva pontifiky. Pontifikové zvykové právo vykládali na soudě ve prospěch privilegované části obyvatelstva, a proto plebejové usilovali o sepsaní norem zvykového práva.Právo před sepsáním Zákona 12 desek mělo podobu zvykového práva,které bylo značně ovlivňováno právě normami náboženskými.V této době byl život Římanů ovlivňován bohy a pravidla chování také byly považovány za vůli bohů.

V roce 462 př. n. l. navrhl tribun lidu Terentius Arsa , aby byla zvolená komise pro sepsání zákonů, jelikož tato komise nebyla ustanovena a plebejové trvali na kodifikaci, byla jimi vyslána komise do Řecka (některé prameny hovoří pouze o Sicilii), kde měl být pořízen opis jejich zákonodárství - Solonovi zákony.

Po návratu komise byla ustanovena komise decemvirů (skupina 10 zákonodárců) , kteří měli za úkol sepsat římské zvykové právo a za rok ho předložit ke schválení lidovému shromáždění.Po dobu působení decenvirů byly suspendovány plebejské i patricijské úřady. Po roce bylo sepsáno a přijato 10 tabulí, ale byla ustanovena ještě jedna komise, která měla vytvořit další sepsaní zvykového práva, protože přijaté desky neobsahovaly všechny sporné body.Decemvirové byli opět zvoleni na dobu jednoho roku, ti ovšem chtěli nastolit v Římě tyranii, proto byli ze své funkce svrženi. Na návrh nových konzulů došlo k přijetí zbývajících sporných bodů obsažených na deskách a tak vznikla první kodifikace zvykového práva v podobě Zákona 12 desek.

Zákon 12 desek nemůžeme chápat jako sepsaní celé zvykového římského práva, ale bylo to sepsaní sporného nebo nepřesného práva soukromého a veřejného.Ustanovení byla sepsána v imperativu a měla kauzuistický charakter.

První tři tabule věnovali decemvirové právu procesnímu, čtvrtá tabule se věnuje právu rodinnému, dědické právo je upraveno tabulí pátou, soukromému právu a věcnému právu je vyhrazena tabule šestá a sedmá, další dvě tabule obsahují ustanovení o právu trestním a zbývající tři desky obsahují správu římského státu a doplňky.

V době kodifikace zvykového práva byl Řím primitivním agrárním státem s málo rozvinutou směnou, rozvinutou řemeslnou výrobou a obchodem. Setkáváme se s tím zejména v oddílu o dědění a právu rodinném, kde je

zachována forma rodu a není zde ještě tato jednotka překonána. Neomezená moc pater familias také zůstala zachována. Otec rodiny vlastnil neomezenou moc nad členy své rodiny, ale i nad svým majetkem.Otec mohl děti prodat do otroctví ,trestat a dokonce je mohl i usmrtit.

Zákon proti sobě staví zámožné občany a chudé a také pro ně jsou stanovena různá pravidla. Dlužníci většinou propadají věřiteli, kteří je mohou zabít a nebo prodat do otroctví. O otroctví se Zákon 12 desek výrazněji ve svých ustanovení nezmiňuje, protože v době republiky nebylo otroctví a ani obchod s nimi plně rozvinutý institut.

Pro právo trestní platila formulace nejdůležitějších trestů za úplatnost soudce, vraždu nebo zradu.

Na konci Zákona 12 desek se setkáváme s ustanovením, které omezuje okázalost při pohřbech a také je zde popřena zásada zákona, že kodifikací došlo k odstranění rozdílů mezi vrstvami obyvatelstva. Zákon přísně zakazuje sňatky mezi patricii a plebejci.

Vydáním zákona došlo k odstranění diferenciace mezi obyvatelstvem a právo již nebylo vykládání pontifiky pouze ve prospěch privilegované vrstvy. Pontifikové ovšem svoji moc po vydání Zákona 12 desek neztratili. Kodifikace práva podmínila pontifiky k činnosti interpretační, protože jak jsem již říkala výše, Zákon 12 desek obsahoval pouze sporná nebo nejasná ustanovení vycházející ze zvykového práva. Jejich povinností bylo vyložení sporných bodů zákona, později dospívají i činnosti, která spočívá ve vytváření nových ustanovení. V této době dochází již k tomu, že pontifikové nevlastní výhradní monopol na výklad právních norem a do jejich činnosti se dostává i laický prvek. Díky interpretaci tvořivé objevovali Římané nové instituty práva.

Ačkoliv se nám právo v počátcích Říma může zdát primitivní a často až bájně založené, musím říci, že nejen díky interpretaci pontifiků objevilo a získalo instituty práva, které daly později vzniknout dokonalému právnímu systému, kterým se nechaly často inspirovat jiné země pro svůj právní řád.

Literatura:

- Bartošek, M. : Encyklopedie římského práva : Panorama, 1981, 507 s.
- Bělovský, P. : Advokacie a jurisprudence ve starověkém Římě : Karolinum, 2005, 116 s. ,ISBN 80 – 246 – 0975 - 4
- Cvertler, J., Kincl, J. : Obecné dějiny státu a práva – stát a právo v otrokářském Římě : Univerzita Karlova Praha, 1975, 116 s.
- Hošek, R. : Římské náboženství : Státní pedagogické vydavatelství, 1968

- Kincl, J. , Urfus, V. , Skřejpek, M. : Římské právo : C.H:BECK, 1995, 386 s., ISBN 80 7179 – 031 – 1
- Skřejpek, M. : Ius et Religio : Vydavatelství 999, 1999, 317 s., ISBN 80 – 901064 – 8 – X
- Skřejpek, M. : Texty ke studiu římského práva : ORAC , 2001, 277 s. ISBN 80 – 86199 – 32- 0

Kontakt – email
ivanastara@post.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AUTONOMNÍ NORMOTVORBA STAVOVSKÝCH KORPORACÍ V PŘEDBĚLOHORSKÝCH ČECHÁCH

MAREK STARÝ

FPR ZČU v Plzni

Abstract in original language
Příspěvek se snaží upozornit na speciální oblast normotvorby v předbělohorské době. Vzhledem k partikularitě práva, kdy paralelně působily různé právní normy pro různé skupiny obyvatel státu (v závislosti na jejich společenské příslušnosti), docházelo k tomu, že stavovské korporace mohly v některých případech vydávat vlastní předpisy, závazné pro jejich členy, tj. bylo zde tvořeno jakési autonomní právo. Příspěvek dále analyzuje obsah dvou patrně nejvýznamnějších autonomních předpisů, řádů panského a rytířského stavu z let 1501, resp. 1609.

Key words in original language
Stav; Autonomní právo; Normotvorba; Šlechta; Zemský sněm.

Abstract
This paper tries to call attention to special kind of rule-making in the Czech history in the period before the battle on the White Mountain. It took place in some cases - considering the particurality of law - that estates´ corporations could pass special statutes which obligated only their members. So some special autonomous law originated. The paper further analyses the content of two probably most important authonomous enactments of this kind - The Order of the Lords´ Estate (1501) and The Order of the Knights´Estate (1609).

Key words
Estate; Autonomous law; Rule-making; Nobility; Land diet.

Sledovat proces tvorby práva ve středověku a raném novověku je úkol, stavící před svého řešitele nejedno úskalí, jež zájemce o právo novodobé překonávat nemusí. Zmínit je možno například jen zvolna odeznívající význam právního obyčeje, s odstupem staletí relativně obtížně identifikovatelného a uchopitelného, nejasnou úlohu precedenčních nálezů některých soudů či nepřehlednost normotvorných aktů, které ještě nebyly jednotně formálně publikovány, nehledě na nevyhnutelně jen částečnou zachovalost právních pramenů, a to formálních i gnozeologických.

Další, neméně významný problém reprezentuje i princip personality práva, jímž bylo objektivní právo této epochy do značné míry charakterizováno. Nešlo přitom ani o vázanost právního řádu na osobu, která je povinna a zároveň i oprávněna se jím řídit bez ohledu na teritorium, v němž se

pohybuje.[1] I s tímto mechanizmem se lze v evropských právních dějinách setkat, představa o jeho masovém rozšíření a uznávání ovšem nepůsobí příliš věrohodně. Už s ohledem na praktické obtíže, které by důsledné uplatňování takto pojaté závaznosti práva s sebou přinášelo. Pokud se tedy hovoří o personalitě práva, je zapotřebí mnohem více akcentovat skutečnost, že drtivá většina platných právních norem měla v té době nějakým způsobem omezenou osobní působnost. Namísto jednoho právního řádu tak ve státě fakticky souběžně existovalo několik konkurujících si systémů právních norem, vztahujících se na jednotlivé sociální skupiny obyvatelstva. Důsledkem toho byla i nutnost vytvořit kolizní pravidla pro některé oblasti právních vztahů.[2]

Dobově proměnlivá byla také legislativní pravomoc panovníka ve vztahu k těmto jednotlivým dílčím právním řádům. Obecně samozřejmě platilo, že panovník vystupoval mimo jiné i v roli zákonodárce, jeho libovůle v oblasti legislativy byla ale postupně omezována nutností souhlasu dalších významných reprezentantů feudální společnosti, kteří v českém prostředí po husitských válkách do značné míry tvorbu práva prostřednictvím normativních aktů stáhli do značné míry na sebe a panovníkovi ponechali pouze právo iniciativy, resp. konečného souhlasu s přijatými právními pravidly.

Cílem tohoto příspěvku je pokusit se identifikovat oblasti autonomní tvorby právních norem, která by byla výhradně v rukou jednotlivých stavovských korporací a která by se vztahovala pouze a výhradně na jejich členy. Časově je příspěvek vymezen léty 1526-1620, tedy nástupem Habsburků na český trůn na jedné a bělohorskou bitvou, která v Čechách výrazně pozměnila uspořádání veřejné moci a panovníkovi přiznala víceméně neomezenou zákonodárnou moc ve vztahu ke všem vrstvám feudální společnosti, na druhé straně.[3]

Je všeobecně známo, že na rozdíl od ostatních zemí České koruny, konstituovaly se v Čechách po husitských válkách pouze tři privilegované

---

[1] V tomto duchu definují personalitu např. Václav VANĚČEK, Dějiny státu a práva v Československu, Praha 1976, s. 91, či Karel MALÝ a kol., Dějiny českého a československého práva do roku 1945, Praha 1999, s. 81. I oni ale nabízejí i alternativní vnímání tohoto pojmu.

[2] Patrně nejznámějším příkladem normativního aktu kolizní povahy je tzv. Svatováclavská smlouva z roku 1517. O ní K. MALÝ, Svatováclavská smlouva. Třídní kompromis mezi šlechtou a městy z roku 1517. Acta Universitatis Carolinae. Iuridica. Vol. II. No. 2, 1956, s. 195-222, nově spíše popularizačně Jindřich FRANCEK, 24.10.1517. Svatováclavská smlouva. Urození versus Neurození, Praha 2006.

[3] Obnovené Právo a zřízení zemské dědičného království Českého, ed. Hermenegild JIREČEK, Praha 1888, s. 16-17, čl. A 8; pro Moravu obdobně Obnovené zřízení zemské dědičného markhrabství moravského 1628, ed. H. JIREČEK, Brno 1890, s. 12-13, čl. IV odst. 8.

stavy, panský, rytířský a městský. Stejně tak je známo, že tyto stavy, respektive jejich reprezentanti, se společně podílely na vytváření zemského práva na půdě zemského sněmu. Zemské právo je tu přitom chápáno v širším slova smyslu, tedy jako veškeré právo platné v Čechách, ať už byla jeho osobní působnost jakkoli široká či omezená.[4]

Bohužel, právě zemský sněm je paradoxně orgánem, jemuž doposud nebyla věnována adekvátní pozornost. Na přelomu 19. a 20. století proběhly sice velkoryse pojaté ediční práce, jejichž zásluhou byla zpřístupněna masa výsledků jeho rozhodovací činnosti a souvisejících písemností veřejného i soukromého charakteru,[5] na ně ale navázala pouze jediná monografie zaměřená na období vlády Ferdinanda I., jejíž rodný list byl vystaven před více než sto lety.[6] Z dalších prací stojí za zmínku stručné, přehledové studie Václava Vaněčka a Jaroslava Pánka.[7] Z klasických právně historických kompendií nabízí nejvíce informací o zemském sněmu Jan Kapras.[8]

Je ovšem zřejmé, že většina legislativních výstupů českého zemského sněmu se vymyká výše formulovanému zaměření tohoto příspěvku. Právo vznikalo součinností všech tří stavů[9] a osobní působnost jednotlivých norem měla zpravidla širší rozsah. Nezřídka bylo ostatně sněmovními usneseními normováno i chování poddaných, kteří sami žádné korporativní těleso nevytvářeli. Toto pravidlo mělo ale i své výjimky. Stejně tak ostatně přijímaly jednotlivé korporace na půdě zemského sněmu separátně (a častěji, než by se zdálo) i konkrétní, individuální právní akty.

Možnost autonomní normotvorby je jasně signalizována zněním posledního článku tzv. Vladislavského zřízení zemského, v té podobě, ve které bylo roku 1500 schváleno a posléze i panovníkem sankcionováno. Jde konkrétně o konstatování, že „též ještě sobě oba dva stavové svobodu pozuostavují, očby se kolivěk ty dva stavy na obecniem sněmu svolili, budú mocí práva

---

[4] K pojetí zemského práva jako všeobecného pojmu pro právo platné v zemi a zároveň i užšího označení pro právo šlechtické viz Nejvyššího sudího království českého Ondřeje z Dubé Práva zemská česká, ed. František ČÁDA, Praha 1930, s. 124, čl. 11.

[5] Sněmy české od léta 1526 až po naši dobu, díl I.-XI., XV., Praha 1877-1941.

[6] František HNÍDEK, Sněm český za Ferdinanda I., Praha 1905.

[7] V. VANĚČEK, České sněmy za stavovské monarchie (od poloviny 15. století do počátku třicetileté války). In: Česká národní rada, sněm českého lidu, Praha 1970, s. 103-116; Jaroslav PÁNEK, Český a moravský zemský sněm v politickém systému České koruny doby předbělohorské (1526-1620). In: Sejm czeski od czasów najdawniejszych do 1913 roku, Opole 2000, s. 31-47.

[8] Jan KAPRAS, Právní dějiny zemí koruny České. Díl II.: Dějiny státního zřízení. Část 1.: Doba předbělohorská, Praha 1913, s. 435-447.

[9] Průběh standardního sněmovního usnášení popisuje např. Pavel Stránský O státě českém, ed. B. RYBA, Praha 1940, kap. XIII, odst. 4, s. 250-251.

[svého] přičiniti aneb ujieti“.[10] I když se tato normativní věta jistě primárně vztahuje k možnosti dále zemské zřízení měnit a doplňovat, je v něm nepochybně zároveň obsažena i možnost upravovat vnitřní organizaci obou šlechtických stavů.[11]

O tom, že autonomní normotvorba existovala, svědčí nade vší pochybnost tzv. řády, jimiž bylo v určitých ohledech upraveno vnitřní fungování obou korporací šlechtických. Šlo tu především o hierarchii jejich členů při veřejných setkáváních (opět samozřejmě především na půdě zemského sněmu) a o způsob přijímání členů nových. Tedy přesně o ty záležitosti, jež lze v obsahu autonomního předpisu očekávat nejspíše. Právě tyto řády tvořily základ stavovské autonomní normotvorby. Její další rozsah nelze vymezit bez podrobné analýzy materiálů spojených s činností zemských sněmů. Prostor pro další právně-historické bádání tu každopádně zůstává otevřený.

Jako první z těchto vnitřních předpisů vznikl v Čechách v roce 1501 (27. dubna) Řád stavu panského. Nepochybně byl okamžitě po svém schválení intabulován do zemských desk. Vzhledem k tomu, že většina kvaternů padla v roce 1541 za oběť ničivému požáru pražského hradu, musel být tento akt proveden 6. ledna 1542 znovu.[12]

V úvodu řádu je obsažen odkaz právě na poslední článek zemského zřízení a je zde též naznačen průběh schvalování tohoto normativního aktu. Píše se zde, že páni „o to jsou se svolili mezi sebou“ a následně „to na pány z rytieřstva snezše, s jich vědomiem“ nechali řád intabulovat. Jinými slovy, do pomyslného legislativního procesu se určitým způsobem zapojily oba šlechtické stavy, rytířský ale víceméně jen tím, že vzal rozhodnutí svých urozenějších kolegů na vědomí.

Vnitřní hierarchie panského stavu, o níž jedinou tu vlastně šlo, byla stanovena primárně na základě kritéria chronologického, uplatněného ovšem ve dvou doplňujících se podobách. Panské rody byly rozděleny do

---

[10] Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny (Svatováclavská smlouva a Zřízení o ručnicích). Edice, ed. Petr Kreuz – Ivan Martinovský, Dolní Břežany 2007, s. 266, čl. 576.

[11] Pokud jde o stav městský, jeho úloha se v dynamické době přelomu 15. a 16. století poněkud měnila. V prešpurském zůstání z roku 1499 bylo dohodnuto, že „*což se vpisováníe ve dsky zemské potřeb zemských dotýče, kolikrát by toho kdy která takowá zemská potřeba přišla, ta nemá ve dsky zemské kladena ani vpisována býti, leč v přítomnosti všech tří stavuov, totižto panského, rytieřského a městského*“. Archiv český (=AČ), díl V., ed. František Palacký, Praha 1862, s. 496-516, č. 65 (zde s. 497-498). Do zemského zřízení v původním znění nebyla ale tato věta pojata a teprve na základě kompromisní dohody z roku 1508 bylo znění posledního článku změněno a byla doplněna věta, že „*což by v nahoře psaných knihách psáno bylo, ježto by městského stavu se dotýkalo ... také bez jejich třetího hlasu nemá se přičiniti ani ujímati*“.

[12] Národní archiv (=NA) Praha, fond Desky zemské, sign. DZV 41, fol. B 25v - B 26v. Editován byl v AČ, díl VI., ed. František Palacký, Praha 1872, s. 231-232, č. 12.

dvou skupin – starožitné (starobylé) a novožitné (nově povýšené). Zásadně přitom platilo, že příslušníci první skupiny mají přednost před těmi, kdo spadají do skupiny druhé. V rámci takto vydělených skupin byli páni hierarchicky řazeni „po letech", tj. podle svého stáří. Je potřeba zdůraznit, že šlo o stáří konkrétní fyzické osoby, nikoli o starobylost jejího panství. To znamená – neporovnávalo se, který rod dříve dosáhl panského statusu (v rámci kategorie starožitných rodů nebyl tento moment ostatně u řady rodů vůbec dohledatelný, neboť se k aristokracii řadily „odnepaměti"). Úplně stejným způsobem byli seřazeni i páni novožitní, přičemž řád obzvláště zdůrazňoval, že „nemají se v to táhnúti, ani se lety ani jiným nad tyto rody staré žádnou vymyšlenou věcí ani úřady výšiti". Individuální výjimky z tohoto pravidla byly připuštěny pouze u „roduov panských před tímto zřízením přijatých". Tedy u těch, které nebyly považovány za starožitné, nicméně jejich příslušnost k panskému stavu byla založena ještě před schválením a intabulací Řádu. Ty měly být „při to[m] zuostaveni a zachováni býti, při čemž jsou prve před tímto zapsání[m] zachováni byly". Jinými slovy, byla ponechána v platnosti individuální subjektivní práva, případně jejich příslušníkům přiznaná při jejich přijímání. Další výjimku z výše popsané hierarchie představovali nejvyšší zemští úředníci, kteří při všech příležitostech předcházeli (bez ohledu na svůj věk či rodovou příslušnost) všechny ostatní členy panské korporace.[13]

Již na první pohled je kuriózní, že ustanovení Řádu se víceméně drží v hranicích právních norem, které se k těmto záležitostem vztahují již ve Vladislavském zřízení zemském, schváleném o rok dříve. Již zde je totiž konstatováno, že „což se panských roduov starých dotýče, ti sedajte jedni nad druhými podle let" a „což se pánuov nových dotýče, ti sedajte pod starými rody panskými a nad staré rody se netřete, a to též vedle let sedajte mezi sebú".[14] Vnucuje se tudíž otázka, zda z věcného hlediska bylo vůbec nutné, aby se páni tímto způsobem exponovali. Zřejmě nebylo. A právě proto lze uvažovat o tom, že hlavním smyslem Řádu bylo v nově nastoleném právním prostředí výrazně demonstrovat samostatnou normotvornou kompetenci panské stavovské korporace.

Po deseti letech, 13. května 1511, byl Řád doplněn dodatkem, který tuto vcelku logickou a jednoznačnou úpravu poněkud zkomplikoval. De iure totiž kategorii novožitných pánů rozdělil na dvě, neboť určil, že „kteříž by

[13] Panskému stavu příslušelo v Čechách 8 z 12 nejvyšších zemských úřadů, a sice: 1. nejvyšší purkrabí, 2. nejvyšší hofmistr, 3. nejvyšší maršálek, 4. nejvyšší komorník, 5. zemský sudí, 6. nejvyšší kancléř, 7. dvorský sudí, 8. purkrabí karlštejnský. Určitou výjimku z tohoto fixního pořadí představovali pouze zápisy do zemských desk, v nichž se uváděli přítomní členové zemského soudu při jednotlivých zasedáních. Zde byli jako první uvedení komorník a zemský sudí a pak teprve ostatní úředníci.

[14] Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 180, čl. 245 a 246. Dotyčné články jsou převzaty z obecného nálezu krále Vladislava Jagellonského z 5. června 1497 – viz Archiv český, díl V., s. 474-476, č. 51, část F.

páni po tomto času po dnešní den byli v panský stav přijati, se také nad ty, kteříž jsou před tímto časem přijati, nemají se nad ně po letech ani po ničemž jiné[m] třieti a výžšiti, než po nich též pořád po letech sedati a místa držeti“. Jinými slovy, po starožitných rodech měly následovat rody přijaté do panského stavu do roku 1511 a teprve po nich ostatní.[15]

Vedle výše zmíněného řešil doplněk Řádu i otázku budoucího rozšiřování panského stavu. Ta byla ve velmi obecné rovině normována již ve Vladislavském zřízení zemském, podle něhož mohli panského stavu užívat pouze ti, kdo byli „od krále Jeho Milosti a od pánuov přijati“, přičemž jejich panský stav nezákládaly „pruovody anebo listy, kteréž sú sobě jednali a vyprosili“.[16] V jiné části zmíněné kodifikace pak bylo opakováno, že kdo se chce stát pánem, „ten toho hleď na králi Jeho Milosti a pániech podle obyčeje starodávnieho“.[17] Nyní došlo k právně pozoruhodné situaci, kdy tento obecný zemský zákon byl proveden usnesením jednoho ze zemských stavů. Mechanismus normotvorby samosprávných celků, pohybující se v mezích předpisu vyšší právní síly, tu představuje poměrně lákavou analogii. Páni konkrétně rozhodli, že o vstup mezi nejurozenější elitu království smí usilovat pouze ten, kdo by „stav svuoj vladycký do čtvrtého kolena před námi provedl“, druhou podmínkou pak byla jeho neposkvrněná čest.

Na rozdíl od Moravy, český vnitřní statut panského stavu vůbec neřešil otázku přechodu šlechtických rodů z kategorie „novožitných“ do „starožitných“ pánů. Zajímavá je tato skutečnost zejména v tom světle, že moravští páni přijali podobný řád se souhlasem krále Matyáše již o více než dvě desetiletí dříve, 6. září 1479.[18] V něm bylo hned v úvodu explicitně jmenováno čtrnáct starodávných rodů, tvořících privilegovanou elitu

---

[15] Seznam 47 panských rodů, které byly považovány za starožitné, byl v roce 1501 vepsán do zemských desk, jak dosvědčuje tzv. Talmberský kodex, uložený v Knihovna Národního muzea, sign. I A 1, fol. 215v. Seznam do literatury uvedl již František PALACKÝ, Zběrky ze starožitnosti československé. Časopis Českého museum 2/V, 1831, s. 169-174. Tentýž seznam je obsažen i v tzv. Hořovickém kodexu – viz Knihovna Národního muzea Praha, sign. II C 2, fol. 395r. Připojena zmínka o přijetí pánů Roupovských z Roupova a Zmrzlíků ze Svojšína v roce 1501 a Firšiců z Nabdína o rok později. Právě tyto rody měly tedy tvořit onu nově zavedenou prostřední kategorii. Zajímavé je, že mezi starožitné byly zařazeny i rody, u nichž se o starobylosti dalo v pravém slova smyslu jen stěží hovořit, jelikož byly do panského stavu přijaty v roce 1479 – páni z Lobkovic, z Ronšperka, ze Smiřic a z Veitmile.

[16] Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 180, čl. 247.

[17] Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 239, čl. 481.

[18] Byl intabulován o rok později a edičně zpřístupněn v Moravské zemské desky II. 1480-1566. Kraj olomoucký, ed. František MATĚJEK, Brno 1948, kniha XII., s. 3-4, č. 2; Moravské zemské desky II. 1480-1566. Kraj brněnský, ed. Tomáš KALINA, Praha 1950, kniha XV. (XI.), s. 3-5, č. 2. Zde je také na s. 2 v pozn. 2 zdůvodněna správná datace usnesení, často kladeného až do roku 1480.

panského stavu.[19] Za zemskými úředníky měli sedět – od nejstaršího k nejmladšímu – senioři těchto rodů a za nimi měli být podle téhož klíče seřazeni ostatní jejich příslušníci. Pánům z Doubravice a Tvorkovským z Kravař, „kterýchž jsú předkové dokonale panství nepožívali a ke dskám poslové nebývali", byla dána možnost svou starožitnost dokázat a přiřadit se k první skupině, v opačném případě měli být řazeni do skupiny rodů novožitných společně s dalšími třemi rody, jejichž příslušníci „z kterýchž koli příčin za panoše držáni byli léta některá … a za krále Jiřího teprv své rody vyvedli a do stolic jsú uvedeni".[20] I zde bylo klíčem pro určování pořadí ve sněmech a soudech i při jiných veřejných příležitostech datum narození jednotlivých pánů, bez ohledu na to, ke kterému rodu příslušeli.[21] Novožitní páni pak měli povinnost „netřít se" nad starožitné pány „až do časův těch, jakož obyčej v zemi jest, až do pokolení třetího", avšak bylo jim umožněno, aby ve třetí generaci „v rody staré též přijati byli". Totéž platilo pro nově přijaté pány z Veitmile a Tunkly z Brníčka i všechny v budoucnu přijaté pány – i o nich usnesení pravilo: „ti mají se též zachovati do třetího pokolení a jim se též staň po třetím pokolení". Relativně podrobně byla popsána i procedura přijetí nových pánů včetně textu přísahy, kterou museli skládat. Přijímání se mělo odehrávat na zemském soudu, uvedení novopečeného pána do soudní lavice pak bylo úkolem zemského komorníka.[22]

Podobně jako páni, přikročili v Čechách k autonomní normativní úpravě vnitřních poměrů své korporace i příslušníci druhého šlechtického stavu. Poněkud podrobnější Řád stavu rytířského vznikl ovšem teprve na samém konci předbělohorské epochy. Schválen byl na zemském sněmu 23. října 1609, intabulován pak byl 18. února 1610.[23] Určitou míru inspirace výše popsaným normotvorným aktem korporace panské přitom rozhodně nezapře. Je to patrné již v úvodu, kde se odkazuje na „mocnost", kterou si šlechtické stavy vyhradily v zemském zákoníku a kde se analogicky jako u Řádu stavu panského hovoří o tom, že předpis byl do zemských desk vložen s vědomím panského stavu, na jehož příslušníky byl na zemském sněmu

---

[19] Páni z Cimburka, z Lipé, z Lomnice, z Hradce, z Pernštejna, ze Šternberka, z Lichtenštejna, z Boskovic, z Kunštátu, z Lichtenburka, z Valdštejna, z Vlašimi, ze Sovince a z Krajku.

[20] Páni z Landštejna, z Miličína a z Ludanic.

[21] Formulace „*ti také již pod rody staršími sedajte a způsob svuoj mějte vedle let svých jakožto rodové staří*" přitom nasvědčuje tomu, že i zde měla přednost skupina rodových seniorů, formulace je ale poněkud nejasná a připouští obojí výklad.

[22] K přijímání pánů na Moravě blíže František KAMENÍČEK, Zemské sněmy a sjezdy moravské, díl III., Brno 1905, s. 29-42.

[23] DZV 183, fol. A 26v – A 29v; edice Vladimír KLECANDA, Přijímání do rytířského stavu v zemích českých a rakouských na počátku novověku (Příspěvek k dějinám nižší šlechty). Časopis archivní školy VI, 1928, s. 85-87, č. 4.

„vznešen“. Určitý posun v mocenském uspořádání státního organizmu se ovšem odrazil v tom, že zatímco páni poněkud přezíravě svůj řád přijali bez jakékoliv účasti panovníka a teprve ex post došlo k jeho spíše formálnímu potvrzení i ze strany Vladislava Jagellonského, který jeho obsah označil za panskou „starodávní zvyklost a svobodu“ (s připomenutím svého podílu na vytváření nových pánů),[24] rytíři „to předně při Jeho Milosti císařské jakožto králi českým poníženě a poddaně vyhledávali“ a teprve se souhlasem Rudolfa II. nechali svůj Řád intabulovat.

Hlavní důvod, který potřebu přijetí dotyčného autonomního aktu vyvolal, byl patrně opakující se výskyt osob, které se označovaly a vystupovaly jako rytíři, ačkoliv k tomu neexistoval odpovídající právní titul. Některé dokonce mohly „nad starožitné rody se tříti“, což bylo vnímáno jako „zlehčení“ celého stavu. Proto bylo v Řádu zdůrazněno, že udělování erbů je sice prerogativem panovníka,[25] samo o sobě ale příslušnost k rytířské korporaci nezakládá a je nezbytné, aby zájemci „na sněmu obecném toho náležitě a uctivě při témž stavu rytířském a vladyckém vyhledávali“. Řád zároveň stanovil další podmínky, které byli takoví zájemci povinni splnit. Šlo jednak o doložení legitimního manželského původu, vztahující se nejen na žadatele, ale i na dvě generace jeho předků, a dále pak o to, aby žadatelé „dobré a poctivé chování prokázali“. Zcela samozřejmým bylo také předložení královského majestátu, udělujícího erb.[26] Po přijetí na zemském sněmu pak byli povinni se u zemských desk přiznat, že budou zachovávat zemské zřízení, které tu je zjevně nutno chápat extenzivně, tedy včetně Řádu jakožto předpisu ho provádějícího.

Také Řád stavu rytířského de iure konstituoval nepřekročitelnou hranici mezi starožitnými a novějšími rytířskými rody. Nově přijaté rody měly až do třetí generace uzavřený přístup k nejvyšším zemským úřadům, které rytířskému stavu přináležely, a i v případě, že by jejich příslušníci pronikli do úřadů nižších, měli mít ve všech případech své místo až za starožitnými rytíři. Podobně jako u stavu panského se pak hierarchie rytířstva komplikoval tím, že ti, „kteříž by po tomto čase do stavu rytířského přijati byli“, měli mít své místo až za novožitnými rytíři, přijatými před

[24] Viz dekret ze 17. února 1502, uložený v NA Praha, fond Archiv České koruny, č. 1832 a editovaný v AČ VI., s. 236-237, č. 15. Zajímavé je, že přijímání nových pánů má podle této listiny schvalovat nikoli panská korporace jako celek, ale pouze „*páni z rodů starožitných*“.

[25] Ustanovovalo tak již Vladislavské zřízení zemské a následně i další zemská zřízení z let 1549 a 1564. Vladislavské zřízení zemské a navazující prameny, s. 239, čl. 482; Codex juris Bohemici, Tomi IV. pars 1. sectio I., ed. Josef Jireček – Hermenegild Jireček, Pragae 1882, Práva a zřízení zemská království českého z léta M.D.LXIIII., s. 145, čl. A 23, s. 505, čl. A 15.

[26] Také v tomto směru byla úloha panovníka při rozšiřování rytířského stavu silnější než u stavu panského, kde se vystačilo s neformální panovníkovou přímluvou a hlavní tíha rozhodnutí skutečně ležela pouze a výhradně na pánech shromážděných na zemském sněmu.

schválením Řádu. Špatné zkušenosti s erbovníky z 15. století, kteří byli často náchylni podporovat v politických půtkách mezi jednotlivými stavy spíše města než rytířstvo,[27] pak nalezly svůj odraz v požadavku, aby každý nově přijatý rytíř „k stavu svému všelijakou poctivost a šetrnost choval a proti témuž stavu svému nic neslušného před sebe nebral a nečinil a k stavu městskému nikda více se nenavracoval".

Zatímco soubor panských rodů byl relativně úzký a bylo víceméně nemožné, aby se mezi panskou elitu vetřel jedinec, který by k ní nepatřil, u mnohem četnějšího rytířského stavu nebylo toto nebezpečí v žádném případě jen hypotetické. Proto se na rozdíl od Řádu stavu panského v Řádu rytířském objevilo výstražné ustanovení, podle nějž ten, komu by se neoprávněné užívání rytířského stavu či titulu prokázalo, měl být „ke dckám zemským oznámen a vedle spravedlivého Jeho Milosti císařské nejvyšších ouředníkův a soudcův zemských uznání jiným ku příkladu ztrestán". Další specifickou oblastí, na níž musel Řád stavu rytířského reagovat, bylo tak zvané erbovní strýcovství. Stalo se totiž častým jevem, že rytíři a vladykové přijímali k svému erbu a predikátů různé příbuzné a přátele jakožto „erbovní strýce". Pokud by tato praxe zůstala bez jakéhokoliv omezení zachována, znamenalo by to, že by rytířský stav ztratil nad rozšiřováním své členské základny jakoukoliv kontrolu. Proto Řád zdůrazňoval, že přijetí k erbu a rodu je možno výhradně se souhlasem panovníka, o jehož výsostné právo („regalii") se jedná a že i tento souhlas zakládá pouze právo užívat predikátu a heraldického znamení, nikoli ovšem příslušnost ke stavovské korporaci. K jejímu získání bylo opět zapotřebí, aby příslušný povýšenec „toho při stavu rytířským na obecným sněmě vyhledával a pořádně do stavu rytířského podle zřízení zemského a zvyklého chvalitebného obyčeje přijat byl".

Podobně jako u vyššího šlechtického stavu, i zde platilo, že na Moravě byli rytíři zřetelně iniciativnější. Neomezili se ovšem na jeden stěžejní předpis, ale otázku fungování a rozšiřování svého stavu upravovali postupně jednotlivými sněmovními usneseními. Z nich nejdůležitější jsou z roku 1535,[28] 1556 a 1575. Úprava byla obdobná jako u stavu panského jak co se týkalo způsobu přijímání nových členů, tak v té rovině, že ve třetí generaci mohlo na žádost dojít k posunu rodu mezi starožitné. V usnesení z roku 1575 se pak objevuje zajímavé ustanovení, stanovící kolik členů rytířského

[27] Srovnej k tomu V. KLECANDA, Přijímání do rytířského stavu v zemích českých a rakouských na počátku novověku, s. 6-9.

[28] Od tohoto roku byla také vedena Kniha stavu rytířského, jíž vydal Mojmír ŠVÁBENSKÝ, Knihy přijímání do rytířského stavu Moravského markrabství. In: Josef PILNÁČEK, Neznámé rody a znaky staré Moravy, Brno 1983, s. 250-267.

stavu musí být na zemském sněmu přítomno, aby vůbec bylo možno nového člena přijmout.[29]

Řády, vztahující se k vnitřnímu životu jednotlivých šlechtických stavů a k jejich personálním obměnám lze z hlediska současného nepochybně nejilustrativněji srovnávat s vnitřními předpisy osobních veřejnoprávních korporací a i tento příměr zpětně dále posiluje tezi, že veřejnoprávní korporace je v současné terminologii nejpříhodnější výraz, kterým lze z právně-historického pohledu raně novověká stavovská uskupení popsat.[30] To už je ale námět pro samostatnou (minimálně) studii.

Contact – email
starym@seznam.cz

[29] K moravským poměrům blíže F. KAMENÍČEK, Zemské sněmy a sjezdy moravské, III. díl, s. 42-55; V. KLECANDA, Přijímání do rytířského stavu v zemích českých a rakouských na počátku novověku, s. 43-45.

[30] Je na místě upozornit zde alespoň na výrok, že „*byl to mocný duch korporační, který ovšem všecky stavy pronikal*“, jehož autorem byl již před bezmála půl druhým staletím Vincenc BRANDL, Stav panský a rytířský. Časopis Matice moravské I, 1869, s. 168.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ÚSTAVNÍ VÝBOR NÁRODNÍHO SHROMÁŽDĚNÍ A SBOR ZNALCŮ JAKO TVŮRCI ÚSTAVY Z ROKU 1948

MARTIN ŠMÍD

Fakulta ekonomicko-správní, Univerzita Pardubice, Česká republika

Abstract in original language
Příspěvek pojednává o procesu tvorby Ústavy 9. května 1948. Zaměřuje se zejména na roli jednotlivých činitelů, kteří se na tomto procesu podíleli - ústavního výboru Národního shromáždění a povolaného sboru expertů - a vztahy mezi nimi. Shrnuje jak utvoření těchto institucí, tak průběh jejich jednání a otázky, které řešily.

Key words in original language
Ústavní právo; Ústava 9. května; Tvorba práva.

Abstract
The paper concerns with the process of making of the Constitution of 9th May 1948. It is focused on the role of particular actors who participate in this process - Constitutional Committee of the National Assembly and summoned board of experts - and relations between them. It summarizes both the creation of these institution and the questions having been solved.

Key words
Constitutional law; Constitution of 9th May; Law making.

1. ÚVOD

Z právního hlediska bylo jedním z nejdůležitějších témat prvních poválečných let vytvoření nové ústavy, která měla zohlednit novou etapu vývoje Československa, byť některé významné právní změny proběhly už prostřednictvím dekretů prezidenta republiky. Ostatně právě za účelem schválení nové ústavy bylo ústavním zákonem č. 65/1946 Sb. rozhodnuto o ustavení jednokomorového Ústavodárného Národního shromáždění.

Tato priorita vyplývá jak z názvu, tak ze systematiky tohoto zákona, když čl. 1 odst. 1 uvádí: "Ústavodárnému Národnímu shromáždění, jež bude zvoleno podle všeobecného, rovného, přímého a tajného práva hlasovacího a podle zásady poměrného zastoupení, přísluší, aby Československé republice dalo novou ústavu." Teprve odst. 2 stanovil, že vedle to vykonává moc zákonodárnou pro celé území Československé republiky. I samotné volební období ústavodárného shromáždění bylo omezeno termínem, kdy se sejde zákonodárný sbor zvolený podle nové ústavy (nejdéle však na dva roky).

2. VÝCHOZÍ SITUACE

Vytvoření nového ústavního dokumentu se v důsledku vnitrostátních i mezinárodněpolitických změn ukázalo jako nevyhnutelné, neboť ústavní listina z roku 1920 už neodpovídala soudobé situaci. Vzhledem k odsunu se stala nadbytečnou úprava národnostních menšin, Podkarpatská Rus se jako Zakarpatská Ukrajina stala součástí Sovětského svazu, existovaly nové dohody (především Košický vládní program) a i obecně se podstatně proměnila vnitřní situace. Prvorepubliková ústava také neumožňovala řešit aktuální problémy práva (zejména ústavnost dekretů prezidenta republiky či kontinuitu a diskontinuitu právních aktů z doby okupace a Slovenského štátu).[1]

Všeobecně převládalo přesvědčení vybudovat stát na jiných principech, než na kterých stála první republika, což vyplývá také z ustavení Národní fronty a tím de facto odstranění klasického parlamentarismu s vládnoucími a opozičními stranami.

3. UTVOŘENÍ ÚSTAVNÍHO VÝBORU A SBORU ZNALCŮ

Ústava nebyla tvořena jako vládní návrh, jak bylo u ústavních změn tradicí, ale výlučně v kompetenci Ústavodárného národního shromáždění.[2] Za tímto účelem byl v říjnu roku 1946 ústavním zákonem č. 197/1946 Sb. vytvořen ústavní výbor shromáždění o 36 členech zvolených dle zásady poměrného zastoupení. Předsedou se stal Oldřich John, poslanec za sociální demokracii, generálním zpravodajem návrhu ústavy byl pak komunistický poslanec, profesor Vladimír Procházka.

V roce 1947 jmenoval výbor poradní sbor expertů na ústavu, byť i zde se projevil princip politického obsazování, „a to tak, že zásadně každá politická strana (alespoň ta větší) navrhla dva znalce, avšak přece jen bylo možno zjistit, že odborníci nebyli opomenuti.“[3]

---

[1] Šimáčková, K.: Fiktivní nebo reálná ústava. Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: Komunistické právo v Československu, s. 127.

[2] „Ba ono československé Národní shromáždění, vyšlé z voleb konaných 1946, šlo v aversi proti jakékoli spolupráci mimoparlamentních činitelů ještě mnohem dále, než dosud učinil jakýkoliv jiný parlament, odmítajíc dokonce spolupráci vlády na sdělávání původní osnovy nové ústavy, čímž utvořilo pravý unikát v dosavadních dějinách parlamentární legislativy: odmítlo totiž učiniti nějaký vládní návrh osnovy nové ústavy předmětem oficiálního jednání svého ústavního výboru a vyslovilo přání, aby si tento výbor, pokud se týče jeho referent (zpravodaj) takovou osnovu vypracoval sám.“

Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 200.

[3] „Za komunistickou stranu se stali experty profesoři Hobza (Karlova universita) a Dr. Outrata, za Československou stranu národně socialistickou profesor Kubeš (právnická fakulta brněnská) a prof. Bušek (právnická fakulta pražská), za Československou stranu lidovou profesor Weyr (právnická fakulta brněnská) a profesor Hoetzel (právnická fakulta

Samotné ustavení tohoto externího sboru znalců ale nebylo jednoduché - alespoň podle svědectví jednoho z přímých účastníků, Františka Weyra: "Vcelku možno říci, že ve příčině povolání nějakého zvláštního mimoparlamentárního znaleckého sboru nejevila se v naší politické veřejnosti žádná jednotnost. (…) Z jednotlivých politických stran byly otevřeně pro povolání zvláštních expertů strana lidová a národněsocialistická, kdežto u sociálních demokratů a zejména u komunistů projevován byl více méně značný odpor proti němu. Rozumí se, že při tom vyjadřovány byly obvyklé pochybnosti, připomínající výlučnou kompetenci členů parlamentu jakožto volených zástupců lidu k rozhodování o příští ústavě - jako by experti nebyli také zástupci téhož lidu nebo jako kdyby někdo byl pro experty požadoval právo přímého rozhodování o ústavě a nebylo šlo o pouze nezávazný jejich poradní hlas."[4]

Na základě návrhu Vladimíra Kubeše jednal takto ustavený sbor samostatně a jeho první schůze se uskutečnily na přelomu dubna a května 1947 v Praze; dle záznamů Františka Weyra 23. dubna v budově Národního shromáždění. I po samotném ustavení sboru se objevovaly (zejména ze strany komunistických zástupců) návrhy, které práci sboru znesnadňovaly. Jednak protestovali proti jeho samotnému pravidelnému scházení, jak ironicky komentuje Weyr: "Při tom padla také, pokud se aspoň pamatuji, z téže strany poznámka, že by si snad po případě mohli jednotliví experti svá písemná vyjadřování poštou vyměňovati a touto cestou o nich diskutovati. Pokud jsem všemu tomu dobře porozuměl, děly se tyto a jiné jim podobné projevy pod pláštíkem úzkostlivé ochrany demokratického parlamentárního principu, jejž by mohla pouhá existence nějakého mimoparlamentního, byť jen poradního sboru, jakož i skutečnost jeho scházení se, nebezpečně ohrožovati. Snad tu byly obavy před nějakým ozbrojeným spiknutím nebo povstáním těchto nebezpečných profesorů, kteří se zde chystali na parlamentní půdě hromadně zasedati a rokovati."[5] Stejné protesty se vznášely proti ustavení řádného prezidia sboru a proti hlasování (a sčítání hlasů tak proto bylo prováděno pouze interně, bez dalších následků).

---

pražská), za Komunistickou stranu Slovenska poverenik Dr. Viktory a Dr. Horváth, za ostatní strany první president nejvyššího soudu Dr. Derer, prof. Kizlink (právnická fakulta bratislavská), dále za Československou stranu sociálně demokratickou Dr. Meissner, dříve předseda ústavního výboru, z jehož práce vznikla naše první ústava, a profesor Peška (právnická fakulta pražská) a za Demokratickou stranu Slovenska profesoři právnické fakulty bratislavské Ratica a Matura.“

Kubeš, V.: Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu, s. 8-9.

[4] Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 198-199.

[5] Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 198-199.

4. ŘEŠENÉ OTÁZKY

Dále si nastiňme některé nejdůležitější problémy, kterými se ústavní výbor a sbor znalců při tvorbě ústavy zabývaly. Zprvu byly řešeny obecné (koncepční i terminologické) otázky, např. zda má ústava zahrnovat veškeré předpisy ústavního charakteru či nikoliv. Právě na těchto nejobecnějších otázkách, jako je diskuse o vhodnosti použití termínu "lidově demokratická republika", lze asi nejlépe ilustrovat rozdílné postoje k dalšímu směřování československého státu.

Další debata, která byla vedena, se týkala státoprávního vztahu mezi českými zeměmi a Slovenskem, která nakonec vyústila ve tři možná řešení:

1. vytvoření jednotného parlamentu a vedle stojících zemských sněmů s taxativně vymezenou pravomocí,

2. tzv. rozestup jednotného parlamentu: tedy, že k úpravě záležitostí týkajících se ústavního poměru Čechů a Slováků by bylo třeba dosáhnout většiny mezi českými i slovenskými poslanci zvlášť,

3. zřízení slovenské autonomie (asymetrické řešení).

Výsledné asymetrické řešení nepovažuji za příliš šťastné, i když v kontextu dalšího vývoje ztrácí řešení této otázky na významu.

V této souvislosti je možné zmínit návrhy slovenských stran na ústavní úpravu československých vztahů; své návrhy vypracovala Komunistická strana Slovenska, Demokratická strana i Strana slobody. Slovenští komunisté (kteří původně zastávali odlišné stanovisko od KSČ) později od svého návrhu ustoupili. Strana slobody zastávala koncepci vycházející z tzv. "rozestupové alternativy", podle níž by se Národní shromáždění rozestupovalo na národní rady (ČNR a SNR). Podle návrhu slovenských demokratů měla vedle Národního shromáždění existovat samostatná Slovenská národní rada.[6] Prosazovala tak asymetrický model, byť postavení slovenských orgánů mělo být silnější, než jak bylo později realizováno. Její původní návrh z roku 1947, který počítal s federativním uspořádáním ČSR, neměl u českých stran naději na podporu.

Sbor expertů řešil podrobně i další otázky, jako např. organizaci národních výborů (pro zajímavost, vyslovil se pro zemské uspořádání; ani tento názor sboru expertů nebyl respektován a vyšší územně-správní jednotkou se později staly kraje zřízené na základě ústavy zákonem č. 280/1948 Sb. o krajském zřízení), vztah mezinárodního a vnitrostátního práva, otázku správního soudnictví či postavení ústavního soudu.

---

[6] Text tohoto návrhu je dostupný v: Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960), s. 276-282.

Ke sporům pak docházelo zejména při projednávání expertních návrhů v samotném ústavním výboru. V zásadě lze tyto konflikty charakterizovat jako střetnutí mezi Kubešovými návrhy, které zpracoval na základě svých původních návrhů a výsledků porad znalců a které tak byly předkládány výboru jako jeho většinové stanovisko, a koncepcí zastávanou generálním zpravodajem Procházkou - tedy střetnutí představ komunistické a národně socialistické strany. Kubešova koncepce byla později předložena národně socialistickou stranou a zveřejněna počátkem roku 1948 s předmluvou Prokopa Drtiny.[7]

Profesor Kubeš se snažil ve svém návrhu navázat na ústavní zásady první republiky, čemuž odpovídá i recepce slavnostního úvodu ústavní listiny z roku 1920. Největší rozdíly mezi oběma pojetími jsou patrné především v základním pojetí státu.[8]

Porady expertního sboru vyzněly do prázdna a poslední schůze se uskutečnila 7. listopadu 1947, byť řada důležitých otázek ještě čekala na rozřešení - např. primát mezinárodního práva nad vnitrostátním, kontinuita československého právního řádu či formulace případné preambule. "O všem tom tedy patrně jednal parlamentní ústavní výbor, který vůbec projevoval po celou dobu své činnosti záviděníhodnou dávku sebevědomí, nepotřeboval žádného odborného poučení nebo dobrého zdání ze strany nějakých zvláštních expertů (znalců) - a dnes po několikaletém odstupu, jakož i po zkušenostech získaných po událostech v měsíci únoru roku 1948 ostatně víme, že by tyto posudky byly určitě vyzněly naprázdno, a to zcela bez ohledu na jejich obsah, odůvodnění a případnou hodnotu."[9] Lze snad jen dodat, že i kdyby sebelepší návrhy expertů prošly, o to horším způsobem by byla ústava v dalších letech pošlapána.

5. ZÁVĚR

Přestože projednávání návrhů ústavy probíhalo ještě před únorovým převratem, většinou byl prosazen text, který odpovídal představám

---

[7] Šimáčková, K.: Fiktivní nebo reálná ústava. Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: Komunistické právo v Československu, s. 128.

[8] Např. dle finální verze ústavy (čl. I, odst. 1) je Československo lidově demokratickou republikou. Oproti tomu Kubeš hovoří o demokratické republice a navrhuje znění: "Demokracie je zaručena po stránce politické, sociální i hospodářské, jak to stanoví tato ústava." K tomuto odstavci přidává komentář: "Odstavec 2 je značné důležitosti, neboť se v něm praví, že zásada demokracie má býti provedena nejen na poli politickém, nýbrž i sociálním a hospodářském (…). Jde o obsahové vystižení nevhodného, poněvadž pleonastického výrazu 'lidová demokracie'."

Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960), s. 276-282.

[9] Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951), s. 207-208.

komunistické strany. Samotné schvalování proběhlo až po únorovém puči, což mělo za následek reinterpretaci řady dalších, jinak neutrálních ustanovení.[10]

Dle Oldřicha Johna (předsedy ústavního výboru) po únoru ústavní výbor přestal být "bitevním polem", ale stal se pouhým schvalovatelem koncepcí, které odhlasovalo předsednictvo ÚV KSČ a které k jednání výboru postupně předkládal zpravodaj Vladimír Procházka.[11]

Lze tedy říci, že za normálních (demokratických) okolností by tvorba nové ústavy v relativním časovém klidu, navíc za účasti širokého spektra tehdejších odborníků, byla jedinečnou příležitostí k vytvoření legislativního díla, které pak mohlo platit ještě desetiletí (ne-li dodnes).

Je tedy škoda, že sbor znalců, který s takovým záměrem ke svému úkolu přistupoval, pracoval vlastně zbytečně, byť význam své činnosti nemohl sám nijak ovlivnit. Přesto je pro právní teorii i historii velmi cenné sledovat záznamy a debaty, týkající se tvorby Ústavy 9. května.

Literature

- Bobek, M., Molek, P., Šimíček, V. (eds.): Komunistické právo v Československu : Kapitoly z dějin bezpráví. Brno: Masarykova univerzita, 2009, 1008 p., ISBN 978-80-210-4844-7
- Kubeš, V.. Dějiny myšlení o státu a právu ve 20. století se zřetelem k Moravě a zvláště Brnu : II. díl. Brno: Masarykova univerzita, 1995, 250 p., ISBN 80-210-1143-2
- Weyr, F.: Paměti : 3. Za okupace a po ní (1939-1951). Brno : Atlantis, 2004, 231 p., ISBN 80-7108-195-7
- Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960). Praha: Karolinum, 2006, 512 p., ISBN 80-246-1210-0

Contact – email

martin.smid@upce.cz

[10] Šimáčková, K.: Fiktivní nebo reálná ústava. Paradoxy ústavního vývoje socialistického Československa. In: Komunistické právo v Československu, s. 128.

[11] Grónský, J.: Komentované dokumenty k ústavním dějinám Československa. Díl II. (1945-1960), s. 329.

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TVORBA NOVÉHO ČESKOSLOVENSKÉHO RODINNÉHO PRÁVA V OBDOBÍ TZV. PRÁVNICKEJ DVOJROČNICE 1948 - 1950

IVANA ŠOŠKOVÁ

Právnická fakulta Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici

Abstrakt
Príspevok sa zameriava na podmienky prípravy a prijatia Zákona č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve ako prvého výsledku tzv. právnickej dvojročnice v ČSR. Vzorom a príkladom pre organizáciu a postupy pri legislatívnych prácach boli skúsenosti Sovietského zväzu, zo sovietskej právnej vedy boli preberané i základné zásady tvorby nového práva. Autorka okrem ozrejmenia legislatívnych postupov pri tvorbe nového rodinnoprávneho kódexu prináša na podklade archívnych výskumov i pohľad do zákulisia kreovania a precizovania konkrétnych noriem súvisiacich so zavedením obligatórneho občianskeho sobáša.

Kľúčové slová
Rodinné právo; Ľudová demokracia; ČSR; Ústava 9. mája 1948; Právnická dvojročnica; Legislatívne práce; Kodifikácia práva; Unifikácia práva; Zákon č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve; Manželstvo; Uzavretie manželstva; Sobáš občiansky; Sobáš cirkevný.

Abstract
The article is aimed at the circumstances of the preparation and adoption of the Act No. 265/1949 Coll. on family law as the first result of so called legal "two-year" period 1948-1950 in the Czechoslovak Republic. As a standard sample for organization and progress of legal work were used the Soviet Union experiences; the basic principles for creation of the new law were taken from the Soviet legal science as well. Author in addition to explaining the legislative procedures by creating the new code of family law brings also archively founded "back-view" over forming and adjusting some concrete rules associated with obligatory civil marriage.

Key words
Family law; People`s democracy; Czechoslovak republic; The Constitution of 9th May 1948; Legal "two-year" period of 1948-1950; Legislative works; Codification of law; Unification of law; Act No 265/1949 Coll. on family law; Matrimony; The act of marriage.

1. PODMIENKY PRÍPRAVY A PRIJATIA ZÁKONA O RODINNOM PRÁVE Č. 265/1949 SB.

Príprava nového rodinného práva bola súčasťou markantných zmien právneho poriadku, naštartovaných tzv. právnickou dvojročnicou, vyhlásenou v roku 1948. Bol to jasný dôsledok prevratných zmien, ku

ktorým došlo v hospodárskom aj politickom zriadení československého štátu najmä po „februárovej revolúcii“. Ľudová demokracia mala predstavovať vývojové obdobie postupnej cesty k socializmu. Ústava z 9.mája 1948 určila hlavné zásady nového spoločenského štátneho poriadku a sformulovala hospodárske a politické základy štátneho zriadenia i zásady demokratických reforiem vo všetkých odboroch štátneho, politického i kultúrneho života. Tým sa prirodzene zmenil i pomer ľudovodemokratického štátu k rodine a jej miestu v spoločenskom poriadku, ktorý sa mal nanovo „prebudovať“, zmeny nastali i v samotných osobných vzťahoch ľudí.

Stále platné manželské či rodinné právo pochádzalo ešte z obdobia, ktoré bolo teraz kritizované pre uprednostňovanie súkromnovlastníckych vzťahov, triednu nerovnosť i nerovnosť pohlaví. Toto právo akoby fixovalo rodinné vzťahy, v ktorých sa odrážali vplyvy už prežitých či prekonaných predstáv a rodinnoprávnych inštitútov. Boli to normy, ktoré už novodobým pomerom nevyhovovali. Domnievam sa, že ani práce na reforme rodinného resp. občianskeho práva za prvej republiky, pokiaľ by nejakú novelizáciu priniesli (a ako vieme, nepriniesli), by už v danej situácii nemali svoj efekt. Všeobecne sa uznávala potreba nahradiť tieto prežité zákony novými kódexami, ktoré by zodpovedali prenikavým zmenám v hospodárskom i politickom zriadení ľudovo demokratického štátu.[1] V duchu marxistickej právovedy, ktorá sa stala ideologickým základom budovania nového štátu a práva, štát smerujúci k „prekonaniu antagonistických tried a odstráneniu vykorisťovania človeka človekom“ nemohol opomenúť oblasť pomerov týkajúcich sa manželstva a rodiny.[2] „Je nasnadě, že bez očištění rodinných vztahů od všech těchto nepříznivých vlivů, bez uzákonění zásad, na nichž lze budovat nový řád pro mnoho milionů lidí, nebylo by možno jíti k socialismu.“[3]

Základné zásady týkajúce sa i práva rodinného priniesla Ústava 9. mája. V § 1 bola zakotvená rovnosť občanov pred zákonom (ods. 1) a rovnaké postavenie mužov a žien v rodine i v spoločnosti (ods. 2). § 10 zabezpečoval manželstvu, rodine a materstvu osobitnú ochranu štátom (ods. 1), v § 11 ods.1 bola deťom zaručená zvláštna starostlivosť a ochrana zo strany štátu, v zmysle ods.2 pôvod dieťaťa nesmel byť jeho právam na újmu. Po zabezpečení najvyššej ústavnej ochrany manželstva a rodiny bolo možné následne prikročiť k prácam na novej ucelenej rodinnoprávnej úprave. V zmysle uznesenia vlády zo dňa 7.júla 1948 mal minister spravodlivosti A. Čepička podľa možností do 1. septembra 1950 predložiť osnovy zákonov, ktorými malo byť materiálne i formálne právo z odboru pôsobnosti

[1] Neuman, Alois: Nový právní řád v lidové demokracii. (II. doplnené vydanie), Orbis, Praha 1952. str. 85.

[2] Blažke, Jaromír: Ideové základy nového rodinného práva. Právník, 1950. str. 8.

[3] Tamtiež.

ministerstva spravodlivosti nanovo a jednotne kodifikované pre celé štátne územie, a to spôsobom zodpovedajúcim vtedajším sociálnym a hospodárskym pomerom. Týmto počinom boli v rámci zahájenej právnickej dvojročnice začaté i práce na novom rodinnom práve.

Je potrebné zdôrazniť, že vzorom a príkladom pre organizáciu a postupy pri legislatívnych prácach vo všeobecnosti mali byť skúsenosti Sovietskeho zväzu. Zo sovietskej právnej vedy boli prevzaté i základné zásady prác: zásada plánovania (všetky rezorty postupovali podľa čiastkových plánov), zásada širokej účasti ľudu na zákonodarných prácach, ktorá mala byť znakom najvyššej demokracie, s akou ľudovodemokratický štát pristupoval k budovaniu nového právneho poriadku, a napokon zásada kolektívnej práce, ktorá mala nahradiť neosvedčenú individuálnu prácu referentov.[4]

Už v marci 1948 bol ministrom spravodlivosti A. Čepičkom na Sekretariáte Právnickej komisie schválený rámcový plán k prebudovaniu základných častí právneho poriadku ČSR v priebehu 2 rokov (vypracovaný prof. Dr. Turečkom).[5] Tento obsahoval Smernice pre prípravu nového právneho poriadku, ktoré mali „býti jednoduchou a pevnou základnou pro kodifikační práce.“ Smernice sa rozdeľovali na obsahové a organizačné.

Obsahové smernice určovali, že zákonodarné práce budú vychádzať zo zásad novej ústavnej listiny, že nový právny poriadok má byť „opravdu lidový – právo bude sloužiti lidu“[6], zákony budú vyhovovať životným záujmom pracujúceho ľudu, teda budú vykazovať tendenciu socializačnú. Nový právny poriadok mal v zmysle týchto smerníc radikálne odstrániť všetky prežitky ohľadne právnych inštitútov, zbytočný formalizmus a byrokratizmus.[7] Pri jeho kreovaní sa malo prihliadať i na cudzie právne poriadky, menovite na právne poriadky ľudových demokracií slovanských – nemal však byť púhou recepciou cudzích zákonov. Z hľadiska formálneho mali mať nové zákony zrozumiteľný, jednoduchý a jazykovo správny text.

---

[4] Tamtiež, str. 9 – 11.

[5] Schválený rámcový plán, vypracovaný prof. Dr. Turečkem, k přebudování základních částí našeho právního řádu v průběhu 2 let – odsouhlasen ministrem spravedlnosti Dr. Čepičkou, Praha 23.3.1948. Sekretariát Právnické komise. Situační zprávy právnické komise při ÚV KSČ z období 1945-1951. SÚA Praha, Archiv ÚV KSČ, fond č. 100/1 Generální sekretariát ÚV KSČ, sv. 70, arch. j.: 545 (Generální sekretariát ÚV KSČ 1945-51 – Situace a legislativní práce na úseku práva).

[6] Tamtiež.

[7] *„Nový právní řád bude životný a hospodárný; je proto třeba radikálně odstraniti přežilé právní instituce, veškerý zbytečný formalismus a byrokratismus. Avšak, co se v životě osvědčilo a odpovídá požadavkům dneška, bude v novém právním řádu zachováno. Nový právní řád nebude pouhou revizí dosavádních zákonů. Bude životný i z toho hlediska, že se při něm přihlédne i k cizím právním řádům, jmenovitě k právním řádům lidových demokracií slovanských. Nový právní řád však nebude pouhou recepcí cizích zákonů.“* Tamtiež.

Po uskutočnení dvojročnice nemal v justícii existovať zákon, ktorého úradný text by bol ešte nemecký alebo maďarský. Celkovo mali kodifikácie právny poriadok na území ČSR unifikovať v zmysle jednotného štátu dvoch rovnoprávnych národov Čechov a Slovákov. Pokiaľ išlo o organizačné smernice, tie ukladali ministerstvu spravodlivosti, aby zriadilo sekciu pre nový právny poriadok a vedecký zbor pre nový právny poriadok.

Pre prebudovanie základných častí právneho poriadku ľudovodemokratickej ČSR, ktoré sa malo uskutočniť behom krátkeho dvojročného obdobia, bol na Ministerstve spravodlivosti vytvorený Odbor pre urýchlenú kodifikáciu práva. V rámci neho potom boli zriadené zvláštne kodifikačné komisie, ako viacčlenné kolektívy, kde okrem právnikov mali svoje podstatné zastúpenie i neprávnici, najmä zástupcovia celonárodných organizácií, robotníci priamo z podnikov, verejní funkcionári, poslanci a podobne. Tieto komisie vykonávali čiastkové pracovné úlohy spoločne s príslušnými odbornými oddeleniami kodifikačného odboru ministerstva, prípadne vytvárali ďalšie subkomisie, ktoré za prizvania ďalších expertov danú látku podrobne a dialektickou metódou spracovávali.[8] Na študijných oddeleniach sa za pomoci externých prekladateľov zabezpečovali odborné preklady právnickej literatúry, učebníc či zákonov, prevažne z prác sovietskych autorov a autorov z krajín ľudovej demokracie. Kodifikačná komisia občianskoprávna vytvorila spolu 10 subkomisií a ich elaboráty boli spoločne podkladom pre konečnú redakciu kodifikačných osnov.

Práce na novom rodinnom práve sa sústredili v Subkomisii pre právo rodinné, vytvorenej pri kodifikačnej komisii občiansko-právnej. V tejto subkomisii pracovali vedľa právnikov aj zástupcovia masových a záujmových organizácií, ako boli Revolučné odborové hnutie, Jednotný svaz českých zemědělců, Československý zväz žien (predtým Rada žien), Československý zväz mládeže, zástupcovia z radov robotníkov a robotníčiek a zástupcovia ľudu.[9] Tým bol zákon skutočne „ľudovým“ výtvorom. Úlohou jeho tvorcov bolo vychádzať zo starostlivého rozboru súčasného života tak, aby zákon zodpovedal nielen hospodárskym a spoločenským pomerom tohto vývojového obdobia cesty k socializmu, ale „aby na rozdiel od právnych predpisov doby kapitalistickej, ktoré mali charakter noriem konzervačných, bol hnacou silou úsilia o dosiahnutie socializmu“[10].

---

[8] Neuman, Alois: Nový právní řád v lidové demokracii. (II. doplnené vydanie), Orbis, Praha 1952. str. 86.

[9] Patschová, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Čechoslovackogo prava. Zdroj: Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnická komise ÚV KSČ 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddelení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkam rodinného a manželského práva, arch.j.265, list č.5.

[10] Tamtiež.

Skúsenosti ZSSR neslúžili teda len ako vzor pre priebeh a organizáciu legislatívnych prác na novom právnom poriadku, ale, ako priamo vyplývalo i zo spomenutej Smernice Právnickej komisie, sovietske právo spolu s právom ostatných najmä slovanských ľudovodemokratických štátov boli východiskom a vzorom tiež pre obsahovú stránku novovznikajúcich noriem. Aby sa negovalo minulostné vnímanie rodinných vzťahov ako vzťahov založených na majetkovoprávnom podklade, bola podľa vzoru ZSSR úprava rodinných vzťahov vyčlenená do osobitného zákona. Zákonom č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve sa tak rodinné právo stalo samostatným odvetvím práva.[11] Navyše, i skutočnosť, že zákon o rodinnom práve bol prvým kódexom prijatým v ľudovodemokratickom Československu v rámci právnickej dvojročnice vôbec, symbolicky zodpovedala vydarenej snahe nasledovať sovietsky vzor, keďže i tam úplne prvým kódexom zákonov po roku 1917 bol Kódex zákonov o aktoch občianskeho stavu, práve manželskom, rodinnom a poručenskom z roku 1918.[12] Zvláštnosťou zákona o rodinnom práve bolo, že bol vypracovaný ako spoločný návrh s Poľskom[13] v zime a na jar r.1949, keď na základe zmluvy o právnej pomoci s Poľskom bola zriadená zmiešaná československo-poľská komisia, ktorej úlohou bola spoločná právna úprava pomerov, ktoré sa vyskytovali v ľudových demokraciách na ich prechode od kapitalizmu k socializmu.[14] Československý zákon o rodinnom práve sa tak až na niekoľko odchýliek zhodoval s poľským zákonom o rodinnom práve, účinným v Poľsku od 1. septembra 1950.[15]

---

[11] *„… netvoří již součást práva občanského, jak je tomu v kapitalistických státech, kde právní úprava rodinných vztahů se řídí soukromovlastnickými zájmy buržoasie, nýbrž tvoří zvláštní oblast, v níž je zdůrazněna nová funkce rodinných vztahů, oproštěných od majetkovoprávních zájmů a sloužících výstavbě socialistické společnosti.“*. Tamtiež.

[12] *„A dnes v Sovietskom zväze platný Kódex zákonov o manželstve, rodine a opatrovníctve prijatý na 3. schôdzi XII. Zasadania Ústredného všeruského výkonného výboru z 19. februára 1926 bol všetkým ľudovým demokraciám vzorom k usporiadaniu manželských a rodinných pomerov v období ich cesty k socializmu.“* Patschová, Z.: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond č.29: Právnická komise ÚV KSČ (1945-1955), archivní jednotka č.265: Studijní materiály k rodinnému a manželskému právu. č.listu: 11.

[13] *„Úprava nových manželských a rodinných poměrů v Československu i v Polsku vypracovala totiž své doby československo-polská Stálá právnická komise ve formě shodného návrhu. Tento návrh sloužil za podklad ke kodifikaci rodinného práva u nás i v Polsku.“* Pertželka, Karel: O rozvodu manželství. Právník, 1950. str.20.

[14] Patschová, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Čechoslovackogo prava. c.d., list č.7.

[15] *„Je tedy i tato skutečnost nejlepším svědectvím, že jen ve svazku lidových demokracií, vedených velkým Sovětským svazem, lze uskutečnit ty nejužší formy spolupráce v takové míře, jaká je absolutně nemyslitelná u států kapitalistických.“* Tamtiež, list č.7. na týchto tvrdeniach možno vidieť silné antikapitalistické zmýšľanie autorky a jej hlboké presvedčenie o správnom smerovaní k socializmu pod vedením Sovietskeho zväzu.

Nový z.č. 265/1949 Sb. o rodinnom práve (ďalej len ZoRP) nadobudol účinnosť od 1. januára 1950. Ako všetky ľudovodemokratické normy upravujúce rodinné právo spočíval na základných zásadách: monogamného manželstva, obligatórneho občianskeho sobáša, dôslednej právnej rovnosti muža a ženy voči sebe ako manželov, i voči deťom ako rodičov (rodičovnská moc nahradila dovtedajšiu moc otcovskú) a napokon na zásade rovnosti manželských a nemanželských detí.

2. UZATVORENIE MANŽELSTVA PODĽA ZÁKONA O RODINNOM PRÁVE Č. 265/1949 SB.

Manželstvo v zmysle §1 ZoRP vznikalo súhlasným prehlásením snúbencov – muža a ženy pred miestnym národným výborom (ďalej len MNV), že spolu vstupujú do manželstva. Ak by toto ich prehlásenie nebolo vykonané pred MNV, manželstvo vôbec nevznikalo (§1 ods.2 ZoRP).

Prehlásenie, že chcú manželstvo uzavrieť, boli snúbenci povinní vykonať jedine pred orgánom štátnej moci, t.j. pred predsedom MNV alebo potom pred funkcionárom alebo zamestnancom tohto ľudového orgánu, ktorého predseda so súhlasom rady takouto funkciou poveril.[16] Išlo tu o zákonom dôsledne prevedenú zásadu obligatórneho občianskeho sobáša. Čo všetko však predchádzalo uzákoneniu takéhoto znenia?

2.1 SOBÁŠ CIRKEVNÝ, ČI SOBÁŠ OBČIANSKY?[17]

Problematika civilného sobáša a jeho obligatórnosti alebo fakultatívnosti nebola v období príprav nového ZoRP žiadnou novinkou. Bol to problém, ktorý historicky siahal ešte do čias Rakúska-Uhorska a ktorému sa právna veda nevyhla ani v období prvej ČSR vzhľadom na potrebu unifikácie práva.

Po vzniku prvej ČSR totiž pre územie Čiech a Moravy ostal v platnosti ríšsky zákon č.47/1868, ktorý zavádzal pre príslušníkov všetkých cirkví a náboženských spoločností štátom uznaných občiansky sobáš, avšak len podporne, ako sobáš subsidiárnej povahy. Cirkevný sobáš bol totiž uzákonený povinne, cirkev dokonca dostala pokyn neuskutočňovať sobáše proti pravidlám kanonického práva.[18] Len v prípade, že by duchovný správca odmietol svoju účasť na sobášnom akte z dôvodov neuznaných štátnym právom, mali snúbenci „podpornú“ možnosť uzatvoriť manželstvo

---

[16] Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954. str. 29.

[17] *„Vedle sňatku církevního, konfesního nebo - jak lid později říkal – vedle sňatku na faře se vyvinul sňatek světský, občanský, civilní – jak se v nejnovějších dobách u nás říkalo – sňatek na radnici.“* Tureček, Josef: Občanský sňatek. Právník, č.2-3/1950. str.72-73.

[18] Kadlecová,M., Schelle,K., Veselá,R., Vlček,E.: Vývoj českého soukromého práva. Eurolex Bohemia s.r.o., Praha 2004. str.115.

pred svetským orgánom štátu, teda civilným spôsobom. Pre osoby, ktoré sa nehlásili k žiadnemu náboženskému vyznaniu, t.j. nepatrili k žiadnej štátom uznanej cirkvi alebo náboženskej spoločnosti, bol od roku 1870 uzákonený sobáš civilný povinne, teda obligatórne.[19]

V Uhorsku, a samozrejme po recepcii práva v roku 1918 na území Slovenska bola situácia iná. Zák.čl. XXXI/1894 o manželskom práve uzákoňoval obligatórny občiansky sobáš, čo znamenalo, že priamo z moci zákona sa za uzavretie manželstva nepovažoval žiadny prejav manželského súhlasu, ktorý by bol uskutočnený pred iným, než civilným (svetským) úradníkom príslušným podľa zákona. Túto rôznorodosť právnych úprav ohľadne vstupu do manželstva sa snažila unifikovať tzv. manželská novela – z.č. 320/1919 Sb.z. a n., ktorou sa menili ustanovenia občianskeho práva o obradnostiach zmluvy manželskej, o rozluke a prekážkach manželstva. Napriek pôvodne navrhovanému obligatórnemu občianskemu sobášu, ktorý bol vnímaný ako právna nutnosť pre všetkých občanov bez rozdielu ich náboženského vyznania či bezvyznania, zaviedla nakoniec pre celú ČSR civilný sobáš na výber daný[20], to značí fakultatívny s tým, že podľa §12 manželskej novely snúbencom civilne už zosobášeným bolo ponechané na vôli, či sa chcú taktiež podrobiť obradu cirkevnému. V praxi to potom vyzeralo tak, že snúbenci, ktorí síce uznávali právo štátu na občiansku evidenciu sobášov a na občiansky sobáš, avšak vnútorne sa nechceli rozísť s cirkvou, ktorej boli členmi, volili si zásadne cirkevnú formu uzavretia manželstva. Cirkev totiž žiadala na svojich členoch zachovávanie cirkevnej formy práve pre sviatostné účinky takto uzatvoreného manželstva.

Pri tvorbe nového ľudovodemokratického práva otázka zavedenia obligatórneho občianskeho sobáša v pripravovanom Zákone o rodinnom práve súvisela s viacerými faktormi:

1. Predovšetkým Ústava 9. mája deklarovala rovnosť všetkých občanov pred zákonom (§1) a takisto právo každého vyznávať akúkoľvek náboženskú vieru alebo byť bez vyznania (§16 ods.1). Všetky náboženské vyznania ako aj bezvyznania požívali rovnosť pred zákonom (§16 ods.2) Táto rovnosť občanov pred zákonom bez ohľadu na ich náboženské vyznanie alebo ateizmus musela byť prirodzene premietnutá aj do všetkých platných právnych predpisov. Občiansky sobáš túto zásadu svojou podstatou podporoval.

2. Po ďalšie, manželstvo plnilo predovšetkým spoločenskú funkciu – jemu ako základu rodiny, na ktorej mal štát zdravý rozvoj národa (§10 ods.2

[19] Bližšie pozri Tureček, Josef: Občanský sňatek. Právník, č.2-3/1950. str.74.

[20] *„Lid byl klamán neodpovědnými výroky o tom, že nelze pro vřelé náboženské cítění Slováků uzákoniti povinné občanské oddavky, zatím co od zákona z r.1894 nahoře uvedeného byl na Slovensku povinným občanský sňatek i s civilními matrikami o sňatcích, narozeních a úmrtích.“* Tamtiež, str.74

Ústavy 9. mája), bola zverená obnova spoločnosti. Preto ho štát spolu s rodinou a materstvom považoval za nutné chrániť maximálnou možnou mierou, t.j. ústavne. Uvedená obnova spoločnosti – to bolo to dôležité spoločenské poslanie manželstva a rodiny, to bol ten hlavný dôvod, pre ktorý štát venoval manželstvu a rodine svoju všestrannú pozornosť a považoval ich za inštitúty, ktoré nemohli byť vnímané len ako čisto súkromná vec jednotlivcov.[21] Manželstvo malo mať predovšetkým funkciu spoločenskú, prestávalo byť súkromnou záležitosťou, malo významné spoločenské poslanie - aby rodina ním založená posilňovala spoločenské zriadenie a najmä zabezpečovala socialistickú výchovu detí.[22] „Jestliže manželství přestává být soukromou záležitostí, je třeba, aby si stát od samého jeho vzniku zajistil účast.“[23] Štát v ústave (§10 Ústavy 9.mája) garantoval ochranu manželstva, taktiež rodiny a materstva, preto prirodzene vyžadoval[24], aby mal pri samotnom vzniku manželstva zabezpečenú svoju účasť. Takéto vysvetlenie prinášala aj novodobá právna veda, ktorá mala za to, že štát tak uzákoňoval iba to, čo bolo naozaj jeho.[25]Tieto výroky jednoznačne dokumentujú snahu vtedajšieho zákonodarcu postaviť existenciu a fungovanie rodiny čo najviac pod kontrolu štátu[26], manželstvo, manželské a rodinné právo z neho vyplývajúce dôsledne sekularizovať, zosvetštiť a čo najviac zlaicizovať.

---

[21] *„Tato zásada povinného občanského sňatku je samozřejmým důsledkem uspořádání poměrů v lidově demokratickém státě, kde manželství a rodina pro své důležité společenské poslání přestává být soukromou věcí jednotlivce a těší se všestranné pozornosti státu.“* Dr. Zdenka Patschová: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond č.29: Právnická komise ÚV KSČ (1945-1955), archivní jednotka č.265: Studijní materiály k rodinnému a manželskému právu. č.listu: 15.

[22] Pozri prejav ministra spravodlivosti A. Čepičku, ktorý predniesol dňa 7.decembra 1949 na 37. schôdzi Národného zhromaždenia RČS pri prejednávaní vládneho návrhu zákona (tisk 378) o práve rodinnom (tisk 382). Zdroj: www.psp.cz – Digitální knihovna/ NS RČS 1948-1954 – stenoprotokoly/ 37. schůze/ středa 7. prosince 1949.

[23] Tamtiež.

[24] *„Jen přirozeným důsledkem je proto požadavek, aby manželství byla zakládána podle práva státu, který je jedině s to poskytnout účinnou ochranu tomuto společenskému svazku.“* Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954. str. 30.

[25] *„…se marně tážeme, proč se z určitých stran, nám ovšem málo nakloněných, vyčítá zrovna lidové demokracii čs., že zavedla povinný občanský sňatek pro všechny osoby bez rozdílu náboženského nebo bezbožeckého přesvědčení a bez rozdílu příslušnosti občanů k té či oné církvi nebo náboženské společnosti anebo k útvaru osob bezvyznání. Stát toliko uzákonil, což jeho jest.“* Tamtiež, str.75-76.

[26] Veselá, R. a kolektív: Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy. Eurolex Bohemia, Praha 2005. str.93.

Pri problematike občianskeho alebo cirkevného sobáša, resp. pri otázke, prečo mal byť občiansky sobáš obligatórny, považujem za dôležité poukázať i na súvislosť s charakterom nového právneho poriadku, ktorý mala ľudová demokracia vytvoriť. Bol nastolený socialistický ideál, ktorý znamenal, že sa malo vytvoriť celkom nové právo, zbavené starých vplyvov, napasované na novú porevolučnú éru. A tak sa to samozrejme dotklo i oblasti rodinného práva, ktoré bolo do prijatia ZoRP silne poznačené historickým vplyvom kanonického práva a v otázke uzatvárania sobášov i vplyvom cirkví a náboženských spoločností vôbec. Toto dobové vnímanie a vážnosť problému možno doložiť i na príklade rozhovoru prezidenta republiky Klementa Gottwalda s členmi vlády o príprave rôznych kódexov práva[27] z roku 1949:

Prezident republiky: „Budete mít v nejbližší době mnoho práce na chystaném právním řádu. Tu botu můžeme ušít, říkali právníci, tak, aby noha rostla podle staré boty. A v právu je ještě dosti těch „starých bot" – římské, církevní právo a vše, co s tím souvisí. Život prošel dvěma světovými válkami a nevím kolika revolucemi a toto zůstávalo. To je nesmysl. Nakonec si život prosadí své."

V rámci podávania správ prezidentovi o priebehu zjazdu demokratických právnikov spomenul potom dr. Procházka svoje debaty s viacerými zahraničnými delegátmi, mimo iné aj s delegátom britským.[28] Na to sa prezident Gottwald úplne nesúvisle s témou rozhovoril o anglickom zvykovom práve, pričom tým chcel poukázať na odlišný zámer práva ľudovej demokracie. Domnievam sa, že – ako bude evidentné z rozhovoru – právo ľudovej demokracie sledovalo cieľ byť právom živým, ktoré nemalo na rozdiel od common law pertifikovať dovtedajší status quo. Nové právo malo byť niečím výnimočným, čo citlivo skĺbi staré pomery s novými. Preto bolo želaním vytvoriť ho tak, aby v súlade so životnou a ideovo-morálnou realitou jednak do určitej miery spoločenské vzťahy odrážalo, ale na druhej strane aby ponechávalo priestor pre prispôsobovanie, formovanie, ak si to prax vyžiada :

Prezident republiky: „Nejsem odborník, ale je známo, že právě Angličané nemají žádné zvláštní právo. Mají tam hlavně zvykové právo. Ústava je také zvyková. Kdyby chtěli prakticky udržovat všechnu formálnost při konglomerátu předpisů z různých dob a příležitostí, vznikl by u nich úplný galimatyáš, vlastně blázinec. To není náš socialistický ideál! Nechceme, aby

[27] Zprávy B. Ečera o průběhu sjezdu Mezinárodní federace demokratických právníků – zápis o přijetí delegace IV. sjezdu čs. právníků u presidenta republiky Klementa Gottwalda v Lánech dne 24.9.1949. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, archivní jednotka č.942, svazek 62, str.61-64. V čele delegácie vystupovali námestník predsedu vlády Zdeněk Fierlinger a minister spravodlivosti Dr. Alexej Čepička.

[28] Meno spomínaného delegáta je na originále dokumentu zabielené. Pozn. autorky.

se noha přizpůsobovala botě. Ale ta musí „pasovat“, aby nebyla možnost libovolného výkladu. Konec konců jsme to znali, jak využívali paragrafů proti nám, jak je dovedli vykládat! Teď máme na pořadu rodinný kódex. Ten již tak neroste. Dělalo se na tom mnoho a vy to sami víte nejlépe. Bude to souviset s církevními věcmi.“

S. Fierlinger: „Při rodinném kodexu nebude mnoho potíží.“

S. Dr. Čepička: „Církev se bude snažit obrátit to proti nám.“

Prezident republiky: „Mám velké obavy v tomto směru. Mám obavy, že povinný občanský sňatek, zejména na venkově, bude odrazovat od tohto druhu svatby, poněvadž nebude s tou nutnou parádou: muzikou, varhanami, proslovy, kadidlem, květinami. Jsou na to obce zařízeny?“

S. Fierlinger: „To se udělá.“

Prezident republiky: „To je velmi důležité. ... Já si na to nepotrpím, ale věřte mi, že prostředí, ve kterém se provádí svatební akt, musí být důstojné.

S. Fierlinger: „To dokazují zkušenosti ze Sovětského svazu. V nejmladších svazových republikách, v Estonsku a j., se konají občanské sňatky s veškerou slavnostností. Uvažuje se o tom, zda by neměly být zavedeny slavnostní obřady i v ostatních částech SSSR.“

Prezident republiky: „Ve větších městech mají již jakési zkušenosti. V Praze to dělají již důstojně.“

S. Čepička: „V okresních národních výborech bude zvláštní síň s příslušným zařízením. Nemusíme se obávatnárodních výborů, poněvadž mají již od r.1945 větší vážnost a učiní-li ústřední úřad včas potřebné přípravy a bude-li při tom pamatovat i na podrobnosti /hudební doprovod ev. za použití místního rozhlasu a pod./, nebude třeba mít obavy.“

Prezident republiky: „Muselo by se to dělat tak, že by se sňatky soustředili na určitý den a z Prahy by se vysílala slavnostní hudba, která by se reprodukovala místnim rozhlasem ve svatební síni.“

S. Čepička: „Dá se to upravit tak, že se dají do obcí vhodné gramofónové desky. Je také třeba, aby v místnosti byli květiny.

Prezident republiky: „Ministerstvo vnitra to musí vše připravit. Musí dbát o to, aby občanské sňatky měly důstojný rámec. Jinak to může mnoho lidí odradit. Svatebčané by se chodili na národní výbor jen zapsat, ale hlavní obřad by viděli v kostele. Myslíte, že to uděláte již od 1. ledna, že zákon i předpisy o vedení matrik budou již v platnosti?“

S. Čepička: „To nesouvisí. Ministerstvo připravuje osnovu, kterou se bude řešit otázka matrik. Bude to jako doposud. Církev musí hlásit každý sňatek

ONV. Tím získá stát kontrolu. Sňatek neoznámený ONV je z hlediska občanského práva napadatelný.“

Tento prepis záznamu som si dovolila publikovať takmer celý v časti, kde sa týkal rodinného práva. Je zaujímavý z viacerých hľadísk. Cítiť z neho jasnú orientáciu práva podľa vzoru ZSSR, kde v súlade s ním bolo potrebné nasledovať spomenutý socialistický ideál. Staré právo bolo už prekonané a teraz aj nevyhovujúce myšlienkam ľudovodemokratického štátu. „Staré boty“ – rímske, cirkevné právo a všetko čo s tým súviselo, bolo potrebné raz a navždy odložiť, čakalo sa na úplne nové, na mieru napasované topánky. Domnievam sa však, že každý človek potrebuje určitý čas, aby sa od starej, dobre známej veci odpútal, a s novou vecou sa takpovediac zžil. V rozhovore naznačené obavy prezidenta, že by povinný občiansky sobáš mohol ľudí odrádzať od takéhoto druhu svadby, najmä kvôli chýbajúcej „paráde“, boli len dôkazom toho, že v danom období bol vplyv cirkví resp. náboženských spoločností pri takom dôležitom životnom kroku, akým bolo uzatvorenie manželstva stále veľmi veľký, že náboženský obrad sa vždy robieval s pravdepodobne väčšou slávou, než to dokázali zabezpečiť civilné orgány. Toto všetko si zákonodarcovia uvedomovali. A aby sa im postupne aj v praxi podarilo obligatórny občiansky sobáš efektívne presadiť ako ten dôležitejší, ten „hlavný a podstatný“ oproti obradu náboženskému, museli sa dôkladne zaoberať aj problémom úpravy samotnej obradnej siene a slávnostného, dôstojného procesu oddávania na národných výboroch.

Zmeniť cítenie a najmä myslenie ľudí v tomto smere predstavovalo pre zákonodarcov veľký otáznik. Po dlhodobom zaužívaní fakultatívneho sobáša chcieť odrazu po ľuďoch, aby hlavný alebo lepšie povedané prvoradý obrad nevideli v kostole, ale pred orgánom štátnej správy – to vzhľadom na citlivosť problému vyžadovalo postupovať obozretne. Na druhej strane však postup musel byť dôrazný, pokiaľ išlo o zadefinovanie postavenia a úlohy štátu pri úprave manželstva a vzťahov z neho vznikajúcich. Podarilo sa?

V načrtnutom smere sa diskutabilným stalo ustanovenie ZoRP o náboženských sobášnych obradoch. V pripravovanom návrhu ZoRP, v pôvodnej jeho osnove, riešil otázku, či manželstvo možno alebo nemožno uzatvoriť aj náboženským obradom konkrétne § 7. Vzhľadom na zámer definitívne a jasne zakotviť prvoradý význam občianskeho sobáša, bolo jeho znenie nasledovné: *„Sobášne obrady náboženské sa nedovoľujú pred uzavretím manželstva podľa tohto zákona.“*[29] Táto negatívna formulácia však nebola šťastná, nakoľko narazila na § 17 Ústavy, ktorý garantoval voľnosť uskutočňovania náboženských obradov: *„Každý má volnost provádět úkony spojené s jakýmkoli náboženským vyznáním nebo bezvyznáním. Výkon tohto práva však nesmí být v neshodě s veřejným*

[29] Vládny návrh zákona o práve rodinnom (tisk 378). www.psp.cz – Digitální knihovna/NS RČS 1948-1954 – tisky.

pořádkem ani dobrými mravy. Nedovoluje se zneužívat ho k nenáboženským účelům.“[30] Znamenalo to, že v zmysle ústavy mal každý voľnosť robiť úkony spojené s akýmkoľvek náboženským vyznaním. Táto voľnosť vykonávania bola obmedzená len v dvojakom smere, a to:

a. úkony nesmeli byť v nezhode s verejným poriadkom a dobrými mravmi,

b. nesmeli sa zneužívať k nenáboženským účelom.

Podľa archívnych materiálov[31], kde bola v poznámkach priamo z Ministerstva spravodlivosti podaná analýza pôvodného znenia §-u 7 v súvislosti s § 17 Ústavy, stálo vysvetlenie, že „niet pochýb o tom, že sobášne náboženské obrady ani neodporujú dobrým mravom a verejnému poriadku, ani nie sú zneužitím k nenáboženským účelom. Preto ich štát nemôže ani zakázať ani nijak obmedziť.“ Pretože ak by § 7 zakazoval náboženské sobášne obrady pred uzavretím manželstva pred MNV, obmedzoval by voľnosť náboženských úkonov zaručenú ústavou a stával by sa tak protiústavným.

Ministerstvo spravodlivosti považovalo tento § 7 navrhovaného ZoRP za jeden z bodov, ktoré ostávali pred svojim schvaľovaním v Národnom zhromaždení „právne i politicky spornými.“ V spomenutých poznámkach k osnove zákonníka rodinného práva, ktoré išli mimochodom ako informačný materiál priamo k prezidentovi republiky, sa objavil rukou dopísaný dôvetok „... a vyžadujú rozhodnutie predsedníctva ÚV KSČ.“[32] Jasný dôkaz toho, že ustanovenia, ktoré boli právne citlivé a mohli mať vážny ideologický dopad, sa predkladali predsedníctvu strany na posúdenie pred ustálením ich definitívnej podoby.

A tak sa po narazení na rozpor s ústavou našiel iný uhol pohľadu: „Avšak nemáme ani politicky záujem na tom, aby boli sobášne náboženské obrady zakázané alebo obmedzené. Náš záujem sa vyčerpáva tým, že cirkevnému sobášu nepriznáme právnu relevanciu. Pre vznik manželstva pred zákonom zavádzame obligatórnu formu civilného sobáša.“ Vzhľadom na takéto poňatie veci sa zmienku o náboženských obradoch teda odporúčalo zmeniť,

---

[30] §17 ods.1 Ústavy Československej republiky, ústavný zákon č. 150/1948 Sb. zo dňa 9. mája 1948. Zdroj: ASPI – stav k 1.3.2002. Obsah a text 150/1948 Sb. – posledný stav textu.

[31] Poznámky k osnově zákoníku rodinného práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, a.j. č.940, sv. 61, str.41.

[32] Tamtiež. Text pripomienok je písaný strojopisom, v niektorých častiach zoškrtaný a podopisovaný rukou. Text nie je parafovaný. Z upraveného znenia však vyplýva, že ho niekto osobne predkladal prezidentovi pre jeho informovanosť o pripomienkach k navrhovanému zneniu určitých ustanovení ZoRP, preto sa domnievam, že by text mohol upravovať priamo vtedajší minister spravodlivosti Dr. Alexej Čepička.

a to tak, ako to žiadali najmä predstavitelia Lidové strany[33] – aby bola pojatá hneď do §-u 1, kam vraj dobre logicky zapadala, takže potom by § 1 ZoRP znel takto:

/1/ Manželstvo sa uzatvára súhlasným vyhlásením muža a ženy (snúbencov) pred miestnym národným výborom, že spolu vstupujú do manželstva.

/2/ Snúbenci sa môžu vedľa toho podrobiť aj sobášnym obradom náboženským; ak však nebude vyhlásenie snúbencov urobené pred miestnym národným výborom, manželstvo nevznikne.34

Ak sa teda odporúčalo, aby zmienka o náboženských obradoch bola pojatá hneď do §-u 1 ZoRP, malo to automaticky znamenať, že § 7 sa vo svojom znení z osnovy vylúči? Uspokojovalo by toto nové odporúčané znenie §-u 1 zámer zákonodarcu, že ľud zmení svoje nazeranie a za podstatný, hlavný sobáš bude považovať práve sobáš „na radnici" a „uvedomelo", keď bude chcieť uspokojiť aj svoje náboženské potreby podrobí sa až dodatočne obradu náboženskému? Veď z ods.2 navrhovaného znenia §-u 1 ZoRP podľa môjho názoru nijako nevyplývala povinnosť uzavrieť najprv civilný sobáš pred MNV a až ako druhý v poradí prípadne aj sobáš cirkevný. Nijako sa tu teoreticky nedala vylúčiť možnosť, že by snúbenci najprv išli uzatvoriť sobáš „do kostola", tam by si splnili svoju náboženskú povinnosť, cirkev by prehlásila ich manželstvo za sviatosť, a potom dodatočne, aby teda aj štát priznal ich zväzku právnu relevanciu, išli by z akejsi nutnosti vykonať tiež obrad občiansky pred MNV. V tejto teoretickej rovine, ktorú odsek 2 priam otvorene pripúšťal, by sa tak nič nemenilo oproti minulosti. Bol tu veľký predpoklad, že snúbenci naďalej budú vidieť hlavný zmysel práve v manželstve uzatvorenom cirkevným spôsobom. A to chcel zákonodarca eliminovať.

Z uvedených dôvodov bol nakoniec § 1 ZoRP zmenený. Vo svojom prvom odseku ostal takmer bezo zmeny, odstránila sa len zátvorka so slovom „snúbencov", vnímaná ako nadbytočná. Vecne však tomuto odseku nebolo čo vyčítať. V druhom odseku sa pre spornosť odstránila celá prvá veta, takže na ods.1 potom stroho, vecne a jasne nadväzoval ods.2 v znení: *„Ak sa toto vyhlásenie snúbencov neurobí pred miestnym národným výborom, manželstvo nevznikne."* Záležitosť jednoznačná, bez možnosti rôzneho výkladu.

Zmienka o náboženských obradoch sa tak z §-u 1 opäť vytratila. Napokon ostalo pri pôvodnom úmysle riešiť túto problematiku samostatným paragrafom, ktorý by jasne stanovil kedy a či vôbec bolo možné náboženské sobášne obrady vykonávať. § 7 opäť našiel svoje miesto v návrhu zákona.

[33] Tiež ide o informáciu dopísanú rukou vľavo na margu hárku vedľa textu.

[34] Tamtiež. Poznámky k osnově zákoníku rodinného práva.

Aby sa učinilo zadosť ústavnosti jeho ustanovenia, pôvodné jeho znenie sa škrtlo a nahradilo sa novým znením[35]: *„Náboženské sobášne obrady sa dovoľujú; smú sa však vykonať až po uzavretí manželstva podľa tohto zákona.“* A v týchto zneniach boli 7.decmebra 1949 definitívne schválené: § 1 ZoRP, ako aj s ním úzko súvisiaci § 7 ZoRP.

Z požiadavky povinného občianskeho sobáša vyplývalo, že manželstvo, ktoré by bolo uzatvorené len podľa obradu náboženského, nebolo vôbec považované za manželstvo. Z hľadiska svetského práva vôbec nevzniklo. Kňaz resp. duchovný, ktorý by vykonal náboženský manželský obrad skôr, ako mu snúbenci predložili sobášny list o uzavretí civilného manželstva pred príslušným MNV sa tak dopúšťal protiprávneho konania, pričom postačovalo konanie z nedbanlivosti.[36] Rovnako konanie snúbencov bolo v rozpore s právom - snúbenci tak porušovali jednak svoje základné povinnosti[37] občanov k štátu a spoločnosti v zmysle § 30 ods.1 ústavy[38], a ďalej tým, že sa obrátili na duchovného, aby s nimi vykonal sobášny obrad prv než budú oddaní, mohli byť podľa okolností prípadu braní na zodpovednosť pre návod alebo pomoc na protiprávny čin. § 7 ZoRP tak po

---

[35] Ústavno-právny výbor prejednal na svojej schôdzi konanej dňa 30.novembra 1949 vládny návrh zákona (tisk 378) o práve rodinnom a uzniesol sa jednomyseľne odporučiť Národnému zhromaždeniu jeho prijatie s týmito zmenami: ...§7 sa škrtá a nahradzuje sa novým znením: „...“ Tisk č.382 – Zpráva výboru ústavně-právního k vládnímu návrhu zákona (tisk 378) o právu rodinném. Národní shromáždění republiky Československé 1949, I. volební období, 4. zasedání. Státní ústřední archiv v Praze.

[36] So sankcionovaním takéhoto nedovoleného postupu sa počítalo už pri legislatívnych prípravách nového Trestného zákona. Nový kódex trestného práva z.č.86/1950 Sb. Trestný zákon zo dňa 18.7.1950 nakoniec uvedené konanie duchovného kvalifikoval v piatej hlave s názvom Trestné činy proti rodine a mládeži, v §207 ako trestný čin Porušenia zákona o rodinnom práve: *„Kto pri výkone svojej duchovenskej činnosti alebo podobnej svojej náboženskej funkcie poruší, čo aj z nedbanlivosti, ustanovenia zákona o rodinnom práve, najmä tým, že vykoná náboženské sobášne obrady s osobami, ktoré spolu neuzavreli manželstvo, potresce sa odňatím slobody až na jeden rok.“* V identickom znení zostala ochrana pred porušovaním zákona o rodinnom práve zakotvená potom aj v novšom Trestnom zákone č.140/1961 Sb. Z nezmeneného komentára k nemu, konkrétne už vtedy k §211 zakotvujúcemu TČ Porušovania zákona o rodinnom práve vyplýva, že duchovný tu bol v takýchto prípadoch posudzovaný ako priamy páchateľ, snúbenci, ktorí by ho žiadali o sobášny obrad, hoci neboli zosobášení podľa ZoRP, mohli byť stíhaní pre navádzanie alebo pomoc na uvedený trestný čin. Pozri Trestný zákon – komentár. Osveta, Bratislava, 1964. str. 754.

[37] *„Přední povinností každého občana státu je, aby především šetřil zákony. Výkon náboženských obřadů, resp. náboženská víra či vyznání náboženské jsou mu ovšem zaručeny. Povinnosti ke státu jsou však primární a proto také nutno především respektovat státní zřízení.“* Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954. str. 43.

[38] §30 Ústavy 9. mája patril medzi ustanovenia ústavy zaradené pod spoločný názov *Základné povinnosti občana k štátu a k spoločnosti*. Znenie ods.1 tohto paragrafu bolo: „Každý občan je povinný byť Československej republike verný, zachovávať ústavu i zákony a každým svojim konaním dbať na záujmy štátu.“

formálnej i obsahovej stránke uzatváral výpočet paragrafov upravujúcich celý proces uzatvárania manželstva, jeho formu a náležitosti, a tvoril tak za nimi všetkými akúsi pomyselnú „bodku“, za ktorou už ohľadne uzatvárania platného manželstva malo byť snúbencom všetko definitívne jasné.

Literatúra:

- Blažke, Jaromír: Ideové základy nového rodinného práva. Právník, 1950.
- Kadlecová,M., Schelle,K., Veselá,R., Vlček,E.: Vývoj českého soukromého práva. Eurolex Bohemia s.r.o., Praha 2004.
- Komentář k Zákonu o právu rodinném, vydal Právnický ústav Ministerstva spravedlnosti, Orbis – Praha, 1954.
- Neuman, Alois: Nový právní řád v lidové demokracii. (II. doplnené vydanie), Orbis, Praha 1952.
- Schválený rámcový plán, vypracovaný prof. Dr. Turečkem, k přebudování základních částí našeho právního řádu v průběhu 2 let – odsouhlasen ministrem spravedlnosti Dr. Čepičkou, Praha 23.3.1948. Sekretariát Právnické komise. Situační zprávy právnické komise při ÚV KSČ z období 1945-1951. SÚA Praha, Archiv ÚV KSČ, fond č. 100/1 Generální sekretariát ÚV KSČ, sv. 70, arch. j.: 545 (Generální sekretariát ÚV KSČ 1945-51 – Situace a legislativní práce na úseku práva).
- Patschová, Z.: Ideové zásady nového čs. rodinného práva. Článek pro Biuletin Čechoslovackogo prava. Zdroj: Archiv ústavu dějin ÚV KSČ, fond č.29, Právnická komise ÚV KSČ 1945-1955, IX. Ministerstvo spravedlnosti, Studijní materiály Studijního oddelení odboru pro urychlenou kodifikaci práva – Studijní materiály k otázkam rodinného a manželského práva, arch.j.265
- Patschová, Z.: Rodinné právo. Podmínky vzniku a charakteristika nového zákona o právu rodinném. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond č.29: Právnická komise ÚV KSČ (1945-1955), archivní jednotka č.265: Studijní materiály k rodinnému a manželskému právu.
- Pertželka, Karel: O rozvodu manželství. Právník, 1950.

- Poznámky k osnově zákoníku rodinného práva. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, a.j. č.940, sv. 61, str.41.
- Prejav ministra spravodlivosti A. Čepičku, ktorý predniesol dňa 7.decembra 1949 na 37. schôdzi Národného zhromaždenia RČS pri prejednávaní vládneho návrhu zákona (tisk 378) o práve rodinnom (tisk 382). Zdroj: www.psp.cz – Digitální knihovna/ NS RČS 1948-1954 – stenoprotokoly/ 37. schůze/ středa 7. prosince 1949.
- Tureček, Josef: Občanský sňatek. Právník, č.2-3/1950.
- Veselá, R. a kolektív: Rodina a rodinné právo – historie, současnost a perspektivy. Eurolex Bohemia, Praha 2005.
- Zprávy B. Ečera o průběhu sjezdu Mezinárodní federace demokratických právníků – zápis o přijetí delegace IV. sjezdu čs. právníků u presidenta republiky Klementa Gottwalda v Lánech dne 24.9.1949. Zdroj: Státní ústřední archiv v Praze, Archiv ÚV KSČ, fond 100/24 Klement Gottwald, archivní jednotka č.942, svazek 62, str.61-64.

Kontakt – email:
ivana.soskova@umb.sk;ivkasoska@hotmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

NAJSTARŠIA ÚPRAVA DEDIČSKÉHO PRÁVA NA PRÍKLADE SLOBODNÉHO KRÁĽOVSKÉHO MESTA TRNAVY DO KONCA 16. STOROČIA

ADRIANA ŠVECOVÁ

Právnická fakulta Trnavské univerzity v Trnavě

Abstract in original language
N/A

Key words in original language
N/A

Abstract
N/A

Key words
N/A

Úvod

Na prvý pohľad téma ponúka dve dimenzie: mesto a právo. Uhorsko a jeho mestotvorný proces je v časovej defenzíve pri tvorbe urbánneho prostredia minimálne o jedno storočie pozadu. Z toho titulu i kreovanie mestského právneho, zásadne partikulárneho systému sa vyvíja od momentu udelenia mestského privilégia a povýšenia doterajšej sídliskovej aglomerácie na mesto, ktorého stredoveké právo označilo za uholný kameň mestského práva, za čo sa ako právnu kategóriu a formálny písomný prameň práva vo všeobecnosti považuje i historiografia[1]. V slobodnom kráľovskom meste Trnave sa takým časovým medzníkom udelenia výsad stal rok 1238, v ktorom Belo IV. poskytol podľa vzoru stoličnobelehradských Latínov (ius Albensis civitatis) výsady, aké táto komunita v Stoličnom Belehrade v prvej polovici 13. storočia sama užívala[2]. Všeobecne známou skutočnosťou,

[1] Odkázať možno na Werböczyho Tripartitum a jeho časť III/čl. 8: *„mestom sa nazýva akási jednota mešťanov, pretože ho obýva mnoho obyvateľstva. Je tiež tvorené početnosťou domov a ulíc, obohnané mestskými hradbami a vežami, obdarované výsadami pre dobrý a dôstojný život ... a takáto spoločnosť mešťanov tvorí jednu komunitu“*. Citované podľa MARKUS, D. (ed.): *Magyar törvénytár. Werböczy István Harmáskönvve*. Budapest, 1898, s. 388.

[2] Originál uložený v Štátny archív Bratislava, pobočka Trnava (ďalej len ŠABA, pob. TT), L – 1, pozri k tomu tiež RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*. Trnava : Filozofická fakulta, Trnavská univerzita, 2006, s. 15 a nasl., LEHOTSKÁ, D.. Vývoj mestského práva na Slovensku. In *Sborník Filozofickej fakulty Univerzity Komenského – Historica X*, 1959, s. 107 – 108. Bližšie tiež k románskej (latinskej) komunite a k užšiemu vzťahu než lež právnej filiácie pozri FÜGEDI, E.: Die Städte im mittelalterlichen Ungarn. Versuch einer Forschungsbilanz. *In Städte im*

priraďujúc ju k úvodným právokreujúcim explikáciam, je nielen dlhší vývojový „trend" urbanizácie stredovekého Uhorska (resp. Slovenska, ktoré sa vždy ponímalo v jeho rámci ako najurbanizovanejšia časť) ale aj fenomén špecifickej národnostnej skladby v uhorských/resp. slovenských mestách (čo možno stotožniť bezpochyby aj s Trnavou)[3]. Rozhodnutie ozrejmiť si niektoré problémy dedičského práva Trnavy vychádza z významu, aký sa pripisoval už v stredoveku tomuto mestu, keďže išlo o jedno z najvýznamnejších miest Uhorska (ako jedna z prvých získala Trnava status slobodného kráľovského mesta[4]), priradila sa k materským mestám a reprezentantovi právnej filiácie magdeburského mestského okruhu v Uhorsku a tvoriaceho postupne aj vlastné filie (na západnom Slovensku)[5].

Zúženie preskúmavanej tématiky širokého okruhu trnavského mestského práva nabáda k vecnoprávnej reštrikcii, in concreto k voľbe poznávania všeobecných zásad dedičského mestského práva na príklade tohto slobodného kráľovského mesta. Štúdia sa sústredí formou základnej sumarizačnej skratky a syntézy na relevantné kogentné ustanovenia, právne možnosti a limity práva zriadiť testament[6] a práva slobodnej dispozície s majetkom s prihliadnutím na okruh zákonných dedičov a ich neopomenuteľných nárokov (intestátne dedenie). Zároveň poukáže na subsidiárne postavenie dedenia zo zákona a na hlavné dedičské skupiny, ktorých ustanovenie rešpektovala aj testamentárna úprava, zdokumentovaná v zachovaných závetoch ranného novoveku zo 16. storočia. Relevantnou sa v tejto súvislosti stala priamo príslušná časť zbierky taverníckeho práva, ktorej III. časť približuje kauzistický poňaté, modelové prípady riešenia typických dedičskoprávnych otázok určenia dediča, dedičskoprávnych nárokov, a predovšetkým podporuje (konkretizuje) testamentárnu slobodu v medziach meštianskeho práva, opierajúc sa o pôvodné obyčajové mestské právo a právne výsady udelené tomu ktorému mestu. V dotknutom sa

---

Donauraum. Hrgs. Von R. Marsina, Bratislava, 1993, s. 43 – 44; FÜGEDI, E.: Die Entstehung des Städtewesens in Ungarn. *In Alba regia. Annales Musei Stephani regis*, 1969, X, s. 111 – 124.

[3] Ponaučenia kráľovičovi Imrichovi sa zmieňujú o uhorskej krajine a kráľovstve, ktoré vzrastá a vzmáha sa práve otvorenosťou voči hosťom (*hospites*), *„ktorí so sebou prinášajú rozličné jazyky a zvyklosti, rozličné náuky a zbrane"*. Citované podľa MARSINA, R.: *Legendy stredovekého Slovenska. Ideály stredovekého človeka očami cirkevných spisovateľov.* Budmerice : Rak, 1997, s. 29 – 30.

[4] RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*, s. 9.

[5] LEHOTSKÁ, D.: *Vývoj mestského práva na Slovensku*, s. 81.

[6] Právne pojmy testament a závet sa chápu v ich synonymickom lingvistickom ponímaní, vzhľadom na novoveké chápanie testamentu ako právneho úkonu *mortis causa* a závetu, ktorý je v modernej právnej vede a praxi prijímaný ako jeho nástupca v slovenskej právnej terminológii.

normuje a akoby „kodifikuje“ právo tavernických miest, medzi ktoré sa priraďovala aj Trnava.

Fond mestského magistrátu zachoval pre štúdium pramennú bázu originálnych testamentov až od počiatku 16. storočia, i preto predložené syntézy sa opierajú o nižšie opísané pramene normotvorby a právnej praxe Trnavy až z období ranného novoveku. Vo fonde Testamentales trnavského archívu[7] sa nachádza chronologicky kontinuálne zachovávaný závetný materiál až od roku 1511 a do konca 16. storočia sa archivuje v ňom dodnes 157 originálnych závetov, ktoré spolu s odpismi tvoria skupinu 177 listín úkonov mortis causa z uvedeného obdobia[8]. K bádateľskému východisku trnavskej závetnej praxe a právnych noriem dedičského práva je potrebné uviesť, že zo stredoveku sa žiaľ nezachovali také mestské knihy či iné priame, primárne pramene, ktoré by publikovali v početnejšej kvantite pramene poznania uvedeného dedičskoprávneho rázu[9]. Ostatne bola publikovaná pokonávka vo veci závetu mešťana Hanusa Graffena a jeho manželky Margaréty z roku 1504, ktorý sa nachádza v záverečných zápisoch účtovnej mestskej knihy príjmov z farnosti sv. Mikuláša[10]. V tej istej knihe sa nachádza ešte i regestový záznam úkonu poslednej vôle (alebo

[7] ŠABA, pob. TT, Magistrát mesta Trnavy (MG TT), f. Testamentales.

[8] ŠABA, pob. TT, MG TT, f. Testamentales, škatuľa 1, 2. V nasledujúcich poznámkach pod čiarou len odkaz na signatúru uvedeného fondu Testamentales. Spracované in ŠTULJARTEROVÁ, K.: *Testamenty z rokov 1511 – 1600 ako prameň k dejinám Trnavy.* Rkp. Diplomovej práce, FF UK, Bratislava, 1972. Slovenské závety z druhej polovice 16. storočia publikoval ŠIMONČIČ, J.: Slovenské testamenty a inventáre z Trnavy z druhej polovice 16. storočia. *In Západné Slovensko III*., Bratislava, 1976, s. 69 – 87.

[9] V tejto súvislosti treba podať vysvetlenie, že v Trnave je dnes k archívnemu výskumu k dispozícii len účtovná kniha z rokov 1394 – 1530. Predsa však charakter jej zápisov podnecuje k záveru, že mesto zriadilo aj iné pomocné knihy, napr. i ostatnom čase novoobjavenú účtovnú mestskú knihu príjmov trnavskej fary, ktorú mesto ako vykonávateľ patronátneho práva viedlo od apríla 1495, na čo odkazuje priamo V. Rábik, keď v edícii uvedenej knihy konštatuje: *„evidencia príjmov trnavskej fary patrila k základným povinnostiam predstaviteľov mesta Trnava, ktoré jej vznikalo z výkonu patronátneho práva“*, udeleného už v Belovom privilégiu z r. 1238. In RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*, s. 36, 109. K mestským knihám a úradnému spísomňovaniu na Slovensku a v Trnave pozri napr. ČORDÁŠOVÁ, S.: Vývoj spísomňovania v Trnave do roku 1526. *In Slovenská archivistika*, 1975, r. 10, č. 1, s. 102 – 121; BARTL, J.: Mestské knihy na Slovensku a problémy ich štúdia. *In Studia historica Tyrnaviensia III*., Trnava, 2003, s. 225 – 240.

[10] Tvrdenú skutočnosť, že ide o mestskú knihu, podporil zápis originálnej poznámky k spomínanej pokonávke o závete Hanusa Graffena uvádzajúci, že závet sa nechal zapísať aj do *„do mestskej knihy“ („das sy den sprucht haben in statt Buch lassen vermerken und verschreiben“).* RÁBIK, V.: *Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša z roku 1495*, s. 97.

len jej časti, dotýkajúcej sa fundácie farského kostola sv. Mikuláša) vdovy, vznešenej pani Barbary, manželky Ondreja Pognara z roku 1512[11].

1. K prameňom dedičskoprávnej úpravy v mestskom práve Trnavy

Výskum ranonovovekých testamentov poukázal na všeobecnú právnu úpravu dedenia v mestách, ako ich prezentuje Š. Luby v Dejinách súkromného práva na Slovensku[12]. Princípy, ktoré uvádza, sú zhodné a aplikovateľné i na Trnavu, hoci musíme v spojitosti s trnavským dedičským právom a právnymi obyčajami venovať pozornosť otázke zákonnej, takpovediac normatívnej rovine súvisiacej so závetmi. Už obvyklou neblahou skutočnosťou zostáva, že akty normatívnej povahy v stredovekom práve (a najmä ak ide o oblasť zaradenú dnes k súkromnému právu) skôr absentovali v písanej podobe a mestá (nevynímajúc Trnavu) sa spravovali vlastnými právnymi obyčajami, realizovanými najmä a predovšetkým v rozhodnutiach mestského a neskôr aj apelačného súdnictva (v prípade Trnavy taverníckeho súdu) a nesporovými agendami zápisov do mestských kníh.

Pre skúmané odvetvie dedičského práva sa v úvode prihliadne na originálne znenie výsadnej listiny z roku 1238, ktorá právo dediť definovala dosť všeobecne za podmienky právneho partikularizmu: „nikto z nich nesmie svojej dedičstvo alebo nehnuteľný majetok, nachádzajúci sa v chotári ich mesta, komukoľvek odpredať alebo darovať, ak len nie tomu, ktorý nám bude preukazovať podobnú službu ako mešťania tohto mesta. Ak niektorí z nich umrú bez dediča, majú právo poručiť svoj hnuteľný majetok komukoľvek budú chcieť“[13]. Jednoduchou konklúziou možno teda vyvodiť záver, že uvedené výsady umožňovali slobodne nakladať so svojím majetkom, predovšetkým s nehnuteľnosťami, za obligatórnej podmienky voľby sukcesora z radov tunajšieho meštianstva, čím sa prirodzene podporovala pôvodná domáca komunita v prevodoch a prechodom mestských nehnuteľností. Druhé ustanovenie podporilo voľnú dispozíciu s majetkom v rozsahu slobodnej voľby univerzálneho právneho nástupcu, ako aj singulárneho sukcesora – odkazovníka výhradne hnuteľného

[11] Oba zápisy aj ich preklad viď v prílohe III. s prihliadnutím na ich význam vzorov nepočetne zachovaných, neskorostredovekých trnavských závetov a dedičských pokonávok.

[12] LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku.* Bratislava : Iura edition, 2002, s. 523 – 524 a 531.

[13] *„nullus ipsorum hereditates ... possessiones suas immobiles... vendere possit vel conferre, nisi ei, qui nobis consimile servicium .. exhibebit. .. quicunque sine herede decesserit,bona sua mobilia cuicunque voluerit, conferendi habeat facultatem*. In MARSINA, R. (ed.): *Codex diplomaticus et epistolaris Slovaciae. Tomus II.* Bratislava : Obzor, 1987, s. 31.

majetku[14]. Práva priznané Trnave[15] sa vzťahovali nielen na domácich, ale rovnako i na hostí usádzajúcich sa v meste.

Pozornosť v súvislosti s intestátnym dedením v Trnave by sa mala sústrediť aj na normatívnu rovinu písanej podoby trnavského rukopisu Summy legum Raimundi[16]. O jej aplikácii v Trnave svedčí fakt, že ju pre potreby mesta v druhej polovici 16. storočia odpísal zrejme trnavský richtár, ktorého nemecký historik Krones v druhej polovici 19. storočia nesprávne identifikoval ako autora spomínanej zbierky[17]. Vzhľadom na fakt, že sa nám nepodarilo získať mikrofilm rukopisu, uloženého v rumunskom Brašove, kde má byť podľa poznámky prof. Rebra uložený[18], nemožno zaujať dnes stanovisko k obsahu jednotlivých kapitol[19].

Nie je náhodou, že praktické využitie Summy v taverníckych mestách (tak i v Trnave) našlo svoje vyjadrenie aj v zbierke taverníckeho práva od Jána

---

[14] „*Item nullus ipsorum hereditates vel possessiones suas immobiles in ipsorum terminis constitutas cuiquam vendere possit vel conferre, nisi ei, qui nobis consimile servicium cum civibus ipsius ville exhibebit. Item quicunque ex ipsis sine herede decesserint, bona sua mobilia cuicunque voluerint, conferendi habeant facultatem.*“, in *Codex diplomaticus et epistolaris Slovaciae. Tomus II*, s. 31; preklad uverejnený in Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti I. Bratislava: Národné literárne centrum, 1998, s. 128 – 130. Bližšiu charakteristiku výsad Trnavy uverejnil HÚŠČAVA, A.: *Najstaršie výsady mesta Trnavy.* Bratislava, 1939, s. 42.

[15] V privilégiu Bela IV. označenej pod názvom „*Zumbothel*“. Totožnú dispozíciu s meštianskym majetkom ustanovil o približne dve storočia neskôr aj Menší dekrét Žigmunda Luxemburského z 15. apríla 1405. Publikovaný v DÖRY, F. - BÓNIS, G. – BÁCSKAI, V.: *Decreta regni Hungarie, Gesetze und Verordnungen Ungarns 1301 – 1457.* Budapest : Akadémia kiadó, 1976, s. 189 – 212, MALÝ, K. – SIVÁK, F.: *Dejiny štátu a práva v Česko-slovensku do roku 1918.* Bratislava : Obzor, 1992, s. 96.

[16] Trnavskému exemplári Summy sa venoval v štúdii REBRO, K.: Trnavský rukopis Summy Legum Raimundi. *In Slovenská archivistika*, r. 1969, s. 71 – 82. Rukopis Summy používaný v Trnave sa zaraďuje do D skupiny rukopisov, spolu s dvoma bratislavskými exemplármi je publikovaný v nemčine, aj keď jeho jazyk je už novší a preklad bol urobený podľa neznámej predlohy, odlišnej od bratislavských rukopisov. Bližšie REBRO, K.: Summa Legum Raimundi v mestskom práve na Slovensku. *In Sborník filozofickej fakulty UK*, Bratislava, roč. XV, 1964, s. 163.

[17] REBRO, K.: *Trnavský rukopis Summy Legum Raimundi*, s. 71 - 72. K. Rebro uvádza, že Summa progresívnymi prvkami pomáhala vyplniť existujúce medzery v mestskom práve a prispôsobovala ho novým výzvam a požiadavkám neskorého stredoveku popri stabilizačnej funkcii. Prirodzeným spôsobom mestské právo aj unifikovala pre potreby slovenských resp. uhorských mestských centier. Pozri bližšie tiež GÖNCZI, K. : *Ungarisches Stadtrecht aus europäischer Sicht.* Frankfurt am Main : Klostermann, 1997, s. 193. Autorka uvádza aj podstatnú bibliografiu k tejto téme.

[18] REBRO, K.: *Trnavský rukopis Summy legum Raimundi*, s. 72, pozn. 8.

[19] V prílohe I. sa publikujú aspoň ich latinsko-nemecké označenia.

Thuz de Laak, ktorá Summu pripojila ako svoj dodatok[20]. Zbierka tavevníckého práva (Articuli iuris tavernicalis) priniesla predovšetkým prepotrebnú, aj keď nedostatočnú, orientáciu v spleti nejednotnej judikatúry súdov slobodných kráľovských miest, ktorou sa aj Trnava riadila ako jedno z pôvodných taverníckych miest. Z početných zachovaní a vydaní jeden jej nemecký rukopis z druhej polovice 16. storočia zaradil do tretej knihy články dedičského práva a ich obsah sa počas nasledujúcich storočí aplikoval i v Trnave, čo možno bezpečne dedukovať z výskumu obsahovej stránky testamentov z obdobia novoveku[21]. Na druhej strane ale v uvedenej časti zbierky absentovali články kodifikujúce dedenie zo zákona, je preto zrejmé, že uvedená oblasť právnych vzťahov sa ponechávala aplikácii dovtedajšieho obyčajového práva každého mesta, o ktorom sa možno dozvedieť aj výsledkov právnej (resp. testamentárnej) praxe[22].

Okrem uvedenej zbierky je vhodné spomenúť aj iné v Trnave používané dielo zo 16. storočia, ktoré by malo byť uložené v knižnici Univerzity v Blatnom Potoku. V nej sa má uchovávať latinský rukopis Annales seu tabulae chronologicae ... a Pantaleone Candido Austriaco. Jeho tretia časť pojednávala o factis testamentariis, konkrétne sa modelovali rôzne právne situácie dedičskej postupnosti descendentov, ascendentov a manželov, riešili sa otázky dedenia aviticitného a nadobudnutého majetku[23].

Prehľad podstatných prameňov dedičskoprávnej úpravy zakončí odkaz na úpravu dedičského práva vo Werböczyho Opus Tripartite. Jeho autor v prvej časti sumarizoval (okrem iného) podstavy dedičského šľachtického práva a príslušné ustanovenia uvedenej „syntézy“ uhorského šľachtického obyčajového práva sa prakticky využívali aj v slovenských mestách, Trnavu nevynímajúc, v ktorých sa najmä po Moháčskej porážke usádzala vo väčšej miere uhorská šľachta. Extenzívnym výkladom šľachtického práva pre

---

[20] MICHNAY, A. – LICHNER, P.: *Ofner Stadtrecht von MCCXLIV – MCCCCXXI.* Bratislava 1845, s. 13, MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*. Bratislava : Veda, 1985, s. 54 – 56, Autorka uvádza súpis odpisov zbierky procesného práva (prvé vydanie *Articuli iuris tavernicalis* z roku 1479), v jednom odpise z druhej polovice 16. storočia sa nachádza aj explicit bratislavského latinského rkp. Summy, s. 55.

[21] Viď jej obsah v nasledujúcej kapitole. Dedenie *ab intestato et testato* podľa trnavskej závetnej práxe zo 16. storočia. Zo skorších štúdií autorky viď napr. ŠVECOVÁ, A.: Ustanowienie dziedzica w testamencie a dziedziczenie beztestamentowe w prawie węgierskim : analiza praktyki z pierwszej połowy 19 wieku w mieście Trnawa. *In Czasopismo prawno-historyczne*, Tom 60, zes. 1, 2008, s. 215-230; ŠVECOVÁ, A.: Formálno-právna stránka závetov trnavských mešťanov z prvej polovice 19. storočia. *In Slovenská archivistika*, roč. 42, č. 2, 2007, s. 53-77; ŠVECOVÁ, A.: Dedičské právo mešťanov v novoveku : (východiská a základné schémy na príklade slobodného kráľovského mesta Trnavy). In *Štát a právo v období absolutismu : sborník,* (ed.) Karel Schelle, Ladislav Vojáček, Masarykova universita: Brno, 2005, s. 132-153.

[22] Na zmienenú tézu upozornila MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 44.

[23] HARSÁNYI, I.: Buda, Pest, Kassa, Bártfa, Nagyszombat, Poszony, Eperjes, Sopron városok polgári jogai és régi szokásai. *In Történélmi Tár*, 1909, s. 52 – 87.

novousadených mešťanov – šľachticov sa v dovtedy uzavretej komunite s prevahou remeselníkov a obchodníkov vedno s aplikáciou a realizáciou súkromnoprávnych inštitútov šľachtického práva (aviticitný majetok, delenie majetku mužskej a ženskej vetvy) v Trnave (a podobne aj v ďalších mestách) vytváralo nové mestské právo, blízke svojou povahou, charakterom a východiskami šľachtickej societe, pri zachovaní podstaty vlastníckeho a tiež dedičského práva platného pre mešťanov v minulosti (majú sa na mysli právne pomery spojené s koakvizíciou, rovnosťou dedičov z hľadiska pohlavia, práva manželky na dedičný podiel z dedičstva po manželovi). Prvá časť Tripartita riešila v samostatných článkoch[24] (včlenených medzi články o vlastníckych vzťahoch manželov, majetkového spoločenstva rodinného nedielu, nárokoch ženy – manželky, vdovy alebo nevesty, dedičnej deľby) bezprostredne otázku dedičstva, druhov majetku vhodných na testovanie, okruhy subjektov určených za dedičov, nároky kráľovského fisku a iné otázky (ako imanentná súčasť vysporiadania potenciálnych dedičov – najbližších príbuzných sa vnímala deľba kondivizionárov rodinného nedielu pred alebo po smrti otca, hlavy rodiny). Okrem toho Tripartitum v III. časti v čl. 14 (Ako treba nadobudnúť držbu dedičstva medzi občanmi?), v čl. 16 (Ako treba medzi občanmi prevziať do držby dedičstvo a jeho príslušenstvo?) riešil všeobecné otázky mestského práva spojeného výhradne s právnou formou (riadnou štatúciou) zviazanou s prechodom a prevodom práva k mestského, dedičnému nehnuteľnému majetku.

1.1. Dedenie zo zákona versus dedenie zo závetu podľa zbierky tavernického práva

Pomenovanie uvedenej tretej knihy je výstižné: „Volget die dritte Tractirung von den Testamentordnungen“[25]. Jej dvadsaťjeden článkov možno zhrnúť podľa ich obsahu v nasledujúcich, zovšeobecňujúcich postulátoch, dotýkajúcich sa dedenia zo zákona aj zo závetu :

1, slobodná dispozícia so samostatne nadobudnutým majetkom muža (inter vivos aj mortis causa)[26];

---

[24] Odkaz príkladne na čl. 13, 17, 18, 19, 20, 21, 27, 29, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 50, 57, 58, 64, 89, 99, 102 v I. časti.

[25] Publikované v preklade podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 201 – 206 v prílohe II.

[26] *Item so iemand Erbschafften hat oder unbewegliche Gütter, wie die nun sein wollen, die oder welche er mit seiner eigenen Arbeit, Mühe et Expens erworben, ohne Verhinderung des Weibes, Kinder, Brüder, Schwester und anderer Blutsfreunde, hat er freywillige Macht von denselbigen zu verlassen, zu geben und zu legiren beide beim Leben, als im Sterben, wem er will, ohne Verhinderung allerley Verbot, die da geschehen sindt oder geschehen sollen.*

2, určenie zákonného podielu pre manželku a deti zo starootcovskej a otcovskej čiastky manželovho majetku[27];

3, ustanovenie o obvenení (Morgengab) pre manželku a zákaz manželovi testovať ho[28];

4, slobodná dispozícia (inter vivos a mortis causa) manželky so samostatným majetkom, nadobudnutým dedením po svojich rodičoch, rodine[29];

5, slobodná dispozícia (inter vivos a mortis causa) manžela so svojím samostatne nadobudnutým majetkom[30];

6, určenie zákonných dedičov samostatne nadobudnutého majetku (s výnimkou zariadenia domácnosti) manžela a manželky v prospech pozostalého manžela/lky a spoločných detí[31];

7, ustanovenie o možnosti deľby zákonných dedičov (synov) po smrti otca[32];

---

[27] *Item so iemand grossvätterlich oder vätterliche Erbschafft hette und durch Noth nicht bedrungen und in dem Fahl, das er nicht zur Erledigung seines Kopfs hat müssen dargeben, so er all sein Lebtag derselben Erbschafft gebraucht hette, alsdann gerathen die nemblichen Erbschafften aufs Weib, Kinder und die er zu Erben haben wirdt, nach erblichen Rechte.*

[28] *Item so einer ein Weib nemme und er zum Zeichen der Morgengab unbewegliche Gütter, nemblich, gottgeb was für Erbschafften in Gegenwart frommer Mitbürger seinem Weib gebe, oder zu geben verspreche, von denselbigen soll er hinforter keine Macht haben, zu geben oder zu verlassen oder zu legiren, sondern das Weib soll sie besizen mit stetten erblichen Recht.*

[29] *Item so iemand ein Weib hat und sie von ihren Eltern Erbschafften hette, soll sie volkömbliche Macht haben zu geben, zu legieren, beyde bey ihrem Leben, als im Sterben,wem sie will.*

[30] *Item so ein Manne, gottgeb welches Weibes von seinen Eltern Erbgütter hette, oder andere Ding, welche oder wie die nun sein mögen, ein Testament legiret, soll er dergleichen volle Macht haben dieselbigen zu legiren, zu geben und nach seinen Wolgefallen zu verlassen, beyde beim Leben, als im Sterben.*

[31] *Item so auf irgendein Weise auf dem Manne oder Weib etliche Gütter gefielen, bewegliche und unbewegliche, ausgenommen das Hausgerath, durch eines oder der andern Absterben, nemblich des Mannes oder des Weibes, so sie Kinder haben, als dann sollen die auf den lebendigen Manne oder Weib, oder Kinder, so sie es erleben, zugleich gefallen dieselbigen mit Recht zu besizen.*

[32] *Item in dem Fall, wo ein Mann stürbe, wann noch seine Kinder klein sindt, ohne irgendeine geschehene Theilung, nach dem sie nun ins Alter kommen, so es sich zu trüge, das eine oder einer sich sollte verheirathen, die andern aber in Keuschheit lebten und das verheurathe Kind wollte seinen Theil nach gemachten Theilung haben. Zum ersten und für allen Dingen soll mann einen ieden soviel von vätterlichen Gütter geben, als viel zur*

8, o voľnej dispozícii rodičov z majetkom po oddelení synov a dcér a ustanovenie o zákonných dedičov t.j. pozostalého manžela/lky a detí (ak žijú) rovnakým dielom[33];

9, zákaz testovať bez súhlasu manžela/lky domáce zariadenie a náradie (tzv. Hausgerath)[34];

10, slobodná dispozícia len s určeným a oddeleným dedičským podielom[35];

11, možnosť testovať spoločne nadobudnutý majetok manželom iba so súhlasom manželky, zároveň určenie zákonného nároku jednej polovice z koakvizície[36];

Hochzeit des Verheurathen gegeben ist, ausgenommen das Haussgerathe, welche immerzu vom Manne aufs Weib gerathen und sollen vom Weib auf dem Manne gefallen. Was sonst etwas übrig ist, soll in gleiche Theil nach der Zahl der Kinderpersohn, beide Mannsbild als Weibsbild, oder der Mutter, die noch bey Leben sindt, gleichmessig getheilt werden.

[33] *Item wenn nun ein Theilung geschehen ist zwischen Brüder und Schwester, Vatter und Mutter, so sie im Brod voneinander abgesondert sindt, die Jungfrauen verheirathet sindt und die Söne in die Ehe getretten, alsdann kompt solcher Theil nicht auf die Brüder oder Schwestern, sondern wenn er will, hat er damit freyen Willen zuthun. So er aber, oder sie unterstirt angienge, es sey auf dem Mann oder das Weib, alsdann kompt ein solch Theil vom Manne aufs Weib und vom Weib auf dem Manne und so sie Kinder haben, auf sie gleichmessig zu theilen.*

[34] *Item Hausgerathe sind dise Ding: Weiberkleider wie die nun sindt, dergleichen auch Männerkleider, ein silberner oder übergoldter Gürtl, vier silberne Bächer oder weniger und nicht mehr, zwölf silberne Löffel und nicht mehr, Mans Waffen, Kuffen, Fass, alle Bettkleider wasserley Condition die sein, alle Zugehöre so zum Bau der Weingärtten gehören und zum Ackerbauen von Nöhten ist. Diss alles soll nach dem Todt des Mannes aufs Weib und nach dem Todt des Weibes auf den Mann gefallen nach Erforderung der Gewohnheite der siben Freystädte. Aber das diss Recht bey Kräfften erhalten werde, wo der Mann in Gegenwart seines Weibes oder das Weib in Gegenwart ihres Mannes, sie oder er etwas legiren wolten mit Verwilligung der Partheyen und ohne Widerrede, gottgeb wenn ers legirte aus Willen der Partheyen, so mag ers legiren was oder wem er will.*

[35] *Item so iemand erbliche Gütter khauft hette und derselbigen ihre Namen von wem oder von welchen die erblichen Gütter khauft sindt, besonderlich in den Stadtbrief verschrieben werden laut der Intitulirung ihrer Namen unangelegen, wer es aus ihnen khauft hat, soll ein ieder unter ihnen gleichen Theil haben von den erblichen Güttern. Und so iemand aus ihnen ein Testament oder ein Vergebung sich zu thun unterstunde, so kann ers allein was sein Theil anbetrifft thun, von dem andern soll er allzumahl stillschweigen.*

[36] *Item so irgendein Mensch zulezt testiren solte von den Dingen, die er mit dem Weib zugleich versamblet und erworben hat, in Gegenwart des Weibes und ohne ihre Verbot, dasselbige Testament soll für kräftig gehalten werden. Wenn es aber das Weib höret und ein Verbot darauf thut, wofern es nur glaubwürdigen Persohnen bewust ist, das sie es ehrlich und treulich miteinender erworben haben, alsdann soll mann dem Weib rechtes und gleiches halbes Theil aller Güter durch sie, wie vorgemeldet, erworben, zutheilen dieselbigen für und für zu besitzen.*

12, zákaz testovania v prospech neusporiadane žijúcich potomkov na ujmu ostatných detí[37];

13, ustanovenie o prepadnutí zákonného podielu z koakvizície nemravne žijúcej manželky v prospech jej manžela[38];

14, zákaz testovať otcovskú čiastku v prospech syna heretika, odpadlíka od viery, príslušníka osmanského (tureckého) náboženstva[39];

15, ustanovenie o právnej disproporcii manželských a nemanželských detí, ktoré nemajú nárok na rovnaký podiel ako potomkovia pochádzajúci z legitímneho manželského zväzku[40];

16, ustanovenie o neplatnosti testamentu (výnimku tvorí testament v prospech legátov), ktorý ukracuje veriteľov[41];

---

[37] *Item so ein Mensch nach seinem Absterben etliche Ding oder Güter den Söhnen oder Töchtern verliese unnd so der Sohn ein Schalck, ein Spieler, ein Brasser, ein Zubringer der Dinge und Vätterlichen Gütter und ein Hurer were, oder die Tochter ein unehrlich Leben führende, das Lob der Eltern beflecken, solte sich selbs zur Unzucht begebe oder würde zu einer Ehebrecherin, alsdann sollen solcher Theil nicht auf sie, sondern auf die andern Brüder und Schwestern, die ein ehrliches Leben führen, gewendet und durch die That entzogen werden. Wo aber Bruder und Schwestern nicht sindt, sollen andere, gottgeb was für Bluthfreundt, die ein ehrliches Leben führen, mit Recht dieselbigen Güter besizen nach stetem erblichen Rechte.*

[38] *Item so ein Mann ein Weib hette, die ein Hure und Ehebrecherin were unangelegen, das sie die beweglichen und unbeweglichen Güter zum Manne bracht hat, wofern nur diss durch ein Geschrey den Nachbarn zu Ohren bracht wird der Mann es selbs merckhete und sein Gewissen besorgete, so sie in ein Kranckheit fele, kann sie kein Testament machen, denn sie hat alles Recht, das sie in dem erblichen Gut gehabt und beweglichen Gütern aus Mittel des begangegen …asters, wie vorbemeldet, verlohren, sondern die Güter sollen ohne Schaden auf den Mann gefallen.*

[39] *Item so irgedein Mensch in seinen Testament, denen Söhnen oder Sohne von seinem erblichen Gut und beweglichen Dingen etwas verliesse und der nembliche wollte sich mit denselbigen beweglichen Gütern zu einen untreuen Nation begeben, hienge derselben an unnd hielte mit ihr Gemeischafft, als nemblich die da Vilephysten seindt, Spaltungstiffter, Türcken und so er den Christlichen Glauben gering achten und dieselbige müssbreuchliche Secten preisen sollte und geb für er wolle zwischen sie ziehen, ein solch Theil einen solchen legirt soll ihm nicht gelassen werden, sondern so er leibliche Brüder oder Schwestern haben würde, von den man sagt, das sie ein gutes Lob und ehrlich Leben führen, soll mans denselben zutheilen und verzeichnen mit steten Recht zubesizen. So er aber nicht Brüder hat, so soll mans andern seinen Bluthfreunden, die ein ehrliches Leben führen, durch die That geben zu besizen.*

[40] *Item so einer ein ehelich Weib hat und er in der Testirung zulezt den natürlichen Söhnen mit den ehrlichen Söhnen erbliche Güter und beweglichen Dingen etwas verliese, also das sie gleiche Theilung empfangen sollten in den erblichen Gütern, allsdann nach Erforderung der Gewohnheit vo Alters her der Städte können die natürlichen Söhne mit den ehelichen Söhnen nicht Theil haben, unangelegen, das die ordentliche Testierung auf irgendeine Weise oder durch iemand geschehen ist.*

17, ustanovenie o neplatnosti testamentu spísanom klamlivým, podvodným spôsobom[42];

18, zákaz vydedenia potomkov a uzákonenie zásady neopomenuteľných dedičov- legitímnych potomkov[43];

19, možnosť dedičnej deľby synov v prípade uzavretia nového manželstva otca alebo matky[44];

---

[41] *Item so halt, welcher Mensch ein Testament machete von seinen beweglichen und unbeweglichen Gütern dem Weib, Kindern aufs Bauen der Spytalkirchen, oder befiehlete denen Armen, Almosen, gottgeb wie, oder halt welchen auszutheilen und so er Schuldner haben wirdt, die mit gnugsamer schrifftlichen Beweisung über ihren Schulden gefestiget sindt, als nemblich der geschwornen Bürger oder anderer glaubwürdigen und ehrlicher Leute dasselbige Testament soll nichts gelten, das er zum ersten gemacht hat. Es sey dann, das von den nemblichen Gütern, wie es die Verrichtsleute und ehrliche geschworne Bürger dem Recht zugleich gemess und seinen Heil duncken wirdt nach seiner Weise den Schulden bezahlet wirdte und gefraget, ob auch die Erben etwas besizen oder auf Almosen der Armen auszutheilen etwas gegeben soll werden.*

[42] *Item so ein Testament gemacht wirdt durch irgendeinen Auslendischen Schuzerben, Khauffmanne oder Einwohner, auf des man ihn aus fürgesezten Betrug aufs allerherrlichste ein Begräbnüss seinen Leihe wegen seines Absterbens erzeigen solle, derhalben nach Erfoderung der Zeugen er in seinen Testament den Brüdern legierte, wo er ihn nun eine Stelle seines Leibsbegrebnüss deputiert hat und verliesse 100 Fl. in Gold mit Bemeldung eines Mitburgers, der sich wol gehabt in der Stadt gesessen und spreche, das er bey ihm habe im Einlag 200 oder 300 Fl. im Goldt und bemeldet der gleichen den andern dritten und vierden Mitburger, der ein wohlhabender Manne ist, bey welchen gleicherwiese in so grosser oder grösserer Summa, denn vorgesagt ist, sein Geld wehre und der nemblich alles im Testament legierte einer Kirchen, so viel einem Altar so viel, den Witben und Armen so viel, den Brüdern und Priestern so viel und diss nembliche Testament geschehe im Abwesen derselbigen Bürger, bey welchen er fürgegeben, das sein Geld eingelegt were. Endlich aber wenn er nun gestorben, die, welchen er testamentlich legiert hat, zu denselbigen Bürger giengen und begehreten, das sie der Summa des Gelds durch den Testierer, wie vorgesagt, verlassen ein Bezahlung thun solten, sie aber antworteten: Wir kennen den Menschen nicht, wir haben weder sein Geldt gesehen, er hat wol viel mögen testieren, aber es ist niemands, der das Testament verrichte. Denn weil es kein effentlich Zeugnüss hat, soll es für nichts und undüchtig gehalten und gesprochen werden.*

[43] *Item wo iergendein Mensch Söhn hette, die ein ehrliches Leben führeten, das Gerücht ihres Lob verwhreten, die Güter der Eltern glückselig regiereten und arbeiteten nach den Willen Ihrer Eltern, ihnen ihre Bürden neigerten und gehorsam befunden werden und theten iegliche Arbeit zur Ermehrung der vätterlichen Erbgütter mit Schweiss und aus Willen ihrer Eltern sich in den Ehestand begeben. Welches, wo es nach seiner Weise den Nachbarn bekanndt ist und bewust, so können sie nicht vom denn vätterlichen Erbtheil ausgeschlossen werden, sondern man soll ihnen ihr Theil volkömblich von denn vätterlichen Güttern geben, ja, nach der Eltern Absterben solen billich solche Güter auf die frommen Erben gefallen. Doch das diss unversehet erhalten werde, das wo etliche Eltern von ihren Güttern für ihren Seelen Heil testamentametlicherweise etwas legieren solten.*

[44] *Item wo solchen Söhnen, die ein ehrliches Leben führen unter beiden Eltern der Vatter überlebte und ein ander Weib nehme oder die Mutter überbliebe unnd einen andern Mann nehme und solche Sohne köndten wegen des Stiefvatters oder der Stiefmutter nicht beysammen bleiben, wie es den gemeiniglich pflegt zu geschehen, so können sie billich ihr*

20, ustanovenie o strate nároku na dedičstvo pre potomkov pri urážke, útokoch na rodičov – zákonné ustanovenie slobody testovania rodičov v prospech tretích osôb[45];

21, možnosť testátora bez zákonného dediča testovať v prospech tretej osoby (opatrovníka) za podmienky recipročne poskytnutého zaopatrenia a všestrannej pomoci až do smrti testátora[46];

2. Dedenie ab intestato atque testato podľa trnavskej závetnej praxe zo 16. storočia

Zo znenia originálnych závetov z uvedeného fondu Testamentales, možno vyvodiť všeobecnejšie závery, ktorých výpovednú hodnotu oslabuje len pomerne malý okruh dotknutých testamentov (157 originálnych listín). I preto vedec musí prihliadať na skutočnosť sondážneho výskumu a bádateľský rámec pre budúcnosť rozšíriť o teritoriálne blízke fondy, keď už trnavský fond neposkytuje väčšiu kvantitu zachovaných archiválií. Odhliadnuc od reštriktívneho archívneho materiálu samotná obsahová matéria metódou analýzy umožňuje excerpovať a syntetizovať nateraz len

---

Theil, beide in erblichen Güttern, als in andern Dingen, welche sie miteinander erworben, mit Recht haben.

[45] *Item so ein Sohn den Vatter oder Mutter mit Schelbworten entehren solte oder schlüge unnd seine Eltern es nur dem Richter und den geschwornen Bürgern mit Klagen ansageten, das es die Nachbarn hörten, so soll er all sein Theil, was er hette, sollen haben, von vätterlichen Güttern, beide beweglichen und unbeweglichen, ia nach grossvätterlichen, so etliche weren, wasserley (volajaké) Manier die sein wolten, durch die That verlieren und soll von denselbigen allzumahl abgesondert werden unnd die Eltern mögen sie geben, wem sie wollen.*

[46] *Item so irgendein Mensch, der nun alt worden ist, oder wird sonst mit Schwachheit bedrungen, bewegliche Güter und gute Erbtheil hete, welche er wegen der Schwachheit seines Leibes nich kann lassen bauen oder nicht köndte und er wehlete ihm einen glaubürdigen Manne, auf welchen er den Stab seines Alters oder Schwachheit legen köndte ind spreche: Lieber Herr, oder Liber Bruder, oder Liber Freundt, siehe, ich bin mit Schwachheit des Alters umgeben, auch Andere Gebrechen haben mich bedrungen, also fern, das ich meinen Erbgüttern nicht mehr vorstehen kann und ich will sie von mir nicht vergeben noch verkhauffen, habe mir derhalben in meinem Gemüt fürgenommen, wo es dir gefellt, will ich alles in deine Hände begeben und werden unter deinen Gewalt sein, das du sie mit Bau erhaltest und wirst mir geben, solang ich lebe, was zur Nahrung und Kleidung von Nöthen thut. Auch das ich auch überhaben sey von dir und die dir zugehören, weil ich ein alter Manne bin, aller unbilicher Wort, so mir etwas entziehen und eine Entehrung zumasseten. Diss, wo du thut wirst nach meinem Abschied, will ich und verspreche, das alle meine Güter dein sollen sein, bewegliche und unbewegliche für und an zubesizen. So er verhiessen wirdt er wölle es allzumahl thun und thete ein Bekäntnüs in Gegenwart des Richters und der geschwornen Bürger und so er zulezt ehe den erstürber wegen seines Alters und wegen seiner Schwachheit, übel und unehrlich verhalten wirdt mit Hunger, Durst und Nackheit bedrungen wirdt und protestirte darüber oftermahls unnd liesse ihn in Gegenwart des Richters und der geschwornen Bürger dessenhalben fordern und wo es also gefunden wirdt, allsdann soll alle Bekantnuss widerruffen werden sampt dem Brieff und der alte Mann soll frey gesprochen werden mit seinen Erbgütern nach seinen Wolgefallen.*

zásady zachovávané v dedení zo zákona a zo závetu, ktoré možno zo závetných dispozícií verifikovať, a ktoré budú predmetom nasledujúceho prvostupňového a čiastočne preto schématického výkladu, veď napokon o prvotnú schému ide.

Pochopiť vzájomný vzťah dedenia z oboch titulov znamená v materiálno-právnej rovine uvedomenie si faktu, že testamentárne dedenie pri ustanovení dedičov vychádzalo zo zákonných limitov určiť za dedičov najprv zákonných dedičov, resp. pridŕžať sa právnych obyčají a v nich obsiahnutých zásad, o ktorých pojedná nasledujúca podkapitola (venovaná čiastočne aj špecifikám šľachtického dedenia zo zákona). Testátna prax a dedenie z nej v zásade mali tieto zásady a princípy rešpektovať, a pokiaľ možno ich neobchádzať.

2.1. Zásady zachovávané v dedení ab instato (zo zákona)

Všeobecný postulát supremácie právnej obyčaje nad zákonnou úpravou v stredovekom a čiastočne novovekom práve sa realizoval predovšetkým v súkromnom práve, t.j. v rovine dedičského zákonného práva sa prikláňali subjekty k uplatňovaniu dlhodobo uplatňovaných právnych obyčají, ktorých pôvod nech už bol akýkoľvek, sa obsahovo stotožnil s rímskym zákonným dedičským právom, ktoré povolávalo dediť zákonných potomkov a manželku cum manu v triede sui heredes[47].

V dedení zo zákona trnavská obyčajová úprava vyčlenila rovnako z okruhu rodiny, so svojou prirodzenou snahou všemožne chrániť i integrovať svojich členov v spoločnosti a stmeľujúcom mestskom milieu, možné subjekty dedenia zo zákona, a to najbližších príbuzných. V súvise zákonnej dedičskej sukcesie sa v minulosti (rovnako i v súčasnom dedičskom práve) zdôrazňoval princíp neopomenuteľnosti descendentov – legitímnych potomkov, udomácnený zrejme už vo včasnom vývoji individuálneho vlastníctva a realizácie dispozičného práva s ním. Výlučnosť zákonných potomkov v postavení legitímneho dediča (pri opomenutí najmä manžela/lky ako dediča/čky), s poukazom na mnohé znenia skúmaných závetov a ich preferencia pred inými dedičskými skupinami vychádzala zo zákonnej úpravy posilňujúcej rodinné väzby a prirodzeným spôsobom kompenzovala neraz aktívnu účasť potomkov (dospelých) na rozmnožení pozostalosti za života rodičov, poručiteľov. Descendenti sa nominovali spolu s manželom/kou za zákonných dedičov prvej dedičskej skupiny[48] za

[47] BLAHO P. – ŽIDLICKÁ M. – HARAMIA I.: *Základy rímskeho práva*. Bratislava : Manz, 1997, s. 150.

[48] Formula *institutionis haeredis* dedičov prvej skupiny: *„domum autem suam in hac civitates habitam, cuius media partem pro dote, reliquit marito suo Georgio Hrachowecz iur perpetuo, alteram mediam partem dictis orphanis suis filio Michaeli et filiae Margarethae supranominatis.“* – 3-4-33. Dedenia potomkov spolu s pozostalým manželov v rovnakom dedičskom podieli, in 3-1-4, 3-3-30, 3-2-5, 3-4-35, 3-3-43, 3-4-5 a pod.

dvoch podmienok, že bližší príbuzní (vo význame dedičov rovnakého stupňa) vylučovali vzdialenejších (dedenie per capita) a vzdialenejší potomkovia dedili len podiel pripadajúci na ich predka ako zákonného dediča (napr. dedenie vnukov, na ktorých pripadol rodičovský podiel – in stirpes). Podiely pozostalého manžela a detí boli pritom rovnaké, keď doslovné znenie zbierky taverníckeho práva uvádzalo: „Ak zomrie on (muž) alebo ona (žena), potom podiel muža pripadne žene a podiel ženy mužovi a ak majú deti, rozdelia sa s nimi rovnakým dielom“[49]. Dedenie v prvej zákonnej dedičskej skupine (dedenie potomkov výlučne prípadne i spolu s pozostalým manželom/ou) predstavovalov zachovanej vzorke 157 závetov 94 rozhodnutí institutionis haeredis v prospech dedenia descendentov (cca 60 %).

Práva ešte nenarodených detí sa chránili možnosťou odkázať v testamente príslušný podiel nasciturovi. Tak testoval trnavský občan Baltazár Kolderer 21. júna 1568, zanechajúc svojmu nenarodenému dieťaťu dom a vinice. Len ak by zomrel, manželka si má rozdeliť pozostalosť s Koldererovými bočnými príbuznými[50]. Dedičská postupnosť v prospech právom chránených osôb - pohrobkov sa uzákonila pre šľachtu v Tripartite II. časti čl. 62 a 63[51], čím sa ošetrili dedičské práva nascitura aj zákonnou formou, dovtedy chránené len obyčajovou formou. Práva nedospelých potomkov opätovne chránila inštitúcia poručníkov a kurátorov[52].

V kontexte vzájomného manželského dedenia je nutné podotknúť, že inštitút spoločne nadobudnutého majetku manželov – koakvizície (pôvodne rozvíjaný ako meštiansky právny inštitút) bol predmetom dedenia v prospech pozostalého manžela, pri ktorom sa testátor neobmedzoval v nakladaní s príslušným koakvizičným podielom ani formou testátneho určenia dediča – obvykle manžela/lky ako univerzálneho dediča celej koakvizície, prípadne i celej pozostalosti poručiteľa/ky. Závety však na uvedený inštitút iste prihliadali, keďže testátor mohol nakladať len s polovicou podielu s koakvizície. Dedenie najmä pozostalých manželiek je

---

V závete Vavrinca Szabóa sa uvádza, že deti sú jedinými dedičmi, keďže manželka poručiteľa už nežila, 3-3-43.

[49] Citované podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 202, na uvedený prípad tiež upozornil LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku,* s. 530.

[50] 3-2-11, podobne aj v 3-2-6, 3-3-30.

[51] *„Posthumi autem sunt, qui post humationem seu sepulturam patris legitime nascuntur, et dico notantur legitime, quia si partus facta humatione viri, post decem menses fieret; tunc infant ille, recte, de iureque posthumus non docentur, non enim ex thoro, semineque mariti defuncti, sed potius ex fornicatione mulieris praesumeretur in lucem prodiise. Et hi omnes, tam concepti, etiam nati, et posthumi legitime tamen generati, et iuribus paternis aequaliter semper succendunt“*.

[52] 3-2-7, 3-4-41.

zachytené vo viacerých závetoch, no vo všeobecnosti platilo, že pozostalý partner dedil prednostne, ak nie sú priami potomkovia, na čo poukázal testátor Ján Pogner[53].

Druhú zákonnú skupinu dedičov tvorili ascendenti a kolateráli, ktorí dedili rovnakým dielom, čo do výšky svojich podielov pri zachovaní dedičských nárokov oboch pohlaví. Účasť bočných príbuzných a ascendentov na dedení zo zákona sa riadila vo svojej podstate subsidiárnym princípom, umožňujúcim vzájomne dediť, len ak nebolo neopomenuteľných dedičov prvej skupiny[54]. Uvedenú právo v zákone testamentárna prax Trnavy v samostatnej nadobudnutom a hnuteľnom majetku dodržiavala tak, že sa testovalo v prospech priamych príbuzných, manželky, a rodičia, boční príbuzní, prípadne tretie osoby dedili menšie podiely a peňažné sumy[55].

Vo vzťahu k sukcesii colateralis a ascendetium sa však dodržiavala zásada, že dedičný majetok dedili príbuzní pôvodnej rodiny poručiteľa (teda rodičia a súrodenci poručiteľa podľa princípu paterna paternis, materna maternis)[56]. Naplnenie uvedeného modelu bolo ovládané zásadou subsidiarity, čo znamenalo, že dediči druhej skupiny nastupovali len vtedy, keď nebolo dedičov prvej skupiny a aj medzi skôr prevládali kolateráli než ascendenti, čoho dôkazom sú niektoré trnavské testamentárne dispozície[57]. Do pozornosti sa tu musí predsunúť nie tak zriedkavý variant deľby dedičstva medzi manželku a súrodencov pri absencii potomkov[58]. Tripartitum v I. časti (čl. 47) uzákoňuje zákonný nárok bočných príbuzných (len bratov) muža bez dedičov zo zákona a zo závetu

Boční príbuzní (bratia, sestry a ich potomkovia) sa vyskytovali aj v inej súvislosti, a to s dedičskými spormi. Častejšie vystupovali ako aktívne

---

[53] 3-1-10.

[54] *„so mein Son Hannsell one leibes Erben mitt todt abging, soll mein Haus Wirdt meinen zweyen Schwester, Katharina Mathes und Margareta Wirselschwarin die leitten zu Windisch Nußdorff beden der kyrchwingarten gelassen indenoch ihren Kindern zustellen“* – 3-3-36, alebo *„reliqua omnia quocunque nomine tanden appelrvi aut dici possint .. mobilia, ubicunque locorum tandem sint, premisa sub conditione , decedente nempe filia mea Catharina ante nubiles annos, vel sine haerede, in quatuor partes aequales divido, unam nempe quartam partam lego consanquineis meis propinquioribus a patre ut duo descendencium tres partes alias lego consanquineis meis a matre, vel in materna linea positis.“* – 3-4-41, podobne tiež 3-4-36, 3-4-47.

[55] Príklad závetu Eleny, vdovy po Jánovi Statlerovi, ktorá rozdelila všetok svoj majetok na dve polovice, jednu z nich určila deťom a druhú bratovi Valentínovi, ktorý sa mal postarať aj o jej potomstvo, 3-1-18, podobne 3-1-1.

[56] LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 530.

[57] 3-1-26, 3-1-29, 3-1-34, 3-2-4, 3-1-8,

[58] 3-2-12, 3-2-29, 3-3-33, 3-3-37.

legitimovaní, dožadujúci sa v žalobnom petite svojho zákonného dedičského podielu (podľa zásady materna maternis paterna paternis) na úkor dedičov zo závetu, napr. testament Anny Šimoničovej zo 7. apríla 1588 spomínal nevyriešený spor o dedičstvo po prvom manželovi Jakubovi Remenárovi, na ktorý si robila nárok jeho sestra Alžbeta a ako právny dôvod uvádzala opätovný vydaj testátorky[59], alebo priamy odkaz v závete Sebastiana Venteya ako bezdetnému z 2. marca 1665, ktorý zanecháva svojej milovanej matke za jej pomoc pri nadobudnutí testátorovho samostatne nadobudnutého majetku[60].

Obvyklým sa stalo odkazovať menšie peňažné obnosy v prospech cirkvi na účely pias causas (pobožného účelu na spásu duše – pro remedio animae)[61]. Pokiaľ nebolo žiadnych zákonných dedičov, poručiteľ mohol zriadiť závet v prospech tretej osoby alebo dedičstvo pripadlo mestu ako odúmrť[62]. V zložitej situácii, komu pripadne majetok bezdetného poručiteľa, opomínajúceho i vedľajších príbuzných ako zákonných dedičov (znásobené i absenciou dedičov zo závetu), sa právna obyčaj priklonila v podstate k stavovskej príslušnosti deficienta, keď pre mešťanov na post povolaného subjektu z titulu odúmrte určil mesto a v prípade šľachty kráľovský fiskus. Ešte i v čase 17. storočia zákonné články LXXXVII/1647 a XVI/1649 riešili túto právnu situáciu v slobodných kráľovských („in teritoriisque liberarum regiarumque civitatum“), ako aj v kráľovských a zemepanských mestách („oppidorum“) odvolávajúc sa na staré obyčaje („in antiquis ipsarum, in longo usu roboratis iuribus“), ale in concreto na mestskú šľachtu sa vzťahoval osobitný § 2 z čl. 16/1649, ktorý uzákonil zákaz priamej devolúcie dedičstva na mesto, keďže dedičstvo malo byť najprv predmetom súdneho konania riadnych šľachtických súdov – sedrie alebo najvyšších kráľovských súdov[63]. Pri previnení nota infidelitatis celá pozostalosť prechádzala priamo na kráľovský fiskus[64].

Podstatný znak dedičského práva bez rozdielu uplatňovaného dedičského titulu, dodržiavaný hlavne v dedičskom práve šľachty, vývojovo neskôr aj

---

[59] 3-4-33.

[60] „*Proinde omnia bona mea superius specificata domine matri mee lego in perpetuum et quidem libera libere*.“ – 3-3-23.

[61] 3-4-13, 3-4-20

[62] Uvedené dedičské skupiny potvrdzujú všeobecné závery k dedeniu v mestách in LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 530- 531.

[63] „*In bonis vero, seu domibus nobilitaribus et totaliter exemptis, intra vel extra moenis civitatum habitis, nullam civitates devolutionis iurisdictionem habeant et bona ejusmodi non ipsarum, sed suae majestatis collationi, etjudicatui dominorum iudicum regni ordinariorum, et comitatuum subsint*“ – z. čl. XVI/1649 § 2.

[64] Tripartitum v I/čl. 16.

u meštianstva (koláciu však nepotvrdili skúmané závety pre ich zostručnený formulár koncentrujúci sa na distribúciu aktív a pasív v prospech závetne určených dedičov a odkazovníkov), predstavovala povinnosť zachovávať kolačný princíp (collatio) – započítanie vecí, ktoré potomok (alebo dedič) dostal už za života poručiteľa, do jeho dedičského podielu[65]. Z vyjadrenia o spravodlivom rozdelení dedičstva medzi manžela a synov v závete Kataríny Kováčovej z 9. marca 1579 možno dedukovať, že sa realizovala aj uvedená zásada[66]. Do dedičského podielu sa preto zarátavali bežne poskytované bezodplatné plnenia, s výnimkou drobných príležitostných darov a tiež darov, ktoré darca preukázateľne nepovažoval za vhodné zarátať[67]. Pre ženy znamenalo uplatňovanie kolácie započítanie vecí odovzdaných ex titulo quartae puelaris[68]. V tejto súvislosti je vhodné podotknúť, že totožné chápanie inštitútu kolácie pozná aj súčasné právo[69].

Princíp kolácie vyjadroval prirodzenú spravodlivosť pre jednotlivých potomkov, nadobúdajúcich týmto spôsobom rovnako určené podiely z dedičstva a zároveň v sekundárnom význame sa dotýkal a riešil descendentné dedenie, v skutočnosti veľkosť dedičských podielov oddelených synov (prípadne dcér). Kolácia sa uplatnila hlavne vtedy, keď dochádzalo k rodinnej deľbe (divisio) a osamostatneniu, emancipácii dospelých synov alebo k vydaju dcér, jej význam bol teda multiplikačný, rozširujúci sa aj na prípady už oddelených potomkov, nadobúdajúcich konkrétne časti poručiteľovho alebo spoločného majetku rodiny, ktoré sa im započítali pri následnom dedičskom konaní po otcovi, matke, ascendentovi alebo vedľajšom príbuznom[70]. So zmienenou možnosťou uplatnenia

---

[65] V rímskom práve sa počítalo s ňou v zmysle nevyhnutnosti vniesť, započítať vlastný majetok emancipovanej osoby do pozostalosti majetku, aby sa mohla rozdeliť medzi všetkých spoludedičov. Bližšie BLAHO P. – ŽIDLICKÁ M. – HARAMIA I.: *Základy rímskeho práva.* Bratislava : Manz, 1997, s. 140.

[66] 3-4-26.

[67] LUBY, Š.: *Dejiny súkromného práva na Slovensku*, s. 516.

[68] Trip. I/čl. 101, § 4: *„si filiae portiones, de rebus mobilibus paternis, post eius obitum non tulerunt, nam hoc modo portiones huius modi ad maritationem cedent; insuper et quartalitia sua rehabebunt.“*

[69] Pre porovnanie uvádzame znenie § 484 OZ: *„Súd potvrdí nadobudnutie dedičstva podľa dedičských podielov. Pri dedení zo zákona sa dedičovi do jeho podielu započíta to, čo za života poručiteľa od neho bezplatne dostal, pokiaľ nejde o obvyklé darovania; ak ide o dediča uvedeného v ustanovení § 473 ods. 2 (potomkovia zákonných dedičov 1. dedičskej skupiny – vnuci, pravnuci.), započíta sa okrem toho aj to, čo od poručiteľa bezplatne dostal dedičov predok. Pri dedení zo závetu treba toto započítanie urobiť, ak na to dal poručiteľ príkaz, alebo ak by inak obdarovaný dedič bol oproti dedičovi uvedeného v ustanovení § 479 (neopomenuteľní dediči) neodôvodnene zvýhodnený.“*

[70] Kolačný princíp dodržiavali testátori v skúmaných závetoch a rovnako aj právny vzťah k oddeleným dospelým potomkom predstavoval dôležitú poznámku hodnú notifikovania v závetoch.

kolačného princípu počítal aj článok 8 III. knihy tavernického práva, ktorý ale demonštroval nárok len na otcovskú čiastku oddeleného (ženatého) syna jednoznačne výjmuc tzv. Hausgerath patriaci vždy manželke[71].

2.2. Náčrt praxe formálnoprávnych úkonov spojených so zriadením úkonov posledného poriadku

Na podklade jednotlivých závetov a ich záverečných koroboračných formúl môžeme rekonštruovať priebeh testovacieho aktu. Rozlišovali sa však dva druhy – verejný (pred dvomi svedkami a notárom vyslanými mestskou radou) a súkromný, zriadeným pred piatimi svedkami s vyhlásením testátora, že s jeho obsahom súhlasí a že obsahuje skutočne jeho poslednú vôľu („letzter Wille, Testament/um, Satzung, Ordnung, ultima voluntas"). Trnava však zachovávala dlhodobú obyčaj archivácie i súkromných nielen verejných závetov v archíve mestskej kancelárie. Vydavateľom v ojedinelých prípadoch sú aj cirkevné ustanovizne, príkladne závet Barbary Varatkyovej vydala Ostrihomská kapitula, pričom kapitula zdedila časť jej nehnuteľného majetku[72].

Z mestskej praxe overovacích svedeckých klauzúl a signovania vieme, že za svedkov predovšetkým verejných závetov sa povolávali richtár, prísažní mesta a mestský notár i kňazi[73]. Ich úlohou bolo: zostaviť text závetu, overiť platnosť úkonu poslednej vôle (najčastejšie ústnou výpoveďou testátora pred svedkami[74]), ustanoviť svedkov za exekútorov závetu[75], odovzdať ho do archívu mesta alebo na iné bezpečné miesto, otvoriť a publikovať závet po smrti testátora, dozerať na výkon závetu a prípadne i spravovať majetok pre nedospelých dedičov[76]. Závety šľachticov reprezentuje napríklad Gregor Šibrik, ktorého závet bol konfirmovaný kráľovskou listinou Ferdinanda I. roku 1553 a podobnú žiadosť adresovala

---

[71] *„und das verheurathe Kind wollte seinen Theil nach gemachten Theilung haben, .. ausgenommen das Haussgerathe, welche immerzu vom Manne aufs Weib gerathen"* – citované podľa MERTANOVÁ, Š.: *Ius tavernicale*, s. 202.

[72] 3-4-47.

[73] Tabuľku ich mien obsahuje diplomová práca ŠTULRAJTEROVÁ, K.: *Testamenty z rokov 1511 – 1600*, s. 21-22. Za svedka sa povoláva napr. v dvoch prípadoch kňaz a spovedník páter Osvald – 3-1-8, 3-1-6.

[74] Overovacia klauzula: *„ Presentibus ibidem et ex ore meo prescriptum testamentum meum audientibus, et per me protestibus vocatis et requisitis ... mená svedkov .. hoc testamentum ex ore esdem testatoris sic excepi, sic audivis et propria manu transscripsi, per ipsum dominum Sebastianum Venthey ad hoc singulariter vocatus et requisitus"*. – 3-3-23.

[75] *„huius que testamenti mei, et ultime voluntatis mee tutores et executores: dominum Joannem Fedelhauzer te dominum Volfgangum Judeam de Chaste commisi et constituti."* – 3-3-23.

[76] Príklad závetu Jána Hybnera – 3-4-41.

na kráľovskú kanceláriu aj jeho manželka Veronika Péčová v roku 1556, ktorá sa realizovala sa v roku 1567 konfirmáciou Maximiliána II.[77] V dotknutom sa potvrdila platnosť šľachtických závetov, spoločenskú nadradenosť a zrejme sa i overila právna situácia nakladania so zdedeným (aviticitným) majetkom. Poukaz na uvedené konfirmačné listiny dokazuje, že panovník bol najvyššou súdnou inštanciou, a uvedenou praxou konfirmácie závetu sa mohlo predísť prípadným sporom v budúcnosti.

Záver

Obsah inkriminovaných článkov zbierky tavernického práva, vychádzajúc z prvotnej testovacej slobody v privilégiu Bela IV. z r. 1238, pri porovnaní skúmaných, testamentárnych dispozícií indikuje záverečné zhodnotenie, že uvádzané charakteristiky a postuláty dedičského práva sa v nezmenenej podobe dodržiavali v sledovanom časopriestore mesta Trnavy a možno ich celkom prirodzene označiť za základné pramene v závetnom aj zákonnom dedení. Na tomto mieste možno preto rekapitulovať len podstatné:

– v meste sa zachovávala pôvodná obyčajová úprava, ktorej partikulárnosť uhorské, celokrajinské zákonodarstvo len potvrdzovalo, na druhej strane tavernícke mestá (ako bola aj Trnava) sa riadili úpravou v zbierke Articuli iuris tavernicalis (príp. skôr platnou Summou legum Raimundi alebo s veľkou pravdepodobnosťou aj inými anonymnými zbierkami, kompendiami);

– zreteľným spôsobom sa dodržiaval postulát primátu dedenia potomkov – legitímnych manželských detí (pochádzajúcich často z viacerých manželstiev),

– priznalo sa popri zákonných potomkoch rovnaké právo dedenia manželke, ktorá bola na úrovni zákonnej neopomenuteľnej dedičky;

– uznával sa zákonný dedičský nárok[78] kolaterálov a ascendentov na zdedený majetok podľa zásady paterna paternis, materna maternis.

– zachovával sa princíp kolácie – započítania do dedičstva všetkých aktív, darov a pod., ktoré už dedič za života poručiteľa dostal.

Otázniky vynárajúce sa pri dedení majetku nadobudnutého počas manželského súžitia, jeho nezriedka odlišná právna rovina, vysporiadanie sa s manželkou po smrti manžela – vydanie obvenenia a vena, charakter jednotlivých vecí prináležiacich do dedičstva (rozlišovanie medzi zdedeným

[77] Formula: *„ut item testamentum ac omnia et singula in eo contente, ratum, et accepta habentes acceptare, approbare, ratificare, roborareque ac pro eadem domina Veronica aliisque legatariis innovan perpetuo valiturum gratiose confirmare dignaremur.“* – 3-2-12.

[78] Ide prirodzene o obyčajovú nie zákonnú normu.

(otcovským alebo materským) a spolu alebo samostatne nadobudnutým majetkom), prípadne negatívne vymedzenie pozostalosti vo vzťahu k blízkym či vzdialenejším rodinným príslušníkom predstavovali problémy hodné riešenia všeobecnejšou, de facto obyčajovou úpravou. Ako nasvedčujú komplikované dedičské kauzy[79], meritum týchto sporov je zosobnené práve v uvedených typických dedičskoprávnych problémoch v nadväznosti na ich riešenie v tavernícke práve.

Obsah skúmaných závetov dokazuje, že sa testátori na predmetné články (ako aj krajinské zákonné články 17. a 18. storočia) nikdy neodvolávali, vonkoncom ich necitovali (čo je e converso prax neskoršej, od 18. storočia počnúc, trnavskej závetnej praxe) a možno sa domnievať, že testátori o nich možno ani nevedeli ako o kodifikovaných normách mestského práva. Dlhodobým používaním ich prostý mešťan chápal ako právo obyčajové, z ktorého zrejme aj pochádzali a dlhodobou aplikáciou sa včlenili prirodzene do korpusu mestského práva. Inak povedané testátori za účasti zástupcov mesta v postavení svedkov a notárov realizovali vlastne len po stáročia normy tavernícke práva, ktoré taktiež vychádzalo zo skorších obyčají, prípadne právnych zbierok užívaných v mestách ako normatívne pramene.

Naostatok je vhodné uviesť hypotézu (pri uvedomení si faktu absencie iných zachovaných prameňov mestskej legislatívy pre súkromnoprávnu oblasť, a nota bene i pre dedičské právo), že práve prednesené články tavernícke práva možno ponímať ako generálnu právnu úpravu legis scriptae pre Trnavu a predmet bádania (dedenie a jeho súvis s právom zriadiť závet). Keďže predmet úvodného výskumu sa obmedzil nateraz výhradne na fond úkonov mortis causa (teda nielen závetov ale aj napr. dedičských pokonávok, donatio mortis causa, manželských zmlúv, pozostalostných inventárov, kodicilov a pod.) z pohľadu práva zriadiť závet a práva nadobudnúť dedičstvo z titulu dedenia zo závetu (a obmedzení slobodne testovať), nemožno preto uvedenú myšlienku podoprieť relevantnými dôkaznými materiálmi, aj keď mnohé indície napovedajú, že také hospodárske, spoločenské a kultúrne centrum, akým bola Trnava, by sa nespravovala v rozhodujúcich úkonoch mortis causa výhradne nepísanými obyčajami zhmotnenými prípadne v súdnej praxi mesta ale aj písaným právom. Následný výskum a spracovanie vecne a chronologicky príbuzných fondov trnavského magistrátu alebo ďalších miest by mohlo uvedený názor vyvrátiť alebo potvrdiť.

[79] V ŠABA, pob. TT, MG TT, f. Deputationalia a Hereditaria sa archivujú okrem listín istým spôsobom zviazaných a odkazujúcich na dedičské spory, potvrdenia o exekúcii testamentov aj iné správy mestských komisií (deputácií). Fond Deputationalia obsahuje spisy, ktoré vynikli z úradnej činnosti senátorov, poverených richtárom prieskumom určených vecí mesta a mešťanov. Výsledné správy týchto deputačných komisií obsahujú tiež inventáre, rozdelenia a súpisy majetkov, relácie, účty, kvitancie, licitácie a ďalšie. Fond pochádza z rokov 1530 – 1851, obsahuje 91 kartónov a fond Hereditaria z rokov 1717 – 1830, zachoval sa iba 1 kartón.

PRÍLOHA I.

Súhrn článkov venovaných dedeniu zo závetu, zákona a ďalších právnych okruhov spojených s dedením v trnavskom rukopise Summy legum Raimundi

(Publikované podľa REBRO, K.: Trnavský rukopis Summy legum Raimundi. In Slovenská archivistika, roč. IV, 1969, s. 75 - 76.)

Das andre Buch

Cap. XXXVI. Donatio causa mortis potest revocari. Das die Donation, welche des Todshalben geschieht, widerrufft kan werden.

Cap. XXXVII. De dote, et eius speciebus. Vom Hayratgut, und dessen species.

Cap. XXXVIII.Quid sit dos. Was das Heyratgut sey.

Cap. XXXIX. Dos quando debeat expediri. Wann der Mann dem Weib die Widerlag zu thun schuldig.

Cap. XL. Dos repeti potest. Wann das Heyratgut abgefordert mag werden.

Cap. XLI. De dotis restitutione. Von Widerzalung des Heyratguts.

Cap. XLII. De cautela. Von der Cautel, oder Versicherhait.

Cap. XLIII. De paraferna. Von andern des Weibsgüter, zu griechisch paraferna genandt.

Cap. XLIII. Per testamentum acquiritur. Wie man durch Testament überkombt.

Cap. XLV. Ad faciendum testamentum quae requiruntur. Was zum Testamentmachen gehörtt.

Cap. XLVI. Quibus potest legari et testari. Wem man etwas schaffen und testiren mag.

Cap. XLVII. Quae res poterunt legari. Was für Dingen mögen verschafft werden.

Cap. XLVIII. Quae res non poterunt legari. Was für Dingen nit können verschafft werden.

Cap. XLIX. Quid sit legatum. Was ain Geschäfft sey

Cap. L. Quantum testari possit. Wievil man verschaffen mag.

Cap. LI. De solenni testamento. Von ainem zierlichen Testament.

Cap. LII. De testamentorum testibus. Von Zeugen des Testaments.

Cap. LIII. Quare fiunt testamenta. Warums die Testament aufgericht werden.

Cap. LIIII. De institutione haeredum. Von Einsetzung der Erben.

Cap. LV. De haeredibus et haereditate. Von Erben, und Erbschafften.

Cap. LVI. Institutionis modus. Die Weyss, wie man einsetzt.

Cap. LVII. Exhaeredatio filiorum. Die Enterbung der Söhne.

Cap. LVIII. De exhaeredatione filiarum. Von Enterbung der Töchtern.

Cap. LIX. De substitione. Von der Afftereinsetzung

Cap. LX. Quomodo quis potest testari. Wan ainer testiren mag.

Cap. LXI. Executio testamenti. Von des Testament Execution.

Cap. LXII. Intestatus quot modis dicitur. Auf wievil Weyss ainer one Testament abgeht.

Cap. LXIII. De iure successionis ab intestato. Von Erbgerechtigkait so one Testament anfallet.

Cap. LXIII. De successione descendentium. Von Erbschafft der absteigenden Lini.

Cap. LXV. Successio collateralium. Von Erbfall der Beyseitsfreunden.

Cap. LXVI. De successione ascendentium. Von Erbfall der aufsteigenden Personen.

Cap. LXVII. Successio uxorum. Von Erbfall, der auf die Weyber kombt.

Cap. LXVIII. Quando succedit fiscus. Wan die Camer erbet.

PRÍLOHA II.

Preklad III. časti zbierky tavernického práva nazvanej „O testamentoch“

(Publikované podľa MERTANOVÁ, Š.: Ius tavernicale. Bratislava : Veda, 1985, s. 201 – 206.)

1: Ak každý, kto vlastní dedičné statky alebo nehnuteľnosti, ktoré vlastní a nadobudol akýmkoľvek spôsobom svojou prácou, námahou a vlastnými nákladmi, bez (spoluvlastníckeho) nároku manželky, detí, bratov, sestier a iných pokrvných príbuzných, má slobodnú dispozíciu komukoľvek zanechať, dať alebo poručiť ich úkonom medzi živými aj pre prípad smrti,

bez obmedzenia akéhokoľvek zákazu, ktorý sa (obvykle) určuje alebo by sa mohol určiť.

2: Ak každý, kto vlastní starootcovský a otcovský majetok (dedičstvo) a nie je donútený núdzou alebo ak by musel svoju hlavu vykupovať a uvedený majetok by musel spotrebovať, potom toto dedičstvo poručí svojej žene, deťom a tým, ktorí sú jeho dedičmi podľa dedičského práva.

3: Každý kto si zoberie ženu za manželku a na znak obvenenia jej dá isté nehnuteľné veci alebo jej ich sľúbi dať, na tieto nehnuteľnosti od toho okamihu nemá žiadne právo ich darovať alebo zanechať alebo poručiť, ale manželka má dedičské právo ich vlastniť (držať) podľa zákona.

4: Ak má niekto manželku, a táto vlastní od svojich rodičov dedičné statky, má ona plné právo ich darovať, poručiť tak počas života ako aj pre prípad smrti, ako ona uzná za vhodné.

5: Tak ako má manželka právo na dedičstvo po svojich rodičoch alebo na iné veci, s právom testovať o nich, tak má manžel tiež právo na na svoje dedičstvo a rozhodovať o ňom medzi živými aj pre prípad smrti.

6: Akýmkoľvek spôsobom nadobudnuté hnuteľné alebo nehnuteľné veci manželom alebo manželkou, s výnimkou zariadenia domácnosti, po smrti jedného alebo druhého, bude držať rovnakým právom preživší manžel/lka alebo deti, ak ich prežijú.

7: V prípade smrti muža, ktorého deti sú ešte neplnoleté a bez akejhokoľvek deľby jeho majetku, až do času svojej plnoletosti („kým neprídu do svojho veku“), keď sa jedno z nich bude chcieť oženiť a ostatné budú žiť v otcovskom dome (in Keuschheit), a tento ženatý syn bude chcieť svoj podiel zo všetkého otcovského majetku, s výnimkou domáceho zariadenia, ktoré vždy patrilo vdove po zomrelom. V takom prípade sa má rozdeliť všetko rovnakým dielom podľa počtu detí oboch pohlaví, a jeden diel prináleží manželke (matke detí).

8: Pokiaľ už došlo k (dedičnej) deľbe medzi bratmi, sestrami, otcom a matkou, a sú oddelení vo svojom chlebe, dievčatá sú už vydaté a synovia oženení, potom ich podiel nepripadne bratom alebo sestrám, ale každý z nich má právo slobodnej dispozície. Avšak ak ktokoľvek z nich zomrie, pripadne majetok manžela na manželku a majetok manželkin na manžela, a ak majú deti, rozdelia sa títo rovnakým dielom.

9: K domácemu zariadeniu patrí: všetko ženské ako aj mužské oblečenie, strieborný a pozlátený opasok, štyri strieborné poháre alebo i menšieho nie však väčšieho počtu, dvanásť strieborných lyžíc ale nie viac, manželova zbraň, kaďa, sud, všetka postelná bielizeň, a náradie potrebné pre vinohradníctvo alebo obrábanie pôdy, toto všetko po smrti manžela pripadne manželke a po smrti manželky manželovi podľa požiadavky obyčaje siedmich slobodných miest. Ale toto právo sa zachová aj vtedy, ak

manžel v prítomnosti manželky alebo manželka v prítomnosti manžela bude chcieť niešo odkázať so súhlasom partnera a bez protirečenia, nech má právo čokoľvek a komukoľvek chce.

10: Každý, kto kúpi dedičný majetok, ako aj ten, s ktorým ho nadobudol (kúpil) a jeho meno ako aj každého, kto kupoval s ním tento majetok, sa uviedol do mestskej knihy a ich mená boli do nej intabulované, vlastnia rovnakým dielom tieto dedičné statky. A ktokoľvek z nich, kto by spísal testament alebo uskutočnil iný prevod, môže tak urobiť len so svojím podielom, o ostatnom nech naveky mlčí.

11: Každý mešťaň, ktorý chce testovať o veciach, ktoré nadobudol spolu so svojou manželkou, jeho testament v tejto veci je iba vtedy platný, aj tak urobí v jej prítomnosti a nie proti jej súhlasu. Ak však manželka nebude súhlasiť a vyjadrí svoj odpor, musí byť za prítomnosti hodnoverných osôb vyjadrené, že ho nadobudli skutočne spoločne, potom sa má oddeliť manželke právo a rovnaká polovica zo všetkých statkov, ktorú ona nadobudla.

12: Ak zomrie niekto a jeho majetok by mal prejsť na synov a dcéry, a ak takýto syn je hráčom, márnotratníkom, donášačom alebo by bol smilník, alebo ak by dcéra viedla nepočestný život, ktorý by poškvrňoval rodičov, a mala by .... alebo by bola cudzoložnica, potom podiel takýchto detí im nepripadne, ale ho dostanú iní bratia a sestry, ktorý vedú slušný život, keďže sa títo svojím správaným vylúčili z dedenia. Ak však nie sú takýto počestní bratia a sestry, majú dediť iní pokrvní príbuzní, ktorí vedú čestný život, s právom tieto majetky držať a s rovnakým dedičským právom ako nehodné deti.

13: Ak má niekto manželku, a táto scudzoloží a priniesla do manželstva isté hnuteľné a nehnuteľné majetky, a manžel sa o jej cudzoložstve dozvedel od susedov, a ak ona upadne do choroby, nemôže spísať testament, kedže stratila týmto činom právo o svojom dedičnom majetku a hnuteľnostiach testovať, ale tieto majetky pripadnú bez odškodnenia manželovi.

14: Ak niekto vo svojom testamente niečo zo svojich dedičných statkov a hnuteľností niečo zanechá svojmu synovi alebo synom a tento/títo sa bude chcieť so svojím majetkom odsťahovať k neveriacim alebo vyhľadáva nečestnú spoločnosť kacírov a Turkov a málo dbá tak na svoju kresťanskú vieru alebo bude chcieť podporovať takéto sekty, alebo sa k nim bude chcieť odsťahovať, nemá sa mu nič odkazovať, ale ak bude mať pokrvných bratov alebo sestry, ktorý budú viesť čestný život, týmto sa má všetko rozdeliť a majetok podržať. Ale ak nebude žiadnych bratov, má sa majetok ponechať iným počestným príbuzným.

15: Ak niekto má manželku a testamentom zanechá niečo svojim nemanželským synom spolu s manželskými synmi dedičný majetok a hnuteľnosti, tak že títo nemanželskí dostanú rovnaký podiel na dedičnom majetku, potom podľa požiadavky pradávnej mestskej právnej obyčaje

nemôžu mať rovnaký podiel nelegitímni synovia s legitímnymi, priznávajúc, že riadne testovanie nemôže ísť v prospech kohokoľvek a akýmkoľvek spôsobom.

16: Platí, že ak niekto nariadi manželke a deťom vo svojom testamente (ktorým by ukrátil svojich veriteľov) prenechať svoj nehnuteľný a hnuteľný majetok v prospech stavby nemocnice (špitálu), alebo ho zanechá pre chudobných a pre almužny, a podobným spôsobom ho rozdelí, a ak je sám dlžníkom a jeho dlhy boli riadne zapísané a posilnené svedectvom prísažných svedkov alebo iných ctihodných a dôveryhodných ľudí, takýto testament nemôže platiť, ak by sa splnilo vyššie uvedené, iba ak najprv pomerne zaplatí svoje dlhy zo svojich hnuteľností, podľa rozhodnutia cithodných a vážených mužov, (potom) môže (niečo) určiť aj svojim dedičom a tiež chudobným na almužnu.

17: Ak cudzinec, buď obchodník alebo akýkoľvek cudzí obyvateľ, zriadi testament, v ktorom by sa podvodne uviedol jeho veľkolepý pohreb po skone, a z požiadavky svedkov by v testamente odkázal iba svojim bratom na pohreb 100 zl. v zlate s ohlásením jedného občana, ktorý je usporiadaným a plnoprávne usadeným v meste, a povie, že u neho má uložené 200 alebo 300 zl. v zlate a pozve tiež druhého podobného občana, a tiež tretieho a štvrtého, ktorí sú tiež počestní občania, u ktorých je uložená v takej istej veľkej alebo väčšej sume, no testátor napokon určil, že jeho všetky peniaze závetom budú určené s časti nejakému kostolu, nejakému oltáru, a niečo prev vdovy a chudobných a niečo rehoľným bratom a kňazom, a závet sa naplní v neprítomnosti oných občanov, ktorým testátor prenechal peniaze, aby ich rozdelil. Konečne keď on zomrie, tí, ktorým v testemente niečo odkázal, prídu k oným občanom a žiadajú od nich, aby im vyplatili testátorom v závete určené peniaze, ale oni odpovedia: my nepoznáme onoho človeka (testátora), a nevideli sme ani jeho peniaze, a hoci mohol niečo závetne odkázať, nie je nikto, kto by závet vykonal. Keďže neexistovalo žiadne verejné svedectvo, má sa takýto závet považovať za neplatný.

18: Ak má nejaký muž synov, ktorí vedú počestný život, a počestne si na svoj chlieb zarábajú, majetky rodičov požehnane spravujú,a pracujú podľa vôle svojich rodičov, a ich bremená znášajú a sú poslušní a vykonajú každú prácu na zveľadenie otcovských majetkov v pote tváre a podľa vôle svojich rodičov sa oženia. A toto je tiež známe susedom, takýchto (synov) nemožno vylúčiť z dedenia otcovských majetkov, ale ich podiel z otcovských majetko im musí byť v plnosti vydaný, a tiež po skone rodičov majú tieto majetky pripadnúť pobožným dedičom. A prirodzene že sa má dodržať ustanovenie, pokiaľ by rodičia na svoju spásu chceli niečo testamentárne zanechať, má to platiť.

19: Tam kde sú synovia, ktorí vedú počestný život a ich otec (po smrti ich matky) si zoberie inú manželku alebo ak matka si zoberie iného manžela, synovia nemusia zostávať so svojim otčimom alebo macochou, ako sa to

svedčí, ale môžu si právom zobrať svoj podiel na dedičnom majetku aj iných veciach, ktoré sa nadobudli.

20: Ak syn zneuctí slovne svojho otca alebo matku alebo ich napadne a rodičia sa žalovali len u richtára a prísažných, tak že to počuli aj susedia, tak potom sa má jeho podiel, ktorý má dostať z otcovských aj starootcovských hnuteľných aj nehnuteľných majetkov, ako aj ktoré rodina vlastní, má svoj podiel stratiť týmto skutkom (takýmto maniermi), a má byť z neho navždy vylúčený, a rodičia môžu s ním naložiť, ako chcú.

21: Keď človek, ktorý zostarol a už je nemohúcny a mal by majetky a dedičtvo, ktoré by pre svoju slabosť uz nemohol spravovať pre seba, a vybral by si čestného muža, na ktorého by sa v svojej starobe a slabosti mohol oprieť, a povedal by mu milý pán, alebo milý brat, milý priateľ, pozri, ja som slabý, nevládny a chorý, nemôžem už pracovať na svojich majetkoch. Ale nechcem majetky darovať alebo predať, tak som si povedal, že keby sa ti páčilo, tak všetko vložím do tvojich rúk a bude pod tvojou mocou, aby si to zveľaďoval (zväčšoval) a za to mi dáš, čo potrebujem pre moje živobytie, ošatenie a moju ostatnú potrebu. Lebo som starým človekom, nebudeš so mnou zle hovoriť a budeš ma dobre držať. Toto dodržíš až do môjho odchodu a za to ti sľúbim všetky moje majetky, hnuteľné aj nehnuteľné. Keď to prislúbil, že tak urobí v prítomnosti richtára a prísažných, ale keď sa tento človek zachová nečestne a nechal ho starého človeka o hlade, neodetého, a prostestoval by tento starec viackrát a upozornil by ho v prítomnosti richtára a prísažných a títo by to uznali a zrušili by slovo aj spísané svedectvo a starec by bol oslobodený od svojho sľubu vo veci svojho majetku k svojej spokojnosti.

PRÍLOHA III.

Zápisy v mestskej knihe príjmov trnavskej farnosti sv. Mikuláša, publikujúcej dva právne úkony, pochádzajúce z mestskej notárskej praxe trnavskej mestskej kancelárie a priraďujúce sa k najstarším zachovaným úkonom posledného poriadku a jeho vysporiadania

(Publikované podľa RÁBIK, V.: Mestská kniha príjmov trnavskej farnosti sv, Mikuláša knihe príjmov trnavskej farnosti sv, Mikuláša z roku 1495, s. 290 – 294.)

1. Závet vznešenej pani Barbory, manželky Ondreja Pognara, 10. január 1512

Item anno Domini 1512 feria tercia ante festum sancti Pauli Conversacionis obyt (!) honesta dominia Barbara coniunx circumspecti domini Andree Pognar, que licet corpori debet et infirma mente tantum et racione per omnia composicionis tale edidit suum finale testamentum coram circumspectis Marco Bydmen iudice civitatis Thirnavienisi et magistro Henrico Probus (!) predicatore Alemanorum et confessore suo in hec verba:

Ego, Barbara, vineam meam nomine Pognar sitam et habitam in villam Nucum Alemanicali lego viro meo Andree Pognar libere eadem uti, vendi, testari et ad quoslibet usus suos commiti tamquam cum suo proprio hereditario bono, sine contradictione omnium amicorum meorum, quibus simpliciter nullam iurisdiccionem in hac vinea reliquo, hoc unum tamen exempto, ut idem Andreas maritus meus ad ecclesiam parochialem dicti sancti Nicolai pro salute anime solvere et dare tenetur florenos centum sine aliquali contradiccione cum sua facultate poterit, prout ipse maritus meus esse voluntati me obligavit et promisit satisfacere, si vero contingerit, quod hec vinea ad quoscunque manus devenerit quosque idem centi (!) florenos non fuerit ad sanctum Nicolaum soluti, extunc prefata vinea pignus esse debeat ecclesie sancti Nicolai iam dicti donec et quosque illi centum florenos non essent soluti, ne itaque a memoria hominum labitur, presenti libro civitatis hanc ultimam meam voluntatem inscribi feci.

Preklad:

V roku Pána 1512 10. januára (na tretiu feriu pred sviatkom Obratenia sv. Pavla) vznešená pani Barbora, manželka obozretného pána Ondreja Pognara, ktorá síce slabá na tele ale zdravá mysľou a rozumom zriadila svoj konečný testament pred obozretným Markom Bydmenom, trnavským richtárom a magistrom Henrikom Probusom, nemeckým kazateľom a svojím spovedníkom, týmito slovami:

Ja, Barbora, zanechávam svoju vinicu, zvanú Pognar, nachádzajúcu sa v dedine Dolné Orešany, Ondrejovi Pognarovi (jej manželovi) s právom užívania, predaja, testovania a pre akýkoľvek úžitok a s právom nadobudnutia ho do svojho dedičného majetku, bez protirečenia všetkých priateľov, ktorým týmto nezanechávam žiadne právo na ňu, avšak iba za jednej jedinej podmienky, že onen Ondrej, môj manžel, za spásu (mojej) duše zaplatí a daruje farskému kostolu sv. Mikuláša sto zlatých bez akéhokoľvek protirečenia, pretože však ma môj manžel splnomocnil túto vinicu odovzdať do akýchkoľvek rúk, pokiaľ nebude zaplatených sto zlatých kostolu sv. Mikuláša, dotiaľ môže slúžiť táto vinica ako pignus. A táto moja posledná vôľa, keďže aj ľudská pamäť je slabá, nechala sa zapísať do mestskej knihy.

2. Pokonávka v dedičskom spore o závet Hanusa Graffena medzi jeho zákonnými a závetnými dedičmi, 10. február 1504

Wir Thomas Huss, Hanus Goldschmid, Michel Feyer, Bernhart Hoffman anstatt Wolfgangen Forster, Andre Pogner als gwaltiger Irer payden Hawsfrau genant Katherina und Barbara geschwistratt anstatt Irer schwester Elena auff ainen darnach, Hanus Schneider, Caspar Lewbater, Hanus Mestel und Jacob Pruknar all mitpurger zw Thirna anstatt Wolfgangen Moler, wekennen allermeniklich nach dem als ein zwitracht zwischen denn gemelten partheyen erstanden als antreffundt ein Testament von Hanusen Graffen und seiner gelassen hawsfrau Margarethe, die darnach ain hawsfrau wurden Wolfgang Moler nach dem sii petracht haben merer frandschafft inn

ainem gütlichen Vertrag zw erlangen dan inn Rechten, haben uns payder parthey gepeten solche ier zwitracht und hanndel zw verheren eines eidem klag und antwurtt vernemen und inn solchen ain redlichen spruch thuen wellen und ainikeyt machen, des sii uns payde parthey obgemelt mit hantgelubter trewen fur sii all ir erben und alle dy, dy von iren wegen mechten hindern versprochen und gelubt, was wir inn solchen sprechen hanndeln machen und thuen, das sii das trett unczerprochenlich und unbider Rufflich wellen halden und kainerlay einred, awsczug wieder inn geystlichen nach weltlichen gerichten durch sich selbs ader ander von iren wegen geprauchen nach nuczen, awf solches wir dieser payder parthein nemlich als Wolfgang Forster, Andre Pogner als gwaltiger irer payder hawsfrau als geschwistrat Elene irer Schwester awff ainen als klager, und Wolfgang Moler ein hawswirt Margarethe der gott genand die ain gelasene witib Hanusen Graffen awff dem andern tayl als antburter, nach dem wir ir payde klag und antwurt Einred und gegen red vernomen und zwischen inn payden ainen gutlichen vertrag ain helliklich gesprochen und gemacht haben unbider Rufflich als hernach begriffen ist.

Anfentlichen sprechen wir sii alle zw gutten franden, darnach sprechen wir, das Wolfgang Moler soll uber antwurten den gemelten Wolfgang Forster, Andree Pogner als nagst erben anstatt irer paydr hawsfrawen die genanten Elenam die ain tochter Hanus Graffen, doch von inn payden vergumen die zw halden uncz auff sontag der ersten fast wochen nagst künftig.

Mer ain weingarten genant der dreysiger zw Windischen Nusdarff mit sambt ainemfasser wien daran gewaxen diez vergangen Jar, so der Elene von iren vater Hanus Graffen geschafft doch nach Innhaltung des geschafft.

Mer ain haws in Sandt Jacobs gasen auch der gemelten Elene von iren geschafft vater solcher Erb frey und ledig, doch sonder vergunnen das Wolfgang Moler inn Haws uncz auff Michaelis nagst kunftig frey siczen soll. In der gemachen was inn awficzaigt werdt, dan sol abtreten solche hawsung.

Mer ain Weingart genant der helblinger zw Windischen Nusdarff den Hanus Graffen gemelten Margarethe seiner hawsffraw geschafft hat und sii in iren testament der gemelten Elenam vergessen von solcher weingart soll er auch geben fur iren tayl florenos XVI, und inn Jars frist soll er peczalen.

Mer der zwayer weingarten in der Helle liegund soll er mit sambt senen kinderen frey und ledig policzen als den helblinger.

Mer hat unns versprochen sonderlich Wolfgang Moler so es gott schikt das Elena sich verheiratatt das er sii zw solcher heyratt vell petrewen und uns das gemeltt was das sein soll das wir dach also verhalden uncz zw seiner zeyt und mer zw geben wen man muent, ob er aber vor da gott gur sey mit tod abging ee sii sich peheyratt wil er solches in seinem Testament schaffen, und soll auch dicz mal krefftiklich geschafft sein, ob es schon in seinen Testament nicht begriffen war.

Mer was diser Elena von Margaretha irer mueter Inhalt ires Testament awss der farunden hab geschafft ist wurden.

Und solcher veraingung und spruchen zw mereren kreften der durcht haben wir Wolfgang Forster, Andree Pogner und Wolfgang Moler payde parthay dy ersam weys herren Richter und Ratt der stat Thirna vleyssiklich gepeten, das sy den sprucht haben in statt Buch lassen vermerken und verschreiben. Geschehen zw Thirna am Sambstg beate Scolatica virginis anno Domini millesimo quingentesimo quarto.

Preklad:

My Tomáš Huss, Hanus Goldschmid, Michal Feyer, Bernhart Hoffman namiesto Wolfganga Forstera, Andreja Pognera ako zástupcov svojich manželiek Katarína a Barbory a ich sestry Eleny na jednej strane a Hanus Schneider, Caspar Lewbater, Hanus Mestel a Jakub Pruknar, všetci obyvatelia mesta Trnava namiesto Wolfganga Molera vyznávame potom, čo vznikol spor medzi vyššie uvedenými stránkami vo veci testamentu Hanusena Graffena a jeho pozostalej manželky Margaréty, ktorá neskôr bola manželkou Wolfganga Molera, a potom, čo chceli dosiahnuť z titulu väčšieho priateľstva dobrú pokonávku podľa práva, obe stránky nás požiadali, aby tento spor a dohadovanie sa ustalo, a každá žaloba a odpoveď by bola vypočutá, v tomto aby sa riadne rozhodnuté a dosiahol sa prijateľný konsenzus, toto od nás žiadali obe stránky s pevnou dôverou pre seba aj pre svojich dedičov a pre všetkých tých, ktorí sľúbili ich cesty zahatať, čo my v takýchto prípadoch robíme, a stránky chcú neodvolateľne toto dodržať a neprotirečiť, aby sa to nimi alebo inými nezneužilo ani na cirkevnom ani na svetskom súde a tak sme my obe stránky menovite Wolfganga Forstera, Andreja Pognera ako zástupcov svojich manželiek a ich sestry Eleny na jednej strane ako žalobcov, a Wolfganga Molera a jeho manželku Margaretu, vdovu po Hanussenovi Graffenovi z druhej strany ako žalovanú stranu (povolali), a potom, čo sme obe strany vypočuli, vyjadrili sme novú neodvolateľnú pokonávku medzi nimi, ako je zaznamenané nižšie.

Na úvod vyhlasujeme ich za dobrých priateľov a vyhlasujeme tiež, že Wolfgang Moler má prevziať záväzok, že menovaní Wolfgang Forster und Ondrej Pogner budú následní dedičia namiesto svojich manželiek a menovanej Eleny, dcér Hanusena Graffena, a aby sa toto začalo dodržiavať od nedele najbližšieho prvého pôstneho týždňa.

Ďalej vinica nazývaná tridsiata v Dolných Orešanoch spolu s jedným sudom vína z tohto minulého roka, toto odkázal Elene jej otec Hanus Graffen, keď dodrží testament.

Ďalej dom na Svätojakubskej ulici, ktorý jej tiež určil otec ako jedinej a slobodnej dedičku, tento dom môže však podľa tejto dohody držať Wolfgang Moler od sviatku sv. Michala pre budúcnosť. Ak nedodrží, čo mu bolo uložené, má ho odstúpiť.

Ďalej vinicu nazývanú helblinger na mieste Windischer Nusdarff, ktorú zanechal Hanus Graffen svojej manželke Margarete a ona vo svojom závete opomenula Elenu, z tejto vinice má dať Wolfgang Moler 16 zlatých v lehote jedného roka.

Ďalej dve vinice ležiace na mieste zvanom Helle má držať slobodne so svojimi deťmi ako tú helblingerovskú.

Ďalej nám Wolfgang Moler osobitne slúbil, že ak Boh dá, a Elena sa vydá, tak sa postará o ňu postará a ak bude môcť dá jej aj viac, než je nevyhnutné, ak však zomrie skôr, než sa vydá, môže svoj majetok usporiadať v závete a má sa jeho rozhodnutie mortis causa dodržať, ak tak už vo svojom závete neurobil.

Ďalej všetko čo Elena dostala od Margarety, svojej matky, v jej závete aus der farunden má sa dodržať.

Aby táto dohoda a pokonávka nadobudla väčšiu silu, poprosili sme my Wolfgang Forster, Ondrej Pogner a Wolfgang Moler pánov richtára a prísažných mesta Trnava, aby túto dohodu nechali poznamenať a zapísať do mestskej knihy. Stalo sa v Trnave v nedeľu, na sviatok svätej Scolastiky, panny, roku Pána tisícpäťstoštyri.

Contact – email
asvecova@truni.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRAMENY PRÁVA V NACISTICKÉM NĚMECKU

JAROMÍR TAUCHEN

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tento článek se věnuje analýze pramenů práva v nacistickém Německu a subjektům, které byly nadány legislativní pravomocí. Mimo standardních psaných pramenů práva však v rámci snah o tzv. obnovu práva zavedli nacisté i další prameny práva, jako byla národně socialistická ideologie, program NSDAP, Vůdcova vůle či zdravé národní cítění. Národně socialistická ideologie měla přednost před vázaností soudce na zákon. Obsah pojmu „zdravé národní cítění“ stanovoval Vůdce a ostatní představitelé nacistické strany. Vůdcovo mínění se stalo pramenem práva, který měl přednost před právem pozitivním.

Key words in original language
Třetí říše; prameny práva; národní socialismus; zdravé národní cítění; neurčité právní pojmy; generální klauzule.

Abstract
After the Nazis took over the state power in Germany (30th January 1933), they started changing the law that had been valid since the times of the Weimar Republic (1919 - 1933). On the outside, the Third Reich seemed to be characterized by fixed rules and order, but on the inside, on the contrary, by disorder, absence of rules and terror. Besides the default written sources of law, the Nazis put into practice also other sources of law, such as National Socialistic ideology, the program of the NSDAP, Führer's will or so-called healthy national feeling.

Key words
Third Reich; sources of law; National Socialism; healthy national feeling; vague concepts of law.

1. ÚVODEM

Poté co dne 30. ledna 1933 národní socialisté převzali moc v Německu, započali se změnami v právním řádu, který zdědili z dob Výmarské republiky. Třetí říše byla státem, jehož vnější strana se vyznačovala pevně stanovenými pravidly a pořádkem, jeho vnitřní strana pak naopak nepořádkem, neexistencí pravidel a terorem.

Jednou z hlavních snah národních socialistů bylo, aby jejich činy měly zdání legality a aby všechna opatření, která prováděli, měla své zakotvení v právních předpisech.

Prameny práva z období Výmarské republiky zůstaly zachovány, avšak Říšský sněm již nevydával zákony (po schválení zmocňovacího zákona již pravidelně nezasedal a zákonů schválil pouze několik). Právní předpisy tak vydávala především říšská vláda, kdy se jednalo o nařízení s mocí zákona. Ty pak byly prováděny nejrůznějšími prováděcími nařízeními, vyhláškami a výnosy říšských ministrů či dalších osob nadaných legislativní pravomocí.

Mimo standardních psaných pramenů práva však v rámci snah o tzv. obnovu práva *(Rechtserneuerung)* zavedli nacisté i další prameny práva, jako byla národně socialistická ideologie, program NSDAP, Vůdcova vůle či zdravé národní cítění.

Zároveň byly vytvořeny teorie o výkladu právních norem, opírající se o generální klauzule a neurčité právní pojmy, avšak jejich reprodukce je poměrně složitá, neboť právní věda v období národního socialismu netvořila žádný uzavřený systém myšlenek, protože ty byly často nejasné, nesrozumitelné a neurčité. Spíše by se tyto myšlenky daly nazvat frázemi, jejichž účelem bylo přetvořit německé právo v nástroj k ochraně nastoleného národně socialistického pořádku. Z důvodu zachování zdání legality nacisté v průběhu 30. let nerušili velké množství právních předpisů převzatých z Výmarské republiky, nýbrž změnili jejich smysl tím, že právní normy interpretovali podle svých politických zájmů.

2. TRADIČNÍ PRAMENY PRÁVA

2.1 ŘÍŠSKÝ SNĚM, ŘÍŠSKÁ VLÁDA A ZEMSKÉ SNĚMY

Při analýze pramenů práva v Německu je třeba tradičně vycházet z jeho spolkového uspořádání a rozlišovat říšské právní předpisy a právní předpisy jednotlivých zemí.

Až do okamžiku převzetí moci národními socialisty byly říšské zákony, nařízení či vyhlášky vydávány postupem, který byl v souladu s ustanoveními Výmarské ústavy. Tato situace se však změnila po 30. lednu 1933, kdy byla ustanovení Výmarské ústavy obcházena, dosavadní platné zákony pozbyly platnosti a byla vydána celá řada nových právních předpisů, což se částečně stalo legální cestou. Jak na více místech tohoto příspěvku ještě dále zazní, jednou z hlavních snah národních socialistů bylo, aby jejich činy měly zdání legality a aby všechna opatření, která prováděli, měla své zakotvení v právních předpisech.[1]

Podle čl. 68 Ústavy Německé říše návrhy zákonů mohla podat buď říšská vláda se souhlasem říšské rady, nebo je mohli podávat poslanci říšského

[1] Staff, I. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1964, s. 50.

sněmu. Poté se o říšských zákonech rozhodovalo v říšském sněmu.[2] Tímto způsobem ústavně schválené zákony následně vyhotovil říšský prezident a vyhlásil je v říšském věstníku zákonů *(Reichsgesetzblatt)*. Ústava sama mohla být změněna legislativní cestou za účasti dvou třetin zákonodárců říšského sněmu a nejméně dvou třetin hlasujících (čl. 76). Po uchopení moci nacisty byl výše nastíněný legislativní proces zcela bezvýznamný, neboť za pomoci „zmocňovacího" zákona byly tyto právní garance velmi jednoduchým způsobem odstraněny.

Zákon o odstranění nouze národa a říše, pro který se však výhradně používá označení zmocňovací zákon *(Ermächtigungsgesetz)*, byl schválen na zasedání říšského sněmu 23. března 1933.[3] Z přítomných 535 poslanců byl schválen 441 hlasy.[4] Jediní sociální demokraté hlasovali proti 94 hlasy. Formálně byla legalita zachována, neboť bylo při hlasování dosaženo potřebné dvoutřetinové většiny. Hlasování o zmocňovacím zákoně bylo však výsledkem teroru, lží a podvodu ze strany národních socialistů. Před samotným hlasováním bylo 12 poslanců Sociální demokracie a 83 poslanců Komunistické strany na základě nouzového nařízení prezidenta Hindenburga zatčeno a zadržováno v tzv. ochranné vazbě. To bylo v rozporu s čl. 37 Výmarské ústavy, podle kterého žádný člen říšského sněmu nemohl být bez jeho souhlasu říšského sněmu zatčen.[5] Rovněž čl. 21 a čl. 36 Výmarské ústavy zaručující poslancům říšského sněmu svobodnou tvorbu jejich vůle a ochranu před stíháním za jejich hlasování byly ze strany národních socialistů porušeny za pomoci nátlaku a zastrašování, které vyvíjeli vůči poslancům ostatních politických stran.

---

[2] K zákonodárnému procesu a činnosti říšského sněmu v období Třetí říše blíže: Hubert, P. *Uniformierter Reichstag. Die Geschichte der Pseudo-Volksvertretung 1933 – 1945*. Düsseldorf: Droste Verlag, 1992.

[3] Ke zmocňovacímu zákonu a procesu jeho přijetí podrobně např. Frei, N. *Der Führerstaat. Nationalsozialistische Herrschaft 1933 bis 1945.* 7. rozšířené vydání. München: dtv, 2002, s. 55 – 68; Hildebrand, K. *Das Dritte Reich*. 6. Vydání. München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag, 2003, s. 4.; Evans, J. *Das Dritte Reich. Aufstieg.* München: Deutsche Verlags-Anstalt, 2004, s. 464 – 468.

[4] Údaj o počtu 441 hlasů pro zmocňovací zákon byl převzat z: Staff, I. *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation.* Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1964, s. 51; v německé literatuře se však lze setkat i s údaji odlišnými, např. Roeser uvádí počet 444, viz. Roeser, F. *Das Sondergericht Essen 1942 -1945.* Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, s. 8, stejně tak Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland.* 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 360.

[5] Čl. 37 Ústavy Německé říše zněl: *„žádný člen říšského nebo zemského sněmu nemůže být bez schválení sněmu, ke kterému přísluší, odveden k vyšetřování nebo zatčen během zasedacího období, ledaže by byl zadržen při spáchání trestného činu nebo v průběhu následující dne po jeho spáchání. To samé je vyžadováno při každém omezení osobní svobody, která omezuje výkon poslaneckého mandátu."*

Carl Schmitt, korunní právní teoretik Třetí říše označil tento zákon za „výraz vítězství národní revoluce“ a do Německých právnických novin (Deutsche Richterzeitung) napsal:

„Byl vytvořen nový říšský zákonodárce, který vydává nejen nařízení, nýbrž i říšské zákony ve formálním smyslu. Tímto je překonán přenesený pojem zákona parlamentního státu, pro který bylo příznačné spolupůsobení zastupitelského sboru na legislativním procesu. Je to významný zlom v ústavněprávních dějinách“[6]

Zmocňovací zákon umožnil říšské vládě, aby vedle říšského sněmu schvalovala zákony, takže tímto se stali Hitler a jeho vláda nezávislí na říšském prezidentovi a jeho nouzových nařízeních. Vydáním zmocňovacího zákona rovněž došlo k oslabení pozice konzervativních ministrů (nečlenů NSDAP), neboť ti si mohli být až do této doby jisti, že jim Hindenburg bude v průběhu legislativního procesu „krýt záda“, neboť až do 24. března spadalo vyhotovování zákonů do kompetence říšského prezidenta.

Oslabena byla pozice např. ministra spravedlnosti Franze Gürtnera, který doporučil prezidentu Hindenburgovi, aby odmítl Hitlerem navrhované nouzové nařízení v případu van der Lubbe, které zavádělo zpětnou účinnost zákona. Říšský prezident v tomto případě vyhověl námitkám ministerstva spravedlnosti a zřejmě i z důvodů vlastního svědomí toto nouzové nařízení vydat odmítl.[7] Po tom, kdy vstoupil zmocňovací zákon v platnost, již ministr spravedlnosti tuto možnost v zájmu práva ovlivňovat říšského prezidenta neměl.

Zmocňovací zákon měl pozbýt platnosti 1. dubna 1937, jeho platnost však byla v letech 1937 a 1939 zákonem prodloužena a v roce 1943 ji Hitler svým výnosem dokonce prodloužil sám.[8]

Jak uvádí Laufs, *„národní socialisté se po provedeném státním převratu, který se udál ‚v rouše‘ legality a vyvaroval se očividnému porušení Ústavy či zákona. Vůdce se nejevil jako uzurpátor a nacisté se nemuseli obávat odporu ze strany soudců a úřednictva, zvláště když před jejich očima stále měli neduhy Výmarského systému“*.[9]

---

[6] Citováno dle: Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 361.

[7] Gruchmann, L. *Justiz im Dritten Reich 1933 – 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner.* 3. Vydání. München: R. Oldenbourg Verlag, 2001, s. 67 – 68.

[8] V roce 1937 zákonem (RGBl. I., S. 105), v roce 1939 zákonem (RGBl. I., S. 95) a v roce 1943 výnosem Vůdce (RGBl. I., S. 295); blíže: Roeser, F. *Das Sondergericht Essen 1942 - 1945.* Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, s. 9.

[9] Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 363.

Říšská vláda využívala v plném rozsahu své právo, které ji přiznal zmocňovací zákon. Na některých známých výrocích z tohoto období je zřetelně vidět, že se národní socialisté za pomoci slibů a lži snažili ostatní ubezpečovat, že jejich „národní revoluce" probíhá zcela legální cestou a zcela legálními prostředky. Po prolomení jedné ze základních zásad každého demokratického státu, kterou představuje dělba moci ve státě, nehrál říšský sněm po 24. březnu 1933 v zákonodárném procesu již žádnou roli a sloužil pouze jako auditorium pro Hitlerovy projevy a jeho úloha již byla pouze reprezentativní.[10]

Zákon o odstranění nouze národa a Říše (zmocňovací zákon) z 24. března 1933 a zákon o nové struktuře Říše z 30. ledna 1934 částečně odstranily zákonodárné právo říšského sněmu, které tak existovalo nadále vedle zákonodárné iniciativy říšské vlády s Vůdcem v čele. Prakticky ale říšský sněm toto právo nevykonával. Zákony, které schválil říšský sněm, podléhaly vyhlášení říšským kancléřem, tzn. bez Vůdcovy vůle nemohly nabýt právní závaznosti. Podle Ústavy Výmarské republiky byla říšská vláda kolegiální grémium, které se radilo za předsednictví říšského kancléře o návrzích zákonů a otázkách, které se dotýkaly rezortu více říšských ministrů, přičemž hlas říšského kancléře rozhodoval pouze při rovnosti hlasů.

Po uchopení moci došlo však ke změně situace, kdy se jevilo jako nemyslitelné, že by vláda schválila usnesení proti vůli Vůdce. Postavení říšské vlády se tedy změnilo z rozhodovacího orgánu pouze v poradní orgán Vůdce.

Totální koncentrace vrchnostenské moci v rukou Vůdce ve vztahu k říšské vládě byla do právní úpravy zakotvena zákonem přísaze říšských ministrů a členů zemských vlád ze dne 16. října 1934 (RGBl. I, S. 973), přičemž tyto osoby musely Vůdci přísahat věrnost a poslušnost, pracovat pro blaho německého národa, ctít zákony a plnit přidělené úkoly. V prvních měsících vlády národních socialistů, když byla říšská vláda ještě koaličním kabinetem, dodržoval Hitler pravidelný rozvrh zasedání vlády. Od roku 1935 byl kabinet svoláván s odstupem několika měsíců. Poslední zasedání říšské vlády se konalo 5. února 1938.[11]

---

[10] Říšský sněm vydal po schválení zmocňovacího zákona již jen sedm zákonů, ze kterých dva prodlužovaly platnost zmocňovacímu zákonu. Mezi zbylých pět náležely: zákon o nové organizaci Říše z roku 1934, zákon o říšských vlajkách, zákon o říšském občanství a zákon k ochraně německé krve a německé cti z roku 1935 a zákon o znovuzačlenění Gdaňska do Německé říše z roku 1939. V roce 1933 vydala vláda celkem 218 zákonů, v roce 1934 jich bylo 190 a rok následující již jen 149 a v dalších létech používala říšská vláda vládní nařízení namísto zákonů. Blíže: Laufs, A. *Rechtsentwicklungen in Deutschland*. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996, s. 362.

[11] Broszat, M. Der Staat Hitlers. *Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*. München: dtv, 1969, s. 350.

Po uchopení moci bylo rovněž posíleno postavení říšských ministrů v oblasti zákonodárného procesu. Na základě čl. 1 zákona o odstranění nouze národa a Říše (zmocňovacího zákona) mohla vydávat zákony rovněž říšská vláda, která se skládala z jednotlivých ministrů, kteří se také stali nositeli zákonodárství. Posílení spoluúčasti ministrů na zákonodárství se projevil rovněž v tom, že podle legislativní praxe vytvořené ve Třetí Říši byly vydávány pouze rámcové zákony a tyto byly na základě v nich obsažených zmocnění doplněny vyhláškami a nařízeními jednotlivých ministerstev.[12]

Zákon o lidovém hlasování z 14. července 1933 (RGBl. I., S. 479) zařadil mezi zákonodárce i samotný německý národ. Říšská vláda byla oprávněna dotázat se přímo státních příslušníků Německé říše, zda vysloví souhlas se zamýšleným opatřením, přičemž se mohlo jednat i zákon. K hlasování byly oprávněny všechny osoby, kterým náleželo volební právo (zákon o volebním právu do říšského sněmu ze 7. března 1936 RGBl. I., S. 133). Při lidovém hlasování rozhodovala většina z odevzdaných platných hlasů, což platilo i v situaci, kdy se hlasování dotýkalo zákona, který měnil ustanovení Ústavy. Zákon, se kterým byl v lidovém hlasování vyjádřen souhlas, již nepodléhal schválení říšským sněmem; poté co ho říšský kancléř vyhotovil, byl zveřejněn v říšském věstníku a zpravidla vstoupil v platnost následující den po vyhlášení (čl. 3 zmocňovacího zákona).[13]

Ke změně došlo i na zemské úrovni. Zglajchšaltování zemí (podřízení zemí jednotné linii) dovršil „předběžný“ zákon o zglajchšaltování zemí s Říší z 31. března 1933 (RGBl. I, S. 153), který z důvodu „zjednodušení zemského zákonodárství“ po vzoru zmocňovacího zákona umožnil vydávat zemským vládám, které již byly ovládnuty národními socialisty, zemské zákony. Zemské sněmy, stejně jako i říšský sněm na říšské úrovni, byly prakticky vyřazeny ze zákonodárného procesu.

Národní socialisté potřebovali podřídit zemské vlády svému vlivu, a proto z osobního podnětu Hitlera byl vydán 7. dubna 1933 druhý zákon o zglajchšaltování zemí s Říší (RGBl. I, S. 173), který upravoval dosazení říšských místodržících do jednotlivých zemí. Úkolem říšského místodržícího bylo dohlížet na dodržování směrnic politiky vytyčené říšským kancléřem v německých zemích.[14] Mezi jeho oprávnění spadalo kromě jmenování a odvolání předsedy zemské vlády a na základě jeho návrhu i zbylých členů zemské vlády, rozpuštění zemského sněmu a

[12] Meier-Benneckenstein, P. *Das Dritte Reich im Aufbau. Band 4. Staat und Verwaltung*. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1939, s. 64.

[13] Schorn, H. *Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963, s. 13.

[14] Klagges, D., Stoll, F. *So ward das Reich.* Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943, s. 203.

nařízení nových voleb, také vyhotovení a vyhlášení zemských zákonů včetně zákonů, které přijala zemská vláda na základě prvního zákona o zglajchšaltování zemí s Říší.

Zákonem o novém uspořádání Říše z 30. ledna 1934 (RGBl. I., S. 75) přešla výsostná práva zemí na Říši. Dle tohoto byly zemské vlády podřízeny vládě říšské a zemské sněmy byly zrušeny. Zemským sněmům jako zastupitelským sborům tedy již právo zákonodárné iniciativy nepříslušelo.

2.2 VŮDCE JAKO ZÁKONODÁRNÝ SUBJEKT

Ve Třetí říši se postupně prosadil princip koncentrace státní moci v rukou jedné osoby, kterou byl Vůdce a říšský kancléř Adolf Hitler. Dle národně socialistické ideologie vycházela reálná vláda Adolfa Hitlera z „vyššího zákona“ (duch národa, vůle národa…), který mohl německému národu zprostředkovat pouze Vůdce, a také pouze on byl oprávněn k autentické interpretaci vůle německého národa.[15] Z důvodu, že německý národ byl považován za vlastní politickou veličinu a Vůdce za vykonavatele její vůle, stal se Hitler nositelem veškeré státní moci namísto neosobní korporace, kterou je stát.[16] Hitlerova moc by se dala označit jako rozsáhlá, totální, výlučná a neomezená. Hitler se považoval za reprezentanta národa, ochránce světového názoru, ochránce Říše, prvního zákonodárce v Říši, ale především byl oslavován jako „ochránce národa“

Především zákonodárství bylo plně v rukách Vůdce. Ministerstva, vláda, země ani správní soudy neměly moc zvrátit jeho příkaz. Poté, co Hitler sám prodloužil tzv. zmocňovací zákon, nemusely již jeho příkazy a pokyny požívat jakékoliv konkrétní formy a mohly být vydávány dle jeho libosti.

V roce 1939 charakterizoval Curt Rothenberger vztah zákona a rozkazu Vůdce následovně:

„Zákon je rozkaz Vůdce. Soudce, který má tento zákon aplikovat, není vázán jen na zákon, nýbrž také na jednotný názor Vůdce.“[17]

Jakým způsobem bylo nahlíženo na Hitlera, názorně dokumentuje prohlášení předsedy vrchního zemského soudu z roku 1944:

---

[15] Säcker, F.J. a kol. *Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, s. 85.

[16] Hemper, W. *Die nationalistische Staatsauffassung in der Rechtssprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts*. Berlin: Duncker & Humbolt, 1974, s. 58.

[17] Rothenberger, C. *Die Stellung des Richters im Führerstaat. in: Deutsches Recht*, 1939, s. 831; citováno dle: Schuster, J. *Freimauer und Justiz in Norddeutschland unter dem Nationalsozialismus. Die beruflichen Folgen der Mitgliedschaft in Logen für Richter und Staatsanwälte*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2007, s. 36.

„Nejvyšší soudce německého národa je Vůdce sám. V něm jako ve vzoru pro každého soudce jsou ztělesněny všechny ony nejlepší vlastnosti, kterými se osoba soudce vyznačuje, ona znalost práva a znalost všech těch věčných, neotřesitelných zásad lidského řádu.“[18]

„Perverze“ práva, ke které došlo po událostech z 30. června 1934, je patrná rovněž z článku uveřejněném v časopise Juristische Wochenschrift:

„Německý národ je z celé duše hluboce vděčný svému Vůdci za osvobozující čin z 30. června 1934. Mnohem důležitější ale je, co tím Vůdce jako ochránce práva ukázal německému právníkovi. Vůdce se jako nejvyšší soudce německého národa postavil do čela všem německým služebníkům práva a stal se jejich vůdcem a přenesl na každého, kdo je povolán k ochraně německého práva, povinnost ochraňovat německý národ. …. Soudce Adolf Hitler se musí oprostit od otroctví paragrafů pozitivního práva, musí se osvobodit od ‚motivů a vůle zákonodárce‘ období, které dnes již náleží minulosti. Musí si být vědom toho, že je pro výklad a aplikaci zákonů určující jen vůle – vůle národněsocialistického hnutí.“[19]

Na této ukázce je názorně vidět, kam až klesla národně socialistická právní věda a jak se ochotně propůjčila ke krytí nacistických zločinů.

Vůdcova moc byla dalekosáhlá, věcně a časově neomezená, Vůdce se nemusel ze svého jednání nikomu zodpovídat a nebyl omezen žádnými právními normami a sám byl považován „za nositele nejvyšší suverenity ve Velkoněmecké Říši a za jediný zdroj veškerého práva“.[20] Podle národně socialistické právní vědy byl Vůdce zodpovědný pouze svému svědomí a byl chápán jako „exekutor“ vůle národa.[21] Nejen že Vůdce nebyl vázán žádnými podmínkami, ale k udržení jeho moci byl oprávněn využít jak právní tak, i všechny dostupné faktické prostředky odporující platným zákonům.

Státní aparát nacistického Německa byl založen na vůdcovském principu. Ten spočíval v premise, že na místo národa nastupuje Vůdce, jehož vůle je „jediná správná“. Podle svého uvážení přenáší část své moci na jiné osoby,

---

[18] Předseda vrchního zemského soudu v Mnichově Stepp, citováno dle: Wagner, A. *Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat.* Stuttgart: Deutsche Ver.-Anst., 1968, s. 205 – 206.

[19] Juristische Wochenschrift 1934, s. 1881, autor neuveden; článek otištěn v: Schorn, H. *Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente.* Frankfurt am Main: Vittotio Klostermann, 1959, s. 91.

[20] Majer, D. *Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987, s. 84.

[21] Nunweiler, A. Das *Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung „im Dritten Reich“*. Baden – Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, s. 270.

které jsou mu bezpodmínečně podřízeny. V kteroukoli dobu disponuje oprávněním dávat rozkazy, které jsou v hierarchii moci vykonávány směrem „dolů". Zároveň je vytvořen systém nadřízenosti a podřízenosti s „Vůdcem" na vrcholu.[22]

Co se týče forem pramenů práva, které Vůdce vydával, jednalo se výnosy *(Erlässe)* či vyhlášky *(Verordnungen).* Ty by se daly rozlišit podle toho, jakou oblast měly regulovat: stranu (NSDAP), stát či brannou moc *(Wehrmacht).* Z pohledu hierarchie norem, nezáleželo na tom, k jaké oblasti se výnos či vyhláška Vůdce vztahovaly, neboť požívaly stejnou právní sílu. Co se týče jejich vztahu k zákonům, byly postaveny na stejnou úroveň. Charakteristickým znakem pramenů práva ve Třetí říši byla rovněž neexistence hierarchie norem a vyhlášky mohly měnit či rušit zákony. V moderním právním státě stanoví práva a povinnosti zákon, ke kterému jsou v případě potřeby vydány prováděcí předpisy. Nacistická legislativa tuto zásadu nectila a práva a povinnosti ukládaly i prováděcí předpisy. V průběhu války již ležela zákonodárná činnost především v rukou říšských ministrů, kteří vydávali vyhlášky stanovující práva a povinnosti.

2.3 DALŠÍ SUBJEKTY NADANÉ LEGISLATIVNÍ PRAVOMOCÍ

Mimo Vůdce, říšský sněm, říšskou vládu (zemské vlády) a říšské ministry byly nadány legislativní pravomocí i další subjekty, které mohly pro oblast, kterou spravovaly, vydávat právní předpisy. Jednalo se o Ministerskou radu pro obranu Říše, Generálního zmocněnce pro říšskou správu, Pověřence pro čtyřletý plán, říšského ministra pro letectví a vrchního velitele vojenského letectva a tzv. „kolegium tří".[23]

I. K jednotnému řízení státní správy a hospodářství vydal Hitler 30. srpna 1939 výnos o zřízení ministerské rady pro obranu Říše (RGBl. I, S. 1539). Ministerská rada pro obranu Říše *(Ministerrat für die Reichsverteidigung)* byla zřízena jako stálý výbor pouze se šesti členy, jimž předsedal Hermann Göring. Byla oprávněna vydávat k jednotnému vedení správy a hospodářství nařízení se silou zákona. Ministerská rada ztratila na významu, když byly již v prvních dnech války proti Polsku vytvořeny zákonné podklady pro reorganizaci správy a hospodářství pro válečné poměry a pravomoc vydávat nařízení zůstala jednotlivým rezortům.[24] Teoreticky se tento „válečný kabinet" mohl stát novým kolegiálním orgánem říšské vlády. Ve skutečnosti

---

[22] K tomu blíže: Tauchen, J. *Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše*. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, roč. 15, č. 2, s. 159-164.

[23] K tomu blíže: Tauchen, J. *Organizace vnitřní správy státního aparátu nacistického Německa*. In Právní a ekonomické problémy současnosti VII. Ostrava: KEY Publishing, 2008, s. 152-160.

[24] Ministerská rada se sešla jako kolegium jen šestkrát, naposledy 15. listopadu 1939 a do konce roku vydala 58 nařízení.

však Göring nevyužil všech možností a vyslovil se pro odložení veškerých obsáhlejších návrhů zákonů na dobu neurčitou, pokud nesouvisely přímo s obranou Říše. Zároveň existence ministerské rady pro obranu Říše znamenala principielní posílení zákonodárné iniciativy jednotlivých ministrů říšské vlády, protože vydávala nařízení bez Hitlera a pouze v případě pochybností si tento souhlas vyžádala.[25]

V únoru 1940 omezil Hitler pravomoc ministerské rady pouze na neodkladné záležitosti bez politického významu. Zrušena ale nebyla a zůstala bez formálních zasedání činná a přispěla tak k roztříštění zákonodárství v národně socialistickém státě.[26]

II. Na základě tajného a v říšském věstníku nezveřejněného zákona o obraně Říše ze 4. září 1938 byl vytvořen úřad generálního zmocněnce pro říšskou správu *(Generalbevollmächtigter für die Reichsverwaltung).* V případě vypuknutí války měl převzít jednotné vedení nevojenské státní správy. Ke splnění tohoto účelu mu bylo podřazeno ministerstvo vnitra, ministerstvo spravedlnosti, ministerstvo pro správu církví, ministerstvo pro výchovu a ministerstvo pro územní plánování. Podobnou koncentraci pravomocí ostatních ministerstev měl v rukou Generální zmocněnec pro hospodářství *(Generallbevollmächtigter für die Wirtschaft),* který mohl podle výše uvedeného zákona dávat pokyny ministru hospodářství, ministru práce, ministru pro výživu, říšskému lesmistrovi a komisaři příslušnému pro stanovení cen.[27] Generální zmocněnci pro říšskou správu a pro hospodářství byli oprávněni vydávat vyhlášky.

III. Jedním z bodů národně socialistického programu bylo zvýšit domácí výrobu a rozšířit surovinovou základnu, k čemuž sloužil první čtyřletý plán.[28] Cílem druhého čtyřletého plánu vyhlášeného v roce 1936 bylo nasměrovat hospodářství na urychlené vyzbrojení a zabezpečit soběstačnost, neboť se závislostí na surovinových zdrojích z okolních států by Německo nemohlo vést válku.[29] K jednotnému řízení a sloučení všech rozhodujících kompetencí ve státě a straně vydal Hitler nařízení k provedení čtyřletého

---

[25] Broszat, M. *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung.* München: dtv, 1969, s. 382.

[26] Jeserich, K., Pohl, H., Unruh, G.Ch. a kol. *Deutsche Verwaltungsgeschichte. Band 4. Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus.* Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1985, s. 759.

[27] Vojáček, L. a kol. *Právní dějiny 2. Státy západní Evropy a USA*. Brno: Doplněk, 1999, s. 116.

[28] Meier-Benneckenstein,P. *Das Dritte Reich im Aufbau. Band 5. Partei und Staat*. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1941, s. 282.

[29] Klagges, D., Stoll, F. *So ward das Reich*. Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943, s. 200.

plánu z 18. října 1936 (RGBl. I., S. 887), ve kterém pověřil předsedu pruské vlády Göringa provedením všech potřebných opatření k jeho uskutečnění a přenesl na něj pravomoc vydávat výnosy a správně právní předpisy. V této souvislosti je nutné poukázat především na právní předpisy vztahující se k řízení válečného hospodářství.

IV. Říšský ministr pro letectví a vrchní velitel vojenského letectva *(Luftwaffe)* byl oprávněn vydávat po dobu války právní předpisy týkající se letecké ochrany.

V. Na generálního zmocněnce pro říšskou správu, hospodářství a šéfa vrchního velení Wehrmachtu byla přenesena společná pravomoc vydávat nařízení pro nehospospodářskou oblast podobnou té, kterou disponoval Göring jako zmocněnec pro čtyřletý plán.[30] Ačkoliv se nekonala žádná řádná zasedání, vžilo se označení „kolegium tří“. Každý člen ve shodě s ostatníma dvěma mohl vydávat nařízení pro svůj okruh působnosti, které se mohlo odchylovat od platných zákonů. Až do skončení války bylo v mnoha případech vytvořeno „nové“ právo právě nařízeními kolegia tří. V lednu 1940 zaujal místo generálního zmocněnce pro hospodářství bez jakéhokoli veřejného oznámení zmocněnec pro čtyřletý plán.

Zmínit je nutné také právo vydávat právní předpisy, které příslušelo říšským místodržícím v říšských župách: Sudety, Východní marka, Gdaňsk-Západní Prusko, Povartí a hansovní město Hamburg. Říšští místodržící v těchto oblastech mohli se souhlasem příslušného říšského ministra a ministra vnitra vydávat vyhlášky, pokud to neodporovalo nadřazenému říšskému právu.[31]

3. NOVÉ PRAMENY PRÁVA

Národně socialistická právní věda uznávala kromě tradičních psaných pramenů práva (ústava, zákon, vyhláška) rovněž prameny, které neměly jasný obsah a sloužily k tomu, aby nacisté jejich použitím mohli legální cestou zlikvidovat své odpůrce a dosáhnout svých zločinných cílů. Zákony se staly prostředkem pro politické pronásledování a rasovou diskriminaci.

Mezi nové prameny práva v období Třetí říše náležely:

- národně socialistická ideologie,
- program NSDAP,

---

[30] Broszat, M. *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*. München: dtv, 1969, s. 383.

[31] Rapsch, A. *Gesetzgebung unter nationalsozialistischer Gewaltherrschaft*. In: Salje, P. Recht und Unrecht im Nationalsozialismus. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 1985, s. 145.

- Vůdcova vůle,

- zdravé národní cítění.

Výše zmíněné nové prameny práva přinesly v aplikační praxi podstatné problémy, především co se týče jejich vztahu k tradičním pramenům práva. S tím souvisela otázka, jaký pramen práva měl při aplikaci vlastně přednost. Hlavní funkcí nových pramenů práva bylo to, aby bylo za pomoci nového výkladu „staré právo" zbaveno své platnosti a Vůdcova vůle, program NSDAP, národně socialistická ideologie a zdravé národní cítění měly přednost před psaným právem. Jak již bylo zmíněno výše, tyto nové prameny práva byly nejasné a otázkou bylo, co je vlastně jejich obsahem, nebo, vyjádřeno jinak, jakým způsobem jejich obsah naplnit.

Adolf Hitler ve své knize Mein Kampf uvádí:

„Každý světový názor, ať už je tisíckrát správný a pro lidstvo nanejvýš užitečný, zůstane bezvýznamný pro uspořádání života národů tak dlouho, dokud se jeho zásady nestanou korouhví bojového hnutí, které musí zůstat tak dlouho stranou, dokud působení těchto zásad nebylo završeno vítězstvím světonázorových idejí a stranická dogmata netvoří základní zákony státu národního společenství."[32]

Za základní prosazované postuláty národně socialistické ideologie (světového názoru) byly považovány postuláty o nerovnosti ras, antisemitismus či vůdcovský princip.

Na program NSDAP z 24. února 1920 se soudy odvolávaly přímo jako na pramen práva. Tak např. Říšský pracovní soud považoval ve svých rozhodnutích antisemitské body 4 a 5 programu[33] za „ústavní zásady" a „cíle německého vedení státu při řešení židovské otázky".[34]

Vznik programu NSDAP patří dodnes k nejméně probádaným oblastem národně socialistického hnutí, neboť je k dispozici jen minimum pramenů. Většinu z dvaceti pěti bodů tvořících stranický program formuloval zámečník a drážní úředník Anton Drexler, který založil 5. ledna 1919

---

[32] Hitler, A. *Mein Kampf*. Přeložil Slavomír Michalčík. Pohořelice: Otakar II., 2000, s. 278.

[33] Bod č. 4 zněl: *„Státním občanem může být pouze soukmenovec. Soukmenovcem je pouze ten, kdo je německé krve, bez ohledu na vyznání. Žádný Žid nemůže proto být soukmenovcem."*
Bod č. 5 zněl: *„Kdo není státním občanem, může žít v Německu pouze jako host a musí podléhat cizineckým zákonům."*

[34] Říšský pracovní soud, rozsudek z 9. ledna 1940 (otištěn v časopise Deutsches Recht 1940, s. 876); rozsudek ze 7. února 1940 (otištěn v časopise Deutsches Recht 1940, s. 1326) – citováno dle: Rüthers, B. *Entartetes Recht*. München: C.H.Beck, 1988, s. 29.

Německou stranu práce *(Deutsche Arbeiterpartei – DAP)*, předchůdkyni Národně socialistické německé dělnické strany.[35] NSDAP původní program DAP převzala a revidovala. O programu NSDAP řekl dlouholetý právní zástupce nacistické strany a pozdější ministr Hans Frank: „je stejně tak dobře míněný, jako nepraktický.“[36] Program NSDAP nebyl žádnou důkladně promyšlenou vědeckou prací, nýbrž narychlo sepsaný Hitlerův „spisek“, jehož cílem byl především rétorický účinek působící na široké masy obyvatelstva.

Mezi další „nové“ prameny práva mezi léty 1933 – 1945 náleželo tzv. „zdravé národní cítění“. V oblasti trestního práva sloužilo a podpořilo nelidské zostření trestněprávní praxe. S tím souviselo zavedení zásady analogie a přijetí doprovodných hmotněprávních a procesněprávních předpisů, čímž se otevřela cesta pro radikalizaci trestního práva. Obsah pojmu „zdravé národní cítění“ stanovoval Vůdce a ostatní představitelé nacistické strany. Vůdcovo mínění se stalo pramenem práva, který měl přednost před právem pozitivním.

Podle Hitlerova přesvědčení bylo nutno přetvořit zákonodárnou a soudní moc v politické zbraně systému. Měly by být konstruovány tak, aby byla vůdcova vůle přímo aplikovatelná. Jako vzor mu sloužil anglický ústavní systém, ve kterém nejsou ústavní normy písemně zachyceny. Toto mělo umožnit, aby byly prosazeny aktuální politické požadavky. Dle jeho představ, stát a národní společenství zmocnili Vůdce jednat podle toho, jak on sám uzná za vhodné. Kteroukoliv právní normu mohl tak Vůdce prolomit a kterékoliv soudní rozhodnutí mohl Vůdce svým rozhodnutím změnit, pokud se neshodovalo s jeho právním názorem na řešení právní věci.

V souvislosti s výkladem o „nových“ pramenech práva a jejich vztahu k „psaným“ pramenům se jeví jako účelné, nastínit myšlenkový pochod soudce ve Třetí říši při soudním rozhodování, který se odlišuje od tvorby vůle dnes. Tento proces nastínil Viktor Knapp na základě Freislerova článku v časopise Deutsche Justiz následovně:

„Nejprve je třeba objasnit skutkovou podstatu. Dále musí soudce naslouchat hlasu národního svědomí, zdravému národnímu právnímu citu, jemuž lze naslouchati jen ve vlastním nitru. Konečnou fází je určení, zda takto zjištěná myšlenka je vyjádřena nějakým zákonem a jestliže ano, je nutné opříti rozhodnutí o zákon.“[37]

---

[35] Pieler, P. *Das römische Recht im nationalsozialistischen Staat*. In: Davy, U. a kol. Nationalsozialismus und Recht. Wien: Anton Orac, 1990, s. 427.

[36] Frank, H. *Im Angesicht des Galgens*. 2. Vydání. Neuhaus b. Schliersee: Frank, 1955, s. 31.

[37] Deutsche Justiz, 1936, s. 1572 násl; citováno dle: Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie.* Reprint z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 153.

Tento proces je však dost složitý a jak Knapp uvádí: „je tato věc však značně sporná i v samotné nacistické ideologii“. Problém nastává v okamžiku, když se zjištěná myšlenka neshoduje s vůlí zákonodárce. Tento problém však odpadá, jestliže se jedná o právní předpis vydaný v období Třetí říše, protože tato právní norma je čerpána z neomylného zřídla Volksgeistu v krvi Vůdcově. V tomto případě je tedy rozhodující vůle zákonodárce, která determinuje vůli soudcovu bez ohledu na to, co slyší ve svém nitru. V případě zákonů z doby před rokem 1933 je jimi soudce vázán jen potud, pokud výsledek odpovídá nacistickému světovému názoru; pokud by mu odporoval, tak je soudce povinen rozhodnout proti tomuto zákonu.[38]

4. ZÁVĚREM

Od roku 1933 až do začátku druhé světové války schválil říšský sněm pouze devět zákonů; vedle toho vydala říšská vláda více než 4500 zákonů a v tomto období vstoupil v platnost ještě větší počet Vůdcových výnosů a nařízení se silou zákona. Přitom měly všechny Hitlerovy výroky charakter prvořadého pramene práva stojícího nad zákonem.[39] Charakteristikou národněsocialistických právních předpisů bylo to, že jejich cílem nebylo dosažení spravedlnosti. Záměrně a zcela otevřeně popíraly zásadu rovnosti a další základní právní zásady, které byly vytvořeny v průběhu právního vývoje, a to nejen v posledních několika staletích. Němečtí soudci se tak dostali do dilematu, zda vůbec, popř. jakým způsobem tyto zákony, které byly v rozporu se spravedlností, aplikovat. Zákonu jako pramenu práva se nepřikládal tak velký význam jako dalším pramenům: vůdcově vůli, programu NSDAP, národně socialistické ideologii či zdravému národnímu cítění.[40] Stále více bylo rozšiřováno používání neurčitých právních pojmů.

Spolu s nástupem národního socialismu k moci se změnil vztah práva vůči státu a jednotlivci. Zatímco před rokem 1933 stál jednotlivec v popředí zájmu a zákony vázaly jak stát, tak i jednotlivce a sloužily k jeho ochraně, po uchopení moci se situace radikálně změnila, když úkolem soudů již nebylo hájit zájmy jednotlivce, nýbrž zájmy celku. Celek, který byl reprezentován německým národem, nyní požíval prvořadé soudní ochrany. Vedle tradičních psaných právních pramenů se objevily nové prameny práva, kterými byl soudce vázán, jako např. Vůdcova vůle či národně socialistická ideologie,[41] která měla přednost před vázaností soudce na zákon.

---

[38] Tamtéž, s. 154 – 156.

[39] Benz, W., Graml, H., Weiss, H. (Vyd.) *Enzyklopädie des Nationalsozialismus*. München: dtv, 1997, s. 96.

[40] Fieberg, G. *Justiz im nationalistischen Deutschland*. Köln: Bundesanzeiger, 1984, s. 29.

[41] Knapp, V. *Problém nacistické právní filosofie*. Reprint z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002, s. 50.

Závěrem se mi jeví jako vhodné uvést charakteristiku pramenů práva v nacistickém Německu, kterou uvádí ve své práci Bernd Rüthers. Ten stanovil celkem 15 tezí, charakterizující právo ve Třetí říši, přičemž pramenů práva se týkají následující tři:

1. Generální klauzule a neurčité právní pojmy posloužily jako „vstupní brána" pro ospravedlnění a stabilizaci nacistické ideologie.

2. Soudy mohly aplikovat vedle generálních klauzulí stanovených v zákoně rovněž klauzule, které neměly zákonný podklad. Tímto byla do právního řádu zavedena nová hodnocení, která vytlačila zákonné právní předpisy („bojové klauzule").

3. Nové prameny práva a panující nejasnosti ohledně jejich místa v hierarchii norem byly vhodné prostředky k tomu, aby tyto sloužily ke změně obsahu právního řádu ve prospěch uskutečnění cílů národních socialistů.[42]

Literature:

- Benz, W., Graml, H., Weiss, H. (Vyd.): Enzyklopädie des Nationalsozialismus. München: dtv, 1997
- Broszat, M.: Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung. München: dtv, 1969
- Davy, U. a kol.: Nationalsozialismus und Recht. Wien: Anton Orac, 1990
- Fieberg, G.: Justiz im nationalistischen Deutschland. Köln: Bundesanzeiger, 1984
- Frank, H.: Im Angesicht des Galgens. 2. Vydání. Neuhaus b. Schliersee: Frank, 1955
- Gruchmann, L.: Justiz im Dritten Reich 1933 – 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner. 3. Vydání. München: R. Oldenbourg Verlag, 2001
- Hemper, W.: Die nationalistische Staatsauffassung in der Rechtssprechung des Preuβischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin: Duncker & Humbolt, 1974

[42] Rüthers, B. *Die Ideologie des Nationalsozialismus in der Entwicklung des deutschen Rechts von 1933 bis 1945*. In: Säcker, F. J. Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992, s. 34.

- Hitler, A.: Mein Kampf. Přeložil Slavomír Michalčík. Pohořelice: Otakar II., 2000
- Jeserich, K., Pohl, H., Unruh, G. Ch. a kol.: Deutsche Verwaltungsgeschichte. Band 4. Das Reich als Republik und in der Zeit des Nationalsozialismus. Stuttgart: Deutsche Verlagsanstalt, 1985
- Klagges, D., Stoll, F.: So ward das Reich. Frankfurt am Main: Verlag Moritz Diesterweg, 1943
- Knapp, V.: Problém nacistické právní filosofie. Reprint z r. 1947. Dobrá Voda: Aleš Čeněk, 2002
- Laufs, A.: Rechtsentwicklungen in Deutschland. 5. vydání. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag, 1996
- Majer, D.: Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 1987
- Meier-Benneckenstein, P.: Das Dritte Reich im Aufbau. Band 5. Partei und Staat. Berlin: Junker und Dünnhaupt Verlag, 1941
- Nunweiler, A.: Das Bild der deutschen Rechtsvergangenheit und seine Aktualisierung „im Dritten Reich“. Baden – Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1996
- Roeser, F.: Das Sondergericht Essen 1942 -1945. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2000
- Rüthers, B.: Entartetes Recht. München: C.H.Beck, 1988
- Säcker, F. J.: Recht und Rechtslehre im Nationalsozialismus. Baden - Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1992
- Salje, P.: Recht und Unrecht im Nationalsozialismus. Münster: Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 1985
- Schorn, H.: Die Gesetzgebung des Nationalsozialismus als Mittel der Machtpolitik. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1963
- Staff, I.: Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation. Frankfurt am Main: Fischer Verlag, 1964

- Tauchen, J.: Organizace vnitřní správy státního aparátu nacistického Německa. In Právní a ekonomické problémy současnosti VII. Ostrava: KEY Publishing, 2008, s. 152 - 160
- Tauchen, J.: Prosazení vůdcovského principu ve státním aparátu Třetí říše. Časopis pro právní vědu a praxi, Brno: Masarykova univerzita, roč. 15, č. 2, s. 159 - 164
- Vojáček,L. a kol.: Právní dějiny 2. Státy západní Evropy a USA. Brno: Doplněk, 1999
- Wagner, A.: Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat. Stuttgart: Deutsche Ver.-Anst., 1968

Contact – email
jaromir.tauchen@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE MORAL IN LAW

JIŘÍ TUZA - DANA ZAPLETALOVÁ

Mendelova zemědělská a lesnická univerzita

Abstract in original language
Právo a morálka ovlivňuji chování ve společnosti po celou dobu existence práva. Vlivem vývoje společnosti se tyto fenomény vyvíjí a je jim přisuzována větší či menší důležitost podle toho o jaké historické období se jedná. Přestože se právní a morální normy v mnohém liší, jsou základem udržení řádu v moderní společnosti. Po období právního pozitivizmu charakteristickém pro dvacáté století se morálka prostřednictvím přirozeně právních teorií do práva ve větší míře vrací.

Key words in original language
Morálka; Právo; Etika; Vývoj; Význam.

Abstract
Law and moral affect behavior in a society through existence of law. These phenomenons are developing owing to evolution of sociey and the importance (greater or lesser) is attributed to them in comformity with the contextual epoch. Notwithstanding that legal and moral rules are different in many respects, there are the base of the preservation of the society frame. Moral is significantly getting back into law via jus naturae theories after the positivism era of Twentieth Century.

Key words
Moral; Law; Ethics; Evolution; Meaning.

Právo a morálka mají společné kořeny v obyčejích, které regulovaly chování ve společnosti. Jednotlivé normy se postupně oddělily a vytvořily samostatné normativní systémy, které mohou k projevům chování a společenským situacím přistupovat zcela rozdílně. Právo je na rozdíl od ostatních normativních systémů vytvářeno zásadně státní mocí, a to cílevědomě a s ohledem na politické cíle, kulturní tradice a uznávané hodnoty ve společnosti, na rozdíl od ostatních normativních systémů je všeobecně závazné, jejich dodržování je vynucováno i sankcionováno státní mocí. Právo v objektivním smyslu představuje souhrn obecných právních pravidel, z nichž pro určitý subjekt, splňuje-li podmínky jimi stanovené, vyplývají právní následky. Takovým následkem práva ve smyslu objektivním je pak právo ve smyslu subjektivním, nebo-li oprávnění přiznaná subjektu právem objektivním, případně akty aplikace práva. V právních vztazích pak oprávnění jednoho subjektu odpovídá povinnost subjektu druhého, případně všech ostatních.

Fenomény morálka a právo spolu velmi úzce souvisí a v každém právním systému je možno určité prvky morálky (obvykle prostřednictvím

přirozeného práva) nalézt. Na morálku v právu je možno nazírat z několika úhlů pohledu. Může to být pohled zákonodárce, který vytváří právo a v podstatě také rozhoduje o tom, do jaké míry bude právní norma korespondovat s morálkou, pohled nestranného pozorovatele, který hodnotí právu i morálku bez toho, aniž by se podílel na tvorbě práva, jeho interpretaci či jeho aplikaci, pohled soudce, který platné právo interpretuje a aplikuje a při své rozhodovací činnosti se řídí buď „jen" platným právem, nebo (tam, kde mu to právo umožňuje, případně to přímo stanoví) rovněž morálkou, dobrými mravy, mravními principy. Samozřejmě nemůžeme opomenout i pohled a úsudek vědecký a filozofický, který není nestranný a hledá vědecké zdůvodnění vztahu práva a morálky, jejich souvislostí a vzájemné podmíněnosti.Tyto náhledy se liší ve způsobu hledání odpovědi na otázku co má být a co je. „Tezi institucionálního sepětí práva a morálky je možno považovat za důvodnou a přesvědčivou, přičemž tato platí nejen jako ultima ratio rozhodování hraničního orgánu, nýbrž i v dalších kontextech, a to zejména při aplikační činnosti státních orgánů. Stěží si lze představit jejich rozumné a spravedlivé rozhodování bez přítomnosti mravních principů (bez přítomnosti akceptovaných mravních hodnot) při interpretaci právních předpisů. Právní řád, jehož existence by spočívala pouze na systému sankcí (zejména uvnitř systému orgánů moci), a to bez jakéhokoli sepětí se společností akceptovatelnými morálními principy, ztrácí jakoukoli legitimitu". „Otázka institucionálního sepětí morálky a práva v demokratickém právním státě se tak transformuje do otázky chápání suverenity".[1] Naskýtá se otázka jaké množství morálních prvků, či morálky by mělo právo obsahovat, aby mohlo být považováno za dobré právo. V kapitolách o morálce bylo zmíněno, že obtížně může být stanoven nějaký univerzální model či systém morálních norem a stejně tak bude zřejmě nemožné univerzálně stanovit ideální množství morálky v právu. Naproti tomu se také naskýtá elementární otázka, proč by právo a morálka mělo mít společný obsah. Pokud budeme obecně vycházet z předpokladu, že cílem práva a morálky je přežití lidského jedince a celé společnosti, potom je takový společný obsah nezbytný. Jinak by nebylo možno zajistit ať již dobrovolnou, nebo nucenou spolupráci lidí. „Kdyby takový obsah chyběl, lidé – takoví, jací jsou – by neměli žádný důvod dodržovat jakákoli pravila".[2] Co tedy očekáváme od společného obsahu práva a morálky? Jednak je to prostředek proti lidské zranitelnosti. Společný obsah vyjádřený zpravidla formou zákazů a příkazů má zabránit svévolnému používání násilí v podobě zabíjení a způsobování újmy. Jelikož člověk nemá od přírody žádnou účinnou ochranu svého těla, nahrazuje ochranu tělesné integrity právo a morálka. Dále za důvod společného obsahu práva a morálky můžeme považovat dosažení přibližné rovnosti. Lidé jsou silnější a slabší co do fyzické síly a intelektu. Nikdo ale není silnější než určité společenství lidí a pokud si chce „silnější" udržet své postavení ve společnosti, potřebuje

[1] HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2006, s. 34, 35 an.

[2] HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, str. 192

spolupráci ostatních. Toho může dosáhnout prostřednictvím morálních a právních pravidel. Na druhé straně ale stejný mechanismus zabraňuje zvůli silnějšího vůči slabšímu a zamezení, nebo alespoň omezení, agrese mezi lidmi. Dalším významným důvodem je ochrana vlastnictví, které je nezbytné a alespoň v minimální míře nutné pro přežití, a s tím související omezenost zdrojů. Právo a morálka tak chrání nejen majetek, ale také jeho užívání a plody. Zabraňuje také poškozování a ničení majetku.

Model jednoty práva a morálky není v právní teorii ničím novým a již v devatenáctém století se můžeme setkat s názorem, že právo představuje určité minimum morálky. Takovéto spojení práva a morálky, však není zcela objektivní. Tak právo v celé své šíři nemůže být ovlivňováno morálkou, neboť některé oblasti práva jsou ve vztahu k morálce zcela irelevantní, jako například dopravní předpisy. Dále různorodý je i způsob vzájemného ovlivňování a působení práva a morálky. Různé jsou také cíle, kterých má být morálkou a právem dosaženo. Český právní řád se musel po listopadu 1989 vypořádat s konfliktem totalitního a demokratického systému, což byl jeden z předpokladů budování právního státu, ale také s možností ucházet se o členství v EU. „Z nástinu možných řešení napětí mezi morálkou a právem při překonávání totalitního systému, jakož i jejich ilustrací konkrétními případy, lze snad vyvodit dvě zobecňující teze: Tou první je spojení pozitivistického přístupu k řešení uvedeného problému s prolomením zákazu retroaktivity a s jeho možným uplatněním v pozici prostředku legislativního, tou druhou je pak spojení iusnaturalistického přístupu priority fundamentálních hodnot ochrany lidské důstojnosti, svobody a spravedlnosti v případech jejich extrémního rozporu s pozitivním právem, a to s derogačními (případně kasačními) důsledky, zajišťované prostředky judiciálními“.[3]

Názor, že právo je minimem morálky může být tedy použit pouze jako přirovnání.[4] Přesto však společný obsah práva a morálky může umožňovat společnosti dosahovat dlouhodobých cílů a podporovat vzájemnou zdrženlivost a bránit zištnosti, zejména ve vztahu ke zneužití moci. Umožňuje také využít donucovací systém.

Morálka a respektování práva

V souvislosti s morálkou je možno položit otázku, zda mají lidé morální povinnost být poslušni práva. Jako prodloužení teorií o morálce a příčině je možno chápat právní pravidlo.

[3] HOLLÄNDER, P. *Filosofie práva*. 2006, s. 39

[4] blíže HARVÁNEK, J. aj. *Teorie práva*. 2008, s. 73 an.

Lidské chování může být právní, tedy v souladu s právem, nebo protiprávní, tedy v rozporu s právem. Lidské chování však může být z hlediska právního zcela indiferentní. Přesto podléhá hodnocení, především z aspektu dobra a zla. Takové hodnocení označujeme za hodnocení morální.

Z filozofie, původní racionální univerzální vědy, která se snažila nalézt odpovědi v souvislosti s existencí člověka a celého světa, se vydělila etika jako věda o morálce, nebo-li nauka o mravnosti, o podstatě morálního vědomí a jeho původu. Etika se snaží vědecky zdůvodnit odpovědi na otázky typu co je správné a morální a jakým způsobem se mají členové lidské společnosti chovat, aby bylo dosaženo dobra a souladu s morálkou. Každé chování člověka je hodnoceno z aspektu dobra a zla, ať již je toto chování předmětem regulace právních norem či „jen" norem morálních. Obdobně je hodnoceno dodržování práva: lidé, kteří se dopouštějí porušování platného práva, jsou velmi často odsuzováni i z morálního hlediska ostatními členy společnosti. V poslední době se však stále častěji setkáváme s takovými jevy ve společnosti, kdy dokonce i sami zákonodárci nerespektují základní morální principy, porušují právní normy a vyhýbají se sankcím. V souvislosti s porušováním práva dokonce vystupují jako morálně akceptovatelní, což lze chápat jako velmi nebezpečný společenský jev již z toho důvodu, že se chování představitelů státní moci může považovat za modelové pro ostatní. Tento jev potvrzuje názory, že pro současnou společnost je typický hodnotový systém silně ovlivněný tržním mechanismem, osobním prospěchem a nezodpovědností jednotlivců vůči společnosti, zprostředkovaně pak i nezodpovědností společnosti jako celku. Milan Machovec označuje tento stav ve společnosti za devastující. „Ale zatímco proměnu řeky ve stoku rozezná každý, u člověka samého jsou projevy devastace těžko rozeznatelné a vědomí je buď nedovede nebo nechce přiznat. Ale všechno to, byť ještě propletené a obtížné, by ještě šlo zvládnout. Především by pak musela být vůle to zvládnout a vytrvat. To vše jsou již vlastnosti mravní – a právě těch se dnes především nedostává."[5] Velmi často se v současnosti hovoří o období morálního relativismu, který je typický tím, že morální soudy jsou výrazem preferencí, postojů a pocitů. Podle morálního relativismu neexistují žádné absolutní morální hodnoty.[6]

V této souvislosti je třeba velice opatrně přistupovat k morálním soudům obyčejného člověka. Tyto morální soudy mohou být chápány jako určitý nutný předstupeň kritického zhodnocení ve vztahu k právu a morálce, na které právo spočívá. ,,Dokud si neujasníme, jaká praktická morálka a jaký morální soud se v právu odrážejí, nemůžeme právo rozumně kritizovat; jakmile si to však ujasníme, zbývá se už jen ptát, zda taková praxe, nebo

[5] MACHOVEC, M. *Filozofie tváří tvář zániku.* 2006, s. 13 – 14.

[6] MATOCHOVÁ, S. *Etika a právo v kontextu lékařské etiky.* 2009, s. 37 – 38.

takový soud jsou rozumné a dávají smysl a zda jsou v souladu s ostatními principy, jimž právo údajně slouží“.[7]

Další otázkou je, zda morálně vinit člověka, pokud nerespektuje právo. Pochybnost morální viny může vycházet ze skutečnosti, že právní norma je nespravedlivá a že dříve běžná morální povinnost řídit se touto normou již pominula. Dále je otázkou, zda je na místě morální odsouzení, pokud k porušení práva došlo nedopatřením, nebo náhodou.

Například v evropském právu se morálka prolíná v základních zásadách uvedených v Chartě OSN. Jedná se zejména o zásadu zákazu hrozby a použití síly v mezinárodních vztazích, zásadu mírového řešení mezinárodních sporů, povinnosti států vzájemně spolupracovat, povinnosti vzájemně nezasahovat do vnitřních pravomocí států, zásadu rovných práv a práva národů na sebeurčení, svrchovanosti a rovnosti a povinnosti svědomitě plnit mezinárodní závazky.[8]

Morálka, přirozené právo a právní pozitivizmus

Mezi morálkou a právem existuje množství různých typů vztahů. Některé přístupy uvádějí souvislost mezi morálkou a právem, jiné naopak souvislost mezi morálkou a právem popírají. Není také možné tvrdit, že vždy je vývoj práva ovlivněn morálkou už vzhledem ke skutečnosti proměnlivosti morálky ve vývoji společnosti. Také tvrzení, že právní systém se musí shodovat s morálkou a přesvědčení, že morálním závazkem je podřídit se právnímu systému, není zcela pravdivé. Z těchto hodnocení vyplývá určité napětí mezi právním pozitivizmem a přirozeným právem.

Pozitivněprávní přístup považuje za právo jen to, co je zakotveno státní mocí v platných právních normách. Popírá možnost poznání "správného" práva a morálku vnímá zcela nezávisle na právu a naopak. Morálka tvoří obecný rámec životních forem a institucí, odráží se v chování osob jako individualit v rámci jedné společnosti nebo její vrstvy. V každé společnosti existuje více a často velmi odlišných morálních hodnot a pravidel. Každý člen společnosti hodnotí vlastní chování stejně jako chování ostatních z hlediska osobního morálního přesvědčení. Morálka a morální principy jsou pro právo zcela indiferentní a právo může mít jakýkoliv obsah.

Zatímco z hlediska právního pozitivizmu se tvrdí, že zákony nemusí splňovat požadavky morálky, přirozeně právní teorie například uvádí, že „….existují jisté principy lidského jednání, které čekají na to, až budou objeveny lidským rozumem, a právo vytvořené člověkem, má-li být platné,

---

[7] DWORKIN, R. *Když se práva berou vážně*. 2001, s. 26

[8] AZUD, J. Některé otázky povahy, obsahu a výkladu zásad mezinárodního práva. In *Sborník z vědecké konference pořádané ve dnech 17. – 19. října 2007 V Tatranské Štrbě*. 2007, s. 103 an.

s nimi musí být v souladu“.[9] O vztahu těchto dvou teorií existuje množství literatury přijímající, nebo odmítající podobná tvrzení. Někteří moderní kritici přirozeného práva se domnívají, že tvrzení objevit náležité chování lidským rozumem vyvěrá z dvojznačnosti slova zákon. Matoucím způsobem jsou potom ztotožňovány zákony přírodní a zákony vyžadující určitý způsob chování lidí. Zatímco zákony přírodní je možno objevit pozorováním a označují se jako deskriptivní, zákony lidského chování pozorováním být objeveny nemohou z toho důvodu, že nevyjadřují a nepopisují skutečnosti, ale mají preskriptivní charakter, protože stanovují pouze požadavky na určitý způsob lidského chování. Zatímco preskriptivní zákony je možno porušit a ony stále zůstávají zákony, zákony deskriptivní, přírodní, porušit nelze. Tyto rozdíly ve významu slova zákon korespondují s odlišnostmi výrazů musím, měl bych a jsem nucen. Z tohoto pohledu je výraz přirozené právo přirovnáno k omylu způsobeným neschopností vnímat odlišné významy slova zákon.

Weinberger vidí v současné právní filozofii mezi pozitivizmem a učeními přirozeného práva určité sbližovací tendence. Tento jev je dle něj podmíněn dvěma momenty. „1. Problémová situace v právní vědě staví všechny badatele před stejné úkoly a problémy, takže je třeba brát na zřetel hlediska pozic protivníků, když se chceme náležitě vypořádat s těmito fenomény a s s tímto úkolem; 2. sporná otázka se postaví do jiného světla tím, že se dostane do středu zájmu problém zdůvodnění a argumentace, čímž vznikne perspektiva, kde nelze pokročit dále tím, že se někdo pouze hlásí k pozitivizmu nebo k přirozenému právu. Charakter pozitivistických i přirozeněprávních učení se změnil. Pozitivisté se stávají opatrnějšími při formulaci svých tezí a otevřenějšími při určování výzkumného programu právní vědy. Moderní nauky přirozeného práva nevystupují jako apodiktické systémy víry, nýbrž jako racionálně argumentující vědecké teorie, a to i tehdy, když je autor motivován stanovisky víry. Rovněž si zastánci přirozeného práva dnes většinou uvědomují to, že citlivým bodem není teze o existenci imanentních hodnot a praktického poznání, ale pouze otázka, jak lze doložit, resp. Zdůvodnit imanentní právní zásady“.[10]

I přes množství kritických teorií jsou některé formulace přirozeného práva stále prosazovány. Hlavní důvod můžeme spatřovat nikoli v nějaké božské, nebo lidské autoritě či metafyzice, ale především v obsahu. Přirozené právo tak obsahuje některé základní pravdy, které jsou nezbytné k pochopení práva a morálky. Teorie přirozeného práva, pramenící ze staršího pojetí přírody, vychází z předpokladu, že každý člověk a každá jednotlivá věc nemá pouze tendenci k udržení vlastní existence, ale neustále se vyvíjí za dosažením určitého optimálního stavu a tento má být určitým dobrem, nebo cílem. Podle tohoto teologického názoru je také člověk považován za něco,

[9] HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, str. 186

[10] WEINBERGER, O. *Filozofie, právo, morálka*. Brno, 1993, s. 64 an.

co směřuje ke stanovenému určenému optimálnímu stavu, což může činit vědomě. Směřování k tomuto cíli také zahrnuje „…rozvoj a dokonalost mysli a charakteru, které se projevují v myšlení a jednání. Na rozdíl od ostatních věcí je člověk rozumem a úvahou zjistit, co je k dosažení této dokonalosti mysli a charakteru třeba, a může po tom toužit“.[11] Některé aspekty tohoto teleologického hlediska stále přežívají, neboť pochází z oblasti biologických faktů, která je sdílena člověkem spolu s ostatními živočichy. Tomuto způsobu myšlení odpovídá předpoklad, že cílem lidského chování je přežití. Tento předpoklad je podporován skutečností, že většina lidí chce pokračování své existence. Z toho také vyplývá, že určité činnosti člověka, které jsou označovány jako přirozeně dobré, jsou také nezbytné pro přežití. Tento závěr představuje určitou velmi ucelenou verzi přirozeného práva, která je ovšem pouze základem a nejnižší úrovní lidských cílů a lidského dobra. Bez onoho zmiňovaného základu ovšem není možný další rozvoj člověka. Potom je rozvoj lidské společnosti podmiňován existencí zákona, respektováním základních morálních principů, které je možné nazvat slušností a nalézáním spravedlnosti, ke které by právo i morálka měly společně směřovat. Takto oslabená verze přirozeného práva má mnoho společných vlastností s právem a morálkou. Můžeme se také pokusit najít mezi společenskými opatřeními, která slouží k zachování existence společnosti, taková opatření, která bychom mohli názorně označit jako přirozené zákony, které mohou být objeveny lidským rozumem.

Zjednodušené pojetí přirozených práv dle Thomase Hobbese je také možno shrnout do věty, co nechceš aby se dělo tobě, nedělej ani sám jiným.[12] Jaký je tedy vztah přirozených práv k právu a morálce? V období po druhé světové válce připustili i zastánci pozitivněprávních teorií určité přirozenoprávní minimum v právu, zejména v souvislosti s obsahem a ochranou základních lidských práv a svobod. Jeden z nejvýznamnějších představitelů právního pozitivismu 20. století H. L. A. Hart upozorňuje na nutnost zakotvit určité minimální morální principy při vytváření práva, ale také při jeho aplikaci, zejména v soudcovském rozhodování. Jako pozitivista zdůrazňuje ideu spravedlnosti v právu. Podle něj existuje mezi právem a morálkou více různých vztahů, které lze postihnout. Hart dochází k závěru, že i pozitivní právo směřuje k morálce a spravedlnosti a při interpretaci práva je nutno vycházet ze skutečnosti, že interpretovaná právní pravidla jsou vytvářena s určitou představou o spravedlnosti s cílem zohlednit zavedené mravní principy uznávané danou společností.

Pokud budeme vycházet z předpokladu, že cílem lidského soužití je život, potom v každé společnosti musí existovat určitá pravidla chování, bez kterých by tato součinnost zanikla. „Taková pravidla ve společnosti tvoří společný prvek práva a konvenční morálky libovolné společnosti, jenž

[11] HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, s. 189

[12] VALEŠ, L. *Dějiny politických teorií*. 2004, s. 131

dospěla do bodu, kdy je rozeznává jako odlišné formy společenské kontroly“.[13] Spolu s těmito pravidly tak nacházíme v právu a morálce určité pravidlo, které je pro konkrétní společnost příznačné. „Všeobecné uznávané principy jednání založené na prostých pravdách, jež se týkají lidských bytostí, jejich přirozeného prostředí a cílů, můžeme považovat za minimální obsah přirozeného práva“.[14] Tento minimální obsah přirozeného práva vychází z význačných rysů lidské povahy. A absence tohoto obsahu, činí z práva poměrně snadno zneužitelný nástroj moci, což opět koresponduje s rysy lidské povahy a přirozené touze člověka po moci.

Mezi nejvýznamnější představitele přirozenoprávní školy 20. století patří Ronald Dworkin, který ve svém díle zdůrazňuje význam jurisprudence (právní vědy), za jejíž hlavní úkol považuje hledání odpovědi na otázku jaké by právo mělo být. Dalším úkolem jurisprudence je propojení teorie morálky s teorií práva, což by mělo vést k dosažení spravedlnosti. Rovněž Dworkin klade důraz na soudcovské rozhodování, které má aplikovat právo, ale také principy morálky. Jen tak lze dosáhnout spravedlivého rozhodnutí. Podle Dworkina představují principy to, co je považováno převážnou částí společnosti za správné a spravedlivé, principy jsou tedy prostředkem, jak dosáhnout spravedlnosti

Právní pozitivizmus expandující počátkem devatenáctého století předpokládá zejména politickou stabilitu a důvěru v tuto stabilitu. Dále předpokládá, že zákonodárce je natolik předvídavý, že v kodexu zachytí všechny právem předpokládané společenské situace. S jistými výhradami je možno říci, že právní pozitivizmus v průběhu devatenáctého století plnil svoje poslání, ovšem politická nestabilita po první světové válce zmíněná východiska právního pozitivizmu učinila nereálnými a nesplnitelnými. „Nová doba vyžadovala aktivnější přístup soudců k aplikaci zákonů. Zákonný pozitivizmus se stal nepraktickou překážkou právního vývoje a byl odmítnut soudcovskou praxí (nikoli ovšem nutně právní vědou) již před druhou světovou válkou“.[15] Zákonný pozitivizmus se také jeví jako nevhodný v současné době, kdy je znatelná expanze moderního správního a ústavního práva. Zákonný pozitivizmus se postupně stává nemožným a také nežádoucím. Tento stav se dále prohlubuje vlivem globalizace a evropské integrace, kdy stále více narůstá role srovnávacího práva a budování jednotné evropské právní kultury. V pluralitě právních systémů se dogmatický přístup k právu stává nepřesvědčivým a ztrácí na významu.[16]

---

[13] HART, H. L. A. *Pojem práva*. 2004, str. 192

[14] tamtéž, s. 176

[15] KÜHN, Z., BOBEK, M., POLČÁK, R. *Judikatura a právní argumentace*. 2006, s. 4

[16] blíže tamtéž, s. 4 an.

Závěr

Z uvedeného lze vyvodit následující závěry:

Morálka a právo jsou nezbytné pro zachování a fungování společnosti a společenských vztahů.

Pokud z práva vyloučena morálka, jsou popírány základní společenské hodnoty a nelze dosáhnout spravedlnosti v právu.

Právo a morálka jsou dva samostatné normativní systémy, které mají společný původ a nejvíce se podílejí na regulaci lidského chování.

Etika je vědou o morálce, snaží se nalézt vědecké (filozofické) zdůvodnění rozumného, spravedlivého a tedy morálního jednání a pravidel.

Většinou společnosti je vyžadováno dodržování mravních zásad a principů, ale na individuální úrovni je jejich dodržování závislé na morální úrovni každého jedince, na jeho vnitřním přesvědčení a schopnosti i způsobu vnímání a hodnocení toho, co je dobré nebo špatné.

Morálka i právo mají dynamický charakter. Právo se mění podle potřeby společnosti a je zrcadlem hodnot, které společnost preferuje a respektuje. Morálka je nezbytným předpokladem jak pro vytváření hodnot, tak pro udržení společenských vztahů, k přežití lidské společnosti a k rozlišování dobra a zla. Velkou roli zde hrají autority.

Přirozené právo je vnímáno jako zvláštní forma morálních hodnot. Pozitivní právo připouští určité minimum přirozeného práva vyjádřeného v právních principech, které jsou odrazem morálních hodnot.

Literature:

- DWORKIN, R. Když se práva berou vážně. Praha : Oikoymenh, 2001, 455 s.
- HART, H. L. A. Pojem práva. Praha : Prostor, 2004, 312 s.
- HOLLÄNDER, P. Filosofie práva. Plzeň : Aleš Čeněk, 2006, 303 s.
- MACHOVEC, M. Filozofie tváří tvář zániku. Praha: Akropolis, 2006. ISBN 82-86903-16-8.
- MATOCHOVÁ, S. Etika a právo v kontextu lékařské etiky. Brno: MU, 2009.
- HARVÁNEK, J. et al. Teorie práva. Plzeň : Aleš Čeněk, 2008, 501 s.

- AZUD, J. Některé otázky povahy, obsahu a výkladu zásad mezinárodního práva, In Sborník z vědecké konference pořádané ve dnech 17. – 19. října 2007 V Tatranské Štrbě. Slovak Acedemic Press, 2007
- WEINBERGER, O. Filozofie, právo, morálka. Brno : Masarykova univerzita, 1993, 178 s.
- VALEŠ, L. Dějiny politických teorií. Plzeň : Aleš Čeněk, 2004, 236 s.
- KÜHN, Z., BOBEK, M., POLČÁK, R. Judikatura a právní argumentace : teoretické a praktické aspekty práce s judikaturou. Praha : Auditorium, 2006, 234 s.

Contact – email
jirituza@volny.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE LEGAL NOTION OF LAW – EVOLUTION

ADELIN UNGUREANU

Faculty of Juridical Sciences University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
From the first regulations to the present positive law, the society organization was based on certain predetermined rules, in whose limits subjective rights of each holder of rights must be exercised. The legislative evolution had a permanent basis over time. From custom to the present legal codes or from moral and religious rules to legal rules in all branches of law, the legislation has evolved immensely nowadays, including the extension of legislative typology.

Key words in original language
Law; positive law; legal rules; subjective rights.

I. Evolution and actuality

Being of Latin origin the word "law" has lasted over centuries and features in the common language of contemporaneity. World states (democratic or less democratic) are governed by certain rules presently in force, all of them forming the positive law of that state (e.g. Polish positive law, Colombian or the Indonesian positive law). In terms of their preparation, depending on the older particularities, laws are the legislative product of collective fora (Parliament, Assembly, Congress), but also the work of the executive or the chief of state as their lever.

State law requires the interception of older power excesses through legal rules. This means that the ultimate force in ensuring social order is held by law, any person in the state regardless of position, which he has or the influence or economic position, that is, shall not be allowed to overcome the limits of legislative rules. In Romania this is reflected explicitly in the Constitution, "nobody is above the law"1. But laws are made by people and depending on the evolution of society, of interstate relations, and the interests of society in general, or of those who lead the company at a time, the content of normative acts changes or even more a law is removed in whole, being replaced by other considered provisions, to be outdated or that regulate, in a more suitable area in question. Parliamentarians assert that a law is not perfect, but perfectible, and its effects are related not only to normative content, but also to its application in the territory. For instance, the reforms of agricultural order from the time of A.I. Cuza, found their

1 Romanian Constitution, art. 16, par. 2

applicability based on the Prime Minister's circular, and the results were placed on three components: peasants appropriation by law, persons who committed or benefited from the abuse of authorities and received land in areas more higher than they would be due and unappropriation peasants.

Law, in its wider meaning, has a triple semantics: the rule of law, religious or moral; law of nature and law in the sense of logic, normal rule. Following the lead of semantic division, legal law is used with a dual purpose: first as a legal instrument issued by a state legislative forum and then as sentences or phrases from the content of these laws, which establish certain behavior, to be followed (kept) by people2. For example, the Law 215/2001 is a normative act of the Romanian Parliament and regulates the public local administration, and the provisions, which establish the responsibilities of the Local Council representatives, normative propositions, covering the skills of deliberative body of a locality. Laws, strictly, are necessary and general regularities in the relations between entities3, are issued by the legislative institution, with the observance of the set procedure and in order to regularize some social relations4.

The conditions for a legal act to have the status of the law are these:

- to have normative content;

- to came from the state legislative body;

- to be developed and adopted by an exact procedure;

- to be issued by the legislative body, when exercising his responsibilities, like primary regulation of social relations.

In terms of its form, law can be divided into chapters, which consist of several sections, which in their turn consist of a number of articles, the latter being composed by one or more paragraphs. For a casual identification, but also for an accurate assessment of legal acts, law has a number expressed in principle to the entry into force (e.g., Law 1 / 2000), an adoption date (the day when it is adopted as final by the Parliament), a targeted and highlighted object (i.e. restitution of property) and a date of publication in the Official (Newsletter) Gazette, depending on which it depends upon the entry into force, unless the law itself provides an exact time of entry into force.

As it is known, law was separated from morality and customs, and the first written statutes meant a custom amount, general and frequently used. The exact origin of the first laws is hard to tell. Sophocles in Antigone said

---

2 Mihai C. Gheorghe – Theory of Law, 2nd edition, All Beck Press, Bucharest 2004, p. 56
3Idem, p. 57
4 Mihai Gheorghe – Law Fundamentals. Theory of Objective Law Origins, 3rd vol., All Beck Press, Bucharest, 2002, p.157

"nobody knows where the laws come from; they are eternal5." Over centuries, Montesquieu claimed that the laws "should be suited to individual conditions of the country, with the climate - cold, warm or temperate - soil quality, with the location, with the sheer size6." Considering that law is not a rigid science, like technical sciences, Jean Carbonnier insists on the evolution of the Law itself, this does not mean that in his opinion the permissible maximum threshold of the behavior, but it turned into a process of governance7, in a tool within the reach of the leaders, by which they guided the destinies of a country. Inhering trying to highlight the personality of one who is found in the legislative forum, and of those that had addressed a law entry into force, considered that the one who has legislative responsibilities should be an exceptional thinker, a deep analyst, a philosopher but simultaneously his mind, to be reflected in the content of the law translated by a clear and simple language, that law should be understood by anyone irrespective of the social stage8, which is located or the training and knowledge, that a person has acquired.

Knowing that law is the emanation of the general will, made through the body, which represents this will, it occupies the first position in the hierarchy of normative acts, and its provisions are mandatory for both the government and governance, are general and impersonal being likely for application for an unspecified number of people, in many similar situations, establish rules of social behavior, forcing the subject of law to act in one way or contrary to refrain from certain facts and unlike other laws, the regulations provide also a negative consequence against the person who violate the regulatory device, presented in the form of a penalty that shall be applied by the coercive power of the state, to that person (natural or legal), which had a different behavior than the one opposable by law9.

In the Declaration of human and citizens' rights from France in 1789, law was defined as "an expression of general will10". In an utopian way it would mean that the entire voting population of a country should participate directly in the development and approval of regulatory acts. This is practically impossible due to the high volume of issued legal acts, but also to inspect each individual, it was a solution by which the laws reflect in the content of the general will, precisely because, as those mandated to work on their preparation are elected by the people. For the population to have also

---

5 Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona – General Theory of Law, 2nd edition, All Beck Press, Bucharest 2005; appeared initially as simple customs, their role was to regulate interhuman relations, a role they have today.

6 Montesquieu – On the Spirit of Laws, apud Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona – General Theory of Law, p. 45; he claimed that it is applicable nowadays as well, and this is why we are able to talk of the positive law of a certain state.

7 Popa Nicolae, Eremia Mihail-Constantin, Cristea Simona – General Theory of Law, p. 192

8Idem, p. 191

9Draganu Tudor – Constitutional Law and Political Institutions, Elementary Treaty, 2nd vol, Lumina Lex Press, Bucharest, 1998, p. 98-99

10 The Declaration of human and citizens' rights, art. 6

direct access to the legislative process there is the possibility of initiation without intermediary, by citizens of some legislative proposals or the possibility of population pronouncement by referendum regarding the opportunity of some normative acts.

Legal norms should be formulated in an abstract way, so that should not be fixed before the appearance of laws, the people who apply to, but they are prepared for the implementation including those who form the majority in the legislative forum. In this sense those, who form the majority thinking that the legal regulation which they adopt is opposable, they will have the interest, that law be as close to reality and to the general objectives of the society11.

In conclusion, we say that law is "that act adopted by the state having the status of national representatives, which sets general and impersonal rules of social behavior, which may be mandatory and enforced to be sanctioned through the force of state coercion.12"

Types of laws

We have already said that laws are issued only by the Parliament, but the vastness of this term draws the idea that law is also an international treaty, which joined the Romanian state or a document prepared by a local deliberative body. Regarding the first situation, indeed international treaties are ratified by law by the legislative forum, so the above idea is not very far from reality, in the second case we cannot speak of a law but of a regulation of a collective body applicable at the level of an administrative unit (municipality or county).

Laws are classified according to several criteria as follows:

- depending on the formal modality proper to their adoption we have: constitutional, organic and ordinary laws;

- depending on the scope of application we get: general, special or exceptional laws;

- according to the content we forfeited: material laws and procedural laws, the latter subdividing into organization of courts laws, competence laws and procedures for carrying out the activity of judging the sake laws;

- depending on the authority that exercises the legislative function by the regulatory acts issued, we have: the Constitution, international treaties, Community laws, legislative acts;

---

11 Draganu Tudor – Constitutional Law and Political Institutions, p. 100
12 Idem, p.99; nobody except for the institutions holding the legislative position, may issue laws, and they have to comply with certain features

- by prescribing sanctions there are: perfect and imperfect laws;

- depending on the legal component of the text, we distinguish: direct regulatory laws, empowerment, control, framework-laws13.

A special category of laws are interpretation laws. Throughout the summary of this work as I have already made reference to them, when I analyzed the retroactivity of law highlighting the exception that they constitute from the non-retroactivity principle, we will only add that the interpretation law aims to eliminate the unclear, difficult interpretative or other ambiguities. "Interpretive law shall not be confused with the non-legal laws of interpretation of the legal law. Interpretive laws of legal law have methodological character, as the interpretation is the only method of application of legal rules, it can be used by various exponents.14"

Constitutional laws are those that involve the review of the fundamental law of the country. The initiators of such laws may be: the President of the country at the proposal of the Government, one fourth of the total number of parliamentarians, or 500,000 citizens voting15. The procedure of adopting such laws involves a minimum percentage of 66% of the total members of each Chamber, which was to agree with the content of constitutional laws. Such regulations come into force not by been simply adopted by the parliament even if it is a qualified majority of 2 / 3 of all officials, but it needs the opinion of all adult population of the country, which within 30 days of its adoption by Parliament, it is invited to a referendum to express their option by secret ballot16. In case of constitutional laws there is no Chamber of reflection or first Chamber, nor a decision Chamber. Only in this category of laws Romanian Constitution mentioned the possibility of mediation. If, two different Chambers adopt a project of constitutional law differently, a mediation committee is formed with the participation of mixed participation: deputies and senators. If the committee does not find any (common ground) in the final form of the law, it shall organize a joint session of both Chambers, and the decisions will be taken with a qualified majority of 3 / 4 of all parliamentarians.

It is perhaps important to clarify that customary, among constitutional laws, does not fit to the constitution, being the supreme law of the country, different from the rest of constitutional laws, that fact may be developed only with the compliance of the Constitution17.

---

13 Mihai Gheorghe – Law Fundamentals 3rd vol, p. 167-169

14Idem, p. 168 (footnotes); any law may be interpreted, but if we get this far, the role of lawmaking authority would not be to issue laws but indicate what their purpose is
15 Romanian Constitution, art. 150
16 Muraru Ioan, Tanasecu Simina – Constitutional Law and Political Institutions, p. 309
17 Zamfirescu Zoica – Constitutional Law p. 198

Organic laws are not defined by the legislator, as he adds only the domains that are regulated by these categories of laws. According to the constitutional text the organic law shall regulate: the electoral system; organization and operation of the Permanent Electoral Authority; organization, operation and financing of the political parties; the status of Deputies and Senators, the establishment of the emoluments and other rights; organization and holding of a referendum, organization of the government and of the Supreme Council of National Defense, the state of partial or total mobilization of the armed forces and the state of war, the state of siege and emergency; crimes, punishment and the execution thereof; the granting of amnesty or collective pardon; the status of magistrates; administrative court; organization and operation of the Superior Council of Magistracy; the courts, the Public Ministry and the Court of Auditors; the general system of property and inheritance; the general organization of education; the organization of local public administration; of the territory, as well as general state regarding local autonomy; the general state regarding work reports; unions, employers and social protection, the status of national minorities in Romania, the general state of cults; other fields for which the Constitution provides the adoption of organic laws18. This last provision of Article of the supreme law refers to: getting and losing the Romanian citizenship, the organization of the Constitutional Court, the role of the Legislative Council, functioning of institution Ombudsman or the election of emblem or seal of the country19.

Considering the regulatory scope covered by organic laws, we infer the importance of this category of laws.

The main areas of activity are regulated by laws – the organic law, whenever appropriate. Viewed hierarchically with the constitutional law and the ordinary one, the organic law is situated on an intermediate position between them. An organic law enacts with the absolute majority of votes, i.e. 50% plus one vote, of the total number of members of each Chamber20. With reference to the governed matter, the organic law is constitutional but if we refer to the steps taken in the preparation procedure, we find similarity with the adoption of ordinary laws. Professor Deleanu supported in the year of adoption of this Constitution of Romania that "organic laws should be enacted to deal with Constitutional matters, but after the usual procedure in which the ordinary laws are enacted21."

Both areas subject to regulation but also to the majority needed to adopt, the organic laws are proving their superiority over the ordinary ones. An

---

18Romanian Constitution, art. 73
19 Zamfirescu Zoica – Constitutional Law p. 199
20Idem, p. 199
21Official Gazette, part. 2, 2nd year, no. 9/29.03.1991, professor Ion Deleanu's opinion within the Constituent Meeting from 27.03.1991, apud Zamfirescu Zoica – Constitutional Law p. 199-200; in case of such an adoption procedure, the difference between the two categories of laws is reduced

organic law is adopted, with majority of votes of the present parliamentarians, obvious in the vote moment, within each Chamber. Areas for the regulation of which ordinary laws are elaborated are derived by reading those covered by the regulations for organic laws, those areas that are not retrieved at the organic law being to the competence of laws category, which shall be enacted by simple majority. However, if we look at the constitutional text, we see that the general state of cults is governable to regulation by organic law. This means that in the domain of cults, the ordinary laws can not contain legal rules. But it specifies that only the general state has the competence of an organic law, and this is looming the possibility that particular aspects of cults can be also regulate through ordinary laws.

It was a time not too distant in the history of Romania, when regulatory acts were enacted unanimously, by the institution that held the legislative function. Because unanimity among a collective body, comprising several hundred people is hard to believe that can be done only in terms of beliefs of these people but not by other means, the democratic regime has allowed the right to hold opinions and to support it by voting for representative people, unanimous vote belonging to the past.

Although ordinary laws are regarded as one of the 3 steps in terms of their importance, the Government may not be empowered by the Parliament to issue orders in certain fields of which regulation belongs to this category of laws22.

In the Romanian legal system previous to the current Constitution, the share of the ordinary laws was very high compared to other types. During this time an organic law was enacted, according to the same procedure used in case of ordinary laws, the mention of the organic law being only theoretical, because practical, their adoption was identical. Only after the introduction of majority voting criterion necessary for adoption, a clearer distinction between the two types of law were created23, and implicitly the need for precise delimitation of what the legislator should have in view, that initiates a legislative project.

If the Parliament adopts an ordinary law in a field, which belongs to the organic law, the Constitutional Court after the verification of this issue may declare a law as unconstitutional24. A body that constantly checks the constitutionality of laws gives them the possibility not to declare that the respective law is outside the limits set by the Constitution.

Both the Senate and the Chamber of Deputies debated and adopted it as being the first notified Chamber, or the decision Chamber, both organic and

22Ionescu Cristian – Constitutional Law and Political Institutions, 2nd vol, p. 286
23Muraru Ioan, Tanasecu Simina - Constitutional Law and Political Institutions, p. 509-510
24Mihai Gheorghe – Law Fundamentals, 3rd vol, p. 166

ordinary laws, neither being by exclusive competence to only one of the Chambers.

Nearby the constitution, it is subordinate to constitutional laws, the organic and the ordinary ones, according to their legal force and on the same line of laws decreasing, the acts emitted by executive power and those emitted by public county authorities and to the level of locality25 are subordinate to them. Differences between the three categories of laws vary depending on their commencement, on the areas reserved for them and not least by the majority of votes needed for enactment.

General laws are the common law and regulate the scope of social relations specific to branches of law. In the field of relations between individuals, a general law is precisely the Civil Code. Like the Constitution, codes contain general provisions, but a code of laws regulates only in a certain branch of law (civil, family, customs) and is below the fundamental law, both by content, by way of adoption and change, not least because of the requirement to harmonize the text with the one of supreme law.

Special laws have as the regulation object, only certain relationships within a branch of law. Through them the organization and operation of legal institutions may be determined, like that of marriage or only certain aspects of it. In case the general rules laid down some rules on social relationships, which are also regularized by a special law, but in a different way, the law applied is lex speciali derogat generale26.

Exceptional laws are adopted in some cases, in a special period, which crosses a state. One such case is that in which the occurred events invoke the installation of the condition of necessity. In such crisis situations quick and effective measures are required. Such measures cannot be arranged only in an already established legal framework. Because the normal elaboration of the laws also involved some deadlines for their entry into force, the State is unable to effectively solve rising problems. Release of exceptional laws allows the state organization to dispose the necessary measures for the resolution of situations, that have generated the establishment of the condition of necessity.

Material laws own in their content a provision, which regulates social relations from only one branch of law or related to sub-branches. There are material those laws which include legal rules from the sphere of civil law, criminal law, the commercial law27 and other fields of law. Unlike the material laws, the procedure ones do not contain provisions, that regulate individual behavior but other aspects of organizational nature. Law proceedings are organized for that matter of activities of the trial (the

25 Ionescu Cristian – Constitutional Law and Political Institutions, 2nd vol, p. 287
26Mihai Gheorghe – Law Fundamentals, 3rd vol, p. 167
27 Mihai C. Gheorghe – Theory of Law, p. 110

judicial process), territorial and material competence of courts are established, depending on the degree of jurisdiction and their territorial location and are given criteria and directions regarding the materialize of judgments decree, i.e. putting into execution28 of this city knowing that not everything the court decides is translated into practice by the parties, which were in dispute. Laws of organization of courts regulate the organization of the judiciary system, both the civil courts and of those with a military character. Competencies laws establish for each type of court, which are their responsibilities and what can spread their activities, and the laws regarding the procedures for carrying out on the activity of judging the reasons29 includes rules, that determine the details of the unfolding of a process including the early phase of the criminal action.

Constitution in its quality of supreme law in the state is also the general framework for all legislation in force or which shall come into force in the future. International treaties to which our country adheres become practical rules of internal law after the time of their ratification by the Parliament. Community laws have great importance both in the current period but from now on as well, because of the intentions of the country's integration into European structures. Among other criteria and conditions to be met, compatibility of domestic legislation with the European Community is impetuously necessary. Harmonization of laws is even a guarantee of the states desires, which join the European Union, about a full integration. To the level of all, EU is a legislative forum entitled by the European Parliament. In its content there are found elected euro-parliamentarians by an electoral system extended to all Member States, in each state, which has been integrated into the dramatic political and economic construction after the end of the Second World War.

Perfect laws are those that cancel their contrary effects, stipulated in other normative acts or simply disband those normative acts, while the imperfect ones30 do not contain any negative consequences for a law whose content would conflict with this.

Direct regulatory laws establish the deployment or the organization of some activities. The diplomatic laws are the acts of empowerment performed by a legislative authority. Such a situation is the empowerment of the Government by the Parliament to issue orders, during the parliamentary vacation. Control laws show the modality and the role of parliamentary observation and framework laws establish limits that cannot be overcome by other laws, which shall succeed.

Contact – email
adelin13ungureanu@yahoo.com

28 Idem, p. 110
29 Idem, p. 110
30 Mihai Gheorghe – Law Fundamentals, 3rd vol, p. 169

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZMĚNY RODINNÉHOPRÁVA ZA PROTEKTORÁTU

RENATA VESELÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Příspěvek je věnován změnám v oblasti rodinného práva za protektorátu. Zmiňuje se zejména o nařízení o provedení a doplnění manželského zákona a o sjednocení mezinárodního práva rodinného z roku 1941 a let následujících.

Key words in original language
Rodinné právo; Protektorát.

Abstract
The contribution deals with changes in the field of the family law during protectorate. It makes reference especialy to the statute of fulfilment and completation of the matrimony act and about unification of the intarnational law.

Key words
Family Law; Protectorate.

Zásadní změna způsobená obsazením českých zemí nacistickou armádou 15. března 1939 a následné zřízení Protektorátu Čechy a Morava znamenalo pro české obyvatelstvo ztrátu všech do té doby ještě existujících formálně demokratických svobod. Z hlediska právního postavení se na protektorátním území rozlišovaly z hlediska práva tři skupiny osob. V rámci nacistických právních pojmů šlo o politicky i právně plnoprávné německé říšské občany, dále Čechy, kterým byla udělena protektorátní příslušnost a třetí skupinu představovala skupina naprosto bezprávných obyvatel, na něž se v plném rozsahu vztahovaly rasistické předpisy (židé, cikáni). Toto rozličné právní postavení populace i válečné události pochopitelně nacházely odraz i ve změnách dosavadního občanského, respektive rodinného práva.

Počáteční vážný zásah s dopadem na oblast rodinného práva způsobil totiž už samotný Výnos Vůdce a říšského kancléře ze dne 16. března 1939 o Protektorátu Čechy a Morava.[1] Podle jeho druhého článku, prvního odstavce byli totiž příslušníci německého národa, obyvatelé protektorátu prohlášeni za německé státní příslušníky. Od tohoto data se na právní poměry německých státních příslušníků (tedy i bývalých československých občanů německé národnosti) pohlíželo jako na osoby , které se mají zejména v oblasti práva osobního, rodinného a dědického řídit právem jejich

[1] Výnos byl vyhlášen pod číslem 75/1939 ve Sbírce zákonů a nařízení

domoviny, t. j. německého práva. Výnos pro ně stanovil aplikaci německých zákonů týkajících se osobního statutu i německou soudní pravomoc.

K provedení uvedeného výnosu bylo již 20. července 1939 s účinností od 1. srpna téhož roku vydáno nařízení o použití německého práva pro německé státní příslušníky v Protektorátu Čechy a Morava. V prvním paragrafu nařízení bylo jednoznačně určeno, že na právní poměry německých státních příslušníků - tedy i postavení bývalých československých státních příslušníků německé národnosti, prohlášených dne 16. března 1939 Hitlerem za německé státní příslušníky „jest v Protektorátu Čechy a Morava použito práva jejich domoviny (německého práva), pokud toto právo stanoví použití zákonů domovského státu“. Zároveň byla zdůrazněno, že právo domoviny platí zvláště v oboru práva osobního, rodinného a dědického. Zvláštní odstavec věnovalo nařízení otázkám sňatku a rozvodu. Pro formu sňatku určilo použití německého práva v případě, že muž byl německým státním příslušníkem.

K platnosti manželství se vyžadovalo, aby k jeho uzavření došlo před německým stavovským úředníkem. Navíc zmíněné nařízení přeneslo působnost k přeměně rozvodu manželství v rozluku z úředního soudu v Litoměřicích na úřední soud v Praze a také vedení evidence uzavřených manželství svěřilo pro „německá“ manželství německým stavovským úředníkům. Zmíněným nařízením byl tedy prohlouben anomální stav platnosti dvojího práva v oblasti rodinně právních vztahů na území protektorátu. Nešlo však bohužel o zásah poslední.

Ještě výrazněji totiž do rodinných vztahů v protektorátu zasáhlo recipování norimberských zákonů pro všechny jeho obyvatele. Hlavním úkolem rasistických norem v počáteční fázi okupace bylo zajistit nacistům veškeré majetkové hodnoty náležející do té doby židovskému obyvatelstvu. V dalším období však už protektorátní vláda vydala takovou normu, která zasáhla přímo osobní statut a důstojnost židovských obyvatel protektorátu. Bylo jí vládní nařízení ze dne 4. července 1940 č. 136 Sb. V tomto případě šlo vlastně již o kopii norimberského zákona na ochranu německé krve a německé cti a jeho prováděcích předpisů. Vládní nařízení o právním postavení židů ve veřejném životě obsahovalo jednak vymezení okruhu osob, na něž se vztahovalo, jednak zvláštní omezení osoby.

Neslavným vyvrcholením legislativní horlivosti protektorátní vlády v této oblasti se stalo vládní nařízení ze dne 17. března 1942 č. 85 Sb., kterým se vydávají další předpisy o židech a židovských míšencích. Jak nařízení konstatovalo, bylo vydáno k doplnění říšských právních předpisů – norimberských zákonů a jejich prováděcích norem. Druhý paragraf tohoto nařízení zakazoval protektorátním příslušníkům uzavřít manželství s osobou židovského původu. Výjimku z tohoto zákazu mohl poskytnout pouze ministr vnitra, Na manželství uzavřené proti tomuto zákazu, a to i v cizině, byla stanovena sankce neplatnosti a neplatnost měla být vyřešena z moci úřední. Snoubenci byli povinni písemně před sňatkovým úřadem prohlásit, že neexistují překážky k uzavření manželství buď podle říšských právních

předpisů a nebo podle § 2 tohoto nařízení a na požádání sňatkového úřadu skutečnost, že zde nejsou překážky manželství, také prokázat. Jestliže by se překážky manželské objevily, sňatkový úřad nesměl přijmout prohlášení k přivolení manželství. Pátý paragraf vládního nařízení č. 85/1942 Sb. pak dokonce zakazoval mimomanželský pohlavní styk mezi židem a protektorátním příslušníkem, který nebyl žid nebo židovský míšenec se dvěma úplně židovskými prarodiči ve smyslu § 1 tohoto nařízení.

Aby bylo těmto bezprecedentním příkazům vyhověno a aby byla dodržena právně teoretická struktura uvedeného nařízení, obsahovaly jeho následující části také velmi přísné sankce. Kdo by jednal proti zákazu „smíšeného manželství" mohl být potrestán žalářem od 1 roku do 15 let. Za porušení zákazu mimomanželského pohlavního styku byl pro muže stanoven trest podle právní kvalifikace uvedeného jednání diferenciovaně, avšak o nic méně přísně. Pokud by bylo kvalifikováno jako přečin, mohl být viník potrestán tuhým vězením až do 5 let. Pokud by bylo shledáno zločinem, hrozilo se trestem žaláře od 1 do 15 let. Zúčastněná žena měla být podle § 8 odst. 2 vyňata z potrestání.

A ještě jednu sankci sui generis za uzavření manželství mezi protektorátním příslušníkem a osobou židovského původu stanovil § 4 zmiňovaného vládního nařízení. Dovoloval totiž zůstaviteli, který byl protektorátním příslušníkem a nebyl židovského původu, aby svého „nežidovského" potomka vydědil v případě, jestliže by tento uzavřel manželství proti ustanovením nařízení nebo proti ustanovení obdobných říšských právních norem. Také takovým způsobem se zákonodárce pokoušel prosadit říšské představy o zachování „čistoty rasy". Navíc i administrativní praxe činila nátlak, aby dosáhla rozlučování rasově smíšených manželství i germanizace manželství smíšených národnostně.

V oblasti sňatkových předpisů následně došlo ještě k dalším změnám. Vládní nařízení ze dne 26. června 1941 o příslušnosti biskupů římskokatolické církve při oddavkách vydané ve sbírce pod číslem 292 přineslo změnu manželské novely z předmnichovské republiky (zákon 320/1919 Sb. z. a n.) Vláda protektorátu jím umožnila, aby oddavky, pro něž byl dříve příslušný farář římskokatolické církve, vykonal vedle toho také biskup (kapitulní vikář) této církve, a to v hranicích své diecéze. Jak podotkl dobový komentář, již v době vydání tohoto nařízení však bylo zřejmé, že nebude mít většího praktického významu.

Následovalo nařízení o provedení a doplnění manželského zákona a o sjednocování mezinárodního práva rodinného ze dne 25. října 1941. Nové říšské nařízení změnilo právní řád platný v Protektorátu Čechy a Morava v míře dosti podstatné. Prvá část zasahuje do protektorátního práva manželského ustanovením o neplatnosti manželství pro porušení ustanovení o formě uzavírání manželství v protektorátu. Druhá část přináší v § 2 ustanovení o přeměněné rozvodu manželství na rozluku a může dosáhnout i na protektorátní příslušníky , pokud jsou rozvedenými manžely příslušníků německých. Nejvýznamnější je část třetí: zavádí do protektorátního práva

ustanovení mezinárodního práva rodinného, a to ustanovení obsažená v uvozovacím zákonu k německému občanskému zákoníku. Část čtvrtá unifikuje předpisy o příslušnosti ve věcech manželských a přináší některé další změny říšských předpisů. Pátá část upravuje uznávání cizích rozhodnutí v manželských věcech a zasahuje i do práva protektorátního.[2]

Říšským nařízením o přizpůsobení předpisů rodinného práva ze dne 6. února 1943 byla nově upravena některá ustanovení jednak práva občanského, jednak práva procesního a to – jak již naznačuje nadpis nařízení – pokud zasahují do oboru práva rodinného nebo s ním souvisejí.

Nařízení má 5 článků:

Článek 1 a 2 mění některá ustanovení materiálního práva rodinného a to článek 1 některé paragrafy říšského občanského zákona, článek 2 pak některé paragrafy všeobecného občanského zákoníku platného v Sudetech a v protektorátu.

Článek 3 upravuje formální právo, t. j. předpisy o příslušnosti a řízení ve sporech o uznání a popírání manželského původu, jakož i v nikoliv ryze majetkoprávních sporech vznikajících z poměru mezi rodiči a dětmi a ve sporech o zjištění pokrevního původu dítěte nemanželského.

Článek 4 obsahuje ustanovení o zjišťování rodového původu vyšetřením po stránce dědičnosti a rasového původu.

Článek 5 obsahuje přechodná ustanovení. [3]

Podrobně popsat konkrétní dopad jednotlivých ustanovení protektorátních nařízení na společenskou realitu by jistě zasloužilo spíše sociologickou než právní studii. Přesto nelze období protektorátu ani z hlediska vývoje rodinného práva považovat za právně historicky objasněné a bude nepochybně třeba se k tématu v dalším výzkumu navrátit.

Literature:

- Hoffmann, J. Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník I, III. 1941, 1943
- Sbírka zákonů a nařízení Protektorátu Čechy a Morava

Contact – email
renata.vesela@law.muni.cz

[2] Hoffmann, J., Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník III. (1941), str. 1425

[3] Hoffmann, J.,Nové zákony a nařízení Protektorátu Čechy a Morava, ročník V. (1943), str. 169

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SNR JAKO TVŮRCE PRÁVA V LETECH 1944-1948

LADISLAV VOJÁČEK

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
SNR vznikla jako revoluční orgán, který si osoboval zákonodárnou a výkonnou moc na území Slovenska. Při výkonu zákonodárné činnosti konkurovala dekretální činnosti prezidenta republiky a zákonodárné činnosti pozdějšího parlamentu. Zajímavé je sledovat způsob vymezení její působnosti i obsahové odlišnosti jejích nařízení od úpravy platné v českých zemích.

Key words in original language
Nařízení SNR č. 30/1945 Sb. n. SNR; První pražská dohoda; Národní správa; Retribuce.

Abstract
The Slovak National Council was established as a revolutionary body, holding both legislative and executive power within the territory of Slovakia. By its legislative acts it competed with the decrees issued by the President of the Republic as well as the legislation later made by the Parliament. It is interesting to observe the way its authority was defined and the differences between the content of the regulations issued within its power and of the legislation enacted in the Czech countries.

Key words
Collection of the Regulations of the Slovak National Council; Regulation No. 30/1945; First Treaty of Prague; National administration; Retribution.

Poznámka na úvod

Pravomoc vydávat právní předpisy se silou zákona příslušela v původně unitárním Československu především Národnímu shromáždění (od začátku roku 1968 transformovanému do podoby dvoukomorového Federálního shromáždění a doplněnému národními radami), ale získaly ji i jiné subjekty. V prvních dnech existence československého státu to byl Národní výbor československý, krátce na to – nad rámec své kompetence – občas i ministr s plnou mocí pro správu Slovenska, pak na základě zmocňovacího zákonodárství vláda (a podle druhorepublikového ústavního zákona také prezident republiky) a od roku 1944 pak Slovenská národní rada (a v letech 1945 až 1946 krátce – opět na základě zmocnění – i Sbor pověřenců).

Slovenská národní rada vydávala jako právní předpisy s právní silou zákona do roku 1948 svá nařízení (nařízení SNR), pak zákony. K jejich publikaci vydávala zvláštní sbírku (Sb. n. SNR) a od roku 1948 do konce padesátých let Sbírku zákonů SNR (Sb. SNR). Jak o tom svědčí i obsah jednotlivých

ročníků této sbírky, nejintenzivněji si počínala v prvních letech své existence a pak její zákonodárná činnost prudce upadla. Právě u počátku činnosti SNR bych se chtěl několika reflexemi, vážícími se ke zdrojům její zákonodárné pravomoci, k vymezení její kompetence i k formální stránce vydávání nařízení SNR, zastavit.

Zrod Slovenské národní rady jako zákonodárce

Legislativní činnost slovenských orgánů z doby Slovenského národního povstání tvořila součást méně zřetelného zákulisí, které ve válečné situaci a při permanentních vojenských střetech povstalců s nacistickými okupanty a s jim poplatným režimem rozhodně nepoutalo hlavní pozornost veřejnosti. Přesto vydávání právních předpisů představovalo významnou součást činnosti povstaleckých orgánů a stalo se i předmětem sporu s československou politickou reprezentací v exilu. Do právotvorné činnosti SNR se totiž promítaly nejen momentální aktuální problémy, ale také představy o budoucím postavení Slovenska v obnovovaném Československu i o celkovém směřování obnoveného státu.

Nařizovací pravomoc Slovenské národní rady se zpočátku revolučně opírala o ustanovení jejího prvního nařízení (č. 1/1944 Sb. n. SNR z 1. září 1944).[1] Nařízení prohlašovalo Slovenskou národní radu za vykonavatelku celé zákonodárné, vládní a výkonné moci na Slovensku. Odvrhlo tedy princip dělby moci a veškerou moc soustředilo v rukou jediného orgánu. Pravomoc k přijímání právních předpisů nejvyšší právní síly si vyhradilo Plénum Slovenské národní rady.

Stav, kdy si Slovenská národní rada přisvojila veškerou zákonodárnou pravomoc na území Slovenska, ovšem mohl být v souvislosti obnovením československého státu jen provizorním řešením. V souvislosti s příchodem prezidenta republiky a vlády na osvobozené území jej bylo třeba modifikovat. Otázku rozsahu zákonodárné kompetence SNR v situaci, kdy si konkurovala s obnovenými celostátními orgány, v obecných rysech řešil Košický vládní program. Je obecně známo, že právě tato jeho ustanovení se nerodila lehce. O postavení a kompetencích slovenských národních orgánů se v březnu 1945 v Moskvě vedly velmi ostré debaty, které v jisté fázi hrozily přejít v neřešitelný konflikt a zhatění jednání o nové vládě a jejím programu. Přesvědčení účastníků o vážnosti chvíle a nutnosti dohody je nakonec udrželo u jednacího stolu a vedlo – už i za účasti představitelů Slovenské národní rady – ke schválení kompromisní formulace VI. kapitoly vládního programu[2].

---

[1] Publikováno například in *Dokumenty k vývoji československého ústavního práva.* Sestavil V. Flegl, Praha, 1989, str. 30.

[2] Text VI. kapitoly nejnověji in *Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti.* II., č. 272, Bratislava 1998, str. 407-408. O vývoji stanoviska slovenských činitelů ke státoprávnímu uspořádání před přijetím Košického vládního programu viz BARNOVSKÝ,

Košický vládní program přiznával Slovenské národní radě právní status zakotvený v nařízení č. 1/1944 Sb. n. SNR (vykonavatelka moci zákonodárné, vládní a výkonné na Slovensku) s tím, že v záležitostech celostátní povahy přísluší zákonodárná moc pro celé území státu prezidentu republiky a že o budoucím rozdělení kompetencí mezi ústřední a slovenské orgány se dohodnou legitimní zástupci českého a slovenského národa. SNR pak 21. dubna 1945 toto politické rozhodnutí přenesla do právního řádu platného na Slovensku nařízením č. 30/1945 Sb. n. SNR o zákonodárné moci na Slovensku. Zrušila ustanovení § 1 nařízení SNR č. 1/1944 Sb. n. SNR a stanovila, že zákonodárnou moc na Slovensku vykonává Slovenská národní rada v duchu upřímné shody s prezidentem a vládou Československé republiky. Zároveň konstatovala, že zákonodárná moc ve věcech celostátní povahy přísluší prezidentu republiky po dohodě se Slovenskou národní radou. Uskutečňuje ji formou dekretů prezidenta republiky, v nichž výslovně uvede, že se vydávají po dohodě se Slovenskou národní radou. Také k tomu, aby byla nějaké záležitosti přiznána celostátní povaha, nařízení vyžadovalo dohodu se Slovenskou národní radou.

Slovenská národní rada tímto svým nařízením vytvořila nezbytný prostor pro hledání optimálního poměru mezi kompetencí ústředních a slovenských orgánů na Slovensku. V podmínkách asymetrického uspořádání, které pak vzniklo[3], a v politické situaci následujících měsíců a let se to ovšem ukázalo jako jen velmi obtížně řešitelný problém. V první fázi, v době do svolání Prozatímního národního shromáždění, byla ve výhodnější pozici SNR, protože ve sporných situacích ona – tím, že dala či nedala souhlas k prezidentskému dekretu – určovala, jaký bude rozsah působnosti „celostátního“ zákonodárce. S ustavením Prozatímního národního shromáždění (28. října 1945) je však spojeno zcela jiné řešení. Podle čl. 1., odst. 1 ústavního dekretu prezidenta republiky č. 47/1945 Sb. o Prozatímním Národním shromáždění "vykonává moc zákonodárnou podle tohoto dekretu pro celé území Československé republiky Prozatímní Národní shromáždění", aniž by se zmiňovala jakákoliv ingerence slovenských národních orgánů. Od tohoto okamžiku Slovenská národní rada ztratila svůj – do té doby zásadní – podíl na celostátním zákonodárství. Do budoucna jen ve věcech týkajících se ústavně-právního postavení Slovenska platil zákaz majorizace přítomných slovenských poslanců Prozatímního národního shromáždění.

M.: Kontinuita a diskontinuita štátoprávnych predstáv povstaleckej reprezentácie po porážke povstania. In: *Slovensko na konci druhej svetovej vojny (stav, východiská a perspektivy).* Bratislava, 1994, str. 72 an.

[3] Slovenští političtí činitelé ovšem předpokládali zavedení federativního uspořádání; k tomu viz *Komunistická strana Slovenska. Dokumenty z konferencí a plén 1944 – 1948.* Bratislava, 1971, dok. č. 23, str. 83 – 85 a například CHOVANEC, J.: *Československá socialistická federace*, Praha, 1979, str. 51 a 52.).

Ustanovení prvního nařízení SNR, nařízení č. 30/1945 Sb. n. SNR a souvisících dokumentů se bezprostředně dotýkala také vztahu k dřívějšímu právu, který s tvorbou práva nedílně souvisí. Významné je to především proto, že se přístup vlády a prezidenta republiky na jedné straně a SNR na straně druhé k tomuto problému, tedy k otázce právní kontinuity, diametrálně lišil. Vzhledem k tomu, že tato problematika je v československé právněhistorické literatuře poměrně frekventovaná.[4], dotkneme se jí nejdříve a jen stručně.

Poměr SNR ke staršímu zákonodárství

Při analýze tohoto problému je třeba zkoumat především právní důsledky vydání nařízení SNR č. 1/1944 Sb. n. SNR a konfrontovat je s ustanoveními ústavního prezidentského dekretu č. 11/1944 Ú. v. o obnovení právního pořádku, vydaného v návaznosti na ústavní dekret č. 2/1940 Ú. v., upravující prozatímní způsob výkonu zákonodárné moci orgány zahraničního odboje.

a) Jak všichni víme, ústavní dekret č. 11/1944 Ú. v. vycházel z představy o kontinuálním navázání na předmnichovské poměry a o nepřijetí pomnichovských, protektorátních a slovenských norem za součást československého právního řádu. SNR – v situaci navozené prezidentským dekretem – řešila otázku kontinuity originálním způsobem. Její přístup však byl originálním právě jen v dané situaci, tedy ve vztahu k řešení zvolenému orgány londýnského prozatímního zřízení. Obecně šlo spíše o postup zcela standardní. Na rozdíl prezidentského dekretu nařízení SNR ponechávalo v platnosti všechny zákony, nařízení a opatření, „pokiaľ neodporujú duchu republikánsko-demokratickému“. SNR tak vlastně zvolila stejný přístup jako v roce 1918 při vzniku republiky Národní výbor československý, jen díky dodatku o potřebě souladu s republikánsko-demokratickým duchem doby jej legislativně lépe vyjádřila. Prakticky to znamenalo, že na Slovensku nadále platily normy převzaté z první republiky, ale také, pokud odpovídaly uvedenému omezení, normy z pomnichovského období a slovenské právní předpisy z let 1939 – 1944.

Na druhé straně se však do právního řádu platného na Slovensku nerecipovaly předpisy londýnského prozatímního státního zřízení, protože se tam v době vydání prvního nařízení SNR nepoužívaly. Už z jednání v Londýně v roce 1944 vyplynulo, že vláda bude muset – byť se to mnoha jejím členům příčilo – toto pojetí Slovenské národní rady respektovat. Jeho akceptování, ale zároveň i jistá rezerva k němu se odrazily v pojetí vyhlášky ministra vnitra č. 30 Sb. z 27. července 1945, která ústavní dekret prezidenta republiky č. 11/1944 Ú. v. ponechala v platnosti s tím, že „platí zatím jen

[4] Této problematiky se dotýkají zejména práce J. BENI, J. BUDNÍKA, V. KNAPPA, Š. LUBYHO, Z. NEUBAUERA nebo M. TAKÁČE. Ve svých pracích se jí věnují také obecní historici a přímí političtí aktéři té doby.

v zemích České a Moravskoslezské“. Někteří právní teoretici a historici vyvozovali z toho, že se zákonodárství SNR odvíjelo od prvního nařízení SNR, závěr, že až do vydání nařízení č. 30/1945 Sb. n. SNR Slovensko k Československu (normativně) nepatřilo. Vzhledem k tehdejší situaci jej však nepovažuji za adekvátní.[5]

Vraťme se však k vlastnímu pojetí kontinuity. Při pohledu z většího nadhledu tedy bylo originální a nestandardní spíše řešení z Londýna. Podle něj obnovovaný československý právní řád tvořily právní předpisy platné v Československu do 29. září 1938, pokud mezitím nebyly zrušeny nebo změněny, a právní předpisy vydané orgány prozatímního státního zřízení v Londýně, ovšem s tím, že podléhaly ratihabici. Problematičnost „londýnského“ řešení spočívala v tom, že předpisy z doby nesvobody, které tvůrci ústavního dekretu (aby nenarušili politicky žádoucí představu o kontinuálním navázání poválečného právního řádu na právní řád předmnichovský) nepojali do československého právního řádu, nebylo možné zcela ignorovat. Opírala se o ně totiž řada oprávněných nároků československých občanů a jejich zrušením by jim vznikla neodůvodněná újma. Proto, aby učinil zadost reálným potřebám života, londýnský zákonodárce konstatoval, že se z vůle československé zákonodárné moci mají nadále používat ty z nich, které obsahově neodporují znění nebo demokratickým zásadám československého právního řádu. Výslovně se při tom vylučovala použitelnost předpisů z oblasti trestního soudního práva, trestního soudního řízení, osobního práva a rodinného práva.

A propos: Domysleme, co vlastně ona použitelnost, kterou dřívější právo neznalo, skutečně znamenala. Vyjde to najevo, když si ujasníme vztah použitelné pomnichovské normy a příslušné normy předmnichovské, kterou použitelná norma nahradila. Vzhledem k tomu, že je těžko představitelné, že by se používala druhorepubliková nebo protektorátní norma, avšak platila by jí nahrazená norma z první republiky, použitelným normám nutně musíme přiznat i derogační účinky. Z toho pak vyplývá jediný logický závěr: použitelné normy k československému právnímu řádu tedy sice formálně nepatřily, avšak v realitě šlo o zcela totožnou situaci, jako by byly platné, protože dřívější předpis plně nahrazovaly.

b) Odlišný přístup české a slovenské politické reprezentace k problému kontinuity neměl jen praktický, ale také politický rozměr. Londýnští činitelé tím, že trvali na kontinuitě s právním řádem první republiky, dávali najevo, že nepředpokládají podstatnější modifikace prvorepublikového uspořádání, i když s blížícím se koncem války si stále zřetelněji uvědomovali, že změny nastanou a že nebudou malé. Naopak Slovenská národní rada s výrazným

[5] Příslušné argumenty jsem uvedl v článku VOJÁČEK, L.: První pražské dohoda – přijatelný kompromis nebo úspěch pražského centralismu? In: *K 75. narozeninám profesora Hubenáka. Zborník z medzinárodnej právno-historickej konferencie konanej pri tejto príležitosti.* PF UMB, Banská Bystrica, 2004, str. 69 – 77.

zastoupením komunistů od počátku vystupovala ve vztahu k platnému právu radikálněji a "robila revolúciu aj proti československému právnemu poriadku, najmä proti ustanoveniam čsl. Ústavy"[6]. Nechtěla tedy uznat jen vynucené změny, jejichž odmítnutí by vyvolalo praktické problémy, ale měla ambici aktivně spoluvytvářet novou podobu obnoveného Československa, zejména chtěla nově právně upravit vztah Čechů a Slováků a potvrdit svou legitimitu.

SNR jako zákonodárce po osvobození

V roce 1945 se z nacistického područí vymanily nejdříve východní oblasti Československé republiky a na osvobozeném území postupně obnovily svou činnost slovenské národní orgány, ustavené v době národního povstání. Zpočátku tu začaly vyvíjet činnost Delegace Slovenské národní rady pro osvobozené území a její Předsednictvo, pak i Sbor pověřenců (7. února 1945) a nakonec i obnovená Slovenská národní rada.[7]

Zákonodárné pravomoci se na osvobozeném území nejdříve chopilo Předsednictvo Delegace Slovenské národní rady, které v duchu posledního nařízení povstalecké Slovenské národní rady (nařízení č. 40/1944 Sb. n. SNR, které umožňovalo přenést pravomoci Slovenské národní rady na její předsednictvo nebo dokonce na jeho jednotlivé členy) vykonávalo veškerou působnost Slovenské národní rady, jak ji vymezoval § 1 nařízení SNR č. 1/1944 Sb. n. SNR. Začalo tedy vystupovat jako zákonodárný (a zároveň vládní a výkonný) orgán a schvalovalo, podepisovalo a publikovalo všechna nařízení a vyhlášky. Plénum Delegace Slovenské národní rady nebylo z právotvorného procesu zcela vyloučeno, neboť mělo jednotlivá nařízení a vyhlášky také projednávat, avšak rozhodující slovo příslušelo jejímu Předsednictvu. Slovenští činitelé tedy pro přechodnou dobu zvolili podobný model jako dříve československé londýnské vedení. Postavili Delegaci SNR, v níž ještě nezasedala ani polovina členů Slovenské národní rady a tedy nebyla dostatečně reprezentativní, do pozice poradního sboru Předsednictva, tj. do podobné pozice, v jaké byla v Londýně Státní rada.

Obnovené Předsednictvo Delegace Slovenské národní rady vydalo svá první nařízení 21. února 1945 (nařízením č. 1/1945 Sb. n. SNR o zřízení ústředních orgánů ex post konstituovalo 12 pověřenectev a Sbor pověřenců Slovenské národní rady a nař. č. 2/1945 Sb. n. SNR vytvořilo Úřad Předsednictva Slovenské národní rady) a poslední 9. dubna (nař. č. 28/1945 Sb. n. SNR o Organizačním předpise pro Národní bezpečnost). Mezitím se totiž počet členů Delegace Slovenské národní rady už zvýšil natolik, že byli schopni vystupovat jako Slovenská národní rada. Obnovené plénum Slovenské národní rady ve svém prvním "košickém" nařízení (nař. SNR č.

[6] LUBY, Š.: Obnova práva. Právny obzor, č. 1 – 2/1946, str. 9.

[7] Slovenské národní orgány zpočátku sídlily v Košicích. Do Bratislavy přenesly své sídlo začátkem května 1945. Plénum SNR se tu sešlo ke svému prvnímu jednání 15. května.

29/1945 Sb. n. SNR o pominutí platnosti nařízení SNR č. 40/1944 Sb. n. SNR z 11. dubna 1945) proto konstatovalo, že pominuly mimořádné okolnosti, pro něž bylo vydáno nařízení SNR č. 40/1944 Sb. n. SNR, o něž se opírala činnost prvních slovenských orgánů na osvobozeném území, a že se tedy ujímá svých kompetencí. Jak se toho ostatně ještě dotkneme, i potom si však Předsednictvo Slovenské národní rady[8] v legislativě podrželo velmi silnou pozici.

Ještě je třeba připomenout, že na základě nařízení SNR č. 95/1945 Sb. n. SNR z 23. srpna o zmocnění Sboru pověřenců SNR k mimořádným opatřením ve věcech rekonstrukce dostal právo vydávat nařízení s právní silou nařízení SNR dočasně (na jeden rok) také Sbor pověřenců SNR. Sbor pověřenců a jednotliví pověřenci vedle toho samozřejmě disponovali též odvozenou nařizovací pravomocí a vydávali prováděcí nařízení (Sbor pověřenců) a vyhlášky (pověřenci)[9]. Je třeba říci, že četnost a tedy i význam jejich odvozené právotvorby rychle rostly.

Vymezení kompetencí orgánů zákonodárné moci

První kompetenční problém mezi vládou a prezidentem jako celostátním zákonodárcem a SNR jako slovenským zákonodárcem na sebe nenechal dlouho čekat. Vyvstal už v květnu 1945 v souvislosti s vydáním dekretu prezidenta republiky č. 5/1945 Sb.[10], kterým vláda vyslovila neplatnost některých majetkoprávních jednání z doby nesvobody a zaváděla národní správu nepřátelského majetku.[11] Slovenská strana se na poslední chvíli rozhodla neakceptovat celostátní úpravu a předepsaný souhlas k vydání prezidentského dekretu neudělila.[12] Následná jednání vyústila do podepsání

[8] Původně je tvořili dva předsedové – každý za jednu ze slovenských politických stran – a šest místopředsedů. Po formálním oddělení Sboru pověřenců jako samostatného orgánu vládní a výkonné moci na podzim 1945 stál v čele Slovenské národní rady jen jeden předseda a čtyřčlenné Předsednictvo. Do čela Sboru pověřenců, do té doby řízeného Předsednictvem Slovenské národní rady, se postavil předseda. Zároveň se z Úřadu Předsednictva Slovenské národní rady vyčlenil Úřad Předsednictva Sboru pověřenců. (Srovnej k tomu nařízení SNR č. 111/1945 Sb. n. SNR).

[9] Sbor pověřenců takto vydal například prováděcí nařízení č. 55/1945 Sb. n. SNR k nařízení SNR o potrestání fašistických zločinců, okupantů, zrádců a kolaborantů a o zřízení lidového soudnictví.

[10] Dekret prezidenta republiky č. 5/1945 Sb. z 19. května 1945 o neplatnosti některých majetkově-právních jednání z doby nesvobody a o národní správě majetkových hodnot Němců, Maďarů, zrádců a kolaborantů a některých organizací a ústavů.

[11] K hlubším příčinám sporu o tento prezidentský dekret VOJÁČEK, L.: Příčiny sporu o dekret prezidenta republiky č. 5/1945 Sb. In: *Dekréty Edvarda Beneša v povojnovom období.* Prešov: Spoločenskovedný ústav SAV v Košiciach vo vydavateľstve Universum, 2004, s. 81 – 89.

[12] K tomu srovnej nařízení SNR č. 50/1945 Sb. n. SNR o národní správě a část zápisu 19. schůze vlády, zahrnující závěr rozpravy k osnově dekretu prezidenta republiky o národní

známé první pražské dohody z 1. června 1945.[13] V jejím prvním článku smluvní strany konstatovaly, že Slovenská národní rada je nositelkou státní, tedy i zákonodárné moci na území Slovenska, a ve druhém článku vymezily společné věci, Jejich celostátní úprava prozatímně (do ustavení provizorního československého zastupitelského sboru) příslušela prezidentu republiky, který tuto svou pravomoc vykonával na návrh československé vlády a po dohodě se Slovenskou národní radou. Za společné věci se označovaly zásadní celostátní hospodářské, sociální, kulturní a administrativně-politické záležitosti, které byly v příslušném ustanovení v devatenácti položkách vypočítány.[14] Uvedený výčet bylo možné rozšířit o záležitosti, na nichž se obě strany dohodnou (pod č. 20 dohoda uváděla věci "ktoré sa majú na základe vzájomnej dohody jednotne upraviť").

Zdánlivě jasné vymezení ovšem v některých případech neurčovalo kompetenci celostátních orgánů jednoznačně. Bylo tomu tak tehdy, kdy za společnou věc označovalo "zásadní úpravu" určité oblasti (základních občanských práv a svobod, vnitřní bezpečnosti, školství, výchovy a národní osvěty, hospodářských, zásobovacích a vyživovacích věcí atp.). Ani uzavření první pražské dohody proto nezamezilo novým kompetenčním sporům. Ústřední orgány si stěžovaly, že Slovenská národní rada a Sbor pověřenců upravují otázky spadající do celostátní působnosti, zatímco SNR považovala přístup „Prahy“ k její kompetenci za příliš restriktivní.[15]

Přijetí první pražské dohody považuji za kompromis v dané chvíli přijatelný, tedy relativně výhodný pro obě strany. Návrat k čechoslovakistickému pojetí, který by konvenoval nemalé části českých politiků, už neměl šanci na úspěch. Ovšem také okamžité zakotvení federativního uspořádání, proklamované slovenskou stranou, se jevilo jako neprůchodné, neboť se proti němu stavěly vlivné skupiny v české politice a velká část české veřejnosti (zároveň však pražská dohoda neznamenala definitivní odmítnutí federativního řešení). SNR – ovšem jen pro první fázi

---

správě (1. bod programu), 17. května 1945, Praha; text in *Dekrety prezidenta republiky 1940 – 1945.* Dokumenty, 1, č. 12.4., Brno 1945, s. 230 – 235.

[13] Dohodu československé vlády a Předsednictva Slovenské národní rady vláda schválila 2. června (toto datum je zpravidla – nesprávně – uváděno jako datum jejího uzavření) a plénum Slovenské národní rady 5. června 1945. Text například in VESELÝ, Z.: *Dějiny českého státu v dokumentech.* Praha, 1994, str. 380 – 381, *Dokumenty slovenskej národnej identity a štátnosti.* II., č. 278, Bratislava 1998, str. 430 – 432 *nebo Dokumenty k vývoji československého ústavního práva*, Sestavil V. Flegl, Praha, 1989, s. 89 – 92.

[14] Výčet společných věcí byl uveřejněn ve Sbírce zákonů a nařízení jako příloha k vyhlášce ministra vnitra z 18. dubna 1946 č. 66/1946 Sb., kterou se činí opatření podle čl. 1, odst. 4 ústavního zákona o ústavodárném Národním shromáždění.

[15] SÚA, fond ÚPV 1945 – 1952, kart. 894, sign. 862/11 (viz JECH, K.: Ke vztahu mezi ústavními orgány ČSR a Slovenskou národní radou 1944 – 1946. In: *Česko-slovenská historická ročenka 1996.* Brno, 1996, str. 148).

– navíc získala možnost určovat, co bude upraveno celostátním zákonodárstvím. Proto jsem přesvědčen, že se mýlí ti slovenští kritici první pražské dohody, kteří v ní vidí vítězství pražského centralismu.[16] Rozhodně v samotné dohodě nešlo o „drastický zásah do právomoci SNR“[17], jak napsal F. Vnuk, a už vůbec není pravdivé tvrzení R. Letze, že prezident „mal prakticky neobmedzenú zákonodarnú moc ... a SNR tak bola odsúdená hrať roľu štatistu“.[18]

Na druhé straně nelze popřít, že již v roce 1945 začal reálný vliv SNR klesat. Ovšem ne hned s přijetím první pražské dohody a ne jako její nutná konsekvence. „Pražský centralismus“ začal – řečeno sportovní terminologií – získávat body až později. Je zajímavé, že mnoha hodnotitelům česko-slovenských státoprávních poměrů na čele s těmi nejvíce kritickými zcela unikl důležitý moment, v němž se poměr sil skutečně začal obracet a kdy se výhoda přesunula na stranu celostátních orgánů. Jak již víme, bylo jím svolání Prozatímního národního shromáždění.

Legislativní proces

Formální úprava legislativního procesu zpravidla nepodléhá zásadním změnám. Jde o technickou záležitost, která se opírá o vžitou tradici a ani po zásadních politických změnách se zpravidla zásadně nemění. Ani nejvyšší slovenský orgán vžitou tradicí zcela nepohrdl a ani pohrdnout nemohl.[19] Přece jen ji však poněkud modifikoval, když ji již v povstaleckém období přizpůsobil mimořádným okolnostem. I v době povstání však Předsednictvo Slovenské národní rady věnovalo formální stránce vydávání nařízení, tedy legislativnímu procesu, pozoruhodně velkou pozornost. Nesporně to souviselo s účastí řady právníků v povstaleckých orgánech.

Za SNP a pak až do roku 1948 vykonávalo zákonodárnou pravomoc Plénum Slovenské národní rady formou nařízení. Toto označení mělo odlišit nové právní předpisy od recipovaných zákonů i od budoucích aktů celostátního

[16] Zvlášť kritičtí byli exiloví historici; přehled charakteristických hodnocení in VOJÁČEK, L.: První pražské dohoda – přijatelný kompromis nebo úspěch pražského centralismu? In: *K 75. narozeninám profesora Hubenáka. Zborník z medzinárodnej právno-historickej konferencie konanej pri tejto príležitosti.* PF UMB, Banská Bystrica, 2004, str. 69 – 77.

[17] VNUK, F.: *Slovensko v rokoch 1945 – 1948.* I., Toronto-Sv. Jur, 1994, str. 93.

[18] LETZ, R.: *Slovensko v rokoch 1945 – 1948 na ceste ku komunistickej totalite.* Bratislava, 1994, str. 23.

[19] Přesto pozdější kritici vytýkali úpravě legislativního procesu v tomto období přílišnou formálnost a nepřehlednost, *"vplyvy buržoáznych a parlamentných metód a postupu"* a neposkytnutí prostoru pro účast pracujících, tedy pro širší posouzení osnov veřejností. (Srovnej například MATOUŠEK, S.: *Slovenské národné orgány do Ústavy 9. mája.* Bratislava, 1960, str. 254).

zákonodárného sboru.[20] Podle nařízení SNR č. 2/1944 Sb. n. SNR se nařízení nejvyššího slovenského orgánu publikovala ve Sbírce nařízení SNR (Sb. n. SNR) a nabývala účinnosti, pokud nebylo uvedeno jinak, dnem vyhlášení v ní.

Za povstání vytvářely organizační zázemí pro proces vydávání nařízení SNR specializované legislativní orgány: legislativní oddělení Předsednictva Slovenské národní rady, legislativní komise Předsednictva Slovenské národní rady a legislativní referenti jednotlivých pověřenectev. Koordinační funkce příslušela pětičlennému legislativnímu oddělení (dr. Hanes, dr. Chotváth, dr. Mičura, dr. Slavkovský a V. Vaško).[21] Na legislativních referentech zase zpravidla ležela příprava první verze znění návrhu nařízení a vypracování důvodové zprávy k němu. Pokud se návrhy projednávaly v řádném řízení, posuzovala je legislativní komise, tvořená členy legislativního oddělení Předsednictva SNR, zástupci pověřenectva vnitra a pověřenectva spravedlnosti (pravosúdia)[22] a legislativními referenty jednotlivých pověřenectev.

Zákonodárnou iniciativu v praxi uplatňovali především jednotliví členové Slovenské národní rady, zpravidla pověřenci, a Předsednictvo Slovenské národní rady.[23] Text návrhu a důvodovou zprávu, vypracované legislativním referentem, postoupilo pověřenectvo Předsednictvu SNR, resp. neinstitucionalizovanému užšímu Prezidiu SNR (legalizovat je měl nakonec neprojednaný Organizační statut Slovenské národní rady[24]), které posoudilo jeho opodstatněnost. Tato fáze byla pro další osud návrhu rozhodující. Pokud členové Prezidia návrh zamítli, dále se o něm nejednalo. Pokud rozhodli o potřebnosti navrhované úpravy, posoudili zároveň způsob jejího dalšího projednání a postoupili ji svému legislativnímu oddělení. To pak

---

[20] Srovnej MATOUŠEK, S.: *Slovenské národné orgány do Ústavy 9. mája*. Bratislava, 1960, str. 124.

[21] CHORVÁTH, J., REBRO, K.: Normotvorná činnosť SNR počas SNP. In: *Právny obzor*, č. 8/1984, s. 751 an.

[22] Za pověřenectvo vnitra v ní zasedal pozdější profesor bratislavské právnické fakulty a přední slovenský romanista K. Rebro, pověřenectvo spravedlnosti (pravosúdia) zastupoval M. Takáč.

[23] J. CHORVÁTH a K. REBRO v již citovaném článku *Normotvorná činnosť SNR počas SNP* na straně 756 uvádějí, že právo zákonodárné iniciativy měla pověřenectva a že to plynulo z usnesení Předsednictva Slovenské národní rady. S. Káles ovšem tvrdí, že zákonodárnou iniciativu uplatňovalo především Předsednictvo Slovenské národní rady, její členové, respektive její pověřenci a že tato otázka nebyla právně upravena (KÁLES, S.: Legislatívna činnosť Slovenskej národnej rady v období Slovenského národného povstania. In: *Právny obzor*, č. 1/1972, s. 28).

[24] Text in PREČAN, V.: *Slovenské národné povstanie. Dokumenty*. Bratislava, 1965, str. 612 an.; viz též RÁKOŠ, E., RUDOHRADSKÝ, Š.: *Slovenské národné orgány 1943 – 1968*. Bratislava, 1973, str. 54 an.

podle dispozice Prezidia organizačně zabezpečilo projednání buď v řádném, nebo zkráceném řízení.

Schválená nařízení měla sílu zákona. Je pod nimi podepsána "Slovenská národní rada". Podle ustanovení nařízení SNR č. 2/1944 Sb. n. SNR se publikovala ve Sbírce nařízení SNR. Pokud v nich nebylo uvedeno jinak, nabývala účinnosti dnem vyhlášení. Pro uveřejňování normativních aktů ostatních povstaleckých orgánů sloužil Úřední věstník (Ú. v.; srovnej č. 10 a 26/1944 Sb. n. SNR).

V návaznosti na praxi z podzimu roku 1944 SNR v letech 1945 – 1948 při přípravě svých nařízení nereflektovala na písemné připomínkové řízení a v podstatě vložila osud velké většiny návrhů na novou právní úpravu do rukou Předsednictva Slovenské národní rady, které zpočátku nejzřetelněji odráželo institucionální i personální kontinuitu s povstaleckým obdobím.[25] Předsednictvo mohlo samo zamítnout některé návrhy nařízení SNR už před jednáním ve výborech a plénu, rozhodovalo o zkráceném projednání legislativních návrhů (souhlas pléna Slovenské národní rady k tomuto svému rozhodnutí mohlo získat až dodatečně), svolávalo zasedání pléna a připravovalo jejich program. Jeho členové mohli podávat návrhy nařízení SNR, přičemž Předsednictvo nemohlo – narozdíl od návrhů pověřenců a ostatních členů Slovenské národní rady – zabránit jejich projednání ve výborech a plénu Slovenské národní rady.

Ještě dodejme, že legislativní proces nebyl zpočátku právně regulován a navazoval na formy z povstaleckého období. Některé jeho momenty zakotvovalo až nař. SNR č. 57/1945 Sb. n. SNR o prozatímním jednacím řádu pléna Slovenské národní rady z 2. července 1945,[26] později několikrát novelizované (zejména nařízeními SNR č. 111/1945, 105 a 107/1946 Sb. n. SNR).

Pro přípravu nařízení Sboru pověřenců s právní silou nařízení SNR platila obdobná pravidla jako pro přípravu nařízení SNR. Stávalo se však, že Sbor pověřenců obešel Legislativní sbor a své nařízení vydal bez spolupůsobení legislativních orgánů Úřadu Předsednictva Slovenské národní rady.

---

[25] Povstalecké Předsednictvo SNR tvořili dva předsedové SNR (K. Šmidke a V. Šrobár) a čtyři místopředsedové (D. Ertl, G. Husák, J. Lettrich a J. Ursíny), k nimž kooptací přibyli L. Novomeský a J. Styk. Jen podotýkáme, že připravený, ale neschválený Organizační statut Slovenské národní rady předpokládal desetičlenné Předsednictvo SNR. Z uvedených osob v obnoveném Předsednictvu Slovenské národní rady, které započalo svou činnost 21. února 1945, zasedali G. Husák, L. Novomeský, J. Styk, V. Šrobár a J. Ursíny, k nimž přibyl J. Púll, který patřil k zakládajícím členům legální Slovenské národní rady ustavené 1. září 1944 i k první garnituře členů Delegace SNR na osvobozeném území (podle seznamu členů Delegace SNR z 5. února 1945).

[26] Narozdíl od pozdější praxe nevymezovalo postavení a působnost Slovenské národní rady, ale soustředilo se na postavení členů Slovenské národní rady, její vnitřní strukturu (orgány) a způsob jejího fungování.

Zákonodárství SNR – příklad: retribuce

SNR v prvních poválečných měsících upravila svými nařízení odchylně od úpravy obsažené v prezidentských dekretech řadu důležitých otázek. Vedle již zmíněného problému národní správy to byla například i retribuce, konfiskace a urychlené rozdělení zemědělského majetku Němců, Maďarů, jakož i zrádců a nepřátel slovenského národa nebo organizace Sboru pověřenců, národních výborů a bezpečnostního aparátu.

Problematiku národní očisty upravila Slovenská národní rada nařízení č. 33/1945 Sb. n. SNR o potrestání fašistických zločinců, okupantů, zrádců a kolaborantů a o zřízení lidového soudnictví, doplněné prováděcím nařízením Sboru pověřenců č. 55/1945 Sb. n. SNR a později novelizované. Na rozdíl od české úpravy především zcela nově formulovalo postihované delikty, když v jednotlivých paragrafech vymezilo postih fašistických okupantů, domácích zrádců a kolaborantů, delikt zrady na povstání a konečně postih provinilců fašistického režimu (§ 5). Do poslední kategorie spadali zejména zakladatelé místních organizaci a organizátoři HSĽS či Hlinkovy gardy, kteří svou činností aktivně podporovali fašistický režim, propagátoři fašismu a spolupráce s nacistickým Německem, účastníci protidemokratických, protikomunistických nebo rasových akcí a štvanic, ti, kdo se obohatili na úkor spoluobčanů, apod. Pro první čtyři delikty nařízení znalo jen trest smrti, pro poslední přidělení do pracovního útvaru až na dva roky a ztrátu občanských práv na dobu od dvou do patnácti let. Zákon ovšem umožňoval zmírnění trestu až osvobození, pokud se dotyčný svou pozdější činností, zejména účastí na povstání, významně zasloužil o protifašistický boj nebo o záchranu slovenských životů. Odlišná byla také organizace lidového soudnictví. Podle nařízení rozhodovaly podobně jako v českých zemích Národní soud a okresní lidové soudy, vedle nich ovšem ještě místní lidové soudy v každé politické obci. Místním lidovým soudům příslušelo rozhodovat pouze o deliktech podle § 5 (provinilci fašistického režimu) Rozhodovaly v pěti- až jedenáctičlenných senátech, přičemž podmínkou členství v senátu nebylo právnické vzdělání.

Nařizovací činnost Slovenské národní rady v letech 1944 – 1948, respektive především v letech 1944 – 1946, představovala specifickou součást československého zákonodárství a vlastně nejvýraznější etapu v téměř padesátiletém období, kdy jí příslušelo právo vydávat právní předpisy s mocí zákona. Její zákonodárné aktivity nejdříve podlomily důsledky přijetí třetí pražské dohody z června 1946 a pak různé modality centralizovaného způsobu řízení společenských procesů z ústředí komunistické strany.

Contact – email
lav@mail.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZVYŠOVÁNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI

INCREASING COMPETITION ABILITY

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EKONOMIE JAKO PŘÍČINNÁ VĚDA

MIROSLAV BARVÍŘ

Univerzita Tomáše Bati, Fakulta managementu a ekonomiky

Abstract in original language
V příspěvku se diskutuje problematika analogie přírodních a společenských věd. Ukazuje se, že existuje kauzální analogie, která je založena na nákladových ukazatelích energie v systému a v jeho okolí. Je demonstrována analogie mezi mechanickým translačním a finančním systémem ve struktuře diferenční rovnice druhého řádu.

Key words in original language
Přírodní věda; Sociální věda; Analogie; Matematická podpora.

Abstract
The paper deals with the analogy of approaches to treat problems in both natural science and social science. It is shown, that there exists a casual analogy, related to the indexes of the energy expenses in the systems and their environments. Analysis of the structure of the second order difference equation governing the behavior of two selected systems - a mechanical and financial one - demonstrates the analogy between these two systeme.

Key words
Natural Science; Social Science; Analogie; Mathematical Treatment.

Příspěvek předkládá k diskuzi otázku možnosti výstavby teorie ekonomiky jako exaktní vědy založené na analogii přírodních věd. Tím se setkáváme s problematikou řízení dynamických systémů, které jsou ve světové literatuře zpracovávány jako kybernetické úlohy /1/ již po mnoho staletí. Kybernetika vtahuje do metodiky řešení dynamické úspěchy všech oborů. Jsou to zejména otázky matematického popisu systému, otázky získávání okamžité informace, problémy technické realizace, chování živých organismů, atd. V posledním období k těmto přistupuje i otázka syntézy optimálního řízení, tedy řízení s minimálními náklady, ochrana přírodního okolí sledovaného systému, náklady rekultivace, atd. Takto rozsáhle formulované řešení syntézy systému jsou analyticky neřešitelné. Proto se nutně setkáváme s teoretickým problémem, jak máme tyto úlohy úspěšně řešit. Jednotlivá řešení pronikají do všech vzájemně pronikajících oborů. **Vzrůstá význam matematického modelování a s tím i požadavky na zadání těchto úloh pro číslicový výpočet.**

Daleko nejvýznamnější pozornost vyžadují však systémy, které se zabývají společenskými procesy. Ty jsou všeobecně spojovány s dominantně existujícími ekonomickými procesy, které uvádí do pohybu obrovské masy obyvatelstva a jsou trvalým předmětem vzrušených filozofických přístupů. Zároveň při nevhodném řízení jsou doprovázeny i nesmírnými

mezinárodními nepokoji. Problém je v tom, že studium těchto problémů se spokojuje často s Aristotelovými /1 - str.75/ klasifikačním snahami (observativní přístup). Klasifikace problémů se pokládá za řešení, zejména tehdy, když problém se již řešil. Využívá se „observativních specialistů", za které se často pokládají politici (podívají se, vyslechnou a ví). Opomíjí se moderní úsilí zkoumat příčinné chování dynamických systémů (kauzální přístup). Nevysvětluje se, proč se systém musí tak chovat, a tím se otevírá prostor pro spekulativní výklady společenského chování a mnohdy hazardní řízení společnosti. Každý odborný posudek a prognóza řešení musí být podložen nákladovým matematickým rozborem. Zejména, je-li prováděn odborným honorovaným pracovištěm, které má předpoklady takový rozbor vypracovat.

Zabýváme-li se dlouhodobě dynamickými systémy, pak v určitém okamžiku poznání dojdeme k přesvědčení, že v různých vědních oborech **filozofie dynamického řízení pohybů je jednotná.** Pohyb odráží změnu okamžité energie systému a vše se děje s kriteriem minima spotřeby energie. Před několika desetiletími autor zhodnocením těchto poznatků dospěl k přesvědčení, že všechny systémy bez účelového silového lidského působení jsou vždy stabilní. Nestabilitu do jejich chování můžeme přičíst k tíži nevhodného řízení systémů. K němu dospějeme po krátkém pozorování a při následném na příklad statistickém vyhodnocení jeho chování. Tato skutečnost se stává průzračnou v případě, když chápeme vlastní pohyb systému jako výslednici transformace okamžitých energií v systému a v jeho okolí. Změny energií v čase u systému, tedy změna výkonů v okolí, generují v systému působící zobecněné síly, které vytváří trajektorie pohybu a odpovídají okamžitému nerovnovážnému stavu energií studovaného přírodovědného oboru. Studujeme-li zákony, můžeme hovořit o zobecněných pohybových zákonech. Těm pak můžeme přiřadit libovolnou vědu**. Energie v libovolném systému v daném intervalu pozorování se vždy snaží být v rovnováze s energií z okolí svázaného systému.** Není-li tomu tak, je systém donucen k pohybu. V této rovnováze se promítá i skutečnost existence zpětných vazeb, které byly do obecné teorie zavedeny navíc v jisté vývojové etapě. Je diskutabilní hovořit o prioritách, že akce se rovná reakci, nebo že systém reaguje na nerovnovážnou hodnotu energií vlastní a ve svém okolí. Je to historický důsledek observativního výkladu rozvoje dynamického chování.

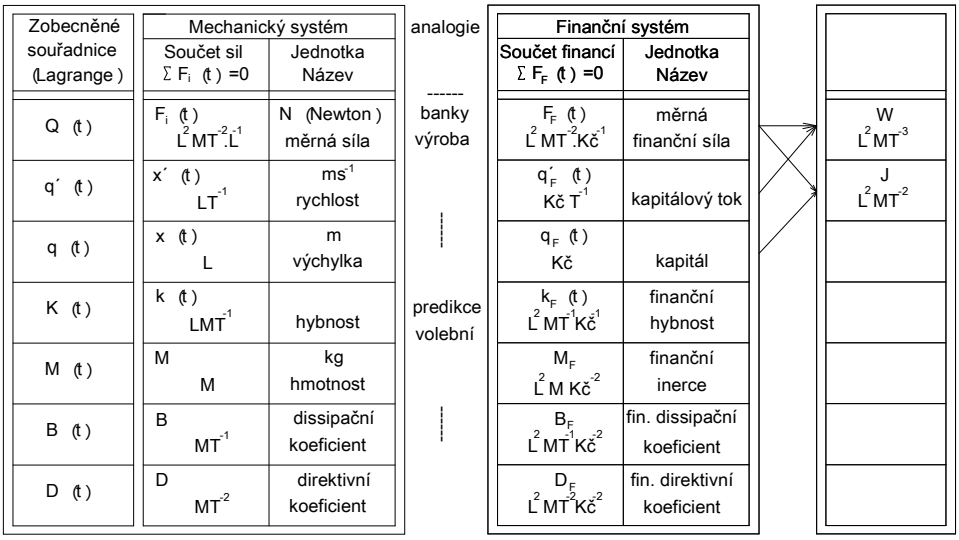
Často pozorujeme, že přechodový děj neodpovídá plně našim požadovaným představám. Musí vyhovovat i požadavkům pro námi zvolené kriterium požadovaného přechodového děje. Jednoduchým zvoleným kriteriem je např., že s přípustnou danou velikostí dodávaného výkonu chceme přemístit systém z počátečního do konečného stavu v nejkratším čase. Intuitivně cítíme, že musíme použít největšího okamžitého přípustného výkonového řízení. V terminologii technické kybernetiky jde o tak zvané bang-bang (ode zdi ke zdi) řízení. Zamezení plýtváním přípustným výkonem pro řízení nás nutí k jiným možnostem řízení. Můžeme měnit strukturu systému, měnit jeho parametry, volit spojité či nespojité řízení nebo využít nelinearit v

systému pro omezení výkonového působení. V současné době rozvoje počítačů hledáme vize jednotné metodiky řešení všech těchto úloh řízení syntézy žádoucího přechodového děje. Pro to je nutné podrobné studium okamžitých energetických stavů vůči okolí pro pozorovaný a sledovaný systém. Příspěvek je pokusem upozornit na možnost modelového řešení syntézy těchto úloh, které v nejjednodušších případech jsou popisovány v literatuře již po několik století.

V historii vytváření vědeckých oborů byl přijat jako základní pohyb v přírodě, pohyb zobecněného hmotného bodu pod vlivem působících sil. Tento pohyb formuloval **Isaac Newton** (1643 -1727) a vyjádřil jej **diferenciální rovnicí druhého řádu.** Jde o příčinný pohyb zachycující zpětné reakce systému pomocí záporných zpětných vazeb. Rozšíření poznání principu v energetickém pojetí popsal **Joseph Lois Lagrange** (1736 – 1813). Základy teorie jsou historicky ustaveny a dlouhodobě ověřeny.

V naší době je prioritním úkolem rozšířit řešení libovolného dynamického chování ve tvaru soustavy diferenčních rovnic druhého řádu do nefyzikálních oborů, zejména do ekonomických oborů. To nám pak dovoluje snadno využít analogie mezi přírodovědnými a ekonomickými systémy. Při studiu organizace výroby u firmy Baťa z dvacátých letech minulého století autor pozoroval obecné zákonitosti z pohledu teoretické kybernetiky a hledal pomoc pomocí zobecněného systému a našel jej názvoslovně v translační mechanice. Výrazně mu pomohly odborné znalosti ze studia elektrotechniky na střední škole při podniku Baťa a. s. ve Zlíně. Ukazuje se, že analogie mezi vědním oborem mechaniky a výrobou je udivující. Podrobně je studována v /2/.

Ukázkou rozšíření analogie z definičního translačního pohybu do oblasti finančního oboru je srovnávací tabulka stavových veličin a parametrů Tab. 1. Máme-li odpovídající hodnoty systému ve finančních údajích, pak je možné odpovědně a věrohodně sestavit i volební predikce a volební program. Odpovídající veličiny a parametry jsou doplněny rozměry **Jednotkové soustavy měr a vah.** Ukazují možnost zavedení obecných rozměrů do ekonomických systémů /viz 2/, /11/. Výstavba rozměrů je postavena na potřebné měrné energii v Joulech, která vytvoří zobecněnou jednotkovou (jednicovou, měrnou) dráhu pohybu systému působením okamžitého dodávaného výkonu ve Wattech. Cenu energie lze snadno přepočítat na finanční měrné náklady a finanční cena pak určuje celkové náklady pohybu pro zvolenou zobecněnou dráhu systému. Jednicové (u fy Baťa) náklady na zobecněný produkt (např. 1m, 1Kč, 1pár nebo 1ks a náklady na světový rozvoz), nám umožnilo porovnat celkové náklady z jednotlivých aglomerací, a po přepočtu na jednotný měnový světový základ, třeba zlato, vybrat světově optimálního výrobce. Není vhodné vázat měnový světový základ na libovolnou lokální měnu.



Zobecněné souřadnice (Lagrange)	Mechanický systém: Součet sil $\Sigma F_i(t) = 0$	Mechanický systém: Jednotka Název	analogie	Finanční systém: Součet financí $\Sigma F_F(t) = 0$	Finanční systém: Jednotka Název	

$Q(t)$	$F_i(t)$ $L^2MT^{-2}.L^{-1}$	N (Newton) měrná síla	banky výroba	$F_F(t)$ $L^2MT^{-2}.Kč^{-1}$	měrná finanční síla	W L^2MT^{-3}
$q'(t)$	$x'(t)$ LT^{-1}	ms^{-1} rychlost		$q'_F(t)$ $Kč\,T^{-1}$	kapitálový tok	J L^2MT^{-2}
$q(t)$	$x(t)$ L	m výchylka		$q_F(t)$ Kč	kapitál	
$K(t)$	$k(t)$ LMT^{-1}	hybnost	predikce volební	$k_F(t)$ $L^2MT^{-1}Kč^{1}$	finanční hybnost	
$M(t)$	M M	kg hmotnost		M_F $L^2M\,Kč^{-2}$	finanční inerce	
$B(t)$	B MT^{-1}	dissipační koeficient		B_F $L^2MT^{-1}Kč^{-2}$	fin. dissipační koeficient	
$D(t)$	D MT^{-2}	direktivní koeficient		D_F $L^2MT^{-2}Kč^{-2}$	fin. direktivní koeficient	

Tabulka 1 Srovnávací tabulka stavových veličin a parametrů

K získávání popisu dynamického chování systému se lze dopracovat dvěma způsoby a **to observativním a kauzálním** (příčinným).

Observativním přístupem rozumíme, že pro realizaci řízení stačí pozorovat probíhající dynamický pohyb a z titulu zastávaného politického či funkčního postavení zasahovat do řízení sledovaného procesu. Při dostatečných zkušenostech a zásadách mravního přístupu dokonce i úspěšně. Klasickým případem jsou přístupy zejména politických pracovníků, kteří bez dlouhodobých matematicky podpořených vizí se pokouší řešit nesmírně složité dynamické společenské procesy pouze observativním způsobem. Nezvládnutí teorie řízení je nutí řešit jen takové problémy, na něž mají intelektuální a časový prostor. Děje se tak ke škodě společnosti, což podporuje i **nevhodný, příliš úzce profilovaný a oborově zaměřený pedagogický proces.** Nesmyslně mohutně je dimenzované studium manažerské profese na 66 vysokoškolských pracovištích. Teoretické studium a podpora observativní ekonomie využívá statistických metod pro dodatečné zhodnocení řízeného systému při vyhodnocení pohybu chování ze zaznamenaných prošlých časových řad hledaného příznaku. Provádí se pak silně omezená predikce chování do budoucnosti, založená na předpokladu, že sledovaný systém nezmění výrazně svoji dynamiku ve struktuře a parametrech. Obecně však nemůžeme předpokládat ani ustálenou dynamiku chování vnějšího okolí systému a tím ztrácíme jistotu podpory pro určování řízení v budoucnosti. Tu musíme nutně určovat podle okamžitých výkonových změn v okolí pracovního bodu systému a pracovat s rozumným časovým předpokladem. Reakce systému nastává po určité době způsobené fyzikálními parametry systému a stále se přizpůsobuje zvolenému intervalu predikce. .

V současné době se k získávání popisu dynamického systému **perspektivním se jeví kauzální přístup, které předpokládá hluboké zaujetí a teoretické zvládnutí pedagogickým sborem.** Vzhledem k tomu

že reálný systém je vždy velmi složitý, nestacionární a nelineární a je nutné se zamyslet nad tím, jaké praktické možnosti nám dosavadní teorie nabízí. Zjistíme, **že není zpracovaná obecná metodika pro syntézu řídících systémů.** Nezbytnou úlohou navíc je, že vždy spojujeme naše budoucí řízení s požadavkem, aby řízení bylo optimální**. Tuto úlohu je možné řešit pouze modelováním na počítačích viz /2/.** Autorovi je vytýkána složitost kybernetických přístupů z ekonomických odborných kruhů. Mlčí se však o studijní nepřipravenosti kybernetického vzdělání ve společenských a ekonomických oborech. Nezpůsobilost zapsat algoritmy pro výpočet na počítači je následně překryta demagogickým populismem se slovní formulací a klasifikací zástupných podružných problémů.

Nejvýznamnějším společenským dynamickým systémem je finanční systém, což je známo již mnoho tisíciletí. Velká finanční síla je schopna kdykoliv likvidovat své finančně slabší protivníky za cílem dosažení svého maximálního zisku. Soustředění finančního kapitálu do stále užší skupiny majitelů finančních akcií a zemí generuje do budoucna, s reálnou vidinou hlásané globalizace, vážné společenské problémy. Těmito problémy by se měl do budoucna zabývat **Mezinárodní ústav společenského řízení**, o jehož založení se musí přičinit mírumilovná světová společnost, jejímž hlavním cílem je slušné přežívání světové populace. Hlavním cílem by bylo zpracování principu optimálního řízení společnosti a vytvoření světových pravidel pro slušné společenské mezinárodní řízení. Je samozřejmé, že různé státy se domnívají, že pouze jejich způsob společenského řízení s jejich představiteli je ten správný. Je však nereálná i představa, že kdokoliv se z hlediska zatím nedefinovaného principu přežití vzdá dobrovolně již získaných a právnicky potvrzených zejména ekonomických výhod. **Každé řízení je nutno hodnotit jako nákladové**, tedy jaké energetické náklady přepočtené na finanční ukazatele je nutné vynaložit **v daném aglomeračním prostoru** na získání námi požadovaných jednotek stavových veličin, viz Tab. 1., **tedy na kapitál a kapitálový tok**. Náklady v bankách jsou zlomkem měrných nákladů na produkt ve výrobních závodech a je proto s podivem, jak vysoké náklady si u nás vyžádala privatizace bankovního sektoru. Postup nebyl a ani se tak dosud neděje, v duchu optimálního řízení společnosti.

Ukazatel hrubého domácího produktu není dosti precizně definován ani ve výrobních závodech a zkresluje, možná záměrně, mezinárodní srovnávání. Využitím finančních ukazatelů na cenu světové energie, respektive poškození přírodních zdrojů, lze vyvažovat zpětnými vazbami přílišnou rozmařilost jednotlivých společenských skupin. Ukazatelem transformace energie jsou finanční náklady na krytí zobecněné energie v Joulech. Na tomto nákladovém ukazateli musí být vytvořeny mezinárodní nákladové ukazatele řízení společnosti. Podobně zhodnocen musí být i osobní přínos jednotlivých řídících pracovníků pro zvyšování prosperity. Ziskovost zejména finančních organizací vůči výrobním, je dána nesprávným ohodnocením přínosů osob v bezkonkurenčním monopolním

finančním trhu, vysoce chráněném právnickým prostředím. Obecně chybí spoluúčast na zisku a ztrátách /7/ ve všech hospodářských činnostech.

V charakteru světové výroby se trvale objevují a budou hospodářské krize, jež narušují nereálný nekonečný vzestup výroby určité produkce. Týká se to i kapitálu. Při postupně nezastavitelné automatizaci hromadné výroby, budou tyto krize častější a bohužel hlubší. Během nich bude docházet k novému rozdělování mezi konkurenceschopnější výrobce různých produktů. V ostrém boji o volné trhy by bylo žádoucí, aby bylo použito čistých metod, podporovanými obecně přijatými a uznávanými zákony. Mezi ně určitě nepatří činnosti jako je korupce, chování nucených správců nebo různá mafiánská spolčení nebo „usilovné právnické válečné spory".

V roce 1924 se do hospodářských potíží dostal i největší výrobce obuvi – firma Baťa. S odstupem doby v roce 1932 pak majitel továrny Tomáš Baťa hodnotil v zahraničním tisku přístup, který mu umožnil překonat krizové období. Citujeme:

„Přelom hospodářské krize? Nevěřím v žádné přelomy samy od sebe. To, čemu jsme si zvykli říkat hospodářská krize, je jiné jméno pro mravní bídu. Mravní bída je příčina , hospodářský úpadek je následek.

V naší zemi je mnoho lidí, kteří se domnívají, že hospodářský úpadek lze sanovat penězi. Hrozím se důsledku tohoto omylu.

V postavení, v něm se nacházíme, nepotřebujeme žádných geniálních obratů ani kombinací. Potřebujeme mravní stanoviska k lidem, k práci a veřejnému majetku.

Nepodporovat bankrotáře, nedělat dluhy, nevyhazovat hodnoty za nic. Nevydírat pracující, dělat to, co nás pozvedlo z poválečné bídy, pracovat a šetřit a učinit práci a šetření výnosnější, žádoucnější a čestnější než lenošení a mrhání. Máte pravdu, je třeba překonat krizi důvěry. Technickými zásahy, finančními a úvěrovými ji však překonat nelze. Důvěra je věc osobní a důvěru lze obnovit jen mravním hlediskem a osobním příkladem"

Je velmi přínosné prostudovat jedinou knihu Tomáše Bati a to „Úvahy a projevy" /7/, jež jako jeho posmrtný odkaz uspořádal Antonín Cekota. Kniha ukazuje na zásady a pojem mravnosti, jež prolínaly každodenní prací Tomáše Bati. Projevovalo se to v jednání jednotlivých subjektů, v jednotlivých činnostech a v jednotlivých zásadních případech a rozhodnutích. Určitá životní úroveň je dána určitou ekonomickou výkonností příslušného státu a národa. Znamená to průnik do širokých vrstev obyvatelstva, jež se současně zvyšuje ve všech skupinách a je výsledkem odpovědného mravního řízení vedoucích osob v daném státě. Žít se nesmí na základě zadlužování ve státě a soukromém obohacování na veřejném majetku a na trvalém růstu zadlužení. Zásadně neetické je srovnávání životní úrovně mezi velmi zadluženými státy s těmi, jež udržují svoji životní úroveň na míře výkonnosti své ekonomiky.

O mravním chování lze těžko hovořit v případech, kdy nepřiměřeného zisku je dosahováno u vybraných skupin společnosti či jednotlivců volbou nepřiměřených cen v důsledku monopolního zmocnění trhu. Mnohem negativněji jsou pak ve společnosti hodnoceny ty případy, kdy jsou hodnoceni ti pracovníci, kteří dopředným způsobem plánují nadměrné náklady, aby dosáhli úspor ve výrobě. Nebo vytvoří nepřiměřený nezasloužený zisk, který si pak rozdělují jako jejich přínos v rozvoji organizace. U firmy Baťa, pokud se na takový způsob obohacování přišlo, pak tyto peníze byly převáděny do podnikové organizace osobních účtů, odkud se financovaly celopodnikové projekty, třeba výstavba podnikových bytů. Mimochodem u firmy byly nejvyšší týdenní platy 500.-Kč u všech skupin zaměstnanců a výše příjmů byla kontrolována počítači. Vyšší příjmy byly vyhodnocovány dodatečně po dosažení vyšších ekonomických ukazatelů během určitého pracovního období. Byly ukládány na osobní konto a čerpány mohly být po schválení vyššími finančními nadřízenými na pracovišti. V principu je možno říci, že každý jednotlivý pracovník u firmy Baťa měl své osobní „konto“, a byl týdenně finančně sledován. Každé oddělení mělo pracovníka, který sledoval finance oddělení a připravil podklady pro ústřední účtárnu, která týdně zpracovávala finanční stav v podniku. Pozorujeme, že celý podnik byl rozdělen na jednotlivě samostatně hospodařící jednotky s odpovědností za ztrátu a zisk. Každá jednotka byla plně odpovědná za svoji spoluúčast na ztrátách a zisku v různém stupni plně odpovědných spolupracovníků. Podobně by měla být organizována Evropská Unie vytvořením algoritmů právním řádem schválených finančních balíčků jednotlivých mravně vytvořených ekonomických skupin. Neschopnost vytvoření těchto algoritmických finančních balíčků je třeba zejména chápat jako nejvážnější chybu našich politických orgánů.

Dnes je zcela zřejmé, že **ziskové řízení je motorem dynamického chování**. Růst okamžitých zisků, jako hlavní ukazatel globalizace, přivádí světovou společnost k vytváření nadměrné nezaměstnanosti a tím i k vlastní destrukci. V rámci zájmově prosazované finanční demokracie ztrácí řada lidí svoji ekonomickou cenu a vytváří se skupina lidského odpadu, jež je v dané společenské organizaci nevyužitelná. Neschopnost prodeje vysoké reálné výroby, pro stále se rozšiřující skupinu nezaměstnaných s minimální kupní silou, vytváří negativní motivaci pro rozvoj průmyslu. Tedy se brzdí i rozvoj vědy. Bohužel rozvoj automatizace má pozitivní vliv na rozvoj nezaměstnanosti. Společnost se rozděluje na kastu bohatých a chudých, tendence je trvalá a zasahuje obrovské skupiny lidí /3/, /4/. Průmysl se přenáší do chudších aglomerací, bohatší generují nezaměstnanost. V poslední době již však pozorujeme tendence, jež naznačují možnosti nových přístupů při řešení prohlubujících se světových sociálních problémů /8/, /10/, /13/. **Otázky trvalé nezaměstnanosti patří mezi nejtěžší problémy průmyslově rozvinutých společností.** V odborné literatuře se nenabízí žádný vhodný model, který by tyto problémy řešil, nebo mohl úspěšně řešit, ale tento musí být nalezen. A nelze očekávat, že použití jednoduchého kriteria maximálního zisku nabídne vhodné řešení. Formují se

vybrané dílčí skupiny, které si diktují a hlídají své skupinové finanční požadavky, a ostře odmítají jakoukoliv veřejnou kontrolu o ekonomickém a společenském přínosu své profese. K tomu přispívají i monopolisticky organizované odborové kolektivy. Tyto problémy výborně zvládl Tomáš Baťa.

Při formulaci řízení moderních společností se nedostatečně využívá počítačových modelů a **opomíjí se synergetika (vzájemná energetická vazba) chování dynamických systémů.** I nepříliš podrobně zpracované modely se mohou výrazným způsobem vyjadřovat k ziskovosti daných systémů a výhodnosti vize v dané činnosti. Modely však musí být vytvořeny kauzálním přístupem. Hlavním ziskem kauzálního přístupu je nutnost pochopení funkce sledovaného systému. Kde se soustřeďuje finanční kapitál je mnohem snazší dosahovat vyšší životní úrovně. V zájmu zvýšení skupinového zisku se ve světě silně prosazuje globální financializace a zavedení jednotné měny.To je nevhodné pro následnou likvidaci národního ovládání ekonomie a vznikají potíže v řízeních státních celků. Ne mezinárodní, ale státní kapitalismus /13/. Prodejem veřejného majetku se likviduje i tržní ekonomika a tlumí hospodářská iniciativa v menších státech. Velmi hezky je tato problematika zpracovaná v příspěvcích /9/. Je třeba upozornit i na okolnost, že vhodným zvolením parity vzájemné měny lze elegantně utajeně odčerpávat výnosy z nevýhodně určených směnných kurzů pro příslušnou aglomeraci. Státy by měly mít trvalou možnost realizovat mezinárodní obchod v lokálních měnách.

Evidentně **není vytvořena jednotná teorie pro syntézu optimálních trajektorií systémů** a každý vědecký obor si vytváří své postupy, bohužel se neohlíží na shodnou snahu jiných oborů a volí si svou terminologii. Proto je nutné soustředění výzkumné kapacity pro řešení tohoto problému. Tomuto problému se intenzivně věnoval A. Einstein /5/ v posledních desetiletích svého života. Snažil se tyto problémy zpracovat v Unitární teorii pole. Pro obrovskou teoretickou složitost studia prostorových trajektorií se mu to již nepodařilo. Možná přístup přes nákladové energetické modely a dostupnost počítačů bude snazší pro technickou i ekonomickou praxi při tvorbě požadovaného společenského řízení.

Základní výtkou doporučovanému způsobu je skutečnost, že jen s obtížemi získáváme popis vnitřní struktury systému a jeho vazbu na okolí, a hodnoty jednotlivých parametrů. **Problém je ve fyzikálním pochopení funkce systému.** Rozšíření počítačů nám dává možnost řešit libovolně složité úlohy, pokud ovšem nenarazíme na omezenou algoritmickou osobní nezpůsobilost vytvořit zadání těchto úloh pro řešení na počítači /2/. Připusťme, že vždy máme co do činění s kmitavým článkem, na který lze vždy převést libovolnou vyšetřovanou část dynamického systému. Jde v podstatě o určení hladiny studia podrobností. Principielně je možné vždy redukovat každý systém do popisu diferenční rovnicí druhého řádu. Složitost řešení vzniká při vzájemném propojení obrovského počtu diferenčních rovnic druhého řádu, a to je analyticky neřešitelné. Lze využít metod konečných prvků, běžně používaných při strojírenských výpočtech.

Vždy lze učinit si představu o parametrech tohoto systému spolu s odhady vazebních parametrů a navrhovat syntézu optimálního řízení, v jednoduchém finančním systému na maximální zisk. Pokud jsme zastánci observativního přístupu řešení, pak ovšem svými úvahami jen omezeně podpoříme kauzalitu algoritmů řešení. Počítače nám slouží jako informační zdroj zpětných vazeb a komunikační pojítko. Ale tam je jejich úloha nezastupitelná.

Jednokrokové optimalizační metody nabízí nový směr, s nímž se autor dosud nesetkal v literatuře. Jde o zvýšení pozornosti k diskrétně získávaným okamžitým hodnotám dynamických průběhů. Ostatní problémy jako stabilita, linearita, stacionárnost jsou podružné a počítač se musí se syntézou optimálního řízení musí vyrovnávat v každém okamžitém výchozím bodě v plné reálné složitosti. Autor klade dominantní význam na optimální syntézu řízení. **Řízení je organizováno tak, že v každém jednotlivém kroku je určeno další nutné řízení ve velikosti integračního kroku.** To je součástí optimální trajektorie a ve svém výsledku umožňuje nám určit požadovanou celkovou optimální trajektorii.

Současný rozvoj číslicové výpočetní techniky se nabízí k podrobnému studiu okamžitých jednokrokových metod optimalizace. U jednoduchých systémů se ukazuje, že diskrétní číslicové metody umožňují nové způsoby syntézy příčinných optimálních řešení. Pro zadání je třeba vyjádřit počáteční podmínky, požadované koncové podmínky, popis vnitřní struktury systému, zvolit požadované kriterium optimalizace a způsoby působení na systém. Řešení algoritmu takto formulované úlohy necháme pro řešení na počítači. Jistá obezřetnost při ověřování pro zatím vesměs jednoduché úlohy neumožňuje bezproblémové rozšiřování obecných přístupů ke zvládnutí těchto problémů a jejich obecné rozšíření. Vyžaduje výrazné soustředění výzkumných pracovníků všech oborů pro úspěšné zvládnutí těchto problémů a jejich obecné rozšíření vytvořením celostátního pracoviště.

Současně organizované určení optimální trajektorie by nevyžadovalo použití variačního počtu, které jsou oporou stávajících analytických metod. Statistické metody budou v budoucnu využívány v upřesňování jednotlivých zobecněných parametrů. Využití je zejména v oborech, které si pěstují svou výjimečnost tím, že realizují stále složitější metody pro observativní využití počítačů. Chybí zejména obecná matematická analytická formulace obrovského množství mnohdy neprůhledných finančních balíčků. Jsou to zejména banky a daňové úřady, při čemž tyto své operace kryjí stále větším rozšiřováním obchodního tajemství, právních kliček a nutností vyplňování formulářů za pomoci odborníků, jež jsou často jejími autory. Není v jejich profesním zájmu, aby jejich daňová vyplňování a finanční operace byly obecně jasné. **Podobný přístup volí i právníci, a málo aktivně se snaží, aby do právních vztahů vstoupila právnická logika, která by algoritmizovala a tím odstranila rozdílné právní výklady mezi jednotlivými skupinami odlišně vychovaných odborníků na právo.** Neúplné právní formulace úloh charakteru právnického zadání by byly nutně odmítnuty počítačem jako logicky neřešitelné a nutily by právní

komunitu k pokusům sepsat právní zákony v analytické podobě /6/ a tyto nechala odhlasovat volenými právními zástupci. Výpisy z počítače by umožňovaly seznamovat s krizovými postupy právního procesu, případně navrhovaly další možný postup. Nejlépe by bylo možné začít s obchodním právem.

Jednokrokové optimalizační metody mohou být velmi účinným a mocným nástrojem pro rozšíření ověřených organizačních přístupů a byly ověřeny dlouhodobě u firmy Baťa /7/. Čerpaly by z praxe této firmy, obecných kybernetických zákonitostí a modelových vyšetřeních na počítačích. Vytvoření přijatelného jednoduchého programového prostředí umožní pro libovolný okamžik určovat nutné okamžité optimální řízení širokému okruhu pracovníků. Umožní snadné změny podmínek krok po kroku pro syntézu optimálního řízení při změně vnějších i vnitřních parametrů v libovolném časovém intervalu. Každá lidská činnost se musí nakonec projevit nějak v číslech a může být vyhodnocena. Postupně by počítač upozorňoval na nedosažitelnost původních předpokladů a průběžně by měnil algoritmy syntézy optimálního řízení. V časové transformaci okamžitých podmínek trajektorií pohybu dovolí pak vytvářet hypotézy a prognózy dlouhodobých řízení společnosti.

Z hlediska současných přístupů lze konstatovat:

- **není zdůrazňován jednotný obecný synergický přístup k řešení dynamických systémů** zejména ekonomických a společenských systémů přes kauzální popis problematiky

- hlavní pozornost ekonomických a sociologických vědních oborů je zaměřena na pozorování a **observativní** (pouze slovní) **výklad chování**

- **potlačuje se rozumná decentralizace**, která umožňuje využít tvůrčí iniciativy širokých vrstev obyvatelstva a států, které někde jsou vždy v něčem nejlepší

- chybí všeobecné přesvědčení, že **transformace okamžitých výkonů a energie je zdrojem dynamické nerovnováhy**, která generuje trajektorie pohybu

- popisované metody syntézy optimálního řízení v současné pedagogické praxi **nejsou předmětem pedagogického působení**

- **zapomíná se**, že vzrůst vzdělanosti a automatizace přináší **zpětnovazební reakci nezaměstnanosti a sociálních problémů**

- nevhodnou organizací a zaměřením školství je **podcenění odborného výrobního školství a nedostatečná existence produkčních podniků** schopných zajišťovat práci pro mladé

- nepodporuje se **tvůrčí přístup v získávaní dynamických popisů, tedy výzkum hnaný zvědavostí**, aplikovaný výchovou v Baťově Škole Práce ve Zlíně

- není věnována dostatečná pozornost mravnosti a etice ve světě omezených zdrojů a neomezených potřeb

- je žádoucí **vypracovat metodiku řízení společenských systémů** na základě praktických zkušenosti firmy Baťa, obecných zákonů kybernetiky a modelových řešeních na počítačích

- **existují možnosti jednokrokových optimalizačních metod,** které využitím kauzálního popisu umožní syntézu optimálních trajektorií, které zejména problematice řízení společnosti pomůže vyřešit mnohý problém

- **řízení finančních systémů s jednoduchým kriteriem maximálního zisku (financializace, globalizace)** jsou velmi nebezpečná pro mírový rozvoj světového hospodářství

- **všeobecně se podceňuje etika v podnikání a společnosti**, což stresuje členy pracovního kolektivu na všech úrovních a nutně vede k snížení konkurenceschopnosti produkce organizace /12/

Příspěvek byl spolu s dalšími 27 /2/ sepsán s představou, že vyburcuje vědeckou komunitu k řešení problémů, které přispějí k zlepšení celosvětové společenské situace. Již několik desetiletí marně bojuji o uznání moderních metod řízení podniku zavedených u firmy Baťa v počátku minulého staletí.

Literature:

- /1/ WIENER, N. Kybernetika a společnost. Praha: Nakladatelství ČSAV, 1963
- /2/ BARVÍŘ, M. www.cz/barvir.miroslav
- /3/ HAWKEN, P., LOVINS, A., LOVINSOVA, L.H. Přírodní kapitalismus. Praha: Nakladatelství MF, 2003, ISBN 80 - 204 - 1078 -3.
- /4/ GRAY, J. Marné iluze - Falešné představy globálního kapitalizmu. Košice: Nakladatelství PARADIGMA, 2002, ISBN 80 - 968603 -1 -3.
- /5/ KUZNĚCOV, B. Einstein - život, smrt, nesmrtelnost. Praha: SPN, 1984
- /6/ FOSTER, J.,B., MAGDOFF, F. Velká finanční krize -příčiny a následky. Všeň: GRIMMUS, 2009, ISBN 978 - 80 - 902831 - 1 - 4.

- /7/ BAŤA, T. Úvahy a projevy. Zlín: UTB, 2003, ISBN 80 –7318 - 103–7.
- /8/ TISK: Bohatí Němci vládě - Chceme dva roky vyšší daně! Právo 24.10.2009.
- /9/ Nutno přes E-mail: tvasko@quick.cz a/ - Příčiny a důsledky financializace b/ - Specifika současné krize
- /10/ Nutno přes E-mail: jknauer@volny.cz - Filipika aneb zdravá společnost = zdravá ekonomika
- /11/ BARVÍŘ, M. Modelování a identifikace. Brno: VUT, 1991, ISBN - 80 - 214 - 0302 - 0
- /12/ REICH, R., B. Slušná společnost . Praha: VIZE 97, Nadace Dagmar a Václava Havlových
- /13/ TISK: SOROS, G. Příjde velká kapitalistická finanční krize? Dnes 6.11.2009

Contact – email
Barvir.mirek@email.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE CONCEPT OF COMPARATIVE ADVERTISING AND ITS CONDITIONS OF LEGALITY

MOISE BOJINCA

Faculty of Juridical Sciences, University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
In today's world, advertising is increasingly felt in all areas and become a persuasive force on the collective mentally and, naturally, on human behavior. In general, advertising can be regarded as a mere public announcement that it intends to provide information, to awaken interest and a certain reaction In other words, advertising seeks, first, to inform and, secondly, to persuade. These two functions although you can find distinct most often are present simultaneously. From a juridical point of view, advertising is important especially in competitive activity where must be made distinguish between misleading which may lead to adverse consequences for business, and the correct, fair and lawful able to lead, ultimately, economic growth in the service of authentic human development. In this area, practical work required the need to adopt legal regulations which would enable distinguishing the two forms of advertising. Thus, at European level was adopted the Directive 2006/114/EC, which, nationally, has been transposed into Law 158/2008. These regulations have established a number of constraints of fairness and objectivity comparative designed to make the distinction between the correctly advertisements and likely to mislead. According to the above regulations we will be in the presence of lawful comparative advertising when it compares goods or services answering to the same needs or intended for the same purposes, does not discredit or denigrate the trade marks trade names, other distinguishing marks of a competitor, trade names, other distinguishing marks of a competitor, goods or services do not have imitations or replicas of goods or services bearing a mark or trade name protected and does not create confusion between competitors.

Key words in original language
Advertising; Competitive activity; Misleading advertising.

1. PRELIMINARY

Romania's integration into the European Union since January 1, 2007 led to a need to create effective conditions for expression of the four freedoms of movement[1] which result in stimulating creativity and initiative in all fields.

[1] It is about the freedom of movement of persons, goods, services and capital.

Naturally, in this context, advertising initiatives to promote the sale of goods or services acquired new values.

However, this activity often occurred incorrect advertising.

Therefore, the European Union towards a properly advertised, on the one hand, to stimulate competition fair competition and, on the other, protecting consumers, has proceeded to regulate this activity by Directive 2006/114/EC.[2] In general, advertising can be regarded as a mere public announcement that it intends to provide information to awaken interest and a certain reaction. In other words, advertising seeks, first, inform, and, secondly, to persuade. These two functions, although it may find even distinct, often are present simultaneously. From a juridical point, advertising is important especially in competitive activity where must be distinguished from misleading which may lead to adverse consequences for business and the correct, fair and lawful, able to lead, ultimately, to economic growth in the service of authentic human development.

2. KINDS OF ADVERTISING AND THEIR DEFINITION

The law no. 158/2008 is speaking, since from the title, about two kinds of advertising namely misleading advertising and comparative advertising.

In case we consider that although the law does not show it, through an interpretation per a contrario we can distinguish beside the lawful comparative advertising the illegal (illicit) advertising.

It is misleading, that advertising which in any way, including the presentation induce or mislead the persons to whom it is addressed or who have contact with it and which because of misleading may affect their economic behavior or which, therefore, harm or may harm a competitor.

To determine whether advertising is misleading should be examined, according to art. 5 of Law no. 158/2008 all its aspects, in particular any information it contains concerning:

- Characteristics of goods or services, such as availability, nature, manner of execution, composition, method and date of manufacture of goods or service delivery, technical and functional parameters, geographical or commercial origin, the expected results due to their use or the results of tests or essential characteristics of the contracts made the goods or services;

[2] Directive 2006/114/EC of the European Parliament and EU Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising was published in the Official Journal of the European Union no. L 376 of December 27, 2006

- price or its calculation method and conditions for distributing goods or services are provided;

- Nature, duties and rights of the dealer who advertises such as: identity and the assets, qualifications and ownership of industrial, commercial or intellectual property rights or his awards and distinctions.

Misleading advertising is prohibited.

In turn, accordingly to art.3, points c) from the Law no. 158/2008, comparative advertising is that advertising which identifies explicitly or implicitly a competitor or goods or services offered. In other words, we will be in the presence of comparative advertising only to the extent that the advertisement permits - directly or indirectly - a competitor aimed at identifying the person or goods or services they offer and not when the message that raises the overall superiority of a product.

Comparative advertising may be legal or illegal.

Under the law no. 158/2008 is considered the legal comparative advertising when cumulatively meets the essential requirements established by law.

Consequently, that advertising which does not meet the cumulative requirements established by law is unlawful comparative advertising.

3. BID CONDITIONS OF COMPARATIVE ADVERTISING

Conditions of lawfulness of comparative advertising are established by art. 6 of Law no. 158/2008 which faithfully reproduces the eight requirements of fairness and objectivity of the comparison contained in the art. 4 of Dire Conditions of lawfulness of comparative advertising are established by art. 6 of Law no. 158/2008, which faithfully reproduces the eight requirements of fairness and objectivity of the comparison contained in art.4 of Directive 2006/144/EC.

Thus, comparative advertising is legal if:

a) "Does not misleading, according to the provisions of art. 3 letter b) and Art.5 of this law (Law no. 158/2008 - Ed), and of art. 5-7 of Law no. 363/2007[3] on combating unfair practices of traders in European relations joint protection countries;

[3] Law no. 363/2007 was published in the Official Gazette of Romania no. 899 of 28.XII.2007şi entered into force on December 31, 2007. In Title I, entitled Defining and prohibiting unfair trade practices´ the law transposes the provisions of Directive 2005/29 EC of the European Parliament and Council of May 11, 2005 on unfair trade practices by domestic firms to consumers And amending Council Directive 841/450/CEE, Directives 97/7/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and Council ('Unfair Commercial

b) "Compares goods or services meeting the same needs and are designed for the same purpose." We note that the legal text does not refer to the same kind, but the same needs or goals. This formulation translates assertion that can compare what is comparable;

c) "Compare, objectively, one or more essential, relevant, verifiable and representative features of those goods or services which may include the price". In this formulation is a need imposed by law as a comparison operation to be based on objective criteria, respectively one or more essential, relevant, verifiable and representative including price;

d) "Does not discredit or denigrate the trademarks, trade names, other distinguishing marks, goods, services, activities or that of a competitor". This condition imposes the requirement of impossibility of completion advertisement in a depreciator way.

e) "For products with designation of origin relates, in each case to products with the same name". This requirement also reiterates the need for comparability of comparable products;

f) "Does not take unfair advantage of the reputation of a mark, a trade name or other distinguishing marks of a competitor or the designation of origin of competing products". This condition releases the trader's obligation to not invoke in its advertising message, a brand of well known products to demonstrate the superiority of their products;

g) "Does not present goods or services as imitations or replicas of goods or services bearing a mark or trade name protected". This rule focuses advertising that aims to compare two or more products in order to demonstrate the superiority of one of them, by seeking unfair advantage to a competitor's product reputation and similarities between their own products and those of well-known brands.

h)"Does not create confusion among traders, between one who advertised and a competitor or between the marks, trade names, other distinguishing marks, goods or services that their advertising and those of a competitor". It is a requirement designed to protect particularly beneficial competition advertisement whose trademarks, trade names or distinctive signs may be so affected.

Practices Directive'), published in the Official Journal of the European Union (JOCE) no. L. 149 of June 11, 2005

4. SANCTIONS FOR BREACH LEGAL LIMITS OF COMPARATIVE ADVERTISING

Comparative advertising carried in excess of the limits prescribed by art. 6 of Law 158/2008 is a contravention and is punishable by a fine of 3000 lei to 30 000 lei.

Establishment and enforcement is for the representatives of the Ministry of Economy and Finance.

Complement to this sanction a publication process may have - Report of Findings and sanctioning the contravention and thereafter the court decision (in whole or in extract) and the publication of corrective statements.

The measures have to eliminate the continuing effects of misleading advertising.

Non-compliance the measures, respectively the publication process - Report of Findings and sanctioning the contravention, publication of the court decision, publication of corrective statements, constitute on its turn an offence whose determination is made by representatives of the Ministry of Economy and Finance and shall be punished with fine from 6000 lei to 000 lei 60.

Contact – email
fsjdreptucb@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

FREE LEGAL RIGHTS AND DENIAL (WITHDRAWAL) - LEGAL WAY TO ENSURE THE PROGRESSIVE FORMATION OF COMMERCIAL CONTRACTS

BOJINCĂ GHEORGHE MARIAN

Faculty of Juridical Sciences, University "Constantin Brancusi" of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
In the Romanian law system "de lege lata" there are three broad areas in which the manifestation of will is not done uno ictu (suddenly), classic but gradually. This possibility is ensured by legal acts regulating the legal clauses, express and free of denial (withdrawal) of the original consent expressed in specific cases. In Romanian law, areas in which the gradual setting up this particular way of consent concerns: distance contracts covered by the Ordinance. no. 130/2000, the contracts concluded away from business premises, covered by OG 106/1999 and the time-sharing contracts governed by Law 282/2004. This feature of the progressive training of consent is driven by the need to protect consumers in the context of aggression and peculiarities in which the respective legal processes. Legal provisions are transposing into Romanian evident Community regulations. This feature of the progressive training of consent is driven by the need to protect consumers in the context of aggression, and peculiarities in which the legal contract processes are made.

Key words in original language
Commercial contracts; Law; The protection of consumers.

1. GENERAL CONSIDERATIONS

Romanian legislature, transposing EU legislation into national law, to protect consumers, has adopted the last time, new laws that allow buyers to deny unilaterally and free, in a certain period expressly provided by law, the initially expressed consent.

The areas where this right is currently covered are:

- distance contracts made under Ordinance no. 130/2000[1] on the legal regime of distance contracts;

- contracts outside common areas, according to OG nr.106/1999[2] on contracts concluded away from business premises; and

[1] Ordinance no. 130/2000 on the legal regime of distance contracts, was published in the Official Gazette of Romania, Part I no. 431 of 09.02.2000

- Time-sharing type contracts governed by the Law no. 282/2004 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts bearing on the acquisition of a right of use of timeshare property[3].

The legal right of unilateral denial means the possibility of unilateral withdrawal of the offer, in cases expressly covered by law, within 7-10 days freely and without reasons for this attitude and without any repercussion.

Because the legal right of denial governed by those three laws from above have features, below we show how to realize this right of legislation in each hand.

2. DISTANCE CONTRACTS

In these contracts, taking account the specific mode of reaching the agreement volitional which can lead often in bulk of mismatches in the agreement volitional, the legislature held the possibility of gradually manifestation of the address supply will, governing the law to withdraw the distance contracts within 10 days without penalty and without giving any reason.

The period of 10 days, provided for enforcement of the right of withdrawal of the contract begins:

- For products, of their receipt by the consumer if they have fulfilled the provisions of art. 4 of the Act;

- For services, the day of the conclusion or after the conclusion, the day the obligations of Article 4 have been met provided that not exceed 90 days.

When exercising the right of cancellation by the consumer the trader is obliged to reimburse the amounts paid by the consumer free of charge from the repayment amounts. Such reimbursement will be made within 30 days from the denunciation of the contract by the consumer.

3. CONTRACTS CONCLUDED AWAY FROM BUSINESS PREMISES

As well in these contracts the legislature stipulated the consumer possibility to cancel the contract within 7 working days

---

[2] Ordinance 106/1999 on contracts concluded away from business premises, republished in the Official Gazette of Romania, Part I no. 168 of 05.03.2008

[3] Law 282/2004 on the protection of purchasers in respect of certain aspects of contracts bearing on the acquisition of a right of use of timeshare property, published in the Official Gazette of Romania, Part I no. 580 of 30.06.2004

The period of 7 working days begins:

- From the conclusion of the contract if it is concomitant with the delivery date;

- From the date of the conclusion of the service;

- From the product receipt by the consumer, if the delivery was made after the conclusion.

To exercise the right of withdrawal the consumer shall inform the dealer in writing by registered letter with acknowledgment of receipt its shipment date must fall within the period specified in the contract.

Advertising the dealer exempt the consumer from any obligation with the acceptance that the consumer has to return the products delivered.

If the trader fails to inform the consumer of the right of denial or if the information was incomplete or incorrect so that would not allow the exercise of such a right, the period of 7 days shall be extended by 60 days.

4. TIME-SHARING CONTRACTS

In the time-sharing contracts the purchaser of such a right can also cancel the contract without invoking any reason within 10 days from the date of signing by both contracting parties or from the date on which the parties have signed a pre-contract, as appropriate.

If the contract or pre-contract does not contain the information required by the law when signed by the both parties, the purchaser is entitled to request cancellation of the contract, respectively the pre-contract, within three months from that time.

If during those three months are provided this information the period in which the purchaser may cancel the contract begins on the date the information was communicated last.

If at the end of the period of three months the purchaser has not exercised its right to request cancellation of the contract and the contract does not include information required by the law, the deadline for cancellation starts from the day following the day on which that period expired.

5. CONCLUSIONS

From the technical analysis of the legal denial right (withdrawal, unilateral withdrawal) of the consent results, that it is recognized by law only to the consumer, not to the other party.

I t is exercised free of charge and at least in appearance seems to change the basis of consensus and binding force of contract.

The volitional agreement is no longer made suddenly, but gradually.

The consumers consent although it meets, in a first phase, that of the professional, contract is not “fully” formed, but only in a provisional way.

The completion of the volitional agreement is gradually and it is strengthened with each second flow of the 7 or 10 days if the consumer does not exercise its right of withdrawal.

In all these cases the original consent of the consumer is insufficient to complete the formation of the Convention.

Presuming the failure of the assessment factors and reflection process from the beginning of meeting the offer with the acceptance, the legislature has determined that the will of the consumer to engage in such contractual relationships must assert itself progressively during the interval of 7-10 days allocated before the consumer’s consent to take the final one.

Contact – email
conferencelawucb@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

AUTOMOTIVE V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

KAROLÍNA ČERVENÁ

Právnická fakulta, Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, Slovenská republika

Abstract in original language
Cieľom príspevku je analýza podmienok podnikania v odvetví automobilového priemyslu na území Slovenskej republiky. Vývoj slovenského automobilového priemyslu bol poznačený transformáciou ekonomiky Slovenska. Na území Slovenska sa automobilová výroba prakticky s nulovou produkciou, (podniky redukovali svoje kapacity, resp. dochádzalo k ich zániku - problémy sa prejavovali aj vo financovaní, jednak z hľadiska krátkodobých prevádzkových potrieb, jednak z hľadiska dlhodobých potrieb, ktoré by zabezpečili modernejšiu technickú a technologickú vybavenosť a možnosť inovovať) zmietala v kríze, až do roku 1992. Ako jediné riešenie uvedenej situácie (útlmu odvetvia) bolo otvorenie trhu a vytvorenie podmienok pre vstup strategických investorov s dostatočným kapitálovým vybavením, know - how a novými trhmi. Konkurencieschopnosť priemyselnej výroby veľkých spoločností v rozličných právnych formách, ako aj zoskupení (korporácií), ale aj malých a stredných podnikateľských subjektov. V priebehu ich ekonomickej existencie, závisí nielen od výrobného procesu, technologických schopností, inovácií, ale aj od kvalitných poznatkov (vedomostí). Vstupom nadnárodného koncernu skupiny VW (1992), PSA a KIA (2006) na územie SR sa začala nová etapa vývoja slovenského automobilového priemyslu. Vstup investorov priniesol do odvetvia najmä investície zabezpečujúce rozvoj kapacít, ktoré dovtedy výrazne absentovali. Okrem iného vstupom investorov ako aj samotným charakterom automobilovej výroby, sa začal prejavovať synergický efekt (zvyšovanie produkcie výrobcov komponentov a subdodávateľov). V porovnaní s ostatnými štátmi EÚ je produkcia SR ovplyvnená pomerne lacnou a kvalikovanou pracovnou silou ako aj strategicky centrálnym teritoriálnym umiestnením.

Key words in original language
Automobilový priemysel; Podnikateľské prostredie; odvetvové podmienky.

Abstract
The aim of the contribution is analysis of the business conditions in the automotive sector in the territory of Slovak Republic. Development of Slovak automotive industry was marked by the transformation of the Slovak economy.On the territory of Slovakia automotive production with virtually zero production (businesses reduce as well, both in terms of short-term operational needs and long-term needs, which would provide more advanced technical equipment and used technology and the ability to innovate) su_ered from crisis, until 1992. As the only solution to that situation (depression of industry) was to open the market and create

conditions for the entry of strategic investors with su_cient capital equipment, know - how and new markets. The competitiveness of industry production of major industrial companies in various legal forms, as well as groups (corporations), but also small and medium businesses in the course of their economic existence depends not only on the production process, technological capabilities and innovation, but also on the quality of knowledge . The entry of the multinational group VW (1992), PSA and KIA (2006) on the territory of Slovakia opened a new stage of development of the Slovak automotive industry. Entry of the investors brought investments into the branch, ensuring capacity development that was in signi_cant lack before. Moreover, the entry of investors as well as the very nature of automobile production began to show a synergic e_ect (increasing the production of component manufacturers and subcontractors). In comparison with other EU countries, production in SR is in_uenced by relatively cheap and skilled labour force as well as strategically central territorial location.

Key words
Automobile industry; Business environment; Sectoral conditions.

1. ÚVOD

V podnikateľskom prostredí 21. storočia (v kontexte globalizácie a integrácie), ktoré je evidentne modifikované permanentnými variáciami v jednotlivých sférach existencie podnikateľského subjektu, viac ako kedykoľvek predtým, rezonuje problém formulovania (ale aj implementovania) zodpovedajúcej (úspešnej) podnikateľskej stratégie. Súčasný podnikateľ je pri výbere a aplikovaní strategických zámerov často konfrontovaný so širokým spektrom parametrov, ktorých vypovedacia schopnosť dosahuje rôzne kvalitatívne úrovne. Cieľom príspevku je posúdenie vývoja a súčasného stavu automobilového priemyslu v Slovenskej republike. 1

2. AUTOMOBILOVÝ PRIEMYSEL V SLOVENSKEJ REPUBLIKE

Na území Slovenska má automobilový priemysel vlastnú tradíciu – v roku 1947 sa vyrobilo 366 ks motocyklov, v roku 1948 sa tento počet zvýšil 30-násobne. V roku 1982 bolo vyrobených prvých 257 ks osobných automobilov, po tomto období rastu došlo k poklesu na 1 ks ročne. V roku 1991 sa situácia výrazne zlepšila (vstupom Volkswagenu – v roku 1992 vyrobených 1630 ks automobilov). Automobilová výroba, ktorá získala dominantné postavenie v rámci slovenského priemyslu hlavne príchodom veľkých zahraničných investorov, zaznamenala rastúci podiel na zvyšovaní

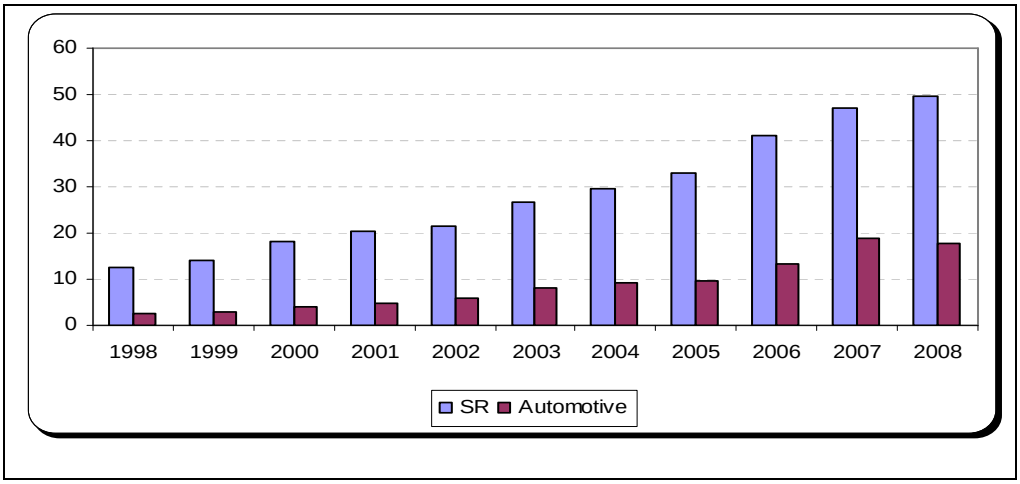
1 Tento príspevok predstavuje výstup z riešenia čiastkovej úlohy grantového projektu VEGA č. 1/0325/08 – Sociokultúrne determinanty tvorby a pôsobenia práva v európskom právnom priestore.

výkonnosti slovenského priemyslu, pričom synergický efekt sa prejavil v najvyššej miere v elektrotechnickom a chemickom priemysle.

2.1 VÝVOJ V ROKOCH 1998 - 2008

Od roku 1998 prešlo automobilové odvetvie významnou zmenou. Slovensko sa s produkciu 1 mil. áut ročne (v roku 2005) dostalo na čelo rebríčka v prepočte výroby automobilov na jedného obyvateľa. Zo štatistických údajov2 vyplýva, že podiel odvetvia AP na hrubom domácom produkte dosahuje 2 %. Hrubý domáci produkt vytvorený v odvetví na jedného zamestnanca je ale takmer o 32 % vyšší ako priemer v slovenskej priemyselnej výrobe. Môžeme teda konštatovať, že napriek zdanlivo nízkemu podielu odvetvia na HDP Slovenska patrí automobilový priemysel medzi kľúčové a dlhodobo perspektívne odvetvia priemyselnej výroby, čo dokumentujeme na základe nasledujúcich odvetvových ukazovateľoch za priemysel v porovnaní s automobilovou výrobou.

Podiel exportu AP na celkovom exporte (v mld. €) za SR je uvedený na nasledujúcom grafe.



Graf 1 Podiel AP na celkovom vývoze za obdobie 1998-2008

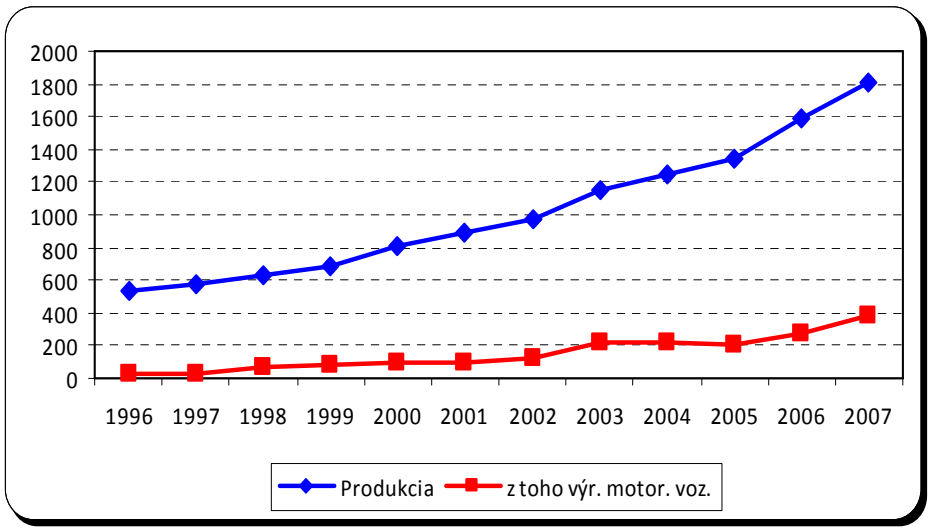
Zdroj: vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR a ZAP SR.

Z uvedeného grafického zobrazenia (graf 1) vyplýva, že význam AP na exportných aktivitách Slovenska dlhodobo rastie (hodnoty za sledované obdobie sa pohybovali na úrovni min. 21,76 % v roku 1999 až po max. 39,71 % v roku 2007). Kým v roku 1998 podiel vývozu AP predstavoval hodnotu 21,45 % v roku 2008 podiel automobilovej výroby na exporte dosiahol úroveň 35,8 % (akciová spoločnosť Volkswagen Slovakia, je

2 Podľa štatistických informácií ŠÚ SR, MH SR, NBS SR.

najväčším slovenským exportérom a jej vývoz predstavuje viac ako 15 % celkového exportu SR3).

Reálna produkcia automobilovej výroby na území SR sa po dlhodobejšej absencii začala príchodom koncernu VW (v roku 1992). Graf 12 zobrazuje vývoj priemyselnej produkcie v rokoch 1996-2007 v porovnaní s vývojom produkcie v automobilovej výrobe (údaje sú uvádzané v mld. Sk).



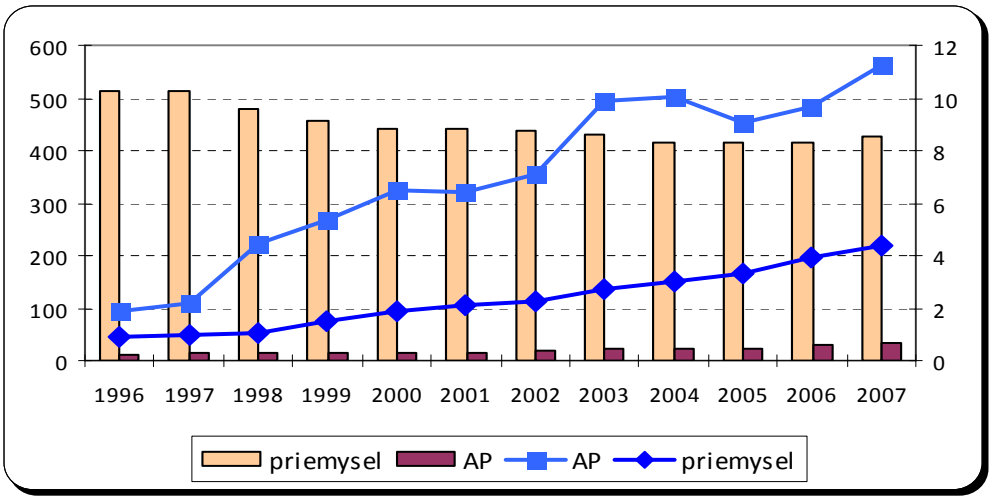
Graf 2 Vývoj priemyselnej produkcie

Zdroj: vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR: Ročenky priemyslu 1996-2008.

Ako je možné vidieť z grafu č. 2 dynamika vývoja produkcie AP zaznamenáva dlhodobo pozitívny trend, s najvyššími vykazovanými hodnotami v roku 1998 (medziročný rast 45,6 %) a v roku 2003 (medziročný rast 78,3 %), vysoko prevyšuje úroveň rastu produkcie za priemyselné odvetvie ako celku. Mierny medziročný pokles produkcie AP bol zaznamenaný v rokoch 2004 (o 0,9 %) a 2005 (o 7,5 %). Rok 2008 znamenal výraznejší pokles produkcie (o 35,7%).4 Dosahovaná priemerná úroveň produktivity práce v AP kopírovala dynamický vývoj produkcie, pričom vysoko prevyšovala priemer za odvetvie ako celok. Zaujímavé porovnanie nám poskytuje spojenie vývoja produktivity práce za priemysel ako celok (v mil. Sk) a za AP v súvislosti s vývojom počtu zamestnancov (v tis. os.) v priebehu rokov 1996 až 2007).

3 Informácia dostupná na internete: <http://www.volkswagen.sk/>.

4 Podľa údajov ŠÚ SR: *Bulletin 2009.*



Graf 3 Vývoj priemerného počtu zamestnancov a produktivity práce

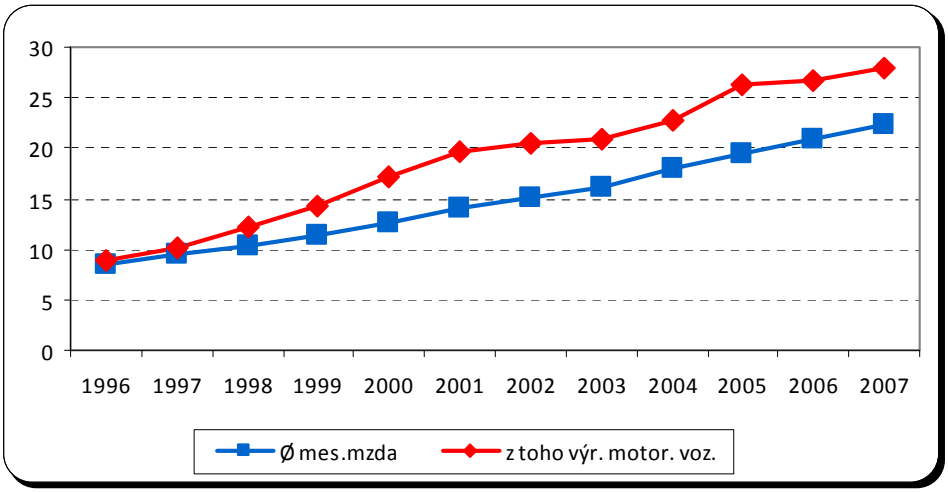
Zdroj: vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR: Ročenky priemyslu 1996-2008.

Permanentný nárast počtu pracovných síl v AP od roku 1996 predstavuje za analyzované obdobie rokov 1996 až 2007 nárast o 156,6 % (v roku 1996 bolo v automobilovom priemysle priamo zamestnaných 13.152, pričom v roku 2007 to už bolo 33.747 osôb). Za priemyselné odvetvie ako celok, za to isté obdobie, poklesol počet zamestnancov o 7 %. Podiel zamestnanosti v AP na celkovej zamestnanosti v priemysle predstavoval v roku 2007 hodnotu 7,9 %, pričom v roku 1996 táto hodnota dosahovala iba 2,6 %.

Z grafického zobrazenia ďalej vyplýva, že priemerný počet osôb zamestnaných v priemysle sa od roku 1996 znižoval, s výnimkou minimálnej zmeny v rokoch 2001 a 2007. Celkovo poklesol počet zamestnancov v priemysle (v absolútnom vyjadrení) od roku 1996 o viac ako 87 tis. osôb. V AP je situácia zamestnanosti diametrálne odlišná – nárast zamestnanosti od roku 1996 do roku 2007 dosiahol úroveň 256,6 % (v absolútnom vyjadrený nárast počtu zamestnancov o viac ako 20 tis.), pričom v súčasnosti tri najväčšie subjekty5 pôsobiace v AP zamestnávajú spolu priamo viac ako 14 tisíc pracovných síl, čo predstavuje 70 % - ný podiel zamestnanosti v rámci výroby motorových vozidiel a ich komponentov. Na grafe č. 4 porovnávame vývoj priemernej mesačnej mzdy (v tis. Sk) v AP a za priemysel ako celok.

5 Predpokladaný trhový podiel v roku 2008 Volkswagen Slovakia, a.s. (35,4 %), PCA Slovakia, s. r. o.

(30,8 %) a Kia Motors Slovakia s. r. o. (33,8 %).



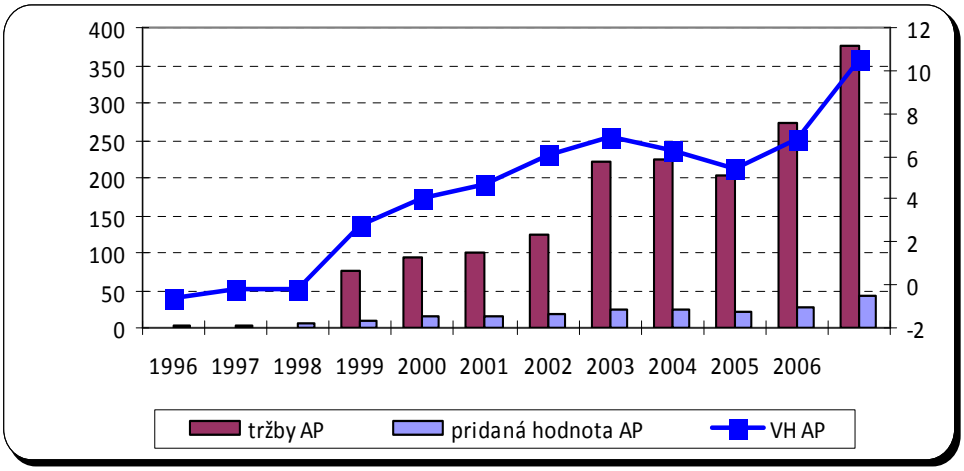
Graf 4 Vývoj priemernej mesačnej mzdy

Zdroj: vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR: Ročenky priemyslu 1996-2008.

Pracovné miesta sa v AP považujú z pohľadu vývoja ceny práce na Slovensku za dlhodobo atraktívne s ohľadom na vyššiu úroveň miezd v porovnaní s inými odvetviami NH v SR. Priemerná mesačná mzda vo výrobe dopravných prostriedkov dosahovala výrazne vyššiu dynamiku rastu (316,6 %) v porovnaní s priemerom odvetvia (261,8 %).

Z hľadiska vývoja tržieb za vlastné výkony a tovar vo výrobe dopravných prostriedkov môžeme konštatovať, že dynamika tržieb za sledované obdobie, bola v priemere na úrovni 5 %, čo je o 4,7 percentuálneho bodu viac ako bol priemer v tom istom období za priemysel ako celok. Nárast pridanej hodnoty v automobilovej výrobe v roku 2007 v porovnaním s rokom 1996 dosiahol hodnotu prevyšujúcu 1000 % (1166,6 %), pričom za priemysel ako celok to bolo len 258,6 %. V decembri roku 2007 automobilová výroba zaznamenala medziročný pokles tržieb o 37,7 %, čo sa však v roku 2008 zmenilo na 12 %-ný nárast.6 Uvedené skutočnosti (v mil. Sk) sú zobrazené na nasledujúcom grafe č. 5.

6 Podľa údajov ŠÚ SR: *Bulletin 2009.*



Graf 5 Vývoj tržieb, pridanej hodnoty a VH v AP

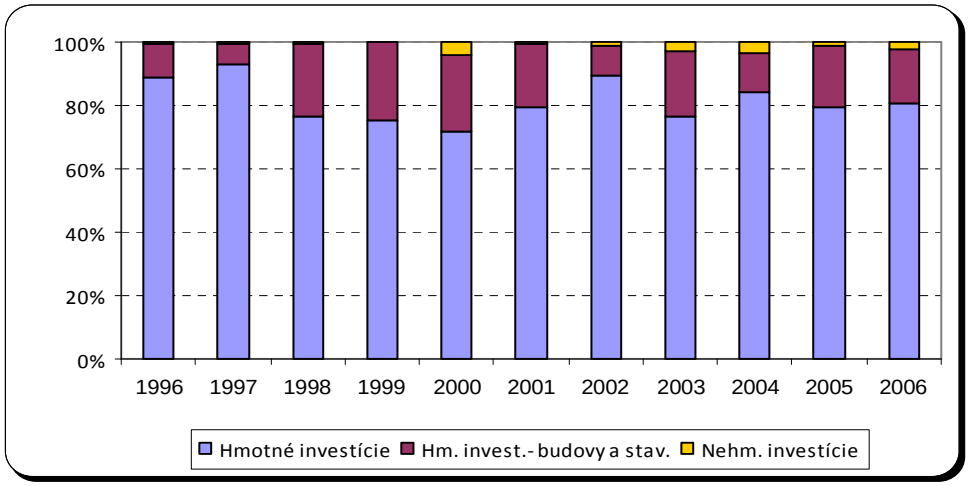
Zdroj: vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR: Ročenky priemyslu 1996-2008.

Na grafe č.5 je taktiež možné vidieť, že hodnoty výsledkov hospodárenia subjektov v AP (uvádzané v mil. Sk) sa počas sledovaného obdobia (roky 1996 až 2007) výrazne zlepšovali. Od roku 1996 kedy bol VH vykázaný ako záporný (strata v hodnote 640.507 tis. Sk), obdobne v rokoch 1997 a 1998 sa táto hodnota od roku 1999 zmenila na kladnú. V roku 2007 bol v absolútnom vyjadrení dosiahnutý VH v hodnote 10.544.406 tis. Sk.

Reálne podnikanie v AP (vybudovanie automobilových parkov) na území SR bolo determinované predovšetkým prílevom PZI do tohto odvetvia, vplyvom ktorých došlo k výraznej dynamike rastu produkcie, tržieb a pridanej hodnoty a zamestnanosti v priemysle. Zo štatistík vyplýva, že celkový objem investícií v priemysle v roku 20067 poklesol v porovnaní s rokom 1996 o 34,3 %, v automobilovej výrobe bola situácia diametrálne odlišná - celkový nárast investícií v roku 2006 predstavoval v porovnaní s rokom 1996 percentuálny nárast o 1633,5 % (v absolútnom vyjadrení uvedená percentuálna hodnota predstavuje zvýšenie o viac ako 33,5 mld. Sk).8 Vplyv rozvoja automobilového priemyslu a príliv investícií do odvetvia sekundárne ovplyvňuje aj výkony v stavebníctve, kedy bolo len za minulý rok v rámci rozvoja automobilových výrob na Slovensku preinvestovaných cca 14 mld. Sk. Graf 6 zobrazuje percentuálny podiel jednotlivých druhov investícií na celkovej hodnote investičnej činnosti.

7 Údaj za rok 2007 v rámci oficiálneho štatistického zverejňovania údajov v publikácii *Ročenka priemyslu SR 2008*, vydávaná ŠÚ SR bol uvedený ako nezistený.

8 Napr. v roku 2000-2001 VW Slovakia investoval takmer 15,4 mld. Sk, z toho do technológií 9,9 mld.



Graf 6 Podiel hmotných, nehmotných investícii, budovy a stavby v AP (mld. Sk)

Zdroj: vlastné spracovanie podľa údajov ŠÚ SR: Ročenky priemyslu 1996-2008.

2.2 INVESTIČNÉ STIMULY

Za výrazné investičné stimuly pre odvetvie AP považujeme štátnu pomoc na obstarávacie investície a vytvorenie nových pracovných miest v súvislosti s investíciami na obstaranie dlhodobého hmotného majetku a dlhodobého nehmotného majetku, potrebného na začatie výroby alebo na začatie poskytovania služieb, na rozšírenie výroby alebo na rozšírenie poskytovania služieb alebo na kúpu podniku vo forme:

úľavy na dani z príjmov právnických osôb,

príspevku na rekvalifikáciu zamestnancov prijatých na vytvorené nové pracovné miesta,

príspevku na vytvorenie nového pracovného miesta.

2.3 EKOLÓGIA A EKOLOGIZÁCIA

Vzhľadom na to, že automobilová doprava je najrozšírenejším spôsobom dopravy vo svete, patrí AP, resp. jeho produkty k jedným z výrazných znečisťovateľov ovzdušia. V tejto súvislosti bolo najmä v rámci EÚ prijatých množstvo legislatívnych noriem,9 ktoré stanovujú povinnosti výrobcov automobilov na znižovanie emisií, resp. recykláciu vyradených

9 Podľa CARS 21. Dostupné na internete:

<http://ec.europa.eu/ enterprise/automotive/pagesbackground/competitiveness/cars21.htm>.

vozidiel, čo predstavuje podľa nášho názoru jeden z významných budúcich faktorov strategickej konkurencieschopnosti výrobcov motorových vozidiel a ich komponentov. Novým prvkom v slovenskej legislatíve významne ovplyvňujúcim automobilový priemysel je právna úprava recyklácie vyradených vozidiel. Konkrétna smernica o vyradených vozidlách je súčasťou systému noriem na ochranu životného prostredia a zaoberá sa najmä homologizáciou, teda schvaľovaním a otypovaním nových vozidiel, spätným odberom vozidiel a likvidáciou vozidiel po skončení životnosti.10 Rozhodujúcu úlohu zrejme bude zohrávať vývoj nových technológií, výrobných postupov, znižovanie energetickej náročnosti a pod.

Globalizačné procesy okrem iných skutočností, poskytujú stále väčšie možnosti prenikania zahraničných podnikateľov na územia iných štátov.11 V rámci teritória SR to bol vznik dcérskych spoločností koncernov Volkswagen Group, KIA Motors Corporation a PSA Peugeot Citroën.

2.4 ŠTÁTNA POMOC

Úspech slovenského automobilového priemyslu bol často stotožňovaný s jedinou spoločnosťou – Volkswagen (dnes už aj PSA a KIA). Toto odvetvie je z hľadiska vládnej priemyselnej politiky strategicky významným – vychádzame zo skutočnosti realizovanej nadštandardnej štátnej podpory. Existujú však aj protiargumenty o nespravodlivom zvýhodňovaní zahraničných investorov v určitej oblasti podnikania. Vo všeobecnosti za najdôležitejšie legislatívne normy upravujúce podporu domácich a zahraničných investorov radíme predovšetkým Zákon o štátnej pomoci, Zákon o investičných stimuloch a Zákon o podpore na zriadenie priemyselných parkov.12

Literature:

- Čipkár, J.: Európsky parlament a legislatívny proces v ES/EÚ. In: Právo a európsky integračný proces. Zborník vedeckých prác a odborných článkov riešiteľov projektu VEGA. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2009, s. 55 - 75. - ISBN: 978-80-7097-778-1
- Čipkár, J.: Zásada rovnosti a diskriminácie v komunitárnom práve. In: Právo a európsky integračný proces. Zborník vedeckých prác a odborných článkov riešiteľov projektu VEGA. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2009, s. 131 - 154. - ISBN: 978-80-7097-778-1

10 Dostupné na internete: <http://www.enviro.gov.sk/page/868?c_id=5147>.

11 Napríklad v podobe fúzií, akvizícií, joint ventures.

12 Dostupné na internete: <http://www.zbierka.sk/>.

- Čipkár, J.: Európsky Homo Iuridicus. In: Právo a európsky integračný proces. Zborník vedeckých prác a odborných článkov riešiteľov projektu VEGA. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2009, s. 203 - 238. - ISBN: 978-80-7097-778-1
- Čipkár, J.: Úvod do právnej antropológie. Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košiciach, 2008.- 236 s. - ISBN: 978-80-7097-726-2
- ŠÚ SR: Bulletin 2009
- ŠÚ SR: Ročenka priemyslu SR 1998 - 2008
- http://ec.europa.eu/ enterprise/automotive/pagesbackground/competitiveness/cars21.htm>
- http://www.enviro.gov.sk/page/868?c_id=5147>
- http://www.zbierka.sk/>
- http://www.volkswagen.sk/>
- http://www.statistic.sk/>

Contact – email
Karolina.Cervena@upjs.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ICT INNOVATIONS AS A RESPONSE TO THE REQUIREMENTS OF COMPETITIVE MARKET - POLAND'S CASE STUDY

TERESA KAMIŃSKA - GRZEGORZ DZWONNIK

Faculty of Economics, University of Gdansk, Microeconomics Department, Poland - Faculty of Finance and Management, Gdansk School of Banking, Economics Department, Poland

Abstract
The paper is dealing with ICT innovations as enterprises' tool to meet competition. The empirical study aims at pointing out the relationship between investments in innovations and firms' benefits from ICT. The scientific objective will be achieved by having considered three issues: market pressure for changing products and processes, the extent of competition by means of ICT tools, ICT innovations as a source of business benefits declared by the Polish enterprises.

Key words
Processes and products innovations; competitiveness of enterprises; ICT.

1. INTRODUCTION

The way of thinking on factors driving competitiveness has been changing over the time parallel to factors enabling economies to attain a long-term prosperity. According to the World Economic Forum competitiveness is the country's or/and enterprise's ability to create greater affluence than their competitors in the global market (World Competitiveness Report, 1994). OECD in turn refers competitiveness both to capability of firms, industries, regions, nations and international groupings to meet international competition as well as ensure relatively high rates of return on productive factors including reasonably high and stable employment (Industrial Structure Statistics, 1994).

The competitive market forces the market agents to be business efficient in long term that means productive, fine-tuned to environmental evolution including responding to technological revolution, ready to diminish costs of various activities in different areas of economic, managerial and even social performance, and to take a price-war, if necessary. It seems to be indispensable for the Polish enterprises to have ideas and manners how to be competitive in order to cope with rivals in both domestic and foreign markets. The failure of many enterprises to grow despite huge investments made in physical capital proves that it is not enough to survive in business. Ceaseless seeking for sophisticated components became a challenge to succeed in outstripping rivals or at least to be equal to them.

Despite the multitude of complex determinants of competitiveness in the global or even country's economy level, which obviously impact and condition the mezo and micro levels, the subject of the paper focuses on ICT innovations implemented by enterprises to make their products more attractive and processes more effective. The empirical study aims at pointing out the relationship between investments in innovations and firms' benefits from ICT inputs, in particular. The hypothesis to substantiate is whether the achieved extent of advantages of ICT innovations declared by the Polish enterprises might be satisfactory to meet competition requirements. The scientific objective will be achieved by having considered:

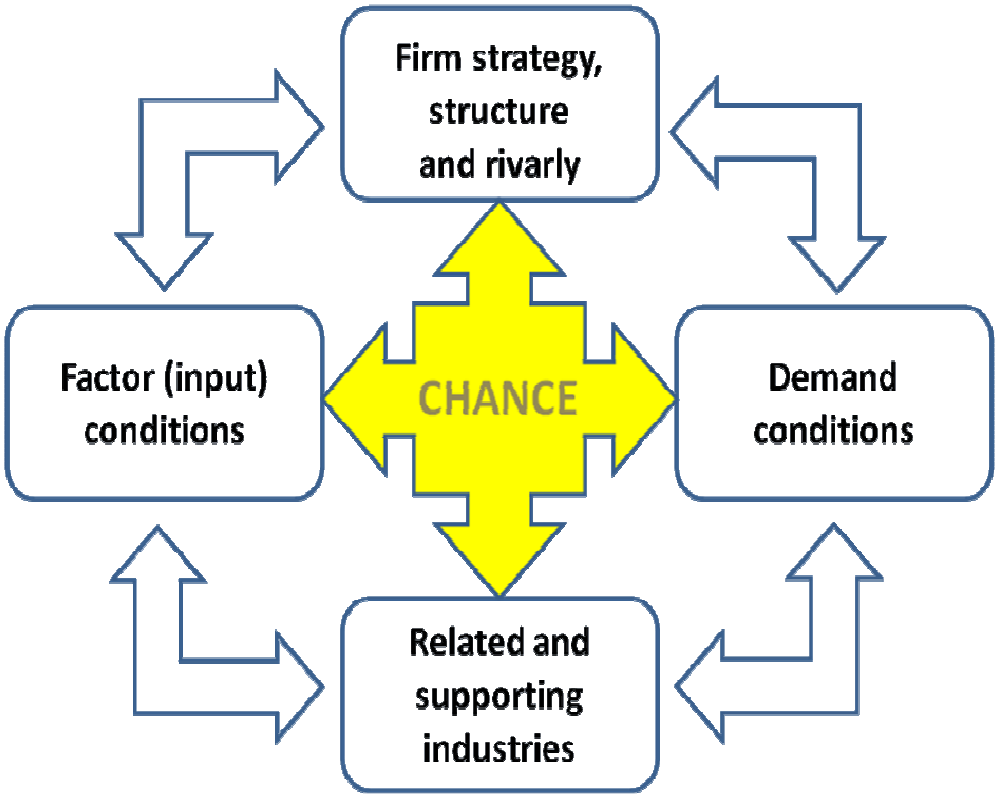
1. Market pressure for changing products and processes. The theoretical fundament to have discussed the issue is a well-known Porter's diamond framework (Porter, 1990). Empirically, percentage share of the Polish enterprises that have implemented product and process innovations, and the input structure of innovations according to the innovation activities in 2008 will be used to illustrate the propensity to response the market pressure.

2. The extent of competition by means of ICT tools empirically studied by the market pressure to utilize ICT innovations over 2006-2007.

3. ICT innovations as a source of business benefits measured by a percentage share of enterprises declaring the achievement of the following advantages: simplification of routine activities, resources release, income increase and new products development. A size of the firm (small, medium, large) is taken as the descriptor in analyzing and concluding process.

2. MARKET PREASSURE FOR CHANGING PRODUCTS AND PROCESSES

As the diamond framework reveals (picture 1), nearly everything is significant for competitiveness, and therefore everything might create market pressure for changing both products and processes as well. The Porter thesis is that these factors interact with each other to create conditions where innovation and improved competitiveness occur (Porter, 1990). The impact of government has been omitted since it can influence each of the determinants and its interventions can occur at any level of economic activity. As considers chance events, which are occurrences being outside of control of a firm, they create discontinuities in which some gain competitive positions and some lose. The role of ICT innovations in a contemporary and future economy is comparable to that of traditional production factors in the past, such as steam or electricity.



Picture 1 The microeconomic business environment; source: Porter M.E., The Competitive Advantage of Nations, New York: Free Press, p. 127

Individual elements illustrated in the picture 1 are charakterized in the following way:

Firm strategy, structure and rivalry

- rules that encourage investment and productivity (e.g. incentives for capital investments, intellectual protection),
- open and vigorous local competition, especially among locally based rivals.

Demand conditions

- the presence of demanding and sophisticated local customers,
- high customer expectations,
- local customer needs that anticipate those elsewhere,
- unusual local demand in specialized segments that can be served nationally and globally.

Factor (input) conditions

The efficiency, quality, and specialization of inputs available to firms:

- natural resources,
- human resources,
- capital resources,
- physical infrastructure,
- administrative infrastructure (e.g. registration, permits),
- information infrastructure (e.g. economic data, corporate disclosure),
- scientific and technological infrastructure.

Related and supporting industries:

- access to capable, locally based suppliers and firms in related fields,
- presence of clusters instead of isolated industries.

The microeconomic foundations of productivity rest on three interrelated areas (World Economic Forum, 2007):

1. the sophistication and capabilities with which domestic companies or foreign subsidiaries compete
2. the quality of the microeconomic business environment in which they operate
3. the state of development of clusters that provide benefits through proximity of related companies and institutions.

For the reason of the quality of the microeconomic environment, investing in ICT innovations is a major force in driving productivity in the micro scale and growth as well as prosperity in the macro scale as the benefits spread across the entire society.

The findings of different studies, focusing on the processes of application and usage of ICT within firms, prove that ICT has contributed greatly to productivity increase and competitiveness in the OECD countries in the last decade. One of the OECD's reports came to the conclusion that there is a need to reassess the notion of e-commerce or e-business as an outcome of the evolution of ICT use which comes closer to electronic business networking and brings about more interactive links between business processes within the firm and commercial processes in the market (www.infodev.org, 2007).

It is worth stressing that all these innovations work only if there are an accurate legal framework and a suitable infrastructure.

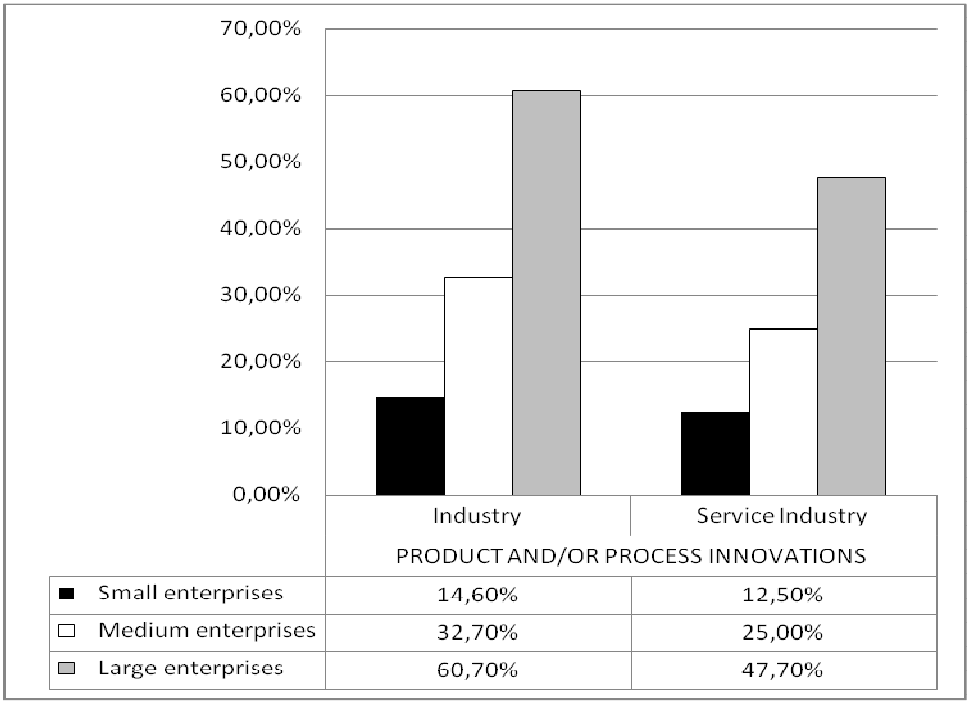
The study carried out by ECORYS Nederland B.V. in collaboration with TNO and IDEA relating to Estonia, Latvia, Lithuania, Poland and Russia point out that ICT usage is primarily geared towards improved production and transaction processes, e.g. organizational change and marketing to serve customers and markets, rather than the development of new or improved products. Therefore the former activities which are automated within half of the firms seem to be the most significant market force to keep economic relations with their business environment. Hence, it is mainly the less advanced ICT that is quickly spread, rather than the latest generation of it. Promoting the implementation of ICT for improved economic performance requires policies custom-made to the individual sector of economy. The later is very much dependent on technical infrastructure available within the individual countries (Ecorys Nederland B.V., 2007).

Performance indicator	Percent of firms with reported increase	ICT contribution (percent)	ICT in combination with other factors
Labour productivity	50,4	13,1	47,0
Operational costs	41,1	5,1	28,1
Revenue from sales	55,2	7,0	43,4
Profitability	44,0	10,5	48,2
Capital investment in innovation	51,5	16,1	57,5
ICT investment	45,4	30,2	46,0
Price competition	57,1	5,3	29,1
Quality competition	63,8	10,0	39,5
Percent of firms with reported decrease			
Operational costs	18,6	15,7	51,7

Table 1 ICT and economic performance of firms; source: ICT, Innovation, and Economic Growth in Transition Economies, A multi-country Study of Poland, Russia, and Baltic Countries, Information for Development Program, Ecorys Nederland B.V., The Inernational Bank for Reconstruction and Development, Washington, 2007, http://www.infodev.org/en/Publication.553.html

Statistical data presented in table 1 indicate the relationship between ICT utilization and economic performance amid the enterprises in transition countries. This is reflected by the impact of ICT declared by enterprises on productivity (13,1 percent), profitability (10,5 percent), capital investment in innovation (16,1 percent), operational costs (a decrease was mentioned by 15,7 percent of the firms), and a double significant on quality competition (10 percent) than price competition (5,3 percent). Although more than half of them realize that price competition plays a crucial role in gaining market shares, it is not related to ICT directly. Nevertheless, nearly one third of firms perceive ICT as one of the factors that contributes to increasing market share thanks to price competition. Moreover, the fact that 30,2 percent of the enterprises point out a self-generating increases in ICT investment shows that engagement in ICT usage is to a certain extent a self-sustaining process that requires cumulative investment. The most meaningful is a combination of ICT and other factors for capital investment in innovation (57,5 percent), profitability (48,2 percent), and labour productivity (47,0 percent). Operational costs (28,1 percent) and price competition (29,1 percent) are mentioned to be the least significant with reference to complementary factors. Next important findings concern the factors reinforcing the positive effect of ICT such as: capital investment in equipment, a new marketing strategy, organisational change, own specification, training in staff, changing in salary structure. The most significant complementary combination from the market forces point of view are: capital investment in equipment that not only extend the capital resources but – what is more crucial – changes their technological structure and enables the productivity growth as well as lower operational costs and consequently increase in revenues; the new marketing strategy as a determinant of a vigorous competition that may translate into improvement of profitability due to marketing initiatives to strengthen the firm's position in existing markets or enter new ones; organizational changes that result in greater flexibility are favour productivity, hence lower operational costs, and eventually grow revenues, too.

The outcome of the above study has been verified by the survey of the selected dimensions relating to Poland over 2006-2008 using a size of enterprises as the main descriptor. Irrespectively the sector (industry, service) the greater the enterprise (measured by the number of employees) the larger investments in product or process innovations (picture 2). Large industrial firms dominated (a bit over 60 percent) as considers the percentage share of the entire statistical population. It was about double more than among the medium firms and almost quadruple more as regards small business. Similarly, the greatest number of large firms in the service sector (nearly 48 percent) invested in innovations, almost double more than in medium business, and nearly quadruple more considering the small ones.



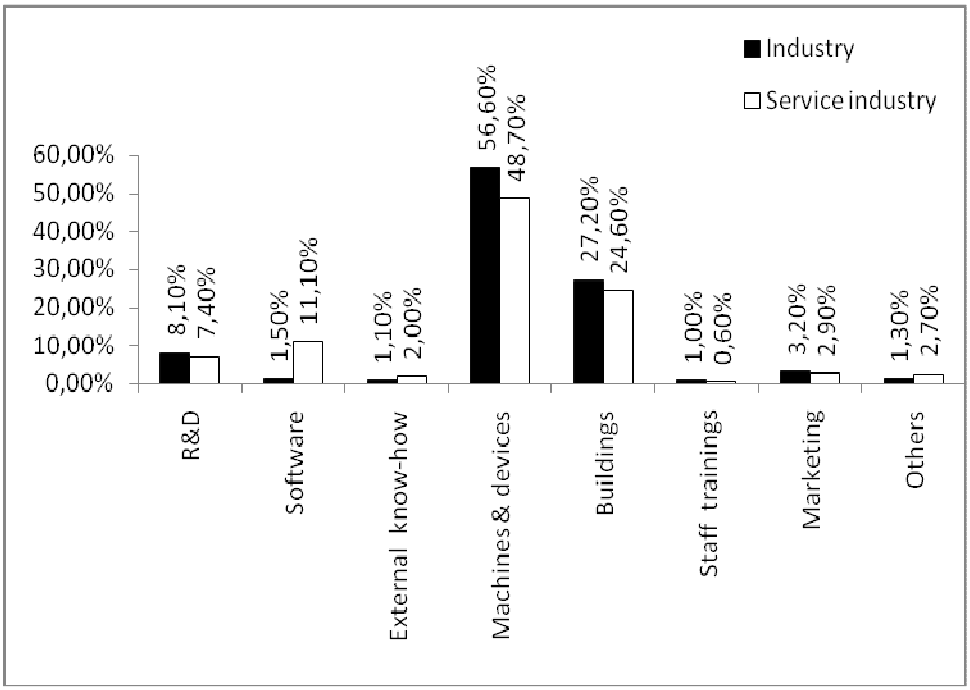
	Industry	Service Industry
	PRODUCT AND/OR PROCESS INNOVATIONS	
Small enterprises	14,60%	12,50%
Medium enterprises	32,70%	25,00%
Large enterprises	60,70%	47,70%

Picture 2 The percentage of products and process innovations implemented in the Polish enterprises between 2006 and 2008; source: own compilation based on Report of the Polish Central Statistical Office, „Innovation activity of enterprises in years 2006-2008“, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3574_PLK_HTML.htm

The picture of investments is being utterly changed regarding the structure of product or process investment according to the type of innovative activity (picture 3). Definitely, investment in the production technology (capital investment in equipment) is the first on the list (56,6 percent in industry; 48,7 percent in service sector, respectively). Other factors that motivate pro-innovating activities are also determinants of quantitative character rather than of qualitative attributes. Investments in various kinds of buildings take more or less one fourth of all inputs (27,2 percent and 24,6 percent, respectively), and investments in the genuine ICT conditioned activity, i.e. R&D activity and software purchasing reaches nearly 10 percent in industry and roughly 20 percent in service sector. Investments in external knowledge purchasing, marketing or staff training turns out to be inessential (5,3 percent of inputs in industry and 5,5 percent in service sector).

The data presented in pictures 2 and 3 do not confirm the finding (table 1) that ICT investment in Poland takes up a substantial part of the efforts of presented sectors to modernize. The finding that capital investment in equipment still is the most important factor is coincident with up-to-now carried out studies that confirm firms' behaviour typical for industrial stage of development than for a knowledge-based economy and still proves a lack of saturation with hard, physical capital both in industry and service sectors.

For transitional economies ICT is an opportunity to leapfrog some long and painful stages in the development process, thereby saving time and resources but unfortunately it is underestimated yet.



Picture 3 The structure of product or process investment according to the type of innovative activity in 2008; source: own compilation based on Report of the Polish Central Statistical Office, „Innovation activity of enterprises in years 2006-2008“, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3574_PLK_HTML.htm

3. COMPETING BY MEANS OF ICT TOOLS

To be an innovation-driven economy means to overcome diminishing returns of all the other factors by implementation of technological innovations that enable expanding standards of living in long run in particular in countries which have already reached the productivity frontier of traditional resources.

Less-advanced countries like Poland can still improve their productivity by adapting existing technologies or making incremental improvements in other areas, and ICT access and usage become fundamental to determine economies' overall level, given the critical spillovers of ICT to the other economic sectors and its role as efficient infrastructure for commercial transactions (Kaminska, Dzwonnik, 2009 (1)).

The central point is that the business community operating in the country has access to advanced products, processes and blueprints. However, the level of technology available to the firms in the country needs to be distinguished from the country's ability to innovate and expand the frontiers of knowledge by designing and developing cutting-edge products and processes to maintain a competitive edge (Kamińska. Dzwonnik, 2009 (2)).

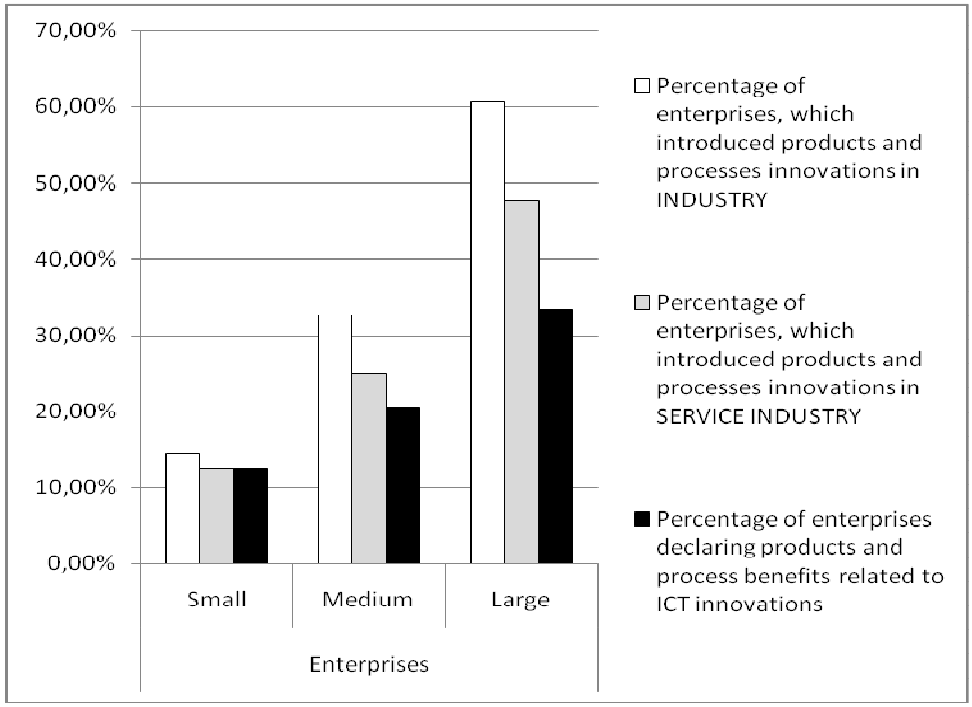
The microeconomic foundations of productivity rest on three interrelated areas (World Economic Forum, op. cit):

1. the sophistication and capabilities with which domestic companies or foreign subsidiaries compete,

2. the quality of the microeconomic business environment in which they operate,

3. the state of development of clusters that provide benefits through proximity of related companies and institutions.

Focusing on the first area, ICT can be certainly regarded as a tool which meaningfully changes the way of competing. From this point of view it may be interesting to assess the extent to which in practice of the Polish enterprises ICT is involved in process and products innovations. Supplementing picture 2 with additional bars illustrating the percentage of enterprises which in analysed period introduced process and products innovations based on ICT (picture 4) it becomes clear that ICT supported nearly all products and process innovations implemented by small firms. In other words, for small enterprises it was still quite easy to improve their products and processes simply by ICT deployment. There's no doubt that the bigger enterprise the more factors affects its processes and final products. But even amid middle or big enterprises ICT had an effect on far more than a half of process and products innovations. These observation proofs that ICT is a powerful tool in rivalry driven by innovations.



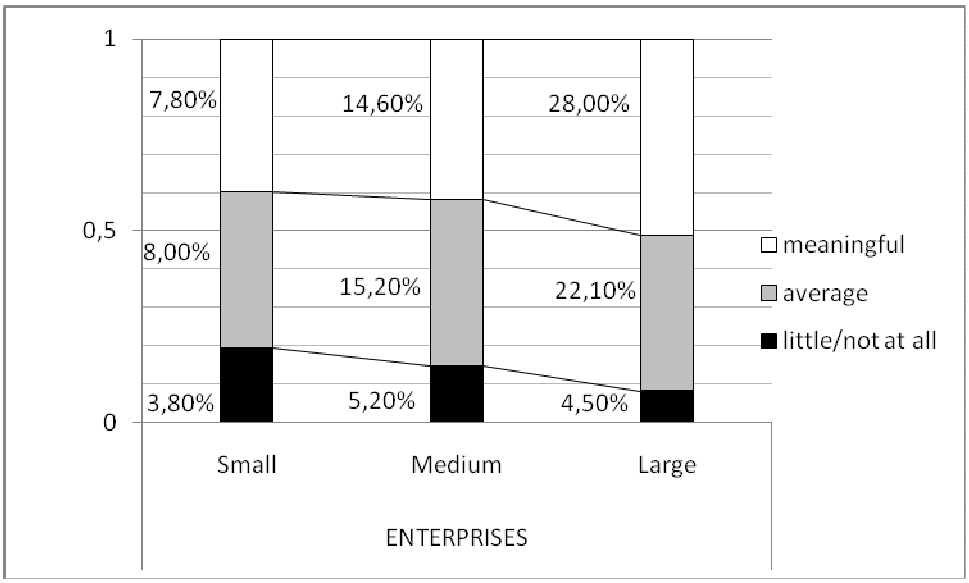
Picture 4 The percentage of products and process innovations implemented in the Polish enterprises between 2006 and 2008; sources: own compilation based on Reports of the Polish Central Statistical Office, „Innovation activity of enterprises in years 2006-2008", http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3574_PLK_HTML.htm and „Utilization of ICT in enterprises, households and by individuals in 2008", http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3730_PLK_HTML.htm

4. ICT INNOVATIONS AS A SOURCE OF BUSINESS BENEFITS

According to the survey conducted in 2008 in order to inquire the benefits of products and process innovations based on ICT implementation over 2006-2007 period managers of the Polish enterprises declared as the most valued the following:

1. simplification of routine activities,
2. resources release,
3. income increase,
4. new products development.

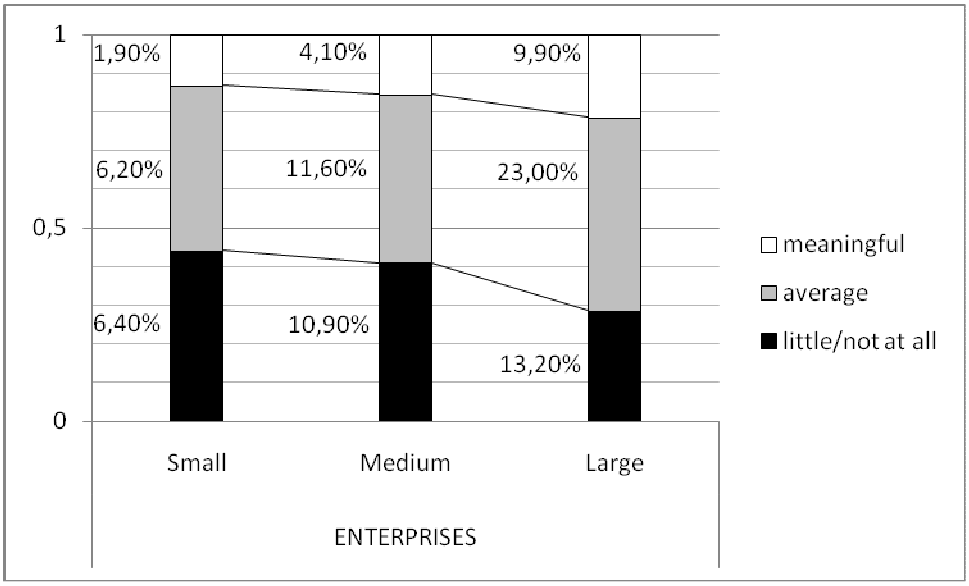
In details the results of the survey are illustrated on pictures 5-8. Each bar represents all enterprises that realised ICT projects (it is expressed by value "1" (one) on the y-axis). The sum of individual percentage values shows how many of them were among the whole population of enterprises in each size group. Different colours distinguish between these which assessed the benefits as meaningful, average and little/or declared no benefits of particular kind.



Picture 5 The percentage of the Polish enterprises which between 2006 and 2007 realised ICT projects and declared, as a result, simplification of routine activities; source: own compilation based on Report of the Polish Central Statistical Office, „Utilization of ICT in enterprises, households and by individuals in 2008", http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3730_PLK_HTML.htm

Following this interpretive framework it is easy to observe that the bigger enterprise the stronger belief about ICT influence on simplification of routine activities (picture 5). In the group of small enterprises, where nearly 20% of the whole population realised ICT projects more than 80% of them declared that the subject benefits were meaningful or at least average. Amid

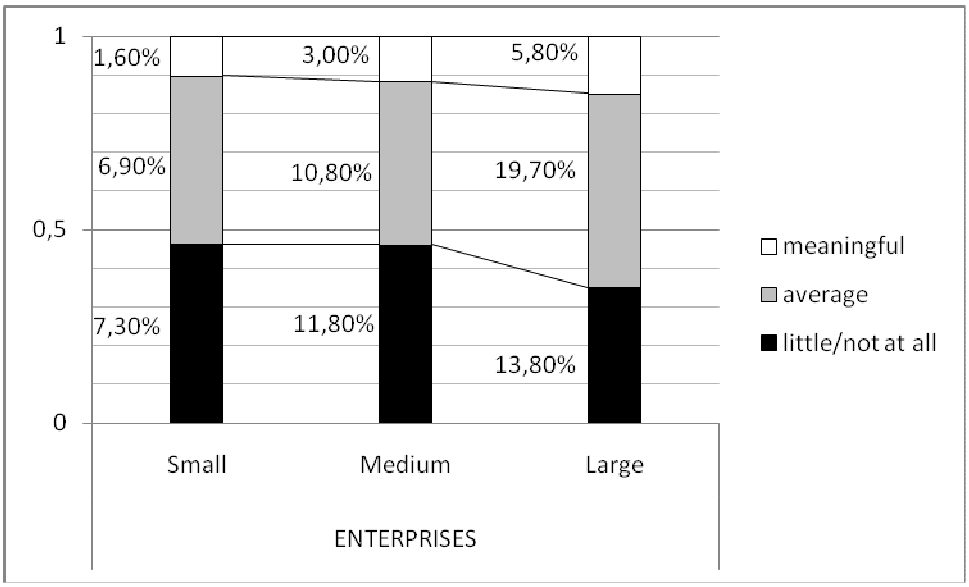
medium enterprises this belief shared 85% of these, which implemented ICT innovations (34,8% of all enterprises of this size). The most impressive evidence of the ICT role in simplification of routine activities are declarations of large firms' representatives. In this case more than 90% from among these which ran ICT projects (54,6% of the population) admitted that the benefits can be characterized as meaningful or average.



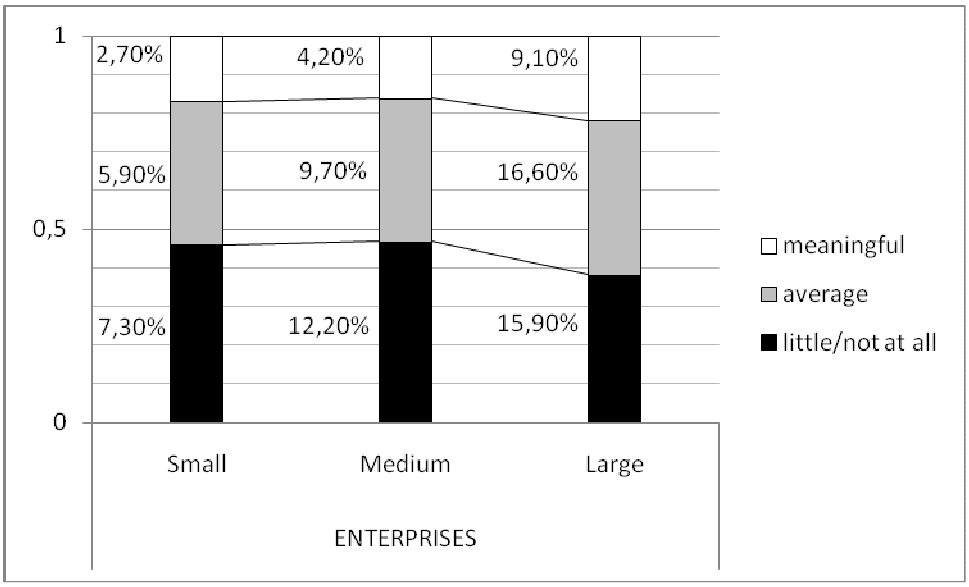
Picture 6 The percentage of the Polish enterprises which between 2006 and 2007 realised ICT projects and declared, as a result, resources release; source: own compilation based on Report of the Polish Central Statistical Office, „Utilization of ICT in enterprises, households and by individuals in 2008", http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3730_PLK_HTML.htm

With reference to resources release (picture 6) still more than a half of all enterprises in each size group pointed out that their ICT projects brought meaningful or average benefits, however the percentage of those convicted only for meaningful results is not so impressive (about 13% among small entities, 17% and 21% if taken into account the medium and large firms, respectively).

Similar structure of responses was achieved during the assessment of income increase (only about 46% of respondents in small and medium enterprises and 35% in large ones noticed little or no benefits; picture 7) and new products development (there sceptics constituted roughly 45% in small firms and 48% and 39% in medium and large, respectively; picture 8). The general trend that the bigger enterprise the higher declared ICT contribution in achieving particular kinds of benefits was hold.



Picture 7 The percentage of the Polish enterprises which between 2006 and 2007 realised ICT projects and declared, as a result, income increase; source: own compilation based on Report of the Polish Central Statistical Office, „Utilization of ICT in enterprises, households and by individuals in 2008“, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3730_PLK_HTML.htm



Picture 8 The percentage of the Polish enterprises which between 2006 and 2007 realised ICT projects and declared, as a result, new products development; source: own compilation based on Report of the Polish Central Statistical Office, „Utilization of ICT in enterprises, households and by individuals in 2008“, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3730_PLK_HTML.htm

5. CONCLUSION

1. If taken the size of enterprises into account market pressure for changing products and processes varies significantly.

2. In analysed period amid small and even middle enterprises far less than a half of them competed by introducing new products and/or changing their processes.

3. This kind of market pressure affected strongly large enterprises where about half of them (in industry 60,7% and in service industry 47,7%) invested in product s and process innovations.

4. In a group of small enterprises nearly all products and process improvements were achieved by means of ICT.

5. More complex organizational context of bigger enterprises makes it difficult to base only on technology in their quest of improvements. But even in this case, where competing has to be more sophisticated, ICT projects were declared to be a source of more than a half of products and process benefits. With reference to medium enterprises it was between 82% and 63% while large enterprises reached the ratio values range from 70% to 55%, for service industry and industry, respectively.

6. The most often declared products and process benefits related to introduced ICT innovations are the following:

    a. simplification of routine activities,

    b. resources release,

    c. income increase,

    d. new products development.

7. In all the above cases benefits brought by ICT projects were noticed as meaningful or at least average by more than a half of enterprises.

8. The bigger enterprise the stronger conviction that ICT is a powerful tool in products and process improvements.

9. Strong correlation between the percentage of enterprises, which introduced products and processes innovations, and the percentage of enterprises declaring products and processes benefits related to ICT innovations seems to prove that the latter might be reckoned to be crucial for successful pro-efficiet transformations of the Polish enterprises, which confirms the hypothesis.

Literature:

- Ecorys Nederland B.V.: ICT, Innovation, and Economic Growth in Transition Economies, A multi-country Study of Poland, Russia, and Baltic Countries, Information for Development Program, The Inernational

Bank for Reconstruction and Development, Washington, 2007, p. 155, http://www.infodev.org/en/Article.247.html

- Kamińska T., Dzwonnik G.: An Enterprise's Size and Technological Innovations. Economies of Scale and Scope in the Polish Enterprises [in:] Cele i uwarunkowania funcjonowania współczesnych przedsiębiorstw, ed. Dworak J., Falencikowski T., Gdańsk: Wyższa Szkoła Bankowa w Gdańsku, 2009 (1), p. 314, ISBN 978-83-61712-12-1
- Kamińska T., Dzwonnik G.: Types of Enterprise Ownership and Pro-Innovativeness. The Analysis of SME Sector [in:] Innovativeness and Competitiveness of Modern Enterprises and Regions - Sources, Mechanisms, Indications, ed. Fedan R., Kaliszczak L., Rzeszów: Uniwersystet Rzeszowski, 2009 (2), p. 186, ISBN 83-917781-9-3
- OECD: Industrial Structure Statistics, OECD Publishing, 1994, p.360, ISBN: 9789264040359
- Porter M.E., Sala-i-Martin X., Schwab K.: World Economic Forum: The Global Competitiveness Report 2007-2008, Geneva: Palgrave Macmillan, 2007, p. 519, ISBN 978-1-4039-9637-4
- Sala-i-Martin X., Schwab K., Greenhill R., World Economic Forum: The Global Competitiveness Report 2009-2010, Geneva: Palgrave Macmillan, 2009, p. 479, ISBN-13: 978-92-95044-25-8
- The Polish Central Statistical Office: Innovation Activity of Enterprises in years 2006-2008, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3574_PLK_HTML.htm. p. 11.
- The Polish Central Statistical Office, Utilization of ICT in Enterprises, Households and by Individuals in 2008“, http://www.stat.gov.pl/gus/5840_3730_PLK_HTML.htm

Contact – email
tereskam@panda.bg.univ.gda.pl - g.dzwonnik@teb-akademia.pl

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INTEGRATION OF RUSSIAN FEDERATION INTO THE INTERNATIONAL TRANSPORT MARKET AND SERVICES

KONSTANTIN CHEGLAKOV

Faculty of law, Saint Petersburg State University of Aerospace Instrumentation, Russia

Abstract
The objective reality of XXI century shows us that the transport policy of any state cannot be considered in a separation from the international vector of transport system's development. In conformity with it, the development of transport strategy of the Russian Federation is built taking into account modern world tendencies in many aspects.

Key words
Russian Transport Strategy, Transport Expenses, Transport Sphere.

The territory of the Russian Federation is a natural boundary and a natural bridge between Europe and Asia. The Russian Federation has already bordered with European countries and countries of the Central Asia, Middle East, northern part of Asian-Pacific region.

Realization of Russian transport strategy will permit to attain following results toward 2020:

- reduction of drivers' transport expenses because of reducing motor transportation original cost;

- social mobility will increase up to 50%

- number of localities will increase up to 27,1 thousands units

- more russian families will have an opportunity to use cars everyday

- comfort and quality of transport service will considerably increase, mono-automatized systems of booking tickets will progress;

- freight traffic speed will increase to 15-20%, while in basic international transport corridors it will increase to 20-30%;

- growth transport tariffs index will not exceed 0,8-0,9 of inflation rates;

- transit traffic through the territory of Russian Federation will be 90-100 million tons per year;

- number of death toll in a car accidents will reduce to 50%.

The contribution of Russian Federation to the creation of the World transport system of XXI century depends not only on how successfully we will use possibilities of natural resources and the job of many generations but also on creation economic, high-technology, environmentally safe and sound system of transport communications.

To increase the level of transport potential in Russian Federation it is necessary to do:

- Russia should take part in development of common strategy for extension of the transport corridor net, running through European and Asian directions, under forming new transit freeways of continent value;

- Government should support Russian transit projects in the international field and form international alliances profitable for Russia;

- It is necessary to help in implementation of capital investment projects including international which concentrate on transit transportation development;

- Continue to improve logistic techniques, info systems, and all transit transportation cargo delivery to provide the improvement of service quality. Stimulate the creation of combined refilers;

- Develop economic mechanisms to attract constituent entity of the Russian Federation and private investors to implement projects focused on using transit potential.

Development and modernization of the transport sphere are factors that stimulate socio-economic development of the country, increase living standards that strengthen its federalism and territorial integrity.

In conclusion it would be desirable to notice that intensive interaction of Russia with its foreign partners is based on reasonable synthesis of a priority of national interests and market economy bases. Step-by-step and to some extent detailed way of reforming of the Russian Federation's transport system testifies about the priority of specified direction for Russia. Consequently harmonisation of the Russian legislation is one of the dominants in reforming all normative legal base.

Literature:

- Code of the Russian Federation on Administrative Violations Forestry No. 195-FL, 30.12.2001

- Customs Code of the Russian Federation No. 61-FL, 28.05.2003

- Federal Law On transportation security No. 16-FL, 09.02.2007

- RF Government Ordinance No. 848, 05.12.2001 "About Federal Target Program " Modernization of Russian transport system"

- Government edict No. 1734-r, 22.11.2008 "About transport strategy of the Russian Federation"

- "Certain types of obligations private international law", under the editorship of Zvekov V.: Status, 2008

Contact – email
cheglakov_kv@mail.ru

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PERSONÁLNY MARKETING PODNIKU V ČASE HOSPODÁRSKEJ KRÍZY

LENKA KLIMENTOVÁ

Právnická fakulta TU v Trnave

Abstrakt v rodném jazyce
Personálny marketing v súčasnosti predstavuje relatívne novú oblasť teórie a praxe v oblasti personálnych činností. Sformoval sa ako samostatná vedecká disciplína odrážajúca potreby zmien na trhoch práce. Cieľom príspevku je priblíženie funkcií personálneho marketingu. Príspevok analyzuje význam personálneho marketingu v jednotlivých etapách vývoja hospodárstva, pričom stručne načrtáva jeho funkcie v období hospodárskych kríz tak, aby si podnik v tomto období udržal konkurenčnú výhodu založenú na kvalite ľudského kapitálu.

Klíčová slova v rodném jazyce
Personálny marketing; teórie personálneho marketingu; trh práce; pracovné miesto; hospodárska kríza.

Abstract
Personal marketing constitutes relatively new area of theory and praxis in personal activity field. It has been defined as independent science that reflects market changes in the area of employment markets. The purpose of the article is to bring away the understanding of the personal marketing's functions. The article analyzes the meaning of the personal marketing in various stages of the economic processes, hereby describes its functions in the time of economics depressions to protect the competitive advantage based on the human resources.

Key words
Personal marketing; personal marketing opinions; employment market; human resources; economic crisis.

1. VYMEDZENIE PERSONÁLNEHO MARKETINGU

Personálny marketing predstavuje spôsob, koncepciu a proces získavania pracovných síl z prostredia vonkajšieho i vnútorného trhu s pracovnou silou. Personálny marketing predstavuje novú teóriu, ktorá sa aplikuje do podnikovej praxe. Globalizácia, tvorba svetových trhov ovplyvňujúcich regionálne, transformácia v 90-tych rokoch, zmena podnikateľského a marketingového prostredia, reštrukturalizácia, potreba prispôsobiť sa novej situácii, nerovnováha na trhu práce, nedostatok kvalitnej pracovnej sily – to všetko sú dôvody, prečo sa teória personálneho marketingu začína realizovať v praxi. Boj o pracovnú silu sa stal pre podniky nevyhnutným, pokiaľ tieto chcú obstáť v konkurenčnom boji. Proces získavania a nábor pracovných síl je ponímaný aktívnejšie, s bližším kontaktom na trh práce, na

proces získavania sa kladie vysoký dôraz, posilňuje sa komunikácia s vonkajším i vnútorným trhom práce, čím sa tieto činnosti personálnej práce postupne vyčleňujú. Koncepcia personálneho marketingu sa uplatňuje všade tam, kde proces získavania pracovnej sily je operatívna, priam každodenná činnosť a podnik má zo strategického hľadiska záujem o „mozog“ nie „ruky“. Táto koncepcia pritom aplikuje na trhu práce osvedčené ale aj nové komunikačné nástroje s cieľom získať, presviedčať, motivovať, pripútať a udržať si pracovnú silu. Personálny marketing v praxi funguje ako koncepcia, ktorá sa následne transformuje do konkrétneho procesu s použitím konkrétnych metód a nástrojov. Koncepcií je niekoľko, pričom každá z nich sa odvíja od požiadaviek a postavenia podnikov. Personálny marketing tak môže byť realizovaný úplne v réžii podniku (existencia útvarov personálneho marketingu v rámci personálneho oddelenia), alebo na základe outsourcingu jednej či viacerých činností riadenia ľudských zdrojov (RĽZ), kde o miere outsourcingu rozhoduje trh. Cieľom podniku je získať požadovaný ľudský kapitál s presne špecifikovanými kritériami. Spôsob, ako tento cieľ podniky dosiahnu, je premenou zamestnanca na spoločníka. V podniku začne manažment presadzovať nie zákaznícku ale zamestnaneckú marketingovú koncepciu, ktorou sa bude snažiť priblížiť potrebám pracovných síl.

2. VÝCHODISKÁ A KONCEPCIA PERSONÁLNEHO MARKETINGU

Na základe charakteristík personálneho marketingu uvedených v predchádzajúcej časti je možné povedať, že personálny marketing vykonáva vybrané personálne činnosti, aby dospel k naplneniu svojho cieľa: získať a udržať pracovnú silu v podniku.

Východiskom pre uplatnenie koncepcie personálneho marketingu je *existencia* jeho *predmetu – pracovnej sily*. Za zvýšením obratu, zisku, trhového podielu, využitím podnikateľskej príležitosti alebo za získaním nových zákazníkov je treba vidieť „ľudský rozmer“ každej organizácie. Úspešní manažéri si musia osvojiť poznanie, že práve ľudia sú najcennejším kapitálom, ktorý podniky majú. Pozornosť manažmentu by sa mala zamerať na vnútorný potenciál ľudí, ich vlastnosti a možnosti dokonalejšieho a kvalitnejšieho využitia pracovnej sily[1].

Osobitosť domáceho trhu práce je ešte stále v zaradení Slovenska medzi krajiny, kde sa pracovná sila považuje za jednu z najvýznamnejších komparatívnych výhod krajiny. Ukazuje sa, že z hľadiska udržania a ďalšieho rozvoja tejto komparatívnej výhody kľúčovú úlohu zohráva *efektívnosť (*vzťah medzi nákladmi na prácu a produktivitou práce) *a kvalita pracovnej sily*, lebo cena pracovnej sily už dávno konkurenčnou výhodou nie je. Platí pritom, že čím sú nižšie náklady a vyššia produktivita práce, tým je vyššia efektívnosť pracovnej sily. Medzi najdôležitejšie kvalitatívne

[1] zdroj: www.infostat.sk/ELIS/ekon/prognozy.html : Krátkodobá predikcia vývoja slovenskej ekonomiky v 1. polroku 2007 (prevzaté: február 2007).

ukazovatele pracovnej sily patrí jej vzdelanie a stabilita, ktorá sa v dôsledku doterajšieho ekonomického vývoja (rast národného hospodárstva a zamestnanosti) začala zvyšovať. Očakávaný vysoký ekonomický rast vytvára predpoklady na to, aby pozitívne tendencie vývoja na trhu práce (rast dopytu) pokračovali aj počas roku 2007. V EÚ-10[2] je *cena pracovnej sily* omnoho nižšia, než na západe[3]. Po rozšírení sa očakával odchod viacerých firiem z EÚ-15 do nových členských štátov, kde sa všeobecne nižšie daňové zaťaženie spája s konkurencieschopnejším a pre podnikateľov výhodnejším trhom pracovnej sily. Pomerne vysoká nezamestnanosť a nižšia životná úroveň robia pracovnú silu lacnou, zároveň je však dostatočne kvalifikovaná[4]. Voľný pohyb pracovných síl je jedným zo základných práv garantovaných prístupovou zmluvou[5] a je i zásadným princípom európskeho občianstva[6]. Týmto sa vytvára široký, európsky trh práce ako miesto pre uplatňovanie nástrojov marketing mixu ako aj celej jeho marketingovej koncepcie.

Ďalšou výraznou črtou personálneho marketingu je špecifický proces segmentácie a positioning. *Segmentácia* podobne ako výber cieľového trhu (*targeting*) a *positioning* (alebo hľadanie tej správnej pozície na trhu) tvorí základné princípy riadenia trhu, na ktorých stojí marketing, a ktoré spoločne vytvárajú to, čomu sa hovorí „marketingová trilógia“[7]. Segmentácia predstavuje rozdelenie trhu do homogénnych skupín podľa kritérií, ktoré si podnik určuje sám. Jednotlivé segmenty sa navzájom líšia potrebami i charakteristikami, a preto je na ne možné pôsobiť modifikovaným marketingovým mixom[8]. V prípade trhu práce segmentácia predstavuje tvorbu špecifických a nekonkurenčných skupín, kde prevláda nedokonalá konkurencia a nemožnosť presúvania sa medzi segmentmi. Pri segmentácii (následne positioningu i targetingu) netreba zabúdať na vplyv vonkajších a vnútorných faktorov, ktoré pôsobia na podnik, a ktoré (podľa Josefa Koubeka[9]) ovplyvňujú perspektívne formovanie a fungovanie ľudských zdrojov v podniku. Do skupiny vnútorných podmienok patria nasledujúce faktory: podnik, práca (jej charakter, úroveň, forma a obsah) a zamestnanci (konkrétne ich štruktúra, znalosti, skúsenosti, očakávania a potenciál). Do skupiny podmienok modifikujúcich dopyt podniku po pracovnej sile

[2] štáty pristupujúce v roku 2004

[3] bližšie pozri: http://www.ueos.sk/mvrr.sr/isvov/s1/m4/cath.asp : Medzinárodné porovnanie vybraných makroekonomických ukazovateľov v krajinách EÚ - Mzdy a náklady práce (prevzaté február 2007).

[4] zdroj: www.fes.sk/arch_sk/2001_zamest.pdf : Zamestnanosť a základné tendencie na trhu práce v ekonomike Slovenska v roku 2001 (prevzaté február 2007).

[5] bližšie pozri: článok 39 Zmluvy o Európskom spoločenstve

[6] Pravidlá spoločenstva sa vzťahujú aj na slobodný pohyb pracovníkov z členských štátov Európskeho hospodárskeho priestoru (teda Islandu, Lichtenštajnska a Nórska) a platí tu zákaz diskriminácie osôb z dôvodu štátnej príslušnosti. (pozn. autora)

[7] De Pelsmacker, R., Geuens, M., Van den Bergh, J.: Marketingová komunikácia. Praha: Grada Publishing, 2003, s. 127-128. ISBN 80-247-0254-1.

[8] Holland, H.: Direktmarketing. München: Verlag Vahlen, GmbH, 2004, s. 114. ISBN 3-8006-3026-5.

[9] Koubek, J.: Řízení lidských zdrojú – základy moderní personalistiky. Praha: Management Press, 1995, s. 25-26. ISBN 80-85943-01-8.

z vonkajšieho prostredia patria: vývoj populácie, vývoj na trhu práce, technický a technologický pokrok, zmena hodnotovej orientácie ľudí (napríklad zmena stability obľúbenosti niektorých profesií, typu vzdelania alebo rodinného modelu), priestorová mobilita obyvateľstva, hospodársky cyklus, zmeny na trhu spotrebných tovarov a služieb, pracovná a sociálna legislatíva a v neposlednom rade i politika zamestnanosti.

Po segmentácii nasleduje výber cieľového trhu, čiže vyhodnotenie atraktivity jednotlivých segmentov a výber jedného alebo viacerých segmentov, na ktoré sa podnik sústredí. V prípade trhu práce to môže byť zameranie sa na skupinu mladých zamestnancov, vydaté ženy, odborníkov s minimálnou praxou 10 rokov a iné. Napokon nasleduje positioning (napríklad podľa Kotlera či Kitu)[10], ktorý predstavuje zaujatie správnej pozície podniku na trhu práce, a to prostredníctvom komunikačných nástrojov personálneho marketingu.

Týmto sa proces realizácie personálneho marketingu nekončí. Nasleduje tvorba koncepcie a konkretizácia procesu personálneho marketingu, definovanie nástrojov personálneho marketingu, ďalej realizácia vybraných nástrojov na trhu, a napokon kontrola ako spätná väzba celej realizovanej koncepcie personálneho marketingu[11].

Koncepcia personálneho marketingu je predstava podniku o budúcom uplatňovaní konkrétnych krokov, nástrojov a opatrení personálneho marketingu. Z hľadiska podniku to znamená vytvoriť si víziu, obraz želaného stavu v podniku a ujasniť si priority a potrebné kroky na tvorbu a realizáciu budúceho postupu pôsobenia podniku na vonkajšom i vnútornom trhu práce. Tento „nultý krok“ je dôležitý najmä pre strategický význam personálneho marketingu v podniku. Skôr ako podnik realizuje prvé kroky, je potrebné si objasniť nasledovné[12]:

- stanoviť obraz požadovane pracovnej sily (pre vonkajší aj vnútorný trh práce);
- vybrať segment(y), na ktorý sa personálny marketing zameria;
- určiť stratégiu alebo konkrétny aktívny (inzerát) alebo pasívny (databáza nevybavených žiadostí) komunikačný nástroj;
- vybrať podporné aktivity umožňujúce dlhodobo získavať pracovné sily.

[10] napríklad: Kotler, P., Armstrong, G.: Marketing. Praha: Grada Publ., 2004, s. 102-105. ISBN 80-247-0513-3.; Kotler, P.: Marketing management. Praha: Grada Publishing, 2001, s. 255-280. ISBN 80-247-0016-6.; Kita, J. a kol.: Marketing. Bratislava: Edícia Ekonómia, 2002, s. 18. ISBN 80-89047-23-8.

[11] Rošický, S.: Základy marketingu. Hradec Králové: GAUDEAMUS, 2004, s. 38. ISBN 80-7041-786-2.

[12] Buchholz, U.: Personalrekrutierung in schierigen Beschaffungsmärkten. In: Maier,W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 74. ISBN 3-409-13852-8.

Možnosti ako získať pracovnú silu sú v podstate „len“ dve. Prvou z nich je, že celý proces personálneho marketingu realizuje podnik sám (vo vlastnej finančnej i personálnej réžii, vlastným personálnym oddelením resp. útvarom personálneho marketingu). S týmto modelom (know-how) sa na slovenskom trhu stretávame vo veľkých podnikoch prevažne so zahraničnou kapitálovou účasťou. Druhá možnosť je nielen vybrané činnosti RĽZ vyčleniť[13], ale outsourcovať jednu alebo niekoľko personálnych činností, ktoré tak budú pre podnik zabezpečované dodávateľskou firmou. Rôznosť koncepcií personálneho marketingu tak spočíva v rôznej miere outsourcovania úloh v snahe zlepšiť starostlivosť o zamestnancov: buď externe zabezpečím jednu úlohu (napr. budovanie pozitívneho zamestnávateľského mena, inzercia či work-shop), alebo externý dodávateľ preberie celý proces personálneho marketingu – ako „facilitty management“[14] (získavanie, nábor, presviedčanie, adaptácia, motivácia, rozvoj i outplacement zamestnancov). Outsourcing predstavuje vyčlenenie vybranej činnosti mimo organizáciu, ktoré preberá špecializovaná firma spolu s trvalou zodpovednosťou za tieto činnosti. Využívajú sa tu tzv. „periférni pracovníci“ a práca sa zabezpečuje externými službami. Znižujú sa náklady na pracovnú silu a zároveň je možné v podniku zvyšovať alebo naopak znižovať počty zamestnancov. Takéto podniky sa stávajú flexibilnejšie a úspešnejšie[15]. V súčasnosti prevláda zásada zadať externej firme všetko, čo dokáže urobiť lepšie alebo lacnejšie.

Externý dodávateľ sa využíva aj pre činnosti personálneho manažmentu, dokonca možno povedať, že Human Resource Outsourcing sa aj v slovenských podnikoch úspešne využíva[16]. Všade tam, kde si podnik nemôže zaplatiť kvalitných personálnych odborníkov, nakúpi ich ako službu[17]. Príkladom outsourcovaných činností RĽZ v slovenských podnikoch je vyhľadávanie kvalitných a vhodných zamestnancov (personálne poradenstvo), výber zamestnancov (testy odbornej spôsobilosti, psychologické testy a psychologická diagnostika, zdravotné testy, psychologické testy pomocou detektorov lži, benchmarking ako metóda

[13] Vyčlenenie neznamená len „outsourcing“, ale iný spôsob pohľadu, zamerania sa a realizácie vybraných činností. O personálnom marketingu sa hovorí v prípade, kedy proces získavania pracovnej sily nestačí len riadiť ale je potrebný aktívny vstup na trh práce. V RĽZ sa tak objavuje uplatňovanie marketingových nástrojov, motivácie a presviedčania. (pozn. autora)

[14] Stýblo, J.: Outsourcing a Outplacement. Praha: ASPI, 2005, s. 28-29. ISBN 80-7357-094-7.

[15] zdroj: www.civil.gov.sk : (prevzaté: február 2007).

[16] Stýblo, J.: Formy a služby poskytované outsourcingem. In: Práce a mzda, 2004, č. 5, s. 47-51. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032 - 6208.; pozri tiež: Stýblo, J.: Řízení outsourcingu jako procesu změny. In: : Práce a mzda, 2005, č. 6, s. 32-45. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032 - 6208.

[17] Ako uvádza Jiří Stýblo, formy dodávateľského mechanizmu v riadení ľudských zdrojov sa v praxi vyskytujú v podobe tzv. „stredísk služieb“, ktoré sa sústredia na rutinné služby v jednotlivých častiach organizácií ako vzdelávanie, tréningy, administratíva a iné a „stredísk odbornosti“, ktoré sú poskytované na úrovni celého podniku. Práve tieto strediská sú základom pre reengineering procesov personálnej práce, ktoré sa tento snaží zefektívniť (odstrániť duplicitnosť, nadbytočnú aktivitu, opakujúce sa úlohy a iné).

porovnávania uchádzačov z vonkajších a z vnútorných zdrojov a iné), získavanie pracovnej sily (personálny lízing), hodnotenie zamestnancov (assessment centrá alebo diagnosticko – výcvikové programy), vzdelávanie (jazykové kurzy, kurzy manažérskej komunikácie, kurzy asertivity a iné tréningové a vzdelávacie programy „šité na mieru“) a starostlivosťou o zamestnancov počas pracovnej doby i mimo pracoviska. Nemali by sme zabúdať, že úspešne sa dajú v podniku outsourcovať jednotlivé činnosti, ale nie celý systém riadenia ľudských zdrojov (resp. celá personálna práca)[18]. V súvislosti s využívaním externých dodávateľov sa stretávame aj s pojmom personálny obchodník[19], ktorého úlohou je dohliadať na rastúci počet externých dodávateľov personálnych služieb.

3. PROCES A FUNKCIE PERSONÁLNEHO MARKETINGU

Aby mohol personálny marketing naplniť svoj cieľ, je potrebné venovať pozornosť jeho **procesu** a zabezpečiť plynulosť realizácie jeho fáz. Proces personálneho marketingu tvorí konkretizácia postupov a nástrojov, ktoré si podnik načrtol v koncepcii. Celý proces personálneho marketingu **vychádza z** jeho **funkcií**, ktoré podnik realizuje v podniku i na trhu.

Základné úlohy, ktoré personálny marketing plní, sú:

- získavanie zamestnancov,
- profilovanie zamestnancov (formovanie si profilu zamestnanca v čase, keď ním ešte nie je, čo si vyžaduje tiež prezentovať firemnú kultúru aj imidž),
- motivovanie a strategické napredovanie zamestnancov (nutnosť dynamického rastu a motivácie pracovnej sily).

Prvým krokom procesu personálneho marketingu v podniku je *analýza vonkajšieho a vnútorného prostredia* podniku v podobe SWOT analýzy, ktorou identifikujeme pôsobenie základných strategických faktorov (situácia na trhu práce, technický pokrok, ekonomické podmienky, legislatíva, demografia, konkurencia, zákazníci, organizačná štruktúra podniku, finančná situácia, podniková kultúra a iné). Analýza sa realizuje v troch rovinách[20]: zamestnanci (existujúca pracovná sila), podnik (úroveň personálnych činností) a okolie podniku (trh práce). Ďalej sa podnik musí v druhom kroku zamerať na *konkretizáciu cieľov a formy* personálneho marketingu. Pre tvorbu cieľov je samozrejmé, že budú zosúlaďovať všetky podnikové činnosti. Formy personálneho marketingu sa odvodia podľa analýzy ponuky a dopytu na trhu práce a vzniknú ich rozličnou kombináciou. Iná stratégia sa zvolí v prípade nedostatočnej kvality

[18] Outsourcovat lze vše, i lidské zdroje. In: Moderní řízení, roč. 39, 2004, č. 65. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.
[19] Walker, A., J. a kol.: Moderní personální management, nejnovější trendy a technologie. Praha: Grada Publishing, 2003, s. 21. ISBN 80-247-0449-8.
[20] Maier,W., Fröhlich, W.: Personalmanagement für Klein- und Mittelbetriebe. Heidelberg: Sauer Verlag, 1992, s. 133-137. ISBN 3-7938-7069-3.

pracovných síl na trhu, iná v prípade nízkeho záujmu o pracovné miesto, iný spôsob uplatnenia koncepcie zvolí podnik pri rastúcom dopyte po pracovnom mieste, ktorý nestíha uspokojiť a iný zvolí v prípade udržania zaplnených pracovných miest. V treťom kroku procesu personálneho marketingu je po výbere vhodnej varianty presne formulovaná a konkretizovaná *stratégia personálneho marketingu* (napríklad koncentrácie, rozvoja a revitalizácie, diferenciácie či diverzifikácie). Ako štvrtý krok nasleduje fáza *umiestnenia pracovných miest* na trhu práce, ktorá priamo vychádza zo zvolenej stratégie personálneho marketingu. V tomto kroku realizácie procesu personálneho marketingu podnik konkretizuje spôsob rozlíšenia svojej ponuky pracovných miest od konkurencie, a to presunom informácií o pracovnom mieste, informácií o sociálnych aspektoch práce a iných. Ako piaty krok procesu nasleduje *voľba nástrojov* personálneho marketingu, pomocou ktorých podnik osloví súčasných i potenciálnych zamestnancov. Voľba nástrojov predstavuje voľbu komunikácie podniku s interným aj externým trhom práce, kde sa tento snaží získať a presvedčiť pracovnú silu na zaplnenie ponúkaných pracovných miest v podniku. Spadá sem aj voľba primeraného nástroja komunikácie pri uvoľňovaní nežiadúcej pracovnej sily. Poslednou fázou procesu je *hodnotenie vhodnosti* použitých nástrojov *a efektívnosti* personálneho marketingu, a teda monitoring celého jeho procesu.

4. NÁSTROJE PERSONÁLNEHO MARKETINGU

Personálny marketing sa snaží neustále zabezpečiť efektívnosť všetkých základných oblastí práce s ľuďmi v podniku. Výsledným efektom personálneho marketingu je získanie či pripútanie si pracovnej sily k podniku. Znamená používanie nie len nových nástrojov, ale aj „oprášenie“ existujúcich nástrojov marketingu, personálnej práce, RĽZ a podnikového manažmentu. Medzi takéto nástroje patria nasledovné spôsoby.

4.1 OSVEDČENÉ NÁSTROJE POUŽÍVANÉ PERSONÁLNYM MARKETINGOM

Personálny marketing sa snaží neustále zabezpečiť efektívnosť všetkých základných oblastí práce s ľuďmi v podniku. Výsledným efektom personálneho marketingu je získanie či pripútanie si pracovnej sily k podniku. Znamená používanie nie len nových nástrojov, ale aj „oprášenie“ existujúcich nástrojov marketingu, personálnej práce, RĽZ a podnikového manažmentu. Medzi takéto nástroje patria nasledovné spôsoby.

Redesign pracovného miesta predstavuje zmenu obsahu a metód práce v podniku. Prvoradý impulz k akejkoľvek zmene by mal nastať zdola a viesť nahor. Viesť zamestnancov k realizácii zmien, ktoré skvalitnia prácu, zvýšia pracovnú morálku a disciplínu alebo odstránia monotónnosť či prieťahy v pracovnom procese, môže byť súčasne úspešným spôsobom motivácie a stimulácie zamestnancov, a teda spôsobom ich pripútania k podniku.

Redesign je spojený s *reengineeringom* - programom komplexnej revitalizácie ľudských zdrojov (tzv. „rethinking“ a „redesign“[21]). V podniku sa stretávame s tzv. *downsizingom* (znižovanie počtu pracovných miest) ako dôsledkom globálnej reštrukturalizácie podniku, kde nástrojom uvoľňovania zamestnancov sa stáva „outplacement“, a tzv. *rightsizingom* (optimalizácia počtu pracovných miest), kde sa zasa naplno v podniku využíva „outsourcing“[22].

Empowerment predstavuje istú úroveň posilňovania právomocí pracovnej sily. Ako uvádza Alfred Walker[23], je to zamestnanecký „samoobslužný systém“ personálnych produktov a personálnych služieb, ktoré si zamestnanci sami vyberajú z aktívnych internetových informačných stránok[24]. Týmto spôsobom je možné sa dopracovať k množstvu užitočných ponúk (aj voľných pracovných miest v podniku) ako aj k informáciám dôležitých pre stabilizáciu a rast ľudského potenciálu v podniku.

Employer Branding predstavuje definovanie, diferencovanie a všestrannú podporu „signálov“, ktoré podnik vysiela smerom k súčasným, no najmä potenciálnym, budúcim zamestnancom. Znamená marketingovú techniku budovania si „značky“, imidžu či goodwill podniku v realizovaní personálnej práce. Employer Branding sa premieta do jednotlivých nástrojov personálneho marketingu a znamená napríklad: vytváranie si „značky“ dobre predávaného pracovného miesta, hovorí o cenových výhodách pracovného miesta, premieta sa do vhodného spôsobu komunikácie s potencionálnym „zákazníkom“ ako aj tvorí imidž podniku cez masívnu a dobre cielenú komunikáciu na trhu. Ako už bolo spomenuté, základným nástrojom personálneho marketingu je vybudovanie si dobrej zamestnávateľskej povesti, preto sa kladie veľký dôraz na tvorbu konkrétnych aktivít podniku zameraných na posilnenie statusu „employer of choice“.

E-recruitment (alebo tiež „Online Recruitment“) – fenomén, ktorý priniesol vedecko-technický pokrok, znamená spôsob získavania a vyhľadávania vhodných ľudských zdrojov prostredníctvom webových alebo „online“ nástrojov[25]. Tento internetový nábor pracovných síl využíva čoraz viac firiem a to vo všetkých hospodárskych oblastiach a zároveň čoraz viac ľudí sa snaží uplatniť sa na trhu práce prostredníctvom internetu. Ako píše

[21] Byars, L., L., Rue, L., W.: Human Resource Management. Boston: Irwin-McGraw Hill, 1997, s. 11. ISBN 0-256-20193-5.

[22] Stýblo, J.: Moderní personalistika, trendy, inspirace, výzvy. Praha: Grada Publishing, 1998, s. 35-41. ISBN 80-7169-616-1.; pozri bližšie aj: Stýblo, J.: Outsourcing a Outplacement. Praha: ASPI, 2005. ISBN 80-7357-094-7.

[23] Walker, A., J. a kol.: Moderní personální management, nejnovější trendy a technologie. Praha: Grada Publishing, 2003, s. 34-35, 56-57. ISBN 80-247-0449-8.

[24] Byars, L., L., Rue, L., W.: Human Resource Management. Boston: Irwin-McGraw Hill, 1997, s. 11. ISBN 0-256-20193-5.

[25] Trendy v náboru pracovních sil. In: Moderní řízení, roč. 37, 2002, č. 5, s. 30-31. Praha: Economia. ISSN 0026-8720. alebo: Recrutment process. In: Moderní řízení, roč. 38, 2003, č. 10, s. 67. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.

Miroslava Szarková[26], pri online-získavaní zamestnancov pozorujeme tri výhody pre podnik: ekonomické výhody (rýchle, menej nákladné, efektívne, časovo nenáročné a pohodlné získavanie pracovníkov), psychologické výhody (rýchla, pružná a bezstresová komunikácia) a etické výhody (vysoká pravdepodobnosť vylúčenia korupcie či protekcie). Podobne je však potrebné spomenúť aj nevýhody internetu: ekonomické faktory, psychologické a odborné faktory.

Cieľom personálneho marketingu je okrem iného mať ten najlepší ľudský kapitál. Ale čo v prípade, keď podnik nie je spokojní so svojimi zamestnancami, alebo ich z rôznych dôvodov musí prepustiť. Šetrným spôsobom riešenia uvedenej situácie je tzv. *outplacement*, pomoc nadbytočným pracovníkom pri hľadaní náhradného zamestnania na trhu práce[27]. Zahŕňa i pomoc zamestnancov prostredníctvom konzultácií s psychológom, ďalej pomoc pri zmene kariéry ako aj pomoc pri redefinovaní pracovných cieľov bývalých zamestnancov[28]. Tento systém nie je v praxi slovenských podnikov celkom neznámy. Cieľom outplacementu je nájsť pre zamestnanca nové vhodné uplatnenie na trhu práce, a to čo možno najrýchlejšie. Dôležité je pre zamestnancov (podľa Jiřího Stýbla[29]) sledovať globálne trendy na trhu práce, nespoliehať sa na systém „celoživotnej kariéry“ a vyhýbať sa tzv. statickým pozíciám - dlhodobým pracovným miestam.

4.2 KLASICKÉ MARKETINGOVÉ „ŠTYRI P“

Podobu a podstatu „štyroch P“ ako **klasických marketingových nástrojov** nie je potrebné zdĺhavo charakterizovať. Pomenovanie „marketing mix“ poukazuje na prepojenie a súvislosť marketing mixu so segmentáciou, targetingom a positioningom v organizácii[30]. Práve na tejto koncepcii 4P postavíme súbor marketingových nástrojov pre trh práce. Marketing mix[31] predstavuje súbor taktických nástrojov, konkrétne výrobkovej, cenovej distribučnej a komunikačnej politiky, ktoré podniku pomôžu upraviť ponuku presne podľa prianí zákazníkov na konkrétnom cieľovom trhu.

[26] Szarková, M.: Internet - efektívny nástroj získavania kvalitných zamestnancov. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, 2003, č. 1-2, s. 178-187. Žilina. ISSN 1335-1508.

[27] bližšie pozri: Mohelská, H., Rošický, S., Šabatová, M.: Peresonální management. Hradec Králové: GAUDEAMUS, 2003, s. 45-46. ISBN 80-7041-485-5.

[28] Čihovská, V.: Outsourcing v manažmente ľudských zdrojov. In: Ekonomické rozhľady, 2003, č. 4, str. 444-451. ISSN 0323-262X.

[29] Stýblo, J.: Outplacement jako řešení optimálního stavu zaměstnancú. In: Práce a mzda, 2005, č. 7-8, s. 86-94. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032-6208.

[30] Lancaster, G., Reynolds, P.: Management of Marketing. Oxford: Elsevier, 2005, s. 39-41. ISBN 0-7506-6103-8.

[31] Kotler, P., Armstrong, G.: Marketing. Praha: Grada Publ., 2004, s. 105. ISBN 80-247-0513-3.; alebo aj Kotler, P.: Marketing management. Praha: Grada Publishing, 2001, s. 32. ISBN 80-247-0016-6.

Základné nástroje potom sú[32]: produkt (product), cena (price), distribúcia (place) a komunikácia (promotion). Ak by sme túto koncepciu otočili z pohľadu zákazníka, vynikla by tzv. koncepcia „4C“: potreby, náklady, dostupnosť a komunikácia. Ako uvádza Jiří Stýblo[33], „4C“ faktory predstavujú výsledok zmeny tradičných personálnych prístupov a snahu ovplyvniť rozvoj ľudského kapitálu. Sú definované ako: Competitive advance – získanie konkurenčnej výhody cez posilňovanie zodpovednosti ľudí za výsledky svojej práce, Control – kontrola, Coordination – komunikácia a výmena informácií a Cost – náklady, resp. ohodnotenie prínosu investícií do ľudského kapitálu.[34]

Súbor nástrojov, ktoré podnik vedome uplatňuje na internom aj externom trhu pracovných síl, predstavuje nástroje personálneho marketingu. Veľmi jednoducho povedané, personálny marketing mix mi odpovie na otázky: čo ponúkam (pracovné miesto ako “produkt“) resp. čo chcem získať (pracovnú silu ako “predmet“), koľko ma to bude stáť (ocenenie ľudského kapitálu ako „cena“), kde to ponúkam resp. mám hľadať (trh práce ako „miesto“ realizácie personálneho marketingu) a akým spôsobom získam to, čo potrebujem (propagácia na trhu práce ako „komunikácia“). Je potrebné zdôrazniť prepojenosť, komplexnosť a jednotnosť v uplatňovaní týchto nástrojov, kde vysoký dôraz sa bude klásť na komunikáciu – okrem iného ako nástroj tvorby dobrého zamestnávateľského mena. Takto sa nám otvoria štyri základné oblasti skúmania[35]:

- oblasť produktu – **pracovné miesto resp. príležitosť** ako produkt personálneho marketingu, kde predmetom záujmu sú ľudské zdroje existujúce i potencionálny zamestnanci, strategické zámery podniku, možnosti kariérneho postupu, systémy hodnotenia...;
- oblasť ceny – **odmena za pracovný výkon i motivácia** ľudských zdrojov, mzdová politika, politika pracovného času, cafeteria systém, sociálna politika ...;

[32] Kotler, P.: Marketing od A po Z. Praha: Management Press, 2003, s. 69. ISBN 80-7261-082-1.; alebo aj Kita, J. a kol.: Marketing. Bratislava: Edícia Ekonómia, 2002, s. 18-19. ISBN 80-89047-23-8.

[33] Stýblo, J.: Moderní personalistika, trendy, inspirace, výzvy. Praha: Grada Publishing, 1998, s. 100. ISBN 80-7169-616-1.

[34] Pôvodná definícia nástrojov marketingu predstavovala 5P (päť priorít), kde piatym nástrojom sú ľudia (people). Niektorí autori aj dnes uprednostňujú toto členenie, poprípade pre konkrétnu situáciu definujú aj ďalšie nástroje (napríklad imidž podniku, goodwill, prestíž atď.). Napríklad ako píšu Geoff Lancaster a Paul Reynolds , tradičné 4P je určené skôr pre hmatateľný (hmotný, materiálny) produkt, no v súčasnosti sú to práve (nehmotné) služby, ktorých produkcia najrýchlejšie rastie. Preto tradičné „pé“ sú doplnené ďalšími, vhodnejšími a špecifickými pre oblasť služieb, a vytvárajú tak koncepciu 7p: product, price, place, promotin plus nové – ľudia (people) , postupy resp. metódy dodávania (processes) a schopnosti a prostredie, v ktorom sú služby distribuované (physical evidence). (pozn. autora)

[35] Keďže produkt personálneho marketingu je pracovné miesto, ktoré sa snažím zaplniť adekvátnou pracovnou silou, „piate P“ - People (ľudia), nie je potrebné zvlášť vyčleniť; bude skúmané v rámci „prvého P“. Piatym „P“ v našom prípade bude podniková kultúra. (pozn. autora).

- oblasť rozmiestnenia - **prezentácia pracovnej príležitosti i podniku,** vyhľadávanie, umiestnenie, udržanie si ľudských zdrojov ale aj ich uvoľňovanie; outsourcing, personálny lízing, outplacement...;
- oblasť komunikácie - **propagácia a komunikácia s trhom práce** i v rámci podniku, personálny komunikačný mix ako reklama, public relations, personal relations[36] a sponzoring[37] a iné.

Vzhľadom na proces, funkcie a ciele personálneho marketingu je potrebné rozšíriť uvedenú štruktúru a prikloniť sa ku koncepcii „piatych elementov", kde tým posledným nástrojom (alebo skupinou nástrojov) bude podniková kultúra. Táto umožňuje nie len získať, ale aj udržať, motivovať a rozvíjať ľudské zdroje v podniku, a tým dotvárať prostredie pre efektívne fungovanie celého systému personálneho marketingu.

4.3 PERSONÁLNY MARKETING A JEHO FUNKCIE V OBDOBÍ HOSPODÁRSKEJ KRÍZY

Predmet a základné funkcie personálneho marketingu[38] sa nemenia ani v období hospodárskej krízy, kedy dochádza k prudkej redukcii pracovných miest, resp. k ich nedostatku na trhu práce. Obsahovo sa nemenia ani personálne činnosti, ktoré tvoria chrbtovú kosť personálneho marketingu. Skôr strácajú kvantitatívny a masový charakter, ktorým sa vyznačovali v predošlej etape vývoja. Nemení sa ani strategický zámer personálneho marketingu. Mení sa však výber a kombinácie metód a postupov personálneho marketingu, výsledkom použitia ktorých by mali byť optimálne personálne štruktúry podnikov s presne vymedzenými kľúčovými pracovnými miestami, zabezpečujúcimi chod podniku a zároveň vytvárajúcimi zárodok budúceho pokrízového rozvoja podniku. Ťažisko marketingových aktivít podnikov sa presúva z oblasti používania náborových metód a techník do oblasti metód a techník vyhľadávania „kvalitných kupcov pracovných miest", ktorými podnik obsadzuje kľúčové pozície v personálnej štruktúre tak, aby si vytváral podmienky pre budúci štart na trh. Z hľadiska dosiahnutia uvedeného cieľa je dôležité, aby proces reštrikcie vnútropodnikovej personálnej a organizačnej štruktúry prebiehal plánovito, v nadväznosti na strategické ciele podniku, aby si podnik udržal ľudský kapitál a prípadne ho ešte zveľadil. Znamená to, že aj v dobe hospodárskej krízy by mal podnik využívať všetky marketingové činnosti, ktoré sú zamerané na budovanie konkurenčnej výhody podniku založenej na

[36] Zahrňuje komunikáciu s partnermi v sociálnej oblasti ako sú zamestnanci, odbory, zamestnanecké zväzy, asociácie, úrady práce a iné (pozn. autora).

[37] Ide o cielené poskytovanie darov za účelom zviditeľnenia podniku najčastejšie do projektov z oblasti školstva, zdravotníctva, kultúry, športu a inej. Je to prostriedkom pomoci iným ale aj účinnej reklamy (pozn. autora).

[38] Szarková, M., Klimentová, L.: K otázkam vymedzenia personálneho marketingu a jeho funkcií v globálnom konkurenčnom prostredí. In: Auspicia, roč. VI, 2009, č. 1, s. 65–66. České Budějovice: VŠERS. ISSN 1214-4967.

aktívnej, dlhodobo cieľovo orientovanej personálnej politike podniku, medzi ktoré možno zaradiť:

- tvorbu vnútropodnikovej personálnej štruktúry s ohľadom na vymedzenie kľúčových pracovných pozícií,
- tvorba flexibilných, na personálnom marketingu založených systémov na ochranu pracovných miest
- personálne obsadzovanie personálnej štruktúry podniku formou vyhľadávania a získavania potrebnej pracovnej sily s interných ako aj s externých zdrojov trhov práce
- tvorba funkčnej databázy pracovnej sily pre potreby personálneho manažmentu podniku
- monitoring trhov práce a tvorba marketingových prognóz pre potreby personálnej politiky podniku
- odkrývanie medzier na trhu práce, ich analýza z hľadiska budúcich potrieb podniku,
- rozpracovanie, prispôsobenie, zostavenie a vsunutie metód a nástrojov personálneho marketingu do aplikačných postupov a stratégií podniku v oblasti tvorby konkurenčnej výhody podniku, napríklad tvorba imidžu a PR podniku.
- tvorba programov na udržanie ľudského kapitálu, napríklad zavedenie pružnej a skrátenej pracovnej doby, job sharingu, layoff-u, outplacemntu a podobne.

Zmeny na trhu práce spôsobené súčasnou globálnu situáciou a hospodárskou krízou ovplyvňujú používané marketingové nástroje pri nábore pracovnej sily a v personálnom marketingu vôbec. Pri používaní komunikačných nástrojov sa stráca masový charakter ponuky pracovného miesta a dôraz sa kladie na kvalitu ľudského kapitálu v podniku. Niektoré nástroje sa používajú menej – ide o tzv. klasické alebo „papierové“ komunikačné nástroje, iné zasa pri obsadzovaní pracovného miesta získavajú na dôležitosti. Do popredia sa dostávajú moderné komunikačné nástroje využívajúce informačné technológie – ide napríklad o využívanie internetu, internetovej stránky, elektronickej pošty, krátkych textových správ a iných. Výhodou je[39] okamžitá schopnosť náborových pracovníkov reagovať na potreby a požiadavky náboru, a teda na potreby a požiadavky zamestnávateľa pri obsadzovaní pracovného miesta. Ďalšou výhodou je rýchlosť a skrátenie času samotného procesu náboru, a to pre zamestnávateľa i budúceho zamestnanca. Medzi nevýhody moderných komunikačných nástrojov patrí slabá informačno-technologická vybavenosť niektorých podnikov, resp. neochota investovať do informačných

[39] Szarková, M., Klimentová, L.: Marketingová komunikácia a komunikačné nástroje personálneho marketingu v kontexte zmien na trhu práce. In: Masmediálna komunikácia a realita III, zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie, 2009, s. 50. Trnava. ISBN 978-80-8105-126-5.

technológií, ktorých existencia je nevyhnutná pre používanie moderných komunikačných nástrojov.

5. ZÁVER

Vhodným uplatňovaním i načasovaním nástrojov personálneho marketingu podnik môže docieliť výrazné zvýšenie efektívnosti jednotlivých činností v oblasti práce s ľuďmi a prispeje tak k naplnenia základnej myšlienky a koncepcie personálneho marketingu. Zamestnanci – ľudské zdroje organizácie – aktivizujú ostatné zdroje, determinujú ich využívanie, rozhodujú o prosperite a konkurencieschopnosti, a preto sú jadrom a najdôležitejšou oblasťou riadenia. Pracovná sila predstavuje konkurenčnú výhodu, no rovnako ako môže podnik posunúť pred konkurenciu, môže ho (nevhodným použitím nástrojov) aj navždy potopiť. Práve v čase hospodárskej krízy je dôležité, aby podniky riešili personálne problémy aj prostredníctvom poznatkov, metód personálneho marketingu. I napriek tomu, že personálny marketing nezmení disproporcie vzniknuté na trhu práce medzi ponukou pracovných miest a dopytom po nich, ponúka celý rad metód ako zachrániť ľudský kapitál podniku pre budúcnosť.

Literatura:

- Byars, L., L., Rue, L., W.: Human Resource Management. Boston: Irwin-McGraw Hill, 1997, s. 11. ISBN 0-256-20193-5.
- De Pelsmacker, R., Geuens, M., Van den Bergh, J.: Marketingová komunikácia. Praha: Grada Publishing, 2003, s. 127-128. ISBN 80-247-0254-1.
- Holland, H.: Direktmarketing. München: Verlag Vahlen, GmbH, 2004, s. 114. ISBN 3-8006-3026-5.
- Kita, J. a kol.: Marketing. Bratislava: Edícia Ekonómia, 2002, s. 18–19. ISBN 80-89047-23-8.
- Kotler, P., Armstrong, G.: Marketing. Praha: Grada Publ., 2004, s. 102-105. ISBN 80-247-0513-3.
- Kotler, P.: Marketing management. Praha: Grada Publishing, 2001, s. 32, 255-280. ISBN 80-247-0016-6.
- Kotler, P.: Marketing od A po Z. Praha: Management Press, 2003, s. 69. ISBN 80-7261-082-1.
- Koubek, J.: Řízení lidských zdrojú – základy moderní personalistiky. Praha: Management Press, 1995, s. 25-26. ISBN 80-85943-01-8.

- Lancaster, G., Reynolds, P.: Management of Marketing. Oxford: Elsevier, 2005, s. 39-41. ISBN 0-7506-6103-8.
- Maier,W., Fröhlich, W.: Personalmanagement für Klein- und Mittelbetriebe. Heidelberg: Sauer Verlag, 1992, s. 133-137. ISBN 3-7938-7069-3.
- Maier,W., Fröhlich, W.: Personalmanagement in der Praxis. Wiesbaden: Gabler Verlag, 1991, s. 74. ISBN 3-409-13852-8.
- Mohelská, H., Rošický, S., Šabatová, M.: Peresonální management. Hradec Králové: GAUDEAMUS, 2003, s. 45-46. ISBN 80-7041-485-5.
- Rošický, S.: Základy marketingu. Hradec Králové: GAUDEAMUS, 2004, s. 38. ISBN 80-7041-786-2.
- Stýblo, J.: Moderní personalistika, trendy, inspirace, výzvy. Praha: Grada Publishing, 1998, s. 35-41, 100. ISBN 80-7169-616-1.
- Stýblo, J.: Outsourcing a Outplacement. Praha: ASPI, 2005, s. 28-29. ISBN 80-7357-094-7.
- Walker, A., J. a kol.: Moderní personální management, nejnovější trendy a technologie. Praha: Grada Publishing, 2003, s. 21, 34-35, 56-57. ISBN 80-247-0449-8.
- www.civil.gov.sk : (prevzaté: február 2007).
- www.fes.sk/arch_sk/2001_zamest.pdf : Zamestnanosť a základné tendencie na trhu práce v ekonomike Slovenska v roku 2001 (prevzaté február 2007).
- www.infostat.sk/ELIS/ekon/prognozy.html : Krátkodobá predikcia vývoja slovenskej ekonomiky v 1. polroku 2007 (prevzaté: február 2007).
- http://www.ueos.sk/mvrr.sr/isvov/s1/m4/cath.asp : Medzinárodné porovnanie vybraných makroekonomických ukazovateľov v krajinách EÚ - Mzdy a náklady práce (prevzaté február 2007).
- Čihovská, V.: Outsourcing v manažmente ľudských zdrojov. In: Ekonomické rozhľady, 2003, č. 4, str. 444-451. ISSN 0323-262X.

- Outsourcovat lze vše, i lidské zdroje. In: Moderní řízení, roč. 39, 2004, č. 65. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.
- Recrutment process. In: Moderní řízení, roč. 38, 2003, č. 10, s. 67. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.
- Stýblo, J.: Formy a služby poskytované outsourcingem. In: Práce a mzda, 2004, č. 5, s. 47-51. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032 - 6208.
- Stýblo, J.: Outplacement jako řešení optimálního stavu zaměstnancú. In: Práce a mzda, 2005, č. 7-8, s. 86-94. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032-6208.
- Stýblo, J.: Řízení outsourcingu jako procesu změny. In: : Práce a mzda, 2005, č. 6, s. 32-45. Praha: ASPI Publishing. ISSN 0032 - 6208.
- Szarková, M.: Internet - efektívny nástroj získavania kvalitných zamestnancov. In: Personálny a mzdový poradca podnikateľa, 2003, č. 1-2, s. 178-187. Žilina. ISSN 1335-1508.
- Szarková, M., Klimentová, L.: K otázkam vymedzenia personálneho marketingu a jeho funkcií v globálnom konkurenčnom prostredí. In: Auspicia, roč. VI, 2009, č. 1, s. 65–66. České Budějovice: VŠERS. ISSN 1214-4967.
- Szarková, M., Klimentová, L.: Marketingová komunikácia a komunikačné nástroje personálneho marketingu v kontexte zmien na trhu práce. In: Masmediálna komunikácia a realita III, zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie, 2009, s. 50. Trnava. ISBN 978-80-8105-126-5.
- Trendy v náboru pracovních sil. In: Moderní řízení, roč. 37, 2002, č. 5, s. 30-31. Praha: Economia. ISSN 0026-8720.

Kontaktní údaje na autora – email:
lkliment@truni.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

STRATEGIE JAKO PROSTŘEDEK ZVYŠOVÁNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI?

ALENA KOPFOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
V dnešní době tzv. ekonomické krize jsou obzvláště zřetelné obrovské rozdíly mezi jednotlivými podniky, i mezi jednotlivými státy. Je proto zajímavé zabývat se myšlenkou, proč někteří uspějí, zatímco jiní nikoliv. Na tuto otázku našel odpověď už v 60. letech minulého století Alfred D. Chandler, který upozornil na nutnost mít dlouhodobou strategii. Je tato strategie i dnes zárukou stability a výhodou? Platí toto tvrzení pouze pro podnikovou praxi nebo se může uplatnit i např. ve veřejné správě? A jak to vypadá s aplikací strategického managementu v České republice?

Key words in original language
Krize; podnik; veřejná správa; strategie; strategický management; rozdíly; stabilita; konkurenceschopnost; výhoda.

Abstract
Nowadays, during so called crisis, the huge differences not only between companies are especially visible. Therefore it is interesting to deal with the question “why”, why some are successful and some not. That question was already in the sixties years of last century discussed by A. D. Chandler, when he pointed out the importance of having a strategy. Is this concept advantageous also today, does it ensure the stability of the company? Can it be used also in public administration? And how does it look like with the strategic management in Czech Republic?

Key words
Crisis; company; public administration; strategy; strategic management; differences; stability; competitiveness; advantage.

1. ÚVOD

Zhruba před rokem se rozpoutala ekonomická krize. Vše začalo krizí finanční a vírou, že to u ní i zůstane. Řada odborníků také předpovídala, že krize, se kterou se začaly potýkat nejprve Spojené státy, se Evropské unie nedotkne. Bohužel velmi záhy se ukázalo, že tyto předpovědi byly založeny také na pouhé víře. Zmíněná krize se samozřejmě nevyhnula ani České republice, i když v naší zemi přece jen neudeřila s takovou razancí jako v jiných státech.

Tento příspěvek nemá být polemikou, zda se alespoň některé důsledky očekávat daly či nedaly, zda se jim mohlo nějak zabránit. Nemá být ani úvahou nad tím, zda takováto krize (a následně hospodářská recese, kterou

momentálně bezesporu prožíváme) je nutná např. k „pročištění“ trhu přesyceného nabídkou zboží a služeb všeho druhu či k tomu, aby si každý jednotlivec uvědomil, kam až může vést konzumní způsob života. Hospodářská recese tu zkrátka je a každý z nás (ať už mluvíme o jednotlivci, domácnosti, podniku) musí dělat vše pro to, aby „přežil“.

Pokud se zaměříme právě na podniky, minimálně od začátku letošního roku si téměř všechny začínají uvědomovat svou nelehkou situaci v boji s konkurencí. Tato nelehká situace se týká několika faktorů, mezi ty nejzávažnější pravděpodobně patří nižší poptávka (spotřebitelé omezili či odložili nákup všeho, co není zcela nezbytné) a zhoršená platební morálka odběratelů. Podniky zkrátka opravdu začali bojovat. V Českém prostředí je asi nejběžnější ořezání veškerých nákladů na úplné minimum - podniky propouští své zaměstnance, omezili jejich vzdělávání, nevydávají finance na marketingové aktivity nebo (v tom lepším případě) se snaží optimalizovat výrobní proces. Je ale zrovna toto omezování tím nejlepším řešením?

2. STRATEGICKÝ MANAGEMENT A JEHO VÝVOJ VE ZKRATCE

Pojmy „strategie“ a „strategický management“ jsou primárně spojeny s vojenstvím. Teprve v 60. letech minulého století se objevují ve spojení s chováním podniku. Vzhledem k tomu můžeme tedy říci, že strategický management je relativně novou disciplínou. Přesto, jak se domnívá Joan Magretta (2004), přitahuje nejvíce pozornosti ze všech oblastí managementu. Navíc k tomu dodává, že ačkoliv se samotné názory na výklad a obsah pojmů „strategie“ a „strategický management“ různí, téměř všichni autoři souhlasí s tím, že jde o pojmy důležité. Na své důležitosti ještě nabývají právě v dnešní době, době hospodářské recese.

V předcházejícím odstavci tedy již bylo zmíněno, do jaké doby je možné datovat počátek strategického managementu. V té době bylo několika studiemi zjišťováno, proč některé podniky ve stejném oboru působnosti uspěly, zatímco jiné sledující přibližně stejné přístupy úspěšné nebyly. Odpověď na tuto otázku nachází Alfred D. Chandler (1987), který upozorňuje na to, že při rozvažování o budoucnosti je důležité vzít v úvahu dlouhodobější horizont. Z jeho „structure follows strategy“ vyplývá nutnost organizace mít dlouhodobou strategii a až na základě ujasnění si strategie bývá utvářena organizační struktura.

Tento názor se objevuje v období tzv. dlouhodobého plánování (Dr. Claudia Höck, 2005), které se datuje od roku 1960 do 1973 a je charakteristické růstem podniků, novými trhy stále ještě orientovanými na prodávajícího a nabídku. Důraz je kladen na dlouhodobé prognózy a kontrolu. Do této doby je také možné datovat tzv. Ansoffovu matici, ve které jsou srovnávány čtyři různé strategie (proniknutí na trh, vývoj nového výrobku, rozvoj trhu a diverzifikační strategie).

V období strategického plánování (1973 - 1980) se manažeři začali ptát, jaký druh činnosti by měl podnik provádět a nejen, k čemu povede právě

prováděná činnost. Tato fáze je charakterizována poptávkově orientovanými trhy (orientace podniků na zákazníka), diverzifikací a krizemi růstu. Do tohoto období časově spadá např. SWOT analýza, analýzy výrobkového portfolia (mimo jiné Boston Consulting Group matice). Porter (1994) definuje tři základní typy generických strategií, vytváří také model pěti konkurenčních sil.

Zhruba od 80. let 20. století se konkurenční poměry mění a vymykají se navyklému hodnocení. Podniky se již přestávají zaměřovat na růst, nýbrž dávají přednost zaměření na konkurenční vítězství. Období strategického managementu, jak se říká době, ve které se právě nacházíme, se zprvu vyznačovalo především internacionalizací, orientací na kupující, diferenciací a také snižováním nákladů. V druhé fázi (přibližně od roku 1995) se vše ještě více prohlubuje a zrychluje, hovoří se o době plné změn nebo také turbulentní době, podniky jsou „globálními hráči“. V tomto období se prosazuje řada nových pojmů, např. outsourcing, reengineering, metoda Balanced Scorecard (BSC), ale také učící se organizace, znalostní management, inovace.

3. STRATEGIE V DNEŠNÍ DOBĚ?

Právě probíhající hospodářská recese, se všemi svými průvodními jevy, prověřuje současné podniky, jejich životaschopnost. Proč některé podniky zvyšují své zisky, zatímco jejich konkurenti, ačkoli působí ve stejném odvětví, stojí téměř před krachem nebo už dokonce musely vyhlásit bankrot? Stačí k přežití v dnešní době snižování nákladů, které bylo zmíněno v úvodu? Platí k vytvoření konkurenční výhody i v současnosti „Chandlerova“ nutnost mít dlouhodobou strategii?

Odpovědi na tyto otázky lze nalézt téměř v každém pojednání o strategickém managementu. Citujme např. Miloslava Keřkovského, který k tomu říká: „Strategicky řízené firmy jsou schopny pružněji, lépe a účelněji reagovat na trendy, které je ovlivňují, než jejich konkurenti, kteří strategickému řízení náležitou pozornost nevěnují. Tím, že jsou správně nastaveny procesy strategického řízení, jsou firmy schopny nalézat efektivní řešení i v podmínkách hospodářské stagnace, recese, krize. Je to proto, že ve strategickém řízení mimo jiné systematicky předvídají vývoj trhů a odvětví, v němž působí, a hledají příležitosti, jejichž využitím mohou proaktivně eliminovat případné hrozby.“

Jeho slova potvrzuje výzkum provedený soukromou vysokou školou B.I.B.S., a.s. (Brno International Business School). Na otázky odpovědělo přesně sto převážně vrcholových manažerů (53 %) a majitelů českých podniků (19 %), a to z podniků, jejichž roční obrat přesahuje 100 mil. Kč.

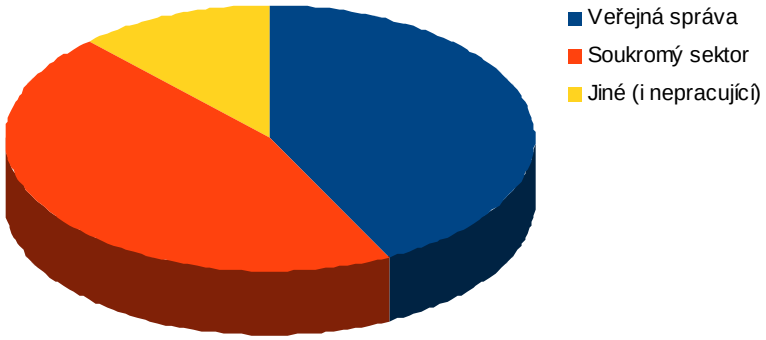
Převážná většina respondentů tohoto výzkumu přisuzuje velký (44 %) nebo klíčový (46 %) význam strategickému managementu. To, zda je firma strategicky řízena, podle 90 % z nich výrazně ovlivňuje očekávanou úspěšnost jejich podniků v následujících několika letech. Oslovená skupina

navíc pohlíží na budoucnost s mírným optimismem, což může být způsobeno tím, že na otázky odpovídali lidé, kteří se v oblasti strategického managementu vzdělávají.

Podniky v současné době, podle odpovědí jejich vrcholových manažerů a majitelů, nejvíce pociťují zhoršenou platební morálku odběratelů (42 %), na druhou stranu ale také dostupnější pracovní sílu (43 %). 61 % respondentů se přiklání k názoru, že by stát neměl výrazněji pomáhat sektorům, ve kterých jejich podniky působí a 60 % odpovědí se shoduje v očekávání, že počet konkurentů v odvětší se mírně nebo významně sníží.

4. STRATEGIE VE VEŘEJNÉ SPRÁVĚ

Význam strategického managementu pro výkonnost podniků potvrzuje i další výzkum, který byl tentokrát prováděn na Právnické fakultě Masarykovy university. Výzkum pomocí dotazníku probíhal vždy v průběhu letního semestru, a to po dobu 4 let (2006 až 2009), mezi studenty distanční formy studijních oborů převážně Veřejná správa a Právní vztahy k nemovitostem. Celkově bylo odevzdáno 301 správně a úplně vyplněných dotazníků, přičemž jen minimim respondentů dosud v žádné organizaci nepracovalo (ti vyplňovali jen obecnou část), 128 respondentů uvedlo, že pracuje ve veřejné správě, 137 z nich pak podle odpovědí pracuje v soukromém sektoru.



Graf č. 1: Skupiny odevzdaných dotazníků

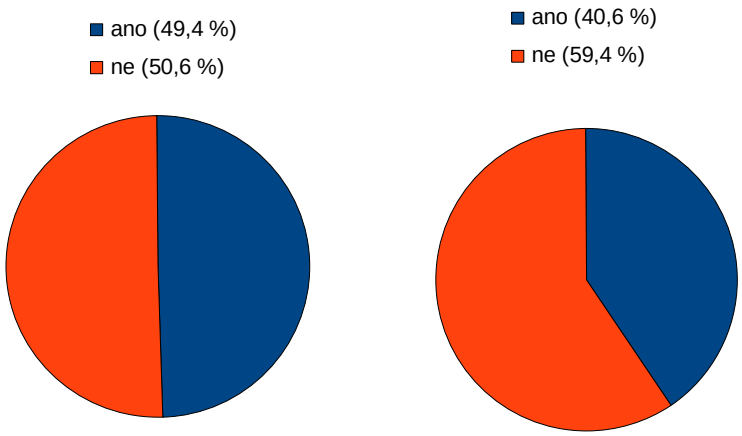
Obecná část se týkala názorů na strategii a strategický management, nebylo tedy nutné mít již nějaké pracovní zkušenosti. Na otázku, která měla zjistit, nakolik jsou respondenti seznámeni s pojmy „strategie“ a „strategický management“ se sešlo celých 67 % odpovědí znějících „rozumím jim a vím, co znamenají“. Odpověď „pojmy jsem několikrát slyšel, ale nemám zcela jasno v tom, co znamenají“ zvolilo 31 %. Pouze několik lidí prozradilo, že nemá jasnou představu, co pojmy znamenají. Tento výsledek ale může být zkreslen tím, že všichni respondenti v rámci výuky na Právnické fakultě absolvovali kurz Management, kde zrovna strategický management tvoří zásadní téma. Další otázka z obecné části potvrzuje výsledky výzkumu vysoké školy B.I.B.S. 98,6 % vyplňujících se domnívá, že z pohledu

výkonnosti organizace je aplikace strategického managementu nutná/výhodná (přičemž celých 73 % zaškrtlo odpověď „rozhodně ano“).

Další část dotazníku vyplňovali již jen ti, co pracují (případně pracovali v době, kdy se výzkumu účastnili), tedy dohromady 265 lidí, z nichž 48,3 % pracovalo ve veřejné správě.

4.1 STRATEGIE A VEŘEJNÁ SPRÁVA - KONKRÉTNÍ VÝSLEDKY

Dalo by se říci, že ústřední otázka dotazníku zněla: „Víte, jakou má vrcholové vedení Vaší organizace strategii?“ Pokud účastník výzkumu zvolil „ano“, následovalo několik dalších otázek týkajících se strategie a strategického managementu. Ale k těmto až později. Odpovědi na zmiňovanou ústřední otázku shrnuje graf č. 2, na jehož levé straně jsou odpovědi od všech pracujících, zatímco napravo odpovědi respondentů, kteří uvedli, že pracují ve veřejné správě.

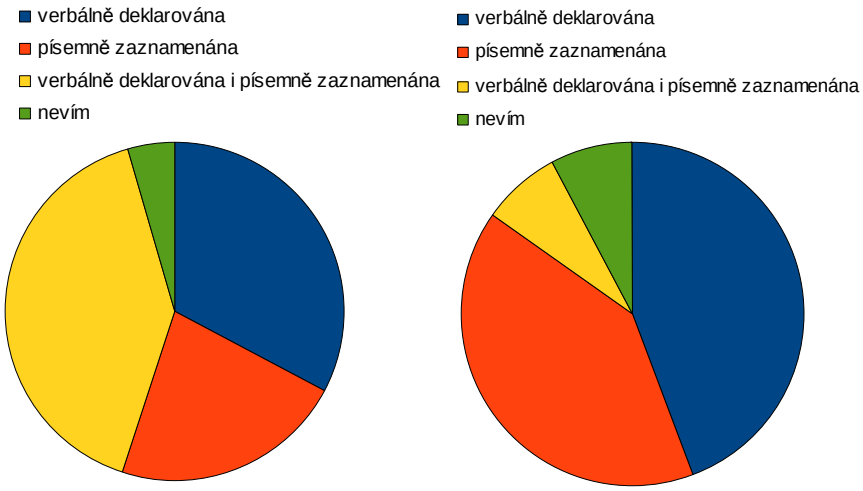


Graf č. 2: Vědomí o strategii v organizaci (výsledky z veřejné správy napravo)

Z grafu je zřejmé, že většina lidí si není vědoma toho, že by organizace měla strategii. U celkového souboru se jedná pouze o nepatrnou většinu, pokud budeme brát v úvahu veřejnou správu, je rozdíl markantnější. Na tomto místě je nutné připomenout, že odpověď „ne“ nemusí nutně znamenat jen to, že strategie v organizaci neexistuje. Ve skutečnosti si pouze respondent není vědom toho, že by organizace strategii měla. Tedy mít ji může, ale ne všichni pracovníci s ní jsou obeznámeni. To ovšem také není dobře, protože veškerý chod organizace by měl být „podřízen“ strategii, a to není možné, pokud o ní pracovníci nevědí.

V dotazníku byly položeny další otázky týkající se strategie, které ale dále vyplňovali pouze ti, kteří v „ústřední“ otázce uvedli, že vědí, jakou má vrcholové vedení jejich organizace strategii. Jednou z položených otázek v dotazníku bylo, zda je strategie verbálně deklarována, písemně zaznamenána nebo obojí. Výsledky jsou poměrně zajímavé, především tím, že je patrný rozdíl mezi souborem celkovým a souborem týkajícím se pouze veřejné správy. Jak je vidět níže na výsečových grafech (graf č. 3), v

organizacích veřejné správy daleko více převládá strategie, která je pouze písemně zaznamenána.



Graf č. 3: Porovnání všech odpovědí (vlevo) s těmi, které se týkají veřejné správy (vpravo)

Další dvě otázky se týkaly strategie z pohledu spolupracovníků - zda se nižší management podílí na vytváření strategie a zda všichni ostatní pracovníci jsou o strategii informováni. Každý si mohl vybrat ze škály pěti možných odpovědí na obě otázky: „rozhodně ano“, „spíše ano“, „spíše ne“, „rozhodně ne“ a „nevím, nemohu posoudit“. U otázky, zda se nižší management podílí na vytváření strategie organizce, převažovaly „váhavé“ typy odpovědí (konkrétně tedy „spíše ano“ či „spíše ne“) a pokud jsme porovnali odpovědi kladné a záporné, u veřejné správy byly téměř vyrovnány, zatímco u celkového souboru převažovaly odpovědi kladné (55 %). Daleko více kladných odpovědí se sešlo v odpovědích na otázku, zda jsou všichni pracovníci informováni o strategii organizace, a to i v souboru omezeném na veřejnou správu. Možnosti „rozhodně ano“ nebo „spíše ano“ byly zvoleny v 77,1 % (resp. v 73 % ve veřejné správě).

Často se stává, že v organizaci strategie nějakým způsobem existuje (např. je verbálně deklarována), ale není prakticky uskutečňována. Míru implementace (uskutečňování) zjišťovala další z otázek. To, že neexistuje ani snaha o implementaci se domnívají zhruba 2 % lidí (stejně tak, když bereme v úvahu veřejnou správu). To, že je strategie v organizaci každopádně uskutečňována, zvolilo 53,4 % z celého souboru respondentů, avšak jen 46,15 % pracovníků veřejné správy. Jistou prostřední variantu, znějící „snaha o implementaci existuje, ale plné uskutečňování se zatím moc nedaří“ zaškrtlo 43,5 % všech, zatímco 51,9 % z veřejné správy.

Strategii nestačí implementovat. V průběhu realizace strategie je nutné pravidelně hodnotit dosahované výsledky (porovnávat je s cíli stanovenými ve strategii, a také sledovat plnění dílčích operací vyplývajících ze strategie). Na otázku, zda je strategie „kontrolována“, mohli účastníci vybírat z možností „ano“, „ano, ale pouze nepravidelně nebo zčásti“, „ne“ a

„nevím“. Kladné odpovědi získaly naprostou převahu. Záporně odpovědělo pouze 6,9 %, za veřejnou správu ještě méně - 3,8 %. Bezpodmínečné ano tvořilo více než polovinu všech odpovědí (50,4 %, v organizacích veřejné správy dokonce 57,8 %).

Poslední otázka zjišťovala využívání metod strategické analýzy. Kladných odpovědí se sešlo pouze 36 z celého souboru (což tvořilo 27,5 %), z veřejné správy pak těchto odpovědí bylo 19. Respondenti, kteří si zvolili právě tuto odpověď, byli vyzváni, aby uvedli také konkrétní metody, které používají. Téměř bez výjimky jmenovali SWOT analýzu, jen místy doplněnou i metodami např. 7S nebo Porterova analýza pěti sil.

5. ZÁVĚR

Předložený příspěvek se beze zbytku zabýval strategií a strategickým managementem. Již v úvodu byla vyslovena úvaha, zda by zrovna strategický management mohl eliminovat dopady ekonomické krize a následné recese, zda by se dalo mluvit o tom, že díky implementaci strategického managementu získá organizace náskok před konkurenty.

První část příspěvku seznamovala se začátky strategického managementu a jeho vývojem do nedávné doby. Bylo mimo jiné poukázáno na to, že v počátcích strategického managementu v 60. letech minulého století se mělo za to, že právě existence strategie v organizaci představuje konkurenční výhodu pro tuto organizaci. V další části byly shrnuty výsledky nedávného výzkumu týkající se strategického managementu coby „výhody“ v době ekonomické krize. Tento výzkum provedla soukromá vysoká škola B.I.B.S. v Brně a jeho výsledky opět potvrdily, že strategický management skutečně pomáhá zvládnout ekonomickou krizi. Poslední část také seznamovala s výsledky výzkumu, tentokrát prováděného na Právnické fakultě Masarykovy university a zabývajícím se nejen soukromou sférou, ale také strategickým managementem ve veřejné správě.

Některé závěry z prezentovaných výzkumů se možná daly očekávat již před přečtením tohoto příspěvku, ale doufám, že i přesto vás mohly některé výsledky překvapit.

Literature:

- Höck, C.: Strategisches Management. [online]. 2005. [cit. 2007-02-02]. Dostupný na WWW: http://www.ibl-unihh.de/strategie_Einstieg.pdf
- Kaplan, R. S.; Norton, D. P.: Balanced scorecard: Strategický systém měření výkonnosti podniku. 4. vyd. Praha : Management Press, 2005. ISBN 80-7261-124-0
- Keřkovský, M.; Vykypěl, O.: Strategické řízení. Teorie pro praxi. 1. vyd. Praha : C. H. Beck, 2002. 172 s. ISBN 80-7179-578-X

- Magretta, J.: Co je management: Jaká je jeho úloha a proč je věcí každého z nás. 1. vyd. Praha : Management Press, 2004. ISBN 80-7261-106-2
- Mallya, T.: Základy strategického řízení a rozhodování. 1. vyd. Praha : Grada Publishing, 2007. s. 252. ISBN 978-80-247-1911-5
- Mintzberg, H.; Ahlstrand, B.; Lampel, J.: Strategy Safari: A Guided Tour Through The Wilds of Strategic Management. New York : Free Press, 2005. ISBN 978-0-684-84743-6
- Porter, M. E.: Konkurenční strategie: Metody pro analýzu odvětví a konkurentů. Praha : Victoria Publishing, 1994. ISBN 80-85605-11-2
- Porter, M. E.: Konkurenční výhoda: Jak vytvořit a udržet si nadprůměrný výkon. Praha : Victoria Publishing, 1993. ISBN 80-85605-12-0
- Schusterová, L. Balanced scorecard - metoda strategického řízení podniku. In Nová teorie ekonomiky a managmentu organizací: Sborník z mezinárodní vědecké konference. Praha : 2006. ISBN 80-245-1091-X
- Souček, Z. Úspěšné zavádění strategického řízení firmy. 1. vyd. Praha : Professional Publishing, 2003. ISBN 80-86419-47-9
- Souček, Z. Firma 21. století (Předstihněme nejlepší!!!). 1. vyd. Praha : Professional Publishing, 2005. 258 s. ISBN 80-86419-88-6
- Ekonomickou krizi zvládnou lépe firmy, které jsou strategicky řízeny, tisková zpráva, Brno : Brno International Business School, 26.2.2009. Dostupný na WWW: < http://www.bibs.cz/pro-media/18/tiskove-zpravy/>
- Strategické řízení pomáhá zvládnout ekonomickou krizi. In Moderní řízení 3/2009. str. 8.

Contact – email
kopfova@centrum.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

MARKETINGOVÝ PRŮZKUM TRHU JAKO NÁSTROJ ZVYŠOVÁNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI

MIROSLAV KOPRLA

Katedra politologie, UCM v Trnavě, Slovensko

Abstract in original language
Předložený příspěvek přináší ucelený pohled na marketingový průzkum trhu v pozici nástroje vedoucího ke zvyšování konkurenceschopnosti. Ke zlepšení postavení subjektů na trhu se využívají různé ověřené postupy, které závisí zejména od dostupných finančních prostředků. Proto je pro subjekt důležité rozhodnutí, jaký druh průzkumu upřednostní, zdali levnější sekundární, nebo dražší primární průzkum. Od tohoto rozhodnutí se pak odvíjí i volba zdrojů dat vhodných pro průzkum a také použitá metodologie v průzkumu.

Key words in original language
Konkurenceschopnost; marketingový průzkum trhu; zdroje dat pro průzkum; primární a sekundární průzkum; kvalitativní a kvantitativní průzkum; jiné druhy průzkumů.

Abstract
The contribution offers a complete view on the marketing research in its position of a tool of increase of competition ability. In order to strengthen the subjects' positions on the market various verified procedures are used, whose depend above all on accessible financial resources. For a firm it is an important decision, which kind of research it will prefer, whether the cheaper secondary research or more expensive primary research. On such a decision the choices of data resources and methodology used in the research are depending.

Key words
Competition ability; marketing research; data sources; primary and secondary research; qualitative and quantitative research; other kinds of researches.

1. ÚVOD

Dnešní moderní doba přináší pro manažery na jedné straně mnohé možnosti expanze jejich podnikání, ale na straně druhé může vést ke stagnaci nebo ukončení podnikání. Tohle vše je spojeno především s riziky, které musí denně řešit, a tým přispívat nemalou mírou k fungování podniku. A právě marketingový průzkum trhu se zdá být vhodným prostředkem k eliminaci různých nepříznivých faktorů, které by mohli vzniknout při nesprávném nebo nepromyšleném rozhodnutí, a které by mohli mít také negativní dopad pro budoucnost společnosti jako takové. Důkladný průzkum trhu proto napomáhá manažerům pozorovat, porovnávat, ale také i předikovat.

2. MARKETINGOVÝ PRŮZKUM TRHU A KONKURENCE-SCHOPNOST

Konkurenceschopnost podniku je dnes do jisté míry závislá na dobrém rozhodování managementu. Jestli-pak management dokáže předvídat chování zákazníků na trhu, nemůžeme jednoznačně potvrdit. Máme ale vynikající možnost, jak se přiblížit k zákazníkovi a jeho potřebám nebo snům blíže, a to právě prostřednictvím marketingového průzkumu trhu. Ať už půjde o průzkum trhu, sledování účinnosti reklamy, sledování konkurence, průzkum potřeb nebo vnímání, testování různých výrobků, průzkum prostřednictvím marketingového mixu, tedy průzkum výrobku, průzkum ceny, průzkum distribuce nebo průzkum propagace, všechny uvedené aktivity směrují k jednoznačným cílům, kterými jsou zvýšení konkurenceschopnosti na trhu a zlepšování postavení na trhu. Proto dokonalé poznání zákazníka, konkurence nebo samotného trhu může významnou mírou přispět k růstu a prosperitě každé jedné společnosti.

3. ZDROJE DAT PRO PRŮZKUM TRHU

Ve všeobecnosti můžeme zdroje dat vhodné pro analýzu trhu rozdělit do dvou navzájem se doplňujících oblastí. První oblast dat je z prostředí podniku, tedy označujeme ji jako vnitřní zdroje, na straně druhé stojí informace z okolí podniku, a tyhle se sumárně označují jako vnější zdroje.

1. Mezi vnitřní zdroje dat podniku zařazujeme:

    a. Zprávy o odbytě - považují se v teoretické rovině za nejdůležitější zdroj informací, no často bývají v praxi nedoceněny. Na tomto místě můžeme uvést skupiny prodavačů, kteří jsou nejblíže ve styku se zákazníkem, a jsou tak jakousi prodlouženou rukou společnosti při získávání informací o produktech nebo konkurenci;

    b. Oddělení "Public relations" (oddělení pro styk s veřejností) - podrobné záznamy oddělení pro styk s veřejností by mněli obsahovat potřebné informace, které by se dali využít při rozhodování. Těmito informacemi by mohli být záznamy o kvalitě výrobků získané ze záznamů stížností zákazníků;

    c. Předchozí průzkumy - někdy bývá celkem užitečné, když si společnost podrobně prostuduje podobné průzkumy, zdali náhodou nebyl nějaký podobný průzkum na některém oddělení společnosti vykonaný. Tím se může předejít případným ztrátám tak finančním, jako i časovým;

    d. Manažerské vyúčtování - může obsahovat cenné informace na poli financí, tedy konkrétně kupříkladu o ziskovosti výrobků; případně i celého odvětví;

e. Vlastní personál - také může v sobě skrývat cenné informace. Nemůžeme také vyloučit možnost, že některý ze zaměstnanců firmy nepracoval předtím ve společnosti, která je nyní předmětem zájmu, tedy ve smyslu konkurence;

f. Ostatní oddělení - i některá oddělení by mohla mít přínos pro analýzu. Oddělení jako nákupní, výrobní nebo marketingu by mohli mít klíčové slovo při rozhodovaní.

(podle Housden, M., 1997, s. 36-39).

2. Mezi vnější zdroje dat podniku zařazujeme:

a. Vládní zdroje - jde tu především o získání výsledků oficiálních statistik, které představují zcela spolehlivé a zpravidla i dostupné informace pro analýzy průzkumu trhu. Zvětší se tu střetáváme s daty o společenském vývoji, o ekonomických aktivitách, až po zahraniční obchodné statistiky. Dodejme jenom, že tyto data se prezentují také v podobě statistických ročenek;

b. Obchodní asociace a regulační orgány - dají se využít, jen když je podnik zapojen do asociace. Pak by měla společnost automaticky, v rámci sdružení, dostávat informace, které jsou dostupné i jiným členům;

c. Nátlakové skupiny - by mohli mít také ve své agendě nějaké dostupné informace z obchodního života jiných společností;

d. Komerční zdroje - na Slovensku, v České republice i ve světe dnes existují mnohé specializované výzkumné agentury, které zveřejňují své výsledky nejčastěji v podobě tiskových správ široké veřejnosti;

e. Přímé služby - jsou součástí některých odborných týdeníku, které nabízejí za úplatu vždy čerstvé a aktuální informace z odvětví v podobě různých přehledů;

f. Publikace společností - i samotné data, které zveřejňují o sobě jednotlivé společnosti, můžou také pomoci při realizaci marketingového průzkumu trhu.

(podle Housden, M., 1997, s. 40-45).

4. PRIMÁRNÍ A SEKUNDÁRNÍ PRŮZKUM TRHU

Dříve, než se subjekt rozhodne pustit do samotného průzkumu trhu, je nutno zvážit, zdali informace vhodné pro řešení nastoleného problému není schopen vyřešit jednoduchým vyhledáním informací v dostupných zdrojích, ať už v podobě printové nebo digitální. Tímto zdrojům jsme se věnovali v předešlé části. V případě, že ne, pak nastoupí do popředí skutečná realizace

průzkumu trhu. V téhle části by jsme se věnovali jednotlivým možnostem jak primárního, tak i sekundárního marketingového průzkumu trhu.

4.1 SEKUNDÁRNÍ PRŮZKUM TRHU

Jakkoliv napovídá i samotný název, měli by jsme při průzkumu postupovat v pořadí od primárního průzkumu trhu ke sekundárnímu průzkumu trhu. Pravdou ovšem zůstává pravý opak, jelikož finanční zdroje firem jsou v mnoha případech limitovány, firmy si nemůžou také z různých jiných důvodu dovolit nákladnější primární průzkum trhu. Proto se nejdříve přistavíme u sekundárního průzkumu trhu, který s ohledem na nižší finanční náročnost může poskytnou dostatečné množství relevantních informací vhodných pro řešení nastoleného problému nebo cíle.

Když pracujeme s informacemi při sekundárním průzkumu trhu, musíme mít na paměti, že tyto informace jsou sice finančně relativně dostupné, nebo také zdarma, ovšem v mnoha případech jsou staršího data a jejich největší nevýhodou je, že byli původně získány za jiným účelem, než je náš průzkum trhu. Proto třeba s těmito informacemi pracovat s určitou tolerancí.

Proto je zapotřebí jmenovat tak jeho výhody jako i jeho nevýhody. Housden je specifikuje následovně:

1. Výhody sekundárního průzkumu:

   - je poměrně levný;
   - jeho využitím se vyvarujeme snahám o opakování již vykonaného průzkumu;
   - umožňuje efektivní analýzu nákladů různých zdrojů dat;
   - ulehčuje zjišťování aktuálních trendů;
   - je zárukou úplné důvěrnosti.

2. Nevýhody sekundárního průzkumu:

   - zveřejněné výsledky průzkumů nemají přímý vztah k naší oblasti;
   - získané informace bývají často starší než dva roky;
   - pro komplexní řešení problematiky jsou informace příliš všeobecné;
   - kvalita informací není dostatečně zaručena.

   (podle Housden, M., 1997, s. 35).

Když odpovědi na naše výzkumné otázky nebo okruhy nejsou stále patrné z dat získaných ze sekundárního průzkumu, nezůstává nic jiného než přejít ke dražší, ale komplexnější podobě průzkumu, který se nazývá primárním průzkumem trhu.

4.2 PRIMÁRNÍ PRŮZKUM TRHU

Když tedy ani sekundární průzkum trhu nezodpoví naše otázky, musíme přejít ke komplexnějšímu primárnímu průzkumu. Mezi základní techniky primárního průzkumu patří pozorování, dotazování a experiment. Každá technika má své výhody, jako i své nevýhody. To, kterou techniku při realizaci průzkumu zvolit, závisí od povahy zkoumaného jevu. Nejčastěji využívanou technikou marketingového průzkumu trhu je právě dotazník a jeho následné matematicko- statistické zpracování.

4.2.1 POZOROVÁNÍ

Pozorování se využívá ke získávání primárních dat a je prováděno zejména vyškolenými pracovníky. Sleduje se ním chování zákazníku v různých situacích, jejich reakce nebo preference. Při pozorování musíme brát ohled zejména na objektivitu pozorovatele. Pozorování dělíme na nestandardizované (je určen cíl a pozorovatel má možnost volby při rozhodování co zaznamenat) a standardizované (tu jsou přesně nadefinované jevy nebo kategorie, které bude pozorovatel zaznamenávat, ať už způsob pozorovaní nebo chování pozorovatele). Dále můžeme rozdělit pozorování na skryté (využívá se když je přítomnost pozorovatele nežádoucí), zúčastněné (pozorovatel je součástí pozorovaného jevu) a nezúčastněné (pozorovatel se snaží utajit svou identitu pozorovatele).

4.2.2 DOTAZOVÁNÍ

Dotazování je nejčastěji využívanou formou marketingového průzkumu trhu. Při dotazování můžeme využívat tak písemného kontaktu, jako je dotazník v psané podobě nebo digitální dotazník distribuovaný po internetu, nebo osobního rozhovoru, tedy přímý kontakt s respondentem nebo telefonicky.

1. Dotazník - vyplňuje ho respondent sám, přičemž se využívá celé řady otázek od otevřených (respondent vyjadřuje své vlastní odpovědi), přes polozavřené (respondent je nucen vybrat některou z variant odpovědí, má ovšem možnost doplnění své vlastní odpovědi) až ke uzavřeným (tu si respondent vybírá jednu nebo více odpovědí z dopředu sestavených variant odpovědí). Při vyhodnocování se pak využívají indikátory, indexy nebo různě škály, které se pak matematicko-statistickými metodami vyhodnocují.

2. Interview - neboli osobní rozhovor se koná za účasti respondenta a tazatele. Při realizaci rozhovoru se vychází z podobných předpokladů jako u dotazníku, jen s tým rozdílem, že otázky jsou pročteny tazatelem,

který pak sám zaznamená jednotlivé odpovědi respondentů. Co se týče techniky, můžeme rozhovory dělit na standardizované rozhovory (otázky jsou přesně stanoveny v striktním pořadí, které je nutno dodržet) a nestandardizované rozhovory (nemají předem stanoveny formulace otázek nebo striktní pořadí, proto je tu dovoleno specifikovat otázky blíže k respondentovi a tím získat relevantnější odpovědi).

4.2.3 EXPERIMENT

Experiment je nejméně využívanou technikou marketingového průzkumu trhu. Sleduje se ním především vliv jednoho jevu na druhý jev, a to za změněné situace, která nastala experimentem. Co se týče dělení, můžeme experimenty rozdělit na laboratorní (uskutečněné v umělém prostředí) a terénní (uskutečněné v přirozeném prostředí). Při experimentu můžeme sledovat působení nezávislé proměnné na dvou skupinách respondentů (experimentální a kontrolní skupina) nebo sledovat změny v čase (před a po působení nezávislé proměnné).

Tolik k základním technikám marketingového průzkumu trhu, dále se budeme věnovat metodám marketingového průzkumu trhu.

5. KVALITATIVNÍ A KVANTITATIVNÍ PRŮZKUM TRHU

Kvalitativní průzkum trhu jako i kvantitativní průzkum trhu bývají někdy od sebe striktně oddělovány. Ovšem kvalitní kvantitativní průzkum se nezaobejde bez předchozího kvalitativního průzkumu, nebo někdy bývají závěry kvantitativního průzkumu ještě upřesňovány právě kvalitativním průzkumem. Proto by jsme neměli tyto typy průzkumů chápat odděleně, protože jsou to v podstatě dvě strany jedné mince zvané průzkum.

5.1 KVALITATIVNÍ PRŮZKUM TRHU

Data získané z kvalitativního průzkumu se zpravidla nedají statisticky vyhodnotit, nakolik takovéto data obsahují především výpovědi o pocitech nebo názorech jednotlivých respondentů, neboli přesněji řečeno zákazníků. Průzkumy tohoto typu se konají především na malých vzorkách lidí, řádově 20 až 30 lidí, u testování výrobků se tento počet lidí může vyšplhat až na počet 100, nebo i 200 respondentů. Při kvalitativním průzkumu se používá jako metoda ke zjišťování dat především pozorování. Důraz je tu kladen na názory a vyjádření, které se sledují jako pozorované jevy. I přes relativně malou vzorku dokážeme tímto způsobem získat rozhodující informace, které dále můžeme zkoumat v kvalitativním průzkumu. Kvalitativní informace se využívají k:

- vyjasnění problémů před vykonáním kvantitativního průzkumu;
- identifikování možného vývoje nových výrobků;
- hodnocení představ o výrobku u spotřebitelů nebo u konkurence;

- vytvoření předpokladů;
- analýzy chování spotřebitelů;
- ověření příčiny motivace při rozhodování o nákupu;
- objasnění emotivních důvodů, které vedou k upřednostňování určité značky.

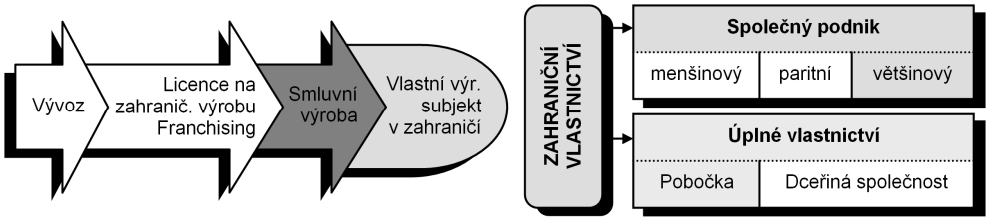
(podle Housden, M., 1997, s. 49).

Nyní by jsme uvedli dva zajímavé příklady takového průzkumu. První příklad průzkumu je proveden pomocí sektorové analýzy, přičemž obrázek znázorňuje výsledek průzkumu pro sektor textil. "Shrnutí výsledků částečných sektorových analýz poskytuje také informace o určitých sektorově jedinečných rysech ve vztahu k nejnovějším tendencím kvalitativního posunu při uplatňovaní základních forem tržní angažovanosti přicházejících do úvahu." (Koprlová, J., 2006, s. 128).

SEKTOR TEXTIL			
Země	**Subjekt**	**Podoba vývoje tržní angažovanosti**	**Předmět podnikání**
SRN	**Eduard Tressler**	**Smluvní výroba** prostřednictvím OZKN, a. s., Prešov	výroba pánských obleků
SRN	**Paul Kübler**	**Smluvní výroba** prostřednictvím Plasted, s. r. o., Nové Zámky	výroba konfekce na objednávku, především pracovních oděvů
SRN	**Mac Jeans**	**Smluvní výroba** prostřednictvím OZKN, a. s., Prešov v závodě Kráľovský Chlmec	výroba konfekce z rifloviny
SRN	**Steilmann** Group	**Smluvní výroba** prostřednictvím Ozeta, a. s., Trenčín	výroba sak, kalhot a vest
SRN	**Lucky Lady**	**Smluvní výroba** prostřednictvím Mode Trend, s. r. o., Stará Ľubovňa	výroba dámské konfekce
Rak	**Eybl International** AG, Krems	1995 započala **smluvní výroba** prostřednictvím Makyta, a. s., Púchov; v návaznosti založení **pobočky** řídící management kvality a logistiku Eybl Slovakia; 1999: založení **společného podniku** s většinovým podílem Eybl s Makytou Ružomberok	výroba automobilových potahů, autosedaček a dámské konfekce

Obrázek 1 Reprezentativní příklady vývoje tržní angažovanosti: sektor textil
(Pramen: Koprlová, J., 2006, s. 100)

Přehled závěrů kvalitativní analýzy jednotlivých alternativních forem zahraniční tržní angažovanosti německých a rakouských subjektů na slovenském odběratelském trhu v sektoru textil uvádí následující obrázek.



Obrázek 2 Přehled hlavních forem tržní angažovanosti v sektoru textil
(Pramen: Koprlová, J., 2006, s. 100)

Druhý příklad na kvalitativní průzkum uvádí průzkum prostřednictvím segmentace trhu. "Následující příklad vychází právě z takovéto individuální, subjektivné analýzy našeho cyklistického trhu. Analýza technicky-užitkových parametrů aktuálně nabízených kol ve vztahu k jejich cenové pozici by mohla v určitém okamihu vymodelovat, kupříkladu, čistě hypoteticky, tyto základní tržní segmenty:" (Koprlová, J., 2008, s. 85).

PŘÍKLADY DODAVATELŮ KOL ETABLOVANÝCH NA SLOVENSKÉM TRHU			
	Nižší cenová hladina	**Střední cenová hladina**	**Vyšší cenová hladina**
Silniční kola	Author; Giant; Merida; Scott aj.	Author; Giant; Merida; Scott aj.	Author; Axman; Colnago; Daccordi; Eddy Merckx; Giant; Klein; Lemond; Merida; Norco; Orbea; Pinarello; Ridley; Rocky Mountain; Rotwild; Scott; Svorada; Šírer; Wilier aj.
Rekreační kola	Dema; Leader Fox; Norco; Olpran; Orbea aj.	Dema; Leader Fox aj.	?
Odpružená kola (hardtaily 1)	Amulet; Galaxy; GT; Haro; Kona; Norco; Orbea; Pell´s; Triexpert aj.	Author; Gary Fisher; Giant; GT; Haro; Kelly´s; Kona; Merida; Pell´s; Scott; Trek aj.	GT; Haro; Kona; Pell´s aj.
Odpružená sportovní kola (hardtaily 2)	Norco; Orbea; Triexpert aj.	Connondale; Cube; Specialized aj.	Axman; Colnago; Connondale; Cube; Daccordi; Klein; Specialized aj.
Celoodpružená kola (fully)	?	?	Author; Connondale; Giant; Merida; Norco; Orbea; Rocky Mountain; Rotwild; Scott; Triexpert aj.

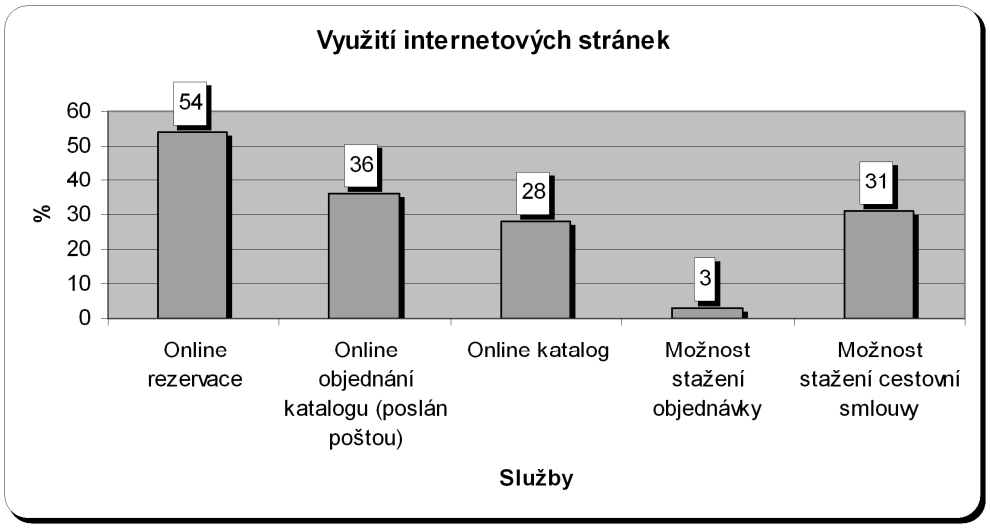
Obrázek 3 Příklady dodavatelů kol etablovaných na slovenském trhu
(Pramen: Koprlová, J., 2008, s. 86)

5.2 KVANTITATIVNÍ PRŮZKUM TRHU

Kvantitativní průzkum je založen na matematicko-statistických metodách, a je proto nejcennějším nástrojem marketingového průzkumu trhu. Jeho základním účelem je u zákazníků zjistit jejich preference, neboli kolik, kdo, kde a kdy něco kupuje. Při průzkumu se používají metody vzorků (nereprezentativní a reprezentativní vzorek), dotazníků, později počítače na matematicko-statistické zpracování dat a následně po analýze vznikají pro společnost nejcennější informace, kterými jsou především kvantitativní odhady. Kvantitativní průzkum je nákladnější a časově také náročnější než kvalitativní průzkum, má ovšem svůj význam, když zkoumaný objekt má kvantitativní charakter. Kvantitativní informace se využívají především k:

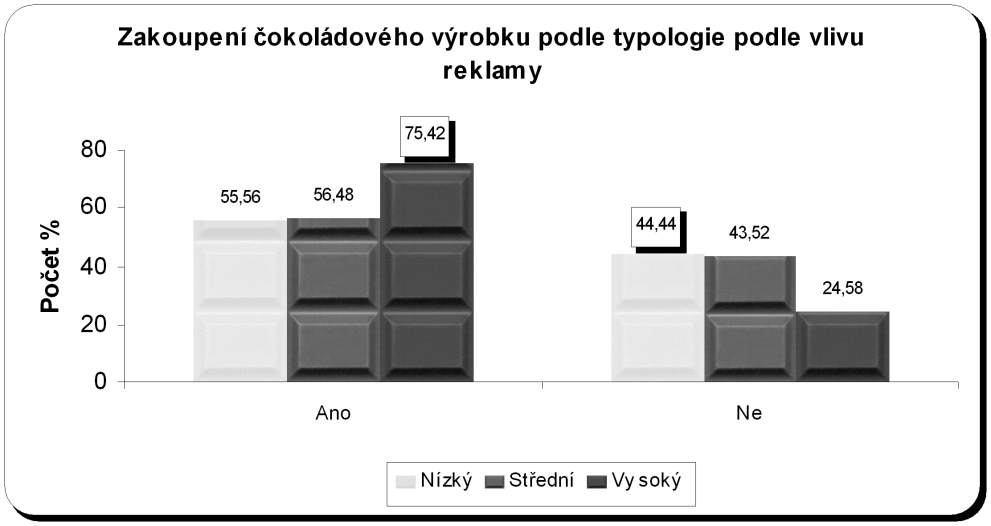
- informování o míře použitelnosti výrobku nebo služby;
- naznačení míry preferencí nebo podílu určité značky na trhu;
- podporu rozhodování z kvantitativního hlediska.

I zde by jsme uvedli dva příklady uplatnění tohoto typu průzkumu. Obrázek níže "…ukazuje využití internetových stránek cestovními kancelářemi. Více než polovina subjektů má k dispozici na svých stránkách online rezervaci (54 %). Asi jedna třetina kanceláří (36 %) nabízí online objednání katalogu, který je zájemci zaslán poštou nebo může být stažen přímo z webových stránek (28 %). Zákazníci si mohou také stáhnout předběžné smlouvy s cestovní kanceláří (31 %). Několik málo subjektů nabízí i stažení objednávky dovolené (3 %)." (Kaňovská, L. - Tomášková, E., 2009, s. 118).



Obrázek 4 Využití internetových stránek
(Pramen: Kaňovská, L. - Tomášková, E., 2009, s. 118)

Následující obrázek znázorňuje statisticky významné rozdíly mezi měřenými veličinami. Předešlé vyobrazení tedy zachycuje percentuální podíly jednotlivých odpovědí, tohle i statistické rozdíly mezi proměnnými.



Obrázek 5 Zakoupení čokoládového výrobku podle typologie podle vlivu reklamy
(Pramen: Koprlová, J. - Koprla, M., 2009, s. 191)

Nyní uvedeme interpretaci předešlého obrázku. "Druhý statisticky významný rozdíl jsme odhalili mezi koupí čokoládového výrobku z reklamy a typologií podle vlivu reklamy (Cramerovo V = 0,166, p = 0,001), ze kterého vyplývá, že respondenti, kteří si zakoupili čokoládový výrobek uváděný v reklamě (75,42 %), byli ovlivněni reklamou nejvíce, naproti tomu respondenti, kteří si výrobek z reklamy nezakoupili, byli reklamou ovlivněni nejméně (44,44 %)." (Koprlová, J. - Koprla, M., 2009, s. 191).

6. JINÉ DRUHY PRŮZKUMŮ

Průzkum můžeme rozdělit na dvě velké skupiny. První tvoří poznávací průzkum, zpravidla jen orientační, a druhou pak průzkum dokazovací.

Prvotním posláním poznávacího průzkumu je objasnit podstatu situace a stanovit také cíl průzkumu. Všeobecně by jsme mohli využít poznávací průzkum pro jakýkoli výzkumný problém, o kterém máme málo poznatků. Poznávací studie bývají celkem volné, co se týče metod, přičemž za nejúčinnější se považují studium literatury, rozhovory s experty a případové studie.

Dokazovací průzkum je zaměřen především na ověřování, tedy verifikaci hypotéz, a na pomoc při výběru určité strategie při směrování podniku. Jeho posláním je pomoci při výběru jedné z nejvhodnějších alternativ marketingové aktivity. Jeho význam narůstá především v momentu, když je vybrán malý okruh alternativ, ze kterých třeba určit tu nejvhodnější. Dokazovací průzkum se dále dělí na opisný a kauzální, a to podle toho, zdali při analýze vyžaduje testování kauzálních vztahů.

1. Opisný průzkum - klade důraz především na zjištění frekvence, s jakou se něco vyskytuje, nebo na zjištění existence vztahu mezi proměnnými;

2. Kauzální průzkum - se týká identifikování vztahu příčina - efekt. Zpravidla se při něm využívá experiment.

Někteří autoři proto upouštějí od dělení poznávací - dokazovací průzkum, a přecházejí k dělení na průzkum poznávací - opisný - kauzální. Nové trendy zavedli do tohoto dělení také pojem prognózy. „Prognózováním informací se projektuje budoucí předpokládaný vývoj zkoumané veličiny. Prognózování představuje určitý objektivizovaný odhad budoucího vývoje. Tento odhad musí být ovšem založený na poznání a zohlednění objektivních tendencí vývoje.“ (Urban, E. et al., 2001, s. 46). Tedy můžeme toto dělení obohatit i o prognostický průzkum trhu.

Jak jsme již výše naznačili, existují mezi poznávacím a pozorovacím průzkumem rozdíly. Tyto rozdíly, tedy rozdíly mezi poznávacím a dokazovací výzkumem přehledne znázorňuje následující obrázek. Je na něm vyobrazena tabulka sestavena ze tří sloupců, kde první sloupec obsahuje prvky projektu výzkumu, druhý informace k poznávacímu výzkumu a třetí informace k dokazovacímu výzkumu.

ROZDÍLY MEZI POZNÁVACÍM A DOKAZOVACÍM VÝZKUMEM		
Prvky projektu výzkumu	**Poznávací výzkum**	**Dokazovací výzkum**
Účel výzkumu	Všeobecní: získat přehled o situaci	Konkrétní: ověření hypotéz a pomoc při výběru aktivit
Potřebné data	Nejsou přesně vymezeny	Jasné
Zdroje dat	Nedefinované	Přesně definované
Formuláře ke sběru dat	Otevřené otázky, často bez formulářů	Zpravidla strukturované
Vzorek	Relativně malý, subjektivní, aby se získal užitečný přehled	Relativně velký, reprezentativní pro zevšeobecnění závěrů
Sběr dat	Flexibilní, bez určení procedur	Vymezený soubor procedur
Analýza dat	Neformální, zpravidla nekvantitativní	Formalizovaná, zpravidla kvantitativní
Závěry/odporučení	Spíše předběžné než definitivní	Spíše definitivní než předběžné

Obrázek 6 Rozdíly mezi poznávacím a dokazovacím výzkumem
(Pramen: Richterová, K. et al., 1995, s. 8)

7. ZÁVĚR

Předložený příspěvek s názvem „Marketingový průzkum trhu jako nástroj zvyšování konkurenceschopnosti“ má za cíl obeznámit čitatele

s marketingovým průzkumem trhu jako vhodným nástrojem ke zvyšování konkurenceschopnosti. Postupné obeznámení se ze získáváním dat z rozmanitých zdrojů, technikami marketingového průzkumu trhu nebo metodami marketingového průzkumu trhu může sloužit jako pomůcka nebo recept při realizaci vlastního marketingového průzkumu trhu. Dodejme jenom, že současná doba si vyžaduje čím dál více se přiblížit k zákazníkům, a to se promítá i do nových forem marketingové komunikace firem. Tedy už dávno neplatí, že jen nákladná reklama může vzbudit dostatečnou poptávku po výrobcích, ale trend směruje právě k levnějším a mnohem efektivnějším formám propagace. Proto jen management, který je dobře obeznámen s potřebami zákazníků, trhem nebo konkurencí, dokáže se svou společností na trhu nejen lépe konkurovat jiným subjektům, ale může dokonce zlepšit postavení své společnosti na trhu nebo zlepšit dobré jméno značky.

Literatura:

- HOUSDEN, M.: Úspešný prieskum trhu. Bratislava : OPEN WINDOWS, 1997. 98 s. ISBN 80-85741-21-0.
- KAŇOVSKÁ, L. - TOMÁŠKOVÁ, E.: Doprovodné služby - konkurenční výhoda? 1. vyd. Brno : Akademické nakladatelství CERM, 2009. 203 s. ISBN 978-80-7204-619-5.
- KOPRLOVÁ, J. - KOPRLA, M.: Marketing: studie z mezinárodní praxe. 1. české, zcela přeprac. a zaktualiz. vyd. Beroun : Newsletter, 2009. 206 s. ISBN 978-80-7350-084-9.
- KOPRLOVÁ, J.: Formy zahraničnej trhovej angažovanosti - Formen des ausländischen Marktengagements. 1. vyd. Bratislava : Sprint vfra, 2006. 251 s. ISBN 80-89085-75-X.
- KOPRLOVÁ, J.: Medzinárodný marketing: teória v praxi. 2. dopl. vyd. Bratislava : Daniel NETRI, 2008. 284 s. ISBN 978-80-969567-9-1.
- RICHTEROVÁ, K. et al.: Vybrané kapitoly a príklady z výskumu trhu. Bratislava : Edičné stredisko Ekonomickej univerzity v Bratislave, 1995. 124 s. ISBN 80-225-0627-3.
- URBAN, E. - FERENČÍKOVÁ, S. - ZORKÓCIOVÁ, O. - KOPRLOVÁ, J.: Medzinárodný marketing. 2. dopl. vyd. Bratislava : Ekonóm, 2001. 320 s. ISBN 80-225-1469-1.

Contact – email
miroslav.koprla@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

EKONOMICKÁ KRIZE A ZVYŠOVÁNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI PODNIKATELSKÝCH SUBJEKTŮ

JANA KOPRLOVÁ

Katedra politologie, UCM v Trnavě, Slovensko

Abstract in original language
Příspěvek v úvodu přináší hlavní fakta a souvislosti ve vztahu k pozadí současné ekonomické krize. Ve své hlavní části se zaměřuje na vymezení a objasnění v našem regionu podnikatelským subjektům nejznámějších teoretických přístupů k posilňování konkurenční schopnosti cestou strategického budování a rozvíjení trvaleji udržitelné konkurenční výhody na úrovni vybraných oblastí tržních aktivit. Ve své závěreční části analyzuje možnosti a předpokládanou efektivnost uplatnění metod zvyšování konkurenční schopnosti z pozice samotných firem, v situaci a podmínkách aktuální praxe.

Key words in original language
Ekonomická krize; konkurenční schopnost a její zvyšování; konkurenční výhoda; teorie a aktuální praxe.

Abstract
The contribution offers in its first part the main facts and connections related to background of current economic crisis. In its second part it focuses on setting and declaring theoretical approaches of strengthening competition ability through strategic building-up and developing longer sustainable competitive advantages from aspects of selected areas of market activities which are best known to firms in our region. Finally, it analysis the main possibilities and expected effectiveness of application of methods of increasing competition ability from firms' point of view, in situation and under conditions of current praxis.

Key words
Economic crisis; competition ability and its increase; competitive advantage; theory and current praxis.

1. ÚVOD

Co nejdéle anebo aspoň trvaleji udržitelná konkurenční výhoda je jedním z rozhodujících faktorů konkurenceschopnosti podnikatelských aktivit každého tržního hráče. Základní předpoklad procesů jejího úspěšného budování tvoří podle známého přístupu amerického profesora Michaela E. Portera aktivní působení všech konkurenčních sil. Mezi nimi především konkurence, je-li na obsluhovaném trhu přítomná, představuje „kořínek zdraví" fungujících tržních vztahů, je hnacím motorem podnikatelského úsilí tržních subjektů i hlavním kritériem hodnocení jejich výkonu. Vyspělé

konkurenční prostředí se bezprostředně spájí s požadavkem systematického vyhledávání a následné aplikace potenciálních zdrojů budoucí trvaleji udržitelné konkurenční výhody. Mimořádně velký význam nabývá především v procesech internacionalizace podnikatelských aktivit, při rozšiřovaní oblasti působnosti firem o zahraniční nebo mezinárodní trhy. Je zřejmé, že základní předpoklady, na kterých je možné budovat strategickou konkurenční výhodu na trzích výrobní sféry jsou v porovnání se spotřebitelskými trhy zčásti odlišné, především když jsou jejich finální produkcí polotovary určené k dalšímu průmyslovému zpracování a dosahující nízkou míru přidané hodnoty.

Pokud se zamyslíme nad tím, odkdy a v jakých souvislostech můžeme mluvit o začátcích formování mezinárodního podnikatelského prostředí, je zřejmé, že mnohé z nejvýznamnějších předpokladů přinesla právě poslední třetina devatenáctého století. Týká je to nejen ekonomické praxe, a to v souvislosti se vznikem prvních významných a v ojedinělých případech dodnes působících nadnárodních společností a s touto skutečností bezprostředně propojených prvních skutečně významných přímých zahraničních investic, zejména produkčních nebo prodejných poboček na jedné straně, ale také v souvislosti s počátky formování prvních teoretických východisek pro pozdější rozdělení tehdejší ekonomické teorie a vznik mikroekonomie.

Na tehdejší poměry unikátní urychlení procesů rozvoje světového hospodářství a také technické a technologické úrovně produkce se později v kombinaci s rapidním ekonomickým růstem nejvyspělejších ekonomik vzhledem na expanzi vyvolanou zbrojním průmyslem v době bezprostředně předcházející první světové válce a v období jejího trvání promítlo do fenoménu známého pod názvem Velká hospodářská krize, čili Velká deprese. Míra přehřátí tehdejších nejvyspělejších ekonomik, která ji předcházela, neměla v ekonomických dějinách obdoby - jednak proto, že míra propojení jednotlivých národních ekonomik a také rychlost kvalitativního i kvantitativního vývoje světové ekonomiky a mezinárodních ekonomických vztahů dosáhla do té doby neexistující úroveň, co podobně platí také pro míru růstu těchto ekonomik způsobenou zejména zbrojním průmyslem (první světová válka a také přípravy na ni představovali impulz pro růst světové ekonomiky, který také do té doby neměl obdoby), a v neposlední řadě také proto, že o hospodářské politice v pravém a moderním slova smyslu nebylo možné hovořit. Platili principy klasické ekonomie, čili ekonomického liberalismu - politika laissez-faire a Sayův zákon trhu. I když je pravdou, že skutečné oživení po odznění období Velké deprese přinesl zase zbrojný průmysl v souvislosti s přípravou na další světovou válku, pravdou je také skutečnost, že katastrofální následky, které za sebou první světová ekonomická krize zanechala, vytvořili prostor pro zformování novodobých ekonomických disciplin, mimo jiné i moderní hospodářské politiky, která vzešla ze tří základních pilířů - ekonomických funkcí státu: první dva nebyli z hlediska opatření, které zahrnují, zcela neznámé - v jejich rámci se realizují alokační a distribuční funkce „viditelné

ruky“ státu; třetí funkce - stabilizační - se zrodila až v souvislosti s dílem Johna Maynarda Keynese Obecná teorie zaměstnanosti, úroku a peněz z roku 1936, nejdřív jako protikrizová, a později jako komplexní, proticyklická.

Od dob Velké deprese v letech 1929 až 1933 zaznamenali dějiny světové ekonomiky i přes aktivní působení adekvátních a dané hospodářsko-politické koncepci a aktuální fázi ekonomického cyklu odpovídajících běžných i systémových hospodářsko-politických nástrojů několik dalších globálně nebo nadregionálně působících ekonomických krizí, kterým i přes veškeré úsilí národních vlád nebylo možné zabránit: jednak proto, že se vyvinuli prakticky téměř vždy na novém kvalitativním základě, dále proto, že každý následující ekonomický cyklus byl zpravidla o něco kratší než ten předcházející, takže recese, respektive deprese přišla dřív v porovnání s tím, co předikovali ekonomické teorie a co vycházelo z dosavadní ekonomické praxe, a v neposlední řadě také proto, že v hospodářské politice vyspělých světových ekonomik, zejména její monetární složce, se v důsledku upřednostňování národních ekonomických zájmů porušovali základní principy aktuálně aplikované hospodářsko-politické koncepce (šlo zejména o tzv. neokonzervativní, respektive neoliberální koncepce).

I přesto, že původ současné ekonomické krize je více-méně jasný a známý, a přes to, že má své paralely i v nedávné minulosti, základní ekonomické principy, zákony a souvislosti platí bez ohledu na upřednostňované národní hospodářsko-politické zájmy, co je obzvláště nebezpečné právě v situaci, když se jedná o ekonomiku, která je hnacím motorem světového hospodářství. Pochybení v monetární politice, která tvoří jádro stabilizační složky hospodářské politiky každé země, vede ke katastrofálním důsledkům, o čemž svědčí nejen principy monetárních teorií, ale podobně i nejnovější ekonomická krize. Jak ale uvádí poslední část příspěvku, původ současné ekonomické krize má také svou druhou tvář.

Jak je obecně známo, dosáhnout základní hospodářsko-politický cíl státu, kterým je v současné době co nejrychlejší nastartování oživení národní ekonomiky, lze vícerými způsoby a jim odpovídajícími nástroji. Klíčovou roli zde sehrává právě posilňování konkurenční schopnosti na úrovni národního hospodářství a podobně také jednotlivých tržních subjektů cestou strategického budování a rozvíjení trvaleji udržitelné konkurenční výhody. V podmínkách Slovenské republiky, tedy malé evropské ekonomiky, které ekonomický růst je zcela závislý na čistém vývozu, a determinovaný v rozhodující míře vývojem poptávky v silných, zejména evropských ekonomikách, jako jsou především německá a francouzská, lze shrnout základní realizovatelné nebo realizované strategie a opatření ve směru posilňování současné konkurenční schopnosti slovenských podnikatelských subjektů na evropském i světovém trhu na úrovni jednak makroekonomické a jednak mikroekonomické.

2. NEJVÝZNAMNĚJŠÍ PROTIKRIZOVÁ HOSPODÁŘSKO-POLITICKÁ OPATŘENÍ VLÁDY NA PODPORU KONKURENČNÍ SCHOPNOSTI SLOVENSKÝCH PODNIKATELSKÝCH SUBJEKTŮ

Podle webové stránky Ministerstva hospodářství Slovenské republiky mezi základní a současně nejvýznamnější nástroje podpory živnostníků a malých a středních podnikatelů (dále jen „MSP“) patří Národní agentura pro rozvoj malého a středního podnikání (dále jen „NARMSP“). Jedná se o sdružení právnických osob, kterého zakladatelem jsou Ministerstvo hospodářství SR (dále jen „MH SR“), Slovenský živnostenský svaz a Sdružení podnikatelů Slovenska. Hlavním posláním NARMSP je podpora rozvoje a růstu malého a středního podnikání se zřetelem na státní, strukturální, průmyslovou, technickou, regionální a sociální politiku. NARMSP je jako vykonavatel zapojená také do realizace podpůrných programů vyhlašovaných MH SR a plní také funkci implementační agentury pro projekty financované ze strukturálních fondů. V souvislosti s inovačními formami podnikání přistoupila NARMSP k vytvoření společnosti Fond fondů, s. r. o., která zpravuje fondy rizikového kapitálu. Rizikový kapitál představují finanční prostředky vkládané investorem do vlastního jmění společností. Při nově vznikajících společnostech jde o společné založení firmy s peněžním vkladem do základního jmění ze strany společnosti rizikového kapitálu. Mezi další příspěvkové a rozpočtové organizace patřící do kompetence MH SR, které kromě jiného napomáhají také při podpoře malého a středního podnikání v různých oblastech podnikání, lze uvést Slovenskou agenturu pro rozvoj investicí a obchodu, Slovenskou inovační a energetickou agenturu a Slovenskou agenturu pro cestovní ruch. Ministerstvo financí SR (dále jen „MF SR“) je zřizovatelem 100 %-ní akciové společnosti Slovenská záruční a rozvojová banka, a. s. (dále jen „SZRB“). SZRB se věnuje především realizaci úvěrových a záručních programů, v rámci kterých se žadatelé můžou ucházet o poskytnutí úvěrů nebo záruk v různých oblastech podnikání. Poskytováním záruk na bankové úvěry se tak podstatně snižuje riziko komerčních bank financujících projekt. MF SR je taky zřizovatelem EXIM banky. SZRB na podporu řešení aktuální situace vzniklé v důsledku ekonomické a finanční krize poskytuje pro MSP spotřební úvěry za výhodnějších podmínek oproti komerčním bankám. Za tímto účelem poskytuje SZRB tzv. „mikropůjčky“ do výše cca 50 tisíc €, přičemž ručení řeší se žadatelem individuálně a rovněž nevyžaduje historii subjektu. To znamená, že žadatel před zažádáním nemusí podnikat po stanovenou dobu, jako je tomu v podmínkách komerčních bank. Poskytováním mikropůjček prostřednictvím Mikropůjčkového programu se věnuje také NARMSP, která poskytuje prostřednictvím svých regionálních zastoupení půjčky ve výši od 1,66 tisíc € do 50 tisíc € za obdobných podmínek jako SZRB. (podle http://www.economy.gov.sk/najcastejsie-otazky-cre/129590s; 01.11.2009)

Dále webová stránka Ministerstva hospodářství Slovenské republiky uvádí, že čerpání finančních prostředků ze strukturálních fondů se realizuje prostřednictvím jedenácti operačních programů v rámci jednotlivých cílů kohezní politiky Evropské unie. Jednotlivé operační programy jsou

zaměřeny následovně: (1.) Regionální operační program: hlavním cílem prvního operačního programu je zvýšení dostupnosti a kvality občanské infrastruktury a vybavenosti v regionech. (2.) Životné prostředí: druhý operační program je zaměřený na „zlepšení stavu životního prostředí a racionálního využívání zdrojů prostřednictvím dobudování a zkvalitnění environmentální infrastruktury Slovenské republiky ve smyslu předpisů EU a SR a na posílení environmentální složky trvale udržitelného rozvoje“. (3.) Doprava: cílem třetího operačního programu je podpora trvale udržitelné mobility prostřednictvím rozvoje dopravní infrastruktury a rozvoje veřejné železniční osobní dopravy. (4.) Informatizace společnosti: globálním cílem čtvrtého operačního programu je „vytvoření inklusivní informační společnosti jako prostředku na rozvoj vysoce výkonné vědomostní ekonomiky“, čím se přispěje k dosažení cíle strategické priority Vědomostní ekonomika, kterým je „rozvoj zdrojů trvale udržitelného ekonomického růstu a zvyšování konkurenceschopnosti průmyslu a služeb“. (5.) Výzkum a vývoj: hlavním zaměřením pátého operačního programu je „modernizace a zefektivnění systému podpory výzkumu a vývoje a zkvalitnění infrastruktury vysokých škol takým způsobem, aby přispívali ke zvyšování konkurenceschopnosti ekonomiky, snižování regionálních disparit, vzniku nových inovačních, tedy high-tech malých a středných podniků, tvorbě nových pracovních míst a zlepšování podmínek vzdělávacího procesu na vysokých školách“. (6.) Konkurenceschopnost a hospodářský růst: globálním cílem šestého operačního programu je zabezpečení trvale udržitelného hospodářského růstu a zaměstnanosti. MH SR v rámci tohoto operačního programu zveřejnilo výzvu na předkládání žádostí o nenávratný finanční příspěvek v rámci Schémata státní pomoci na podporu inovací prostřednictvím projektů průmyslového výzkumu a experimentálního vývoje. Výše alokovaných finančních prostředků na realizaci uvedené výzvy byla po jejím přehodnocení, na základě opatření vlády Slovenské republiky na překonání dopadů globální ekonomické a finanční krize, cca 83 mil. €. (7.) Vzdělávání: zabezpečení dlouhodobé konkurenceschopnosti Slovenské republiky prostřednictvím přizpůsobení vzdělávacího systému potřebám vědomostní společnosti je globálním cílem sedmého operačního programu, který má prostřednictvím příspěvků ze zdrojů ESF financovat formování a podporu lidského kapitálu směrem k získávání základních zručností a klíčových kompetencí potřebných ve vědomostní ekonomice a pro pracovní trh. (8.) Zaměstnanost a sociální inkluze: cílem osmého operačního programu je růst zaměstnanosti a sociální inkluze - začleňování a budování kapacit. Vzhledem na nízkou flexibilitu a efektivnost zaměstnanců v různých oblastech veřejné správy, a také vzhledem na potřebu zkvalitnit tvorbu politik jsou v operačním programu podporovány aktivity směrující ke zkvalitnění lidského kapitálu a aktivity orientované na kvalitní tvorbu politik. (9.) Zdravotnictví: zlepšení podmínek ovlivňujících zdravotní stav obyvatelstva jako pracovní síly prostřednictvím zvyšování kvality, dostupnosti a efektivnosti zdravotní starostlivosti a podpory zdraví jsou priority devátého operačního programu. (10.) Technická pomoc: globálním cílem desátého operačního programu je zabezpečit efektivní, účinné a správné řízení, implementaci, finanční řízení, kontrolu a audit

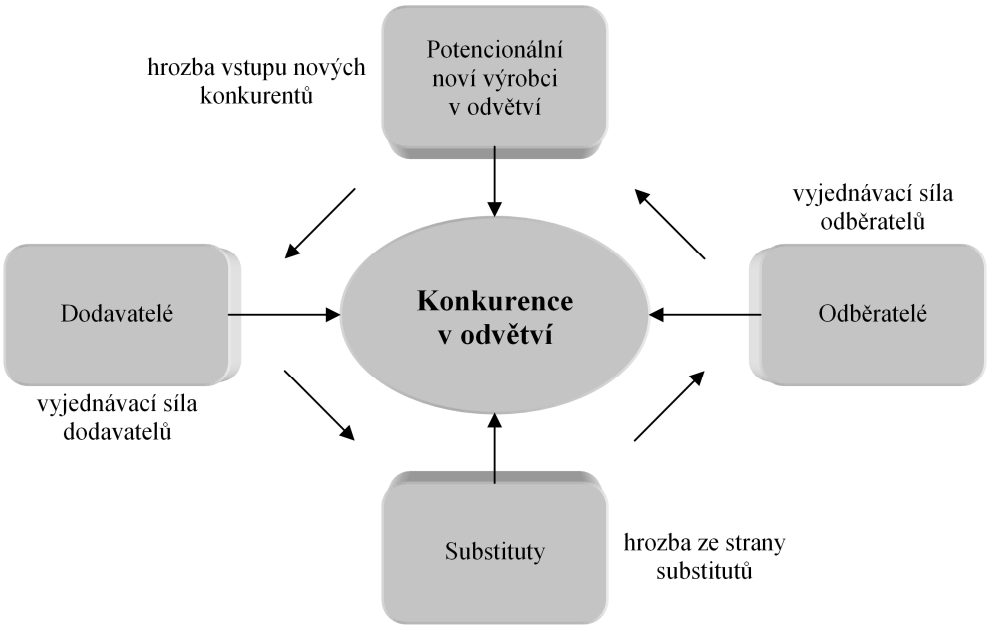
strukturálních fondů a Kohezního fondu v letech 2007 až 2013 na Slovensku pro dosažení strategického cíle Slovenské republiky „výrazně zvýšit do roku 2013 konkurenceschopnost a výkonnost regiónů a slovenské ekonomiky a zaměstnanost při respektování trvale udržitelného rozvoje“. (11.) Bratislavský kraj: prioritou jedenáctého operačního programu je všestranný rozvoj území v zájmu zvýšení kvality života obyvatelů Bratislavského kraje v souladu s principy trvale udržitelného rozvoje. (podle http://www.economy.gov.sk/najcastejsie-otazky-cre/129590s; 01.11.2009)

3. NEJZNÁMĚJŠÍ MATICE ALTERNATIVNÍCH STRATEGIÍ NA PODPORU KONKURENČNÍ SCHOPNOSTI PODNIKATELSKÝCH SUBJEKTŮ

Je obecně známo, že základ pro růst ekonomik malých zemí tvoří zejména jejich exportní výkonnost na zahraničních trzích. Rozhodujícím motivem ke koupi na vyspělých trzích už dávno není nízká cena zboží. Kvalitativně náročné zahraniční odběratelské trhy jsou zpravidla solventní, a proto určující požadavky na odebírané zboží vyrůstají právě z necenové oblasti. Samozřejmostí je nadstandardní kvalita, ke které přistupují postupně další, nová kritéria nákupního rozhodování, což znamená jedinečnou příležitost odhalit zajímavé potenciální zdroje konkurenční výhody ve vztahu ke obsluhovanému tržnímu segmentu. Mezinárodní tržní prostředí posuzuje úspěšnost odvětví na konkurenčním poli prostřednictvím nástrojů, které hodnotí především efektivnost uplatnění a míru prodejnosti jeho konkurenční schopnosti. Pravidelnou analýzou a hodnocením těchto ukazatelů dosažených v jednotlivých odvětvích se zabývají především ústřední orgány státní správy. Jejich metodika uplatňuje zpravidla několik různých přístupů v procesu srovnávání a hodnocení konkurenční schopnosti vývozů jednotlivých hospodářských odvětví. Prohloubení a zintenzivnění obchodních vztahů v rámci zemí Evropské unie, pokračující restrukturalizační procesy, trvalá podpora specializace, rozšíření výzkumu a vývoje, vyšší pružnost, růst jakosti výrobků, kvalifikace managementu i pracovních sil, zkvalitňování ochrany životního prostředí a bezpečnosti, stejně jako soustavné zavádění inovací, volný pohyb zboží v rámci ekonomického prostoru Evropské unie nebo zakládání strategických aliancí, to je jen několik východisek, na kterých odvětví slovenského hospodářství budují a zlepšují svou mezinárodní konkurenční schopnost. Pozadím, které odhaluje prostor i možnosti efektivní a úspěšné spolupráce všech prvků, nabízí nástroje i strategie a zabezpečuje také jejich vzájemnou komunikaci, tvoří ve významné míře právě mezinárodní marketing. (podle Koprlová, J. - Koprla, M., 2009, s. 43-73)

Konkurenční výhoda představuje podle profesora Michaela E. Portera jádro výkonnosti podnikatelského subjektu na trhu s etablovanou konkurencí. Vyrůstá z hodnoty, kterou je subjekt schopen nabídnout svým zákazníkům, a která převyšuje náklady na její vytvoření. Hodnota je to, co jsou kupující ochotni zaplatit a vyšší hodnota pramení podle Portera z toho, že subjekt nabídne stejnou užitkovou hodnotu u rovnocenných výrobků za nižší cenu než jeho konkurenti, nebo poskytne zákazníkovi zvláštní výhody, jejichž

užitek přesáhne stanovenou cenu. Základními typy konkurenční výhody jsou proto podle Portera vůdcovské postavení v nízkých nákladech a diferenciace, přičemž potenciální zdroje výhody je možné hledat ve všech činnostech podnikatelského subjektu. Konkurenční strategie objasňuje odhalování příznivého konkurenčního postavení firmy v konkrétném odvětví, tedy v základní sféře působnosti a projevů konkurence. Tato strategie má za cíl vybudovat jedinečné, udržitelné a ekonomicky efektivní postavení subjektu vůči rozhodujícím silám a schopnostem konkurenčních společností přítomných na obsluhovaném trhu. Výchozím bodem pro správnou volbu konkurenční strategie podniku jsou dvě významné otázky: první je přitažlivost odvětví z hlediska dlouhodobé výnosnosti a její činitele; druhou tvoří faktory určující vzájemné konkurenční postavení subjektů uvnitř odvětví. Konkurenční výhoda v jednom odvětví může byt výrazně posílena vzájemnými obchodními vztahy firmy s podnikatelskými subjekty z příbuzných odvětví, pokud je takové spojení dosažitelné. (podle Porter, M. E., 1998, s. 1-8)



Obrázek 1 Konkurenční síly determinující ziskovost odvětví podle Portera
Pramen: PORTER, M. E., 1998, s. 5.

Mezi základní strategické matice orientace podnikatelských subjektů, které se jeví být z hlediska ekonomických teorií firmám v našem regionu dlouhodobě nejznámější, a které také spoluvytvářejí jádro strategií na úrovni mezinárodně působícího marketingu, patří zejména:

- matice generických konkurenčních strategií

	Konkurenční výhoda	
Konkurenční rozsah	nižší náklady	diferenciace
široký cíl (vícero segmentů)	vůdcovské postavení v nízkých nákladech	diferenciace
úzký cíl (koncentrace)	soustředění pozornosti na nízké náklady	soustředění pozornosti na diferenciaci

Obrázek 2 Matice generických konkurenčních strategií podle M. E. Portera
Pramen: PORTER, M. E.: Konkurenční výhoda. Praha, Victoria Publishing 1993, s. 31.

- matice vývoje orientace firem

	Zaměření firmy na konkurenci	
Zaměření firmy na zákazníka	ne	ano
ne	firma zaměřená na výrobek	firma zaměřená na konkurenci
ano	firma zaměřená na zákazníka	firma zaměřená na trh

Obrázek 3 Matice vývoje orientace firem podle Ph. Kotlera
Pramen: KOTLER, Ph.: Marketing Management - analýza, plánování, využití, kontrola. Praha, Victoria Publishing 1992, s. 253.

- strategická matice zahraničních trhů

	Typy trhů	
Počet trhů	podobné	nepodobné
máločetné	koncentrovaná strategie podobnosti	koncentrovaná diverzifikační strategie
mnohočetné	mnohonásobná strategie podobnosti	mnohonásobná diverzifikační strategie

Obrázek 4 Strategická matice zahraničních trhů podle E. Kulhaveho
Pramen: KULHAVY, E.: Mezinárodní marketing. Praha, Babtext 1992, s. 124.

- matice expanze produkt − trh

	Existující výrobky	**Nové výrobky**
Existující trhy	pronikání na trh	vývoj výrobku
Nové trhy	zvětšování trhu	diverzifikace

Obrázek 5 Matice expanze produkt − trh podle Ph. Kotlera a G. Armstronga
Pramen: KOTLER, Ph. - ARMSTRONG, G.: Marketing. Bratislava, SPN 1992, s. 24.

- finanční strategická matice

	Přitažlivost trhu vysoká	Přitažlivost trhu střední	Přitažlivost trhu malá
Trhová pozice silná	strategie expanze	strategie expanze	selektivní zisková strategie
Trhová pozice střední	strategie expanze	selektivní zisková strategie	strategie likvidace
Trhová pozice slabá	selektivní zisková strategie	strategie likvidace	strategie likvidace

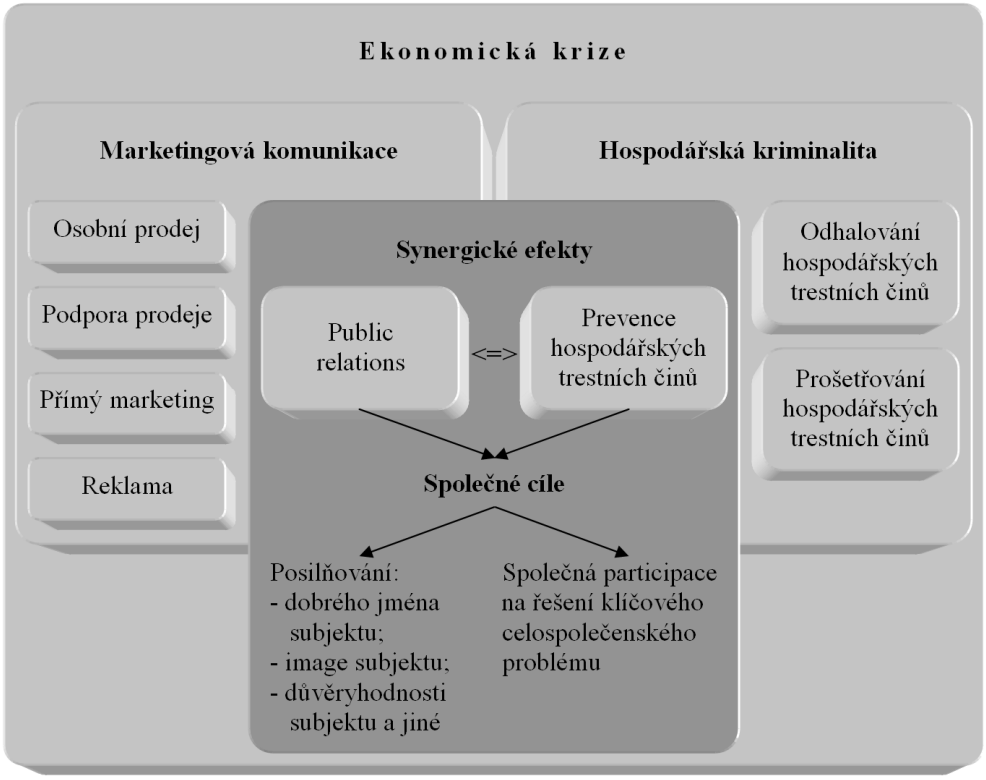
Obrázek 6 Finanční strategická matice podle E. Kulhaveho
Pramen: KULHAVY, E.: Mezinárodní marketing. Praha, Babtext 1992, s. 123.

Základním východiskem podnikatelského subjektu při vyhledávaní nových zdrojů konkurenční výhody se stává identifikace a analýza klíčových strategií. Poznatky z nich vyplývající by měli svědčit o pečlivosti výběru strategických podnikatelských aktivit, potřebných na zabezpečení úspěšné přítomnosti firmy na zahraničních trzích. Důsledně vycházejíc z primárního zaměření klíčových strategií by měl management přijímat rozhodnutí o tom, co navíc, tedy jakou podobu „dodatečné přidané hodnoty“, může firma v porovnání s konkurencí svým zákazníkům nabídnout. Významnou strategií, zaměřenou na podporu postavení firmy na odběratelských trzích, zůstává zakládání společných podniků s významnými zahraničními odběrateli, nejlépe přímo v místě jejich sídla. Cílem této strategie je dosáhnout pokles podnikatelského rizika, napomoct přístupu k nejnovějším špičkovým technologiím, zvýšit exportní schopnost a tím posílit vlastní konkurenční výhodu. Každá společnost by měla vycházet při hledání zdrojů konkurenční výhody z odhalování a následného využití vlastních konkurenčních rezerv a z požadavků významných zákazníků a nových tržních trendů. Pro úspěšné pokračování tohoto procesu je nevyhnutelné přesně vymezit dlouhodobou strategii formování trvale udržitelné konkurenční výhody, správně ji časově rozvrhnout a přiřadit její důležitosti odpovídající finanční a personální zdroje. (podle Koprlová, J. - Koprla, M., 2009, s. 43-73)

Je více než samozřejmé, že všechno, co uvádí známé teorie, se v době krize znásobuje, tím spíše, že právě současná hospodářská krize má své kořeny propojené právě s mezinárodním marketingem a jeho čím dále, tím více agresivními strategiemi a nástroji boje o zákazníka. Jejich účinnost je proto individuální a závisí od mnoha faktorů. Nabízí se tedy otázka, jestli pak existuje ještě něco, co mohou podnikatelské subjekty využít k posílení své konkurenční schopnosti na domácím i zahraničních trzích, a je v našem regionu doposud ještě poměrně málo uplatňované?

4. PROSTOR PRO NOVÁ ŘEŠENÍ

Nejnovější trendy v mezinárodním konkurenčním prostředí, zejména v oblasti politiky vnější i vnitřní komunikace podnikatelských subjektů, nabývají v posledních desetiletích dějin světového hospodářství, a osobitně v jeho krizových obdobích, čím dále, tím více průřezové podoby, propojující do společných podnikatelských strategií nástroje pocházející na první pohled z nesouvisících oblastí ekonomického života společnosti.



Obrázek 7 Příklad na společný průnik marketingové komunikace a hospodářské kriminality jako platforma pro budování průřezové konkurenční výhody v podmínkách ekonomické krize
Pramen: vlastní schéma.

Ve snaze o budování, zajišťování, nebo posilňování trvaleji udržitelné konkurenční výhody sahají podnikatelské subjekty po takových faktorech budoucí konkurenceschopnosti, které překračují dimenzi ryze ekonomickou, přičemž mají potenciál zajistit zcela netradiční synergické efekty. Jeden ze zajímavých příkladů nabízí efektivní možnost rozvoje strategie marketingové komunikace na úrovni public relations právě v součinnosti s účinnou proměnou aktuálně mimořádně závažní negativní praxe zvyšování počtu případů hospodářských trestních činů, především korupce a úplatků, zpronevěry majetku, nebo praní špinavých peněz, s nárůstem kterých se podnikatelské subjekty potkávají nejčastěji především v průběhu trvání ekonomických krizí, na jeden z klíčových pilířů posilňování strategie úspěšné marketingové komunikační politiky subjektu. Cesta implantování a širokospektrální komunikace aktivního přístupu k prevenci hospodářské kriminality jako klíčovému prvku komplexního boje proti hospodářské kriminalitě představuje v podmínkách současné vyspělé světové ekonomiky staronovou, a v našem ekonomickém prostředí více-méně ještě stále novou a málo známou výzvu pro rozšíření jestvujících možností účinné politiky public relations, které právě v období ekonomické krize dokážou nabídnout zajímavé synergické efekty, které by přinesli užitek nejen podnikatelským subjektům vzhledem na podporu účinnosti komplexu politiky hledání nových aktivátorů konkurenceschopnosti cestou efektivní marketingové komunikace, ale rovněž celé společnosti, díky aktivnímu přístupu těchto subjektů k prevenci a současně nulové toleranci jedné z nejbolestnějších

skutečností a také jednoho z nejpalčivějších problémů ekonomického života novodobé společnosti.

5. ZÁVĚR

Jak už bylo v příspěvku uvedeno, co nejdéle nebo alespoň trvaleji udržitelná konkurenční výhoda je jedním z rozhodujících faktorů konkurenční schopnosti podnikatelských aktivit každého tržního hráče. V obecní rovině platí uvedené tvrzení pro všechny fáze ekonomického cyklu. Fáze krize vyžaduje ovšem omnoho citlivější a pečlivější přístup, co platí stejně pro úroveň národního hospodářství i pro úroveň jednotlivých podnikatelských subjektů. I když obecně platné ekonomické teorie nabízejí řešení, nemusí být v situaci, která je nová a zcela jedinečná v projevech i následcích, jakou je současná ekonomická krize, dostačující pro opětovné nastartování, nebo oživení základních pilířů konkurenční schopnosti subjektů, co osobitně platí pro subjekty pocházející z malých ekonomik, existenčně závislých na zahraničních odběratelských trzích, jako jsou například Slovenská republika nebo Česká republika.

Prostor pro nová řešení existuje v každém případě. Kromě už známých tezí o potřebě zabezpečení trvalých, stabilních a co nejlevnějších dodávek hospodářsky strategických surovin a energií, co potvrdila mimo jiné také tzv. plynová krize z ledna tohoto roku, se zcela netradičním, ovšem vysoce efektivním řešením jeví být také propojení synergických efektů doposud běžně uplatňovaných, zejména marketingových strategií a nástrojů trvaleji udržitelné konkurenční výhody se strategiemi a nástroji boje proti společensky nepřijatelným hospodářským nebo podnikatelským praktikám. Na základě závěrů rozsáhlých mezinárodních průzkumů i milníků vývoje problematiky hospodářské kriminality lze s poměrně vysokou mírou jistoty zkonstatovat, že otázka hospodářské kriminality, její projevů, účinků a také důsledků rezonuje v ekonomickém životě podnikatelských subjektů především v obdobích, kdy jsou jednotlivé ekonomiky a jejich ekonomické subjekty nejvíce zranitelné a citlivé - v obdobích ekonomických krizí. Politika jasně a transparentně vymezené strategie trvalého uplatňování efektivních a moderních nástrojů prevence hospodářské kriminality a nulové tolerance hospodářské kriminality ve vlastním subjektu i v partnerských subjektech se začíná stále více udomácňovat také v našich podmínkách jako jeden ze směrodajných principů, na kterých stojí základy mimořádně efektivní krizové strategie obnovení, nebo zajištění trvaleji udržitelné konkurenční schopnosti.

Literatura:

- Dokument Najčastejšie otázky k riešeniu následkov finančnej krízy. [online]. [cit. 2009-01-11]. Dostupné z WWW: http://www.economy.gov.sk/najcastejsie-otazky-cre/129590s.

- KOPRLOVÁ, J. - KOPRLA, M.: Marketing: studie z mezinárodní praxe. 1. české, zcela přeprac. a zaktualiz. vyd. Beroun : Newsletter, 2009. 206 s. ISBN 978-80-7350-084-9.
- KOPRLOVÁ, J.: Medzinárodný marketing: teória v praxi. 2. dopl. vyd. Bratislava : Daniel NETRI, 2008, 284 s. ISBN 978-80-969567-9-1.
- KOPRLOVÁ, J.: Stručný náčrt hospodárskej kriminality. In: Acta Universitatis Tyrnaviensis, Iuridica: ročenka Právnickej fakulty Trnavskej univerzity v Trnave 2008. Ed. Peter Blaho. Bratislava: IURA EDITION, 2009, s. 125-158. ISBN 978-80-8082-268-2.
- KOTLER, P. - ARMSTRONG, G.: Marketing. 1. slov. vyd. Bratislava: Slovenské pedagogické nakladateľstvo, 1992. 385 s. ISBN 80-08-02042-3.
- KOTLER, P.: Marketing Management - analýza, plánování, využití, kontrola. 1. vyd. Praha : Victoria Publishing, 1992. 789 s. ISBN 80-85605-08-2.
- KULHAVY, E.: Internationales Marketing. 5. vyd. Linz: Rudolf Trauner, 1993. 271 s. ISBN 3-85320-220-9.
- KULHAVY, E.: Mezinárodní marketing. 1. vyd. Praha: Babtext, 1992. 284 s. ISBN 80-90144-0-3.
- PORTER, M. E.: Competitive Advantage - Creating and Sustaining Superior Performance. New York : The Free Press, 1998. 626 s. 558 s. ISBN 0-684-84146-0.
- PORTER, M. E.: Konkurenční výhoda. 1. vyd. Praha: Victoria Publishing, 1993. 626 s. ISBN 80-85605-12-0.

Contact – email
janakoprlova@yahoo.com

VYTVÁRA SÚČASNÝ VZDELÁVACÍ SYSTÉM PREDPOKLADY ZVYŠOVANIA KONKURENCIESCHOPNOSTI PRI BUDOVANÍ TZV. ZNALOSTNEJ EKONOMIKY?

DUŠAN MASÁR

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave, Slovensko

Abstrakt v rodném jazyce
Predkladaný príspevok analyzuje poslanie vzdelávacieho systému v nadväznostiach na ekonomické východiská z ekonomických problémov možnosťou budovania tzv. znalostnej ekonomiky. V príspevku sú uvedené súvislosti hodnotenia kvality vzdelávania ako nástroja zvyšovania konkurencieschopnosti na ceste k vedomostnej spoločnosti. Konkurencieschopnosť na báze vedomostnej resp. poznatkovej spoločnosti je istotne opodstatnený model riešenia ekonomickej výkonnosti v globalizovanom svete, ale spôsoby jej budovania musia byť postavené na reálnych postulátoch.

Klíčová slova v rodném jazyce
Lisabonská stratégia; projekt Minerva; systém vysokoškolského vzdelávania; problémy vo vysokoškolskom vzdelávaní; konkurencieschopnosť; znalostná ekonomika.

Abstract
The present contribution analyses the role of the educational system in response to economic background of the economic problems with the possibility of building the so-called information or knowledge society. The dependences of quality education evaluation as a tool for improving competitiveness towards knowledge society are mentioned in the contribution. Competitiveness based on information or knowledge society is certainly reasonable model for solving the economic performance in globalized world but its construction methods must be based on real postulates.

Key words
The Lisbon Strategy; Project Minerva; system of higher education; issues in higher education; competitiveness; knowledge society.

V príčinných súvislostiach dôsledkov súčasnej ekonomickej recesie resp. krízy sa intenzívne v odborných i laických kruhoch diskutuje o tom, ako môže ťažko zasiahnutá svetová ekonomika nastúpiť cestu konsolidácie a oživenia. V podmienkach Európskej únie rovnako ako v ostatných častiach sveta už nejde iba o napĺňanie donedávna deklarovaných ekonomických cieľov. V EÚ poznáme ambíciu zvýšiť

konkurencieschopnosť pod označením Lisabonská stratégia.[1] Cieľom Lisabonskej stratégie bolo do roku 2010 vybudovať znalostnú (vedomostnú, poznatkovú) ekonomiku resp. spoločnosť schopnú udržateľného hospodárskeho rastu so zvýšeným počtom a kvalitou pracovných miest, enviromentálnym rámcom a väčšou sociálnou kohéziou (súdržnosťou).[2] Jej prvé významné korekcie a revidovanie v zmysle dosahovania vytýčených ambicióznych cieľov sme zaznamenali už v roku 2005 v tzv. Kokovej správe.[3] K prioritným oblastiam výskum–vývoj–inovácie, vzdelávanie, zamestnanosť a podnikateľské prostredie pribudli témy klimatických zmien a energetiky. Výrazne sa zvýšil akcent na trvalo udržateľný rozvoj. Od roku 2005 bola Lisabonská stratégia zameraná na náročné ekonomické otázky s cieľom zvýšiť ekonomický rast a zamestnanosť a posilniť pozíciu konkurencieschopnosti vo svetovej ekonomike. Ch. Chapman na jar tohto roka (2009) zdôraznila potrebu „humanizácie“ prístupu k ekonomickým otázkam.[4] Chapman vyzýva EÚ, aby udržala rovnováhu stratégie a spojila ju s prioritami trvalo udržateľného rozvoja, akými sú zmena klímy a ochrana životného prostredia. "Životné prostredie má zohrávať kľúčovú úlohu v našej stratégii, pretože hospodársky rast sa musí dosiahnuť v rámci ekologických limitov na Zemi.“ Chapman navrhuje premenovanie stratégie na napr.: „Kvalita života pre všetkých. Budovanie udržateľnej budúcnosti Európy vo svete. Udržateľná európska stratégia.“

Na jarnom zasadnutí Európskej rady v roku 2010 sa každopádne očakáva prijatie novej európskej stratégie. Aktuálne realizované analýzy ekonomickej situácie vykresľujú pesimistický obraz toho, čo sa vlastne podarilo dosiahnuť a čo nie už na pozadí problémov prinesených hospodárskou krízou, najmä znižovanie objemu výroby, pokles spotreby a následný prudký nárast nezamestnanosti. Krajiny EÚ výrazne zaostávajú vo väčšine indikátorov vyspelosti budovania tzv. vedomostne orientovaných ekonomík. Medzi navrhovanými riešeniami ako von z nelichotivej situácie

---

[1] V marci 2000 sa najvyšší predstavitelia štátov a vlád EÚ na rokovaní v Lisabone dohodli na ambicióznom cieli urobiť z EÚ do roku 2010 najkonkurencieschopnejšiu a najdynamickejšiu znalostne orientovanú ekonomiku sveta schopnú trvalo udržateľného rastu.

[2] Ak pojem poznatková spoločnosť obmedzíme len na ekonomiku, hovoríme o poznatkovej/znalostnej/ vedomostnej ekonomike. Podobný pojem je aj informačná spoločnosť, ktorý sa chápe buď ako pojem širší než vedomostná spoločnosť alebo naopak ako pojem užší v tom zmysle, že sa zahŕňa predovšetkým len moderné informačné a komunikačné technológie.

[3] Správa poskytuje veľmi dobrú analýzu dôvodov, spôsobujúcich nedostatočný pokrok v tzv. Lisabonskej agende. Bývalý holandský premiér Wim Kok bol v marci 2004 poverený Európskou radou, aby viedol skupinu expertov s cieľom posúdiť pokrok v oblasti Lisabonskej stratégie.

[4] Christine Chapman, členka Národného zhromaždenia Walesu a konzultantka Výboru regiónov pre revíziu Lisabonskej stratégie po roku 2010.

je aj vypracovanie akčných plánov každou členskou krajinou. Slovensko sa ešte pred vypuknutím ekonomickej krízy zapojilo do projektu pozdvihnutia výkonnosti a konkurencieschopnosti ekonomického systému iniciatívou označenou názvom Minerva. „Minerva“ nie je len meno rímskej bohyne múdrosti a patrónky civilizovaného života, ale aj skratka názvu iniciatívy slovenskej vlády z roku 2005.[5] Projekt Minerva sa zameriava na hlavné oblasti, ktoré sú kľúčové na dosiahnutie vízie vedomostnej, znalostnej resp. poznatkovej spoločnosti. Tieto aktivity sa zameriavajú na štyri základné okruhy problémov. Uznesením vlády SR č. 557 z 13.júla 2005 k návrhu stratégie konkurencieschopnosti Slovenskej republiky do roku 2010 boli prijaté jednotlivé akčné plány k predmetným oblastiam projektu Minervy.

Konkrétne sa jedná o oblasti:

A/ Informačnú spoločnosť

B/ Inovácie, veda a výskum

C/ Investície do ľudí a vzdelávanie

D/ Podnikateľské prostredie

V prvej oblasti sa predpokladá dynamizovanie procesu informatizácie spoločnosti. Predpokladá sa zabezpečenie tzv. informačnej gramotnosti spočívajúcej v bezproblémovom prístupe všetkých subjektov k modernému internetovému pripojeniu všetkých vekových a sociálnych skupín obyvateľstva, premeny tradičnej školy na školu modernú, pričom je potrebné zmeniť obsah aj formu výučby s ohľadom na informatizáciu.

V oblasti inovácií, vedy a výskumu sa za prioritu Slovenska považuje vybudovanie a stabilizácia širokej vedeckej základne postavenej na potenciáli vedcov schopných realizovať kvalitný výskum na špičkovej medzinárodnej úrovni. Veľká časť týchto aktivít musí byť prepojená s výrobnou praxou, aby sa zabezpečil efektívny prenos vedeckých poznatkov do reálnych výstupov v hospodárstve v podobe inovácií. Verejná podpora základnej vedy a základného výskumu by mala byť odlíšená od podpory aplikovaného výskumu, vývoja a inovácií, keďže tie majú výrazne iný ekonomický charakter. Súčasťou opatrení má byť motivovanie perspektívnych ľudí vytvorením dobrých možností pre kvalitnú vedeckú prácu a zabezpečením ich adekvátneho kariérneho a finančného ohodnotenia.

Investície do ľudí a vzdelávania tvoria nepochybne elementárny predpoklad budovania vedomostnej ekonomiky. Efektívne financovanie vzdelávacieho systému v celej jeho štruktúre má vytvárať predpoklady a možnosti

[5] Minerva = mobilizácia inovácií v národnej ekonomike a rozvoj vedecko-vzdelávacích aktivít.

kvalitného vzdelávania. Globálnym cieľom Operačného programu slovenskej vlády s označením Vzdelávanie je: „zabezpečenie dlhodobej konkurencieschopnosti SR prostredníctvom prispôsobenia vzdelávacieho systému potrebám vedomostnej spoločnosti“.[6] Vzdelávacia politika má byť využitá ako nástroj boja proti tzv. medzigeneračnej reprodukcii chudoby t.j. každý občan musí mať možnosť dosiahnuť kvalitné vzdelanie zodpovedajúce jeho potenciálu. Moderná vzdelávacia politika má dokončiť reformy základného a stredného školstva s dôrazom na reformu obsahu vzdelávania tak, aby sa zabezpečili základné zručnosti a kvalita vzdelania pre všetkých žiakov. Rovnako slobodnú voľbu žiaka vybrať si školu, formu a obsah vzdelávania. Osobitá pozornosť v kontexte sledovaných cieľov má byť venovaná vysokoškolskému vzdelávaniu.

Podnikateľské prostredie musí predstavovať efektívnu súťaž podnikateľov v zdravom konkurenčnom prostredí, ktoré je základným motorom ekonomiky. K zvyšovaniu konkurencieschopnosti a zefektívňovaniu činnosti majú prispievať aj verejné inštitúcie. Cieľom je vybudovať podnikateľské prostredie, ktoré bude podporovať nové investície, zvyšovanie produktivity, inovácie a tvorbu nových pracovných miest. Z hľadiska nástrojov, ktoré majú dopad na verejné financie sa principiálne deklaruje, že sa bude postupne presadzovať znižovanie daňového a odvodového zaťaženia podľa ekonomických možností. Všeobecná alebo individuálna podpora podnikateľov prostredníctvom verejných výdavkov sa má využívať len vo výnimočných a jasne odôvodnených prípadoch. Okrem toho navrhuje iniciatíva kroky v dvoch konkrétnych oblastiach. Zvýšiť vymožiteľnosť práva vytvorením podmienok na rýchle a spravodlivé riešenie sporov, ktoré zabezpečí vymožiteľnosť zmlúv a ochranu vlastníckych práv a to nielen vo fáze do vydania právoplatného rozhodnutia, ale aj v realizácii výkonu rozhodnutia a zefektívnenie fungovania verejnej správy.

V ďalšej časti predkladaného príspevku chcem zamerať pozornosť na problematiku vzdelávania, ktoré je jedným z predpokladov zvyšovania konkurencieschopnosti ekonomického systému pri jeho smerovaní k vedomostnej spoločnosti. Potreba vzdelávania je stará ako samotná civilizácia. Pochopiteľne nadobúdanie poznatkov, pracovných skúseností a zručnosti v minulosti malo s dnešnými formami učenia len veľmi málo spoločného a nastávalo spravidla pri výkone činností. Kreovanie modernej spoločnosti si vyžiadalo potrebu kontinuálne zabezpečovať inštitucionálne vzdelávanie na príslušných stupňoch škôl a ostatných vzdelávacích zariadení. Ďalším, rovnako neodmysliteľným a významným spôsobom nadobúdania poznatkov je sebavzdelávanie, vzdelávacie aktivity resp. výchova rodičov, ako aj praktické skúsenosti. Obsah i rozsah vzdelania a jeho ciele sa v historickom vývoji menil a bol i je podmienený celkovými spoločensko-politickými pomermi, dosiahnutým stupňom vedecko-

[6] http://vedomostnaspolocnost.vlada.gov.sk/4863/operacny-program-vzdelavanie.php

technického pokroku i kultúrnym vývojom, ako aj spoločenskými a ekonomickými požiadavkami. Vzdelanostná úroveň a vzdelanostná štruktúra v ekonomike sú tak odrazom genézy vývoja a pomerov v spoločnosti.

V súčasnosti vyše jedna tretina študentov v rámci EÚ dosiahne vysokoškolské vzdelanie. V niektorých členských krajinách je to dokonca až polovica študentov. Na druhej strane však naďalej pomerne veľká skupina ľudí nie je schopná ukončiť ani stredoškolské vzdelanie čo je dnes elementárny predpoklad vstupu na trh práce. Iba 56 percent dospelých ľudí, ktorí majú nižšie ako stredoškolské vzdelanie, má aj zamestnanie. Z týchto zamestnaných 26 percent zarába polovicu, alebo dokonca menej ako polovicu národnej priemernej mzdy. Zatiaľ čo vo všeobecnosti ekonomika krajín, v ktorých expanduje počet ľudí s vysokoškolským vzdelaním rastie, ľudia s nízkou úrovňou vzdelania majú problémy uplatniť sa na trhu práce. Štatistiky OECD o vzdelaní uvádzajú, že 84 percent ľudí, ktorí dosiahli vyššie než stredoškolské vzdelanie získali zamestnanie. Otázky spojené s financovaním školstva sú predmetom siahodlhých polemík, rovnako hľadanie optimálneho modelu. V troch štvrtinách členských krajín OECD sa vyberá nejaký druh poplatku za vysokoškolské či obdobné štúdium. Podiel financovania vysokoškolského štúdia zo súkromných zdrojov sa mení od 50 percent v Austrálii, Japonsku, Kórey a USA po 5 percent v Dánsku, Fínsku, Grécku, Nórsku a Turecku.[7] Podľa slovenskej ústavy má občan právo na bezplatné vzdelanie na všetkých stupňoch škôl a to podľa jeho schopností a možnosti spoločnosti. Pod možnosťami sa myslia najskôr ekonomické možnosti. Vyvstáva viacero otázok či zavedenie školného a za akých okolností je prínosné, či je v súlade s ústavou a pod. Ešte dôležitejšie je zabezpečiť kvalitu vzdelania na domácich školách. Na Slovensku študuje momentálne na vysokých školách a univerzitách približne 200 tisíc študentov, z toho viac ako 40 percent na dennom štúdiu. Množstvo študentov študuje v zahraničí, mnohí tam aj ostanú.

Názorová zhoda panuje v tom, že vytváraním funkčného modelu vzdelávacej sústavy v ekonomike môže celý proces naštartovania konkurencieschopnej vedomostnej spoločnosti začať, ale v prípade nezdaru bohužiaľ aj skončiť. Pracovná sila ako jeden z troch základných produkčných zdrojov spolu s prírodnými zdrojmi a kapitálom vstupujú do transformácie a reprodukcie. Vyššie kladené požiadavky na produktivitu práce v požadovanom potenciály tvoria na trhu výrobných faktorov dopyt po ľudskom kapitále. Kvalitné nadobudnuté vzdelanie disponibility ľudského kapitálu v garantovaní spôsobilosti kvalifikácie vo vykonávanej

[7] OECD: V ére globalizácie rapídne narastá počet študentov, ktorí odchádzajú zo svojej krajiny študovať na školy do zahraničia. V roku 2004 takto študovalo 2,7 milióna študentov, čo bolo o 8 percent viac, než rok predtým a viac než dvojnásobne oproti roku 1995.

pracovnej činnosti je jedinečná konkurenčná výhoda v makroekonomických i mikroekonomických súvislostiach.

Paradoxom uvedených skutočností je, že každou systémovou analýzou situácie v školstve dospejeme k zisteniam závažných porúch vo fungovaní. Súčasné problémy vo vzdelávaní, najmä vo vysokom školstve, a to nielen na Slovensku, možno zhrnúť do viacerých podmieňujúcich sa príčin. Tomáš Zálešák, politológ Trnavskej univerzity hovorí o čoraz väčšom zaostávaní väčšiny našich univerzít a vysokých škôl. Podľa neho praskla obdobne ako finančná v svetovej hospodárskej kríze aj bublina vzdelávania. Slovensko si po dvadsiatich rokoch od zmeny režimu nevytvorilo skutočnú akademickú elitu. V uplynulých zhruba 15-tich rokoch zaznamenávame astronomický nárast počtu študentov ako dôsledok záujmu o dosiahnutie vyššieho vzdelania v sledovaní dosiahnutia konkurenčnej výhody pri uplatnení sa na trhu práce.[8] Sme svedkami politického deklarovania smerovania k poznatkovej spoločnosti ako účinnej možnosti alternovať nasýtený industriálny ekonomický systém globálnej éry prichádzajúci do pasce nedostatočnej spotreby (fungovanie tzv. konzumnej spoločnosti) a neudržateľnosti v sociálnom a enviromentálnom rozmere. Proklamovanou snahou takmer všetkých vlád ekonomicky rozvinutých krajín je zvyšovanie vzdelanostnej úrovne. Do akej miery zabezpečiť financovanie najmä vysokých škôl z verejných zdrojov a pre aký počet uchádzačov na základe akých kritérií je pravicovo-ľavicová dilema pohľadu na funkčný model inštitucionálneho vzdelávania.[9] Zjavná bezradnosť pri riešení tohto problému, očakávaný a pre zainteresovaných už aj dlhodobo pozorovaný pokles kvality vysokoškolského vzdelávania ako dôsledok oboch predchádzajúcich skutočností je v čase ekonomických problémov o to závažnejší. Mnohí odborníci naprieč celou societou dlhodobo poukazujú na spoločenský, teda morálny úpadok v modernej spoločnosti. Vysoké školstvo teda prirodzene tiež prechádza hlbokou krízou hodnôt a podľa mnohých musí prejsť radikálnou premenou (reálnou reformou), aby mohlo prekonať ekonomické nástrahy jeho deformácie a začať sa zaoberať aj hlbšími morálnymi, intelektuálnymi a duchovnými dimenziami.

Ak uznávame nevyhnutnosť zvyšovať vzdelanostnú úroveň a tým vytvárať vyššiu konkurencieschopnosť v makro i mikroekonomickom význame voči tlaku globálneho vývoja, tak inštitucionálne vzdelávanie t.j. reprezentované štátom garantovanými dokladmi o nadobudnutej kvalifikácii, musí mať primeranú kvalitu bez ohľadu na spôsob a formu nadobudnutia. V tomto smere musíme bez známok pokrytectva priznať realitu, že verejné a najmä súkromné školy nie vždy sledujú deklarované ciele. Ako inštitúcie verejného sektora a neziskového sektora majú osobitú platformu a preto je

[8] Pozn. autora: Evidentne sa zamieňa pojem vzdelanie resp. vzdelanostná úroveň s počtom absolventov.

[9] Pozn. autora: Inštitucionálne vzdelávanie je vždy garantované štátom v zmysle formovania kvalifikácie t.j. odbornej spôsobilosti.

potrebné tento aspekt premietať do metodiky posudzovania efektívnosti ich fungovania. Ako vieme predmetom ich činnosti nie je dosahovanie zisku a rovnako vymedzenie ich postavenia na trhu nemôže napĺňať znaky konkurencie v ekonomickom význame známom pod označením neviditeľnej ruky. Treba otvorene priznať, že trhové koncepcie implementované deetatizáciou do poskytovania verejných služieb hraničia s nebezpečnou ilúziou. Na jednej strane sa ekonómovia zhodnú, že trh je jedinečný mechanizmus, ktorého prostredníctvom sa kupujúci a predávajúci navzájom sebecky a súčasne efektívne ovplyvňujú v sledovaní svojich protichodných záujmov, ale pri poskytovaní statkov v podobe verejných služieb je nezmysel vravieť, že si konkurujú, pretože to defakto popiera ich poslanie. Ak za konkurenciu budeme považovať elementárne súperenie zainteresovaných na báze posúdenia parametrov užitočnosti resp. kvality poskytovaných služieb, tak áno, nie ak sú tlačené ekonomickou situáciou do rozhodnutí na „povzbudenie konkurencieschopnosti“ napríklad znižovaním kritérií prijímania, alebo poskytovania kvalifikácie v podobe „tovaru“. Tu je ale opäť problematické vravieť o objektívnom posúdení, nakoľko ho realizujú často „samozvané“ trhové subjekty (tzv. tretí sektor) a ani posúdenie „štátom“ nemusí mať garancie objektivity (v rezorte školstva prostredníctvom akreditácie).[10]

V závere by som chcel uviesť sumár mnou považovaných príčin negatívnej odpovede k postavenej otázke v názve tohto príspevku. Chcem tiež zdôrazniť skutočnosť, že komplexné postrehnutie všetkých možných súvislostí s problematikou hodnotenia systému vzdelávania ako nástroja na ceste k poznatkovej spoločnosti je prakticky nemožné. Tiež vedomosť, že vznášanie kritiky je pomerne jednoduché. Argumentačné hľadiská s navrhovanými opatreniami a riešeniami sú podmienené neutešeným, zo strednodobého hľadiska značne neovplyvniteľným stavom v súčasnom vzdelávacom systéme viacerých krajín EÚ. Budovanie poznatkovej spoločnosti na Slovensku cez zvýšenie vzdelanostnej úrovne ako nastúpenej cesty konkurencieschopnosti v globálnej ére je podľa kritického hodnotenia situácie v súčasnosti z veľkej časti chimérou.

Hlavné oblasti príčin nedostatkov v systéme vysokoškolského vzdelávania vidím najmä v nasledovnom:

- Neúmerný počet škôl (verejných i súkromných) a ich súčastí často s pochybnou úrovňou poskytovaného vzdelania v denných a najmä externých a dištančných formách. Ich akreditácia postavená na absolútnej nesystémovosti garantovania akademickou elitou (Doc., Prof.) na mnohých školách súčasne.

[10] Akreditačná komisia menovaná vládou SR, Akademická rankingová a ratingová agentúra (ARRA) príp. iné

- Neproporcionálne zameranie škôl neregulovaného systému poskytovaných študijných odborov vo väzbe na spoločenské potreby resp. trhu práce. Nesystémové a dlhodobo neudržateľné prevládanie humanitných a spoločenských odborov spôsobené dopytom „po vzdelaní“ zo strany uchádzačov. Ignorovanie prirodzených hľadísk posudzovania parametrov vzdelávania a ich premietania do posudzovania jednotlivých vysokých škôl resp. univerzít (rozdiely medzi spoločenskými, humanitnými vedami a prírodnými, exaktnými a pod.)

- Systémové ignorovanie spôsobilosti uchádzačov o štúdium. Každý kto má záujem o daný študijný smer bude uspokojený v duchu reklamného sloganu: „Potrebujete vzdelanie? Sme tu pre vás!“ S dodatkom ak máte príslušnú disponibilitu financií. Absolvent často nedisponuje relevantnou odbornou spôsobilosťou t.j. kvalifikáciou, ktorá sa tak značne devalvovala.

- Pedagogická spôsobilosť a vedecký rast pedagógov postavený na nesystémových predpokladoch napr. kvantitatívne stanovených kritérií vedeckej činnosti, potláčanie dôležitosti vyučovania atď. Výstup vedeckých aktivít dotovaných nemalými prostriedkami verejných zdrojov resp. zo štrukturálnych fondov a grantov má okrem aspektov spotreby neraz nulový prínos.

Vo vymenúvaní nedostatkov a príčinných súvislostiach by sa dalo pokračovať do hlbších podrobností, ale s riešením problémov sa má vždy začínať od tých hlavných. Je ťažké ukončiť načrtnutú polemiku pozitívnym konštatovaním, tým skôr, že momentálne sa čím ďalej viac objavujú nepokryté názory zainteresovaných označujúce situáciu za prehnitú v základoch. O to tragikomickejšie vyznievajú politicky deklarované snahy reforiem uskutočnených reforiem smerujúcich k zvyšovaniu konkurencieschopnosti systému ako takého! Konkurencieschopnosť na báze vedomostnej spoločnosti je istotne opodstatnený model riešenia ekonomickej výkonnosti v globalizovanom svete, ale spôsoby jej budovania musia byť postavené na reálnych postulátoch.

Literatura:

- Kabát, L. - Kopecký, P. - Kollárik, T. - Hradiská, E.: Vedomostná spoločnosť a nové úlohy vysokých škôl. - Bratislava : Fakulta sociálnych a ekonomických vied UK, 2005, ISBN 80-8084-052-0.
- Európska únia a Slovensko na ceste k vedomostnej spoločnosti. Zborník: Prešov – Bratislava: PSE, 2006, ISBN 80-89149-10-3.
- Lisý, J. a kol.: Ekonómia. Iura Edition, 449 s., 1998, ISBN 80-88715-43-1.
- Žák, M. a kol.: Velká ekonomická encyklopedie, Praha 1999, ISBN 80-86432-95-5.

- http://www.wikipedia.sk
- http://www.euroactiv.sk
- http://vedomostnaspolocnost.vlada.gov.sk/4763/uzitocne-linky.php
- http://vedomostnaspolocnost.vlada.gov.sk/4863/operacny-program-vzdelavanie.php
- http://www.akredkom.sk/
- http://www.oecd.org
- http://www.tyzden.sk

Kontaktní údaje na autora – email:
dusan.masar@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

PRAKTICKÉ ZKUŠENOSTI S FIDIC RED BOOK V OBLASTI STAVEBNICTVÍ

DANA MĚŠŤANOVÁ

Fakulta stavební ČVUT v Praze, Katedra ekonomiky a řízení ve stavebnictví

Abstract in original language
Soustředěním podkladů ze stavebních firem a na základě „Obchodních podmínek The Red Book of FIDIC“ lze precizovat konkrétní rizika a chyby, které se v souvislosti s těmito podmínkami vyskytují v různých etapách stavební zakázky – ve fázích nabídky, přípravy stavby, realizace stavby a jsou prioritou číslo jedna pro celý realizační tým. Pohled je rozdílný ze strany vyššího (generálního) dodavatele stavby, tak i subdodavatelů. Nejdůležitějším z bodů je „Priorita dokumentů“, která je upravena ve „Zvláštních obchodních podmínkách“ Uspořádání tohoto seznamu má zásadní vliv na ekonomický vývoj zakázky (řešení změnových listů), možnost posunu konečného termínu a dalších důležitých aspektů smlouvy.

Key words in original language
Obchodní podmínky; Reed Book FIDIC; stavební zakázky; rizika; chyby; dodavatel stavby; priorita dokumentů.

Abstract
By focusing the work of construction companies and on the "Terms and Conditions of the FIDIC Red Book" can elaborate specific risks and mistakes, which, in connection with these terms and conditions found in various stages of construction contracts - bid in phases, preparation of construction, construction site, and are a priority number one for the entire implementation team. View is different from the higher (general) contractor, and subcontractors. The most important points is "Priority Document", which is covered by the "Special business conditions" Organize this list has a significant impact on economic development contracts (a solution of change pads) to move the deadline and other important aspects of the agreement.

Key words
Terms and conditions; Reed Book FIDIC; Construction contracts; Risks; Bugs; Building Contractor; Priority documents.

Běžnou praxí se stává, že součástí smlouvy jsou „Všeobecné obchodní podmínky“. Využití všeobecných či jiných obchodních podmínek ve smluvním vztahu umožňuje Obchodní zákoník (§253, zákona č. 513/1991 Sb.) tak, že určitá část smlouvy může být jimi nahrazena. Díky tomu se textace samotných smluv zkrátila a odvolává se na tyto dokumenty.

Obchodními podmínkami „The Red Book of FIDIC“, „Všeobecnými obchodními podmínkami pro zhotovení stavby (vydáno SIA – Radou pro výstavbu a Hospodářskou komorou ČR)“ a též s „Všeobecnými obchodními podmínkami“ pracují běžně velké společnosti jako je STRABAG, METROSTAV, HOCHTIEF, GEOSAN GROUP, SKANSKA, SSŽ. atd. Dokumenty uplatňují i vůči svým subdodavatelům.

„Všeobecné obchodní podmínky“ v sobě zahrnují popis úkonů a podmínek týkajících se stavby a samotného smluvního kontraktu. Začínají přesným vysvětlením:

- pojmů,
- systémem předávání dokumentů,
- uvádí se dále vyjasnění priority dokumentů,
- povinnosti objednatele,
- povinnosti správce stavby (dozor stavby, inženýr stavby),
- povinnosti objednatele,
- způsob realizace,
- zkoušky a jejich odmítnutí,
- zahájení, zpoždění a přerušení prací,
- přejímací zkoušky,
- převzetí díla,
- fakturace,
- odpovědnost za vady,
- změny a dodatky,
- cena díla a platby,
- odstoupení od smlouvy ze strany objednatele,
- přerušení nebo odstoupení ze strany zhotovitele,

- riziko a odpovědnost,

- pojištění,

- vyšší moc,

- nároky, spory a arbitráž.

FIDIC jsou „Obchodní podmínky“ užívané v mezinárodní stavební praxi. Podmínky FIDIC, včetně jejich modifikovaných verzí, tak náleží k nejčastěji užívaným podkladům na uzavírání smluv na dodávky stavebních prací ve světě. Obchodní podmínky FIDIC jsou dnes užívány a rozšířeny rovněž jako smluvní podmínky ve výběrových řízeních Světové banky a Evropské banky v celém znění nebo v modifikované verzi. V naší republice se využívají podmínky FIDIC pro zakázky spolufinancované evropskou unií z programu ISPA, pro developerské projekty a byly taktéž projednány a schváleny pro zakázky Ministerstva dopravy ČR, pro Státní fond dopravní infrastruktury a Ředitelství silnic a dálnic ČR.

Důvodem rozšíření jedné smluvní praxe (ve formě FIDIC) prakticky po celém světě, když v každé zemi platí jiné zákonitosti, je především flexibilita a univerzální použití prakticky pro všechny druhy stavebních prací a technologie, a to nezávisle na rozsahu prací, způsobu dodávek stavebních prací (generální dodavatel, smlouvy na subdodávky stavebních prací, řízení projektů formou projektového managementu) a podílu místních specifik.

Původní podmínky dodávek FIDIC, který má sekretariát v Lausanne ve Švýcarsku, jsou tak užívány rovněž pro práce malého rozsahu jako i pro velké investiční celky nebo projekty infrastruktury, dopravní systémy, cestní stavitelství atd.

Problémem „Obchodních podmínek FIDIC“ může být již jejich překlad. Oficiální verze anglického překladu do českého jazyka totiž neexistuje. V současnosti je k dispozici kromě základní anglické verze, verze arabská, francouzská, španělská, japonská a ruská. I když je překlad textu pro dodavatele nespornou výhodou, slovní spojení nebo některé technické termíny nejsou při projednávání smluv zcela srozumitelné. Doporučuje se proto používat verzi v anglickém jazyce (originální verzi) a překlad používat pouze pro kontrolu smluvního textu. Anglický právní řád a precedenční právo, odborná terminologie a dlouhé a ne vždy srozumitelné věty rovněž neulehčí dodavateli práci se smluvními podklady. Použití jiného právního řádu, je ale prakticky vyloučeno. Výsledky soudních sporů, vedených na základě „Obchodních podmínek FIDIC“, nejsou ale zveřejňovány, proto dodavatel nemůže využít tento zdroj informací ve svůj prospěch.

„Obchodní podmínky FIDIC“ a jejich první verze byla vydána v roce 1987 mezinárodní skupinou odborníků a institucí. V roce 1999 byla vytvořena verze čtyř nových standardních „Obchodních podmínek FIDIC“:

1. Obchodní podmínky, které jsou doporučovány pro stavební nebo inženýrské práce projektované objednatelem nebo jím pověřeným správcem stavby (inženýrem). Podle obvyklých zásad pro tento typ zakázek zhotovitel staví dílo v souladu s projektem, který poskytne objednatel. Stavba však může také zahrnovat některé prvky stavebních, strojních, elektrických a/nebo konstrukčních prací, projektovaných zhotovitelem.

2. Obchodní podmínky, které jsou doporučovány pro stavební nebo inženýrské práce projektované objednatelem nebo jím pověřeným správcem stavby (inženýrem). Podle obvyklých zásad pro tento typ zakázek zhotovitel staví dílo v souladu s projektem, který poskytne objednatel. Stavba však může také zahrnovat některé prvky stavebních, strojních, elektrických a/nebo konstrukčních prací, projektovaných zhotovitelem. Tato verze obchodních podmínek je u nás nejvíce používanou a ve stavařské praxi je nazývána Červená kniha FIDIC (The Red Book of FIDIC).

3. Podmínky zakázky pro projekty EPC/“na klíč”, které jsou doporučovány v případě kompletní dodávky např. elektrárny, továrny nebo podobného zařízení, nebo infrastrukturního projektu nebo jiného rozvojového projektu, kdy je požadován vyšší stupeň jistoty za konečnou cenu a čas a tam, kde zhotovitel přebírá plnou zodpovědnost za projekt a provedení stavby, s nižším zainteresováním objednatele. Podle obvyklých zásad pro tento typ zakázky, subjekt zajišťuje veškeré inženýrské práce, dodávky i stavbu (EPC - Engineering, Procurement and Construction). Předává plně vybavené zařízení připravené k provozu ("na klíč").

4. Podmínky jednoduchých zakázek, které se doporučují pro stavební nebo inženýrské práce o relativně malé kapitálové hodnotě. V závislosti na druhu práce a okolnostech může být tato forma rovněž vhodná pro kontrakty o větší hodnotě, zejména pro relativně jednoduchou nebo opakovanou práci nebo pro práci, která trvá krátce. Podle obvyklých zásad pro tento typ zakázky zhotovitel staví dílo v souladu s projektem poskytnutým objednatelem nebo jeho zástupcem (je-li jaký), ale tato forma může být vhodná i pro zakázku, která zahrnuje nebo se zcela skládá i ze stavebních, strojních, elektrických a/nebo konstrukčních prací, projektovaných zhotovitele.

Výše uvedené čtyři druhy „Obchodních podmínek“, se vždy skládají z „Všeobecných obchodních podmínek“ a „Zvláštních obchodních podmínek“. „Zvláštní obchodní podmínky“ upravují či ruší některé body a odstavce. Tímto se získá dokument, který je připraven pro konkrétní stavbu.

„Všeobecné obchodní podmínky pro zhotovení stavby“ vydané Radou výstavby a Hospodářskou komorou ČR v roce 2007, pod záštitou „Ministerstva průmyslu a obchodu ČR“ a „Ministerstva pro místní rozvoj

ČR“, v souladu s ustanovením §273 Obchodního zákoníku. Tento dokument se snaží standardizovat základní obchodní a navazující právní, organizační a ekonomické vztahy účastníků výstavby v ČR. Jsou určeny pro stavební, případně související montážní práce, jejichž projektovou dokumentaci zabezpečuje objednatel. Jejich použití je doporučeno nejen pro vztahy mezi investorem a vyšším dodavatelem, ale taktéž mezi vyšším dodavatel a jejich zhotoviteli či pod dodavateli. Účelem jejich aplikace, by mělo být zjednodušení smluvních vztahů.

Všeobecné obchodní podmínky HOCHTIEF CZ, STRABAG, METROSTAV, SKANSKA atd., jsou vytvořeny v rámci jejich vnitro legislativy a používají se hlavně ve vztahu vůči jejím poddodavatelům.

Při prostudování „Obchodných podmínek The Red Book of FIDIC“ a „Všeobecných obchodních podmínek pro zhotovení stavby“ - vydaných Radou výstavby a Hospodářskou komorou ČR v roce 2007, lze zjistit, že oba tyto dokumenty si jsou hodně podobné a řeší:

- právní
- organizační
- ekonomické

vztahy účastníků výstavby. Rozdíl mezi nimi je v tom, že „Obchodní podmínky FIDIC“ jsou více konkrétní a přísnější.

S „Obchodními podmínkami The Red Book of FIDIC“ se lze ve stavební praxi setkat zcela běžně. Následně budou popsány zkušenosti získané u čtyř staveb. Tři z nich byly spolufinancovány evropskou unií z programu ISPA - Rozšíření kanalizačního systému města Ostravy – Stavba I. Kompletace kanalizačních sběračů“, „Nakládání s odpadními vodami a zásobování pitnou vodou v regionu Jesenicka“, „Novostavba veřejné splaškové kanalizace a objektu ČOV v Kravařích“ a jednu stavbu financovalo Ředitelství silnic a dálnic ČR, – „Silnice I/56 Ostrava – prodloužená Místecká, I. stavba“.

Soustředěním údajů z praxí a studiem „Obchodních podmínek The Red Book of FIDIC“ lze precizovat konkrétní rizika a chyby, které se v souvislosti s těmito podmínkami vyskytují v různých etapách stavební zakázky – ve fázích nabídky, přípravy stavby, realizace stavby a to z pohledu jak vyššího dodavatele stavby tak i subdodavatelů.

Nabídka

Při předkládání nabídky, má dodavatel k dispozici „Obchodní podmínky FIDIC“ a lehce rozezná, kterou část „Všeobecných obchodních podmínek“ požaduje investor změnit ve „Zvláštních obchodních podmínkách“.

Větší rozsah „Zvláštních obchodních podmínek“ by měl dodavatele ihned upozornit na možná rizika projektu, i když je někdy tento rozsah odrazem nejistoty nebo nedostatku zkušeností autora podmínek, který s podmínkami nemá dostatečnou praxi a chce se tak pojistit.

Pokud „Všeobecné podmínky“ představují přiměřenou míru rizika, z hlediska ceny, tak pro dodavatele představuje podstatně vyšší riziko text „Zvláštních obchodních podmínek“. V praxi je dost případů, kdy dodavatel nezohlední požadavky investora ve formě „Zvláštních podmínek“ v nabídkové ceně. Obecně, ale platí, že rozsah těchto podmínek je specifický a závisí od jednotlivých případů a neexistuje proto kriterium o jejich předepsaném nebo doporučeném rozsahu.

Neznalost „Obchodních podmínek FIDIC“ v praxi vede často k tomu, že dodavatel ve výběrovém řízení připomínkuje „Všeobecné obchodní podmínky“, případně mění a doplňuje jejich text. Rovněž v případě tzv. vyjednávacích smluv připouští investor diskusi pouze v rozsahu „Zvláštních obchodních podmínek“, a to pouze v omezeném rozsahu.

Stále více jsou, ale vypisována výběrová řízení, kdy jsou dodavatelem předkládány jiné typy smluv, v případě kterých jsou jakékoliv připomínky dodavatele vyloučeny. Tyto jsou označovány v praxi jako tzv. tendrovací smlouvy, kdy pro výběrové řízení platí zásada „take it or leave it“ (vezmi to nebo to nech ležet). I když je většina investorů přesvědčena, že se jedná o nejlepší způsob výběrových řízení a že uvedeným způsobem výběrového řízení jsou všechny problémy investora vyřešeny a cena díla nebude navýšena, v praxi je v tomto případě podáváno nejvíce claimů dodavatelů.

Tento stav je důsledkem skutečnosti, že rozsah podkladů ve výběrovém řízení není vždy jasný, jednoznačný, pro dodavatele srozumitelný a minimálně „Zvláštní obchodní podmínky“ nejsou s dodavatelem projednány.

Význam uzavřené smlouvy a její projednání je na straně investora podceňováno a i když vládne diktát zákazníka, v praxi tak roste rozsah dodatečných požadavků dodavatele, podaných po uzavření smlouvy. Pokud je tak dodavatel nucen zahrnout všechny nejasnosti a rizika do smlouvy s investorem, jeho cena se tak zvyšuje nad únosnou míru.

S ohledem na rozsah značně rozdílných smluvních závazků dodavatele v porovnání s naší obchodní a stavební prací se doporučuje kontrola předložených „Obchodních podmínek FIDIC“ v níže uvedeném rozsahu.

Vypracování rozboru investorem předložených podmínek, jejich výklad a stanovení rizik projektu je tak prakticky nutností a výrazně snižuje riziko dodavatele z důvodu neznalosti těchto podmínek. Kontrolu předložených „Obchodní podmínek FIDIC“ se doporučuje provést minimálně v tomto rozsahu:

- Která verze podmínek FIDIC byla investorem předložena?

- Je definován rozsah „Zvláštních obchodních podmínek“?

- Je definována nadřazenost podkladů a dokumentace?

- Jsou připomínky dodavatele zohledněny ve schvalovacím dopise investora (Letter of Acceptance)?

- Jaké záruky požaduje investor?

- Jaké jsou rozhodující pravomoci inženýra na základě předložené smlouvy?

- Jsou definována rizika na straně investora, včetně působení vyšší moci?

- Je nutné připojištění dodavatele?

Dalším faktorem pro ocenění nabídky je taktéž doba pro odevzdání. S tím souvisí zahrnutí rizik do ceny v přehnané nebo nedostatečné míře. Například v rámci stavby „Nakládání s odpadními vodami a zásobování pitnou vodou v regionu Jesenicka“ byl čas na podání nabídky 2 až 3 měsíce. Tato stavba v sobě zahrnovala realizaci 61 km kanalizace, 27 km vodovodu a rekonstrukci čistírny odpadních vod. Skutečně ocenit takto rozsáhlé dílo reálně s promítnutím všech možných podmínek (geologie, hladina podzemní vody, náročnost rekonstrukce čistírny odpadních vod za provozu atd.) je v daném časovém horizontu nemožné.

K oblasti nabídek lze na závěr zdůraznit, že je klíčová kontrola těch položek, které nejsou pro investora uznatelné vůči dotačním organizacím např. Program ISPA. Program ISPA rozeznává uznatelné a neuznatelné náklady, které se striktně kontrolují a v tu chvíli objednatel nedovolí jejich přefakturaci či změnu ceny z jakéhokoli důvodu.

Mezi neuznatelné náklady patří například:

- u provádění inženýrských sítí to je obnova povrchu komunikace širší než šířka rýhy dle projektové dokumentace a 0,3m na každou stranu od hrany rýhy,

- kanalizační či vodovodní přípojky vyvedené za hranici pozemku,

- atd.

Příprava stavby

Pro přípravu stavby je použití „Obchodních podmínek FIDIC“ velice důležité. Z jeho textu si realizační tým umí vypíchnout body, které je potřeba splnit před zahájením prací a v průběhu realizace vč. termínů odevzdání. Jedná se o předání staveniště, odevzdání Programu, měsíční zprávy, fakturace atd.

Jednou z důležitých částí je zmíněný Program. Jedná se o soubor dokumentů, který se musí odevzdat ke kontrole do 28 dnů od oznámení zahájení prací Správcem stavby zhotoviteli. Program obsahuje: Harmonogram stavby, Finanční harmonogram, Podrobný plán prací, Technologické postupy, Systém zajištění kvality, Kontrolní a zkušební plán, Plán BOZP, Požární plán, Organogram stavby, Havarijní plán, Protipovodňový plán. Program se v průběhu stavby musí doplňovat a měnit dle potřeby.

Realizace stavby

V této části zakázky, je znalost „Obchodních podmínek The Red Book of FIDIC“ prioritou číslo jedna pro celý realizační tým. Je to klíčový materiál, jehož znalost se využije jak vůči objednateli či správci stavby, tak vůči subdodavatelům.

Nejdůležitější z bodů je „Priorita dokumentů“, která je upravena ve „Zvláštních obchodních podmínkách“. V bodu „Priorita dokumentů“ se objevují níže uvedené dokumenty v různém pořadí:

- Všeobecné obchodní podmínky,
- Zvláštní obchodní podmínky,
- Smlouva o dílo,
- Oceněný výkaz výměr,
- Technické specifikace,
- Všeobecné specifikace,
- Zadávací projektová dokumentace,
- Formulář nabídky,
- Ostatní dokumenty, které jsou součástí smlouvy.

Uspořádání tohoto seznamu má zásadní vliv na ekonomický vývoj zakázky (řešení změnových listů), možnost posunu konečného termínu a dalších

důležitých aspektů smlouvy. Při jakémkoli řešení změnových listů se vždy postupuje podle „Priority dokumentů“, zda daný problém nebyl popsán ve „Zvláštních obchodních podmínkách“, Technické specifikaci, atd.

Ve většině případů je možné najít prostor pro jednání, který tvůrci smlouvy a smluvních dokumentů nepodchytili a nebo si neuvědomili návaznosti na „Prioritu dokumentů“.

Pro názornost lze uvést příklad ze stavby „Nakládání s odpadními vodami a zásobování pitnou vodou v regionu Jesenicka“ :

Priorita dokumentů je nastavena v následném pořadí:

- Smlouva a Memoranda o vyjasnění smlouvy
- Oznámení o udělení
- Formulář nabídky vč. dodatku
- Zvláštní podmínky
- Všeobecné podmínky smlouvy
- Technické specifikace
- Projektová dokumentace (výkresy)
- Oceněný výkaz výměr (po aritmetických opravách pokud jsou)
- Tabulky a Jakékoli jiné dokumenty tvořící část smlouvy

Na části stavby č. 2. Jeseník - Bukovice a taktéž na stavbě č.3 Lipová Lázně správce komunikací „Správa silnic Olomouckého kraje“ vydala rozhodnutí o „Zvláštním užívání komunikace“, které bylo nutné pro provádění výkopových prací na komunikacích. Rozhodnutí obsahovalo mimo jiné rozsah finální úpravy komunikace a ten se diametrálně lišil od výkazu výměr, technických specifikací a projektové dokumentace. Ve všech smluvních dokumentech byla popsána finální obnova komunikace pouze v jednom jízdním pruhu, ale Správa silnic Olomouckého kraje požadovala obnovu dvou jízdních pruhů. Na základě tohoto rozhodnutí byl vypracován změnový list, ve kterém byly vyčísleny veškeré vícenáklady na obnovu druhého jízdního pruhu. Objednatel tento změnový list nechtěl uznat z důvodu, že veškerá tyto rizika musí být zohledněna v ceně - tak jak se píše ve „Všeobecných obchodních podmínkách“. Dalším, ale veřejně nevyřčeným důvodem bylo i to, že v danou chvíli se jednalo o neuznatelný náklad z hlediska dotací z Programu ISPA. Programem ISPA byla akce financována z 70% ceny díla.

Studiem dokumentů bylo zjištěno, že v dokumentech k územnímu rozhodnutí, předaných objednatelem (správcem komunikace „Správa silnic Olomouckého kraje“) bylo požadována obnova komunikace v obou jízdních pruzích. Vzhledem k tomu, že tento druh dokumentu je zařazen v „Prioritě dokumentů“ jako poslední „Tabulky a jakékoliv jiné dokumenty tvořící součást smlouvy“, jeho váha je nejmenší.

Dodáním těchto důkazů objednateli, byl změnový list v objemu cca 7 mil. Kč podepsán a objednatel si na tyto vícepráce vyřídil úvěr z banky, protože mu náklady nebyly z důvodu jejich neuznatelnosti uhrazeny z programu ISPA.

Další z důležitých a rizikových bodů „Všeobecných obchodních podmínek“ je kapitola „13 Změny a dodatky“, kde je popsáno, že veškeré vícepráce musí zhotovitel zahájit, i když není schválen změnový list. Stačí, když správce stavby dá pokyn k provedení vícepráce. Tento systém je pro zhotovitele velice nevýhodný. Zhotovitel může stihnout předložit objednateli ke schválení změnový list, týkající se dané vícepráce, ale jeho schválení mnohdy trvá i několik měsíců. Vše je v tu chvíli potřeba na stavbě dokumentovat zápisy do stavebních deníků, provádět řádnou fotodokumentaci, a pokud to povaha prací umožňuje (např. změna geologie) nechat si vystavit posudek od nezávislého autorizovaného inženýra jako podpůrný dokument.

Subdodavatelé

Významnou činností řešenou při realizaci díla je problematika subdodavatelských smluv. Kladená otázka je, zda uzavírat se subdodavateli smlouvu dle obchodního zákoníku nebo na základě „Obchodních podmínek The Red Book of FIDIC“.

Smlouva na základě „Obchodního zákoníku“ není pro projekty většího rozsahu a komplexnější projekty zásadně dostačující. I když je projednání smlouvy na základě „Obchodního zákoníku“ pro dodavatele jednodušší a subdodavatel obvykle argumentuje menším rozsahem prací a menší odpovědností, nemůže taková smlouva pokrýt všechna rizika, která pro dodavatele vyplývají ze smluvních „Obchodních podmínek FIDIC“.

V praxi to znamená, že pokud dodavatel stavby neuzavře identickou smlouvu se subdodavatelem způsobem back-to back-contract, t.j. takzvaně 1:1, nemůže na něj přenést rizika, které pro něj plynou z „Všeobecných obchodních podmínek“ a „Zvláštních obchodních podmínek“ FIDIC na základě smlouvy, kterou uzavřel s investorem. Za taková rizika pak odpovídá dodavatel sám, nehledě na to, že v případě více subdodavatelů narůstá agenda, kde musí provézt porovnání rozdílných smluvních a dodacích podmínek, kterou představují na jedné straně „Obchodní podmínky FIDIC“ a na druhé straně u nás užívaný „Obchodní zákon“ nebo „Všeobecné obchodní podmínky“ vytvořené danou firmou.

Uvedené platí rovněž v případě smluv na projektové práce, které zabezpečuje projektant pro generálního dodavatele stavby, který provádí práce na základě smluvních podmínek FIDIC. Uzavření smlouvy na základě „Obchodního zákona“ nebo honorářového řádu ČKA nebo ČKAIT je dříve nebo později zdrojem nedorozumění a rozporů mezi generálním dodavatelem a projektantem.

Závěr

Při zhodnocení „Obchodních podmínek The Red Book of FIDIC“, lze konstatovat, že tyto podmínky jsou při jejich důkladné znalosti výhodné pro zhotovitele a i objednatele. Jejich využití pro velké a složité projekty je důležité, protože jsou rozsáhlé a jsou tak ošetřeny veškeré důležité aspekty smlouvy. Důraz je třeba klást na pořadí a prioritu dokumentů.

Je důležité nenechat se odradit rozsáhlostí a provázaností těchto podmínek. Při opakovaném použití se nalezne prostor pro manévrování vůči smluvním partnerům“.

Literature:

- Obchodní podmínky (The Red Book of FIDIC, first edition 1999)
- Všeobecné obchodní podmínky pro zhotovení stavby, vydané SIA – Rada výstavby a Hospodářská komora ČR

Contact – email
podpora@law.muni.cz

MAJÚ DLHODOBÉ STRATÉGIE ROZVOJA SPOLOČNOSTI VPLYV NA ZVYŠOVANIE KONKURENCIESCHOPNOSTI ŠTÁTU A AKÁ JE ICH PRÁVNA RELEVANCIA?

VLADISLAV MIČÁTEK

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Abstrakt

Autor vo svojom príspevku poukazuje na existenciu dlhodobých stratégií rozvoja spoločnosti, zameriava sa najmä na relevantné slovenské koncepčné materiály. Zároveň si kladie otázku, či tieto "vízie" môžu byť základom pre ovplyvnenie konkurenciescopnosti ekonomiky štátu a dobiehanie životnej úrovne najvyspelejších štátov, a taktiež či sú takéto stratégie potrebné a ako/kedy môžu naplniť svoj zámer. Článok analyzuje aj ďalšie využívanie týchto stratégií v spoločensko-ekonomickej i právnej praxi. V samostatnej časti sa autor zameriava na právnu relevanciu analyzovaných koncepcií a ich súčasný i budúci vplyv na právnu (najmä finannčnoprávnu) úpravu.

Kľúčové slová

Dlhodobé stratégie rozvoja spoločnosti; verejné financie; konkurenciescopnosť štátu; plánovanie, legislatíva; finančné právo; dobiehanie životnej úrovne; reformy; lokálny rozvoj; veda a výskum; Slovensko-EÚ; finančná a hospodárska kríza; trhová orientácia.

Abstract

In his contribution, the author points out the existence of long-term social development strategies and focuses primarily on relevant Slovak draft materials. At the same time, he poses the question whether these "visions" can serve as the basis for influencing the nation's economic competitiveness and approximating the living standard in highly developed countries; and if such strategies are necessary, and how and when they can fulfill their objectives. The article also analyzes further use of these strategies in social, economic and legal practice. In a separate section, the author focuses on the legal relevance of the analyzed concepts and their current and future impact upon legal provisions (particularly on those of financial law).

Key words

Long-term social development strategies; public finance; competitiveness of the state; planning; legislation; finacial law; living standard in highly developed countries; reforms; local development; research and development; Slovakia; EU; financial and econonic crisis; market orientation.

1. ÚVOD

V nasledovnom príspevku chcem poukázať na existenciu dlhodobých stratégií rozvoja spoločnosti, ktoré boli prijaté v podobe rôznych koncepčných materiálov. Rád by som ich analyzoval z pohľadu samotného cieľu, ktorý je zväčša deklarovaný už v prvých riadkoch týchto obsiahlych a konštatujem, že v mnohých prípadoch aj rozumných a sebavedomých materiálov. Aby môj príspevok nebol príliš vágny, zapodievajúci sa témou zo širokého rozpätia, ale aj hmatateľný, beriem si za príklad najmä oficiálne dlhodobé stratégie či tzv. vízie rozvoja slovenskej spoločnosti, keďže z nich možno vyvodiť spoločné črty aj pre nám podobné - menšie transformujúce sa otvorené ekonomiky. Nakoľko nie som ekonóm, programovo nie je mojim cieľom sa venovať relevantným ukazovateľom, ekonomickým analýzam a záverom, ktoré sú obsiahnuté v spomínaných koncepčných materiáloch. Dovoľte mi, aby som si otázku „Majú dlhodobé stratégie rozvoja spoločnosti vplyv na zvyšovanie konkurencieschopnosti štátu?“, položil ako právnik a mladý človek aktívne sa zaujímajúci o spoločenské dianie. Rád by som poukázal na možné využitie týchto stratégií v spoločensko-ekonomickej i právnej praxi a zameral sa aj na právnu relevanciu týchto koncepcií a ich súčasný i budúci vplyv na právnu úpravu.

2. ZMYSEL ŠTÁTNEHO STRATEGICKÉHO PLÁNOVANIA

Cieľom celoštátnej vízie[1] je v metodologickom ponímaní vystihnúť základné trendy, smerovania, príležitosti a riziká pre rozvoj štátu v dlhodobom horizonte (t.j. minimálne v nasledovnej dekáde). Stratégia by mala byť konkrétnejšia, má mať strednodobý horizont ohraničený konkrétnym obdobím – napr. čerpaním európskych zdrojov[2]. Očakáva sa, že stratégia bude obsahovať konkrétne priority aj s vytypovanými zdrojmi a prostriedkami na ich realizáciu. Strategické plánovanie je prítomné vo všetkých odvetviach, úrovniach a stupňoch riadenia, existujú jeho rôzne formy. Jednu z prvých definícii stratégie uviedol ekonóm A. Chandeler, ktorý charakterizoval stratégiu ako „vymedzenie základných dlhodobých cieľov a prijatie smerov rozvoja, ako aj alokáciu zdrojov nevyhnutných na dosiahnutie týchto cieľov“. Užšia definícia podľa Š. Slávika, prednášaná študentom ekonómie, ktorá pokladá stratégie za „spôsob, metódu, prostriedok, nástroj dosahovania vopred vytýčených cieľov, pričom jestvuje viac ciest ako realizovať navrhnuté ciele,“ je aplikovateľná aj strategické plánovanie štátu, z čoho možno vyvodiť všadeprítomnosť strategického plánovania a taktiež jeho všeobecnú akceptovateľnosť, keďže je považované za efektívny nástroj vedúci k zvyšovaniu konkurecieschopnosti podniku. Otázkou je však, či je využiteľné aj na úrovni štátu a za akých podmienok.

Alexander Matušku v jednom zo svojich diel napísal: „Národu neslobodno žiť len tak zo dňa na deň.“ Aj v zmysle tohto výroku sa zamýšľam, či môžu byť spomínané, nazvime ich zjednodušenie "vízie", základom pre

[1] Resp. označovanej aj ako národná vízia rozvoja štátu.
[2] Rozpočtové obdobie EÚ 2007-2013 plus dva roky na dočerpanie európskych fondov.

ovplyvnenie konkurenciescopnosti ekonomiky štátu a hybným motorom pre, s obľubou nazývané, dobiehanie životnej úrovne najvyspelejších štátov. Osobne si myslím, že áno. No, len vtedy, keď sa tvorba týchto materiálov chytí hneď od prvého momentu za ten správny koniec. Inak tieto vízie skončia prinajlepšom zaprášené v šuflíku, či v horšom prípade budú zmetené zo stola z dôvodu ich nekompetentnosti, nekomplexnosti, či neakceptovateľnosti širšou verejnosťou.

3. AKTUÁLNE SLOVENSKÉ DOKUMENTY - VÍZIE A STRATÉGIE

Na Slovensku vzniklo za predošlých 20 rokov niekoľko obsiahlych vízií, ktorého mali ambíciu vytýčiť postupné kroky pre zvyšovanie konkurencieschopnosti ekonomiky nášho štátu na niekoľko rokov dopredu, mali byť sumárom potrebných opatrení pre približovanie sa vyspelým západným štátom. Nemožno povedať, že by boli neodborné, či povrchné, veď ich zostavili skúsení odborníci, ale aj tak zväčša skončili v zabudnutí.

Aby som nehovoril len všeobecne, beriem si za aktuálny príkladový model „Dlhodobú víziu rozvoja slovenskej spoločnosti“, ktorá načrtáva smerovanie Slovenskej republiky v horizonte až do roku 2030. Tento materiál bol vytvorený v auguste 2008 pod gesciou SAV, zostavila ho stovka odborníkov, bol verejne prezentovaný, prerokovaný slovenskou vládou, bol pokus o jeho verejné pripomienkovanie, ale aj tak mám obavu, že ideálny zámer zďaleka nenaplní. V skratke možno tejto vízii vytknúť povrchnosť, prílišnú popisnosť a absenciu programu. V dokumente mi chýba diskusia o tom, ako je možné v spoločnosti stavať nejakú víziu, z čoho vychádzať, aké si dávať čiastkové ciele a napokon, ako merať pokrok v dosahovaní týchto cieľov. Za podstatnú slabinu tohto materiálu považujem, že vznikol na objednávku vlády, ktorá si ho istým spôsobom privlastnila a má tendenciu ho používať na politické ciele.

Hneď v metodologických východiskách sa autori, niektorí by to pomenovali, že alibisticky, vzdávajú zodpovednosti za napísané: „Kvalitná vízia či prognóza, ktorá v určitom okamžiku reflektuje daný stupeň poznania, nemôže postihnúť komplexnosť reťazenia budúcich zmien a dôsledkov toho, ako bude na ne ľudstvo, štáty, inštitúcie až po jednotlivcov reagovať. Z týchto dôvodu majú vízie a prognózy značne neurčitý pravdepodobnostný charakter a môžu sa aj mýliť.“[3] Uvedená poznámka autorov tejto vízie má svoje logické opodstatnenie, veď predsa ani oni nemajú vešteckú guľu. Málo sa však v tomto dokumente akcentuje, že stupeň omylu by mal byť minimalizovateľný, ovplyvňovaný flexibilitou vízie a tým, že dôraz nebude kladený na teoretizovanie, ale vymedzenie koridorov žiadúceho smerovania vývoja spoločnosti a zároveň i konkrétnych krokov pre dosiahnutie želateľného stavu.

[3] Dlhodobú víziu rozvoja slovenskej spoločnosti, 2008, s. 2.

Po zverejnení tohto 240-stranového dokumentu sa väčšina hodnotení zúžila na titulkové konštatovania typu: „Západ môžeme dobehnúť do roku 2030“, „Vláda má víziu smerovania Slovenska“, „Hrubý domáci produkt na Slovensku v roku 2030 dosiahne 85% krajín EÚ-15“. Po turbulenciách spôsobených finančnou a hospodárskou krízou toto zjednodušené pomenovanie zrejme už neplatí. Chcem zdôrazniť, že z môjho pohľadu, vízia nemôže byť nemenným dogmatickým dokumentom, tak ako samotný život nie je dogma, je potrebné s víziou neustále pracovať a reflektovať globálnu, národnú i regionálnu situáciu.

Okrem spomínanej dlhodobej vízie z roku 2008, v minulom roku slovenská vláda prijala dva strategické dokumenty, ktorých cieľom je posilniť našu konkurencieschopnosť, ide o Modernizačný program Slovensko 21[4] a Národný program reforiem Slovenskej republiky na roky 2008 až 2010[5]. Oba dokumenty obsahujú opatrenia, ktoré majú zabezpečiť zlepšenie konkurencieschopnosti na globálnom trhu a to nielen na pár rokov. Medzi základné ciele modernizačného programu patrí: „vytvorenie predpokladov pre rýchly a v dlhodobom horizonte udržateľný ekonomický rast, zvýšenie sociálnej mobility, posilnenie sociálnej súdržnosti, zmiernenie vplyvov demografického vývoja a zlepšenie prispôsobivosti ekonomiky zmenám vo vonkajšom i vnútornom ekonomickom prostredí.“

Potrené je uvedomiť si, že napríklad výchova vzdelaných občanov nie je otázkou dvoch či troch rokov, ale desaťročí, pričom tento zámer nie je cestou rýchlej žatvy. Ani v dôsledku krízy nie je nutné jednotlivé opatrenia vedúce k vzdelanostnej spoločnosti prehodnocovať, je však dôvod na každom z nich trvať a požadovať jeho dôslednú implementáciu. V Európskej únii sa často zdôrazňuje, že musíme budovať vedomostnú spoločnosť, aby sme sa stali najkonkurencieschopnou ekonomikou na svete, čo je dokonca hlavným cieľom Lisabonskej stratégie. Týmto spôsobom sa však celý proces devalvuje len na čisto ekonomické otázky, pričom takéto zjednodušovanie nepovažujem za správne. Kľúčovým bodom by malo byť vybaviť každého občana vedomosťami potrebnými na život a prácu v modernej - teda vedomostnej spoločnosti. Každému dať príležitosť, priestor pre rozvoj kritického myslenia, slobodného uvažovania, založeného na poznatkoch, ktoré umožnia robiť dobré, informované a odborné rozhodnutia. Práve takýto vzdelaní ľudia tvoria piliere základov občianskej spoločnosti.

4. SÚ VÍZIE A STRATÉGIE PRE ŠTÁT POTREBNÉ A KEDY MÔŽU NAPLNIŤ SVOJ ÚČEL?

Napriek uvedeným záporom, či nevýhodám, si myslím, že systematické skúmanie budúcnosti má z viacerých dôvodov čoraz väčší význam. Tým, že

[4] Uznesenia vlády Slovenskej republiky z júna 2008 k Modernizačnému programu Slovensko 2; číslo materiálu: 11259/2008.
[5] Uznesenia vlády Slovenskej republiky z októbra 2008 k Národnému programu reforiem Slovenskej republiky na roky 2008 – 2010, číslo materiálu: 140/2008/SEPaVS.

sa zaoberáme budúcnosťou, reálnejšie pristupujeme aj k súčasnosti, lebo nás to núti uvažovať o budúcich dôsledkoch našich dnešných rozhodnutí. Učíme sa pritom oveľa zodpovednejšie a obozretnejšie robiť úvahy o budúcnosti, a zároveň si uvedomujeme nezastupiteľnú potrebu neustále ich spresňovať. Systematická práca na víziách, prognózach a stratégiách prirodzene napomáha zdokonaľovať metódy, ktorými sa zmocňujeme budúcnosti a ktoré umožňujú adekvátnejšiu identifikáciu určujúcich trendov a výber účinnejších opatrení. Tento načrtnutý účel dlhodobého strategického plánovania môže mať nezanedbateľný vplyv na zvyšovanie konkurencieschopnosti.

Ak má byť práca na víziách zmysluplná, musí sa stať systematicky rozvíjanou aktivitou a nie len ďalším zo sporadických pokusov o monografické dielo. Zhromaždenie kompletného už zoponovaného materiálu vízie, by malo byť len spúšťacím mechanizmom, ktorý naštartuje začiatok ďalšieho tvorivého procesu stále dokonalejšieho skúmania a aktívnejšieho spoluutvárania úspešnej budúcnosti. Predpokladom tohto všetkého je zdokonaľovanie metód skúmania a skvalitňovanie poznania, v ktorom sa premosťuje minulý, súčasný a budúci vývoj.

Kľúčovou súčasťou vízie musia byť rôzne formy primeranej aktívnej participácie všetkých štruktúr spoločností v dialógu o budúcom smerovaní štátu. Tým je možno vytvoriť prirodzený základ formovania konsenzuálnych predstáv o vízii dlhodobého rozvoja, nevyhnutných na ich reálne napĺňanie.

Dovoľte mi zdôrazniť už uvedenú myšlienku, že papier znesie toho veľa... Budovanie vedomostnej ekonomiky, (resp. mnou preferované označenie vedomostná spoločnosť), deklarovala ako svoj strategický cieľ nielen súčasná slovenská vláda, ale aj tá predošlá. Pritom reálne sa pre tento zámer veľa neurobilo. Na školstvo, vedu a výskum, dáva štát neustále žalostne malé finančné prostriedky. Sľubovaných 5% HDP na slovenské školstvo je vo veľmi ďalekom nedohľadne. No, a potom sa čudujme, že deklarované strategické vízie, sú brané verejnosťou (odbornou i laickou) so skepsou a neraz sa im ujde nejedno pejoratívne pomenovanie.

Konštatovania najvyšších štátnych predstaviteľov typu: „Musíme zásadným spôsobom zvýšiť obrátky našej vzdelávacej, vedeckej a kultúrno-duchovnej oblasti, ktoré sa stávajú hnacím motorom rozvoja modernej spoločnosti,“[6] zostávaj visieť vo vzduchoprázdne, keďže nenadobúdajú konkrétnu podobu vytýčenú reálnymi krokmi a časovými horizontmi vedúcimi k ich cieľavedomému naplneniu. O tom, že témy vzdelanosti – vedy – výskumu, sa stávajú jedným z kľúčových predpokladov určovania jednotlivých stratégií v celej EÚ, niet pochýb. Faktom však zostáva, že Slovenská republika zatiaľ využíva svoj nízko-nákladový potenciál, najmä flexibilnú pracovnú silu, ktorá je motorom nášho hospodárskeho rastu. Všetko má

[6] Prezident Slovenskej republiky Ivan Gašparovič na konferencii SAV k Dlhodobej vízii rozvoja Slovenska, apríl 2009.

však svoje limity a práve dôsledkom stagnácie (dokonca v posledných rokoch poklesu) výdavkov na vedu, Slovensku hrozí utlmenie konkurencieschopnosti ekonomiky a zastavenie hospodárskeho rastu. Slovensko má jeden z najmenších a najchudobnejších národných systémov vedy a výskumu v EÚ. Podiel výdavkov na vedu a výskum na hrubom domácom produkte za rok 2008 bol len 0,47 %, čo v nominálnom vyjadrení predstavuje 0,32 mld. EUR. Priemer EÚ je okolo 1,8 %, pričom škandinávske krajiny sú na úrovni 3 až 4 %. Nemožno opomenúť ani fakt, že najviac za posledné dve dekády klesli hlavne podnikové výdavky na vedu a výskum[7].

Kladiem si aj otázku, či sú rozoberané stratégie vôbec potrebné, ako a kedy môžu naplniť svoj zámer. Odpoveď na túto otázku nemôže byť jednoznačná, keďže na ňu vplýva niekoľko podstatných vzájomne sa podmieňujúcich faktorov.

Sám nie som odporcom vízií a stratégií, keď ich zostavujú povolaní odborníci a sú zároveň spoločensky i politicky akceptované, prinajmenšom môžu v spoločnosti iniciovať diskusiu o budúcom smerovaní našej spoločnosti, ekonomiky štátu, a tým pádom môžu byť aj impulzom pre zvyšovanie konkurencieschopnosti štátu. Takýto diskurz môže podľa mňa posunúť spoločnosť ďalej.

Myslím si, že relevantná vízia môže byť výhodná práve pre malé transformujúce sa štáty, keďže z istého pohľadu ju môžu jednoduchšie a dravšie napĺňať, reflektovať načrtnuté ciele a programové opatrenia – to sa týka verejného i súkromného sektora. V ideálnom prípade širšieho konsenzu a cieľavedomého napĺňania, môže byť prostriedkom pre zvyšovanie konkurencieschopnosti. Označovať víziu či stratégiu za pozostatok minulých čias tzv. všadeprítomného plánovania, považujem za scestné, keďže za úspechom mnohých veľkých spoločností stojí precízne pomenovanie cieľov a prostriedkov na ich dosiahnutie.

Aby však bola vízia uskutočňovaná v praxi a nie len zhlukom múdrych slov spísaných na papieri, je potrebné najmä aby:

- sa na potrebe jej vypracovania zhodla široká verejnosť;
- vychádzala zo zámeru širokého konsenzu;
- bolo výsledkom práce, diskusií a oponovanie širokého spektra odborníkov (funkčný interdisciplinárny tím obohatený o úzku spoluprácu s predstaviteľmi praxe);
- nemala politický podtón a bola akceptované tak vládnucou mocou no i opozíciou, ktorá sa ju zaviaže aplikovať v praktickom hospodárskom živote štátu;

[7] Podiel podnikových výdavkov na vedu a výskum je 0,18 % slovenského HDP.

- vytýčila kroky pre naplnenie načrtnutých cieľov, aby sa tieto konkrétne opatrenia premietli do praxe, boli zakotvené i legislatívne a neustále vyhodnocované;

- vychádzala zo zahraničných skúseností a poznatkov z prác tohto druhu, poučila sa z nich, no v žiadnom prípade ich nekopírovala a mechanicky neaplikovala;

- vychádzala z konkrétneho stavu spoločnosti a historických špecifík (predsa, iní múdri ľudia už dávnejšie konštatovali: „Čím ďalej dovidíte do minulosti, tým jasnejšie uvidíte budúcnosť“);

- bola „elastickým“ materiálom, ktorý kráča s aktuálnymi problémami a je ich schopná operatívne reflektovať.

5. ÚLOHA PRÁVA PRI NAPLŇANÍ UVEDENÝCH STRATÉGIÍ

V mojom príspevku uvádzam za príklad jeden strategický materiál o dlhodobej vízii rozvoja Slovenska, ktorý bol vypracovanými tímom odborníkov a dve oficiálne vládne stratégie. Všetky tieto dokumenty, podľa mňa, nie sú dostatočne právne ošetrené, resp. tak ako by si vzhľadom na svoje dôležité ciele zaslúžili. Pri dokumente spod gescie SAV chýba elementárna právna relevancia a legislatívne ukotvenie, keďže materiál bol jedine prerokovaný vládou, nevznikli ďalšie odborné úlohy, či časové vymedzenia na realizáciu načrtnutých krokov vedúcich k zvýšeniu konkurencieschopnosti Slovenska. To však zrejme súvisí s akademickým charakterom tejto vízie, čo koniec-koncov mohlo byť jeho prednosťou pre širší konsenzus jeho prijatia v spoločnosti. To však naopak zmarila spomínaná skutočnosť, že vznikol na zákazku vlády a nepokúsil sa o už spomínanú o celospoločenskú zhodu a prípadné prizvanie opozície do tvorby a pripomienkovania tejto vízie.

Po právnej stránke možno týmto materiálom vytknúť už predošlé slabiny, no v prvom rade priveľa balastu, ktorý ich devalvuje v celkovom ponímaní. Ani jeden z týchto dokumentov nebol prerokovaný na pôde Národnej rady SR, ktorá je najvyšším zákonodarným a zdôrazňujem, že aj zastupiteľským orgánom. Je pravdou, že spomínané vládne stratégie, vláda vyhodnocuje a stanovuje nadväzné úlohy a opatrenia, mám však dojem, že je to len na úrovni odpísania si záväzku zo svojej agendy a postrádam v tomto prípade systematizáciu a toľko potrebnú dôslednosť. Napríklad, keď sa Slovensko podujalo prijať euro, bol vypracovaný presný koordinačný plán, personálne zabezpečenie, presné postupy (i legislatívne) a mechanizmy pre úspešné zavŕšenie vytýčeného cieľu, ktoré sa pravidelne monitorovali a vyhodnocovali. Pritom všetky tieto postupy mali svoje legislatívne zázemie, pripomienkové konania malo svoju váhu a boli stanovené jasné právne rámce a pravidlá. Pri uvedených stratégiách takého prepracovanie absentuje, prípadne je sprevádzané nejednotnými postupmi a oddelenými nesynchrónnymi legislatívnymi opatreniami.

Pritom práve právo, legislatíva, by mohla hrať stabilizujúci prvok, kotvou pre relevanciu uvedených stratégií a ich koncepčné cieľavedomé napĺňanie. Myslím si, že ak chceme, aby mali uvedené dokumenty svoju váhu, musí k ním aj legislatíva a jednotlivé rezorty pristupovať s vážnosťou. Práve právo by mohlo vniesť systematizáciu do procesu zvyšovania konkurencieschopnosti štátu. Súčasný vývoj v tejto oblasti považujem za vzájomne nekoordinovaný, označil by som ho za živelný, čo neprispieva danej veci a zámeru udržať a zvýšiť našu konkurencieschopnosť a dobehnúť vyspelé západné štáty. Uvedené negatíva skôr umocňujú pocit, že predmetné vízie a stratégie sú tu len preto, aby sa vytváralo zdanie, že chceme v prospech veci niečo urobiť. Z hľadiska životaschopnosti podobného strategického plánovania na štátnej úrovni, považujem za podstatné potrebu vytýčiť jasné legislatívne opatrenia pre implementáciu načrtnutých krokov a postupov. Nezanedbateľný význam má aj vytvorenie systému kontroly napĺňania daných zámerov a systému zodpovednosti a výstavby riadiacich mechanizmov.

Literatúra:

- Kol. autorov: Dlhodobá vízia rozvoja slovenskej spoločnosti, 2008.
- Vláda SR: Modernizačný program Slovensko 21, 2008.
- Vláda SR: Národný program reforiem Slovenskej republiky na roky 2008 až 2010, 2008.
- Lesáková, D.: Strategický marketing, Bratislava, PROFIS, 1994.
- Slávik, Š.: Strategický manažment, Bratislava, EKONÓM, 1997.

Kontaktní údaje na autora – email:

vladislav.micatek@flaw.uniba.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SOUČASNÉ METODY MĚŘENÍ EFEKTIVNOSTI MARKETINGOVÝCH ČINNOSTI

LUCIE SYCHROVÁ - FRANTIŠEK MILICHOVSKÝ - MAREK SOLČANSKÝ

Faculty of Business and Management, Brno University of Technology, Department of Management, Czech republic

Abstract in original language
Tento příspěvek se zabývá analýzou nejvýznamnějších současných metod pro měření efektivnosti marketingových činností. První analyzovanou metodou je metoda ABC (Activity based costing), která patří mezi moderní metody kalkulace nákladů a lze ji s úspěchem použít pro snižování nákladů a růst zisku. Práce se dále zaobírá možností využití finanční analýzy pro měření efektivnosti marketingových činností jako investice a analýzou marketingové výkonnosti s ohledem na jednotlivé sortimentní složky. Přínosem příspěvku je porovnání uvedených metod

Key words in original language
Výkonnost; kvantifikace; rentability; náklady; zisk.

Abstract
This paper deals on analyzing the most current methods for measuring the effectiveness of marketing activities. First analyzed method is the method ABC (Activity Based Costing), which belongs to the modern methods of cost calculation and can be successfully used to reduce costs and increase profits. This work also discusses the possibility of using financial analysis to measure the effectiveness of marketing activities such as investment analysis and marketing performance with respect to the individual product components. Main goal is to compare those methods.

Key words
Performance; Quantification; Profitability; Costs; Profits.

1. ÚVOD

Následující studie se zaobírá některými ze současných metod měření efektivnosti marketingu, konkrétně metodou ABC (Activity Based Costing), finanční analýzou a marketingovou výkonností. Uvedené metody patří mezi najčastěji používané a mají potenciál přinést data, které organizacím pomohou zefektivnit podnikovou činnost. V závěru této studie jsou zmíňované metody porovnány.

2. METÓDA ABC (ACTIVITY-BASED COSTING)

V 80.tych rokoch boli veľké spoločnosti nespokojné s tým, ako priraďujú náklady k jednotlivým produktom. Používali tradičnú kalkuláciu nákladov (priame mzdy, priame náklady ...) a vyznačovali sa tým, že ich režijné náklady boli vyššie ako

náklady na priame mzdy. Tak sa začala vyvíjať nová metóda. [1] Kaplan a Cooper vytvořili v rámci učetníctvi nový přístup založený na ziskovosti. Pri tejto metóde je nutné, aby prodejce zaznamenal, jaké náklady byli s každým zákazníkem spojeny a osvojili si parametre ziskovosti [2].

Cieľom tohto prístupu je dosiahnúť rozvržení režijných nákladov podle příčin ich vzniku, kde náklady sú přirazované dílčim aktivitám. Podnikové činnosti se rozvrhnú do takých elementárnych aktivít (napr. doprava, skladování, kontrola ...), kde vznikají režijní náklady, pričom se skoumá nezbytnost nákladov týchto aktivít (procesní učetníctví) . Názov tejto metódy je Activity-Based Costing neboli metóda ABC.

Activity Based Costing je definován jako metoda, která měří náklady a výkony aktivit, zdrojů a nákladových objektů. Zdroje jsou přiřazovány k aktivitám a aktivity jsou následně přiřazovány k nákladovým střediskům na základě jejich použití. [6]

Cílem kalkulace podle elementárních procesů je dosaženo rozvržení režijních nákladů podle skutečné příčinnosti jejich vzniku. Tyto kalkulace zjišťují a přiřazují náklady dílčím aktivitám. Kalkulace se začínají rozložením podnikových činností do dílčích elementárních aktivit (takovými jsou např.. Objednávání materiálu, příjem a výdej materiálu, doprava a skladování materiálu, seřizování strojů, kontrola kvality, vnitropodniková doprava, balení výrobků, expedice), přičemž se zaměřuje především na oblasti, ve kterých vznikají režijní náklady. Zkoumá se, jaké náklady aktivity vyvolávají a testuje se jejich důležitost. [5]

Jednoduchým příkladem využití této metody může být firma, která vyrábí 2 různé produkty, kde tradiční kalkulací vycházejí náklady na každý produkt např.. 100. Při použití metody ABC v praxi běžně stává, že výsledek tradiční kalkulace nesouhlasí s výsledkem po metodě ABC, a např.. pro první produkt vycházejí náklady 90 a pro druhý 110. Tento jev je způsoben podrobným rozdělením režijních nákladů pro každý produkt. To znamená, že režijní náklady jsou rozděleny do jednotlivých činností a tyto činnosti jsou přiřazeny každému produktu a je zřejmé, že různé produkty jsou vyrobeny pomocí různých operací s různými náklady. Velkou výhodou metody ABC je získání přehledu o skutečných nákladech na jednotlivé produkty, možnosti snižovat režijní náklady na zbytečné činnosti. (Jedné divizi společnosti Hewlett-Packard se dokonce podařilo díky metodě ABC snížit režijní náklady o 400% [4]) Nevýhodou této metody je právě rozklad režijních nákladů na jednotlivé činnosti a přiřazení každému produktu, kde ve velkých firmách implementace této metody trvá i několik měsíců.

Metodou ABC se získají následující informace:

- Náklady jednotlivých aktivit a podnikových procesů

- Zpřehlední skutečné příčiny vzniku nákladů

- Umožní zaměřit pozornost na důležité nákladové položky

- Poskytne spolehlivé informace o nákladech výrobků a služeb

- Poukáže na ziskovost jednotlivých výrobků a zákazníků

- Umožnuje identifikovat náklady aktivit neprinášajúcich hodnotu [6]

Využití metody ABC pro měření efektivnosti marketingových činností je zjevné, díky této metodě se dokáže přesněji posoudit nákladová náročnost, kterou lze srovnat s přínosem, přičemž se naskýtá možnost identifikovat nepotřebné činnosti, kde po jejich odstranění se zvyšuje efektivita činností, kterou je možné číselně vyjádřit jako zvýšení zisku nebo rentability.

3. FINANČNÍ ANALÝZA

Podstatou finanční analýzy je správná příprava všech materiálů, které jsou podstatné pro optimální a kvalitní rozhodování o fungování podniku. Aktuální situaci v podniku lze identifikovat přímo ze samotných účetních výkazů. Tyto data jsou ale vázána pouze k jednomu časovému okamžiku. Pro využití těchto dat v hodnocení finančního zdraví je nutná aplikace finanční analýzy. [8]

Finanční analýza tak neuvažuje pouze o aktuálním stavu, ale přednostně o časovém trendu v porovnání s konkurenčními podniky v oboru a následně o vzájemnou provázanost podnikového rozhodování a jeho budoucího potenciálu. [9] Má tedy poskytnout celkové posouzení společnosti, současné a budoucí pozice. [11]

Při akceptování téměř všech podnikových rozhodnutí je vhodné provést důkladný průzkum stávajících činností s jejich návazností na finanční zdraví a výkonnost podniku. [9]

Cílem finanční analýzy je podpořit závěry a poznatky finančního manažera v návaznosti na strategické a taktické rozhodování o financování podniku, následně také o informování tzv. stakeholders – vlastníci, věřitelé, investoři, zaměstnanci. Před přijetím všech investičních a finančních rozhodnutí v podniku je nezbytně nutné znát finanční situaci podniku (porovnání hodnot se standardními hodnotami v oboru, hodnotami konkurence a časovými trendy). [7]

Základními zdroji dat pro finanční analýzu jsou informace, obsažené ve finančním účetnictví (jedná se o finanční výkazy). Mezi další informační zdroje patří např. statistické ročenky.

Existuje mnoho různých technik, určených pro finanční analýzu. V praxi je však nejčastěji využíváno několik základních technik: [9][10]

- horizontální a vertikální analýza účetních výkazů,
- analýza poměrových ukazatelů,
  - ukazatele rentability
  - ukazatele likvidity
  - ukazatele aktivity
  - ukazatele zadluženosti
  - ukazatele produktivity
  - ukazatele kapitálového trhu
- analýza čistého pracovního kapitálu,
- souhrnné ukazatele finančního zdraví (metody hodnocení výkonnosti podniku),
- srovnávání hodnot.
-

Tyto ukazatele jsou základními nástroji finanční analýzy. Dávají určité odpovědi o finančním zdraví podniku. Důležitou otázkou na obsažnost samotné finanční analýzy je, pro koho je tato analýza primárně určena.

Za předpokladu, že bude podnik uvažovat o propagaci a následně celém marketingu, jako o investici, může aplikovat ukazatele finanční analýzy. Porovnávání takovýchto veličin je však velmi obtížné, neboť efektivnost a výkonnost jsou hodnoty závislé nejen na aktuálním dění, ale primárně na vlastnostech a zkušenostech marketingového manažera.

4. MARKETINGOVÁ VÝKONNOST

Existují tři základní momenty, které musí marketing podchytit a ovlivnit. Jedná se o první setkání se službou, faktický proces poskytování služby a finální vnímání poskytované služby. Úkolem podnikatelského sektoru je přicházet s nápady pramenícími z předvídání trendů poptávky, zhmotňovat tyto nápady do produktů, u nichž vztah mezi parametry, kvalitou a cenou představuje hodnotu, umísťovat tyto produkty na trhu tak, aby bylo jejich zakoupení pokud možno bezproblémové, a inkasováním udržovat cash flow na takové úrovni, která je potřebná pro zdraví celého sektoru. Zatímco hlavní cíle podniku, jejichž definice je výsledkem koncepční fáze, vyvěrají z vůle podniku, jejíž intenzita je kvalifikována reálnými možnostmi podniku, v analytické fázi se zaměřujeme na kvantifikaci výkonnosti podniku, na její srovnání s celkovou výkonností trhu, na kterém se pohybuje, a na její konfrontaci s výkonností ostatních podnikatelských subjektů, se kterými se podnik bez přestání utkává v boji o pozici na trhu. Zatímco podstatou koncepční fáze je kvalifikace, analytická fáze je založena na kvantifikaci. [12]

V analytické fázi se zaměřujeme na analýzu marketingové výkonnosti a na to, jak se na ní podílejí jednotlivé sortimentní položky nebo skupiny. Marketingovou výkonnost lze navíc posuzovat z pohledu pozice jednotlivých sortimentních položek nebo skupin na životnostní křivce a v kontextu konkurenčního prostředí, které ovlivňuje jejich umísťování na trhu. Marketingový přístup ve službách byl dlouhou dobu opomíjen. Jako argument pro nevyužívání tohoto velmi užitečného a v podstatě základního nástroje manažerů firem o trhu, zákaznících, jejich potřebách a o konkurenci bylo například uváděno to, že u služeb s převážně nehmotným charakterem nelze výzkumem zjistit názory zákazníků na zaváděný nový produkt služby. [13]

Marketingová výkonnost se projevuje ve dvou směrech:

- v prodejní výkonnosti, která ovlivňuje pozici podniku na trhu,

- ve finanční výkonnosti, která ovlivňuje celkové finanční výsledky podniku.

K tomu, abychom mohli analyzovat prodejní výkonnost, budeme potřebovat prodejní výsledky čili tržby v sortimentním členění, tj. podíl jednotlivých sortimentních položek nebo skupin:

- za předchozí rok,

- za běžný rok ke konci posledního celého měsíce předcházejícího datu konání analytické fáze.

Pokud jde o podrobnost informace o tržbách, zajímají nás sortimentní položky nebo skupiny, které reprezentují zhruba 70 % z tržeb běžného roku.

K analýze finanční výkonnosti budeme potřebovat znát krycí příspěvky (výrobní zisk) jednotlivých sortimentních položek nebo skupin, které se kvalifikují pro výše uvedenou analýzu tržeb. Krycí příspěvek kalkulujeme podle vzorce:

KP = ČT - Pmt - Pmz – Pvr

kde: **ČT** = čisté (fakturované) tržby,**Pmt** = přímý materiál,**Pmz** = přímé mzdy, **Pvr** = přímá výrobní režie.

Dále nás budou zajímat následující externí informace:

velikost trhu v běžném roce a předpokládaný růst trhu v příštím roce u výše požadovaných jednotlivých sortimentních skupin nebo položek, ve finančním vyjádření,

seznam hlavních konkurentů, tj. těch, kteří kromě nás reprezentují alespoň 50 % trhu, a objemy jejich prodeje v jednotlivých sortimentních položkách nebo skupinách, v běžném roce a očekávané objemy v příštím roce, situace v oblasti lidských, finančních a fyzických zdrojů u hlavních konkurentů,

konkurenční ceny účtované konečným uživatelům, výše poskytovaných rabatů, ceny fakturované franco konkurenční podnik a výhled předpokládaných konkurenčních cenových pohybů.

Rozsah informací, který tvoří výchozí základnu pro analýzu marketingové výkonnosti podniku, je značný. Je zcela pravděpodobné, že řadu z nich, obzvláště těch externích, týkajících se konkurence, velikosti a vývoje trhu, nebudete mít k dispozici s potřebnou mírou přesnosti. Pokud jde o externí informace, jejich shromažďování je dlouhodobým, nikdy nekončícím procesem. Mezery v těchto informacích, které budou v řadě případů s největší pravděpodobností značné, se pokusíme vyplnit kvalifikovanými odhady. Výsledky analytické fáze poslouží jako podklad pro vypracování marketingové strategie podniku, které proběhne v rámci realizační fáze. V analytické fázi se soustřeďujeme na vypracování racionálních podkladů pro rozhodování o marketingové strategii podniku. Základním kamenem analytické fáze je analýza marketingové výkonnosti sortimentu, tj. shromáždění a vyhodnocení informací o tržbách a krycích příspěvcích,

dosahovaných jednotlivými sortimentními položkami nebo skupinami, které reprezentují alespoň 70 % tržeb. Sortimentní položky nebo skupiny můžeme rozdělit do čtyř kategorií:

Kategorie 1 - Nadprůměrné tržby a krycí příspěvky.

Kategorie 2 - Nadprůměrné tržby, podprůměrné krycí příspěvky

Kategorie 3 - Podprůměrné tržby, nadprůměrné krycí příspěvky

Kategorie 4 - Podprůměrné tržby, podprůměrné krycí příspěvky

Jednotlivé sortimentní položky nebo skupiny podle toho, do které skupiny patří, zapíšeme do odpovídajícího čtverce v "Sortimentním kříži".

4.1 SORTIMENTNÍ KŘÍŽ

Jednotlivé sortimentní položky nebo skupiny podle jejich příslušnosti do jednotlivých kategorií zaznamenáme do jednotlivých čtverců sortimentního kříže následovně:

Figure 1 - Sortimentní kříž (vlastní zpracování)

Zaznamenáním jednotlivých sortimentních položek nebo skupin do jednotlivých čtverců sortimentního kříže dostaneme velmi přehledný a graficky názorný obraz o tom, jak se jednotlivé sortimentní položky nebo skupiny podílejí na celkové prodejní nebo finanční výkonnosti sortimentu. [14]

Kategorie 1 (ČT+, KP+) Do této kategorie zpravidla patří sortimentní položky nebo skupiny, které představují nosný sortiment podniku, jak pokud

jde o tržby, tak pokud jde o krycí příspěvek, a které se nalézají někde přibližně uprostřed životnostní křivky.

Kategorie 2 (ČT+, KP-) V kategorii 2 se zpravidla vyskytují sortimentní položky nebo skupiny, které z hlediska svojí prodejní výkonnosti stále ještě patří k pilířům sortimentu, ale jejich finanční výkonnost začíná klesat, protože vznikají tlaky na jejich cenu, a to nejčastěji z následujících důvodů:

- pozvolná ztráta prestiže - image,

- zastarávání obalu,

- zastarávání parametrů,

- posun směrem k výběhové části životnostní křivky,

nepružná cenová strategie jak na úrovni konečných uživatelů, tak na jednotlivých úrovních distribuce, nevyužívání potenciálních rezerv v produktivitě.

Kategorie 3 (ČT-, KP+) Sortimentní položky nebo skupiny, které se ocitnou v této kategorii, představují zpravidla budoucí nosný sortiment a jejich pozice se nalézá v oblasti náběhové části životnostní křivky.

Díky tomu, že úroveň jejich parametrů představuje mimořádnou hodnotu, cena není rozhodujícím faktorem při nákupním rozhodování a finanční výkonnost tudíž dosahuje nadprůměrnou úroveň. Domácí i zahraniční zkušenosti s touto kategorií indikují následující nejčastěji se vyskytující důvody, proč zde prodejní výkonnost zaostává za výkonností finanční:

- nedostatečná reklama a propagace,

- nedostatečný výcvik prodejního personálu a jeho nedostatečná informovanost,

- přílišný předstih v0,šeobecné úrovně očekávání konečných uživatelů,

- výrobní kapacita značně pokulhávající za poptávkou

- neefektivní distribuce

Kategorie 4 (ČT-, KP-) Toto je zajímavá kategorie. Náleží do ní sice převážně produkty, které se definitivně blíží k úplnému konci své životnostní křivky. Výjimečně se však zde mohou objevit i velmi progresivní sortimentní položky nebo skupiny, které předstihly svojí úrovní nejen trh, ale i momentální schopnost podniku efektivně je na trhu umístit. Tato skupina se pozná podle vysoké procentuální míry KP, na rozdíl od výběhového sortimentu, který má nejen podprůměrný KP, ale i nízkou procentuální míru KP. [15]

5. ZÁVĚR

Podstata porovnání výše uvedených metod spočívá v zaměření společnosti na příslušná data, se kterými dané metody pracují. U všech zmíněných metod je nutné mít k dispozici data z účetních výkazů. Liší se však náročností implementaci a zpracování. Metoda ABC vyžaduje velkou časovou investici jak na vlastní přípravu, tak i na samotné provedení. Tato doba se může pohybovat v řádech měsíců. Finanční analýza je naproti tomu metodou vypracovatelnou v kratším čase. Upozorňuje na výskyt určitého problémů, sama o sobě však nedokáže přinést změnu tak zásadního charakteru jako metoda ABC. Metoda marketingové výkonnosti na základě sledování tržeb a krycích příspevků dokáže jasně stanovit, jak jednotlivé sortimentní položky naplňují celkovou prodejní a finanční výkonnost a umožňuje tak organizaci učinit jasné rozhodnutí o prodeji.

Literature:

- ANDERSON, A.H.; Nix, E.: Effective accounting management, Blackwell Publishing Limited, 1994, ISBN 0631191216
- KOTLER, P.; ADAMIK, J.; MALÝ, J.: Deset smrtelných marketingových hříchu, Grada Publishing a.s., 2005, s. 139, ISBN 9788024709697
- SYNEK, M.: Manažerská ekonomika, Grada Publishing a.s., 2007, s.452, ISBN 9788024719924
- DRURY, C.: Costs and management accountig, Published by Thomson Learning, 2006, str. 596, ISBN 9781844803491
- FLOREKOVÁ, Ľ.; ČUCHRANOVÁ, K.: Metóda Activity-Based Costing - Moderný prístup k riadeniu, Acta Montanistica Slovaca Ročník 6 (2001), str. 134-139
- DUBCOVÁ, G.: on-line prezentácia, [cit. 2009-11-03] prístupné z http://www.zpns.sk/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=107&Itemid=29. KISLINGEROVÁ, Eva, et al. Manažerské finance. 2. přepr. a dopl. vyd. Brno : Computer Press, 2006, ISBN 80-251-0913-5
- KISLINGEROVÁ, Eva, et al. Manažerské finance. 2. přepr. a dopl. vyd. Brno : Computer Press, 2006, ISBN 80-251-0913-5

- RŮČKOVÁ, Petra. Finanční analýza : Metody, ukazatele, využití v praxi. Praha : Grada Publishing, 2008, ISBN 978-80-247-2481-2
- SCHOLLEOVÁ, Hana. Ekonomické a finanční řízení pro neekonomy. Praha : Grada Publishing, 2008, ISBN 978-80-247-2424-9
- STROUHAL, Jiří. Finanční řízení firmy v příkladech. 1. vyd. Brno : Computer Press, 2006, ISBN 80-251-0913-5
- VERNIMMEN, Pierre, et al. Corporate finance : Theory and practice. 2nd compl. edition. Chichester : John Wiley & Sons Ltd, 2009. ISBN 978-0-470-72192-6
- BOUČKOVÁ, J. a kol. Marketing. 1.vydání. Praha: C.H.Beck, 2003. 432 s. ISBN 80- 7179-577-1
- VAŠTÍKOVÁ, V. Marketing služeb efektivně a moderně. 1.vydání. Praha: Grada Publishing, 2008, 232 s. ISBN 978-80-247-2721-9
- Měření ekonomické efektivnosti. Cssi.cz [online] 2009, [cit. 2009-04-28]. Dostupné z www: <http://cssi.cz/cssi/mereni-ekonomicke-efektivnosti-informacniho-systemu>
- Marketingový plán. Pef.czu.cz [online] 2009, [cit. 2009-10-11]. Dostupné z www:<http://pef.czu.cz/~linhart/mplan.doc>

Contact – email
milichovsky@fbm.vutbr.cz - sychrova@fbm.vutbr.cz - solcansky@fbm.vutbr.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

ZVÝŠENÍ KONKURENČNÍ VÝHODY POZOROVÁNÍM ZPĚTNÉ VAZBY ZÁKAZNÍKA

JIŘÍ MYŠÍK

Jiří Myšík, Vetrný Jeníkov, Česká republika

Abstract in original language
Každý proces lze zjednodušeně popsat prostřednictvím tří fází – plánování, realizace a zpětná vazba. V českém prostředí není problém s prvními dvěma fázemi. Plánování je v českých podmínkách bezproblémové i díky dlouholeté zkušenosti s centrálním plánováním makroekonomiky, důraz na realizaci už vychází ze samé podstaty splnit stanovené cíle. Zpětná vazba je však v českých podnicích opomíjena a není zdůrazněna i v některých zahraničních podnicích. Přitom učit se ze svých vlastních chyb je základem růstu každého podniku.

Key words in original language
Systém sledování; Zpětná vazba; Moderní techniky.

Abstract
It is quite possible to describe every process as combination of tree phases. It is planning, realisation and feedback. In Czech market environment there are no problems in first two segments. The planning is known from the past as centralised process organised by state and included all areas of economics aspects. The realisation has to be focused to achieve the targets of course. The feedback however will be disregarded in Czech companies. But to be on top of it in same time, it is necessary to learn from one's own mistakes. This is the way to assure the future growth.

Key words
Feedback; Modern technologies; Tracking system to follow feedback.

Proč je v českých podnicích tak málo kladen důraz na zpětnou vazbu? Možná, že uvědomit si, že mohu dělat věci lépe, že mohu dělat chyby, že ke své práci potřebuji neustále změnu, je pro některé manažery velmi obtížné. V Česku přitom nemáme velké problémy s plánováním a to i díky dlouholeté zkušenosti s centrálním plánováním makroekonomiky a důraz na realizaci vychází už ze samé podstaty splnit stanovené cíle. Zpětná vazba je ale v českém prostředí opomíjena.

Zpětná vazba a manažerské teorie

Moderní management jde přitom právě touto cestou, moderní manažerské teorie berou zpětnou vazbu jako klíčové stanovisko. Namátkou japonská teorie Kaizen, Total Quality management, analýza gapů, resp. mezer, odchylková analýza, hodnotová analýza, moderní komunikační teorie. Ať už použijeme jakýkoli model, předpokladem úspěšné implementace

vyhodnocování zpětných vazeb zůstává naladění zaměstnanců. Tedy nastavení odpovídající komunikační a informační strategie, motivace, hodnocení a odměňování, organizačního řádu, odpovědnosti a kompetence. Vedle toho jsou nezbytná správná, relevantní a včasná data a jejich kvalitní interpretace. Nejde jen o to tato data získat, ale rovněž je třídit, pročistit a interpretovat. A k tomu je zapotřebí efektivní komunikace mezi business manažery, finančním úsekem a vrcholovým vedením.

Podle mého názoru existují dva druhy zpětných vazeb. Za prvé jde o zpětnou vazbu, kterou máme každý v sobě, například prodejce sleduje reakce svých zákazníků a upravuje svoje chování a jednání, obecně se mluví o měkkých faktorech. Za druhé jde o zpětnou vazbu, která je kvantifikována např. v podobě odezvy zákazníků na marketingovou akci, spokojenosti zaměstnanců, rentability zákazníků, krycího příspěvku produktů, dlouhodobosti uzavřených kontraktů, indexu zakázek apod. První zpětnou vazbu můžeme dosáhnout kvalitním výběrem zaměstnanců, odpovídajícím nastavením podnikové kultury a permanentním vzděláváním. Druhou zpětnou vazbu lze vytvořit odpovídajícím nastavením té které strategie. Můžeme tedy stanovit například minimální rentabilitu zakázky, a pokud není tato hodnota dodržena, požadovat vysvětlení a nápravu. Institucionálním začleněním tohoto modelu mohou být pravidelně se scházející komise. Zpětné vazby by měly být zakomponovány do Key performance indicators, které podnik pravidelně sleduje.

Zpětné vazby můžeme členit i podle toho, k jakému účelu se používají. Buď jde o zpětné vazby strategické povahy (např. nové trhy, design nové generace produktu, nový obchodní model, nové pobočky, nová výrobní kapacita) nebo o zpětné vazby operativní a taktické povahy.

Zpětná vazba a konkurenční výhoda

Tento náročný systém fungování podniku má smysl implementovat všude, ale cíleně ho vytvářet má smysl jedině tam, kde to podnik pocítí, tedy tam, kde je jeho konkurenční výhoda. Konkurenční výhodu je možné popsat jako jedinečnost, kterou lze definovat brainstormingem, brainwritingem, diskuzí 66 a jinými nástroji. Efekt konkurenční výhody ale není jenom o tom výhodu identifikovat nebo vytvořit, ale také ji udržet a vytěžit z ní maximum. To je podmíněno životností, napodobitelností a mobilitou této přednosti. A to je možné i díky zpětným vazbám. Protože díky zpětným vazbám se podnik vyvíjí podobně jako jeho zákazníci, kopíruje je a tím přežívá.

V této souvislosti je dobré zmínit life cycle management, tedy řízení podniku, SBU s vymezeným okruhem zákazníků, produktu během jejich životního cyklu. Jedním z typů životního cyklu je tzv. druhý dech, kdy se podnik, SBU, produkt dostane do fáze saturace a hrozí pokles poptávky, zisku, tržeb (podle toho, co sledujeme). Pokud ale v průběhu celého životního cyklu sledujeme zpětné vazby, můžeme podniku, SBU, produktu nastartovat v příhodný čas nový životní cyklus.

Příkladem může být sledování zpětných vazeb v bankách, kdy informační systém sleduje chování zákazníků, vytváří vzorce chování těch, kteří banku chtějí opustit. V okamžiku kdy informační systém takového zákazníka identifikuje, nastupuje bankovní úředník, který se snaží zákazníka přesvědčit. Zpětnými vazbami ale také můžeme identifikovat správný čas životní cyklus ukončit a nastartovat zcela nový. Například skupina zákazníků, se kterými podnik dosud spolupracoval, už není zajímavá, a zajímavější je obsadit jiný segment. Tím vším je možné zvyšovat konkurenční výhodu podniku.

S tímto tématem souvisí i marketingové výzkumy a jejich techniky prováděné podnikem samým nebo zaplacené u specializované agentury. Ať už se jedná o techniky písemného nebo telefonického dotazování, hodnotí se vždy zpětná vazba, tedy jak zákazníci reagují na různé marketingové podněty, jak hodnotí image podniku, proč nakupují zrovna u toho konkrétního podniku, o jaké produkty mají největší zájem, z jakého distribučního kanálu nejčastěji nakupují, jak se rozhodují k nákupu apod. Základní zpětnou vazbu nám poskytují výzkumy veřejného mínění, které poskytují informace o ekonomickém chování domácností, kde budou domácnosti nejvíce šetřit, čeho se domácnosti nejvíce obávají. Spolu s dalšími statistickými údaji (o průměrné mzdě, nezaměstnanosti) můžeme nacházet různé modely a rovněž korelace mezi jednotlivými údaji. Poznat (a znát) svého zákazníka ve správný čas, je největší konkurenční výhoda, kterou podnik může mít.

Zpětná vazba a informační systém

Monitorování a vyhodnocování zpětných vazeb musí mít svůj pevný řád, jehož základem musí být efektivní informační systém, který se se správnými daty může stát skutečnou konkurenční výhodou. Jde jednak o data warehouse, datový sklad, do kterého vkládají zaměstnanci data o zákaznících (objem nákupů, četnost nákupů, datum posledního nákupu apod.). Jednak různé metody dolování dat (data mining), kterými se vysvětlují různé skutečnosti a metody hledající různé vzorce chování zákazníků. Informační systém by měl být rovněž schopný simulovat situace, tedy odhadovat reakce zákazníků na slevové akce, nové produkty, nové distribuční kanály.

Závěr

Na závěr zmíním častou chybu, kterou je aktivace zpětné vazby pouze na základě rozhodnutí podniku s tím, že zpětnou vazbu sleduje jenom tehdy, kdy se mu to hodí. Zákazníci by měli mít možnost kdykoli se vyjádřit k podniku, jeho produktům, zaměstnancům, což je základní model společenské odpovědnosti. Většina velkých podniků dnes disponuje oddělením péče o zákazníky, někde opravdu funguje, někde funguje jenom proto, aby takové oddělení bylo, v některých podnicích tuto funkci vykonávají samotní prodejci nebo jednatelé. Podnik by měl v každém případě umět řídit a vyhodnotit nejen vyžádanou zpětnou vazbu, kterou sám

sleduje nebo kterou si sám zadá u relevantní agentury, ale i nevyžádanou zpětnou vazbu, která může být v některých případech mnohem důležitější.

Contact – email
jiri.mysik@jst.de

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

INTERNETOVÁ REKLAMA A JEJÍ VNÍMÁNÍ RŮZNÝMI KULTURAMI

LUDMILA NAVRÁTILOVÁ

Vysoké učení technické v Brně, Fakulta podnikatelská, Česká republika

Abstract in original language
Cílem příspěvku je vymezit možnosti internetové reklamy, která je důležitým nástrojem konkurenceschopnosti. Příspěvek na základě Hofstedeho kulturních dimenzí řeší problematiku vlivu přijímání této reklamy odlišnými kulturami zejména v současné době dostupnosti zboží a propojování trhů. Přínosem je poznání nových trendů internetové reklamy a kulturních diverzit, které existují uvnitř jednotného evropského trhu.

Key words in original language
Internetová reklama; trendy internetové reklamy; kulturní dimenze dle Hofstedeho.

Abstract
Purpose of this paper is to define the possibilities of the web advertising that is an important tool for competitiveness. The paper upon Hofstede cultural dimensions addresses the issue of the impact of adopting this advertising by different cultures especially in the current era of availability of goods and networking markets. Benefit is the knowledge of new trends in online advertising and cultural diversity that exist within the single European market.

Key words
Internet advertising; online advertising trends; cultural dimensions by Hofstede.

Internetová reklama

I přes to, že je internet nejmladším komunikačním médiem, jehož historie sahá do poloviny devadesátých let minulého století, stojí v současné době na první příčce za televizním a rozhlasovým vysíláním a denním tiskem i časopisy [1]. Jaké příčiny za úspěchem internetu stojí? Můžeme zde hovořit zejména o nezadržitelném rozvoji informačních technologií a jejich dostupnosti do běžných domácností, o značné interaktivitě mezi zákazníkem a prodejcem, kdy internet můžeme považovat za nástroj přímého

[1] Data se vztahují k průzkumu v deseti evropských zemích u osob ve věku 15-25 let

Zdroj: MACHKOVÁ, H. Mezinárodní marketing: nové trendy a reflexe změn ve světě. 3. vyd. Praha Grada, 2009. 181 s. ISBN 978-80-247-2986-2

marketingu, zaměření na cílové skupiny spotřebitelů, nepřetržitost internetového reklamy apod.

Co můžeme chápat pod pojmem internetová reklama? Zjednodušeně řečeno vše, co můžeme nalézt prostřednictvím webových stránek firem nabízejících produkty/služby, přes vyhledávače, pomocí Search engine marketingu, přes prezentace firem na stránkách nabízející zábavu (youtube.com) či jako reklamu vyskytující se na jiných webových stránkách. Formami internetové reklamy mohou být dále plošná reklama (bannery), textová reklama (hypertextové odkazy) či intextová reklama (různé formy reklamy).

Reklama pomocí Search engine marketingu (SEM) představuje marketingový nástroj, který se zaměřuje na propagaci a zvyšování viditelnosti a známosti webových stránek a tudíž zvyšuje jejich návštěvnost. Search engine marketing je tedy formou on-line placené propagace, jehož cílem je dosáhnout co nejvyššího pořadí na první stránce vyhledávače pomocí správně zadaných klíčových slov uživateli internetu.

Za nejznámější podobu Search engine marketingu považujeme PPC model (pay per click) neboli platba za klik, která je spolehlivým prostředkem pro skutečné získání návštěvníků webových stránek a nových zákazníků. Výhoda tohoto modelu spočívá zejména v nastavení ceny za „proklik“a platbě pouze za návštěvu webové stránky.

Reklama a kultura

Reklama se stala formou komunikace, která se pokouší přesvědčit potenciální zákazníky ke koupi nebo vyšší spotřebě konkrétní značky produktu nebo služby a to zejména v současné globální ekonomice, ve které dochází k internacionalizaci výroby a propojování trhů. Proto je velice důležité respektovat kulturní vlivy v reklamě pro zvýšení efektivnosti pro cílové zákazníky na daném území.

Pod pojmem národní kultura si lze představit vše, co souvisí s jazykem, hodnotami, mentalitou, zvyky, symboly apod. daného státu. Dle Hofstedeho, jak cituje Mikuláštík, je kulturou “naprogramované kolektivní myšlení.“[2] Jak uvádí Šroněk, “ve prospěch státu a jeho kultury svědčí politický systém, správní, právní a soudní systém, ekonomický systém státu a vzdělávací systém.“ [3] I přes to, že mají kulturní vlivy dynamický charakter, mění se relativně pomalu, v souladu s tím, jak se mění sama společnost.

---

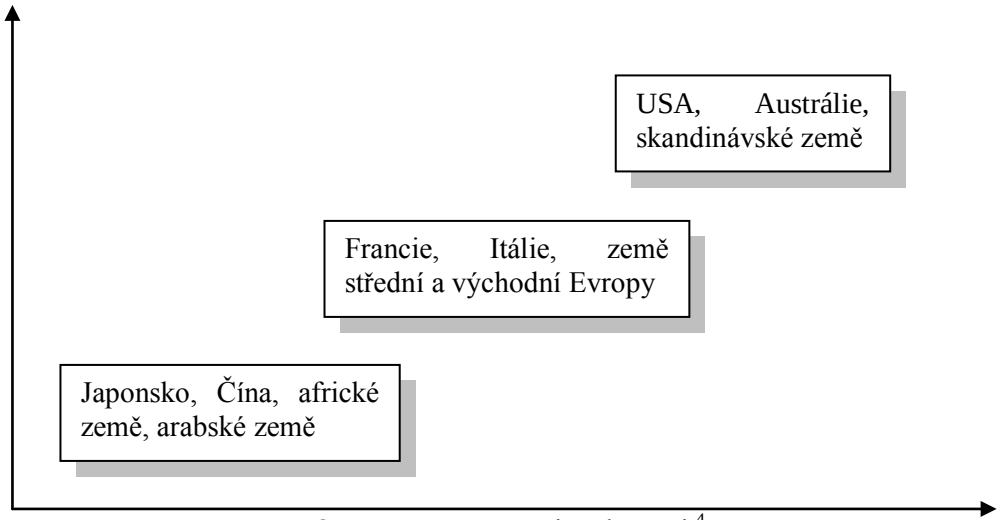
[2] MIKULÁŠTÍK, M. *Komunikační dovednosti v praxi*. 1. vyd. Praha. Grada. 2003. 294 s. ISBN 80-247-0650-4

[3] ŠRONĚK, I. *Kultura v mezinárodním podnikání*. 1. vyd. Praha. Grada Publishing. 2001. 14 s. ISBN 8024700123

Rozdílnosti kultur se projevují mnoha způsoby, zejména jazykem, chováním, myšlením, neverbální komunikací, oblékáním, stravovacími návyky, estetickém cítěním apod. Podíváme-li se na míru otevřenosti či uzavřenosti společnosti, sklon k individualismu či kolektivismu, společenské konvence, životní návyky a zvyklosti, instituce ovlivňující rámec spotřebního chování i ty jsou rovněž závislé na konkrétní kultuře společnosti.

Obecně můžeme konstatovat, že země s vysokou mírou otevřenosti společnosti jasně vyjadřují své postoje a názory a převažuje u nich sklon k individualismu. Mezi hodnoty, které jsou pro ně nejdůležitější patří svoboda, rozvoj osobnosti a osobní úspěch. V otevřené společnosti je i jednodušší zapojit se do podnikání, protože tato společnost přijímá etnicky různorodé cizince, kteří respektují pravidla v dané zemi, např. USA, Austrálie, Skandinávie, západní Evropa.

Naopak za uzavřené společnosti považujeme asijské a africké země, ve kterých stále přetrvává silně hierarchizovaná společnost. Pro tuto kulturu je typické kolektivistické chování s pevným řádem a postavením ve společnosti. Porozumění a zařazení do této společnosti je zpravidla náročnější. Míru otevřenosti společnosti znázorňuje následující obrázek.



Obr. 1: Míra otevřenosti společnosti [4]

Kulturní dimenze

Na reklamu, obecně řečeno, reagujeme jako jednotlivci rozdílně. Můžeme však říci, že zde existují společné znaky, které mají jednotlivé národy. Hovoří o nich zejména Geert Hofstede, který zkoumal rozdíly a interakce mezi různými národními a organizačními kulturami. Hofstede identifikoval pět univerzálních kulturních dimenzí, kterými lze charakterizovat národní, regionální, komunitní, organizační či třídní kultury. Čtyři z nich - vzdálenost

[4] Pramen: MACHKOVÁ, H. Mezinárodní marketing: nové trendy a reflexe změn ve světě. 3. vyd. Praha Grada, 2009. 33 s. ISBN 978-80-247-2986-2

moci (power distance), individualismus (individualism), maskulinita (masculinity) a vyhýbání se nejistotě (uncertainty avoidance) - byly objeveny na základě šetření zaměstnanců IBM, kde Hofstede od poloviny šedesátých let dvacátého století pracoval. Pátá dimenze - dlouhodobá orientace (long-term orientation) - byla získána z čínského výzkumu hodnot. Všechny dimenze jsou bipolární, jsou měřeny indexy, které mohou nabývat hodnot v rozmezí 0-100.

Následující zkrácená tabulka uvádí přehled kulturních rozdílů ve vybraných zemích.

Země	Vztah k autoritám	Míra individualismu	Maskulinita	Vztah k nejistotám	Časová perspektiva
Austrálie	36	90	61	51	31
USA	40	91	62	46	29
Česká republika	57	58	57	74	13
Polsko	68	60	64	93	32
Rusko	93	39	36	95	-
Švédsko	31	71	5	29	33
Velká Británie	35	89	66	65	31
Francie	68	71	43	86	39
Itálie	50	76	70	75	34
Japonsko	54	46	95	92	80
Čína	80	20	66	30	-

Obr. 2: Kulturní odlišnosti ve vybraných zemích (šetření z roku 2001) [5]

[5] Pramen: MACHKOVÁ, H. Mezinárodní marketing: nové trendy a reflexe změn ve světě. 3. vyd. Praha Grada, 2009. 34 s. ISBN 978-80-247-2986-2

Internetová reklama jako komunikační prostředek

Jak uvádí autoči studie Cross-Cultural Comparisons of Interactivity on Corporate Web Sites[6], Cho a Cheon, webové stránky a internetová komunikace jsou nejrozmanitějším komunikačním prostředkem, který je využíván mnoha způsoby. Existují zde 24hodinové komunikační kanály mezi prodávajícími a kupujícími, on-line komunikace se zákazníky, slevy přes internet, přímý marketing, servis, technická podpora apod.

Pro překonání bariér při vstupu na trh s internetovou reklamou je důležité zjistit, jakým způsobem upravit naši reklamu pro cílového zákazníka s odlišným vnímáním reklamy. Citovaní autoři provedli studii v rámci Spojených států amerických a Spojeného království, tito reprezentanti představují západní kulturu a dále v Japonsku a Jižní Koreji, kterou označují za východní kulturu.

Tyto země byly vybrány záměrně. Vystupují zde jako největší tvůrci reklam (USA), zastupují evropskou mentalitu a mají stejnou jazykovou kulturu jako USA (Velká Británie), mají největší příjmy z reklamy (Japonsko) či nejvíce domácností s přístupem k internetu (Jižní Korea).

Závěry této studie lze shrnout do několika nejdůležitějších bodů a to, že západní obchodníci a tvůrci internetových reklam používají více takových prostředků, kterými předávají konkrétní informace a zprávy (consumer-message interactivity), zatímco východní kultury se zaměřují na humánní interaktivitu mezi zákazníkem a obchodníkem (consumer-marketer and consumer-consumer interaction), tvůrci reklam předávají informace zákazníkům nepřímo.

Závěr

I když se internet stal nejglobálnějším médiem, které si dokážeme představit, díky universálnímu přístupu k informacím, je dle zmiňovaného průzkumu spíše hranicí než propojením kultur. Vnímání internetové reklamy je velice ovlivňováno kulturními faktory. Pro uplatnění na daném trhu je nezbytné provést studii trhu, chování spotřebitelů, jejich vztah k internetové reklamě, proto si efektivní uplatnění internetové reklamy vyžaduje individuální přístup marketinkové komunikace ke konečným spotřebitelům.

[6] CHO, CH. H a CHEON, H. J. *Cross-Cultural Comparisons of Interactivity on Corporate Web Sites.* Journal of Advertising. vol. 34. no. 2. 2005. 34, 2. pp 99-115, ISSN 0091-3367/2005

Literature:

- CHO, CH. H. and CHEON, H. J. *Cross-Cultural Comparisons of Interactivity on Corporate Web Sites*. Journal of Advertising. vol. 34. no. 2. 2005. 34, 2. pp 99-115, ISSN 0091-3367/2005
- MACHKOVÁ, H. Mezinárodní marketing: nové trendy a reflexe změn ve světě. 3. vyd. Praha Grada, 2009. 196 s. ISBN 978-80-247-2986-2
- MIKULÁŠTÍK, M. *Komunikační dovednosti v praxi*. 1. vyd. Praha. Grada Publishing. 2003. 361 s. ISBN 80-247-0650-4
- MONZEL, M. 99 tipů pro úspěšnější reklamu. 1. vyd. Praha Grada Publishing 2009. 200 s. ISBN 978-80-247-2928-2
- SVĚTLÍK, J. a kol. *Kulturní aspekty české a evropské reklamy*. 1. vyd. Praha. Professional Publishing. 2008. 56. s. ISBN 978-80-86946-92-4
- SINGH, N. HONEXIN, Z. and HU, X. Analyzing the cultural content of web sites: A cross-national comparision of China, India, Japan and US. International Marketing Review. vol. 22, no. 2. 2005. pp 129-146
- ŠRONĚK, I. *Kultura v mezinárodním podnikání*. 1. vyd. Praha. Grada Publishing. 2001. 167 s. ISBN 8024700123

Contact – email

navratilova@fbm.vutbr.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

SPOLEČENSKÁ ODPOVĚDNOST FIREM JAKO NÁSTROJ ZVYŠOVÁNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI

PAVLA NETUŠILOVÁ - TOMÁŠ KŘIVKA

Západočeská univerzita v Plzni, Fakulta ekonomická, Plzeň, Česká republika

Abstract in original language
Především v současné hospodářské krizi se ukazuje jako zásadní pro přežití firem loajalita stávajících zákazníků a zaměstnanců, kterou je však nutné systematicky budovat a jejíž přínosy se projeví s určitým odstupem. Je zřejmé, že vybudování této nemateriální hodnoty se děje na úkor dosažení okamžitého maximálního zisku. Koncept společenské odpovědnosti firem, který je představen v tohoto příspěvku, tak kromě ekonomických aspektů podnikání zahrnuje i aspekty v sociální oblasti a životního prostředí.

Key words in original language
Společenská odpovědnost firem; Komunikace; Životní prostředí.

Abstract
In particular, at the time of economic crisis it seems to be crucial for business survival to have loyal consumers and employees. However, loyalty must be constantly built and its benefits will reveal with the certain lag. It is obvious that building of these non-material values goes against the maximizing business profit. Therefore, the strategy of Corporate Social Responsibility presented in this article includes social and environmental aspects of entrepreneurship not just financial gains.

Key words
Corporate Social Responsibility; Communication; Environment.

1. KONCEPT SPOLEČENSKÉ ODPOVĚDNOSTI FIREM

Pojem společenská odpovědnost firem (Corporate Social Responsibility, CSR)[1] bývá často nesprávně zaměňován za sponzoring či za aktivity firem v oblasti charity. Jedná se však o daleko širší pojetí chování podniků, přičemž obě zmíněné oblasti mohou být jeho součástí. Obecně je možné CSR charakterizovat jako dobrovolné integrování sociálních a ekologických aspektů do každodenních firemních operací a vztahu k firemnímu okolím[2]. Podnikatelský subjekt si je vědom toho, že je součástí většího celku -

[1] Ekvivalentem termínu "Corporate Social Responsibility" je spojení "Responsible Entrepreneurship".

[2] Na unijní úrovni se používá řada definic. Tato pochází ze Zelené knihy, publikované v roce 2001.

regionu a sociální komunity. Zohledněním sociálních a ekologických aspektů svého podnikání, tak systematicky buduje dobré jméno. V praxi pak odpovědné chování managementu k vlastním zaměstnancům vede k nárůst produktivity, motivace a loajality pracovníků. Se širším okolím jako jsou obchodní partneři, zákazníci, představitelé státní správy a samosprávy, zájmové skupiny, média v angličtině tzv. stakeholders společenský odpovědné firmy upevňují vazby, které jsou v konečném důsledku žádoucí a prospěšné pro jejich budoucí rozvoj a prosperitu. Avšak aby firma působila v tomto ohledu věrohodně je nutné, aby představitelé společnosti dbali na dodržování principů CSR systematicky. Ochotně poskytovali informace ohledně svého podnikání a dodržování principů SCR. V neposlední řadě je pak důležité, aby vedení bylo skutečně přesvědčeno o správnosti zvolené filozofie podnikání a tím se odlišilo od konkurence svým osobitým přístupem k vedení společnosti.

Konkrétně je možné společensky odpovědné chování firem specifikovat ve třech oblastech - ekonomická, sociální a environmentální. Základem oblasti ekonomické je:

- uplatňování principů dobrého řízení tzv. corporate governance,

- dodržování principů stanovených Ve firemním etickém kodexu,

- předcházení nedorozumění zvýšenou transparentností manažérských rozhodnutí,

- dodržování stanovených zásad ve vztahu k akcionářům, zákazníkům, dodavatelům a vnějšímu širšímu okolí.

Uplatňováním výše uvedených principů se firma chová transparentním způsobem ve vztahu ke svým zákazníkům, dodavatelům atd., které v konečném důsledku napomáhají k vytvoření a upevnění vzájemných vztahů. Poskytování přesných a včasných informací o svých produktech a službách přispívá k nárůstu důvěry zákazníků. V oblasti sociální společensky odpovědná firma usiluje o:

- péči v oblasti zdraví a bezpečnosti zaměstnanců,

- nastavení efektivních komunikačních kanálů se zaměstnanci,

- rovné příležitosti pro ženy, muže a znevýhodněné skupiny zaměstnanců,

- nastavení srozumitelné charitativní činnosti,

- vyvážení pracovního a osobního života zaměstnanců,

- o rozvoj schopností a dovedností zaměstnanců.

Základem sociálního pilíře v oblasti společensky odpovědného chování je budování dlouhodobého vztahu se zaměstnanci a místní komunitou. Cílem tohoto snažení by mělo soužití, které je výhodné jak pro zaměstnavatele, tak pro zaměstnance. Zasvěcením zaměstnanců do chodů společnosti, otevřený přístup managementu, spravedlivé ohodnocení pracovního výkonu, podpora vzdělávání nemalou měrou přispívají k upevnění loajality zaměstnanců, která je obzvláště důležitá v krizových situacích, kdy společnost nemůže nabídnout benefity poskytované v minulosti. Zapojení společnosti do místní komunity napomáhá identifikovat nové trhy, obchodní příležitosti a v neposlední řadě pak budovat kontakty s místními úřady. Poslední oblast prostřednictvím které může společnost demonstrovat svůj zájem o okolí je oblast životního prostředí. Zde se jedná o:

- stanovení ekologické firemní politiky (recyklace materiálů, využívání ekologických produktů, ochrana přírodních zdrojů),

- zavedení technologií šetrných k životnímu prostředí,

- ekologickou výrobu, produkty a služby (zavedení standardů ISO 14000, EMAS atd.)

Aplikace ekologické politiky, která eliminuje negativní dopad působení firmy na životní prostředí, firmě přináší nové obchodní příležitosti a popřípadě i úsporu nákladů, pokud opatření vedou k šetrnému využití energie, minimalizaci odpadů a k zefektivnění provozu.

1.1 ZAINTERESOVANÉ STRANY TZV. STAKEHOLDERS

Aplikace společenské odpovědnosti firem spočívá ve správné komunikaci, která respektuje aplikaci v předchozím odstavci uvedených oblastí, a v budování důvěry se všemi osobami a organizacemi, které mají vliv na chod podniku nebo jsou jejím fungováním ovlivněny. Organizace usiluje o to pochopit jejich očekávání a následně pak nalézt způsob, jak uspokojit popř. sladit jejich očekávání s cíli firmy.

Před samotným navázáním dialogu se stakeholders je důležité jejich rozdělení do několika sourodých skupin. Zjistit jejich požadavky a očekávání je možné prostřednictvím různých komunikačních kanálů např. online diskuzních fór, dotazníkových šetření, individuálních setkání, telefonickými rozhovory. Na základě takto zjištěných informací je zapotřebí naplánovat proces navázání dialogu a spolupráce a zahájit dialog s tím, že je neustále využívána zpětná vazba.

Je zřejmé, že skupina stakeholders se u každé firmy liší, podobně jako se liší význam jednotlivých členů této skupiny u každé firmy a zároveň každý člen očekává od společnosti něco jiného. V zásadě je však možné rozdělit firemní okolí do dvou skupin: primární a sekundární.

Primární stakeholders zahrnují: akcionáře (zisk, růst hodnoty podniku, transparentnost), zaměstnance (spravedlivá odměna, nefinanční benefity, dobré pracovní podmínky, profesní růst, vzdělávání), zákazníky - stávající i potenciální (kvalitní produkty a služby, přiměřený poměr kvalita a cena, případný servis), obchodní partnery (včasné plnění závazků, seriózní jednání), místní komunitu (finanční i nefinanční podpora, sdílení informací) a různé neziskové organizace se vztahem k dané společnosti (minimální zátěž podniku na životní prostředí, kvalita života v dané lokalitě).

Sekundární stakeholders představují: veřejnost, vládní instituce a orgány samosprávy, média, různé lobbistické skupiny atd.

Je prozíravé vést dialog uvnitř i vně společnosti, který může být v některých případech velice složitý. Společnost svojí existencí ovlivňuje své okolí, ale jednotlivý představitelé okolí tzv. stakeholders mají v řadě případů bezprostřední vliv na dlouhodobý úspěch firmy. V případě, že se nepodaří nalézt shodu zájmů u klíčových stakeholders může dojít i k zablokování aktivit společnosti a jejímu faktickému zániku, čehož jsou si vědomy především malé a střední firmy.

1.2 ZAVEDENÍ PRINCIPŮ SPOLEČENSKÉ ODPOVĚDNOSTI

Zavedení společenské odpovědnosti v dané firmě se odvíjí od identifikace skupin klíčových stakeholders a definování cílů, kterým má být dosaženo u každé skupiny. Tyto základní principy společnosti jsou zveřejněny v etickém kodexu, na internetových stránkách společnosti a přispívají k:

- budování reputace, protože se management otevřeně přiznává ke své spoluodpovědnosti a za stav a chod společnosti,

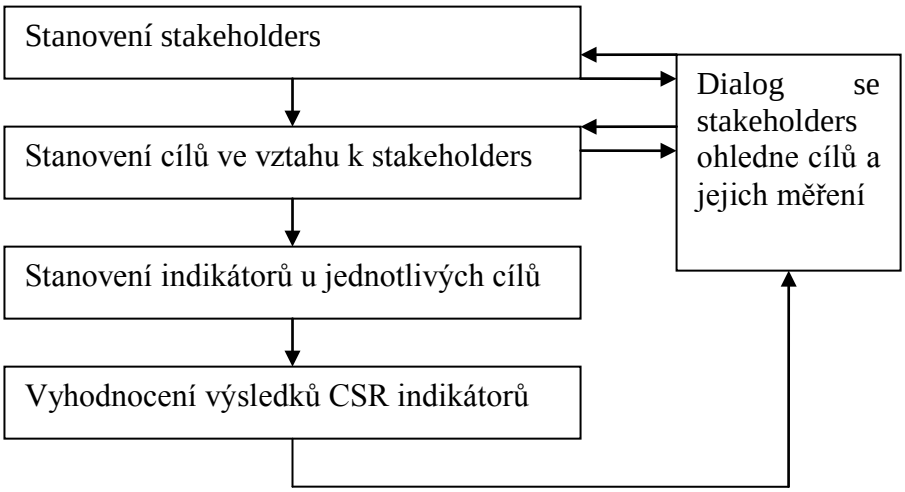
- posílení důvěryhodnosti a transparentnosti, protože management předesílá, že tradiční ekonomické cíle jsou doplněny o společensky prospěšné cíle tj. obohacení firemní strategie o aspekty sociální, ekologické, komunitní a etické.

Komunikace se stakeholders a její výsledky je možné hodnotit na základě zvolených indikátorů u každé skupiny.

Stakeholders	Indikátory úspěšnosti
Akcionáři	- dlouhodobá finanční situace (zisk, cash-flow), počet zveřejněných indikátorů hospodaření např. ve výroční zprávě
Zákazníci	- počet stálých a nových zákazníků, počet úspěšně vyřízených reklamací, počet zákazníků ovlivněných CSR, využívání dodatečného servisu, zákaznické hodnocení poměru cena a výkon

Zaměstnanci	- počet stálých zaměstnanců, počet alternativních pracovních režimů, nefinančních bonusů, počet zaměstnanců s hendikepem
Obchodní partneři	- počet stálých a nových dodavatelů, počet úspěšně vyřízených reklamací
Místní komunita	- výše finančních a materiálních příspěvků, ohlasy místní komunity, počet získaných ocenění, spotřeba energie a vody, množství tříděného odpadu a emisí

Následující schéma uvádí ve zjednodušené formě proces aplikace CSR ve společnosti:



1.3 PŘÍNOSY KONCEPCE SPOLEČENSKÉ ODPOVĚDNOSTI FIREM

Bylo by tedy mylné se domnívat, že strategie společenské odpovědnosti firem se týká pouze velkých organizací. Především pro malé a střední podniky[3], které za sebou nemají značnou zásobu kapitálu a zázemí velké instituce, je klíčové mít loajální zákazníky, dobré vztahy s místní samosprávou a občany v regionů a především pak spokojené a motivované zaměstnance. Díky těmto výsledkům se CSR logicky stává nedílnou

[3] Generální ředitelství pro podnikání a průmysl Evropské komise vydalo řadu návodů a příkladů úspěšné praxe ohledně strategie společenské odpovědnosti firem zaměřených na malé a střední podniky např. "Opportunity and Responsibility - How to help more small businesses to integrate social and environmental issues into what they do", "Responsible Enterpreneurship - A collection of good practise cases among small and medium-sized enterprises across Europe", publikované v roce 2003

součástí podnikatelské a marketingové strategie, která má zásadní vliv na to, jak se malé popř. střední firmě podaří překoná např. hospodářskou krizi, kritická období v rozvoji firmy atd.

Jednání podniku v souladu s principy obsaženými ve třech pilířích (ekonomický, sociální a environmentální) přináší společnostem řadu výhod a nefinančních benefitů:

- snazší nacházení a získávání pracovníků a obchodních partnerů, pro které se společnost stává aplikací CSR transparentní a důvěryhodný partner,

- levnější propagace společnosti vzhledem ke svému dobrému jménu,

- snazší komunikace s úřady a orgány místní samosprávy díky svému dobrému jménu,

- přístup k informacím a kontaktům z důvodu systematické komunikace s okolím,

- vyšší loajalita zaměstnanců kvůli férovému chování managementu,

- vyšší přitažlivost pro potenciální investory,

- snazší identifikace výrobku pro spotřebitele a odlišení od konkurenčních produktů a služeb.

1. 1.4 APLIKACE KONCEPCE SPOLEČENSKÉ ODPOVĚDNOSTI FIREM V ČR

V České republice byl poprvé uskutečněn rozsáhlý výzkum[4] na téma společenské odpovědnosti firem v roce 2003 společností Business Leaders Forum vzhledem k nedostatku dat, které by reflektovaly pohled a názory firem na strategii společenské odpovědnosti firem. Dotazníkové šetření 265 firem z celé republiky, přičemž malé firmy (do 49 zaměstnanců) tvořily 24 %, střední (do 250 zaměstnanců) představovaly 37 % a velké firmy (nad 250 zaměstnanců) 39 % z celkového počtu náhodně zvolených společností. Koncept CSR v té době neznaly především malé (neznalost u 60 %), ovšem neznalost se projevila i u středních a velkých firem úzce napojených na zahraničí (neznalo cca 25 %). Za stěžejní byla považována péče o zaměstnance následovaná transparentností a důrazem na životní prostředí při podnikatelských aktivitách. Průzkum kromě zmapování situace přispěl i k propagaci konceptu CSR, protože řada firem potvrdila spíše intuitivní chápání celé věci než faktické teoretické znalosti. Pouze 5 % z celého vzorku odpovědělo, že se o CSR dozvědělo ve spojitosti s Evropskou unií.

[4] Publikace nazvaná "Společenská odpovědnost firem - kompletní průvodce tématem & závěry z průzkumu v ČR " obsahuje kromě uvedeného výzkumu i příklady aplikace CSR v České republice.

Tento stav se po uplynutí šesti let od výzkum značně změnit kvůli osvětě, která byla zahájena na evropské úrovni a postupně začala prostřednictvím různých unijních projektových výzev pronikat do členských zemí. Kromě společnosti Business Leaders Forum, která po uskutečnění výše zmíněného výzkumu, uspořádala sadu bezplatných školení dané problematiky, se například Hospodářská komora České republiky v uplynulých dvou letech zapojila do dvou projektů CSR v rámci výzvy DG Enterprise Mainstreeming CSR for SME. Komora zorganizovat již několik školení na toto téma. Potřeba určité standardizace tj. vymezení požadavků z oblasti CSR přiměla řídící výbor ISO k přípravě samostatné mezinárodní normy IS0 26 000, která by měla vstoupit v platnost v roce 2010. Cílem této normy bude poskytnout návod pro funkční celospolečenskou odpovědnost v souladu s již existujícími dokumenty, kodexy a dalšími mezinárodními dohodami (např. Světová deklarace lidských práv, Deklarace ILO).

2. ZÁVĚR

Společensky odpovědné chování firmy ovlivňuje úspěšnost hospodaření, spokojenost klientů a zaměstnanců a v neposlední řadě i postoj veřejnosti, což ve svém důsledku přispívá k posílení tržní pozice a dlouhodobé prosperitě společnosti. Správná aplikace zásad CSR by v praxi neměla snižovat ekonomickou úspěšnost firmy. Právě naopak, měla by se stát významnou konkurenční výhodou. Úspěšná aplikace však významně závisí na správném zapracování principů CSR do celkové strategie firmy a jejich vhodná propagace uvnitř firmy ale i navenek.

3. LITERATURA

- Trnková, J.: Společenská odpovědnost firem - kompletní průvodce tématem & závěry z průzkumu v ČR, Praha: Business Leaders Forum, 2004, s. 58
- Responsible Enterpreneurship - A collection of good practise cases among small and medium-sized enterprises across Europe, European Commission, 2003, s. 50, ISBN 92-894-5472-5
- How to help more small businesses to integrate social and environmental issues into what they do, European Commission, 2003, s. 43
- Kotler, F.: Corporate Social Responsibility: Doing the Most Good for Your Company and Your Cause, John Wiley & Sons, 2005, s. 320 , ISBN 978-0471476115

Contact – email
pnetusil@kja.zcu.cz - krivka@kup.zcu.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

KAPITÁLOVÝ TRH A MECHANISMY MONITOROVÁNÍ MANAŽERŮ VÁZANÉ NA VÝVOJ TRŽNÍ HODNOTY PODNIKU

ROMANA NÝVLTOVÁ

Ústav financí, Fakulta podnikatelská, Vysoké učení technické v Brně, Czech Republic

Abstract in original language
Příspěvek se zabývá problematikou monitorování manažerů a možnostmi omezování jejich oportunismu v případě, kdy je vlastnictví podniků odděleno od jejich faktického řízení. Orientuje se primárně na možnosti, které vlastníkům podniků skýtá kapitálový trh - tedy na motivační systémy přímo vázané na vývoj tržní hodnoty podniku. Cílem příspěvku je stručné teoretické vymezení problematiky a následně pak shrnutí legislativní úpravy a možností využití těchto nástrojů v podmínkách České republiky.

Key words in original language
Správa a řízení; akciové opce; výkonností akcie; akcie s omezenou převoditelností.

Abstract
Paper deals with managerial monitoring and possibilities to prevent from managerial opportunism in the case of separation of ownership and managerial control. Paper is oriented on the tools provided by the capital market (market for corporate control) - i.e. equity based compensation. The goal of the paper is to provide theoretical background if this issue and to summarize legal arrangement and possibilities to utilize this tools in the Czech Republic.

Key words
Corporate governance; stock option; performance stock; restricted stock.

1. ÚVOD

Potřeba monitorování manažerů a omezování jejich oportunistického chování vystupuje do popředí v případě, kdy podnik využívá ke svému financování vlastní nebo cizí externí zdroje a jejich poskytovatel (investor či věřitel) se přímo neúčastní faktického řízení podniku. Dochází tedy k oddělení vlastnictví od řízení a ke konfliktu zájmů, který je umožněn informační asymetrií - jelikož se manažeři fyzicky účastní procesu řízení a rozhodování, mají ze všech stakeholderů nejlepší přístup k informacím. Konflikt zájmů mezi vlastníky a manažery podniků byl podrobněji analyzován v příspěvku Nývltové (2008c).

V souvislosti s odlišností struktury finančních systémů jednotlivých zemí, v nichž hraje větší (tzv. *market-based model*) či menší (*tzv. bank based model*)

úlohu v podnikovém financování trh cenných papírů (viz např. Nývltová, 2008b), lze rozlišit dva mezi modely správy a řízení společností (*corporate governance*), a to model vnější a vnitřní.

Pro *market-based* model typický vnější model správy spočívá ve využívání kapitálového trhu jako základního mechanismu monitorování manažerů. Tržní kurzy na kapitálovém trhu v každém okamžiku ohodnocují současné i očekávané výkony podniku, což vlastníkům poskytuje rychlý a levný informační systém pro monitorování manažerů. Na základě zjištěných negativních informací (propad akciového kurzu) buď vlastníci odvolají současné manažery, nebo podnik převezmou (*takeover*) jiní vlastníci, kteří věří, že výměnou manažerů zvýší jeho tržní hodnotu. Podprůměrné podniky jsou v důsledku tržního filtru vytlačeny z trhu.

V rámci vnitřního modelu správy, který je typický pro *bank-based* model finančního trhu, získávají výsadní informace o chodu podniku banky, které omezují oportunismus manažerů zejména důsledným monitoringem, hrozbou odepření úvěrů a přímou reprezentací specifických zájmů ve správních orgánech společností (vztahové bankovnictví).

Účinný mechanismus monitorování vlastníků je nicméně v obou systémech doprovázen i dalšími systémy omezování oportunismu manažerů. Konkurence na trhu práce nutí manažery jednat v nejlepším zájmu vlastníků a zajišťuje, že celkové náklady na stejně kvalitní manažerské služby jsou v každém podniku přibližně stejné. Podnik, který je ochoten manažery odměňovat nadprůměrně tak teoreticky přiláká ty nejlepší (Ross, Westerfield a Jaffe, 2005). Sami vlastníci pak mohou omezovat oportunistické chování manažerů správnou volbou členů správních orgánů společností (kteří přímo zastávají roli manažerů či je vybírají), pravidelným auditem, různými kontrolními systémy či různými motivačními systémy (*incentive compensation systems, executive remuneration*). Z hlediska cíle tohoto příspěvku je pozornost zaměřena na motivační systémy přímo vázané na vývoj tržní hodnoty podniku (*equity-based compensation*).

Příspěvek byl zpracován za finanční podpory Grantové agentury České republiky v rámci řešení grantového projektu GAČR č. 402/08/P531 Vybrané úvahy o zdrojích financování z kapitálových trhů v podmínkách českých nadnárodních podniků.

2. MOTIVAČNÍ SYSTÉMY S PŘÍMOU VAZBOU NA HODNOTU PODNIKU

Mezi základní nástroje motivačního odměňování manažerů přímo vázané na vývoj tržní hodnoty podniku (dále jen akciové motivační programy) patří výkonnostní akcie, akcie s omezenou obchodovatelností a programy akciových opcí. Výkonnostními akciemi (*performance stocks/shares*) se rozumí kmenové či prioritní akcie, které manažeři získávají na základě splnění určitého kritéria výkonnosti. Tím může být například dosažení definované výše zisku na akcii. V případě akcií s omezenou převoditelností

(*restricted stocks/shares*) získávají manažeři určitý počet kmenových či prioritních akcií, jejichž prodej je podmíněn splněním určitých podmínek, například dosažením počtu odpracovaných let či dosažením určitých výkonnostních charakteristik podniku. Akciové opce (*stock options*) fungují na principu běžných kupních amerických opcí[1] na cenné papíry. Aplikovány na manažerské motivační systémy dávají manažerům právo (nikoli však povinnost) koupit na základě smlouvy o koupi cenných papírů s odkládací podmínkou stanovené množství kmenových či prioritních akcií svého podniku v určitém budoucím období za předem stanovenou realizační cenu a následně je dle své vůle prodat. Pokud tedy tržní kurz akcií překoná realizační cenu, je opce „v penězích" a manažer realizuje zisk. Pokud není získání výkonnostních akcií či umožnění obchodování s akciemi omezenou převoditelností vázáno na tržní kurz, umožňují tyto dva nástroje narozdíl od opcí realizovat zisk i v případě poklesu kurzu.

Smyslem všech tří uvedených nástrojů je propojení zájmů manažerů se zájmy vlastníků, v důsledku čehož jsou manažeři při svém rozhodování vedeni stejnými motivy směřujícími k hlavnímu cíli – maximalizaci tržní hodnoty podniku. Běžné platy manažerů se navíc opticky přiblíží k platům zaměstnanců, což má pozitivní psychologické souvislosti. Proto jsou akciové motivační programy od počátku devadesátých let ve vyspělých ekonomikách oblíbených nástrojem odměňování.

Četné příklady z podnikové praxe[2] nicméně prokazují, že tyto systémy odměňování provází mnohá rizika. Zatímco na růstu akciového kurzu profitují vlastníci i manažeři, na poklesu kurzu ztrácí pouze vlastníci. Podnikové faktory nejsou jedinou determinantou vývoje akciových kurzů. Proto v období, kdy akciové trhy (kurzy) rostou, nemusí mít růst cen podnikových akcií s prací manažerů přímou souvislost. Nejrozporuplnější aspekt nicméně spočívá v pozici manažerů, neboť se jedná o insidery, kteří mají přístup k vnitřním informacím a možnost vyvolat zdání úspěchu například kreativním účetnictvím.

Akciové motivační programy se mohou ve své struktuře lišit a omezovat tak výše popsaná rizika. V případě akcií s omezenou převoditelností a výkonnostních akcií je důležité nastavení parametrů, za jakých je možno je převádět resp. nabývat. V případě akciových opcí je významná zejména otázka, ke kterému dni a jakým způsobem se stanovuje cena, za kterou je manažer oprávněn akcie nakoupit (např. maximální cena či průměr za období před vznikem funkce atp.), dále časová omezení vzniku opční smlouvy a uplatnění opce nebo různá omezení týkající se prodeje akcií,

[1] americká opce může být uplatněna kdykoliv před její splatností, narozdíl od opce evropské

[2] v roce 2007 např. francouzská společnost EADS (manažeři uplatnili akciové opce těsně před oznámením zpoždění výroby letadla A380 v dceřiné společnosti Airbus a poklesem ceny)

například maximální možný zisk, omezení prodeje v citlivých obdobích oznamování důležitých informací či povinnost uplatnit opci za vzniku určitých okolností.

3. AKCIOVÉ MOTIVAČNÍ PROGRAMY V PODMÍNKÁCH ČESKÉ REPUBLIKY

Akciové motivační programy v akciových společnostech v České republice podléhají schválení valnou hromadou. Jejich realizace předpokládá nabytí vlastních akcií, které upravuje § 161a a následující obchodního zákoníku[3]. Jmenovitá hodnota všech akcií v majetku společnosti nesmí přesáhnout 10 % základního kapitálu, oproti vlastním akciím vykazovaným v aktivech musí být vytvořen zvláštní rezervní fond a maximální doba držby vlastních akcií nesmí přesáhnout 18 měsíců.

Právní úprava motivačních programů se odvíjí od vztahu mezi podnikem a manažerem. Základním nástrojem úpravy vzájemných vztahů mezi podnikem a členem představenstva je smlouva o výkonu funkce, přičemž se jedná o vztah obchodněprávní. Jakékoliv plnění poskytované členovi představenstva, které nevyplývá ze zákona nebo vnitřního předpisu, podléhá buď přímému schválení valné hromady, nebo jejímu nepřímému schválení a odsouhlasení formou sjednání smlouvy o výkonu funkce. V případě akciových opcí je následně s členem představenstva uzavřena smlouva o smlouvě budoucí kupní, ve které jsou sjednány konkrétní podmínky, za nichž lze akciové opce uplatnit. V případě uplatnění opce je rozdíl mezi realizační cenou opce a prodejní cenou akcie předmětem daně z příjmů.

Obdobný princip bude aplikován na výkonnostní akcie. Co se týče akcií s omezenou převoditelností, pak platí, že akcie společnosti znějící na majitele jsou neomezeně převoditelné. Stanovy nicméně mohou omezit převoditelnost akcií na jméno a to tak, že jejich převoditelnost je vázána buď pouze na stanovení podmínek definovaných stanovami, nebo i na udělení souhlasu orgánu společnosti.

Poněkud jiné konsekvence má vztah mezi podnikem a manažery v pracovněprávním vztahu, který zakládá zaměstnanecký poměr těchto osob ve společnosti. Na tyto manažery se vztahuje zejména § 158 obchodního zákoníku týkající se nabývání akcií zaměstnanci za zvýhodněných podmínek (dříve zaměstnanecké akcie). Stanovy nebo usnesení valné hromady o zvýšení základního kapitálu mohou určit, že zaměstnanci nemusí splatit celý emisní kurs akcií nebo celou cenu, za něž je společnost pro zaměstnance nakoupila, pokud bude rozdíl pokryt z vlastních zdrojů společnosti. Takto utrpěná ztráta narozdíl od vyspělých zemí není v České republice daňově uznatelným nákladem. Souhrn částí emisního kursu nebo kupních cen všech akcií, jež nepodléhají splacení zaměstnanci, nesmí

[3] Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník

překročit 5 % základního kapitálu v době, kdy se o upsání akcií zaměstnanci nebo o jejich prodeji zaměstnancům rozhoduje.

Další alternativou týkající se akciových motivačních programů pro manažery v pozici zaměstnanců je ustanovení § 178 odst. 4 obchodního zákoníku, týkající se podílů zaměstnanců na zisku společnosti. Dle tohoto ustanovení se zaměstnanci mohou ve shodě se stanovami podílet na rozdělení zisku, přičemž stanovy mohou určit, že tento podíl ze zisku lze použít pouze k úhradě části emisního kursu akcií, jež podléhá splacení zaměstnanci společnosti (podle výše citovaného § 158) nebo kupních cen akcií společnosti zaměstnanci, a to formou započtení.

Konkrétním příkladem akciových motivačních programů z české podnikové praxe je opční program společnosti ČEZ, a.s., který byl schválen valnou hromadou v roce 2001. Program se týká členů představenstva a členů řídícího výboru ČEZ, kterým nárok na podpis opční smlouvy vzniká 3 měsíce po nástupu do funkce. Program zahrnuje možnost zakoupit akcie společnosti za cenu před jejich nástupem do funkce – do 20.dubna 2006 se jednalo o průměrnou cenu za 6 měsíců před nástupem do funkce, od 20. dubna 2006 se jedná o průměrnou cena za 1 měsíc před nástupem do funkce. Od počátku opčního akciového programu se realizační cena akciových opcí stávajících členů představenstva a řídícího výboru ČEZ pohybovala od 139 Kč do 829 Kč, přičemž opce jednotlivých členů řídícího výboru se vztahuje na 75 tisíc kusů akcií, členů představenstva na 300 tisíc kusů akcií a předsedy představenstva na 750 tisíc kusů akcií. Kurz akcií ČEZ zaznamenává významný růst od roku 2004, akciové opce přitom začaly být uplatňovány od ledna 2007. Ve druhém pololetí roku 2007 dosahoval akciový kurz dosud nejvyšších hodnot (průměrná cena 1 200 Kč na akcii).

Literature:

- Jensen, M.C. - Murphy, K. Remuneration: Where we've been, how we got to here, what are the problems, and how to fix them. Finance Working Paper 44/2004 [online]. European Corporate Governance Institute. July 2004 [cit. 2008-01-15]. Dostupné z <http://www.ecgi.org/wp/wp_id.php?id=65>.
- Nývltová, R. Interakce podniku a kapitálového trhu. Praha: Vysoká škola ekonomická, Fakulta podnikohospodářská, 2008(a).
- Nývltová, R. Jak přistupovat ke kapitálovému trhu ve výuce podnikových financí v České republice. In. Ekonomické vzdelávanie v znalostnej ekonomike. Zborník z medzinárodnej vedeckej konferencie [CD-ROM].

Bratislava: Ekonomická univerzita v Bratislave, Národohospodárska fakulta, Katedra pedagogiky, 11.11.2008(b). ISBN 978-80-225-2653-1.

- Nývltová, R. Potřeba regulace kapitálového trhu vyplývající z konfliktu zájmů mezi vlastníky a manažery podniků. In. Dny práva 2008: 2. ročník mezinárodní konference pořádané Právnickou fakultou Masarykovy univerzity. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 4. – 5.11.2008(c). Spisy Právnické fakulty MU (řada teoretická); 337. ISBN 978-80-210-4733-4.
- Ross, A.S. - Westerfield, R. W. - Jaffe, J. Corporate Finance. 7th ed. McGraw-Hill/Irwin, 2005, 942 s. ISBN 007-282920-6.
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník

Contact – email

nyvltova@fbm.vutbr.cz

FINANČNÁ KRÍZA A ZVYŠOVANIE KONKURENCIESCHOPNOSTI MUNICIPALÍT

ALENA PAULIČKOVÁ

Fakulta práva Janka Jesenského, Vysoká škola v Sládkovičove, Slovensko

Abstrakt v rodném jazyce
Mestá a obce musia prijímať racionalizačné opatrenia a hľadajú rezervy predovšetkým v efektívnosti hospodárenia a to ako v príjmovej, tak aj vo výdavkovej časti svojich rozpočtov. Transparentnejšie, hospodárnejšie a efektívnejšie by mali predávať a prenajímať svoj majetok a tiež efektívnejšie by mali vymáhať svoje pohľadávky.

Klíčová slova v rodném jazyce
Finančná kríza; mestá a obce; racionalizácia; efektívnosť; hospodárnosť; rozpočet.

Abstract
Towns and municipalities have to accept rationalizing steps and they look for provisions mainly in economy effectiveness in the incomes, as well as in expenses parts of their budgets. They should sell and rent their property more transparently, effectively and efficiently and they should also effort outstandings more effectively.

Key words
Financial crisis; towns and municipalities; rationalization; effectiveness; efficiency; budget.

Miestne rozpočty sa stali v poslednom období častým zdrojom konfliktov medzi lokálnou samosprávnou elitou a centrálnym riadením našej krajiny. Jadrom rozporov sa javia okrem iného najmä vzťahy medzi štátnym rozpočtom a rozpočtami miestnymi. Otázka riešenia týchto sporov je aktuálna už dlhší čas, no ešte žiadna politická moc po roku 1990 sa nepodujala prijať komplexné systémové riešenie financovania samosprávy na Slovensku.[1] Z akých možností financovania miestnej a regionálnej politiky si môžu politici pri riešení tejto otázky vzťahov medzi ústredným rozpočtom a miestnymi (resp. regionálnymi) rozpočtami vyberať a ktoré z týchto pravidiel uprednostňujú či odmietajú predstavitelia municipalít Slovensku.

V moderných liberálnych demokraciách, predovšetkým západoeurópskych, sa od konca 80-tych rokov čoraz intenzívnejšie presadzuje princíp subsidiarity, ktorý úzko súvisí s výkonom samosprávnych funkcií. Súčasný

[1] Malčická, L.: Financovanie regionálnej a miestnej politiky. Príklad Nemecka a Slovenska. http://politika.host.sk, s. 1.

trend v tejto oblasti totiž uplatňuje základnú zásadu, že každý nový problém je potrebné riešiť v prvom rade na úrovni, na ktorej vznikol. Preto dochádza nielen ku kompetenčnému, ale i finančnému posilňovaniu samospráv a miestnych správ v západnej Európe. Dôkazom tohto úsilia je i prijatie Európskej charty miestnej samosprávy, či najnovšie Európskej charty regionálnej samosprávy. Oba dokumenty by mali harmonizovať pravidlá a regulatívy postavenia samospráv v zúčastnených štátoch, pričom hlavnou charakteristikou je posilnenie ich autonómnosti a nezávislosti na centrálnej vláde.[2]

Po páde nedemokratického režimu v Československu v roku 1989 došlo k mnohým systémovým zmenám. Politici stáli pred komplexným problémom konštituovania nového modelu verejnej správy. Rozhodli sa pre duálny model, preto bolo nevyhnutné okrem miestnej štátnej správy konštituovať územnú samosprávu a jej orgány. Stalo sa tak v roku 1990, prijatím zákona SNR č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení. Na základe tohto zákona bolo obciam Slovenskej republiky umožnené v podmienkach stanovených zákonmi samostatne hospodáriť s vlastným majetkom a svojimi finančnými zdrojmi. Zákon o obecnom zriadení definuje samosprávy a ich orgány ako výrazne autonómne a nezávislé, ale reálnym ohrozením tejto nezávislosti sa zdá byť práve ekonomická situácia miest a obcí.

K aktuálnym otázkam financovania územnej samosprávy

- Nesúlad zákonov č. 523/2004 Z.z. a 583/2004 Z.z. Nesúlad je najmä v dôsledku rozpočtovania tzv. financovania prenesených kompetencií na územnú samosprávu, nakoľko obce nevedia rozpočtovať ani odhadom, koľko dostanú finančných prostriedkov aspoň na bežné výdavky.

- Kompetenčné spory vo vzťahu k financovaniu tzv. miestnych komunikácií (cesty 3. a 4. triedy), zákon o VÚC umožňuje daň z motorových vozidiel použiť aj iné výdavky ako na údržbu ciest.

Vzťah štátneho rozpočtu a miestnych rozpočtov v Slovenskej republike

Dominanciu centrálnej vlády pri analýze postavenia samospráv na Slovensku potvrdzuje fakt, že základné vzťahy medzi štátnym rozpočtom a miestnymi rozpočtami každoročne vymedzuje zákon o štátnom rozpočte. Samosprávne orgány teda o svojich príjmoch nielenže nerozhodujú, ale rozhodnutie centrálnych orgánov štátnej správy je im oficiálne známe až po schválení vládneho návrhu rozpočtu Národnou radou SR, teda najskôr v závere kalendárneho roka.
V zásade pri tvorbe príjmov samospráv ide o dve základné oblasti:

[2] Malčická, L.: Financovanie regionálnej a miestnej politiky. Príklad Nemecka a Slovenska. http://politika.host.sk, s. 3.

výšku a rozdelenie dotácií zo štátneho rozpočtu,

výšku podielov na centrálne vyberaných daniach a spôsob ich rozdelenia obciam.

Jedným z indikátorov postavenia samospráv v krajine je ukazovateľ podielu príjmov rozpočtov miestnych samospráv a centrálneho štátneho rozpočtu.

Návrhy na úpravu financovania

Bola vypracovaná ekonomická analýza, na žiadosť a podľa pripomienok Združenia miest a obcí, ktorá obsahuje rozsiahlu komplexnú úpravu verejného financovania, kde figuruje už aj úroveň regionálnej samosprávy s vymedzením jej funkcií. V zásade táto teoretická reforma vychádza zo základných princípov:

- zvýšená finančná zodpovednosť miestnych a regionálnych samospráv, aby nenarastalo nadmerne ich zadlženie, ktoré ohrozuje ich autonómiu,

- zvyšovanie prehľadnosti verejných výdavkov, ktoré umožní redukciu administratívnych úkonov, zlepší možnosť ich kontroly, ktorá by sa mala v súlade s ustanoveniami Európskej charty miestnej samosprávy orientovať na zabezpečenia zhody so zákonom a ústavnými princípmi,

- zabezpečenie štandardizácie predkladania rozpočtov a ich vyhodnotení,

- zabezpečenie vlastného fiškálneho potenciálu samospráv, pretože len tak je možná ich finančná autonómia,

- úplná sloboda samosprávy, v rámci zákonov, pri stanovovaní poplatkov a tržieb za miestne verejné služby,

- zabezpečenie eliminácie nadmerných rozdielov medzi stanovenými sadzbami, pretože tieto nadmerné rozdiely môžu viesť k deformácii konkurencieschopnosti,

- v prípade prechodného pretrvávania centralizácie manažmentu peňažného toku musí byť veľmi presne sledované obdobie splatnosti, tak aby nebola ohrozovaná solventnosť miestnej samosprávy a neboli ťažkosti v oblasti peňažného toku.[3]

Záujem o finančno-právnu reguláciu každoročne stúpa najmä v období schvaľovania štátneho rozpočtu a rozpočtov územnej samosprávy. Vždy sa

[3] Malčická, L.: Financovanie regionálnej a miestnej politiky. Príklad Nemecka a Slovenska. http://politika.host.sk, s. 7.

totiž rozhoduje o finančnom zabezpečení aktivít rozsiahleho spektra subjektov, a aj o požiadavkách občanov, teda o ich spokojnosti so zabezpečovaním ich potrieb a záujmov z verejných zdrojov, akumulovaných aj z ich príspevkov, napr. daní, poplatkov, poistného. Tomuto objektívnemu interesu verejnosti o finančno-právnu reguláciu určitého okruhu spoločenských vzťahov zodpovedá aj potreba vzdelávania sa v tejto oblasti.

Finančná kríza a otázky s ňou spojené

Náznaky oživenia hospodárstva sú zatiaľ veľmi krehké. V súčasnej situácii existuje veľká miera neistoty ohľadom ďalšieho vývoja globálnej ekonomiky, dĺžky a hĺbky recesie a obdobie oživenia sa posúva stále hlbšie do roku 2010. Vzhľadom na štruktúru slovenskej ekonomiky je pritom naša krajina závislá od obnovenia zahraničného dopytu, k čomu by mali prispieť aj štandardné či neštandardné kroky Európskej centrálnej banky (ECB). Na jej rozhodovaní sa po vstupe SR do eurozóny podieľajú aj predstavitelia slovenskej centrálnej banky.

Kríza sa nevyhýba ani municipalitám. Mnohé slovenské mestá sa dostávajú do ohrozenia a kolapsu, dôvodom je hospodárska kríza a legislatívne zmeny. Samospráva pritom už šetrí, kde sa dá, ale stále je to nedostačujúce. Ani výhľad do budúcna nie je uspokojivý. Samosprávy siahli do rezerv fondov, ktoré sa vytvárali v minulých rokoch. Rizikový a problémový vidia rok 2010.

Ako ďalej? Slovensko aj naďalej očakáva zvýšenie nezamestnanosti. Klub primátorov miest v Slovenskej republike upozornil, že samospráva cez rôzne objednané práce zamestnáva až 180 000 ľudí. Ak mestá nebudú mať peniaze, tak si nebudú môcť objednávať mnohé práce a činnosti a aj títo ľudia ostanú nezamestnaní. Klub primátorov si myslí, že zlepšiť finančnú situáciu samosprávy možno zmenou pravidiel rozdeľovania peňazí z dane z príjmu fyzických osôb – chceli by, aby až 100 percent výnosu tejto dane išlo do samosprávnej pokladnice, pričom obce a mestá by dostali 75 percent, zvyšných 25 samosprávne kraje. V súčasnosti z tejto dane dostáva 6,2 percenta štát, obce a mestá 70,3 percenta a kraje 23,5 percenta.

Tento silný finančný tok za minulé roky pomáhal mestám a obciam financovať presunuté kompetencie od štátu a riešiť vlastné rozvojové programy.

Ministerstvo financií Slovenskej republiky ešte v novembri 2008 predpokladalo medziročný nárast výberu dane o rekordných 18 %. Vo februárovej prognóze 2009 sa však už predpokladalo, že výber dane bude oproti novembrovému odhadu nižší o 7,5 %, a aj to bola veľmi silne optimistická prognóza.

Aktuálny vývoj nasvedčuje tomu, že situácia je kritická. Ministerstvo financií SR zverejnilo 3. júla 2009 podrobnú prognózu týkajúcu sa výberu daní do štátneho rozpočtu, ktorej súčasťou je aj znížený predpoklad výberu

dane z príjmu fyzických osôb. Z tejto analýzy vyplýva, že pôvodne rozpočtovaná daň (v celkovej výške 1 398 015 000 eur) je upravená, a predstavuje len cca 83,6 % z pôvodného rozpočtu. Otázkou aj pre ne však zostáva, či prepad výnosu dane nepôjde aj pod úroveň roka 2008. V tom prípade aj ony budú musieť siahnuť po úprave svojich rozpočtov.

Výpadok dane z príjmov fyzických osôb je veľký. V ostatnom období samospráva na Slovensku znížila počet pracovných miest viac ako o 25 tisíc s tým, že na jednej strane samosprávy šetria, ale potrebujú pomoc od štátu, ktorá by nemala byť jednorazovým poskytnutím finančných prostriedkov, ale prijatím systémových opatrení. Samospráva má záujem pomôcť slovenskej ekonomike tým, že vie riešenia, avšak potrebuje legislatívne opatrenia. Jednou z možností je, aby štát umožnil vyššie úverové zaťaženie samospráv. Okrem zmien v zákone o miestnych daniach a konkrétne dani z nehnuteľností, navrhujú do praxe zaviesť nový miestny poplatok. Ide o poplatok, ktorý vyvolá svojou investíciou každý väčší investor, napr. zásahom do cestnej infraštruktúry alebo výstavbou bytov, pričom vznikne následná potreba výstavby školy, škôlky. Tento poplatok by sa použil na konkrétne veci. Samospráva poukazuje na nevyhnutný krok pokračovať v decentralizácii. Súčasná kríza je aj v tom, že zlyhal centrálny systém a preto, čím viac zodpovednosti, právomocí a finančných prostriedkov budú mať mestá a obce, tým viac bude spoločnosť odolnejšia voči podobným javom, ako sú súčasné hospodárske problémy.

Aktívna politika trhu práce musí smerovať k zvýšeniu efektivity hľadania práce. To si vyžiada investície do vybudovania a zabezpečenia kooperácie medzi verejnými službami zamestnanosti, úradmi práce a orgánmi miestnej samosprávy. Taktiež bude potrebné rozvinúť kooperáciu medzi verejnými službami zamestnanosti a podnikmi. Bude potrebné prizvať aj ďalšie subjekty, ktoré by mohli prispieť k tvorbe programov zohľadňujúcich potreby a predstavy zamestnancov a podporovať ich zotrvanie na trhu práce. K riešeniu problémov na trhu práce by mal viacej prispieť sociálny dialóg tak na regionálnej a odvetvovej úrovni, ako aj na centrálnej úrovni.

Za účelné možno považovať uvedenie do života Public Private Partnership (PPP). Ide o dlhodobú spoluprácu pri financovaní projektov verejného a súkromného sektora pri realizácii projektov vo verejnom záujme.

Ďalej je možné poukázať na existenciu viacerých možností a spôsobov, ktoré by pomohli municipalitám. Patrí k nim aj možnosť uplatniť v mestách a obciach novelu zákona o rozpočtových pravidlách v územnej samospráve, ktorá od 1. marca umožňuje použiť kapitálové príjmy na bežné výdavky.

Ekonómovia sa vo všeobecnosti zhodli, že nejde o systémové riešenie, a že ich snahou bude správať sa pragmaticky, t.j. „neprejedať kapitálové zdroje“. Ekonomická a účtovná logika velí, že zdroje z predaja majetku majú slúžiť predovšetkým na obstaranie nového alebo zhodnotenie existujúceho majetku. Situácia však môže byť v druhej polovici roka vážna, obciam

a mestám môžu chýbať peniaze na školstvo alebo na sociálne veci, a v tom prípade si budú musieť pomôcť aj týmito zdrojmi.[4]

Rok	Daňové príjmy	Vlastné príjmy	Dotácie	Celkové príjmy	Bežné výdavky
1997	10 569,4	21 026,0	1 745,4	28 785,5	15 198,8
1998	11 402,2	22 145,3	1 801,3	28 872,6	15 916,3
1999	11 608,5	20 818,4	1 786,0	27 343,5	16 777,0
2000	12 799,2	23 615,2	1 999,8	33 657,4	18 747,6
2001	13 992,3	25 214,3	2 270,0	32 718,1	19 873,3
2002	16 891,0	29 259,4	2 535,4	57 489,7	34 311,8
2003	17 798,4	31 023,8	8 178,8	70 323,4	49 648,8
2004	19 737,0	37 571,1	12 766,8	76 220,9	52 055,8
2005	36 453,2	57 126,3	19 056,1	85 409,7	56 103,5
2006	40 793,8	66 384,2	20 372,3	99 414,7	62 358,2
2007	43 444,2	63 436,0	21 308,1	96 369,8	66 172,6

Tabuľka 1 Príjmy a výdavky rozpočtov obcí SR (mil. Sk)

Zdroj: štátne záverečné účty SR za roky 1997 až 2007 MF SR

Čo môžu obce urobiť, ak si chcú zvýšiť mieru samofinancovania?

Zvyšovanie finančnej nezávislosti samospráv obcí, a tým aj rastu finančnej sebestačnosti a miery samofinancovania, možno vidieť v týchto možnostiach:

- zvyšovaním výnosov z majetku obce na báze zhodnocovania jeho využívania vhodnou majetkovou a pozemkovou politikou,

- znižovaním bežných výdavkov racionalizáciou výkonov, napr. získavaním úspor dosahovaných spoločným výkonom niektorých verejných služieb s inými subjektmi vrátane iných obcí, kontrahovaním služieb so súkromným sektorom, vytváraním verejno-súkromných partnerstiev, štandardizovaním nákladov, digitalizovaním úkonov a pod.,

[4] Veverková, I.: Mestá a obce počas finančnej krízy. Právo pre ROPO a obce v praxi. Ročník II. č. 9/2009, Bratislava: Iura Edition, 2009, s. 7.

- zvyšovaním daňovej sily obce.[5]

Ďalšou možnosťou je podľa Klubu primátorov zmena rozpočtových pravidiel. Budú v prvom rade hľadať riešenia, ktorými by nechceli ani hotové peniaze. Skôr ide o riešenia, ktoré by zmenou pravidiel umožnili v budúcnosti zvýšenie príjmov do regionálnych pokladníc. Napríklad by mohli dostať mestá právomoc odpustiť investorovi na začiatku podnikania daň z nehnuteľnosti.

Situácia je skutočne vážna a preto sa pozrime na možné riešenia. Ekonomický prepad spôsobí značné prehĺbenie deficitu verejných financií. A s týmto sa môžeme vyporiadať v zásade nasledovnými spôsobmi:

1. drastickými úsporami vo verejnej správe, v štátnej správe i samospráve,

2. jednoduchým presunutím výpadku príjmov (hlavne daňových) a zvýšenia výdavkov (najmä obligatórnych, ktoré vzniknú v dôsledku 50 až 80 tisíc nových nezamestnaných) do zvýšenia deficitu verejných financií,

3. kombináciou oboch vyššie spomenutých ciest,

4. zriadiť centrálne miesto verejného obstarávania, ktoré by vykonávalo verejné obstarávanie formou elektronickej „on line“ burzy. Opäť žiadna špekulatívna konštrukcia. V praxi takýto model obstarávania úspešne funguje dokonca aj v podmienkach slovenskej komunálnej sféry. Úspešne ho realizujú niektoré mestá.

Záverom len možno súhlasiť s názorom SOPK. Na zlepšenie výkonu hospodárskej politiky štátu SOPK odporúča:

- na úrovni vlády SR a samospráv zlepšiť rozpočtovú disciplínu a zodpovednosť jednotlivých rezortov a ďalších úrovní verejnej správy,

- nedopustiť porušovanie zákona o štátnom rozpočte, ani pasívnu reakciu na zásadné zmeny v príjmovej časti rozpočtu,

- zabezpečiť deklarované zefektívnenie verejnej správy (zlúčiť ministerstvá, zrušiť nepotrebné inštitúcie štátnej a verejnej správy (napr. FNM SR),

- permanentne znižovať nákladovosť na úrovni štátnej správy, ale aj samosprávy,

---

[5] Žárska, E.: Finančná analýza obce a jej ukazovatele. Právo pre ROPO a obce v praxi. Ročník II. č. 9/2009. Bratislava: Iura Edition, 2009, s. 12.

- kontinuálne aj v priebehu roka sledovať a zabezpečovať efektívny vývoj deficitu verejnej správy.

- zamedziť manipuláciám a korupcii pri verejnom obstarávaní štátnej a verejnej správy a samosprávy, okamžite vyžadovať personálny až trestný postih v prípade porušenia princípov výhodnosti pre obstarávateľa, posilniť kontrolnú pôsobnosť Úradu pre verejné obstarávanie a dôsledne vyžadovať jeho aktívnu činnosť,

- prioritne zaviesť poriadok vo verejnom obstarávaní, razantne potláčať presadzovanie lobistických záujmov už v rámci súčasnej legislatívy, v prípade potreby aj novelizáciou zákona o verejnom obstarávaní, osobitne v nasledujúcich oblastiach:

- uprednostnenie výrobcov pred sprostredkovateľmi,

- zabezpečenie kvality dodávok,

- odstránenie diskriminácie pri zábezpekách,

- odstránenie skresľovania konkurenčných ponúk v procese hodnotenia a porovnávania ponúk,

- vecne obmedziť využívanie časovej tiesne pri vyhlasovaní verejnej súťaže najmä na oblasť vis major (vojna, štrajky, zemetrasenie, živelné pohromy),

- dôsledným preverovaním dôveryhodnosti účastníkov verejného obstarávania zamedziť účasť v súťaži nedôveryhodným osobám, resp. s nevyjasnenou vlastníckou štruktúrou,

- zabezpečiť centrálne verejné obstarávanie pre všetky ministerstvá a ďalšie orgány štátnej správy a pre inštitúcie verejnej správy,

- prehodnotiť pôsobnosť Úradu pre verejné obstarávanie v záujme zvýšenia jeho kontrolnej činnosti vrátane možnosti vyvodzovania zodpovednosti pri porušovaní pravidiel verejného obstarávania.[6]

Ak sa budeme uspokojovať faktom, že rastú verejné dlhy aj niektorých iných krajín len do okamihu, keď náklady na obsluhu verejného dlhu sa stanú pre Slovensko neúnosnými, t.j. pri súčasnej výkonnosti slovenskej

[6] Trančík, I. – Vlčko, J. a kol.: Východiská z krízy na Slovensku z pohľadu SOPK. Manažment podnikania a vecí verejných – dialógy. IV. ročník, č. 10/2009. Bratislava: Slovenská akadémia manažmentu, 2009, s. 65-66.

ekonomiky už nefinancovateľnými. A tak sa stane, že samotný verejný dlh bude prekážkou „pokrízového" ekonomického rastu. Náklady na obsluhu verejného dlhu budú absorbovať značné ekonomické zdroje, ktoré budú chýbať na financovanie rozvojových fiškálnych impulzov. Pri 6%-nom deficite verejných financií v r. 2009 nám budú v rozpočte chýbať približne 4 mld. eur.

Literatura:

- Veverková, I.: Mestá a obce počas finančnej krízy. Právo pre ROPO a obce v praxi. Ročník II. č. 9/2009, Bratislava: Iura Edition, 2009

- Žárska, E.: Finančná analýza obce a jej ukazovatele. Právo pre ROPO a obce v praxi. Ročník II. č. 9/2009. Bratislava: Iura Edition, 2009

- Trančík, I. – Vlčko, J. a kol.: Východiská z krízy na Slovensku z pohľadu SOPK. Manažment podnikania a vecí verejných – dialógy. IV. ročník, č. 10/2009. Bratislava: Slovenská akadémia manažmentu, 2009

- http://politika.host.sk

Kontaktní údaje na autora – email:
alena.paulickova@vssladkovicovo.sk

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THE POSTMODERN AMERICAN LIBERALISM BETWEEN THE ANTHROPOLOGICAL AND SOCIOLOGICAL APPROACH

SORIN PUREC

Faculty of Letters and Social Sciences University Constantin Brancusi of Targu-Jiu, Romania

Abstract in original language
This article discusses two major approaches of the American, contemporary liberalism became traditions in the contemporary, political thinking. The first type of approach is the pragmatism and the relativism specific to the analitic philosophy as we find it in R. Rorty's thinking. The second type is that of Fukuiama and it is a socio-historical and economic analysis of the political problems.

Key words in original language
Contemporary liberalism; pragmatism.

To speak of liberalism in America, outside scientific circles, is somewhat risky, given the popular perception of this old political doctrines which is close to the incomprehensible extremism. It is true that this kind of "understanding" has been greatly facilitated by Libertarianism current and their eccentricity related to the state, the law, morals, economic relationships, etc. However, what we are interested in this article is something else: the vision of the great American liberal theorists. In a strange way, what brings new to today's liberalism comes from America, where liberalism is incomprehensible, where there is no liberal party, but all parties are liberal.

We will refer here to two of the major currents of thought in Anglo-Saxon thinking of the contemporary world. The first is the postmodern, full of pragmatism and relativism characteristic for the practical analytical philosophy especially in the last half century, and the second is the quasi-economic side, structured on the award-winning new social sciences: anthropology and sociology. In order to achieve this, we will make a brief overview of important ideas, with main reference to two eloquent works on fundamental characteristics of these currents: Richard Rorty's essay entitled Postmodern Bourgeois Liberalism and work - more extensive, but not richer from a theoretical point of view - Francis Fukuyama's, The Great Rupture. Human nature and social order restoration. The aim is to underline a full compatibility between these two trends, compatibility designed to reveal a concept difficult to conceptualized, but easily found in the philosophy of the last century: the lowering of morals in a market dominated by the rules that have an economical origin, functional in a delimited space and at a certain moment of time, ensuring only those deliberative tools to the human being, tools that are necessary for his living in the community that he is part of.

Rorty called postmodern bourgeois liberalism the attempt to defend North-Atlantic democratic institutions without using a transcultural and ahistorical morality and the resonance of the expression is justified through the necessity of defining as comprehensively this current, meaning, stating that this power granted exclusively to justify practices and social organizations only under certain historical conditions (and therefore can be called bourgeois) and that shows a total distrust regarding the "meta- stories" (and thus, according to Lyotard meaning of this term, it can be called postmodern). Rorty proposes to suggest "how these liberals could convince our society that loyalty to itself is morality enough, and that such loyalty does not need an ahistorical fundament" (Rorty, 2000a, p. 349). According to Rorty, the most moral dilemmas are consequences of the fact that we identify with multiple groups and that we are reluctant to give up one or another of these identifications, or to significantly promote any of them. The diversity of identifications increases with education and the number of communities with whom a person can identify and increase together with the civilization. (Rorty, 2000a, p. 350).

The political discourse of the democrats consists in enouncing the effects of practices and in the construction of predictions about what would happen if the practices should be changed. Such a discourse is the expression of the moral deliberation of the postmodern bourgeois liberalism, so that it avoids the formulation of general principles, "except situations in which a certain special tactic is required - for example when writing a constitution or in case of the rules of storage for children "(Rorty, 2000a, p. 350). These are manifestations of postmodern bourgeois liberalism in the field of morals. The main objections to this way of seeing things would be, according to Rorty: 1) failure to grant human dignity to an individual isolated from the community (child lost in the forest) and 2) ability to identify postmodernism with relativism which auto traces itself. The first is removed by stipulating capacity (included in the tradition of community) of "giving back dignity to a foreign human being" (Rorty, 2000a, p. 351). The second is removed by the observation that postmodernism can not be accused of relativism unless a meta story is attached to it. Or, this is a vicious way to define postmodernism, which means that the relationship of postmodernism with philosophy must be redefined.

Let us now explain what meta stories are, in order to determine more precisely the position of Rorty. Perhaps more accurate would be to call them story with meta characters; Divinity; Historical necessity or categorical imperative of meta characters. We are not interested who are the characters - if the story comes from networks and communities with whom we identify, putting even a simple relationship above them by which to judge different communities, then we are dealing with the simplest case of narrative with meta characters. The relationship is the meta character and the story is a contemplative one becoming a meta story. Thus, postmodernism with the meta story become a relativism which is auto tracing itself (through the inconsistency of the historical relationship – the intra communitarian one –

and the one that stands as a meta character). The error, indicates Rorty, comes from the fact that postmodernists do not propose any meta character and therefore no meta story. If we insist on the necessity of the identification relationship between meta character and philosophical position, "then the postmodernism is post philosophical" (Rorty, 2000a, p. 352). But, says Rorty, it would be much better to give up this relationship of identity. We have to give up the idea of giving a meta story to the post modernists and to lower the signification of certain terms like 'rational' and 'moral' inside the community.

Approaching the topic of Postmodern Bourgeois Liberalism (Rorty, 2000), Richard Rorty distinguishes between people of Kant and Hegel people. The first are those who "believe that there are things like anything intrinsic human dignity, human intrinsic rights and an ahistorical distinction between morality and prudence requirements" (Rorty, 2000a, p. 344). The others, Hegelians, say that "humanity is rather a biological concept than a moral one, that there is no human dignity that does not derive from the dignity of a specific community or a call to impartial criteria beyond the relative merits of different present or possible communities criteria that help us evaluate these merits "(Rorty, 2000a, p. 345).

Thus, the social philosophy of the "English-speaking world" is divided, according to Rorty, between the positions of Kantians and their critics. The result? A dispute over social responsibility. We have here a fictional dispute: the Kantians criticizes any attempt to build moral on the interest of the community, while Hegelians deny the need of reporting to a "common interest of mankind".

Fukuyama's approach concerns the relationship between social order and human nature as it appears (or as it is built, even if we refuse to accept its existence) in the general social sciences: through sociology statistical scaffolding, plus explanations quasi - unreal of anthropology. The major premise of this approach is the great rupture produced in the social values (with emphasis on those values that cover morals) in the second half of the twentieth century. Fukuyama is the father of the famous thesis exposed in The end of the last man's history according to which, the institutions of liberal democracies of the late twentieth century represent the form of social organization sufficient for the end of history, understood not as a way of developing events, but in the Hegelian sense of dialectics of social tensions, considered both at level of individuals but also of groups (regardless of their aggregation criterion). The author does not definitely abandon his thesis concerning the end of history and does not radically change his discourse. There is no alternative to liberal democracy, so any society that tends for an order that would ensure prosperity should adopt the institutions of liberal democratic societies, however, if the thesis of the end of history was built on the concept of optimal social equilibrium (provided, in view of Fukuyama, by the institutions of liberal democracy), the thesis of this big break has as a background the concept of social capital, brought to the fore in the last quarter of the twentieth century by the sociologist James Coleman. We are

dealing with an old concept, representing a social phenomenon perceived as such by all thinkers who were bent on social organization, but never covered under a single name. Defined succinctly, social capital is a set of informal rules that enhance cooperation in a social group, creating what we call externalities in terms of economic thought - positive or negative effects outside the group, according to the dominant vector: the radius of trust or size group.

This concept allows a treatment of the issues of informal norms through certain parameters which become traditional exponents of social order: crime, deviance of the family (disturbance of birth and divorce rates) and confidence. Great tribulation that it bears with it the concept is the impossibility of quantifying, either as a value belonging to a past historical moment. However, there are many cases where, for justifying the existence of such a concept, statistics are being used. This happens not only to determine the social capital or a similar concept which is concerned, how to distinguish between a capital-rich and a poor one.

An observation which is invariably reached is that the same institution in different societies operates differently. Robert Putnam concludes his study on local government in the regions of Italy (Putnam, 1993) that networks of reciprocity and solidarity are not the product of socio-economic modernization, but its conditions. Douglass North, in the historical analysis of the relationship between institutions and trade (North, 1991), finds a relevant discrepancy between the institutions of Western Europe and those of Latin America and puts it on the account of the relations between individuals: in Europe they are impersonal - allowing and even encouraging interaction between individuals who do not belong to the same group - and in Latin America are "personalized" (North, 1991, p. 111), which prevents the formation of an institutional framework related to economic and technical needs. We must retain the fact that North called institutions throughout the range informal constraints (customs) and that of formal rules (the Constitution) designed for individuals in order to create order.

In terms of social capital, these observations (which we have sufficient reason to call them genuine hypotheses) (Zaicu, 2006) can be aggregated and regrouped as: where the radius of trust does not cover the group (and so there is even members of the group not receiving the trust and in relation with them, informal norms are not respected), and this occurs in a significant number of groups, you can not create an institutional framework which leads to a "socio-economic modernization, in the sense of developing interactions between society's individuals at the same rhythm with technological and economic development acting normally on contemporary societies, externalities are mainly negative and do not allow the development of institutions and the socio-economic progress. The main idea is that the state is no longer able to maintain order through the legal system, can no longer support order when it comes to morality, and it no longer needs this order to legitimize itself, and thus, it no longer wishes to have

this role. Thus, non attributes enter the stage: aggregated groups based on functional criteria that tend replace the nation-state.

Fukuyama's considerations on the social order are a detailed analysis of the atomic structure of the social order. From this perspective, Putnam, Coleman, Mancur Olson et. al. performed tests on molecular structures. The novelty would be so this 'jump' to a lower structural level, which is of particular relevance in the current context in which multiculturalism and globalization, the miracles of contemporary moral – political chemistry, tend to focus the discourse of social philosophy people to a higher structural level.

The steps taken by Fukuyama are:

1) Parameters of social order show us that it is going through a crisis.

2) The real causes of the crisis are found in the social capital which, for various reasons, declined sharply (causing negative externalities).

3) In history there have been many such ruptures, usually as a result of technological leaps, overcome with the biological mechanisms of socialization (e.g. human nature), but also with the non-biological mechanisms of socialization (e.g. practice trust); an interim conclusion is that the relationship between village and social capital (with direct implications on social policy) has historically followed a sinusoidal path - this invalidates the hypothesis that places the capitalism as a consumer that runs out of social capital.

4) Starting from historical data (which shows that organic and non-biological mechanisms that can not be significantly affected by this crisis is working to restore social order) and social order parameters can be measured in real time (e.g., adjusting to new requirements of which the social order must take into account, such as the unprecedented growth of information flow), we must be optimistic: the reconstruction of social order is possible (and maybe even started, but we can not have this certainty until the drained time allows quantification of certain parameters).

We are concerned here only on the implications of this moral analysis and these are important, because this view operates with rules of behavior on which the social order is based. Moral foundation is fully compatible with the one that Rorty uses in building the concept of postmodern bourgeois liberalism, consisting of the rules of an intercultural and historical morality. We could say that Fukuyama's approach is an exercise in applied ethics, which proves the validity of the conclusion that transcultural and ahistorical foundations of morality are philosophical illusions (meta stories). The problem? Optimism around which this moral perspective is being built is based on a choice according to an arbitrary criterion, which requires a deliberative system too complex for the individual or group that must choose.

Rorty is fully consistent in his optimism, applying, in good pragmatist tradition, the same criterion for classification of useful illusions: between the New Testament and Manifesto of the Communist Party, both failed prophecies but which offer hope, being able to influence for the better the moral behavior, the least harmful can only be the second, because the promise that it makes has an application in the real life, here, not the one after death (Rorty, 2000b). At this level you can see from the best point of view this problem that we are talking about: optimism with regard to an appropriate choice between the New Testament and Manifesto of the Communist Party as an inspiration for an adequate moral behavior means a choice made by the individual. But even this simple choice involves an important effort, which should lead first to the note that these writings are not only failed predictions that they have, beyond interpretable promises, factors that constitute the moral values which we must choose.

We could emphasize some general principles (possibly only one, as in utilitarianism) from which we can deliberate in private cases. But these general principles can not be raised beyond the group, given the conditions of possibility of moral deliberation of postmodern bourgeois liberal and their establishment is considering only special situations (such as writing the Constitution). Moral dilemmas do not come from the fact that "most of us identify with a number of different communities and are equally reluctant to the idea of marginalizing in relation to any of them" (Rorty, 2000a, p. 350), but from the fact that, without the principle, deliberative effort is significantly more demanding. Therefore, Rorty leaves himself, once again consistent in his optimism, these deliberative efforts on behalf of tradition, without noticing that the tradition is based on principles. The possibility that an intruder in the group to which the individual has a moral responsibility can be treated according to its dignity of man is made on Rorty's account of tradition (Rorty, 2000a, p. 351). It is correct the fact that the author refers only to the tradition of the community which is part of the Anglo –Saxon world, limiting in this way the scope of optimism or only to the world and in this way he obtains a strong premise in supporting those sustained by him, but just here should be noted that that tradition is given by an ahistorical moral foundation, which he benefits from in his demonstration. Nothing wrong with this benefit, but what about where the tradition is obsolete? What are the benchmarks for deliberation in new cases? (Let's say, in the case of identification with a community lacked of tradition - and here probably the first and most eloquent example is that of a virtual community).

Turning to the application of Fukuyama, we note the same problem: the belief that trust between individuals will restore and rebuild social capital because history has shown us that this happens. There is one change: this time not only technological leap to post-industrial society was the basis of the fracture, but also those dilemmas which Rorty recalled, due to the identification of the individual with several communities. The individual is asked to deliberate without landmarks. Old sources for landmarks and

behavioral rules have been faced with situations which were not answered or were simply removed. Similar views are quite common in contemporary moral thinking, which makes Zygmunt Bauman to conclude that we face a "postmodern divorce" (Bauman 2000, 151 ff.) between the state as the main social actor and the moral existence citizens. After this divorce, a moral market has been created where goods have a variable standard, with local availability. This is the result of a reconstruction which wanted a smoother transition among the horns of moral dilemma created by the answers to the question what should I do?, crossing which in turn leads to new dilemmas created by answers to the question what to do?

In other words, the problem is that in contemporary society – that is in the most economically developed societies, which we commonly see as exponents of a desirable social order - a moral responsibility stops, quoting from Pascal, in front of the Pyrenees ! How is it that we are so optimistic that we believe that the moral market is compatible with that from over here? Sooner or later, to explain this compatibility will use a common standard, which requires at least a principle to cross any community and to which any individual will have responsibilities, every individual who is responsible to his community. And this operation does not involve granting a rating, but finding a benchmark, other than the community to which we belong. The observation that so far we did have not have the certainty of moral behavior arose from rules, but could be according to the rules, but based on interest is not sufficient to dispense benchmarks. The unfortunate aspect of dethroning transcultural and ahistorical foundations of the pedestal of morality does not consist in this dethronation, but in the fact that fundamentals were given up. What is more, this waiver is considered a progress, given that the optimism of those who seek reconstruction of the moral building, indicates a strong conviction that something completely useless was dropped, since the new foundation were planted in the individual, who will not hesitate to use them. Thus, "the story of progress is the story told by the winners" (Bauman. 2000. 246). True, but we must not forget that it is only a historical narrative.

Literature:

- Zygmunt Bauman. Etica postmodernă, Timişoara, Editura Amaracord, 2000
- Francis Fukuyama. Marea ruptură. Natura umană şi refacerea ordinii sociale, Bucureşti, Editura Humanitas. 2002
- Francis Fukuyama. Sfârsitul istoriei şi ultimul om, Bucureşti, Editura Paideia, 1992
- Douglass C. North. Institutions, Journal of Economic Perspective, volume 5, Number 1. 1991 (p. 97-112)

- Robert O. Putnam. Making Democracy Work; Civic Traditions in Modern Italy, Princeton, Princeton University Press. 1993
- Richard Rorty. Liberalismul burghez postmodern, în Eseuri filosofice: Obiectivitate, relativism şi adevăr (vol. 1), Bucureşti, Editura Univers, 2000 (p. 344-352). (2000a)
- Richard Rorty, Phatted Prophecies, Glorious Hopes, în Philosophy and Social Hope, London, Penguin Books. 2000 (p. 171-177). (2000b)
- Viorel Zaicu, Liberalismul postmodern în viziunea lui Rorty si Fukuyama, în Constructie si deconstructie în filosofia americană contemporană, Bucuresti, Editura Academiei Române, 2006, (p.753-759)

Contact – email
sorin.purec@gmail.com

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

THEORY OF VALUE IN NONLINEAR ENVIRONMENT

MOJMÍR SABOLOVIČ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Recent economics environment may have been bow to nonlinear economics dynamics. Mainstream economics flowing from Ricardo's approach to equilibrium reaching lose foundation. Entropy theory of value is an analytical theory based on fundamental physical laws. The entropy theory of value is the analytical formalization of Walras' vision of value as a function of scarcity.

Key words in original language
Value; Entropy; Scarcity; Substitutability; Physics Laws.

1. INTRODUCTION

Recent economics environment may have been bow to nonlinear economics dynamics. Mainstream economics flowing from Ricardo's approach to equilibrium reaching lose foundation. Neoclassicists look up to methodology of physics. Therefore, explore optimum, homeostatis with internal and external environment. Human being becomes aggregate unit. On the other hand, classical ecomists as from Smith come from methodological individualism. This is a part of Austria School of Economics nowadays. Methodology comes from biology and evolution. This is not static and nonlinear.

2. ENTROPY THEORY OF VALUE

Entropy theory of value is an analytical theory based on fundamental physical laws (Chen, 2002). Dynamics of external economics environment is anchored in laws of physics. We suppose paradigm of theirs relevance and invariance. On the contrary thoughts of various schools of economics agree with changes in external economics environment only for a short run. Current economic crisis is a proof of momentariness of economics models. In comparison to physical laws are these constant in a long run. One of the conceptions suitable for explanation of this approach in nonlinear environment is translation entropy to economics thought.

Fundamental terms for explanation are energy and entropy. Energy is the subject of the first law of thermodynamics. Entropy is the subject of the second law of thermodynamics.

Entropy theory of value contains one of the peculiar roles in economicus thoughts. It came to broader consciousness in 1940s. Progress of entropy theory of value relate to woks of Shannon and Wiener on information theory

(Shannon, 1949; Weaver, 1949). However, Shannon's definition of information is not identical with current conception.

2. ANALOGIES ECONOMICS AND PHYSICS

World around as we described via abduction. Whole variable are simplified to (X,Y,Z…). Today the real world of economics might not describe merely in terms of conventional economic variable (unemployment rate, GDP, aggregate demand, etc.) (Jaynes, 1991). Jayson points that macroeconomic system does not move in response to first movers from common theories. The direction of increasing entropy is similar to behavior of conservation laws of nature and government. Just as thermodynamics system makes its approach to equilibrium in the direction of increasing entropy as constrained by the conservation of mass, energy, etc. Thermodynamic entropy of macrostate is defined by specifying pressure, volume, energy, etc. The number of macrostates can be realized by the logarithm of the number of microstates (quantum states). Economic entropy S we refer is a function: S (X,Y,Z…) = log W (X,Y,Z…). Where W is multiplicity factor of the macroeconomic state (number of different microeconomic ways in which it can be realized) S is a state of macroeconomic factor exp(S).

Results of implication physical entropy to economic entropy suggest following. The system does not necessarily move to neighboring higher entropy available.

3. VALUE ORIGINS

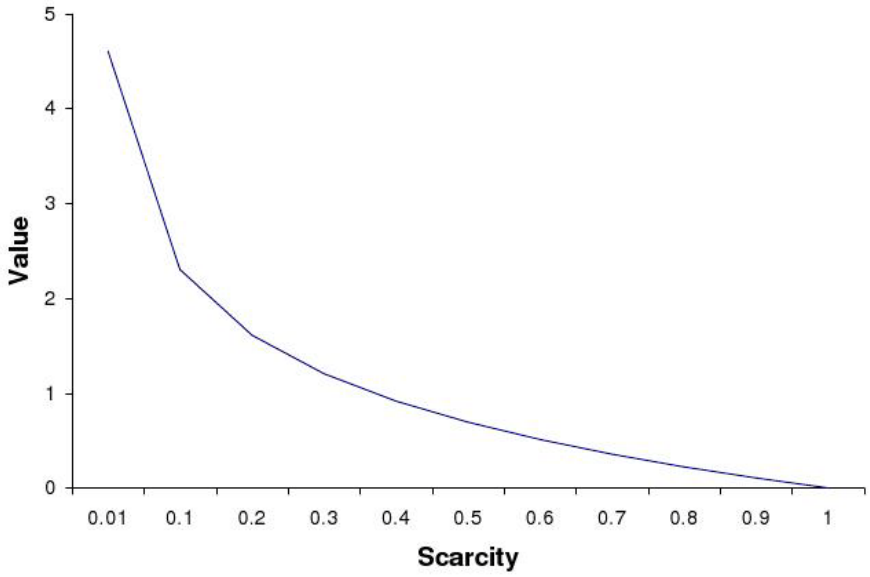
The entropy theory of value is the analytical formalization of Walras' vision of value as a function of scarcity (Chen, 2002). Chen point economic value is reduction information of entropy. From entropy law, the most universal law of nature, the increase entropy of system is spontaneous. Thus, the reduction of entropy in system takes effort. Current value theory, based on neoclassical theory of marginal utility, does not enable to measure value empirically.

Debreu points changes from calculus to convexity and topological properties, a transformation which has resulted notable gains in the generality and in the simplicity of the theory. By contrast, the entropy theory of value is established on measurable mathematical function with clear physical meaning (Chen, 2002).

Following part expresses mathematically an entropy theory of value according Chen (Chen, 2002). Value is function of scarcity. The scarcity can be defined as probability measure is a certain probability space. Value of any product has to carry out two rudimental conditions. The value of two products should be higher than value of each of them. These two products are independent. These products are not substitutes of each other. The value of any product is in conformity with theory of effective capital market. Therefore the value of any product is non-negative. As we mentioned above,

the only mathematical function that satisfy all of the above conditions is V(P) = -logbP. The b is positive constant. Further, if the scarcity of service or product can be estimated by probability measure, the expected value of this product is the average value of each possibility. The base b can be understood as the number of producers.

Figure 1: Value and Scarcity



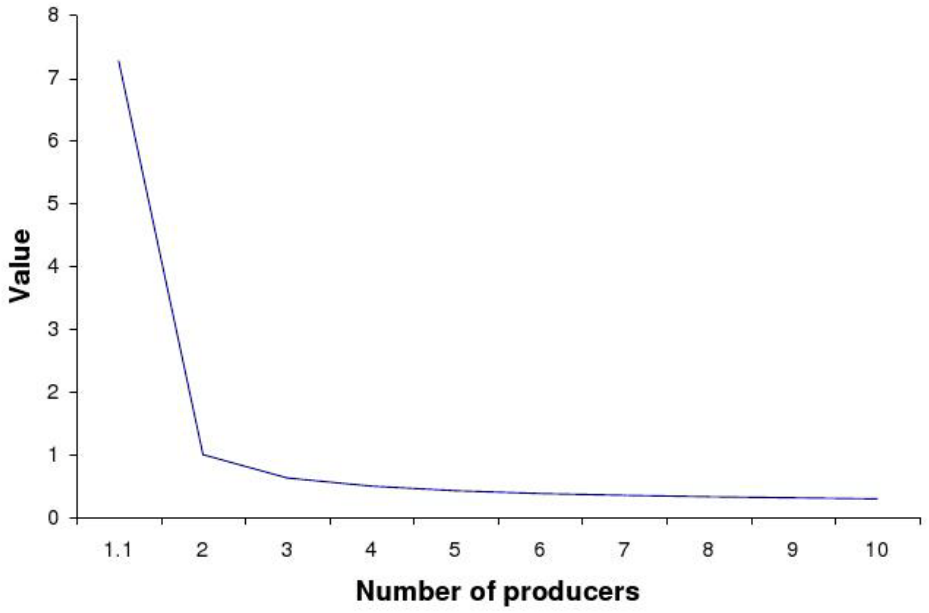
Source: Chen (2002)

Figure 1 is a graph, which shows that value is an increasing function of scarcity. Describes classical example why diamonds are worth more than water. In extreme abundance the value of a given commodity is equal to zero even if the commodity is very useful.

As Chen (2002) further pointed out, the social value can be divergent from economic value. F.i. most countries subsidize food production in various ways to guarantee the abundance of food, which causes its low economic value, see figure 2. Value is inversely related to the number of producers. When number of producers is small, the value of product is high. Concentration of branch is low (equals low entropy). These situations can reach monopolists and oligopolies.

Many product and services are not identical. The attribute which describe it is called substitutability. The value of single product X can be defined as its entropy. The total value of two products X and Y can be defined as their joint entropy. The equality holds only when both products are independent. Substitutability reduces the value of a product.

Figure 2: Value and Scarcity



Source: Chen (2002)

4. DISCUSSION

Objectified theory of value comes from entropy better from other explanation. The effort that has been made represents spontaneously increases in the entropy level. This approach is closest to an invariant measure of value of labor and other commodities. Theories built on physical foundation provide simple and intuitive results on practical problems. The entropy theory of value establishes an explicit link between economics value and physical entropy. Provides an analytical theory that is highly consistent with our intuitive understandings of economic value (Chen, 2002).

Literature:

- Debreu, G. (1959) Theory of Value. An Axiomatic Analysis of Economic Equlibrium. London: Yale University Press.
- Chen. J. (2002). Physical Foundation of Economics. World Scientific Publishing Co. Pte. Ltd.
- Jaynes, E.T. How We Use Entropy in Economics?. Online cit. [01-11-2009]. Available at: http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:xAQi1KxjwDMJ:bayes.wu

stl.edu/etj/articles/entropy.in.economics.pdf+entropy+in+economics&hl=cs&sig=AHIEtbS7O11GZNgNHM0QfqBPPSi6ytBNDg

- Shannon, C.E. (1948). A Mathematical Theory of Communication. The Bell System Technical Journal, Vol. 27, pp. 379–423, 623–656.
- Shannon, C. Weaver, W. (1949). The mathematical theory of communication, Urbana: The University of Illinois Press.

Contact – email
mojmir.sabolovic@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

TRŽNÍ ORIENTACE JAKO NÁSTROJ PRO ZVYŠOVÁNÍ KONKURENCESCHOPNOSTI

EVA TOMÁŠKOVÁ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Tento příspěvek se zabývá tržní orientací jako jedním z prostředků vedoucích k vytvoření konkurenční výhody. Cílem příspěvku je prozkoumat vztah mezi tržní orientací, orientací na zákazníka, orientací na zaměstnance a podnikovým výkonem u hi-tech firem v České republice. Příspěvek obsahuje výsledky výzkumu implementace tržní orientace u hi-tech firem podporovaného Grantovou agenturou České republiky (GA402/07/1493).

Key words in original language
Tržní orientace; Podnikový výkon; Hi-tech firmy; orientace na zákazníka; orientace na zaměstnance; Česká republika.

Abstract
This paper is focused on market orientation as a one instrument for increasing of competitive advantage for companies. The objective of the paper is to investigate relationship among market orientation, customer orientation, employee orientation and business performance at hi-tech firms in the Czech Republic. The paper involves results of "Research on implementation on market orientation in Hi-tech firms" supported by Grand Agency of the Czech Republic (GA402/07/1493).

Key words
Market orientation; Business performance; Hi-tech firms; Customer orientation; Employee orientation; Czech Republic.

1. ÚVOD

V posledních měsících stále více vyvstává otázka, jakými prostředky je možné zvýšit konkurenceschopnost. V tomto směru můžeme hovořit nejen o potřebě zvyšovat konkurenceschopnost z pohledu mikroekonomického tedy z hlediska jednotlivých podniků, ale stále častěji bývá zmiňována konkurenceschopnost makroekonomická, tedy ekonomiky jako celku. Aby bylo možné zvýšit konkurenceschopnost ekonomiky, je nicméně nutné nejprve zvyšovat konkurenceschopnost jednotlivých podniků. Vysoký růstový potenciál jednotlivých podniků pak pomůže stabilizovat a zvýšit ekonomiku celé země.

Jedním z prostředků vedoucích ke zvýšení konkurenceschopnosti podniků je i tržní orientace. Podnik, který chce být úspěšný a neustále se rozvíjet, se musí snažit nabízet kvalitní produkty, o které mají zákazníci zájem. Aby podnik mohl nabízet takové produkty, které by navíc byly schopné obstát v

porovnání s ostatními produkty na trhu, a tržní podíl podniku se mohl nadále zvyšovat, je nutné, aby podnik měl k dispozici dokonalé informace o trhu, na který se snaží pronikat nebo na kterém již určitou dobu působí. Výše uvedené principy tvoří základní pilíře tržní orientace.

Tento příspěvek se bude zabývat tržní orientací z pohledu zvyšování konkurenceschopnosti. Cílem je zejména poukázat na případy pozitivního vlivu tržní orientace na zvyšování konkurenceschopnosti podniku a tudíž i pojetí tržní orientace jako konkurenční výhody. Při zpracování příspěvku byly použity metody deskripce při determinaci základních pojmů a principů, analýzy přínosů tržní orientace a syntézy použité při formulaci závěrů tohoto příspěvku.

2. TRŽNÍ ORIENTACE

Tržní orientace je přístup prvně zmiňovaný v pracích Kohliho a Jaworskiho (1990) a Narvera a Slatera (1990). V těchto pracích je popsán základní princip tržní orientace, uveden vztah mezi tržní orientací a podnikovým výkonem, způsoby měření tržní orientace a základní prvky implementace tržní orientace.

Ačkoliv od publikací těchto prací uplynuly již necelé dvě desetiletí, není tržní orientace ve střední Evropě příliš známa a aplikována. Přesto již od té doby vznikly desítky prací a vědeckých studií publikovaných v nejrůznějších mezinárodních časopisech. Tyto práce ve velké míře navázaly na již zmíněné pionýrské práce a koncepci tržní orientace dále rozvinuly. Díky nim máme k dispozici desítky definic, způsobů měření a implementace tržní orientace. Zjednodušeně však lze tržní orientaci definovat jako přístup, který umožňuje manažerům zaměřit se na externí a interní prostředí a činnosti, které mají pozitivní vliv na podnikový výkon (Tomášková, 2005).

S implementací tržní orientace je však spojena celá řada bariér, které tuto implementaci znesnadňují či omezují. Bariéry tržní orientace se váží k externímu prostředí, tedy k prostředí, které je samotnými podniky velmi obtížně ovlivnitelné. Tyto externí bariéry jsou spojeny s činností státního aparátu a legislativy, dále pak s vývojem nových technologií a omezeními ze strany ekonomiky. Další bariéry jsou spojeny se subjekty oborového prostředí, tj. koncovými zákazníky, konkurencí, dodavateli či případnými distributory. Prvky oborového prostředí jsou v porovnání s externím prostředím již snadněji ovlivnitelné. Třetí skupinu bariér spojených s implementací tržní orientace tvoří prvky interního prostředí. Mezi tyto můžeme zařadit přístup top managementu, zaměstnanců a interfunkční koordinaci. Prvky interního prostředí jsou v porovnání s prvky zbylých prostředí nejsnadněji ovlivnitelné. Často však právě prvky interního prostředí tvoří největší bariéry v implementaci tržní orientace.

2.1 PRINCIPY TRŽNÍ ORIENTACE

Existuje několik základních principů tržní orientace. Důležitost jednotlivých principů může být různá v závislosti zejména na samotných specifících trhu, na kterém podnik působí. Nelze však spoléhat pouze na aplikaci jednoho principu s tím, že ostatní principy budou opomíjeny. Tato idea je velmi krátkozraká. Mezi principy tržní orientace můžeme zařadit níže uvedené body.

- *Monitoring zákazníka*

Zákazník je v centru dění tržní orientace. Zejména se sledují jeho požadavky a přání a snahou je maximalizovat prostřednictvím produktů jeho spokojenost. Jedině tímto způsobem je možné udržet a v lepším případě i zvyšovat tržní podíl.

- *Monitoring konkurence*

Dalším principem tržní orientace je pravidelný monitoring a analýza konkurence a jejích produktů. Cílem je nabízet takové produkty, které mají pro zákazníka vyšší hodnotu než jaké nabízí konkurence.

- *Monitoring dalších stakeholderů*

Nejen zákazníci a konkurence jsou stakeholdery, na které by se měl podnik orientovat. Nelze také zapomínat na zbývající stakeholdery, které sice na podnik a jeho činnost nemusejí mít primární vliv, ale absence monitoringu jejich názorů a postojů může být pro podnik někdy i otázkou existenční. Např. je nutné analyzovat kvalitu dodávek jednotlivých dodavatelů, názory a postoje občanů města, v níž má podnik své sídlo apod.

- *Analýza získaných poznatků*

Získané poznatky je nezbytné správně analyzovat pro odhalení změny tendencí na trhu. Jedině důkladná analýza může přispět ke správnému dešifrování získaných informací.

- *Implementace získaných poznatků do rozhodnutí*

Samotný monitoring dění je vykročením k aplikaci tržní orientace. Nicméně toto vykročení samo o sobě rozhodně nestačí, pokud podnik nebude implementovat nejnovější poznatky do svých rozhodnutí. Řada podniků často zjišťuje spokojenost zákazníka, ovšem pro některé je primárním důvodem této činnosti získání a obhájení certifikátu ISO a samotné výsledky tohoto výzkumu mohou být podružné.

- *Vývoj a aplikace nejnovějších technologií a vědeckých přístupů*

Vývoj a zejména pak samotná aplikace nejnovějších technologií je principem tržní orientace, který již nemusí být všeobecně známý. Každý podnik by měl být maximálně flexibilní, a to platí nejen u reakce na změny požadavků a přání zákazníků či chování konkurence, ale měl by takové chování předvídat či je sám ovlivňovat. K tomu může právě přispět využívání nových technologií. Tím jsou dány i vysoké nároky na zaměstnance z hlediska odbornosti a je vyžadována snaha neustálého zvyšování kvalifikační úrovně. Podniky, které splňují tuto podmínku jsou nazývány tzv. učícími se organizacemi.

- *Flexibilita*

V současném konkurenčním prostředí získává na významnosti čas. Schopnost rychle a spolehlivě reagovat na požadavky zákazníků je často kritickým faktorem pro získání a udržení dobrých vztahů se zákazníky. Jiné zákazníky může více zajímat spolehlivost doby realizace než její zkrácení na minimum. Pokud je spolehlivost dodávek pro klíčové segmenty zákazníků životně důležitá, bude měřítko dodávky na čas užitečnou hybnou silou spokojenosti zákazníka a jeho udržení. Flexibilita by se samozřejmě měla odvíjet od očekávání zákazníka.

Je možné říci, že tržní orientace „roste a padá“ s flexibilitou. Podnik může být orientován na zákazníky, může pravidelně zjišťovat změny jejich potřeb a přání, a taktéž může monitorovat chování konkurence i dalších stakeholderů, nicméně pokud zjištěné informace nebudou flexibilně aplikovány do rozhodnutí, pak tyto získané informace ztrácejí své opodstatnění.

- *Komunikace*

Komunikací je nejen míněna samotná komunikace podniku se zákazníky, zjišťování hodnoty produktu pro zákazníka a jejich spokojenosti, či komunikace s ostatními stakeholdery, ale také komunikace uvnitř podniku. Top manažeři by měli pravidelně komunikovat nejen s nižšími manažery, ale také se samotnými zaměstnanci. Tito mohou mít zajímavé postřehy přímo z výroby či ze styku se zákazníky a jejich podněty mohou být pro činnost podniku velmi přínosné. Navíc pravidelná komunikace se zaměstnanci pomůže odstranit případnou řevnivost mezi odděleními či konkrétními zaměstnanci. Rychlost komunikace je závislá na velikosti podniku, čím je podnik větší, tím je komunikace pomalejší a může docházet k různým informačním šumům. Nicméně i ve velkých podnicích je možné propracovat takový informační systém, který komunikaci maximálně urychlí.

- *Kooperace*

Dá se říci, že velká část spotřebitelů nemá ráda nahodilé vztahy, ale spíše preferuje kooperativní vztahy s prodejcem. Často jsou zákazníci při

rozhodování o zakoupení výrobku více ovlivnění pozitivním vztahem k prodejci než nabízenými balíčky služeb nebo cenou. Dlouhodobá spolupráce mezi kupujícím a prodávajícím je prvek zahrnutý v rozhodovacím procesu zákazníka o nákupu. Tento vztah je považován za příležitost pro zákazníka spřátelit se s prodejcem během nebo také po uskutečnění koupě daného produktu. (Kaňovská, Tomášková, 2009)

Kooperací se také rozumí kooperace v rámci jednotlivých oddělení či mezi jednotlivými zaměstnanci. Stejně jako komunikace je kooperace závislá na velikosti podniku. U velkých podniků může být kooperace vázána na rozhodnutí top manažerů a může díky tomu také docházet k určitým časovým prodlevám, nicméně při volbě vhodné organizační struktury by se tento nedostatek měl snížit.

- *Snižování formalizace a centralizace*

Přílišná formalizace a centralizace brání implementaci tržní orientace, zejména má negativní vliv na komunikaci uvnitř podniku a kooperaci jednotlivých zaměstnanců.

- *Spokojenost zaměstnanců*

Strategie založená na tržní orientaci je sama významným stimulačním prostředkem motivujícím zaměstnance k podávání vyšších výkonů. Důraz je kladen především na otevřenost, důvěru, možnost profesního růstu apod. Taktéž spokojenost zákazníků je významným faktorem spokojenosti zaměstnanců. Nejedná se jen o finanční hledisko, kdy s mírou spokojenosti zákazníků roste i výše zisku, ale také hledisko psychologické, tedy pocitu užitečnosti z dobře odvedené práce.

- *Dlouhodobý charakter*

Tržní orientace předpokládá dlouhodobé působení podniku na trhu. Taktéž ostatní principy tržní orientace přispívají k dlouhodobému udržení podniku na trhu. Tato dlouhodobost se projevuje i ve vizi, cílích a zvolené strategii podniku.

Strategie založená na principech tržní orientace se vyznačuje dlouhodobým charakterem, samotná aplikace tržní orientace tudíž vede k dlouhodobému rozvoji organizace. Ruekert (1992) ve své studii poukázal na pozitivní vztah mezi tržní orientací aplikovanou v organizacích a dlouhodobým rozvojem těchto podniků. Toto tvrzení je podloženo následujícím argumentem - tržní orientace vede ke spokojenosti zákazníků a zaměstnanců, vyššímu finančnímu výkonu, k získání konkurenční výhody. Vlastnictví konkurenční výhody má pak významný vliv na postavení organizace na daném trhu a na její existenci.

3. TRŽNÍ ORIENTACE A KONKURENCESCHOPNOST

Již výše uvedené principy tržní orientace naznačují přínosy, které může tržní orientace podnikům přinášet. Zejména se jedná o dlouhodobost podnikání, zlepšování komunikace napříč jednotlivými řídícími úrovněmi i mezi zaměstnanci navzájem, snižování formalizace a centralizace a zvyšování kooperace v rámci organizace.

Dalším přínosem je zvyšování tržního podílu díky orientaci na potřeby a přání zákazníků, zjišťování jeho spokojenosti. V literatuře se předpokládá, že jsou-li očekávání zákazníka vyšší než to, s čím se ve skutečnosti setkává, bude nespokojen. Ale čistě teoreticky může nastat případ, kdy zákazník sníží svoje očekávání a bude spokojen i v případě, ve kterém by před snížením svých očekávání spokojen nebyl. To především platí u produktů, od nichž zákazník neví, jaká jsou jeho očekávání, tedy u nových produktů či u produktů, které nejsou příliš často nakupovány. Každá předchozí zkušenost ovlivní zákazníkova očekávání, takže není možné, aby očekávání zákazníka donekonečna rostla. Je také obtížné srovnávat očekávání jednotlivých zákazníků. Jak uvádí Storbacka a Lehtinen (2002) zkušenosti samy o sobě utvářejí zákazníkův celkový dojem.

Pokud produkt přináší zákazníkům kýženou hodnotu a jsou-li zákazníci s tímto produktem spokojení, pak je možné předpokládat, že tito zákazníci se stanou stálými zákazníky. Tržní orientace tudíž má pozitivní vliv na udržení a zvýšení tržního podílu.

Výše uvedené přínosy mají pozitivní dopad na zvyšování příjmů podniku. Pokud toto zvyšování příjmů zachytíme čistě z účetního hlediska, pak se projeví v přírůstku finančních prostředků. Tento přírůstek pak také tenduje ke snižování nestability cash-flow, což ocení zejména akcionáři. Druhým pozitivním prvkem zvyšování příjmů podniku je i růst ziskovosti.

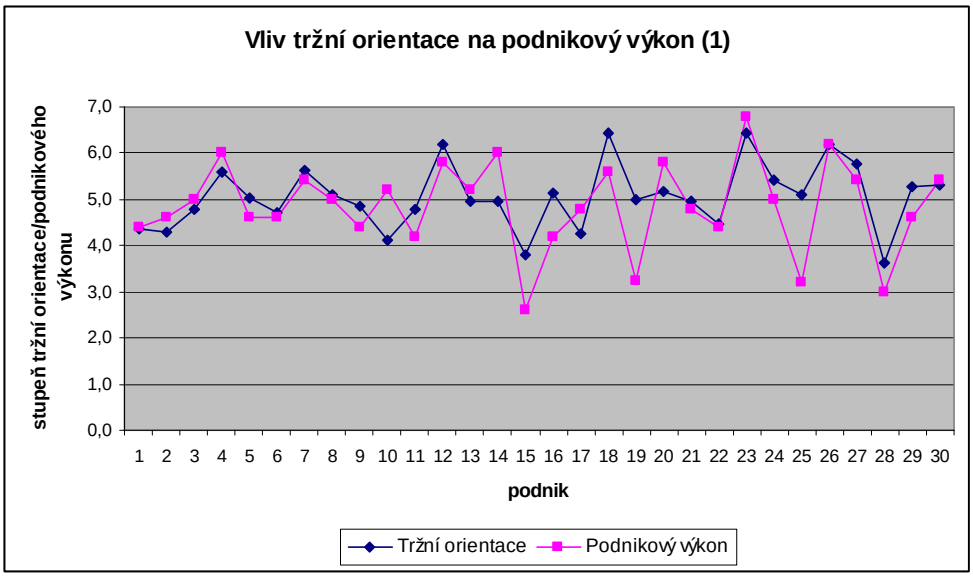
Všechny tyto přínosy tržní orientace v sobě soustřeďuje podnikový výkon. Kloubí se v něm jak tržní přínosy, tak přínosy finanční. O tom, že existuje pozitivní vztah mezi tržní orientací a podnikovým výkonem byla publikována řada vědeckých studií. Tento vztah byl zkoumán u velkých organizací (Jaworski a Kohli 1993), u malých organizací Deng a Dart (1999), u výrobních organizací (Langerak 1997), u poskytovatelů služeb (Osborne a Gray, 2000; Gray a kol., 2000; Hooley a kol., 2001), u průmyslových organizací (Narver a Slater 1990), u organizací zaměřené na spotřební zboží (Avlonitis a Gounaris 1997), u ziskových (Harrison-Walker, 2001) a neziskových organizací (Balabanis a kol. 1997; Vázquez, 2002), na vyspělých trzích (Liu, 1995) a u transformujících se ekonomik (Akimova 2000).

V těchto studiích je výkon výhradně stanoven prostřednictvím měření. Je nutné poznamenat, že většina výzkumů prokazuje korelaci tržní orientace s podnikovým výkonem. Studie prokazující opak jsou velmi vzácné.

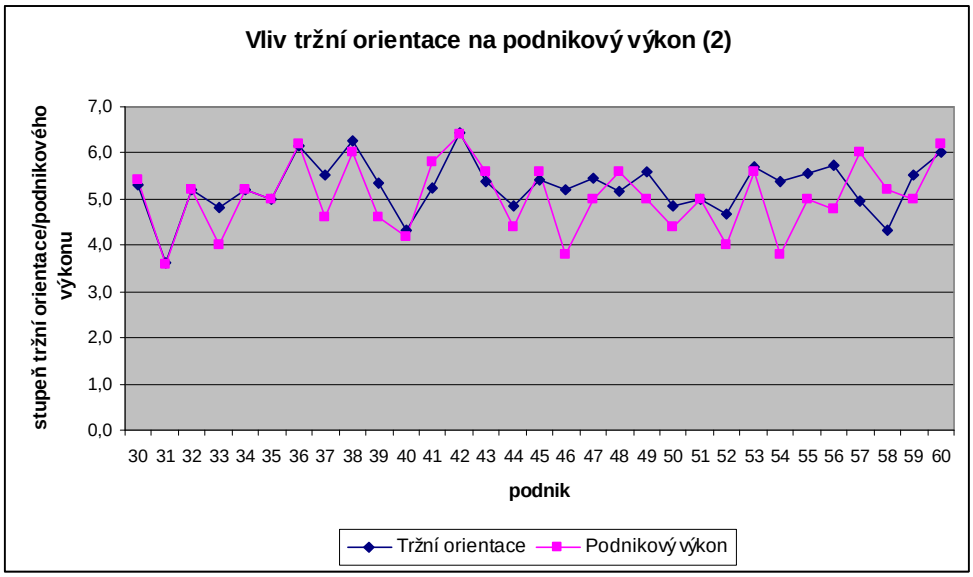
3.1 TRŽNÍ ORIENTACE A PODNIKOVÝ VÝKON U HI-TECH FIREM V ČR

Hi-tech firmy patří k oborům s velmi vysokým růstovým potenciálem a bývají také označovány za „motor“ pokroku. Šimberová (2007) uvádí, že toto odvětví je založeno na aplikaci nejnovějších poznatků, přičemž však v literatuře není doposud jednotně definováno, a také, že se jedná o velmi vyspělou technologii, která se využívá ve specifických „high-level“ oborech. O tom, že se hi-tech těší zvýšenému zájmu, svědčí i řada programů a podpor, které jsou určeny hi-tech firmám či subjektům zabývajících se výzkumem v oblasti hi-tech.

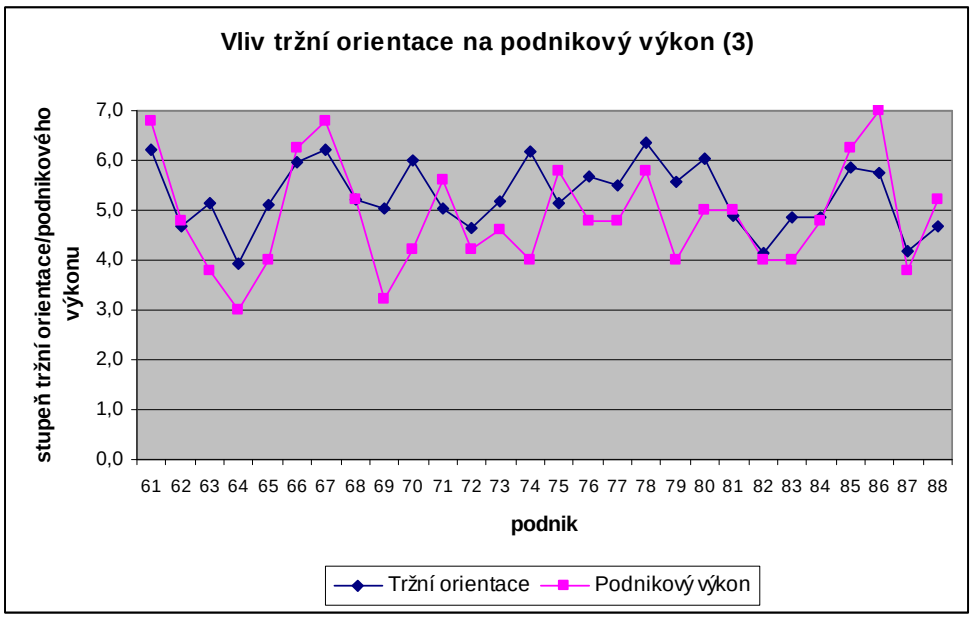
Výzkum vztahu tržní orientace a podnikového výkonu byl realizován v roce 2008 a na počátku roku 2009 na základě dotazníků, viz Tomášková 2005. Tyto dotazníky obsahují sedmistupňovou škálu tržní orientace. Zvláště jsou pak uvedeny otázky vztahující se k podnikovému výkonu. Z výzkumu realizovaného u hi-tech firem působících v České republice jsme obdrželi celkově 88 vyplněných dotazníků. Vztah mezi tržní orientací a podnikovým výkonem je uveden v Grafu 1 - 3.



Graf 1: Vliv tržní orientace na podnikový výkon u první třetiny respondentů



Graf 2: Vliv tržní orientace na podnikový výkon u druhé třetiny respondentů



Graf 3: Vliv tržní orientace na podnikový výkon u třetí třetiny respondentů

Z výše uvedených grafů je možné jasně vypozorovat pozitivní vztah mezi tržní orientací a podnikovým výkonem. Pokud je míra tržní orientace nízká, pak je i nízká míra podnikového výkonu a opačně. Vzhledem k tomu, že vyšší podnikový výkon upevňuje pozici podniku na trhu, je tedy možné říci, že tržní orientace přispívá ke zvyšování konkurenceschopnosti podniku.

4. ZÁVĚR

K implementaci tržní orientace je nutné v rámci podniku aplikovat všechny principy. Mezi tyto zejména patří seznámení se s podstatou tržní orientace; analyzování silných a slabých stránek manažerů, kteří řídí podnik; zvýšení a zjednodušení komunikace a kooperace uvnitř podniku, případně poupravení

některých dalších prvků firemní kultury; získání, analýza a implementace důležitých informací od všech stakeholderů do rozhodování podniku.

Obecně lze říci, že tržní orientace je jedním z prostředků, které mohou zvýšit konkurenceschopnost podniku. Mezi přínosy tržní orientace patří dlouhodobost podnikání; zefektivňování vzájemné komunikace a kooperace uvnitř podniku i s ostatními stakeholdery; snižování formalizace a centralizace; zlepšování finančních výsledků podniku a zvyšování tržního podílu.

Tržní orientace tedy má tedy pozitivní vliv na podnikový výkon (ať již tržní či finanční). Zvyšování podnikového výkonu pak přispívá k získání či uhájení si konkurenční výhody a tudíž ovlivňuje celou konkurenceschopnost podniku. Tento výsledek může být pro mnohé podniky zajímavý a může představovat prvotní impuls ke změření vlastní tržní orientace a nalezení a následnému odstranění vlastních bariér bránících vyššímu stupni tržní orientace.

Literature:

- Akimova, I. Development of Market orientation and competitiveness of Ukrainian firms. European Journal of Marketing, 2000, vol. 34, no. 9/10, pp. 1128 – 1148.
- Avlonitis, G. J., Gounaris, S. P. Marketing Orientation and Company Performance: Industrial vs. Consumer Goods Companies. Industrial Marketing Management, 1997, vol. 26, pp. 385-402.
- Balabanis, G., a kol. Market orientation in the top 200 British charity organisations and its impact on their performance. European Journal of Marketing, 1997, vol. 31, no. 8, pp. 583 – 603.
- Deng, S., Dart, J. The Market orientation of Chinese enterprises during a time of transation. European Journal of Marketing, 1999, vol. 33, no. 5/6, pp. 631 – 654.
- Gray, B. a kol. Are service firms more market oriented? ANZMAC Visionary Marketing for the 21 st. Century: Facing the Callenge, 2000, pp. 432-436.
- Harrison-Walker, J. L. The measurement of a market orientation and its impact on business performance. Journal of Quality management, 2001, vol. 6, pp. 137 – 172.

- Hooley, G. a kol. Market orientation in the service sector of the transition economies of central Europe. European Journal of Marketing, 2003, vol. 37, no. 1/2, pp. 86 – 106.
- Kaňovská, L., Tomášková, E. Doprovodné služby - konkurenční výhoda? Brno: CERM, 2009, ISBN 978-80-7204-619-5.
- Kohli, A. K., Jaworski, B. J., (1990). Market Orientation: The Construct, Research Propositions, and Managerial Implications, Journal of Marketing, vol. 54, pp. 1–18.
- Kohli, A. K., Jaworski, B. J., Kumar, A. Markor: A Measure of Market Orientation. Journal of Marketing Research, 1993 vol. 30, pp. 467 –77.
- Langerag, F. The relationship between customer and supplier perceptions of the manufacturer's market and its business performance. International Journal of Market Research, 1997, vol. 43, pp. 43 – 62.
- Liu, H. Market Orientation and firm size: an empirical examination in UK firms. European Journal of Marketing, 1995, vol. 29, no. 1, pp. 57 – 71.
- Narver, J. C., Slater, S. F. (1990). The Effect of a Market Orientation on Business Profitability, Journal of Marketing, vol. 54, pp. 20-35.
- Osborne, P., Gray, B. Forms of market orientation in New Zealand service firms. ANZMAC Visionary Marketing for the 21. st Centruy: Facing the Callenge, 2000, pp. 895 – 898.
- Ruekert, R. W. Developing a Market Orientation: An Organizational Strategy Perspective. International Journal of Research in Marketing, 1992, vol. 9, pp. 225-245.
- Storbacka, K., Lehtinen, J. R.: Řízení vztahů se zákazníky: Customer Relationship Management. 1. vyd. Praha: Grada Publishing, 2002. 168 s. ISBN 80-7169-813-X.
- Šimberová, I. Marketing in Hi-tech Firms. Bratislava: Zborník ze 17. mezinárodní vědecké konference: Moderné prístupy k manažmentu podniku. 9 s. 2007. ISBN 978-80-227-2750-1.

- Tomášková, E. (2005). Měření tržní orientace a její vliv na podnikový výkon, Brno: Vutium, Brno. 29 s. ISBN 8021430273.
- Vázquez, R. a kol. Market orientation and social services in private non-profit organisations. European Journal of Marketing, 2002, vol. 36, no. 9/10, pp. 1022 - 1046.

Contact – email
eva.tomaskova@law.muni.cz

Dny práva – 2009 – Days of Law: the Conference Proceedings, 1. edition.
Brno : Masaryk University, 2009, ISBN 978-80-210-4990-1

VYSOKÁ MÍRA DŮVĚRY V ORGANIZACI JAKO KLÍČOVÝ FAKTOR JEJÍ KONKURENCESCHOPNOSTI

IVAN VÁGNER

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstract in original language
Soudobá finanční a ekonomická krize má nesporně i zdánlivě iracionální příčiny. Jednou z nich je krize důvěry, která se projevuje na individuální, organizační i celospolečenské úrovni. Předmětem tohoto příspěvku je problematika důvěry v organizaci (dále jen OJ) a jeho cílem je nabídnout podněty k formování vysoké míry důvěry v OJ a tím, bez investičních nákladů, vytvořit předpoklady k podstatnému růstu konkurenceschopnosti OJ při výkonu jejího poslání.

Key words in original language
Organizace (OJ); vysoká škola; důvěryhodnost; konkurenceschopnost; důvěra v organizaci; prvky důvěryhodnosti; integrita; úmysly; způsobilost; výsledky.

Abstract
The contemporary financial and economic depression has doubtless as well as irrational causes. One of them is the confidence crisis – in fact it shows on the individual, organizational and societal level. The confidence within organization is a subject of this contribution with the objective to offer some stimuli for the forming a higher degree of the confidence within organization. It necessary underline the forming a higher degree of the confidence within organization doesn't require any capital expenditure whereas it creates assumptions for the significant increase of the organizational competitiveness.

Key words
Organization (OJ); univerzity; credibility; competitiveness; confidence within organization; credibility elements; integrity; meanings; competence; results.

1. ÚVOD

Při příležitosti loňské konference „Dny práva" jsem zpracoval příspěvek „Důvěra nejen v managementu", v němž jsem rámcově pojednal o krizi důvěry, která je, podle mého názoru, jednou z příčin prohlubující se globální finanční a ekonomické recese a pokusil se vymezit soubor doporučení v obecném slova smyslu, jak tuto krizi začít překonávat.

Tento příspěvek navazuje na příspěvek z minulého roku, jde však do hloubky a zaměřuje se především na problematiku důvěry v organizaci (dále jen v OJ) s vazbou na její konkurenceschopnost. Stejně jako v loňském roce

jsou teoretickým východiskem zpracování příspěvku poznatky z publikace Stephena M.R. Coveyho „Důvěra: jediná věc, která dokáže změnit vše“.[1] V této publikaci je o fenoménu důvěry pojednáno v pěti vlnách od sebedůvěry až po důvěru v lidské společnosti jako celku, přičemž otázka nastolení důvěry v OJ je řešena v rámci třetí vlny. Jelikož se „jádro“ třetí vlny důvěry váže k základním prvkům důvěryhodnosti, zvolil jsem za cíl zpracování letošního příspěvku rámcovou, subjektivně pojatou komparaci Stephena M.R. Coveyho [dále jen Covey(ho)] „etalonu“ organizační kultury vysoké důvěry v OJ s realitou „jádra“ třetí vlny důvěry v našich OJ s následným navržením několika podstatných doporučení ke zvýšení důvěry v rámci českých OJ jako klíčového předpokladu růstu jejich konkurenceschopnosti.

Mnou charakterizovaná realita stavu důvěryhodnosti v českém organizačním prostředí je zachycena v příspěvku v bezprostřední návaznosti na relevantní popis Coveyho „etalonu“ „jádra“ třetí vlny důvěry, a to prostřednictvím textu s písmem „kurzíva“. První odstavec charakteristiky subjektivně vnímané reality vyjadřuje mé stanovisko v obecném slova smyslu, druhý odstavec pak uvádí konkrétní příklady reality v českém vysokoškolském prostředí. Při zpracování příspěvku jsem, kromě výše zmíněné návaznosti na Coveyho teoretická východiska, využil vlastní zkušenosti z výkonu manažerských funkcí zejména ve vysokoškolském prostředí, zkušenosti vysokoškolského vědeckopedagogického pracovníka a v neposlední řadě také poznatky z poradenské činnosti.

2. PODSTATA A OBSAH ZÁKLADNÍCH PRVKŮ DŮVĚRYHODNOSTI

Důvěryhodnost každého člověka, ale i jakékoliv OJ je dána, podle Coveyho, čtyřmi základními prvky:

- *Integritou*
- *Úmysly*
- *Způsobilostí*
- *Výsledky*.[2]

---

[1] *COVEY, M.R.S. Důvěra: jediná věc, která dokáže změnit vše. Praha : Management Press, 2008, 347 s. ISBN 978-80-7261-176-8*

[2] *COVEY, M.R.S. (2008), s. 74-76*

Být nositelem **integrity** znamená stejně myslet, stejně se vyjadřovat a stejně jednat, nebo jinak řečeno: vyznačovat se čestností, tj. mluvit a jednat pravdivě a současně zanechat u druhých dojem, že tomu tak opravdu je. Lze tedy konstatovat, že integrita v sobě obsahuje:

- **Soulad** – Nositel integrity dělá, co říká, přičemž veškeré jeho uvažování, vyjadřování i jednání je v souladu s jeho vyznávanými hodnotami a přesvědčením (vírou).

- **Skromnost a pokoru** – Skromné a současně pokorné subjekty (jedinci i OJ) nejsou „slaboši". Naopak, uvědomují si své předností, ale také své slabiny a snaží se spolupracovat nezištně s druhými subjekty, jež oplývají potřebnými komplementárními přednostmi.

- **Odvahu** – Jde o odvahu nositelů integrity „dělat správné věci" i tehdy, když to je obtížné a někdy i osobně či společensky zdánlivě nepřijatelné.

Respektování integrity je považováno v českém prostředí spíše za projev „pošetilosti", než za východisko k budování důvěryhodnosti OJ. Stalo se samozřejmostí působit na okolí „krásnými" slovy, nikoliv skutečně ušlechtilými činy, proto je i soulad myšlení, vyjadřování a jednání spíše „vzácným" jevem. Projev skromnosti a pokory je vnímán jako slabost, jakoby dobrovolný ústup z dosažených pozic OJ v oboru působnosti. Odvaha „dělat správné věci" je pak nahrazována předstíráním ušlechtilých záměrů jejich budoucí „produkce", přičemž „vévodí" forma nad obsahem a mnohdy i manipulace okolím.

Typickým porušením integrity jsou ve své podstatě procesy akreditace vysokoškolských studijních programů. Obecně se akceptuje následující postup: Vysoké školy, resp. jejich součásti věnují maximální pozornost a úsilí tomu, aby byly akreditační komisi předloženy takové podklady o navrhovaných studijních programech, které po formální a obsahové stránce vyhoví kritériím úspěšné akreditace. Akreditační komise hodnotí návrhy výhradně podle toho, co je na „papíře", skutečná realita připravenosti realizace studijních programů není předmětem jejího zájmu. Důsledkem takového postupu a přístupu je, že nemusí být (a také často není) zaručen soulad mezi obsahem podkladů k akreditaci a realitou připravenosti žadatele, návrhy jsou ambiciózněji, než je vysoká škola, resp. její součást schopna zabezpečit a co je zvláště závažné, existují případy, kdy jsou navrhovány a potažmo akreditovány studijní programy, které nezaručují žádoucí uplatnitelnost absolventů těchto programů na budoucím trhu práce.

Úmysly jedinců i OJ jsou determinovány jejich potřebami, zájmy a motivy. Pokud jsou v nich obsaženy starostlivost o druhé lidi, o „produkci správných věcí" a pozitivních externalit, touha naplňovat výkon poslání v souladu s přírodními zákony a potažmo mentálními principy, pak lze takové úmysly označit za opravdu důvěryhodné.

Míra integrity + zaměření úmyslů jedinců i OJ jsou základním pilířem jejich důvěryhodnosti.

Úmysly českých OJ jsou orientovány především na krátkodobé efekty, aniž se berou příliš v úvahu dlouhodobé důsledky těchto úmyslů. Velmi často jsou úmysly pouze deklarovány a honosně prezentovány, přičemž se vůbec neuvažuje o jejich skutečném naplnění. V úmyslech je někdy skryta „produkce" negativních extermalit, o nichž se záměrně pomlčí.

Úmysly vysokých škol a jejich součástí, ve smyslu výkonu jejich poslání, jsou stimulovány vnějším „tlakem" k masifikaci výchovně-vzdělávacího procesu a k podstatnému zvýšení vědeckovýzkumné činnosti. Zdánlivě je tak vše v pořádku, neboť proč nemít v populaci stále vyšší míru vysokoškolsky vzdělaných jedinců a proč důrazem na rozvoj vědeckovýzkumných aktivit nepřinutit vědeckopedagogické pracovníky k rozsáhlé tvůrčí práci. Bohužel důsledky výše implicitně naznačené finančně zaměřené stimulace vede k poklesu kvality výchovně-vzdělávacího procesu, k rezignaci na výchovnou složku tohoto procesu, k vědeckovýzkumné činnosti, jejíž zaměření se mnohdy zcela míjí s podporou zkvalitnění výchovně-vzdělávacího procesu a v konečném důsledku k postupnému odklonu od základní podstaty existence vysoké školy jako vzdělávací instituce.

Sebelépe formovaný a zamýšlený základní pilíř důvěryhodnosti (integrita + úmysly) ještě nezaručuje, že bude konkrétní subjekt svým okolím vnímán jako důvěryhodný. K dosažení externě vnímané důvěryhodnosti musí mít konkrétní subjekt též potřebné způsobilosti k výkonu a rozvoji svého poslání a skutečně dosahovat účelných výsledků. V návaznosti na Coveyho pojímání základního pilíře důvěryhodnosti musí mít příslušný subjekt i žádoucí kompetentnost (způsobilost + výsledky).

Pro vyjádření individuální způsobilostí použil Covey akronym „NPSZS"[3], tzn., že způsobilost jedince je dána jeho:

- Nadáním – Obsahuje tzv. „narozeninové dary" (vlohy, silné stránky a přednosti).

- Postoji – Představují paradigmata, z nichž „vyvěrá" vnímání světa, sebe samého a způsob jakým žije.

- Schopnostmi – Jde o to, co skutečně jedinec umí a ovládá automaticky.

- Znalostmi – Jde o syntézu naučených a osvojených vědomostmi, které jsou výsledkem vnímání okolního prostředí i sebe samého.

[3] *COVEY, M.R.S. (2008), s. 114*

- Stylem – Představuje jedinečný, originální, konkrétní přístup a projev osobnosti jedince.

Způsobilost OJ je dána potenciálem jejich lidských zdrojů, což neznamená prostý součet individuálních způsobilostí interních „stakeholders" OJ (zejména vlastníků, manažerů, spolupracovníků). Záleží na kvalitativní úrovni managementu lidských zdrojů zejména top managementu OJ, zda se dosáhne synergického efektu systémovým propojením individuálních způsobilostí interních „stakeholders" OJ. V každém případě jde o jednu z nejnáročnějších součástí působnosti managementu OJ. Jsem přesvědčen praktickým ověřením, že k zajištění žádoucího synergického efektu přispěje významně aplikace profilových analýz hodnotících kompatibilitu vlastností interních „stakeholders" OJ a jimi potenciálně či již skutečně zastávaných pracovních pozic v OJ, jejichž výsledkem by měla být co nejúčelnější alokace spolupracovníků a manažerů v rámci OJ.

Způsobilost našich OJ je profesně dobrá, slabinou však jsou sociální způsobilosti a sociální zralost interních „srakeholders". Velmi často se lze setkat s propastným rozdílem manažerské způsobilosti vlastníků a top manažerů OJ a potažmo tak s téměř „antagonistickými" protiklady jejich zájmů. V málokteré OJ se daří managementu OJ dosáhnout pozitivního synergického efektu systémovým propojením individuálních způsobilostí interních „stakeholders". Velkou a vleklou slabinou v OJ je úroveň osobního a strategického managementu. V neziskovém sektoru navíc stále dochází k podceňování významu manažerské způsobilosti jako klíčového předpokladu úspěšného a perspektivní výkonu a rozvoje poslání OJ.

Pokud jde o hypoteticky provedenou komparaci způsobilosti interních „stakeholders" českých vysokých škol s etalonem způsobilosti vysokých škol ve vyspělých zemích, je nutno přiznat, že zaostáváme. Příčin tohoto stavu je celá řada, přičemž není opodstatnělé považovat za nejzávažnější příčinu nižší finanční zdroje pro zabezpečení výkonu poslání vysokých škol. Za hlavní příčinu neutěšeného stavu spatřuji ve snaze neúměrně rychle dosáhnout srovnatelné míry vysokoškolsky vzdělané populace, aniž jsou k dispozici reálné předpoklady a zdroje nutné k zabezpečení kvalitního výchovně-vzdělávacího procesu, jenž bude garantovat žádoucí uplatnitelnost absolventů na trhu práce. Z hlediska vlastní odbornosti považuji za závažnou slabinu v rámci oněch předpokladů samotný legislativně vymezený systém managementu veřejných vysokých škol, jenž je formován s důrazem na uplatnění akademické samosprávy jako priority číslo jedna. Takovýto systém managementu zaručuje proklamovanou akademickou svobodu, aniž přihlíží k požadavkům kladeným na směrování výkonu a rozvoje jejich poslání v podmínkách formující se globální znalostní společnosti. Abych byl konkrétnější, tak např. vnímám tyto za závažné nedostatky stávajícího systému managementu veřejných vysokých:

- *toleruje porušení principu rovnosti pravomocí a odpovědnosti senátů vysokých škol a jejich součástí,*

- *volený top management vysokých škol není systémově veden k žádoucí připravenosti pro výkon vrcholových manažerských funkcí,*

- *členové voleného top managementu vysokých škol jsou v průběhu funkčního období de facto v „schizofrenním" postavení, neboť vedle své klíčové role lídrů vysokých škol, jsou nuceni vykonávat vědeckopedagogickou činnost, což v konečném důsledku nutně vede k podceňování jejich manažerské působnosti.*

Završujícím prvkem důvěryhodnosti jsou prokazatelné **výsledky** jedinců i OJ. Co by bylo platné, kdyby byla příslušným subjektem ctěna integrita, konkrétní subjekt měl ty nejšlechetnější úmysly a nadstandardní způsobilost, avšak nepromítl by tyto tři prvky do „očividně" pozitivních výsledků. Teprve to, že byly subjektem v minulosti „vyprodukovány" a v současnosti jsou dosahovány účelné výsledky navíc účinným, hospodárným a společensky odpovědným způsobem v náležité kvantitě, kvalitě a čase utvrzuje jeho okolí, že jde opravdu o důvěryhodný subjekt (jedince či OJ), jež s největší pravděpodobností nezklame relevantní okolí (především své zákazníky a klienty) ani v budoucnosti.

Výsledky produkce českých OJ jsou převážně průměrné kvalitativní úrovně, často jsou dosahovány s vyššími náklady a nižší produktivitou než u srovnatelné konkurence. Vytváření vyšší přidané hodnoty pro zákazníka není v průměru považováno za klíčové kritérium úspěšnosti OJ. Od toho se odvíjí nízká invenční i nižší inovační aktivita OJ. Tendence k průměrnosti a tudíž i smířlivost s nižší konkurenceschopností OJ je mnohde zakořeněna v organizační kultuře OJ. Vyskytují se případy, kdy top management OJ tendenci k průměrnosti nejen toleruje a navenek obhajuje v souladu s chybným principem „zvenku dovnitř" (my za to nemůžeme, naše problémy jsou zapříčiněny námi neovlivnitelnými vnějšími okolnostmi).

Výsledky „produkce" českých vysokých škol upřednostňují kvantitu před kvalitou. Otázka uplatnitelnosti absolventů na trhu práce je vysokými školami všeobecně podceňována, přičemž jde fakticky o klíčové kritérium jejich úspěšnosti. Absolventi našich vysokých škol jsou sice v průměru nositeli dobrého odborného vzdělání, slabinou je však jejich sociální kompetentnost. Česká společnost zatím toleruje stav, kdy za důkaz pozitivního výsledku výchovně-vzdělávací činnosti vysokých škol je pokládáno pouze obdržení vysokoškolského diplomu, což pochopitelně „změkčuje" nároky na efektivnost vysokoškolského studia. Pokud jde o vědeckovýzkumné výsledky vysokých škol je obtížné tyto výsledky komplexněji hodnotit. Domnívám se přesto, že jsou v průměru na vyšší kvalitativní úrovni než ve výchovně-vzdělávací oblasti. Je to způsobeno mj. tím, že v poslední době je z centra kladen větší důraz ze dvou základních funkcí vysokých škol na jejich vědeckovýzkumnou činnost. Vyšší kvalitu mají vědeckovýzkumné výsledky přírodovědné a technické obory na vysokých školách, zatímco jejich společenskovědní obory zaostávají. V souhrnu považuji za závažnou slabinu hodnocení výsledků „produkce" vysokých škol

skutečnost, že jde převážně o interní způsob tohoto hodnocení. Pokusy o externí hodnocení se sice sporadicky objevují, ale tato zpětná vazba je více méně na akademické „půdě" ignorována, v lepším případě je její vypovídací schopnost zpochybňována.

3. DOPORUČENÍ K ZVÝŠENÍ DŮVĚRYHODNOSTI V RÁMCI ČESKÝCH OJ A TÍM I JEJICH KONKURENCESCHOPNOSTI

Abych nezůstal jen u subjektivního hodnocení reality důvěryhodnosti a potažmo tak i konkurenceschopnosti našich OJ, jsou v dalším textu uvedena doporučení, která by měla nepříznivý stav důvěryhodnosti českých OJ, jako významného faktoru jejich konkurenceschopnosti, eliminovat.

Výchozím doporučením je obecné uvědomění si, že odpovědnost za žádoucí změnu současného stavu důvěryhodnosti OJ bude vždy „ležet" především na jejich top managementech a někdy i na jejich vlastnících. Příkladné důvěryhodné chování členů top managementu je vždy hlavním impulsem pro nastolení důvěryhodnosti v rámci jakékoliv OJ. Tím samozřejmě nechci podcenit význam vlivu individuálních důvěryhodných postojů všech interních „stakeholders" OJ, které mohou být „ostrůvky" pro šíření „zdraví" (formování organizační kultury vysoké důvěry) v OJ.

Druhým doporučením je opět směrováno především k členům top managementu OJ. Jde o to, aby se dobře seznámili s teoretickými poznatky o základních prvcích důvěryhodnosti (viz výše) a vhodným způsobem je aplikovali při implementaci v konkrétních podmínkách dané OJ.

Třetím doporučením pro všechny interní „stakeholders" (samozřejmě, že se opět přednostně míní členové top managementu, příp. i vlastníci OJ) je osvojit si a důsledně dodržovat žádoucí způsoby chování, které přispívají k formování důvěry ve vztazích v rámci OJ a které tak precizně popisuje Covey.[4] Dále jsou mnou pouze stručně charakterizovány tyto žádoucí způsoby chování:

- Mluvte zpříma – Buďte čestní a upřímní, mluvte pravdu. Dejte najevo, za čím si stojíte. Nazývejte „věci" pravými jmény. Dejte najevo integritu. Nemanipulujte s lidmi. Nepřekrucujte fakta. Nezanechávejte mylný dojem ve svém okolí.

- Projevujte respekt – Dbejte o druhé lidi, projevujte o ně zájem a starostlivost. Respektujte důstojnost každého jedince v OJ. Jednejte s druhými lidmi s respektem (vážností a úctou), obzvláště však s těmi, kteří pro vás nejsou zdánlivě „důležití"! Nešetřete projevy laskavosti v malých věcech. Nic nepředstírejte v zájmu o druhé lidi. Nesnažte se jednat s nimi „efektivně" (šetřit čas a úsilí, které investujete do vztahu).

[4] *COVEY, M.R.S. (2008), s. 155-241*

- Jednejte transparentně – Sdělujte informace tak, aby je druzí lidé mohli ověřit jejich věrohodnost. Vylučte ze svého jednání a chování přetvářku a předstírání. Buďte otevření (neskrývejte informace a znalosti) a autentičtí. Buďte velmi opatrní, hodláte-li něco prozradit o druhých lidech, co by je mohlo poškodit.

- Napravte nevhodné chování – Když se dopustíte nevhodného jednání, napravte jej upřímnou omluvou. Projevujte při nápravě chyb pokoru. Nesnažte se nic utajovat. Nedovolte svému egu, aby vám bránilo dělat správné „věci".

- Dejte najevo loajalitu – Nebojte se bez zábran oceňovat ostatní lidi. Mluvte o nepřítomných tak, jako by byli přítomni!! Zabraňte pomluvám o nepřítomných lidech. Nesdělujte informace týkající se soukromí ostatních lidí v OJ.

- Mějte výsledky – Sestavte si seznam vámi dosažených výsledků za poslední rok, měsíc a týden a aktualizujte jej. Postarejte se o to, aby se (u)dělaly správné „věci". Dokončete práci, kterou můžete udělat do konce pracovní doby. Dodržujte termíny a rozpočet vašich úkolů a snažte se o totéž vlastním přispěním u projektů a dalších úkolů řešených týmově. Neslibujte víc, než můžete splnit. Nesnažte se vymlouvat, pokud nedosáhnete předpokládaných výsledků.

- Zdokonalujte se – Zvyšujte svou způsobilost neustálým správně cíleným vzděláváním. Vytvořte si systém zpětné vazby, jak formální, tak neformální, testující míru vaší způsobilosti. Jednejte v souladu se zpětnou vazbou, kterou jste získali. Poděkujte těm, kteří vám nastaví objektivní „zrcadlo" o vás. Nemyslete si, že jste lepší, než poskytuje zpětná vazba. Nepředpokládejte, že vaše současné znalosti, schopnosti a dovednosti postačí pro úkoly v budoucnosti.

- Postavte se realitě čelem – Posuzujte realitu objektivně. Identifikované příležitosti se snažte využít a identifikované hrozby eliminovat. Obtížné záležitosti neobcházejte – řešte je sami nebo v týmu. „Nestrkejte hlavu do písku" zejména před problémy, za jejichž řešení jste odpovědni.

- Vyjasněte svá očekávaní – Odhalte a dejte najevo svému okolí svá očekávání. Hovořte o nich bez skrytých úmyslů. Definujte je. Jednejte o nich znovu, je-li to nutné a možné. Nepředpokládejte, že jsou pro všechny vaše sdělená očekávání pro ostatní zainteresované jasná a jimi automaticky akceptovatelná.

- Jednejte odpovědně – Buďte odpovědnými za své jednání, chování, rozhodnutí atp. pokud jste v manažerské pozici, čiňte i vaše spolupracovníky odpovědnými zejména prostřednictvím delegování. Převezměte odpovědnost za výsledky své práce i svého chování.

Ujasněte si, jakým efektivním způsobem dávat druhým najevo, že se vám, resp. jim daří „dělat věci správným způsobem“. Nevyhýbejte se odpovědnosti a nezbavujte se jí. Když se „věci“ nedaří, neobviňujte druhé lidi. Když se „věci“ naopak daří, buďte pokorní ve vyjadřování vlastních zásluh.

- Nejdříve naslouchejte – Nejdříve naslouchejte druhým lidem a snažte se pochopit jejich zájmy a úmysly a teprve potom mluvte a snažte se být pochopeni. Pochopte dobře a objektivně, co vám druhý sděluje. Naslouchejte ušima, ale také očima a „srdcem“. Zjistěte, jaké jednání je nejdůležitější pro lidi, s kterými pracujete. Nepovažujte za samozřejmé, že víte, na čem druhým lidem nejvíce záleží.

- Dodržujte závazky – Řekněte jasně a jednoznačně, co hodláte udělat – a udělejte to!! Přijímejte závazky obezřetně a dodržujte je. Učiňte z dodržování závazků symbol své cti. Nesnažte se „vymlouvat“, pokud závazek nedodržíte.

- Poskytujte důvěru – Dejte najevo sklon k důvěře v druhé lidi. Poskytujte hojně důvěru těm, kteří si ji u vás již získali. Poskytujte důvěru podmínečně těm, kteří si ji u vás teprve získávají. Naučte se vhodně poskytovat důvěru ostatním lidem s ohledem na situaci, možné riziko a důvěryhodnost (charakter a kompetentnost) lidí, o něž jde. Neodmítejte poskytovat důvěru druhým lidem jenom proto, že je to pro vás riskantní.

Závěr

Jsem si vědom, že výše popsané hodnocení důvěryhodnosti českých OJ a v jejím rámci českých vysokých škol zvláště, je až příliš kritické. Nicméně, jak jinak začít s nápravou nízké důvěryhodnosti českých OJ a tím i s vytvářením předpokladů růstu jejich konkurenceschopnosti, než apelem k zahájení odborné diskuze o tom, co je doposud neoprávněně jako příčina přehlíženo, resp. podceňováno.

Důvěryhodnost OJ je nesporně důležitým faktorem ovlivňujícím jejich konkurenceschopnost. Důvěryhodnost OJ vnímaná jejím okolím se nedosahuje snadno a není dosažitelná bez existence organizační kultury vysoké důvěry v rámci samotné OJ. Je zejména na top managementu OJ, aby se žádoucí organizační kultura v OJ formovala a udržovala. K pochopení jak rozvíjet důvěru v OJ je nutné mít respekt ke čtyřem základním prvkům důvěryhodnosti, kterými jsou integrita, úmysly, způsobilost a výsledky. V příspěvku provedená rámcová komparace požadovaného a skutečného přístupu k výše uvedeným prvkům důvěryhodnosti v českých OJ je výzvou ke změně teoretického i praktického myšlení o příčinách nižší konkurenceschopnosti našich OJ. Zatímco dosavadní převažující paradigma o růstu konkurenceschopnosti OJ preferuje vyšší disponibilitu hmotnými a finančními zdroji, v tomto příspěvku je poukázáno na to, že konkurenceschopnost OJ je významně

ovlivněna jejich externí důvěryhodností, kterou však nelze dosáhnout bez formování a udržování vysoké míry důvěryhodnosti uvnitř OJ. K tomu, jak zvýšit interní důvěryhodnost OJ obsahuje tento příspěvek návrh tří doporučení.

Literatura:

- STEPHEN,M.R.S. Důvěra:jediná věc, která dokáže změnit vše. Praha : Management Press, 2008, 347 s. ISBN 978-80-7261-176-8

- VÁGNER, Ivan. Aktuální úkol teorie a praxe managementu – Jak překonávat krizi důvěry a hodnot nejen v podnicích. In: Zborník anotácií z mezinárodněn vedeckej konferencie „Manažment hodnoty podniku v podmienkách EÚ“. Bratislava : Bratislavská vysoká škola práva, Fakulta ekonomie a podnikania, 2009, s. 68-75. ISBN 978-80-969320-9-2

- VÁGNER, Ivan. Důvěra nejen v managementu. In: Sborník z mezinárodní konference „Dny práva“. Brno : Masarykova univerzita, 2008, s. 369-379. ISBN 978-80-210-4733-4

Contact – email

Ivan.Vagner@law.muni.cz

PODPORUJE FLEXIBILITA PRACOVNÍHO VZTAHU KONKURENCESCHOPNOST?

DOMINIK ŽENATÝ

Masarykova univerzita, Právnická fakulta

Abstrakt v rodném jazyce
Článek je esejistickým zamyšlením nad vztahem flexibility pracovního vztahu, potažmo flexibility pracovního práva jako takového, a faktičnosti vlivů na konkurenceschopnost podnikatelských subjektů. Vyvozuje možné vazby mezi nastavením limitů volnosti pracovního práva, v podmínkách českého právního řádu, a přímým i nepřímým dopadem do oblasti konkurenceschopnosti.

Klíčová slova v rodném jazyce
Pracovní právo; pracovní poměr; flexibilita; konkurenceschopnost.

Abstract
The thesis is essayistic thought on the coherence between flexibility of the employment relation, not to say labour law as whole, and the virtual influence on competitiveness of the enterprises. The thesis deduces possible relation between limitations of freedom of labour law, in the context of Czech law system, and direct and reversed impact in to the area of competitiveness.

Key words
Labour law; employment; flexibility; competitiveness.

1. ZISK JAKO CÍL A KONKURENCESCHOPNOST JAKO PROSTŘEDEK

Při posuzování možnosti nového podnikatelského záměru, a jeho případné lokace, je každý podnikající subjekt nucen posuzovat možnosti, které mu přináší trh, na straně jedné, a limitace, které s sebou nese ten který právní řád.

Vypůjčíme-li si definici podnikání z obchodního zákoníku, „Podnikání se rozumí soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku, “[1]zjistíme, že cílem podnikání je dosažení zisku. Vycházíme tedy z faktu, že objekt našeho zkoumání, podnikatelský subjekt či budoucí podnikatelský subjekt, plánuje mít ze své činnosti zisk.

Aby bylo možno tohoto cíle dosáhnout, je nutné, aby byl podnik konkurenceschopný. Tento pojem chápeme ve zjednodušeném podání tak,

[1] zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, § 1 odst. 1

že daný subjekt je schopen vyrábět výrobek či poskytovat službu za podmínek lepších, než jeho konkurenti (ponecháme stranu témata oblíbená u mnohých ekonomů a to podmínky, kdy subjekt nemá konkurenta či klient je nucen brát výrobek i služby za jakýchkoliv podmínek).

Mezi možnosti, jak dosáhnout konkurenceschopnosti patří rozhodně nízká cena či výjimečná kvalita apod. Nebudeme se však zabývat pohledem ekonomickým, ale právním. A rozhodujícím faktorem na poli právním je flexibilita, která umožňuje subjektům pružně reagovat na podmínky a přání trhu a přizpůsobovat se mu. V dnešním rychlém a globálním světě jedině společnost, která je schopna rychle reagovat na změny prostředí může být úspěšná. A budeme-li vycházet z klasické koncepce výrobních faktorů, tedy práce, půda, kapitál, tak dospějeme k závěru, že limitace flexibility podnikání v dané oblasti je nutně spjata s možnostmi, které určují obchodní, zemědělské (tím rozumíme téže oblast správní a oblast životního prostředí) a pracovněprávní předpisy. A právě posledně zmíněnými se bude zabývat tento článek.

2. PRACOVNÍ PRÁVO JAKO VÝZNAMNÝ FAKTOR PODNIKÁNÍ

Pracovní právo, obecně, je velice významnou oblastí úpravy mezilidských vztahů. „Pracovní právo vytváří rámec a podmínky, za nichž se uskutečňuje pracovní proces, vymezuje míru práce, odměny za práci a stanoví pravidla pro fungování trhu práce. Poskytuje rovněž zaměstnavatelům nástroje pro řízení podniku a jednotlivých zaměstnanců a jejich kolektivů. Dále vytváří podmínky i pro účast zaměstnanců a jejich organizací a orgánů na řízení podniků.“[2]

Lze tedy předpokládat, že flexibilita pracovněprávních vztahů má přímý dopad na konkurenceschopnost subjektů a flexibilita pracovního práva má tento dopad minimálně nepřímý (posuzujeme-li předpisy pracovního práva jako celek).

Je tedy možno dovodit, že subjekt, hledající vhodnou lokaci pro svůj podnikatelský záměr, bude posuzovat mimojiné též možnosti, které mu dává pracovněprávní prostředí, tedy podmínky dané pro pracovněprávní vztahy právním rámcem dané země. A jelikož náklady na pracovníky (tedy na výrobní faktor práce) jsou v současné době velmi vysoké, nezřídka přesahují polovinu celkových nákladů podnikajícího subjektu), dá se předpokládat, že tento faktor bude velmi silným faktorem v situaci lokalizace nového podnikání (či v situaci, kdy je uvažováno o přemístění podnikání stávajícího).

Není tedy nic zvláštního na tom, že volání po větší flexibilizaci pracovního práva je slyšet z mnoha míst a že dlouhodobě působí zaměstnavatelé na zákonodárce, aby tuto situaci umožnili a měnili pracovní právo směrem větší volnosti vztahů.

[2] Bělina, M. a kol.,: Pracovní právo, str. 4

3. ODLIŠNOST PRACOVNÍHO PRÁVA ČR

V případě, že hovoříme o globálním, a nebo alespoň celoevropském, pohledu na situaci pracovního práva a voleb spojených s podnikáním ve vztahu k pracovněprávním vztahů, tak je nutné zmínit zásadní odlišnost pracovního práva České republiky (a ve větší či menší míře i ostatních zemí bývalého sovětského bloku) od pracovního práva zemí Západní Evropy a zemí těmto státům podobným (myšleno země rozvinutého světa jako USA, apod.).

Právní úprava pracovního práva byla po dlouhou dobu (až do „nového" zákoníku práce; tj. do 1. ledna 2007) kogentní, založená na zásadě „co není dovoleno, je zakázáno". Tento koncept vycházel z faktického posuzování pracovního práva jako práva veřejného a faktu, že všichni museli mít zaměstnání a většinu obyvatel zaměstnával stát. Jednalo se tedy většinově o vztah státu a jeho obyvatel / zaměstnanců. Tuto tuhost pracovněprávních vztahů ještě podporuje fakt dlouhé tradice odborových organizací a složitých kolektivních smluv.

Koncepce pracovního práva zemích rozvinutého světa ovšem vychází ze zásady opačné, tedy „co není zakázáno, je dovoleno", a z faktu, že pracovní právo většinově postihuje vztahy mezi zaměstnavateli (většinou podnikatelé, ale i stát, i když jen v menší míře) a zaměstnanci; jedná se tedy více o právo soukromé. Samozřejmě pracovní právo obsahuje řadu předpisů veřejnoprávní povahy, ale ty ponecháme stranou.[3]

4. OMEZENÍ SMLUVNÍ SVOBODY V PRACOVNÍM PRÁVU

„Omezení smluvní svobody ve prospěch slabší strany smluvního vztahu je typickým charakteristickým rysem pracovního práva nejen v Evropě, ale po celém světě. Obecně lze rovněž říci, že toto omezení smluvní svobody se ve všech zemích děje jak zákonodárství, tak kolektivními smlouvami. Nicméně intenzitou ochrany zaměstnanců, tj. mírou zásahů do smluvní svobody se samozřejmě jednotlivé státy liší. Tak např. omezování smluvní svobody ze strany zákonodárce je tradičně slabší ve Velké Británii a Švédsku a zejména pak v USA a na Novém Zélandu. Naproti tomu velmi intenzivní „ochranné zákonodárství" je typické pro kontinentální Evropu (s výjimkou Skandinávie), ale i pro takové státy, jako jsou např. Argentina či Izrael."[4] Pro komplexnost je třeba dodat, že ochrannou funkci ve Skandinávii silně zastupují kolektivní smlouvy, které pokrývají skoro 80% obyvatelstva.

Zcela jednoznačně je nutné omezovat smluvní svobodu, především z důvodu ochrany zaměstnance jako slabší strany smluvního vztahu, ale musí se tak dít v míře rozumné, zachovávající dostatek prostoru pro individualizaci potřeb podnikajících subjektů s cílem zajištění jejich přizpůsobivosti trhu a tím i konkurenceschopnosti.

[3] např. právní úprava zaměstnanosti
[4] Bělina, M. a kol.,: Pracovní právo, str. 8

Nový zákoník práce (z.č. 262/2006 Sb.) přinesl „čerstvý vítr“ a umožnil mnohem větší možnost vytvářet individualizovaný prostor pracovních vztahů. „Práva nebo povinnosti v pracovněprávních vztazích mohou být upravena odchylně od tohoto zákona, jestliže to tento zákon výslovně nezakazuje nebo z povahy jeho ustanovení nevyplývá, že se od něj není možné odchýlit. Odchýlení od ustanovení uvedených v § 363 odst. 1, kterými se zapracovávají předpisy Evropských společenství, není možné, to však neplatí, jestliže jde o odchýlení ve prospěch zaměstnance.“[5]

4.1 POVAHA USTANOVENÍ

Zajímavou formulací, kterou nemohu nezmínit a nevyzdvihnout, je formulace z výše citovaného ustanovení, a to formulace „z povahy jeho ustanovení nevyplývá, že se od něj není možné odchýlit“. Toto ustanovení, tato formulace, plně naplňují požadavek flexibility pracovního práva tím, že z něj dělají právo výkladové. Není tedy popsán každý možný případ či výpis kogentních ustanovení (vyjma §363), ale naopak je ponechán širší prostor možnému výkladu.

Zcela jistě se jedná o krok směrem přirozenoprávní a také o krok velmi zásadní. Bude totiž nutit zaměstnavatele a zaměstnance, stejně tak jako při následných sporech soudce a advokáty, aby přemýšleli na individuálními případy a konkrétním výkladu práva pro danou situaci.

Z pohledu flexibility pracovního práva, či pracovního poměru, se jedná zcela jistě o krok správným směrem, který, i přes větší nároky na výkladové schopnosti stran, povede ke zlepšení vztahu pracovního práva a reality pracovněprávních poměrů.

5. VZTAH KOGENTNOSTI A FLEXIBILITY

Samotná kogentnost pracovního práva nemusí nutně znamenat jeho malou flexibilitu; i když většinově tomu tak bývá. Jedná se o prastarý spor mezi školou přirozenoprávní a pozitivněprávní. Pokud budeme věřit, že je možné popsat veškeré možné vzorce chování subjektů, pak je možno je vtělit do podoby paragrafů a ustanovení a jejich formulací zaručit téže flexibilitu práva. Čistě součtem pracovněprávních předpisů, zabývajících se pracovním právem, dané země můžeme směle mezi špičku těchto „popisovacích“ pokusů zařadit Německo.

Pokud však zastáváme názor, že není možné popsat všechny možné vzorce chování, tak nutně musíme dojít k myšlence ponechání volnosti smluvním subjektům; a skrze ni zaručit potřebnou konkurenční výhodu, tedy flexibilitu pracovněprávního vztahu.

Kritici tohoto přístupu samozřejmě zmíní, že obecnější styl práva, přirozenoprávní typ ustanovení, tak jak je tomu například v ustanoveních o

[5] zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, § 2 odst. 1

ochraně osobnosti, je velmi náročný na výklad a tedy je lépe uživateli právního předpisu, např. občanovi a ještě více v případě slabší strany jakou je zaměstnanec, nutno situaci zlehčovat popisováním možných situací – uživatel tak nemusí právo vyložit a „přizpůsobit“ své konkrétní situaci (přirozenoprávní styl), ale pouze svůj „případ“ vyhledá v katalogu možných situací (pozitivněprávní styl).

Dva hlavní argumenty proti pozitivizaci práva zní: pakliže katalog situací není dostatečný, tak se stejně výkladu nevyhneme a navíc uživatelé práva nebudou zvyklí na nutnost výkladu a situace tak dopadne ještě hůře, než kdyby byli rovnou k výkladu tlačeni.

V případě pracovního práva, kde je zaměstnanec zvyklý, že je slabší, a chráněnou, stranou, bude ještě dlouho trvat, než se nutnost stát si sám za svými právy, být schopen právo vyložit v rozsahu, pro který jej potřebuji a podobně, stane samozřejmostí. V tomto bodě však flexibilnější, obecnější úprava přirozenoprávního stylu je dobrým řešením (a nový zákoník práce je tedy krokem správným směrem; i když bez zažití v praxi zatím pouze „teoretickým“), avšak samostatně neobstojí tlaku praxe a je nutno jej doplnit o další kroky – zvyšování právního povědomí zaměstnanců, motivováním stran k vyššímu využívání potenciálu pracovního práva (za současného navyšování sankcí při jeho porušování) a celkově přesunu role státu, zákonodárce, do role „vymezovače hřiště“, tedy pouze do role stanovování nepřekročitelných hranic; v jejímž rámci bude ovšem ponechána subjektům volnost.

6. ZÁVĚR

Podporuje flexibilita pracovního vztahu konkurenceschopnost? Ano, podporuje. Zdravý pracovněprávní vztah mezi zaměstnancem a zaměstnavatelem, založený, smluvní volností, na „dohodě“ je prospěšný oběma stranám. Zaměstnavatel je konkurenceschopný, pružně reagující na změny trhu, a tedy i „vydělávající“. Zaměstnanec má příjem plynoucí z prosperity svého zaměstnavatele.

Otázkou zůstává limitace sociálních faktorů. Zabrání trh sám, aby zaměstnavatelé nevykořisťovali zaměstnance a byli „sociálně odpovědní“? Pravděpodobně ne; tedy alespoň ne nyní a ne v podmínkách České republiky. Cesta k „sociálně odpovědnému“ zaměstnavateli a zdravému vztahu mezi zaměstnanci a zaměstnavateli je po padesáti letech tuhého kogentního „řízení“ zákonodárce v nedohlednu.

Není to ovšem důvodem, abychom k tomuto cíly nesměřovali a nesnažili se, nejen zákonodárci, ale i zaměstnavatelé, zaměstnanci a třeba také studenti a učitelé právnických fakult, k poznání potřeb všech subjektů pracovního práva, k posílení právního povědomí v oblasti pracovního práva a k vytváření flexibilní, reálné a funkční právní úpravy.

Literatura:

- Nález Ústavního soudu ze dne 12. 3. 2008, sp. zn. Pl. 83/08
- Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů
- Zákon č. 65/1965 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů
- Vysokajová, M.: Zákoník práce s komentářem, Praha: ASPI, 2007
- Galvas, M., Gregorová, Z., Píchová, I., Hrabcová, D., Šimečková, E., Zachariáš, J.: Pracovní právo, Brno: MU, 2004, 671 s., ISBN 80-210-3558-7
- Bělina, M. a kol.,: Pracovní právo,Praha: C.H.Beck, 2007, 572 s., ISBN 978-80-7179-672-5

Kontaktní údaje na autora – email:
zenaty@centrum.cz