

ISSN 1339-3995 | VOLUME 10.2022 | No. 1



UNIVERZITA
P. J. ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
Právnická fakulta

STUDIA IURIDICA *Cassoviensia*



Editor-in-Chief:

assoc. prof. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

Managing Editor:

Ing. Slavka Sedláková, PhD.

Editorial Committee:

assoc. prof. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

JUDr. Anna Vartašová, PhD.

assoc. prof. JUDr. Diana Treščáková, PhD.

Editorial Board:

assoc. prof. JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD. – Head of the Editorial Board
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

Dr. h.c., prof. JUDr. Vladimír Babčák, CSc.

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

assoc. prof. JUDr. Milena Barinková, CSc.

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

prof. JUDr. Michael Bogdan, PhD.

Lund University, Faculty of Law, Kingdom of Sweden

prof. JUDr. Alexander Brörtl, CSc.

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

prof. JUDr. Jozef Čentíš, PhD.

Comenius University in Bratislava, Faculty of Law, Slovak Republic

prof. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc.

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

Charles University in Prague, Faculty of Law, Czech Republic

prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.

Charles University in Prague, Faculty of Law, Czech Republic

prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

Charles University in Prague, Faculty of Law, Czech Republic

prof. JUDr. Ján Kľučka, CSc.

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

prof. Dr. Marijan Pavčnik

University of Ljubljana, Faculty of Law, Republic of Slovenia

Francesco de Santis, PhD.

University of Naples Federico II, Department of Law, Italian Republic

dr. hab. Elżbieta Feret, prof. UR

University of Rzeszów, Faculty of Law and Administration, Republic of Poland

prof. JUDr. Peter Vojčík, CSc.

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

Publisher:

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law,
Šrobárova 2, 041 80 Košice, Slovak Republic, Org ID: 00397768

Address of the Editorial Office:

SIC Editorial Office, Kováčska 26, P. O. Box A-45, 040 75 Košice, Slovak Republic,
e-mail: redakcia_sic@upjs.sk

Journal is issued periodically twice a year. It is freely available at the web page
<http://sic.pravo.upjs.sk> (open access journal). All the submitted articles are peer-reviewed
in double-blind form by two reviewers anonymous to the author.

Vol 10.2022, No 1 / Publication date: 25 March 2022

© Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic

ISSN 1339-3995

OBSAH / TABLE OF CONTENTS

Obsah / Table of Contents.....	2
Maria Beata Jagodzińska	
Deklarácia nezávislosti Azerbajdžanskej demokratickej republiky (1918-1920) – právna analýza <i>Declaration of independence of the democratic republic of Azerbaijan (1918-1920) – legal analysis.....</i>	4
Juraj Jankuv	
Historický vývoj a súčasná podoba práva životného prostredia Európskej únie v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia <i>Historical development and present shape of the European Union law of environment in the context of influence of international environmental law.....</i>	12
Konrad Burdziak – Magdalena Kowalewska-Lukuć	
Trestné a právne aspekty operácie na potvrdenie pohlavia úvahy v kontexte poľského trestného práva <i>Penal and legal aspects of gender confirmation surgery. considerations in the context of Polish criminal law.....</i>	31
Lukáš Michal'ov	
Peňažný trest v historicko-právnom a komparatívnom kontexte <i>Financial penalty (fine) in historical-legal and comparative context.....</i>	52
Peter Molnár	
K porušeniu práva na spravodlivý proces nedostatočným odôvodnením rozhodnutia <i>On violation of the right to a fair trial by insufficient reasoning of the decision.....</i>	70
Dávid Pandý	
Trestné konanie vo veciach mladistvých podľa uhorského zákonného článku VII/1913 <i>Criminal proceedings in juvenile cases under the Hungarian 1913 act no. VII.....</i>	83
Valéria Ružičková	
Harmonizácia trestného práva naprieč Európskou úniou a úloha Európskej prokuratúry <i>Harmonisation of criminal law across the European Union and the role of the European public prosecutor's office.....</i>	99
Vasilka Sancin, Sergeja Hrvatič, Lena Kevorkijan, Eva Korenjak Lalovič	
Cestovné certifikáty v súvislosti s Covid-19: vyváženie slobody pohybu a ochrany verejného zdravia <i>Covid-19 travel certificates: balancing the freedom of movement and protection of public health.....</i>	114
Soňa Simić	
Aktuálne problémy (ne)zdaňovania kolaboratívnej ekonomiky <i>Current problems of (non)taxation of the collaborative economy.....</i>	133

Andrzej Światłowski

Procesné postavenie poškodeného v trestných veciach v Poľsku

The procedural position of the injured party in the criminal cases in Poland.....147**Ladislav Hrabčák – Adrián Popovič**

RECENZIA: Michal Radvan: Czech Tax Law, 4. vydanie.....158

Lukáš Tomaš

RECENZIA: Romža, S. a kol.: Privatizácia trestného práva, vydanie prvé.....160

Martin Vernarský

RECENZIA: Tekeli, J.- Tomaš, L.- Hoffmann, M.: Zákon o samosprávnych krajoch.

Komentár, vydanie prvé163

DECLARATION OF INDEPENDENCE OF THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF AZERBAIJAN (1918-1920) – LEGAL ANALYSIS

DEKLARÁCIE NEZÁVISLOSTI AZERBAJDŽANSKEJ DEMOKRATICKEJ REPUBLIKY (1918-1920) – PRÁVNÁ ANALÝZA

Maria Beata Jagodzińska¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-01>

ABSTRACT

The following article is a legal analysis of the text of the Declaration of Independence of the first democratic republic in both Muslim and Oriental worlds – Azerbaijani Democratic Republic. Detailed analysis of each point, prefaced with short historical background necessary to understand the process of forming an independent state, reveals the basis of the legal system of then Azerbaijan and could contribute to further research on this topic. Although it has existed for only 23 months, the Republic was able to function well and has left a trace in the history of Caucasus region, as well as has been used as an inspiration for Azerbaijani political elites after the collapse of the USSR in 1991, what also has been described.

ABSTRAKT

Nasledujúci článok je právnou analýzou textu Deklarácie nezávislosti prvej demokratickej republiky v moslimskom aj orientálnom svete – Azerbajdžanskej demokratickej republiky. Podrobná analýza každého bodu, predložená krátkym historickým pozadím potrebným na pochopenie procesu formovania samostatného štátu, odhaľuje základy právneho systému vtedajšieho Azerbajdžanu a môže prispieť k ďalšiemu výskumu tejto témy. Hoci republika existuje len 23 mesiacov, dokázala dobre fungovať a zanechala stopu v histórii kaukazského regiónu, ako aj inšpiráciu pre azerbajdžanské politické elity po rozpade ZSSR v roku 1991, čo bolo tiež popísané.

1. INTRODUCTION

The field of research of the given article is not well-known and discussed in Europe topic of Caucasian democracies, which have broken out in May 1918, with an emphasis on one country – Azerbaijan. The main legal document of this country – Declaration of Independence, was announced on May 28th, 1918.

This article aims to analyze and prove the thesis that Azerbaijani Declaration of Independence was a crucial and progressive legal act not only for Azerbaijan itself, but for the whole region and cultural world of Orient. It contains of the text of the Declaration and detailed analysis of every single paragraph and part of it, summarized within a brief recapitulation.

The topic is being researched by mostly Azerbaijani experts and it is quite a hard task to find any work of a European researcher. As far as it is known, nobody tried to analyze this act from the legal point of view, as most researchers have focused on the impact of the Declaration, without detailed interpretation of its content.

¹ University of Warsaw, Faculty of Law and Administration, Warsaw, Poland
Varšavská univerzita vo Varšave, Fakulta práva a správy, Varšava, Poľsko.

2. HISTORICAL BACKGROUND FROM 1917

This part contains events connected with all of the three Caucasian states: Georgia, Armenia and Azerbaijan as it is impossible to take into consideration only one of them – they have been tied for a short period as members of one country which has failed to survive and as a result divided into three states. Decisions of one national fraction influenced decisions of others and the knowledge of these processes is essential in order to understand how and why independent Azerbaijan was created. There is a need to mention the fact, that there was not a term such as “South Caucasian identity” and these three states did not have much in common, their cooperation was based mostly on bilateral relations rather than multilateral cooperation or unification.²

1. Bolshevik revolution as a chance for the independence of the Caucasus

After the victory of February Revolution in Russia on March 9, 1917 there has been established a special committee on the initiative of Caucasian deputies of the Duma (Russian name for the parliament – author). The committee aimed to manage the Transcaucasian territory. The Special Transcaucasian Committee was finally formed on March 30, 1917. On November 15, 1917 there was established a regional government called Transcaucasian Commissariat. These bodies were formed to let Bolsheviks control Transcaucasia, which was trying to go its own way. For that reason, Petersburg decided to form a legislative body. Its deputies have been chosen among Russian Constitutional Assembly.³

2. Transcaucasian Seym

In February 1918 there has been created a parliament on the Caucasus called *Transcaucasian Seym*. The deputies to this body were Georgians, Armenians and Azerbaijanis. In April 1918, Transcaucasian Seym declared independence from Russia, what has meant creating a new state – Transcaucasian Democratic Federal Republic (TDFR).⁴

On April 22nd, 1918 Transcaucasia declared independence in shape of a federal republic. 4 days later there has been formed the new government with A. Chkhenkeli as a head. The new government included five Azerbaijani representatives. Forming a new legislative body did not improve the internal situation of the federation, which has been divided into three fractions according to national partition. Moreover, ethnic cleansing has started in Erevan governorate – as a result, 80 thousand Azerbaijanis became refugees. Deputies could not agree in terms of internal and foreign policy, what has resulted into partition of the TDFR in May. This country has survived only for one month.⁵

First fraction who decided to left the Seym and Republic was Georgian. On May 25th, 1918 I. Tsereteli said that further cooperation is impossible at it has not been present during negotiations with Turkey and Georgia has no other way than to declare independence. Armenian fraction decided that if Georgia will declare independence, Armenia will do the same. On May 26th Georgia declared independence and the Transcaucasian Seym dissolved itself.⁶

The situation in the region was more complicated due to the fact that influence zones of many countries interpenetrated there: Russia, Persia/Iran, United Kingdom, Germany and Turkey, dividing into bigger or smaller alliances tried to gain as much as possible in the meeting point of Europe and Asia.⁷

² NAZRIN GADIMOVA-AKBULUT, *Common Identity as the Missing Element in the Construction of Regionalism in the South Caucasus*, in: Journal of Caucasian Studies, May 2010, p. 52.

³ A.A. PASHAEV, (red.) *Zaqafqaziya Seyminin Müsəlman Fraksiyası və Azərbaycan Milli Şurası İclaslarının protokolları 1918-ci il*, p. 22.

⁴ TIGRAN MKRTCHYAN, VAHRAM PETROSYAN, *Integration of Transcaucasia: continued failure and hope*, in: Turkish Policy Quarterly, Spring 2009, p. 60.

⁵ AYDIN BALAYEV, *Азербайджанское национально-демократическое движение 1917-1920 гг.*, 20-22 pp.

⁶ Ibidem, p. 22.

⁷ SHABNAM YUSIFOVA, *The Recognition Of The Independence Of Azerbaijan Democratic Republic In Paris Peace Conference And The Attitude Of Iran*, Mediterranean Journal of Social Sciences, Vol 5 No 19, August 2014, Rome, p. 355.

3. LAW BACKGROUND

In aim to understand the impact and progressive character of the Declaration of Independence of the Azerbaijani Democratic Republic there is an undoubtful need for characterizing current situation in international law. In 1918 there were no declarations of basic rights for the people, countries still had a right to war and the League of Nations has not been established yet.⁸

Women right to vote was a new invention, it has been implemented in some countries across the world. In the United States, in 1918 women have protested and been arrested for their emancipation. Parallely, the act which let them have equal public rights, has been proceeded in House of Representatives and Senate.⁹ In Azerbaijan, women did not need to protest because of cultural background – suffrage and emancipation ideas were unpopular ones, if not unknown. Without any demonstrations, they have been given a right to vote.

The first multilateral treaties between the states were Geneva Convention from 1864 with further updates and Hague Conventions from 1899 and 1907. Geneva Convention established a Red Cross – organization of medical help for wounded in war without distinction to their nationality, which personnel has been guaranteed neutrality in order to help more effectively.¹⁰

First Hague Convention treated about settlement of international disputes, which aimed to create an international court, called *Permanent Court of Arbitration* and *International Bureau* as an administrative institution. Moreover, it has described the arbitration procedure between the countries.¹¹ The 4th Hague Convention from 1907 was a milestone for limiting states' right to start war and implemented a new concept – *prisoners of war*.¹²

Until 1918, all the territory of Azerbaijan has been a part of Russian empire. Elites have been discussing the idea of independence after revolution in 1905. After the 1917 revolution, Azerbaijani intelligentsia promoted their will to form an independent state based on secular democratic rules.¹³

4. TEXT OF THE DECLARATION OF INDEPENDENCE OF THE AZERBAIJANI DEMOCRATIC REPUBLIC¹⁴

A political order has set in the course of the Great Russian revolution that entailed the disintegration of the individual members of the body of state and the departure of the Russian troops from the Transcaucasia.

Left to their devices, the peoples of the Transcaucasia took it upon themselves to arrange their own fates and established the Transcaucasian Democratic Federative Republic. However, the Georgian people thought it best to separate itself from the Transcaucasian Democratic Federative Republic and form the independent Georgian Democratic Republic. The current political situation of Azerbaijan related to the end to the war between Russia and the Ottoman Empire as well as the unprecedented anarchy within the country dictate to Azerbaijan that consists of the Eastern and the Southern Transcaucasia imperatively the necessity of incepting a state organisation of its own so as to lead the peoples of Azerbaijan out of the difficult internal and external position in which they have found themselves. Therefore, the Muslim National Council of Azerbaijan elected by popular vote now declares publicly:

⁸ <https://www.britannica.com/topic/League-of-Nations> (access: 17.11.2021).

⁹ <https://www.loc.gov/collections/women-of-protest/articles-and-essays/historial-timeline-of-the-national-womans-party/1918-to-1920/>.

¹⁰ <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/120>.

¹¹ <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/1899-Convention-for-the-Pacific-Settlement-of-International-Disputes.pdf>.

¹² <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1907&context=ils>.

¹³ <https://ge.boell.org/en/2018/05/28/democratic-republic-azerbaijan-1918-20-origins-milestones-and-legacy>.

¹⁴ full text: <https://meclis.gov.az/news-az.php?id=14&lang=en> (access 3.11.2021).

1. From this day onwards, the people of Azerbaijan are the bearers of sovereign rights whilst Azerbaijan is henceforth a rightful independent state that encompasses the Southeast Transcaucasia.
2. The Democratic Republic is now set as a form of political organisation of the independent Azerbaijan.
3. The Azerbaijan Democratic Republic seeks to establish good neighbourly relations with all the members of the international community and, in particular, with the neighbouring nations and states.
4. The Azerbaijan Democratic Republic guarantees, within its boundaries, the civil and political rights to all the citizens indiscriminately of ethnicities, religion, social status and sex.
5. The Azerbaijan Democratic Republic provides an ample scope for development to all the peoples that populate its territory.
6. The National Council elected by popular vote and the Provisional Government accountable to the National Council shall remain the supreme authority of Azerbaijan as a whole until such time as the Constituent Assembly is convened.

5. LEGAL ANALYSIS OF THE POINTS OF THE DECLARATION OF INDEPENDENCE OF THE AZERBAIJANI DEMOCRATIC REPUBLIC

Preamble

Preamble is a solemn introduction of the constitution, taking into consideration historical narration, fundamental goals of the country, may refer to the religion or national identity. It contains a description of the past of the country and underlines the most significant events.¹⁵

The preamble of the Declaration of Independence of the Azerbaijani Democratic Republic focuses on historical events which have occurred within less than one year before its resolution. The three facts mentioned are: change of the power in Russia, end of Russian-Ottoman war and breakdown of an idea of the Transcaucasian Federation.

Further, it underlines the need of Azerbaijani people to self-determination and will to establish a sovereign state in order to stop internal anarchy and give a possibility for Muslim peoples of Caucasus to live in an independent country.

Article 1

The first provision constitutes Azerbaijan (full name: Azerbaijani Democratic Republic, further written as ADR) as a sovereign entity of international relations. From the moment of entry into force it becomes a base for establishment of diplomatic relations at an equal level with other entities of the international law, access to international organizations and respect of other countries to the borders of ADR. The notation about the sovereignty has meant in practice an ability to decide about the state without any third-party entities.

The territory of the state has been described in a very general way – *the Southeast Transcaucasia*, what has meant that the borders would be established in a detailed way in future. It is likely that such a notation has been written down because of current geopolitical situation, just as a remark that this exact part of Transcaucasia becomes independent.

Article 2

This article establishes the political system in the newly created state and is a precedent in the world of both Islam and the Orient, as Azerbaijan becomes the first democratic republic in the above-mentioned cultural circles. The importance of this article is not visible from the point of view of the present day, but in those times and conditions it was a breakthrough record, opening a new page in the history of the region.

¹⁵ LIAV ORGAD, *The preamble in constitutional interpretation*.

In practice, this meant the election of power by citizens in popular voting, the inability to concentrate three powers - legislative, executive and judiciary - in the hands of one person, and the fulfillment of the necessary condition - granting voting rights to a wide group of people.

The republican system was a complete novelty for Azerbaijan, which did not have democratic traditions. Deciding on this type of rule, Azerbaijani leaders have set themselves an ambitious goal. Despite the lack of experience and the need to build state structures from the very beginning, the Azerbaijani state was able to function efficiently throughout its existence.

Article 3

The third provision is relatively vague and can be viewed as a general clause as a whole. It concerns external policy and heralds the peaceful attitude of the state authorities in order to establish at least correct relations with other countries, primarily towards Turkey and Great Britain - at that time Azerbaijan's closest allies. It is noteworthy that despite the tense relations with Armenia, the authorities in Baku saw a real possibility of resolving disputes and entering a new stage of inter-state relations.

This provision is also of strategic importance - it was established to emphasize the sovereignty of Azerbaijan and transform it into a full-fledged subject of international relations, which is necessary for the recognition of the new state by the international community.

It may be interpreted as a sign that Azerbaijan will try to seek international recognition through diplomatic channels. This article is a short description of the main goals of country's foreign policy, focusing on friendly relations with neighbors meaning both states and nationalities. It is worth noting here that the ethnic and national composition of Azerbaijan was not uniform, the same applies to the entire Caucasus, inhabited for centuries by many nationalities often fighting with each other. Azerbaijani Declaration of Independence may be seen as an attempt to find a peaceful solution for the conflicted region.

Article 4

This article should be divided into two parts. The first deals with state borders, guaranteed by the broadly understood state. In a narrow interpretation, this means guarantees from the authorities, with the help of the armed forces, in a broader interpretation - all ADR citizens.

The second part gives concrete expression to the concept of "citizen". The last word is of particular importance, as it means granting civil rights to women, which is also the first such case in the Orient world and ahead of most European countries. As early as May 1918, Azerbaijani women were given the opportunity to decide about the political fate of their country. The same right was granted to the followers of all religions and representatives of various nationalities living in Azerbaijan, regardless of their social class or property owned by them.

This meant the equal civil and political rights of men and women, peasants and aristocrats, Azerbaijanis and non-Azerbaijanis inhabiting ADR. The second sentence of the fourth provision clearly demonstrates the broadly understood tolerance of the authors of this legal act and is a bold step – it should be remembered that the authors of the Declaration of Independence were Muslim politicians and such a provision was not seen before in any country with Muslim majority or traditions.

Article 5

The reasons for such a record can be found in the history of Azerbaijan - it was a country always inhabited by many ethnicities and nations. This article is another example of tolerance, specifically ethnic in this case. It allows freedom of cultural and linguistic activity for representatives of all ethnic groups living in the country, while protecting their heritage from oblivion.

According to the rulers, the multiethnicity of Azerbaijan has become not a problem, but a positive feature. By legally guaranteeing freedom of development to representatives of the non-Azerbaijani population, the authorities in Baku gained a political ally and support among the

broad groups of the country's population, especially those oppressed during the times of the Russian Empire. Many ethnic groups have gained a sense of security - the specter of resettlement or re-education has moved away.

Article 6

The last article is a transitional provision ensuring at the same time continuity of power. It establishes the supreme authority - the Provisional Government and the controlling bodies - the National Council and the National Assembly. All three bodies are collegial, which prevents the introduction of absolute power and at the same time guarantees a democratic system. The civic empowerment of the last two bodies, which had been elected in nationwide elections, was emphasized.

6. RELATION OF THE AZERBAIJANI DEMOCRATIC REPUBLIC TO MODERN AZERBAIJAN

In 1991 after the USSR collapsed, in the preamble of *The Constitutional Act on the State Independence of the Republic of Azerbaijan* it was declared that all the time that former ADR was under Soviet rule is treated as an occupation period. Article 2 states that nowadays Azerbaijan is a successor of ADR, article 3 invalidates all the law passed during Soviet rule with an exception stated in article 4 – Constitution from 1978, but only partially as the sections which are contradictive with the new Constitutional Act are not in power anymore.¹⁶

Article 11 treats about the system of the state – democracy has been chosen with law as a supreme factor of its existence. In article 12 there is another reference to the Republic of 1918-1920, that is secularism. The 1995 Constitution refers to that of 1918 in the preamble by expressing the wish to establish good neighborly relations, in Article 7 by specifying the system of state as democratic, law-governed, secular, unitary republic. Religion is separated from the state, as says Article 18, where there is also guaranteed the equality of all religions inside Azerbaijan.¹⁷

References to the Article 5 of the Declaration of Independence from 1918 are reflected in Article 25 point III of 1995 Constitution: *Everyone has equal rights and freedoms irrespective of race, ethnicity, religion, sex, origin, property status, social position, convictions, political party, trade union organization and social unity affiliation. Limitations or recognition of rights and freedoms because of race, ethnicity, social status, language, origin, convictions and religion are prohibited.*¹⁸

Article 2 of the Declaration of Independence is visible in Articles 54 , 55 and 56 of modern Constitution, where there is stated that citizens of Azerbaijan: *have the right to participate in the Government* (55, I) and *have the right to elect and be elected to the government organs and also to participate in referenda* (56, I).¹⁹

7. CONCLUSIONS

To sum this article up, several points should be noted. The first is the undoubtedly modern character of the Declaration of Independence of the ADR, as evidenced by the provisions on equality with respect to sex, religion, race or nationality, as well as the choice of the political system - a democratic republic. It should be emphasized that Azerbaijan did not have any democratic traditions on which it could be based. The country's leading politicians have proved that it is possible not to renounce the Muslim religion and at the same time pursue a progressive policy, both internal and external.

¹⁶ https://republic.preslib.az/en_d2.html.

¹⁷ https://www.constituteproject.org/constitution/Azerbaijan_2016.pdf?lang=en.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem.

Foreign policy was oriented towards good neighborly relations despite difficult position - change of power in Russia, tense relations with Armenia. ADR was to be a state of law, modern and recognized by other countries as a sovereign entity of the international relations. Unfortunately, as a result of the attack of Soviet army to the Caucasus, no one of the newly-formed republics (Armenia, Azerbaijan, Georgia) survived.

It is worth to ask a question at this point, what if these states would not be annexed by the Soviet Union? This question is very important in the case of Nagorno-Karabakh conflict, because the situation intensified after the collapse of USSR, and the war resulted in occupation of 20% of Azerbaijan territory by Armenian separatists.²⁰ On the contrary, have these countries had any chance to resist such a powerful, in comparison to them, state as the Soviet Union was and preserve their sovereignty?

For further research, an issue of comparison of constitutional acts of Azerbaijan from 1918 and 1991 could be a topic worth studying. Moreover, confrontation of situation *de iure* and *de facto* in this country nowadays is also an interesting subject to discuss.

KEY WORDS

Azerbaijan, Azerbaijani Democratic Republic, Declaration of Independence of the Azerbaijani Democratic Republic, Transcaucasian Sejm, Transcaucasia

KLÚČOVÉ SLOVÁ

Azerbajdžan, Azerbajdžanská demokratická republika, Deklarácia nezávislosti Azerbajdžanskej demokratickej republiky, Zakaukazský Sejm, Zakaukazsko

BIBLIOGRAPHY

1. 1899 Hague Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/1899-Convention-for-the-Pacific-Settlement-of-International-Disputes.pdf> (access: 27.12.2021)
2. 4th Hague Convention, 1907, <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1907&context=ils> (access: 27.12.2021)
3. *The Constitutional Act on the State Independence of the Republic of Azerbaijan (October 18, 1991)*, e-resource of the Presidential Library of Azerbaijan, https://republic.preslib.az/en_d2.html (access: 23.12.2021)
4. Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field. Geneva, 22 August 1864, International Committee of the Red Cross, <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/120> (access: 27.12.2021)
5. League of Nations, Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/topic/League-of-Nations> (access: 17.11.2021)
6. Nagorno-Karabakh conflict, Global Conflict Tracker, <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/nagorno-karabakh-conflict> (access: 27.12.2021)

²⁰ <https://www.cfr.org/global-conflict-tracker/conflict/nagorno-karabakh-conflict>.

7. *Women of Protest: Photographs from the Records of the National Woman's Party 1918-1920*, Library of Congress, <https://www.loc.gov/collections/women-of-protest/articles-and-essays/historial-timeline-of-the-national-womans-party/1918-to-1920/> (access: 27.12.2021)
8. *The Parliament of the Azerbaijan Democratic Republic (1918-1920)*, The Milli Majlis of the Republic of Azerbaijan, <https://meclis.gov.az/news-az.php?id=14&lang=en> (access: 3.11.2021)
9. AYDIN BALAYEV, *Азербайджанское национально-демократическое движение 1917-1920 гг.*, "Elm", Baku 1998
10. NAZRIN GADIMOVA-AKBULUT, *Common Identity as the Missing Element in the Construction of Regionalism in the South Caucasus*, in: *Journal of Caucasian Studies* vol. 5 issue 10, May 2010, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1129454> (access: 18.2.2022) (WoS database: <https://publons.com/journal/150378/journal-of-caucasian-studies/>), (DOI: <https://doi.org/10.21488/jocas.669524>)
11. ZAUR GASIMOV, *Democratic Republic of Azerbaijan (1918-20): Origins, Milestones and Legacy*, <https://ge.boell.org/en/2018/05/28/democratic-republic-azerbaijan-1918-20-origins-milestones-and-legacy> (access: 27.12.2021)
12. TIGRAN MKRTCHYAN, VAHRAM PETROSYAN, *Integration of Transcaucasia: continued failure and hope*, in: *Turkish Policy Quarterly*, Spring 2009, pages 59-76, https://www.esiweb.org/pdf/esi_turkey_tpq_vol8_no1_mkrtchyan_petrosyan.pdf, (access: 1.12.2021) (WoS database: <https://publons.com/journal/65287/turkish-policy-quarterly/>)
13. LIAV ORGAD, *The preamble in constitutional interpretation*, 8(4) *International Journal of Constitutional Law (I-CON)* 714 (2011) (DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mor010>) (WoS database: <https://publons.com/journal/6948/international-journal-of-constitutional-law/>)
14. A.A. PASHAEV, (red.) *Zaqafqaziya Seyminin Müsəlman Fraksiyası və Azərbaycan Milli Şurası İclaslarının protokolları 1918-ci il*, "Adiloglu", Baku 2006
15. SHABNAM YUSIFOVA, *The Recognition Of The Independence Of Azerbaijan Democratic Republic In Paris Peace Conference And The Attitude Of Iran*, *Mediterranean Journal of Social Sciences*, Vol 5 No 19, August 2014, Rome (DOI:10.5901/mjss.2014.v5n19p355), (WoS database: <https://publons.com/journal/31473/mediterranean-journal-of-social-sciences/>), (access: 20.2.2022)

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

Maria Beata Jagodzińska

student

University of Warsaw

Faculty of Law and Administration

Faculty of Oriental Studies

Krakowskie Przedmieście 26/28

00-927 Warsaw, Poland

Phone number: + 48 533 446 884

E-mail: m.jagodzinska5@student.uw.edu.pl

HISTORICKÝ VÝVOJ A SÚČASNÁ PODOBA PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA EURÓPSKEJ ÚNIE V KONTEXTE VPLYVU MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA¹

HISTORICAL DEVELOPMENT AND PRESENT SHAPE OF THE EUROPEAN UNION LAW OF ENVIRONMENT IN THE CONTEXT OF INFLUENCE OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW

Juraj Jankuv²

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-02>

ABSTRAKT

Príspevok je venovaný analýze historického vývoja a súčasnej podoby práva životného prostredia EÚ v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia. Jeho jednotlivé časti sú venované historickému vývoju a súčasnej podobe medzinárodného práva životného prostredia, historickému vývoju a systému práva životného prostredia Európskej únie v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia, problematike subjektov a aktérov práva životného prostredia Európskej únie, tematike prameňov a zásad práva Európskej únie a problematike prienikov práva životného prostredia Európskej únie a medzinárodného práva životného prostredia. Uvedené analýzy vytvoria teoretický základ pre formuláciu záverov týkajúcich sa historického vývoja a súčasnej podoby práva životného prostredia EÚ v korelácii s pravidlami medzinárodného práva životného prostredia.

ABSTRACT

The paper is devoted to the analysis of the historical development and the current form of EU environmental law in the context of the impact of international environmental law. Its individual parts are devoted to the historical development and current form of international environmental law, historical development and the system of environmental law of the European Union in the context of international environmental law, issues of subjects and actors of European Union environmental law and to the issue of the intersections of environmental law in the European Union and international environmental law. These analyses will provide a theoretical basis for formulating conclusions on the historical development and current form of EU environmental law in correlation with the rules of international environmental law.

I. ÚVOD

Právo životného prostredia Európskej únie je v súčasnosti osobitným odvetvím práva Európskej únie. Jeho vznik je úzko zviazaný s procesom vzniku medzinárodného práva životného prostredia ako osobitného odvetvia medzinárodného práva verejného. Proces vzniku práva Európskej únie i samotnej Európskej únie bol už v rámci vedeckej a odbornej literatúry

¹ Článok predstavuje čiastkový výstup v rámci výskumného projektu APVV-20-0576 pod názvom „Zelené ambície pre udržateľný rozvoj (Európska zelená dohoda v kontexte medzinárodného a vnútroštátneho práva)“.

² prof., JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

veľmi podrobne zmapovaný.³ V tejto súvislosti sa preto obmedzíme na konštatáciu, že súčasná Európska únia je medzivládnu regionálnou hospodárskou a politickou organizáciou s tendenciou postupného rozširovania a s premenou na celoeurópsku organizáciu. V súčasnosti je označovaná aj ako najvyššia forma európskej integrácie, integračné zoskupenie alebo aj nadnárodná medzinárodná organizácia. Zvláštnosťou tohto zoskupenia je skutočnosť, že mu zakladajúce členské štáty postúpili skutočne široké právomoci, čo pri iných dovtedy existujúcich medzinárodných organizáciách nebývalo zvykom. Táto skutočnosť sa prejavila napr. i v prijatí princípu prednosti práva Európskej únie pred právnymi poriadkami členských štátov. Týmto sa do štruktúry klasickej medzinárodnej organizácie vniesli prvky, ktoré do istej miery pripomínajú vnútroštátne právne vzťahy. Európska únia má v súčasnosti 27 členských štátov vrátane Slovenskej republiky. Európska únia postupne vytvárala celý rad orgánov a rovnako celý rad rôznych prameňov, ktoré zodpovedali potrebám jej existencie. V kontexte tohto procesu sa postupne vyvíjalo i právo životného prostredia Európskej únie. V súvislosti so vznikom práva životného prostredia Európskej únie sa Európska únia stala i významným subjektom medzinárodného práva životného prostredia vzhľadom na skutočnosť, že toto odvetvie medzinárodného práva verejného sa stalo inšpirujúcim faktorom práva životného prostredia Európskej únie. Európska únia (ďalej aj EÚ) a jej predchodcovia sa navyše i aktívne podieľala a podieľa na tvorbe a aplikácii noriem medzinárodného práva životného prostredia vzhľadom na fakt, že sa stala zmluvnou stranou celého radu mnohostranných medzinárodných zmlúv z oblasti ochrany životného prostredia.

Cieľom tohto príspevku je analýza historického vývoja a súčasnej podoby práva životného prostredia EÚ v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia. V nadväznosti na tento cieľ bude v tomto príspevku poskytnutý stručný pohľad na historický vývoj a súčasnú podobu medzinárodného práva životného prostredia, analyzovaný historický vývoj práva životného prostredia Európskej únie v kontexte vplyvu medzinárodného práva životného prostredia, systém práva životného prostredia Európskej únie, problematika subjektov a aktérov práva životného prostredia Európskej únie, tematika prameňov a zásad práva Európskej únie a problematika prienikov práva životného prostredia Európskej únie a medzinárodného práva životného prostredia. Uvedené analýzy vytvoria teoretickú základňu pre formuláciu záverov týkajúcich sa historického vývoja a súčasnej podoby práva životného prostredia EÚ v korelácii s pravidlami medzinárodného práva životného prostredia.

II. HISTORICKÝ VÝVOJ A SÚČASNÁ PODOBA MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA

Medzinárodné právo verejné nám neposkytuje definíciu pojmu medzinárodného práva životného prostredia v záväznej forme. Preto je potrebné vychádzať z názorov vedy medzinárodného práva. Za veľmi užitočný a inšpirujúci prístup k definícii medzinárodného práva životného prostredia považujeme prístup profesora Ondřeja, ktorý medzinárodné právo životného prostredia charakterizuje ako súbor zásad, inštitútov a pravidiel medzinárodného práva, ktoré regulujú ochranu životného prostredia v celosvetovom i regionálnom rozmere, ako aj v oblasti kozmického priestoru.⁴

Uvedené zásady, inštitúty a pravidlá medzinárodného práva životného prostredia sú obsiahnuté v vo viacerých obyčajových pravidlách všeobecného medzinárodného práva, v približne troch stovkách univerzálnych, regionálnych a partikulárnych medzinárodných zmlúv, vo viac ako tisícke dvojstranných zmlúv a v desiatkach nezáväzných rezolúcií a iných dokumentov celosvetových medzinárodných organizácií na čele s Organizáciou Spojených

³ Pozri napr. KARAS, V. - KRÁLÍK, A. *Právo Európskej únie*. Praha: C. H. Beck, 2012. s. 1-72. ISBN 978-80-7179-287-1 alebo MAZÁK, J. - JÁNOŠÍKOVÁ, M. *Základy práva Európskej únie. Ústavný systém a súdna ochrana*. Bratislava: Iura Edition, 2009. s.9-36. ISBN 978-80-8078-289-4.

⁴ POTOČNÝ, M. - ONDŘEJ, J. *Mezinárodní právo veřejné. Zvláštní část. 6. doplněné a rozšířené vydání*. Praha: C.H. Beck, 2011. s.180. ISBN 978-80-7400-398-1.

národov, regionálnych a partikulárnych medzinárodných organizácií.⁵ Podľa niektorých názorov vedy medzinárodného práva verejného (ďalej aj skrátene medzinárodné právo) sa historický vývoj medzinárodného práva životného prostredia realizoval v rámci troch období.⁶

Prvým obdobím je *tradičné obdobie* trvajúce od konca devätnásteho storočia do začiatku sedemdesiatych rokov dvadsiateho storočia, charakteristické vznikom menšieho počtu medzinárodných zmluvných a obyčajových pravidiel a judikátov medzinárodných arbitrážnych orgánov v oblasti ochrany životného prostredia.⁷ Zmluvné pravidlá sa týkali ochrany niektorých vybraných druhov živočíchov, ochrany pred znečisťovaním morí, ochrany životného prostredia Antarktídy a kozmického priestoru. V tomto období dochádza k postupnému rozširovaniu právomocí orgánov OSN i na oblasť ochrany životného prostredia (takto bola rozšírená právomoc Hospodárskej a sociálnej rady OSN), k udeľovaniu environmentálnych mandátov medzinárodným organizáciám pridruženým k OSN (UNESCO, Medzinárodná námorná organizácia) a k organizácii prvých medzinárodných konferencií týkajúcich sa zachovania živých zdrojov.

Druhým obdobím je *moderné formatívne obdobie* trvajúce od Konferencie OSN o životnom prostredí, ktorá sa konala v Štokholme (1972), ktorá je nazývaná aj Štokholmskou konferenciou (1972), do *Konferencie OSN o životnom prostredí a rozvoji* v Rio de Janeiro (1992). Toto obdobie je typické vznikom medzinárodného práva životného prostredia, ktoré je v súčasnosti možné charakterizovať ako osobitné odvetvie medzinárodného práva verejného. Jeho základom sa stala *Deklarácia OSN o životnom prostredí človeka* (1972),⁸ prijatá na Štokholmskej konferencii a následne prijatý veľký počet medzinárodných sektorových zmlúv týkajúcich sa ochrany jednotlivých oblastí či zložiek životného prostredia a transverzálnych zmlúv regulujúcich spoločné problémy ako je napr. zaobchádzanie s nebezpečnými látkami či odpadmi.⁹ K rozvoju medzinárodného práva životného prostredia v tomto období prispela i tvorba a činnosť programov a orgánov inštitucionálne zabezpečujúcich rozvoj a aplikáciu medzinárodného práva životného prostredia (Program OSN pre životné prostredie, Globálny fond pre životné prostredie), vytváranie základov pre formovanie nových obyčajových pravidiel v oblasti ochrany životného prostredia v nadväznosti na existujúce pravidlá soft law a rozvoj judikatúry medzinárodných súdnych a arbitrážnych orgánov v danej oblasti, ktorá prispela k stabilizácii niektorých obyčajových pravidiel v danej oblasti.¹⁰

Tretím obdobím je *post-moderné obdobie*, ktoré trvá od konferencie v Rio de Janeiro v roku 1992 až do súčasnosti a je typické dotvorením súčasnej podoby medzinárodného práva životného prostredia najmä v nadväznosti na *Deklaráciu o životnom prostredí a rozvoji* (1992),¹¹ *Rámcový dohovor o zmene klímy* (1992)¹² a *Dohovor o biologickej rozmanitosti* (1992)¹³ prijatých na danej konferencii a niektoré dotvorené nové obyčajové pravidlá oblasti ochrany životného prostredia, sformované i na základe dlhodobej aplikácie zmluvných noriem. Medzinárodné spoločenstvo sa v tomto období sústreďuje i na zabezpečenie efektivity existujúcich zmluvných noriem aj prostredníctvom zmluvne vytvorených konferencií zmluvných strán, ktoré dotvárajú príslušné mechanizmy kontroly dodržiavania jednotlivých medzinárodných zmlúv.¹⁴ Vytvárajú sa i ďalšie orgány OSN s pôsobnosťou pre oblasť ochrany

⁵ Tamtiež, s.180.

⁶ SAND, P. H. (ed.). *The History and Origin of International Environmental Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. s. xii. ISBN 978-1-78347-566-7.

⁷ Porovnaj tamtiež, s. xii-xv.

⁸ *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment* (1972). U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1(1973)

⁹ Bližšie pozri ČEPELKA, Č. - ŠTURMA, P.. *Mezinárodní právo veřejné. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2018. s.200, 209-213. ISBN 978-80-7400-721-7.

¹⁰ Bližšie pozri SAND, P. H. (ed.). *The History and Origin of International Environmental Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. s. xv-xvii. ISBN 978-1-78347-566-7.

¹¹ *Rio Declaration on Environment and Development* (1992). UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I).

¹² *United Nations Framework Convention on Climate Change* (1992). 1771 UNTS 107.

¹³ *Convention on Biological Diversity* (1992). 1760 UNTS 79.

¹⁴ SAND, P. H. (ed.). *The History and Origin of International Environmental Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing,

životného prostredia (Komisia pre trvalo udržateľný rozvoj, Fórum pre ochranu lesov). Toto obdobie je typické aj ďalším rozvojom judikatúry medzinárodných súdnych a arbitrážnych orgánov v danej oblasti, v rámci ktorej došlo k potvrdeniu existencie niektorých ďalších obyčajových pravidiel a praktickej aplikácii viacerých zmluvných noriem medzinárodného práva životného prostredia.

Systém medzinárodného práva životného prostredia do určitej miery kopíruje systém medzinárodného práva verejného. Podobne ako medzinárodné právo verejné ako také zahŕňa viacero všeobecných inštitútov a osobitných odvetví.¹⁵ Ide primárne o všeobecné inštitúty ako sú subjekty, pramene a druhy pravidiel medzinárodného práva životného prostredia a taktiež všeobecné inštitúty spojené s presadzovaním medzinárodného práva životného prostredia ktorými sú kontrola, zodpovednosť a riešenie sporov v medzinárodnom práve životného prostredia. K osobitným odvetviám medzinárodného práva životného prostredia patria problematiky ochrany ľudských environmentálnych práv, ochrany práv osôb vysídlených v dôsledku environmentálnych faktorov, ochrany medzinárodných vodných tokov, ochrany morského prostredia, ochrany prostredia Antarktídy, ochrany ovzdušia a globálnej atmosféry, ochrany prírody, krajiny a ohrozených druhov, ochrany kozmického prostredia, ochrany životného prostredia v čase ozbrojených konfliktov, trestnoprávnej ochrany životného prostredia, ochrany životného prostredia v kontexte medzinárodného obchodu a udržateľného hospodárskeho rozvoja a ochrany životného prostredia pred zdrojmi ohrozenia.

Z pohľadu potrieb skúmania súčasnej podoby medzinárodného práva životného prostredia majú osobitný význam jeho zásady, vzhľadom na skutočnosť, že ich identifikácia sa používa aj ako spôsob priblíženia obsahu tohto inak príliš rozsiahleho až roztriešteného odvetvia medzinárodného práva.¹⁶ *Zásady medzinárodného práva životného prostredia* je možné charakterizovať ako pravidlá správania sa obsiahnuté v niektorom z jeho prameňov, ktoré majú vysoko všeobecný charakter, a ktoré vznikli v jeho rámci. Od zásad medzinárodného práva je potrebné odlišiť skôr spomínané *všeobecné právne zásady* podľa článku 38 ods.1 Štatútu Medzinárodného súdneho dvora, ktoré sú vnútroštátnymi zásadami prevzatými do medzinárodného práva najmä cestou medzinárodnej arbitráže.

Tieto zásady boli deklarované v celom rade najmä nezáväzných *soft law* dokumentov, sú obsiahnuté i v rámci viacerých medzinárodných zmlúv a mnohé z nich existujú i v obyčajovej podobe. Je ich možné deliť na dve skupiny a to na zásady medzinárodného práva životného prostredia vychádzajúce z platných pravidiel *de lege lata* a programové zásady medzinárodného práva životného prostredia *de lege ferenda*.¹⁷

Najvyšší počet zásad medzinárodného práva životného prostredia existuje v rámci jeho platných pravidiel *de lege lata*. Najvýznamnejšími zásadami v tomto smere sú *zásada práva človeka na životné prostredie*, *zásada zvrchovanosti štátov a nepoškodzovania životného prostredia za hranicami jurisdikcie štátov*, *zásada ochrany a zachovania životného prostredia a prírodných zdrojov*, *zásada medzinárodnej spolupráce pri ochrane životného prostredia*, *zásada prevencie*, *zásada predbežnej opatrnosti*, *zásada spravodlivého využívania prírodných zdrojov zdieľaných dvoma a viacerými štátmi*, *zásada medzinárodnej zodpovednosti za ekologické škody* a *zásada trvalo udržateľného rozvoja*.

K najvýznamnejším programovým zásadám medzinárodného práva životného prostredia *de lege ferenda* patrí *zásada „znečisťovateľ platí“*, *zásada spoločného záujmu ľudstva* a *zásada*

2015. s. xviii. ISBN 978-1-78347-566-7.

¹⁵ MALENOVSKÝ, J. *Mezinárodní právo veřejné - obecná část - a poměr k jiným právním systémům*, 7. upravené a doplněné vydání. Brno: Masarykova univerzita, 2020. s.327-328. ISBN 978-80-210-9510-6.

¹⁶ ŠTURMA, P. Druhy pravidiel a záväzků v mezinárodním právu životního prostředí. In: ŠTURMA, P. et al. *Mezinárodní právo životního prostředí, I. část (obecná)*. Beroun: IFEC – Eva Rozkotová, 2004. s.86. ISBN 80-903409-2-X.

¹⁷ ČEPELKA, Č. - ŠTURMA, P.. *Mezinárodní právo veřejné. 2. vydání*. Praha: C. H. Beck, 2018. s.201. ISBN 978-80-7400-721-7.

*spoločných, ale diferencovaných povinností.*¹⁸ V nadväznosti na neskoršiu normotvorbu môže časom prirodzene nastať posun niektorých či všetkých týchto zásad do skupiny zásad medzinárodného práva životného prostredia.

Skúmaním pravidiel medzinárodného práva životného prostredia je možné dospieť k všeobecnému záveru, že ich úlohou je najmä *ochrana životného prostredia pred podstatným zhoršením, zamedzenie porušovania ekologickej rovnováhy prírody a zaistenie trvalo udržateľného rozvoja ľudstva pri zachovaní životného prostredia*. Tieto ciele sú dosahované vytváraním medzinárodných záväzkov štátov zameraných na *prevenciu vzniku škôd* na životnom prostredí, *kontrolných mechanizmov* dodržiavania týchto záväzkov a *nových orgánov a inštitúcií*, ktoré majú pomáhať štátom pri plnení ich záväzkov a pri identifikácii oblastí životného prostredia, ktoré je potrebné chrániť.

Medzinárodné právo životného prostredia je v súčasnosti prevažne zmluvným právom. Mnohé z ustanovení zmlúv v danej oblasti však majú charakter, tzv. „*mäkkého práva*“ (angl. soft law), t.j. ustanovujú programové záväzky štátov dosiahnuť ciele obsiahnuté v zmluve. Takto sú koncipované i viaceré zásady vo väčšine deklarácií v oblasti ochrany životného prostredia. V konečnom dôsledku teda táto normativita sleduje najmä *predchádzanie a znižovanie environmentálnych škôd*. Všeobecne platný obyčajový *inštitút zodpovednosti štátov za protiprávne správanie* je preto v tejto oblasti aplikovateľný iba v minimálnej miere. V tejto oblasti sa skôr vytvára priestor pre aplikáciu *zodpovednosti štátov za škodlivé následky činností, ktoré nie sú medzinárodným právom zakázané*.¹⁹ Vzhľadom na povahu záväzkov medzinárodného práva životného prostredia je takmer neaplikovateľný je i *inštitút donútenia (sankcií)*, keďže jeho aplikácia formou napr. suspendácie medzinárodnej zmluvy by znamenala likvidáciu predmetu a účelu zmluvy.

III. HISTORICKÝ VÝVOJ A SYSTÉM PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA EURÓPSKEJ ÚNIE V KONTEXTE SÚBEŽNÉHO VPLYVU MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA

Zakladajúce zmluvy predchodcu EÚ – Európskych spoločenstiev v prvotnom znení neobsahovali úpravu problematiky ochrany životného prostredia. Tieto zmluvy sa obmedzili na dosahovanie ekonomických cieľov, pričom neobsahovali žiadnu zmienku na dosahovanie cieľov v oblasti ochrany životného prostredia, čo reflektovalo skutočnosť, že táto téma v danom čase nebola predmetom záujmu členských štátov do takej miery, aby prostredníctvom spolupráce v rámci Európskych spoločenstiev dosahovali ciele pri ochrane životného prostredia. Pod vplyvom znečisťovania a poškodzovania životného prostredia, ktoré dosahuje nadnárodnú dimenziu, začali aj členské štáty Európskych spoločenstiev prijímať nástroje na jeho ochranu.²⁰

Významnú úlohu pri formovaní práva životného prostredia Európskej únie hrali dokumenty medzinárodného práva verejného. Medzníkom zmeny v tomto smere bol tzv. *Parížsky summit hláv štátov a vlád Európskeho hospodárskeho spoločenstva* z roku 1972. V praxi išlo o zasadnutie Európskej rady v Paríži 19. a 20. októbra 1972. Táto konferencia sa konala v nadväznosti na Konferenciu OSN o ľudskom životnom prostredí z 5.-16.júna 1972, ktorá nastavila základné kontúry medzinárodného práva životného prostredia.

¹⁸ Bližšie pozri ČEPELKA, Č. - ŠTURMA, P.. *Mezinárodní právo veřejné*. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2018. s.207-209. ISBN 978-80-7400-721-7.

¹⁹ Bližšie pozri ŠTURMA, P. et al. *Mezinárodní právo životního prostředí, I. část (obecná)*. Beroun: IFEC – Eva Rozkotová, 2004, s. 116-157 ISBN 80-903409-2-X. a JANKUV, J et al.. *Mezinárodní právo veřejné. Prvá časť*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015. s. 229-244. ISBN 978-80-7380-559-3.

²⁰ Porovnaj VARGA, P. Právny rámec ochrany životného prostredia v Európskej únii. In: JANKUV, J. (ed.). *Aktuálne otázky vývoja a súčasnej podoby medzinárodného a európskeho práva životného prostredia a vplyv medzinárodného a európskeho práva životného prostredia na právny poriadok Slovenskej republiky a Českej republiky*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej online konferencie, 7.-8. november 2019. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020. s.61. ISBN 978-80-568-0336-3.

Na tomto zasadnutí hlavy štátov a vlád deklarovali že „samotná hospodárska expanzia nie je samoučelná: jej prvým cieľom by malo byť zníženie rozdielov v životných podmienkach. Musí sa to uskutočniť za účasti všetkých sociálnych partnerov. Výsledkom by malo byť zlepšenie kvality života, ako aj životnej úrovne. V súlade s duchom Európy sa osobitná pozornosť bude venovať nehmotným hodnotám a ochrane životného prostredia, aby pokrok skutočne mohol slúžiť ľuďstvu.“ Zdôraznili význam environmentálnej politiky spoločenstva a na tento účel vyzvali inštitúcie spoločenstva, aby do 31. júla 1973 vytvorili akčný program doplnený presným časovým harmonogramom.²¹

V nadväznosti na závery prijaté na summite Európskej rady prijala Rada 22. novembra 1973 *Deklaráciu o prvom akčnom programe Európskych spoločenstiev v oblasti životného prostredia*,²² obsahujúcu daný prvý akčný program Európskych spoločenstiev v oblasti životného prostredia. Táto deklarácia odkazuje na článok 2 vtedajšej Zmluvy o založení Európskeho hospodárskeho spoločenstva (1957, ďalej aj ZEHS), ktorý uvádza, že úlohou *Európskeho hospodárskeho spoločenstva je podporovať v celom Spoločenstve harmonický rozvoj hospodárskych činností a neustále a vyvážené rozširovanie, ktoré si teraz nemožno predstaviť, ak neexistuje účinná kampaň na boj proti znečisťovaniu a alebo na zlepšenie kvality života a ochrany životného prostredia*. Následkom toho, ekonomický rozvoj zakotvený ako cieľ v článku 2 ZEHS, musel ísť ruka v ruke s ochranou životného prostredia a ekonomický rozvoj tak nemožno posudzovať len z kvantitatívneho hľadiska, ale aj z kvalitatívneho hľadiska.²³

Rada prijala začiatkom 70. rokov prvé smernice, ktoré tvorili základ pre právo životného prostredia v rámci Európskych spoločenstiev. Do prijatia Jednotného európskeho aktu využívala Rada ako právny základ pre prijatie sekundárnej legislatívy článku 100 ZEHS a 235 ZEHS. Článok 100 ZEHS umožňoval prijímanie legislatívy v oblasti fungovania vnútorného trhu a stanovovania technických požiadaviek na výroby, ktoré obsahovali aj požiadavky vo vzťahu k ochrane životného prostredia.²⁴

Články 100 ZEHS a 235 ZEHS však zároveň predstavovali prekážku pre rozvoj politiky ochrany životného prostredia. Ich aplikácia pre oblasť ochrany životného prostredia bola predmetom kritiky, keďže činnosť v oblasti ochrany životného prostredia, nebola zahrnutá medzi činnosti vtedajšieho Európskeho hospodárskeho spoločenstva (ďalej aj EHS), vymedzené vo vtedajšom znení článku 3 ZEHS. Obsah právnej úpravy, ktorú mohlo EHS prijať v oblasti ochrany životného prostredia bol preto obmedzený výhradne na otázky, ktoré súviseli obchodom v rámci vnútorného trhu. Odpoveďou na tieto debaty bol rozsudok Súdneho dvora vo veci 91/79, Komisia v. Taliansko²⁵, ktorý tieto debaty ukončil tým, že konštatoval, že článok 100 ZEHS predstavuje právny základ pre prijatie právnej úpravy v oblasti ochrany životného prostredia.²⁶ V sedemdesiatych a začiatkom osemdesiatych rokoch dvadsiateho storočia sa však

²¹ Tamtiež. s.61.

²² *Declaration of the Council of the European Communities and of the representatives of the Governments of the Member States meeting in the Council of 22 November 1973 on the programme of action of the European Communities on the environment*. OJ EC C 112, 20.12.1973, s. 1 – 53.

²³ VARGA,P. Právny rámec ochrany životného prostredia v Európskej únii. In: JANKUV,J. (ed.). *Aktuálne otázky vývoja a súčasnej podoby medzinárodného a európskeho práva životného prostredia a vplyv medzinárodného a európskeho práva životného prostredia na právny poriadok Slovenskej republiky a Českej republiky*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej online konferencie, 7.-8. november 2019. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020. s.62. ISBN 978-80-568-0336-3.

²⁴ VARGA,P. Právny rámec ochrany životného prostredia v Európskej únii. In: JANKUV,J. (ed.). *Aktuálne otázky vývoja a súčasnej podoby medzinárodného a európskeho práva životného prostredia a vplyv medzinárodného a európskeho práva životného prostredia na právny poriadok Slovenskej republiky a Českej republiky*. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej online konferencie, 7.-8. november 2019. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020. s.63. ISBN 978-80-568-0336-3.

²⁵ Rozsudok Súdneho dvora z 18. marca 1980, Komisia Európskych spoločenstiev proti Talianskej republike vo veci 91/79 (ECLI: EU:C:1980:85).

²⁶ Bližšie pozri VARGA,P. Právny rámec ochrany životného prostredia v Európskej únii. In: JANKUV,J. (ed.). *Aktuálne otázky vývoja a súčasnej podoby medzinárodného a európskeho práva životného prostredia a vplyv medzinárodného a európskeho práva životného prostredia na právny poriadok Slovenskej republiky a Českej republiky*. Zborník príspevkov

naďalej prijímala sekundárna legislatíva v oblasti ochrany životného prostredia, bez explicitného právneho základu zakotveného v ZEHS. Nápravu tohto stavu sa podarilo dosiahnuť až v roku 1986, v dôsledku prijatia *Jednotného európskeho aktu* (1986), ktorý ako súčasť primárneho práva pozmenil zakladajúce zmluvy. V nadväznosti na túto zmluvu boli vytvorené environmentálne orientované články 130r-130t *Zmluvy o založení Európskeho hospodárskeho spoločenstva* (1957). Táto zmluva bola v dôsledku *Zmluvy o Európskej únii* (1992)²⁷ premenovaná na *Zmluvu o založení Európskeho spoločenstva* (ZES) a i jej environmentálne články boli prečíslované na články 174 -176. ZES bola ďalej medzičasom v dôsledku *Lisabonskej zmluvy* (2007) premenovaná na *Zmluvu o fungovaní Európskej únie* (ZFEÚ)²⁸ a jej články boli opätovne prečíslované. V aktuálnej podobe ZFEÚ upravuje otázky ochrany životného prostredia v článkoch 191 – 193, ktoré nahradili články 174-176 ZES.

Všeobecné vymedzenie právomocí EÚ a členských štátov v oblasti ochrany životného prostredia obsahuje článok 191, článok 192 ods. 4 a článok 193 ZFEÚ. V duchu ustanovení článku 191 ods. 1 *politika EÚ v oblasti životného prostredia* prispieva k uskutočňovaniu viacerých cieľov, ktorými sú *udržiavanie, ochrana a zlepšovanie kvality životného prostredia, ochrana ľudského zdravia, rozvážne a racionálne využívanie prírodných zdrojov, podpora opatrení na medzinárodnej úrovni na riešenie regionálnych alebo celosvetových problémov životného prostredia, a to predovšetkým na boj proti zmene klímy*. Politika životného prostredia EÚ sa ďalej, v nadväznosti na odsek 2 článku 191 zameriava na vysokú úroveň jeho ochrany, pričom prihliada na rozmanité situácie v jednotlivých regiónoch EÚ. Vychádza zo *zásady predchádzania škodám a prevencie, zo zásady nápravy škôd na životnom prostredí prioritne pri zdroji a zo zásady, že náhradu škody hradí znečisťovateľ*. V tomto kontexte opatrenia zosúlaďovania zodpovedajúce požiadavkám ochrany životného prostredia zahŕňajú, ak je to vhodné, ochrannú doložku umožňujúcu členským štátom prijať predbežné opatrenia z ekologických a mimo hospodárskych dôvodov, ktoré podliehajú inšpekčnému postupu EÚ.

V duchu článku 191 ods. 3 EÚ pri *príprave politiky v oblasti životného prostredia* prihliadne na dostupné *vedecké a technické údaje, podmienky životného prostredia v rôznych regiónoch EÚ, potenciálne výhody a náklady v súvislosti s činnosťou alebo nečinnosťou, hospodársky a sociálny rozvoj EÚ ako celku a vyrovnaný rozvoj jeho regiónov*.

Článok 191 ods. 4 zakotvuje *právomoci EÚ a členských štátov EÚ* tak, že EÚ a členské štáty spolupracujú v oblasti svojich právomocí s tretími krajinami a s príslušnými medzinárodnými organizáciami. Podmienky spolupráce EÚ sa môžu stať predmetom dohody medzi EÚ a dotknutými tretími stranami. Toto ustanovenie nemá dopad na právomoc členských štátov viesť rokovania s medzinárodnými orgánmi a uzatvárať medzinárodné zmluvy. Článok 192 ods. 4 zakotvuje, že politiku v oblasti životného prostredia financujú a uskutočňujú členské štáty bez toho, aby boli dotknuté určité opatrenia prijaté EÚ.

Článok 192 ods. 1, 2, 3 a 5 *vymedzujú spôsob prijímania opatrení v oblasti ochrany životného prostredia prostredníctvom inštitúcií (orgánov) EÚ* na vykonanie ustanovení článku 191 ako aj opatrení vymedzených v článku 192 ods. 2. Článok 193 ustanovuje, že ochranné opatrenia podľa článku 192 *nebránia členskému štátu udržiavať alebo zavádzať prísnejšie ochranné opatrenia*. Tieto opatrenia musia byť zlučiteľné so zakladajúcimi zmluvami a členské štáty ich oznamujú Komisii.

Na vykonanie relevantných článkov ZEHS, ZES a neskôr uvedených článkov 191 až 193 ZFEÚ a na vykonanie medzinárodnoprávných úprav bolo postupne prijatých ďalších šesť *Akčných programov EHS/ES/EÚ v oblasti životného prostredia* (akčné programy z rokov 1977, 1982, 1987, 1993, 2002, 2013) ktoré svojim obsahom nadväzujú na medzinárodnoprávnu

z medzinárodnej vedeckej online konferencie, 7.-8. november 2019. Trnava: Typi Universitatis Tyrnaviensis, 2020. s.63-64. ISBN 978-80-568-0336-3.

²⁷ *Konsolidované znenie Zmluvy o Európskej únii* (1992) vyšlo v úradnom vestníku EÚ C 83, 30/03/2010, s. 13-46.

²⁸ *Konsolidované znenie Zmluvy o fungovaní Európskej únie* (1957) vyšlo v úradnom vestníku EÚ C 83, 30/03/2010, s. 47-200.

úpravu. Ostatné tri programy už sú formulované v rámci noriem sekundárneho práva. Ostatným krokom Európskej únie v oblasti rozvoja práva životného prostredia Európskej únie je prijatie tzv. *Európskej zelenej dohody* (v slovenskom preklade je tento dokument nazvaný *Európsky ekologický dohovor*) z 11. decembra 2019,²⁹ stratégie prijatej Komisiou Európskej únie, zameranej na ochranu občanov EÚ pred environmentálnymi škodami a dopadmi.³⁰ Od počiatku sedemdesiatych rokov, i v nadväznosti na medzinárodnoprávny vývoj, bolo v rámci EHS/ES/EÚ i veľké množstvo ďalších právnych aktov v tejto oblasti. Zakladajúce zmluvy EHS/ES/EÚ boli v nadväznosti na uvedenú environmentálnu legislatívu postupne interpretované a pozmenené tak, že sa ochrana životného prostredia dostala do rámca cieľov EHS/ES/EÚ. Veľmi bohatá je i ďalšia sekundárna normotvorba orgánov ES/EÚ, ktorá často konkretizuje normy medzinárodného práva prijaté v rámci OSN a v mnohých prípadoch podpísané a ratifikované samotnou Európskou úniou. V praxi dochádza i k rozšíreniu aplikácia noriem práva životného prostredia Európskej únie prostredníctvom aplikácie noriem, ktoré zakotvujú pravidlá prístupu na jednotný trh Európskej únie vo vzťahu k tretím krajinám, ktorých vnútroštátne subjekty majú záujem vstúpiť na tento trh.³¹

Takto bol vytvorený celý rad právnych úprav práva životného prostredia Európskej únie na základe, ktorých je možné identifikovať jeho systém. Tento systém do určitej miery kopíruje systém medzinárodného práva životného prostredia. Zahŕňa všeobecné inštitúty a osobitné odvetvia. Všeobecné inštitúty zahŕňajú najmä problematiku subjektov a aktérov, prameňov, zásad a vynútenia práva životného prostredia Európskej únie ako aj opatrenia horizontálneho charakteru týkajúce sa odhadovania dopadov možných aktivít v oblasti životného prostredia, ochrany ľudských environmentálnych práv, integrovanej prevencie a kontroly znečistenia, prevencie pred haváriami, eko-označovania a environmentálneho auditu, zodpovednosti za ekologické škody, finančných mechanizmov EÚ pre oblasť ochrany životného prostredia a štandardizujúcich a racionalizujúcich správ o implementácii určitých smerníc v oblasti ochrany životného prostredia. Osobitné odvetvia zahŕňajú úpravu týkajúcu sa ochrany klímy, ochrany pred znečistením ovzdušia a priemyselnými emisiami, ochrany vôd, ochrany prírody a biodiverzity, ochrany pred chemickým znečistením, ochrany pred geneticky modifikovanými organizmami a nanotechnológiami, ochrany pred jadrovým znečistením, ochrany pred znečistením hlukom a nakladania z odpadmi.

IV. SUBJEKTY A AKTÉRI PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA EURÓPSKEJ ÚNIE

Politika Európskej únie je formovaná inštitúciami (orgánmi) Európskej únie s významným vkladom členských štátov a iných aktérov z členských štátov. Inštitúcie Európskej únie prispievajú k tvorbe práva životného prostredia Európskej únie a to rôznym spôsobom. Právny základ pre tieto ich aktivity predstavuje článok 288 Zmluvy o fungovaní Európskej únie, ktorý zakotvuje týmto inštitúciám oprávnenie prijímať pre účely výkonu právomocí Európskej únie nariadenia, smernice, rozhodnutia, odporúčania a stanoviská.

Európska únia má značný počet *orgánov*. Prakticky každý z nich má určité právomoci týkajúce práva životného prostredia Európskej únie. Najvyšším politickým orgánom EÚ je *Európska rada* na čele s predsedom. Tento orgán udáva hlavné smery vývoj a politiky, ale i práva Európskej únie, vrátane práva životného prostredia Európskej únie.

Komisia, je nadštátnym výkonným orgánom, ktorý ma podobnú funkciu ako vláda štátu. Jej právomoci v oblasti ochrany životného prostredia, v nadväznosti na článok 17 Zmluvy o Európskej únii, zahŕňajú právomoc pripravovať návrhy pre novú environmentálnu legislatívu,

²⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. *The European Green Deal*. COM/2019/640 final.

³⁰ Bližšie pozri FETTING, C. *The European Green Deal*. ESDN Report. ESDN Office, Vienna, 2020. 22s. Dostupné k 8.12.2021 na webstránke file:///C:/Users/KMPaEP/AppData/Local/Temp/ESDN_Report_2_2020.pdf.

³¹ Bližšie pozri HADJIYANNI, I. *The EU as a Global Regulator for Environmental Protection. A Legitimacy Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2019. 333s. ISBN 978-1-5099-2560-5.

zaistiť, že ustanovenia zakladajúcich zmlúv a legislatívy prijatej inštitúciami EÚ sú v praxi aplikované, formulovať názory a odporúčania a prijímať rozhodnutia v danej oblasti, participovať na tvorbe opatrení v danej oblasti tam, kde to zakladajúce zmluvy predpokladajú.

³² Komisia mala resp. má viacero pomocných orgánov.³³ Najvýznamnejším z nich je *Európska environmentálna agentúra* (angl. *European Environmental Agency - EEA*), ktorá bola zriadená v roku 1990 *nariadením Rady 90/1210/EEC v znení nariadenia Rady 99/933/EC*. EEA pôsobí v Kodani od roku 1994. Agentúra analyzuje stav a trendy v oblasti životného prostredia, ako aj hospodárske a sociálne tlaky v tejto oblasti. Zároveň vyvíja scenáre, hodnotí politiku a zabezpečuje kvalitu údajov. Pomáha orgánom EÚ a členským krajinám prijímať rozhodnutia týkajúce sa kvality životného prostredia a začleňovať environmentálne kritériá do hospodárskych politík. Súčasne vznikla aj *Európska environmentálna informačná a monitorovacia sieť - Eionet*, ktorej činnosť EEA koordinuje. V súčasnosti má agentúra 33 členov.

Hlavným rozhodovacím a normotvorným orgánom EÚ v je *Rada EÚ*. Tieto svoje právomoci prirodzene aplikuje i v oblasti ochrany životného prostredia. Podľa ustanovení článku 192 ods. 1 ZFEÚ má Rada spolu s Európskym parlamentom, v súlade s riadnym legislatívnym postupom a po porade s Hospodárskym a sociálnym výborom a Výborom regiónov, právomoc rozhodnúť o postupoch, ktoré má EÚ prijať na dosiahnutie cieľov uvedených v článku 191. Odchylne od rozhodovacích postupov ustanovených v odseku 1 článku 192 Rada jednomyseľne, v súlade s mimoriadnym legislatívnym postupom po porade s Európskym parlamentom, s Hospodárskym a sociálnym výborom a Výborom regiónov, prijíma v kontexte ochrany životného prostredia ustanovenia predovšetkým fiškálnej povahy, opatrenia týkajúce sa územného plánovania, kvantitatívneho hospodárenia s vodnými zdrojmi alebo priamej alebo nepriamej dostupnosti týchto zdrojov, využívania pôdy s výnimkou nakladania s odpadmi a opatrenia významne ovplyvňujúce možnosť voľby členského štátu pri výbere medzi rôznymi energetickými zdrojmi a celkovú štruktúru zásobovania energiou. Rada môže na návrh Komisie a po porade s Európskym parlamentom, Hospodárskym a sociálnym výborom a Výborom regiónov jednomyseľne stanoviť, že na oblasti uvedené v prvom odseku článku 192 sa bude vzťahovať riadny legislatívny postup.³⁴

Európsky parlament je poradným, kontrolným ale aj normotvorným orgánom. Jeho význam však nie taký zásadný ako význam vnútroštátnych parlamentov. Vo vzťahu k posilneniu environmentálneho rozmeru práva Európskej únie však hral prominentnú úlohu už od začiatku sedemdesiatych rokov dvadsiateho storočia. Jeho návrhy v danej oblasti často inšpirovali Komisiu.³⁵ Európsky parlament má tiež podľa článku 225 ods. 2 ZFEÚ právomoc požiadať Komisiu, väčšinou hlasov svojich členov aby Komisia predložila návrh smernice alebo nariadenia, pričom ako to Komisia odmietne musí toto odmietnutie zdôvodniť. Kľúčovou právomocou Európskeho parlamentu v oblasti ochrany životného prostredia je právomoc rozhodnúť spolu s Radou o postupoch, ktoré má EÚ prijať na dosiahnutie cieľov uvedených v článku 191, v súlade s riadnym legislatívnym postupom a po porade s Hospodárskym a sociálnym výborom a Výborom regiónov podľa článku 192 ods. 1. V ostatných otázkach pôsobí ako poradný orgán Rady.

Hospodársky a sociálny výbor, v ktorom sú zastúpení zástupcovia zväzov zamestnávateľov, odborových zväzov a zástupcovia sociálnych, zamestnaneckých, hospodárskych a kultúrnych organizácií a *Výbor regiónov*, kde sú zastúpení predstavitelia

³² KRÄMER, L. *EU Environmental Law. Eight Edition*. London: Sweet and Maxwell, 2016. s.33. ISBN 978-0-414-05604-6.

³³ Tamtiež, s. 41-42.

³⁴ Bližšie pozri LEE, M. *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making. Second edition*. Oxford: Hart Publishing, 2014. s.16-17. ISBN 978-1-84946-421-5.

³⁵ KRÄMER, L. *EU Environmental Law. Eight Edition*. London: Sweet and Maxwell, 2016. s.42. ISBN 978-0-414-05604-6.

regiónov členských štátov, pôsobia v otázkach prijímania opatrení v oblasti ochrany životného prostredia, podľa ustanovení článku 192 ods. 1 až 3 ako poradné orgány Rady a Európskeho parlamentu. Výbor regiónov môže navyše, v duchu článku 263 ZFEÚ, podať žalobu na Súdny dvor EÚ ak má názor, že opatrenie na ochranu životného prostredia zasahuje do jeho výsad alebo je v rozpore s princípom subsidiarity.³⁶

Súdny dvor Európskej únie je súdnym (justičným) orgánom EÚ.³⁷ V rámci jeho konaní je možné prirodzene riešiť aj spory z oblasti práva životného prostredia Európskej únie. Po zriadení *Všeobecného súdu* sa záťaž riešenia sporov rozdelila medzi oba tieto orgány. Environmentálnym otázkam je však viac otvorený Súdny dvor Európskej únie.³⁸

ZFEÚ rozlišuje štrnásť základných druhov konaní pred Súdnym dvorom Európskej únie (ďalej aj SDEÚ). Jednotlivé konania sa líšia v spôsobe začatia konania, v aktívnej a pasívnej legitimácii, existencii sporu medzi účastníkmi konania a aj v niektorých procesných otázkach. S výnimkou konania o predbežnej otázke a konania o predbežnej zlučiteľnosti návrhu medzinárodnej zmluvy sa konanie pred SDEÚ začína na základe žaloby.³⁹ V praxi SDEÚ sa môžu objaviť žaloby s environmentálnym podtextom primárne v *konaní o porušení zmluvy* podľa článkov 258 a 260 ZFEÚ, v rámci ktorého sú aktívne legitimovaní Komisia a členský štát.⁴⁰ Významným typom žaloby z hľadiska nápravy v oblasti ochrany životného prostredia je *žaloba na neplatnosť aktu orgánov a inštitúcií Únie* podľa článku 263 ZFEÚ (bývalý článok 230 ZES). Dôležitou je i *žaloba na nečinnosť orgánov a inštitúcií Únie* podľa článku 265 ZFEÚ (bývalý článok 232 ZES). V rámci oboch týchto konaní má však občan EÚ v porovnaní so štátmi a orgánmi EÚ, tzv. nepriviligované postavenie i po prijatí Lisabonskej zmluvy. Vo vzťahu k obom článkom občan musí totiž preukázať svoj záujem na veci tým, že tento akt je jej určený alebo je aktom či nečinnosťou orgánu bezprostredne a individuálne dotknutý s výnimkou konania podľa článku 263 vo vzťahu k nariadeniam, ktoré nie sú transponované a nevyžadujú prijatie vykonávacích opatrení je potrebné preukázať iba bezprostredné dotknutie.

Ďalšími druhmi žalôb sú *žaloby na náhradu škody* podľa článku 268 ZFEÚ (bývalý článok 235 ZES) a článku 340 ZFEÚ (bývalý článok 288 ZES), *v pracovných sporoch medzi Úniou a jej zamestnancami*, podľa článku 270 ZFEÚ (bývalý článok 236 ZES) a *v sporoch vyplývajúcich z aplikácie pravidiel hospodárskej súťaže*. I v rámci týchto troch konaní sa môžu vyskytnúť otázky ochrany životného prostredia. V rámci týchto konaní majú bezvýhradné *locus standi* i občania Európskej únie.

Otázky ochrany životného prostredia sa často stávajú predmetom prejednávania i v rámci *konania o predbežnej otázke* vznesenej vnútroštátnym súdom podľa článku 267 ZFEÚ (bývalý článok 234 ZES) týkajúcej sa výkladu zakladajúcich zmlúv alebo platnosti a výkladu aktov prijatých orgánmi, inštitúciami alebo inými subjektmi Únie. Občan EÚ sa tu konania môže zúčastniť iba nepriamo, a to iniciáciou konania. Vznesenie a prerokovanie predbežnej otázky už nemôže ovplyvniť. Toto rozhodnutie je v právomoci SDEÚ. Otázky ochrany životného prostredia môžu byť i predmetom konania o *nesplnení povinnosti členského štátu* podľa článku 258 ZFEÚ (bývalý článok 226 ZES). Ani toto konanie však jednotliviec nemôže priamo iniciovať.

Najvýznamnejším typom žaloby z hľadiska nápravy v oblasti ľudských environmentálnych práv, ktoré sú významnou súčasťou práva životného prostredia Európskej únie, je *žaloba na neplatnosť aktu orgánov a inštitúcií Únie* podľa článku 263 ZFEÚ (bývalý článok 230 ZES). Podľa tohto článku akákoľvek fyzická alebo právnická osoba môže za podmienok

³⁶ Tamtiež, s.45.

³⁷ KARAS,V. - KRÁLIK,A. *Právo Európskej únie*. Praha: C. H. Beck, 2012. s.75-132. ISBN 978-80-7179-287-1.

³⁸ KRÄMER, L. *EU Environmental Law.Eight Edition*. London: Sweet and Maxwell, 2016. s.47. ISBN 978-0-414-05604-6.

³⁹ KARAS,V. - KRÁLIK,A. *Právo Európskej únie*. Praha: C. H. Beck, 2012. s.201. ISBN 978-80-7179-287-1.

⁴⁰ Bližšie pozri HEDEMAN-ROBINSON, M. *Enforcement of European Union Environmental Law. Legal Issues and Challenges. 2nd Edition*. London and New York: Routledge, 2015. s. 40-196. ISBN 978-0-415-65959-8.

ustanovených v prvom a druhom odseku podať žalobu proti aktom, ktoré sú jej určené alebo ktoré sa jej priamo a osobne týkajú, ako aj voči regulačným aktom, ktoré sa jej priamo týkajú a nevyžadujú vykonávacie opatrenia. Právne akty, ktorými sa zriaďujú orgány, úrady a agentúry Únie, môžu ustanoviť osobitné podmienky a úpravy týkajúce sa žalôb podaných fyzickými alebo právnickými osobami proti aktom týchto orgánov alebo úradov alebo agentúr Únie, ktoré zakladajú právne účinky voči nim. Súdne konanie uvedené v tomto článku sa začne do dvoch mesiacov od zverejnenia daného opatrenia, alebo jeho oznámenia žalobcovi, alebo ak toto chýba, odo dňa, keď sa o ňom žalobca dozvedel.

Tento článok teda umožňuje jednotlivcom, ale aj environmentálnym mimovládny organizáciám prístup k SDEÚ podať žalobu proti aktom, ktoré sú im určené alebo ktoré sa ich priamo a osobne týkajú, ako aj voči regulačným aktom, ktoré sa jej priamo týkajú a nevyžadujú vykonávacie opatrenia. SDEÚ interpretoval ustanovenia tohto článku dosť reštriktívne a preto je, paradoxne, veľmi ťažké podať sťažnosť environmentálneho charakteru podľa tohto článku.⁴¹ Po ratifikácii Aarhuského dohovoru Európskym spoločenstvom sa situácia mala zmeniť. Podľa článku 216 ZFEÚ je Aarhuský dohovor záväzný pre všetky inštitúcie EÚ. SDEÚ síce vo viacerých veciach v kontexte Aarhuského dohovoru konštatoval, že právo členských štátov a súdy členských štátov majú urobiť všetko pre implementáciu Aarhuského dohovoru avšak stále zastáva reštriktívny postoj v otázke priameho prístupu k nemu vo veciach environmentálnych žalôb v duchu článku 263 ZFEÚ vzhľadom na skutočnosť, že ochrana životného prostredia predstavuje verejný záujem a nie záujem jednotlivca⁴² a tiež z tohto dôvodu, že medzinárodná zmluva má v hierarchii prameňov práva EÚ nižšiu právnu silu ako primárne právo.⁴³ Tento prístup je však v rozpore s článkom 9 ods.3 Aarhuského dohovoru a je právne neakceptovateľné.⁴⁴ V rámci judikatúry SDEÚ alebo v minulosti SDES sa však otázka ochrany procesných environmentálnych práv, paradoxne, objavujú v rámci iných spomenutých druhov konaní.

Európska investičná banka má pri implementácii environmentálnej politiky Európskej únie dve úlohy. Prvou z nich je financovanie rôznych environmentálnych projektov. Druhou je podpora udržateľnosti využívania životného prostredia zaistením, že všetky projekty spĺňajú cieľ ochrany a zlepšovania životného prostredia.⁴⁵

Pre účely lepšej implementácie práva životného prostredia Európskej únie bola v roku 1992 vytvorená *Sieť Európskej únie pre implementáciu a presadzovanie práva životného prostredia* (angl. skr. IMPEL) ako medzinárodné neziskové združenie orgánov životného prostredia členských štátov Európskej únie, prístupujúcich a kandidátskych krajín EÚ, krajín Európskeho združenia voľného obchodu a potenciálnych kandidátov na vstup do vtedajšieho Európskeho spoločenstva.⁴⁶

Aktérmi v oblasti práva životného prostredia EÚ sú i *profesijné združenia podnikateľských subjektov*, ktoré vykonávajú lobing v oblasti ochrany životného prostredia, environmentálne mimovládne organizácie, ktoré upozorňujú na vypuklé environmentálne problémy a tiež jednotlivci, ktorí môžu vyvinúť tzv. *občianske iniciatívy* vo vzťahu ku Komisii aby navrhla ostatným orgánom EÚ prijatie určitého legislatívneho návrhu.⁴⁷

⁴¹ KRÄMER, L. The EU Courts and Access to Environmental Justice. In: BOER, B.(ed.) *Environmental Law Dimensions of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015. s.132-133. ISBN 978-0-19-873614-1.

⁴² Tamtiež, s.127.

⁴³ Bližšie pozri prípad *EEB and Stichting Natuur en Milieu v Commission*, T-236/04 a T-241/04, 28. November 2005. ECLI:EU:T:2005:426.

⁴⁴ Bližšie pozri KRÄMER, L. The EU Courts and Access to Environmental Justice. In: BOER, B.(ed.) *Environmental Law Dimensions of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015. s.128-133. ISBN 978-0-19-873614-1.

⁴⁵ Bližšie pozri KINGSTON, S. – HEYVAERT, V. – ČAVOŠKI, A. *European Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. s. 72-73. ISBN 978-1-107-64044-3.

⁴⁶ Tamtiež, s. 73-74.

⁴⁷ Bližšie pozri KRÄMER, L. The EU Courts and Access to Environmental Justice. In: BOER, B.(ed.) *Environmental Law Dimensions of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015. s.51. ISBN 978-0-19-873614-1.

V. PRAMENE A ZÁSADY PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA EURÓPSKEJ ÚNIE

Európska únia funguje na základe viacerých zakladajúcich zmlúv z ktorých najväčší význam majú *Zmluva o fungovaní Európskej únie* (1957, ďalej aj ZFEÚ) známejšia pod pôvodným názvom *Zmluva o založení Európskeho spoločenstva* v znení neskôr zmluvne dohodnutých zmien a *Zmluva o Európskej únii* (1992, ďalej aj ZEÚ). Po prijatí Lisabonskej zmluvy je právne významnou a záväznou aj pôvodne nezáväzná *Charta základných práv Európskej únie* (prijatá v roku 2000 a zmenená v roku 2007).⁴⁸ Medzinárodnoprávnú subjektivitu Európskej únie zakotvuje ZEÚ v rámci veľmi jednoduchšej formulácie článku 47 „Únia má právnu subjektivitu.“ EÚ sa tak definitívne stáva plnoprávnym subjektom medzinárodného práva verejného ako medzinárodná organizácia.⁴⁹ Pramene práva Európskej únie sa v priebehu času vyvíjali v nadväznosti na zakladajúce zmluvy a v súčasnosti pozostávajú z primárnych prameňov, ktoré zahŕňajú zakladajúce zmluvy a Chartu základných práv Európskej únie, sekundárnych prameňov, ktoré zahŕňajú nariadenia, smernice, rozhodnutia, odporúčania a stanoviská rôznych orgánov EÚ a rozhodnutia Súdneho dvora EÚ a Všeobecného súdu, všeobecných právnych zásad a medzinárodných zmlúv uzavretých medzi EÚ a tretími štátmi a medzinárodnými organizáciami.⁵⁰ V takmer každej z uvedených skupín prameňov sa vyskytujú i pramene venované čiastočne či výlučne ochrane životného prostredia.

Najrozsiahlejšie sú právne úpravy týkajúce sa ochrany klímy, ochrany prírody a biodiverzity, integrovanej kontroly znečisťovania, nakladania s odpadmi, znečistenia vzduchu, znečistenia vody, hlukovej záťaže, posudzovania vplyvov na životné prostredie a geneticky modifikovaných organizmov. Veľa právnych predpisov EÚ v oblasti ochrany životného prostredia je technických, pretože stanovujú podrobné technické a vedecké normy. Je tiež obvyklé, že legislatíva vyžaduje, aby členské štáty poskytovali Európskej komisii informácie o tom, ako implementujú pravidlá, a o tom, ako efektívne boli. Okrem toho existuje niekoľko medzinárodných dohôd o ochrane životného prostredia, ktoré EÚ ratifikovala a následne implementovala prostredníctvom právnych predpisov EÚ.

Z uvedených prameňov je možné identifikovať i niektoré kľúčové zásady politiky a práva životného prostredia Európskej únie. V súčasnosti sú primárne zakotvené v článku 191 ods. 2 ZFEÚ. Ide v prvom rade o *zásadu predchádzania škodám (zásada predbežnej opatrnosti)* a s ňou súvisiacu *zásadu prevencie*. Prvé dve zásady jednoznačne vznikali v interakcii so zásadami medzinárodného práva životného prostredia. Ďalšie dve zásady zakotvené v článku 191 ods. 2 ZFEÚ predstavujú *zásada hradenia náhrady škody znečisťovateľom* a *zásada nápravy škôd na životnom prostredí prioritne pri zdroji*. Tieto zásady sú špeciálnou úpravou práva životného prostredia Európskej únie. *Zásada hradenia náhrady škody znečisťovateľom* alebo inými slovami *zásada „znečisťovateľ platí“* už preniká ako *zásada de lege ferenda* i do rámca medzinárodného práva životného prostredia.⁵¹ *Zásada nápravy škôd na životnom prostredí prioritne pri zdroji* predstavuje skôr želanie ako realitu. Nie je totiž presne definované čo znamená „náprava“ v zmysle daného ustanovenia. Orgány EÚ majú pri aplikácii tejto zásady veľkú voľnosť pokiaľ sa týka stanovenia nápravných opatrení a časového horizontu ich aplikácie. Cieľom týchto nápravných opatrení je stanoviť opatrenia s cieľom minimalizovať vzniknutú škodu, zregenerovať poškodené životné prostredie v danom priestore a zabrániť vzniku podobných škôd do budúcnosti.⁵²

Z článku 193 je možné odvodiť i *zásadu minimálnej prísnosti opatrení práva životného prostredia EÚ*. Ako už bolo uvedené tento článok ustanovuje, že ochranné opatrenia podľa

⁴⁸ *Charta základných práv Európskej únie*. Úradný vestník EÚ C 326, 26.10.2012, s. 391 – 407.

⁴⁹ KARAS, V. - KRÁLÍK, A. *Právo Európskej únie*. Praha: C.H.Beck, 2012. s.51. ISBN 978-80-7179-287-1.

⁵⁰ Pozri tamtiež, s.149-253.

⁵¹ ČEPELKA, Č. - ŠTURMA, P. *Mezinárodní právo veřejné. 2. vydání*. Praha: C.H. beck, 2018. s.29. ISBN 978-80-7400-721-7.

⁵² KRÄMER, L. *EU Environmental Law.Eight Edition*. London: Sweet and Maxwell, 2016.s.26. ISBN 978-0-414-05604-6.

článku 192 nebránia členskému štátu udržiavať alebo zavádzať prísnejšie ochranné opatrenia. I táto zásada je špecifická pre právo životného prostredia Európskej únie.

Zo všeobecných zásad práva EÚ zakotvených v zakladajúcich zmluvách sú pre oblasť životného prostredia relevantné ďalšie zásady a to zásada subsidiarity a zásada proporcionality zakotvené v článku 5 ZEÚ a zásada integrácie uvedená v článku 11 ZFEÚ.⁵³ Podstatou *zásady subsidiarity* je dosiahnutie stavu aby EÚ konala len vtedy, ak ciele, ktoré sa majú dosiahnuť týmto konaním, nemôžu byť spoľahlivo zabezpečené členskými štátmi a zároveň aby EÚ bola schopná čo do rozsahu a účinkov zvládnuť lepšie dosiahnutie cieľov ako štáty samotné.⁵⁴ *Zásada proporcionality* vychádza z predpokladu, že obsah a forma činnosti EÚ nemá prekračovať rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľov zakladajúcich zmlúv.⁵⁵ *Zásada integrácie* je zaradená medzi všeobecne uplatniteľné ustanovenia ZFEÚ, a zakotvuje záväzok začleniť požiadavky ochrany životného prostredia do vymedzenia a uskutočňovania politik EÚ a jej činností, a to predovšetkým s ohľadom na podporu trvalo udržateľného rozvoja. Táto zásada reflektuje existenciu zásady trvalo udržateľného rozvoja tak ako je zakotvená v medzinárodnom práve životného prostredia.

Z judikatúry Súdneho dvora Európskej únie je možné pre oblasť ochrany životného prostredia aplikovať i notoricky známe zásady práva Európskej únie a to *zásadu prednosti práva Európskej únie pred vnútroštátnym právom*⁵⁶ a *zásadu priamej aplikovateľnosti práva Európskej únie vo vnútroštátnom práve členských štátov*.⁵⁷ Tieto dve zásady však občas bývajú spochybňované niektorými členskými štátmi.

VI. PRIENIKY PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA EURÓPSKEJ ÚNIE A MEDZINÁRODNÉHO PRÁVA ŽIVOTNÉHO PROSTREDIA

Pravidlá medzinárodného práva životného prostredia hrali a hrajú významnú úlohu pri formovaní práva životného prostredia Európskej únie. Medzníkom zmeny v tomto smere bol spomínaný *Parížsky summit hláv štátov a vlád Európskeho hospodárskeho spoločenstva* z roku 1972. Táto konferencia sa konala v nadväznosti na hore viackrát uvedenú *Konferenciu OSN o ľudskom životnom prostredí* (1972), ktorá nastavila základné kontúry medzinárodného práva životného prostredia.

Prieniky práva životného prostredia Európskej únie a medzinárodného práva životného prostredia sú zreteľné či už z hľadiska spoločných zásad, v oblasti odhadovania dopadov možných aktivít v oblasti životného prostredia, ochrany ľudských environmentálnych práv, ochrany klímy, ochrany prírody a biodiverzity a pod.

Právo životného prostredia Európskej únie vo svojej podstate predstavuje regionálny rozmer medzinárodného práva životného prostredia a v mnohých oblastiach jeho normy tvorivo dopĺňajú relevantné normy medzinárodného práva životného prostredia. Významným príspevkom práva životného prostredia Európskej únie k aplikácii medzinárodného práva životného prostredia je jeho vyššia miera vynútiteľnosti v konaní pred súdnymi orgánmi Európskej únie.

EÚ je skutočne významný medzinárodný aktér, ktorý sa proaktívne zaoberá vývojom a implementáciou medzinárodného práva životného prostredia. EÚ je stranou viac ako 40 mnohostranných medzinárodných zmlúv z oblasti ochrany životného prostredia. Environmentálne právo EÚ je najsofistikovanejším príkladom regionálneho režimu medzinárodného práva životného prostredia, ktorý môže byť inšpiráciou (s jeho úspechmi i

⁵³ Bližšie pozri tamtiež, s. 15.

⁵⁴ KARAS, V. - KRÁLÍK, A. *Právo Európskej únie*. Praha: C.H.Beck, 2012. s.160. ISBN 978-80-7179-287-1.

⁵⁵ Bližšie pozri tamtiež.

⁵⁶ Bližšie pozri tamtiež, s.122-127.

⁵⁷ KOŠIČIAROVÁ, S. *EC Environmental Law*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. s. 21. ISBN 978-80-7380-2819-6.

nedostatkami) pre ostatné svetové regióny, ktoré sa integrujú do ekonomických a politických integračných zoskupení.⁵⁸

Okrem toho medzinárodné právo životného prostredia zohráva významnú úlohu v bilaterálnej a unilaterálnej vonkajšej činnosti EÚ, a to ako v rozvoji vnútro úniových vzťahov medzi členskými štátmi ako aj v jej politickej a hospodárskej spolupráci so susednými krajinami a vzdialenými rozvíjajúcimi sa ekonomikami. EÚ tiež, aspoň pri niektorých príležitostiach, svojou vlastnou legislatívou inšpiruje rozvoj medzinárodného práva životného prostredia. Najpozoruhodnejším prípadom je balík opatrení EÚ v oblasti klímy a energetiky prijatý v roku 2009, ktorý ovplyvnil neskorší medzinárodnoprávny režim ochrany klímy.⁵⁹

Otázka vzťahu práva Európskej únie a medzinárodného práva verejného bola nami už podrobne komentovaná.⁶⁰ Na základe kontextu povahy práva EÚ a judikatúry SDEÚ a Európskeho súdu pre ľudské práva (ESLP) je vzťah medzi právom EÚ a medzinárodným právom ovplyvnený množstvom konkrétnych a praktických faktorov, ktoré umožňujú sformulovať názory na vzťah práva Európskej únie a medzinárodného práva verejného⁶¹ a zároveň tým i vzťah práva životného prostredia Európskej únie a medzinárodného práva životného prostredia.

Primárne v tejto oblasti platí, že Súdny dvor EÚ prijíma silný konštitucionálny prístup, ktorý v mnohých ohľadoch prispôsobuje vzťah medzi právom EÚ a medzinárodným právom verejným vzťahu medzi medzinárodným právom verejným a vnútroštátnym právom s autonómiou práva EÚ. Vzťah noriem práva EÚ a noriem medzinárodného práva verejného je v podstate monistický, v určitom rozmere aj s prednosťou medzinárodného práva. Miesto noriem medzinárodného práva verejného je však niekde medzi primárnym právom EÚ a sekundárnym právom EÚ, t. j. prednosť medzinárodného práva verejného, ak je daná zakladajúcimi zmluvami či judikatúrou SDEÚ, platí iba vo vzťahu k sekundárnemu právu. V prípade rozporu medzinárodného práva s primárnym právom EÚ - zakladajúcimi zmluvami, má prednosť primárne právo EÚ.

V druhom rade platí že, trojstranný vzťah medzi právom EÚ, medzinárodným právom a členskými štátmi EÚ znamená, že prístup EÚ k medzinárodnému právu ovplyvňuje prístupy členských štátov k medzinárodnému právu, a má vplyv na členské štáty prostredníctvom prizmy práva EÚ. Takýto vplyv však môže vyvolať spätnú reakciu členských štátov EÚ, ktoré môžu zasa spätne ovplyvňovať prístup EÚ k medzinárodnému právu. V praxi SDEÚ sa totiž v kontexte prípadu *Intertanko* (2009)⁶² už vyskytol i argument, že ratifikácia zmluvy všetkými členskými štátmi EÚ nestačí na preskúmanie súladu smernice EÚ s touto zmluvou, ak EÚ nie je zmluvnou stranou danej zmluvy. Naopak existuje judikatúra, ako je, napr. prípad *International Fruit Company* (1972)⁶³ kde SDEÚ rešpektuje zmluvy (v danom prípade Všeobecná dohoda o clách a obchode – GATT), ktoré neratifikovala, ak ju k výkonu právomocí zo zmluvy výslovne zmocnili členské štáty.

Po tretie, ako pri akomkoľvek špecializovanom právnom poriadku medzinárodného práva, môžu existovať kolízie noriem a konfliktov medzi súdmi a tribunálmi o právomoci a vecnom výklade pravidiel medzi právom EÚ a všeobecným medzinárodným právom. Právo Európskej únie možno pokladať za jeden z takýchto autonómnych režimov a v praxi SDEÚ sa už

⁵⁸ MORGERA, E. *An introduction to European Environmental Law from an International Environmental Law Perspective*. University of Edinburgh, School of Law Working Paper, Series No 2010/37. s. 3. Dostupné k 15.10.2021 na webstránke https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1711372.

⁵⁹ Tamtiež, s. 4.

⁶⁰ JANKUV, J. Vzťah práva Európskej únie a medzinárodného práva verejného. In: *Societas et Iurisprudentia*, roč. 6, č. 4 (2018), s. 37-75. ISSN 1339-5467.

⁶¹ Nasledujúce závery boli inšpirované najmä dielom ZIEGLER, K. The Relationship between EU Law and International Law. In: *University of Leicester School of Law Research Paper*, No. 15, 2004. s.2. Dostupné k 18.12.2018 na https://www.researchgate.net/publication/303786095_The_Relationship_between_EU_Law_and_International_Law.

⁶² Prípad C-308/06 - *Intertanko and Others*. ECLI:EU:C:2008:312.

⁶³ Prípady 41 to 44-70. ECLI:EU:C:1971:53.

prejavujú konflikty jurisdikcie s iným i medzinárodnými súdnymi orgánmi ako to bolo v prípade *Komisija ES proti Írsku* (2006).⁶⁴ Rovnako je zreteľná je snaha SDEÚ zachovávať autonómiu práva EÚ vo vzťahu k rozhodnutiam Bezpečnostnej rady OSN, ako to preukazuje prípad *Kadi a Al Barakaat proti Rade* (2008).⁶⁵ Naopak vo vzťahu SDEÚ a ESĽP zriadeného Európskym dohovorom o ochrane ľudských práv a základných slobôd (1950) SDEÚ rešpektuje judikatúru ESĽP, ako to dokazuje prípad *Španielsko proti Spojenému kráľovstvu* (2006),⁶⁶ kde SDEÚ rešpektoval rozsudok ESĽP vo veci *Matthews proti Spojenému kráľovstvu* (1997).⁶⁷ V duchu prípadu SDEÚ *Kremzow proti Rakúsku* (1997)⁶⁸ dokonca rezonuje i možnosť prieskumu rozsudkov SDEÚ zo strany ESĽP.

Po štvrté, právo EÚ má výhodu v tom, že v konečnom dôsledku predstavuje o. i. aj jedno z rozvinutejších, viac konštitucionalizovaných častí medzinárodného práva verejného, najmä v kontexte práva medzinárodných organizácií, ktoré možno považovať za "*laboratórium medzinárodného práva*" v oblasti tvorby nadnárodných pravidiel, povinnej právomoci, silnej subjektivity jednotlivca a silných mechanizmov presadzovania, ktoré sú k dispozícii v právnych predpisoch EÚ. Právo EÚ tým oveľa menej trpí deficitom pri presadzovaní práva. Najmä tam, kde je medzinárodné právo priamo účinné, využíva právo EÚ celý rozsah mechanizmov na jeho presadzovanie.

Nakoniec otázka vzťahu práva EÚ a medzinárodného práva sa neobmedzuje iba na presadzovanie noriem medzinárodného práva. EÚ je čoraz viac "*aktérom medzinárodného práva*". Má medzinárodnú právnu subjektivitu a uzatvára medzinárodné zmluvy. Je členom niektorých medzinárodných medzivládnych organizácií a snaží sa zlepšiť svoj status v iných. Takto prispieva k formovaniu medzinárodného práva vrátane medzinárodného práva životného prostredia.

VII. ZÁVER

Existencia medzinárodného práva životného prostredia mimoriadne intenzívne ovplyvnila právo Európskej únie, v rámci ktorého sa postupne sformovalo jeho osobitné odvetvie – právo životného prostredia Európskej únie. Medzníkom zmeny v tomto smere bol tzv. Parížsky summit hláv štátov a vlád Európskeho hospodárskeho spoločenstva z roku 1972. V praxi išlo o zasadnutie Európskej rady v Paríži. Táto konferencia sa konala v nadväznosti na Konferenciu OSN o ľudskom životnom prostredí (1972), ktorá nastavila základné kontúry medzinárodného práva životného prostredia.

Na tomto zasadnutí hlavy štátov a vlád deklarovali že samotná hospodárska expanzia nie je samoučelná a jej prvým cieľom by malo byť zníženie rozdielov, zlepšenie kvality života, ako aj životnej úrovne. Preto hlavy štátov a vlád vtedajšieho Európskeho hospodárskeho spoločenstva ďalej deklarovali, že osobitná pozornosť v jej rámci bude venovaná i ochrane životného prostredia, zdôraznili význam environmentálnej politiky spoločenstva a na tento účel vyzvali inštitúcie spoločenstva, aby vytvorili akčný program doplnený presným časovým harmonogramom jeho plnenia. V nadväznosti na uvedené závery Európskej rady ďalší orgán EÚ - Rada prijal 22. novembra 1973 deklaráciu obsahujúcu spomínaný prvý akčný program Európskych spoločenstiev v oblasti životného prostredia.

V rámci Európskeho hospodárskeho spoločenstva (EHS) a neskôr Európskeho spoločenstva (ES) a Európskej únie (EÚ) bolo následne postupne prijatých ďalších šesť Akčných programov EHS/ES/EÚ v oblasti životného prostredia (akčné programy z rokov 1973, 1977, 1982, 1987, 1993, 2002, 2013) ktoré svojim obsahom nadväzujú na medzinárodnoprávnu úpravu. Ostatné

⁶⁴ Prípad C-459/03. ECLI:EU:C:2006:42.

⁶⁵ Spojené prípady C-402/05 P a C-415/05 P. ECLI:EU:C:2008:461.

⁶⁶ Prípad C-508/03. ECLI:EU:C:2006:287.

⁶⁷ *Matthews v United Kingdom. Judgment, Merits and Just Satisfaction*. App. No. 24833/94, 18th February 1999. European Court of Human Rights.

⁶⁸ Prípad C-299/95. ECLI:EU:C:1997:254.

tri programy už boli formulované v rámci noriem sekundárneho práva. Od počiatku sedemdesiatych rokov, i v nadväznosti na medzinárodnoprávny vývoj, bolo v rámci EHS/ES/EÚ i veľké množstvo ďalších najmä sekundárnych právnych aktov v tejto oblasti. Zakladajúce zmluvy EHS/ES/EÚ boli v nadväznosti na uvedenú environmentálnu legislatívu postupne interpretované tak, že ochrana životného prostredia spadá do rámca cieľov EHS/ES/EÚ. Do zakladajúcich zmlúv EHS/ES/EÚ sa však environmentálne ustanovenia priamo dostali až v dôsledku Jednotného európskeho aktu (1986), ktorý ako súčasť primárneho práva pozmenil zakladajúce zmluvy. Súčasťou práva životného prostredia EÚ sa v priebehu času stalo približne štyridsať mnohostranných medzinárodných zmlúv, ktoré sú súčasťou medzinárodného práva životného prostredia. Orgány EÚ na ich vykonanie o. i. prijali celý rad sekundárnych noriem práva EÚ.

Z hľadiska identifikácie súčasnej podoby práva životného prostredia Európskej únie majú osobitný význam jeho zásady tak ako ich identifikuje súčasná veda práva životného prostredia Európskej únie. Ide o zásadu predchádzania škodám (zásadu predbežnej opatrnosti), zásadu prevencie, zásadu hradenia náhrady škody znečisťovateľom alebo inými slovami zásadu „znečisťovateľ platí“, zásadu nápravy škôd na životnom prostredí prioritne pri zdroji, zásadu minimálnej prísnosti opatrení práva životného prostredia EÚ, zásadu subsidiarity (dosiahnutie stavu aby EÚ konala len vtedy, ak ciele, ktoré sa majú dosiahnuť týmto konaním, nemôžu byť spoľahlivo zabezpečené členskými štátmi a zároveň aby EÚ bola schopná čo do rozsahu a účinkov zvládnuť lepšie dosiahnutie cieľov ako štáty samotné), zásadu proporcionality (obsah a forma činnosti EÚ v oblasti ochrany životného prostredia nemá prekračovať rámec toho, čo je nevyhnutné na dosiahnutie cieľov zakladajúcich zmlúv) a zásadu integrácie (záväzok začleniť požiadavky ochrany životného prostredia do vymedzenia a uskutočňovania politík EÚ a jej činností, a to predovšetkým s ohľadom na podporu trvalo udržateľného rozvoja). V rámci niektorých z uvedených zásad je možné zreteľne identifikovať vplyv medzinárodného práva životného prostredia. Tento vplyv sa realizuje najmä prostredníctvom prijímaním akčných programov EÚ pre oblasť ochrany životného prostredia aj v nadväznosti na existujúce medzinárodné zmluvné úpravy v danej oblasti, ale i prostredníctvom podpisu a ratifikácie uvedených úprav zo strany Európskej únie, čím sa EÚ stáva ich plnohodnotnou zmluvnou stranou so záväzkom aplikovať v praxi ich ustanovenia.

Prieniky práva životného prostredia Európskej únie a medzinárodného práva životného prostredia sú zreteľné či už z hľadiska spoločných zásad, v oblasti odhadovania dopadov možných aktivít v oblasti životného prostredia, ochrany ľudských environmentálnych práv, ochrany klímy, ochrany prírody a biodiverzity a pod.

Právo životného prostredia Európskej únie vo svojej podstate predstavuje regionálny rozmer medzinárodného práva životného prostredia a v mnohých oblastiach jeho normy tvorivo dopĺňajú relevantné normy medzinárodného práva životného prostredia. Významným príspevkom práva životného prostredia Európskej únie k aplikácii medzinárodného práva životného prostredia je jeho vyššia miera vynútiteľnosti v konaní pred súdnymi orgánmi Európskej únie.

Európska únia je i významným subjektom medzinárodného práva, ktorý sa proaktívne zaoberá vývojom a implementáciou medzinárodného práva životného prostredia. EÚ je stranou viac ako 40 mnohostranných medzinárodných zmlúv z oblasti ochrany životného prostredia. Environmentálne právo EÚ je najsofistikovanejším príkladom regionálneho režimu medzinárodného práva životného prostredia, ktorý môže byť inšpiráciou (s jeho úspechmi i nedostatkami) pre ostatné svetové regióny, ktoré sa integrujú do ekonomických a politických integračných zoskupení.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

Právo Európskej únie, medzinárodné právo verejné, právo životného prostredia Európskej únie, medzinárodné právo životného prostredia, ochrana životného prostredia.

KEY WORDS

European Union law, public international law, environmental law of the European Union, international environmental law, protection of the environment.

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.*
2. *The European Green Deal.* COM/2019/640 final.
3. *Convention on Biological Diversity* (1992). 1760 UNTS 79.
4. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment* (1972). U.N. Doc. A/Conf.48/14/Rev. 1(1973)
5. *Declaration of the Council of the European Communities and of the representatives of the Governments of the Member States meeting in the Council of 22 November 1973 on the programme of action of the European Communities on the environment.* OJ EC C 112, 20.12.1973, s. 1 – 53.
6. ČEPELKA,Č. - ŠTURMA ,P. *Mezinárodní právo veřejné. 2. vydání.* Praha: C.H. Beck, 2018. 549s. ISBN 978-80-7400-721-7.
7. FETTING, C. *The European Green Deal.* ESDN Report. ESDN Office, Vienna, 2020. 22s. Dostupné k 8.12.2021 na webstránke file:///C:/Users/KMPaEP/AppData/Local/Temp/ESDN_Report_2_2020.pdf.
8. HADJIYANNI,I. *The EU as a Global Regulator for Environmental Protection. A Legitimacy Perspective.* Oxford: Hart Publishing, 2019. 333s. ISBN 978-1-5099-2560-5.
9. HEDEMAN-ROBINSON, M. *Enforcement of European Union Environmental Law. Legal Issues and Challenges. 2nd Edition.* London and New York: Routledge, 2015. 722s. ISBN 978-0-415-65959-8.
10. Charta základných práv Európskej únie. Úradný vestník EÚ C 326, 26.10.2012, s. 391 – 407.
11. JANKUV,J. Vzťah práva Európskej únie a medzinárodného práva verejného. In: *Societas et Iurisprudentia*, roč. 6, č. 4 (2018), s. 37-75. ISSN 1339-5467.
12. *Judgment of the Court of 18 March 1980. Commission of the European Communities v Italian Republic. Case 91/79. European Court Reports 1980 - 01099.* ECLI identifier: ECLI:EU:C:1980:85.
13. *Judgment of the Court (Grand Chamber) of 3 June 2008. The Queen, on the application of International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) and Others v Secretary of State for Transport. Case C-308/06. European Court Reports 2008 I-04057.* ECLI identifier: ECLI:EU:C:2008:312
14. *Judgment of the Court of 13 May 1971. NV International Fruit Company and others v Commission of the European Communities. Joined cases 41 to 44-70.* Select: 1 ECLI identifier: ECLI:EU:C:1971:53
15. KARAS,V. - KRÁLIK,A. *Právo Európskej únie.* Praha: C. H. Beck, 2012. 526s. ISBN 978-80-7179-287-1.
16. KOŠIČIAROVÁ, S. *EC Environmental Law.* Plzeň: Aleš Čeněk, 2009. 223s. ISBN 978-80-7380-2819-6.

17. *Konsolidované znenie Zmluvy o Európskej únii* (1992). Ú.v. EÚ C 83, 30/03/2010, s. 13-46.
18. *Konsolidované znenie Zmluvy o fungovaní Európskej únie* (1957). Ú.v. EÚ C 83, 30/03/2010, s. 47-200.
19. KINGSTON, S. - HEYVAERT, V. - ČAVOŠKIA, A. *European Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. 527s. ISBN 978-1-107-64044-3.
20. KRÄMER, L. The EU Courts and Access to Environmental Justice. In: BOER, B. (ed.) *Environmental Law Dimensions of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015. s. 107-134. ISBN 978-0-19-873614-1
21. LEE, M. *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making. Second edition*. Oxford: Hart Publishing, 2014. 270s. ISBN 978-1-84946-421-5.
22. *Matthews v United Kingdom. Judgment, Merits and Just Satisfaction*. App. No. 24833/94, 18th February 1999. European Court of Human Rights.
23. MAZÁK, J. - JÁNOŠÍKOVÁ, M. *Základy práva Európskej únie. Ústavný systém a súdna ochrana*. Bratislava: Iura Edition, 2009. 750s. ISBN 978-80-8078-289-4.
24. MORGERA, E. *An introduction to European Environmental Law from an International Environmental Law Perspective*. University of Edinburgh, School of Law Working Paper, Series No 2010/37. 34s. Dostupné k 15.10.2021 na webstránke https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1711372.
25. *Order of the Court of First Instance (Second Chamber) of 28 November 2005. European Environmental Bureau (EEB) and Stichting Natuur en Milieu v Commission of the European Communities. Action for annulment - Decisions 2004/247/EC and 2004/248/EC - Objection of inadmissibility - Standing to bring proceedings*. Joined cases T-236/04 and T-241/04. *European Court Reports 2005 II-04945*. ECLI identifier: ECLI:EU:T:2005:426
26. *Rio Declaration on Environment and Development* (1992). UN Doc. A/CONF.151/26 (vol. I)
27. *Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 30. mája 2006. Komisia Európskych spoločenstiev proti Írsku. Vec C-459/03*. Zbierka judikatúry 2006 I-04635. ECLI identifikátor: ECLI:EU:C:2006:345.
28. *Rozsudok Súdneho dvora (veľká komora) z 3. septembra 2008. Yassin Abdullah Kadi a Al Barakaat International Foundation proti Rade Európskej únie a Komisia Európskych spoločenstiev. Spojené veci C-402/05 P a C-415/05 P*. Zbierka judikatúry 2008 I-06351. ECLI identifikátor: ECLI:EU:C:2008:461.
29. *Rozsudok Súdneho dvora (prvá komora) zo 4. mája 2006. Komisia Európskych spoločenstiev proti Spojenému kráľovstvu Veľkej Británie a Severného Írska. Vec C-508/03*. Zbierka judikatúry 2006 I-03969. ECLI identifikátor: ECLI:EU:C:2006:287.
30. *Rozsudok Súdneho dvora (piata komora) z 29. mája 1997. Friedrich Kremzow proti Republik Österreich. Návrh na začatie prejudiciálneho konania Oberster Gerichtshof - Rakúsko. Vec C-299/95*. Zbierka judikatúry 1997 I-02629. ECLI identifikátor: ECLI:EU:C:1997:254.
31. *United Nations Framework Convention on Climate Change* (1992). 1771 UNTS 107.
32. ZIEGLER, K. The Relationship between EU Law and International Law. In: *University of Leicester School of Law Research Paper*, No. 15, 2004. 20s. Dostupné k 18.12.2018.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

prof. JUDr . Juraj, Jankuv, PhD.

vysokoškolský učiteľ, profesor

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Právnická fakulta, Ústav medzinárodného práva a európskeho práva

Kováčska 26, 040 75 Košice

Telefón: + 421 55 234

E-mail: juraj.jankuv@upjs.sk

PENAL AND LEGAL ASPECTS OF GENDER CONFIRMATION SURGERY. CONSIDERATIONS IN THE CONTEXT OF POLISH CRIMINAL LAW

TRESTNÉ A PRÁVNE ASPEKTY OPERÁCIE NA POTVRDENIE POHLAVIA. ÚVAHY V KONTEXTE POĽSKÉHO TRESTNÉHO PRÁVA

Konrad Burdziak¹, Magdalena Kowalewska-Lukuć²

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-03>

ABSTRACT

Gender confirmation surgery may be perceived as a strictly medical matter. However, the issue of such surgeries also affects legal matters, mainly civil law and criminal law. The subject of this article is the criminal law aspects of gender confirmation surgery and their analysis from the perspective of the Polish criminal law. The findings presented in the study were reached by 1) analyzing the normative material relating to the subject of this study, mainly by analyzing the Act of 6 June 1997 of the Polish Criminal Code (*Dziennik Ustaw* [Journal of Laws] of 2019, item 1950, as amended, hereinafter referred to as 'the Polish Criminal Code'), and 2) by analyzing the views presented in the legal literature and the judicial practice. Taking into account the considerations contained in this article, it is necessary to postulate that gender confirmation surgery procedures should be treated as medical activities (this is a concept already presented in the criminal law science) or as activities not covered by the scope of the normalization of the penal and legal sanctioned norm as expressed in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code in connection with the Article 31 section 3 of the Polish Constitution.

ABSTRAKT

Operáciu na potvrdenie pohlavia možno vnímať ako striktné medicínsku záležitosť. Problematika takýchto operácií sa však dotýka aj právnych aspektov, najmä občianskeho práva a trestného práva. Predmetom tohto článku sú trestnoprávne aspekty operácie na potvrdenie pohlavia a ich analýza z pohľadu poľského trestného práva. Zistenia prezentované v štúdiu boli dosiahnuté 1) analýzou normatívneho materiálu týkajúceho sa predmetu tejto štúdie, najmä analýzou zákona zo 6. júna 1997 poľského trestného zákonníka (*Dziennik Ustaw* [Zbierka zákonov] z roku 2019, položka 1950, v znení neskorších predpisov, ďalej len „Poľský trestný zákon“) a 2) analýzou názorov prezentovaných v právnej literatúre a súdnej praxi. Zohľadňujúc úvahy obsiahnuté v tomto článku, je potrebné postulovať, že chirurgické zákroky na potvrdenie pohlavia by sa mali považovať za lekárske úkony (toto je pojem už prezentovaný v trestnoprávnej vede) alebo ako činnosti, na ktoré sa nevzťahuje rozsah úpravy trestnej a

¹ PhD, Assistant Professor, University of Szczecin, Faculty of Law and Administration, Poland
Štetínska univerzita v Štetíne, Fakulta práva a správy, Poľsko

² PhD, Assistant Professor, University of Szczecin, Faculty of Law and Administration,
Štetínska univerzita v Štetíne, Fakulta práva a správy, Poľsko

právnej sankčnej normy vyjadrenej v článku 156 ods. 1 bod 1 poľského trestného zákona v spojení s článkom 31 ods. 3 poľskej ústavy.

1. INTRODUCTION

Gender confirmation surgery may be perceived as a strictly medical matter. However, the issue of such surgeries also affects legal matters, mainly civil law and criminal law. The subject of this article is the criminal law aspects of gender confirmation surgery and their analysis from the perspective of the Polish criminal law. Considering the problematic aspects of gender confirmation surgery on the basis of the criminal law may seem quite surprising. It should be noted, however, that while gender confirmation surgeries are being performed in Poland, there is or may be a doubt regarding their complete legality in accordance with the current legal status and whether they could be a basis for bearing criminal liability by medical doctors performing said surgeries in the future, e.g. in the event of a negative attitude of the state authorities towards the LGBTQ+ persons. As it happens, in Poland there is a regulation of the Article 156 section 1 of the Polish Criminal Code, according to which: "Anyone who causes grievous bodily harm in a form that: 1) deprives a person of their sight, hearing, speech or the ability to procreate, or 2) inflicts on another person a serious crippling injury, an incurable or prolonged illness, a potentially fatal illness, a permanent mental illness, a permanent total or significant incapacity to perform a profession, or a permanent serious bodily disfigurement or deformation, is liable to imprisonment for at least 3 years". At the same time, there is no regulation that excludes from the scope of said regulation persons confirming their gender surgically.

The situation of LGBTQ+ people in Poland is not great. Suffice to point out that in some Polish cities, there were introduced the so-called anti-LGBT resolutions, i.e. resolutions of individual local governments on counteracting the "LGBT ideology". An example of such a resolution may be the Declaration No. 1/19 of the regional parliament of Małopolska of April 29, 2019 on opposition to the introduction of the "LGBT" ideology to local government communities³, in which you can read that "The regional parliament of Małopolska expresses its strong opposition to the emerging public activities aimed at promoting the ideology of LGBT movements, the goals of which violate the fundamental rights and freedoms guaranteed by acts of international law, question the values protected in the Polish constitution, and interfere with the social order. Actions taken recently by some representatives of the local government and the national political scene are focused on causing fundamental changes in social life. These activities are aimed at the annihilation of values shaped by the centuries-old Christian heritage, which are especially important to the inhabitants of Małopolska. As councilors of the Małopolska region, we declare support for families based on traditional values and defense of the education system against LGBT propaganda that threatens the proper development of the young generation. We declare that in the performance of its public tasks the regional parliament of Małopolska will be faithful to the national and state tradition, remembering the thousand-year tradition of Christianity in Poland and the centuries-old attachment of Poles to freedom".

In the public space, there are even statements of the highest state authorities referring to LGBTQ+ people in a not very positive way, to say the least. For example, in the opinion of President Andrzej Duda, "we are being persuaded that the LGBT is people. And that's simply an ideology."⁴ Adding to that the "Stop LGBT" bill that was submitted to the Polish Parliament, which includes: 1) prohibition of organizing the so-called Equality Parades; 2) prohibition of questioning marriage as a relationship between a woman and a man; 3) prohibition of promoting the extension of marriage to persons of the same sex; 4) prohibition of promoting same-sex

³ <https://bip.malopolska.pl/umwm,a,1594074,deklaracja-nr-119-sejmiku-wojewodztwa-malopolskiego-z-dnia-29-kwietnia-2019-r-w-sprawie-sprzeciwu-wo.html> (visited 17 February 2022).

⁴ More: <https://wiadomosci.radiozet.pl/Polska/Polityka/Andrzej-Duda-i-homofobiczne-slowa-o-LGBT.-Swiatowe-media-cytuja-prezydenta?gclid=EAIaIQobChMlrP7.08B68gIVkOJ3Ch3Ch3OIQ17EA0> (visited 17 February 2022).

unions or unions consisting of more than two people; 5) prohibition of promoting the treatment of same-sex unions or unions consisting of more than two people in a privileged manner; 6) prohibition of promoting legal solutions aimed at privileging same-sex relationships; 7) prohibition of promoting sexual orientations other than heterosexuality; 8) prohibition of promoting gender as an entity independent of biological conditions, it will turn out that the situation of LGBTQ+ people in Poland is, in fact, not great, and may even worsen.⁵

The noticeable in Poland trend of smuggling populist and emotional narratives striking the LGBTQ+ community, including transgender people, is not a purely Polish domain. We are currently dealing with a similar situation in the USA, where in 2020, in 2020, legislators in several states introduced bills that would prohibited and frequently criminalized providing gender-affirming healthcare services to minors and in January 2021, at least nine states were considering gender-affirming care bans⁶. One can also mention the so-called Bathroom bills which banned trans people from using public bathrooms and changing facilities consistent with their identified genders⁷. These bills never came into effect. However, the very idea contained in them is significant for the problem described in this article.

Considering the political context of the legal problem of transgenderism observed in Poland, the USA and, as shown below, also in Hungary, it can be concluded that the question of adequate legal regulation of gender confirmation surgery is, to some extent, international.

In the context of gender confirmation procedures, as above-mentioned, it should be stated that they are performed in Poland without any problems. Transgender men and women, however, sometimes face problems not of a formal nature but "human" one. As Sonia Milch, who has gone through the transition, points out: "Oppression and misunderstanding happen to transgender people on practically every step. Institutions and doctors are no exception here. (...) most doctors in Poland, even sexologists, do not know about transgenderism and are not interested in this topic, it is common to think that it is a whim or a mental disorder. Those who take up the topic at all often have a lot of misconceptions and are very limited. (...) The biggest shock for me, however, was that my identification was questioned during a forensic examination by a well-known sexologist (...). He stated that my history of severe depression and suicide attempts made him questionable because such things don't happen to transgender people. Official WHO reports show the opposite, transgender people are particularly vulnerable to depression and suicide. The formal and legal path that must be followed in order to change documents and obtain the indisputability of a medical diagnosis is extremely difficult and overwhelmingly long. And it does not end all the problems anyway. For example, my psychiatrist, whom I used to visit for several years after the transition process, when asked if he would give me a certificate of no psychiatric contraindications for surgery, replied that he, as a doctor, could not be absolutely sure about my diagnosis of transgenderism because he was not a sexologist. It was a shock for me, I realized that all this time, yes, he tolerated my functioning in the female role, but he was not able to fully accept that I was just a "real" woman. Like any other patient of his."⁸

Now imagine that the above-mentioned "Stop LGBT" bill comes into force. It would be a simple way to turn on the green light for entities negatively oriented towards LGBTQ+ people to use discriminatory practices against them, including threatening doctors, who would perform

⁵ <https://www.rp.pl/Bezpieczenstwo/308099964-Fundacja-Kai-Godek-zlozyla-w-Sejmie-projekt-Stop-LGBT.html> (visited 17 February 2022).

⁶ See Outlawing trans youth: state legislatures and the battle over gender-affirming healthcare for minors. *Harvard Law Review*, Vol. 134, No 6. Online: <https://harvardlawreview.org/2021/04/outlawing-trans-youth-state-legislatures-and-the-battle-over-gender-affirming-healthcare-for-minors/> (visited 17 February 2022).

⁷ See KRALIK, J. Bathroom Bill. Legislative Tracking, Nat'l conf. of state legislatures (Oct. 24, 2019). Online: <https://www.ncsl.org/research/education/-bathroom-billlegislative-tracking635951130.aspx> (visited 17 February 2022).

⁸ <https://noizz.pl/lgbt/sonia-milch-opowiada-o-korekcje-plci-i-codziennosci-osob-transplciowych/nfpg12c> (visited 17 February 2022).

such a gender confirmation surgery, with initiating criminal proceedings against them for such a health service on the basis of the above-mentioned Article 156 of the Polish Criminal Code. Such a practice would paralyze the provision of assistance to transgender persons and simply violate their right to health protection. The literal wording of Article 156 of the Polish Criminal Code theoretically allows for its application, i.e. the enforcement of criminal liability if a surgeon performs a sex change operation of a transgender patient, with their consent and with all indications for the existence of benefits for mental and physical health. This is why the authors try to find theoretical arguments that could be in favor the legality of performing gender confirmation surgeries in Poland, simultaneously proposing a change in the current legal regulations.

It is worth noting that the solutions proposed by the authors in the context of the Polish Criminal Code can be easily translated into solutions proposed in other legal orders. For example – for solutions provided for in Hungary, where the Article 164 of the Hungarian Criminal Code provides that: “(1) Any person who causes bodily harm to or injures the health of another person is guilty of battery. (6) The penalty shall be imprisonment between one to five years, if the aggravated battery is committed: (...) d) causing permanent disability or serious health impairment”. The media, in the meantime, reports: “Transgender people in Hungary have lost legal recognition, as the country makes it impossible for people to legally change gender. (...) Until this new law passed, identity documents could be changed in Hungary by law. But the Article 33’s approval today, will only confirm the fear created by a suspension on changing gender in that way, in place for two years already. All references of <<sex>> will now instead refer to "sex assigned at birth" in the national registry and on identity documents. This amendment effectively ends any opportunity for legal gender recognition in Hungary, because identity documents will now reference the immutable characteristic of <<sex assigned at birth>>”⁹. Therefore, perhaps, in Hungary (and in other countries), the arguments in favor of legally permitting gender confirmation operations, and arguments against punishing for performing such operations, will also prove useful.

2. RESEARCH METHOD

In the work, the authors analyze the Polish law and the way it is applied to transgender people. The study focuses on how a specific law can be used against doctors who treat transgender patients. The findings presented in the study were achieved through the analysis of the Polish Criminal Code and through the analysis of views presented in the doctrine and judicial practice.

The above-mentioned analysis was carried out on the basis of a derivative concept of legal interpretation. The indicated concept of legal interpretation fully and precisely describes the course of the interpretation of a legal text and is a concept integrated with other concepts of the interpretation, which also constituted a major argument for using it¹⁰.

⁹ <https://www.forbes.com/sites/jamiewareham/2020/05/19/hungary-makes-it-impossible-for-transgender-people-to-legally-change-gender/?sh=d9f61c6698e9> (visited 17 February 2022).

¹⁰ On the derivative concept of legal interpretation, see more in: CHODUŃ, A. Maciej Zieliński’s (derivative) concept of legal interpretation. *Studia Prawa Publicznego*, Vol. 2, 2015, pp. 111-125; BOGUCKI, O. The Derivational Theory of Legal Interpretation in Polish Legal Theory. 33 *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, 2020. DOI:10.1007/s11196-019-09628-1, pp. 617–636. For more on the statutory interpretation, see CROSS, F. *The Theory and Practice of Statutory Interpretation*. Stanford, Calif: Stanford University Press, 2009. DOI: 10.1515/9780804769815; CROSS, R., BELL, J., ENGLE, G. *Cross: Statutory Interpretation*. London: LexisNexis, 1995; WALTON, D., MACAGNO, F., SARTOR, G. *Statutory Interpretation: Pragmatics and Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. DOI:10.1017/9781108554572; YULE, K. *Statutory Interpretation: General Principles and Recent Trends*. New York: Nova Science Publishers, 2009.

It is also worth pointing out that the authors decided to use the non-exclusive terminology proposed in The NLGJA: The Association of LGBTQ Journalists Stylebook on Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Queer Terminology¹¹.

3. BASIC INFORMATION ON GENDER CONFIRMATION SURGERY

Before criminal law considerations, it is necessary to outline the issue of gender confirmation in a more general and non-legal context. Certain reasons why some people decide to confirm their gender may be crucial for the argumentation for specific legal solutions¹².

Gender confirmation surgery, also referred to as gender-affirming surgery, concerns transgender persons. The term transgenderism should be understood in this work as a discrepancy between biological sex (determined primarily by the sex organs), gender registered at birth (determined by information contained in the birth certificate) and psychological gender (determined by the sense of belonging to a given gender)¹³. According to the International Classification of Diseases ICD-10, transsexualism¹⁴ has three fundamental criteria: 1) the person wants to live and be accepted as representing the opposite gender; 2) a person is not satisfied with their sex characteristics; 3) wants to undergo hormonal or surgical treatment. This condition must last at least 2 years as the disorder itself cannot be a symptom of another mental, genetic disorder, intersex¹⁵, or chromosomal disorder¹⁶. There are two types of transsexualism – type F-M (a transsexual person considers themselves as a female trapped in a male body) and type M-F (a transsexual person consider themselves as a male trapped in a female body).

The indicated discrepancy between both biological sex and gender registered at birth, and psychological gender results in the tendency of transgender persons to submit to the so-called gender-affirming surgeries. These are surgical procedures aimed at achieving consistency between the perceived psychological gender and biological sexual characteristics. These procedures include mastectomy, removal of the uterus and ovaries with subsequent neophalloplasty, that is, the formation of a scrotum and penis (in the case of the F-M type) or removal of the testicles and penis combined with the formation of the vagina (in the case of the M-F type). These surgeries are supplemented with hormone therapy influencing changes in the tertiary sexual characteristics (including hair, tone of voice, musculature). What is particularly significant, the formation of genital organs in line with the preferred psychological gender does not enable the reproductive ability which a transgender person irreversibly loses as a result of the gender-affirming surgery.

Performing a gender-affirming surgery, apart from the obvious physical changes a transgender person undergoes, also brings visible changes in their mental state. On the one hand, such persons mostly declare a sense of fulfillment in their social life, a feeling of relief resulting from getting rid of 'foreign' sexual organs, improving relations in family life and satisfying their needs in sexual life. On the other hand, transgender persons who have not undergone a gender confirmation surgery, due to the perceived incompatibility in terms of

¹¹ <https://www.nlgja.org/stylebook/> (visited 17 February 2022).

¹² In general, on the legal situation of transgender people in Poland, see in: MAZURCZAK, A., MROWICKI, M., ADAMCZEWSKA-STACHURA, M. Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich, *BIULETYN RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH*, Vol. 6, 2019, p. 128.

¹³ See IMIELIŃSKI, K. *Zarys seksuologii i seksiatrii*. Warszawa: PZWL, 1982, p. 253.

¹⁴ When referring to the ICD-10 classification, we use the term "transsexualism" and not "transgenderism", because this is exactly the term included in this classification.

¹⁵ One should distinguish from transsexualism intersexuality (hermaphroditism), which consists in having both male and female sexual organs - see MICHALIK, J. Kiedy ciało jest więzieniem a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, Vol. 2, 2012, p. 63.

¹⁶ OLESIAK, G. Transseksualizm – dylematy diagnostyczne. *Psychologia w praktyce*, Vol. 11, 2018. Online: <https://psychologiawpraktyce.pl/artykul/transseksualizm-dylematy-diagnostyczne> (visited 17 February 2022).

biological sex and psychological gender, often exhibit numerous psychological problems, sometimes resulting in depression and suicide attempts¹⁷. At the same time, it should be pointed out that taking actions in the opposite direction, that is, trying to adjust the psychological gender to the biological sex and gender registered at birth of a transgender person, usually ends in failure. The effects of psychotherapy trials are oftentimes unsatisfactory¹⁸.

The lack of legal regulations on gender confirmation in the Polish legal system results in serious difficulties in the legal field, where civil, administrative and criminal issues overlap. Transgender persons, apart from carrying out appropriate gender-affirming surgeries, also want to legally confirm their gender by applying for an appropriate change of their birth certificate pursuant to the Article 189 of the Polish Code of Civil Procedure¹⁹ to determine the gender and to change the birth certificate accordingly. Sometimes, the courts, examining such claims, make their recognition as justified, basing on prior gender confirmation surgery. Often, it is the judicial determination of gender and the change of the birth certificate that are the first conditions posed by doctors who are to undertake gender confirmation surgery²⁰. Thus, a vicious cycle forms, where surgery is required for a judicial determination of gender, and judicial determination of gender is required for a judicial determination²¹. It should also be noted that due to the lack of provisions regulating the matter of gender confirmation in the Polish legal system, the burden of determining the procedure in this regard has fallen on the courts by successive judgments in cases for determining the gender. This judicial practice, apart from its discrepancy, cannot and should not replace the statutory regulation of gender confirmation in Polish law²².

In the context of the above findings, it is worth adding that sex change operations are not a novelty in Poland and have been performed for a long time. First gender change operation took place in Poland in 1963 at the Szpital Kolejowy hospital in Międzyzlesie. At the same time, however, since the beginning of the 1980s, there has been a discussion about the need to introduce such legal solutions to the Polish legal order that would regulate the legal situation of

¹⁷ See FERENZ, J.M. Operacje korekty płci: czyn bezprawny czy legalny? *Family Forum*, Vol. 6, 2016, pp. 139-140. For the sake of completeness of the considerations, it should be noted that there have also been cases of mental disorders as a result of the gender confirmation.

¹⁸ See. KUBIAK, R. Karnoprawna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje. *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica*, Vol. 74, 2015. DOI: 11089/10423, p. 85 and MICHALIK, J. Kiedy..., p. 63

¹⁹ Act of November 17, 1964, Code of Civil Procedure (Journal of Laws of 2019, item 1460, as amended). According to the Article 189 of the Code of Civil Procedure: 'The claimant may request the court to establish the existence or non-existence of a legal relationship or right, if it has a legal interest in doing so'.

²⁰ Without prejudging the legitimacy of such a requirement, it should be noted that the judicial determination of the gender and the change in the birth certificate may be the first, preliminary verification of the stability of a person's aspirations in the change of gender. Moreover, the so-called forensic gender confirmation is not medical, invasive and, above all, irreversible. Perhaps, for these reasons, it should be a step preceding gender confirmation coaching or even hormone therapy - cf. FERENZ, J.M. Operacje..., p. 149.

²¹ Zob. URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M., Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich. *Medyczna Wokanda*, Vol. 10, 2018. DOI: 10.32055/mw.2018.10.9, p. 100.

²² The first judicature concerning the issue of gender confirmation was the judgment of the Provincial Court for the Capital City of Warsaw in 1964, in which the court, considering the application for a change of the birth certificate, sanctioned the M-F type change procedure already performed by the applicant, indicating that it was no longer a man and should be considered a woman – the decision of the Provincial Court of the Capital City of Warsaw of September 24, 1964, II CR 515/64, LEX N° 1726970. The resolution of the Supreme Court of 1978, indicating that that: 'In an exceptional case, the court may correct the birth certificate by changing the gender designation also before performing corrective surgery of the external genitalia, if the characteristics of the newly developing sex are predominant and this condition is irreversible', and that: 'The procedure is - yes as with any treatment aimed at improving the health of the patient with his consent (the Article 17 (1) of the Act of October 28, 1950 on the medical profession, Journal of Laws N° 50, item 458) – admissible' – resolution of the Supreme Court of February 25, 1978, III CZP 100/77, LEX N° 1104539. The Supreme Court expressed a different position in its judgment of 1989, indicating that the presence of transgenderism does not give grounds for rectification on the birth certificate of the gender entry. However, the Supreme Court also drew attention to the possibility of issuing a separate legal act regulating the legal issue of gender confirmation, including the admissibility of gender confirmation procedures - Resolution of the Supreme Court of 22 June 1989, III CZP 37/89, LEX n° 3502, see resolution of the Supreme Court of May 8, 1992, III CZP 40/92, LEX n° 162225. As already indicated, there is, unfortunately, no such legal act.

transgender persons in a possibly unambiguous manner²³. As K. Urbanowicz and M. Bętkowska rightly point out: "An important step aimed at ensuring protection for transgenders was the enactment of the act on gender reconciliation of September 10, 2015. However, their situation has not changed as a result of the presidential veto, which means that it is still necessary to use the numerous, yet heterogeneous, achievements of the Supreme Court's jurisprudence"²⁴. In order to demonstrate the heterogeneity of the jurisprudence of the most important Polish court (the Supreme Court), mentioned by the authors, let us indicate some examples of judgments made on the matter of interest to us. And thus, in 1978 the Supreme Court ruled that in extraordinary circumstances it is possible to correct a birth certificate even before the corrective surgery of the external genitalia is performed, if the characteristics of the newly developing sex are predominant and the condition is irreversible²⁵. In 1989, the Supreme Court already decided that the presence of transgenderism does not constitute the basis for correcting the gender entry in the birth certificate, regardless of previous therapy or even surgery, due to the fact that "The marital status record is only of the nature of declaratory – its content only states the legal status that arose by virtue of specific legal events, but the order of these events does not include transgenderism, the occurrence of which consists in a change in the mental state, and not in the legal status of a person"²⁶. As indicated by K. Urbanowicz and M. Bętkowska: "The above resolution was given the force of a legal principle. As a result of the situation, the doctors, fearing the legal consequences, stopped performing the procedures without a prior court decision. In result, there were concerns about illegal gender confirmation surgery."²⁷ In 1991, the Supreme Court indicated that: "it is difficult to expect in the near future the statutory, comprehensive regulation of the issue of transgenderism, being proposed for several years, not only due to the complex physical, mental and moral aspects of this phenomenon, but also the length of the legislative process in view of the need to use legal instruments in the first place to achieve political and economic transformations. For these reasons, the judicature should strive to use all possible interpretations and such an interpretation of the applicable legal provisions that would already allow to take into account the aspirations of people who feel painfully contradictory between the desired gender and the biological sex entered in the birth certificate. The doctrine is already dominated by the view that human gender (sexual integrity) is an element of the human right to state, which belongs to the category of human personal rights, protected by the provisions of the Polish Civil Code (Articles 23 and 24). The sense of belonging to a given gender may be considered a personal interest (the Article 23 of the Polish Civil Code) and as such is also protected by an action for determination under the Article 189 of the Polish Code of Civil Procedure"²⁸.

Considering such a large discrepancy in the jurisprudence of the Supreme Court and the current situation of LGBTQ+ people in Poland, including in particular the aforementioned "Stop LGBT" bill which provides, inter alia, the prohibition of promoting sexual orientations other than heterosexuality and the prohibition of promoting gender as an entity independent of biological conditions, it is feared that subsequent judicates may be less favorable to transgender people. In this light, further considerations contained in this work, aimed at an adequate interpretation of the Article 156 of the Polish Criminal Code must appear highly desirable.

²³ See URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M. Prawne..., p. 99.

²⁴ URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M. Prawne..., p. 99.

²⁵ Resolution of the Supreme Court of February 25, 1978, III CZP 100/77, OSP 1983, No. 10, item 217, LEX no.1104539.

²⁶ Resolution of the Supreme Court of June 22, 1989, III CZP 37/89, OSNC 1989, No. 188, LEX No. 3502.

²⁷ URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M. Prawne..., p. 104.

²⁸ Decision of the Supreme Court of March 22, 1991, III CRN 28/91, LEX No. 519375. more in: URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M. Prawne..., pp. 103-106.

4. PENAL AND LEGAL ASPECTS OF GENDER CONFIRMATION SURGERY

4.1. Literature Review

Penal and legal aspects of gender confirmation surgery focus on the above-mentioned irreversible loss of reproductive capacity²⁹ due to the gender-affirming surgery. And as was mentioned, these surgeries, that is, surgical procedures aimed at achieving consistency between the perceived psychological gender and biological sexual characteristics, include mastectomy, removal of the uterus and ovaries with subsequent neophalloplasty, that is, the formation of the scrotum and penis (in the case of type F-M) or removal of testicles and penis connected with the formation of the vagina (in the case of the M-K type). Therefore, as a result of gender-affirming surgeries, there is an irreversible loss of human fertility. Meanwhile – in accordance with the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code, anyone who causes grievous bodily harm in a form that deprives a person of their, inter alia, the ability to procreate, is liable to imprisonment for at least three years. Understanding the provision literally, it could be concluded that, while the person undergoing gender confirmation surgery themselves will not be criminally liable for causing serious damage to health³⁰, the gender confirmation procedure performed by a third party (also, and maybe especially – by a doctor) will already fulfill the features of an act punishable under the law described as perpetration that results in serious damage to health (the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code) and constitute the basis for the perpetrator to be held criminally liable³¹. After all, the sanctioned norm expressed in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code, with this (literal) way of understanding, should be considered as: 1) addressed to every human being (and therefore – including a doctor); 2) prohibiting the deliberate (and with oblique intent) depriving another human of the ability to procreate (it is impossible to conclude that a doctor performing a gender confirmation surgery could refuse to deprive another human of the ability to procreate by this procedure); 3) prohibiting depriving another human of the ability to procreate in any way (and thus also through a gender-affirming surgery); 4) prohibiting the above-mentioned at any time, in any place, in any situation; 5) prohibiting the above regardless of the consent or lack thereof of the person who would be deprived of the ability to procreate (therefore, the possible consent of the transgender person could not be considered as preventing the violation of the sanctioned criminal law)³².

²⁹ The question of the loss of fertility is also related to the problem of the procedure of "contraceptive" nature, which is sterilization. In women, this procedure involves the ligation of the ovaries, and in men - the cutting and ligation of the vas deferens. Such treatments are carried out in Poland, although - and it should be emphasized - some authors claim that they are formally prohibited under penalty of punishment. For example, in the opinion of J. Warylewski: "From the formal point of view, the sterilization procedure fulfills the features of the Article 156 § 1 point 1 of the Polish Criminal Code. The admissibility of sterilization for therapeutic purposes is undisputed. However, eugenic (genetic) and contraceptive considerations do not fall within the scope of medical procedures or even therapeutic procedures for third parties (e.g. sterilization of a man to save health, and even life of a woman who would be at risk in the next pregnancy)" (WARYLEWSKI, J. *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa: LexisNexis, 2009, p. 283). However, taking into account the position of the majority of Polish doctrine, which supports the legalization of voluntary sterilization to the full extent, and at the same time in view of the already mentioned practice of performing such procedures in Poland, the author finally proposes that sterilization should be considered a circumstance excluding the criminal behavior of the doctor performing the discussed procedure (see WARYLEWSKI, J. *Prawo...*, p. 283). However, this issue is not – as can be seen – resolved unequivocally in Polish law.

³⁰ Although at first glance it cannot be ruled out that such a person may be held criminally responsible for inciting (the Article 18 section 2 of the Polish Criminal Code in conjunction with the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code) or aiding (the Article 18 section 3 of the Polish Criminal Code in conjunction with the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code) to cause serious damage to health.

³¹ Under the previous Polish Criminal Codes (the Polish Criminal Code of 1932 and the Polish Criminal Code of 1969), similar regulations were in force, also mentioning the prohibition of depriving a person of the ability to reproduce. As mentioned in the "Introductory Remarks" section, the doubts raised under the previous legislation as to the feasibility and legality of gender confirmation procedures were related to the question whether the presence of transgenderism could constitute a basis for correcting a gender entry in the birth certificate.

³² In any case – as it is pointed out in the literature – 'Giving consent to the violation of an organ of the body or health disorders for a period exceeding 7 days (...) will be ineffective, because it usually entails negative social effects (even the

At the same time, as has already been pointed out, the Polish legal system lacks any provisions regulating the issue of gender confirmation in any way. Therefore, the doubts raised in Polish criminal law science as to whether and how to justify the legality of gender confirmation surgery are not surprising³³.

A potential and the most obvious justification for doctors to perform a gender confirmation surgery could be – of course – the reference to the question of consent of the "aggrieved party", i.e. the consent of the person on whom the procedure in question is being carried out for violation of its legally protected interest (in this case – interest in form of health and fertility). This idea, however, if raised in theory or in practice, would be immediately countered by the argument that not all legal interests are interests that can be disposed of at one's own discretion. While we can freely dispose interests such as property, bodily inviolability or honor (personal dignity), they certainly do not include human life or health, which represent not only individual (for the aggrieved part), but also social value (for society and the state). As such, these interests may not be infringed by their disposer in such a way and to the extent that they please. In this respect, it is necessary to follow the rules of precaution developed by the society, and these in the context of gender confirmation surgery procedures are not unambiguous enough in Poland to exclude the criminal liability of a physician on this basis³⁴.

Let us point out that in the literature not everyone agrees on the necessity or even the possibility of justifying the analyzed medical procedures. Among the doctrine positions presented in the literature, the following can be distinguished in this respect: 1) the position according to which the performance of a gender confirmation surgery constitutes the fulfillment of the features of the type of prohibited act specified in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code, but it may be justified on the basis of the current legal status, e.g. using the justification of the protective force; 2) the position according to which the performance of a gender confirmation surgery does not constitute the fulfillment of the type of prohibited act specified in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code; and 3) the position according to which performing a gender confirmation surgery constitutes the fulfillment of the features of the type of prohibited act specified in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code and cannot be in any way justified on the basis of the current legal status.

The last position on this subject, that is, the most radical one, as it considers the performance of a gender confirmation surgery as a procedure that deprives the possibility of procreation, fulfills the features of a prohibited act consisting in causing serious damage to health and, in principle, is an unlawful act, was expressed by G. Rejman. The author pointed out that: 'Gender confirmation when it comes to adults, leading to serious bodily harm, even with the consent and on a request, violates the provisions of criminal law. Since such a correction is not able to

necessity of treatment), despite the fact that in if the aggrieved person is the closest person, the prosecution of such an act in an unintentional form depends on his / her request (the Article 157 section 5 of the Polish Criminal Code). As a rule, it is not legally effective to consent to a serious damage to health (the Article 156 section 1 of the Polish Criminal Code). However, there is no consensus in the science of criminal law as to whether the consent to sterilization or gender confirmation surgery is legally effective and waives the criminal liability of the perpetrator' (SPK). The possible reliance on the consent of a transgender person would therefore be a highly embarrassing solution.

³³ What is surprising, however, is the fact that this issue is omitted from the basic sources of information on Polish criminal law, and more specifically - in the commentaries to the Polish Criminal Code.

³⁴ It is worth pointing out that, as Ł. Pohl rightly points out: "For its criminal law validity, consent must meet the following conditions: 1) it must be the result of the sovereign decision of the disposer of a legally protected interest; it is worth noting that the sovereignty of this decision has nothing to do with whether the consent to infringement or exposing this interest to the risk of its infringement will be an acceptance resulting from good or bad will (hence these statements in the doctrine of criminal law should be considered not fully convincing)., which the consent condition discussed in this point is referred to as the condition of its voluntary nature), 2) it must be a decision of an entity authorized to express legally effective consent to infringement or to jeopardize legal interest; hence the right to consent in criminal studies is denied to people who do not recognize its social significance, which will most often be insane persons and children, 3) it must exist at the time of violation or exposure of the legal right to the risk of violating it; for this reason, it is not consent that the disposer of the interest is accepted after destroying the good or exposing it to a real risk of its infringement" (POHL, Ł. *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa: LexisNexis, 2012, pp. 283-284).

restore the biological functions of the organs determining human gender, being only a simulacrum of these functions, then such a procedure does not fall within the concept of therapeutic activity and as such is punishable under the provisions on bodily injury.³⁵

M. Filar took a similar position, also stating that gender-affirming surgeries do not achieve the therapeutic goal. He pointed out that if transgenderism is treated as a disease, therapeutic activities should cure it or at least alleviate symptoms. Therefore, to cure a transgender person would mean obtaining the correct gender identification, which is impossible if such a person undergoes a gender confirmation surgery which is contrary to the therapeutic goal. However, M. Filar postulated the introduction of an appropriate regulation that would regulate the conditions and procedure of gender confirmation and the related surgical procedures³⁶.

Agreeing that it is necessary to introduce legal regulations for the issue of gender confirmation surgeries, authors of the work think that we should also try to find a basis for declaring their legality (primary or secondary) on the basis of the current legal status.

There are several positions on how to justify the secondary legality of gender confirmation surgeries. Unfortunately, they cannot be effectively used in practice. And thus: 1) P. Daniluk proposes excluding the unlawfulness of gender confirmation surgery by means of the justification of the protective force, that is, a situation in which the perpetrator (in our case, a doctor who performs a gender confirmation surgery) acts to remove the immediate threat to any interest protected by law if the danger cannot be avoided otherwise, and the consecrated interest has a value lower than the interest of the rescued person (see the Article 26 section 1 of the Polish Criminal Code). Unfortunately, this institution can only be used in specific cases of transgender persons, and the assessment of whether we are dealing with legal/illegal behavior will depend on the law enforcement agencies and courts³⁷, and consequently – the legal situation of doctors performing gender confirmation surgery will be highly ambiguous in this respect; 2) J. Warylewski admits the existence of a non-statutory justification, the so-called the justification for transgenderism. The author also points to the possibility of excluding doctors from criminal liability due to the negligible degree of social harmfulness of their actions³⁸. It should be noted, however, that the issue of the degree of social harmfulness of an act should always be considered in concreto on the basis of a given act and on the basis of all the elements indicated in the Article 115 section 2 of the Polish Criminal Code, i.e. based on the type and nature of the infringed interest, the extent of the damage done or threatened, the manner and circumstances of the act, the importance of the obligations violated by the perpetrator, as well as the form of the intention, the perpetrator's motivation, the type of the breached precautionary rules and the degree of their breach. For that reason, it is impossible to exclude criminal liability in each case of a gender confirmation surgery. The proposal to treat gender confirmation measures in the category of a justification exposes itself to the objection of inadmissibility of non-statutory justifications related to the encroachment of the judiciary into the powers of the legislative authority, which would be contrary to the principle of legality (the Article 7 of the Polish Constitution), and a potential excessive restriction of freedoms and rights of other persons (the Article 31 item 3 of the Polish Constitution) and a potential strain on the principle of equality before the law (the Article 32 of the Polish Constitution).

³⁵ REJMAN, G. Glosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, Vol. 2, 1991. LEX.

³⁶ See FILAR, M. *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*. in: M. Filar (ed.), *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*. Toruń: TNT, 1987, p. 96 and FILAR, M. Glosa do uchwały składu 7 sędziów z 22 czerwca 1989, I CZ 37/89. *Państwo i Prawo*, Vol. 10, 1990, p. 118.

³⁷ See DANILUK, P. Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność chirurgicznej zmiany płci. *Państwo i Prawo*, Vol. 1, 2008, pp. 106-107.

³⁸ See WARYLEWSKI, J. O duszy uwięzionej w obcym ciele – dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego. Online: <http://www.warylewski.com.pl/karne/karne/TRANS.htm> (visited 17 February 2022).

Table 1. Views on the possibility of justifying gender confirmation surgery

Views on the possibility of justifying gender confirmation surgery		
View no. 1 Performing a gender confirmation surgery may be justified on the basis of the current legal status (but it constitute the fulfillment of the type of prohibited act specified in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code)	View no. 2 Performing a gender confirmation surgery does not constitute the fulfillment of the type of prohibited act specified in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code	View no. 3 Performing a gender confirmation surgery cannot be in any way justified on the basis of the current legal status
Arguments for: 1/ we can use justification of the protective force; 2/ we can use the institution of a non-statutory justification, the so-called the justification for transgenderism; 3/ we can use the possibility of excluding doctors from criminal liability due to the negligible degree of social harmfulness of their actions. Arguments against: 1/ the institution of the protective force can only be used in specific cases of transgender persons; 2/ the proposal to treat gender confirmation measures in the category of a justification would be contrary to the principle of legality (the Article 7 of the Polish Constitution), and a potential excessive restriction of freedoms and rights of other persons (the Article 31 item 3 of the Polish Constitution) and a potential strain on the principle of equality before the law (the Article 32 of the Polish Constitution); 3/ the assessment of whether we are dealing with legal/illegal behavior will depend on the law enforcement agencies and courts; 4/ the legal situation of doctors performing gender confirmation surgery will be highly ambiguous.	This will be discussed in the next part of the work.	Arguments for: 1/ gender confirmation, leading to serious bodily harm, violates the provisions of criminal law; 2/ such a correction is not able to restore the biological functions of the organs determining human gender, then such a procedure does not fall within the concept of therapeutic activity.

4.2. Analysis

In light of the above, it is worth considering those positions that try to demonstrate the primary legality for gender confirmation surgeries³⁹. First of all, because demonstrating the primary legality of such procedures would avoid any doubts as to the lack of criminal liability of doctors for the performance of the gender confirmation procedure and failure to institute criminal proceedings in this respect⁴⁰.

The possibility of demonstrating the primary legality of gender confirmation surgery entails their recognition as a therapeutic activity. In the Polish criminal law science, the prevailing view is that medical activities are not a justification that would only legalize the activities performed by a physician that could formally correspond to acts typifying health detriment. Medicinal activities are legal acts that were originally undertaken for therapeutic purposes and in accordance with the rules of medical knowledge and practice⁴¹. As already mentioned above, M. Filar refused to perform gender confirmation surgery for a therapeutic purpose. It is, therefore, appropriate to consider at this point how to understand the concept of a therapeutic goal, the therapeutic activity itself, and whether the gender confirmation procedure is a therapeutic activity. Adopting the definition of therapeutic activities proposed by M. Filar, it should be pointed out that these are physician's actions towards the patient, undertaken in order to save their life, health or reduce physical and mental suffering⁴². From the definition of therapeutic activity, the concept of a therapeutic goal can be derived. Following P. Daniluk, it can be understood as an objective orientation of given activities to the disease and aiming at its prevention, diagnosis, therapy or rehabilitation of the person affected by its effects. The therapeutic goal is associated with both causal and symptomatic treatment, consisting in removing and reducing the symptoms of the disease, which may take the form of alleviating physical and mental suffering associated with it⁴³. Assuming the understanding of therapeutic activities outlined in this way, it must be stated that gender confirmation meet the criteria set by them. Research conducted among transgender persons shows that their mental health usually improves significantly after gender confirmation surgery⁴⁴. As already indicated, they signal a

³⁹ By the primary legality of a given act, we mean that not only is it not unlawful, but also does not bring about a threat to a given legal interest or does not violate the rules of dealing with this interest. In such a situation, we do not evaluate the act at all in terms of its unlawfulness. It is legal 'from the beginning'. On the other hand, a given act is secondary legality if it causes a threat to a given legal interest and violates the rules of dealing with that interest, but there is some circumstance justifying the threat to the interest and violating the rules of conduct, which 'legally' legalizes this act.

⁴⁰ While accepting the secondary legality of gender adaptation procedures, e.g. due to the justification of the protective force or the non-statutory justification, we also recognize that the doctor performing such an operation commits an offense under the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code. It is only due to a justification (an institution as understandable to doctors as to a lawyer, e.g. subsequent stages of heart transplantation) that this act is not unlawful, and the criminal liability of the doctor is excluded.

⁴¹ See POHL, Ł. *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019, pp. 318-319.

⁴² See FILAR, M. *Lekarskie prawa karne*. Kraków: Zakamycze, 2000, p. 90.

⁴³ DANILUK, P. *Zbieg kontratypów. Prokuratura i Prawo*, Vol. 2, 2007, p. 146.

⁴⁴ As D. Cysarz et al. points out: "In clinics specializing in the surgical treatment of gender identity disorders, very broad criteria have been adopted to assess the effectiveness of the therapy: << The person considers the effects of surgical treatment to be sufficient and does not regret having undergone it >>. According to this criterion, the method of surgical treatment is successful in 97% of people changing gender from female to male and in 87% from male to female. The results of cross-sectional German studies of 40 transgender people indicate that 85% -95% of respondents are <<satisfied>> or <<very satisfied>> with the results of surgical procedures, however, these people are statistically significantly less <<satisfied with life>> compared to with the general population. Two years after surgery, none of the 19 people who underwent surgery in Brazil regretted the decision. 83.3% of the respondents declared more pleasure from sexual contacts, and 64.7% more often than before the procedures, moreover, 26.3% noticed an improvement in family relations (73.7% did not feel any changes in them) "(CYSARZ, D., et al., *Zmiany w zadowoleniu z obrazu własnego ciała, poczuciu koherencji i satysfakcji z życia w trakcie leczenia kobiet transseksualnych. Badanie pilotażowe. Psychiatria Polska*, Vol. 11, 2008, p. 116). As far as the pilot Polish research in this area is concerned, they suggest that as a result of gender confirmation surgery: "- satisfaction with one's own body increases, although there is still a desire to change numerous parts of it, - the quality of life, sense of comprehensibility and steerability, but the sense of meaning in life grows "(ibid.,

sense of fulfillment in sexual life, their family relations, partnerships and general mental well-being improve. No other effective method of helping transgender persons has been developed to improve their mental state related to biological sex and psychological gender incompatibility. Gender confirmation does not cure them either but it can be perceived as a symptomatic treatment aimed at reducing the patient's mental suffering⁴⁵.

Another argument could be the fact that these surgeries are, in fact, performed. Officially, the first of such surgeries took place in Poland in 1963 at the Szpital Kolejowy hospital in Międzyzlesie. It is also a fact that the main goal of the physicians performing them (gender confirmation surgeries) is not to cause damage to the patient's body but to help those suffering from gender incompatibility. It is hardly possible to imagine that doctors who have been performing gender confirmation surgeries for almost 70 years could be held criminally responsible for the act of causing serious damage to health, which is classified as a crime in the Polish Criminal Code and for which a minimum penalty of imprisonment is at least three years.

It should be emphasized that perceiving gender confirmation as therapeutic activities is justified if transgenderism is viewed as a disease or disorder that is to be treated. It seems that in the light of current knowledge about transgenderism and its classification in ICD-10, it can be viewed as a subject of therapeutic activities. In the ICD-10 classification, it was included in the 'F' category 'Mental and behavioral disorders', in the F64 'Gender identification disorders' subcategory. It should be noted, however, that in 2018 WHO published a new version of the disease classification – ICD-11, which is to become the version applicable in 2022. In ICD-11, the term "transgenderism", still being used in ICD-10, is replaced with "gender incongruence" and has been defined as a condition which is characterized by a marked and persistent incongruence between an individual's experienced gender and the assigned sex. What is most important from the point of the considerations here, in ICD-11 is that "gender incongruence" is no longer classified as mental disorders, but as 'conditions related to sexual health'. These classification changes will therefore be able to constitute an argument in the legal discourse regarding the recognition of gender confirmation as a therapeutic activity.

Another way to demonstrate the primary legality of gender confirmation surgeries could be to state that the regulation of the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code, to the extent that it would prohibit gender confirmation surgeries, would be inconsistent with the Article 31 section 3 of the Polish Constitution, according to which restrictions on the exercise of constitutional rights and freedoms may be established only by statute and only if they are necessary in a democratic state for its safety or public order, or for the protection of the environment, health and public morality, or the freedoms and rights of others. It should be emphasized that the said regulation implies that: 1) any restriction of human freedom (in this case – restriction of the possibility of a doctor performing a gender confirmation surgery) should be established in a legal act equivalent to an act of the legislature; 2) any restriction of human freedom should be necessary in a democratic state, that is, fit to achieve a given goal (in this case to protect the health of a transgender person), necessary to achieve a given goal and proportional to restrictions imposed on a citizen (in this case on a person performing the gender confirmation surgery); 3) any restriction of human freedom should serve the protection of strictly defined interest, more specifically – the protection of public safety or order, protection of the environment, protection of public health and morality, protection of the freedoms and rights of other people (in this case it would be – as it was mentioned above – protection of the health of a transgender person). However, while the prohibition of gender confirmation surgery, provided for *prima facie* in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code, was

p. 121), cf. eg, COSTA, R., et al. Psychological Support, Puberty Suppression, and Psychosocial Functioning in Adolescents with Gender Dysphoria. *Sexual Med.*, Vol. 12, 2015. DOI: 10.1111/jsm.13034.

⁴⁵ Compare KNYZIAK, I. Legalność zabiegu adaptacyjnego (zagadnienia prawnokarne i cywilnoprawne). *Państwo i Prawo*, Vol. 9, 2016, pp. 56-57 and FERENZ, J.M. Operacje..., pp. 150-151.

established in the Polish Criminal Code, that is, in the act (which is of key importance for Polish criminal law), it would be difficult to consider the above-mentioned prohibition effective for the protection of the health of a transgender person. On the contrary, a prohibition of this type could be considered counter-effective in the analyzed scope, as it would result in a potential 'surgical tourism' or the transfer of gender confirmation surgery practice to the so-called gray market, and thus limiting social and state control over such procedures, and, consequently, also a potential increase in the risk to the health of transgender persons (e.g. due to the performance of gender confirmation surgery in inappropriate conditions or by unqualified people). Finally, it would be difficult to recognize the prohibition of gender confirmation surgery as unequivocally and truly serving the protection of interest, indicated in the Article 31 section 3 of the Polish Constitution. In addition to what was mentioned above, it should finally be emphasized that the prohibition of gender confirmation surgery would serve to protect human health⁴⁶ only to a narrow extent (in terms of protecting human ability to reproduce and health against possible serious complications related to the procedure), and moreover – in the field in which the aggrieved party would consent to the violation of this right but it would not serve to protect human health and life in a wider scope, that is, to the extent to protect their mental health and to the extent to protect their health and life against self-harm or suicide attempts and suicides. As it is indicated in the literature: 'the transgender community before the gender confirmation surgery procedure is characterized by a high percentage of people showing a tendency to self-harm and suicide. Many transgender persons attempt attacks on their own lives and health. This leads to the conclusion that in such cases, 'gender confirmation surgery' may be a measure to avert the danger to the life and health of transgender persons at risk of suicide or self-harm to the body.'⁴⁷.

It should also be mentioned that the absolute protection of health in terms of the ability to procreate even against the rational will of a transgender person could suggest treating the ability to procreate not as an individual, but a social or state interest, and this could mean treating a transgender person (as an entity obliged to reproduce and maintaining the sustainability of society and the state) and thus violating the dignity of that person⁴⁸; dignity – it has to be emphasized – which in the Polish legal order is the source of human and civil freedom and rights, is inviolable, and its respect and protection is the duty of public authorities (the Article 30 of the Polish Constitution).

The above could suggest the necessity to interpret the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code in a somewhat restrictive manner, that is, in a way that would prevent the

⁴⁶ It should be emphasized that the Article 156 section 1 item 1 the Polish Criminal Code cannot be regarded as a provision protecting other interests, e.g. family life. The above results from the content of the said provision itself and from the title of the chapter of the Polish Criminal Code, in which this provision is included (Chapter XIX. Offenses Against Life and Health). In any case, as J. Ferenz points out: 'In the case of transsexualism, it is not the fact of the operation itself that is of key importance for the stability of the family, but a phenomenon that also manifests itself in a number of other behaviors, the penalization of which cannot be excluded. For the stability of a given family, the most important thing will be whether it is possible to accept the transsexuality of a given person in a much wider aspect than purely physical' (FERENZ, J.M. *Operacje...*, p. 144).

⁴⁷ See DANILUK, P. *Stan...*, p. 99.

⁴⁸ As J. Mariański points out: 'The contemporary philosophical understanding of dignity was significantly influenced by Immanuel Kant, who recognized dignity as an absolute value, as the goal of all actions (dignity is not a relative value). According to him, „man and, in general, every rational being exists as an end in itself, not only as a means which this or that will may use as it pleases, but must also be regarded as an end always, in all his deeds so related to it. to himself as well as to other rational beings” (...). (...) Dignity is an absolute value, and as a practical imperative it is „Proceed so that you use humanity both in yourself and in the person of everyone else. always at the same time as an end, never only as a means” (...). Every man is entitled to dignity by virtue of his humanity, and as an absolute value it does not allow man to be used as a means to an end, treated as equal to things’ (MARIANŚKI, J. *Godność ludzka jako wartość społeczno-moralna: mit czy rzeczywistość? Studium interdyscyplinarne*. Toruń: Warszawskie Wydawnictwo Socjologiczne, 2016, pp. 59–60). Treating a man (and a man who does not identify with his biological sex) as an individual obliged to reproduce and maintain the sustainability of society and the state would certainly be to treat him as a means, and not as an end in itself, and, consequently, would be contrary to mentioned, with human dignity understood in this way.

scope of normalization from being sanctioned by the said provision of those cases of performing gender confirmation surgery that would be performed in accordance with the rational will of a transgender person and in a manner consistent with the precautionary rules (according to principles of medical knowledge and practice). Of course, in accordance with the Polish (the Article 188), it is the Constitutional Tribunal that adjudicates the compliance of laws and international agreements with the Constitution. It should be emphasized, however, that there is nothing to prevent courts adjudicating in given cases (in cases of deprivation of the ability to procreate by gender confirmation surgery) of the so-called pro-constitutional interpretation.⁴⁹

As indicated in the literature, the judicial application of the constitution may take three forms: 1) it may consist in the use of a constitutional norm as a stand-alone basis for adjudication (when the constitutional norm is formulated in a way that allows its spontaneous application and ordinary legislation does not regulate a given issue or regulates it only partially); 2) it may consist in the co-application of a constitutional norm and statutory provisions regulating a given issue in detail and adopting, in a situation where it is possible to adopt several different interpretations of the act, the interpretation which corresponds most fully with the content expressed by the constitutional norm; 3) it may consist in finding a conflict between a constitutional norm and specific provisions of a statute, which should be removed by way of interpretation, and if that is not possible – by taking steps to remove an unconstitutional provision of the act from the legal system⁵⁰. The use of the second and third forms in principio would not contradict the guiding principle of modern criminal law, that is, the principle of *nullum crimen sine lege stricta* (this principle prohibits only an extending/narrowing interpretation to the detriment of the perpetrator), and at the same time would be in line with the principle in *dubio pro libertate* (this principle prescribes that in case of doubt, a case should be in favor of the perpetrator).

Consequently – the provision of the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code could be interpreted in such a way that the sanctioned norm included in it would not cover the gender confirmation surgery (which does not mean that each such procedure would have to be allowed; however, it would require a separate regulation in an appropriate act). It should be emphasized that in this way, it would make the situation of doctors who perform gender confirmation surgery (and indirectly – also transgender persons) dependent on the will of the court and the court's interpretation of the provision under analysis, which would certainly be a highly uncomfortable situation. K. Urbanowicz and M. Bętkowska put it very suggestively: ‘So far, the problem of gender confirmation proceedings has been tried by the Supreme Court by adopting several key resolutions on the basis of which a certain model of proceedings in this area has been developed. However, this solution is insufficient as in many cases it creates the risk of a vicious circle. The lack of legal procedures results in doctors' fear of being charged with the crime of serious bodily harm in the form of deprivation of the ability to procreate (the Article 156 section 1 item 1 in fine of the Polish Criminal Code). The courts, on the other hand, demand convincing evidence of belonging to the opposite gender, including physical characteristics impossible to obtain otherwise than through surgery. As a consequence, it may happen that a person interested in gender confirmation will be sent by a doctor to the court, and

⁴⁹ It is not only a question of interpretation consistent with the Constitution, but also in line with the juricial practice of the European Court of Human Rights. As P. Rusak-Romanowska points out: ‘The European Court of Human Rights (ECtHR) referred to the European Convention on Human Rights in the matter of significant judgments and considered that Member States should allow transgender persons to undergo gender confirmation surgeries leading to full gender confirmation and ensure the reimbursement of these procedures, as medically necessary. The Tribunal also ruled that the confirmation of gender should be reflected in identity documents’ (RUSAK-ROMANOWSKA, P. *Sytuacja prawna osób dotkniętych transeksualizmem i interseksualizmem – wybrane zagadnienia prawne. Metryka. Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego*, Vol. 1, 2014, p. 97).

⁵⁰ GARLICKI, L. *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*. Warszawa: LIBER, 2008, pp. 43-44. Similar: BANASZAK, B. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2012. Legalis, commentary on article 8, theses 6-10.

from the court to a doctor.⁵¹ It seems that this is yet another factor supporting the fact that gender confirmation surgery should be comprehensively regulated in Polish law.

An attempt at such regulation was the Act on Gender Reconciliation passed by the Polish Parliament in 2015. However, it was vetoed by the President of Poland. In its assumption, this act was primarily intended to regulate proceedings in civil cases for gender reconciliation and the administrative consequences of judicial gender confirmation, mainly related to the change in marital status records and other documents of a transgender person. This act, however, completely ignored the criminal law issues related to the issue of gender confirmation surgery procedures. This omission was intentional. As the authors of the bill in its justification pointed out: 'It should be emphasized that the bill intentionally regulates only procedural, not medical issues, responding to the existing social need. The interested persons mainly raise allegations about the current state of legal uncertainty as regards access to court in order to determine gender, as well as the effects of issued judgments and the need to constantly disclose to third parties (e.g. employers) their previous identity (name, surname, gender), and hence the reasons for its change.'⁵² It seems, however, that the legal regulation of gender confirmation surgery procedure is not only in the interest of transgender persons, but also, and perhaps most of all, in the interest of doctors to whom these people report to perform a procedure. Therefore, comprehensive legal regulation of gender confirmation should cover not only civil and administrative matters but also medical ones, thus removing doubts as to the legality of performing gender confirmation procedures. It is necessary to postulate that work on the act regulating gender reconciliation should be restarted. The act vetoed in 2015 has unfortunately remained in a legislative vacuum for seven years.

It should be added that the proposed comprehensive legal regulation also covering medical issues should not introduce any changes to the Polish Criminal Code, or at least – it should not introduce changes similar to the one provided for in the original draft of the act on gender reconciliation. It should be recalled that this draft proposed adding the Article 156¹ with the following wording: 'Anyone who performs irreversible medical intervention concerning external or internal sexual characteristics to a person that is (...) over 13 years of age with their consent, does not commit an offense specified in the Article 156 section 1.' A change of this kind should be considered unnecessary, constituting a statutory surplus and proving – by force of necessity – of the legislator's irrationality, manifested in the redundancy of normative information, consisting in coding by the legislator of identically sounding standards in various provisions (excess of standards is – as we know – an obvious flaw) praxeological aspect of the legal system, which should be avoided each time by skillfully carrying out the process of interpreting a legal text)⁵³. The mere regulation of medical issues related to gender reconciliation in a separate act and the indication of acceptable gender confirmation procedures would be sufficient in this regard; after all, what is forbidden cannot be allowed at the same time, and what is allowed cannot be forbidden at the same time.

The above-mentioned potential amendment to the Polish Criminal Code should also be considered unjustified due to the use of the phrase 'does not commit an offense'. Such a

⁵¹ URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M. Prawne, p. 100.

⁵² The parliamentary draft of the act on gender reconciliation of January 3, 2013, print n° 1469, p. 28, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/AA0CB1BCA4CE5088C1257B8F00361E90/%24File/1469.pdf> (visited 17 February 2022), however, it should be noted that the draft in question provided for in the Article 13 also the amendment to the Criminal Code by adding the Article 156¹ with the wording 'Does not commit an offense specified in the Article 156 section 1, who performs irreversible medical interventions concerning external or internal sexual characteristics to a person specified in the Article 7 of the Act on gender reconciliation after she turns 13 with her consent.'. The Article 7 of the draft act, however, is about intersex people. The provision of the Article 13 of the draft act was deleted during the parliamentary work on the act and was not included in the text of the act passed and presented to the president.

⁵³ See POHL, Ł. *Prawo...*, p. 251.

formulation would not allow for an unequivocal determination whether the gender confirmation surgery is a circumstance legalizing the indicated procedure primarily or secondarily.

The only acceptable amendment to the Polish Criminal Code that could be introduced by the discussed act would be the amendment to the Article 119 section 1 of the Polish Criminal Code, according to which anyone who uses violence or makes an unlawful threat towards a person or a group of people on national, ethnic, political or religious grounds, or because of a lack of religious belief, is liable to imprisonment for between three months and five years. It would be worth considering supplementing this regulation with the prohibition of the use of violence or unlawful threats against a group of people or a particular person due to their sexual orientation or gender (without specifying whether it is biological sex, gender registered at birth or psychological gender).

Table 2. Summary of arguments in favor of primary legality of gender confirmation surgery

How the primary legality of gender confirmation surgery is justified		
View no. 1 Gender confirmation surgery as a therapeutic activity		View no. 2 Justification in the Polish Constitution (Article 31 (3))
Arguments for: 1 / there is a therapeutic goal (improvement of mental health); 2 / Gender confirmation surgery is the most effective method of medical help for transgender people.	Argument against: 1 / the need to perceive transgenderism as a disease (ICD-11 excludes this).	Argument for: 1 / restrictions on the exercise of constitutional freedoms and rights may be established only by statute and only if they are necessary in a democratic state for its safety or public order, or for the protection of the environment, health and public morals, or the freedoms and rights of other persons .

4.3. Regulation Adjustment Example

The introduction of the proposed comprehensive legal regulation of the surgery to confirm the psychological sex in Poland (covering not only civil and administrative issues, but also medical ones, and also removing doubts as to the legality of performing adaptive procedures) would be very desirable, but at the same time extremely complicated. Regulation of such a sensitive issue would also require great caution and cooperation of lawyers with doctors, psychologists, sociologists, philosophers and ethics. At this point, it is difficult to say what the law would sound like. It is certain, however, that it should take into account the latest achievements of science in the field of transgenderism and be precise enough to provide sufficient protection for all individuals involved in the process of gender confirmation surgery.

The introduction of the proper regulations, preferably in the form of a comprehensive act, regarding gender confirmation surgery in Poland seems unlikely, given the current political situation. Thus, as a minimum, it should be suggested to introduce a change to the regulation of the Article 156 of the Polish Criminal Code analyzed in this work by adding an appropriate section that excludes from the scope of the legal normalization of the sanctioned norm specified in this provision the act of gender confirmation surgery. The mentioned section could read as

follows: "§ 1a. The act of gender confirmation surgery of a human being will not constitute an offence".

Simultaneously, it should be propounded that the comprehensive legal regulation does not exclude the possibility of performing gender confirmation surgery by imposing excessive requirements on transgender persons. This kind of situation (the situation of imposing excessive requirements) occurs, for example, in Russia. In Russia, the procedure of the surgery to confirm the psychological sex has been regulated (in a very restrictive manner) in the context of making changes to the civil status records in the order of the Ministry of Health of Russia of 23rd October 2017 on the approval of the form and procedure for issuing a certificate on gender confirmation by a medical organization. In accordance to this order, to establish 'sexual reorientation' in a medical organization, is formed the medical commission, which includes a psychiatrist, a sexologist and a medical psychologist. A referral for the establishment of sexual reorientation is issued by a psychiatrist based on the results of medical supervision of a citizen in the event that he is diagnosed with transgenderism. The medical commission of a medical organization, on the basis of a study of an extract from medical documentation, anamnesis data and examination results, assesses sexual reorientation and decides whether to issue a certificate. This certificate is the basis for hormonal treatment and is crucial to change gender marker in official documentation.

6. CONCLUSIONS

As shown, the situation of LGBTQ+ persons in Poland is not easy. The behaviour and statements of representatives of different political parties indicate their aversion to this group of people. Considering the political context of the legal problem of transgenderism observed in Poland (but also in the USA and Hungary) it can be concluded that the question of adequate legal regulation of gender confirmation surgery is very important.

In the context of gender confirmation procedures it should be stated that they are performed in Poland without any problems. Unfortunately, the literal wording of Article 156 of the Polish Criminal Code theoretically allows for its application, i.e. the enforcement of criminal liability if a surgeon performs a sex change operation of a transgender patient, with their consent and with all indications for the existence of benefits for mental and physical health. This is why the authors tried to find theoretical arguments that could be in favor of the legality of performing gender confirmation surgeries in Poland, simultaneously proposing a change in the current legal regulations.

Taking into account the considerations contained in this article, it is necessary to postulate that gender confirmation surgery procedures should be treated as medical activities (this is a concept already presented in the criminal law science⁵⁴) or as activities not covered by the scope of the normalization of the penal and legal sanctioned norm as expressed in the Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code in connection with the Article 31 section 3 of the Polish Constitution. However, the above should be treated only as a temporary solution⁵⁵, a kind of provisional legal solution, functioning only until comprehensive regulation of gender confirmation in Polish law. Such a provisional arrangement is, on the one hand, difficult to maintain at the moment of definitively formal exclusion of transgenderism from the category of disease states, and on the other hand, it is difficult to accept due to the uncertainty as to the legal situation of doctors performing gender confirmation procedures (and indirectly – as to the legal situation of transgender persons).

The legal problems highlighted in the article, which transgender people have to face, are the best indicator that the precise legal regulation in this area is needed. The difficulties encountered

⁵⁴ See i.a. KNYZIAK, I. Legalność zabiegu adaptacyjnego (zagadnienia prawnokarne i cywilnoprawne). *Państwo i Prawo*, Vol. 9, 2016, p. 56-57 and FERENZ, J.M. Operacje..., pp. 150-151 and the literature cited therein.

⁵⁵ Por. KUBIAK, R. Karnoprawna..., p. 98.

in connection with the gender confirmation in birth certificate or surgical procedure, often leading to the phenomenon of the so-called vicious circle, should have no place in a democratic state under the rule of law. Also definitely unacceptable is the aforementioned lack of certainty among doctors as to whether they are not exposing themselves to criminal liability by performing a gender confirmation surgery. Justifying the lack of this liability by the construction of medical activities or based on constitutional provisions may be understandable to lawyers, but not necessarily to doctors and their patients. The need for legal certainty, particularly in criminal law, which must always be the ultima ratio, should provide sufficient impetus to resume legislative work on a law comprehensively regulating issues related to gender confirmation surgery⁵⁶.

KEY WORDS

Criminal law, criminal liability, transgenderism, gender confirmation surgery, Article 156 section 1 item 1 of the Polish Criminal Code

KLÚČOVÉ SLOVÁ

trestné právo, trestno-právna zodpovednosť, transgenderizmus, chirurgický zákrok na potvrdenie pohlavia, článok 156 ods. 1 bod 1 poľského Trestného zákona

BIBLIOGRAPHY

1. BANASZAK, B. *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck, 2012. Legalis.
2. BOGUCKI, O. The Derivational Theory of Legal Interpretation in Polish Legal Theory. 33 *International Journal for the Semiotics of Law - Revue internationale de Sémiotique juridique*, 2020. DOI:10.1007/s11196-019-09628-1.
3. BOHLANDER, M. Criminalising LGBT persons under national criminal law and article 7(1)(h) and (3) of the ICC statute. *Global Policy*, Vol. 5, 2014. DOI: 10.1111/1758-5899.12136.
4. CHODUŃ, A. Maciej Zieliński's (derivative) concept of legal interpretation. *Studia Prawa Publicznego*, Vol. 2, 2015.
5. COSTA, R., et al. Psychological Support, Puberty Suppression, and Psychosocial Functioning in Adolescents with Gender Dysphoria. *Sexual Med.*, Vol. 12, 2015. DOI: 10.1111/jsm.13034.
6. CROSS, F. *The Theory and Practice of Statutory Interpretation*. Stanford, Calif: Stanford University Press, 2009. DOI: 10.1515/9780804769815.
7. CROSS, R., BELL, J., ENGLE, G. *Cross: Statutory Interpretation*. London: LexisNexis, 1995.
8. CYSZARZ, D., et al. Zmiany w zadowoleniu z obrazu własnego ciała, poczuciu koherencji i satysfakcji z życia w trakcie leczenia kobiet transseksualnych. Badanie pilotażowe. *Psychiatria Polska*, Vol. 11, 2008.
9. DANILUK, P. Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność chirurgicznej zmiany płci. *Państwo i Prawo*, Vol. 1, 2008.

⁵⁶ On other legal issues in need of change in the context of LGBTQ+ persons see BOHLANDER, M. Criminalising LGBT persons under national criminal law and article 7(1)(h) and (3) of the ICC statute. *Global Policy*, Vol. 5, 2014. DOI: 10.1111/1758-5899.12136; DURIĆ, N., VIDLICKA, S.R., BOGUSH, G. Legal protection of sexual minorities in international criminal law. *Russian Law Journal*, Vol. 6, n.d. DOI: 10.17589/2309-8678-2018-6-1-28-57; MOORE, C.B. Embracing ambiguity and adopting propriety: Using comparative law to explore avenues for protecting the LGBT population under article 7 of the Rome statute of the international criminal court. *Minnesota Law Review*, Vol. 101, 2017; PETERSON, D., PANFIL, V.R. *Introduction: Reducing the invisibility of sexual and gender identities in criminology and criminal justice*. New York: Springer, 2014. DOI: 10.1007/978-1-4614-9188-0_1.

10. DANILUK, P. Zbieg kontratypów. *Prokuratura i Prawo*, Vol. 2, 2007.
11. DURIC, N., VIDLICKA, S.R., BOGUSH, G. Legal protection of sexual minorities in international criminal law. *Russian Law Journal*, Vol. 6, n.d. DOI: 10.17589/2309-8678-2018-6-1-28-57.
12. FERENZ, J.M. Operacje korekty płci: czyn bezprawny czy legalny? *Family Forum*, Vol. 6, 2016.
13. FILAR, M. Głosa do uchwały składu 7 sędziów z 22 czerwca 1989, ICZ 37/89. *Państwo i Prawo*, Vol. 10, 1990.
14. FILAR, M. *Lekarskie prawa karne*. Kraków: Zakamycze, 2000.
15. FILAR, M. *Prawne i społeczne aspekty transseksualizmu*. in: M. Filar (ed.), *Prawo a medycyna u progu XXI wieku*. Toruń: TNT, 1987.
16. GARLICKI, L. *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*. Warszawa: LIBER, 2008.
17. IMIELIŃSKI, K. *Zarys seksuologii i seksiatrii*. Warszawa: PZWL, 1982.
18. KNYZIAK, I. Legalność zabiegu adaptacyjnego (zagadnienia prawnokarne i cywilnoprawne). *Państwo i Prawo*, Vol. 9, 2016.
19. KRALIK, J. Bathroom Bill. Legislative Tracking, Nat'l conf. of state legislatures (Oct. 24, 2019). Online: <https://www.ncsl.org/research/education/-bathroom-billlegislative-tracking635951130.aspx> (visited 17 February 2022).
20. KUBIAK, R. Karnoprawna dopuszczalność zabiegów adaptacyjnych – stan obecny i proponowane regulacje. *Acta Universitatis Lodzensis. Folia Iuridica*, Vol. 74, 2015. DOI: 11089/10423.
21. MARIŃSKI, J. *Godność ludzka jako wartość społeczno-moralna: mit czy rzeczywistość? Studium interdyscyplinarne*. Toruń: Warszawskie Wydawnictwo Socjologiczne, 2016.
22. MAZURCZAK, A., MROWICKI, M., ADAMCZEWSKA-STACHURA, M. Sytuacja prawna osób nieheteroseksualnych i transpłciowych w Polsce. Międzynarodowy standard ochrony praw człowieka osób LGBT i stan jego przestrzegania z perspektywy Rzecznika Praw Obywatelskich, *BIULETYN RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH*, Vol. 6, 2019.
23. MICHALIK, J. Kiedy ciało jest więzieniem a państwo strażnikiem. Analiza procedury zmiany płci metrykalnej w Polsce ze szczególnym uwzględnieniem kryterium ustalenia płci. *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*, Vol. 2, 2012.
24. MOORE, C.B. Embracing ambiguity and adopting propriety: Using comparative law to explore avenues for protecting the LGBT population under article 7 of the Rome statute of the international criminal court. *Minnesota Law Review*, Vol. 101, 2017.
25. OLESIAK, G. Transseksualizm – dylematy diagnostyczne. *Psychologia w praktyce*, Vol. 11, 2018.
26. Outlawing trans youth: state legislatures and the battle over gender-affirming healthcare for minors. *Harvard Law Review*, Vol. 134, No. 6. Online: <https://harvardlawreview.org/2021/04/outlawing-trans-youth-state-legislatures-and-the-battle-over-gender-affirming-healthcare-for-minors/> (visited 17 February 2022).
27. PETERSON, D., PANFIL, V.R. *Introduction: Reducing the invisibility of sexual and gender identities in criminology and criminal justice*. New York: Springer, 2014. DOI: 10.1007/978-1-4614-9188-0_1.
28. POHL, Ł. *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa: LexisNexis, 2012.
29. POHL, Ł. *Prawo karne. Wykład części ogólnej*. Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
30. REJMAN, G. Głosa do uchwały SN z dnia 22 czerwca 1989 r., III CZP 37/89. *Orzecznictwo Sądów Polskich*, Vol. 2, 1991.

31. RUSAK-ROMANOWSKA, P. Sytuacja prawna osób dotkniętych transseksualizmem i interseksualizmem – wybrane zagadnienia prawne. *Metryka. Studia z zakresu prawa osobowego i rejestracji stanu cywilnego*, Vol. 1, 2014.
32. URBANOWICZ, K., BĘTKOWSKA, M. Prawne aspekty zmiany płci – uwagi na gruncie prawa polskiego oraz wybranych krajów europejskich. *Medyczna Wokanda*, Vol. 10, 2018. DOI: 10.32055/mw.2018.10.9.
33. WALTON, D., MACAGNO, F., SARTOR, G. *Statutory Interpretation: Pragmatics and Argumentation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. DOI:10.1017/9781108554572.
34. WARYLEWSKI, J. O duszy uwięzionej w obcym ciele – dopuszczalność chirurgicznej zmiany płci w świetle prawa karnego. Online: <http://www.warylewski.com.pl/karne/karne/TRANS.htm> (visited 17 February 2022).
35. WARYLEWSKI, J. *Prawo karne. Część ogólna*. Warszawa: LexisNexis, 2009.
36. YULE, K. *Statutory Interpretation: General Principles and Recent Trends*. New York: Nova Science Publishers, 2009.
37. Decision of the Supreme Court of March 22, 1991, III CRN 28/91, LEX no. 519375.
38. Resolution of the Supreme Court of February 25, 1978, III CZP 100/77, OSP 1983, no. 10, item 217, LEX no. 1104539.
39. Resolution of the Supreme Court of June 22, 1989, III CZP 37/89, OSNC 1989, no. 12, item 188, LEX no. 3502.
40. <https://www.forbes.com/sites/jamiewareham/2020/05/19/hungary-makes-it-impossible-for-transgender-people-to-legally-change-gender/?sh=d9f61c6698e9> (visited 17 February 2022).
41. <https://www.nlgja.org/stylebook/> (visited 17 February 2022).
42. <https://noizz.pl/lgbt/sonia-milch-opowiada-o-korekcje-plci-i-codziennosci-osob-transplciowych/nfpg12c> (visited 17 February 2022).
43. <https://www.rp.pl/Bezpieczenstwo/308099964-Fundacja-Kai-Godek-zlozyla-w-Sejmie-projekt-Stop-LGBT.html> (visited 17 February 2022).
44. https://wiadomosci.radiozet.pl/Polska/Polityka/Andrzej-Duda-i-homofobiczne-slowa-o-LGBT.-Swiatowe-media-cytuja-prezydenta?gclid=EAIaIQobChMlrP7emKS68gIVkOJ3Ch3OIQ17EAAYASAAEgK0tvD_BwE (visited 17 February 2022).

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

Konrad Burdziak, PhD.,

Assistant Professor

University of Szczecin, Faculty of Law and Administration

Uniwersytet Szczeciński Al. Papieża Jana Pawła II 22a, 70-453 Szczecin

Phone number: +48 604 635 258

E-mail: konrad.burdziak@usz.edu.pl

Magdalena Kowalewska-Łukuc, PhD.,

Assistant Professor

University of Szczecin, Faculty of Law and Administration

Uniwersytet Szczeciński Al. Papieża Jana Pawła II 22a, 70-453 Szczecin

Phone number: + 48 661 435 712

E-mail: magdalena.kowalewska-lukuc@usz.edu.pl

PEŇAŽNÝ TREST V HISTORICKO-PRÁVNOM A KOMPARATÍVNOM KONTEXTE

FINANCIAL PENALTY (FINE) IN HISTORICAL-LEGAL AND COMPARATIVE CONTEXT

*Lukáš Michal'ov*¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-04>

ABSTRAKT

Peňažný trest predstavuje de lege lata najvyužívanější trest nespojený s odňatím slobody. Tento trest vystupuje ako jedna z významnejších a všeobecne akceptovaných alternatív ku krátkodobým trestom odňatia slobody. Popritom ide o jeden z mála alternatívnych trestov, ktoré boli predmetom regulácie aj skôr platných úprav, hoci nie vždy a nevyhnutne v pozícii alternatívy. Cieľom tohto príspevku je analyzovať úpravu peňažného trestu platnú na našom území od roku 1918 až po rekodifikáciu trestného práva hmotného v roku 2005. V nadväznosti nato autor skúma platnú a účinnú normatívnu reguláciu, a to tak z pohľadu teórie, ako aj vo svetle aktuálnych aplikačných záverov. V tretej časti článku autor ponúka zahranično-komparatívny pohľad na právnu úpravu peňažného trestu v Rakúsku. Účelom článku je komparatívne zhodnotenie právnych úprav peňažného trestu a vyslovenie návrhov de lege ferenda.

ABSTRACT

The financial penalty (fine) is de lege lata the most widely used sentence without imprisonment. This sentence stands out as one of the more significant and generally accepted alternatives to short-term imprisonment. In addition, it is one of the few alternative sentences that has been regulated by older legal acts, although not always and necessarily in the position of an alternative. The aim of this paper is to analyze the regulation of financial penalty in our territory from 1918 to the recodification of substantive criminal law in 2005. Subsequently, the author examines valid and effective normative regulation, in terms of theory and in light of current application conclusions. The third part of the article offers a foreign-comparative view of the legal regulation of fines in Austria. The purpose of the article is a comparative evaluation of the legal regulations of fines and the making of proposals de lege ferenda.

I. ÚVOD

Peňažný trest predstavuje jeden z najstarších trestov. Trestanie na peniazoch (tresty na peniazoch) predstavovalo integrálnu súčasť najrozličnejších úprav trestného práva v rôznorodých normatívnych podobách. Už germánsky zákonník *Lex Salica* určoval ako trest pre jednotlivé porušenia práva najčastejšie peňažnú pokutu.² Vo feudálnej spoločnosti bol peňažný trest ukladaný predovšetkým vyššie postaveným osobám, a to často i za veľmi závažné

¹ JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika.
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

² FICO, M.: Historický vývoj trestov. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2012. s. 7.

činy.³ Finančná náhrada získaná prostredníctvom trestu peňažnej povahy pôvodne neslúžila vo všeobecný prospech spoločnosti, ale vo väčšej miere sa považovala za náhradu škody.⁴

V súčasnosti vystupuje peňažný trest vo viacerých pozíciách. Významná je charakteristika peňažného trestu ako podstatnej alternatívy k nepodmienečným trestom odňatia slobody najmä kratšieho trvania, ktorých výkon nebol podmienečne odložený. I napriek zjavnej majetkovej povahe nie je tento druh trestu určený iba pre postih majetkových trestných činov. Je vhodný i v iných prípadoch, pretože vďaka svojej povahe predstavuje pre páchatel'a citelnú sankciu.⁵ Súčasne predstavuje jeden z mála trestov systematizovaných do každého z trestných kódexov, ktoré na našom území platili po roku 1918.

Komplexným cieľom tohto príspevku je analyzovať a zhodnotiť úpravu peňažného trestu uplatnením viacerých komparatívnych prístupov. V prvom rade upriamuje príspevok pozornosť na zakotvenie peňažného trestu v trestných kódexoch, ktoré sa území dnešnej Slovenskej republiky uplatňovali od roku 1918 až po rekonštrukciu trestného práva hmotného účinnú od roku 2006. V nadväznosti na to je cieľom skúmať stav problematiky s účinnosťou *de lege lata*, a to tak z pohľadu teórie, ako aj vo svetle aktuálnych aplikačných záverov. V tretej časti článku sa ponúka zahranično-komparatívny pohľad na právnu úpravu peňažného trestu v Rakúsku. Takýmto spôsobom sa nadväzuje na historický výskum rakúskej právnej úpravy, ktorá platila v českej časti Československej republiky do 31. júla 1950. V tomto smere budem prezentovať celkové komparatívne zhodnotenie právnych úprav peňažného trestu a vyslovenie návrhov *de lege ferenda*.

II. PEŇAŽNÝ TREST V HISTORICKO-PRÁVNOM KONTEXTE

1. Peňažný trest v období do roku 1950

1.1. Rakúska úprava

Peňažný trest (*trest peněžitý*) bol do účinnosti prvej spoločnej kodifikácie trestného práva hmotného z roku 1950 pre českú časť Československej republiky upravený v § 241 zákona č. 117/1852 r. z. o zločinoch, prečinoch a priestupkoch (ďalej len „rakúsky trestný zákon“). Podľa tohto ustanovenia: „*Peníze, zboží, věci prodejné nebo náradí, pro přečiny nebo přestupky z trestu propadlé, připadají pokaždě k fondu chudých toho místa, kde trestný čin byl vykonán.*“ J. Prušák východiskovo konštatuje, že peňažný trest bol už v rímskom práve a doposiaľ je najdôležitejším majetkovým trestom. Nové trestné zákony sa celkom dôvodne snažili rozsah jeho pôsobnosti stále rozširovať. Peňažný trest totiž vynikal deliteľnosťou ako i jednoduchou možnosťou prispôsobenia majetkovým pomerom páchatel'a. Podľa rakúskej úpravy predstavoval jeden z nemnohých prostriedkov, ktorými bolo možné obmedzovať vtedy hojný, ale často bezvýznamný a škodlivý krátkodobý trest na slobode. Na druhej strane, poukazuje sa i na nevýhody peňažného trestu: „*Ovšem nelze též přehlížeti četných nedostatků, jež snadno trest peněžitý provázejí. Právem zajisté se poukazuje k tomu, že účinnost jeho velice je závislá na majetkových poměrech a osobní povaze postiženého, jakož i k tomu, že snadno lze trest peněžitý přesouvatí.*“⁶

Podmienky ukladania a výmera peňažného trestu sa diferencovali v závislosti od typovej závažnosti deliktov. Rakúsky trestný zákon vychádzal z trojdelenia trestných činov (priestupky, prečiny, zločiny). V prípade prečinov a priestupkov bolo možné peňažný trest uložiť ako trest hlavný alebo vedľajší, pri zločinoch len ako trest vedľajší. Najmenšia výmera činila 10 korún,

³ ŠTEFANKOVÁ, S.: Peňažný trest. In: MADLIAK, J. - MIHALOV, J. - ŠTEFANKOVÁ, S.: Trestné právo hmotné I. Všeobecná časť. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2011. s. 346.

⁴ KLÁTIK, J.: Peňažný trest. In: KLÁTIK, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Plzeň : Aleš Čeněk, 2018. s. 274.

⁵ ŽATECKÁ, E. - FRYŠTÁK, M.: Princíp restoratívnej justice v novom trestnom zákoníku. In: Days of Public Law. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2007. s. 658.

⁶ PRUŠÁK, J.: Rakouské právo trestní. Díl všeobecný. Praha : Všehrd, 1912. s. 198.

najvyššia spravidla 1000 korún.⁷ Výnimky z tohto pravidla ustanovovali viaceré predpisy. Napríklad podľa § 29 ods. 1 zákona č. 50/1923 Sb. z. a n. na ochranu republiky bolo možné za čin trestný podľa tohto zákona uložiť vedľa trestu na slobode peňažný trest, najmä ak bol čin spáchaný zo zisťnosti alebo v úmysle poškodiť republiku.⁸ Tento trest bolo možné vymerať za priestupok od 50 korún do 10.000 korún, za prečin od 200 korún do 50.000 korún a za zločin od 1.000 korún do 500.000 korún.

Peňažné tresty *pripadali* chudinskému fondu v závislosti od miesta, kde bol trestný čin spáchaný (§ 241 rakúskeho trestného zákona). Štátu pripadali iba výnimočne, napríklad pokiaľ sa ukladali podľa zákona č. 50/1923 Sb. z. a n. na ochranu republiky (§ 29 ods. 2 tohto zákona).

Nevymožiteľné peňažné tresty sa trestali náhradnými trestami. Nevymožiteľnosť predstavovala častý jav, ktorého dôsledkom bola potreba premeny peňažného trestu na trest odňatia slobody. To predstavovalo jeden z nedostatkov peňažného trestu.⁹ Premena peňažných trestov na náhradné tresty odňatia slobody sa realizovala podľa § 260 rakúskeho trestného zákona pôvodne za každých 10 korún jedným dňom trestu odňatia slobody, najmenej však dvanásťhodinovým väzením. Osobitné zákony stanovovali výnimky.¹⁰ Ukladanie náhradného trestu výrazne pozmenil § 8 zákona č. 31/1929 Sb. z. a n., ktorým sa menia a dopĺňujú trestné zákony a trestné poriadky. Doba náhradného trestu mala byť s poukazom na tento zákon stanovená podľa kritéria zavinenia,¹¹ a to za každých 10 korún až 100 korún uloženého trestu na peniazoch jedným dňom trestu odňatia slobody. Ak súd uložil peňažný trest vedľa trestu na slobode, náhradný trest sa mal vymerať rovnakým druhom trestu ako uložený hlavný trest na slobode; inak mal byť namiesto nevymožiteľného trestu na peniazoch uložený náhradný trest väzenia. Doba náhradného trestu nesmela prevyšovať medze zákonnej sadzby trestu na slobode stanoveného za čin, a ak bol peňažný trest uložený vedľa trestu na slobode, spolu s ním nesmela prevyšovať medze jeho zákonnej sadzby. Pri odsúdení za priestupok nemohol byť uložený náhradný trest odňatia slobody vyšší ako 14 dní, pri odsúdení za prečin šesť týždňov, pri odsúdení za zločin šesť mesiacov. Ak sa mal vymerať náhradný trest na slobode za niekoľko peňažných trestov uložených za zbiehajúce sa trestné činy, uložil sa náhradný trest na slobode za čin najprísnejšie trestný. Pritom mal súd prihliadnuť k ostatným uloženým peňažným trestom. Ak bol vedľa peňažného trestu uložený trest smrti, doživotný alebo aspoň pätnásťročný trest na slobode, náhradný trest sa neukladal.

1.2. Uhorská úprava

Po vzniku Československej republiky platili na území Slovenska a Podkarpatskej Rusi uhorské predpisy, najmä zák. čl. V/1878 (ďalej ako „uhorský trestný zákon“) a zák. čl. XL/1879 (ďalej ako „uhorský zákonník o priestupkoch“). Vychádzalo sa teda, podobne ako v prípade českej časti Československej republiky, z tripartície trestných činov (zločiny, prečiny, priestupky).¹² Trest na peniazoch (peňažný trest) sa ukladal podľa oboch zmieňovaných predpisov.

⁷ KALLAB, J.: Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (část obecná i zvláštní). Praha : Melantrich, 1935. s. 108.

⁸ Ako jednoznačne potvrdila neskoršia súdna prax, výpočet týchto motívov bol konštruovaný demonštratívnym spôsobom. Peňažný trest podľa tohto zákona bolo možné ukladať aj za odlišné, v zákone nevymenované pohnútky. Pozri KALLAB, J. - HERRNRITT, V.: Dodatky k trestním zákonům československým a k trestnímu řádu československému. Komentované zákony Československé republiky. Praha : Kompas, 1938. s. 133.

⁹ PRUŠÁK, J.: Rakouské právo trestní. Díl všeobecný. Praha : Všehrd, 1912. s. 198. Podrobnejšie pozri tiež MILOTA, A.: Zákon na ochranu republiky. Kroměříž : J. Gusek, nakladatelství v Kroměříži, knihkupectví a knihtiskárna, 1923. s. 98.

¹⁰ KALLAB, J.: Nástin přednášek o trestním právu hmotném. Část obecná. Právnick v Brně, 1923. s. 97.

¹¹ KALLAB, J.: Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (část obecná i zvláštní). Praha : Melantrich, 1935. s. 108.

¹² Bližšie FICO, M.: Tripartícia trestných činov medzivojnovej Československej republiky. In: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, 7, 2019, 2, s. 47-49.

Peňažný trest bolo možné uložiť ako trest samostatný pri prečinoch a priestupkoch. Pri zločinoch sa ukladal len ako vedľajší. Výmera sa podľa údajov z roku 1924 ustanovovala v rozsahu 2 koruny až 8.000 korún a 1 koruna až 600 korún pri priestupku. Nové zákony však stanovovali aj vyššie čiastky.¹³

Podľa § 53 uhorského trestného zákona sa peňažný trest stanovoval zvlášť pri každej jednotlivej osobe. V rozsudku, ktorým sa ukladal peňažný trest, mal súd zároveň ustanoviť náhradný trest, na ktorý sa mal nevymožiteľný peňažný trest premeniť. Trestný zákon obsahoval prepočtové pravidlo pre transformáciu peňažného trestu na náhradný trest. Trest na slobode, ktorý nastúpil namiesto peňažného trestu, nemal prevyšovať 6 mesiacov, ak bol peňažný trest uložený ako trest hlavný. Pokiaľ bol peňažný trest uložený ako trest vedľajší, nemal náhradný trest prevyšovať 3 mesiace. V prvom prípade sa ako náhradný trest ukladalo väzenie, v druhom prípade taký trest na slobode, na ktorý bol páchatel' odsúdený vedľa trestu peňažného. Ak bol peňažný trest uložený vedľa doživotného väzenia alebo pätnásťročného väzenia, premena na náhradný trest bola vylúčená. Z pozostalosti odsúdeného bolo možné peňažný trest vymáhať len v prípade, ak rozsudok nadobudol právoplatnosť ešte za jeho života.¹⁴ Ustanovenie § 53 uhorského trestného zákona obsahovalo aj ďalšie, podrobnejšie pravidlá pre ukladanie peňažného trestu.

Namiesto peňažného trestu uloženého za priestupok podľa uhorského zákonníka o priestupkoch nasledovalo uzamknutie. Tento náhradný trest bol čo do výmery diferencovaný v závislosti od toho, či bol pôvodný trest uložený ako trest samostatný alebo ako vedľa uzamknutia. V prvom prípade činila maximálna výmera 30 dní, v druhom prípade 14 dní.¹⁵

1.3. Ukladanie peňažného trestu mladistvým páchatel'om

Osobitné pravidlá platili pre ukladanie peňažného trestu mladistvým podľa § 9 zákona č. 48/1931 Sb. z. a n. o trestnom súdnictve nad mládežou účinného do 31. júla 1950.

Trestanie mladistvých peňažným trestom bolo podľa dôvodovej správy určitými názorovými skupinami spochybňované. Uvádzalo sa napríklad, že peňažný trest uložený mladistvému sa spravidla presunie na jeho rodičov alebo príbuzných a minie sa účelu. Argument proti zakotveniu ukladania tohto trestu mladistvým predstavovala napríklad i skutočnosť, že mladistvý často nepozná hodnotu peňazí. Na Slovensku bolo ukladanie peňažných trestov mladistvým skutočne najskôr úplne vylúčené a pripúšťalo sa až od roku 1913, hoci len v redukovanej miere.

V procese prípravy zákona č. 48/1931 Sb. z. a n. o trestnom súdnictve nad mládežou sa vychádzalo z konceptu, že peňažný trest môže pre mladistvého predstavovať v určitých prípadoch vhodný trest. To bolo dôvodom, prečo došlo k jeho normatívnemu ukotveniu. Peňažný trest mal byť efektívny napríklad v prípade, ak má mladistvý páchatel' dostatočné majetkové zdroje. Pokiaľ ide o argument o neznalosti hodnoty peňazí mladistvým, dôvodová správa uvádza: „*Tvrzení, že mladistvý nezná cenu peněz, nelze přiznati všeobecné správnosti. Naopak zaplatí-li trest ze svého, připravuje se tak o požitky, jež by si mohl jinak opatřiti, což, jak známo, je u mladistvého trestem zvláště citelným.*“¹⁶

Prvú osobitosť trestania mladistvých previnilcov predstavovalo zníženie hornej hranice trestnej sadzby. Horná hranica peňažného trestu stanovená trestnými zákonmi sa znižovala na polovicu. Dolná hranica neplatila. Obe modifikácie sa vzťahovali na peňažné tresty hlavné i peňažné tresty vedľajšie.¹⁷

¹³ MILOTA, A.: Trestní právo hmotné. Část obecná (nástin přednášek). Bratislava : Právnik, 1924. s. 87.

¹⁴ WOREL, J. O. - MILOTA, A. - STUNA, S.: Uherský trestní zákoník. Kroměříž : J. Gusek, nakladatelství v Kroměříži, knihkupectví a knihtiskárna, 1921. s. 8.

¹⁵ Pozri MILOTA, A.: Trestní právo hmotné. Část obecná (nástin přednášek). Bratislava : Právnik, 1924. s. 87.

¹⁶ Dôvodová správa k zákonu č. 48/1931 Sb. o trestnom súdnictve nad mládežou.

¹⁷ MÍŘICKÁ, A. - SCHOLZ, O.: Zákon o trestním soudnictví nad mládeží. Komentované zákony Československé republiky. Praha : Kompas, 1932. s. 41.

Náhradný trest na slobode pre prípad nevykonalnosti peňažného trestu nebolo možné uložiť. Ak sa stal peňažný trest uložený mladistvému nevykonalný, súd uznesením nariadil buď niektoré z kárných opatrení podľa § 6 ods. 2 tohto zákona, alebo strázenie a primerané zamestnanie mladistvého nepretržite po dobu troch až šiestich hodín medzi deviatou a pätnástou hodinou vo vhodnej miestnosti, nie však vo väznici.

Na zaplatenie peňažného trestu mohla byť povolená lehota najviac jeden rok od nadobudnutia právoplatnosti odsudzujúceho rozsudku. Tiež bolo možné povoliť splácanie peňažného trestu po častiach tak, aby bol zaplatený v tej istej dobe. Možnosťou odkladu zaplatenia peňažného trestu a jeho splácania po častiach sa podľa dôvodovej správy normatívne vyriešil dobový spor o účelnosť zakotvenia peňažného trestu mladistvým. Prvá názorová skupina mala zato, že peňažný trest sa stane privilegiom bohatých mladistvých, pretože chudobným ukladaný nebude. Iní usudzovali, že bude predstavovať privilegium chudobných, keďže náhradný trest odňatia slobody sa pre prípad jeho nevykonalnosti v prípade mladistvých previnilcov nepripúšťal. Zákonodarca motivovaný snahou o nájdenie prieniku medzi oboma argumentačnými protipólmi teda pripustil povolenie odkladu platenia trestu a jeho platenie v splátkach. To malo vytvoriť priestor pre ukladanie peňažného trestu aj chudobným mladistvým. V každom prípade, povoľovať lehoty na zaplatenie peňažného trestu a jeho splácanie po častiach prináležalo orgánu, ktorého prináležalo vykonávať trest.¹⁸

2. Peňažný trest v rokoch 1950 – 1961

Dňa 1. augusta 1950 nadobudla účinnosť prvá spoločná kodifikácia trestného práva hmotného, zákon č. 86/1950 Zb. Trestný zákon (ďalej len „Trestný zákon z roku 1950“). Prijatím tohto zákona došlo na území Československa k unifikácii trestného práva hmotného. Eliminoval sa dualizmus, ktorý v tejto oblasti existoval od vzniku Československej republiky v roku 1918.

Podľa § 18 ods. 2 písm. f) trestného zákona z roku 1950 vystupoval peňažný trest v pozícii vedľajšieho trestu. Zákonodarca túto konštrukciu odôvodnil poukazom na skutočnosť, že peňažný trest nemôže ďalej predstavovať výhodu pre majetné vrstvy, ktoré sa mohli jeho zaplatením vykúpiť. Peňažný trest ukladal súd podľa § 48 tohto zákona tam, kde to zákon výslovne ustanovoval, okrem prípadu, ak bolo zrejmé, že by tento trest bol nevykonalný. Popritom mohol súd uložiť peňažný trest spolu s trestom odňatia slobody aj pri iných trestných činoch, najmä ak páchatel prejavil trestným činom nepriateľstvo k ľudovodemokratickému poriadku alebo ak spáchal trestný čin zo ziskuchtivosti. Fakultatívny peňažný trest bol vylúčený pri uložení nápravného opatrenia a trestu smrti.¹⁹

Pri výmere peňažného trestu reflektoval súd osobné a majetkové pomery páchatel'a tak, aby peňažný trest pre neho znamenal predovšetkým citelné obmedzenie majetku nadobudnutého bezpracnými ziskami a odňatie majetkového základu, z ktorého pramenilo spáchanie trestného činu. Peňažný trest sa vymeriaval sumou do 10.000.000 korún a nesmel byť menší ako 1.000 korún. Vymôžená suma peňažného trestu pripadla štátu.

Zmeny v ukladaní peňažného trestu priniesla novela prijatá zákonom č. 63/1956 Zb.. Podľa novelizovaného znenia mohol súd uložiť spolu s trestom odňatia slobody tiež peňažný trest, ak prejavil páchatel úmyselným trestným činom nepriateľstvo k ľudovodemokratickému poriadku alebo ak spáchal trestný čin zo ziskuchtivosti. Opätovne sa normatívne zakotvila výluka z ukladania peňažného trestu pre prípad, ak je zrejmé, že by bol nevykonalný. Peňažný trest nebolo možné uložiť vedľa trestu prepadnutia majetku. Peňažný trest sa od 1. januára 1957 vymeriaval sumou od 100 korún do 50.000 korún. Nové rozpätie zákonnej sadzby vychádzalo tak zo zmeny ekonomicko-politických pomerov, ako aj z účelu peňažného trestu.

¹⁸ MIŘIČKA, A. - SCHOLZ, O.: Zákon o trestním soudnictví nad mládeží. Komentované zákony Československé republiky. Praha : Kompas, 1932. s. 41.

¹⁹ ŠIMÁK, J. - DOLENSKÝ, A.: Trestní zákon a Trestní řád. Praha : Orbis, 1951. s. 128.

Ak súd ukladal vedľa trestu dočasného odňatia slobody aj peňažný trest, musel zároveň určiť pre prípad jeho nevymožiteľnosti náhradný trest odňatia slobody. Náhradný trest spolu s trestom dočasného odňatia slobody nesmel dohromady presahovať hornú hranicu zákonnej sadzby o viac než o štvrtinu. Pri výmere náhradného trestu prihliadal súd na osobné pomery páchateľa a na výšku uloženého peňažného trestu (§ 49 trestného zákona z roku 1950). Náhradný trest za trest peňažný súd nemohol uložiť mladistvému (§ 60 ods. 3 trestného zákona z roku 1950).

Trestný zákon z roku 1950 upravoval v § 50 aj ručenie za nevymožiteľný peňažný trest. Súd mohol vysloviť, že za nevymožiteľný peňažný trest uložený páchateľovi ručí aj majiteľ súkromného podniku, pri prevádzke ktorého bol trestný čin spáchaný alebo osoba zodpovedná za vedenie takého podniku, ak z nedbanlivosti prispeli na spáchanie trestného činu.

3. Peňažný trest v rokoch 1962 – 2005

Možnosť ukladania peňažného trestu podľa zákona č. 140/1961 Zb. Trestný zákon (ďalej len „Trestný zákon z roku 1961“) bola ukotvená v § 27 písm. g) tohto zákona. V porovnaní s trestným zákonom z roku 1950 sa v pôvodnom znení nového kódexu neupravoval náhradný trest odňatia slobody ani ručenie pre prípad nevymožiteľnosti peňažného trestu. Peňažný trest nebolo možné uložiť popri nápravnom opatrení ani popri prepadnutí majetku. Zákonná výmera peňažného trestu sa určovala od 500 korún do 50.000 korún. Peňažný trest mohol súd uložiť ako trest samostatný alebo ako trest vedľajší.

Zakotvením možnosti uloženia peňažného trestu v pozícii samostatného trestu sa sledovalo dosiahnutie účelu trestu predovšetkým vtedy, ak sa páchateľ dopustil trestného činu zo ziskuchtivosti alebo ak trestný čin svedčil o iných nedostatkoch vo vzťahu páchateľa k cudziemu majetku (najmä hospodárske, majetkové a všeobecne nebezpečné trestné činy).²⁰ Uloženie samostatného peňažného trestu teda prichádzalo do úvahy v prípade, ak Trestný zákon v osobitnej časti uloženie tohto trestu dovoľoval a vzhľadom na povahu spáchaného trestného činu a možnosti nápravy páchateľa uloženie iného trestu na dosiahnutie účelu trestu nebolo potrebné.

Popri inom treste mohol súd uložiť peňažný trest podľa § 53 ods. 2 Trestného zákona z roku 1961 v prípade, ak páchateľ úmyselnou trestnou činnosťou získal alebo sa snažil získať majetkový prospech. V tomto prípade mal peňažný trest vhodne dopĺňovať iný trest. Takéto použitie peňažného trestu mohlo mať význam i pre postihnutie prospechu, ktorý páchateľ získal trestnou činnosťou, ak takýto prospech nebolo možné postihnúť trestom prepadnutia veci ani občianskoprávnou náhradou škody. Myslelo sa najmä na trestný čin špekulácie, trestný čin poškodenia spotrebiteľa, či na prípady páchateľov, ktorí zašantročili veci prijaté ako úplatky.²¹

Pri výmere peňažného trestu súd obligatórne prihliadal na osobné a majetkové pomery páchateľa. Popritom bolo potrebné prihliadať aj na všeobecné zásady ukladania trestov. Osobné pomery sa týkali veku, stavu, rodiny, povolania a podobne. Majetkové pomery sa týkali majetku a zárobku.²² Peňažný trest sa neukladal v prípade, ak bolo zrejmé, že by bol nevymožiteľný. Mladistvému mohol súd uložiť peňažný trest len v prípade, ak bol zárobkovo činný. Vymožená suma peňažného trestu pripadala v každom prípade štátu.

Podmienky ukladania peňažného trestu významne menila novela č. 56/1965 Zb. účinná od 1. augusta 1965. Peňažný trest vo výmere od 500 korún do 50.000 korún mohol súd uložiť, ak páchateľ úmyselnou trestnou činnosťou získal alebo sa snažil získať majetkový prospech. Bez splnenia týchto podmienok mohol súd uložiť peňažný trest iba v prípade, ak Trestný zákon v

²⁰ DOLENSKÝ, A. - HATALA, V. - KUDLÍK, A. - NOVOTNÝ, O. - SOLNÁŘ, V.: Československé trestné právo. Všeobecná časť. Bratislava : Osveta, 1964. s. 218.

²¹ DOLENSKÝ, A. - HATALA, V. - KUDLÍK, A. - NOVOTNÝ, O. - SOLNÁŘ, V.: Československé trestné právo. Všeobecná časť. Bratislava : Osveta, 1964. s. 218-219.

²² PANÍČEK, F.: Komentár k § 53 Trestného zákona. In: PANÍČEK, F. a kol.: Trestný zákon, Trestný poriadok a s nimi súvisiace predpisy. Bratislava : Obzor, 1966. s. 89.

osobitnej časti uloženie tohto trestu dovoľoval. Ako samostatný trest sa peňažný trest mohol uložiť, ak vzhľadom na povahu spáchaného trestného činu a možnosti nápravy páchatel'a uloženie iného trestu na dosiahnutie účelu trestu nebolo potrebné. Zákonodarca dôvodil, že v praxi sa ukázalo, že pri niektorých trestných činoch, prípadne u niektorých páchatel'ov, nebola nebezpečnosť činu pre spoločnosť dostatočne vyjadrená bez možnosti postihnúť páchatel'a i trestom majetkovej povahy. Naproti tomu pri niektorých páchatel'och postačovalo pre vyjadrenie nebezpečnosti ich činu pre spoločnosť postihnutie len samostatným trestom majetkovej povahy.

Novelou vykonanou zákonom č. 56/1965 Zb. sa opätovne zaviedol náhradný trest odňatia slobody. Hrozba, že náhradný trest sa vykoná, mala podľa mienky zákonodarcu pôsobiť na odsúdeného, aby peňažný trest vykonal. Ak teda súd ukladal peňažný trest, mal ustanoviť náhradný trest odňatia slobody až na jeden rok pre prípad, že by výkon peňažného trestu mohol byť zmarený. Obava zo zmarenia výkonu tohto trestu existovala napríklad u osôb, pri ktorých existovalo riziko odchodu z republiky. Nemuselo ísť o prípady, kedy by sa peňažný trest stal nevymožiteľný. Náhradný trest nesmel ani spolu s uloženým trestom odňatia slobody presahovať hornú hranicu trestnej sadzby.

Novela č. 175/1990 Zb. reflektovala zmenu spoločenských pomerov a ukladanie peňažného trestu opätovne významne modifikovala. Zákonná výmera trestnej sadzby sa ustálila v sume od 2.000 korún do 1.000.000 korún. Zákonodarca bol k tomuto opatreniu motivovaný nevyhnutnosťou reflexie rastu cien, miezd a platov a prejavmi inflácie. Výmera peňažného trestu sa nemenila takmer 30 rokov. To bolo dôvodom, prečo bolo nevyhnutné čiastky peňažného trestu navýšiť. Modifikáciu doznali i podmienky ukladania trestu. Bez podmienok podľa § 53 ods. 1 trestného zákona z roku 1961 bolo možné uložiť peňažný trest aj v prípade, že sa ukladal za trestný čin, pri ktorom horná hranica trestnej sadzby odňatia slobody neprevyšovala tri roky, a vzhľadom na povahu spáchaného trestného činu a možnosť nápravy páchatel'a sa trest odňatia slobody súčasne neukladal. Možnosť ukladať peňažný trest sa v súlade s prezentovanými zámermi rozšírila tak, aby ho bolo možno ukladať za úmyselné a nedbanlivostné trestné činy, i keď majetkový motív nebol daný, pokiaľ sa trest odňatia slobody súčasne neukladal. Súd mohol povoliť splácanie peňažného trestu v primeraných mesačných splátkach. Možnosť stanovenia splátok už vo výroku rozsudku bola zavedená ako reakcia na zrušenie trestu nápravného opatrenia. Maximálna výmera náhradného trestu odňatia slobody sa zvýšila z jedného roka na dva roky.

Významné zmeny Trestného zákona z roku 1961 priniesla normatívna úprava peňažného trestu od 1. októbra 1994 (novela č. 248/1994 Z. z.). Zmena výmery z pôvodného rozmedzia 2.000 korún až 1.000.000 korún na 5.000 korún až 5.000.000 korún sa odôvodnila rastom cien a potrebou efektívneho postihu bezdôvodného obohacovania vzišlého z páchania majetkovej a ekonomickej trestnej činnosti, ktorá v tomto období spôsobovala veľké ekonomické škody. Výmera náhradného trestu odňatia slobody sa po novom kvantifikovala maximálne piatimi rokmi. Do istej miery sa modifikovali i podmienky ukladania fakultatívneho peňažného trestu.

III. PEŇAŽNÝ TREST *DE LEGE LATA*

1. Základné východiská

Peňažný trest je v súčasnosti najvyužívanejším trestom, ktorý nie je spojený s odňatím slobody. Tento trest predstavuje jednu z významnejších a všeobecne akceptovaných alternatív ku krátkodobým trestom odňatia slobody. Z hľadiska charakteru postihu možno peňažný trest vymedziť ako trest postihujúci majetok páchatel'a tým, že uložená peňažná suma, ktorej výšku

určí súd, znižuje jeho majetok.²³ Peňažný trest bol podľa dostupných štatistík v roku 2018 uložený spolu 2528 krát, v roku 2019 spolu 3016 krát a v roku 2020 spolu 2554 krát.²⁴

Právna úprava peňažného trestu je obsiahnutá najmä v § 56 až § 57 a § 114 až § 116 zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon (ďalej len „Trestný zákon“), v § 15 zákona č. 91/2016 Z. z. o trestnej zodpovednosti právnických osôb. Výkon peňažného trestu upravuje § 429 až § 433 Trestného poriadku.²⁵ Súvisiacu problematiku uznávania a výkonu rozhodnutí o peňažnej sankcii v Európskej únii upravuje najmä zákon č. 183/2011 Z. z. o uznávaní a výkone rozhodnutí o peňažnej sankcii v Európskej únii.²⁶

2. Ukladanie peňažného trestu dospelým páchatel'om

Podmienky ukladania peňažného trestu dospelému páchatel'ovi upravujú § 56 a § 57 Trestného zákona. Peňažný trest možno uložiť v dvoch samostatných situáciách.

V prvom prípade možno peňažný trest uložiť popri treste odňatia slobody, prípadne popri inom alternatívnom treste. V tejto pozícii sa peňažný trest stane doplnkom k tzv. trestu hlavnému v prípadoch, kedy súd odsudzuje páchatel'a úmyselného trestného činu, ktorým získal alebo sa snažil získať majetkový prospech.

V druhom prípade, bez splnenia vyššie uvedených podmienok, môže súd uložiť peňažný trest za prečin, ak vzhľadom na povahu spáchaného prečinu a možnosť nápravy páchatel'a trest odňatia slobody neukladá.²⁷ Peňažný trest však nemožno uložiť za akýkoľvek prečin. Obmedzenie pre uloženie peňažného trestu ako samostatného druhu trestu pri prečine možno vyvodiť z § 34 ods. 6 Trestného zákona, podľa ktorého za trestný čin, ktorého horná hranica trestnej sadzby trestu odňatia slobody ustanovená v osobitnej časti zákona prevyšuje päť rokov, musí súd uložiť trest odňatia slobody, ak tento zákon neustanovuje inak. Peňažnými trestami teda možno trestať len prečiny, ktorých horná hranica trestnej sadzby nepresahuje päť rokov. V tomto prípade predstavuje peňažný trest plnohodnotnú alternatívu ku krátkodobému trestu odňatia slobody, z čoho vyplýva jeho teoretická kvalifikácia ako rýdzo alternatívneho trestu.

Pre uloženie peňažného trestu ako alternatívneho trestu je nevyhnutné skúmanie povahy spáchaného prečinu. Súd v procese aplikácie sudcovského uváženia berie do úvahy spôsob spáchania činu a jeho následok, zavinenie, pohnútku, príťažujúce okolnosti, poľahčujúce okolnosti, osobu páchatel'a, jeho pomery a možnosť jeho nápravy. Súd pri určovaní druhu trestu a jeho výmery prihliadne aj na to, že páchatel' trestného činu získal trestným činom majetkový prospech. Nevyhnutný faktor, ktorý významne ovplyvňuje úsudok súdu o uložení peňažného trestu, predstavuje charakter trestnej činnosti. Z logiky veci a potreby reflexie záujmov spoločnosti vyplýva, že uloženie peňažného trestu bude namieste najmä v prípade majetkovej kriminality. Neznamená to však, že ukladanie peňažného trestu možno redukovať len na majetkové trestné činy. Takéto zúženie by bolo v rozpore s právno-filozofickými východiskami rozširovania používania hmotnoprávných alternatív. Peňažný trest je podľa súdnej praxe vhodný jednak ako samostatný trest, jednak v kombinácii s inými druhmi trestu nespojenými s odňatím slobody, aj pri trestných činoch majetkovo indiferentných. V konkrétnostiach sa má na mysli najmä kriminalita osôb doposiaľ bezúhonných. Môže ísť o menej závažné delikty, najmä nebanlivostné. V týchto prípadoch mnohokrát postačí uloženie peňažného trestu ako sankcie samostatnej, vystupujúcej v pozícii klasickej alternatívy k nepodmienečnému trestu odňatia slobody. Na túto skupinu trestných činov sa potom spravidla vzťahuje § 56 ods. 2

²³ KLÁTIK, J.: Peňažný trest. In: KLÁTIK, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Plzeň : Aleš Čeněk, 2018. s. 274.

²⁴ Prípís Ministerstva spravodlivosti Slovenskej republiky sp. zn. 181/2021-141-I zo dňa 21. apríla 2021.

²⁵ Pozri ZÁHORA, J.: Vykonávacie konanie. In: IVOR, J. - POLÁK, P. - ZÁHORA, J.: Trestné právo procesné II. Bratislava : Wolters Kluwer, 2017. s. 342-343.

²⁶ Pozri KLIMEK, L.: Uznávanie a výkon rozhodnutí o peňažnej sankcii v EÚ; aplikácia v Slovenskej republike. In: Justičná revue, 63, 2011, 12, s. 1676-1685.

²⁷ § 56 ods. 2 Trestného zákona.

Trestného zákona (na rozdiel od § 56 ods. 1 Trestného zákona, ktorý upravuje uloženie peňažného trestu za úmyselný trestný čin majetkovej povahy).²⁸

Súd by mal pri ukladaní peňažnej alternatívy ďalej vziať na zreteľ osobné pomery páchatel'a, najmä jeho vek, osobný stav a rodinné pomery. Namiesto je skúmať aj predchádzajúce odsúdenia a taktiež možnosti nápravy (resocializácie), ktorá sa uložením takéhoto druhu trestu sleduje. Dôležité je, že uloženie a zaplatenie peňažného trestu nemusí priamo súvisieť s výškou majetkového prospechu získaného trestnou činnosťou. Peňažný trest je spôsobilý postihnúť akýkoľvek majetok páchatel'a trestného činu bez ohľadu na skutočnosť, či bol nadobudnutý trestnou činnosťou.

Súd by mal kvantifikovať peňažný trest tak, aby adekvátne postihoval majetok páchatel'a, súčasne aby reflektoval zásady ukladania trestov uvedené v § 34 Trestného zákona a aby rešpektoval normatívnu úpravu v § 56 a § 57 Trestného zákona. Trestný zákon kategorickým spôsobom predpisuje rozmedzie, v ktorom sa možno pri určovaní výšky peňažného trestu pohybovať. Výmera peňažného trestu nemôže byť znižovaná alebo zvyšovaná mimo rámec rozpätia sadzby.²⁹ Súd je oprávnený uložiť peňažný trest v rozpätí od 160 € do 331.930 €, pričom v legislatívnom procese je v súčasnosti návrh na zvýšenie tejto hornej hranice peňažného trestu až na 1.600.000 €³⁰. Táto výmera umožňuje dostatočnú diferenciáciu a dovoľuje dostatočne citel'ný postih tam, kde budú splnené predpoklady na uloženie tohto druhu trestu. Zákon však bližšie smernice pre stanovenie konkrétnej výmery v tomto rozpätí nevymedzuje.³¹ Pri zvažovaní výmery peňažného trestu súd nevyhnutne prihliada na osobné a majetkové pomery páchatel'a. Znamená to, že súd by mal skúmať nielen existenciu hnutel'ného alebo nehnuteľného majetku páchatel'a, prípadne iných aktív, ale aj záväzky ktoré by potenciálne alebo aj reálne mohli ovplyvňovať možnosť zaplatenia určenej výšky peňažného trestu. Pri stanovení výšky peňažného trestu by mal súd zohľadniť aj rozsah trestného činu a majetkový prospech, ktorý páchatel' získal alebo sa snažil získať. Súd by mal vziať na zreteľ tiež povinnosť na náhradu škody aj jej rozsah. Peňažný trest totiž nemožno uložiť, ak by sa tým zmarila možnosť náhrady škody spôsobenej trestným činom. Nie je bez významu ani fakt, že peňažný trest môže mať vo veľkej miere vplyv aj na rodinu páchatel'a a jeho blízke osoby, čo do istej miery koliduje³² so zásadou personalita trestu normatívne objektivizovanou v § 34 ods. 3 Trestného zákona. Podľa predmetného ustanovenia má trest postihovať iba páchatel'a tak, aby bol zabezpečený čo najmenší vplyv na jeho rodinu a jemu blízke osoby. Je zjavné, že uložený peňažný trest nemusí mať bezprostredný vplyv výlučne na páchatel'a, ale môže postihovať aj blízke osoby a členov domácnosti, voči ktorým má páchatel' vyživovaciu povinnosť. Z uvedeného dôvodu by mali byť v rámci trestného konania prednostne a dostatočne zistené majetkové pomery páchatel'a. Potreba dostatočného zistenia pomerov páchatel'a súvisí aj s ďalším zákonným limitom, ktorý zakazuje súdu uložiť peňažný trest v prípade, ak je zjavné, že ho odsúdený nebude schopný zaplatiť.

Pri ukladaní peňažného trestu vychádza súd v zásade z predpokladu, že odsúdený ho zaplatí naraz. Od tohto pravidla sa v zákonom ustanovenom prípade pripúšťa odchýlka. Ak je výška peňažného trestu vzhľadom na osobné a majetkové pomery páchatel'a privysoká, súd je oprávnený rozhodnúť, že odsúdený zaplatí peňažný trest v mesačných splátkach. V takom

²⁸ Porovnaj rozsudok Krajského súdu Trnava sp. zn. 3To/97/2018 zo dňa 07. marca 2019.

²⁹ R 4/1967.

³⁰ LP/2021/744 Zákon, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

³¹ ZEMAN, Š.: Aplikácia peňažného trestu v Slovenskej a Českej republike. 1. časť. In: Bulletin slovenskej advokácie : mesačník Slovenskej advokátskej komory, 20, 2014, 5, s. 14.

³² Podľa niektorých autorov predstavuje peňažný trest výnimku zo zásady, že trest by mal predstavovať osobnú ujmu páchatel'a trestného činu. Pozri NAVRÁTILOVÁ, J.: Druhy trestů. In: JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo hmotné. Praha : Leges, 2010. s. 383. Naopak, podľa iných názorov sa tento druh trestu v kontexte postihu iných osôb v konečnom dôsledku až tak nelíši od iných druhov trestov, pretože pri každom druhu trestu možno nájsť okruh ľudí, ktorí sú uložením tohto druhu trestu postihnutí. Pozri STRÉMY, T. - KLÁTIK, J.: Alternatívne tresty. Bratislava : C. H. Beck, 2018. s. 134.

prípade súd súčasne v rozsudku určí výšku mesačných splátok a dobu, v ktorej má byť peňažný trest zaplatený. Trestný zákon v tomto smere ustanovuje maximálny časový cenzus. Súдне konkretizovaná doba na úhradu peňažného trestu nesmie byť dlhšia ako jeden rok od právoplatnosti odsudzujúceho rozsudku. Aj z tohto pravidla sa v súlade s § 430 ods. 1 písm. b) Trestného poriadku pripúšťa výnimka. Ak je páchateľovi uložený peňažný trest vo vyššej sume ako 16.590 €, môže súd povoliť jeho splácanie v splátkach tak, aby bol zaplatený najneskôr do dvoch rokov odo dňa, keď rozsudok nadobudol právoplatnosť. Takéto odloženie je však kumulatívne podmienené návrhom odsúdeného a existenciou dôležitých dôvodov.³³ Predseda senátu musí pri postupe podľa § 430 ods. 1 písm. b) Trestného poriadku zároveň určiť jednotlivé splátky a ich výšku tak, aby boli dané lehoty dodržané. Splátky nemusia byť, na rozdiel od postupu podľa § 56 ods. 3 Trestného zákona, určené podľa mesiacov.³⁴ Rozhodovanie súdu o povolení splátok je v každom prípade fakultatívnej povahy, z čoho je zrejmé, že súd by mal uprednostňovať uloženie peňažného trestu vo forme jednorazového zaplataenia. Len v prípadoch, ak jednorazové zaplataenie nie je možné, súd povolí zaplataenie peňažného trestu aj v splátkach.³⁵

Trestný zákon reaguje aj na prípady úmyselného zmarenia výkonu uloženého peňažného trestu. Obligatórnou súčasťou rozsudku znejúceho na zaplataenie peňažného trestu je aj výrok o uložení náhradného trestu odňatia slobody. Náhradný trest odňatia slobody by v tomto prípade mal plniť odstrašujúcu funkciu v tom zmysle, že jeho účelom by malo byť odradenie páchateľa od nesplnenia primárnej povinnosti zaplataiť peňažný trest.

Náhradný trest odňatia slobody možno uložiť až na dobu piatich rokov. V prípade, ak sa peňažný trest ukladá popri treste odňatia slobody, teda nie ako alternatívny trest, uložený náhradný trest nesmie spolu so skôr uloženým trestom odňatia slobody presahovať zákonom dovolenú hranicu trestnej sadzby pri konkrétnom trestnom čine. V prípade, ak by náhradný trest presiahol uvedenú hranicu, alebo ak je peňažný trest ukladán popri treste odňatia slobody na doživotie, súd náhradný trest neuloží. Náhradný trest musí byť v každom prípade ukladán v súlade so zásadami ukladania trestov a musí byť i spravodlivo a objektívne proporcionálny k výmere uloženého peňažného trestu. Najvyšší súd Slovenskej republiky v právnej veci vedenej pod sp. zn. 6To/11/2019 považoval za neadekvátne, aby náhradný trest odňatia slobody vo výmere desať mesiacov mal slúžiť ako odstrašenie a zároveň motivácia na to, aby obžalovaní zaplatili peňažný trest vo výške 1.000 €. Pomer závažnosti a dôsledkov týchto trestov považoval Najvyšší súd Slovenskej republiky za nevyvážený. Pri úvahách o primeranosti výmery náhradného trestu je potrebné citlivo zvažovať závažnosť a rozsah zásahu do osobnej slobody páchateľa vo forme odňatia slobody, ak peňažný trest páchateľ úmyselne nezaplatí. Hlavným zmyslom náhradného trestu v zmysle § 57 ods. 3 Trestného zákona totiž nie je generálna či individuálna prevencia a dokonca ani morálne odsúdenie spoločnosťou. Náhradný trest v zmysle § 57 ods. 3 Trestného zákona prioritne plní funkciu hrozby (ak peňažný trest nezaplatí „pôjde do väzenia“) a zároveň motivácie (zaplatiť peňažný trest, a tak sa vyhnúť „väzeniu“), čo má páchateľa „donútiť“ peňažný trest zaplataiť. Nemožno preto náhradné tresty odňatia slobody (§ 57 ods. 3 Trestného zákona) ukladať v proporcionálne nevyvážených výmerách k peňažným trestom.³⁶

Zaplataená suma peňažného trestu pripadá s poukazom na § 57 ods. 2 Trestného zákona štátu. V odsudzujúcom rozsudku znejúcom na zaplataenie peňažného trestu je však určená len výška peňažného trestu. Postup pri výkone peňažného trestu, napríklad určenie doby, v ktorej je

³³ Pozri ŠTEFANKOVÁ, S.: Peňažný trest. In: MADLIAK, J. - MIHALOV J. - ŠTEFANKOVÁ S.: Trestné právo hmotné I. všeobecná časť. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2011. s. 350.

³⁴ Podobne ZEMAN, Š.: Aplikácia peňažného trestu v Slovenskej a Českej republike. 2. časť. In: Bulletin slovenskej advokácie : mesačník Slovenskej advokátskej komory, 20, 2014, 6, s. 16.

³⁵ TOBIÁŠOVÁ, L.: Komentár k § 56 Trestného zákona. In: BURDA, E. - ČENTÉŠ, J. - KOLESÁR, J. - ZÁHORA, J. a kol.: Trestný zákon. Všeobecná časť. Komentár. I. diel. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 424.

³⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6To/11/2019 zo dňa 03. marca 2021.

potrebné peňažný trest uhradiť, obsahuje úprava vykonávacieho konania. Po tom, ako sa rozsudok ukladajúci peňažný trest stane vykonateľným, súd vyzve odsúdeného, aby ho zaplatil v lehote 15 dní odo dňa doručenia výzvy s poučením, že inak bude nariadený výkon náhradného trestu odňatia slobody. Peňažný trest sa platí na účet súdu/Štátnej pokladnice. Konkrétna identifikácia účtu býva súčasťou výzvy na zaplatenie peňažného trestu. Vo výzve sú obvykle uvedené aj ďalšie platobné údaje, napríklad špecifický symbol alebo variabilný symbol.

Vykonaním peňažného trestu, teda jeho zaplatením, dochádza k zahladeniu odsúdenia podľa § 92 ods. 2 Trestného zákona. Právny dôsledok zahľadania odsúdenia predstavuje fikcia neodsúdenia páchatel'a.

3. Ukladanie peňažného trestu mladistvým páchatel'om

Trestný zákon v § 109 písm. b) umožňuje uložiť peňažný trest aj mladistvému páchatel'ovi. Zákonná úprava ukladania peňažného trestu mladistvým páchatel'om je obsiahnutá v § 114 až § 116 Trestného zákona. Pri peňažnom treste ukladanom mladistvému páchatel'ovi vystupuje do popredia vo zvýšenej miere prvok individuálnej prevencie zameranej na resocializáciu a rehabilitáciu mladistvých páchatel'ov.³⁷

Podmienky ukladania peňažného trestu mladistvým páchatel'om sú v podstate rovnaké ako v prípade dospelých páchatel'ov. Zásadný rozdiel predstavuje len odlišná limitácia výšky peňažného trestu a istá extenzia predpokladov jeho uloženia. Mladistvému páchatel'ovi možno uložiť peňažný trest v zníženom rozmedzí od 30 € do 16.950 €. Súčasne platí, že peňažný trest je možné mladistvému uložiť, ak je zárobkovo činný alebo to jeho majetkové pomery umožňujú. Zárobková činnosť a majetkové pomery sa u mladistvého páchatel'a posudzujú v čase rozhodovania o uložení peňažného trestu, nie v čase spáchania skutku.

V prípade úmyselného zmarenia uloženého peňažného trestu súd mladistvému určí náhradný trest odňatia slobody až na jeden rok. Náhradný trest nesmie spolu s pôvodne uloženým trestom odňatia slobody presiahnuť hornú hranicu trestnej sadzby zohľadňujúc zásady ukladania trestov mladistvým s poukazom na § 117 ods. 1 Trestného zákona.

Trestný zákon umožňuje v prípade mladistvých páchatel'ov tzv. nahradenie peňažného trestu. Po právoplatnosti rozhodnutia, ktorým bol mladistvému uložený peňažný trest, môže súd rozhodnúť po vyjadrení mladistvého, že jeho zaplatenie alebo nevykonaný zvyšok sa nahradí tým, že mladistvý odsúdený vykoná všeobecne prospešnú činnosť v rámci probačného programu. Prácu v rámci všeobecne prospešnej činnosti prideli mladistvému probačný a mediačný úradník. V aplikačnej praxi sa toto ustanovenie využíva najmä v prípadoch, kedy mladistvý nie je schopný zaplatiť uložený peňažný trest pre okolnosti, ktoré nastali nezávisle na jeho vôli

V prípade mladistvých páchatel'ov umožňuje § 115 Trestného zákona podmienený odklad výkonu peňažného trestu. Tento inštitút je normatívne konštruovaný ako fakultatívny, pričom umožňuje súdu rozhodnúť o podmienenom odklade výkonu peňažného trestu v dvoch alternatívne vymedzených hmotnoprávných situáciách. V prvom prípade môže súd od výkonu peňažného trestu podmiennečne upustiť, ak vzhľadom na osobu mladistvého, najmä s prihliadnutím na jeho doterajší život a prostredie, v ktorom žije a pracuje, a na okolnosti prípadu, má za to, že účel trestu sa dosiahne aj bez jeho výkonu. V druhej situácii môže súd túto právomoc realizovať pre prípad, že prijme záruku za nápravu mladistvého a ak vzhľadom na výchovný vplyv toho, kto záruku ponúkol, má za to, že účel trestu sa dosiahne aj bez jeho

³⁷ KLÁTIK, J.: Právna úprava peňažného trestu v slovenskom trestnom práve hmotnom. In: KALVODOVÁ, V. - FRYŠTÁK, M. - PROVAZNÍK, J. (eds.): Trestní právo /stále/ v pohybu. Pocta Vladimíru Kratochvílovi. Brno : Masarykova univerzita, 2018. s. 207. V súvislosti s ukladáním peňažného trestu sa však vyskytli aj kritické názory poukazujúce na nízku efektivitu tohto trestu. Pozri TUROŠÍKOVÁ, A.: Alternatívne tresty pre mladistvých – výhody a nevýhody. In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae : recenzovaný vedecký časopis Právnickej fakulty UK, príspevky z medzinárodného vedeckého seminára "Sankcie - trestnoprávne a kriminologické podnety pre trestnú politiku", Bratislava, 4. apríla 2016, 35, 2016, mimoriadne číslo, s. 128.

výkonu. Uvedené podmienky súvisia najmä so snahou zákonodarcu akcentovať výchovný vplyv trestu na mladistvého. Analyzovaným inštitútom sa súdu v podstate zveruje možnosť posúdiť prostredie, v ktorom mladistvý žije, prípadne prijať záruku dôveryhodnej osoby, a na tomto podklade uplatniť alternatívny prostriedok miernejšej povahy. Povolenie podmieneného odkladu peňažného trestu sa netýka výkonu ostatných trestov uložených popri peňažnom treste, ak súd nerozhodol inak.

Súd pri podmienenom odložení výkonu peňažného trestu určí mladistvému odsúdenému skúšobnú dobu až na tri roky. Skúšobná doba začína plynúť dňom nasledujúcim po dni nadobudnutia právoplatnosti rozsudku. Zároveň môže súd mladistvému uložiť primerané obmedzenia a povinnosti smerujúce k tomu, aby viedol riadny život, a povinnosť podrobiť sa kontrole technickými prostriedkami. Nariadiť kontrolu technickými prostriedkami je možné, ak sú splnené podmienky podľa osobitného predpisu.³⁸ Na rozhodovanie o osvedčení v skúšobnej dobe sa na základe vnútorného odkazu obsiahnutého v § 116 ods. 3 Trestného zákona použijú ustanovenia o podmienenom odsúdení. Ak sa teda mladistvý v skúšobnej dobe osvedčí, hľadá sa neho, akoby nebol odsúdený.

IV. PEŇAŽNÝ TREST V RAKÚSKU

1. Hmotnoprávne aspekty

Peňažné tresty (*Geldstrafen*) sú východiskovo upravené v § 19 rakúskeho Trestného zákona (*Strafgesetzbuch, StGB*). Peňažný trest má v systéme rakúskeho trestného práva omnoho významnejšie postavenie než v našom zákonodarstve. StGB v komparácii so slovenským Trestným zákonom nezakotvuje tak široký diapazón alternatívnych trestov. Rakúska úprava síce počíta so sankciou v podobe verejnoprospešných prác, prípadne s trestom domáceho väzenia, neupravuje ich však ako samostatné alternatívne tresty. Napríklad verejnoprospešné práce sú upravené v súvislosti s odklonmi (*Diversion*) a trest domáceho väzenia sa upravuje ako spôsob výkonu trestu odňatia slobody.³⁹

Metodika kvantifikácie peňažného trestu je predmetom úpravy § 19 ods. 1 a ods. 2 StGB. Pri vymeriavaní peňažného trestu rakúsky zákonodarcu zvolil systém denných sadzieb (*Tagessätzen*). Minimálna výmera trestu predstavuje dve denné sadzby. Určenie počtu denných sadzieb závisí v konkrétnom prípade od osobných pomerov a ekonomickej situácie (príjmu) odsúdeného. Účelom systému denných sadzieb je zabezpečiť rovnomerné zaťaženie odsúdených, ktorých príjmy a majetkové zabezpečenie sa môžu (môže) líšiť od prípadu k prípadu.⁴⁰ Pre skúmanie osobných pomerov a ekonomickej situácie je rozhodujúci okamih vydania rozsudku súdu prvej inštancie. StGB v tomto smere ustanovuje určité normatívne minimum a maximum. Denná sadzba peňažného trestu je ustanovená v minimálnej výške štyroch eur, pričom maximálna výška sa kvantifikuje hranicou päť tisíc eur. Horná hranica počtu denných sadzieb sa vo všeobecnej časti StGB neustanovuje,⁴¹ vyplýva z normatívnej úpravy jednotlivých trestných činov systematizovaných v osobitnej časti StGB. V základnej skutkovej podstate činí spravidla 360 alebo 180 denných sadzieb, výnimočne 60⁴² alebo 720 denných sadzieb. V kvalifikovaných skutkových podstatách je maximálna výmera vyššia. Napríklad za trestný čin sprenevery (§ 133 StGB) možno uložiť peňažný trest až vo výške 360 denných sadzieb. Za hanobenie štátu a jeho symbolov (§ 248 ods. 1 StGB) sa horná hranica peňažného trestu kvantifikuje sumou 720 denných sadzieb. Trestný čin ohovárania (§ 111 ods. 1 StGB) sa v základnej skutkovej podstate trestá výmerou až 360 denných sadzieb, pričom

³⁸ Zákon č. 78/2015 Z. z. o kontrole výkonu niektorých rozhodnutí technickými prostriedkami.

³⁹ Porovnaj ŠČERBA, F.: Alternatívni tresty a opatrení v nové právni úpravě. Praha : Leges, 2014. s. 287.

⁴⁰ Porovnaj https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafrecht/8/2/Seite.2460702.html.

⁴¹ Rovnako KALVODOVÁ, V.: Trestněprávní sankční systémy v mezinárodním srovnání. In: Časopis pro právní vědu a praxi. 7, 1999, 3, s. 272.

⁴² ŠČERBA, F.: Alternatívni tresty a opatrení v nové právni úpravě. Praha : Leges, 2014. s. 289.

v kvalifikovanej skutkovej podstate (§ 111 ods. 2 StGB) zaň možno uložiť peňažný trest až vo výške 720 denných sadzieb.

Súdne objektivizovaná výška dennej sadzby môže byť s poukazom na § 31a ods. 2 StGB znížená, ak dodatočne (*ex post*) dôjde k zmene osobných pomerov alebo ekonomickej situácie odsúdeného, ktorá nie je iba nepodstatná. Následná moderácia pôvodnej výšky peňažného trestu však nie je prípustná najmä v prípade, ak si odsúdený situáciu zhoršil úmyselným konaním.

Podmienky ukladania peňažného trestu namiesto trestu odňatia slobody upravuje § 37 StGB. Trest odňatia slobody možno alternovať peňažným trestom v dvoch situáciách.

Namiesto trestu odňatia slobody možno uložiť peňažný trest vo výške najviac 720 denných sadzieb, ak sú kumulatívne splnené nasledovné podmienky (§ 37 ods. 1 StGB):

- za spáchaný čin hrozí uloženie trestu odňatia slobody vo výmere najviac päť rokov,
- ak by súd zvolil uloženie trestu odňatia slobody, uložil by ho vo výmere najviac jedného roka,

- trest odňatia slobody nie je potrebný na účel zabránenia v páchaní ďalšej trestnej činnosti.

Peňažný trest možno uložiť pri splnení prísnejších podmienok aj v prípade, ak hrozí uloženie trestu odňatia slobody, ktorý prevyšuje päť rokov. Podľa § 37 ods. 2 StGB možno uložiť peňažný trest vo výške najviac 720 denných sadzieb:

- pokiaľ za trestný čin hrozí uloženie trestu odňatia slobody vo výmere najviac desať rokov,
- ak by súd zvolil uloženie trestu odňatia slobody, uložil by ho najviac vo výmere jedného roka,

- ak trest odňatia slobody nie je potrebný na účel zabránenia v páchaní ďalšej trestnej činnosti,

- peňažný trest postačuje na zabránenie páchaniu trestnej činnosti inými osobami.

Pre prípad nevymožiteľnosti peňažného trestu sa ustanovuje náhradný trest odňatia slobody (*Ersatzfreiheitsstrafe* podľa § 19 ods. 3 StGB). Peňažný trest nie je nevymožiteľný (*Uneinbringlichkeit*) v prípade, ak ho odsúdený nemá záujem zaplatiť. O nevymožiteľnosť pôjde, ak je isté, že opatrenia na vymáhanie peňažnej čiastky súdom (exekúcia) sa minú účinku.⁴³ Z kvantitatívneho hľadiska sa podľa § 19 ods. 4 StGB jeden deň výkonu náhradného trestu odňatia slobody zodpovedá dvom denným sadzbám peňažného trestu. Náhradný trest nesmie v každom prípade presiahnuť najvyššiu výmeru trestu odňatia slobody podľa príslušného zákona. Výkon náhradného trestu možno kedykoľvek odvrátiť alebo ukončiť, a to zaplatením zvyšnej čiastky.⁴⁴

2. Výkon peňažného trestu a náhradného trestu odňatia slobody

Výkon peňažného trestu upravujú § 409 a nasl. rakúskeho Trestného poriadku (*Strafprozeßordnung, StPO*). Odsúdený je povinný uhradiť peňažný trest bezprostredne potom, čo rozhodnutie nadobudne právoplatnosť. Ak sa tak nestane, odsúdený bude písomnou formou vyzvaný na zaplatenie peňažného trestu v štrnásťdňovej lehote. Ak sa výzva minie účinku, peňažný trest bude vymáhaný. V protipóle k slovenskej konštrukcii výkonu peňažného trestu teda rakúska právna úprava (podobne ako napríklad česká úprava) vychádza z koncepcie slabšieho postavenia peňažného trestu, keďže pred okamžitým nariadením jeho výkonu uprednostňuje jeho vymáhanie podľa osobitného predpisu o súdnom vymáhaní (*Gerichtliches Einbringungsgesetz, GEG*).⁴⁵ Slovenský zákonodarca priznáva peňažnému trestu od novely č. 262/2011 Z. z. v tomto kontexte značne posilnenú pozíciu. Podmienkou nariadenia výkonu náhradného trestu odňatia slobody nie je zistenie, že vymáhanie peňažného trestu by nevedlo k výsledku. Slovenský zákonodarca, na rozdiel od rakúskej koncepcie, vychádza z premisy, že

⁴³ Porovnaj https://www.oesterreich.gv.at/themen/dokumente_und_recht/strafrecht/8/2/Seite.2460702.html.

⁴⁴ <https://www.oesterreich.gv.at/lexicon/G/Seite.991123.html>.

⁴⁵ ŠČERBA, F.: Alternativní tresty a opatření v nové právní úpravě. Praha : Leges, 2014. s. 291-292.

právoplatným uložením peňažného trestu vzniká odsúdenému zákonná povinnosť podrobiť sa jeho výkonu. V opačnom prípade nie je podľa hodnovernej interpretácie dôvod neuplatniť voči odsúdenému náhradnú formu postihu, teda nariadiť výkon náhradného trestu odňatia slobody.

Ak by okamžitý výkon peňažného trestu odsúdeného neprimeraným spôsobom zasiahol, možno ho odložiť (§ 409a ods. 1 StPO). Povoliť odklad platenia peňažného trestu možno za splnenia podmienok predikovaných v § 409a ods. 2 StPO. Smrťou odsúdeného povinnosť na úhradu peňažného trestu zaniká, pokiaľ ešte nebol vykonaný.

Náhradný trest odňatia slobody sa vykonáva podľa zákona o výkone trestu (*Strafvollzugsgesetz, StVollzG*) rovnako ako každý iný trest odňatia slobody (§ 409 ods. 4 StPO). Náhradný trest sa však nevykoná, ak odsúdený peňažný trest zaplatí a túto skutočnosť na podklade § 3 ods. 1 StVollzG preukáže verejnou listinou, alebo ak vykoná verejnoprospešné práce podľa § 3a StVollzG.

V. ZÁVER

Vo vzťahu k historicko-komparatívnej časti príspevku možno záverom abstrahovať niekoľko zovšeobecňujúcich úsudkov. Peňažný trest sa podľa prevažnej väčšiny historických úprav ukladal ako trest hlavný alebo ako trest vedľajší. Výnimku predstavovalo obdobie 50. rokov, ktoré vo všeobecnosti výrazne modifikovalo charakter viacerých trestnoprávnych inštitútov, obvykle na podklade ideologických dôvodov a k horšiemu stavu. V tomto čase sa peňažný trest ukladal len ako vedľajší. Výmera peňažného trestu sa modifikovala v závislosti od spoločenskej situácie, nápadu jednotlivých druhov kriminality, menových reforiem a ekonomického vývoja. Výnos získaný z peňažného trestu pripadal vždy štátu. Odlišné bolo len určenie podľa rakúskeho Trestného zákona z 1852, i to len za predpokladu, že osobitné predpisy prijaté po roku 1918 neupravili túto otázku inak. Zákonodarca takmer v každej úprave myslel i na nahradenie peňažného trestu. Takto sa pravidelne regulovali možnosti ukladania náhradných trestov odňatia slobody. Špecifický prostriedok pre prípad dosiahnutia účelu peňažného trestu podľa trestného zákona z roku 1950 predstavoval inštitút ručenia na základe výroku súdu. Každé trestné zákonodarstvo upravovalo i osobitosti ukladania peňažného trestu mladistvým. Rozdielne znaky spočívali vo formálnom aspekte (v niektorých obdobiach boli odchýlky ukladania peňažného trestu mladistvým upravené v osobitnom zákone, obvykle však boli súčasťou trestných kódexov) a v materiálnej rovine (úpravy boli v závislosti od spoločenskej situácie viac alebo menej prepracované). Významný vývojový aspekt možno identifikovať v tendenciách posilňovania pozície peňažného trestu. Slovenský zákonodarca sa v roku 2011 odchýlil od pomerne stabilnej konštrukcie, kde nariadeniu výkonu náhradného trestu odňatia slobody predchádzalo obligatórne vymáhanie peňažného trestu podľa predpisov občianskeho práva procesného. Priorizovaním silnejšej koncepcie peňažného trestu sa zákonodarca snažil eliminovať blokovanie alebo arbitrárne predlžovanie výkonu tohto trestu odsúdeným.

Pokiaľ ide o formulovanie návrhov *de lege ferenda*, na prvom mieste možno uvažovať o extenzii možností ukladania peňažného trestu. Ako som poukázal vyššie, peňažný trest možno ako alternatívu voči trestu odňatia slobody uložiť len za prečiny, ktorých horná hranica trestnej sadzby trestu odňatia slobody ustanovená v osobitnej časti Trestného zákona neprevyšuje päť rokov. V opačnom prípade prichádza do úvahy len uloženie trestu odňatia slobody, prípadne trestu domáceho väzenia. Takéto zákonné obmedzenie predstavuje vo svojej podstate zásadnú limitáciu ukladania peňažného trestu. O jeho opodstatnenosti možno polemizovať, najmä ak si uvedomíme skutočnosť, že aplikácia peňažného trestu ako trestu samostatného je v prípade zločinov absolútne vylúčená. To je azda najmarkantnejším dôvodom, prečo toto legislatívne riešenie nemožno považovať zo systémového hľadiska za primerané a vhodné. Pri niektorých druhoch trestnej činnosti, ktoré sa vyznačujú najmä ziskuchtivým motívom, spôsobením škody v ekonomickej sfére, či všeobecnejšie v oblasti majetkovej

kriminality, by si bolo možné predstaviť benevolentnejšie podmienky ukladania peňažného trestu ako alternatívy k trestu odňatia slobody. V týchto prípadoch by bolo namieste uvažovať aj o kombinácii peňažného trestu s vhodne zvoleným vedľajším trestom, napríklad trestom zákazu činnosti. Navyše, ak sa páchatel snažil trestnou činnosťou napríklad skrátiť daň, prípadne neoprávnene požiadal o vrátenie dane z pridanej hodnoty, a jeho konanie napĺňa znaky kvalifikovanej skutkovej podstaty, aplikácia peňažného trestu môže mať aj preventívno-výchovný charakter. Jednoducho, páchatel bude za ekonomickú trestnú činnosť sankcionovaný rovnakou formou, teda majetkovou sankciou. Nie je bez významu ani skutočnosť, že pobyt páchatelov ekonomickej kriminality na slobode nie je v porovnaní s páchatelmi násilnej trestnej činnosti alebo sexuálnej trestnej činnosti nebezpečný z hľadiska ochrany spoločnosti. Reflexia načrtnutých úvah zákonodarcom by vytvorila dostatočný priestor pre zníženie ukladania trestu odňatia slobody v nepodmienečnej forme. Tým by sa v špecifickom kontexte súčasne zvýraznila aplikácia modelu restoratívnej justície. Na druhej strane je potrebné dodať, že súd by bol v každom jednotlivom prípade povinný posudzovať povahu trestného činu a osobu páchatel'a a zisťovať, či uloženie peňažného trestu bude postačovať na ochranu spoločnosti

Za zaujímavé možno považovať aj ukladanie peňažného trestu v tzv. denných sadzbách napríklad v podobe podrobne predstavenej pri analýze rakúskej úpravy. Tento zámer môže podporiť i fakt, že systém denných sadzieb (pokút) má v kontinentálnej Európe pomerne stabilné miesto a dlhú tradíciu. Ukladanie peňažného trestu dennými sadzbami bolo zavedené prvýkrát vo Fínsku v roku 1921⁴⁶ a dnes existuje v mnohých európskych štátoch, popri Rakúsku napríklad aj v Českej republike či Maďarsku. V Českej republike činí peňažný trest najmenej 20 a najviac 730 celých denných sadzieb. Denná sadzba činí najmenej 100 Kč a najviac 50.000 Kč. V Maďarsku je možné uložiť peňažný trest (pokutu) minimálne na 30 dní, maximálne na 540 dní. Suma určená na deň musí predstavovať minimálne 1.000 forintov a maximálne 500.000 forintov. Predmetný spôsob ukladania peňažného trestu považujem za inšpiratívny z dôvodu dôslednejšej možnosti nastavenia jeho výšky. Povedané inak, v procese kvantifikácie peňažného trestu možno s poukazom na zásadu personalitu trestu zohľadniť osobu páchatel'a, jeho potreby a potreby jeho rodiny. Závažnosť trestného činu ukladaneho aplikáciou systému denných sadzieb určuje počet denných sadzieb, pričom hodnota každej jednotky dennej sadzby je závislá od finančných prostriedkov páchatel'a tak, aby sa zabezpečilo citelné a rovnomerné zameranie hospodárskej záťaže na konkrétneho páchatel'a. To robí peňažný trest výrazne adresnejším. Práve takýto spôsob výpočtu denných sadzieb odráža závažnosť trestného činu a cielenejšie vyrovnáva účinky trestu.⁴⁷ Takáto koncepcia býva všeobecne považovaná za transparentnejší spôsob výmery peňažného trestu tak vo vzťahu k odsúdenému, ako aj vo vzťahu k verejnosti.⁴⁸

Medzi odborníkmi je kritizovaná slovenská úprava možnosti premeny peňažného trestu len na trest odňatia slobody. *De lege ferenda* by bolo vhodné zaviesť možnosť premeny peňažného trestu aj na trest povinnej práce⁴⁹ napríklad tak, ako to pripúšťa rakúska úprava.⁵⁰ Takouto legislatívnou zmenou by sa podľa niektorých názorov mohla posilniť pozícia peňažného trestu

⁴⁶ NOVOTNÝ, O. - VANDUCHOVÁ, M.: Druhy trestů. In: NOVOTNÝ, O. - DOLENSKÝ, A. - JELÍNEK, J. - VANDUCHOVÁ, M.: Trestní právo hmotné I. Obecná část. Praha : Aspi Publishing, 2003. s. 286.

⁴⁷ JALČ, A. - JURIŠOVÁ, K.: Systém denných sadzieb pri peňažnom treste vo vybraných zahraničných právnych úpravách. In: Justičná revue, 69, 2017, 4, s. 572 a nasl.

⁴⁸ GREGUŠOVÁ, A.: Peňažný trest ako sankcia ukladaná fyzickým osobám a právnickým osobám. In: STRÉMY, T. (ed.): Restoratívna justícia a alternatívne tresty v teoretických súvislostiach. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie. Praha : Leges, 2014. s. 418.

⁴⁹ ŠIMOVICEK, I.: Ukladanie alternatívnych trestov ako problém normotvorby s dôrazom na trestné právo procesné. In: STRÉMY, T. (ed.): Restoratívna justícia a alternatívne tresty v aplikačnej praxi. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie. Praha : Leges, 2015. s. 118.

⁵⁰ § 3a StVollzG.

ako dôležitej alternatívy k trestu odňatia slobody. To by mohlo v časovej nadväznosti priniesť i ukladanie peňažného trestu v širšej miere.⁵¹

KLÚČOVÉ SLOVÁ

Alternatívny trest, peňažný trest, historická komparácia, mladistvý páchatel', Rakúsko

KEY WORDS

Alternative sentence, Financial penalty (Fine), historical comparison, juvenile offender, Austria

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BALOČKO, M.: Prijímanie, umiestňovanie, zmena spôsobu výkonu trestu a premiestňovanie. In: 4. Košické dni trestného práva : Privatizácia výkonu trestu odňatia slobody, sci-fi alebo jediná možnosť? : zborník vedeckých prác. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2020. ISBN 9788081529450.
2. BALOČKO, M.: Účasť záujmového združenia osôb v trestnom konaní. In: Privatizácia verejného práva verzus publicita súkromného práva : zborník vedeckých príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie doktorandov a vedeckých pracovníkov. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2021. ISBN 9788057400141.
3. BURDA, E. - ČENTÉŠ, J. - KOLESÁR, J. - ZÁHORA, J. a kol.: Trestný zákon. Všeobecná časť. Komentár. I. diel. Praha: C. H. Beck, 2010. ISBN 9788074003240.
4. DEMETER, M.: Peňažný trest ako význačná alternatíva k trestu odňatia slobody v probačnej a mediačnej službe a činnosť probačného a mediačného úradníka pri kontrole jeho výkonu. In: Justičná revue, 60, 2008, 3. ISSN 1335-6461.
5. DOLENSKÝ, A. - HATALA, V. - KUDLÍK, A. - NOVOTNÝ, O. - SOLNAŘ, V.: Československé trestné právo. Všeobecná časť. Bratislava : Osveta, 1964.
6. FICO, M.: Historický vývoj trestov. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2012. ISBN 9788070979488.
7. FICO, M.: Tripartícia trestných činov medzivojnovej Československej republiky. In: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, 7, 2019, 2. ISSN 1339-3995. DOI: <https://doi.org/10.33542/sic2019-2-05>.
8. GREGUŠOVÁ, A.: Peňažný trest ako sankcia ukladaná fyzickým osobám a právnickým osobám. In: STRÉMY, T. (ed.): Restoratívna justícia a alternatívne tresty v teoretických súvislostiach. Zborník príspevkov z medzinárodnej konferencie. Praha : Leges, 2014. ISBN 9788075020345.
9. IVOR, J. - POLÁK, P. - ZÁHORA, J.: Trestné právo procesné II. Bratislava : Wolters Kluwer, 2017. ISBN 9788081686191.
10. JALČ, A. - JURIŠOVÁ, K.: Systém denných sadzieb pri peňažnom treste vo vybraných zahraničných právnych úpravách. In: Justičná revue, 69, 2017, 4. ISSN 1335-6461.
11. JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo hmotné. Praha : Leges, 2010. ISBN 9788087212493.
12. KALLAB, J. - HERRNRITT, V.: Dodatky k trestním zákonům československým a k trestnímu řádu československému. Komentované zákony Československé republiky. Praha : Kompas, 1938.
13. KALLAB, J.: Nástin přednášek o trestním právu hmotném. Část obecná. Právník v Brně, 1923.

⁵¹ Pozri DEMETER, M.: Peňažný trest ako význačná alternatíva k trestu odňatia slobody v probačnej a mediačnej službe a činnosť probačného a mediačného úradníka pri kontrole jeho výkonu. In: Justičná revue, 60, 2008, 3, s. 444.

14. KALLAB, J.: Trestní právo hmotné platné v zemi české a moravskoslezské. (část obecná i zvláštní). Praha : Melantrich, 1935.
15. KALVODOVÁ, V.: Trestněprávní sankční systémy v mezinárodním srovnání. In: Časopis pro právní vědu a praxi. 7, 1999, 3. ISSN 1210-9126.
16. KLÁTIK, J. a kol.: Trestné právo hmotné. Všeobecná časť. Plzeň : Aleš Čeněk, 2018. ISBN 9788073807252.
17. KLÁTIK, J.: Právna úprava peňažného trestu v slovenskom trestnom práve hmotnom. In: KALVODOVÁ, V. - FRYŠTÁK, M. - PROVAZNÍK, J. (eds.): Trestní právo /stále/ v pohybu. Pocta Vladimíru Kratochvílovi. Brno : Masarykova univerzita, 2018. ISBN 9788021089211.
18. KLIMEK, L.: Uznávanie a výkon rozhodnutí o peňažnej sankcii v EÚ; aplikácia v Slovenskej republike. In: Justičná revue, 63, 2011, 12. ISSN 1335-6461.
19. KOTLÁN, P.: Spor o podstatu trestní odpovědnosti. In: Právnik, 160, 2021, 9. ISSN 0231-6625. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9946-1955>.
20. MADLIAK, J. - MIHALOV, J. - ŠTEFANKOVÁ, S.: Trestné právo hmotné I. Všeobecná časť. Košice : Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2011. ISBN 9788070978252.
21. MILOTA, A.: Trestní právo hmotné. Část obecná (nástin přednášek). Bratislava : Právnik, 1924.
22. MILOTA, A.: Zákon na ochranu republiky. Kroměříž : J. Gusek, nakladatelství v Kroměříži, knihkupectví a knihtiskárna, 1923.
23. MÍŘICKÁ, A. - SCHOLZ, O.: Zákon o trestním soudnictví nad mládeží. Komentované zákony Československé republiky. Praha : Kompas, 1932.
24. NOVOTNÝ, O. - DOLENSKÝ, A. - JELÍNEK, J. - VANDUCHOVÁ, M.: Trestní právo hmotné I. Obecná část. Praha : Aspi Publishing, 2003. ISBN 9788086395739.
25. PANÍČEK, F. a kol.: Trestný zákon, Trestný poriadok a s nimi súvisiace predpisy. Bratislava : Obzor, 1966.
26. PRUŠÁK, J.: Rakouské právo trestní. Díl všeobecný. Praha : Všehrd, 1912.
27. PROVAZNÍK, J.: „Pravé“ verbálne trestné činy z nenávisťi. In: Časopis pro právní vědu a praxi, 28, 2020, 4, ISSN 1210-99126. DOI: <https://doi.org/10.5817/CPVP2020-4-6>.
28. STRÉMY, T. - KLÁTIK, J.: Alternatívne tresty. Bratislava : C. H. Beck, 2018. ISBN 9788089603565.
29. ŠČERBA, F.: Alternativní tresty a opatření v nové právní úpravě. Praha : Leges, 2014. ISBN 9788087576939.
30. ŠIMÁK, J. - DOLENSKÝ, A.: Trestní zákon a Trestní řád. Praha : Orbis, 1951.
31. ŠIMOVICEK, I.: Ukladanie alternatívnych trestov ako problém normotvorby s dôrazom na trestné právo procesné. In: STRÉMY, T. (ed.): Restoratívna justícia a alternatívne tresty v aplikačnej praxi. Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie. Praha : Leges, 2015. ISBN 9788075021045.
32. TUROŠÍKOVÁ, A.: Alternatívne tresty pre mladistvých – výhody a nevýhody. In: Acta Facultatis Iuridicae Universitatis Comenianae : recenzovaný vedecký časopis Právnickej fakulty UK, príspevky z medzinárodného vedeckého seminára "Sankcie - trestnoprávne a kriminologické podnety pre trestnú politiku", Bratislava, 4. apríla 2016, 35, 2016, mimoriadne číslo. ISSN 1336-6912.
33. WOREL, J. O. - MILOTA, A. - STUNA, S.: Uherský trestní zákoník. Kroměříž : J. Gusek, nakladatelství v Kroměříži, knihkupectví a knihtiskárna, 1921.
34. ZEMAN, Š.: Aplikácia peňažného trestu v Slovenskej a Českej republike. 1. časť. In: Bulletin slovenskej advokácie : mesačník Slovenskej advokátskej komory, 20, 2014, 5. ISSN 1335-1079.

35. ZEMAN, Š.: Aplikácia peňažného trestu v Slovenskej a Českej republike. 2. časť. In: Bulletin slovenskej advokácie : mesačník Slovenskej advokátskej komory, 20, 2014, 6. ISSN 1335-1079.
36. ŽATECKÁ, E. - FRYŠTÁK, M.: Princíp restoratívnej justice v novom trestnom zákoníku. In: Days of Public Law. Brno : Masarykova univerzita, Právnická fakulta, 2007. ISBN 9788021044302.

ZOZNAM SÚDNYCH ROZHODNUTÍ

1. R 4/1967.
2. Rozsudok Krajského súdu Trnava sp. zn. 3To/97/2018 zo dňa 07. marca 2019.
3. Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky sp. zn. 6To/11/2019 zo dňa 03. marca 2021.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Lukáš Michalov, PhD.

odborný asistent

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Právnická fakulta, Katedra trestného práva

Kováčska 26, 040 75 Košice

Telefón: + 421 55 234 4146

E-mail: lukas.michalov@upjs.sk

ON VIOLATION OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL BY INSUFFICIENT REASONING OF THE DECISION¹

K PORUŠENIU PRÁVA NA SPRAVODLIVÝ PROCES NEDOSTATOČNÝM ODÔVODNENÍM ROZHODNUTIA

Peter Molnár²

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-05>

ABSTRACT

The author discusses a possible violation of the right to a fair trial due to deficiencies in the reasoning of the court decision. In the previous case law of the ordinary courts, the prevailing view was that deficient reasoning constituted so-called “other deficiency”. However, in the author's opinion, the recodification of civil procedure requires a reassessment of the case law from the time before the recodification, because despite different nominal grounds of cassation recourse (the so-called “other deficiency” is no longer a separate ground of cassation recourse) the scope of the right to a fair trial has not changed. The court decision is a part and culmination of the court's conduct of proceedings, and in the reasoning of the decision, the court explains and defends the procedure it applied in establishing the factual and legal basis for its decision and the outcome of the proceedings itself. Therefore, the quality of the reasoning of a court decision must also be subject to effective examination in ordinary and extraordinary redress procedures. The Constitutional Court of the Slovak Republic has also been calling for a reassessment of older case law.

ABSTRAKT

Autor pojednáva o možnom porušení práva na spravodlivý proces v dôsledku nedostatkov odôvodnenia súdneho rozhodnutia. V doterajšej judikatúre všeobecných súdov prevládal pohľad na nedostatok odôvodnenia ako tzv. inú vadu. Rekodifikácia civilného práva procesného si však podľa názoru autora vyžaduje prehodnotenie judikatúry z čias pred rekodifikáciou, nakoľko napriek iným nominálnym dovolacím dôvodom (tzv. iná vada už samostatným dovolacím dôvodom nie je) sa rozsah práva na spravodlivý proces nezmenil. Súdne rozhodnutie je súčasťou a vyvrcholením procesného postupu súdu a v odôvodnení rozhodnutia súd vysvetľuje a obhajuje svoj postup pri budovaní skutkového a právneho základu súdneho rozhodnutia a samotný výsledok konania. Efektívnemu prieskumu v riadnom a mimoriadnom opravnom konaní preto musí podliehať aj kvalita odôvodnenia súdneho rozhodnutia. K prehodnoteniu staršej judikatúry vyzýva vo svojej rozhodovacej činnosti aj Ústavný súd SR.

I. INTRODUCTORY REMARKS

The different forms of civil procedure – whether general contentious proceedings before first-instance courts, various types of non-contentious proceedings, legal remedies, arbitration,

¹ The paper was prepared within the VEGA project no. 1/0765/20 “Protection of Human Values in Private Law in the Context of Modern Trends and Ongoing Recodification of Private Law”.

² doc., JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika. Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

bankruptcy, restructuring, enforcement proceedings, etc. – all serve to ensure the fundamental right to judicial protection pursuant to Art. 46 par. 1 of the Constitution of the Slovak Republic (hereinafter “the Constitution”) and Art. 36 par. 1 of the Charter of Fundamental Rights and Freedoms³ (hereinafter “the Charter”), and the right to a fair trial pursuant to Art. 6 par. 1 of the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms⁴ (hereinafter “ECHR”). The wording used in regulating fundamental rights and freedoms in Chapter II Title VII of the Constitution is almost identical to that in Chapter V of the Charter. Moreover, according to the well-established case-law of the Constitutional Court of the Slovak Republic (hereinafter “the Constitutional Court”), the right to a fair trial under Art. 6 par. 1 ECHR does not differ significantly in its content from the right to judicial and other legal protection under Art. 46 par. 1 of the Constitution. An important distinction is to be made, however, as unlike Art. 51 par. 1 of the Constitution, neither Art. 41 par. 1 of the Charter nor the ECHR constrain the exercise of the right to judicial and other legal protection or the right to a fair trial by the limitations of the implementing laws (statutes).⁵

The right to a fair trial, as a manifestation of the protection of human values at the procedural level, contains a number of elements – notably the right to access to a court and the ensuing duty of the court to consider and hear the case,⁶ the right to a court established by law, the right to an independent and impartial court, the right to a lawful judge, the right to a hearing within a reasonable time, the right to be properly instructed in procedural rights and obligations, the right to be heard, the right to present evidence and to comment on it, the adversarial nature of proceedings, equality of arms, prohibition of surprising decisions, prohibition of arbitrariness, right to have the court consider all the relevant facts, the right to a proper reasoning of the decision, the right to have the decision reviewed.

The right to a fair trial is considered to be a so-called right to outcome, which means that when examining whether there has been a violation of this right, the intensity of the violations of its individual elements and their impact on the outcome of the provided judicial protection as a whole must be assessed. Individual mistakes (or their combination) thus constitute a violation of the right to a fair trial only if they have adversely affected with the relevant intensity the resulting quality of the proceedings as such (the court’s conduct of proceedings in its entirety, including the decision on the merits).

The aim of this paper is to indicate the impact the deficiencies in the reasoning of a court decision have on the fulfilment of the parties’ right to a fair trial in the context of the parties’ need to effectively challenge this deficiency in proceedings on legal remedies and the obligation of the court of review (under the interpretation of the fulfilment of legal preconditions in conformity with the Constitution) to examine the contested deficiency.

II. THE REASONING OF A COURT DECISION

1. The nature of the reasoning of a judicial decision

The purpose of the judicial protection offered by courts in judicial proceedings is to eliminate legal uncertainty concerning the claimed threat or violation of a right or legally protected interest. The uncertainty is usually resolved by a decision on the merits,⁷ in which the court reaches its authoritative opinion regarding the subject matter of the proceedings, and this

³ Introduced by means of Constitutional Law no. 23/1991.

⁴ Notice of the Federal Ministry of Foreign Affairs no. 209/1992.

⁵ Cf. DRGONEC, J. Ústava Slovenskej republiky. Teória a prax. 2. prepracované a doplnené vydanie. Bratislava: C.H. Beck, 2019, p. 1022.

⁶ Of course, a case may only be heard and decided on the merits if the procedural rules are met.

⁷ It should be added that this legal uncertainty is only removed by the final decision on the merits, and also that the right to judicial protection is not exhausted by the finality of the main proceedings, but (if necessary) also includes enforcement proceedings, since the real fulfilment of the right to judicial and other legal protection is only achieved by the fulfilment of the adjudicated obligation or the respect of the adjudicated right.

opinion becomes binding for the parties as soon as the decision becomes final. Naturally, no judicial ruling may be arbitrary. Although the court is a state body endowed with decision-making authority over rights and obligations of legal subjects under its jurisdiction, it follows from the social contract on which the judicial branch's powers are based that court rulings must be the result of a fair procedure and must follow from the established facts and their legal assessment.

Despite the common distinction between “conduct of proceedings” and “decision” in everyday language, we consider court decisions part of the conduct of proceedings, as even a decision on the merits clearly constitutes a procedural act; in fact, it is the court's most important procedural act and the aim of the court's entire conduct of proceedings. In other words, it represents the culmination of the whole judicial procedure.

The reasoning of the decision is precisely that part of the judicial activity which “sells” the administration of justice as carried out in a particular case and through which the court performs important functions, in particular the justification function in relation to the conduct of the proceedings and the resulting decision itself, the educational and preventive function the court's reasoning has in relation to the public, and that of public scrutiny of the court. The court's reasoning must justify and explain in a clear and logical manner to the parties, to the (lay) public and the court of review the manner in which the court conducted the proceedings, the factual findings made and the conclusions reached on their basis, the law applied in their legal qualification, the court's legal considerations and the legal conclusions it reached.

It must therefore be clear from the reasoning of the decision why the court decided the way it did and why it was not possible to decide in any other way in the given situation. With a certain amount of exaggeration, we could say that the reasoning should ideally convince even the unsuccessful party of the necessity of a given outcome. On the other hand – and this time without exaggeration – if the court does not give proper reasons for its decision, however correct as it may be, i.e., the reasons for the decision do not clearly show why the court decided in that way, its decision is unreviewable and arbitrary.

2. Essential elements of a court decision's reasoning

The essential elements a judgment⁸ must contain are prescribed in Section 220 par. 2 of Law no. 160/2015 Code of Civil Contentious Procedure, as amended (hereinafter “CCCP”). According to this provision, the court shall state in the reasoning what the plaintiff claimed, what facts they alleged, what evidence they offered, what means of procedural attack they used, the defendant's reply and their means of procedural defence. It shall explain clearly and concisely how it has assessed the factual allegations and the legal arguments of the parties, which facts it considers to have been proved and which not, which pieces of evidence it has taken, on which pieces of evidence it has based its decision and how it has assessed them, why it has not taken some of the evidence proposed and how it has assessed the case legally (or, where appropriate, refer to settled case law). If the court wishes to depart from the settled case law, it must thoroughly justify this departure, as it is expressly bound to give convincing reasons for its decision.

With regard to the factual basis for the decision, the court is also obliged to explain how it reached the respective factual conclusions other than those based on evidence. Even though evidence is the most important basis for reaching factual conclusions, it is not the only one. In gathering the factual basis for its decision, the court also takes into account notorious facts and information known to it from its judicial activity, binding decisions of other authorities, reflects on facts falling within the competence of other authorities, accepts those facts on which both

⁸ The same applies by analogy to the reasoning of court orders if a full statement of reasons is to be produced (see Section 234 par. 2 CCCP).

parties agree, accounts for factual allegations made by one party and not contested by the other party, and may ignore those allegations of the parties made late or made in procedurally deficient manner.⁹ It still applies even to those kinds of factual conclusions that the court is obliged to explain how it has reached them and show that the relevant pre-conditions for such conclusions have been met. Let us consider as an example a situation in which the court draws factual conclusions from one party's failure to properly contest the other party's factual allegation (Section 151 CCCP), in which case the law obliges the court to consider the allegation uncontested and as a result, no taking of evidence is to be carried out regarding the alleged fact (on which the court may later base its decision), which will thus remain unverified, but will be established by the court by other means prescribed by the law. Of course, the application of Section 151 CCCP, insofar as it renders the party's allegation uncontested, presupposes that the party first properly discharged her burden of allegation, i.e. not only specifies that which she demands (e.g. the amount claimed) but supports her claim with factual arguments (stating the facts from which the plaintiff derives the amount claimed).¹⁰ Should the other party contest that allegation late in the proceedings, i.e. after the reply and rejoinder have been filed, the court having duly notified the parties about the possibility of disregarding submissions filed late or not according to proper procedure (Section 167 par. 3 and 4 CCCP), the court will have to justify why it disregarded the party's delayed submission.¹¹

It should be added that the court must also state convincingly (albeit briefly) the reasons why it considered the respective means of procedural attack or defence or the party's offer of evidence to be irrelevant.¹² A mere laconic statement of the irrelevance of a party's factual allegation or offer of evidence without giving reasons for it (except in cases of manifest irrelevance) is unpersuasive and unreviewable. A court's complete disregard of means of procedural attack, defence or offer of evidence constitutes arbitrariness.

The court must also clearly substantiate the legal considerations which guided it and led it to the legal conclusions forming the basis for the decision. It must make it clear which legal provisions the court used and why, how it interpreted them and applied them to the factual findings and, where appropriate, to the substantive objections raised,¹³ and what legal conclusions it reached. The reasoning must also explain the manner in which the court conducted the proceedings. This is especially true in situations in which there are several procedural courses of action at the court's discretion (such as the possibility to ignore those allegations of the parties made late or made in procedurally deficient manner).

⁹ On the ways of establishing the factual basis of a judicial decision, see in more detail MOLNÁR, P. IN ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M. A kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C.H. Beck, 2016, p. 797 to 799.

¹⁰ On the unfoundedness of the application of Section 151 CCCP in the event of a party's failure to properly discharge the mere burden of allegation, see, for example, the judgment of the Regional Court in Trnava no. 23Co/58/2018 of 10 December 2018 and the decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic no. I. ÚS 246/2019 of 11 June 2019.

¹¹ If the court takes that submission into account, the fact in question will again be "disputed" and the conclusion on it will most likely be the result of taking new evidence.

¹² The standard grounds for rejecting a motion to take evidence are: a) the fact to be proved by the evidence is not relevant to the subject matter of the proceeding, b) the evidence is, in the opinion of the court, incapable of proving the fact under consideration (this includes the irrelevance of the evidence as well as its inadmissibility), and c) the evidence is (already) superfluous because the court has already formed a conclusion as to the fact in question. Another ground for dismissing an offer of evidence (or disregarding an applied means of procedural attack or procedural defence) is the application of Section 153 par. 3 CCCP, which allows disregarding submissions filed late or not according to proper procedure.

¹³ On the plea of limitation, possible abuse of rights and the court's treatment of these defences, see for example ČOLLÁK, J.: *Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (1 časť)*. In: *Justičná revue: časopis pre právnu teóriu a prax*. Roč. 72, č. 11 (2020), p. 1298-1310; ČOLLÁK, J.: *Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (2. časť)*. In: *Justičná revue : časopis pre právnu teóriu a prax*. Roč. 72, č. 12 (2020), p. 1463-1485; ČOLLÁK, J.: *Hmotnoprávne a procesnoprávne súvislosti zákazu zneužitia práva a východiská „testu“ zneužitia práva*. In: *Banskobystrické zámocké dni práva na tému "Identifikácia únosnej miery autonómie právnych odvetví a súčasnej potreby ich synergie"*: zborník z 3. ročníka medzinárodnej vedeckej konferencie. Banská Bystrica, Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici - Belianum, 2018, p. 108-132.

We can thus conclude that the statutory regulation of the reasons for the court decision is logical and consistent. The requirements for the statement of reasons for a decision are clear and unquestionable. However, their material fulfilment in an individual case is conditional on the court's correct "grasp of the subject matter" in the sense of identifying the specific questions to be answered in the statement of reasons and then providing relevant answers to those questions.

Both parties to the dispute have the right to a proper statement of reasons. It is therefore incumbent on the court to provide a satisfactory answer not only to the question of whether the lawsuit or other motion to initiate proceedings have merits, but also to the questions which arose during proceedings, since the outcome of the proceedings is based in no small measure on the answers to those questions. This equally applies to proceedings before first-instance courts (Section 220 par. 2 CCCP) and before courts of review (Sections 393, 451 par. 2 and 3, 452 par. 1, and 464 CCCP). The latter, however, have specific subject matter and the related degree of inquiry or review by the court (see below).

The European Court of Human Rights has long consistently stressed in its case law the relevance of the quality of reasoning. While it does not consider that the right to proper statement of reasons entails the right of the party to have each and every argument addressed by the court,¹⁴ it does require specific response to arguments relevant for the decision,¹⁵ stressing that the question of relevance of a given claim or motion must be assessed according to the circumstances of the particular case.¹⁶ The Constitutional Court and ordinary courts commonly refer to that case law.

3. Deficiencies in the reasoning of a court decision

The requirements as to the content and logical coherence that a properly written statement of reasons should meet in a concrete case will differ depending on the nature and extent of the subject matter and conduct of the case. From that point of view, the most detailed must be the reasoning of the first-instance court's decision on the merits, since at that instance the court (figuratively speaking) "investigates everything" there is about the subject matter of the case, providing the widest scope for the anticipated procedural activity of the parties, to which it must subsequently respond. The reasoning of a reviewing court's decision is governed by the usually narrower subject matter those proceedings have, where the scope of the review is limited by the inherent limits of the review proceedings themselves, the type of remedy lodged and the subsequent procedural course of action.

In general, a statement of reasons is vitiated by deficiencies if it lacks any of the prescribed essentials or one or more of them lack the requisite quality. The result of such critical failure to give reasons for the decision is that the decision becomes unreviewable.

Accepting the axiom that the court should explain and substantiate the manner it conducted the proceedings and the resulting decision in the reasoning leads us to conclude that the absence of an answer to a specific question means that the court failed to take that question (such as a contract formality or a plea of limitation) into consideration and the court's conduct may appear arbitrary (such as by not explaining the factual findings on which it based the decision). This then raises the question whether this is a case of a mere gap in the statement of reasons or whether it indicates a different kind of deficiency, such as that the factual situation has been

¹⁴ For example ECtHR judgment of 19 April 1994 in the case *Van der Hurk v. the Netherlands*, no. 16034/91, § 61.

¹⁵ For example judgment of the ECtHR of 9 December 1994 in *Ruiz Torija v. Spain*, no. 18390/91, § 30; judgment of the ECtHR of 29 May 1997 in *Georgiadis v. Greece*, no. 21522/93, § 43; judgment of the ECtHR of 24 May 2005 in *Buzescu v. Romania*, no. 61302/00, § 67.

¹⁶ For example, judgment of the ECtHR of 29 May 1997 in *Georgiadis v. Greece*, no. 21522/93; judgment of the ECtHR of 19 February 1998 in *Higgins and Others v. France*, no. 20124/92; judgment of the ECtHR of 19 February 1998 in *Higgins and Others v. France*, no. April 1994 in *Van de Hurk v. the Netherlands*, no. 16034/90; judgment of 9 December 1994 in *Ruiz Torija v. Spain*, no. 18390/91; judgment of 9 December 1994 in *Hiro Balani v. Spain*, no. 18064/91.

insufficiently or even incorrectly established, the legal assessment is arbitrary, or a procedural rule has not been complied with. In judging whether a specific deficiency can be remedied in review proceedings (whether it is possible to challenge an individual deficiency in the respective type of review proceedings, whether the higher court may examine it and what the corresponding decision on the merits will be), the argumentation of the party initiating the review will be crucial since on her argumentation the classification by the reviewing court of the alleged deficiency of the procedure and of the lower court's decision will depend.

III. ADMISSIBILITY OF APPEAL WITH REGARD TO THE REASONING OF THE CONTESTED FIRST-INSTANCE COURT'S DECISION

1. Subject matter of appellate proceedings and grounds for appeal

As a remedy designed to review a decision of the court of first instance which is not final and the proceedings which preceded the decision, an appeal allows the decision to be challenged in its widest scope. The appellant may contest the failure to comply with procedural rules, the conduct of proceedings made by the court in the broadest sense, the findings of fact and the conclusions of law the court reached, and include all those alleged deficiencies under the grounds of appeal provided for in Section 365 CCCP.

In general terms, the appellant determines the subject matter of the appellate review by choosing the scope of what is being contested and giving reasons for why it is being claimed that the impugned decision is incorrect and/or unlawful.¹⁷ Section 379 and Section 380 par. 2 CCCP contain an exception to this rule by allowing the appellate court to expand the scope of review beyond the appellant's determination. In addition, if either the appellant or the other party submit any procedural motions in the course of the appellate proceedings, these will also be included in the scope of review (Section 373 par. 3 and 4, Section 374 CCCP).

It must, however, be borne in mind that the appellant is obliged to substantiate the grounds for appeal. The court is bound by the appellate grounds not only as to their statutory categorisation but also as regards the specific arguments put forth by the appellant (the specific errors the appellant claims that the first-instance court committed in the context of the respective grounds for appeal). The appellant thus defines the specific subject matter of the appellate review.

2. The first-instance court decision's deficiency consisting in insufficient reasoning and the appellate court's options

It is the first-instance court's task to properly establish the facts,¹⁸ assess them in law, take an authoritative view on the subject-matter of the proceedings and give sufficient reasons for that view. In this respect, the first-instance court is expected to do most of the work in its reasoning. The components of the right to a fair trial extend to all the requirements for the court's activity.

A key issue in assessing the quality of the reasoning of a decision is the quality of the answers to questions raised in the course of the proceedings. However, as already indicated, it is important for the court to first clarify which questions it has to answer before even formulating the answers themselves. Failure to include a question that should have been answered (i.e. the complete absence in the statement of reasons of justification for a particular part of the procedure, a particular fact, etc.), as well as an insufficient, illogical, inconsistent, or

¹⁷ The failure to state grounds of appeal is the only deficiency of the appeal the court does not invite the appellant to remedy (Section 373 par. 1 in fine CCCP).

¹⁸ On fact-finding in contentious proceedings, see for example KUŠNÍŘIKOVÁ, M.: Prejednací princíp v civilnom procese. In: Zborník príspevkov z 2. ročníka Vedeckej konferencie doktorandov na Akadémii Policajného zboru v Bratislave. Bratislava, 2019, p. 222-233; Koľveková, V.: Sudcovská koncentrácia konania vo svetle budovania skutkového základu súdneho rozhodnutia v civilnom sporovom konaní. In: Studia Iuridica Cassoviensia, ročník 9, číslo 1, 2021, p. 34-43.

incomprehensible answer, all constitute a departure from the ideal statement of reasons and reduce the persuasiveness of the judicial decision as a whole. However, not every imperfection constitutes a deficiency to which it is necessary to respond by quashing the impugned decision. In some cases, even a cursory statement of reasons may be acceptable; after all, a statement of reasons is supposed to be concise, and the quantity of the reasons is certainly not a measure of their quality. The relevance of the fact or issue in question (not at all or inadequately substantiated in the reasoning) to the contested decision is crucial in determining whether an interference by the appellate court is called for. If the reasoning is silent about a marginal issue, the appellate court will undoubtedly criticise the first-instance court for that omission, but an error like this does not in itself constitute a sufficient ground for quashing the decision.¹⁹ On the other hand, if the impugned decision contains no or only unsatisfactory reasons with regard to the facts on which the court based its decision, or lacks reasons for its legal conclusions, such deficiency reaches a critical intensity and thus constitutes a violation of the right to a fair trial, since such a decision becomes unreviewable (a deficiency falling under Section 365 par. 1 lit. b) CCCP).

As already indicated, a deficiency in the statement of reasons may also indicate the presence of another deficiency. Indeed, the statutory enumeration of the different grounds for appeal makes it possible to initiate a review of the decision and of the court's procedural conduct preceding it by allowing the appellate court to examine whether all the elements of the right to a fair trial have been respected. If an appellant appeals on a number of grounds, as long as a breach of any of the elements of a fair trial is found, he or she will succeed on appeal even if the deficiencies in the reasoning itself do not reach the critical intensity (e.g. inadequate or incorrect finding of facts) and even if the first-instance court gave consistent reasons for its erroneous decision.

However, if the appellant merely challenges terminological inconsistencies or poor drafting of the reasoning and not a more "fundamental" deficiency (i.e. does not argue that the court reached the decision without sufficient grounds) and does not also challenge the decision on any other ground of appeal, the limits of the appellate court's power of review will not allow it to establish that there are sufficient reasons to quash the impugned decision (with the exception of violations of procedural rules).

Consequently, an unsuccessful appellant who incorrectly substantiates his/her appeal is later going to have limited possibilities in filing a cassation recourse (appeal on points of law).

IV. ADMISSIBILITY OF CASSATION RECOURSE WITH REGARD TO THE REASONING OF THE CONTESTED APPELLATE COURT'S DECISION

1. The subject-matter of proceedings on cassation recourse and grounds for cassation

If the appellate court affirms the impugned decision or supplants it by its own decision, its finality brings the proceedings to a final conclusion, resolves the legal uncertainty of the parties as to the subject matter of the proceedings, and renders the conclusion of the appellate court binding on the parties and (in principle) unchangeable.²⁰ The resulting legal situation (*res iudicata*) determines the possibilities of reviewing the appellate court's decision.

In order to properly understand the possible subject matter of cassation proceedings, it is necessary to note that it was not the role of the appellate court in the appellate proceedings to

¹⁹ For the assessment of the relevance of objections not addressed in the reasoning for the contested decision, see ECtHR judgment of 21 July 2009 *Luka v. Romania*, no. 34197/02, § 52.

²⁰ This does not apply to those decisions by which the appellate court merely quashes the first-instance court's decision. While such a decision concerns the merits of the case and constitutes a decision on the merits from the viewpoint of appellate proceedings, it does not constitute a decision on the merits in the context of the proceedings as a whole; cf. BAJÁNKOVÁ, J. A GEŠKOVÁ, K. IN: IN ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C.H. Beck, 2016, p. 1353 and 1354.

establish the facts of the case. The appellate court examined (within the limits of the grounds of appeal raised and the respective arguments put forth by the appellant) the “quality of the finding of truth” by the first instance court. The appellate court’s answers are therefore, in principle, not answers to the question “what is the truth” but whether “the truth” as established by the first-instance court was established in a correct manner and whether its conclusions are acceptable. Under certain conditions (if the appellate court takes new evidence or takes old evidence anew), the court’s finding of facts could also be supplemented on appeal. In the situation envisaged by Section 390 CCCP, the supplementation of the factual basis by the appellate court will even be mandatory in the event of its insufficient establishment by the first-instance court. Notwithstanding the above exception, it can be summarised that the role of the appellate court is to review the procedure and conclusions of the first-instance court in such manner as to allow its own decision to be later reviewed.

The subject matter of appellate proceedings and the fact that a confirmatory or supplanting appellate decision concludes the entire proceedings with finality influence the very conception of cassation proceedings, the enumeration of cassation grounds and the scope of cassation review. The cassation proceeding is not conceived as yet another appeal in disguise, a third instance allowed to once again fully examine the way the case has been heard by the courts of first and second instance. A cassation recourse is a remedy allowing an unsuccessful appellant to challenge the appellate court’s decision. As was the case with appellate proceedings, the court of cassation is not in search of the truth, but rather reviews the quality of review carried out by the appellate court and is even more limited in its review than the appellate court was in its own. The purpose of cassation proceedings is limited to eliminating null decisions of appellate courts, correcting serious deficiencies (such as violations of the right to a fair trial) and, wherever possible, ensuring the uniformity of the lower courts’ case law.²¹ The statutory enumeration of cassation grounds is also adapted to this purpose (Section 431 CCCP – cassation on grounds of nullity as enumerated in Section 420 CCCP; Section 432 CCCP – cassation on grounds of incorrect legal assessment in the case law situations referred to in Section 421 CCCP).

2. Do deficiencies in the appellate court’s reasoning fall under one of the cassation grounds?

This paper deals with the deficiencies in the reasoning of the contested decision. The cassation proceedings are particular in that they consist in reviewing a final decision that either has concluded the proceedings as a whole or has definitively resolved a particular issue relevant to the proceedings.²² It is only natural then that the scope of review in the cassation proceedings (as compared with the appellate proceedings) will be restricted.

Deficiencies in the reasoning of the appellate court’s decision are not expressly included among the cassation grounds (more precisely among the deficiencies rendering the decision null). However, violation of the right to a fair trial is defined as a deficiency rendering the decision null in those situations where the court applied incorrect procedure and by so doing has to a relevant extent prevented a party from exercising their procedural rights (Section 420 lit. f) CCCP). The right to a proper statement of reasons is an indisputable part of the right to a fair trial and its violation in the relevant intensity (as stated above) renders the decision unreviewable or even arbitrary. The author of this article considers it natural and necessary that

²¹ According to Section 8 par. 3 of Law no. 757/2004 on Courts, as amended, the Supreme Court shall ensure uniform interpretation and application of laws and other generally binding legal regulations through its own case law and by adopting opinions on the harmonization of the interpretation of laws and other generally binding legal regulations and by publishing final court decisions of fundamental importance in the Collection of Opinions of the Supreme Court and Decisions of the Courts of the Slovak Republic.

²² For example, the issue of entitlement to reimbursement of costs of proceedings (see decision of the Constitutional Court no. I. ÚS 257/2018 of 15 August 2018 and judgment of the Constitutional Court no. I. ÚS 387/2019 of 2 April 2020).

this deficiency should be remediable within the system of ordinary courts, since the protection of fundamental rights is also and primarily the task of ordinary courts.

Under the previous legislation (Law no. 99/1963 Civil Procedure Code, as amended, hereinafter "CCP"), the cassation grounds were regulated in Section 241 par. 2 and included nullity grounds referred to in Section 237 CCP, other deficiencies of the proceedings which resulted in an incorrect decision in the case, and incorrect legal assessment of the case. The controversy existing at the time on whether deficiencies in the reasoning of the decision constituted nullity of the proceedings under Section 237 par. 1 lit. f) CCP ("the party was deprived of the opportunity to be heard by the court by the manner in which the court proceeded in the case") or rather should have been considered "other deficiency" under Section 241 par. 2 CCP²³ was resolved in a binding manner by the opinion of the Civil Division of the Supreme Court of the Slovak Republic of 3 December 2015 published in the Collection of Opinions of the Supreme Court and Decisions of the Courts of the Slovak Republic No. 1/2016 under No. 2 (R 2/2016). This happened shortly before the repeal of the old code during the *vacatio legis* of the new and current Code of Civil Contentious Procedure.

The guiding principle of Opinion R 2/2016 reads as follows: "Unreviewable decisions suffer from so-called "other deficiency" within the meaning of Section 241 par. 2 lit. b) CCP. Exceptionally, if the written version of the decision fails to provide even rudimentary explanation of the reasons for the court's decision, this may render the cassation recourse admissible pursuant to Section 237 par. 1 lit. f) CPP." The Civil Division of the Supreme Court thus concluded that only extremely unreviewable decisions may lead to nullity and this only includes cases in which the written version of the decision fails to provide even rudimentary explanation of the reasons for the court's decision. However, according to the case law of the European Court of Human Rights, this only covers exceptional situations where the inadequacy of the reasoning lies in deficiencies of "the most fundamental importance for the judicial system" or "fundamental, gross and substantial deficiencies", or where it is necessary to quash the contested decision in order to correct judicial errors and miscarriages of justice. Only decisions marked by such serious deficiencies in the reasoning may reach the intensity necessary to exceed the boundaries of the so-called "other deficiency". The second important line of argument is the strict distinction between the court's conduct of proceedings and its decision. In that sense, decisions do not constitute conduct of proceedings and therefore the court does not conduct the proceedings in giving reasons for the decision. Therefore, the court cannot commit a procedural error in giving reasons for the decision.

We find the Supreme Court's opinion to be somewhat inconsistent in both its lines of argument. First, we understand the effort to distinguish the intensity of deficiencies in the reasoning, but even the "mere" unreviewability referred to in the first sentence of the opinion nevertheless arises because the decision does not contain an explanation of the cardinal reasons for the decision. If the reasoning of the decision were deficient only in minor respects (failure to state reasons on a minor point or stylistic inadequacies), it would not be classified as

²³ In the past, the Supreme Court and the Constitutional Court both produced divergent case law. In some cases, the Supreme Court took the view that insufficient reasoning of the decision constituted violation of the right to a fair trial (for example no. 4 Cdo 171/2005 of 27 April 2006, no. 7 Cdo 134/2011 of 27 November 2012, no. 6 Cdo 209/2013, no. 4 Cdo 319/2013 and no. 1 Cdo 253/2013). In other cases, it considered the insufficient reasoning of the decision as covered by the "other deficiency" ground, for example, in no. 2 Cdo 5/1997 of 28 August 1997 (also published in the Collection of Opinions of the Supreme Court and Decisions of the Courts of the Slovak Republic as R 111/1998), and in no. 3 Cdo 176/2013, no. 7 Cdo 86/2012 and no. 1 ECdo 10/2014. The Constitutional Court sometimes upheld the "other deficiency" line of case law (e.g. decision no. I. ÚS 184/2010 of 27 May 2010, decision no. IV. ÚS 481/2011 of 10 November 2011, decision no. III. ÚS 148/2012 of 3 April 2012, judgment no. III. ÚS 551/2012 of 30 January 2013, decision no. IV. ÚS 90/2013 of 14 February 2013, decision no. III. ÚS 1/2015 of 14 January 2015, decision no. I. ÚS 364/2015 of 26 August 2015, judgment no. II. ÚS 184/2015 of 11 November 2015), while in other cases it prioritised the right to a fair trial (e.g. judgment no. I. ÚS 226/03 of 12 May 2004, judgment no. II. ÚS 261/06 of 13 December 2007, judgment no. II. ÚS 261/06 of 13 December 2007, judgment No. III. ÚS 198/2011 of 27 July 2011).

unreviewable in its entirety. Second, as we have stated earlier, we regard the judicial decision as a procedural act of the court and thus clearly part of the court's conduct of proceedings. This also applies to the drafting of the written version of the decision, including its reasoning. We therefore consider this distinction to be incorrect and, moreover, inconsistent, since, in the case of extreme deficiencies in the reasoning, the opinion concedes that the reasoning may be considered a case of deficiency in the court's conduct of proceedings.

The opinion tried to strike a balance with regard to the question of under which of the existing cassation grounds deficiencies in the reasoning should be classified. The result is not clearly in favour of any of them and the classification of a particular case depends on the assessment by the court of cassation of how serious the deficiencies in the appellate court's reasoning are.

It should be noted with regard to the above classification that decisions unreviewable merely to an "ordinary" extent could also be subject to review in cassation proceedings and the court of cassation could, if need be, remedy the procedural situation by quashing such decisions. However, it must also be added that unlike Section 237 CCP, the "other deficiency" ground allowed for submitting a cassation recourse only against decisions of appellate courts specified in Sections 238 and 239 CCP, which narrowed the possibilities of redressing deficiencies of unreviewable decisions in cassation proceedings.

The above approach to cassation recourse admissibility meant that unreviewable decisions, i.e. decisions objectively lacking even rudimentary explanation of their principal reasons, against which no cassation recourse was admissible because they did not reach the required degree of unreviewability, were immediately reviewed by the Constitutional Court in constitutional complaint proceedings through the prism of the right to a fair trial, instead of being reviewed by ordinary courts.

The new Code of Civil Contentious Procedure came into force on 1 July 2016 and together with two other new procedural codes replaced the old Code of Civil Procedure. The new legislation changed the wording of the original nullity ground under Section 237 par. 1 lit. f) CCP and the new Section 420 lit. f) CCCP considers as deficiency a situation where "the court, by applying incorrect procedure, has prevented a party from exercising their procedural rights to such an extent that their right to a fair trial has been violated". The new legislation thus explicitly refers to the right to a fair trial. At the same time, it should be emphasised that the new principal procedural code has left out the previous "other deficiency" reference of Section 241 par. 2 lit. b) CCP when enumerating cassation grounds.

If we compare the approach expressed in opinion R 2/2016, according to which only extremely unreviewable decisions lead to nullity and any other unreviewable decisions merely suffer from "other deficiencies", with that of the new legislation, which more clearly ties the nullity ground to a result consisting in violation of the right to a fair trial and no longer lists "other deficiencies" among cassation grounds, a crucial question arises of the impact this change has had for the admissibility of cassation recourse in those cases in which the unsuccessful appellant contests the appellate court's ruling by claiming violation of the right to proper reasoning of the decision as part of the right to a fair trial.

Does the new legislation lead to greater or more restricted availability of cassation recourse? The Supreme Court has repeatedly expressed the view that the new legislation does not warrant any departure from the conclusions of Opinion R 2/2016 and continues to dismiss any cassation recourse contesting deficient reasoning of the appellate court's decision as inadmissible under Section 447 lit. c) CCCP for challenging a decision not subject to cassation recourse. It justifies this approach with the argument that a court decision's reasoning does not constitute conduct of proceedings and refuses to examine the reasoning in cassation proceedings, sometimes

adding that unreviewable decisions may only be subject to cassation review if the reasoning is extremely deficient and the case at hand does not pass the threshold.²⁴

The current approach of the court of cassation in cases where the appellate court's decision is claimed to be unreviewable thus fails to take into account the change of the statutory wording of the relevant nullity ground and its now explicit connection to cases of violation of the right to a fair trial (in other words, the explicit emphasis on the constitutional dimension of the judicial protection to be provided), as well as the fact that the number of cassation grounds has been reduced. This approach seems dubious since the courts are obliged to interpret and apply the law in conformity with the Constitution (Art. 152 par. 4 of the Constitution). The logical consequence is that objectively unreviewable decisions which the Supreme Court considered in its Opinion R 2/2016 as merely unreviewable (without any further qualifier) and which under previous legislation were susceptible to review in cassation proceedings at least to a limited extent are currently not subject to challenge in cassation proceedings at all.

The Supreme Court's failure to change its approach with regard to deficiencies in the reasoning of court decisions has not escaped the attention of the Constitutional Court. Initially, the Constitutional Court tended not to find any unconstitutionality in the Supreme Court's insistence on the interpretation stemming from Opinion R 2/2016.²⁵ However, it has since ruled on several occasions that "the procedure" should not be interpreted to mean only the actual conduct of proceedings as carried out by the court, but should also cover the decision itself and its reasoning.²⁶ In the opinion of the Constitutional Court, when assessing the gravity of the appellate court's error, it is necessary to view the right to a fair trial comprehensively and its violation referred to in Section 420 lit. f) CCCP as a violation of any of the elements of the right to a fair trial. The reference to the "conduct of proceedings" should thus also cover the court's decision itself and all the related elements of the right to a fair trial. If the court lets the parties exercise their procedural rights but the court's reasoning then lacks any proper explanation of how the court assessed the respective means of procedural attack and defence applied by the parties, such conduct by the court does, first of all, constitute "conduct of proceedings", and secondly, it renders the exercise of the right to a fair trial a mere illusion.²⁷ As the Constitutional Court further states, when providing judicial protection, the priority is to ensure the constitutionally required standard of the right to a fair trial, not to maintain the stability of the court of cassation's case law despite a fundamental change in the legislation. The fact the new Code of Civil Contentious Procedure no longer includes the former "other deficiency" ground must have as a result that the most important part of the court's conduct of proceedings remains either not at all or only in extreme cases subject to review in cassation proceedings. The Constitutional Court sees no legitimate reason to accept such outcome of the recodification of civil procedure; on the contrary, it sees the recodification as a good reason for the Supreme Court to reconsider its own case law. The Constitutional Court thus held that the party's claim that the appellate court's decision is arbitrary may suffice for the conclusion that the court's incorrect conduct of proceedings prevented them from exercising their procedural rights to such extent that their right to a fair trial has been violated.²⁸ The recent case law of the Constitutional

²⁴ Among the many decisions, see for example 1 Cdo 202/2017, 1 Cdo 18/2018, 2 Cdo 162/2017, 2 Cdo 39/2018, 3 Cdo 173/2017, 3 Cdo 22/2018, 4 Cdo 87/2017, 5 Cdo 112/2018, 7 Cdo 202/2017, 8 Cdo 85/2018.

²⁵ Among the decisions of the Constitutional Court of the Slovak Republic taking this position, see, for example, decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic no. III. ÚS 614/2017 of 10 October 2017, decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. IV. ÚS 88/2018 of 1 February 2018, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. IV. ÚS 279/2018 of 16 November 2018.

²⁶ See, for example, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. II. ÚS 120/2020 of 21 January 2021, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. II. ÚS 169/2021 of 2 December 2021, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. II. ÚS 169/2021 of 2 December 2021.

²⁷ Judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. II. ÚS 120/2020 of 21 January 2021.

²⁸ Judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. II. ÚS 120/2020 of 21 January 2021, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. I. ÚS 116/2020 of 23 February 2021.

Court has also stabilized in the position that the distinction of the “other deficiency” under the previous legislation has become meaningless and the incorporation of the reference to the right to a fair trial in Section 420 lit. f) CCCP has not liberalized the requirements for the justification of the decision, but on the contrary, it has made them stricter. If the reasoning of a decision does not sufficiently meet the standards stemming from Art. 46 par. 1 of the Constitution and Art. 6 par. 1 ECHR, this constitutes violation of the right to a fair trial, which then results in cassation recourse being admissible under Section 420 lit. f) CCCP.²⁹ If the court’s reasoning fails to address a party’s argument potentially relevant for the decision of the case, this in itself makes the decision null, which means that the decision does not need to be “extremely unreviewable”, as envisages in the last paragraph of Opinion R 2/2016.

The Constitutional Court thus takes the view that the recodification of civil procedure has shifted the protection of human values in cassation proceedings in favour of a more substantive understanding, which in the context of this paper and the question posed in the title of this subchapter means greater availability of cassation recourse.

3. Insufficient reasoning of the contested decision of the appellate court

The appellate court is obliged to give reasons for its decision. In other words, it must explain how it conducted the proceedings, its reflections on the case and what conclusions it reached and applied. Section 220 par. 2 CCCP applies by analogy to the various components and the required quality of the reasoning, with the proviso that appellate review was (with the exceptions noted above) limited by the appeal filed.

Since the appellate court examines whether the first-instance court applied the correct procedure and reached the correct decision and its own decision constitutes a final ruling on the case, the appellate court should also provide answers to questions the first-instance court failed to address (Section 387 par. 3 first sentence CCCP) so that the decisions of both instances together provide sufficient explanation of the reasons of the case heard and concluded with a final ruling. This requires the appellate court’s decision to be examined together with the decision of the first-instance court.

The subject matter of review in cassation proceedings will then be the constitutional conformity of the manner in which the appellate court assessed the first-instance court’s decision, namely the acceptability of the confirmation or modification of the first-instance court’s decision. The appellate court’s reasoning shall be deficient if it fails to provide a sufficient basis for that review.

V. CONCLUSION

The right to a proper statement of reasons is an indispensable element of the right to a fair trial and is present at all levels of the judicial system. The manner in which judicial protection is granted must be explainable and explained in a reviewable manner. The statutory requirements for the reasoning of a decision are intelligible and implementable. The reasoning of the decision need not be ideal, but the court cannot fail to deal with facts relevant to the consideration and decision of the case, i.e. facts on which the outcome of the case depends. Such deficiencies in the reasoning make the decision unreviewable and constitute therefore violation of the right to a fair trial, with the consequence being the quashing of the decision. It must be possible even at the highest level in the judicial system to carry out such assessment, which must not be limited to cases of extreme deficiencies or total absence of the reasoning. Not even the parties’ legal certainty may excuse the opposite approach, since even legal certainty must be ensured in conformity with the right to a fair trial. We therefore consider

²⁹ See, for example, decision of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. IV. ÚS 314/2020 of 1 July 2020, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. IV. ÚS 80/2021 of 11 May 2021, judgment of the Constitutional Court of the Slovak Republic, no. I. ÚS 432/2021 of 9 November 2021.

necessary a change in approach to the examination of the reasoning of appellate courts' decisions contested in cassation proceedings.

KEY WORDS

right to a fair trial, reasoning of a court decision, reviewability of a decision, arbitrariness, nullity of a decision, material approach to administration of judicial protection

KLÚČOVÉ SLOVÁ

právo na spravodlivý proces, odôvodnenie súdneho rozhodnutia, preskúmateľnosť rozhodnutia, arbitrárnosť, zmätočnosť rozhodnutia, materiálny prístup k poskytovaniu súdnej ochrany

BIBLIOGRAPHY

1. ČOLLÁK, J.: Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (1. časť) In: Justičná revue : časopis pre právnu teóriu a prax, Roč. 72, č. 11 (2020), s. 1298-1310, ISSN 1335-6461
2. ČOLLÁK, J.: Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (2. časť) In: Justičná revue : časopis pre právnu teóriu a prax, Roč. 72, č. 12 (2020), s. 1463-1485, ISSN 1335-6461
3. ČOLLÁK, J.: Hmotnoprávne a procesnoprávne súvislosti zákazu zneužitia práva a východiská „testu“ zneužitia práva. In: Banskobystrické zámocké dni práva na tému "Identifikácia únosnej miery autonómie právnych odvetví a súčasnej potreby ich synergie" : zborník z 3. ročníka medzinárodnej vedeckej konferencie, Banská Bystrica: Vydavateľstvo Univerzity Mateja Bela v Banskej Bystrici - Belianum, 2018, s. 108-132, ISBN 978-80-5571-405-9
4. FICOVÁ, S.: Cumulative Grounds in Petitions for Appellate Review and the Right to Fair Judicial Process. In: International and Comparative Law Review, 2020, vol. 20, no. 1, pp. 304–319. DOI: 10.2478/iclr-2020-0015
5. KOLVEKOVÁ, V.: Sudcovská koncentrácia konania vo svetle budovania skutkového základu súdneho rozhodnutia v civilnom sporovom konaní. In: Studia Iuridica Cassoviensia, ročník 9, číslo 1, 2021, s. 34-43, ISSN 1339-3995. DOI: 10.33542/sic2021-1-03
6. KUŠNÍRIKOVÁ, M.: Prejednací princíp v civilnom procese. In: Zborník príspevkov z 2. ročníka Vedeckej konferencie doktorandov na Akadémii Policajného zboru v Bratislave. Bratislava, 2019, s. 222-233, ISBN 978-80-8054-824-7
7. ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Civilný sporový poriadok. Komentár. Praha: C.H. Beck, 2016, 1540 s., ISBN 978-80-7400-629-6
8. ŠTEVČEK, M., MALÁ, D.: The Re-Codification of the Slovak Civil Procedure Code with a Special Emphasis on Remedial Measures. In: International and Comparative Law Review, 13(1)/2013, pp. 121-135. Online ISSN: 2464-6601. DOI: 10.1515/iclr-2016-0063

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

doc. JUDr. Peter Molnár, PhD.

Associate Professor

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, Department of Civil Law

Kováčska 26 040 75 Košice

Phone number: + 421905405975

E-mail: peter.molnar@upjs.sk

TRESTNÉ KONANIE VO VECIACH MLADISTVÝCH PODĽA UHORSKÉHO ZÁKONNÉHO ČLÁNKU VII/1913

CRIMINAL PROCEEDINGS IN JUVENILE CASES UNDER THE HUNGARIAN 1913 ACT NO. VII

Dávid Pandý¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-06>

ABSTRAKT

Predmetom tohto článku je výskum právnej úpravy trestného konania vo veciach mladistvých podľa uhorskej právnej úpravy zo začiatku 20. storočia. Cieľom článku bolo poskytnúť štruktúrovaný pohľad na tento typ trestného konania a poukázať na jeho osobitosti v porovnaní so všeobecným procesom. Autor vymedzuje subjekty trestného konania, vyvodzuje jeho základné zásady a opisuje jednotlivé štádiá základného konania, ich účel, rozsah dokazovania pričom poukazuje i na vybrané nedostatky v aplikačnej praxi. Uvedenému zodpovedá i štruktúra tohto článku, ktorý sa delí na päť kapitol. Článok je založený najmä na využití metód analýzy, syntézy a komparácie, ktorých použitiu predchádzala heuristika vykonávaná v Budapešti, na mieste prijatia skúmanej právnej úpravy. Prínosom článku je komplexné spracovanie skúmaných procesných noriem, ktoré boli výrazom legislatívnych snáh zákonodarcu dotvoriť aj procesné normy na obraz skôr uskutočnenej reformy trestného práva hmotného vo veciach mladistvých, a to za účelom zabezpečenia výchovného a nápravného cieľa trestného konania mladistvých.

ABSTRACT

The subject of this article is an examination of the legal regulation of proceedings in criminal matters of juveniles according to the Hungarian legislation from the beginning of the 20th century. The aim of this article was to provide a structured view of this type of criminal proceeding and to point out its peculiarities in comparison with the general procedure. The author defines the procedural subjects, derives the basic principles of the proceedings and describes its various stages and their purpose, the scope of evidence, while also pointing out selected shortcomings of application practice. This is reflected in the structure of the article that consists of five chapters. The article is based mainly on the use of methods of analysis, synthesis and comparison, the application of which was preceded by heuristics carried out in Budapest, the place of origin of the legislation. The contribution of this article is a comprehensive presentation of the examined procedural norms, that were the expression of legislative efforts to complexly align the procedural laws with the previously reformed substantive criminal law of juveniles in order to ensure the educational and correctional goals of criminal proceedings in juvenile cases.

¹ JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

ÚVOD

Čoskoro po prijatí uhorského trestného zákona, zák. čl. V/1878 o zločinoch a prečinoch prirodzene vyvstala potreba pre vytvorenie kodifikácie aj na poli procesného práva. Uskutočnením tejto úlohy bol poverený, tak ako pri hmotnom práve Károly Csemegi, avšak napokon pre nemožnosť prijatia kompromisov v niekoľkých konceptuálnych otázkach bolo po predložení viacerých návrhov dielo dokončené bez neho, ale za účasti iných významných osobností právneho života akými boli Gyula Wlassics, Ferenc Vargha či Jenő Balogh.² Základným pilierom právnej úpravy v oblasti trestného práva procesného sa na území dnešného Slovenska stal výsledok týchto kodifikačných snáh, prvý pôvodom uhorský trestno-procesný kódex, zákonný článok XXXIII/1896 účinný od 1. januára roku 1900 (ďalej len trestný poriadok). Medzi základné zásady ním koncipovaného trestného konania zaraďujú³: obžalovacíu zásadu, zásadu oficiality a legality, zásadu oportunity, zásady verejnosti, ústnosti a bezprostrednosti, zásadu voľného hodnotenia dôkazov, prezumpcie nevinoty, zásadu práva na opravné prostriedky a v neposlednom rade zásadu práva na obhajobu.

Okrem verejnej obžaloby, ktorú zastupovala prokuratúra poznal trestný poriadok aj inštitút súkromnej obžaloby, ktorá sa mohla uplatniť vo forme hlavného alebo náhradného súkromného žalobcu. Trestný poriadok totiž zveroval v niektorých prípadoch právo podať a zastupovať obžalobu do rúk poškodeného. Bolo tomu tak spravidla pri menej závažných trestných činoch ako napr. ublíženie na cti, ľahké ublíženie na zdraví či porušenie listového tajomstva. Napriek tomu, že účelom tohto inštitútu bolo odbremenenie prokuratúry ako verejného žalobcu, tá bola oprávnená v ktoromkoľvek štádiu konania zastupovanie obžaloby od súkromného žalobcu prevziať. V prípade, ak prokurátor odmietol obžalobu zastupovať alebo od nej upustil, bol poškodený oprávnený v akejkoľvek trestnej veci nastúpiť na jeho miesto ako náhradný súkromný žalobca. Popri súkromnej obžalobe poznal trestný poriadok aj inštitút súkromného návrhu. V týchto trestných veciach obžalobu zastupoval verejný žalobca, ale trestné konanie mohlo začať iba na návrh poškodeného.⁴

Po prijatí hmotnoprávneho zákonného článku XXXVI/1908, resp. jeho druhej časti, ktorá položila základy osobitného trestného práva mladistvých sa javilo nevyhnutným prijať osobitnú právnu úpravu v trestných veciach týchto subjektov aj v procesnej rovine. Túto požiadavku spočiatku naplnili podzákonné právne normy a v Uhorsku boli sudy mladistvých zriadené už na základe nariadenia ministra spravodlivosti č. 20.003/1908 I.M., pričom procesné ustanovenia o konaní pred nimi obsahovalo nariadenie ministra spravodlivosti č. 27.100/1909 I.M. Komplexnú procesnoprávnú úpravu trestného konania vo veciach mladistvých napokon priniesol zákonný článok VII/1913 o súdoch mladistvých⁵ (ďalej len ZoSM) pôsobiaci vo vzťahu k trestnému poriadku ako *lex specialis*.

Pusztai uvádza, že ZoSM prvýkrát zaväzoval a viedol sudcu k spoznaniu osobnosti a osobitostí páchatel'a, a to v snahe umožniť prijatie najvhodnejšieho opatrenia na jeho záchranu. V konaní pred súdom mladistvých sa stávajú ústrednými myšlienkami výchova a záchrana páchatel'a, ktoré boli predchádzajúcemu uhorskému trestnému právu aplikovanému na mladistvých páchatel'ov úplne cudzie.⁶ Z hľadiska štruktúry sa skúmaný prameň práva delil na 7 kapitol. Upravoval nielen zriadenie súdov mladistvých a konanie pred nimi vo veciach mladistvých páchatel'ov, ale aj náležitosti výnimočného vedenia konania voči mladistvému pred riadnym súdom, postup orgánov verejnej správy vo vzťahu k priestupkom mladistvých

² BELOVICS, E. - TÓTH, M.: Bűntető eljárásjog. Tretie, aktualizované vydanie. Budapest: HVG-ORAC, 2017, s. 38.

³ KIRÁLY, T.: Bűntetőeljárás jog. 4. prepracované vydanie. Budapest: Osiris, 2008, s. 51-53.

⁴ MEZEY, B.: Magyar jogtörténet. 4. prepracované vydanie. Budapest: Osiris, 2007, s. 449. K ďalšiemu vývoju inštitútu súkromnej žaloby v medzivojnovom Československu pozri FICO, M.: Súkromná žaloba v návrhu trestného poriadku z roku 1929, In: 8. česko-slovenské právnehistorické setkání doktorandů a postdoktorandů : sborník z konference. - Brno : Masarykova univerzita, 2020, s. 108-118.

⁵ FARKAS, Á. - RÓTH, E.: A bűntetőeljárás. Budapest: CompLex, 2014, s. 420.

⁶ PUSZTAI, L.: A modern bűntetőeljárás jog kialakulása Magyarországon. Budapest: Nemzeti tankönyvkiadó, 1994, s. 46.

a taktiež aj postup súdov mladistvých vo veciach detí ktoré spáchali činy inak trestné a tým deťom a mladistvým, ktorí boli vo svojom prostredí vystavení mravnej skaze a úpadku, ale zo spáchania činu inak trestného podozriví neboli. ZoSM upravoval aj výkon niektorých opatrení a to prepustenia na skúšku a polepšovacej výchovy, a obsahoval dokonca aj hmotnoprávne normy modifikujúce a dopĺňajúce prvú trestnú novelu zavedením peňažného trestu voči mladistvému, ktorý dovŕšil 15. rok veku a disponoval potrebným majetkom alebo príjmom⁷ ako aj nového opatrenia: uzavretia na súde. Cieľom tohto článku je komplexné spracovanie základného trestného konania vo veciach mladistvých podľa vyššie vymedzenej uhorskej právnej úpravy, vrátane vymedzenia jeho subjektov, základných zásad, jednotlivých fáz, či problémov v aplikačnej praxi a to všetko s komparatívnymi tendenciami vo vzťahu k všeobecnej procesnej úprave.

1. SÚDY MLADISTVÝCH A INÉ SUBJEKTY KONANIA

Potreba vytvorenia súdov mladistvých vyplývala predovšetkým z vyššie naznačeného osobitného účelu trestného konania vo veciach detí a mladistvých, ktorým bola v prvom rade výchova dotknutého subjektu. Tomuto cieľu bolo potrebné v celom rozsahu prispôbiť a špecializovať aj súdne orgány, nakoľko všeobecné súdy sa nejavili na napĺňanie tohto účelu vhodnými. Podľa Vámbéryho bolo dôvodom jednak to, že súdy vo všeobecnom trestnom konaní plnili iné úlohy a nemali tak dostatočný priestor pre realizáciu výchovného cieľa konania ako aj to, že štát potreboval riešiť aj situáciu detí a mladistvých, ktoré sa trestných činov nedopustili, na čo všeobecný trestný súd nebol vhodný už vôbec.⁸ Podľa Lőrincza: *"Zriadenie týchto osobitných súdov mladistvých bolo naplnením potreby inštitucionalizácie preventívneho prístupu v trestných veciach mladistvých, prekonávajúce tak súdnu prax vychádzajúcu z klasickej školy, uplatňujúcu princíp pomerného trestania v závislosti od závažnosti spáchaného trestného činu."*⁹ Finkey¹⁰ ich vznik vníma ako výsledok nových trestnoprávných a penologických ideí, myšlienok individualizácie a ľudskosti, uvedomenia si potreby odlišného zaobchádzania s rozličnými skupinami páchatel'ov a tým potreby vytvorenia profylaktického súdneho konania detí a mladistvých. Ich zriadenie vníma aj v príčinnej súvislosti s poznatkami dobovej kriminológie v kontexte kriminogénnych faktorov kriminality mládeže.

Skúmaný zákonný článok zriaďoval súd mladistvých pri každej súdnej stolici, ktorá mala trestnú pôsobnosť. Minister spravodlivosti bol však oprávnený zriaďovať ho aj mimo sídla stolice, a to pri okresných súdoch, najmä z dôvodu lokálne väčšieho výskytu kriminality mládeže. Ak bol súd mladistvých zriadený pri okresnom súde, jeho územná pôsobnosť sa zhodovala s vymedzením príslušného okresu, minister spravodlivosti bol však oprávnený jeho územnú pôsobnosť rozšíriť aj o obvody ďalších, susediacich okresných súdov v pôsobnosti tej istej stolice. Do jurisdikcie súdu mladistvých zriadeného pri stolici spadalo celé územie stolice, okrem tých obvodov súdov mladistvých, ktoré boli podľa predchádzajúcej vety zriadené pri okresných súdoch.

Súd mladistvých bol vlastne personálnym substrátom na okresných súdoch alebo stolicách, ktorý bol vytváraný ministrom spravodlivosti menovaním najmenej jedného sudcu za sudcu mladistvých a to zo sudcov tohto súdu. Funkčné obdobie sudcu boli tri roky s možnosťou opätovného vymenovania. Ak sudcovi mladistvých bránila vo výkone svojej funkcie prekážka,

⁷ BALOGH, Á. - TÓTH, M.: Magyar büntetőjog, Általános rész. Budapest: Osiris, 2010, s. 363.

⁸ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. wydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 392.

⁹ LŐRINCZ, J.: A fiatalkorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle. ISSN 1417-4758, 2002, roč. 21, č. 2, s. 57-66.

¹⁰ FINKEY, F.: A Magyar büntető perjog tankönyve. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 145.

vedúci toho-ktorého súdu vymenoval jeho zástupcu, dovtedy však mohol v prípade nevyhnutnej potreby vykonať neodkladné záležitosti aj iný člen tohto súdu.¹¹

Okrem toho sa pri stoliciach zriaďovala aj rada stolice menovaná predsedom tabule, ktorá rozhodovala v oprávnom konaní na druhom stupni, ale aj v prvom stupni v prípade niektorých vecí nespádajúcich do právomoci sudcu mladistvých.¹²

Právomoc súdu mladistvých¹³ obsahovala právo a povinnosť konať a rozhodovať o:

1. **trestných činov mladistvých (zločinov, prečinov, priestupkoch)** spadajúcich do právomocí súdov (podľa § 15-18 zák. čl. XXXIV/1897 o vstupe trestného poriadku do účinnosti),
2. **priestupkoch mladistvých** spadajúcich inak do právomoci správnych orgánov, a to:
 - tuláctvo a vyhýbanie sa práci (podľa zák. čl. XXI/1913, § 1),
 - žobranie (zák. čl. o priestupkoch, § 66-68),
 - porušenie vyhostenia (zák. čl. o priestupkoch, § 70)
 - o akýchkoľvek iných priestupkoch, ak správny orgán uzná potrebu umiestnenia mladistvého do polepšovne (maď. *javítóintézet*) a z tohto dôvodu vec postúpi súdu mladistvých,
3. **priestupkoch rodičov, opatrovníkov, poručníkov** podľa § 64 a 66 zák. čl. o priestupkoch (umožnenie tuláctva a navádzanie osôb v ich starostlivosti na žobranie) a o **prečinov a priestupkoch týchto osôb spáchaných voči mladistvým a deťom**, nad ktorými vykonávali dozor alebo výchovu, o prečinov však len v tom rozsahu v akom nepresahujú právomoc okresného súdu,
4. **činov inak trestných spáchaných deťmi** (pred dovŕšením 12. roku veku),
5. **veciach detí a mladistvých, ktorí nie sú podozriví zo spáchania trestného činu**, ale sú vo svojom prostredí vystavení nebezpečenstvu mravného úpadku alebo spustnutia. V tejto súvislosti bol súd mladistvých oprávnený uložiť tzv. ochranné opatrenia, a to:
 - i. upozornenie (ZoSM § 66, bod 1): *Súd "upozorní rodiča, zákonného zástupcu alebo toho, v koho domácnosti nedospelý žije (zodpovednú osobu), aby nad ním vykonával prísnejší dohľad a vychovával ho starostlivejšie"*,
 - ii. nariadenie určitého konania (ZoSM § 66, bod 2): *vyššie vymedzeným osobám súd "nariadi, aby nedospelého pokarhali, donútili k presnému plneniu školských povinností, zadržali ho od prostredia nebezpečného pre jeho mravný rozvoj"*,
 - iii. posilnenie prostredia (ZoSM. § 66, bod 3, prvá veta): *"Ak to považuje za potrebné, môže (súd) dočasne ustanoviť patróna za účelom kontroly a dozoru nad výchovou nedospelého"*,
 - iv. zmenu prostredia (ZoSM, § 66, bod 3) a umiestnenie osoby mladšej ako 18 rokov do detského útulku, k príbuznému či spolku.

Pri ukladaní týchto opatrení hovoríme o výkone poručenskej agendy súdom mladistvých, ktorá však mala len dočasný charakter, prenechajúc prijatie konečného opatrenia poručenským úradom.

Je teda možné zhrnúť, že súd mladistvých konal vždy vo veciach detí a tých mladistvých, ktorí sa trestného činu (ešte) nedopustili a vo väčšine prípadov mladistvých, ktorí trestný čin mali spáchať.¹⁴

¹¹ Zák. čl. o súdoch mladistvých, § 2.

¹² VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 393.

¹³ Zák. čl. o súdoch mladistvých, § 3.

¹⁴ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 392.

Miestna príslušnosť súdu bola determinovaná v prvom rade miestom spáchania skutku, sekundárne bydliskom alebo pobytom zákonného zástupcu alebo poručníka a terciárne miestom, kde sa mladistvý zdržiaval. Na návrh prokurátora však bolo možné rozhodnúť o príslušnosti iného súdu, ak to vyžadoval záujem mladistvého alebo konania ako takého.¹⁵

Okrem sudcov mladistvých dopĺňali množinu subjektov skúmaného osobitného typu trestného konania: prokurátori mladistvých ako zástupcovia verejnej obžaloby, ktorých činnosti mohli pri okresných súdoch výnimočne vykonávať povereníci prokuratúry, ako aj obhajcovia ustanovení v prípade potreby ex offo. Osobitnú úlohu zohrávali v zmysle legislatívy tzv. patrónsky úradníci (maď. *pártfogó tisztviselő*) vymenovaní ministrom spravodlivosti z radov mužov a žien so skúsenosťami s patronážnou činnosťou ako aj tzv. *patróni* (ozn. aj ako spoločenský patróni - neúradné osoby), teda členovia spolkov na ochranu detí a patronážnych spolkov, resp. iné osoby vykonávajúce obdobné činnosti a to na základe poverenia súdu. Posledné dva uvádzané subjekty napomáhali činnosti súdu predovšetkým vypracovaním správy o prostredí, prispievajúc k zisteniu životných pomerov mladistvého¹⁶, napomáhajúc tak uplatňovaniu zásady individualizácie pri výbere optimálneho opatrenia ako následku delikventného konania.

Predtým než prejdeme k charakteristike procesného postupu v základnom konaní vo veciach mladistvých, vyvodíme základné zásady tohto osobitného typu trestného konania.

2. ZÁKLADNÉ ZÁSADY KONANIA

Ako sme už načrtli, vzhľadom na osobitý charakter a účel trestného konania vo veciach mladistvých, je možné vyvodit' určité osobitosti v základných zásadách tohto konania v komparácii so všeobecným trestným procesom.

Najvýraznejšou osobitosťou trestného konania mladistvých bolo uplatňovanie **zásady oportunity**, prelamujúc zásadu legality a obžalovacia zásadu.

Zásada legality vyjadrená v §§ 33 a 93 trestného poriadku, spočívala v tom, že povinnosťou prokuratúry bolo vo veciach stíhaných z úradnej povinnosti o ktorých nadobudla vedomosť, vyšetrovať a zastupovať verejnú obžalobu. Verejný žalobca (prokuratúra) bola povinná podať obžalobu a zastupovať ju v každom prípade, ktorý bolo potrebné stíhať z úradnej povinnosti za splnenia podmienok stanovených zákonom.¹⁷

Obžalovacia zásada vyjadrovalo to, že v trestnej veci mohlo súdne konanie prebiehať iba na základe obžaloby¹⁸. Počas vyšetrovania sa obžalovacia zásada neuplatňovala, nakoľko vyšetrovanie nariaďoval a riadil žalobca, v prípade hlavnej súkromnej žaloby na návrh žalobcu vedúci policajného orgánu.¹⁹

Zásada oportunity predstavovala výnimku z vyššie uvedeného, pričom jej zmyslom bolo vo všeobecnosti kladenie dôrazu na účelnosť vedenia trestného konania. Konkrétne sa vo vzťahu k zásade legality prejavovala v situáciách, kedy bolo, ako v záujme mladistvého, tak aj v záujme ochrany spoločnosti, upustenie od ďalšieho konania voči mladistvému účelnejšie ako jeho bezpodmienečné stíhanie.²⁰ Jej legislatívne vyjadrenie nachádzame v § 22 ZoSM, v zmysle ktorého bol prokurátor oprávnený odmietnuť zastupovanie obžaloby alebo od obžaloby upustiť, ak:

"1. mladistvý nemal v čase spáchania skutku úroveň rozumovej a mravnej vyspelosti potrebnej k potrestaniu,

¹⁵ Zák. čl. o súdoch mladistvých, § 4.

¹⁶ FARKAS, Á. - RÓTH, E.: A büntetőeljárás. Budapest: CompLex, 2014, s. 420.

¹⁷ ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, I. kötet. Budapest: Athenaeum, 1915, s. 263.

¹⁸ Trestný poriadok, § 1.

¹⁹ ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, I. kötet. Budapest: Athenaeum, 1915, s. 259.

²⁰ ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, II. kötet. Budapest: Athenaeum, 1917, s. 332.

2. *ak je spáchaný skutok nepatrne zanedbateľnej závažnosti a v záujme budúceho spávania mladistvého a jeho mravného rozvoja sa považuje za vhodné upustiť od trestného konania.*" Limitácia zásady legality bola nepochybne v neprospech poškodeného. Na kompenzáciu tohto stavu mohol slúžiť inštitút náhradnej súkromnej žaloby.

Vo vzťahu k obžalovacej zásade pozorujeme prelom aj v tom, že konanie pred súdom nebolo závislé od obžaloby, a určité (výchovné) opatrenia mohol súd uložiť aj v prípade jej absencie. Zásada obžaloby ostala zachovaná v tom rozsahu, že bez obžaloby súd nemohol vysloviť vinu a uložiť opatrenia trestnej povahy.²¹

Osobitý charakter trestného konania mladistvých sa prejavoval aj v obmedzení **zásady verejnosti** v konaní pred súdom. Ako hlavné negatívum tejto zásady označuje Angyal²² to, že *"v mnohých prípadoch má publicita negatívne dôsledky na obžalovaného, nakoľko zverejnením diskretných detailov jeho, ako aj jeho rodinu vykresľuje v zlom svetle a nespravodlivo obžalovaných vystavuje na pranier."* Opisované negatívne dôsledky je v prípade mladistvých potrebné brať do úvahy zvlášť citlivo.

Potreba prelomenia zásady verejnosti v trestných konaniach vedených proti mladistvým našla svoje vyjadrenie predovšetkým v procesných normách upravujúcich súdne pojednávanie a to v prípadoch, kedy by verejné prejednanie veci bolo v rozpore s výchovným cieľom trestného konania. V rozpore s týmto cieľom sú nepochybne verejným pojednávaním vyvolávané pocity hanby, či riziko "návodu" pri prítomnosti iných mladistvých na pojednávaní. Súd preto mohol v zmysle § 26 ZoSM *"podľa svojej úvahy verejnosť vylúčiť"*, pričom verejnosť mohli navyše tvoriť iba niektoré právnu normou vymedzené subjekty. Súd bol oprávnený nad tento rámec povoliť ďalším osobám účasť na pojednávaní len ak preukázali oprávnený záujem na trestnej veci. Voči uzneseniu o vylúčení alebo obmedzení verejnosti opravný prostriedok nebol prípustný. Zvláštnym vyjadrením obmedzenia zásady verejnosti bol zákaz zverejňovania informácií o ktoromkoľvek štádiu trestného konania bez predchádzajúceho povolenia. To sa nevyžadovalo v prípade odborných právnych publikácií či inej tlače vedeckého charakteru.²³ Aj v prípade jeho udelenia (ako aj v prípadoch kedy sa povolenie nevyžadovalo) však mladistvého nebolo možné v tlači označovať ani len jeho iniciálami. Zásada verejnosti musela v tomto smere ustúpiť, berúc na zreteľ "budúcnosť" mladistvého.²⁴ Takto modifikovanú zásadu verejnosti označujeme ako **zásadu relatívnej verejnosti** konania.

S relatívnou verejnosťou konania tiež súvisí aj oprávnenie súdu vylúčiť mladistvého z tej časti pojednávania, ktorá by naňho mohla mať negatívny vplyv, ako aj povinnosť súdu vykonávať pojednávania vo veciach mladistvých oddelene tak, aby sa mladiství nemohli dostať do kontaktu s dospelými obžalovanými.²⁵ Snaha zákonodarcu mladistvého ochrániť nie len pred zhubným vplyvom niektorých sankcií (trest odňatia slobody ako *ultima ratio*) ale aj pred negatívnym vplyvom samotného trestného konania je zreteľne prítomná v celom procesnom predpise. V tejto súvislosti preto vyvodzujeme **zásadu ochrany mladistvého** v trestnom konaní.

O modifikácii môžeme hovoriť aj v prípade **zásad ústnosti a bezprostrednosti** a to z dôvodu, že ZoSM umožňoval skončiť konanie bez formálneho pojednávania uznesením za splnenia zákonných podmienok. Tento postup charakterizujeme v konkrétnostiach nižšie.

Okrem už uvedeného je možné hovoriť aj o špecifickosti **zásady zabezpečenia práva na obhajobu**, pretože záujmom obhajcu v zásade nemalo byť oslobodenie mladistvého alebo

²¹ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 399.

²² ANGIAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, I. kötet. Budapest: Athenaeum, 1915, s. 279.

²³ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 401.

²⁴ Dôvodová správa Ministerstva spravodlivosti k Zák. čl. VII/1913, Corpus Iuris Hungarici, 1913 évi törvények. Budapest: Franklin-Társulat, § 13.

²⁵ vid' § 25 a 27, ods. 2 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

uloženie mu čo najnižšieho trestu ale to, aby došlo k určení najvhodnejšieho opatrenia na čo najefektívnejšie mravné pretvorenie a záchranu mladistvého. Obhajca mal preto sledovať v podstate ten istý "konečný cieľ" ako prokurátor a sudca.²⁶ Ani prokuratúra totiž (aj v kontexte vyššie popísanej zásady oportunitity) nemala mať v princípe za cieľ v týchto konaniach bezpodmienečne uplatňovať trestnoprávny "nárok" štátu voči obvinenému, ale taktiež sa mala pokúšať o záchranu mladistvého.²⁷

V ďalšom texte sa budeme venovať charakteristike procesného postupu v základnom konaní vo veciach mladistvých, ktoré rozdeľujeme na tri fázy: predprípravné konanie, prípravné konanie a súdne pojednávanie.

3. PREDPRÍPRAVNÉ KONANIE

Za prvú fázu základného konania vo veciach mladistvých považujeme tzv. predprípravné konanie. Z textu právnej normy vyplýva, že „...*podozrenie o spáchaní trestných činov mladistvými [vymedzených v § 3] je potrebné oznámiť na súdoch mladistvých. Oznámenie vykonané na iných úradoch je súdu mladistvých potrebné postúpiť.*²⁸ *Podozrenia o spáchaní trestných činov mladistvými, o ktorých súd mladistvých získal vedomosť, či už priamo alebo postúpením, bezodkladne oznámi prokurátorovi mladistvých za účelom podania návrhu na vyšetrovanie. Súd však ale môže vykonať neodkladné opatrenia vo vzťahu k mladistvému aj do času, kým prokurátor predloží svoj návrh.*“²⁹

Možnosť podať trestné oznámenia o spáchaní trestných činov mladistvými koncentroval zákonodarca primárne priamo na súdy mladistvých, ale právna norma nevyklúčovala ich podanie ani u iných orgánov, v praxi najmä na polícii, ktoré však boli povinné trestné oznámenia súdom mladistvých postúpiť. Nadobudnutie vedomosti súdu alebo iného orgánu o podozrení zo spáchania trestného činu mladistvým bolo právnou skutočnosťou spôsobujúcou začatie trestného konania ako takého. Od tohto momentu, až po začatie vyšetrovania ako obsahu prípravného konania, hovoríme o predprípravnej fáze trestného konania. Potrebu rozlišovania tejto samostatnej fázy odôvodňujeme:

1. predovšetkým jej osobitým účelom, ktorým bolo prijatie rozhodnutia prokurátora o podaní alebo nepodaní návrhu na vyšetrovanie ako aj

2. danosťou oprávnení súdu na vykonanie neodkladných opatrení už od začatia trestného konania, teda ešte pred začatím vyšetrovania.

Neodkladnými opatreniami rozumieme: objektivizáciu stôp, zabezpečenie dôkazov a vykonanie ochranných opatrení vo vzťahu k mladistvým³⁰, ktoré pre potreby tohto článku budeme ďalej označovať ako procesné ochranné opatrenia. Práve uloženie a výkon procesných ochranných opatrení na záchranu mladistvého zákonodarca prioritizuje pred formálnym vybavením trestného oznámenia³¹ a tým odôvodňuje potrebu procesnej aktivity súdu už v predprípravnom konaní. Vzhľadom na možnosť ukladania a výkonu procesných ochranných opatrení ešte pred začatím vyšetrovania budeme týmto nástrojom venovať bližšiu pozornosť na tomto mieste.

Procesné ochranné opatrenia, ako nástroje súdu na čo najskoršie odstránenie zhubných vplyvov na mladistvého rozdeľujeme do dvoch skupín na: 1. opatrenia bez premiestnenia, 2. opatrenia s premiestnením.

²⁶ ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, II. kötet. Budapest: Athenaeum, 1917, s. 333.

²⁷ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. wydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 399.

²⁸ § 14 ods. 1 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

²⁹ Tamtiež, § 14 ods. 2.

³⁰ ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, II. kötet. Budapest: Athenaeum, 1917, s. 342.

³¹ Dôvodová správa k § 14 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

Ad 1. Súd bol oprávnený ponechať mladistvého v starostlivosti osôb, u ktorých žil doposiaľ a súčasne uložiť mladistvému za účelom kontroly a dozoru patróna. V tomto prípade hovorí Angyal o *posilnení prostredia*.³²

Ad 2. Ak bol fyzický a mravný stav mladistvého vystavený nebezpečenstvu, súd bol oprávnený ho po dobu trvania trestného konania z jeho doterajšieho prostredia vymaniť a umiestniť ho do prostredia:

- a) spoločného príbuzného alebo inej vhodnej osoby,
- b) spolku na ochranu detí či patronážneho združenia,
- c) štátnej polepšovne alebo štátneho detského azylu,
- d) súdnej väznice.

Ad 2d) Vymanenie mladistvého z jeho škodlivého prostredia a umiestnenie ho do súdnej väznice predstavovalo ochranné opatrenie *ultima ratio*. Prichádzalo do úvahy len vtedy, ak opatrenia vymedzené v bode 1 a bode 2 a-c neprichádzali do úvahy najmä z dôvodov:

- veku mladistvého, jeho mravného skazenia, nebezpečnej povahy,
- ak sa v blízkosti mladistvého nenachádzal vhodný subjekt na jeho opatrovanie. Osobitý charakter tohto opatrenia zvyrazňovala aj jeho časová obmedzenosť, nakoľko toto umiestnenie nesmelo prekročiť 15 dní. Líšilo sa tým od ostatných opatrení, ktorých účinnosť trvala po celý čas trvania trestného konania, ak ich súd nezrušil už skôr. Vo výnimočných prípadoch bolo možné túto dobu na návrh prokurátora predĺžiť o jeden mesiac na základe rozhodnutia Rady stolice (maď. *törvénytészéki tanács*). Ustanovenia o väzbe nebolo voči mladistvým prípustné použiť.³³

4. PRÍPRAVNÉ KONANIE

V zmysle ZoSM: "*Súd následne na základe návrhu prokurátora alebo na základe návrhu súkromného žalobcu nariadil vyšetrowanie, ktoré následne súd realizoval a riadil v súčinnosti s policajnými orgánmi.*"³⁴ Nariadením vyšetrowania sa začala druhá fáza základného trestného konania a to vlastné prípravné konanie. Vyšetrowanie sa nenariaďovalo *ex offio*, ale iba na základe relevantného návrhu a to buď zo strany prokuratúry, alebo v prípade vybraných trestných činov, na základe návrhu hlavného súkromného žalobcu, alebo v prípade odmietnutia zastupovania veci prokuratúrou, na základe návrhu náhradného súkromného žalobcu.

Na rozdiel od všeobecného trestného konania, vyšetrowanie nevedla prokuratúra či policajný orgán, ale samotný sudca mladistvých.³⁵ Koncentráciu prakticky celého trestného konania od jeho začiatku až do jeho skončenia v rukách sudcu mladistvých odôvodňoval³⁶ zákonodarca potrebou získania uceleného obrazu o mladistvom zo strany súdu, a to v záujme schopnosti určenia najvhodnejšieho opatrenia na jeho záchranu. Uvedené platí o to viac, že posúdiť psychologické osobitosti mladistvého nie je možné vždy len na základe objektívne merateľných údajov. Vámbéry však hodnotí, že pre preťaženosť prokuratúry často trvalo týždne až mesiace kým sa sudca mohol reálne začať mladistvým zaoberať.³⁷

Ďalej tiež uvádza, že poškodení často nepoznajú osobitné ustanovenia zákona o súdoch mladistvých podávali trestné oznámenia na políciu a aj keď §§ 14-15 zverovali celé prípravné konanie do rúk súdov mladistvých, v skutočnosti polícia odovzdávala súdu trestné oznámenie už po *de facto* skončenom vyšetrowaní. Polícia si tak v podstate vopred vykonala svoju prácu a to z dôvodu, že čakanie na doručenie uznesenia súdu by značne sťažilo zistenie skutkového

³² ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, II. kötet. Budapest: Athenaeum, 1917, s. 345.

³³ § 21 ods. 3 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

³⁴ Tamtiež § 15, ods. 1.

³⁵ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 403.

³⁶ Dôvodová správa k § 15 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

³⁷ VÁMBÉRY, R.: A fiatakoruák bírósága a háború alatt és a háború után. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917, s. 25.

stavu a zabezpečenie podozrivého.³⁸ Je však možné skonštatovať, že polícia mala na tento postup oporu v zákone, nakoľko *policajný orgán mohol v trestných veciach mladistvých vykonať bez pokynu súdu [iba] nevyhnutné vyšetrovacie úkony*.³⁹

Účelom prípravného konania bolo dospieť k relevantnému rozhodnutiu, ktoré by determinovalo ďalší postup v konaní. Subsidiárnym použitím ustanovení trestného poriadku⁴⁰ je možné konštatovať, že účelom vyšetrovania bolo rozhodnúť, či je na mieste podať obžalobu alebo nie. Predpokladom prijatia relevantného rozhodnutia bolo prirodzene vykonanie dokazovania.

4.1. Dokazovanie

Rozsah dokazovania v rámci prípravného konania môžeme rozdeliť do nasledovných kategórií:

1. subjektívne okolnosti:

- a) zistenie základných údajov o mladistvom: jeho totožnosť a vek,
- b) osobitosti (osobnosť) mladistvého, životné pomery, úroveň rozumovej a mravnej vyspelosti,

2. objektívne okolnosti: skutkový stav.

Je možné pozorovať⁴¹, že dôraz v dokazovaní v trestných veciach mladistvých bol kladený predovšetkým na objasnenie osobností mladistvého a jeho životných pomerov, teda na subjektívne okolnosti a prioritou nebolo detailné objasnenie skutku.

Vyšetrovanie uskutočňované policajnými orgánmi sa obmedzovalo len na zistenie trestného činu, a nie na zistenie rodinných a spoločenských pomerov, osobností mladistvého a jeho psychologických vlastností.⁴² Môžeme konštatovať, že policajné orgány sa obmedzovali na zisťovanie predovšetkým objektívnych okolností.

Subjektívne okolnosti zisťoval súd prostredníctvom:

1. správ a vyjadrení
2. znaleckého posudku
3. priamo

Ad 1. Súd bol ex lege oprávnený *"poveriť patrónskeho úradníka alebo inú vhodnú osobu hlásiacu sa na tento účel prípadne prostredníctvom patronážneho spolku na získanie informácií o osobnostiach mladistvého a jeho životných pomeroch"*.⁴³ Správa o prostredí bola vypracovaná metódou dotazníka a to buď patrónskym úradníkom alebo tzv. spoločenským patrónom. Patrónsky úradník bola osoba vymenovaná ministrom spravodlivosti, kým spoločenský patrón bol subjekt pochádzajúci zo spolku na ochranu detí alebo patronážneho spolku, ale aj iná osoba, ktorá vykonávala svoju činnosť na základe poverenia súdu. Medzi ich práva a povinnosti sa zaraďujú: vypracovanie správ o prostredí, prítomnosť na pojednávaní, starostlivosť o dočasné umiestnenie mladistvého, súčinnosť vo vzťahu k výkonu ochranných opatrení, resp. k umiestneniu pod domáci dozor a k výkonu prepustenia na skúšku, či dozor nad skúšobne a podmienene prepustenými mladistvými.⁴⁴ O svojej činnosti bol súdu povinný bezodkladne podať správu.

Vámbéry hodnotí⁴⁵, že správy o prostredí, ktoré by mali podať informácie o osobnostiach mladistvého a jeho životných pomeroch boli často nedostatočné, povrchné, nedôveryhodné,

³⁸ Tamtiež, s. 24.

³⁹ § 15 ods. 3 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁴⁰ § 83 Trestného poriadku.

⁴¹ VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916, s. 404.

⁴² VÁMBÉRY, R.: A fiatakoruak bírósága a háború alatt és a háború után. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917, s. 25.

⁴³ § 16, ods. 2 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁴⁴ ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, II. kötet. Budapest: Athenaeum, 1917, s. 343.

⁴⁵ VÁMBÉRY, R.: A fiatakoruak bírósága a háború alatt és a háború után. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917, s. 29.

reflektujú neodbornosť a preťaženosť patrónskeho úradníka. Často už samotný pohľad na obvineného bol v rozpore s podanou správou. Väčšina týchto správ tak bola iba krátkym zhrnutím životopisu mladistvého, bez toho, že by opisovali jeho povahu alebo aspoň údaje, na základe ktorých bolo možné posúdiť povahu mladistvého. Uvádza, že nie je postačujúce, aby správa o prostredí opisovala rodinné, hospodárske pomery mladistvého a obsahovala opis jeho doterajšieho života, ale nad rámec tohto všetkého má, opierajúc sa o zistené údaje, načrtať psychologické dojmy, ktoré v patrónskom úradníkovi mladistvý vyvolal. K niektorým sudcom boli priradovaní tzv. poldňoví patrónsky úradníci, ktorým iná doobedňajšia činnosť často bránila v prítomnosti na pojednávaní, a tak boli sudcovia často odkázaní len na predčítanie vypracovanej správy o prostredí.⁴⁶ Obdobne aj Szász⁴⁷ uvádza, že správy o prostredí sú v mnohých prípadoch neúplné alebo jednoduché, obsahujú krátke odpovede, a preto je sotva možné získať presný, čistý obraz o doterajšom živote mladistvého, o jeho sklonoch a spoločenskej situácii.

Súd bol okrem vyššie uvedeného oprávnený vyžiadať si vyjadrenie o osobitostiach mladistvého a jeho životných pomeroch aj od poručenského úradu, školy, kňaza, zamestnávateľa obvineného, lekára, resp. aj od spolkov a ďalších inštitúcií, ktoré mali vzťah k mladistvému.

Ad 2. Súd bol oprávnený uložiť vypracovanie znaleckého posudku a za týmto účelom mladistvého buď nechať vyšetriť jednému alebo viacerým znalcom alebo za týmto účelom nariadiť jeho umiestnenie do ústavu. Ak na základe znaleckého posudku trpel mladistvý fyzickou alebo duševnou poruchou, ktorá odôvodňovala potrebu osobitného prístupu k mladistvému, na túto skutočnosť muselo byť osobitne poukázané v odôvodnení konečného rozhodnutia.⁴⁸

Ad 3. K dôkazným prostriedkom zákon tiež zaraďoval výsluch mladistvého, predvolanie a výsluch jeho zákonných zástupcov, rodičov, osoby, v ktorých domácnosti mladistvý žil a iné osoby, ktoré súdu mohli poskytnúť relevantné informácie a to v procesnom postavení svedkov.⁴⁹ Zákonodarca zamýšľal poskytnúť súdu všetky možné nástroje na uskutočnenie potrebného dokazovania, čo je zvýraznené aj demonštratívnym výpočtom subjektov, ktoré môžu súdu poskytnúť potrebné informácie. Osobitné miesto spomedzi nich zastávajú rodičia, o objektivite ich výpovede však možno mať dôvodné pochybnosti. Szász uvádza, že rodičia sa hoci nevedome, stávali nepriateľom vlastných detí v dôsledku ich snahy "očistiť" svoje dieťa za každú cenu. Zvlášť matky mali sklon opisovať mladistvého ako najlepšieho a najčestnejšieho spomedzi jeho rovesníkov.⁵⁰ Táto snaha, aj keď pochopiteľná, bola v priamom rozpore so záujmom mladistvého, nakoľko znemožňovala výber vhodného opatrenia pre jeho nápravu.

V súvislosti s dokazovaním predstavovala tiež osobitosť možnosť sudcu mladistvých použiť dôkazy zhromaždené všeobecným súdom v samostatnom trestnom konaní o veci, ktorá súvisí s vecou mladistvého - spravidla v konaní vedenom voči dospelému spolupáchateľovi. Zákonodarca však dodáva, že toto oprávnenie nemalo byť podkladom pre vyčkávanie sudcu mladistvých na výsledky všeobecného konania, práve naopak, zdôrazňuje sa⁵¹ potreba prednostného a rýchleho vybavovania trestných vecí mladistvých.

⁴⁶ Tamtiež, s. 30.

⁴⁷ SZÁSZ, G.: Megfigyelések és tapasztalatok az FB. alkalmazása körében. In Bűnügyi szemle. 1915, roč. 3, č. 10, s. 440-456.

⁴⁸ § 18, ods. 2 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁴⁹ § 16 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁵⁰ SZÁSZ, G.: Megfigyelések és tapasztalatok az FB. alkalmazása körében. In Bűnügyi szemle. 1915, roč. 3, č. 10, s. 440-456.

⁵¹ Vid' dôvodová správa k § 11 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

Je možné konštatovať, že vo vzťahu k zisteniu osobitostí mladistvého a jeho životných pomerov zohrával spomedzi dôkazných prostriedkov kľúčovú úlohu patrónsky úradník ako najdôležitejší pomocný orgán súdu.⁵²

4.2. Skončenie vyšetrovania

Vyšetrovanie sa skončilo, ak bol zhromaždený dostatok údajov pre to, aby mohol súd prijať niektoré z nasledovných rozhodnutí:

- o postúpení veci príslušnému orgánu,
- o zrušení vyšetrovania: ak nebola daná potreba uloženia opatrení, ktoré bolo možné uložiť bez formálneho pojednávania a nebol daný ani dôvod na nariadenie pojednávania, alebo
- o odovzdaní veci prokurátorovi za účelom podania príslušného návrhu.

Prokurátor bol oprávnený:

1. navrhnuť postúpenie veci,

2. odmietnuť zastupovanie obžaloby, resp. od nej upustiť,

- a to jednak z dôvodov podľa trestného poriadku, teda ak:

a) nešlo o trestný čin,

b) pre nedostatok dôkazov,

- ako aj z dôvodov podľa ZoSM:

c) ak mladistvý v čase spáchania skutku nemal potrebnú úroveň rozumovej a mravnej vyspelosti,

d) ak bol spáchaný skutok nepatrne malej závažnosti a v záujme budúceho správania a mravného rozvoja mladistvého bolo vhodné upustiť od ďalšieho trestného konania.

Ako sme už naznačili vyššie, prípady c) a d) sú vyjadrením prelomenia zásady legality a uplatnenia princípu oportunity. v prípadoch a) a b) mohol nastúpiť namiesto prokurátora poškodený ako náhradný súkromný žalobca. Vigh označuje⁵³ právo prokurátora upustiť od obžaloby ak to bude v záujme rozvoja mladistvého, za najväčšie odcudzenie od princípov klasického trestného práva a poukazuje pri tom na jedinečnosť tejto úpravy v komparácii s Anglickom, Belgickom a Holandskom, kde je právo rozhodovať v otázke trestnoprávnej zodpovednosti zverené výlučne do rúk sudcu.

3. navrhnuť skončenie veci bez formálneho pojednávania alebo s formálnym pojednávaním. Skončenie veci bez formálneho pojednávania prichádzalo do úvahy ako v prípade danosti obžaloby, tak aj v prípade jej absencie. Konanie formálneho pojednávania predvídalo danosť verejnej alebo súkromnej obžaloby.

4.3. Skončenie veci bez pojednávania

Súd bol oprávnený vec skončiť **bez formálneho pojednávania** uznesením, ak *"po vyjadrení prokurátora nepovažoval v záujme rozumového a mravného rozvoja mladistvého rozhodnutie o vine a uloženie trestu za vhodné."*⁵⁴ V úvode je dôležité opätovne poznamenať, že súd bol oprávnený postupovať podľa tohto ustanovenia aj v prípade ak bola obžaloba podaná.

Zákonodarcu vychádzal zo skutočnosti, že vystupovanie mladistvého na hlavnom pojednávaní v zásade nie je v súlade s výchovným princípom zákona. Ak teda sudca už v rámci prípravného konania získal vyčerpávajúci obraz o mladistvom a o vhodnom opatrení pre jeho nápravu, a súčasne mal za to, že v danom prípade vyslovenie viny a uloženie trestu sa nejaví

⁵² Dôvodová správa k § 16 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁵³ VIGH, J.: A fiatalkori bűnözés és a társadalom. Budapest: Közgazdasági és jogi könyvkiadó, 1964, s. 44.

⁵⁴ § 23 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

vhodným, mohol konanie skončiť bez riadneho pojednávania vo forme uznesenia.⁵⁵ Súd bol v takom prípade oprávnený:

1. Aplikovať § 16 trestnej novely. Išlo o opatrenia možné uložiť mladistvým bez potrebnej úrovne rozumovej a mravnej vyspelosti, teda:

- domáci dohľad,
- domáce a školské trestanie,
- polepšovaciú výchovu

a to bez ohľadu na to, či mladistvý mal alebo nemal potrebnú úroveň rozumovej a mravnej vyspelosti potrebnej k potrestaniu. Opatrenia obsiahnuté v § 16 trestnej novely bolo možné uložiť aj v tom prípade, ak bolo trestný čin možné stíhať len na návrh poškodeného a ten podaný nebol.⁵⁶

2. Prepustiť na skúšku, kde vzhľadom na dočasnú povahu tohto opatrenia, konanie formálneho pojednávania taktiež nebolo potrebné.

3. Uložiť sudcovské uzavretie, pričom išlo o oprávnenie súdu, mladistvého držať s obmedzením alebo odopretím stravy pod dohľadom v niektorej vhodnej miestnosti súdu a to v časovom intervale od rána 8. hodiny do večera 8. hodiny v rozsahu od troch do dvanástich hodín.

4. Konanie zastaviť, (upustenie od potrestania) ak bola závažnosť skutku minimálna.⁵⁷

Zvláštnym oprávnením súdu bola v tejto súvislosti i jeho právomoc nariadiť riaditeľovi ústavu, v ktorom mladistvý vykonáva už uložený trest odňatia slobody alebo polepšovaciú výchovu, aby mu bol uložený disciplinárny trest v súlade s pravidlami toho-ktorého ústavu, a to za predpokladu, že:

- sa v prebiehajúcom konaní prejednáva prečin alebo priestupok zanedbateľnej závažnosti a
- iné opatrenie sa nejavilo byť vhodnejším.

Uloženie disciplinárneho opatrenia pritom nevyvolávalo potrebu zmeny pôvodného rozhodnutia o uložení polepšovacej výchovy alebo trestu odňatia slobody.

Vámbéry však poukazuje na to, že prípravné konanie nezabezpečovalo dostatočné spoznanie mladistvého a to bolo jedným z dôvodov, prečo nebolo rozhodnutie bez formálneho pojednávania často využívané.⁵⁸

5. SÚDNE POJEDNÁVANIE

V prípade, ak súd nevybavil vec bez formálneho pojednávania, hovoríme o prechode do tretej fázy základného konania a to nariadením formálneho súdneho pojednávania. Dôvodom jeho nariadenia boli v zásade dve situácie:

- súd v prípravnom konaní nezískal dostatok informácií pre prijatie žiadneho rozhodnutia,
- súd v prípravnom konaní získal dostatok informácií pre prijatie rozhodnutia, avšak dospel k záveru, že mladistvému je potrebné uložiť také opatrenie, ktoré bez formálneho pojednávania uložiť nie je možné.⁵⁹

Môžeme konštatovať, že vykonaním pojednávania sa v plnom rozsahu naplňala zásada ústnosti a bezprostrednosti. Okruh dokazovania bol podľa nášho názoru rovnaký ako v prípravnom konaní - právna norma však kládla osobitý dôraz na dokazovanie subjektívnych okolností, teda: osobitostí mladistvého, jeho životných pomerov a úrovne rozumovej a mravnej

⁵⁵ Dôvodová správa Ministerstva spravodlivosti k Zák. čl. VII/1913, *Corpus Iuris Hungarici*, 1913 évi törvények. Budapest: Franklin- Társulat, s. 46.

⁵⁶ ANGYAL, P. - DEGRÉ, M.: *Anyagi és alaki büntetőjog*, II. kötet. Pécs: Bűnügyi Szemle kiadása, 1917, s. 445.

⁵⁷ § 23, ods. 1 Zák. čl. o súdech mladistvých.

⁵⁸ VÁMBÉRY, R.: *A fiatalkorúak bírósága a háború alatt és a háború után*. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917, s. 27.

⁵⁹ Vid'. dôvodová správa k § 24 Zák. čl. o súdech mladistvých.

vyspelosti⁶⁰. Inými slovami: primárnym cieľom dokazovania bolo spoznať pomery mladistvého za účelom určenia vhodného opatrenia na jeho nápravu, pričom pre čo najdôslednejšie dosiahnutie tohto cieľa ponúkalo najvhodnejšiu pôdu kontradiktórne súdne konanie. Vámbéry však na margo toho v roku 1917 poznamenáva, že ani formálne pojednávanie neumožňovalo spoznanie mladistvého a to z dôvodu preťažnosti súdov, kedy na jeden prípad pripadalo priemerne 20-25 minút, ktorých prevažnú časť zaberalo posúdenie skutkového stavu a výsluch svedkov.⁶¹ Potvrďuje to aj Szász⁶², ktorý uvádza, že sudcovia mladistvých boli zaťaženi inými povinnosťami a veciam mladistvých boli schopní venovať len menšiu časť svojho času. Veci mladistvých vybavovali iba ako "vedľajšiu" aktivitu a na organizáciu pantrónážnej činnosti nemali vôbec čas. Mladistvým sa venovali iba vo vyhradených dňoch a boli odkázaní iba na oboznámenie sa s vecou *ex actis*.

Medzi dôkazné prostriedky slúžiace na preukázanie subjektívnych okolností zaraďujeme najmä výsluch:

1. **patrónskeho úradníka alebo patróna**, teda osoby, ktorá bola poverená zisťovaním osobných pomerov mladistvého,
2. **osôb z blízkeho prostredia mladistvého** a to:
 - zákonného zástupcu mladistvého, alternatívne iného blízkeho príbuzného, pričom druhého uvádzaného za kumulatívneho splnenia nasledovných podmienok:
 - býva alebo zdržiava sa v mieste sídla súdu alebo v jeho blízkosti,
 - výsluch zákonného zástupcu by bol spojený s väčšími ťažkosťami alebo by z iného dôvodu nebol vhodný.
 - osoby, v ktorej domácnosti mladistvý žije a ak je to potrebné, tak aj
 - iných osôb, ktoré môžu podať relevantné informácie o mladistvom.

Osobitosťou bola absencia práva svedkov odprieť výpoveď z titulu príbuzenského vzťahu pokiaľ ide o okolnosti potrebné k ustáleniu subjektívnych okolností.⁶³ Právo výpoveď odprieť však bolo dané ak by vypovedaním o týchto okolnostiach hrozila svedkovi značná škoda alebo hanba.⁶⁴

3. výsluch znalcov.

Ako sme už naznačili v podkapitole o základných zásadách, súd bol oprávnený podľa svojej úvahy z pojednávania vylúčiť verejnosť.⁶⁵ Osobitosťou pritom bolo to, že aj v prípade verejného pojednávania mohli „verejnosť“ tvoriť iba: členovia úradov, patronážnych spolkov, resp. spolkov na ochranu detí, advokáti, náhradní advokáti, advokátsky koncipienti a právny asistenti. Nad rámec tohto výpočtu mohol súd povoliť účasť iných dospelých osôb preukazujúcich oprávnený záujem na veci.

Ako sme už tiež skôr uvádzali, súd bol oprávnený nariadiť, aby sa obvinený počas určitej časti pojednávania vzdialil z pojednávacej siene, ak by mohol mať podľa uváženia súdu jeho nasledujúci priebeh naňho nepriaznivý vplyv. Medzi potenciálne nevhodné etapy pojednávania podľa právnej normy patrili výsluch osôb z blízkeho prostredia mladistvého a prednesenie obhajoby. Išlo však iba o demonštratívny výpočet a aplikácia tejto právnej normy bola ponechaná na úvahe súdu. Výsledky výsluchov a iného dokazovania uskutočneného v neprítomnosti mladistvého mohol súd neskôr mladistvému vhodným spôsobom oznámiť, ak to považoval za prínosné pre účel konania alebo záujem obžalovaného.⁶⁶

⁶⁰ § 28, ods. 2 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁶¹ VÁMBÉRY, R.: A fiatakoruák bírósága a háboru után. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917, s. 28.

⁶² SZÁSZ, G.: Megfigyelések és tapasztalatok az FB. alkalmazása körében. In Bűnügyi szemle. 1915, roč. 3, č. 10, s. 440-456.

⁶³ § 29 Zák. čl. o súdoch mladistvých v spojení s § 205 Trestného poriadku.

⁶⁴ § 208 Trestného poriadku.

⁶⁵ § 26 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

⁶⁶ § 27 Zák. čl. o súdoch mladistvých.

Po skončení dokazovania na súdnom pojednávaní bol prokurátor povinný predniesť návrh, v ktorom uviedol, aké opatrenie považuje za vhodné v prospech obžalovaného. V tejto otázke boli podľa zákona oprávnení vyjadriť sa i obhajca, zákonný zástupca, rodič, patrón a patrónsky úradník.⁶⁷

Súd mohol po vykonanom dokazovaní na pojednávaní rozhodnúť:

1. rozsudkom a

- spod obžaloby mladistvého oslobodiť, alebo
- vysloviť jeho vinu a uložiť: pokarhanie, väzenie, štátne väzenie, uzavretie alebo peňažný trest.

2. uznesením

- uložiť opatrenia, ktoré mohol uložiť aj bez formálneho pojednávania, alebo
- konanie zastaviť.

Ak súd hodlal skončiť viacero prebiehajúcich konaní jedným rozhodnutím a podľa predchádzajúceho odseku bolo potrebné rozhodnúť z časti rozsudkom a z časti uznesením, súd rozhodol rozsudkom.

Dobová literatúra poukazuje na to, že zásadu individualizácie je potrebné vnímať nie len vo vzťahu k výberu vhodného opatrenia pre nápravu mladistvého, ale aj v kontexte potreby individuálneho prístupu sudcu pri styku s ním, okrem iného aj pri vyhlasovaní rozhodnutí, ktoré sa mladistvého týkajú. Vámbéry uvádza, že v niektorých prípadoch si výchovný cieľ vyžaduje neformálny, inokedy zas slávnostný formálny prístup sudcu. Poukazuje na prípad, kedy súd mladistvého prepustil na skúšku a uznesenie vyhlásil v celom jeho formálnom znení, po čom sa následne opýtal mladistvého či mu porozumel. Hoci ten odpovedal kladne, sudcu viedli pochybnosti o úprimnosti odpovede k tomu, že mladistvému povedal: "znamená to, že jeden rok nesmieš spáchať trestný čin." Vámbéry zdôrazňuje, že „nie je jednoduché nájsť ten správny tón, ktorý si vyžaduje osobnosť daného mladistvého, je však nepochybné, že aj toto je jedným z nástrojov, ktorých vhodná aplikácia determinuje úspech konania“.⁶⁸

6. ZÁVER

Cieľom tohto článku bolo komplexné spracovanie problematiky základného trestného konania vo veciach mladistvých na základe uhorskej právnej úpravy zo začiatku 20. storočia. Dospeli sme k záveru, že skúmaná právna úprava bola dostatočne určitá a jasná a v symbióze so všeobecným procesným kódexom aplikovaným subsidiárne ponúkala komplexné možnosti pre dosiahnutie účelu tohto osobitného trestného konania, ktorým mala byť výchova a náprava delikventného mladistvého. Problémy v aplikačnej praxi zistené z dobovej predvojnovkej spisby je možné pripísať preťaženosti justičného aparátu. Napriek uvedenému máme za to, že reformu trestného konania vo veciach mladistvých je možné právom zaradiť medzi významné výsledky zákonodarných procesov v období po rakúsko-uhorskom vyrovnaní. Svedčí o tom i moderná vedecká spisba, kedy napr. Vaskúti⁶⁹ hodnotí ako najväčší prínos ZoSM mladistvých vznik uceleného systému súdov mladistvých so špecializovanými sudcami, vďaka čomu sa stala uhorská právna úprava aktuálnou a súladnou s vtedajším európskym vývojom. Korinek⁷⁰ vníma ako pozitívum subsidiaritu trestného poriadku, teda prioritu špeciálnej úpravy ako aj možnosť skončenia veci bez formálneho pojednávania a tým obmedzenie nepriaznivých vplyvov na páchatel'a. Vigh⁷¹ vyzdvihuje širokú právomoc súdov mladistvých, v kontexte oprávnenia

⁶⁷ Tamtiež § 30

⁶⁸ VÁMBÉRY, R.: A fiatakoruák bírósága a háború alatt és a háború után. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917, s. 27.

⁶⁹ VASKÚTI, A.: A fiatakoruák bíróságára vonatkozó nemzetközi elvárások és érvényesülésük az új büntetőeljárási kódexben. In: Büntetőjogi dolgozatok Gellér Balázs születése ötvenedik évfordulójának ünnepére. Budapest: Dialóg Campus Kiadó, 2018, s. 171-184.

⁷⁰ KORINEK, L.: Kriminológia, II. kötet. Budapest: Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2010, s. 48.

⁷¹ VIGH, J.: A fiatakori bűnözés és a társadalom. Budapest: Közgazdasági és jogi könyvkiadó, 1964, s. 43.

vykonať opatrenia aj voči tým osobám, ktoré neboli podozrivé zo spáchania trestného činu.

Máme za to, že skúmanú právnu úpravu najlepšie vystihujú nasledovné kľúčové myšlienky: uvedenie si potreby špecializácie personálneho aparátu justície a uvedenie si nevyhnutnosti zisťovať osobnosť obvineného a jeho životné pomery, v záujme uplatnenia princípu individualizácie pri voľbe vhodných opatrení ako následkov jeho konania, v konečnom dôsledku vedúc k naplneniu vyššie uvedeného účelu trestného konania.

Analýzovanú procesnoprávnu úpravu vnímame predovšetkým ako prirodzenú reakciu legislatívy na skoršie zrealizovanú reformu hmotnoprávneho trestného práva mládeže. Vo svojej podstate sa však nestala iba jej nevyhnutným zrkadlovým obrazom, ale svojimi inštitútmi vytvorila kompatibilný a komplexný systém reflektujúci osobitosti juvenilnej kriminality.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

trestné právo, mladiství, konanie

KEY WORDS

criminal law, juveniles, proceeding

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, 1. kötet. Budapest: Athenaeum, 1915. 415 s.
2. ANGYAL, P.: A Magyar büntetőeljárás jog tankönyve, 2. kötet. Budapest: Athenaeum, 1917. 400 s.
3. ANGYAL, P. - DEGRÉ, M.: Anyagi és alaki büntetőjog, II. kötet. Budapest: Bűnügyi Szemle kiadása, 1917. 515 s.
4. BALOGH, Á. - TÓTH, M.: Magyar büntetőjog, Általános rész. Budapest: Osiris, 2010. 399 s. ISBN 978-963-276-181-7.
5. BELOVICS, E. - TÓTH, M.: Büntető eljárás jog. Tretie, aktualizované vydanie. Budapest: HVG-ORAC, 2017. 639 s. ISBN 978-963-258-351-8.
6. FARKAS, Á. - RÓTH, E.: A büntetőeljárás. Budapest: CompLex, 2014. 502 s. ISBN 978-963-295-062-4.
7. FICO, M.: Súkromná žaloba v návrhu trestného poriadku z roku 1929. In: 8. česko-slovenské právnehistorické setkání doktorandů a postdoktorandů : sborník z konference. Brno : Masarykova univerzita, 2020. ISBN 9788021097216, s. 108-118.
8. FINKEY, F.: A Magyar büntető per jog tankönyve. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916. 320 s.
9. KIRÁLY, T.: Büntetőeljárás jog. 4. prepracované vydanie. Budapest: Osiris, 2008. 694 s. ISBN 978-963-276-005-6.
10. KORINEK, L.: Kriminológia, II. kötet. Budapest: Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, 2010. 743 s. ISBN 978-963-9722-84-2.
11. LŐRINCZ, J.: A fiatalkorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle, roč. 21, 2002, č. 2, s. 57-66.
12. MEZEY, B.: Magyar jogtörténet. 4. prepracované vydanie. Budapest: Osiris, 2007. 515 s. ISBN 978-963-389-901-4.
13. PUSZTAI, L.: A modern büntetőeljárás jog kialakulása Magyarországon. Budapest: Nemzeti tankönyvkiadó, 1994. 87 s.
14. SZÁSZ, G.: Megfigyelések és tapasztalatok az FB. alkalmazása körében. In: Bűnügyi szemle. 1915, roč. 3, č. 10, s. 440-456.
15. VASKÚTI, A.: A fiatalkorúak bíróságára vonatkozó nemzetközi elvárások és érvényesülésük az új büntetőeljárás kódexben. In: Büntetőjogi dolgozatok Geller Balázs

- születése ötvenedik évfordulójának ünnepére. Budapest: Dialóg Campus Kiadó, 2018, s. 171-184.
16. VÁMBÉRY, R.: A fiatakoruák bírósága a háború alatt és a háború után. Budapest: Jogállam könyvtár, 1917. 90 s.
17. VÁMBÉRY, R.: A bűnvádi perrendtartás tankönyve. 3. vydanie. Budapest: Grill Károly Könyvkiadóvállalata, 1916. 472 s.
18. VIGH, J.: A fiatalkori bűnözés és a társadalom. Budapest: Közgazdasági és jogi könyvkiadó, 1964. 279 s.
19. Zák. čl. VII/1913 o súdech mladistvých
20. Zák. čl. XXXIII/1896 Trestný poriadok
21. Dôvodová správa Ministerstva spravodlivosti k Zák. čl. VII/1913, Corpus Iuris Hungarici, 1913 évi törvénycikkek. Budapest: Franklin- Társulat, 1914.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Dávid Pandy, PhD.

výskumný pracovník

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,

Právnická fakulta, Katedra dejín štátu a práva

Kováčska 30, 040 01 Košice

Telefón: + 421 55 2344131

E-mail: david.pandy@upjs.sk

HARMONISATION OF CRIMINAL LAW ACROSS THE EUROPEAN UNION AND THE ROLE OF THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE¹

HARMONIZÁCIA TRESTNÉHO PRÁVA NAPRIEČ EURÓPSKOU ÚNIOU A ÚLOHA EURÓPSKEJ PROKURATÚRY

Valéria Ružičková²

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-07>

ABSTRACT

This paper elaborates on the topic of harmonisation across the European Union in the field of criminal law, its progress to date as well as its limits and the question of the so called institutional harmonisation. It is argued that the establishment of the European Public Prosecutor's Office might contribute to further harmonisation of the criminal law across the European Union either directly or indirectly by "forcing" the Member States to adopt rules which will facilitate the cooperation and smooth functioning of national authorities in relation to the European Public Prosecutor's Office as well as in relation to authorities of other Member States.

ABSTRAKT

Tento príspevok sa venuje harmonizácii trestného práva naprieč Európskou úniou, jej doterajšiemu napredovaniu ako aj jej limitom a otázke takzvanej inštitucionálnej harmonizácii. Príspevok sa zaoberá tvrdením, že vznik Európskej prokuratúry môže prispieť k ďalšej harmonizácii trestného práva naprieč Európskou úniou buď priamo, alebo nepriamo "nútiac" členské štáty prijať opatrenia, ktoré uľahčia spoluprácu a hladké fungovanie štátnych orgánov a Európskej prokuratúry ako aj štátnych orgánov rozličných členských štátov.

1. INTRODUCTION

One of the most sensitive issues within the framework of the relationship between a state and an individual is undoubtedly that of interfering with individual's personal liberty by means of criminal law measures. The significance of this question is visible in the European Union (hereinafter referred to as "Union" or "EU") matters as well, notably in relation to the question of harmonisation of national criminal law regulation. The importance of state's ability to decide on certain questions is reflected in several decisions of constitutional courts of EU Member States as well as in the discussions regarding the harmonisation of law within such areas.

The establishment of the European Public Prosecutor's Office (hereinafter referred to as "EPPO") is undoubtedly a milestone in the EU's endeavour to protect its financial interests and combat fraud. Papers written on this topic were – taking into account the circumstances surrounding the EPPO and its current state of functioning – rather anticipating than assessing or evaluating. Since not many practical findings might be presented yet, this paper is not an

¹ This paper was written within the framework of the project "APVV-18-0421, The European Public Prosecutor's Office in Connections of the Constitutional Order of the Slovak Republic as Strengthening of the European Integration through Law."

² JUDr., PhD. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

exception. In its first part, overview of harmonisation in general as well as in the field of criminal law is presented with regard to the limits to such harmonisation. In the second part of the paper, the issue of so called institutional harmonisation is elaborated on, and it is argued that the establishment of the EPPO might contribute to further harmonisation of the criminal law across the EU either directly or indirectly by “forcing” the Member States to adopt rules which will facilitate the cooperation and smooth functioning of national authorities in relation to the EPPO as well as in relation to authorities of other Member States.

The aim of this paper is to assess and answer the question whether the establishment of the EPPO might contribute to further harmonisation of the criminal law across the European Union either directly or indirectly by “forcing” the Member States to adopt rules which will facilitate the cooperation and smooth functioning of national authorities in relation to the EPPO as well as in relation to authorities of other Member States. While doing so, it makes use of analysis of particular fields of the EPPO's functioning, identifying those which might be most affected by harmonisation and further, by means of induction, provides for – on the grounds of the partial conclusions stemming from the above-mentioned analysis – the overall assessment of the so called institutional harmonisation as well as harmonisation as such within the field of the criminal law across the EU, thus contributing to fulfilling the aim of this article.

2. HARMONISATION, APPROXIMATION OR UNIFICATION?

When discussing harmonisation, particularly with regard to the EU law, one may come across two other notions – approximation and unification. These are often used interchangeably or, although separately, with no further clarification as to their meaning. Even the legal sources are not an exception – Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter referred to as “TFEU”) uses in its Article 114(1) the term “approximation” while in the para. 4 of the very same Article the term “harmonisation”.

Unification may be considered as a process which would result in the complete replacement of particular aspects of the legal orders of the Member State with a new order adopted at the European level. Unification would mean that existing legal principles would be replaced by new principles applicable throughout all the Member States. In contrast, although harmonisation may result in the creation of a common set of rules which have the same substantive scope, the implementation of these rules utilises the legal principles and concepts familiar to each particular Member State.³

As for the approximation, this term is often used in the literature without any distinction to the term “harmonisation”,⁴ providing it with the scope identical to that above.⁵ Some of the authors, however, have tried to draw a line between approximation and harmonisation,⁶ nevertheless, their meanings and scope undoubtedly suffer from a lack of conceptualisation. Harmonisation itself suffers from certain ambiguity as well, since it may be distinguished as a minimum and maximum harmonisation, the former being a state when a directive sets minimum standards, often in recognition of the fact that the legal systems in some EU countries have already set higher standards and, in this case, EU countries have the right to set higher standards than those set in the directive, while the latter is a state when EU countries may not introduce

³ STEINER, J. and WOODS, L. *EU law*. 10th edition. New York: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-921907-0, pp. 362 – 363.

⁴ See, for example, PAKAMANTIS, M. The Need and Possibilities of Harmonisation in Criminal Law Matters in the EU. In *Public Security and Public Order*, vol. 10, 2013. ISSN 2335-2035 (online), p. 170. Available online: <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/14931/Pakamanis.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁵ In this article, the terms “approximation” and “harmonisation” might be used interchangeably, depending on which term is used in particular case in the founding Treaties or other legal sources.

⁶ See, for example, ĆEMALLOVIĆ, U. Framework for the Approximation of National Legal Systems with the European Union's Acquis: From a Vague Definition to Jurisprudential Implementation. In *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 11, 2015. ISSN 1848-9958 (online), pp. 241 – 258. Available online: <https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/200>.

rules that are stricter than those set in the directive. On the other hand, it may be distinguished as well as a total harmonisation, where no derogation is allowed from Member States except for safeguard measures, optional harmonisation, where a directive provides an option to follow either the harmonized rules or the national rules, partial harmonisation, which employs two sets of rules and generally requires cross-border transactions to be subject to Union rules, alternative harmonisation, where Member States are allowed to choose between alternative methods.⁷

Some authors consider also the principle of mutual recognition as one of the types of harmonisation.⁸ However, we perceive it more as a means of European integration rather than of harmonisation, although it is undoubtedly intertwined with the concept of harmonisation. In our opinion, mutual recognition serves only to overcome legal differences between EU Member States via mechanism that enhances cooperation between them, and such objective is similar if not the same as that of harmonisation, the means of doing so are, however, different – while harmonisation observes the aim of *changing* legal rules of EU Member States, either directly or indirectly, mutual recognition aims at *overcoming* them in a rather passive way. Nonetheless, it is true that the mutual recognition mechanism is a useful mechanism in the areas which are harmonised, yet, these are not harmonised to a full extent and mutual recognition serves as a tool for fulfilling the empty space caused by the lack of full and exact harmonisation in particular area.

Similarly, as argued by Schroeder, “*it is remarkable that mutual recognition should take priority over the approximation of national legislation by means of EU secondary legislation. Positive harmonisation of criminal law should merely be a subsidiary means of enforcing the principle of mutual recognition.*”⁹ Nonetheless, it is true that the subsumption of mutual recognition under the types of harmonisation is often visible in relation to the EU internal market,¹⁰ in which the mutual recognition serves to extend rights in opposition to EU criminal law, where it serves to reduce them transnationally.¹¹ Therefore, in internal market, the borders between mutual recognition and harmonisation are not clearly recognisable, if recognisable at all.

3. HARMONISATION OF CRIMINAL LAW ACROSS THE EU

While creating the Area of Freedom, Security and Justice, the Union committed itself to respect fundamental rights and the different legal systems and traditions of the Member States,¹² hand in hand with ensuring a high level of security through measures to prevent and combat crime, racism and xenophobia, measures for coordination and cooperation between police and judicial authorities and other competent authorities, as well as through the mutual recognition of judgments in criminal matters and, if necessary, through the approximation of criminal laws.¹³ As was already stated elsewhere,¹⁴ functional understanding of EU's legislative harmonisation leads us to conclusion that it does not serve only to reduce legal differences

⁷ See, for example, WEN, S. Less is More – A Critical View of Further EU Action towards a Harmonized Corporate Governance Framework in the Wake of the Crisis. In *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 12, no. 1, 2013. ISSN 1546-6981, p. 52. Available online: https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1424&context=law_globalstudies. For further description, see STEINER, J. and WOODS, L. *EU law*, op cit., pp. 363 – 373.

⁸ See WEN, S. Less is More – A Critical View of Further EU Action towards a Harmonized Corporate Governance Framework in the Wake of the Crisis, op cit., p. 52.

⁹ SCHROEDER, W. Limits to European Harmonisation of Criminal Law. In *EUCRIM. The European Criminal Law Associations' Forum*. 2020, no. 2, pp. 144 – 148. Available online: <https://eucrim.eu/articles/limits-european-harmonisation-criminal-law/#docx-to-html-fnref9>; <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-008>

¹⁰ STEINER, J. and WOODS, L. *EU law*, op cit., p. 360.

¹¹ SCHROEDER, W. Limits to European Harmonisation of Criminal Law, op cit.

¹² See Article 67(1) TFEU.

¹³ Article 67(3) TFEU.

¹⁴ SCHROEDER, W. Limits to European Harmonisation of Criminal Law. In *EUCRIM. The European Criminal Law Associations' Forum*, op cit.

between EU Member States but also to achieve certain policy objectives as well as an overall “European common good.” In the area of criminal law harmonisation, the policy goal of ensuring a „high level of security“ is not merely designed to meet criminal law problems arising as a side effect of a European area without internal borders, since it has a meaningful function for the EU as a whole, which has developed from a community focusing on economic objectives into a community with an individual at its centre or a „supranational living space.“ Such evolution is mirrored in EU's values and objectives laid down in the Articles 2 and 3(2) of the Treaty on the European Union (hereinafter referred to as „TEU“). Therefore, the harmonisation of criminal law might be considered as an expression of the common values of EU Member States.¹⁵

1. Legal basis and current state of criminal law harmonisation across the EU

The legal basis for the harmonisation of criminal law in the EU is laid down in several Articles of the TFEU, namely Articles 67, 82 and 83.¹⁶ These provide for harmonisation of procedural as well as substantive criminal law and several other Articles even touch upon the “institutional harmonisation” providing for the bodies responsible for the tasks which shall be vested in them in all or in the majority of EU Member States.¹⁷ Harmonisation of procedural and substantive criminal law is possible only through the means of directives and as the minimum harmonisation, that is, it shall not prevent Member States from maintaining or introducing a higher level of protection for individuals.

As for the harmonisation of procedural criminal law, according to the TFEU, judicial cooperation in criminal matters in the Union shall be based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions and shall include the approximation of the laws and regulations of the Member States in several areas. These include mutual admissibility of evidence between Member States, the rights of individuals in criminal procedure, the rights of victims of crime and any other specific aspects of criminal procedure which the Council has identified – unanimously and after obtaining the consent of the European Parliament – in advance by a decision.

In the area of cross-border evidence gathering, the Directive regarding the European Investigation Order in criminal matters¹⁸ (hereinafter referred to as “the EIO Directive”) was adopted. Nevertheless, the admissibility of evidence depends to a great extent on national legal orders, leaving the full potential of the Article 82(2) TFEU untapped. Furthermore, in line with the Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings,¹⁹ the area of rights of individuals in criminal procedure was already harmonised via 6 directives regarding the right to information in criminal proceedings,²⁰ the right to interpretation and translation in criminal proceedings,²¹ the right to access to a lawyer,²² the

¹⁵ Ibid.

¹⁶ It should be pointed out that the discussions on legal basis for criminal law harmonisation are still open. See, for example, ÖBERG, J. The Legal Basis for EU Criminal Law Legislation—A Question of Federalism? In *European Law Review*, vol. 43, no. 3, 2018. ISSN 0307-5400, pp. 366 – 393.

¹⁷ For example Article 86 TFEU.

¹⁸ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, OJ L 130, 1.5.2014, p. 1–36.

¹⁹ Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (Text with EEA relevance), OJ C 295, 4.12.2009, p. 1–3.

²⁰ Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012, p. 1–10.

²¹ Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1–7.

²² Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013, p. 1–12.

presumption of innocence,²³ procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings²⁴ and the legal aid.²⁵ However, implementation of these directives across the EU did not reach, even until now, a desirable state and the debates on further strengthening of procedural safeguards of individuals in criminal proceedings are taking place.²⁶ The area of the rights of victims of crime was harmonised by the directive establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime.²⁷

In the field of substantive criminal law, Article 83 TFEU constitutes a legal basis for its harmonisation stating that the European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis. The EU legislator may harmonise areas of crimes such as terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime and organised crime, all of them listed in the Article 83. Nevertheless, other areas of crime may be unanimously and with the European Parliament's consent identified by the Council on the basis of developments in crime, however, they shall meet the criteria set out in the paragraph 1, that is the cross-border dimension and particular seriousness resulting either from nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis.

Furthermore, if certain area was subject to harmonisation measures, minimum rules with regard to the definition of criminal offences and sanctions in the area concerned may be established by directives, however, only if the approximation of criminal laws and regulations of the Member States proves essential to ensure the effective implementation of a Union policy in such area.²⁸

With regard to the Article 83(1) TFEU, several directives were adopted concerning, *inter alia*, preventing and combating trafficking in human beings,²⁹ combating the sexual abuse and sexual exploitation of children,³⁰ attacks against information systems,³¹ protection of the euro,³²

²³ Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, OJ L 65, 11.3.2016, p. 1–11.

²⁴ Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, OJ L 132, 21.5.2016, p. 1–20.

²⁵ Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, OJ L 297, 4.11.2016, p. 1–8.

²⁶ RIEHLE, Cornelia. 10 Years after the Roadmap: Procedural Rights in Criminal Proceedings in the EU Today. *ERA Forum* 20, 2020, pp. 321 – 325. Available online: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-019-00579-5#Fn5>, <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00579-5>.

²⁷ Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012, p. 57–73.

²⁸ Article 83(2) TFEU.

²⁹ Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, OJ L 101, 15.4.2011, p. 1–11.

³⁰ Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 335, 17.12.2011, p. 1–14.

³¹ Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA, OJ L 218, 14.8.2013, p. 8–14.

³² Directive 2014/62/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by criminal law, and replacing Council Framework Decision 2000/383/JHA, OJ L 151, 21.5.2014, p. 1–8.

combating terrorism³³ and combating money laundering.³⁴ Furthermore, on the basis of Article 83(2) TFEU, directives regarding criminal sanctions for market abuse³⁵ and on the fight against fraud to the Union's financial interests³⁶ were adopted.

2. Positive and negative harmonisation in the field of criminal law

Harmonisation may have several forms and be divided into several types, one of them being so called negative harmonisation. As opposed to positive harmonisation which describes the rules adopted in order to set out requirements for what the Member States should do, negative harmonisation is reflected in the provisions which require the Member States to refrain from some action. The difference between the limits of the harmonisation and negative harmonisation stems from the fact that rules on the limits of criminal law harmonisation as well as the harmonisation in general contain restraints in relation to the action of the EU, while rules representing the negative harmonisation contain restraints of the Member States' action. The general example of the negative harmonisation may be found in the Article 4(3) TEU which requires the Member States to refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives. This way, the law across the Union might be considered harmonised not by the means of adopting legal rules to achieve EU's objectives, but to refrain from adopting the rules which may jeopardise them.

3. Limits of harmonisation of criminal law

EU legislator is, of course, not allowed to adopt harmonisation rules in the area of criminal law without any limits whatsoever. These limits may be found as an explicit rule provided for in the EU primary law, be it in relation to the harmonisation in general or to the harmonisation particularly in the area of criminal law. The latter may as well have a form of limits which forbid the criminal law harmonisation *per se* or allow for such prohibition after triggering certain mechanism.

The first and foremost, although general rule, is the principle of conferral laid down in the Article 5 TEU. Under this principle, the Union shall act only within the limits of the competences conferred upon it by the Member States in the Treaties to attain its objectives, while the competences not conferred upon the Union in the Treaties remain with the Member States. Following the rules on the division of competences between the EU and its Member States³⁷ as well as their exercise,³⁸ the Union may not adopt harmonisation measures in the

³³ Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, OJ L 88, 31.3.2017, p. 6–21.

³⁴ Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law, PE/30/2018/REV/1, OJ L 284, 12.11.2018, p. 22–30.

³⁵ Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), OJ L 173, 12.6.2014, p. 179–189.

³⁶ Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, OJ L 198, 28.7.2017, p. 29–41.

³⁷ The competences of the EU may be divided into 3 categories: exclusive, shared and supportive. As for the exclusive competences, only the Union may legislate and adopt legally binding acts in this area, the Member States being able to do so themselves only if so empowered by the Union or for the implementation of Union acts. These competences include the areas such as customs union, the establishing of the competition rules necessary for the functioning of the internal market, monetary policy for the Member States whose currency is the euro, the conservation of marine biological resources under the common fisheries policy and common commercial policy. It shall also have exclusive competence for the conclusion of an international agreement when its conclusion is provided for in a legislative act of the Union or is necessary to enable the Union to exercise its internal competence, or in so far as its conclusion may affect common rules or alter their scope. As for the shared competences, both the Union and the Member States may legislate and adopt legally binding acts in that area. The Member States shall exercise their competence to the extent that the Union has not exercised its competence and to the extent that the Union has decided to cease exercising its competence. These competences are laid down in the Art. 4 TFEU. As for the third category of competences – supporting competences, – the Union can only intervene to support, coordinate or complement the action of Member States and its legally binding acts must not require the harmonisation of EU countries' laws or regulations. Area of supportive competences are set out in the Article 6 TFEU.

³⁸ According to the Article 5 TEU, the exercise of Union competences is governed by the principles of subsidiarity and proportionality. Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within the EU's exclusive competence, it

areas it does not have the competences to act, and even if it does, it may do so only in accordance with the principles of subsidiarity and proportionality.

As for the more specific rules regarding the limits of criminal law harmonisation, these are laid down in the Articles 82 and 83 TFEU. Article 82 speaks in relation to the criminal law harmonisation about the extent which is *necessary* to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension. Furthermore, harmonisation by the means of minimum rules, as stated by the Art. 82 as well as 83, reflects the element of necessity as well. The necessity requirement is laid down also in the Article 67(3) TFEU which provides for general provisions on the Area of Freedom, Security and Justice. These rules thus mirror the principle of proportionality set out in the Article 5 TEU and may be considered as its more concrete expression.³⁹

Another limitation which stems from Articles 82 and 83 TFEU regards the form of harmonisation which may be achieved only by means of directives. These are binding only as to the result to be achieved, leaving the choice of form and methods to the national authorities.⁴⁰ Nevertheless, it must be pointed out that the Article 325 TFEU does not lay down such limitation. According to this Article, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt the necessary measures in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the Union with a view to affording effective and equivalent protection in the Member States and in all the Union's institutional framework. This is the reflection of the requirement that the Union and its Member States counter fraud and any other illegal activities affecting the financial interests of the Union through measures which shall act as a deterrent and be such as to afford effective protection. It is therefore crucial to opt for a correct legal basis for adopting measures in the area which may touch upon the matters of the criminal law.⁴¹

With regard to the substantive criminal law harmonisation, the TFEU lays down in its Article 83(1) the requirement of particular seriousness of a crime with a cross-border dimension which might also be considered as a limitation to EU criminal law harmonisation in some way. The crimes which do not satisfy this requirement, are excluded from the subject-matter of the harmonisation measures.

Another precondition for harmonisation of criminal law which has its more general counterpart in other provision of the primary law, is taking into account the differences between the legal traditions and systems of the Member States. Such requirement is laid down in the Article 82(3) TFEU and its counterpart with more general scope may be considered the Article 4(2) TEU which states that the Union shall respect, inter alia, Member States' national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government as well as their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. Although this matter is far from clear, some authors and constitutional courts of EU Member States may consider this Article as a limit to harmonisation – not only in the area of criminal law – as well.⁴² Article 83 TFEU on the harmonisation in the area of substantive criminal law across the EU does not include such explicit requirement, it may, however, among

shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can be better achieved at Union level. Under the principle of proportionality, the content and form of Union action shall not exceed what is necessary to achieve the objectives of the Treaties.

³⁹ This argument may be supported by the conclusions of W. Schroeder. See SCHROEDER, W. Limits to European Harmonisation of Criminal Law, op cit.

⁴⁰ Article 288 TFEU.

⁴¹ See, to this extent, ÖBERG, J. The Legal Basis for EU Criminal Law Legislation—A Question of Federalism?, op cit.

⁴² For example German Constitutional Court. See its Judgment of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208, paras. 251 – 253.

others, be invoked by the Member States themselves via the so called emergency brake mechanism.

Emergency brake mechanism in the area of harmonisation of criminal law is provided for by the Articles 82(3) and 83(3) TFEU.⁴³ These state that where a Member State considers that a draft directive concerning the areas in which they may be adopted according to the Articles 82 and 83 TFEU would affect fundamental aspects of its criminal justice system, it may request that the draft directive be referred to the European Council, in which case the ordinary legislative procedure will be suspended. After discussion, and in case of a consensus, the European Council shall, within four months of this suspension, refer the draft back to the Council, which, in case of a consensus, shall take into account the observations and proceed with the procedure or, if this is not the case, at least nine Member States may decide to establish enhanced cooperation in the area concerned according to the corresponding rules. The definition of the “fundamental aspects of criminal justice system” is left to the Member States alone and may be therefore subject to several different standards.

Notwithstanding the above-mentioned limitations of harmonisation in the field of criminal law, the largest and the most general is undoubtedly the will of the Member States. The lack of the Member States' will to allow for harmonisation via EU measures as a limitation of harmonisation is reflected not only in several Treaties' provisions, such as the articles laying down the emergency brake mechanisms but in the process of adopting the EU primary law as well. If there is no will to change the rules on the harmonisation possibilities in the EU legal framework, further harmonisation of national legal orders will be hardly imaginable without the discussions about the lack of legitimacy while finding the other ways around the rules currently in force.

4. INSTITUTIONAL HARMONISATION OF CRIMINAL LAW – THE ROLE OF THE EPPO

Not many articles were written on the issue of the so called “institutional harmonisation” within the EU,⁴⁴ this term thus needs further clarification. In this paper, the term “institutional harmonisation” does not represent merely the changes made within the Member States' institutions in order to comply with the obligations stemming from EU law, but rather a complex process of national law's adaptation and adjustment in situations where a new institution, body or agency of the Union is created and starts being operational, in particular with the aim of ensuring smooth cooperation and coexistence of the Union authority and corresponding national authority within EU legal space as well as when the rules on the already existing subject's functioning are amended. The same may apply when a new state accedes the Union and aligns its legislation or institutional rules with already existing institutional framework of the Union. An example, although quite narrow in comparison with possible reach of harmonisation in general, might be the need to insert a clause in the national law requiring staying of proceedings in situation when a national court needs a judgment of the Court of Justice of the EU to be delivered in order to decide a case.

Institutional harmonisation may be direct, that is, consisting of the same rules for certain areas of national institutions' functioning laid down by the EU legislator. Indirect institutional harmonisation might be defined as a state when, although the adoption of concrete rules is left for the Member States and their national law, the EU institutional framework and the rules of its functioning indirectly “force” the Member States to introduce certain changes in their legal

⁴³ As regards the emergency brake mechanism, see, for example, ROSIN, K. and KÄRNER, M. The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU. In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 26, no. 4, 2018. ISSN 0928-9569, pp. 315-334. <https://doi.org/10.1163/15718174-02604003>

⁴⁴ At least not to the author's knowledge.

systems in order to be fully compliant with the EU legislative framework. Taking into account the potential reach and influence of the institutional harmonisation, it is argued that the establishment of the EPPO will enhance further harmonisation of national legal orders in the area of criminal law, therefore contributing to the overall harmonisation of law.

In the field of substantive criminal law and in relation to the EPPO's establishment,⁴⁵ the PIF Directive⁴⁶ was adopted in 2017. One might indeed argue that it was the EPPO that was built upon the PIF Directive, taking into account particularly the fact that its establishment was first mentioned in *Corpus Juris* in 1997, while the PIF Convention – the predecessor of the PIF Directive – was adopted already in 1995.⁴⁷ However, the evolution of the legal framework of protection of EU financial interests in the area of substantive criminal law proceeded, undoubtedly, hand in hand with its evolution within the institutional framework. Furthermore, the timeline of the adoption of PIF Convention and the establishment of the EPPO is without prejudice to the fact that the EPPO's establishment and its further functioning in practice may affect the EU legislator's choices as to the changes in the PIF Directive in the future.

As for the area of cross-border investigation, according to the current wording of the EPPO Regulation, recognition and execution of cross-border investigative measures depend highly on national legal orders; recourse to the legal instruments on mutual recognition or cross-border cooperation should serve only as a supplement to specific rules provided for by the EPPO Regulation. Polák states as an example of an instrument which may not be available in purely domestic situation but may be available through application of the legal instruments on mutual recognition or cross-border cooperation an interrogation via video-conference or a phone.⁴⁸ Taking into account mostly cross-border dimension of offences affecting financial interests of the EU, these instruments might be made use of quite often, leading the EU legislator to adopt new set of rules on such mechanisms directly in the EPPO Regulation, thus avoiding the procedures under the mutual recognition regime. In the area of procedural criminal law, the same applies to the procedural rights of suspects and accused persons, which may become subject to further changes once the functioning of the EPPO and its proceedings show that they are necessary.

The debates around the EPPO's establishment further elaborated on the question of judicial review of its acts, which, too, highly depends on national legislation regarding review of the acts of prosecution. Although the EPPO Regulation does not intend the Member States to provide for review by national courts in cases where the national law of a Member State provides for the internal review of certain acts within the structure of the national prosecutor's office,⁴⁹ different treatment of EU nationals in this regard might be an impulse to adopt some

⁴⁵ EPPO was established by the Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31.10.2017, p. 1–71 (hereinafter referred to as „EPPO Regulation”). For further overview of the EPPO's establishment see, for example, BECKOVÁ, D. The European Public Prosecutor's Office: New Actor in EU Criminal Law. In *Bratislava Law Review*, vol. 4, no. 2, 2020. ISSN 2644-6359, pp. 163 – 172. Available online: <https://blr.flaw.uniba.sk/index.php/BLR/article/view/207/164>; <https://doi.org/10.46282/blr.2020.4.2.207>

⁴⁶ Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, OJ L 198, 28.7.2017, p. 29–41.

⁴⁷ For the general overview, see, for example, LIGETI, K. The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be Determined? In *European Criminal Law Review*, vol. 1, no. 2, 2011. ISSN 2191-7442, pp. 123 – 148. Available online: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5235/219174411798862569/the-european-public-prosecutor-s-office-how-should-the-rules-applicable-to-its-procedure-be-determined-volume-1-2011-issue-2>; <https://doi.org/10.5235/219174411798862569>

⁴⁸ POLÁK, P. Úřad evropského veřejného žalobce a mezinárodní justiční spolupráce ve věcech trestních. In *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*, 2019, Vol. LXV, No. 4, p. 55. ISSN 2336-6478. DOI: 10.14712/23366478.2019.38

⁴⁹ See Recital 30 of the EPPO Regulation.

minor changes.⁵⁰ As was argued elsewhere,⁵¹ such changes would be in line with the requirement of the effective judicial protection across the EU.

Introduction of such changes might be welcomed also in another regard – since the EPPO Regulation presupposes, *inter alia*, jurisdiction of the Court of Justice to give preliminary rulings concerning the validity of procedural acts of the EPPO, in so far as such a question of validity is raised before a court or tribunal of a Member State directly on the basis of EU law,⁵² it should be, in our opinion, considered to provide for legislation allowing judicial review of EPPO's procedural acts that are intended to produce legal effects vis-à-vis third parties in those Member States whose legislation provides only for the internal review of such acts within the national prosecutor's office's structure, despite the above-mentioned recital of the EPPO Regulation's Preamble. Otherwise, should a question regarding validity of procedural acts of the EPPO arise, in order for a Court of Justice to be enabled to decide on it within the preliminary procedure framework, the prosecutor deciding on a complaint or respective remedy against such act – which would be an act of another prosecutor – would have to be entitled to refer a question for a preliminary ruling to the Court of Justice. Taking into account a criterion of independence of bodies entitled to refer a preliminary question, prosecutors would most probably not be entitled to do so. The same applies to the question of interpretation of EU law.

Not adjusting legislation in the above-mentioned manner might cause not only different treatment of EU nationals but also arouse the debates regarding the need for effective judicial protection within the EU as well as the issue of ensuring the right to a lawful judge to be respected in cases where there is a question as regards interpretation of EU law and validity of certain EPPO's acts and there is no body that can refer such question to the Court of Justice. It is true that even in Member States where there is provided only for internal review within the structure of the national prosecutor's office, an individual may be entitled to lodge a complaint before a constitutional court, nevertheless, taking into account specific nature and role of constitutional court as well as – in some cases – their reluctance to refer preliminary questions to the Court of Justice, this may not be sufficient in order to ensure full effectiveness and uniform application of EU law regarding the EPPO.

Furthermore, if we consider mutual recognition only as a tool serving the harmonisation process as described above, limitation of its use may open door for adoption of more harmonisation rules instead of accepting existing rules in particular Member State. The use of mutual recognition in the EPPO Regulation is quite limited, leaving enough room for creation of a set of new rules. Nevertheless, it must be pointed out that current regime under the EPPO Regulation relies to a great extent on the national legal orders, what may undermine harmonisation efforts. However, this does not exclude the so called indirect institutional harmonisation. The fields in which it might be possible and desirable are, as was at least partially shown above, quite wide.

5. CONCLUSIVE REMARKS

Harmonisation of criminal law across the EU has undoubtedly already made several significant steps forward. Nevertheless, although the Member States are quite cautious as regards this matter, various voices are starting to echo in the discussions promoting further harmonisation. The biggest issue in this regard is that once the harmonisation process starts, it

⁵⁰ Since the situation may arise when EPPO's act regarding a national of one EU Member State may be subject of a judicial review while corresponding EPPO's act in another EU Member State regarding another national of that state may not.

⁵¹ RUŽIČKOVÁ, V. Judicial Review of the Acts of the European Public Prosecutor's Office: Possible Shortcomings and Several Considerations in Relation to the Slovak Republic and its Legislation. In *The Lawyer Quarterly*, 2021, Vol. 11, No. 4. Available online: <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/490>.

⁵² See Article 42 of the EPPO Regulation.

is difficult to separate other legal areas which were not meant to be harmonised and, what is more, sometimes those are the areas in which the complications related to the fact that there is a lack of harmonisation occur. As an example may serve the European Arrest Warrant which – among many other constitutional concerns especially in its beginnings – came across a significant obstacle in the form of different detention conditions in EU Member States. It was also for this reason that the discussion about harmonisation in the detention area emerged. As for the impact of the EPPO's establishment, an assumption may be made that it will put this issue in far bigger spotlight than it was put in before.

Critical comments emerge in the area of evidence gathering,⁵³ proposing further adoption of rules on the admissibility of evidence.⁵⁴ As for the procedural law, the need for further action at EU level to strengthen the rights of suspected or accused persons in criminal proceedings is pointed out, especially with regard to the future EPPO proceedings.⁵⁵ Therefore, the EPPO's establishment may influence these discussions to a significant extent.

We consider the scope of the area within which further harmonisation of criminal law across the EU is possible quite wide and – especially as regards the field of judicial review as well as judicial protection – we consider some changes even desirable to ensure smooth functioning of the EPPO and national authorities. Therefore, in theoretical terms, establishment of the EPPO should enhance debates and efforts on national level in order to adjust national legislation in respective manner and could, consequently, result in initiation of discussions and adoption of a general framework on the EU level.

Nonetheless, one must not forget that the EPPO was established via enhanced cooperation mechanism. That alone shows that the union of European states lacks unanimity in such sensitive matters as is the criminal law. Some of the Member States consider certain issues with regard to the field of criminal law to be very sensitive and important and therefore do not accept the idea of conferring the competence in particular areas to the Union.⁵⁶ Furthermore, it is hardly imaginable that the Member States would agree on significant changes in the area of judicial review of prosecution acts taking into account their different perception and application of principles of legality and opportunity – some issues may arise should the Member States be forced to adapt their legislation regarding the prosecution's acts which may be reviewed and thus interfere with the principle of opportunity since in some of the participating Member States, the investigation and prosecution activities of the prosecutor's office are guided by the opportunity principle and therefore there is no review provided for a decision to start an investigation, that being fully on the prosecutor's consideration.⁵⁷

On the other hand, although the Member States link the criminal law to their sovereignty and resist the EU's intervention in this area namely because of the concerns related to the level of fundamental rights protection, current situation shows that it is not necessarily the Union which may be the threat to such protection and that it may even enhance it. We should keep in mind that many of the concerns echoing across Europe relate to the detention conditions and

⁵³ See in this regard, KUSAK, M. Mutual Admissibility of Evidence and the European Investigation Order: Aspirations Lost in Reality. *ERA Forum*, 2019, pp. 391 – 400. Available online: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-018-0537-0.pdf>; <https://doi.org/10.1007/s12027-018-0537-0>.

⁵⁴ GARAMVÖLGYI, B., LIGETI, K., ONDREJOVÁ, A., VON GALEN, M. Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU. In *EUCRIM. The European Criminal Law Associations' Forum*. 2020, no. 3, pp. 201 – 208. Available online: <https://eucrim.eu/articles/admissibility-evidence-criminal-proceedings-eu/>; <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-016>.

⁵⁵ RIEHLE, C. and CLOZEL, A. 10 Years after the Roadmap: Procedural Rights in Criminal Proceedings in the EU Today. *ERA Forum*, 2020, pp. 321 – 325. Available online: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-019-00579-5.pdf>; <https://doi.org/10.1007/s12027-019-00579-5>. BECKOVÁ, D. Európska prokuratúra a práva obvinených a podozrivých osôb v trestnom konaní. In *Studia Iuridica Cassoviensia*, vol. 9, no. 2, 2021. ISSN 1339-3995, pp. 20 – 33. Available online: http://sic.pravo.upjs.sk/ecasopis/92021-2/02_Beckova_Europaska_prokurat%C3%BAra.pdf, <https://doi.org/10.33542/SIC2021-2-02>.

⁵⁶ Already mentioned German Constitutional Court.

⁵⁷ Such significant changes might, after all, result in unification should the change of principles be required.

the EU might provide for the regulation of these matters in a more sufficient way than some of the Member States do.

It should also be pointed out that the Romanian Presidency of the Council brought up several ideas on how to shape the future of the substantive criminal law in the EU and opened up the discussion about areas in which it could be necessary to broaden the regulatory framework. The outcome of the discussions was, among others, that it could be appropriate to carry out a full and thorough examination of the necessity establishing further minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in specific areas, such as, for example, environmental crimes, including maritime, soil and air pollution, trafficking in cultural goods, the counterfeiting, falsification and illegal export of medical products, non-conviction based confiscation, trafficking in human organs, manipulation of elections, identity theft, preventing the facilitation of unauthorised entry, transit and residence, in order to combat illegal immigration or to crimes relating to artificial intelligence.⁵⁸ However, another outcome was that the emphasis should be on ensuring the effectiveness and quality of the implementation of *existing* EU legislation, and more efforts should be deployed to that effect. This suggests that the Member States do not rush into adopting further harmonisation measures at this time.

It remains to be seen whether all the space provided for the possible harmonisation measures will be used. We consider it desirable and expect several changes in the Member States' legislation, otherwise the EPPO's functioning may not be as effective as intended. However, in such sensitive area, these changes will definitely not happen overnight. Nevertheless, the EPPO's establishment seems to be an excellent opportunity to discuss more about the need, effectiveness and appropriateness of further criminal law harmonisation. It may, after all, not be an idea which should be thrown away easily. However, as is very well known, "haste makes waste" and the EU Member States definitely seem to prefer the cautious approach towards this matter. Let's just hope that in this case it would be for the benefit of the Union and its citizens as well.

KEY WORDS

Criminal law, harmonisation, European Public Prosecutor's Office

KLÚČOVÉ SLOVÁ

Trestné právo, harmonizácia, Európska prokuratúra

BIBLIOGRAPHY

1. BECKOVÁ, D. The European Public Prosecutor's Office: New Actor in EU Criminal Law. In *Bratislava Law Review*, vol. 4, no. 2, 2020. ISSN 2644-6359, pp. 163 – 172. Available online: <https://blr.flaw.uniba.sk/index.php/BLR/article/view/207/164>; <https://doi.org/10.46282/blr.2020.4.2.207>
2. BECKOVÁ, D. Európska prokuratúra a práva obvinených a podozrivých osôb v trestnom konaní. In *Studia Iuridica Cassoviensia*, vol. 9, no. 2, 2021. ISSN 1339-3995, pp. 20 – 33. Available online: http://sic.pravo.upjs.sk/ecasopis/92021-2/02_Beckova_Europska_prokurat%C3%BAra.pdf , <https://doi.org/10.33542/SIC2021-2-02>
3. ČEMALOVIĆ, U. Framework for the Approximation of National Legal Systems with the European Union's Acquis: From a Vague Definition to Jurisprudential Implementation. In *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, vol. 11, 2015. ISSN 1848-9958 (online), pp. 241 – 258. Available online:

⁵⁸ Report from the Romanian Presidency. Future of EU substantive criminal law. Brussels, 28 May 2019, 9726/19. Available online: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9726-2019-INIT/en/pdf>.

- <https://www.cyelp.com/index.php/cyelp/article/view/200>;
<https://doi.org/10.3935/cyelp.11.2015.200>
4. GARAMVÖLGYI, B., LIGETI, K., ONDREJOVÁ, A., VON GALEN, M. Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU. In *EUCRIM. The European Criminal Law Associations' Forum*. 2020, no. 3, pp. 201 – 208. Available online: <https://eucrim.eu/articles/admissibility-evidence-criminal-proceedings-eu/>;
<https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-016>
 5. KUSAK, M. Mutual Admissibility of Evidence and the European Investigation Order: Aspirations Lost in Reality. *ERA Forum*, 2019, pp. 391 – 400. Available online: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12027-018-0537-0.pdf>;
<https://doi.org/10.1007/s12027-018-0537-0>
 6. LIGETI, K. The European Public Prosecutor's Office: How Should the Rules Applicable to its Procedure be Determined? In *European Criminal Law Review*, vol. 1, no. 2, 2011. ISSN 2191-7442, pp. 123 – 148. Available online: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5235/219174411798862569/the-european-public-prosecutor-s-office-how-should-the-rules-applicable-to-its-procedure-be-determined-volume-1-2011-issue-2>;
<https://doi.org/10.5235/219174411798862569>
 7. ÖBERG, J. The Legal Basis for EU Criminal Law Legislation—A Question of Federalism? In *European Law Review*, vol. 43, no. 3, 2018. ISSN 0307-5400, pp. 366 – 393;
 8. PAKAMANTIS, M. The Need and Possibilities of Harmonisation in Criminal Law Matters in the EU. In *Public Security and Public Order*, vol. 10, 2013. ISSN 2335–2035 (online), p. 166 – 180. Available online: <https://repository.mruni.eu/bitstream/handle/007/14931/Pakamanis.pdf?sequence=1&isAlowed=y>
 9. POLÁK, P. Úřad evropského veřejného žalobce a mezinárodní justiční spolupráce ve věcech trestních. In *Acta Universitatis Carolinae Iuridica*. 2019, Vol. LXV, No. 4, pp. 45 – 58. ISSN 2336-6478. DOI: 10.14712/23366478.2019.38
 10. RIEHLE, Cornelia. 10 Years after the Roadmap: Procedural Rights in Criminal Proceedings in the EU Today. *ERA Forum* 20, 2020, pp. 321 – 325. Available online: <https://link.springer.com/article/10.1007/s12027-019-00579-5#Fn5>,
<https://doi.org/10.1007/s12027-019-00579-5>
 11. ROSIN, K. and KÄRNER, M. The Limitations of the Harmonisation of Criminal Law in the European Union Protected by Articles 82(3) and 83(3) TFEU. In *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 26, no. 4, 2018. ISSN 0928-9569, pp. 315-334. <https://doi.org/10.1163/15718174-02604003>
 12. RUŽIČKOVÁ, V. Judicial Review of the Acts of the European Public Prosecutor's Office: Possible Shortcomings and Several Considerations in Relation to the Slovak Republic and its Legislation. In *The Lawyer Quarterly*, 2021, Vol. 11, No. 4. Available online: <https://tlq.ilaw.cas.cz/index.php/tlq/article/view/490>
 13. SCHROEDER, W. Limits to European Harmonisation of Criminal Law. In *EUCRIM. The European Criminal Law Associations' Forum*. 2020, no. 2, pp. 144 – 148. Available online: <https://eucrim.eu/articles/limits-european-harmonisation-criminal-law/#docx-to-html-fnref9> ; <https://doi.org/10.30709/eucrim-2020-008>
 14. STEINER, J. and WOODS, L. *EU law*. 10th edition. New York: Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-921907-0, 776 p.
 15. WEN, S. Less is More – A Critical View of Further EU Action towards a Harmonized Corporate Governance Framework in the Wake of the Crisis. In *Washington University Global Studies Law Review*, vol. 12, no. 1, 2013. ISSN 1546-6981, pp. 41 - 93. Available online:

https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1424&context=law_global_studies

EU primary and secondary law

16. Treaty on European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 13–390;
17. Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, p. 47–390;
18. Resolution of the Council of 30 November 2009 on a Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings (Text with EEA relevance), OJ C 295, 4.12.2009, p. 1–3;
19. Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, OJ L 280, 26.10.2010, p. 1–7;
20. Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA, OJ L 101, 15.4.2011, p. 1–11;
21. Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating the sexual abuse and sexual exploitation of children and child pornography, and replacing Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 335, 17.12.2011, p. 1–14;
22. Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, OJ L 142, 1.6.2012, p. 1–10;
23. Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, OJ L 315, 14.11.2012, p. 57–73;
24. Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA, OJ L 218, 14.8.2013, p. 8–14;
25. Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, OJ L 294, 6.11.2013, p. 1–12;
26. Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, OJ L 130, 1.5.2014, p. 1–36;
27. Directive 2014/57/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 on criminal sanctions for market abuse (market abuse directive), OJ L 173, 12.6.2014, p. 179–189;
28. Directive 2014/62/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the protection of the euro and other currencies against counterfeiting by criminal law, and replacing Council Framework Decision 2000/383/JHA, OJ L 151, 21.5.2014, p. 1–8;
29. Directive (EU) 2016/343 of the European Parliament and of the Council of 9 March 2016 on the strengthening of certain aspects of the presumption of innocence and of the right to be present at the trial in criminal proceedings, OJ L 65, 11.3.2016, p. 1–11;
30. Directive (EU) 2016/800 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on procedural safeguards for children who are suspects or accused persons in criminal proceedings, OJ L 132, 21.5.2016, p. 1–20;
31. Directive (EU) 2016/1919 of the European Parliament and of the Council of 26 October 2016 on legal aid for suspects and accused persons in criminal proceedings and for requested persons in European arrest warrant proceedings, OJ L 297, 4.11.2016, p. 1–8;

32. Directive (EU) 2017/541 of the European Parliament and of the Council of 15 March 2017 on combating terrorism and replacing Council Framework Decision 2002/475/JHA and amending Council Decision 2005/671/JHA, OJ L 88, 31.3.2017, p. 6–21;
33. Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council of 5 July 2017 on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law, OJ L 198, 28.7.2017, p. 29–41;
34. Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31.10.2017, p. 1–71;
35. Directive (EU) 2018/1673 of the European Parliament and of the Council of 23 October 2018 on combating money laundering by criminal law, PE/30/2018/REV/1, OJ L 284, 12.11.2018, p. 22–30;

Other sources

36. Report from the Romanian Presidency. Future of EU substantive criminal law. Brussels, 28 May 2019, 9726/19. Available online: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9726-2019-INIT/en/pdf>;
37. Judgment of the Constitutional Court of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, ECLI:DE:BVerfG:2009:es20090630.2bve000208.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR**JUDr. Valéria Ružičková, PhD.**

Výskumná pracovníčka

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach,

Právnická fakulta, Ústav medzinárodného práva a európskeho práva

Kováčska 26, 040 75 Košice

Phone number: + 421 55 234 4128

E-mail: valeria.mihalikova@upjs.sk

COVID-19 TRAVEL CERTIFICATES: BALANCING THE FREEDOM OF MOVEMENT AND PROTECTION OF PUBLIC HEALTH

CESTOVNÉ CERTIFIKÁTY V SÚVISLOSTI S COVID-19: VYVÁŽENIE SLOBODY POHYBU A OCHRANY VEREJNÉHO ZDRAVIA

Vasilka Sancin¹, Sergeja Hrvatič², Lena Kevorkijan³, Eva Korenjak Lalovič⁴

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-08>

ABSTRACT

COVID-19 pandemic evolved into an unprecedented public health threat, in response to which States have introduced COVID-19 travel certificates. The article analyses the compatibility of such measures with internationally protected human rights, especially the right to freedom of movement. Although protecting public health is an obligation of each sovereign State, they must conduct a three-step proportionality test and demonstrate the legality of any restriction of human rights, while considering their international legal obligations. COVID-19 travel certificates may be compatible with existent international law as public health is a legitimate aim to limit the freedom of movement. However, the requirements of necessity and proportionality must also be proven. In spite of recognizable benefits, considerations regarding certificates' efficacy and related costs remain to be subject of further scrutiny.

ABSTRAKT

Pandémia COVID-19 sa vyvinula do bezprecedentnej hrozby pre verejné zdravie, v reakcii na ktorú štáty okrem mnohých iných opatrení zaviedli cestovné certifikáty v súvislosti s COVID-19. Článok analyzuje zlučiteľnosť takýchto osvedčení na účely cestovania s medzinárodnými chránenými ľudskými právami, najmä s právom na slobodu pohybu. Hoci ochrana verejného zdravia je povinnosťou každého suverénneho štátu, akékoľvek opatrenia na jeho ochranu, ktoré obmedzujú iné ľudské práva, musia nasledovať po predchádzajúcom posúdení na základe trojstupňového testu proporcionality a musia preukázať nevyhnutnosť a zákonnosť akýchkoľvek takýchto obmedzení ľudských práv pred a počas ich vykonávania. Cestovné certifikáty v súvislosti s COVID-19 môžu byť v súlade s existujúcim medzinárodným právom, keďže verejné zdravie je legitímnym cieľom obmedziť slobodu pohybu, ale štáty by mali pravidelne posudzovať požiadavky nevyhnutnosti a proporcionality za akýchkoľvek daných okolností. Napokon, napriek rozpoznateľným výhodám, úvahy týkajúce sa „účinnosti“ osvedčení a súvisiacich nákladov musia byť predmetom ďalšieho skúmania.

¹ Ph. D., Professor of International Law, University of Ljubljana, Faculty of Law, Slovenia
Univerzita v Ljubljani, Právnická fakulta, Slovinsko

ORCID ID: orcid.org/0000-0002-1623-7278. The author is a member of the UN Human Rights Committee; however, the views and assessments expressed in this article are those of the author alone and do not represent the official views of the Committee, except where specifically indicated otherwise.

² Master of Law, Junior Associate at Zidar Klemenčič Law Firm, Ljubljana, Slovenia
Právnická firma Zidar Klemenčič, Ljubljana, Slovinsko.

³ Bachelor of Law, Student of Master Programme in Law, University of Ljubljana, Faculty of Law, Slovenia
Univerzita v Ljubljani, Právnická fakulta, Slovinsko.

⁴ Bachelor of Law, Student of Master Programme in Law, University of Ljubljana, Faculty of Law, Slovenia
Univerzita v Ljubljani, Právnická fakulta, Slovinsko.

I. INTRODUCTION

The end of 2019 saw the emergence of severe acute respiratory syndrome coronavirus 2 (SARS-CoV-2), which caused an ongoing worldwide pandemic of COVID-19.⁵ In response, States adopted restrictive physical distancing measures to control the spread of SARS-CoV-2, including travel restrictions and border closures.⁶ Strategies, aimed at easing restrictive measures, involved introduction of COVID-19 travel certificates,⁷ with the purpose of facilitating cross-border travel, while protecting public health.⁸

Many imposed measures, including COVID-19 travel certificates (e.g. EU Digital COVID Certificate), highlighted a number of challenges in ensuring fundamental human rights.⁹ International organisations,¹⁰ such as the World Health Organization (WHO),¹¹ United Nations (UN),¹² European regional organisations,¹³ as well as national human rights mechanisms¹⁴, have warned States to ensure respect for well-established human rights standards.

The main argument of this article is that public health considerations necessitating the introduction of COVID-19 travel certificates, although legitimate in given circumstances, must not disproportionately affect other internationally protected human rights in order to pass the

⁵ SISAY T., TOLESSA T., *COVID-19 pandemic: a compressive review on gender, herd immunity, and physiological mechanisms*, Risk management and healthcare policy, Vol. 13, 2021::2963-74, DOI: <https://doi.org/10.2147/RMHP.S276342>; SAUER ML.: What is coronavirus?, online: <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/coronavirus> (visited May 31, 2021).

⁶ The territorial impact of COVID-19: managing the crisis across levels of government, online: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-5agkkojaaa&title=The-territorial-impact-of-COVID-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government (visited May 31, 2021).

⁷ For the purposes of this article, the notion of COVID-19 travel certificates includes immunity certificates, vaccination passports, including the EU Digital COVID Certificate, or any other required document, which enables travelling abroad, in times of the COVID-19. See also VOO C T., REIS A A., THOME B., HO WL C., TAM C C., KELLY-CIRINO C., et al. *Immunity certification for COVID-19: ethical considerations*, Bull World Health Organ, Vol. 99, 2021:155-161. DOI: <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.20.28070>; Patricia SCHLAGENHAUT P., PATEL D., RODRIGUEZ-MORALES J. A., GAUTRET P., GROBUSCH P M., LEDER K., *Variants, vaccines and vaccination passports: challenges and chances for travel medicine in 2021*, Travel Medicine and Infectious Disease, Vol. 40:101996, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.tmaid.2021.101996>; Questions and answers—digital green certificate, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1187 (visited June 6, 2021);

⁸ The territorial impact of COVID-19: managing the crisis across levels of government, online: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-5agkkojaaa&title=The-territorial-impact-of-COVID-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government (visited May 31, 2021); Vlada sprejela sklep o izvedbi aktivnosti za lažji dostop prebivalcev do storitev zaupanja, online: <https://www.gov.si/novice/2021-05-21-vlada-sprejela-sklep-o-izvedbi-aktivnosti-za-lazji-dostop-prebivalcev-do-storitev-zaupanja/> (visited June 3, 2021).

⁹ COVID-19, surveillance and threat to your rights, online, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/COVID-19-surveillance-threat-to-your-rights/> (visited April 23, 2021).

¹⁰ Vaccine passports 'essential' for resumption of international travel, <https://www.theguardian.com/travel/2021/jan/22/vaccine-passports-essential-for-resumption-of-international-travel-says-world-tourism-organisation> (visited November 15, 2021);, *Clarity still needed on effectiveness of COVID-19 vaccine passports*, says UN health agency, online: <https://news.un.org/en/story/2021/04/1089082> (visited April 22, 2021); COMMITTEE ON THE ADMINISTRATION OF JUSTICE (CAJ), *Are vaccination or immunity 'passports' lawful under the human rights act? An analysis by the committee on the administration of justice (S522)*, online: <https://caj.org.uk/wp-content/uploads/2021/04/Are-vaccination-or-immunity-passports-lawful-under-the-Human-Rights-Act-An-analysis-by-CAJ-Apr-21.pdf> (visited April 21, 2021).

¹¹ Statement on the seventh meeting of the international health regulations (2005) emergency committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic, online: [https://www.who.int/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(COVID-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(COVID-19)-pandemic) (visited April 21, 2021).

¹² OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/2020/1, 2020, §3.

¹³ COUNCIL OF EUROPE, *Protection of human rights and the "vaccine pass"*, online: <https://rm.coe.int/protection-of-human-rights-and-the-vaccine-pass/1680a1fac4> (visited April 21, 2021).

¹⁴ Passe sanitaire: la CNIL appelle à la vigilance sur la conservation des données personnelles lors des contrôles, online: https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/04/28/passe-sanitaire-la-cnil-appelle-a-la-vigilance-sur-la-conservation-des-donnees-personnelles-lors-des-contrôles_6078337_4408996.html (visited June 3, 2021); Belgium Data Protection Authority, Opinion n° 138/2020, online: <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-138-2020-du-18-decembre-2020.pdf> (visited June 3, 2021).

test of legality and any such measures should be properly assessed prior to their introduction and regularly monitored during their implementation in any given circumstances.

The article first lays out the contours of relevant international legal framework for regulating crossing of States' borders, while ensuring fundamental human rights. In light of COVID-19 pandemic, it addresses the responses from competent international organisations and mechanisms, particularly the UN human rights bodies and WHO. It then turns to the analysis of recent developments within the European regional organisations, particularly the Council of Europe (CoE) and the European Union (EU), including the EU Digital COVID Certificate, which was introduced to facilitate safe free movement of EU citizens during the COVID-19 pandemic. The article concludes with a legal assessment of the introduction of the COVID-19 travel certificates through a prism of balancing legitimate public health considerations against guaranteeing a basic human right to freedom of movement.

II. CORE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK REGULATING THE FREEDOM OF MOVEMENT AND PROTECTION OF PUBLIC HEALTH

Analysis of the issues raised by the introduction of COVID-19 travel certificates from the human rights perspective for the purposes of this article is embedded in the core human rights treaties (part I./1.), relevant regulation within the WHO (part II./2.) and developments within the regional organisations, particularly the CoE and the EU (part II./3.).

1. The freedom of movement and protection of public health in international human rights law

Every sovereign State has an inherent right to exercise its territorial sovereignty¹⁵ and protect its essential interests¹⁶ – including public health, which has already been recognized as a State's pivotal interest – determined in the light of each particular case¹⁷. However, State's sovereignty is curtailed by its international legal obligations,¹⁸ including in the field of human rights. COVID-19 pandemic, as an essential global health threat,¹⁹ raises States' positive due diligence obligation to protect people.²⁰ However, State's protection actions may have multiple implications for the enjoyment of a number of fundamental human rights,²¹ including those protected by the core multilateral human rights treaties, particularly, the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)²² and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)²³.

Even prior to the adoption of the two Covenants, the 1948 Universal Declaration of Human Rights (UDHR)²⁴ determined in its Article 13 that everyone has the right to freedom of movement and residence within the States' borders, as well as the right to leave any country, including his own, and to return to it. Although the UDHR, adopted as a UN General Assembly

¹⁵ Charter of the United Nations, 1945, 1 U.N.T.S. 16, Art. 2(1).

¹⁶ *Gabčíkovo-Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, I.C.J. Rep. 7, adopted 1997, §53.

¹⁷ Appellate Body Report, *European Communities — Measures concerning meat and meat products*, WTO Doc. WT/DS26/AB/R, adopted 1998, §177.

¹⁸ *S.S. Wimbledon*, United Kingdom, France, Italy and Japan v. Germany, P.C.I.J. Series A. No. 1, adopted 1923, §23.

¹⁹ BROWN CH R., KELLY D., WILKINSON D., SAVULESCU J., *The scientific and ethical feasibility of immunity passports*, *Lancet Infectious Disease*, Vol. 21, 2021. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30766-0](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30766-0).

²⁰ International covenant on economic, social and cultural rights, 1966, 933 U.N.T.S. 3, Art. 12.

²¹ BROWN CH R., KELLY D., WILKINSON D., SAVULESCU J., *The scientific and ethical feasibility of immunity passports*, *Lancet Infect Disease*, Vol. 21, 2021. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30766-0](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30766-0).

²² International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, 999 U.N.T.S. 171, Art. 12.

²³ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *General Comment 14, Art. 12: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, UN Doc.E/C.12/2000/4, 2000, §3.

²⁴ G. A. Res. 217 A (III), Universal declaration of human rights, 1948.

resolution, is not legally binding as such, its content has subsequently become part of customary international law and thus binding on all States.²⁵

Under both Covenants, State Parties (SPs) have the obligation to respect, protect and fulfil core human rights.²⁶ Under the ICESCR, SPs are bound to ensure, among others, the right to health, which includes also the obligation to prevent, treat and control epidemics and is closely related to and dependent upon the realisation of other human rights.²⁷ Ensuring the right to health thus presents a legitimate aim to potentially interfere with other human rights, including the freedom of movement.²⁸ Nevertheless, it is essential that any States' measures are necessary and proportionate to justify the limitations or restrictions of other human rights.²⁹

Pursuant to Article 12 of the ICCPR, SPs are entitled to decide whom they admit to their territory, since the non-citizens do not have the right to enter or reside in another State's territory.³⁰ However, the Human Rights Committee considers that there are few circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country, at least for the nationals, could be reasonable, and public health concerns are not among those.³¹ Nonetheless, this applies if SPs do not derogate from certain of their obligations under the ICCPR to the extent strictly required by the exigencies of the public emergency which threatens the life of the nation and the existence of which is officially proclaimed and notified to the UN Secretary-General, as per Article 4 of the ICCPR. In any case, prohibiting entrance to non-citizens seems to be *prima facie* consistent with international law, except for refugees and individuals entitled to the subsidiary protection, where denial of entry due to the lack of COVID-19 travel certificate would present a violation of a non-derogable *jus cogens* principle of non-refoulement.³²

The right to leave any country, including one's own, can be limited within the exhaustively enumerated legitimate reasons, one of which is public health.³³ Since this right covers travelling abroad, SPs must issue necessary travel documents to comply with mentioned provision,³⁴ which seems to apply also to COVID-19 travel certificates. As latter might impose a barrier to the right to leave, as well as to enter any country, such measures must be consistent with the three-step proportionality test, meaning that the measure must be provided by law, necessary to protect a legitimate aim (i.e. public health), the least invasive possible to achieve legitimate aim,³⁵ and consistent with other guaranteed rights.³⁶

2. World Health Organization's response to introduction of COVID-19 travel certificates

The WHO's main purpose is to promote and protect health.³⁷ According to its legally binding International Health Regulations (IHR), when faced with public health risk, SPs may require

²⁵ *Corfu Channel*, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, I.C.J. Rep. 4, adopted 1949, pp. 4, 22; SHAW M, *International law*, 8th edition, 2017.

²⁶ SHELTON S, *The Oxford handbook of international human rights law*, 2013.

²⁷ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *General Comment 14, Art. 12: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, UN Doc.E/C.12/2000/4, 2000, §3; Pūras D., de Mesquita J. B., Cabal L., Maleche A., Meier B. M., The right to health must guide responses to COVID-19, *The Lancet*, Vol. 395(10241), 2020. DOI:[https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31255-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31255-1).

²⁸ International covenant on civil and political rights, 1966, 999 U.N.T.S. 171, Art. 12.

²⁹ *Vavříčka and others v. The Czech Republic*, ECtHR app. no. 47621/13[GC], adopted 2021, §§173-186.

³⁰ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *General Comment 15, The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986, §5.

³¹ NOWAK M, U.N. Covenant on civil and political rights - CCPR commentary, 2nd Revised Edition, 2011.

³² NICOLOSI S., *Non-refoulement during a health emergency*, EJIL:Talk!, 2020.

³³ ICCPR, Art. 12.

³⁴ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *General Comment 27, Art. 12: Freedom of movement*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999, §14.

³⁵ *Ibid.*, §§20-21.

³⁶ ICCPR, Art. 12.

³⁷ International health conference, Constitution of the World health organisation, 1946, Bulletin of the World Health Organisation, preamble.

medical examination, vaccination or prophylaxis to allow entry into their territory.³⁸ If travellers fail to consent to such measures, or refuse to provide necessary documents, their entry to a State can be denied.³⁹ However, while protecting public health, SPs shall avoid unnecessary interference with international traffic and trade, and their measures shall be applied with full respect to human rights, which in turn must reflect the principles of legitimacy, necessity, and proportionality.⁴⁰

Requirement of possessing COVID-19 travel certificates, could potentially result in unnecessary interference with traffic and trade and the WHO stated that such travel interferences (i.e. measures that deny entrance to the State or delay travel for more than 24 hours) may only be justified at the beginning of a pandemic outbreak to allow countries to gain time and rapidly implement other effective measures.⁴¹ They must be based on a careful risk assessment, proportional to the public health risk, short in duration, and reconsidered regularly.⁴² Moreover, the WHO in principle opposed many States' additional health measures restricting entrance to people coming from COVID-19 affected areas due to the limited effectiveness in preventing the importation of cases, their significant economic and social impact, and advised that States rather provide recommendations on how to prevent the spread of the virus, and collect health declarations with travellers' contact details, which allow proper risk assessment.⁴³

Similarly, the WHO disputed requiring vaccination proof upon entry, since there are still critical unknowns regarding the efficacy of vaccination and limited availability of vaccines, especially in developing countries.⁴⁴ The WHO Emergency Committee warned against possible inequities due to the global vaccine distribution that could promote differential freedom of movement.⁴⁵ Moreover, yellow fever is currently the only disease mentioned in IHR for which countries can require vaccination proof for international travellers.⁴⁶ Additionally, no charge shall be made by SPs to travellers at State' entry regarding public health considerations.⁴⁷

3. European regional organisations regulation of freedom of movement and introduction of COVID-19 travel certificates

i. Council of Europe

As the main organisation protecting human rights in Europe, the CoE also aims at ensuring public health. Namely, the right of movement, protected under the European Convention on

³⁸ International Health Regulations, 2005, 2509 U.N.T.S. 79, Art. 31.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ HABIBI R., BURCI G. L., DE CAMPOS C. T., CHIRWA D., CINA M., DAGRON S., et. al., *Do not violate the International health regulations during the COVID-19 outbreak*, The Lancet; 395(10225), 2020; IHR, Arts. 2-3, 42-43, DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30373-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30373-1).

⁴¹ Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers, COVID-19 travel advice, online: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-COVID-19-vaccination-for-international-travellers> (visited April 21, 2021).

⁴² HABIBI R., BURCI G. L., DE CAMPOS C. T., CHIRWA D., CINA M., DAGRON S., et. al., *Do not violate the International health regulations during the COVID-19 outbreak*, The Lancet; 395(10225), 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30373-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30373-1).

⁴³ Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers, COVID-19 travel advice, online: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-COVID-19-vaccination-for-international-travellers> (visited April 21, 2021).

⁴⁴ Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers, COVID-19 travel advice, online: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-COVID-19-vaccination-for-international-travellers> (visited April 21, 2021).

⁴⁵ Statement on the seventh meeting of the international health regulations (2005) emergency committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic, online: [https://www.who.int/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(COVID-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(COVID-19)-pandemic) (visited April 21, 2021).

⁴⁶ IHR, annex 7.

⁴⁷ Ibid., Art. 40.

Human Rights (ECHR), according to which “everyone shall be free to leave any country, including his own”, can be restricted to protect health.⁴⁸ Nonetheless, the CoE stated that the use of vaccination certificates for purposes other than strictly medical, raises numerous human rights questions.⁴⁹

In this context, it is particularly relevant to emphasise the 2021 judgement, *Vavříčka and Others v. The Czech Republic*, in which the European Court of Human Rights (ECtHR) ruled that the State did not violate the ECHR by imposing a vaccination mandate on children.⁵⁰ The Applicants alleged, in particular, the incompatibility of consequences of non-compliance with the statutory duty of vaccination with their right to private life under Article 8 of the ECHR.⁵¹ The Applicants also claimed violations of Articles 2, 6, 9, 13, 14 and Article 2 of Protocol No. 1 of the ECHR. The Czech legislation required preschool facilities to only accept vaccinated children, or those having been certified as immune by other means or as being unable to undergo vaccination on health grounds.⁵² The Applicants disputed arbitrarily imposed fine and refusal of their children’s admission to nursery school as a consequence of the failure to comply with the vaccination schedule.⁵³ Additionally, they invoked their right to personal autonomy in making decisions concerning their health and the health of their children, along with their right to personal development in the context of attending nursery school, alleged the authorities’ failure to provide sufficient information of necessary and justified compulsory vaccinations, and considered interference in their private life as unnecessary in a democratic society.⁵⁴

The ECtHR considered that the intensity of alleged interferences, including possible consequent health risks, were proportionate to the legitimate aim, since the Applicants’ right to private life was outweighed by protecting those who cannot be vaccinated.⁵⁵ The fact that no vaccinations were administered against the will of the Applicants and considering general consensus among SPs on high effectiveness of vaccination, but not its specific model, leaves SPs with a wider margin of appreciation.⁵⁶ Thus, it found that the public health interest in achieving herd immunity from contagious diseases outweighed the Applicants’ rights.⁵⁷

This judgement could also be relevant for COVID-19 pandemic, although the ECtHR finding on compulsory vaccination was not a generalised one, but based on the standard and routine vaccination of children against diseases that are well known to medical science⁵⁸. While Czech case presents wide consensus on efficacy of vaccination, as recognized by the country itself,⁵⁹ the situation with vaccination against COVID-19 is different. It would be extremely difficult to claim that medical professionals have reached the same level of understanding of COVID-19 as of diseases concerned in the case of *Vavříčka*.⁶⁰ The only ECHR SP for now that plans the

⁴⁸ Protocol no. 4 to the European convention on human rights and fundamental freedoms, as amended by protocols no. 11 and 14, 1963, ETS 46, Art. 2.

⁴⁹ Council of Europe. Protection of human rights and the “vaccine pass”, online: <https://rm.coe.int/protection-of-human-rights-and-the-vaccine-pass/1680a1fac4> (visited April 21, 2021).

⁵⁰ CHAPPELL B, *European court backs mandatory vaccinations for children*, online: <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2021/04/08/985318387/european-court-backs-mandatory-vaccinations-laws-for-children?t=1621947334562> (visited May 26, 2021).

⁵¹ *Vavříčka and others v. The Czech Republic*, ECtHR app. no. 47621/13[GC], adopted 2021, §3.

⁵² Ibid., §§11-15.

⁵³ Ibid., §160.

⁵⁴ Ibid., §§173-186.

⁵⁵ Ibid., §272.

⁵⁶ Ibid., §§135, 267-280, 285-311.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., §158.

⁵⁹ Ibid., §285.

⁶⁰ CHIA A., *Is Compulsory COVID-19 Vaccination a Violation of Human Rights?*, HHR Journal, online: https://www.hhrjournal.org/2021/07/student-essay-is-compulsory-covid-19-vaccination-a-violation-of-human-rights/#_edn45 (visited November 28, 2021).

introduction of mandatory vaccination is Austria.⁶¹ This indicates that vaccination is a measure that falls within the States margin of appreciation sphere.⁶² Moreover, vaccination against COVID-19 could be consistent with ECHR only if the scientific evidence regarding the vaccine would be as precise as they are regarding the children's vaccination, including its efficacy, exceptions and necessary precautions.⁶³

What should be additionally considered is that in the *Vavříčka case*, the sanctions imposed consisted of a fine equivalent to 110€ for M. Vavříčka and denial of admission to nursery schools for the children of the other Applicants.⁶⁴ In contrast, failing to comply with requirements of COVID-19 travel certificates may consequently constitute a serious limitation of free movement (part I./1.).

ii. European Union and the EU Digital COVID Certificate

The EU is the only supranational organisation to date, to which Member States (MSs) have ceded the exercise of part of their sovereign rights,⁶⁵ which suggests the capacity to provide a timely and coordinated response capable of curbing the pandemic's disastrous effects on public health, economic and social situation in the EU.⁶⁶ Under the Treaty on the Functioning of the EU, competences in the field of public health are shared between the EU and MSs,⁶⁷ meaning that the EU complements national policies, amongst others, to deal with cross-border threats,⁶⁸ such as COVID-19 pandemic.

Since the outbreak of the pandemic, the majority of MSs have adopted restrictions in order to limit the spread of COVID-19, some of which have had a significant impact on citizens' rights, especially on the freedom of movement, "one of the EU's most cherished achievements".⁶⁹

In the absence of any mutual agreement among MSs and with a view to prevent fragmentation and not interoperable divergent approaches in EU, the EC has proposed to establish a common framework - *Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during COVID-19 pandemic*. This regulation has laid down the legal foundation for the Digital Green Certificate, now called the EU Digital COVID Certificate (DCC), proof that a person has either been vaccinated, received a negative test result or recovered from COVID-19.⁷⁰

⁶¹ Austria plans compulsory Covid vaccination for all, The Guardian, online: <https://www.theguardian.com/world/2021/nov/19/austria-plans-compulsory-covid-vaccination-for-all> (visited November 19, 2021).

⁶² SPYRIDOULA K., *What Does the Vavříčka Judgement Tell Us About the Compatibility of Compulsory COVID-19 Vaccinations with the ECHR?*, Völkerrechtsblog, 2021. DOI: 10.17176/20210421-100920-0.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ *Vavříčka and others v. The Czech Republic*, ECtHR app. no. 47621/13[GC], adopted 2021, §293.

⁶⁵ The constitution of the Republic of Slovenia, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 and 75/16, 1991, Art. 3.a.

⁶⁶ SALVATI E., *Crisis and intergovernmental retrenchment in the European Union? Framing the EU's answer to the COVID-19 pandemic*, Chinese Political Science Review, Vol. 6, 2021: 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1007/s41111-020-00171-0>.

⁶⁷ Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union (TFEU), OJ C202/1, 2016, Art. 168.

⁶⁸ Glossary of summaries-EUR-Lex, online: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/public_health.html?locale=en (visited June 6, 2021).

⁶⁹ Proposal for a regulation of the European parliament and the council, R on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, 2021, Arts. 5, 9, 15(2).

⁷⁰ Ibid.

The Regulation on the DCC was adopted on 14 June 2021, entered into force the following day,⁷¹ and the certificates are being applied from 1 July 2021 for twelve months,⁷² although extension of this period, taking into account the evolution of the epidemiological situation, is not excluded.

MSs initial reactions to this initiative have been diverse, while some of them, mostly those dependent on tourism, such as Austria, Cyprus, Greece, Italy, Portugal and Spain, supported the initiative, others (such as Belgium, France, Germany and the Netherlands) expressed concerns.⁷³ For instance, technological and organisational implementation is essentially left to MSs, who have already started to develop their own tracing and identification systems.⁷⁴ Similarly, the Regulation preserves the option to adopt additional travel restrictions, although the European Parliament (EP) insisted that DCC should not allow MSs to impose such measures.⁷⁵

Nevertheless, there are already some European countries that have adopted such additional measures. For instance, Portugal has imposed, starting from December 1, 2021, new testing rules. Every passenger, wanting to enter the country, will be required to present a negative COVID-19 test result and this obligation will apply also to fully vaccinated and immunised travellers.⁷⁶ France imposed an obligation of providing a travel document additional to the proof of vaccination. Namely, a sworn declaration stating that you have no symptoms of COVID-19 and that, to your knowledge, you have not been in contact with a confirmed case of COVID-19 in the 14 days prior to your journey.⁷⁷ Whereas travellers eligible to enter Greece remain obliged to fill in the Passenger Locator Form.⁷⁸

Such considerations have led some commentators to argue that DCC could pose limitations on the freedom of movement, which is the very same right that constitutes the legal basis of the Regulation.⁷⁹ In addition, critics claim that the proposed regulation is also questionable regarding other freedoms protected by international and EU law; most notably the principles of equality and non-discrimination, respect of private life and protection of personal data.⁸⁰ In order to comply with EU's primary legislation, interferences justified on the grounds of public health, must be necessary and proportionate, in order to be permissible.⁸¹

The principles of equality and non-discrimination are among the most fundamental principles included in all international human rights documents as well as in the EU's primary legislation.⁸² Correspondingly, the EU has emphasized that the DCC cannot be interpreted as

⁷¹ Regulation 2021/953 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2021 on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable COVID-19 vaccination, test and recovery certificates (EU Digital COVID Certificate) to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, 15 June 2021, L 211/1.

⁷² Regulation, Art. 17.

⁷³ LANG GOLDEN I., *EU COVID-19 Certificates: A Critical Analysis*, European Journal of Risk Regulation, 2021: 1-10.

⁷⁴ GATREIN J O., *The EU Digital COVID Certificate: A Preliminary Data Protection Impact Assessment*, European Journal of Risk Regulation, Vol. 12(2), 2021. DOI: <https://doi.org/10.1017/err.2021.29>.

⁷⁵ Regulation, Art. 11.

⁷⁶ Portugal Announces New COVID-19 Measures – Imposes Testing Rules Even for Vaccinated Travellers, online: <https://www.schengenvisa.info.com/news/portugal-announces-new-covid-19-measures-imposes-testing-rules-even-for-vaccinated-travellers/> (visited November 27, 2021).

⁷⁷ Coronavirus – Advice for Foreign Nationals in France, online: https://www.diplomatie.gouv.fr/en/coming-to-france/coronavirus-advice-for-foreign-nationals-in-france/#sommaire_1 (visited November 27, 2021).

⁷⁸ Greece Extends Travel Restrictions Until December 3, online: <https://www.schengenvisa.info.com/news/greece-extends-travel-restrictions-until-december-3/> (visited November 27, 2021).

⁷⁹ Proposal for a regulation of the European parliament and the council, R on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, 2021, Arts. 5, 9, 15(2).

⁸⁰ EDPB-EDPS, Joint opinion 04/2021 on the proposal for a regulation of the European parliament and of the council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (digital green certificate), 2021.

⁸¹ Charter of fundamental rights of the European Union, 2012, OJ C326, Arts. 7, 20-21, 45, 52.

⁸² Consolidated version of the Treaty on European Union, 2008, OJ C115/13, Arts. 2-3, 10, 18.

establishing an obligation to be vaccinated, since such a measure would be discriminatory in its very nature.⁸³ As vaccination cannot be a prerequisite for free movement, the DCC additionally covers test and recovery certificates.⁸⁴

However, there are several other aspects that need to be considered in order to ensure that the implementation of the DCC in practice complies with the principle of equal treatment. Accordingly, the EP advocated for the provision of universal and free-of-charge COVID-19 testing as a precondition for the imposition of the DCC as a prerequisite to travel.⁸⁵

Besides ensuring non-discrimination, fundamental right to privacy and data protection⁸⁶ should also be fully respected. Since the DCC implies personal data processing, including collection, access and use of health data, there are potential impacts on these individuals' fundamental rights,⁸⁷ which the EU justifies with several safeguards, such as by limiting the information contained in the DCC, establishing decentralised verification with EC' gateway, through which personal data does not pass, as well as ensuring compliance with the General Data Protection Regulation (GDPR).⁸⁸ In any case, the implementation of the DCC needs to comply with the three-step proportionality test.⁸⁹

On 18 October 2021 the Commission adopted a report on the EU Digital COVID Certificate in which it reported that since its implementation more than 591 million DCC from 43 countries across four continents have been issued. By 31 March 2022, at latest, the Commission plans to submit another report, which may be accompanied by a legislative proposal to extend the period of the application of the Regulation.⁹⁰

III. RECONCILING HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS WITH IMPLEMENTING COVID-19 TRAVEL CERTIFICATES TO DEAL WITH PUBLIC HEALTH CRISIS

Implementation of COVID-19 travel certificates raises significant issues concerning fundamental human rights, especially regarding the freedom of movement.⁹¹ As stated above, States must conduct a thorough three-step proportionality test analysis prior to their implementation, which means that, firstly, they must ensure such certificates pursue a legitimate aim, secondly, measures must be necessary to achieve such aim, and thirdly, they must be proportionate to it. Additionally, restrictions introduced, shall be consistent with all other guaranteed human rights.

Addressing the first step of three-step proportionality test, States can interfere with certain human rights when following their positive obligation to protect public health,⁹² with the latter

⁸³ Proposal for a regulation of the European parliament and the council, R on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, 2021, Arts. 5, 9, 15(2).

⁸⁴ Questions and answers—digital green certificate, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1187 (visited June 6, 2021).

⁸⁵ Euroconsumers, EU digital COVID certificate: we will be able to travel again, online: <http://www.euroconsumers.org/Activities/eu-digital-covid-certificate-will-be-able-travel-again> (visited June 17, 2021).

⁸⁶ MASSE E., *Two years under the EU GDPR: an implementation progress report*, Access Now, 2020.

⁸⁷ Such as re-uses of COVID-19 data for law enforcement purposes. See, e.g. MOLLDREM S., HUSSAIN M.I., MCCLELLAND A., Alternatives to sharing COVID-19 data with law enforcement: Recommendations for stakeholders. Health Policy, Vol. 125(2), 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2020.10.015>.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Charter of fundamental rights of the European Union, 2012, OJ C326, Arts. 7-8.

⁹⁰ The EU Digital COVID Certificate: a global standard with more than 591 million certificates, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5267 (visited November 13, 2021).

⁹¹ Sekalala S., Forman L., Habibi R., Meier B. M., Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response, BMJ Global Health, 2020. DOI:10.1136/bmjgh-2020-003359.

⁹² Office of the High Commissioner for Human Rights, *General Comment 14, Art. 12: The Right to the Highest Attainable Standard of Health*, UN Doc.E/C.12/2000/4, 2000, §3.

being a legitimate aim specified in human rights treaties.⁹³ However, to satisfy pursuit of legitimate aim, such interference must be provided by law, examined in each particular case and only temporary in nature. States should therefore in addition to adopting necessary domestic legislation, which in case of the EU is resolved by the effects of regulations in MSs domestic legal order, also carefully consider establishing reliable procedures for the renewal of travel certificates.⁹⁴ When doing so it is important to take into account all relevant information, including WHO officials' opinion, that it is unlikely to eradicate the virus at all.⁹⁵

Further, in the second step, States must assess what is necessary in a democratic society to achieve legitimate aims.⁹⁶ What differentiates *Vavrička* from COVID-19 situation is the fact that standard vaccination of children is required for the well-known diseases in medical science. Yet, there are still many ambiguities concerning COVID-19⁹⁷ and no evidence of existence as well as duration of natural immunity⁹⁸ from COVID-19, particularly regarding different virus variants, exist.⁹⁹ However, most recent scientific findings are starting to point towards confirmation that vaccinated individuals are at a significantly reduced risk of transmitting COVID-19.¹⁰⁰ For that, it is necessary to consider scientific information whether all of the different vaccines that are being used provide sufficient protection against the transmission of different existing COVID-19 strains, keeping in mind the possible emergence of new variants.¹⁰¹ Challenges in this regard are the fact that some of the vaccines have been bought and used in some MSs without being approved by the European Medicines Agency (EMA) in the first place, such as the Russian and Chinese vaccines,¹⁰² and uncertainties surrounding the accuracy of COVID-19 tests, because some of them are too sensitive, while others are not enough to indicate whether the person is infected and capable of spreading the virus.¹⁰³ All of these raise a question whether such certificates serve their primary purpose, which is to achieve public health protection.

Considering the effectiveness of the certificates, it is worth mentioning the possible leakage of the digital key that is used to sign and verify the DCC, since in October 2021 there were several codes of counterfeited COVID-19 certificates circulating around the internet, allowing

⁹³ *Solomakhin v. Ukraine*, ECtHR app.no. 24429/03, adopted 2012, §35; OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *General Comment 27, Art. 12: Freedom of movement*, UN Doc.CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999, §§8-9.

⁹⁴ LANG GOLDNER I., *EU COVID-19 Certificates: A Critical Analysis*, European Journal of Risk Regulation, 2021:1-10.

⁹⁵ CNBC, WHO says Covid will mutate like the flu and is likely here to stay, online: <https://www.cnbc.com/2021/09/07/who-says-covid-is-here-to-stay-as-hopes-for-eradicating-the-virus-diminish.html> (visited November 13, 2021).

⁹⁶ Necessity&proportionality, online: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en (visited June 7, 2021).

⁹⁷ COFONE I., *Immunity passports and contact tracing surveillance*, Stanford Technology Law Review, Vol. 24, 2021. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3767301>. KREGAR VELIKONJA N., ERJAVEC K., VERDENIK I., HUSSEIN M., VELIKONJA G V., *Preventivno vedenje in njegova povezanost z anksioznostjo v začetni fazi epidemije SARS-CoV-2 v Sloveniji*, Zdravstveno varstvo, Vol. 60(1), 2021:17-24. DOI: <https://doi.org/10.2478/sjph-2021-0004>; Phelan A. L., COVID-19 immunity passports and vaccination certificates: scientific, equitable, and legal challenges, The Lancet, Vol. 395(10237), 2020: 1595-1598. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31034-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31034-5).

⁹⁸ GREEN R., BIDDLESTONE M., DOUGLAS K., *A call for caution regarding infection-acquired COVID-19 immunity: The potentially unintended effects of "immunity passports" and how to mitigate them*, Journal of Applied Social Psychology Vol. 51(7), 2021: 720-729. DOI: 10.1111/jasp.12779.

⁹⁹ Protocol for exclusion: Why COVID-19 vaccine "passports" threaten human rights, online: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2021/04/Covid-Vaccine-Passports-Threaten-Human-Rights.pdf> (visited June 3, 2021).

¹⁰⁰ KUCHLER H., *Vaccine recipients wait to learn if they can still pass on Covid*, Financial Times, online: <https://www.ft.com/content/b5a40a72-1c85-46a1-a754-80ba0ef83851> (visited October 30, 2021).

¹⁰¹ LANG GOLDNER I., *EU COVID-19 Certificates: A Critical Analysis*, European Journal of Risk Regulation, 2021: 1-10..

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ BÖGER B., FACHI M M., O VILHENIA R., COBRE F A., TONIN S F., PONTAROLO R., *Systematic review with meta-analysis of the accuracy of diagnostic tests for COVID-19*, American journal of infection control, Vol. 49(1), 2021: 21-29.

public access to the information they held.¹⁰⁴ In addition, several EU countries have identified illegal actions related to the issuance of fake DCCs. Mentioned developments undoubtedly raise concerns about the credibility of the certificates as well as their effectiveness.

Within the third step of the test, proportionality assessment must be done to justify the measure. Here, the balance between the protected interests affected by the COVID-19 travel certificates - on the one hand pursuing public health interests and on the other ensuring the freedom of movement - shall be found.¹⁰⁵ Balancing between those interests should include analysis of scientific evidence or at least of information from relevant bodies such as WHO, concerning relevant measures where clearer evidence is insufficient in order to determine what is necessary to achieve public health.¹⁰⁶ While some measures in other spheres f. ex. in environmental and trade law can be taken as precautionary measures, human rights cannot be limited just in precaution. However, it should be noted that protecting public health can be seen as a precondition for ensuring other human rights, including freedom of movement.¹⁰⁷ Namely, COVID-19 can also cause death and the duty to protect life implies that States take appropriate measures to address the general conditions in society that may present direct threats to life or prevent individuals from enjoying their right to life with dignity, which includes prevalence of life-threatening diseases.¹⁰⁸ However, in the light of proportionality assessment, States should find an appropriate balance between endangered rights and required measures to protect them to the highest possible extent.¹⁰⁹

Possible concern regarding the proportionality test is also the question of vaccine and tests availability and accessibility,¹¹⁰ that could result in discrimination. In order to ensure equal treatment, such measures should be voluntary, as various reasons might prevent certain individuals from obtaining such travel certificates (e.g. due to religious or other beliefs). Furthermore, according to the current regulation within the WHO, States requiring only a proof of COVID-19 vaccination as a precondition for travelling, would depart from established international legal framework.¹¹¹ However, even the current plan of allowing a negative test as a sufficient precondition for travel, raises additional concerns due to considerable costs of such tests in certain countries, which could exacerbate structural disadvantages of already marginalised groups.¹¹²

Additional requirement of the proportionality test, for the measure to be fully consistent with international human rights law, is compliance with other rights¹¹³, such as the right to privacy. The EU bodies emphasise the necessity of compliance with the GDPR and three-step

¹⁰⁴ EU Investigates Hacking of COVID Digital Certificates Gateway, After 'Adolf Hitler Certificate' Was Generated, online: <https://www.schengenvisa.info.com/news/eu-investigates-hacking-of-covid-digital-certificates-gateway-after-adolf-hitler-certificate-was-generated/> (visited November 13, 2021).

¹⁰⁵ Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union, 2016, OJ C202/1, Arts. 18, 21(2); Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak: COVID-19 travel advice, online: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak> (visited May 31, 2021).

¹⁰⁶ IHR, Art. 43.

¹⁰⁷ Raposo V. L., Quarantines: Between Precaution and Necessity. A Look at COVID-19, *Public Health Ethics*, Vol. 14(1), 2021: 35–46. DOI: <https://doi.org/10.1093/phe/phaa037>.

¹⁰⁸ CCPR, *General Comment No. 36*, CCPR/C/GC/35, §26.

¹⁰⁹ CIANCARDO J., *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*, *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 3, 2010: 177–186, p. 180.

¹¹⁰ WOUTERS J O., SHADLEN C K., SALCHER-KONRAD M., POLLARD J A., LARSON J H., TEERAWATTANANON Y, et. al., *Challenges in ensuring global access to COVID-19 vaccines: production, affordability, allocation, and deployment*. *Health Policy*, Vol. 397(10278), 2021: 1023–1024. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(21\)00306-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(21)00306-8).

¹¹¹ IHR, Art. 31.

¹¹² JORDAN L., *COVID-19, immunoprivilege and structural inequalities*, *History of Philosophy and Life Sciences*, Vol. 43(1), 2021, p. 19. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40656-020-00356-5>; Ohlbrecht, H., Jellen, J., *Unequal tensions: the effects of the coronavirus pandemic in light of subjective health and social inequality dimensions in Germany*, Vol. 23:S1, 2021: 905–922. DOI: 10.1080/14616696.2020.1852440.

¹¹³ International covenant on civil and political rights, 999 UNTS 171, 1966, Art. 12.

proportionality test, including the temporary nature of relevant and adequate processed data storage.¹¹⁴ Given that some MSs generally encounter serious challenges in effectively implementing GDPR,¹¹⁵ this poses additional concern in the context of the rollout of COVID-19 contact tracing and exposure notifications, and even more so in managing of the COVID-19 travel certificates.¹¹⁶

Despite the intent of the EC to harmonise travel measures across EU, the DCC will not necessarily guarantee the right to travel, as its holders might be subjected to additional requirements introduced by individual MSs in cases of the evolution of COVID-19 pandemic, such as the spread of new variants.¹¹⁷ In the current development of the pandemic, we could see that some States, f. ex. Denmark, Sweden, Norway, have abandoned restrictive measures, including on travel, when they achieved satisfactory standard of public health through vaccination.¹¹⁸ However, when infections started to grow again, they imposed restrictions such as prohibiting entrance to the people coming from affected areas.¹¹⁹ However, prohibiting entrance based on nationality rather than on travel history would in essence present a violation of prohibition of discrimination, because inherently virus does not spread easier due to the nationality. The new variant of the virus, omicron, is once again bringing back travel bans, since the EU is already trying to stop air travel, at least for the non-essential arrivals, from the southern African region,¹²⁰ even though the WHO warned against sudden travel measures¹²¹, whereas Japan will close its borders for foreigners completely¹²². Introduction of COVID-19 passports in fact poses limitations on the freedom of movement. In the case of DCC across the EU, it consequently minimises the crucial advantage of the Schengen Union.¹²³ On 30 June 2020 the Council of the EU adopted a recommendation on the gradual lifting of the temporary restrictions on non-essential travel into the EU.¹²⁴ This recommendation included an initial list of countries for which MSs should start lifting travel restrictions at the external borders that is

¹¹⁴ GRANDE A., *Vaccine passport plans can't ignore web of privacy laws*, online: <https://www.law360.com/articles/1377404/vaccine-passport-plans-can-t-ignore-web-of-privacy-laws> (visited April 24, 2021). The European commission's digital green certificate, online: <https://ihsmarkit.com/research-analysis/the-european-commissions-digital-green-certificate.html> (visited June 6, 2021).

EU vaccine passport: an ethical and legal minefield?, online: <https://www.dw.com/en/eu-vaccine-passport-an-ethical-and-legal-minefield/a-56747519> (visited June 4, 2021).

¹¹⁵ MASSE E., *Two years under the EU GDPR: an implementation progress report*, Access Now, 2020.

¹¹⁶ ERŽEN I., KAMENŠEK T., FOŠNARIČ M., ŽIBERT J., *Key challenges in modelling an epidemic – what have we learned from the COVID-19 epidemic so far*, *Zdravstveno Varstvo*, Vol. 59(3), 2020:117–119. DOI: <https://doi.org/10.2478/sjph-2020-0015>.

¹¹⁷ Euobserver, *The EU's COVID-19 certificate - how it will work?*, online: <https://euobserver.com/coronavirus/152082> (visited June 9, 2021).

¹¹⁸ Fact Check-Posts misconstrue lifting of COVID-19 restrictions in Denmark, Sweden and Norway, Reuters, online: <https://www.reuters.com/article/factcheck-scandinavia-covidrestrictions-idUSL1N2R41JP> (visited 8 October 2021).

¹¹⁹ Quartz Africa, *The WHO cautions against a »knee-jerk« response to the new omicron variant*, online: <https://qz.com/africa/2095177/who-cautions-against-knee-jerk-response-to-b-1-1-529-variant/> (visited November 27, 2021).

¹²⁰ Schengenvisainfo news, *EU Tells Member States to Suspend All Travel From Southern African Countries Due to New COVID Variant*, online: <https://www.schengenvisainfo.com/news/eu-tells-member-states-to-suspend-all-travel-from-southern-african-countries-due-to-new-covid-variant/> (visited November 27, 2021).

¹²¹ Quartz Africa, *The WHO cautions against a »knee-jerk« response to the new omicron variant*, online: <https://qz.com/africa/2095177/who-cautions-against-knee-jerk-response-to-b-1-1-529-variant/> (visited November 27, 2021).

¹²² Japan reverses border easing, bars foreign visitors due to Omicron, online: <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/japan-pm-kishida-says-foreign-visitors-be-barred-entry-nov-30-2021-11-29/> (visited November 29, 2021).

¹²³ The Schengen acquis - Agreement between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders, Official Journal L 239, 22/09/2000 P. 0013 - 0018, Ar. 6.

¹²⁴ Council Recommendation (EU) 2020/912 of 30 June 2020 on the temporary restriction on non-essential travel into the EU and the possible lifting of such restriction, 2020, OJ L 208I.

reviewed regularly and, if possible, updated.¹²⁵ The list was again updated on 18 November 2021.¹²⁶

Another possible fragmentation of approaches in practice might arise out of States' acceptance of different vaccines and different types of tests.¹²⁷ This has already been the case in Europe, where some people were in a worse position just because they did not have different available vaccines or tests in their States. Some of them, due to the lack of vaccines or its limited accessibility in their home State, got vaccinated in other States, for example in Serbia, but are now not allowed to travel, because some States do not recognize certain types of vaccines. At present, the vaccines recognized by EMA are Pfizer-BioNTech, Johnson & Johnson, Moderna and AstraZeneca. Consequently, some countries decided to only accept the use of those, for example France¹²⁸, whereas there are more vaccines approved by some other countries, for example in Hungary, where they also recognize vaccines Sputnik V, Sinopharm, Sinovac, CanSinoBio and CoviShield¹²⁹. Each MS can decide if it wants to permit the entry of passengers vaccinated with vaccines that EMA does not approve, which poses another concern on legality of COVID-19 travel certificates.

IV. CONCLUSION

The discussion demonstrated that although public health considerations are indeed legitimate aims allowing limitations or restrictions on internationally protected human rights, States' actions must comply with their international legal obligations, including by satisfying the three-step proportionality test when introducing and throughout the implementation of any adopted measures with the potential to affect other human rights. The implementation of COVID-19 travel certificates, including the DCC, must thus be necessary and proportionate to achieve a legitimate aim of appropriate standard of public health in any given circumstances and should be kept in place only as long as such necessity exists, which implies it is most likely only a temporary measure.

Although the DCC, if the MSs ensure compliance with the presented international legal framework, could be considered a welcoming initiative, its full effectiveness remains to be assessed, when the data on efficiency of COVID-19 vaccinations and tests, possibilities of subsequent – after the vaccination – infections, as well as a cost-benefit analysis of its implementation, becomes available.

In conclusion, legitimate public health considerations justify the introduction of additional restrictive measures for travelling only if these comply with existing international legal framework, including relevant human rights standards. Thus, it is of utmost importance that States conduct a thorough analysis prior to introduction of any COVID-19 travel certificates, continuously monitor their proper implementation and regularly assess their impact, in order to ensure that these are truly facilitating travel and better recovery of States, rather than imposing a serious barrier to full implementation of fundamental human rights, including the freedom of movement.

¹²⁵ Re-open EU, online: <https://reopen.europa.eu/en/> (visited November 27, 2021).

¹²⁶ Re-open EU, online: <https://reopen.europa.eu/en/> (visited November 27, 2021).

¹²⁷ Euobserver, The EU's COVID-19 certificate - how it will work?, online: <https://euobserver.com/coronavirus/152082> (visited June 9, 2021).

¹²⁸ Demande de passe sanitaire en cas de vaccination à l'étranger : procédure pour les ressortissants étrangers de passage en France et les étudiants, hors pays européens, online: <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/actualites-du-ministere/informations-coronavirus-covid-19/demande-de-passe-sanitaire-en-cas-de-vaccination-a-l-etranger-procedure-pour-64244/> (visited November 27, 2021).

¹²⁹ Travelling to Hungary: What You Need to Know Before You Go, online: <https://www.schengenvisainfo.com/news/travelling-to-hungary-amid-covid-19-rules-restrictions-explained/> (visited November 27, 2021).

KEYWORDS

COVID-19, EU Digital COVID Certificate, freedom of movement, human rights, public health.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

COVID-19, európsky digitálny Covid certifikát, sloboda pohybu, ľudské práva, verejné zdravie

BIBLIOGRAPHY

1. Appellate Body Report, *European Communities — Measures concerning meat and meat products*, WTO Doc. WT/DS26/AB/R, adopted 1998.
2. *Austria plans compulsory Covid vaccination for all*, online: <https://www.theguardian.com/world/2021/nov/19/austria-plans-compulsory-covid-vaccination-for-all> (visited November 19, 2021).
3. *Belgium Data Protection Authority*. Opinion n° 138/2020, 3 June 2021, Online: <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-138-2020-du-18-decembre-2020.pdf> (visited November 17, 2021).
4. BÖGER B., FACHI M M., O VILHENIA R., COBRE F A., TONIN S F., PONTAROLO R., *Systematic review with meta-analysis of the accuracy of diagnostic tests for COVID-19*, *American journal of infection control*, Vol. 49(1), 2021: 21-29.
5. BROWN REBECCA CH & KELLY DOMINIC & WILKINSON DOMINIC & SAVULESCU JULIAN, *The scientific and ethical feasibility of immunity passports*, 21 *LANCET INFECT DIS*, 2021. DOI: [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30766-0](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30766-0).
6. CHAPPELL B., *European court backs mandatory vaccinations for children*, online: <https://www.npr.org/sections/coronavirus-live-updates/2021/04/08/985318387/european-court-backs-mandatory-vaccinations-laws-for-children?t=1621947334562> (visited May 26, 2021).
7. *Charter of fundamental rights of the European Union*, 2012, OJ C326.
8. *Charter of the United Nations*, 1945, 1 U.N.T.S. 16.
9. CIANCIARDO JUAN, *The Principle of Proportionality: The Challenges of Human Rights*, *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 3, 2010: 177-186.
10. *Clarity still needed on effectiveness of COVID-19 vaccine passports, says UN health agency*, online: <https://news.un.org/en/story/2021/04/1089082> (visited April 22, 2021).
11. CNBC, *WHO says Covid will mutate like the flu and is likely here to stay*, online: <https://www.cnn.com/2021/09/07/who-says-covid-is-here-to-stay-as-hopes-for-eradicating-the-virus-diminish.html> (visited November 13, 2021).
12. COFONE IGNACIO, *Immunity passports and contact tracing surveillance*, *Stanford Technology Law Review*, Vo. 24, 2021. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3767301>.
13. Committee on the administration of justice (CAJ), *Are vaccination or immunity 'passports' lawful under the human rights act? An analysis by the committee on the administration of justice* (S522), online: <https://caj.org.uk/wp-content/uploads/2021/04/Are-vaccination-or-immunity-passports-lawful-under-the-Human-Rights-Act-An-analysis-by-CAJ-Apr-21.pdf> (visited April 21, 2021).
14. *Consolidated version of the Treaty on European Union*, 2008, OJ C115/13.
15. *Consolidated version of the Treaty on the functioning of the European Union*, 2016, OJ C202/1.
16. *Corfu Channel*, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania, I.C.J. Rep. 4, adopted 1949.
17. *Coronavirus – Advice for Foreign Nationals in France*, online: https://www.diplomatie.gouv.fr/en/coming-to-france/coronavirus-advice-for-foreign-nationals-in-france/#sommaire_1 (visited November 27, 2021).

18. Council of Europe, *Protection of human rights and the "vaccine pass"*, online: <https://rm.coe.int/protection-of-human-rights-and-the-vaccine-pass/1680a1fac4> (visited April 21, 2021).
19. Council Recommendation (EU) 2020/912 of 30 June 2020 on the temporary restriction on non-essential travel into the EU and the possible lifting of such restriction, 2020, OJ L 208I.
20. *Covid passports: what are different countries planning?*, online: <https://www.bbc.com/news/world-europe-56522408> (visited May 31, 2021).
21. *COVID-19, surveillance and threat to your rights*, online: <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/04/COVID-19-surveillance-threat-to-your-rights/> (visited April 23, 2021).
22. Demande de passe sanitaire en cas de vaccination à l'étranger : procédure pour les ressortissants étrangers de passage en France et les étudiants, hors pays européens, online: <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/actualites-du-ministere/informations-coronavirus-covid-19/demande-de-passe-sanitaire-en-cas-de-vaccination-a-l-etranger-procedure-pour-64244/> (visited November 27, 2021).
23. EDPB-EDPS, Joint opinion 04/2021 on the proposal for a regulation of the European parliament and of the council on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic (digital green certificate), 2021.
24. ERŽEN IVAN & KAMENŠEK TINA & FOŠNARIČ MIHA & ŽIBERT JANEZ, *Key challenges in modelling an epidemic – what have we learned from the COVID-19 epidemic so far*, *Zdravstveno varstvo* Vol. 59(3), 2020: 117–119. DOI: <https://doi.org/10.2478/sjph-2020-0015>.
25. *EU Investigates Hacking of COVID Digital Certificates Gateway, After 'Adolf Hitler Certificate' Was Generated*, online: <https://www.schengenvisainfo.com/news/eu-investigates-hacking-of-covid-digital-certificates-gateway-after-adolf-hitler-certificate-was-generated/> (visited November 13, 2021).
26. *EU vaccine passport: an ethical and legal minefield?*, online: <https://www.dw.com/en/eu-vaccine-passport-an-ethical-and-legal-minefield/a-56747519> (visited June 4, 2021).
27. Euobserver, *The EU's COVID-19 certificate - how it will work?*, online: <https://euobserver.com/coronavirus/152082> (visited June 9, 2021).
28. Euroconsumers, *EU digital COVID certificate: we will be able to travel again*, online: <https://www.euroconsumers.org/Activities/eu-digital-covid-certificate-will-be-able-travel-again> (visited June 17, 2021).
29. *Fact Check-Posts misconstrue lifting of COVID-19 restrictions in Denmark, Sweden and Norway*, Reuters, online: <https://www.reuters.com/article/factcheck-scandinavia-covidrestrictions-idUSL1N2R41JP> (visited October 8, 2021).
30. G. A. RES. 217 A (III), *Universal declaration of human rights*, 1948.
31. *Gabčíkovo-Nagymaros project*, Hungary/Slovakia, I.C.J. Rep. 7, adopted 1997.
32. Glossary of summaries-EUR-Lex, online: https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/public_health.html?locale=en (visited June 6, 2021).
33. GRANDE, A. *Vaccine passport plans can't ignore web of privacy laws*, online: <https://www.law360.com/articles/1377404/vaccine-passport-plans-can-t-ignore-web-of-privacy-laws> (visited April 24, 2021).
34. Greece Extends Travel Restrictions Until December 3, 27 November 2021, Online: <https://www.schengenvisainfo.com/news/greece-extends-travel-restrictions-until-december-3/>.

35. GREEN R., BIDDLESTONE M., DOUGLAS K., *A call for caution regarding infection-acquired COVID-19 immunity: The potentially unintended effects of "immunity passports" and how to mitigate them*, Journal of Applied Social Psychology Vol. 51(7), 2021: 720-729. DOI: 10.1111/jasp.12779.
36. GSTREIN OSKAR, *The EU Digital COVID Certificate: A Preliminary Data Protection Impact Assessment*. European Journal of Risk Regulation, Vol. 12(2), 2021. DOI: <https://doi.org/10.1017/err.2021.29>.
37. HABIBI ROOJIN & BURCI GIAN L & DE CAMPOS THANA C & CHIRWA DANWOOD & CINÀ MARGHERITA & DAGRON STÉPHANIE, et. al, *Do not violate the International health regulations during the COVID-19 outbreak*, Vol. 395(10225) The Lancet, 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)30373-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)30373-1).
38. *Interim position paper: considerations regarding proof of COVID-19 vaccination for international travellers, COVID-19 travel advice*, online: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/interim-position-paper-considerations-regarding-proof-of-COVID-19-vaccination-for-international-travellers> (visited April 21, 2021).
39. *International covenant on civil and political rights*, 1966, 999 U.N.T.S. 171.
40. *International covenant on economic, social and cultural rights*, 1966, 933 U.N.T.S. 3.
41. International health conference, *Constitution of the World health organisation*, 1946, Bulletin of the World Health Organisation.
42. *International Health Regulations*, 2005, 2509 U.N.T.S. 79.
43. *Japan reverses border easing, bars foreign visitors due to Omicron*, online: <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/japan-pm-kishida-says-foreign-visitors-be-barred-entry-nov-30-2021-11-29/> (visited November 29, 2021).
44. JORDAN LIZ, *COVID-19, immunoprivilege and structural inequalities*, History and philosophy of the life sciences, Vol. 43(1), 2021. DOI: <https://doi.org/10.1007/s40656-020-00356-5>.
45. KATSONI SPYRIDOULA, *What Does the Vavrička Judgement Tell Us About the Compatibility of Compulsory COVID-19 Vaccinations with the ECHR?*, Völkerrechtsblog, 2021. DOI: 10.17176/20210421-100920-0.
46. KREGAR VELIKONJA NEVENKA & ERJAVEC KARMEN & VERDENIK IVAN & HUSSEIN MOHSEN & VELIKONJA VISLAVA G, *Preventivno vedenje in njegova povezanost z anksioznostjo v začetni fazi epidemije SARS-CoV-2 v Sloveniji*, Zdravstveno varstvo, Vol. 60(1), 2021:17-24. DOI: <https://doi.org/10.2478/sjph-2021-0004>.
47. MASSÉ ESTELLE, *Two years under the EU GDPR: an implementation progress report*, Access Now, 2020.
48. MOLLDREM S., HUSSAIN M.I., MCCLELLAND A., *Alternatives to sharing COVID-19 data with law enforcement: Recommendations for stakeholders*, Health Policy, Vol. 125(2), 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.healthpol.2020.10.015>.
49. *Necessity&proportionality*, https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/subjects/necessity-proportionality_en (visited June 7, 2021).
50. NICOLOSI SALVO, *Non-refoulement during a health emergency*, EJIL:TALK!, 2020.
51. NOWAK, MANFRED, *U.N. Covenant on civil and political rights*, Commentary, 2nd Revised Ed., 2011.
52. Office of the High Commissioner for Human Rights, *General Comment 27, Art. 12: Freedom of movement*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 1999.
53. Office of the High Commissioner for Human Rights, *General Comment 15, The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986.
54. Office of the High Commissioner for Human Rights, *General Comment 14, Art. 12: The right to the Highest Attainable Standard of Health*, UN Doc.E/C.12/2000/4, 2000.

55. Office of the High Commissioner for Human Rights, *Statement on the coronavirus disease (COVID-19) pandemic and economic, social and cultural rights*, UN Doc. E/C.12/2020/1, 2020.
56. OHLBRECHT, H., JELLEN, J., Unequal tensions: the effects of the coronavirus pandemic in light of subjective health and social inequality dimensions in Germany, 23:S1, 2021: 905-S922. DOI: 10.1080/14616696.2020.1852440.
57. *Passe sanitaire: la CNIL appelle à la vigilance sur la conservation des données personnelles lors des contrôles*, online: https://www.lemonde.fr/pixels/article/2021/04/28/passe-sanitaire-la-cnil-appelle-a-la-vigilance-sur-la-conservation-des-donnees-personnelles-lors-des-contrôles_6078337_4408996.html (visited June 3, 2021).
58. PHELAN A. L., COVID-19 immunity passports and vaccination certificates: scientific, equitable, and legal challenges, *The Lancet*, Vol. 395(10237), 2020: 1595-1598. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31034-5](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31034-5).
59. Portugal Announces New COVID-19 Measures – Imposes Testing Rules Even for Vaccinated Travellers, online: <https://www.schengenvisa.info.com/news/portugal-announces-new-covid-19-measures-imposes-testing-rules-even-for-vaccinated-travellers/> (visited November 27, 2021).
60. Proposal for a regulation of the European parliament and the council, R on a framework for the issuance, verification and acceptance of interoperable certificates on vaccination, testing and recovery to facilitate free movement during the COVID-19 pandemic, 2021.
61. *Protocol for exclusion: Why COVID-19 vaccine "passports" threaten human rights*, 3 June 2021, Online: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2021/04/Covid-Vaccine-Passports-Threaten-Human-Rights.pdf>.
62. *Protocol no. 4 to the European convention on human rights and fundamental freedoms, as amended by protocols no. 11 and 14*, 1963, ETS 46.
63. PŪRAS D., DE MESQUITA J. B., CABAL L., MALECHE A., MEIER B. M., The right to health must guide responses to COVID-19, *The Lancet*, Vol. 395(10241), 2020. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31255-1](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31255-1).
64. Quartz Africa. *The WHO cautions against a »knee-jerk« response to the new omicron variant*, online: <https://qz.com/africa/2095177/who-cautions-against-knee-jerk-response-to-b-1-1-529-variant/> (visited November 27, 2021).
65. *Questions and answers—digital green certificate*, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_21_1187 (visited June 6, 2021).
66. RAPOSO V. L., Quarantines: Between Precaution and Necessity. A Look at COVID-19, *Public Health Ethics*, Vol. 14(1), 2021: 35–46. DOI: <https://doi.org/10.1093/phe/phaa037>.
67. Re-open EU, 27 November 2021, online: <https://reopen.europa.eu/en/> (visited December 1, 2021).
68. *S.S. Wimbledon*, United Kingdom, France, Italy and Japan v. Germany, P.C.I.J. Series A. No. 1, adopted 1923.
69. SALVATI EUGENIO, *Crisis and intergovernmental retrenchment in the European Union? Framing the EU's answer to the COVID-19 pandemic*, Chinese political scientific review, Vol. 6, 2021: 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1007/s41111-020-00171-0>.
70. SAUER ML, *What is coronavirus?*, online: <https://www.hopkinsmedicine.org/health/conditions-and-diseases/coronavirus> (visited May 31, 2021).

71. Schengenvisa.info news, *EU Tells Member States to Suspend All Travel From Southern African Countries Due to New COVID Variant*, online: <https://www.schengenvisa.info/news/eu-tells-member-states-to-suspend-all-travel-from-southern-african-countries-due-to-new-covid-variant/> (visited November 27, 2021).
72. SCHLAGENHAUF PATRICIA & PATEL DIPTI & RODRIGUEZ-MORALES ALFONSO J & GAUTRET PHILIPPE & GROBUSCH MARTIN P & LEDER KARIN, *Variants, vaccines and vaccination passports: challenges and chances for travel medicine in 2021*, Vol. 40:101996 *Travel medicine and infectious disease*, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.tmaid.2021.101996>.
73. SEKALALA S., FORMAN L., HABIBI R., MEIER B. M., *Health and human rights are inextricably linked in the COVID-19 response*, *BMJ Global Health*, 2020. DOI:10.1136/bmjgh-2020-003359.
74. SHAW, MALCOLM, *International law*, 8th ed., 2017.
75. SHELTON, DINAH, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013.
76. SISAY TARIKU & TOLESSA TESFAYE, *COVID-19 pandemic: a compressive review on gender, herd immunity, and physiological mechanisms*, *Risk management and healthcare policy*, Vol. 13:2963-74, 2021. DOI: <https://doi.org/10.2147/RMHP.S276342>.
77. *Solomakhin v. Ukraine*, ECtHR app.no. 24429/03, adopted 2012.
78. *Statement on the seventh meeting of the international health regulations (2005) emergency committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic*, online: [https://www.who.int/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(COVID-19\)-pandemic](https://www.who.int/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(COVID-19)-pandemic) (visited April 21, 2021).
79. *The constitution of the Republic of Slovenia*, Official Gazette of the Republic of Slovenia, no. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13 and 75/16, 1991.
80. *The EU Digital COVID Certificate: a global standard with more than 591 million certificates*, online: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5267 (visited November 13, 2021).
81. *The European commission's digital green certificate*, online: <https://ihsmarkit.com/research-analysis/the-european-commissions-digital-green-certificate.html> (visited June 6, 2021).
82. *The Schengen acquis - Agreement between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the gradual abolition of checks at their common borders*, Official Journal L 239, 22/09/2000 P. 0013 - 0018.
83. *The territorial impact of COVID-19: managing the crisis across levels of government*, online: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=128_128287-5agkkojaaa&title=The-territorial-impact-of-COVID-19-managing-the-crisis-across-levels-of-government (visited May 31, 2021).
84. *Travelling to Hungary: What You Need to Know Before You Go*, online: <https://www.schengenvisa.info/news/travelling-to-hungary-amid-covid-19-rules-restrictions-explained/> (visited November 27, 2021).
85. *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak: COVID-19 travel advice*, online: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-COVID-19-utbreak> (visited May 31, 2021).

86. *Vaccine passports 'essential' for resumption of international travel*, online: <https://www.theguardian.com/travel/2021/jan/22/vaccine-passports-essential-for-resumption-of-international-travel-says-world-tourism-organisation> (visited November 15, 2021).
87. *VAVŘIČKA and others v. The Czech Republic*, ECtHR app. no. 47621/13[GC], adopted 2021.
88. *Vlada sprejela sklep o izvedbi aktivnosti za lažji dostop prebivalcev do storitev zaupanja*, online: <https://www.gov.si/novice/2021-05-21-vlada-sprejela-sklep-o-izvedbi-aktivnosti-za-lazji-dostop-prebivalcev-do-storitev-zaupanja/> (visited June 3, 2021).
89. VOO TECK CHUAN & REIS ANDREAS A & THOMÉ BEATRIZ & HO CALVIN WL & TAM CLARENCE C & KELLY-CIRINO C, et al, *Immunity certification for COVID- 19: ethical considerations*, Bull world health organ, Vol. 99, 2021: 155-161. DOI: <http://dx.doi.org/10.2471/BLT.20.28070>.
90. WOUTERS OLIVIER J & SHADLEN KENNETH C & SALCHER-KONRAD MAXIMILIAN & POLLARD ANDREW J & LARSON HEIDI J & TEERAWATTANANON YOT et. al, *Challenges in ensuring global access to COVID-19 vaccines: production, affordability, allocation, and deployment*, Health policy, Vol. 397, 2021: 1023-1034. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(21\)00306-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(21)00306-8).

CONTACT DETAILS OF THE AUTHORS

Vasilka Sancin, PhD

Professor of International Law, Head of the Department of International Law
University of Ljubljana, Faculty of Law
Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana
Phone number: +386 40 231 273
E-mail: vasilka.sancin@pf.uni-lj.si

Sergeja Hrvatič

Master of Law, International Law Module,
University of Ljubljana, Faculty of Law,
Junior Associate at Zidar Klemenčič Law Firm
Slovenska cesta 54, 1000 Ljubljana
Phone number: +386 40 959 742
E-mail: sergeja.hrvatic@gmail.com

Lena Kevorkijan

Bachelor of Law, Student of Master Programme in Law, International Law Module
University of Ljubljana, Faculty of Law
Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana
Phone number: +386 51 232 247
E-mail: lenakevorkijan@gmail.com

Eva Korenjak Lalovič

Bachelor of Law, Student of Master Programme in Law, International Law Module
University of Ljubljana, Faculty of Law
Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana
Phone number: +386 40 231 646
E-mail: korenjak.eva@gmail.com

CURRENT PROBLEMS OF (NON-) TAXATION OF THE COLLABORATIVE ECONOMY¹

AKTUÁLNE PROBLÉMY (NE) ZDAŇOVANIA KOLABORATÍVNEJ EKONOMIKY

Soňa Simić²

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-09>

ABSTRACT

The presented paper is devoted to current issues of collaborative economy with a focus on its relevant tax law aspects and taxation or non-taxation. The paper analyses the possibilities of taxation of collaborative platforms income arising from sources in the territory of the Slovak Republic in the context of recent changes in Act No. 595/2003 Coll. on Income Tax, on the basis of which the institute of a permanent establishment of a digital platform and the ancillary application of the institute of withholding tax by service providers was enacted in the legal system of the Slovak Republic. In addition to the above issues, the paper also addresses selected issues of indirect taxation of the collaborative economy, in particular the taxation of peer-to-peer transactions with value added tax and answers the fundamental question of whether private individuals providing services in the collaborative economy (also referred to as “peers”) can be considered as taxable persons for the purpose of the common value added tax system.

ABSTRAKT

Predložený príspevok je venovaný aktuálnej problematike kolaboratívnej ekonomiky so zameraním na jej relevantné daňovo-právne aspekty a jej zdaňovanie, resp. nezdaňovanie. Príspevok analyzuje možnosti zdaňovania príjmov kolaboratívnych platforiem plynúcich im zo zdrojov na území Slovenskej republiky vo svetle nedávnych zmien zákona č. 595/2003 Z. z. o dani z príjmov, na základe ktorých bol do právneho poriadku Slovenskej republiky zakotvený inštitút stálej prevádzkarne digitálnej platformy za súčasného zakotvenia subsidiárneho uplatnenia inštitútu zrážkovej dane. Okrem uvedených otázok sa príspevok zaoberá aj vybranými otázkami v oblasti nepriameho zdaňovania kolaboratívnej ekonomiky, najmä zdaňovaním peer-to-peer transakcií daňou z pridanej hodnoty, kedy odpovedá na zásadnú otázku či možno súkromné osoby poskytujúce služby v kolaboratívnej ekonomike (označované aj ako „peers“) považovať za zdaniteľné osoby z pohľadu systému dane z pridanej hodnoty.

I. INTRODUCTION

The digital economy, the platform economy or the sharing economy, also synonymously referred to as the collaborative economy.³ It is apparent that all of these terms refer to relatively new phenomena which are related to the implementation of digital technologies in the functioning of socio-economic relations and are the result of the ongoing digitisation process in almost all sectors of the economy. It can be said that digital platforms have gradually become

¹ This work was supported by the Slovak Research and Development Agency under the Contract no. APVV-19-0124.

² JUDr., Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika.

³ The terms collaborative and sharing economy are now used interchangeably. In lexicological practice, the term collaborative economy is the younger of these terms and this term began to be widely used in Slovakia only in connection with the Permanent Representation of the Slovak Republic to the EU and the holding of the Collaborative Economy Conference. Collaborative comes from the Latin *collaborāre*, i.e. “to work together”. In addition to these terms, this type of economy can also be referred to as a collaboration-based economy or, more concisely, an economy of collaboration, or even a resource-sharing economy. See: KALAMÁNOVÁ, K.: Zdieľaná ekonomika či kolaboratívna ekonomika? In: Kultúra slova. Vedecko-popularizačný časopis pre jazykovú kultúru a terminológiu. Vol. 52, 2018, No. 3, pp. 172–176. ISSN: 0023-5202. Available at: <https://www.juls.savba.sk/ediela/ks/2018/3/ks3-2018.pdf#page=46>.

an integral part of the digital market. However, despite the widespread presence of these digital business models, there is still no single definition and understanding of them. On the contrary, there is rather a consensus that it would be difficult to arrive at a single legally relevant and timeless definition of digital platforms due to the existence of a large number of different digital platform models, the broad scope of their areas of operation, as well as due to the rapidly changing digital environment.

The term “digital platform” is now used to refer to the wide range of diverse digital services provided or the methods and tools used to provide them. Digital platforms are generally known as two-sided or multi-sided markets where users are brought together by a platform operator in order to facilitate an interaction (exchange of information, a commercial transaction, etc.).⁴ It is also possible to define a digital platform as an entity that (i) offers digital services, (ii) is or can be operated as a two- or multi-sided market business model, and (iii) allows the facilitation of interaction between different sides, even where there is no direct interaction among them.⁵

As outlined above, the attempt to define digital platforms entails the risk that their definition either does not cover all digital platform models or, on the contrary, does not accurately capture their essence. Nonetheless, most digital platforms exhibit certain features. The first characteristic of digital platforms is their capacity to facilitate, and extract value, from direct interactions or transactions between users. The second relevant characteristic is the ability of digital platforms to collect, use and process a large amount of data in order to optimise the services provided in the future. The third characteristic of digital platforms is the capacity to build networks where any additional user will enhance the experience of all existing users – so-called “network effects”. The fourth feature is their ability to create and shape new forms of markets which may disrupt traditional ones, as well as to organize new forms of participation or business of entities, and the fifth and final characteristic of digital platforms is reliance on information technology as the means to provide services.⁶

The basic framework of the collaborative or also sharing economy, within which collaborative or also intermediary platforms operate, was defined by the European Commission in 2016 in the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy (*hereinafter referred to as “European Agenda for the Collaborative Economy”*). According to the European Commission, the term “collaborative economy” refers to business models where activities are facilitated by collaborative platforms that create an open marketplace for the temporary usage of goods or services often provided by private individuals.⁷ At the same time, however, the European Commission stresses that the collaborative economy is a rapid evolving phenomenon and its definition may, or rather must, evolve accordingly.⁸

The European Agenda for the Collaborative Economy defined guidelines on five key issues that need particular attention.⁹ As the last key issue (without any hierarchy of relevance, of

⁴ Commission Staff Working Document: Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market {COM(2016) 288 final}.

⁵ Liability of online platforms. STUDY Panel for the Future of Science and Technology. p. 3. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU\(2021\)656318_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf).

⁶ Commission Staff Working Document: Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market {COM(2016) 288 final}.

⁷ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy {SWD(2016) 184 final}.

⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy {SWD(2016) 184 final}.

⁹ The need to differentiate between the provision of services by private individuals and the provision of services by businesses was highlighted in the context of the assessment of *market access requirements* (in particular business authorisations, insurance and others). For services provided by collaborative platforms, it is true that their nature needs to be assessed on a case-by-case basis. See also: RÓZENFELDOVÁ, L.: The Nature of Services Provided by Collaborative Platforms. In: EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol. 4, 2020, pp. 894–914.

course), the issue of *taxation* of the collaborative economy was also identified. Taxation issues were only broadly defined in the European Agenda for the Collaborative Economy. The fact that businesses providing comparable services should be subject to functionally comparable tax obligations was also emphasised. Although there is a consensus among the States on the characterisation of digitalisation as a global phenomenon transcending the dimensions of national legislations, a persistent problem in this area is the absence of a certain coordinated approach and the application of different digital taxation rules not only within the internal market of the European Union (*hereinafter referred to as "EU"*).

The aim of this paper is to define and assess selected partial problems related to the taxation of collaborative platforms' income derived from sources in the territory of the Slovak Republic, as well as to the taxation of transactions carried out in the collaborative economy with value added tax (*hereinafter referred to as "VAT"*), focusing on *peer-to-peer* transactions, in the light of the wide range of problems arising from digitalisation in the area of taxation. In this context, the paper analyses amendments to Act No. 595/2003 Coll. on Income Tax made by Act No. 344/2017 Coll., which, among other things, added to the legislation of the Slovak Republic the conditions for the creation of the so-called permanent establishment of a digital platform. The paper also defines the basic types of transactions that are carried out in the supply chain taking place within the collaborative economy and attempts to clarify the answer to the fundamental question whether private individuals providing services in the collaborative economy (also referred to as "*peers*") can be considered taxable persons within the meaning of Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax (*hereinafter referred to as "VAT Directive"*).

II. RELEVANT ASPECTS OF THE COLLABORATIVE ECONOMY FROM AN INCOME TAX PERSPECTIVE

The diversity of the collaborative economy is also reflected in the composition of the entities that are involved in its functioning. The European Commission defined three main categories of actors operating in the collaborative economy, which are:

1. **service providers** who share assets, resources, time and/or skills – these can be *private individuals* offering services on an occasional basis (*peers*),¹⁰ or *professional service providers* acting in their professional capacity;
2. **users of these services**¹¹ and
3. **collaborative platforms** acting as intermediaries that connect service providers with users and that facilitate transactions between them.¹²

<https://doi.org/10.25234/eclic/11932>. Another key issue identified was the *liability regime for collaborative platforms*, in particular in relation to the conditions for exemption from liability for hosting service providers. As regards another key issue, namely *protection of users*, the blurring of the lines between "businesses" and "consumers" may be a problematic aspect, given the diversity of relationships arising in the collaborative economy between different actors, particularly in the case of peer-to-peer transactions. Key issues include the *status of self-employed persons and workers in the collaborative economy*, which also raises the fundamental question as to the applicable rights and the level of social protection system. See Also: LATTOVÁ, S.: Online Platforms and "Dependent Work" After Uber. In: Masaryk University Journal of Law and Technology Vol. 15, 2021, No. 2, pp. 197–223. DOI 10.5817/MUJLT2021-2-3.

¹⁰ The provision of services by private individuals on a *peer-to-peer* basis is identified by the European Agenda for the Collaborative Economy as a specific feature of the collaborative economy.

¹¹ Prof. Babčák states that from the point of view of tax administration, the least interesting entity is the **user of the transport and/or accommodation service**, for the reason that no tax obligation arises from the receipt of these services, since the price of the service already includes or should include VAT or accommodation tax. See: BABČÁK, V.: Slovenské daňové právo na ceste od tradičnej ku zdieľanej ekonomike. In: IV. Slovensko-české dni daňového práva: Zdaňovanie virtuálnych platidiel a digitálnych služieb - COVID-19 a iné aktuálne výzvy pre daňové právo. Košice: UPJŠ, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2021, p. 36 and following, ISBN: 9788057400431. <https://doi.org/10.33542/SCD21-0043-1-01>.

¹² Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy {SWD(2016) 184 final}.

Collaborative platforms, in particular when providing intermediary services to their users across different countries, do not need to be established and are generally not even physically present in the jurisdiction in which the underlying service is provided, but only have a **digital presence** in the relevant jurisdiction. Current corporate taxation rules largely rely on the physical presence of the entity in the jurisdiction. From the perspective of the taxation of the income of a collaborative platform, or the operator of that collaborative platform, for corporation tax purposes, the residence of the company is relevant to the determination of the **tax residence** of the entity. The existence of (i) a *residence* or (ii) a *place of management* in the territory of a State is now one of the established requirements for the tax residence of a legal person.¹³ For example, the Airbnb platform which, according to the Terms of Service, offers an online venue that enables users to publish, offer, search for, and book services, is operated by Airbnb Ireland UC, a private unlimited company incorporated under Irish law and resident in Dublin. In addition to the above, the online payment services of the intermediated relationships and other payment activities of the Airbnb group in the EU are managed by Airbnb Payments UK Ltd. resident in London.¹⁴ Similarly, the Bolt platform which, according to the General Terms for Drivers, connects passengers with drivers to help them move around cities more efficiently,¹⁵ is operated by Bolt Technology OÜ resident in Tallinn, and the entity in charge of making payments is also another company, Billify OÜ.¹⁶

Thus, the collaborative platform generally, with certain exceptions, provides services in the territory of States and derives income from sources in the territory of States in which it has a **non-resident taxpayer** status in terms of tax jurisdiction. Of course, the situation is conceptually different with regard to the presence of the providers of intermediated services, who, depending on the type of service provided, are present in the place of supply (in the case of drivers providing transport services), or “only” real property owned by them is located in the place of supply (in the case of hosts providing accommodation services).

In particular, Article 7, paragraph 1 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital¹⁷ is relevant in relation to the possibility to tax the income of non-resident platform operators established outside a jurisdiction with **corporate income tax**. That provision implies the basic rule that the profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a **permanent establishment** situated therein. The permanent establishment rule thus delimits the right of each State to tax the income of a particular entity and constitutes an instrument of tax law, the essence of which lies in the establishment of a minimum level of activities carried on by the entity (non-resident) which must be met in order for the State to be able to levy tax on the non-resident entity. In terms of the various elements of the tax, we may also identify with the opinion that the permanent establishment has the closest relationships with the taxpayer, as it is one of the conditions relating to the activities carried out by that entity which, if fulfilled, give rise to a tax liability in a particular jurisdiction on the basis of the fulfilment of the legally

¹³ For the purposes of the Model Tax Convention on Income and on Capital, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature. See Article 4 of the Model Tax Convention on Income and on Capital.

¹⁴ See: Terms of Service for European Users. Available at: https://www.airbnb.co.uk/help/article/2908/terms-of-service?_set_bev_on_new_domain=1639569484_N2U5YWQ0OGFIZml3.

¹⁵ Article 1.4. of the General terms for Drivers. Available at: <https://bolt.eu/sk/legal/sk/terms-for-drivers/>.

¹⁶ Article 1.13 of the General terms for Drivers. Available at: <https://bolt.eu/sk/legal/sk/terms-for-drivers/>.

¹⁷ The text of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital was updated in 2017 following the outcomes of the Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting Project, known in its short form as the “BEPS Project”. In particular, the permanent establishment issue is addressed in Action 7 of the BEPS Project, which focuses on strategies used to avoid the establishment of a taxable presence in a particular jurisdiction under tax conventions. See: OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>.

established criteria.¹⁸ The characterisation of a permanent establishment as a kind of fiction and the emphasis on the absence of its legal personality can also be found in the doctrine of tax law.¹⁹ For the purposes of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.²⁰ This definition of permanent establishment can be described as “traditional” in the following context of the initiatives to extend the definition of permanent establishment towards the digital space. The above definition of permanent establishment has generally been consistently adopted in most bilateral double taxation conventions, which ultimately facilitates the assessment of the creation of a permanent establishment in individual specific cases.

1. Digital platform as a legal reason for the creation of a permanent establishment of a non-resident taxpayer under Act No. 595/2003 Coll. on Income Tax

The conditions under which a taxpayer with limited tax liability (non-resident taxpayer) has a permanent establishment created in the territory of the Slovak Republic are laid down by Section 16(2) of the Act No. 595/2003 Coll. on Income Tax (*hereinafter referred to as “Income Tax Act”*). This provision, which defines the conditions for the creation of a permanent establishment, was changed by the recent amendment to the Income Tax Act by Act No. 344/2017 Coll. in force from 1 January 2018, following the challenges arising from digitalisation and changes in the manner of carrying out activities subject to taxation.

This amendment firstly added the definition of a digital platform to the basic terms of the Income Tax Act, which for the purposes of the Income Tax Act means a hardware platform or a software platform necessary for the development and administration of applications.²¹ The Explanatory Memorandum to Act No. 344/2017 Coll. specifies this legal concept and further describes a digital platform in more details as “*a modern technological business model enabling the exchange of information between several groups of users, in particular between end users and holders of movable or immovable property or service providers...*”. A certain illogicality in this definition of a digital platform can be seen in the explicit acknowledgement of an alternative relationship between hardware and software platforms.

The second relevant change brought about by Act No. 344/2017 Coll. was the addition of a provision regulating the conditions for the creation of a permanent establishment, under which repeated intermediation of services of transport and accommodation, **including through a digital platform**, shall also be considered as the performance of an activity with a fixed place in the territory of the Slovak Republic.²² Similarly, the Explanatory Memorandum to Act No. 344/2017 Coll. explains this change by stating that such digital platform activities may be considered to be “*in particular the intermediation of the entering into a contracts between holders of movable or immovable property or service providers and end user*”. Furthermore, the Explanatory Memorandum to Act No. 344/2017 Coll. states that the aim of that provision is “*to clarify the definition of a permanent establishment by introducing a legal fiction, since the current provision does not reflect the modern business models of recent years, where activities are carried out in the territory of individual States without the physical presence of entrepreneurs in the territory of the State and their virtual presence is sufficient, and there is discrimination against entrepreneurs – taxpayers with limited tax liability who carry out activities in our territory through permanent establishments and taxpayers with unlimited tax*”.

¹⁸ PONOMAREVA, K. A.: The concepts of legal status of the permanent establishment in the area of digital economy. In: J. Sib. Fed. Univ. Humanit. Soc. Sci., 12 (11), 2019, pp. 2079–2090. DOI: 10.17516/1997-1370-0513.

¹⁹ A permanent establishment may be characterised by activity (in the functional sense) rather than by features characteristic of the subjects of law. Similarly, it does not have legal personality.

²⁰ Article 5, paragraph 1 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital.

²¹ See Section 2(ag) of the Income Tax Act.

²² See Section 16(2) of the Income Tax Act.

liability who are obliged to duly tax their income". However, the introduction of a legal fiction of the creation of a permanent establishment has not resulted in the declared clarification of the definition of a permanent establishment, but in its significant extension including situations in which there is no **taxable nexus** for the taxation of the income of a digital platform in accordance with current rules of international taxation.²³ Despite the fact that digital platforms today provide services in a variety of areas, the amendment in question is characterised by its considerable substantive limitation to the areas of accommodation and transport only.²⁴ This amendment to the Income Tax Act represents an attempt by the Slovak legislature to introduce taxation of income of digital platforms derived from sources in the territory of the Slovak Republic.²⁵ However, rather than producing the desired results, the amendment has attracted a wave of criticism from the professional public.

In particular, a crucial question is the possibility of a non-resident taxpayer, i.e. also the operator of a collaborative platform, becoming liable for tax on the basis of a permanent establishment of a digital platform in the territory of the Slovak Republic under national law in the context of the application priority of international double taxation conventions over such law. The creation of a permanent establishment of a taxpayer in a particular case must be assessed according to the relevant international double taxation convention concluded between the State in which the digital platform operator is a tax resident and the Slovak Republic. As mentioned above, the definition of permanent establishment has been consistently adopted in bilateral double taxation conventions from the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, whereas these bilateral conventions today define "only" the conditions for the creation of a "traditional" (non-digital) permanent establishment and do not yet reflect the provision of services by digital platforms. As a result of the application priority of international double taxation conventions over the Income Tax Act, the extension of the definition of permanent establishment in the Income Tax Act has not had a practical impact on the ability of tax administrators to levy tax on non-residents on the basis of the creation of a permanent establishment of a digital platform under Section 16(2) of the Income Tax Act.²⁶

In addition to stipulating the conditions for the creation of a permanent establishment of a digital platform, it is necessary to emphasize that the Income Tax Act also lays down a procedural **registration obligation** in relation to the creation of a permanent establishment.²⁷ Digital platform operators were thus obliged to apply for registration of the digital platform to

²³ For more information on the category of taxable nexus in the digital economy, see for example: ŠTRKOLEC, M.: Daňové právo a jeho reflexia na nové javy v ekonomike. In: IV. Slovensko-české dni daňového práva: Zdaňovanie virtuálnych platidiel a digitálnych služieb - COVID-19 a iné aktuálne výzvy pre daňové právo. Košice: UPJŠ, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2021, pp. 377–378. ISBN: 9788057400431. <https://doi.org/10.33542/SCD21-0043-1-28>.

²⁴ In this context, Prof. Babčák points out the divergency of the terminology of tax laws, where it is possible to observe inconsistent designation of taxable services in one provision as "transport" services and in another provision as "transportation" services. See: BABČÁK, V.: Slovenské daňové právo na ceste od tradičnej ku zdieľanej ekonomike. In: IV. Slovensko-české dni daňového práva: Zdaňovanie virtuálnych platidiel a digitálnych služieb - COVID-19 a iné aktuálne výzvy pre daňové právo. Košice: UPJŠ, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2021, p. 36 and following. ISBN: 9788057400431. <https://doi.org/10.33542/SCD21-0043-1-01>.

²⁵ Taxation at source is the traditional concept of taxation of non-residents in tax law. In this context, a further inquiry into the theoretical foundations for (source) taxation of transactions related to the digital economy may be deemed purposeless. See, for example: BAÉZ, A. – BRAUNER, A.: Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy. In: WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 14, p. 5 and following. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591830.

²⁶ For more information on the issue of a permanent establishment of a digital platform, see, for example: CIBULA, T. – HLINKA, T. – CHOMA, A. – KAČALJAK, M.: Digitálna platforma ako stála prevádzkareň. In: Právny obzor, 102, 2019, No. 2, pp. 155–167, ISSN 2729-9228 and for double taxation conventions in the broader international law context, see: KAČALJAK, M.: Vybrané trendy vo výbere daní a možnosti ich právnej reflexie na Slovensku. Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., pp. 22–26. ISBN: 978-80-8168-643-6.

²⁷ In addition to the registration obligation, Section 49a(3) of the Income Tax Act regulates also the **notification obligation**, which arises under the same conditions, with the difference that the natural or legal person concerned is **already registered** with the tax administrator in accordance with the relevant provisions of the Income Tax Act. In that case, the natural or legal person shall only notify the tax administrator of the creation of a permanent establishment.

the tax administrator by the end of the calendar month following the end of the month in which the permanent establishment of the digital platform was created (i.e. initially by the end of February 2018).²⁸ In the event of a breach of the registration obligation, the procedure provided for by Act No. 563/2009 Coll. on Tax Administration (Tax Procedure Code), amending certain acts (*herein after referred to as "Tax Procedure Code"*) shall apply, under which the tax administrator shall first request the taxable person to comply with the registration obligation within an additional time limit, and if such time limit expires in vain, the tax administrator shall register the taxable person *ex officio*.²⁹ According to the issued Opinion of the Ministry of Finance of the Slovak Republic, when registering digital platforms *ex officio*, the tax administrators shall rely in particular on the data provided by specific providers of transport and accommodation services³⁰ who are directly affected by a further legal consequence of the digital platform's breach of the registration obligation. Such further legal consequence of a breach of the registration obligation is the application of **withholding tax** under Section 43(2) of the Income Tax Act. The Ministry of Finance of the Slovak Republic specifies that the obligation to withhold tax is imposed on the providers of transport services (i.e. particular drivers) and the providers of accommodation services (i.e. particular accommodation establishments) in the territory of the Slovak Republic.³¹

The withholding tax is understood as a special method of collecting the tax by withholding it at source in the cases specified in statutory provisions where the collection of the tax directly at the source of income is more appropriate. Since withholding tax is a special method of tax collection, it is logical that tax cannot be collected by withholding (or any other method) where there is no tax obligation. As stated above, on the basis of the priority of international conventions over the law, digital platforms do not have a tax obligation and therefore, in our view, neither can arise the taxpayer's obligation to withhold and remit such tax to the tax authorities. Particularly in the context of the tax challenges of the digital economy, withholding tax is also conceived, by the very nature of its mechanism, as a mechanism to remedy the difficulty of attributing profits to a non-physical commercial presence of a particular entity in a particular jurisdiction.³² In this context, withholding tax represents an ancillary obligation of a domestic taxpayer to withhold and remit tax in the event that the primary own tax obligation of a non-resident taxpayer who has no physical presence at all in a particular jurisdiction is not fulfilled. We are inclined to the view that, even with this understanding of withholding tax, an interpretation in favour of domestic taxpayers should be applied, according to which, if there is no primary own tax obligation as a result of the application priority of international double taxation conventions, no ancillary obligation of the domestic taxpayer can arise in respect of that domestically non-taxable income either.³³

2. Judgment of the Court of Justice of 25 July 2018 in Case C-553/16

The obligations described in the previous subchapter are imposed on taxpayers under threat of enforcement. It is also established in tax law theory that tax-law relations are always directed

²⁸ See Section 49a(3) of the Income Tax Act.

²⁹ See Section 67(8) of the Tax Procedure Code.

³⁰ Opinion of the Ministry of Finance of the Slovak Republic No. MF/010531/2018-724 of 23 March 2018, p. 2, Available at: https://www.financnasprava.sk/_img/pfsedit/Dokumenty_PFS/Zverejnovanie_dok/Dane/Novinky_leg/Medzinarodne_zda_novanie/2018.03.28_dig_platform.pdf.

³¹ Ibid.

³² BAÉZ, A. – BRAUNER, A.: Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy. In: WU International Taxation Research Paper Series No. 2015 – 14, p. 6 and following. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591830.

³³ A similar conclusion, according to which if there is **no primary tax obligation**, which is excluded in the given case by an international double taxation convention, there can be no **accessory obligation of the Slovak taxpayer** in relation to the non-existent taxable income, has also been reached by CIBULA, T. – HLINKA, T. – CHOMA, A. – KAČALJAK, M.: Digitálna platforma ako stála prevádzkareň. In: Právny obzor, 102, 2019, No. 2, pp. 155–167. ISSN 2729-9228.

towards the correct identification and timely payment of tax.³⁴ A tax case concerning the admissibility of imposing financial penalties in tax proceedings which do not appear to lead to compliance with a tax obligation was dealt with by the Court of Justice in a factually similar case, C-553/16, which concerned (similar) national legislation imposing an obligation on tax residents to apply **withholding tax** on payments of income abroad in situations covered by a double taxation convention. The Bulgarian Law on Corporation Tax (zakon za korporativnoto podochodno oblagane) contained a provision pursuant to which the income of non-resident legal persons obtained from domestic sources, where it is **not obtained through a permanent establishment** in Bulgaria (i.e. income which, under Article 7 of the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, is not taxable), is subject to withholding tax, which extinguishes the tax debt. In this case, the company, a tax resident in Bulgaria, considered that the income in question, on which it was obliged under national law to apply withholding tax, was covered by double taxation conventions and, for that reason, it did not deduct any withholding tax and did not remit the tax to the tax authorities within the statutory time limit. Subsequently, however, the tax resident of Bulgaria was subject to a tax inspection covering the period in question, resulting in an authoritative imposition of tax. In addition to the tax, (irrecoverable) default interest was imposed on the tax resident in an amount significantly in excess of the tax itself, from the point at which the statutory time limit for the payment of the withholding tax expired until the date on which the non-resident persons furnished the evidence that the requirements were fulfilled for the application of the double taxation convention. Later, in the domestic proceedings, it was established and decided that the tax resident was not obliged to pay the withholding tax imposed by the earlier decision. However, in spite of the non-existence of a tax obligation, the tax resident was not reimbursed the default interest already paid in respect of the tax originally levied.

In relation to national legislation imposing an obligation to pay default interest from the point at which the statutory time limit for the payment of the withholding tax expires until the date on which the non-resident person furnishes evidence that the requirements were fulfilled for the application of the double taxation convention, even if that non-resident company is **not liable to pay any tax** in Bulgaria under the double taxation convention, the Court of Justice held that such national legislation constitutes a **restriction on the freedom to provide services** which is in principle prohibited by Article 56 of the Treaty on the Functioning of the European Union.

The possible justification of the restriction on the freedom to provide services was then examined, which, according to the case-law of the Court of Justice, is warranted only if it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty on the Functioning of the European Union and is justified by overriding reasons of public interest; if that is the case, it must be suitable for securing the attainment of the objective which is pursued and not go beyond what is necessary in order to attain it.³⁵

The Court of Justice has already held that (i) the need to ensure the **effective collection of taxes** and the need to ensure the effectiveness of fiscal supervision, and (ii) the imposition of penalties, including criminal penalties, necessary in order to ensure compliance with national rules, may constitute overriding reasons in the public interest, however, to the condition that the nature and amount of the penalty imposed is in each individual case proportionate to the gravity of the infringement which it is designed to penalise.³⁶ In this case, the Court of Justice has reached a clear conclusion and has emphasised that, in the event that it is established that

³⁴ The monetary form of tax-law relations is their exclusive form. See: BABČÁK, V.: *Daňové právo na Slovensku a v EÚ*. Bratislava: EPOS, 2019, p. 96 and following, ISBN: 978-80-562-0247-0.

³⁵ Paragraph 52 of Judgment of the Court (Seventh Chamber) of 25 July 2018 in Case C-553/16, “TTL” EOOD v Direktor na Direkcija “Obžalvane i danāčno-osiguritelna praktika” – Sofija,

³⁶ Paragraph 57 of Judgment of the Court (Seventh Chamber) of 25 July 2018 in Case C-553/16, “TTL” EOOD v Direktor na Direkcija “Obžalvane i danāčno-osiguritelna praktika” – Sofija.

the tax is not payable under the relevant double taxation convention, a penalty in the form of irrecoverable default interest calculated on the basis of the amount of such tax is logically not appropriate to ensure the effective collection of the tax. In a situation as such, there is no connection between the amount of interest payable, on the one hand, and the amount of tax payable, of which there is none.³⁷

III. VALUE ADDED TAX TREATMENT OF TRANSACTIONS IN THE COLLABORATIVE ECONOMY

The variety and continuous development of new models of collaborative platforms, including the number of transactions carried out between collaborative economy entities, has also an impact on the assessment of their VAT regime. The assessment of the collaborative economy from the perspective of the VAT system requires the determination of the status of two main groups of transactions in the supply chain:

1. **the transactions between the collaborative platform and its users** (the providers and users of the underlying services) and
2. **the transactions consisting in the actual provision of the underlying services** between the providers and users of these services, which have been intermediated by the collaborative platform.³⁸

From the point of view of the VAT system, these transactions should be treated on their own merits, as the character of a particular transaction in the supply chain is not dependent on earlier or subsequent transactions.³⁹ In the context of the tax treatment of transactions in the collaborative economy, the most common classification of transactions is based on their remuneration,⁴⁰ where it is essential for VAT purposes that these transactions are carried out for consideration. Of course, other aspects of transactions in the collaborative economy are also relevant for VAT purposes, in particular the character of the service provided, which has to be assessed on a case-by-case basis, the taxable status of the user of the service, the specification of the place of supply for cross-border transactions, etc.

In the first group of transactions, the role of the collaborative platform in the supply chain is relevant for VAT purposes and may be dual. The collaborative platform most often connects or facilitates the interaction between the provider and user of the service, where it acts as an **intermediary**. The OECD refers to the above-mentioned role of the collaborative platform in the supply chain for VAT purposes as “*agent role*”, whereas the European Commission does not use a specific term for this purpose and prefers the term “*intermediaries*”. For the intermediation of that interaction, the collaborative platform may be paid a commission consisting of a percentage of the consideration for the intermediated service or a fee in a fixed amount, depending on the specific conditions.⁴¹ The nature of the collaborative platform’s

³⁷ Paragraph 59 of Judgment of the Court (Seventh Chamber) of 25 July 2018 in Case C-553/16, “TTL” EOOD v Direktor na Direkcija “Obžalvane i danāčno-osiguritelna praktika” – Sofija.

³⁸ OECD (2021), The impact of the growth of the sharing and gig economy on VAT/GST policy and administration. OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/51825505-en>.

³⁹ See e.g. Judgment of the Court (Third Chamber) of 12 January 2006 in Joined Cases C-354/03, C-355/03 and C-484/03, paragraph 47, according to which: “*Each transaction must therefore be regarded on its own merits and the character of a particular transaction in the chain cannot be altered by earlier or subsequent events.*”

⁴⁰ In this context, a distinction is made between (i) **cash transactions**, which are the most frequent in the collaborative economy and are naturally associated with the applicable tax obligations. Some tax issues are raised by (ii) **cost-sharing arrangements**. Other transactions are (iii) **barter arrangements** and (iv) **gifts and donations**. See also: HUČKOVÁ, R. – RÓZENFELDOVÁ, L. – BONK, F.: Zdieľané hospodárstvo - otvorené problémy a diskusia (najmä s prihliadnutím na obchodnoprávne a daňovoprávne súvislosti). In: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, Vol. 6, 2018, No. 2, pp. 125–140. ISSN 1339-3995.

⁴¹ An example is the fees differentiated by the Airbnb platform. The first is the Airbnb **service fee**, which is charged by Airbnb for providing 24/7 community support and ensuring the system runs smoothly. Subsequently, Airbnb also lists a **cleaning fee** and an **extra guest fee** charged by the service providers (hosts). The fees also include a **security deposit**, which in some cases is requested by Airbnb and in some cases by the host. At the same time, **taxes** are explicitly included

activities does not generally raise questions as to its classification as an economic activity for VAT purposes and, insofar as the collaborative platform provides services for consideration, they are taxable transactions.

In addition, however, according to the OECD, a collaborative platform may also act in a so-called “*principal role*”, where the object of the transaction is first supplied/provided/made accessible to the collaborative platform, which then supplies/provides it on its behalf to users in return for consideration.⁴² Similarly, the European Commission underlines that a collaborative platform may, in addition to the provision of intermediation services, be the provider of the underlying service, i.e. the intermediated service, and may also be the provider of other services that are ancillary to the core services.⁴³ In the above-mentioned case, the collaborative platform acts as a service provider with all the related obligations of a taxable person, acting in the capacity of a taxable person within the meaning of the applicable VAT rules. However, in that case, the definition of the conditions of supply of goods/services by the platform may also be relevant for the assessment of the characteristic of *independence* of the economic activity carried out by the platform.⁴⁴

As regards the second group of transactions between the providers and users of services, *peer-to-peer* transactions require particular attention.

1. Peer-to-peer transactions from a VAT perspective

For peer-to-peer transactions to be liable for VAT, they must be carried out for (i) consideration, (ii) within the EU, (iii) by a taxable person, (iv) acting in the capacity of a taxable person. In the context of peer-to-peer transactions, the crucial question from a VAT perspective is whether *peers*, i.e. *private individuals who provide services through collaborative platforms, are considered taxable persons within the meaning of the VAT Directive*.⁴⁵ In this context, it is necessary to assess whether those private individuals carry out an economic activity and whether they do so independently.⁴⁶

The case-law of the Court of Justice emphasises an extensive understanding of the term economic activities on an objective basis, without taking into account the results or the objective of that activity. Examples include the Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 12 January 2006 in Joined Cases C-354/03, C-355/03 and C-484/03, according to which: “*an analysis of the definitions of taxable person and economic activities shows that the scope of the term economic activities is very wide, and that the term is objective in character, in the sense that the activity is considered per se and without regard to its purpose and results.*”

Particularly in the case of peer-to-peer transactions, it is often stressed that peers provide services only on an occasional basis. According to the European Commission, the use of collaborative platform services by private service providers may in itself imply some **continuity**

in the fees section, namely VAT and local taxes (in particular accommodation tax). For more details see: Ako funguje tvorba cien. Available at: <https://sk.airbnb.com/help/article/125/ako-funguje-tvorba-cien>.

⁴² OECD (2021), The impact of the growth of the sharing and gig economy on VAT/GST policy and administration. OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/51825505-en>.

⁴³ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy {SWD(2016) 184 final}

⁴⁴ European Commission Value Added Tax Committee Working Paper No. 878: VAT Treatment of Sharing Economy. 22 September 2015, p. 10 and following. Available at: <https://circabc.europa.eu/sd/a/878e0591-80c9-4c58-baf3-b9fda1094338/878%20-%20VAT%20treatment%20of%20sharing%20economy.pdf>.

⁴⁵ Under Article 9(1) of the VAT Directive, “**taxable person**” shall mean any person who, independently, carries out in any place any economic activity, whatever the purpose or results of that activity. Any activity of producers, traders or persons supplying services, including mining and agricultural activities and activities of the professions, shall be regarded as “**economic activity**”. The exploitation of tangible or intangible property for the purposes of obtaining income therefrom on a continuing basis shall in particular be regarded as an economic activity.

⁴⁶ European Commission Value Added Tax Committee Working Paper No. 878: VAT Treatment of Sharing Economy. 22 September 2015, p. 4 and following. Available at: <https://circabc.europa.eu/sd/a/878e0591-80c9-4c58-baf3-b9fda1094338/878%20-%20VAT%20treatment%20of%20sharing%20economy.pdf>.

in their activities.⁴⁷ At the same time, it cannot be concluded that the use of the services of collaborative platforms for the purpose of the subsequent provision of services would fall strictly within the scope of the management of property for private purposes.⁴⁸ For example, in its Judgment of 15 September 2011 in Joined Cases C 180/10 and C 181/10, the Court of Justice emphasised that: *“If that person takes active steps, for the purpose of concluding those sales, to market property by mobilising resources similar to those deployed by a producer, a trader or a person supplying services within the meaning of the second subparagraph of Article 9(1) of the VAT Directive, that person must be regarded as carrying out an ‘economic activity’ within the meaning of that article and must, therefore, be regarded as a taxable person for VAT.”*

Another problematic aspect may be the assessment of the independence of the conduct of an economic activity⁴⁹ by private service providers. It is very difficult to draw a general conclusion on this issue because of the variety of conditions under which services are provided through collaborative platforms. Assessing the independence of the conduct of an economic activity thus requires a thorough *ad hoc* assessment of individual cases. However, the conditions for the provision of accommodation services through the Airbnb platform can be provided as an illustration. Under the Terms and Conditions for Hosts set out by the Airbnb platform, *the host is entering into a contract directly with the guest and is responsible for delivering the host service under the terms and at the price specified in his listing.*⁵⁰ Based on the above example, it can be concluded that the providers of accommodation services through the Airbnb platform comply with the condition of independent provision of services.

The conclusion that private individuals providing services through collaborative platforms are taxable persons will constitute the obligation to monitor the amount of turnover achieved in the statutory period in each individual case, with a consequent obligation to register if the statutory amount of turnover is reached in the statutory period.

IV. CONCLUSION

We can share the view that a common understanding of the collaborative economy phenomenon would be an appropriate first step towards a common solution to the related tax problems.⁵¹ Following the content focus of this paper, it should also be emphasized that the collaborative economy should, in our view, be considered as one of the components of the digital economy. The collaborative economy is thus a narrower concept in relation to the digital economy. The digital economy is, by its very nature, a subcategory of the economy and, in this sense, is an umbrella term for the use of digital technologies and is linked to the rapid implementation of information and communication technologies in all areas of socio-economic relations.⁵²

As mentioned in the introduction of this paper, the collaborative economy is a dynamically developing phenomenon and collaborative platforms are now operating in various sectors of

⁴⁷ European Commission Value Added Tax Committee Working Paper No. 878: VAT Treatment of Sharing Economy. 22 September 2015, p. 6 and following, Available at: <https://circabc.europa.eu/sd/a/878e0591-80c9-4c58-baf3-b9fda1094338/878%20-%20VAT%20treatment%20of%20sharing%20economy.pdf>.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Under Article 10 of the VAT Directive: “The condition in Article 9(1) that the economic activity be conducted ‘independently’ shall exclude employed and other persons from VAT in so far as they are bound to an employer by a contract of employment or by any other legal ties creating the relationship of employer and employee as regards working conditions, remuneration and the employer’s liability.”

⁵⁰ See: Terms of Service for European Users. Available at: <https://sk.airbnb.com/help/article/2908/podmienky-poskytovania-slu%C5%BEby#EU5>.

⁵¹ Commission Staff Working Document: Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market {COM(2016) 288 final} p. 41 and following.

⁵² HRABČÁK, L. – STOJÁKOVÁ, M.: Digitálna ekonomika, digitálne služby a daň z digitálnych služieb – Hrozba alebo výzva pre normotvorcov? In: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, Vol. 8, 2020, No. 1, p. 17 and following, ISSN 1339-3995, <https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-02>.

the economy. For this reason, the examples of the Airbnb and Bolt platforms have been used in several places within this paper in order to flesh out individual conclusions. Accommodation and transport intermediation services are also included among the key sectors of operation of collaborative platforms.⁵³ However, attention has been paid to the Airbnb and Bolt platforms also due to the apparent intention of the Slovak legislature to tax the income of the operators of these two digital platforms.

In the context of the gradual adoption of unilateral digital taxation mechanisms by individual States, the solution in the form of extending the definition of a permanent establishment is the least frequent. According to the OECD, unilateral digital taxation mechanisms can be grouped into four main categories, which are (i) alternative applications of the permanent establishment thresholds, (ii) withholding taxes, but also (iii) new turnover taxes and (iv) specific tax regimes targeting large multinational enterprises.⁵⁴ It can be concluded that the Slovak legislature's approach suggests a preference for an incomplete solution rather than a complete absence of legislative change in this area. The solution adopted cannot be considered exhaustive in comparison with the challenges of the collaborative economy identified so far. The fundamental problem is the lack of conceptualisation of the legislation, which, although it imposes an obligation on operators of digital platforms to register a permanent establishment, does not allow for the levying of a tax as a result of the application of international double taxation conventions. It can be assumed that it is only a matter of time before, as a result of the legislation in question and the continuing state of uncertainty, the rights and obligations of taxpayers – whether collaborative platforms and/or service providers – in a particular tax case are decided by the competent court, as in Case C-553/16, in which the legal basis for the Court of Justice's decision was Bulgarian national legislation which, due to the absence of a tax obligation and the simultaneous application of withholding tax on non-taxable income, is similar to the legal provisions of the Slovak Income Tax Act currently in force and effect.

In relation to the indirect taxation of transactions carried out within the collaborative economy, the focus has been on two partial issues, namely the taxation of transactions between the collaborative platform and its users and, consequently, the taxation of peer-to-peer transactions. In general, the status of the collaborative platform as a taxable person is not in dispute. A different situation arises in the case of private service providers using collaborative platforms and their qualification as taxable persons. It is the use of collaborative platform services whereby service providers take active steps towards the provision of services that may be an important factor in their tax assessment for VAT purposes, as it may imply some continuity in the provision of those services. Finally, the VAT Committee has also taken a general opinion on this issue, according to which supplies of services for consideration by individuals through collaborative platforms, in principle, constitute economic activities, which establish for those individuals the status of taxable person for VAT purposes. When delivering them, taxable persons are acting as such, which means that they constitute taxable transactions for VAT purposes.⁵⁵

⁵³ Other key sectors of the collaborative economy include the intermediation of other household services, professional and technical services, and collaborative finance. See: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy {SWD(2016) 184 final}.

⁵⁴ OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

⁵⁵ European Commission Value Added Tax Committee Working Paper No. 878: VAT Treatment of Sharing Economy. 22 September 2015, pp. 7–8, Available at: <https://circabc.europa.eu/sd/a/878e0591-80c9-4c58-baf3-b9fda1094338/878%20-%20VAT%20treatment%20of%20sharing%20economy.pdf>.

KEY WORDS

collaborative economy, taxation, digital platform, permanent establishment, peer-to-peer transactions

KĽÚČOVÉ SLOVÁ

kolaboratívna ekonomika, zdaňovanie, digitálna platforma, stála prevádzkareň, peer-to-peer transakcie

BIBLIOGRAPHY

1. BABČÁK, V.: Daňové právo na Slovensku a v EÚ, 910 p. Bratislava: EPOS, 2019, ISBN: 978-80-562-0247-0
2. BABČÁK, V.: Slovenské daňové právo na ceste od tradičnej ku zdieľanej ekonomike. pp. 8–55. In: IV. Slovensko-české dni daňového práva: Zdaňovanie virtuálnych platidiel a digitálnych služieb - COVID-19 a iné aktuálne výzvy pre daňové právo. Košice: UPJŠ, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2021, ISBN: 9788057400431. <https://doi.org/10.33542/SCD21-0043-1-01>
3. BAÉZ, A. – BRAUNER, A.: Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy. In: WU International Taxation Research Paper Series No. 2015–14, Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2591830
4. CIBUĽA, T. – HLINKA, T. – CHOMA, A. – KAČALJAK, M.: Digitálna platforma ako stála prevádzkareň. In: Právny obzor, 102, 2019, No. 2, pp. 155–167. ISSN 2729-9228
5. Commission Staff Working Document: Online Platforms Accompanying the document Communication on Online Platforms and the Digital Single Market {COM(2016) 288 final} 50 p.
6. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European agenda for the collaborative economy {SWD(2016) 184 final}
7. Explanatory Memorandum to Act no. 344/2017 Coll., Amending Act no. 595/2003 Coll. on Income Tax and amending Act no. 563/2009 Coll. on Tax Administration (Tax Procedure Code)
8. European Commission Value Added Tax Committee Working Paper No. 878: VAT Treatment of Sharing Economy. 22 September 2015, 12 p. Available at: <https://circabc.europa.eu/sd/a/878e0591-80c9-4c58-baf3-b9fda1094338/878%20-%20VAT%20treatment%20of%20sharing%20economy.pdf>
9. General terms for Drivers. Available at: <https://bolt.eu/sk/legal/sk/terms-for-drivers/>
10. HRABČÁK, L. – STOJÁKOVÁ, M.: Digitálna ekonomika, digitálne služby a daň z digitálnych služieb – Hrozba alebo výzva pre normotvorcov? In: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, Vol. 8, 2020, No. 1, pp. 15–28. ISSN: 1339-3995, <https://doi.org/10.33542/SIC2020-1-02>
11. HUČKOVÁ, R. – RÓZENFELDOVÁ, L. – BONK, F.: Zdieľané hospodárstvo - otvorené problémy a diskusia (najmä s prihliadnutím na obchodnoprávne a daňovoprávne súvislosti). In: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, Vol. 6, 2018, No. 2, pp. 125–140. ISSN: 1339-3995
12. Judgment of the Court of Justice (Third Chamber) of 12 January 2006 in Joined Cases Optigen Ltd (C-354/03), Fulcrum Electronics Ltd (C-355/03) and Bond House Systems Ltd (C-484/03) v Commissioners of Customs & Excise
13. Judgment of the Court (Second Chamber) of 15 September 2011. Jarosław Słaby v Minister Finansów (C-180/10) and Emilian Kuć and Halina Jeziorska-Kuć v Dyrektor Izby Skarbowej w Warszawie (C-181/10)
14. Judgment of the Court (Seventh Chamber) of 25 July 2018 in Case C-553/16, “TTL” EOOD v Direktor na Direkcija “Obžalvane i danáčno osiguritelna praktika” – Sofija

15. KAČALJAK, M.: Vybrané trendy vo výbere daní a možnosti ich právnej reflexie na Slovensku. Bratislava: Wolters Kluwer s. r. o., 89 p. ISBN: 978-80-8168-643-6
16. KALAMÁNOVÁ, K.: Zdieľaná ekonomika či kolaboratívna ekonomika? In: Kultúra slova. Vedecko-popularizačný časopis pre jazykovú kultúru a terminológiu. Vol. 52, 2018, No. 3, pp. 172 – 176. ISSN: 0023-5202. Available at: <https://www.juls.savba.sk/ediela/ks/2018/3/ks3-2018.pdf#page=46>
17. LATTOVÁ, S.: Online Platforms and "Dependent Work" After Uber. In: Masaryk University Journal of Law and Technology Vol. 15, 2021, No. 2, pp. 197–223. DOI 10.5817/MUJLT2021-2-3
18. Liability of online platforms. STUDY Panel for the Future of Science and Technology. 170 p. Available at: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU\(2021\)656318_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/656318/EPRS_STU(2021)656318_EN.pdf)
19. OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264293083-en>
20. OECD (2019), Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version), OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/g2g972ee-en>
21. OECD (2021), The impact of the growth of the sharing and gig economy on VAT/GST policy and administration. OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/51825505-en>
22. Opinion of the Ministry of Finance of the Slovak Republic No. MF/010531/2018-724 of 23 March 2018. 6 p. Available at: https://www.financnasprava.sk/_img/pfsedit/Dokumenty_PFS/Zverejnovanie_dok/Dane/Novinky_leg/Medzinarodne_zdanovanie/2018.03.28_dig_platform.pdf
23. PONOMAREVA, K. A.: The concepts of legal status of the permanent establishment in the area of digital economy. In: J. Sib. Fed. Univ. Humanit. Soc. Sci., 12 (11), 2019, pp. 2079–2090. DOI: 10.17516/1997-1370-0513
24. RÓZENFELDOVÁ, L.: The Nature of Services Provided by Collaborative Platforms. In: EU and Comparative Law Issues and Challenges Series (ECLIC), Vol. 4, 2020, pp. 894–914. <https://doi.org/10.25234/eclic/11932>
25. ŠTRKOLEC, M.: Daňové právo a jeho reflexia na nové javy v ekonomike. In: IV. Slovensko-české dni daňového práva: Zdaňovanie virtuálnych platidiel a digitálnych služieb - COVID-19 a iné aktuálne výzvy pre daňové právo. Košice: UPJŠ, Vydavateľstvo ŠafárikPress, 2021, pp. 377–378, ISBN: 9788057400431. <https://doi.org/10.33542/SCD21-0043-1-28>
26. Terms of Service for European Users. Available at: https://www.airbnb.co.uk/help/article/2908/terms-of-service?_set_bevev_on_new_domain=1639569484_N2U5YWQ0OGFIzmI3

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

JUDr. Soňa Simić

Full-Time PhD. student

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, Department of Financial Law, Tax Law and Economy

Kováčska 26, 040 75 Košice

Phone number: + 421 55 234 4111

E-mail: sona.simic@student.upjs.sk

THE PROCEDURAL POSITION OF THE INJURED PARTY IN THE CRIMINAL CASES IN POLAND

PROCESNÉ POSTAVENIE POŠKODENÉHO V TRESTNÝCH VECIACH V POĽSKU

Andrzej Światłowski¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-10>

ABSTRACT

The article is devoted to the possibilities of exercising the victims' rights in the criminal proceedings in Poland. The author refers to the article by M. Strkolec published recently in Studia Iuridica Cassoviensia, in which the instructive observations about the position of the injured party in Slovak criminal trial were made, as well as de lege ferenda proposals have been put forward. The author takes a view from a Polish perspective and share some experience. In addition to comments on the positive law, it also presents selected findings made thanks to extensive research program devoted to the practical issues of the position and activity of the victim in the Polish criminal trial.

ABSTRAKT

Článok je venovaný možnostiam uplatnenia práv obetí v trestnom konaní v Poľsku. Autor poukazuje na článok M. Štrkolca, nedávno uverejnený v Studia Iuridica Cassoviensia, v ktorom boli uvedené poučné postrehy o postavení poškodeného v slovenskom trestnom konaní, ako aj návrhy de lege ferenda. Autor poskytuje pohľad z poľskej perspektívy, a tiež určité skúsenosti s uvedeným. Okrem poznámok k pozitívnemu právu, poskytuje aj niektoré vybrané zistenia, ku ktorým dospel vďaka rozsiahlemu výskumnému programu venovanému praktickým otázkam postavenia a úkonom obete v poľskom trestnom procese.

1. INTRODUCTION

The Martin Strkolec's paper on procedural status of the injured person was published In Studia Iuridica Cassoviensia². In his paper the author points out a number of practical issues. Due to the obvious similarities between the legal systems in this part of Europe and the community of some historical experiences, some of these observations may give the Polish reader the impression of déjà vu. Therefore, broadening the comparison with the Polish law and its development relevant to the injured party might be a good idea here.

The Polish Criminal Procedure Code (Kodeks postępowania karnego) of 1928, which replaced the previous regulations (Russian, Prussian and Austrian, still binding 1918-1928), referred to the victim of a crime very briefly. According to Article 61, an injured party (pokrzywdzony) was defined as a person, "whose legally protected value has been directly violated or threatened." The essence of the definition hasn't change since then. It is based on the notion of "dobro prawne" (legally protected value, as in German "Rechtsgut")³. The most

¹ dr hab., Jagiellonian University, Department of Law and Administration, Kraków, Poland
Jagelovska univerzita v Krakove, Fakulta práva a správy, Poľsko.

² ŠTRKOLEC, M, Procedural status of the injured person in the legal order of the Slovak Republic in comparison with its legal regulation in the Czech Republic, Studia Iuridica Cassoviensia 2020, vol. 8, issue 1, p. 99.

³ English translations of the legal provisions in this article are based mostly on the translation available in C.H.Beck Publishers legal information system Legalis. However, the traditionally accepted English translation "legal interest" (for example: in Legalis) seems to be is not entirely accurate here.

important rights of the aggrieved person was a right to prosecute in privately prosecuted cases and also in some publicly prosecuted cases (instead of the public prosecutor or together with him).

The situation changed with the entry into force of another Criminal Procedure Code of 1969. The regulation was more extensive. However, still the rights of the aggrieved party were quite limited. Hence, it required a specific supplement by the source of the law known at that time, i.e. the “Guidelines of the administration of justice and judicial practice”. Such guidelines were issued by the Supreme Court in 1977 and contained 22 points specifying (and in fact creatively developing) the statutory regulation⁴.

Much attention was paid to the injured party in the course of works undertaken on the new Criminal Procedure Code (hereinafter “CPC”). With the entry into force in 1997, this code included the general rule concerning the injured person.

2. POSITION OF THE INJURED PARTY – GENERAL REMARKS

The shortest summary of the position of the victim in the criminal proceedings in Poland today is as follows:

1. The injured party is a party to preparatory procedure ie the stage before the case is transferred to court – the inquiry in most serious cases and the investigation in all the other publicly prosecuted cases (Article 299 CPC).
2. After the case is transferred to the court, the injured party normally loses the status of the party. Only exception is debating the prosecutorial motion of the conditional discharge (conditional discontinuation) – according to Article 341 of CPC the injured party enjoys some rights of the party to proceedings.
3. If the injured party wishes to be a party to the court proceedings (mainly at the main hearing), he /she may assume the position of the auxiliary prosecutor and prosecute along with the public prosecutor (Article 54 CPC).
4. If the preparatory procedure is discontinued and the injured party successfully challenges this decision, it is possible (after meeting some further requirements) to file the indictment independently. In such cases the injured party assumes the position of the subsidiary auxiliary prosecutor and acts not together, but instead of the public prosecutor (Article 55 and Article 330 CPC).
5. The above points refer to the publicly prosecuted cases but not the privately prosecuted ones. In the latter group of cases the injured party may act as a private prosecutor (in some exceptional cases the public prosecutor may institute or take over the prosecution and the case is no longer the privately prosecuted case – Article 60 CPC).

Of course numerous detailed questions arise in respect of the particular rights of the victim – both acting as a party and without the status of the party.

The general rule or principle related to the participation of the injured party (pokrzywdzony) in criminal proceedings was introduced only in 1997. According to Article 2 § 1 CPC, “The provisions of this Code are to ensure that in the course of criminal proceedings:

1. the offender is identified and called to criminal responsibility, and that such responsibility is not imposed on an innocent person,
2. by the correct application of measures provided for by criminal law, and by the disclosure of the circumstances that facilitated the commission of the offence, the aims of criminal procedure are fulfilled not only in combating the offences, but also in preventing them, as well as enhancing the rule of law and the principles of social co-existence;
3. legally protected interests of the injured party are taken into consideration, and

⁴ Orzecznictwo karne, dodatek do Problemów Praworządności, 1977, nr 3, item 18.

4. the case is resolved within a reasonable period of time.”
5. In 2015 the words “, with due respect for his or her dignity” have been added to point 3.

The provision related to injured party should be read in the context of the remaining part of Article 2 § 1 CPC. According to Polish legal writing, Article 2 § 1 pkt 3 CPC should be understood as a general rule and the detailed position of the injured party should be reconstructed from particular rights of such person⁵.

Next similarity to Slovak position is that also in Poland the law devoted to the protection of the victims (and other witnesses as well) has been enacted. The Act on protection and assistance of aggrieved person and witness of 28th of November 2014⁶ was one of the elements of the “Great Reform” of the broader complex reform of Polish criminal procedure in the years 2013-15 called “Great Reform”, together with the changes enacted between 2013 and 2015 in force since 1 July 2015.⁷ Many of the new solutions introduced by the “Great Reforms” were reversed soon afterwards, already in 2016, by the new government, but the changes related to injured party remained (with small exceptions).

The measures of protection and assistance listed in the Article 3 of the Act are: protection during the procedural activity, personal protection and assistance in the change of the place of stay. New regulations do not refer directly to the procedural rights of the aggrieved person in the criminal cases, with the exception of the specific manner of the service (delivery) of the pleadings and other documents to the protected victim or witness.

3. SPECIFIC PROBLEMS OF THE PARTICIPATION OF THE INJURED PARTY

3.1. Expedited procedures

The Author of the paper in SIC pays attention to the problems arising from the application of the Article 204 of Slovak Criminal Proceedings Code (“super fast investigation”). In these cases, a compensation claim made by an injured party in preparatory proceedings cannot be exercised in a timely manner (i.e. by the end of a super accelerated investigation under the provision of Article 204 of the Criminal Proceeding Code), because the procedure of a penal order (criminal order) is often applied. Therefore, the injured party has no opportunity to participate in open hearing and to present his case. Even if the prosecutor or the defendant did submit a statement of opposition to such a penal order, the injured party would not be able to effectively demand compensation at the trial, as his/her motion was not submitted within the 48-hour period specified by the CPC for a super-fast investigation.

In Polish criminal procedure both the accelerated (super-fast) procedure and the penal order procedure exist (both have been labelled “special procedures”, together with the procedure in privately prosecuted cases and – up to 2015 – simplified procedure). The difference is, that there is no possibility of issuing the penal order if the accelerated procedure has been applied. After the “accelerated” case is transferred to court, the main hearing is mandatory and it should be commenced immediately. On the other hand, differently than in many other legal systems, there is no specific simplified (not necessarily accelerated) investigation provided for the penal order. In the less serious cases (the basic limit is also the maximum imprisonment not exceeding 5 years), the penal order may be issued, if in particular, individual case no imprisonment (even conditionally suspended) is “in concreto” needed. The decision is taken after the case is transferred to the court, basing on the file of the particular case and no motion of the prosecuting authority is needed.

⁵ SKORUPKA J., *Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz*, C.H.Beck, Warszawa 2020, p. 10.

⁶ *Journal of Laws of the Republic of Poland*, 2015, item 21.

⁷ *Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw z dnia 27 września 2013 r.*, *Journal of Laws of the Republic of Poland*, 2013, item 1247 and *Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 20 lutego 2015 r.*, *Journal of Laws of the Republic of Poland*, 2015, item 396.

In the accelerated cases the practical scope of the victims' activity are sparse. Certainly this is one of the important reasons for criticism towards this procedure⁸. However, in case of penal order according to Article 506 § 1 of Polish Criminal Procedure Code, "The accused and the prosecutor may file an objection with the court that issued a penal order within a final time limit of seven days of its service." It is clear, that this provision refers both to public and the auxiliary prosecutor⁹. It does not cover the injured party before obtaining this status. Until the changes of CPC in 2019 it was making the objection right of the injured party illusive. If the injured persons intends to preserve their status of the party after the case is transferred to the court, he or she is declaring it at the beginning of the main hearing (before the start of taking the evidence). If, however, the case was dealt with at the in-camera session closed to public, the injured party had little opportunity to learn about it. That is why, taking into account the dominating view, that such declaration must be made before the penal order is issued¹⁰, the injured party had been practically deprived of this opportunity. Fortunately, in 2019 the Article 505 § 1 CPC was changed and today not only the prosecutor, defendant and the defence counsel, but also the injured party receives the copy of the penal order. Moreover, according to § 2 of this Article "Along with a copy of the judgment, one should deliver an instruction citing the provisions on the law, time limit and manner of lodging an objection and the consequences of not filing it. The injured party should also be instructed that the condition for the objection is to submit an objection within the time limit referred to in Article 506 § 1, not later than simultaneously with the declaration of acting as an auxiliary prosecutor." The right of injured party to make an objection (within 7-days limit) is entirely realistic today. Perhaps it can be some clue here?

3.2. Right to compensation

In respect of civil claim for compensation of the damages resulting from the crime and the criminal law compensation order, especially the latter underwent the evolution over the years.

Interesting change happened in 2015 – the possibility of filing a civil claim within criminal procedure was entirely abolished and the criminal law compensation was renamed in the statutory (Criminal Code) classification from a penal measure (like disqualification from driving, disqualification from exercising specific profession) to "compensatory measure" (together with forfeiture and exemplary damages). Other statutory changes (for example – exemption of this measure from the ordinary directives of sentencing) transformed the nature of the compensation order to clearly and undoubtedly civil law.

Therefore, two parallel instruments – civil claim and criminal law compensation order ceased to be two concurring ways of compensation. After 2015 the way of compensating the damages resulting from an offence is single civil law oriented compensation order in the criminal case (Article 46 Criminal Code).

At a first glance it looks like the move seriously disadvantageous to the injured person. However, this conclusion would be misleading. Due to evolution of the criminal law compensation order – the instrument incomparably easier to invoke from the point of view of the injured person, the civil claim was simply disused and played no important role within the system in recent years. From the victim's point of view it had been enough just to ask for the criminal law compensation (even orally at the main hearing, before its end). If so, virtually no

⁸ For more details see: ŚWIATŁOWSKI A., Historia pewnej kompromitacji. O przywróceniu trybu przyspieszonego w sprawach o przestępstwa" [w:] Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia; Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Hołdy, B.Stańdo-Kawecka, K.Krajewski (eds.), WoltersKluwer, Warszawa 2011, pp. 251-266.

⁹ See decision of the Supreme Court of 24.9.1997 r., case number I KZP 13/97, Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Karna i Wojskowa, Nr 11–12, item 100), STEFAŃSKI R.A., Przegląd uchwał, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1998, Nr 3–4, p. 158; KAROLCZYK P., Sprzeciw od wyroku nakazowego, Prokuratura i Prawo 2006, nr 7–8, p. 89.

¹⁰ STEFAŃSKI R.A., Postępowanie nakazowe w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 2003, nr 7–8, p. 22; KAROLCZYK P., Sprzeciw od wyroku nakazowego, Prokuratura i Prawo 2006, nr 7–8, p. 87.

victims bothered themselves with preparing the civil claim and meeting all the ordinary requirements of such action developed earlier in the civil procedure.

3.3. Access to information

Also in 2015, the injured party had been added in Article 321 CPC to the list of subjects entitled to the final disclosure of the material gathered in the preparatory stage. Former wording: “If there are grounds to close an investigation, at the request of the suspect and his defence counsel to be allowed to review the material of the proceedings, the agency conducting the proceedings informs the suspect and the defence counsel of the date on which they may review the said material (...)” was replaced with: “If there are grounds to close an investigation, at the request of the suspect, injured party, defence counsel or attorney to be allowed to review the material of the proceedings, the entity conducting the proceedings informs the applicant of the possibility of reviewing the file and of the date on which the files may be reviewed (...)”

In this way, the injured party obtained an equal position with the suspect. Both parties may have requested the access to the evidence gathered by the prosecution during the investigation of inquiry. Needless to say, this change was very important from the point of view of the equality of arms as well as contradictoriness - the leading idea of the reform. Certainly that is one of many reasons for the criticism we may direct at the retreat from the “Great Reform” already in 2016.

In respect of the injured person’s access to the file on the earlier stage - in the course of the investigation or inquiry – according to Article 156 § 5. “If there is no need for ensuring the correct course of proceedings or protecting an important interest of the State - in the course of preparatory proceedings - parties, defence counsels, attorneys and guardians are allowed to review case files, make or obtain copies of case files; this right is also vested in the parties after the conclusion of preparatory proceedings. The agency conducting preparatory proceedings decides with respect to granting access to case files and making copies by issuing orders (...)” In 2018 the regulation was supplemented with the new sentence 2 of this Article: “If the injured party is denied access to case files, he should be informed about the possibility of obtaining such access in another date. After the suspect or his defence counsel have been notified about the possibility of being acquainted, at the end of preparatory proceedings, with the material gathered in its course, the injured person, his attorney or guardian cannot be denied access to case files or the right of making or obtaining copies.”

It means, that after a short break the injured party regained, at least partly, the right to be acquainted with the material gathered in the preparatory stage of the proceedings. The difference is, that this right is not guaranteed within the institution of disclosure, and the “ordinary” access to the material of the pre-trial stage and partly depends on the decision of the police or prosecutor.

4. PARTICIPATION

The problem of the participation of the victim, in person or through a representative, in the individual investigative acts performed by law enforcement authorities at the preparatory stage of criminal proceedings is not an issue in Polish criminal procedure. This difference results from the difference between respective provisions of Slovak and Polish Criminal Procedure Codes - Article 213 of the Slovak and Article 299 of the Polish CPC (granting the aggrieved party the status of a party to the preparatory proceedings) respectively.

Similarly, in respect of the problems discussed in relation to article 271 (1) and Article 274 (2) of Slovak CPC (right to put questions and to make a final speech), Polish legal regulation seems to prevent from such unfavourable phenomena. According to Article 367 § 1 Polish CPC, “The presiding judge enables the parties to express themselves with regard to every issue to be resolved.” In respect of the final speeches, according to 406 § 1 Polish CPC “After the closing

of the judicial process, the presiding judge allows the parties, their representatives (...) to make their closing arguments. The order of making closing arguments is as follows: the public prosecutor, the auxiliary prosecutor, the private prosecutor (...), the defence counsel and the defendant. Representatives of the parties in the proceedings speak before the parties.”

It should be mentioned here, that a significant part of criminal cases in Poland is concluded with one of the "consensual" instruments provided for the first time in the CPC of 1997. Particularly important here is Article 335 of the CPC, enabling the issuing of a sentence at a session (not at an open main hearing) and imposing on the accused a penalty previously agreed (before drawing up the application) with the suspect. A slightly similar possibility is provided for in Article 387 of the CPC, according to which, at the initial stage of the main hearing (not later than the end of the initial statement of the last of co-defendants), the defendant may file a motion for sentencing to a specific penalty. In other words, the defendant proposes particular penalty. If the court consider this punishment to be sufficient and the testimony of the defendant (and more broadly: the case itself) does not raise any doubts - it may "jump" directly to the sentencing, without taking any evidence at the main hearing. Similar instrument may be found in Article 338a CPC, the difference is that the accused should submit the motion before the service of the notification of the date of the trial.

Both in case of “sentencing off the trial” and “voluntary subordination to the penalty” (article 335 CPC and Article 387 CPC respectively) the injured party may object before such bargained sentence is delivered.

5. SOME DATA FROM EMPIRICAL RESEARCH

5. 1. Methodology

A research program financed by the National Science Centre entitled „Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?”¹¹ was conducted in the years 2016-2020 in the Department of Criminal Procedure, Jagiellonian University, Kraków¹².

As part of the program, extensive file research and opinion polls among practitioners were carried out.

First, 567 court files were examined, of which 454 (80.1%) were cases from district courts (the lowest level courts) and 113 (19.9%) from provincial courts (middle level courts, ruling on most serious cases). The files were examined in four appellate circuits: Kraków, Wrocław, Białystok and Gdańsk (4 provincial courts and 12 district courts)¹³.

The pool of examined cases included 31% of crimes against property, 15% of crimes under the narcotic drugs act, 13% of crimes against road traffic safety, 11% of crimes against life and limb, 3.1% of cases against sexual freedom and decency, 1.7% crimes against freedom, 3% against family and guardianship, 2% economic cases, 1% crimes prosecuted by private prosecution and 19% other cases. Some of them were victimless crime.

The data had been analysed in the Statistica program basing on the classical model of cross tabulations (contingency tables) examining the relationship between two variables that are nominal and dichotomous, using the index - the (Pearson) chi-square test (a test of independence)¹⁴.

¹¹ The research team were: prof. D.Szumilo-Kulczycka, dr P.Czarnecki, P.Winiarski, P.Dębowski, M.Popiel, R.Wszolek, A.Leszczyńska. We owe gratitude to late prof. W.Dadak for the invaluable methodological advice. Principal investigator was prof. A.Światłowski.

¹² The injured party as a participant in repressive criminal proceedings. The fourth vertex of triangle?; No.2016/23/B/HS5/00437.

¹³ For more details see: ŚWIATŁOWSKI A., CZARNECKI P., Wstęp (in:] Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?, C.H.Beck, Warszawa 2021, p. XVI-XVII.

¹⁴ The Cramer's V coefficient was sometimes used, with the number of degrees of freedom (df) and the probability limit of 0.05. It should be kept in mind that the chi-square test does not measure either the strength or the direction of the relationship between certain relationships, but it can be inferred from Cramer's V ranging from 0–1. According to the latter index, the closer the value is to 1, the stronger the dependence, and the closer to 0, the weaker the dependence.

5.2. Auxiliary prosecution

According to Article 53 CPC in publicly prosecuted cases the injured party may act as a party – auxiliary prosecutor either alongside or instead of the public prosecutor.

In the pool of examined cases, in 260 cases (46%) the injured party was active in the preparatory proceedings (inquiry or investigation). The activity was understood as either submitting an evidence motion, an appeal or a request to participate in the procedural activities during the preparatory proceedings. However, interrogation of the injured party as a witness was not treated as an activity, nor was the simple notification of a crime. On the other hand, the injured persons relatively rarely used the assistance of professional representatives at this stage (advocates or attorneys-at-law). It happened in 58 cases only, which constituted 10.2% of the total. It was almost always (53 cases) the attorney of choice (not *ex officio*). The *ex officio* attorney appointed to the victim in the preparatory proceedings appeared only in less than 1% of cases. The interest of the injured party in the result of the case seems to increase at the stage of court proceedings¹⁵

The injured party acted as an auxiliary prosecutor in 75 cases (13,2% of all examined cases). The victims most often decided to participate in this capacity in court proceedings in cases against property, life and limb and against sexual freedom. It is also worth adding that in 16 cases the injured persons acted instead of a public prosecutor as subsidiary prosecutors and in 2 cases as private prosecutors.

A similar relationship was shown by the injured person's tendency to use the assistance of a legal representative in court proceedings. Of course, it is about an injured party who has obtained the status of an auxiliary prosecutor (auxiliary or subsidiary or private). The attorney representing the injured party in court proceedings appeared in 78 cases (13,8%). It was still the rule that it was an attorney by choice (67 cases). The *ex-officio* attorney appeared in only 11 cases (1.5%).

It seems to be interesting how participation in the case as an auxiliary prosecutor, as well as using the assistance of a professional attorney could influence the course of the proceedings and the ruling (in particular, compensatory measures). First of all, it should be noted that the participation of the injured party in the court proceedings did not show any statistically significant relationship with the choice of a “consensual” form of closing the case. Out of all cases examined, in one of such forms (mainly Articles 335 and 387 of the CCP), 247 cases were disposed of, i.e. 43,6% of the total. It does not matter whether the injured party took part in the case as an auxiliary prosecutor, or whether an attorney participated in the case.

On the other hand, there was a relationship between the fact of participating in the court proceedings as an auxiliary prosecutor and the type of sentence passed in the case, although it requires additional commentary. The injured party was more likely to act as a party in the pool of cases ending with acquittal (43%) and discontinuation (15%) than in cases with convictions (10%) or conditional discharge (3%). It seems to confirm an intuition about the possible phenomenon of unrealistic expectations of some allegedly injured persons to obtain conviction, despite the lack of grounds for this.

On the other hand, further data (not to be discussed here) confirm the hypotheses that the active participation of the injured party in court proceedings (in person or assisted by the attorney) causes more frequent questioning of witnesses at the main hearing (compared to other cases), extends the time of the trial and increases the likelihood of an appeal. The measurable effect to the victim is the increase in the likelihood of obtaining compensation measures, and the compensation is higher. It is also worth noting that it does not matter whether the aggrieved

¹⁵ For more details see: SZUMIŁO-KULCZYCKA, D. Wpływ udziału pokrzywdzonego na postępowanie sądowe, [in:] Świątłowski A., Czarnecki P. (eds.), Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?, C.H.Beck, Warszawa 2021, p. 213-229.

party acts independently as a party in criminal proceedings or uses the assistance of a professional attorney.

According to Article 55 CPC the injured party may assume the position of the subsidiary auxiliary prosecutor instead of the public prosecutor and file the own subsidiary indictment. It is also possible that during the trial the public prosecutor waives his indictment and the auxiliary prosecutor remains the only prosecutor in a particular case.

Initially the subsidiary indictment was not particularly popular. In 2000 it was as few as 62 cases, in 2002 – 89. After the alterations of CPC it was 652 in 2008 (with only 40 convictions), in 2014 it was 1866 cases with 218 convictions. In recent years it is ca. 2000 cases per year.

J. Kluza estimates, that the subsidiary indictment is filed in 1 case out of 5 in which it is available (two non-prosecution decisions and favourable ruling of the court after such decision was challenged)¹⁶.

The files of 85 cases of subsidiary accusation have been examined. Only in 57 of these cases the auxiliary prosecutor participated in the main hearing, 18 were active at the pre-trial stage, and 27 were active at the stage of court proceedings.¹⁷

5.3. Special procedures and bargained cases

Taking in account the criticism directed at the super accelerated investigation and penal order, it may be interesting to take a look at the position of the injured party in the special procedures in Poland.

Out of all cases analysed, 344 were decided in ordinary procedure, 7 in ordinary procedure after the objection to penal order, 84 in simplified (abolished in 2015) 77 were privately prosecuted case, 27 were disposed of with the penal order and in 19 cases no information was extracted from the file. Not a single case was disposed of in an accelerated procedure.

In total of 106 cases the defendants were sentenced off trial according to art. 335 § 1 CPC (especially in road accident and deception cases.). Art. 335 § 2 CPC was applied in only 13 cases (mostly road accident), Article 338a CPC in 2 cases (aggravated deception¹⁸ and deception), art. 387 CPC in 24 cases (two thirds of them – deception and aggravated deception cases). In 410 cases the researchers encountered no bargaining.

As for the attendance at a session (or a hearing) in cases where Article 335 § 1, Article 335 § 2, Article 338a and Article 387 of the Code of Criminal Procedure have been applied: by far the strongest relationship ($p = 0.015$) occurred in the case of Article 387 CPC, which should not come as a surprise.

It is surprising, however, that in two-thirds of the examined cases the aggrieved party was not present anyway. This is probably due to the fact that the injured persons often consider the presence of their professional attorney as sufficient, and do not feel the need to "look after" the case themselves.

When it comes to the level of significance, the following are the cases referred to: Article 335 § 1 ($p = 0.270$) Article 335 § 2 ($p = 0.33$) and Article 338a ($p = 0.518$). This does not allow us to draw too far-reaching conclusions about the institutions themselves (p -factor above 0.05), but the very order or frequency of these institutions is interesting.

Victims exercised their right to be present at a hearing or a session in almost every fifth case out of all bargained, while in the remaining cases their personal presence was recorded only in 2 out of 31 cases. Dependence ($p = 0.015$) occurred in the case of Article 387 of the Code of

¹⁶ KLUZA J., Skarga subsydiarna pokrzywdzonego w postępowaniu karnym w ujęciu prawoporównawczym, *Studia Prawnicze i Administracyjne* 2017, Nr 3, p.4.

¹⁷ For more details see: WINIARSKI P., Subsidiarny akt oskarżenia czyli tzw. skarga subsydiarna w procesie karnym, [in:] Świątłowski A., Czarniecki P. (eds.), *Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?*, C.H.Beck, Warszawa 2021, p. 341-156.

¹⁸ Aggravated deception is a deception over 200 000 PLN (or of a significant cultural value).

Criminal Procedure and the next places were taken by cases involving: Article 335 § 1 ($p = 0.270$) Article 335 § 2 ($p = 0.33$) and Article 338a ($p = 0.518$).

6. INJURED PARTY IN THE EYES OF LEGAL PRACTITIONERS

The questionnaire (in a traditional form and same time as an internet link) was sent to experts working in the field of criminal law – judges, public prosecutors, advocates and attorneys-at-law - in all eleven appellate circuits. An invitation to fill out a questionnaire was sent to total 696 professionals. The questionnaires were filled out by 397 respondents. It constitutes 57.04% of addressees. The largest part was constituted by questionnaires completed by prosecutors (38.3%), 25.4% came from judges, 20.2% from advocates and 16.1% came from attorneys-at-law¹⁹.

The survey, apart from the section devoted to socio-demographical data on respondents, consisted of 28 questions in a form of statements with the cafeteria of answers according to the 5-point ordinary Likert scale:

1. Strongly agree
2. Agree
3. Neither agree nor disagree/hard to say
4. Disagree
5. Strongly disagree

The remaining 2 questions were open-ended, therefore the respondents could share their suggestions, proposals or observations regarding own experience in respect of the injured persons and their position in the criminal cases.

It may be interesting to start with the open-ended question 29: "If you consider the definition of the injured party to be incorrect, why?" The answers to this question can be divided into several groups, pointing at: unclear wording, dysfunctionality, the redundancy of the „directly harmed” element and being inappropriate to some specific types of crimes.

At this point, it is necessary to return to the question (statement) 1 from the questionnaire - whether it should be provided for in criminal proceedings to formally grant such a person the status of an injured party - as in the case of a suspect (charging).

In the order from agreement to disagreement, the answers were divided as follows: 127-54-23-56-137, which can be illustrated as a graph formed an almost symmetrical shape of a hanging chain (U-like shape, catenary, sk: reťazová krivka).

It is probably not a surprise that majority of the respondents agreed with the next statement - "The representative of the aggrieved person who is a natural person should still be only an attorney or legal advisor." (343-35-2-7-10).

Four questions (7-10) concerned the controversial and certainly ambiguous issue - the possibility of influence of the injured party on the use of “consensual” instruments – Articles: 335 § 1, 335 § 2, 338a and 387 respectively. The statement was: "Application of the institution under Article ... should be subject to the express consent of the victim.". The distribution of answers to these four questions also formed the "hanging chains" – with a balanced agreement and disagreement.

Another question appealed to individual observations and subjective feelings – it was about the approval of the statement that "Most of the aggrieved parties are not interested in protecting their interests in the criminal trial." Here 41% of the respondents fully agreed, 24% rather agreed, 8% had no opinion, 11% rather disagreed and 16% - definitely disagreed.

The whole group of questions concerned the institution of the auxiliary prosecutor. The radical proposal to grant the injured persons the right to file their own indictments as soon as

¹⁹ For more details see: CZARNECKI P., Pokrzywdzony w oczach osób wykonujących zawody prawnicze [in:] Świątłowski A., Czarnecki P. (eds.), Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?, C.H.Beck, Warszawa 2021, pp 43-88.

the preparatory proceedings were discontinued (without meeting the requirements listed in Article 55 CPC) was not popular. Another quite radical proposal was: "In court proceedings, the injured party should be a party to proceedings without the necessity of obtaining the status of the auxiliary prosecutor". In other words: the extension of the regulation already in force at the stage of preparatory proceedings (the injured party is a party to proceedings - Article 299 of the CPC) to the stage of court proceedings (where they currently have to obtain the status of a party). Here, over half of the respondents (53.15%) responded positively to the proposal - 38.54% answered "I strongly agree", and 14.61% answered "I rather agree". In turn, 15.37% of those who replied "I rather disagree" and 23.17% of those who replied "I do not agree at all". Remaining 8.31% indicated "hard to say".

As far as mediation is concerned, only 8.82% of the respondents strongly agreed and 11.84% partially agreed with the statement that "Mediation (Article 23a of the CPC) works properly". 21.41% of the respondents had no opinion, while as many as 19.65% disagreed partially, and 38.29% - strongly. Therefore, there were twice as many people who positively assessed the functioning of mediation in criminal cases than those disagreeing. Consequently - more than half of the respondents disagreed with the statement: "The number of mediated cases is already close to the maximum possible and it is difficult to expect much more of them in the future", while only 13.60% jointly chose both positive answers.

7. CONCLUSIONS

The actual position of the aggrieved party in the legal system is the result of many factors. Modern legal regulation is only one of these factors. The similar socio-economic conditions make us learn from the experience of countries with a similar tradition. So as the observations made against the background of one legal system may have a significant comparative value, I hope that my brief summary of selected points of interest in Polish legal system may be interesting to readers in Slovakia and in other countries.

KEYWORDS

injured person, victim, damages, representative, rights of the injured person, auxiliary prosecutor

KĽÚČOVÉ SLOVÁ

poškodený, obeť, odškodnenie, splnomocnenec, práva poškodených, pomocný prokurátor

BIBLIOGRAPHY

1. CZARNECKI P., Pokrzywdzony w oczach osób wykonujących zawody prawnicze [in:] Światłowski A., Czarnecki P. (eds.), Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?, C.H.Beck, Warszawa 2021, pp 43-88.
2. KAROLCZYK P., Sprzeciw od wyroku nakazowego, Prokuratura i Prawo 2006, nr 7–8, p. 81-97,
3. KLUZA J., Skarga subsydiarna pokrzywdzonego w postępowaniu karnym w ujęciu prawnoporównawczym, Studia Prawnicze i Administracyjne 2017, Nr 3, p.4.
4. SKORUPKA J., (ed.) Kodeks Postępowania Karnego. Komentarz, C.H.Beck, Warszawa 2020, p. 10.
5. STEFAŃSKI R.A., Przegląd uchwał, Wojskowy Przegląd Prawniczy 1998, Nr 3–4, p. 158;
6. STEFAŃSKI R.A., Postępowanie nakazowe w znolizowanym kodeksie postępowania karnego, Prokuratura i Prawo 2003, nr 7–8, p. 12-25;

7. ŠTRKOLEC, M, Procedural status of the injured person in the legal order of the Slovak Republic in comparison with its legal regulation in the Czech Republic, *Studia Iuridica Cassoviensia* 2020, vol. 8, issue 1, p. 99.
8. ŚWIATŁOWSKI A., CZARNECKI P., Wstęp (in:] Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?, C.H.Beck, Warszawa 2021, p. XVI-XVII.
9. ŚWIATŁOWSKI A., Historia pewnej kompromitacji. O przywróceniu trybu przyspieszonego w sprawach o przestępstwa” [w:] *Problemy penologii i praw człowieka na początku XXI stulecia; Księga poświęcona pamięci Profesora Zbigniewa Hołdy, B.Stańdo-Kawecka, K.Krajewski (eds.)*, WoltersKluwer, Warszawa 2011, pp. 251-266.
10. SZUMIŁO-KULCZYCKA, D. Wpływ udziału pokrzywdzonego na postępowanie sądowe, [in:] Światłowski A., Czarnecki P. (eds.), *Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?*, C.H.Beck, Warszawa 2021, p. 213-229.
11. WINIARSKI P., Subsydiarny akt oskarżenia czyli tzw. skarga subsydiarna w procesie karnym, [in:] Światłowski A., Czarnecki P. (eds.), *Pokrzywdzony jako uczestnik postępowań represyjnych. Czwarty wierzchołek trójkąta?*, C.H.Beck, Warszawa 2021, p. 341-156

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

prof. UJ, dr hab.Andrzej Światłowski,
Professor of the Jagiellonian University, Kraków
Head of the Department of Criminal Procedure
Jagiellonian University, Kraków,
ul. Gołębia 24, 31-007 Kraków, Poland
Phone number: + 48 12 663 14 65
E-mail: andrzej.swiatlowski@uj.edu.pl

RECENZIA/REVIEW

MICHAL RADVAN : CZECH TAX LAW

(4. vydanie)

Brno: Masaryk University Press, 2020
ISBN 978-80-210-9673-8<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-11>

Vývoj v Európskej únii naznačuje, že právne poriadky jednotlivých členských štátov sú si postupom času a realizáciou harmonizačných aktivít stále bližšie. Uvedené sa však dotýka každého právneho odvetvia v rôznej miere. Aký prípad predstavuje spriaznenosť a príbuznosť daňového práva ako jedného z etablovaných právnych odvetví verejného práva v jednotlivých členských štátoch EÚ? Komplexnú odpoveď na túto otázku nemožno vtesnať do jednej vety, možno však konštatovať, že daňové právo a jeho realizácia je v prvom rade prejavom a výsledkom daňovej suverenity toho-ktorého štátu. Na druhej strane nemožno prehliadať harmonizačné procesy nielen v oblasti nepriameho zdaňovania, ale aj priameho zdaňovania, ktoré pôsobia na absolútnu suverenitu členských štátov eróznymi účinkami.

Znalosť teórie daňového práva a zdaňovania, no i právnej úpravy v iných členských štátoch EÚ (a ostatných štátov) bola, je a vždy bude dobrým základom pre hodnotenie stavu *de lege lata* a formuláciu nových návrhov *de lege ferenda* v Slovenskej republike. Uvedené poznatky môžu byť využité komparatívnym spôsobom a metódami, čo je nepochybne prínosné taktiež pre vedu o daňovom práve, a to v akejkol'vek krajine sveta.

S ohľadom na spomenuté presahy a implikácie daňového práva majú o to viac význam zahraničné publikácie zachytávajúce právny stav zdaňovania v iných štátoch. Medzi takéto počiny možno zaradiť aj publikáciu „*Czech Tax Law*“ (České daňové právo) od docenta Michala Radvana pôsobiaceho na Katedre finančného práva a národného hospodárství Právnickej fakulty Masarykovej univerzity v Brne, ktorá predstavuje v poradí štvrté prepracované znenie, a nadviazala tak na úspešnú sériu vydaní tejto publikácie najnovšie po zohľadnení zásadných zmien v daňovom zákonodarstve v podmienkach Českej republiky.

Publikácia pozostáva z celkovo 15 hlavných kapitol, pričom autor postupoval od objasnenia všeobecno-teoretických otázok, akými sú postavenie daňového práva v rámci právneho poriadku a daňový systém v Českej republike, až po vymedzenie jednotlivých daní či iných verejných príjmov (najmä poplatkov), vymedzenia základných pravidiel a mantinelov správy daní a pripomenutia existencie zmlúv o zamedzení dvojitého zdanenia. Je spracovaná v anglickom jazyku, a je preto prístupná širokému okruhu čitateľov v rámci celého sveta. Dielo je spracované prehľadne a prevažne syntetickým spôsobom, čím si každý čitateľ pomerne jednoducho osvojí právny stav daňového práva v Českej republike.

Aj napriek skutočnosti, že daňové právo patrí medzi najdynamickejšie právne odvetvia vôbec, musíme vyzdvihnúť aktuálnosť uvedeného diela, čo značným spôsobom zjednoduší orientáciu čitateľa v rámci českého daňového systému.

Je možné súhlasiť vo viacerých smeroch s autorom a ním prezentovanými myšlienkami, no najmä s tým, že mnohé inštitúty v podmienkach Českej republiky (ale obdobne aj v Slovenskej republike) majú skôr opačný efekt ako je pozitívne vplyvanie na daňové príjmy. Snaženie štátov býva častokrát len manifestáciou vôle riešiť určité nežiaduce javy, no so zreteľom na nízku

efektivitu a nevyužívanie mnohých veľmi účinných inštitútov (napr. všeobecný systém prenesenia daňovej povinnosti v rámci systému DPH známy verejnosti aj pod anglickým označením *reverse charge*) sú len dôkazmi o absencii reálneho záujmu o elimináciu či zamedzenie načrtnutých problémov. Veľmi frekventovaným príkladom špekulatívnych praktík zo strany jednotlivcov na úseku zdaňovania príjmov (a platenia odvodov s tým súvisiacich) je obchádzanie zákona v podobe tzv. *Švarcsystému*, na čo je v predostretej publikácii poukázané. Aj takéto konania sú len dôsledkom zlého nastavenia príslušných daňových a odvodových mechanizmov a šírenie povedomia o tom, že sú takéto praktiky identifikované, môže v konečnom dôsledku dopomôcť ich eliminácii.

Odbornej verejnosti sa ponúka relatívne komplexný pohľad na daňovú sústavu v Českej republike, ale obdobne aj na iné verejné príjmy, ktoré možno subsumovať pod teoretický koncept „*běrne*“ rozpracovaný práve na pôde Katedry finančního práva a národního hospodářství Právnické fakulty Masarykovy univerzity.

Vzhľadom na vyššie uvedené skutočnosti možno konštatovať a zosumarizovať, že publikácia „*Czech Tax Law*“ je vynikajúca pomôcka nielen pre členov vedeckej obce, ale aj pre právno-aplikačnú prax. Dielo môže byť taktiež veľmi dobrou pomôckou v rámci pedagogického procesu nielen na právnických fakultách, ale aj pri výučbe v neprávnych (najmä ekonomických) odboroch.

Ladislav Hrabčák¹
Adrián Popovič²

¹ JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

² JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

RECENZIA/REVIEW

ROMŽA, S. a kol.: PRIVATIZÁCIA TRESTNÉHO PRÁVA

(vydanie prvé)

Praha: Leges, 2021,
ISBN: 978-80-7502-528-9, s. 370<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-12>

Knižný trh právnických publikácií prednedávnom obohatila monografia „Privatizácia trestného práva“ z pera autorského kolektívu pod vedením prof. JUDr. Sergeja Romžu, PhD. z Katedry trestného práva Univerzity Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnickej fakulty. Vedecká erudícia a aplikačná skúsenosť autorov pôsobiacich nielen v odbore trestného práva hmotného a procesného, kriminalistiky, kriminológie, penológie, ale i dejín štátu a práva, a to nielen na akademickej pôde, ale aj v aplikačnej praxi, predstavuje dostatočnú záruku kvalifikovaného a vyčerpávajúceho podania avizovanej problematiky.

Výber témy predloženej monografie možno hodnotiť vysoko pozitívne. Hoci v ostatnom čase bolo publikovaných niekoľko parciálnych prác venujúcich sa privatizačným tendenciám v trestno-právnej regulácii (napr. časopisecké články, príspevky v zborníkoch), treba podotknúť, že avizovaná problematika nebola v našej spisbe doposiaľ spracovaná na úrovni vedeckej monografie. S ohľadom na skutočnosť, že táto publikácia vznikla s podporou a je výstupom riešenia výskumného projektu APVV-16-0362 „Privatizácia trestného práva – hmotnoprávne, procesnoprávne, kriminologické a organizačno-technické aspekty“, možno len kvitovať, že práve privatizačné procesy vo verejnom práve so zreteľom na trestné právo predstavujú substantívnu myšlienku, ktorá systematicky prežaruje celé dielo. Publikáciu som veľmi uvítal i z osobného dôvodu. Hľadanie a snaha o identifikovanie hraníc medzi verejným právom a súkromným právom, permanentné traktovanie teórií usilujúcich o náležité odôvodnenie diferenciácie práva na súkromné a verejné, či vzájomné ovplyvňovanie súkromnoprávnej a verejnoprávnej regulácie je tradičnou súčasťou právno-teoretických disciplín, ktoré sú aktuálnym predmetom môjho študijného a vedecko-výskumného záujmu.

Pozitívne možno hodnotiť, že vecný záber práce sa zďaleka neobmedzuje na prieskum problematiky vo svetle účinných právno-normatívnych platforiem materiálneho a formálneho trestného práva. Autori, venujúci sa tejto problematike už skôr, sa nevyhýbajú potrebnému interdisciplinárnemu prístupu, ktorý je azda najväčšou pridanou hodnotou diela. Obsahom publikácie sú v tomto zmysle tiež napríklad historické a filozofické pohľady (napríklad humanizácia trestania v období osvietenstva) alebo technické aspekty privatizácie väzenia (napríklad pokiaľ ide o využívanie elektronického monitoringu). Osobitne možno poukázať na prezentovanie výsledkov dotazníkového výskumu v oblasti aplikácie a využívania elektronického monitoringu v praxi.

Monografia „Privatizácia trestného práva“ je systematicky členená na úvod, päť kapitol, zoznam použitej literatúry a vecný register.

Prvá kapitola je venovaná historickým východiskám trestania s dôrazom na trest odňatia slobody. Autori koncentrujú pozornosť najskôr na trestanie v období raného, rozvinutého i neskorého stredoveku, ako aj na počiatku novoveku. V tomto smere zaujme stať o humanizácii trestania, ktorú autori s poukazom na názory C. Beccaria alebo J. J. Rousseaua, traktujú i vo filozofických a kriminologických súvislostiach (s. 24 a nasl.). V chronologickej nadväznosti sa konzistentným spôsobom spracúva problematika trestania podľa rakúskeho a uhorského práva v 19. storočí a v období medzivojnovkej Československej republiky. Z tejto časti osobitne

zaujme analýza problematiky súkromnej žaloby a súkromného účastníka v československom trestnom práve, rozobratá na pozadí výsledkov dobovej decíznej praxe (s. 45 a nasl.). Na záver tejto kapitoly autorský kolektív rozpracoval limitáciu trestného práva Československej republiky po druhej svetovej vojne s akcentom na ukladanie a výkon trestu odňatia slobody.

Druhá časť monografie je vecne zameraná na ukladanie a výkon trestu odňatia slobody z pohľadu *de lege lata*. V tejto kapitole autori podrobne predstavujú problémy slovenského väzenstva (napríklad preplnenie väzníc, nadužívanie trestu odňatia slobody). Hodno poukázať na spracovanie štatistických dát (s. 71 a nasl.). Záber tejto kapitoly sa zďaleka neobmedzuje na trest odňatia slobody, nakoľko autori veľmi vhodne prinášajú spracovanie aj súvisiacej problematiky, napríklad zásad ukladania trestov, poľahčujúcich okolností, priťažujúcich okolností, či alternatívnych trestov (s. 77 a nasl.). Zaujme aj zapracovanie aktuálnej novely Trestného zákona realizovanej zákonom č. 312/2020 Z. z., ktorá problematiku ukladania trestov modifikovala s účinnosťou od 1. januára 2021 (s. 82 a nasl.), či modifikácií sadzieb trestu odňatia slobody (s. 93 a nasl.). V systematickej nadväznosti sa rozoberá podstata, funkcie, medzinárodné štandardy a podmienky výkonu trestu odňatia slobody, historické súvislosti vzniku a vývoja koncepcie privatizácie väzenského systému či privatizácia väzenstva v kontexte trestnej politiky (s. 117 a nasl.).

Tretia kapitola, nazvaná „Hmotnoprávne a procesné alternatívy k výkonu trestu odňatia slobody vrátane tzv. elektronického monitoringu“ je ladená nielen právno-vedecky, ale i prakticky a komparatívne. Po predstavení poznatkov týkajúcich sa elektronického monitoringu, vrátane jeho aplikácie v rozhodovacej praxi (s. 140 a nasl.), prinášajú autori precízny náhľad na hmotnoprávne alternatívy k trestu odňatia slobody. Avizovaná problematika sa nerozoberá len vo svetle tuzemskej legislatívnej úpravy. Veľmi hodnotné sú state, ktoré prinášajú komparatívnu analýzu hmotnoprávných alternatív k trestu odňatia slobody vo vybraných európskych krajinách (s. 207 a nasl.). Dosah diela sa takýmto spôsobom žiaduco rozširuje o európsky kontext. Hĺbkou a precíznosťou spracovania zaujme napríklad rozbor rakúskej úpravy (s. 241 a nasl.). V ďalších častiach tejto kapitoly sa autori zamerali na formulovanie návrhov *de lege ferenda* (s. 252 a nasl.) a na podrobné spracovanie elektorátu procedurálnych opatrení, ktoré predstavujú tzv. procesné alternatívy k trestu odňatia slobody (s. 261 a nasl.). V tomto zmysle dielo prináša najskôr všeobecné poznatky o procesných alternatívach ako prostriedku restoratívnej justície. Následne sa sústreďí pozornosť na konkrétne odklonné spôsoby vybavenia trestných vecí, a to na podmienené zastavenie trestného stíhania, zmier a podmienené zastavenie trestného stíhania spolupracujúceho obvineného. Tieto obzvlášť aktuálne okruhy (najmä kategória tzv. „kajúcnikov“) sa skúmajú vo svetle záverov súdnej praxe za súčasného využitia historicko-právnej a komparatívnej metódy právneho výskumu (napr. s. 276 – 278), ako aj bohatých štatistických ukazovateľov (s. 282 – 283).

Ďalšia, v poradí štvrtá kapitola monografie, prináša spracovanie (i) možností, (ii) limitov a (iii) perspektív privatizácie výkonu trestu odňatia slobody v podmienkach súčasnej Slovenskej republiky. V danej kapitole zaujmú napríklad presahy na mimotrestnoprávne aspekty, napríklad ústavnoprávne (napr. s. 301) alebo pracovnoprávne (napr. s. 305 a nasl.) súvislosti. Pozornosť zasluhujú aj inšpiratívne úvahy o odsúdenom ako (ne)efektívnej súčasti trhového mechanizmu či limitoch a perspektívach vzdelávania odsúdených osôb pri potenciálnej privatizácii väzenstva.

Záverečná kapitola vecne a ideovo nadväzuje na druhú kapitolu. Aj v tejto časti sa koncentruje pozornosť na trest odňatia slobody, avšak optikou budúceho práva (*de lege ferenda*). Autori prinášajú množstvo zaujímavých myšlienok nasmerovaných na skvalitnenie platnej a účinnej reglementácie. Exemplifikatívne uvažujú nad potrebnosťou modifikácie legislatívneho zakotvenia a normatívneho vyjadrenie zásady personalita trestu na účel lepšieho

naplnenia zásady *nullum crimen sine lege certa* (s. 324 a nasl.). Problém detekujú v nedostatku vedomostí sudcovského stavu o tom, čo zahrnujú konkrétne obmedzenie a povinnosti ukladané pri podmienenom odklade výkonu trestu odňatia slobody s probačným dohľadom, čo je ich obsahom a ako sa realizuje ich výkon. V neposlednom rade autori konštatujú, že niektoré v Trestnom zákone vymenované obmedzenia a povinnosti nie je možné v súčasnosti ani vykonať a realizovať, čo možno považovať za vážny aplikačný problém (s. 326 a nasl.). V ďalšej časti avizovanej kapitoly sa predstavujú modely fungovania privatizovaného väzenského systému. V nadväznosti na uvedené autori formulujú podnetný názor, podľa ktorého privatizácia väzenského systému, nech by bola implementovaná v akejkoľvek forme, nevyrieši všetky problémy, ktoré sa dlhodobo kumulovali v existujúcom štátnom väzenskom systéme, avšak nepochybne privatizácia väzenského systému v determinovanej a evolutívnej forme by mohla napomôcť riešeniu aspoň časti existujúcich problémov väzenského systému (s. 341 a nasl.).

Text recenzovanej vedeckej monografie je priebežne dopĺňaný o citačný aparát. V závere publikácie je pripojený prehľadne systematizovaný výpočet zdrojových údajov a vecný register.

Záverom sa žiada konštatovať, že monografia „Privatizácia trestného práva“ predstavuje významný prínos pre právnu teóriu i aplikačnú prax, a to nielen v kontexte trestného práva, ale i v širších súvislostiach. Predkladaná publikácia je z obsahového hľadiska spracovaná vysoko erudovane, ideovo-konzistentne a zrozumiteľne. Dielu nemožno nič vytknúť ani z pohľadu formálno-logickej štruktúry. Recenzovaná monografia predstavuje podnetné dielo, ktoré môže byť výdatným zdrojov doktrínálnych a aplikačných poznatkov nielen pre akademickú obec (študenti práva, vysokoškolskí pedagógovia, vedecko-výskumní pracovníci), ale i orgány aplikácie práva a širšiu odbornú verejnosť, ktorá o avizovanú problematiku prejavuje záujem.

Lukáš Tomaš¹

¹ JUDr., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Law, Slovak Republic.

RECENZIA/REVIEW

**TEKELI, J. – TOMAŠ, L. – HOFFMANN, M.: ZÁKON
O SAMOSPRÁVNÝCH KRAJOCH. KOMENTÁR**

(vydanie prvé)

Praha: Wolters Kluwer, 2021,
ISBN: 978-80-7676-206-0, s. 575<https://doi.org/10.33542/SIC2022-1-13>

Kým problematika obecnej samosprávy je vo vedeckej monografickej, komentárovej, či časopiseckej spisbe spracovávaná pravidelne, regionálna samospráva doposiaľ ostávala akosi mimo komplexného spracovateľského záujmu vedy správneho práva, a to napriek tomu, že svojimi špecifikami v podmienkach Slovenskej republiky ponúka viacero lákavých podnetov na vedecké spracovanie. Postavenie i význam vyšších územných celkov je diskutovanou otázkou. O zmysluplnosti existencii obecnej samosprávy sa už v slovenskej konštitucionalistike i administrativistike nediskutuje, no samosprávne kraje akoby museli neustále obhajovať zmysel svojej existencie. Preto je tematická sféra, ktorú si autori zvolili za predmet svojho záujmu, naozaj širokým priestorom pre veľmi rozmanité závery solídnych vedeckých analýz, hoci aj v podobe komentárovej práce k východiskovej právnej úprave. Predložené dielo je preto jednoznačne aktuálne.

Štruktúru diela nie je potrebné osobitne hodnotiť vzhľadom na to, že je spracované ako komentár k zákonu č. 302/2001 Z. z o samospráve vyšších územných celkov (zákon o samosprávnych krajoch) v znení neskorších predpisov. Kladne však hodnotím stabilný prístup ku komentovaniu jednotlivých ustanovení, ktorý okrem samotného textu komentára zahŕňa i relevantné odkazy na súvisiacu právnu úpravu, súdnu judikatúru a príliehavú vedeckú a odbornú spisbu. Komentár je prehľadný, čítavý a orientácia v ňom je vzhľadom na logický a ustálený prístup pri komentovaní jednotlivých ustanovení jednoduchá.

Kvalita textu komentára je daná aj zreteľnou snahou autorov o komplexný prístup pri komentovaní. Je evidentné, že autori sa usilovali spracovať dielo, ktorého štúdium si nebude vo veľkej miere vyžadovať paralelné študovanie iných súvisiacich diel, čo je potrebné určite hodnotiť pozitívne. Takto sa autori pri svojej práci celkom prirodzene dostali k interdisciplinárnemu prístupu zahrňujúcemu nielen inštrumentárium vedy správneho práva, ale aj práva ústavného, finančného a v nevyhnutnom rozsahu i civilného. Práce, ktoré si kladú za cieľ skĺbiť v čo najväčšej možnej miere vedecko-teoretický prístup s prístupom vychádzajúcim z poznania aktuálnych praktických problémov, sú vždy hodné ocenenia, a to predovšetkým pre náročnosť tohto metodologického prístupu k spracovaniu diela. Takýto prístup zvolili aj autori, čo garantuje, že sa vyhli riziku povrchného deskriptívneho poňatia diela ako celku. Naopak, komentár ponúka hĺbkovú analýzu relevantných tematických segmentov inkorporovaných v komentovanej právnej úprave.

Z obsahového hľadiska konštatujem, že posudzovaný komentár predstavuje tematicky homogénne a komplexné dielo. Zameriava sa teda na všetky podstatné otázky právnej úpravy samosprávnych krajov. Vedecké dielo je po stránke gramatickej i štylistickej spracované na vyhovujúcej úrovni.

Martin Vernarský¹

¹ doc., JUDr., PhD., Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Fakulta verejnej správy, Slovenská republika
Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Faculty of Public Administration, Slovak Republic.