

ISSN 1339-3995 | ROČNÍK 9.2021 | 1



UNIVERZITA
P. J. ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH
Právnická fakulta

STUDIA IURIDICA *Cassoviensia*



Zodpovedný redaktor:

doc. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

Výkonný redaktor:

Ing. Slavka Sedláková, PhD.

Redakčný výbor:

doc. JUDr. Radomír Jakab, PhD.

JUDr. Anna Vartášová, PhD.

JUDr. Diana Treščáková, PhD.

Redakčná rada:

doc. JUDr. Miroslav Štrkolec, PhD. - predseda.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
Dr. h.c., prof. JUDr. Vladimír Babčák, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
doc. JUDr. Milena Barinková, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. JUDr. Michael Bogdan, PhD.

Univerzita v Lunde, Právnická fakulta, Švédske kráľovstvo
prof. JUDr. Alexander Brööstl, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. JUDr. Jozef Čentéš, PhD.

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, Slovenská republika
doc. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. JUDr. Aleš Gerloch, CSc.

Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika
prof. JUDr. Jiří Jelínek, CSc.

Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika
prof. JUDr. Marie Karfíková, CSc.

Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika
prof. JUDr. Ján Kľučka, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika
prof. Dr. Marijan Pavčnik

Univerzita v Lubľane, Právnická fakulta, Slovenská republika
Francesco de Santis, PhD.

Neapolská univerzita „Federico II“ v Neapole, Taliansko
dr. hab. Elżbieta Feret, prof. UR

Univerzita v Rzeszów, Fakulta práva a verejnej správy, Poľská republika
prof. JUDr. Peter Vojčík, CSc.

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika

Vydavateľ:

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta,
Šrobárova 2, 041 80 Košice, Slovenská republika, IČO: 00397768

Adresa redakcie:

Redakcia SIC, Kováčska 26, P. O. Box A-45, 040 75 Košice, Slovenská republika,
e-mail: redakcia_sic@upjs.sk

Časopis vychádza periodicky dvakrát ročne. Je bezodplatne prístupný na webovej stránke
<http://sic.pravo.upjs.sk>. Všetky príspevky sú posudzované dvoma recenzentmi na
princípe obojstrannej anonymity vo vzťahu autor - recenzent.

Ročník 9.2021, číslo 1 / Dátum vydania: 26.3.2021

© Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta, Slovenská republika

ISSN 1339-3995

OBSAH / TABLE OF CONTENTS

Obsah / Table of Contents.....	2
 Mário Certický	
Teoretické a praktické otázky spracovania osobných údajov pred vznikom pracovno-právneho vzťahu vo svetle maďarského, slovenského a českého pracovného práva <i>Theoretical and practical issues of data processing related to the pre-employment relationship in the light of the Hungarian, Slovak and Czech labor law.....</i>	4
 Jozef Kirst	
Vydedenie, ne/platnosť, procesná ochrana <i>Exheredation, In/validity, Procedural.....</i>	20
 Viktória Kol'vecková	
Sudcovská koncentrácia konania vo svetle budovania skutkového základu súdneho rozhodnutia v civilnom sporovom konaní <i>Judicial concentration of proceedings in the light of the settlement of facts basis of adjudgment in civil dispute proceedings.....</i>	34
 Jiří Mulák – Vladislav Vnenk	
Zásada oficiality v českém trestním a civilním procesu <i>Principle of officiality in the Czech criminal and civil process.....</i>	44
 Dávid Pandy	
Polepšovacia výchova na území dnešného Slovenska od počiatku 20. storočia do druhej svetovej vojny <i>Reformatory training in the territory of today's Slovakia from the beginning of the 20th century to the second world war.....</i>	56
 Edit Sápi	
„Oživenie umenia“- dramatické diela a divadelný režisér z pohľadu autorského práva <i>“Giving life to a work of art”- dramatic works and theatre directors from the viewpoint of copyright law</i>	70
 Andrea Slezáková	
Komparácia zákonných podmienok pre distribúciu doplnkového dôchodkového sporenia v SR a doplnkového penzijného sporenia v ČR <i>Comparison of legal conditions for the distribution of supplementary pension savings in the Slovak republic and supplementary pension savings in the Czech republic.....</i>	85

Veronika Tóthová - Ľuboslav Sisák

Komparatívne zhodnotenie právnej úpravy de lege lata alternatívnych trestov
v Slovenskej republike v porovnaní s Nemeckom

*Comparative evaluation of the de lege lata legislation on alternative punishments
in the Slovak republic in comparison with Germany.....* 95

Bence Udvarhelyi

Harmonizácia alebo unifikácia? – nástroje na zefektívnenie ochrany finančných záujmov
Európskej únie

*Harmonization or unification? – instruments for a more effective protection of the
financial interests of the European Union.....* 112

Dušan Holub

RECENZIA: Slezáková, A., Šimonová, J., Jedinák, P. a kol.: Zákon o finančnom
sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár. Vydanie: prvé.

Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2020. 130

THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES OF DATA PROCESSING RELATED TO THE PRE-EMPLOYMENT RELATIONSHIP IN THE LIGHT OF THE HUNGARIAN, SLOVAK AND CZECH LABOR LAW

TEORETICKÉ A PRAKTICKÉ OTÁZKY SPRACOVANIA OSOBNÝCH ÚDAJOV PRED VZNIKOM PRACOVNOPRÁVNEHO VZŤAHU VO SVETLE MAĎARSKÉHO, SLOVENSKÉHO A ČESKÉHO PRACOVNÉHO PRÁVA

Mário Certický¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-01>

ABSTRACT

Thanks to the European Union's General Data Protection Regulation (GDPR), the rules on the protection of personal data have entered a new level of protection, which imposes strict requirements on data controllers. One of the most basic, yet very exciting and sensitive areas in the field of personal data processing is the processing of personal data related to employment. However, little attention is paid to the data processes carried out by data controllers prior to the establishment of the employment relationship, to which, of course, the provisions of the GDPR also apply. The purpose of this study is to provide theoretical and practical guidance to data controllers on how to comply with the requirements for pre-employment data processing. In the study, I mainly examine pre-employment data processing in a general way in the light of the GDPR, but in order to shed light on the individual issues in dispute, I examine the provisions of Slovak, Czech and Hungarian labor law.

ABSTRAKT

Vďaka všeobecnému nariadeniu o ochrane osobných údajov Európskej únie (GDPR) sa pravidlá ochrany osobných údajov dostali na novú úroveň ochrany, ktorá kladie prísne požiadavky na prevádzkovateľov. Jednou z najzákladnejších, ale zároveň veľmi citlivých oblastí spracovania osobných údajov sú procesy spracovania údajov súvisiace so zamestnaním. Malá pozornosť sa však venuje procesom spracovania údajov, ktoré vykonávajú prevádzkovatelia pred vznikom pracovnoprávneho vzťahu. Účelom tejto štúdie je poskytnúť teoretické a praktické usmernenie prevádzkovateľom o tom, ako dodržiavať požiadavky GDPR na spracovanie údajov pred poskytnutím zamestnania. V štúdiu sa zaoberám predovšetkým spracovaním údajov pred vznikom pracovnoprávneho vzťahu) vo všeobecnej rovine vo svetle GDPR. Aby som si posvietil na jednotlivé sporné otázky, analyzujem aj ustanovenia slovenského, českého a maďarského pracovného práva.

¹ dr. LL.M., Univerzita v Miskolci, Právnická fakulta, Maďarsko / University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary.

I. INTRODUCTION

Economic actors, regardless of the sector of the economy in which they operate, typically employ natural persons and necessarily process personal data.² This employment-related data processing must be preceded by the process of establishing an employment relationship, in connection with which data processing is also necessary. There are several ways to carry out this procedure, and whichever one the data controller chooses must comply with data protection regulations. In this context, the natural persons applying for the given job are considered data subjects, and the persons advertising the job are considered data controllers.³

As part of the European Union's data protection reform after the lengthy legislative process,⁴ the General Data Protection Regulation (hereinafter "the Regulation" or "GDPR")⁵ has been created and applies from 25 May 2018.⁶ The rules of the Regulation are directly applicable⁷ in all Member States (correctly in the EEA States).⁸ Chapter IX of the GDPR contains areas for specific cases of data processing in which it confers legislative powers on the national legislator. Such a case is also the processing of data in the context of employment under Article 88, according to which the *"Member States may, by law or by collective agreements, provide for more specific rules to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of the processing of employees' personal data in the employment context, in particular for the purposes of the recruitment (...) "*⁹ Under the provision, not only the legislators of the Member States have the possibility to legislate, but also the employers 'and employees' representatives can jointly, in a collective agreement, lay down rules on the data processing concerning the organization. The regulation also defines the areas of employment in which this legislative authority exists, including the subject of the present study, the recruitment. Under the Regulation, legislators can "lay down more specific rules", which means that they can create specific rules that complement the GDPR's rules, given the nature and specificities of the regulated area, but cannot derogate from the basic provisions of the GDPR. However, this results in a diversity of national laws and thus in different national perceptions of workers' rights.¹⁰

² For more information on assessing the personal nature of the data, see for example FINCK, .M. – PALLAS, F.: They Who Must Not Be Identified - Distinguishing Personal from Non-Personal Data Under the GDPR. In: Forthcoming, International Data Privacy Law, 2020, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 19-14. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3462948>; In addition, for a distinction between the absolute and relative nature of personal data, see PURTOVA, N.: The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. In: Law, Innovation and Technology, 10:1, pp. 40-81. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3036355>.

³ The study does not affect the data processing of employment agencies and other organizations engaged in labour conscription. In this respect, serious questions would arise regarding the separation of data controllers and data processors. On this topic, see Guideline of the EDPB no. 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR. https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/consultation/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_en.pdf (2021-02-08).

⁴ BENDIK, T.: A GDPR szabályozási környezete. In: Péterfalvi Attila – Révész Balázs – Buzás Péter (szerk.): Magyarázat a GDPR-ról. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, pp. 25–36.; and HOOFNAGLE, Chris Jay – VAN DER SLOOT, Bart – ZUIDERVEEN BORGESIU, Frederik: The European Union general data protection regulation: what it is and what it means. In: Information & Communications Technology Law, 28:1, pp. 71–72, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3254511>.

⁵ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

⁶ See Article 99 (2) of the GDPR.

⁷ TANKARD, C.: What the GDPR means for businesses. Network Security, Volume 2016/6., p. 5. [https://doi.org/10.1016/s1353-4858\(16\)30056-3](https://doi.org/10.1016/s1353-4858(16)30056-3).

⁸ Examining the scope of the GDPR would go beyond the scope of the study, so I will omit it here. It should be emphasized, however, that the personal and material scope of the GDPR is also extremely wide, mainly due to its extraterritorial scope.

⁹ See Article 88(1) of the GDPR.

¹⁰ VOJTKO, J.: Automatizované rozhodovanie a profilovanie v pracovnoprávných vzťahoch podľa Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. In: Časopis pro právní vědu a praxi, XXV, 2/2017. pp. 259–260;

The study aims to map the requirements for data processing during the recruitment procedure, thus providing a crutch for data controllers to design this data process under the law. In the second chapter of the study, I examine the general requirements for data processing, such as the enforcement of the purpose limitation principle and the requirement of the lawfulness of data processing. In the third chapter, I examine specific data processes related to the topic. In writing this study, I examine and compare the law of three countries, including Hungarian, Slovak and Czech labor law regulations.

II. LEGAL PURPOSE AND LEGAL BASIS OF THE DATA PROCESSING

If a controller needs to implement a processing of personal data, the primary and fundamental obligation is to define the legitimate purpose of the processing, in accordance with the personal data necessary to process must be precisely defined and the data processing should be limited to these data. The latter requirement stems from the principle of data minimization, which is a self-proclaimed principle but is practically inseparable from the purpose limitation principle.¹¹ Compliance with the purpose limitation principle is a precondition for data processing, which accompanies the whole process and must be complied with at all stages.¹² Typically, two purposes can be identified in the data processing: (i) the broader purpose of the data processing; (ii) the independent purpose for which each personal data are processed. These two purposes are in part-whole relation, and the latter must obviously be in line with the purpose of the data processing, as it is a sub-purpose.

The data controller is also expected to perform only data processing operations which are related to the purpose of the data processing and are necessary to achieve it. In the first part of this chapter, I examine certain issues related to the procedure for establishing an employment relationship as a purpose of a data processing in a broader sense, during which I take into account the provisions of Czech, Hungarian and Slovak labour law. In addition to defining the legitimate purpose of the data processing, another important requirement is that the lawfulness of the data processing must be ensured by one of the legal bases in Article 6(1) of the GDPR. In the second part of this chapter, I examine the legal bases that can ensure the lawfulness of the data processing in the context of the employment recruitment.

1. Legal purpose of the data processing

During the development of the data processing, the primary requirement is that the data controller have to determine the legitimate purpose of them. The broader purpose of the recruitment is to find the most suitable person to fill the vacant position at the data controller to establish an employment relationship. Concerning the purpose of data processing in Hungarian law, we can find a provision in § 10(1) of the Labor Code¹³ (hereinafter “Hungarian LC”), according to which “*The employer may require the employee to make a statement or disclose personal data that is relevant to the establishment of the employment relationship (...).*” On the one hand, the Hungarian regulation defines the purpose of data processing, and on the other hand, it restricts data processing to the handling of relevant data, thus declaring the principle of data minimization. It can be observed that this provision uses the terms “*employer*” and “*employee*” for the processing of data for the purpose of establishing an employment relationship, which is clearly incorrect, as persons involved in the recruitment procedure do not

<https://doi.org/10.5817/CPVP2017-2-5>, as the same OGRISEG, Claudia: GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context. In: Labour & Law Issues, vol. 3, no. 2, 2017, p. 4.

¹¹ JÓRI, A.: Az adatvédelem alapelvei. In: Jóri András (szerk.): A GDPR magyarázata. Budapest: HVG-Orac Lap- és Könyvkiadó, 2018, p. 194.

¹² RÉVÉSZ, B.: Az adatkezelés alapelvei. In: Péterfalvi Attila – Révész Balázs – Buzás Péter (szerk.): Magyarázat a GDPR-ról. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, p. 96.

¹³ Act I of 2012 on Labor Code (a munka törvénykönyvéről szóló 2012. évi I. törvény).

participate in the negotiations as employer and employee, but as a job advertiser and an applicant. The question arises as to whether the provision of the Hungarian LC has to be interpreted narrowly, and it would apply only to the period following the end of the recruitment procedure (when the employee has been selected) and for the period immediately before the conclusion of the employment contract. or it should be interpreted broadly and applied to the entire recruitment process. Of course, in practice, these two events blur very often, making it difficult to find the boundary between them. What's more, potential employers are already seeking to obtain all personal information during the selection process, which is a manifestly flawed process for reasons explained later.

In the Slovak Labor Code¹⁴ (hereinafter "Slovak LC"), the legislator distinguishes between the legal relationships before and after the conclusion of the employment contract. According to § 41(5) of the Slovak LC, *"an employer may only request information from a natural person who is applying for a job for the first time related to the work to be performed by him or her. The employer may request an employer's assessment of his previous employment from a natural person who has already been employed."*¹⁵ The conceptual discrepancy also exists in this regulation, as we cannot yet speak of an employer, however, this provision uses the term *"natural person applying for a job"* rather than the employee. It can be observed that the Slovak legislator does not distinguish between the procedure immediately preceding the establishment of the employment relationship and the procedure related to the application. The provision also keeps in mind the principle of purpose limitation, from which we can also deduce the principle of data minimization. The question can also be asked in the context of the Slovak legislation, should the provision apply to the entire recruitment procedure?

In my view, the cited provision of both the Hungarian and Slovak regulations must be interpreted broadly, so the data controller must apply it from the moment he defines the framework of the employment relationship, i.e. the all data processing carried out for this purpose, including recruitment.

In my opinion, the most sophisticated solution can be found in the Czech Labor Code¹⁶ (hereinafter "Czech LC"), which regulates the recruitment as a pre-employment procedure and the procedure immediately preceding the establishment of the employment relationship separately, thus recognizing the special and separable nature and thus the data processing in connection with these of these procedures. The § 30(1) of the Czech LC contains requirements concerning the recruitment as follows: *"in selecting a natural person to apply for a job, the employer is entitled to determine the qualifications, requirements for filling the job or other special abilities, unless otherwise required by other legislation. This provision is without prejudice to the requirements of any other legislation applicable to a natural person as an employee."* It is noticeable that the regulation only partially has respect to the differences between the two procedures. On the one hand, it correctly uses the term 'natural person applying for a job', but on the other hand, this legislation also uses the term 'employer' instead of a potential employer who advertises a job. In terms of content, the provision is similar to the Slovak regulation, as it determines the quality of personal data that can be processed by the job advertiser, and from this we can deduce the purpose of data processing. The provision explicitly states that the potential employer may, unless otherwise required by law, determine in his own discretion the requirements for filling the job. The data controller may request the person applying for the job to provide personal data in the light of these requirements. From this rule we can deduce the principle of data minimization and the principle of purpose to, and we can state that the provision also formulates the requirement that the job advertiser have to plan the

¹⁴ Act 311/2001 on Labor Code (Zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce).

¹⁵ With regard to the assessment of the employee, it should be noted that § 75(2) of the Slovak LC obliges the employer to provide a work assessment to the employee before the termination of the employment relationship.

¹⁶ Act 262/2006 on Labor Code (Zákon č. 262/2006 Sb. zákoník práce).

whole process concerning to recruitment. The § 30 (2) of the Czech Labor Code stipulates as a requirement for the process before the signing of the employment contract that *“During negotiations before the establishment of the employment relationship, the employer may only request information from the natural person or other person directly related to the employment contract.”* In that provision, the Czech legislature therefore lays down the rules on personal data which may be processed directly in the context of an employment contract procedure. This provision underlines the fact that several personal data do not need to be disclosed in a recruitment procedure (e.g. in particular, the applicant's identity, place of birth, individual ID numbers and other identification numbers), however these could be necessary to contract with selected person.

From the point of view of labor law, the broader purpose of data processing can be formulated in the conduct of the procedure for establishing an employment relationship, while the purposes of the processing of individual personal data are necessary sub-objectives to achieve the purpose of this process.

2. Legal basis of the data processing

In general, the lawfulness of data processing requires the existence of a legal basis in Article 6 (1) (a) to (f) of the GDPR. When examining the legal basis of the procedure for establishing an employment relationship, the applicability of several legal bases may arise, and in my practical experience, data controllers often determine the lawfulness of their data processing on different legal bases. In this subsection, I would like to examine these legal bases and take a position on which one I consider to be actually applicable. First of all, an important fact needs to be identified. The need for a legal basis for the lawfulness of data processing is not a requirement for the data processing as a process, but the certain personal data processed in the framework of the process. Because of this, the data controller may process personal data on a different legal basis for the same purpose in the context of a same data processing.

The first legal bases to be examined – which is often referred to in practice¹⁷ – is the consent of data subject referred to in Article 6 (1) (a) of the GDPR. Consent of the data subject according to Article 4 (11) of the GDPR *“means any freely given, specific, informed and unambiguous indication of the data subject's wishes by which he or she, by a statement or by a clear affirmative action, signifies agreement to the processing of personal data relating to him or her.”* The reference to this legal basis is based on – at least often referred to by data controllers – the fact that the application for the advertised position is voluntary, it depends on the applicant's free will. Thus, by submitting the application, but typically also by filling in a statement, the applicant gives his or her consent to the data processing. Well, in my view, that is incorrect, since there are several conjunctive conditions for the validity of the consent which must exist for the consent to be valid. In my view, the assertion is incorrect because a much deeper examination is required to establish the voluntary nature than the fact that the applicant submitted his application on his own will.¹⁸ Consent may be voluntary if the data subject has a real discretion to grant and withdraw consent, if this is not the case, the consent cannot be voluntary.¹⁹ The European Data Protection Board issued Guidelines 5/2020 on consent under Regulation 2016/679,²⁰ in which is stated that the voluntary nature could not be defined in a

¹⁷ KLADIVOVÁ, T.: GDPR v podnicích a související poradenství. Diplomová práce. Brno 2019, p. 29.; https://is.muni.cz/th/qmg63/Diplomova_prace_Tereza_Kladivova.pdf (2020-12-28).

¹⁸ In a decision on a fundamentally different subject, but on the issue of consent, the Hungarian DPA stated that the existence of a voluntary application is not sufficient for the existence of volunteering, but is necessary for the data subject to be free to decide what personal data he or she contributes. See the decision no. NAIH/2020/54/4.

¹⁹ OSZTOPÁNI, K.: Jogalapok. In: Péterfalvi Attila – Révész Balázs – Buzás Péter (szerk.): Magyarázát a GDPR-ról. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, p. 114.

²⁰ European Data Protection Board: Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679. See: https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf.

relationship of dependence, such as that between the employer and the employee or the prospective employee, since the person concerned was not in a position to dispose of his data freely. There is also a dependency relationship in the procedure for establishing an employment relationship, as all the circumstances of the data process are determined by the data controller advertising the job. In this respect, the most significant limitation on the right to self-determination, and thus on the scope and content of consent, is that the data subject cannot decide which personal data he or she contributes to. Given that one of the conditions for the validity of the consent is missing, it cannot justify the lawfulness of the data processing.²¹

According to Article 6(1)(b) of the GDPR, data processing is lawful if it “*is necessary for the performance of a contract to which the data subject is party or in order to take steps at the request of the data subject prior to entering into a contract.*” This provision shall apply in the case of a contractual relationship between the parties, which shall mean not only the relationship between the related parties within the meaning of civil law, but also the employment contract which creates a subordinate order. It can be observed that the cited provision actually separates two data processing processes, (i) data processing in connection with the performance of an existing contract, and (ii) data processing performed before the conclusion of the contract. The question arises as to whether the legal basis under point (ii) applies to the processing of data in the context of the recruitment procedure or only to the last phase of the process, i.e. the phase immediately preceding the conclusion of the contract. To answer this question, we have to proceed from the purpose of data processing. In my view, the purpose of the procedure is, in a broad sense, to conclude an employment contract which is just a small – the last but not least – slice of data processing. In a narrow sense the purpose of the procedure is to select a suitable person to fill a post. These are not the same but previous does not exist without the latter. Given that Article 6(1)(b) of the GDPR can only be interpreted narrowly, it would in principle apply to the procedure immediately preceding the conclusion of the employment contract. This assertion is also problematic, as it is difficult to interpret the condition for the application of this legal basis that the steps have to be ‘*taken by the request of the data subject*’ before the conclusion of the contract. The procedure for concluding an employment contract is not initiated by the data subject, but by the controller after his or her selection procedure. What’s more, the data controller has the option to make a decision not to enter into an employment contract with any of the applicants. However, the question is whether applying for a job can be interpreted as being initiated by the person concerned. This can only be accepted if Article 6(1)(b) is interpreted broadly, as the application is made through a selection procedure. In my view, a broad interpretation of Article 6(1)(b) of the GDPR would be correct, since the ultimate aim of a job competition is to conclude an employment contract.

Sometimes, in the case of certain activities, a special requirement is prescribed by law, due to which the data controller must process the personal data specified in the law. In this case, the data controller does not have the freedom to decide on the data processing or its circumstances, because it has to fulfil the legal obligation.²² In these cases, the legal basis for processing these data will be Article 6 (1) (c) GDPR.

In many cases, the processing of a personal data is not necessary for the conclusion of an employment contract and its processing is not required by law, but its processing is justified by the interests of the data controller. In this case, the legal basis for data processing will be the

²¹ Nevertheless, we can find a legal provision that the legislator prescribes the need for consent when establishing an employment relationship, e.g. in Act XXXIII of 1992 on the legal status of civil servants in relation to Hungarian law. Pursuant to § 20/A. (5) of the Act, the applicant's consent must be attached to the application. Obviously, this has survived from the period before the GDPR's application, which requires legislative intervention.

²² JÓRI, A.: Az adatkezelés jogalapjai. In: Jóri András (szerk.): A GDPR magyarázata. Budapest: HVG-Orac Lap- és Könyvkiadó, 2018, pp. 151-152.

legitimate interest set out in Article 6(1)(f) of the GDPR.²³ This presupposes that the controller carries out a test of proportionality, in which he considers whether his interest takes precedence over the data subject's freedoms and rights, and whether the data processing is necessary and proportionate to achieve the aim pursued. In my view, the processing of data during the selection procedure should be classified as a legitimate interest in the event of a narrow interpretation of Article 6(1)(b) of the GDPR. In this case, the lawfulness of the processing carried out during the selection procedure is based on the legitimate interest of the controller in filling the post advertised.

The lawfulness of data processing should also include the processing of data belonging to a special category of personal data. As part of the job-filling procedure, job advertisers typically process health data,²⁴ which typically covers the candidate's basic physical health, but data on the mental condition of the person concerned are also often processed. Concerning the processing of sensitive data, the GDPR imposes strict requirements and, as a general rule, prohibits the processing of special categories of personal data.²⁵ However, it is possible to process specific data in case of coexistence of one of the ten additional conditions set out in Article 9(2) of the GDPR and one of the legal basis for the processing. In the recruitment procedure, Article 9(2)(b) is often applied, according to which the processing of special data is *"necessary for the purposes of carrying out the obligations and exercising specific rights of the controller or of the data subject in the field of employment and social security and social protection."* In this case, there must be a mandatory requirement for the data controller that justifies the data processing, so the controller has no discretion as to the processing of the data.

In this context, we have to mention the data processing carried out in connection with the examination of the future employee's suitability, including mental and physical (i.e. health) for work, which, in addition to the legal requirement, is undoubtedly also in the interest of the prospective employer.²⁶ Its legitimacy can be ensured by Article 9(2)(h) of the GDPR. According to this data *"processing is necessary for the purposes of preventive or occupational medicine, for the assessment of the working capacity of the employee, (...) on the basis of Union or Member State law or pursuant to contract with a health professional and subject to the conditions and safeguards referred to in paragraph 3"* The application of this provision is subject to the additional condition in Article 9(3) that the data *"may be processed for the purposes referred to in point (h) of paragraph 2 when those data are processed by or under the responsibility of a professional subject to the obligation of professional secrecy under Union or Member State law or rules established by national competent bodies or by another person also subject to an obligation of secrecy under Union or Member State law or rules established by national competent bodies."* Such a professional is a person authorized to provide a healthcare service who is subject to medical confidentiality. It is important to emphasize that this data processing is not performed by the employer but by the health professional entrusted by him. In this respect, the employer can only manage the information on whether or not the prospective employee is suitable for the given job, to work. The provisions of § 10(3) of the

²³ The wording of the legitimate interest best reflects the objective set out in recital 4 of the GDPR, according to which *"The right to the protection of personal data is not an absolute right; it must be considered in relation to its function in society and be balanced against other fundamental rights, in accordance with the principle of proportionality."* The recital 4 lists more of these fundamental rights by way of example, including freedom to conduct a business. Content of this freedom is also that 'the protection of employees' individual rights must not take absolute precedence over the interests of the employer. See: OGRISEG, Claudia: GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context. In: Labour & Law Issues, vol. 3, no. 2, 2017, p. 4.

²⁴ See Article 4(15) of the GDPR.

²⁵ See Article 9(1) of the GDPR.

²⁶ JAKAB, N.–VASZILY, G. – BERÉNYI, L.: A foglalkoztatással összefüggő adatkezelés gyakorlati kérdései – német kitekintéssel. In: Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica, Tomus XXXVII, No. 2020/2., p. 322.

Hungarian LC,²⁷ the § 32 of the Czech LC²⁸ and § 41(2) of the Slovak LC²⁹ are in line with this. With regard to all three provisions, it should be noted that, in accordance with Articles 88(1) and 9(2)(b) of the GDPR,³⁰ the employment relationship rule, and thus the norm imposing this obligation, may also be a collective agreement. There is a significant problem with Article 9(3) of the GDPR and the cited provision in the Labor Codes. Article 9(3) of the GDPR provides that health data may be processed only by a health professional contracted by the employer and not by the employer. In contrast, the cited provisions of the Labor Codes require the employer to examine the state of fitness for work. To do this, the prospective employee must present a certificate from a health professional as to whether or not he or she is medically or otherwise fit for the job. Given that health data are all data relating to the health or mental condition of the data subject, such as fitness for the job, so these data clearly relates to the health or mental condition of the data subject.³¹ The GDPR does not prohibit the employer from processing specific health data, but generally the health data of the employee, in this case the applicant.

III. CERTAIN DATA PROCESSING OPERATIONS

There are many methods of recruitment procedure that job advertisers use separately but typically together. The relationship between the job-seeker and the data controller is preceded by the information on the existence of the job, the most typical form of which is the publication of the job advertisement. This is the phase of the process in which data processing doesn't take place yet, but is part of the process. The data processing wouldn't be possible without it, therefore the rules on data processing should apply. The data subject contact the data controller based on the job advertisement, typically by sending a document containing his or her personal data (this primarily, but not exclusively, the data subject's CV, cover letter and documents attached to application) to the data controller.³² The controller will then carry out a pre-screening these documents, based on which he will select the person or persons who best meet the criteria for filling the position. Data controllers use this phase of the data process as a pre-screening and have a personal meeting with the selected persons. During the job interview, several methods are used that involve the processing of personal data, e.g. they ask questions to which the data subject is assessed, but it is often the case that the data subject is asked to complete a theoretical, professional written test, which also qualifies as personal data. In this subsection, I examine the rules of these data processing.

1. Data processing related to job advertising

I have emphasized above that the data controller must plan precisely the entire process of the job application. Concerning the job advertisement, it is necessary to specify what personal data is required to fill the position. In that regard, it is not sufficient to specify that the applicant is required to submit a curriculum vitae, but must specify precisely what personal data must be

²⁷ According to this, „an aptitude test may be applied to the employee which is prescribed by the employment regulations or which is necessary to exercise the fulfil the obligation specified in the employment regulations.”

²⁸ According to this, “in the case of a special legal provision, the employer must make sure that the natural person has undergone the compulsory medical examination before the employment relationship took place.” I note that the principle that the employer does not process the health data of his prospective employee, but merely ascertains whether he has taken part in the compulsory medical examination and whether or not he may conclude an employment contract in the light of its outcome, is more pronounced in this provision.

²⁹ According to this, “Where the law provides for medical, mental or other aptitude for work, the employer may conclude the employment contract only with a natural person who is medically, mentally fit or otherwise satisfies the conditions of fitness.”

³⁰ This is confirmed by recital 155 of the GDPR.

³¹ ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M. – MADLEŇÁK, A.: Personality aspects of the employee and their exploration from the GDPR perspective. In: Central European Journal of Labour Law and Personnel Management, No. 2018/1., pp. 71–72., <https://doi.org/10.33382/cejllpm.2018.01.05>.

³² ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M.: GDPR a ochrana záujmov zamestnanca. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2018. 78. p., ISBN 978-80-89149-57-5.

provided in the curriculum vitae. To comply with the purpose limitation principle, the data controller may only process personal data that is necessary for the selection of a suitable person to fill the position. The scope of personal data has to be interpreted narrowly, and in fact, they can be limited to only the necessary personal data, e.g. in my view, there is no need for the applicant's portrait,³³ marital status, nationality³⁴ etc. The § 41(6) of the Slovak Labor Code explicitly contains the data that the advertiser may not request from the natural person applying for the job, such as data on pregnancy, marital status, or criminal record unless otherwise it is required by law, or the nature of the job requires impunity,³⁵ and no information may be requested from a natural person about his or her political and religious views or labor union membership. A similar regulation is contained in § 316(4) of the Czech Labor Code, according to which "the employer may not request the employee to provide data that is not directly related to the work," so he may not request information about pregnancy, sexual orientation, origin, religion or belief, or any other organizational membership. Notwithstanding, the provision is established in the employer-employee relationship, it must be interpreted broadly, and the data controller may not process the listed personal data in the procedure before the establishment of the employment relationship.³⁶ A similar restrictive provision can be found in the § 12(2) of the Czech Employment Act,³⁷ according to which *"during the selection of the employee, the employer may not apply for information about nationality, racial or ethnic origin, political and religious opinion, sexual orientation, membership in a professional organization."*

In my view, the most appropriate procedure would be for the job advertiser to indicate in his job advertisement not only the personal data he is requesting but also specifically the data which he is not. This partly avoids the problem that the applicant also provides additional information, and this data will also be processed by the job advertiser. Obviously, the problem can only be partially avoided, because if the applicant still provides the data, the job advertiser will inadvertently become his data controller. In the event that the applicant nevertheless provides such data, the controller shall take all necessary measures to terminate the processing of such data, e.g. through anonymisation.³⁸ A good solution could be, for example, if the data controller operates his own website, through which he receives job applications, e.g. by filling in a form in which the candidate can provide only the data specified in advance by the job advertiser.³⁹

An important element of the job advertisement is that the applicant has to be informed about the data processing related to the job application. The data controller must comply with this obligation in accordance with Articles 12 and 13 of the GDPR. This therefore also means that the controller must accurately inform the data subject about the data controller's data and contact

³³ I note that most job advertisements require a photo to be submitted, in my opinion incorrectly. This is because the portrait of the applicant as personal data, cannot really influence the filling of the position, at least it is difficult to imagine a situation where the applicant's portrait is relevant. This may be the case for jobs that specifically require the use of an image.

³⁴ Of course, this does not apply to jobs where the existence of a nationality is required by law.

³⁵ In this context, the § 11(3) of the Hungarian Labor Code explicitly stipulates that the employee's criminal record as a personal data may only be processed in the case specified by law or if the employer determines such a restrictive or exclusionary condition based on the nature of the job. However, the employer has the option of the latter only if the employment of the person concerned in the given position is a) a significant property interest of the employer, b) a secret protected by law or c) in context of the § 11(2) (b) - (d) would be liable to prejudice the interests protected by law.

I note that I consider the processing of personal data relating to a criminal record to be irrelevant, as the reliability of the employee is not determined by the current state of an arrow record.

³⁶ POTYKOVÁ, A.: Ochrana osobních údajů v pracovněprávních vztazích. Diplomová práce. Brno, 2019, p. 45.; https://is.muni.cz/th/jg4u2/Diplomova_prace_Potykova.pdf (2020-12-28); and MORÁVEK, Jakub: Ochrana osobních údajů při vzniku pracovního poměru. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2011, p. 124.; <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/33217> (2020-12-28).

³⁷ Act 435/2004 on the employment (Zákon č. 435/2004 Sb. o zaměstnanosti).

³⁸ ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M.: GDPR a ochrana záujmů zaměstnanca. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2018. 78–79. p., ISBN 978–80–89149–57–5.

³⁹ ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M.: GDPR a ochrana záujmů zaměstnanca. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2018. 78. p., I SBN 978–80–89149–57–5.

details,⁴⁰ as well as certain information about the data processing.⁴¹ A job advertisement containing an e-mail address for the purpose of sending applicants CVs cannot be considered lawful. The obligation to provide information for data subject can be fulfilled in several ways, e.g. directly by placing it in the vacancy notice or informing it of its availability. In the latter case, an additional requirement is that the information must be available at all times throughout the data processing.⁴² It should be emphasized that, in view of the general requirements in Article 12(1) of the GDPR, the information should relate to the specific processing. It is therefore inappropriate for the data controller to inform the data subject in general about his or her data processing or, in a strict sense, about the data processing related to his or her job applications. An exception to the latter is, of course, if all job applications are advertised and evaluated solely on the basis of one type of job and under the same conditions.

2. Questions related to the assessment of the applications

With regard to the assessment of the submitted applications, the most important requirement from a data protection point of view is that the data controller determines in advance the personal circle who is entitled to get acquainted with the personal data submitted during the job application. This includes the requirement that only those persons who are entitled to decide in this regard should be aware of the job applications submitted. This requirement can be deducted from the data security requirement in Article 32(2) of the GDPR as an appropriate organizational measure for data processing.

This data processing includes informing the data subjects about the outcome of the procedure, among which it is important to emphasize that it must always be done in a personalized way, not in groups.

Another important issue is determining the fate of personal data after the job application. In this context, a distinction should be made between successful and not successful job applications. In the case of the former, the continuation of data processing is justified, as the person with whom the data controller enters into an employment contract will come out of these applicants. In contrast, job applications that have a negative result must be deleted, because the purpose of the data processing ceases at the moment when the result of the job application is established. However, it may be interesting to examine whether there is a legitimate interest in the controller which may justify the continued storage of the submitted documents (see chapter III.4.). In certain cases may be his interest in properly developing his defence strategy if a claim is made against him on the ground that he did not meet the requirement of equal treatment in the assessment of the job application, so that his conduct was discriminatory.⁴³ This, of course, requires the performance of an appropriate test of proportionality to verify the lawfulness of the data processing. In this case, a further issue is to determine the duration of the data processing, which must be in line with the limitation period for claims which justify a legitimate interest.⁴⁴

⁴⁰ In view of this, a job advertisement that does not specifically indicate the identity and contact details of the data controller is not legal.

⁴¹ See Article 13(1)(a) of the GDPR.

⁴² In the former case, the requirement of a continuous availability doesn't apply, because the data controller must provide the information on the data processing at the latest at the beginning of the data processing, which is published in the job advertisement. If the data processing has begun, the data subject may request information on the processing of his or her data and the circumstances under Article 15 of the GDPR. In addition, of course, it strengthens the transparency and reliability of the data controller by making its information on the data processing continuously available throughout the data processing period, even without the obligation to exist.

⁴³ In this context, it is noteworthy that § 41(8) of the Slovak Labor Code explicitly includes the requirement that the employer may not violate the requirement of equal treatment under § 13(1) and (2) with regard to the pre-employment procedure.

⁴⁴ MORÁVEK, J.: Ochrana osobních údajů při vzniku pracovního poměru. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2011, p. 122.; <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/33217> (2020-12-28).

It is very common for a job advertiser to view, precisely to check the personal profile of job applicants on a social page, typically Facebook and Instagram, to find out about the candidate's behaviour, uploaded pictures, etc. and draw conclusions based on their activities on social media. Through their activities on social media, individuals gain access to their privacy by disclosing information about them.⁴⁵ Given that the original purpose of a job advertiser's data processing is to select the right person for the job, which must be independent of that person's privacy, the data controller must decide whether viewing the social media site is necessary and proportionate to the purpose of the data processing. If justified by the legitimate interest of the data controller, it is lawful to view the profile of the applicant on the social network as a data processing operation. However, this requires an interest which justifies the processing and is both necessary and proportionate to achieve the purpose of the processing, while the data subject's rights and freedoms, in particular the data subject's right to privacy and the right to protection of personal data, must not take precedence. In my view, such data processing can only be justified in exceptional cases. In practice, the reason most frequently mentioned is that the data subject voluntarily disclosed his or her data, as the purpose of disclosing the data is not to provide information to a particular controller to decide to fill a post.⁴⁶ If the data controller still considers the data processing is justified, he must also inform the data subject at the latest before the data processing starts. On the other hand, concerning the applicant's activity in closed groups of social media, the processing is no longer justified, as it has been disclosed by the data subject to the closed community, and in particular not to the data controller. Besides, mention should be made of personal profiles created specifically for job searching, as well as viewing them (e.g. a portal called LinkedIn) is absolutely justified. I emphasize that informing job seekers about such data processing cannot be left out in this case either.

Commonly, prospective employers want to check the authenticity of the qualifications of their applicants. For this purpose, it is frequent that the institutions providing secondary or higher education receive a request for data verification to certify the authenticity of the data concerning the qualifications of the person applying to them. In my experience, data controllers do all this without prior informing applicants in advance. From a data protection point of view, such a practice is a matter of concern, as educational institutions are not allowed to provide data directly on their pupils or students, given that there is no adequate legal basis for data transfer. Because of this, it would be a good practice for the candidate to be informed in advance in the job application that the candidate would like to check the qualifications in the context of the job evaluation. The legitimacy of this would be ensured if the data controller ad1. requests the expressed consent of the applicant, which shall be sent to the educational institution with the request; ad2. may ask the applicant to inquire about verification of his data directly the educational institution. In my opinion, the second of the two methods outlined is the correct one, because, in the case of the first solution, there are concerns about the validity of the consent - its voluntary nature. Attention must be drawn to the fact that whichever method the data controller uses, he must in all cases inform the data subject about the data processing and its circumstances.

⁴⁵ With regard to the demarcation between the employee's privacy and the employer's sphere of interest, see in Hungarian language: ARANY-TÓTH Mariann: A magánélet védelméhez való jog újraszabályozásának hatása a munkaviszonyban a magánélet védelméről szóló törvény alapján (1. rész). In: Munkajog, 2019/2., pp. 39–45., and in Czech language: KARLEC, J.: Ochrana soukromí zaměstnanců. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2016.; <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/detail/165076/> (2020-12-28).

⁴⁶ ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M.: GDPR a ochrana záujmů zaměstnanců. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2018. 75. p., ISBN 978-80-89149-57-5.

3. Certain issues of data processing in job interviews

The data controller advertising the job typically decides during a face-to-face⁴⁷ job interview, which applicant choose for the job. There are generally two types of data processing in an interview; (i) the person acting on behalf of the data controller asks questions orally to the data subject; (ii) the job advertisers assess the professional knowledge of the candidates by completing various competency assessment tasks. In both cases, they must be pre-defined questions, the sole purpose of which can be to examine the candidate's suitability for the job. In the first case, the question arises as to whether we are talking about data processing of the verbal answers (actually the informational content of the answers) as personal data, specifically if the answers are not recorded. Can data recording in the mind of the data controller's representative be considered as manual data processing and even as a filing system? There is no doubt that the answers to the questions will be used by the data controller's representative when judging the job application, but it is questionable whether this use constitutes data processing under the GDPR. In my view, the content of data processing operations must be interpreted broadly, and the recording of data in this way must also be regarded as a data processing operation falling within the scope of the GDPR. If the answers to the questions are recorded in any way, there is no question as to the need to apply the data protection rules. Concerning the method of recording, I note that, in my view, there is no reason to record a video and audio of the interview or only a sound recording.

Completing the written test is also considered as a data processing, so the data protection rules must be applied in this context as well. An important requirement in connection with the content of the test is that it may contain only questions that are related to the filling of the position, related to the professional competencies and preparedness of the candidate. It is important that the duration of data processing can only be limited to the time of the job application.

4. Case of a special data processing – The 'CV register'

In practice, it is common for data controllers to keep the CVs in a separate register in order. Purpose of this data processing is typically to contact the data subject in the event of a vacancy in the future.⁴⁸ It needs to be examined which of the legal bases in Article 6(1) of the GDPR can ensure the lawfulness of this data processing. In my view, such processing may be based on the consent of the data subject. In this case, the problem of volunteering explained above does not exist because the data subject gives his consent for purpose to be contacted by the controller in connection with the filling of the position and is not related to the application for a specific position. There are two directions in which the consent can be obtained: (i) the consent can be obtained by applying for a specific job application but not by him, but the controller draws his attention to the possibility that, if he consents, he may be registered; (ii) the other option is for the controller to maintain the possibility of submitting curricula vitae to the data subjects on an ongoing basis, regardless of the vacancy, which can be solved using various methods (e.g. an IT system set up for this purpose). With regard to the former, there is also a position that in case of the failure of the job application, the legitimate interest of the data

⁴⁷ Face-to-face interview does not necessarily mean direct physical presence, it can be realized e.g. via an electronic system capable of transmitting a live image. As we write these lines, we are living in a time of a pandemic, which has also resulted the online job interviews. Concerning online job interviews, new requirements arise from a data protection point of view, e.g. the data controller must select a secure communication channel to conduct the interviews. There may be a need to record job interviews, which in my opinion can only take place in extremely exceptional cases, as such data processing is not necessary to achieve the basic purpose of the data processing. The legal basis for such processing may be the legitimate interest of the controller, possibly a third party, the lawfulness of which must be substantiated by a test of proportionality.

⁴⁸ KLADIVOVÁ, T.: GDPR v podnicích a související poradenství. Diplomová práce. Brno 2019, p. 29.; https://is.muni.cz/th/qmg63/Diplomova_prace_Tereza_Kladivova.pdf, (2020-12-28).

controller may also justify further data processing.⁴⁹ Given that the original purpose of data processing is to fill a specific position, i.e. the processing of personal data in the context of a specific job application, the primary legal basis for data processing other than the original purpose, in accordance with Article 6(4) of the GDPR may be the consent of the data subject.

In both cases, the data controller needs to comply with the prior information obligation under Articles 12 and 13 of the GDPR, especially given that one of the conditions for the validity of the consent given by data subject is to be informed.

The data controller is also obliged to ensure that the personal data processed by him is accurate and up-to-date.⁵⁰ So, it means that the data controller must also strive to be accurate when handling CVs. In this regard, the data controller should first specify a period of time for which he wants to process data. There is a view that a period of between 6 months and 1 year can be accepted as proportionate to the duration of the data processing.⁵¹ In my view, this would be an extremely short period of time, so that, in addition to ensuring compliance with the principles of timeliness and accuracy in other ways, the data processing can continue. The data controller has a chance to remind the data subject at certain intervals, indicating the personal data of the data subject and to provide the possibility to clarify, supplement or, at the request of the data controller, delete the data or terminate the data processing. In this case, the data processing may continue, and the withdrawal of the data subject's consent may be granted for the duration of the data processing.

IV. SUMMARY

It can be stated that pre-employment data processing is a separate data process with an independent purpose and means, which must be structured by the relevant data protection regulations. In this context, the data controller must define in advance, precisely the entire process of data processing. Within this, the controller must, following the principles of purpose limitation and data minimization, specify the personal data that are necessary to achieve the purpose of the data processing, i.e. to select the right person from among the applicants. This also includes that the data controller has to determine exactly which data have to provide the data subject, which is needed to carry out the selection procedure. The planning of the process involves determining the exact course of the selection process, indicating the persons who are entitled to know the personal data of the data subject and to make a decision based on them.

The controller must, following the principles of lawfulness, fairness, and purpose, identify the additional data processes that he may wish to carry out during the selection procedure. In this respect, the most common data process is the control of certain activities and manifestations of the data subject on social media, which raises difficult issues regarding the protection of the data subject's privacy and the definition of personal data necessary for the establishment of an employment relationship.

In many cases, data controllers may request the provision of specific data, in particular medical data (e.g. during a medical or psychological examination) or personal data relating to the criminal history of the data subject, before the establishment of the employment relationship. Such data can only be processed if there is an appropriate legal basis, the alternatives of which have been described in the study.

An important requirement is that the data controller must inform the data subject about the data processing and all related information before the data processing, which is required by

⁴⁹ See: DAVID, J.: Jak by měl zaměstnavatel naložit s osobními údaji neúspěšných, ale přesto potenciálně zajímavých uchazečů o zaměstnání? Právní prostor, <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/jak-by-mel-zamestnavatel-nalozit-s-osobnimi-udaji-neuspesnych-ale-presto-potencialne-zajimavych-uchazecu-o-zamestnani> (2020-12-28).

⁵⁰ This obligation is laid down in Article 5(1)(d) of the GDPR.

⁵¹ ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M.: GDPR a ochrana zájmův zaměstnanca. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2018. 79. p., ISBN 978-80-89149-57-5.

Articles 13-14 of the GDPR. Data controllers may fulfil this obligation by providing information on the processing in the published notice or by implementing it in such a way that the data subject has the opportunity to know it before the processing.

It should also be emphasized that the data controller must determine the further fate of the data processed during this process. It is common for data controllers to retain them to contact the data subject to fill any position that may arise in the future. Given that the purpose of this data processing is different from the original purpose, it is lawful if the data subject has given his or her consent. In the absence of such consent, the data must be deleted and the data carriers destroyed (possibly returned to the data subject), the procedural rules of which, in the context of self-regulation, must be laid down by the controller and the data subject informed in advance.

Lastly, I note that, under Article 88 of the GDPR, the legislature has a chance to regulate matters before the establishment of an employment relationship. As explained above, the Hungarian law did not lay down special rules for the pre-employment procedure, but after the GDPR became applicable, the § 10(1) of the Hungarian LC in general and several other provisions (e.g. control of the employee, processing of biometric data, etc.) has been revised. However, there is no information on whether the Hungarian legislator has complied with its notification obligation to the European Commission under Article 88(3) of the GDPR. The Hungarian legislator informed the European Commission about the provisions which were applicable when GDPR became applicable, in respect of which the regulation requires notification.⁵² In contrast, the Slovak and Czech legislators regulate pre-employment issues with subtle modifications after the labour codes came into force. Notwithstanding, the Slovak⁵³ and Czech⁵⁴ legislators have also complied with their general notification obligation and have notified the relevant legislation in force at the time of application of the GDPR.⁵⁵

All in all, it can be stated that the complex application of itemized legal norms, which require serious expertise, is required concerning data processing in the context of the procedure for the establishment of an employment relationship. Although in the study I focused on the necessary rules to be taken into account in this procedure, it is important to emphasize that in the case of data processing that violates data protection regulations, as a result of a supervisory official procedure, data controllers may even face severe administrative fines and other ways of prosecution.

KEY WORDS

GDPR, data processing, data processing and employment, recruitment.

KEÚČOVÉ SLOVÁ

GDPR, spracovanie osobných údajov, zamestnanie a spracovanie osobných údajov, inzerát na prácu.

BIBLIOGRAPHY

1. ARANY-TÓTH, Mariann: A magánélet védelméhez való jog újraszabályozásának hatása a munkaviszonyban a magánélet védelméről szóló törvény alapján (1. rész). In: Munkajog, 2019/2., pp. 39–45.

⁵² See: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/hu_notification_art_51.4_84.2_85.3_88.3_90.2_publish.pdf; (2020-12-28).

⁵³ See: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/sk_notification_51.4_85.3_88.3_publish_0.pdf; (2020-12-28).

⁵⁴ See: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cz_notification_51.4_84.2_85.3_88.3_90.2.pdf; (2020-12-28).

⁵⁵ It is noteworthy that the Slovak legislator created a completely new data protection legislation (Act 18/2018 on personal data protection and amending and supplementing certain Acts) after the application of the GDPR. The § 78(3) of this Act also provides for data processing rules concerning employment.

2. BENDIK, Tamás: A GDPR szabályozási környezete. In: Péterfalvi, Attila – Révész, Balázs – Buzás, Péter (szerk.): Magyarázata a GDPR-ról. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, pp. 25–36. ISBN 978-963-295-761-6.
3. DAVID, Jaroslav: Jak by měl zaměstnavatel naložit s osobními údaji neúspěšných, ale přesto potenciálně zajímavých uchazečů o zaměstnání? Právní prostor, <https://www.pravniprostor.cz/clanky/ostatni-pravo/jak-by-mel-zamestnavatel-nalozit-s-osobnimi-udaji-neuspesnych-ale-presto-potencialne-zajimavych-uchazecu-o-zamestnani>, (2020-12-28).
4. FINCK, Michéle – PALLAS, Frank: They Who Must Not Be Identified - Distinguishing Personal from Non-Personal Data Under the GDPR. In: Forthcoming, International Data Privacy Law, 2020, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. pp. 19-14. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3462948>.
5. HOOFNAGLE, Chris Jay – VAN DER SLOOT, Bart – ZUIDERVEEN BORGESIIUS, Frederik: The European Union general data protection regulation: what it is and what it means. In: Information & Communications Technology Law, 28:1, pp. 65–98, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3254511>.
6. JAKAB, Nóra – VASZILY, Gréta – BERÉNYI, Laura: A foglalkoztatással összefüggő adatkezelés gyakorlati kérdései – német kitekintéssel. In: Publicationes Universitatis Miskolcensis Sectio Juridica et Politica, Tomus XXXVII, No. 2020/2., pp. 318–345.
7. JÓRI, András (szerk.): A GDPR magyarázata. Budapest: HVG-Orac Lap- és Könyvkiadó, 2018.
8. KARLEC, Jan: Ochrana soukromí zaměstnanců. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2016.; <https://is.cuni.cz/webapps/zzp/detail/165076/> (2020-12-28).
9. KLADIVOVÁ, Tereza: GDPR v podnicích a související poradenství. Diplomová práce. Brno 2019.; https://is.muni.cz/th/qmg63/Diplomova_prace_Tereza_Kladivova.pdf (2020-12-28).
10. MORÁVEK, Jakub: Ochrana osobních údajů při vzniku pracovního poměru. Rigorózní práce. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2011.; <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/33217> (2020-12-28).
11. OGRISEG, Claudia: GDPR and Personal Data Protection in the Employment Context. In: Labour & Law Issues, vol. 3, no. 2, 2017, pp. 1–24.
12. OSZTOPÁNI, Krisztián: Jögalapok. In: Péterfalvi, Attila – Révész, Balázs – Buzás, Péter (szerk.): Magyarázata a GDPR-ról. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, pp. 111–148. ISBN 978-963-295-761-6.
13. POTYKOVÁ, Adéla: Ochrana osobních údajů v pracovněprávních vztazích. Diplomová práce. Brno, 2019.; https://is.muni.cz/th/jg4u2/Diplomova_prace_Potykova.pdf (2020-12-28).
14. PURTOVA, Nadezhda: The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law. In: Law, Innovation and Technology, 10:1, pp. 40-81. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3036355>
15. RÉVÉSZ, Balázs: Az adatkezelés alapelvei. In: Péterfalvi, Attila – Révész, Balázs – Buzás, Péter (szerk.): Magyarázata a GDPR-ról. Budapest, Wolters Kluwer, 2018, pp. 95–110. ISBN 978 963 295 761 6.
16. TANKARD, Colin.: What the GDPR means for businesses. Network Security, Volume 2016/6., pp. 5-8. [https://doi.org/10.1016/s1353-4858\(16\)30056-3](https://doi.org/10.1016/s1353-4858(16)30056-3)
17. VOJTKO, Jakub: Automatizované rozhodovanie a profilovanie v pracovnoprávných vzťahoch podľa Všeobecného nariadenia o ochrane údajov. In: Časopis pro právní vědu a praxi, XXV, 2/2017. pp. 255–274.; <https://doi.org/10.5817/CPVP2017-2-5>

18. ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M. – MADLEŇÁK, A.: Personality aspects of the employee and their exploration from the GDPR perspective. In: Central European Journal of Labour Law and Personnel Management, 2018/1., pp. 68–77.,
<https://doi.org/10.33382/cejllpm.2018.01.05>
19. ŽULOVÁ, J. – ŠVEC, M.: GDPR a ochrana záujmov zamestnanca. Bratislava: Friedrich Ebert Stiftung, 2018. ISBN 978–80–89149-57-5

CONTACT DETAILS OF AUTHOR**dr. Certicky Mário, LL.M.**

Assistant lecturer

University of Miskolc, Faculty of Law

3515 Miskolc-Egyetemváros, Hungary

E-mail: certickym@gmail.com

VYDEDENIE, NE/PLATNOSŤ, PROCESNÁ OCHRANA**EXHEREDATION, IN/VALIDITY, PROCEDURAL PROTECTION***Jozef Kirstl*¹<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-02>**ABSTRAKT**

Autor sa v tomto článku zaoberá inštitútom vydedenia v podmienkach Slovenskej republiky vo svetle domácej a českej judikatúry. Zameriava sa na podmienky, formálne a materiálne náležitosti listiny o vydedení, posudzovanie jej platnosti, ako aj súvisiacej procesnej ochrany v dedičskom konaní. Účelom tohto článku je analytické spracovanie danej témy z pohľadu posudzovania platnosti listiny o vydedení v súdnej praxi. Autor zároveň porovnáva konštrukciu tohto inštitútu s právnou úpravou v Českej republike.

ABSTRACT

In this article, the author deals with institute of exheredation in Slovak Republic from perspective of domestic and Czech case law. The article focuses on legal terms and conditions, formal and material necessities of deed of disinheritance, consideration of its validity, as well as the with the procedural means in inheritance proceeding. The purpose of this article is to analytically process chosen topic from aspects of consideration of validity of deed of disinheritance in judicial case law. Author compare the structure of this institute with the Czech legislation.

1. ÚVOD

Vydedenie (lat. exheredatio) je inštitút dedičského práva, ktorý súvisí s postavením neopomenuteľných dedičov. Ide o jednostranný, kauzálny, formálny úkon poručiť'a, ktorým prejavuje svoju vôľu odobrať svojmu potomkovi ako neopomenuteľnému dedičovi jeho právo dediť, ktoré by mu inak zo zákona patrilo.² Za vydedenie nemožno považovať závet, ktorým poručiť'el zámerne vynechá jedného alebo viacerých svojich neopomenuteľných dedičov tzv. opomenutie.³ V prípade existencie závetu, ktorým poručiť'el disponuje celým svojím majetkom a ktorým je v závete opomenutý jeho plnoletý potomok, dochádza ku kráteniu zákonného dedičského podielu o polovicu oproti situácii, ak by takýto závet neexistoval a dedilo by sa podľa zákona. Maloletému v prípade opomenutia prislúcha celý zákonný podiel. Taktiež je potrebné vydedenie odlišiť od tzv. negatívneho závetu, ktorým poručiť'el spôsobom ustanoveným pre vydedenie chcel vylúčiť z dedičstva niekoho iného ako potomka.⁴ K vydedeniu môže dôjsť aj fakticky tým, že poručiť'el svoj majetok počas života minie, daruje

¹ JUDr., Ústavný súd Slovenskej republiky, Košice, Slovenská republika
The Constitutional Court of the Slovak Republic, Košice, Slovak Republic.

² CIRÁK, J. a kol.: Dedičské právo - Šamorín: Heuréka, 2009.- 81 s.- ISBN 978-80-89122-55-4.

³ FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A.: Nástin súkromného práva platného na slovensku a podkarpatskej rusi, II. preprac. doplnené vydanie, Bratislava: Právnická jednota, 1935.- 516 s., archaický výraz pominutie.

⁴ HOLUB, M. a kol.: Občanský zákoník, Komentár I. zväzok, Praha: Linde Praha, a. s., 2003.- 685 s.- ISBN 80- 7201-406-4.

alebo sa ho iným spôsobom zbaví tak, aby nededili jeho neopomenuteľní ako aj iní do úvahy prichádzajúci dedičia.

Tento inštitút bol opätovne zavedený do nášho právneho poriadku zákonom č. 131/1982 Zb. V súčasnosti je zákonná úprava tohto inštitútu obsiahnutá v § 469a zákona č. 40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov (ďalej len „OZ“).

Veľká novela OZ č. 509/1991 Zb. rozšírila, respektíve spresnila dôvody vydedenia v § 469a o písm. b), c), d), ktoré možno považovať za taxatívne dôvody možnosti vydediť potomkov poručiťom. Skutočnosť, že inštitút vydedenia bol znova zavedený do noriem dedičského práva hmotného, svedčí o tom, že v predošlej úprave chýbali prostriedky, ktorými by sa umožnilo poručiťovi vyvodiť zodpovedajúce majetkoprávne dôsledky pre prípad, či už z hľadiska morálneho, sociálneho a pod., nevhodného správania sa potomkov voči poručiťovi. resp. správania sa ktoré je pre poručiťa neakceptovateľné a svojim spôsobom sa ho priamo dotýka. Už z koncepcie inštitútu vydedenia vyplýva záver, že pravidlá spájané so správaním sa v rozpore s dobrými mravmi je možné sankcionovať aj možnosťou vydediť svojho potomka, ktorý sa inak považuje za neopomenuteľného dediča. Je úplne na vôli poručiťa, či svojho potomka vydedí alebo nevydedí.

Základným predpokladom vydedenia je existencia konkrétneho dôvodu vydedenia. Zákon taxatívne stanovuje štyri dôvody vydedenia. V zmysle súdnej praxe uvedenie iných ako zákonných dôvodov vydedenia spôsobuje neplatnosť listiny o vydedení.⁵ Zákon výslovne vyžaduje uvedenie aspoň jedného zo zákonných dôvodov vydedenia, teda môže ísť aj o kombináciu viacerých dôvodov, keďže zákon to nevyklučuje. Súdna prax dospela k záveru, že dôvod vydedenia musí existovať už čase spísania listiny o vydedení a zároveň stanovila, že pri posudzovaní existencie dôvodu vydedenia sú rozhodujúce len okolnosti, ku ktorým došlo pred spísaním listiny o vydedení.⁶ Inak povedané poručiť nemôže vydediť niekoho preventívne, lebo očakáva, že sa naplní niektorý konkrétny dôvod vydedenia po spísaní listiny o vydedení. Čo sa týka uvedenia dôvodu vydedenia tento podľa súdnej praxe, musí byť dostatočne zrozumiteľný nielen dotknutému subjektu, ale aj subjektu nezúčastnenému.⁷ OZ nevyklučuje možnosť poručiťa napísať aj ďalšiu listinu o vydedení toho istého potomka z toho istého prípadne iného zákonného dôvodu. Pokiaľ by šlo o listinu o vydedení z toho istého zákonného dôvodu, podstatné pre posúdenie existencie označeného dôvodu vydedenia by boli skutkové okolnosti, najmä špecifikácia správania potomka zakladajúca označený dôvod vydedenia. Mohlo by dôjsť k situácii, že skôr napísaná listina o vydedení toho istého potomka z rovnakého zákonného dôvodu by bola posúdená ako neplatná pre nenaplnenie označeného dôvodu vydedenia, ale neskôr napísaná by bola posúdená ako platná a vice versa. Pokiaľ by existovali dve alebo viaceré listiny o vydedení toho istého potomka z rozličných dôvodov, bolo by potrebné posúdiť, či neskôr napísaná listina o vydedení je platná. Neskôr spísaná listina o vydedení ruší platnosť skôr nápisanej listiny o vydedení toho istého potomka za predpokladu, že je platná a nemôže skôr spísaná listina o vydedení obstať popri neskôr spísanej listiny o vydedení. Je potrebné mať na pamäti skutočnosť, že účinky vydedenia nastávajú k momentu smrti poručiťa a platnosť viacerých existujúcich listín o vydedení sa posudzuje rovnako ako pri záвете. Uvedené platí aj pre prípad, že pôjde o vydedenie toho istého potomka na základe dvoch listín o vydedení s rozličnými zákonnými dôvodmi vydedenia. Platnosť skôr napísanej listiny o vydedení toho istého potomka by mohla byť daná v prípade, ak by neskôr napísaná listina o vydedení bola z nejakých formálnych alebo právnych dôvodov posúdená ako neplatná. Domievam sa, že môžu existovať aj viaceré platné listiny o vydedení toho istého potomka v prípade, ak prvou platnou listinou o vydedení došlo

⁵ (R 50/1985).

⁶ Rozsudok Najvyššieho súdu SR z 24. júna 2020, sp. zn. 6 Cdo 98/2018.

⁷ Uznesenie Najvyššieho súdu SR z 26. júla 2012, sp. zn. 4 Cdo 194/2011.

len k čiastočnému vydedeniu. Samozrejme v prípade že pôjde o listiny o vydedení rozličných potomkov poručiteľa, každá z nich sa posúdi samostatne.

Priamym následkom vydedenia je vylúčenie neopomenuteľného dediča (jedného alebo viacerých) z dedenia, a to čiastočne alebo úplne.⁸ O čiastočnom vydedení hovoríme vtedy, ak sa podiel neopomenuteľného dediča v dôsledku platného vydedenia kráti oproti podielu, ktorý by mu inak zo zákona patrilo, teda dedí menej ako predstavuje jeho zákonný podiel podľa § 479 OZ. Pri úplnom vydedení neopomenuteľný dedič nededí vôbec. Pokiaľ poručiteľ výslovne v listine o vydedení nestanoví inak, vylučuje z dedenia len svojho potomka, preto jeho podiel prechádza na vnukov-vnučky poručiteľa. V prípade ak chce poručiteľ vylúčiť z dedenia aj potomkov svojho vydedeného potomka, prípadne aj právnikov a právničky, musí ich v zmysle § 476a ods. 2 OZ výslovne uviesť, že sa vydedenie vzťahuje aj na tieto osoby. Na vydedenie týchto ďalších osôb sa nevyžaduje samostatná existencia dôvodu na ich vydedenie, postačuje, ak dôvod existuje pre potomka poručiteľa. Vychádza sa zrejme z toho, že s majetkom potomka vydedeného, ako maloletého dediča by spravidla nakladal vydedený ako jeho zákonný zástupca.⁹ Česká právna úprava¹⁰ sa v tomto odlišuje a rozlišuje režim vydedenia potomkov vydedeného podľa toho, či poručiteľ prežil vydedeného potomka alebo nie. Ak poručiteľ prežil vydedeného potomka, potom pre platnosť vydedenia potomkov vydedeného sa vyžaduje osobitne uviesť aj dôvod vydedenia, v opačnom prípade, teda ak poručiteľ neprežil vydedeného potomka, nededia ani potomkovia vydedeného, pokiaľ by poručiteľ neprejavil svoju vôľu inak.¹¹ Potomkovia vydedeného by mohli vydedenie spochybniť, len ak vydedený potomok zomrel skôr, ako sa k vydedeniu vyjadril; právo vyjadriť sa k vydedeniu by potom prešlo na jeho dedičov (tými by nemuseli byť iba jeho potomkovia, ale i manželka či iný dedičia zo závetu). Ak by vydedený potomok zomrel skôr ako poručiteľ, bolo by potrebné, aby sa vyjadrili jeho potomkovia (nie ostatní dedičia), ale len vtedy, ak sa vydedenie malo v zmysle § 469a ods. 2 OZ vzťahovať aj na nich.¹²

Účinky vydedenia nastávajú okamihom smrti poručiteľa, keďže dedičstvo sa nadobúda smrťou poručiteľa. K platnému vydedeniu dochádza vtedy, ak je poručiteľov právny úkon perfektný a existuje zákonný dôvod vydedenia.

2. NEPLATNOSŤ LISTINY O VYDEDENÍ Z FORMÁLNO-PRÁVNÝCH DÔVODOV

Ako už bolo uvedené platnosť, respektíve neplatnosť tohto formálneho právneho úkonu poručiteľa sa posudzuje z hľadiska kritérií, ktoré platia pre závet. Zo samotného pojmu listina o vydedení vyplýva, že nedostatok písomnej formy spôsobuje neplatnosť tohto právneho úkonu poručiteľa. Autor je toho názoru, že aj napriek nepochybne vyjadrenej vôli poručiteľa v prípade zvukovej nahrávky, prípadne audiovizuálneho záznamu nebude zachovaná písomná forma, nevyhnutná pre vyvolanie právnych účinkov vydedenia. Z povahy tohto úkonu ako aj z požiadavky splnenia rovnakých formálnych náležitostí ako pri závete možno vyvodiť, že môže byť aj súčasťou samotného závetu. Listina o vydedení ako samostatný úkon môže závet časovo predchádzať alebo byť spísaná aj neskôr. Zákon pri závete a to platí rovnako aj pre listinu o vydedení, rozoznáva tri formy písomného prejavu vôle. Ide o tzv. holograf, teda

⁸ (R 67/97).

⁹ KUPKA, L.: Dedičské právo hmotné II – doplnené a prepracované vydanie. - Bratislava: EUROUNION, 2016 s... ISBN 978-80-89374-37-3.

¹⁰ zákonom č. 89/2012 Sb. bol v ČR prijatý občanský zákoník (ďalej len "OZ ČR"), do účinnosti tohto zákona platil zákon č.40/1964 Sb.

¹¹ pozri § 1646 ods. 3 OZ ČR.

¹² HOLUB, M. a kol.: OBČANSKÝ ZÁKONÍK, Komentár I. zväzok, Praha: Linde Praha, a. s., 2003.- 618 s.- ISBN 80-7201-406-4, podobne LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné I. zväzok, Bratislava: IURIS LIBRIS, 2018.- 669 s.- ISBN 978-80-89635-35-1.

listina napísaná, podpísaná¹³ a datovaná vlastnoručne porúčiteľom. Judikatura dovodila, že ani napísanie a podpísanie nedominantnou rukou, nespôsobuje neplatnosť listiny, pokiaľ je nepochybné, že ju napísal porúčiteľ.¹⁴ Teda požiadavka, aby bola listina o vydedení vlastnoručne napísaná, nevylučuje podľa povahy konkrétneho prípadu možnosť, aby porúčiteľ, ktorý je bezruký, ale dokáže písať (napr. ústami, nohami a pod.),¹⁵ aby sám spísal listinu o vydedení. Ide vždy o to, aby písomný prejav vykazoval charakteristické znaky písma toho, kto prejavuje svoju vôľu. Aj keď hovoríme o listine, neznamená to, že musí byť napísaná na papieri, podstatné bude to, že je napísaná na pevnom podklade (na dverách, na stene a pod.). Druhou formou je alograf, teda listina zriadená - napísaná inou formou. Pri alografe rozlišujeme dva prípady listín a to listinu napísanú samotným porúčiteľom za pomoci písacieho stroja alebo pomocou počítača a vlastnoručne podpísanú porúčiteľom, alebo listinu napísanú inou osobou, pričom k platnosti je potrebný príslušný počet teda dvoch svedkov. Keď porúčiteľ vie písať, ale sám nechcel písať do úvahy prichádza, že ju napíše iná osoba (pisateľ), ktorej porúčiteľ nadiktuje obsah listiny. Okrem toho, je potrebné listinu podpísať dvomi svedkami, ktorý môžu vystupovať buď ako pisateľ alebo čitateľ. Samozrejme listinu musí podpísať aj porúčiteľ. V druhom prípade alografu ide o situáciu kedy porúčiteľ nevie resp. nemôže písať a teda ani podpísať listinu, preto bude potrebné mať troch svedkov. Svedkami nemôžu byť potenciálni dedičia. U porúčiteľa ako osoby spôsobilej na právne úkony v plnom rozsahu zákon vyžaduje vlastnoručné podpisy dvoch svedkov, u hendikepovaných osôb (nevidomé, nepočujúce, analfabeti) až troch svedkov. Osobitnou písomnou formou spísania listiny o vydedení je notárska zápisnica, teda listina spísaná a potvrdená notárom vo forme notárskej zápisnice, ktorú je potrebné odlišiť od jednoduchého osvedčenie pravosti podpisu porúčiteľa notárom na listine o vydedení. Zákon u maloletých starších ako 15 rokov stanovuje pre platnosť listiny o vydedení, rovnako ako u závetu, výlučne formu notárskej zápisnice.

V praxi je nedostatok písomnej formy listiny o vydedení a tým aj jej neplatnosť spôsobený najčastejšie tým, že porúčiteľ napíše listinu o vydedení na stroji alebo počítači, a vlastnoručne ju podpíše domnievajúc sa, že došlo k platnému právnomu úkonu vo forme vlastnoručnej, osobne napísanej listiny, ktorú vlastnoručne podpísala v domnienke, že ide o holograf. Podobne je tomu, ak hendikepovaný porúčiteľ (nevidomý, nepočujúci, analfabet) pri spísaní takejto listiny formou alografu zabezpečí podpisy dvoch svedkov, hoci u takéhoto porúčiteľa je potrebné svedectvo a podpisy až troch svedkov. U maloletého porúčiteľa staršieho ako 15 rokov môže dôjsť k spísaniu neplatnej listiny o vydedení vo forme alografu alebo holografu, keďže vzhľadom na jeho vek zákon vyžaduje formu notárskej zápisnice (§ 476d ods. 2 OZ). Ak by napísala listinu o vydedení osoby mladšia ako 15 rokov, išlo by o neplatný právny úkon.

3. NEPLATNOSŤ LISTINY O VYDEDENÍ Z MATERIÁLNOPRÁVNÝCH DÔVODOV

Neplatnosť listiny o vydedení môže byť spôsobená aj nedostatkami všeobecných náležitostí pre platnosť právnych úkonov. Predovšetkým porúčiteľ musí mať spôsobilosť na tento právny úkon. Ak by bola spôsobilosť na právne úkony porúčiteľa obmedzená rozhodnutím súdu, je potrebné pri platnosti tohto právneho úkonu skúmať, či sa obmedzenie nevzťahuje aj na dispozíciu s majetkom. V zmysle § 38 ods. 2 OZ bude listina o vydedení

¹³ (R 51/1984) ak porúčiteľ závet podpísal aspoň svojim priezviskom, je tým splnená náležitosť závetu, pokiaľ o totožnosti podpisu porúčiteľa nie sú žiadne pochybnosti.

¹⁴ Rozhodnutie NS ČR z 19. 12. 2001, sp. zn.: 30 Cdo 1975/2001.

¹⁵ ELIÁŠ, K: Právni úkony na soukromých listinách se zvláštním zřetelem k jejich podpisování, AD NOTAM 3/1996, s. 54.

posúdená ako neplatná, ak by porúčiteľ konal v duševnej poruche, ktorá ho robí na tento úkon nespôsobilým. Dôkazné bremeno v takomto prípade znáša vydedený, ktorý musí preukázať, že porúčiteľ v čase spísania listiny o vydedení trpel takouto duševnou poruchou. Zákon výslovne rieši otázku spôsobilosti maloletých osôb na právny úkon vydedenia ako už bolo uvedené tak, že maloletí, ktorí dovърšili 15. rok, môžu spísať listinu o vydedení iba formou notárskej zápisnice. Argumentom a contrario je možné vzhľadom na túto špeciálnu úpravu dospieť k záveru, že pri posudzovaní platnosti úkonu osôb mladších ako 15 rokov, sa neuplatní § 9 OZ, v zmysle ktorého maloletí majú spôsobilosť len na také právne úkony, ktoré sú svojou povahou primerané rozumovej a vôľovej vyspelosti zodpovedajúcej ich veku. V tejto súvislosti je tiež potrebné dodať, že je vysoko nepravdepodobné, že by osoba mladšia ako 15 rokov, mala už svojich potomkov. Pokiaľ ide o možnosť vydediť maloletého potomka, zákon nevyklučuje vydedenie potomka, ktorý je v dobe spísania listiny o vydedení maloletý, avšak v takom prípade je potrebné skúmať nielen to, či jeho chovanie spadá pod konkrétny dôvod vydedenia a dosahuje potrebnú intenzitu, ale aj zvážiť jeho rozumovú a vôľovú vyspelosť v danom veku a či by bolo spravodlivé od neho požadovať iné správanie, nezakladajúce dôvod vydedenia.¹⁶

Pokiaľ ide o náležitosti vôle, tá musí byť daná, slobodná, vážna a bez omylu. Nedostatok slobody vôle môže byť spôsobený nátlakom, či už priamym - fyzickým donútením (pod hrozbou násillia dedič alebo iná osoba donúti porúčiteľa spísať holografnú listinu o vydedení), alebo psychickým donútením vo forme bezprávnej vyhrážky, napríklad v dôsledku vydierania. Vôľa porúčiteľa pri spisovaní listiny o vydedení musí byť vážna, to znamená, že pokiaľ túto listinu spísal pri hre alebo zo žartu, vôľa bude trpieť nedostatkom vážnosti. Ďalším prípadom je omyl. To znamená, že musí ísť o právne relevantný omyl porúčiteľa, napr. omyl v kvalifikácii právneho úkonu, prípadne vyvolaný l'sťou (§ 49a OZ). Ako návod pre posudzovanie omylu je vhodné poukázať na § 1530 OZ ČR.¹⁷ V prípade l'sti môže ísť o snahu niektorého do úvahy prichádzajúceho dediča, že porúčiteľovi oznámi nepravdivé skutočnosti týkajúce sa neopomenuteľného dediča, v dôsledku čoho, porúčiteľ spíše listinu o jeho vydedení. V zmysle zákona (§ 40a OZ) v takom prípade ide o relatívnu neplatnosť, ktorá môže spôsobiť problém v aplikačnej praxi, pretože neplatnosti takéhoto právneho úkonu sa možno domáhať v rámci trojročnej premlčacej doby počítanej odo dňa smrti porúčiteľa.

Ďalším nedostatkom listiny o vydedení spôsobujúcim jej neplatnosť môže byť nezrozumiteľnosť, neurčitosť, prípadne nedostatky pri formulovaní dôvodu vydedenia, keďže ide o kauzálny úkon. Nezrozumiteľnosť môže spočívať v tom, že porúčiteľ listinu spíše v neznámom nerozpozateľnom jazyku, ktorý nie je možné preložiť alebo znakmi, ktoré spôsobujú nejasnosť obsahu tohto úkonu. Do úvahy prichádza aj nejasnosť či nepresnosť pri označení alebo formulovaní zákonného dôvodu vydedenia. OZ v zmysle súdnej praxe nevyžaduje, aby bol dôvod označený jeho zákonným určením presným číslom paragrafu a písmena, teda môže byť vymedzený aj skutkovým opisom dôvodu vydedenia, ktorý spadá pod jeden zo zákonných dôvodov. Opis teda musí byť formulovaný tak, aby nevyvolával pochybnosti o jeho priradení pod konkrétny zákonný dôvod vydedenia. Postačuje, aby porúčiteľ v listine o vydedení správanie potomka vecne, miestne a časovo konkretizoval a špecifikoval tak, aby bolo nespochybniteľné, že je správanie subsumovateľné pod niektorý (viaceré) dôvody vydedenia.¹⁸ Samotný dôvod vydedenia ako už bolo uvedené, musí byť pod sankciou neplatnosti právneho úkonu konkretizovaný tak, aby bol objektívne zrozumiteľný,

¹⁶ Uznesenie Krajského súdu v Brno sp. zn. 18 Co 310/98.

¹⁷ Omyl je podstatný, týká-li se osoby, které se něco zůstavuje, nebo podílu či věci, které se zůstavují, anebo podstatných vlastností věci. Vlastnosti jsou podstatné, je-li zřejmé, že by zůstavitel v závěti tak neurčil, kdyby se v nich nebyl zmýlil.

¹⁸ Nejvyšší soud ČR sp. zn. 21 Cdo 1825/2007.

teda nielen dotknutému subjektu, ale aj subjektu nezúčastnenému. Nedostatok určítosti listiny o vydedení v tomto smere môže byť spôsobený aj nedostatočným určením, ktorého z neopomenuteľných dedičov má poručiteľ v úmysle vydediť, napr. označenie syna bez ďalšej konkretizácie v prípade, že poručiteľ má viacerých synov, nebude postačovať, ak ani z uvedeného zákonného dôvodu nie je možné bez pochybností určiť, ktorého syna mal poručiteľ na mysli.

Neplatnosť listiny o vydedení môže byť daná aj tým, že v prípade alografu pôjde o nespôsobilých svedkov (§ 476e OZ), nemajúcich napr. plnú spôsobilosť na právne úkony, analfabetov, maloleté osoby, nepočujúcich, nevidiacich, osôb postihnutých duševnou poruchou a pod. u ktorých možno pochybovať o ich schopnosti svedčiť o obsahu listiny a okolností, za ktorých bola spísaná. Tu je potrebné rozlišovať obmedzenie spôsobilosti osoby pre duševnú poruchu, ktorá nie len prechodná a konanie osoby za okolností ktoré ju robia nespôsobilou pre tento úkon. Rozdiel spočíva v tom, že pokiaľ pôjde o svedectvo osoby postihnutou duševnou poruchou, pôjde vždy o nespôsobilého svedka, pokiaľ svedectvo osoby v druhom prípade je vo všeobecnosti akceptovateľné a platné, teda osoba je spôsobilá na právne úkony, avšak v čase svedectva tu existovali okolnosti, ktoré vylučujú jej schopnosť svedčiť (opitosť, pod vplyvom drog). Pokiaľ ide o svedectvo maloletých, tá sa vo všeobecnosti riadi § 9 OZ. Domnievam sa však, že spôsobilosť svedka by nemala byť spochybňovaná, ak pôjde o osobu staršiu ako 15 rokov a jeho rozumová a vôľová vyspelosť zodpovedá jeho veku. Pretože vychádzajúc zo znenia § 476d ods. 2 OZ spôsobilosť osoby vykonať takýto úkon a tým aj podať právne relevantné svedectvo o takomto úkone je samostatne upravená pri maloletých, ktorí dovŕšili 15. rok. Títo maloletí v zmysle označeného § 476d ods. 2 OZ môžu prejaviť poslednú vôľu a rovnako aj napísať listinu o vydedení, avšak iba formou notárskej zápisnice. Pokiaľ OZ týmto maloletým osobám starším ako 15 rokov umožňuje uskutočniť takýto právny úkon (poslednú vôľu alebo listinu o vydedení) síce v sprísnenej forme, ich rozumová a vôľová vyspelosť podľa nášho názoru indikuje, že takáto osoba spĺňa predpoklady na to, aby mohla byť považovaná za riadneho svedka a svedčiť o právnom úkone, keďže v zmysle § 469a ods. 3 OZ náležitosti listiny ako aj spôsobilosť svedkov sa posudzuje rovnako ako pri záвете. Svedkami v zmysle ustanovenia § 476e OZ nemôžu byť ani osoby neovládajúce jazyk, v ktorom sa prejav vôle robí, ako aj osoby, ktoré majú v dôsledku listiny o vydedení dedič.

Zákon u osôb s hendikepom (nevidomé, nepočujúce, analfabeti) predpisuje kvalifikovaný počet svedkov až troch, pričom od povahy toho ktorého hendikepu sa odvíjajú aj požiadavky na spôsobilosť súčasne prítomných svedkov (napr. u nepočujúcich ovládanie znakovkej reči svedkami). Do listiny o vydedení je potrebné zaznamenať aj fakt a povahu hendikepu a tiež kto listinu spísal, predčítal a akým spôsobom poručiteľ potvrdil, že listina obsahuje jeho pravú vôľu. Totožnosť osoby pisateľa (alebo predčitateľa) a svedka nevylučuje ani § 476c OZ, v ktorom je upravená osobitná forma alografného závetu v prípade, že poručiteľ z nejakého dôvodu nemôže čítať alebo písať.¹⁹

Vo všetkých prípadoch svedectva o spísaní listiny o vydedení a obsahu listiny zákon vyžaduje ich súčasnú prítomnosť (§ 476b OZ za účasti svedkov). Judikatúra v súvislosti so svedectvom v prípade alografného závetu, ktorá je podľa nášho názoru analogicky použiteľná aj pre platnosť alografnej listiny o vydedení, vzhľadom na zákonný odkaz (§ 469a ods. 3 OZ) dovodila, že svedkovia nemusia poznať obsah závetu/listiny a nemusia byť prítomní pri samotnom spísaní závetu/listiny. Nemusia byť ani prítomní pri podpise závetu/listiny poručiteľom. Ich prítomnosť, a to súčasnú, vyžaduje zákon iba pri výslovnom prejave poručiteľa, že listina obsahuje jeho poslednú vôľu a to vôľu vylúčiť z dedenia potomkov,

¹⁹ Uznesenie Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 4 Cdo 3/2010 zo dňa 28. júla 2010.

pričom v bezprostrednej nadväznosti na tento prejav poručiteľa musia listinu podpísať aj svedkovia.²⁰

Medzi ďalšie dôvody neplatnosti materialnoprávnej povahy radíme dôvody neplatnosti, ktoré sú spojené s nedostatkom niektorej zo zákonných náležitostí ako sú podpis, dátum alebo samotný dôvod vydedenia. Do úvahy však prichádza aj to, že alografná listina o vydedení bude na viacerých listoch papiera spojených kovovou sponou, pričom podpis bude len na poslednej strane. Záver o platnosti listiny o vydedení v takomto prípade vyžaduje splnenie podmienky, že tu nie sú pochybnosti o pravosti, pravdivosti, súvislosti a nadväznosti jednotlivých listov listiny o vydedení.²¹ Zastávam názor, že pokiaľ OZ nepredpisuje v prípade listiny o vydedení respektíve závetu ako formálneho právneho úkonu súkromnej povahy, ktorý pozostáva z viacerých listov podpisy na každom liste listiny/závetu alebo osobitnú formu spojenia listov, ako je tomu v prípade notárskej listiny pozostávajúcej z viacerých listov (zošitím šnúrou, ktorej voľné konce sa prekryjú nálepkou opatrenou odtlačkom úradnej pečiatky) podľa § 44 ods. 3 zákona č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov, ktorá má ale povahu verejnej listiny, pre platnosť takejto súkromnoprávnej listiny a potvrdenie jej jednoty postačuje, ak nie sú pochybnosti o pravosti, pravdivosti, súvislosti a obsahovej nadväznosti jednotlivých listov listiny o vydedení, tak ako to konštatoval aj najvyšší súd SR.

Medzi osobitné dôvody neplatnosti listiny o vydedení radíme tie, ktoré súvisia so zmenou postoja poručiteľa. Pokiaľ ide o odvolanie vydedenia alebo zrušenie závetu v časti vydedenia, tento úkon musí byť uskutočnený v zákonom predpísanej forme a s náležitosťami, ktoré sú predpísané pre platnosť závetu. Môže k nemu však dôjsť aj konkludentne, a to napríklad neskorším závetom, kde poručiteľ za svojho dediča určí práve vydedeného, alebo aj zničením listiny o vydedení jej roztrhaním.

Listina o vydedení musí byť predložená vždy v origináli, aby vyvolala právne účinky. Tento názor vychádza z toho, že poručiteľ môže listinu o vydedení podobne ako aj závet zničiť a tým vyjadriť svoju vôľu zrušiť vydedenie.²²

V tejto súvislosti hodno spomenúť judikát (R 30/1982), podľa ktorého ak bol závet zrušený neskorším závetom (§ 480 ods. 1 OZ), neobnoví sa jeho účinnosť tým, že neskorší závet bol odvolaný alebo bola ničená listina, na ktorej bol neskorší závet napísaný. Aplikovaním tohto pravidla na listinu o vydedení, je potrebné konštatovať, že v dôsledku zrušenia neskoršieho závetu, ktorým poručiteľ zahrnul vydedeného potomka do závetu, alebo jeho zničením, sa neobnoví účinnosť listiny o vydedení.

Zákonné vymedzenie dôvodov vydedenia súvisí iba s osobou neopomenuteľného dediča a jeho kvalifikovaného nehodného chovania, ktoré poručiteľovi umožňuje korigovať (obmedziť, vylúčiť) jeho nárok na zákonný podiel z dedičstva. Ide teda o kvalifikované správanie neopomenuteľného dediča, ktoré je v rozpore s dobrými mravmi a všeobecne uznávanými predstavami spoločnosti o tom, ako sa má chovať budúci potenciálny dedič k poručiteľovi.²² Ide o taxatívny výpočet dôvodov uvedený v § 469a ods. 1 OZ. Pokiaľ by správanie nespadovalo ani do jednej kategórie dôvodov vydedenia, neexistoval by zákonný dôvod vydedenia. Ako už bolo uvedené samotná existencia dôvodu vydedenia nestačí, tento dôvod musí byť explicitne vyjadrený v listine o vydedení. Domnievam sa, že samotné uvedenie zákonného dôvodu bez ďalšieho konkrétneho skutkového opisu, je problematické z hľadiska určitosti a preukázateľnosti existencie toho ktorého dôvodu vydedenia s výnimkou dôvodu podľa § 469a ods. 1 písm. c) OZ.

²⁰ Uznesenie Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 4 Cdo 93/2009, zo dňa 28. júla 2010.

²¹ Uznesenie Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 4 Cdo 93/2009, zo dňa 28. júla 2010.

²² CIRÁK, J. a kol.: Dedičské právo. - Šamorín: Heuréka, 2009. - 84 s. - ISBN 978-80-89122-55-4.

Poručiteľ podľa § 469a ods. 1 OZ môže vydediť svojho potomka

- a) ak v rozpore s dobrými mravmi neposkytol poručiteľovi potrebnú pomoc v chorobe, v starobe alebo v iných závažných prípadoch,
- b) o poručiteľa trvalo neprejavuje opravdivý záujem, ktorý by ako potomok mal prejavovať,
- c) bol odsúdený pre úmyselný trestný čin na trest odňatia slobody v trvaní najmenej jedného roka,
- d) trvalo vedie neusporiadaný život.

Ad a)

Dôvodnosť vydedenia z hľadiska posudzovania dobrých mravov kladie dôraz na objektívne hľadisko a tým vylučuje prípadnú ľubovôľu zo strany poručiteľa. V zmysle tohto dôvodu vydedenia musí byť splnená podmienka, že poručiteľ je odkázaný respektíve potrebuje pomoc v starobe, chorobe alebo v inom závažnom prípade (napr. finančná núdza, prírodná katastrofa, požiar, povodeň, kalamita, úraz, imobilnosť) a neopomenuteľný dedič mu neposkytol v rozpore s dobrými mravmi pomoc. Tento dôvod vydedenia nebude naplnený, ak nie je splnená podmienka odkázanosti protučiteľa, teda poručiteľ si vie sám zabezpečiť svoje nevyhnutné, bežné potreby, alebo tieto potreby vie zabezpečiť a fakticky zabezpečuje iná vhodná osoba (manželka, opatrovatelka). Tiež nebude naplnený, ak existujú objektívne dôvody brániace neopomenuteľnému dedičovi v poskytnutí pomoci, napr. poručiteľ odmietol pomoc, alebo mu v tom bránia spolužijúce osoby v domácnosti s poručiteľom alebo dedič býva v zahraničí alebo je sám chorý, prípadne má súčasne povinnosť starať sa o svoje maloleté deti.²³ Osobitným kontroverzným dôvodom bude skutočnosť, že neopomenuteľný dedič (potomok) nemá vedomosť o potrebe a odkázanosti poručiteľa. V takom prípade je namieste otázka, či nebude naplnený v poradí druhý dôvod vydedenia a to, že neprejavuje skutočný záujem. Pokiaľ by však išlo len o náhodnú neinformovanosť nemajúcu trvalý charakter, mohlo by ísť o okolnosť ospravedlňujúcu neposkytnutie pomoci poručiteľovi, pretože je síce obvyklé prejavovať záujem o svojich predkov, avšak môžu nastať okolnosti, v dôsledku ktorých je možné neinformovanosť tolerovať. Vždy bude záležať na konkrétnych okolnostiach prípadu pri posudzovaní otázky naplnenia všetkých určujúcich znakov tvoriacich túto skutkovú podstatu vydedenia. V zmysle súdnej praxe nemôže naplniť tento dôvod vydedenia iný závažný druh správania potomka voči poručiteľovi, než neposkytnutie potrebnej pomoci.²⁴

Zásadným pre uplatnenie tohoto dôvodu vydedenia bude to, že potomok objektívne mal možnosť poskytnúť pomoc ale tak neurobil, pričom poručiteľ bol odkázaný na pomoc.

Ad b)

V praxi asi najčastejším dôvodom vydedenia je presvedčenie poručiteľa o tom, že potomok trvalo neprejavuje opravdivý záujem, teda jeho správanie a postoj je v rozpore s dobrými mravmi a všeobecným očakávaním akceptovateľného záujmu o svojho rodiča. Charakteristickým znakom pre naplnenie tohto dôvodu je pasivita potomka, ktorá je v rozpore s dobrými mravmi. Trvalý opravdivý nezáujem vylučuje teda prípady, keď nezáujem bude prejavovaný len ojedinele. Aj keď zákon neuvádza potrebnú dĺžku doby, môžeme analogicky použiť ustanovenie § 102 ods. 1 písm. a) zákona č 36/2005 o rodine, kde je daná 6 mesačná lehota pre trvanie opravdivého nezáujmu voči dieťaťu, kedy je možné osvojiť dieťa aj bez súhlasu biologických rodičov. Neprejavovanie opravdivého záujmu sa môže však prejaviť aj nevhodnými prejavmi, akívnym správaním vo vzťahu k poručiteľovi, ktorý má trvalý charakter a prekračuje zásady spoločenskej slušnosti.²⁵ Môže ísť aj o hrubo urážlivé

²³ ŠEŠINA, M., MUZIKÁŘ, L., DOBIÁŠ, P. Dědické právo. Praktická příručka. Praha: Leges, 2019.- 120 s.- ISBN 978-80-7502-345-2.

²⁴ Rozsudok Krajského súdu v Košiciach sp. zn. 9 Co 558/2014.

²⁵ Rc 8/2008.

správanie.²⁶ Skutočnosti uvádzané poručiteľom v listine o vydedení, musia svedčať o existencii kvalifikovaného nezáujmu potomka o poručiteľa. Pri preukazovaní alebo vyvracaní naplnenia tejto skutkovej podstaty vydedenia napr. vo forme nevhodného správania, nie je možné vychádzať len z doslovného uvedenia konkrétnych urážok uvedených v listine o vydedení alebo z toho, či ich potomok vyslovil tak, ako to uviedol poručiteľ. Určujúci je charakter správania rozporný s dobrými mravmi v intenzite potrebnej pre naplnenie tohto dôvodu vydedenia.

Aj pri tomto dôvode vydedenia je potrebné skúmať vzájomný vzťah poručiteľa a potomka. Najmä či nezáujem nie je obojstranný alebo postoj vytvorený v dôsledku nezáujmu poručiteľa, či priamo vyvolaný správaním samotného poručiteľa vo vzťahu k svojmu potomkovi.²⁷ V takom prípade totiž bez ďalšieho nie je možné hovoriť o splnení predpokladov pre platné vydedenie z tohto dôvodu.

Ad c)

Pri dôvode vydedenia potomka podľa § 469a ods. 1 písm. c) OZ je potrebné, aby existoval právoplatný odsudzujúci rozsudok za úmyselný trestný čin, ktorým môže byť aj prečin²⁸ potomka; a bol mu uložený trest odňatia slobody v trvaní najmenej 1 roka, a to už v čase spisania listiny o vydedení. Pokiaľ by bol potomkovi za trestný čin uložený iný trest, ako to vyžaduje zákon alebo by šlo o nedbanlivostný trestný čin, nebol by tento dôvod naplnený. Zo zákona pri tomto dôvode vydedenia nie je možné vyvodiť, že sa musí jednať o uloženie nepodmienečného trestu. Rovnako je irelevantné, či bol trest už vykonaný, zahladený alebo nie. Vzhľadom na charakter tohto dôvodu je preukazovanie existencie tohto dôvodu pomerne jednoduché. Domnievam sa, že tento dôvod bude naplnený aj v prípade cudzokrajného rozsudku za úmyselný trestný čin, ak ten istý trestný čin je aj u nás trestný a náš právny poriadok umožňuje uložiť druh trestu (odňatie slobody). Problém by však mohol nastať, ak by následne v dôsledku využitia mimoriadnych opravných prostriedkov (dovolenie, obnova konania) bol potomok oslobodený. Ak v čase spisania listiny o vydedení síce existoval dôvod na vydedenie, ale vydedený napadol listinu o vydedení a preukázal, že tento dôvod odpadol, malo by sa na dediča hľadiť tak, ako keby dôvod vydedenia neexistoval od počiatku. Podľa nášho názoru by bolo potrebné teda konštatovať neexistenciu dôvodu vydedenia a tým aj neplatnosť vydedenia. Od platnosti nového OZ ČR je v Českej republike tento dôvod ex lege zúžený na okruh trestných činov spáchaných za okolností svedčiacich o zvrhlej povahe potomka.²⁹ Zmyslom tejto zmeny je vylúčiť prípady, kedy sú spáchané trestné činy pre rodinné väzby celkom bezvýznamné a môžu tak slúžiť pre poručiteľa len ako zámienka.

Ad d)

Dôvodnosť tohto dôvodu vydedenia bude daná, ak potomok dlhodobo vedie neusporiadaný život, teda nežije riadnym spôsobom. V prvom rade musí ísť o trvalý stav, nie prechodného charakteru. Za neusporiadaný spôsob života možno považovať taký, ktorý vykazuje odchýlku od normálu a je nežiadúci, pretože spravidla ohrozuje potomka samotného alebo jeho blízke osoby, najmä však rodinu.²⁹ Možno tu zaradiť alkoholizmus, užívanie drog, hazardné hranie (gambling), zadlžovanie a neplatenie dlhov, úmyselnú nezamestnanosť, tuláctvo, márnotravnosť, zanedbávanie rodiny. Všetky spomenuté prejavy neusporiadaného života majú spoločnú črtu - obavu, že potomok v dôsledku svojho neusporiadaného života dedičstvo nezachová pre svojich potomkov. Márnotravnosť a zadlženosť spojená s touto obavou

²⁶ FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi, II. preprac. doplnené vydanie, Bratislava: Právnická jednota, 1935.- 516 s.

²⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu ČR sp. zn. 21Cdo 3772/2007.

²⁸ pozri § 10 ods. 1 písm. b) zákona č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov.

²⁹ pozri § 1646 ods.1 písm. c) OZ ČR.

²⁹ Rozsudok Najvyššieho súdu SR, sp. zn. 1 Cdo 173/1996 z 1. novembra 1997.

predstavuje osobitný dôvod vydedenia v ČR (pozri § 1647 OZ ČR) za podmienky, že povinný podiel svojho potomka poručiťel prenechá/odkáže jeho deťom, prípadne ich potomkom.

4. PROCESNOPRÁVNA OCHRANA VYDEDENÉHO POTOMKA

Pri skúmaní platnosti listiny o vydedení a tým aj vydedenia potomka v rámci konania o dedičstve notár ako súdny komisár postupuje podľa zákona č. 161/2015 Z. z. Civilný mimosporový poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len "CMP"). Ex offio skúma platnosť listiny o vydedení, či sú splnené všetky náležitosti požadované pre právny úkon. Predovšetkým skúma, či sú dostatočne identifikované osoby (ktorá úkon urobila, koho sa týka, osoby svedkov), miesto, dátum, uvedenie dôvodu vydedenia, dodržanie písomnej formy, či je predpísaný počet svedkov, podpisy, určitosť a pod. Pokiaľ notár zistí že ide o neplatný respektíve vadný právny úkon nespĺňajúci zákonné kritéria, notár v dedičskom konaní neprihliada na vadnú listinu o vydedení. Sám však notár nemôže právoplatne rozhodnúť o neplatnosti listiny o vydedení s výnimkou prípadov absolútnej neplatnosti. Dedičia, opomenutý dedič alebo vydedený potomok aj napriek záveru notára o neplatnosti listiny o vydedení, môžu vyvolať spor o dedičské právo, a to najmä v priebehu konania o dedičstve. Aj po právoplatnom ukončení konania o dedičstve sa môže vydedený domáhať ochrany, a to na základe ustanovenia § 485 OZ. V prípade právoplatného ukončenia konania o dedičstve je potrebné mať na zreteli, že táto ochrana dediča, sa výnimočne môže vzťahovať aj na vydedeného (ktorý nemohol bez vlastnej viny napadnúť dôvody vydedenia v konaní o dedičstvo) vyplývajúca z neplatnej listiny o vydedení podlieha premlčaniu. V prípade, že konanie o dedičstve už bolo prejednané a právoplatne ukončené, procesná ochrana dediča umožňuje vydedenému, ktorý namieta neplatnosť listiny o vydedení, podať žalobu na vydanie dedičstva (*hereditas petitio*). Od žaloby na vydanie veci (*reivindikačnej*) sa táto žaloba líši tým, že sa týka vydania vecí prejednaných v dedičskom konaní. V opačnom prípade, teda ak listina o vydedení bola posúdená v dedičskom konaní ako neplatný právny úkon, môžu ostatní dedičia podať rovnako žalobu na vydanie dedičstva proti neopomenuteľnému dedičovi, ktorý mal byť vydedený. Premlčacia doba je trojročná a začína plynúť od právoplatnosti rozhodnutia, ktorým sa konanie o dedičstve skončilo. Žaloba o vydanie dedičstva sa líši od *reivindikačnej* žaloby tým, *hereditas petitio* je obmedzená už uvedenou trojročnou premlčacou dobou, pokiaľ vlastnícka žaloba sa nepremlčuje. Zároveň sa líši aj tým, že žaloba o vydanie veci smeruje voči konkrétnej veci a voči tomu, kto ju u seba má neoprávnene, kým pri žalobe o vydanie dedičstva pôjde o vydanie majetkových práv, ktoré dedič mal nadobudnúť z dedičstva.

Spor o dedičské právo v pravom zmysle slova prebieha v rámci konania o dedičstvo, pričom nemá charakter sporu v zmysle Civilného sporového poriadku ako spor o určenie práva podľa § 137 písm. c) zákona č. 160/2015 Z. z. Civilný sporový poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len "CSP"). Riadi sa ustanoveniami § 192 a nasl. CMP, pričom rozlišuje dva druhy sporov podľa toho, či ide o spor závislý na právnom posúdení skutočností, ktoré nie sú medzi účastníkmi - dedičmi sporné, alebo je tento spor o dedičské právo závislý na skutkovom posúdení veci.

V prvom prípade notár ako súdny komisár posúdi, aký právny predpis a ktoré ustanovenia právneho predpisu aplikovať na konkrétnu nespornú skutkovú situáciu pri posudzovaní platnosti listiny o vydedení, prípade ako interpretovať aplikovaný právny predpis. O takýto spor o dedičské právo závislé na právnom posúdení veci a v konečnom dôsledku aj o účinku listiny o vydedení pôjde napríklad vtedy, ak je listina o vydedení z formálnoprávneho hľadiska platná, avšak po jej spísaní je spísaný platný závet, ktorý priznáva vydedenému podiel na dedičstve. Ďalším možným sporom závislým na právnom posúdení je situácia, že okrem listiny o vydedení existujú aj dôvody svedčiace o nespôsobilosti vydedeného dediča,

prípadne konkurencia závetov a pod. Po ustálení právneho posúdenia veci notár rozhodne, či bude pokračovať v konaní s dedičom, ktorý bol listinou vydedený alebo nie. V prípade, že notár listinu o vydedení považuje za platnú, uznesením rozhodne, že s vydedeným konať ako účastníkom konania o dedičstve už ďalej nebude, čím jeho účasť v dedičskom konaní ukončí. Vydedený je proti uzneseniu súdneho komisára oprávnený podať opravný prostriedok odvolanie, o ktorom rozhodne príslušný súd. Rozhodnutie notára, potvrdené odvolacím súdom, že s ním nebude pokračovať v dedičskom konaní neznamena, že vydedený stráca svoje dedičské právo.

V praxi častejším prípadom sporov spojených s ne/platnosťou listiny o vydedení budú spory závislé na skutkovom posúdení veci. To znamená, že medzi dedičmi a vydedeným existujú sporné skutočnosti, z ktorých jedna strana vyvodzuje platnosť listiny o vydedení, pričom vydedený namieta skutočnosti, z ktorých vyvodzuje neplatnosť listiny o vydedení. Dôkazné bremeno znáša vydedený potomok, ktorý musí preukázať, že dôvody uvedené v listine o vydedení neboli splnené. Tento spor bude prebiehať počas konania o dedičstve podľa §194 CMP potom, čo notár ako súdny komisár identifikoval spornú skutočnosť a pokúsil sa dosiahnuť zmier, avšak neúspešne. Notár v zmysle označeného ustanovenia CMP uznesením odkáže účastníka konania o dedičstvo, ktorého tvrdenia vyhodnotil ako menej pravdepodobné, na podanie žaloby v určenej lehote (sudcovská lehota). Odkázaný účastník musí starostlivo identifikovať právne relevantnú spornú skutočnosť a vymedziť podľa možnosti skutkovú otázku (spravidla uvedenú v uznesení notára) tak, aby navrhovaný petit bol prípustný a zároveň vykonateľný. Inak sa vystavuje riziku zamietnutia návrhu. Nie sú prípustné otázky týkajúce sa osobného statusu, napríklad že osoba xy nie je manželom osoby xz, ďalej skutkové otázky, o ktorých už bolo rozhodnuté v inom súdnom alebo správnom konaní a ktoré sú pre súd v konaní o dedičstve záväzné. V predmetnom konaní sa väčšinou budú riešiť najmä sporné skutkové otázky, ktoré majú vplyv na existenciu, či platnosť listiny o vydedení. Vzhľadom k tomu, že ide o nútené spoločenstvo podľa § 78 CSP, je potrebné v žalobe za účastníkov konania označiť všetkých účastníkov konania o dedičstvo, či to už na strane žalobcov, ale zväčša na strane žalovaných, keďže návrh smeruje k určení skutočnosti, ktorá je v ich neprospech. Typickou bude žaloba, ktorou sa vydedený snaží určiť spornú skutočnosť svedčiacu o neplatnosti listiny o vydedení, pričom za pasívne legitimovaných označí ostatných účastníkov konania o dedičstve (závetných dedičov aj ostatných zákonných dedičov). Na základe právoplatného rozhodnutia o skutkovej otázke potom notár pokračuje v dedičskom konaní s dedičmi.

5. ZÁVER

Na základe štúdia tohto právneho inštitútu autor považuje právnu úpravu vzťahujúcu sa naň za dostačujúcu. Súdna prax dostatočne a relatívne stabilne rieši problematické situácie, ku ktorým v rámci aplikačnej praxe dochádza. Pokiaľ ide o dôvod vydenia podľa § 469a ods. 1 písm c) OZ autor považuje českú právnu úpravu, ktorá zužuje okruh trestných činov vydedeného za vhodnejšiu (pozri § 1646 ods. 1 písm. c) OZ ČR). Dôvodom pre takýto záver je skutočnosť, že OZ ČR neurčuje, že musí ísť o úmyselný trestný čin, teda môže ísť aj o nedbanlivostný trestný čin, ale akcent kladie na okolnosti, za ktorých bol spáchaný, teda na konanie potomka, ktoré svedčí o jeho zvrhlej povahe. Hoci ide o doposiaľ judikatúrou nevykryštalizovaný pojem, z hľadiska čo možno považovať za zvrhlé, je podľa nášho názoru charakteristika trestného činu náležitejšia, pretože ide o konanie potomka, ktoré má bližšie prepojenie alebo vzťah k jeho rodinným vzťahom. V zmysle OZ nie je rozhodujúce, či úmyselný trestný čin potomka mal potenciál nepriaznivo ovplyvniť alebo mať dopad na rodinné vzťahy. Môže totiž ísť o úmyselný trestný čin, ktorý nemá súvis respektíve vplyv na funkcie rodiny. Naopak niektoré trestné činy upravené zákonom č. 300/2005 Z. z. Trestný

zákon v znení neskorších predpisov (ďalej len "TZ") ako napr. ohrozovanie pohlavnou chorobou (§ 167 TZ), neposkytnutie pomoci (§ 177 TZ), ohrozovanie mravnej výchovy mládeže (§ 211 TZ) a pod., možno spáchať aj z nedbanlivosti, teda nie sú koncipované ako nevyhnutne úmyselné trestné činy, pričom ich vo všeobecnosti možno považovať za amorálne a okolnosti za ktorých ho potomok spáchal môžu svedčiť o jeho zvrhlej povahe. Naopak podrobnejšiu úpravu týkajúcu sa vydedenia v OZ ČR považujeme za nie celkom šťastnú a potrebnú. Napríklad podľa § 1648 OZ ČR je možné preukazovať existenciu dôvodu vydedenia aj bez toho, aby poručiteľ kvalifikovane vyslovil vôľu vydediť. Pri tejto možnosti dosiahnuť vydedenie totiž absentuje náležitosť listiny o vydedení a to uvedenie konkrétneho zákonného dôvodu vydedenia, existuje len prejav vôle poručiteľa vydediť potomka, čo by za súčasnej právnej úpravy v SR viedlo k neplatnosti listiny o vydedení. Prevzatie právnej úpravy § 1648 OZ ČR do slovenského právneho poriadku by podľa nášho názoru mohlo viesť k zhoršeniu rodinných vzťahov "nachádzaním" dôvodov vydedenia iným potomkom poručiteľa, respektíve iným do úvahy prichádzajúcim dedičom, čo by zároveň nežiadúcim spôsobom mohlo viesť k zaťaženiu súdneho systému. Takisto považujeme špeciálny režim pri úprave osobitného dôvodu vydedenia pre márnوترatnosť (§ 1647 OZ ČR) za nadbytočný, keďže označený dôvod v princípe spadá pod dôvod vydedenia – potomok trvalo vedie neusporiadaný život podľa § 469a ods. 1 písm. d) OZ, respektíve v ČR podľa § 1646 ods. 1 písm. d) OZ ČR.

V nadväznosti na uvedené ako úvahu *de lege ferenda* považujeme za vhodné prekvalifikovať dôvod uvedený v ustanovení § 469a ods. 1 písm. c) OZ a nahradiť pôvodné znenie, novým znením: "spáchal trestný čin za okolností svedčiacich o jeho zvrhlej povahe". Zakotvením takto preformulovaného dôvodu vydedenia by už nemuselo ísť o úmyselný trestný čin, poručiteľ by nemusel na uplatnenie tohto dôvodu vydedenia v listine čakať na právoplatnosť odsudzujúceho rozsudku, a mohol by byť uložený aj iný trest než doposiaľ zákonom doposiaľ vyžadovaný kvalifikovaný trest odňatia slobody v trvaní jedného roka. Ako už bolo uvedené z pohľadu podstaty a zmyslu tohto dôvodu vydedenia je podľa nášho názoru významná skutočnosť, že konanie potomka je trestné (súd po spáchaní tohto činu rozhodne, že tento trestný čin spáchal potomok poručiteľa) a možnosť, že ho poručiteľ môže uplatniť priamo po jeho spáchaní aj bez existencie právoplatného rozsudku (trestné konania sú relatívne zdlhavé a poručiteľ sa nemusí dožiť právoplatného odsudzujúceho rozsudku). V prípade, že by po spáchaní trestného činu bol potomok rozsudkom oslobodený, prípadne by došlo k zastaveniu trestného stíhania, potomok by bol chránený, pretože tento dôvod by už nebol naplnený. Nebolo by možné konštatovať, že potomok spáchal trestný čin a tým ani potvrdiť existenciu uvedeného dôvodu vydedenia. V prípade odsúdenia potomka za trestný čin rozsudkom, by boli podstatné okolnosti uvedené v odsudzujúcom rozsudku, za ktorých potomok trestný čin spáchal, z ktorých by bolo možné vyvodiť záver, že potomok je zvrhlej povahy a preto konštatovať existenciu toho uplatneného dôvodu vydedenia.

Za inšpiratívne a v konečnom dôsledku aj vhodné považujem prevzatie § 1528 OZ ČR do slovenského právneho poriadku, ktorým by sa zaviedla povinnosť osôb, ktorých spôsobilosť bola obmedzená, napísať listinu o vydedení/závet len vo forme notárskej zápisnice pod hrozbou neplatnosti takejto listiny o vydedení alebo závetu. Tým by sa predišlo prípadným sporom vyplývajúcim z právne významnej otázky, či obmedzenie spôsobilosti poručiteľa na právne úkony mohlo mať vplyv na platnosť listiny o vydedení/závetu.

Považujem za právnu vedou nedostatočne zdôvodnenú a opodstatnenú možnosť vzťahovať dôsledky vydedenia aj na potomkov vydedeného výslovným určením v listine o vydedení (§ 469a ods. 2 OZ), hoci neexistujú alebo nie sú uvedené samostatné dôvody aj na vydedenie týchto potomkov, čím dochádza k narušeniu práva reprezentácie bez primeraných dôvodov. V tomto smere je taktiež inšpirujúca právna úprava OZ ČR, ktorá právo reprezentácie v prípade vydedenia potomka rozlišuje, či došlo k smrti vydedeného skôr ako k

smrti samotného poručitele alebo nie (§ 1646 ods. 3 OZ ČR). Podľa názoru autora neobstojí ani takéto rozlišovanie zachovania práva reprezentácie v závislosti od uvedeného kritéria. Ako argument pre takéto rozlišovania slúži názor, že poručiteľ ktorý zomrel skôr ako vydedený potomok, pri zachovaní práva reprezentácie, spravuje jeho uvoľnený dedičský podiel, ktorý prešiel na jeho potomkov, ako zákonný zástupca svojich maloletých potomkov. Je potrebné mať na pamäti, že spravovanie a tým aj disponovanie s majetkom malolého nad rámec bežného nakladania podlieha schváleniu súdom (§ 28 OZ, § 119 CMP), inak sú takéto právne úkony neplatné. Podľa nášho názoru právo reprezentácie uvoľneného dedičského podielu by malo byť zachované bez ohľadu na to, či poručiteľ prežil vydedeného potomka, alebo nie, ale malo by byť závislé od toho, či na vydedenie potomkov vydedeného existujú samostatné dôvody vydedenia a tým aj dôvod neuplatnenia práva reprezentácie.

Inštitút vydedenia je realizovaný prostredníctvom listiny o vydedení. Predstavuje právny nástroj poručiteľa, využitím ktorého poručiteľ vylúči svojho potomka z dedenia. Platnosť tohto právneho úkonu poručiteľa závisí od splnenia prísnych formálnych ako aj materiálnych podmienok. K posudzovaniu platnosti listiny o vydedení dochádza spravidla až po smrti poručiteľa, preto je podstatné, aby poručiteľ pre platnosť tohto právneho úkonu splnil nielen formálne náležitosti požadované zákonom, ale aj náležite označil zákonný dôvod vydedenia a výslovne konkretizoval správanie potomka, ktoré naplňa ten ktorý poručiteľom označený dôvod vydedenia tak, aby v prípade napadnutia platnosti listiny o vydedení táto obstála. Vzhľadom na pestrosť života je zrejme, že sa nedá poskytnúť ucelený a vyčerpávajúci prehľad o všetkých možných situáciách a okolnostiach, ktoré v konečnom dôsledku vyústia do neplatnosti vydedenia. Preto je žiadúce, aby tento právny úkon poručiteľa bol realizovaný s pomocou advokáta, notára, respektíve osoby, ktorá disponuje aspoň elementárnymi poznatkami o platnom práve. Prípad kedy potenciálny dedič nebude dediť je uvedený aj v § 469 OZ. Následky dedičskej nespôsobilosti a vydedenia sú rovnaké v tom, že dedič nebude dediť. Kým vydedenie platí len pre neopomenuteľného dediča – potomka, dedičská nespôsobilosť sa vzťahuje na ktoréhokoľvek dediča. Zároveň dedičská nespôsobilosť nastupuje ex lege, vydedenie len na základe jednostranného právneho úkonu poručiteľa.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

Vydedenie, listina o vydedení a posudzovanie jej platnosti, procesná ochrana vydedeného potomka

KEY WORDS

exheredation, deed of disinheritance and consideration of its validity procedural means of disinherited descendant

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. CIRÁK, J. a kol.: Dedičské právo. Šamorín: Heuréka, 2009. ISBN 978-80-89122-55-4.
2. ČEČOTOVÁ, V.: Dobré mravy s Slovenskom súkromnom práve, Bratislava: Epos, 2005, 224 s., ISBN 80-8057-638-6.
3. FAJNOR, V., ZÁTURECKÝ, A. Nástin súkromného práva platného na Slovensku a Podkarpatskej Rusi, II. preparc. doplnené vydanie, Bratislava: Heuréka, 1998, 608 s., ISBN: 978-80-9676-534-8.
4. FIALA, R.: Přehled judikatury ve věcech dědických.- Praha: ASPI, 2006.- 496 s.- (Přehledy judikatury).- ISBN 80-7357-182-X.- Sig. D08-8 (01287); D08-8a (02515); D08-8b (02516); D08-8c (02607).

5. HOLUB, M. a kol : Občanský zákoník, Komentár I. zväzok, Praha: Linde Praha, a. s., 2006, 872 s., ISBN: 80-7201-602-4.
6. HORVÁTH, E.: Judikatura vo veciach dedičského práva, Bratislava: Wolters Kluwer s.r.o., 2014, 350 s., ISBN: 978-80-8168-023-6.
7. KLEŇOVÁ, V.: K niektorým otázkam vydedenia.- In: Justičná revue.- ISSN 1335-6461.- Roč. 65, č. 11 (2013), s. 1419-1431.
8. KRAJČO, J.: Konanie o dedičstve, Bratislava: Eurounion, 2016, 608 s., ISBN: 978-80-89374-36-6.
9. KUPKA, L.: Dedičské právo hmotné II – doplnené a prepracované vydanie.- Bratislava: EUROUNION, 2016, 400 s., ISBN 978-80-89374-37-3
10. KOVÁCS, K.: Inštitút vydedenia. Pohľad do histórie, súčasná právna úprava a možný vývoj v budúcnosti.- In: Ars notaria.- ISSN 1335-2229.- Roč. 19, č. 2 (2015), s. 4-10
11. LAZAR, J. a kol.: Občianske právo hmotné I. zväzok, Bratislava: IURIS LIBRIS, 2018, 698 s., ISBN: 978-80-89635-35-1
12. SALAČ, J. Rozpor s dobrými mravmi a jeho následky v civilním právu, . Praha: C. H. BECK, 2000, 240 s., ISBN: 80-7179-349-3
13. SMYČKOVÁ, R., ŠTEVČEK, M., TOMAŠOVIČ, M., KOTRECOVÁ A. a kol.: Civilný mimosporový poriadok. Komentár, Bratislava: C. H. BECK, 2017, 1112 s., ISBN: 978-80-89603-54-1.
14. ŠEŠINA, M., MUZIKÁŘ, L., DOBIÁŠ, P. Dědické právo. Praktická příručka. Praha: Leges, 2019, 896 s., ISBN: 978-80-7502-345-2.
15. ŠTEVČEK, M., FICOVÁ, S., BARICOVÁ, J., MESIARKINOVÁ, S., BAJÁNKOVÁ, J., TOMAŠOVIČ, M. a kol.: Civilný sporový poriadok. Komentár. Praha: C. H. BECK, 2016, 1544 s., ISBN: 978-80-7400-629-6.
16. VALOVÁ K.– HAMARA, J.: Dedičské konanie po novom.- In: Ars notaria.- ISSN 1335-2229.- Roč. 19, č. 1 (2015), s. 12-17.
17. VOJČÍK, P. a kol.: Občianske právo hmotné. 2. vyd. Plzeň: Aleš Čeněk, 2018, 387 s. ISBN: 978-80-7380-719-1.
18. VOJČÍK, P. a kol. Občiansky zákonník. Stručný komentár. Tretie vydanie. IURA EDITION, spol. s r. o. Bratislava. 2010, 1282 s., ISBN 978-80-8078-368-6.
19. VRCHA, P.: Civilní judikatura, výběr aktuálních rozhodnutí Nejvyššího soudu a Ústavního soudu České republiky, Praha: Linde Praha, a. s., 2005, 1295 s., ISBN: 80-7201-542-7.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Jozef Kirst

Poradca sudcu Ústavného súdu SR

Kancelária Ústavného súdu SR,

Hlavná 110, 040 01 Košice, Slovenská republika

E-mail: jozef.kirst@student.upjs.sk

Telefón: + 421 55 720 72 36

SUDCOVSKÁ KONCENTRÁCIA KONANIA VO SVETLE BUDOVANIA SKUTKOVÉHO ZÁKLADU SÚDNEHO ROZHODNUTIA V CIVILNOM SPOROVOM KONANÍ

JUDICIAL CONCENTRATION OF PROCEEDINGS IN THE LIGHT OF THE SETTLEMENT OF FACTS BASIS OF ADJUDGMENT IN CIVIL DISPUTE PROCEEDINGS

Viktória Kol'vecková¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-03>

ABSTRAKT

Koncepcia silného sudcu v aktuálnom poňatí civilného sporového konania, ktorá korešponduje s princípom arbitrárneho poriadku podľa čl. 10 Civilného sporového poriadku, dáva súdu možnosť „režimovať“ priebeh súdneho konania, a to najmä záväznými pokynmi pre sporové strany, ako aj určovaním lehôt na ich realizáciu. Tento aspekt sporového procesu kladie veľký dôraz na procesnú diligenciu sporových strán, ktoré sú v prevažnej miere zodpovedné za výsledok sporu. Sudcovská koncentrácia konania umožňuje súdu sankcionovať neekonomické správanie sa strán v prípade, že prostriedky procesného útoku a procesnej obrany uplatnia oneskorene.

ABSTRACT

The concept of a strong judge in the current concept of civil litigation, which corresponds to the principle of homogeneity of the civil proceedings under Article 10 of The code of the civil contentious proceedings, gives the court the opportunity to "direct" the course of the court proceedings, in particular by binding instructions to the parties to the dispute, as well as by setting deadlines for their implementation. This aspect of the dispute process places importance on the procedural diligence of the parties, who are responsible for the result of the dispute. Judicial concentration of proceedings enables the court to sanction the uneconomical conduct of the parties in case they apply the means of procedural attack and procedural defense late.

I. ÚVOD

Želaným výsledkom civilného sporového konania je meritórne rozhodnutie, ktoré autoritativným spôsobom upraví práva a povinnosti sporových strán, poskytne odpoveď na žalobný návrh žalobcu, čím v konečnom dôsledku poskytne ochranu právam a právom chráneným záujmom, ktoré sú predmetom sporu. Predpokladom meritórneho ukončenia sporového konania je vybudovanie skutkového a právneho základu konečného rozhodnutia. Štandardne tento tzv. dvojzáklad súdneho rozhodnutia získava súd v štádiu dokazovania a subsumovania zistených skutočností pod zodpovedajúcu právnu normu, a následne ho pretaví do výroku a odôvodnenia rozhodnutia, na ktoré legislatíva kladie vysoké kvalitatívne požiadavky. Osobitným spôsobom buduje súd skutkový základ pri vydávaní skrátených rozhodnutí v skrátených konaniach podľa prvej hlavy tretej časti Civilného sporového poriadku

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

(ďalej aj „CSP“).² K základným kvalitatívnym požiadavkám súdneho rozhodnutia patrí spoľahlivé zistenie skutkového stavu veci, materiálna vykonateľnosť, odôvodnenie, ktoré má byť dostatočne presvedčivé, pričom výsledok rozhodovania nemá byť prekvapivý a v prípade odklonu od dovtedajšej rozhodovacej činnosti je potrebné takýto odklon dostatočne odôvodniť. Zároveň sú však všetky tieto atribúty spájané s požiadavkou na rýchlosť získania konečného súdneho rozhodnutia. Zjednodušene možno uzavrieť, že účelom civilného sporového konania má byť poskytnutie takzvanej „rýchlej spravodlivosti“, ktorej dosiahnutie podporuje okrem iného aj inštitút sudcovskej koncentrácie konania. Úlohou sudcu v spore je nájsť uspokojivý kompromis medzi požiadavkou na rýchle rozhodnutie, ktoré bude zároveň čo najviac zodpovedať realite (s ohľadom na vynaloženú procesnú aktivitu strán). V tejto súvislosti poznamenáva Lavický, že vydanie vecne uspokojivého meritórneho rozhodnutia nie je jediným znakom dobre upraveného konania. Súdne konanie plní riadne svoju funkciu len v prípade, že vec je prejednaná v primeranej lehote.³ Právo na prejednanie veci bez zbytočných prieťahov je ústavným právom každého, pričom rýchlosť a efektívnosť každého civilného procesu závisí predovšetkým od konkrétnej veci predloženej súdu na prejednanie a rozhodnutie, na ktoré má zásadný vplyv spravidla zložitosť veci, kvalitatívna úroveň relevantnej právnej úpravy, ako aj úroveň procesnej disciplíny účastníkov konania.⁴

Odôvodnenie rozhodnutia predstavuje logicky usporiadané vyjadrenie myšlienkových pochodov, ktorými sa súd spravoval pri rozhodovaní veci, a ktoré sú podložené normami relevantných právnych predpisov, prípadne odkazom na judikatúru súdov. Požiadavka na presvedčivé a logicky konzistentné rozhodnutie je podstatnou aj s ohľadom na preskúmateľnosť rozhodnutia. Možno konštatovať, že právne posúdenie nadväzuje na skôr získaný skutkový stav veci, ktorý v konkrétnom prípade nemusí korešpondovať so skutočným stavom, čo je dané charakterom sporového konania. Usudzujúc zo základných princípov sporového konania, akými sú dispozičný princíp, princíp prejednávaci, koncentračný princíp, princíp arbitrárneho poriadku, formálnej pravdy, princíp procesnej ekonómie a pod., je potrebné uviesť, že v sporovom konaní nie je snahou (a ani úlohou) súdu zisťovať skutočnú pravdu. Zodpovednosť za výsledok sporu je na pleciach sporových strán, ktoré majú v spore preukázať vysokú mieru procesnej aktivity a svoje skutkové tvrdenia dokázať. Medzi posudzované kritéria procesnej aktivity strán sporu patrí najmä časové kritérium, a to včasnosť, ktorú posudzuje podľa vlastnej úvahy súd v súlade s princípom arbitrárneho poriadku. Cieľom prezentovaného príspevku je poukázať na sudcovskú koncentráciu konania, pričom zámerom je zhodnotiť aktuálne nastavenie tohto inštitútu v spore, ako aj zodpovedať otázku, či existuje v aktuálnom ponímaní sporového konania priestor pre zavedenie obligatórnej sudcovskej koncentrácie konania na návrh sporovej strany. Predmetom príspevku je úvaha nad možnosťou sprísnenia právnej úpravy sudcovskej koncentrácie konania *de lege ferendae* tak, že ak to strana navrhne, súd bude mať povinnosť jej návrhu vyhovieť a uplatniť koncentráciu (teda neprihliadať na oneskorene uplatnené prostriedky procesnej obrany a útoku) bez ohľadu na okolnosti konkrétneho prípadu. Pri našich úvahách vychádzame z porovnania dvoch sankčných inštitútov sporového konania, a to sudcovskej koncentrácie konania a kontumačných rozsudkov. Sekundárnym cieľom príspevku je formulovanie záverov k nastolenej hypotéze, do akej miery sudcovská koncentrácia konania efektívne prispieva k naplneniu požiadavky dosahovania „rýchlej spravodlivosti“ v sporovom konaní.

Príspevok pojednáva o sudcovskej koncentrácii konania v „štandardnom“ spore. Civilný sporový poriadok totiž z tohto pravidla upravuje výnimky, a to v sporoch s ochranou slabšej

² K tomu pozri: MOLNÁR, P.: *Skutkový základ súdneho rozhodnutia v skrátených konaniach a pri skrátených rozhodnutiach*. In: *Košické dni súkromného práva II. Recenzovaný zborník vedeckých prác*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018, s. 667- 674.

³ LAVICKÝ, P. a kol.: *Moderní civilní proces*. Brno: Masarykova univerzita, 2017. s. 104.

⁴ MAZÁK, J. - Jánošíková, M.: *Učebnica občianskeho procesného práva I*. Bratislava: IURIS LIBRI, 2012. s. 34.

strany, ktorých podstatou je favorizácia slabšej sporovej strany priznaním určitých zvýhodnení (napr. vylúčenie použitia sudcovskej koncentrácie konania), ktoré by strane bez tohto slabšieho postavenia nepatrili.⁵

II. UPLATŇOVANIE PROSTRIEDKOV PROCESNEJ OBRANY A PROCESNÉHO ÚTOKU V SPORE

Pre pochopenie sudcovskej koncentrácie konania je nevyhnutné definovať, na ktoré procesné úkony strán sporu sa táto procesná preklúzia práva vzťahuje. Prejednací princíp, ktorý je ťažiskovým princípom v sporovom procese, znamená, že súd (až na výnimky) buduje skutkový základ konečného rozhodnutia vo veci z úkonov, ktoré plynú z procesnej aktivity strán sporu. Limitom uplatňovania prejednacieho princípu je koncentrácia konania, a to jednak zákonná, ktorá v praxi nespôsobuje problémy, nakoľko sa aktivuje vyhlásením uznesenia o skončení dokazovania, budovanie skutkového základu meritórneho rozhodnutia je však limitované najmä z pohľadu uplatňovania sudcovskej koncentrácie konania, kedy procesné úkony strán sporu je nevyhnutné realizovať čo najskôr, nakoľko ponechávanie si dôležitých skutkových tvrdení a dôkazných návrhov na neskoršie štádium konania môže v konečnom dôsledku súd diskvalifikovať neprihliadaním na ne. Sudcovskej koncentrácii konania však podliehajú len prostriedky procesnej obrany a prostriedky procesného útoku. Zo subjektívneho hľadiska sa za prostriedky procesného útoku považujú úkony žalobcu, kým prostriedkami procesnej obrany sú úkony žalovaného, a to bez ohľadu na to, či ide o písomné podanie alebo ústny prednes, prípadne ich časť. Ako vysvetľuje Tomašovič, ide o také procesné úkony strán sporu, ktoré vyžadujú ďalšiu aktivitu súdu pred meritórnym ukončením veci.⁶ Zjednodušene možno povedať, že v zmysle ust. § 149 CSP ide najmä o skutkové tvrdenia, popretie skutkových tvrdení, návrhy na vykonanie dôkazov, námietky k návrhom na vykonanie dôkazov a hmotnoprávne námietky.

III. SUDCOVSKÁ KONCENTRÁCIA KONANIA

1. Základné funkcie sudcovskej koncentrácie konania

Fundamentálnymi povinnosťami sporových strán v konaní sú povinnosť tvrdiť skutočnosti relevantné pre posúdenie prípadu a svedčiace v prospech tejto strany, a súčasne povinnosť strany pravdivosť týchto svojich tvrdení pred súdom dokázať zákonnými prostriedkami. Kritériom pri posudzovaní použiteľnosti uplatnených prostriedkov procesnej obrany a procesného útoku v sporovej veci zo strany súdu je ich relevantnosť pre prejednávajúcu vec, ako aj včasnosť ich uplatnenia, pričom z pohľadu prezentovaného príspevku je dôležitou včasnosť. Ide o časové kritérium, ktoré nie je dané objektívnou (exaktnou) časovou hranicou, ale je charakterizované tak, že tieto úkony nebolo možné uplatniť skôr a zároveň strana konala podľa úvahy súdu rýchlo a hospodárne.

Sudcovská koncentrácia konania predstavuje procesnú preklúziu práva; ide o vyjadrenie tzv. vhodnej koncentrácie, teda takej, ktorá je v zmysle normatívnej právnej úpravy v diskrečnej právomoci súdu. Dôležité je tiež uviesť, že raz uplatnená sudcovská koncentrácia konania zaväzuje súd. Účelom sudcovskej koncentrácie konania je spor zrýchliť, zefektívniť, zabrániť tomu, aby strany predkladali skutkové tvrdenia alebo návrhy na vykonanie dôkazov až na pojednávaní, čo by predlžovalo celkový proces z dôvodu potreby odročenia pojednávania. Uvedené potvrdzuje aj Najvyšší súd, keď v odôvodnení svojho rozhodnutia uvádza, že „*účelom sudcovskej koncentrácie konania bolo zabezpečiť rýchlosť a hospodárnosť súdneho konania a*

⁵ K tomu pozri KUŠNÍŘIKOVÁ, M.: *Osobitosti právnej úpravy sporov s ochranou slabšej strany oproti štandardnému priebehu civilného sporového procesu*. In.: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, roč. 7, 2019, č. 1, s. 97 – 107.

⁶ Pozri ŠTEVČEK, M. - FICOVÁ, S. - BARICOVÁ, J. - MESIARKINOVÁ, S. - BAJÁNKOVÁ, J. - TOMAŠOVIČ, M. a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. BECK, 2016, s. 564 a nasl.

zamedziť tak špekulatívnemu postupu strán (napr. v podobe oneskorene predkladaných vyjadrení obsahujúcich nové skutkové tvrdenia alebo nové návrhy na vykonanie dokazovania, ktoré bolo možné predložiť v skoršom štádiu konania) smerujúcemu k zbytočnému predlžovaniu konania (a k vzniku prieťahov v konaní), a zabezpečiť tak, aby poskytnutie súdnej ochrany bolo rýchle a účinné.“⁷

Ako sme načrtli vyššie, kritérium včasnosti je rozhodujúce pre súd pri uplatňovaní sudcovskej koncentrácie konania. Včasnosť uplatnenia prostriedkov procesnej obrany a útoku súd vyhodnocuje s ohľadom na okolnosti konkrétneho prípadu, pričom rýchlosť a hospodárnosť konania sú východiskovými bodmi, od ktorých súd odvodzuje svoje rozhodovanie o ich prípustnosti v konaní. Je teda na uvážení súdu, či oneskorený procesný úkon bude sankcionovať tým, že naň nebude prihliadať (nebude mať účinky v konaní), alebo ho bude akceptovať. O omeškanie pôjde najmä vtedy, ak ide o skutkové tvrdenia alebo dôkazné návrhy, ktoré strana mohla (a pre úspech v spore mala) predložiť už v skoršom štádiu.

Základný predpoklad pre pomýšľanie strany sporu na úspech v konaní je odvodzovaný od jej povinnosti tvrdiť skutočnosti dôležité pre rozhodnutie veci a zároveň od povinnosti substancovať relevantné tvrdenia, a to s prihliadnutím na princíp kontradiktórnosti konania. Máme za to, že zámerom zákonodarcu pri normovaní inštitútu sudcovskej koncentrácie konania bolo zabrániť prekvapivým postupom strán sporu, ktoré svoje tromfy „vyťahovali z rukáva“ kedykoľvek v priebehu konania. Právnou úpravou sudcovskej koncentrácie konania došlo do veľkej miery k narušeniu „taktizovania“ advokátov v sporoch.

Princíp sudcovskej koncentrácie konania spočíva v možnosti súdu neprihliadať na prostriedky procesného útoku a procesnej obrany strany, ak strana mohla tieto uplatniť už v skoršom štádiu konania, ak by konala s náležitou starostlivosťou. Základnou funkciou takto nastavenej sudcovskej koncentrácie konania je funkcia motivačná, ktorá má viesť sporové strany k hospodárnemu správaniu sa v spore, ktoré sa prejavuje včasným uplatňovaním prostriedkov procesnej obrany a procesného útoku. Predovšetkým sú strany povinné predložiť skutkové tvrdenia a návrhy na vykonanie dôkazov včas, a to pod hrozbou sankcie v podobe neprihliadania na oneskorene predložené. Sekundárnou funkciou sudcovskej koncentrácie konania je teda funkcia sankčná, ktorá spočíva v potrestaní sporovej strany za jej procesnú nedisciplinovanosť, ktorá môže v konečnom dôsledku viesť k strate sporu. Vo vzťahu k sporovým stranám tiež nemožno opomenúť funkciu preventívnu (výchovnú).

2. „Včasnosť“ ako kritérium sudcovskej koncentrácie konania

Východiskovým kritériom posudzovania účinnosti, či neúčinnosti prostriedkov procesnej obrany a procesného útoku strán v spore, a to či už v písomnej forme alebo v podobe ústneho prednesu, je pre súd včasnosť ich uplatnenia. Ide o časové hľadisko, ktoré súd posudzuje s ohľadom na princíp hospodárnosti konania. Spravidla súd neprizná účinky v konaní úkonom, ktoré strana urobila oneskorene a súčasne je splnená podmienka, že takýto úkon mohla urobiť už v skoršom procesnom úkone, ak by konala s náležitou starostlivosťou, rýchlo a hospodárne. Súčasne však včasnosť nemožno posudzovať izolovane, bez posúdenia okolností konkrétneho prípadu, ako aj bez prihliadnutia na ďalšie základné princípy sporového konania. Ako uvádza Krajský súd v Žiline, „*Odvolací súd považuje za potrebné poukázať na skutočnosť, že pokiaľ ide o včasnosť použitia prostriedkov procesného útoku a procesnej obrany a koncentráciu konania, aj v tomto smere musia výklad a aplikácia ustanovení upravujúcich tieto procesné inštitúty byť v súlade so základnými princípmi CSP, predovšetkým so zásadou spravodlivosti a princípom právnej istoty a rovnosti účastníkov. Každé strane tak musí byť umožnené reagovať na prostriedky útoku a obrany protistrany a prostriedky procesného útoku a obrany nemožno*

⁷ Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, č.k. 3Obdo/43/2018 zo dňa 26.2.2019.

*považovať za neuplatnené včas, ak sú reakciou na prostriedky procesného útoku a obrany protistrany. Nebolo v súlade so zákonným procesným postupom, keď súd prvej inštancie neprihliadol na vyjadrenie žalobkyne, ktorým reagovala na vyjadrenie žalovaného.*⁸

K včasnosti pre účely posudzovania aplikácie ustanovení o sudcovskej koncentrácii konania uvádza Krajský súd Košice, že „*nie je žiadateľné, aby strana sporu predkladala skutkové tvrdenia alebo dôkazné návrhy až na pojednávaní, čo by mohlo znamenať zmarenie účelu už nariadeného pojednávania a požiadavku na vytyčenie ďalšieho pojednávania. Ak neexistujú osobitné dôvody, v zásade platí, že predloženie skutkových tvrdení alebo dôkazných návrhov až na pojednávaní nie je včasné.*“⁹ Zjednodušene povedané, po vyčerpaní repliky a dupliky by strana v zásade nemala mať možnosť uvádzať nové skutočnosti a dôkazy pre existenciu režimu sudcovskej koncentracie¹⁰. Zároveň však krajský súd vo svojom rozhodnutí poukazuje na osobitný prípad zachovania včasnosti pri predkladaní skutkových tvrdení a dôkazných návrhov, a to procesný postup podľa ust. § 181 ods. 4 CSP¹¹. Nakoľko je možnosť priznania tejto dodatočnej lehoty nevyhnutne spojená s odročením pojednávania, a súčasne je jej výsledkom zvýhodnenie jednej zo sporových strán, súd individuálne posudzuje okolnosti konkrétneho prípadu pri vyhodnocovaní záveru o využití tohto ustanovenia.¹² Pre úplnosť sa žiada dodať, že trovy takto odročeného pojednávania znáša strana, ktorá odročenie zavinila, teda tá, ktorej súd týmto postupom vyšiel v ústrety.

K okolnostiam odôvodňujúcim priznanie účinkov aj oneskoreným úkonom strany sporu uvádza Tomašovič, že oneskorené predloženie prostriedkov procesného útoku a prostriedkov procesnej obrany môže súd ospravedlniť na základe objektívnych kritérií (napr. právna zložitost' sporu) alebo subjektívnych kritérií (napr. schopnosť účastníka rozpoznať potrebu tvrdiť určité skutočnosti).¹³ Striktnejšie bude potrebné posudzovať prípustnosť ospravedlnenia oneskorenia s procesnými úkonmi v prípade, ak je strana zastúpená advokátom.¹⁴

Každopádne, nie je možné generalizovať, že každý oneskorený prostriedok procesnej obrany alebo útoku je zrelý na neprihliadanie naň. Potvrdzuje to aj názor Krajského súdu v Trnave, a síce, že „*účelom sudcovskej koncentracie konania je zabrániť tomu, aby strany zdržiavali spor neskoro vykonanými procesnými úkonmi. Napr. nie je žiadateľné, aby strana sporu predkladala skutkové tvrdenia alebo dôkazné návrhy až na pojednávaní, čo by mohlo znamenať zmarenie účelu už nariadeného pojednávania a požiadavku na vytyčenie ďalšieho pojednávania. Nemožno však vylúčiť, že predloženie skutkového tvrdenia alebo dôkazného návrhu až na pojednávaní je v konkrétnom konaní dôvodné, napr. aj bezprostrednou reakciou na nové skutočnosti, ktoré vyplynuli z vykonaného dokazovania.*“¹⁵ Krajský súd v Prešove dopĺňa, že „*prostriedky procesného útoku a prostriedky procesnej obrany sú uplatnené včas aj vtedy, ak ich strana predložila ako reakciu na skutočnosti, o ktorých nevedela, ani ich nemohla predvídať a ktoré vyšli najavo až po tom, ako mala strana povinnosť označiť a predložiť skutočnosti a dôkazy*“¹⁶.

⁸ Uznesenie Krajského súdu Žilina č.k. 11Co/22/2020 zo dňa 31.3.2020, bod 40.

⁹ Uznesenie Krajského súdu Košice, č. k. 11Co/276/2019 zo dňa 24.8.2020.

¹⁰ Dôvodová správa k Civilnému sporovému poriadku.

¹¹ Podľa § 181 ods. 4 CSP platí, že *ak strana alebo jej zástupca nie sú schopní predniesť podstatné a rozhodujúce skutkové tvrdenia a označiť alebo predložiť dôkazy na ich preukázanie, súd im môže určiť lehotu na dodatočné splnenie tejto povinnosti. Po márnom uplynutí tejto lehoty nemusí súd na tieto skutkové tvrdenia a dôkazné návrhy prihliadať. Tým nie sú dotknuté ustanovenia § 153 a 154.*

¹² Uznesenie Krajského súdu Košice, č. k. 11Co/276/2019 zo dňa 24.8.2020.

¹³ ŠTEVČEK, M. - FICOVÁ, S. - BARICOVÁ, J. - MESIARKINOVÁ, S. - BAJÁNKOVÁ, J. - TOMAŠOVIČ, M. a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. BECK, 2016, s. 579.

¹⁴ K tomu pozri Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, č.k. 3Obdo/43/2018 zo dňa 26.2.2019.

¹⁵ Rozsudok Krajského súdu Trnava č. k. 23Co/138/2019 zo dňa 25.3.2020.

¹⁶ Rozsudok Krajského súdu Prešov, č. k. 4Co/111/2019 zo dňa 28.5.2020, bod 22.

V zmysle demonštratívneho výpočtu v normatívnej úprave ust. § 153 ods. 2 CSP súd na oneskorené procesné úkony nemusí prihliadnuť najmä vtedy, ak by to vyžadovalo nariadenie ďalšieho pojednávania alebo vykonanie ďalších úkonov súdu. Opätovne sa tým zvyrazňuje požiadavka na procesnú ekonomiu a zodpovednosť sporových strán za priebeh a výsledok konania.

3. Fakultatívna povaha sudcovskej koncentrácie konania

Využitie sudcovskej koncentrácie konania je v diskrečnej právomoci súdu. Principiálne vyjadrenie skutočnosti, že sankcionovanie úkonov strán sporu, ktoré môžu neodôvodnene predlžovať súdny proces, je v diskrečnej právomoci súdu, vychádza z článku 5 CSP¹⁷ upravujúceho princíp zákazu zneužitia práva.¹⁸ Z povahy tohto princípu odvodzujeme aj fakultatívnu povahu sudcovskej koncentrácie konania, keďže tzv. silný sudca v spore je jediný, kto záväzným spôsobom rozhoduje o prípustnosti a včasnosti uplatnených prostriedkov procesnej obrany a útoku, prípadne o prípustnosti a dôvodnosti oneskorene urobeného úkonu. Ako vysvetľuje Ústavný súd SR „*Keďže sudcovskú koncentráciu konania uplatňuje príslušný sudca podľa vlastnej úvahy, spadá do jeho kompetencie rozhodnúť, či na prostriedok procesného útoku či obrany, ktorý strana mohla predložiť už skôr, ak by konala starostlivo so zreteľom na rýchlosť a hospodárnosť konania, bude prihliadať.*“¹⁹

Hoci je povaha sudcovskej koncentrácie konania *de lege lata* nesporne fakultatívna, podľa nášho názoru, a vychádzajúc najmä z koncepcie rekodifikovaného civilného sporového procesu by pravidlom malo byť neprihliadanie na oneskorené prostriedky procesného útoku a obrany (aj napriek gramatickému výkladu ust. § 153 ods. 2 CSP) a skôr výnimkou, ak súd využije možnosť na ne prihliadať, avšak je potrebné zachovať „rovnaký meter“ pre obe sporové strany a dôsledne v meritórnom rozhodnutí odôvodniť, ak sa súd po dôkladnom uvážení rozhodne prihliadať na procesné úkony uskutočnené po lehote určenej súdom na ich realizáciu.

Dôležitým aspektom sudcovskej koncentrácie konania je skutočnosť, že je na úvahe súdu, či sudcovskú koncentráciu konania v konkrétnom prípade uplatní, alebo nie, ide o oprávnenie súdu, nie o povinnosť jej aplikovania. Ak ju súd neuplatní a prihliadne na oneskorene uskutočnené úkony strán, nejde o nesprávny procesný postup, práve naopak, ide iba o využitie zákonnej možnosti, ktorú má súd k dispozícii, a nie o nesprávnu aplikáciu sudcovskej koncentrácie konania.²⁰ Aj v tomto prípade sa žiada presvedčivé odôvodnenie postupu súdu v konečnom rozhodnutí.

IV. ÚVAHA NAD OBLIGATÓRNOU FORMOU SUDCOVSKEJ KONCENTRÁCIE KONANIA

V tejto časti príspevku sa venujeme úvahe nad aktuálnou koncepciou sudcovskej koncentrácie konania a zaoberáme sa možnosťou zavedenia jej obligatórnej formy na návrh sporovej strany. Naša úvaha smeruje k zhodnoteniu, či je vhodné a účelné uvažovať nad zmenou povahy sudcovskej koncentrácie konania normovanej v Civilnom sporovom poriadku tým smerom, že jej aktuálnu fakultatívnu podobu by doplnila aj obligatórna forma na návrh sporovej strany. Inšpiráciou pre predmetnú úvahu je o. i. aj koncepcia kontumačného rozsudku,

¹⁷ Podľa čl. 5 CSP zjavné zneužitie práva nepožíva právnu ochranu. Súd môže v rozsahu ustanovenom v tomto zákone odmietnuť a sankcionovať procesné úkony, ktoré celkom zjavne slúžia na zneužitie práva alebo na svojvoľné a bezúspešné uplatňovanie alebo bránenie práva, alebo vedú k nedôvodným prieťahom v konaní.

¹⁸ K procesnoprávnym súvislostiam zákazu zneužitia práva pozri ČOLLÁK, J.: *Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (1. časť)*. In: Justičná revue, roč. 72, 2020, 11, s. 1298-1310, ČOLLÁK, J.: *Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (2. časť)*. In: Justičná revue, roč. 72, 2020, 12, s. 1463-1485.

¹⁹ Uznesenie Ústavného súdu SR č.k. II. ÚS 530/2018 zo dňa 15.11.2018.

²⁰ K tomu pozri Rozsudok Krajského súdu Žilina, č.k. 14Cob/89/2020 zo dňa 28.10.2020, bod 26.

ktorý je taktiež koncipovaný ako sankcia za procesnú nedisciplinovanosť sporovej strany, pričom predpokladom vydania rozsudku pre zmeškanie po neospravedlnenej neúčasti na pojednávaní je *de lege lata* návrh sporovej strany, v prospech ktorej má takýto rozsudok znieť. Vychádzajúc zo znenia Civilného sporového poriadku je zrejmé, že súd je povinný (po splnení zákonom stanovených podmienok) takémuto návrhu strany vyhovieť²¹ a kontumačný rozsudok vydať. Uvedené spoločné znaky a súčasne odlišnosť v povahe oboch inštitútov tak, ako sú upravené v sporovom kódexe nás viedli k zamysleniu nad nasledovným. Je skutočne žiaduce zákonom stanoviť súdu povinnosť postupovať určitým spôsobom bez zohľadnenia okolností sporu, a to na základe návrhu jednej zo sporových strán, samozrejme, v neprospech protistrany? Ak je rešpektovanie návrhu sporovej strany možné pri kontumačnom rozsudku, nebolo by žiaduce obdobne postupovať aj pri uplatňovaní sudcovskej koncentrácie konania? Ak dospejeme k záveru, že takýto postup nekorešponduje s postavením súdu v spore, nie je potrebné zosúladiť znenie jednotlivých ustanovení upravujúcich sankčné procesné inštitúty tak, aby ich charakter bol rovnaký?

Gramatickým výkladom ustanovení Civilného sporového poriadku o kontumačnom rozsudku možno dospieť k záveru, že zákon upravuje dve formy kontumačného rozsudku, a to fakultatívnu²² a obligatórnu na návrh sporovej strany.

Sociálna koncepcia civilného procesu, na ktorej je vybudované aj civilné právo procesné v podmienkach Slovenskej republiky, kladie dôraz na silného sudcu, ktorý režíruje priebeh sporového konania nielen záväznými pokynmi, ale aj určovaním lehôt na ich realizáciu. Účelom týchto oprávnení súdu je udržiavať v konaní poriadok a brániť konaniu strán, ktoré by nedôvodne predlžovalo celý proces.

Prof. Števček konštatuje, že „sudca môže (a v zmysle zabezpečenia sociálnej funkcie procesu zároveň musí) prihliadnuť na porušenie procesných povinností stranou sporu.“²³ Je skutočne povinnosťou súdu dohliadať na priebeh konania, usmerňovať a riadiť ho, s čím súvisí aj povinnosť súdu kontrolovať plnenie procesných povinností, a prípadne sankcionovať ich nesplnenie, či omeškanie sporových strán. Je však v kompetencii súdu zároveň vyhodnocovať osobitosti konkrétneho sporu, či okolnosti na strane sporovej strany. Hoci sa podľa nášho názoru má postup súdu spravidla prikláňať k využitiu sankcie vo forme nepripustenia oneskorených úkonov strán sporu, jedným dychom dodávame, že je jeho úlohou tiež posúdiť, či k oneskoreniu, či dokonca pasivite strany nedošlo z dôvodov vyžadujúcich si ich ospravedlnenie. Máme za to, že rovnako je potrebné vyhodnocovať osobitosti prípadu aj pri rozhodovaní kontumačným rozsudkom na návrh sporovej strany. Opačný prístup by znamenal, že súd návrhu vyhovie aj v prípade, ak strana sporu preukazovala v priebehu konania požadovanú procesnú aktivitu, vrátane účasti na pojednávaniach, či dokonca sa konanie vyvíjalo v prospech tejto strany. Aj napriek tomu, jej neospravedlnená neprítomnosť na v poradí ďalšom pojednávaní pre ňu môže znamenať prehru v spore. Rovnako sa domnievame, že súd by mal mať možnosť na pojednávaní rozhodnúť kontumačným rozsudkom aj bez návrhu strany. Účelom kontumačného rozsudku je podľa nášho názoru zabrániť nedôvodnému predlžovaniu súdneho konania a s tým spojenému mareniu spravodlivosti, a nie dávať zapravdu sporovej strane, ktorá po vecnom posúdení veci v spore nemusí byť úspešná, resp. dovtedajší priebeh pojednávania jej nesvedčí. Príklon od gramatického k teleologickému výkladu potvrdzuje Ústavný súd, ktorý dodáva, že „**Formalistický výklad ustanovenia §274 CSP**

²¹ Napr.: v zmysle ust. § 274 CSP *Na pojednávaní rozhodne súd o žalobe podľa § 137 písm. a) na návrh žalobcu rozsudkom pre zmeškanie, ktorým žalobe vyhovie, ak a) sa žalovaný nedostavil na pojednávanie vo veci, hoci bol naň riadne a včas predvolaný a v predvolaní na pojednávanie bol žalovaný poučený o následku nedostavenia sa vrátane možnosti vydania rozsudku pre zmeškanie a b) žalovaný neospravedlnil svoju neprítomnosť včas a vážnymi okolnosťami.*

²² Pozri §§ 172, 273 CSP

²³ ŠTEVČEK, M. - FICOVÁ, S. - BARICOVÁ, J. - MESIARKINOVÁ, S. - BAJÁNKOVÁ, J. - TOMAŠOVIČ, M. a kol.: *Civilný sporový poriadok. Komentár.* Praha: C. H. BECK, 2016, s. 13

skutočne nie je žiaduci, najmä, ak súdne konanie trvá dlhšiu dobu, vo veci sa uskutočnilo viac pojednávani, na ktoré sa žalovaný riadne dostavil, nebol v konaní nečinný a súd na návrh obidvoch strán vykonal rozsiahle dokazovanie. Podľa názoru ústavného súdu treba návrh na vydanie rozsudku pre zmeškanie a splnenie ďalších zákonných podmienok podľa § 274 CSP posudzovať vždy aj podľa okolností prejednávanej veci. Napriek kogentnosti ustanovenia § 274 CSP by pri čisto gramatickom výklade a lipnutí na formálnych znakoch vydanie rozsudku pre zmeškanie mohlo znamenať porušenie práva na spravodlivý proces, v neposlednom rade v tom, že pri takomto formalistickom postupe by bolo odopreté strane sporu možnosť podať riadny opravný prostriedok (odvolanie vo veci samej).“²⁴ Posun možno badať aj v rozhodovacej činnosti všeobecných súdov, ktoré pri rozhodovaní o návrhoch na vydanie kontumačných rozsudkov, posudzujú okrem splnenia jednotlivých zákonných podmienok aj osobitosti sporovej veci, čím došlo k prelomeniu kogentnosti príslušných ustanovení Civilného sporového poriadku v súdnej praxi.²⁵

Na rozdiel od pôvodnej hypotézy stanovenej v úvode príspevku, ktorou bolo overiť správnosť úvah nad zavedením obligatórnej formy sudcovskej koncentrácie konania popri jej aktuálne fakultatívnej podobe, sme porovnaním sudcovskej koncentrácie konania a kontumačných rozsudkov dospeli k záveru, že priestor na legislatívnu úpravu v tomto smere naopak nachádzame pri rozsudkoch na základe zmeškania. Domnievame sa, že je na mieste uvažovať nad zmenou príslušných ustanovení upravujúcich rozsudok pre zmeškanie vydaný na návrh sporovej strany tak, že je skutočne možnosťou, a nie povinnosťou súdu takýto rozsudok vydať aj napriek tomu, že normatívne podmienky sú splnené. Pri súčasnom trvaní na vhodnosti principiálneho nastavenia súdu na využitie inštitútu sudcovskej koncentrácie dochádzame k záveru, že fakultatívna povaha sudcovskej koncentrácie konania podľa nášho názoru korešponduje s povahou sporového procesu, princípmi, na ktorých je vybudovaný, pričom jej správne použitie nepochybne prispieva k dosahovaniu „rýchlej spravodlivosti“. Ak by sme pripustili formu obligatórnej sudcovskej koncentrácie konania na návrh strany sporu, znamenalo by to výrazný zásah do kompetencií súdu a v konečnom dôsledku oslabenie pozície súdu, čo nekorešponduje so sociálnou koncepciou civilného procesu.

V. ZÁVER

V rámci príspevku sme sa zaoberali vplyvom uplatňovania sudcovskej koncentrácie konania na rozsah skutkového základu súdneho rozhodnutia. Domnievame sa, že sudcovská koncentrácia konania predstavuje pre súd jeden z najzásadnejších inštrumentov na dosahovanie tzv. „rýchlej spravodlivosti“ cestou kompromisu medzi požiadavkou na zistenie stavu veci, ktorý bude v čo najväčšej miere zodpovedať hmotnoprávnemu vzťahu (majúc na pamäti pomerne prísny prejednací princíp) a dôraznou požiadavkou na rýchlosť konania. Sudcovská koncentrácia konania je nepochybne efektívny nástroj v rukách súdu, ktorý umožňuje súdu vyžadovať od sporových strán vysokú mieru procesnej aktivity a ich prípadnú nedisciplinovanosť sankcionovať. Preskúmaním problematiky sme dospeli k záveru, že súd by mal byť prioritne nastavený na pomerne prísne používanie inštitútu sudcovskej koncentrácie konania, pričom jeho neaplikovanie aj napriek splneniu podmienky omeškania s inštitútmi procesnej obrany a ochrany by malo byť skôr výnimočné, dbať by súd mal pritom na dôkladné odôvodnenie svojho postupu. V súvislosti s uplatňovaním sudcovskej koncentrácie konania možno rozlišovať medzi pripustením oneskorene predloženého skutkového tvrdenia, či dôkazného návrhu:

- i.) ak oneskorenie je dané reakciou na nové skutočnosti, ktoré v konaní vyšli najavo,

²⁴ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky, č.k. I. ÚS 233/2019 zo dňa 4.6.2019, bod 43.

²⁵ Pozri napríklad Rozsudok Krajského súdu Trnava, č.k. 25CoCsp/53/2020 zo dňa 20.10.2020.

ii.) oneskorenie, kedy súd pripustí skutkové tvrdenia a dôkazné návrhy s prihliadnutím na okolnosti konkrétneho prípadu, pričom súd omeškanie sporovej strany týmto pripustením do konania ospravedlní.

Zavedenie obligatórnej formy sudcovskej koncentrácie konania na návrh strany by podľa nášho názoru nebolo účelné, nakoľko je na úvahe súdu, ako posúdi včasnosť uplatnenia prostriedkov procesnej obrany a procesného útoku, a ktorým dôvodom omeškania s týmito procesnými úkonmi prizná charakter ospravedlniteľných dôvodov, prípadne, aké okolnosti na strane žalobcu či žalovaného posúdi ako akceptovateľné pre účely pripustenia oneskorených úkonov do konania. Úpravou povinnosti súdu uplatniť sudcovskú koncentráciu konania na návrh strany by podľa nášho názoru došlo k oslabeniu pozície tzv. silného sudcu, činnosť súdu by bola do veľkej miery automatizovaná a formálna pravda by bez ďalšieho prevyšovala nad potrebou posúdiť dôvody a okolnosti oneskoreného uplatnenia procesných úkonov, pričom takýmto postupom hrozí, že skutkový základ budúceho rozhodnutia by mohol byť neprimerane zúžený. Sudcovská koncentrácia konania predstavuje pozitívne novum rekonštitúovaného civilného sporového procesu, pričom jej aktuálna koncepcia je podľa nášho názoru postačujúca pre dosiahnutie cieľa vytýčeného novou právnou úpravou v Civilnom sporovom poriadku, ktorým je zrýchliť a zefektívniť sporové konanie.

Porovnaním inštitútov sudcovskej koncentrácie konania a kontumačného rozsudku sme okrem záveru o nevhodnosti zavedenia obligatórnej sudcovskej koncentrácie konania na návrh strany sporu dospeli k záveru, že priestor na legislatívnu úpravu badať v úprave rozsudkov pre zmeškanie tak, aby sa precizovala ich fakultatívna povaha aj v texte Civilného sporového poriadku, čím by sa zosúladiť zákonné znenie a rozhodovacia prax súdov.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

Zodpovednosť sporovej strany, koncentrácia konania, civilný sporový proces, súdne rozhodnutie, Civilný sporový poriadok

KEY WORDS

Liability of the party to the dispute, concentration of proceedings, civil litigation proceedings, adjudgment, The code of the civil contentious proceedings

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. ČOLLÁK, J.: *Procesnoprávne zneužitie práva: vlastnosti, aplikácia a následky v civilnom súdnom procese (1. časť)*. In: Justičná revue, roč. 72, 2020, č. 11, 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, roč. 72, 2020, č. 12, s. 1463-1485. ISSN: 1335-6461.
3. KUŠNÍRIKOVÁ, M.: *Osobitosti právnej úpravy sporov s ochranou slabšej strany oproti štandardnému priebehu civilného sporového procesu*. In.: STUDIA IURIDICA Cassoviensia, roč. 7, 2019, č. 1. s. 97 – 107. ISSN: 1339-3995. Dostupné na: <https://doi.org/10.33542/SIC2019-1-10>.
4. LAVICKÝ, P. a kol. *Moderní civilní proces*. Brno: Masarykova univerzita, 2017. 272 s. ISBN: 978-80-21076-01-3.
5. MAZÁK, J. - JÁNOŠÍKOVÁ, M.: *Učebnica občianskeho procesného práva I*. Bratislava: IURIS LIBRI, 2012. 544 s. ISBN: 978-80-89635-00-9.
6. MOLNÁR, P.: *Skutkový základ súdneho rozhodnutia v skrátených konaniach a pri skrátených rozhodnutiach*. In: *Košické dni súkromného práva II. Recenzovaný zborník*

- vedeckých prác. Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2018. s. 667-674. ISBN: 978-80-8129-088-6.
7. PÖDÖR, L.: *Mátyás Bencze, Gar Yein Ng (eds.): How to Measure the Quality of Judicial Reasoning*. Springer, 2018. In: Hungarian Journal of Legal Studies, 60(1)/2019, pp. 119-126. Online ISSN: 2560-1067. Dostupné na: <https://doi.org/10.1556/2052.2019.60108>.
 8. ŠTEVČEK, M. - FICOVÁ, S. - BARICOVÁ, J. - MESIARKINOVÁ, S. - BAJÁNKOVÁ, J. - TOMAŠOVIČ, M. a kol. *Civilný sporový poriadok. Komentár*. Praha: C. H. BECK, 2016, 1544 s. ISBN: 978-80-7400-629-6.
 9. 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. Dostupné na: <https://doi.org/10.1515/iclr-2016-0063>.
 10. VARUHAS, J. N. E.: *The principle of legality*. In: The Cambridge Law Journal, 79(3)/2020, pp. 578-614. Online ISSN: 1469-2139. Dostupné na: <https://doi.org/10.1017/S0008197320000598>.

ZOZNAM SÚDNYCH ROZHODNUTÍ

1. Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky, č.k. II. ÚS 530/2018 zo dňa 15.11.2018.
2. Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky, č.k. I. ÚS 233/2019 zo dňa 4.6.2019.
3. Uznesenie Najvyššieho súdu Slovenskej republiky, č.k. 3Obdo/43/2018 zo dňa 26.2.2019.
4. Uznesenie Krajského súdu Žilina, č.k. 11Co/22/2020 zo dňa 31.3.2020.
5. Uznesenie Krajského súdu Košice, č.k. 11Co/276/2019 zo dňa 24.8.2020.
6. Rozsudok Krajského súdu Trnava, č.k. 23Co/138/2019 zo dňa 25.3.2020.
7. Rozsudok Krajského súdu Žilina, č.k. 14Cob/89/2020 zo dňa 28.10.2020.
8. Rozsudok Krajského súdu Prešov, č.k. 4Co/111/2019 zo dňa 28.5.2020.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Viktória Kol'vecková
Interný doktorand
Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach
Právnická fakulta, Katedra občianskeho práva
Kováčska 26, 040 75 Košice, Slovenská republika
Telefón: +421 918 690 040
E-mail: viktoriakozmova@gmail.com

ZÁSADA OFICIALITY V ČESKÉM TRESTNÍM A CIVILNÍM PROCESU

PRINCIPLE OF OFFICIALITY IN THE CZECH CRIMINAL AND CIVIL PROCESS

Jiří Mulák,¹ Vladislav Vnenk²

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-04>

ABSTRAKT

Předmětem předloženého příspěvku je vysvětlení funkce právních zásad v českém civilním a trestním procesu, přičemž důraz je kladen na vysvětlení zásady oficiality v českém trestním i civilním procesu. S ohledem na systematiku a funkci zásad v procesních odvětvích práva nelze samozřejmě tuto zásadu popisovat izolovaně, ale naopak je nutné ji vysvětlit v kontextu a ve vzájemných souvislostech s ostatními zásadami.

ABSTRACT

The topic of this article is to explain the function of legal principles in the Czech civil and criminal proceedings, with emphasis on explaining the principle of officiality in the Czech criminal and civil proceedings. The authors do not describe this principle separately, but describe it in context and in relation to other principles.

I. ÚVOD³

Trestní i civilní řízení mají podobné poslání (finální účel), kterým je prosazení dodržování norem hmotného práva (trestního nebo civilního) v situacích, kdy hmotněprávní normy nejsou dobrovolně dodržovány. Účelem obou druhů procesu je napravit vzniklé porušení pokojného stavu; pokud rušitel způsobil jinému subjektu újmu, je volán k odpovědnosti a vzniklá újma by měla být, pokud možno, reparována. Oběma druhům řízení je tedy společné to, že se jimi zpravidla *ex post* reaguje na určitý nežádoucí (protiprávní) stav, který nastal předtím, než bylo řízení zahájeno (reaktivní cíl).⁴ Aby tohoto účelu bylo možno dosáhnout, vytváří stát – zákonodárce pro oba druhy řízení speciální orgány, které vybavuje řadou kompetencí a poskytuje jim vhodné instrumentarium, včetně donucovacích prostředků. Pro činnost těchto orgánů stanoví zákonodárce zákonná procesní pravidla, aby tak dostal ústavněprávnímu imperativu, že státní moc lze uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon (tzv. zásada enumerativnosti veřejnoprávních pretenzí; čl. 2 odst. 3 Ústavy ČR; čl. 2 odst. 2 Listiny základních práv a svobod).

¹ JUDr., Ph.D., Univerzita Karlova, Právnická fakulta, Praha, Česká republika
Charles University, Faculty of Law, Prague, Czech Republic.

² JUDr., Ph.D., Západočeská univerzita v Plzni, Fakulta právnická, Plzeň, Česká republika
University of West Bohemia in Pilsen, Faculty of Law, Czech Republic.

³ Tento příspěvek je výstupem programu Univerzity Karlovy - Progres „Q02 - Publicizace práva v evropském a mezinárodním srovnání“ (podíl J. Muláka) a projektu Západočeské univerzity v Plzni s č. SGS-2019-026: Suverenita, bezpečnost státu a lidská práva ve vztahu k evropské integraci a aplikaci práva (podíl V. Vnenka).

⁴ V literatuře se mluví o tzv. reaktivní nebo ochranné povaze obou procesů. Pouze výjimečně sledují tato řízení proaktivní neboli preventivní cíl, tj. předejít protiprávnímu jednání; takovou povahu mají např. předběžná nebo zajišťovací opatření – viz MUSIL, J.: Styčné a rozdílné body mezi civilním a trestním procesem. In: Pocta Aleně Winterové k 80. narozeninám. Praha: Věšhrad, 2018, s. 248 – 249.

II. SYSTEMATIKA ZÁKLADNÍCH ZÁSAD TRESTNÍHO A CIVILNÍHO PROCESU

Z hlediska systematiky a teorie právních principů má trestní proces a civilní proces společná východiska v rámci kterých mohou být právní principy v procesním právu popsány. Trestní a civilní proces mají společná východiska v podobě tzv. *fair trial* zásad,⁵ což jsou procesní zásady, které odpovídají ústavním zárukám soudnictví (zejm. čl. 81 a násl. Ústavy ČR) a právu na spravedlivý proces (ve smyslu zejm. čl. 36 Listiny základních práv a svobod a souvisejících ustanovení a čl. 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod).⁶ Tyto ústavní záruky a jejich uplatňování v trestním a civilním procesu se tedy neliší, nejsou specifické a nemožní vysvětlit odlišnosti a specifika těchto dvou odvětví soudního procesu. Mezi takové principy patří nezávislost a nestrannost soudů a soudců, princip zákonného soudu a zákonného soudce, princip rovnosti procesních stran, princip kontradiktornosti řízení, právo na právní pomoc, princip veřejnosti, princip ústnosti a bezprostřednosti, princip předvídatelnosti rozhodování, princip hospodárnosti.⁷ Společná pro oba druhy procesů je také zásada volného hodnocení důkazů. Nicméně realizace a akcentace těchto společných obecných principů v civilním a trestním procesu může být rozdílná. Jedním z hlavních důvodů rozdílnosti je již to, že zatímco celé civilní (sporné i nesporné) řízení probíhá zpravidla toliko před soudem, trestní řízení se vede nejen před soudem, nýbrž v jeho přípravné fázi též před policejním orgánem a státním zástupcem, tedy mimo rámec justice, eventuálně v trestním řízení nemusí věc dospět do stadia řízení před soudem. Z povahy věci je tedy dáno, že ty principy, která se vztahují k soudu a soudcům, se v řízení, vedeném jinými orgány než soudy, neuplatní, nebo se neuplatní stejně.⁸

Značnými modifikacemi se vyznačuje zejména přípravné řízení trestní, které plní, na rozdíl od soudního řízení, některé specifické funkce (zpravidla se uvádí funkce vyhledávací, fixační, verifikační a odklonná),⁹ což vede k výrazné modifikaci některých procesních zásad – např. je potlačen princip veřejnosti, aby nedocházelo k úniku informací, k ničení důkazů a k paralyzování celého řízení.¹⁰

To, co naopak nemají trestní a civilní proces společného, jsou tzv. odvětvové principy, které blíže vymezují základní východiska fungování trestního a civilního procesu, neboť z hlediska uplatnění jednotlivých odvětvových principů jako celku dochází k vymezení určité identity trestního a civilního procesu, byť se tyto odvětvové principy částečně překrývají s ohledem na procedurální podstatu obou právních odvětví. Výčet těchto základních principů se také může v detailech lišit, nicméně mezi odvětvové principy civilního procesu se obvykle uvádějí (bez specifik jednotlivých druhů civilního procesu) následující párové principy (zásady): zásada dispoziční a zásada oficiality, zásada projednací a zásada vyšetřovací, zásada materiální pravdy a zásada formální pravdy, zásada jednotnosti řízení a zásada koncentrační, zásada volného

⁵ ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 45.; JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018, s. 125.

⁶ Podrobněji k právu na spravedlivý proces např. FOREJTOVÁ, M. a kol.: Ústavní soudnictví. Brno: Václav Klemm, 2014, s. 188 a násl.; WINTR, J.: Principy českého ústavního práva. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 202 a násl.

⁷ JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018, s. 44 a násl.

⁸ MUSIL, J.: Styčné a rozdílné body mezi civilním a trestním procesem. In: Pocta Aleně Winterové k 80. Narodeninám. Praha: Všechno, 2018, s. 250 a násl. Obdobný výčet též ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 44 a násl.

⁹ MULÁK, Jiří. Přípravné řízení – jeho účel, zásady a vztah k řízení před soudem. In: Čentěš, J. (ed.) a kol.: Efektivnost přípravného konania – jej skúmanie, výzvy a perspektívy“, Bratislava: Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta, 2020, s. 106 – 117.

¹⁰ ROMŽA, S.: Koncepcia prípravného konania. Brno: Tribun, 2010, s. 51 a násl.; ZÁHORA, J. (ed.): Přípravné konanie – možnosti a perspektívy. Praha: Leges, 2016; ZÁHORA, J. (ed.): Aktuálne problémy prípravného konania trestného. Praha: Leges, 2014; FRYŠTÁK, M.: Dokazování v přípravném řízení. Brno: MUNI, 2015.

hodnocení důkazů a zásada legální důkazní teorie.¹¹ Základní principy civilního procesu vycházejí ve své podstatě samozřejmě ze základního účelu civilního procesu ve smyslu ust. § 1 občanského soudního řádu (o.s.ř.), aby byla zajištěna spravedlivá ochrana soukromých práv a oprávněných zájmů účastníků, jakož i výchova k dodržování smluv a zákonů, k čestnému plnění povinností a k úctě k právům jiných osob. S ohledem na judikaturu Ústavního soudu ČR¹² pak *spočívá mimo jiné na dvou základních zásadách – zásadě dispoziční a zásadě projednací. Úzký vzájemný vztah soukromého práva hmotného a veřejného občanského práva procesního je nejlépe vyjádřen právě zásadou dispoziční. Smyslem a účelem civilního práva procesního je poskytovat ochranu subjektivním soukromým právům, tj. veřejné občanské procesní právo slouží soukromému právu hmotnému, a pokud tento svůj úkol neplní, ztrácí svůj význam.*

Základní principy trestního procesu (trestního řízení) vycházejí ze základního účelu trestního procesu deklarovaném v ust. § 1 trestního řádu, podle kterého je účelem trestního řádu upravit postup orgánů činných v trestním řízení tak, aby trestné činy byly náležitě zjištěny a jejich pachatelé podle zákona spravedlivě potrestáni. Odvětvové zásady trestního procesu jsou pak následující: zásada stíhání jen ze zákonných důvodů, zásada přiměřenosti a zdrženlivosti, zásada rychlého procesu (rychlosti řízení), zásada spolupráce orgánů trestního řízení se zájmovými sdruženími občanů, zásada zajištění práva na obhajobu, zásada zajištění práv poškozeného, zásada oficiality, zásada legality, zásada obžalovací, zásada veřejnosti, zásada vyhledávací, zásada bezprostřednosti, zásada ústnosti, zásada presumpce neviny, zásada volného hodnocení důkazů a zásada materiální pravdy.¹³ Z hlediska teorie trestního a civilního procesu je pak nutné uvést, jak již vyplynulo z výše uvedeného, že civilní procesualistika důsledně odlišuje z hlediska výčtu jednotlivých zásad ty zásady, které jsou tzv. *fair trial* zásady a zásady odvětvové a to na rozdíl od teorie trestního procesu, ve které se tyto skupiny zásad z hlediska výčtu v teorii neodlišují,¹⁴ byť i trestní procesní teorie výslovně hovoří o odvětvových zásadách trestního procesu.¹⁵ V rámci tohoto článku se autoři rozhodli vysvětlit specifika zásady oficiality, jako tzv. odvětvového principu trestního i civilního procesu.

III. ZÁSADA OFICIALITY A JEJÍ PROJEVY V ČESKÉM TRESTNÍM PROCESU

Zásada oficiality, spočívající v tom, že trestní proces je zahajován z úřední povinnosti s vyloučením iniciativy osob soukromých,¹⁶ je vyjádřena v § 2 odst. 4 věta první tr. řádu, podle kterého „*jestliže tento zákon nestanoví něco jiného, postupují orgány činné v trestním řízení z úřední povinnosti*“. Zásada oficiality znamená, že orgány činné v trestním řízení, včetně soudu, realizují úkony v trestním řízení na základě své úřední povinnosti (*ex officio*), tedy bez toho, aby vyčkávaly podnětu stran trestního řízení či třetích osob. Výkon činnosti *ex officio* znamená, že procesní úkony jsou prováděny, jestliže jsou pro to zákonné důvody. Bude tedy porušením zásady oficiality, jestliže by si orgán činný v trestním řízení počínal tak liknavě, že by si při své činnosti nevytvářel podmínky pro provedení úkonu, nebo dokonce oddaloval jeho provedení, ačkoliv jsou podmínky pro jeho provedení dány.¹⁷

¹¹ ZAHRADNÍKOVÁ, R a kol.: Praktikum civilního procesu. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 35 a násl.; ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 53 a násl.

¹² Nález Ústavního soudu ČR ze dne 21. 4. 2009 sp. zn. Pl. ÚS 42/08.

¹³ Podle FENYK, J. - CÍSAŘOVÁ, D. - GRÍVNA, T a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Wolters Kluwer, 2019, s. 92 – 117.

¹⁴ Srov. JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018, s. 121 a násl.

¹⁵ JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018, s. 121.

¹⁶ GRÍVNA, T.: Soukromá žaloba v trestním řízení. Praha: Karolinum, 2005, s. 18.

¹⁷ GRÍVNA, T.: Zásada rychlosti v trestním řízení, právo na projednání věci v přiměřené lhůtě a některé důsledky jejich porušení. In: FENYK, J. (ed.): Pocta Dagmar Císařové k 75. narozeninám. Praha: LexisNexis CZ, s. r. o., 2007, s. 17.

Zásada oficiality je garancí rovnosti všech před zákonem. Chrání všechny členy lidské společnosti proti každému.¹⁸ Trestní řád v § 2 odst. 4 spojuje tuto základní zásadu s požadavkem co nejrychlejšího projednání trestních věcí (zásada rychlosti *stricto sensu*),¹⁹ s plným respektováním občanských práv zaručených ústavním pořádkem a mezinárodními smlouvami (zásada přiměřenosti)²⁰ a se zákazem přihlížet k obsahu petic, zasahujících do činnosti orgánů činných v trestním řízení (zásada přihlížení k obsahu petic).²¹ Pokud jde o pracovní verzi paragrafového znění připravovaného trestního řádu, je zde upravena v té nejobecnější definici: „*Jestliže trestněprocesní zákon nestanoví něco jiného, postupují orgány činné v trestním řízení z úřední povinnosti.*“²²

Vyjádření zásady oficiality v českém trestním řádu se blíží vyjádření slovenskému dle § 2 odst. 6 tr. poriadku, dle kterého „*Ak tento zákon neustanovuje inak, orgány činné v trestnom konaní a súdy konajú z úradnej povinnosti. Väzobné veci sú povinné vybavovať prednostne a urýchlene. Na obsah petícií zasahujúcich do plnenia týchto povinností orgány činné v trestnom konaní ani súd neprihliadajú.*“²³

Zásada oficiality v trestním řízení je projevem státoprávní ideje, že pouze stát má monopol trestního stíhání. Historickým vývojem trestního procesu došlo k postupnému vyloučení svépomoci a omezení, resp. zrušení soukromé žaloby²⁴ a převzetí práva, ale i povinnosti státu zakročit proti pachateli trestného činu. Je možné souhlasit s tezí, že důsledné uplatňování zásady oficiality v trestním řízení zamezuje jednak svévoli a excesům, ke kterým by mohlo dojít v případě stíhání trestných činů v soukromé iniciativy (soukromá žaloba poškozeného jako výraz procesní opportunity), jednak zvyšuje pravděpodobnost, že většina trestných činů bude objasněna a jejich pachatelé podle zákona spravedlivě potrestáni. Tím však nelze říci, že by soukromá iniciativa nebyla přípustná nebo že by s ní trestní řád nepočítal. V praxi je tomu spíše naopak, neboť trestní oznámení či jiný podnět patří mezi nejdůležitější způsoby, jakými se orgány činné v trestním řízení dozvídají o tom, že mohl být spáchán trestný čin. Jde spíše o to, že to jsou právě orgány činné v trestním řízení, které *ex officio* realizují úkony trestního řízení a v trestním řízení následně v souladu s trestním řádem postupují (např. zahájí trestní stíhání, vezmou obviněného do vazby, podají obžalobu, vydají odsuzující rozsudek atd.). A případná absence soukromé iniciativy v podobě nepodání trestního oznámení nesmí znamenat, že orgán činný v trestním řízení nebude konat, přestože závěr o podezření ze spáchání trestného činu může učinit na základě vlastních poznatků. Povinnost orgánů činných v trestním řízení postupovat z úřední povinnosti uvedená obecně v ustanovení § 2 odst. 4 tr. řádu je rozvedena do konkrétních povinností pro jednotlivé orgány činné v trestním řízení na různých místech trestního řádu. Ze zásady oficiality vyplývá, že orgány činné v trestním řízení musí z vlastní

¹⁸ JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018, s. 136.

¹⁹ K tomu např. ŠÁMAL, P. Průtahy a obstrukce v trestním řízení a jejich příčiny. Trestněprávní revue, 2020, č. 2, s. 63 a násl.

²⁰ MULÁK, J.: Základní zásady trestního řízení a právo na spravedlivý proces. Praha: Leges, 2019, s. 191 a násl.

²¹ DRAŠTÍK, A. - FENYK, J. a kol.: Trestní řád. Komentář. I. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2017, s. 11 – 12.

²² K tomu srov. navrhovaná výkladová ustanovení v § 10 odst. 1 („*Trestněprocesním zákonem se rozumí trestní řád a podle povahy věci i zákon o soudnictví ve věcech mládeže, zákon o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim a zákon o mezinárodní justiční spolupráci ve věcech trestních*“) odst. 5 („*Orgánem činným v trestním řízení se rozumí soud, státní zástupce a policejní orgán. Státním zástupcem se rozumí i evropský pověřený žalobce, evropský žalobce a evropský nejvyšší žalobce v rozsahu jejich působnosti stanovené nařízením Rady (EU) 2017/1939, kterým se provádí posílená spolupráce za účelem zřízení Úřadu evropského veřejného žalobce.*“) a odst. 6 („*Soudem se pro účely trestněprocesního zákona rozumí podle povahy věci okresní soud, krajský soud, vrchní soud nebo Nejvyšší soud*“).

²³ IVOR, J. - POLÁK, P. - ZÁHORA, J.: Trestné právo procesné I. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 70; MINÁRIK, Š. a kol.: Trestný poriadok. Stručný komentár. Bratislava: Iura Edition, 2010, s. 33; ŠIMOVČEK, I. a kol.: Trestné právo procesné. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016, s. 50 – 52; ČENTĚŠ, J. a kol.: Trestné právo procesné. Šamorín: Heuréka, 2012, s. 63; KURILOVSKÁ, L.: Základné zásady trestného konania. Účel a základná limitácia. Šamorín: Heuréka, 2013, s. 48 – 50.

²⁴ K tomuto institutu podrobněji GRIVNA, T.: Soukromá žaloba v trestním řízení. Praha: Karolinum, 2005.

iniciativy učinit vše pro naplnění účelu trestního řízení v každé projednávané trestní věci. Tato zásada platí pro všechny orgány činné v trestním řízení (§ 12 odst. 1 tr. řádu) a pro celé trestní řízení (§ 12 odst. 10 tr. řádu). Jakmile jsou dány zákonné podmínky pro provedení určitého procesního úkonu, je příslušný orgán zásadně povinen takový úkon provést a nemůže od něho upustit např. pro jeho neúčelnost nebo proto, že si jeho provedení účastníci procesu (zejména obviněný nebo podezřelý) nepřejí. Například státní zástupce a policejní orgán jsou povinni organizovat svou činnost tak, aby účinně přispívali k včasnosti a důvodnosti trestního stíhání (§ 157 odst. 1 tr. řádu); policejní orgán musí učinit všechna potřebná šetření a opatření k odhalení skutečností nasvědčujících tomu, že byl spáchán trestný čin, a ke zjištění jeho pachatele i na základě vlastních poznatků a nemůže vyčkávat na podnět ze strany poškozeného či jiných osob (§ 158 odst. 1 tr. řádu); policejní orgán postupuje při vyšetřování z vlastní iniciativy tak, aby byly co nejrychleji v potřebném rozsahu vyhledány důkazy k objasnění všech základních skutečností důležitých pro posouzení případu včetně osoby pachatele a následku trestného činu (§ 89 odst. 1 tr. řádu). Soud po podání obžaloby, nevyčkává dalších návrhů, postupuje tak, aby řízení bez průtahů směřovalo k vyřízení věci včetně výkonu soudního rozhodnutí (§ 181 odst. 2 tr. řádu).

Právě v uplatnění této zásady lze spatřovat jeden z nejvýznamnějších rozdílů oproti řízení civilnímu (spornému), kde převažuje dispoziční (návrhové) řízení a řízení *ex officio* je zásadně výjimkou. Zásada oficiality je základním hybatelem trestního řízení, ze kterého vycházejí a který naplňuje zásada legality (v otázce zahájení trestního stíhání) a zásada vyhledávací (v otázce dokazování)²⁵ jako instrumenty dosahování cíle (zásady materiální pravdy) a účelu trestního řízení v moci státu.²⁶ Základem zásady oficiality je státní materiálně-právní nárok spojený s (odvozeným) trestně-procesním monopolem státu, přičemž výjimky vycházejí ze smyslu materiálně-právního nároku a jeho naplnění tím, že stát může v rámci tohoto smyslu s nárokem disponovat tak, že se jej vzdá nebo jeho realizaci podpoří. Tato zásada je některými dokonce považována za nejobecnější, nejtypičtější, nejcharakterističtější a nejzákladnější ze všech základních zásad trestního řízení.²⁷ V některých případech je postup orgánů činných v trestním řízení vázán na návrh, podnět nebo žádost oprávněného subjektu (zejména poškozeného, svědka, obhájce). Určitým směrem je zásada oficiality prolomena zásadou obžalovací (§ 2 odst. 8 tr. řádu), jejíž podstatou je rozdělení procesních funkcí, neboť soud se může konkrétní věci zabývat, jen byla-li k němu podána státním zástupcem obžaloba (či návrh na uložení ochranného opatření²⁸), návrh na potrestání nebo návrh na schválení dohody o vině a trestu, přičemž je rozhodující i rámec daný tzv. totožností skutku.²⁹

Jak uvádí nauka, tak není v rozporu se zásadou oficiality, že některé etapy trestního řízení nebo některé úkony může některý orgán činný v trestním řízení provést pouze na návrh nebo podnět jiného státního orgánu. Jde totiž o to, že tyto hranice mezi aktivitami jednotlivých orgánů vyplývají z přirozené dělby kompetencí státních orgánů, kdy prosazení vůdčího principu oficiality je zajištěno tím, že kompetenční normy nebo přímo trestní řád ukládají každému jednotlivému orgánu povinnost při splnění zákonných podmínek *ex officio* podat potřebné návrhy nebo podněty, o nichž jiný orgán, opět v duchu principu *ex officio*, rozhodne. Mezi takové případy se uvádí situace, že soud se může zabývat trestní věcí pouze poté, co je

²⁵ Ke vztahu zásady oficiality a zásady vyhledávací – nález Ústavního soudu ČR sp. zn. III. ÚS 1624/09 ze dne 5. 3. 2010 a rovněž ŽILA, J.: Zásada vyhledávací v trestním řízení. Praha: Academia, 1983, s. 24 – 27.

²⁶ Dá se tedy říci, že má-li být zachována zásada oficiality (a materiální pravdy), měly by být zachovány i zásady legality a vyhledávací.

²⁷ PIPEK, J.: K některým profilujícím základním zásadám trestního řízení. Právní obzor, 2002, č. 4; PIPEK, J.: Oficiální nebo dalekosáhle privatizované trestní řízení. Právník, 2000, č. 12.

²⁸ Srov. § 178 odst. 1, 2 tr. řádu.

²⁹ JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní – minulost a budoucnost. Praha: Leges, 2016, s. 36 a násl., 112 a násl.; CÍSAŘOVÁ, D. - HORÁK, J.: Problematika totožnosti skutku. Právnícké listy, 2017, č. 2, s. 3 a násl.

uplatněna obžalovací zásada (§ 2 odst. 8 tr. řádu), nebo, kdy soud rozhoduje v přípravném řízení o některých zásazích do základních práv a svobod (např. o vzetí do vazby, o příkazu k domovní prohlídce nebo k prohlídce jiných prostor a pozemků, o příkazu k odposlechu a záznamu telekomunikačního provozu) jen na návrh státního zástupce.³⁰

Jak už naznačuje textace zásady oficiality, existují i z této zásady výjimky (projevy zásady dispozitivnosti) a český trestní řád³¹ stejně jako ten slovenský³² takových výjimek zná relativně vyšší počet. Tyto výjimky mohou mít různou povahu: jako určité oslabení veřejného zájmu v podobě subsidiárního žalobce, návrhových deliktů, dožádaných deliktů nebo jako potvrzení veřejného zájmu v případě zmocňovacích deliktů. Může jít i o oslabení veřejného zájmu při respektování soukromého zájmu v případě soukromožalobních deliktů³³ nebo z postavení v roli procesní strany u opravných prostředků nebo z postavení oběti trestného činu a jejích zájmů v případě její součinnosti při udělování souhlasu k trestnímu stíhání nebo při uspokojování jejích nároků při náhradě škody. Specifické postavení má mezi těmito výjimkami role obžalovací zásady.

Výše bylo uvedeno, že zásada oficiality (§ 2 odst. 4 tr. řádu) se na rozdíl od zásady legality (§ 2 odst. 3 tr. řádu) uplatňuje ve všech stádiích trestního řízení a platí pro všechny orgány činné trestního řízení. Neuplatní se však v opravném řízení (ani v řízení o řádných, ani v řízení o mimořádných opravných prostředcích), pokud jde o jeho zahájení. Zásada oficiality je v opravném řízení zásadním způsobem prolomena, neboť podnětem opravného řízení je vždy podání opravného prostředku (tj. odvolání proti rozsudku, stížnosti proti usnesení, odporu proti trestnímu příkazu, dovolání, stížnosti pro porušení zákona a návrhu na povolení obnovy řízení). Uvedené je důsledkem toho, že opravné řízení (stejně jako řízení před soudem, resp. hlavní líčení) není obligatorní součástí trestního řízení, ale jen jeho fakultativním stadiem, jehož konání je závislé na řádném a včasném podání opravného prostředku oprávněnou osobou, a je proto v jeho dispozici. Podáním opravného prostředku k tomu oprávněnou osobou se tedy uplatňuje zásada dispoziční, neboť zásahy a postup orgánu činného v trestním řízení projednávajícího opravný prostředek jsou možné toliko tehdy, pakliže některá z osob tím, že podala opravný prostředek, vyslovila pochybnost o správnosti napadeného rozhodnutí (rozsudku, usnesení, trestního příkazu).

Významným projevem dispoziční zásady je i možnost oprávněné osoby vymezit rozsah a obsah podávaného opravného prostředku, a to s různým stupněm závaznosti ve vztahu k rozsahu přezkumné a rozhodovací činnosti orgánu činného trestního řízení. V této souvislosti je potřeba konstatovat, že s účinností od 1. 1. 2002 již totiž zásada oficiality neovlivňuje zásadním způsobem rozsah přezkoumávání v odvolacím řízení, neboť od účinnosti novely trestního řádu zákonem č. 265/2001 Sb. (tzv. „velké novely“ trestního řádu či jeho „malé rekodifikace“)³⁴ může odvolatel vymezit rozsah přezkumné činnosti odvolacího soudu, když se u odvolání, na rozdíl od dříve uplatňovaného revizního principu (který je jinak projevem zásady oficiality), uplatňuje princip vázanosti odvolacího soudu podaným odvoláním (který je projevem zásady dispoziční). Citovanou novelou byla tedy prohloubena zásada dispozitivnosti v odvolacím řízení, neboť *de lege lata* odvolatel disponuje poměrně širokým (nikoliv však úplným způsobem) opravným řízením tím, v jakých výrocích chce rozsudek soudu prvního stupně napadnout.³⁵ Určité meze uplatnění zásady oficiality v rámci odvolacího řízení klade

³⁰ ŠÁMAL, P. - MUSIL, J. - KUČTA, J. a kol. Trestní právo procesní. Praha: C. H. Beck, 2013, s. 101.

³¹ Tamtéž, s. 100–102.

³² IVOR, J. - POLÁK, P. - ZÁHORA, J.: Trestné právo procesné I. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017, s. 70.

³³ PIPEK, J.: Oficiální nebo dalekosáhle privatizované trestní řízení. Právník, 2000, č. 12, s. 1155, 1159 – 1160.

³⁴ PÚRY, F. - SOTOLÁŘ, A.: Poznámky k rozhodování odvolacího soudu v trestním řízení po tzv. velké novele trestního řádu. Bulletin advokacie, 2003, č. 5.

³⁵ KOUŘIL, I.: Nenapadený výrok aneb může odvolací soud zrušit nepřezkoumávaný výrok rozsudku? (ke vztahu § 254 tr. ř. a § 258 tr. ř.). Státní zastupitelství, 2019, č. 5; KOUŘIL, I.: K rozhodnutí odvolacího soudu z hlediska jeho posouzení

specifická zásada opravného řízení – zásada zákazu *reformace in peius*, která je určitý nepřímým projevem dispoziční zásady.³⁶ Pokud jde o vlastní průběh řízení o opravných prostředcích, uplatní se zde zásada oficiality plně. Výjimku nicméně představuje zpětvzetí souhlasu poškozeného s trestním stíháním, které je možné učinit u trestných činů taxativně vypočtených v § 163 odst. 1 tr. řádu až do doby, než se senát odvolacího soudu odebere k závěrečné poradě (§ 163 odst. 2 tr. řádu). Soud při přípravě přezkumného řízení na základě opravného prostředku, ale i v jeho průběhu, musí z vlastní iniciativy učinit vše pro další postup řízení na základě podaného opravného prostředku a naplnění účelu takového opravného řízení v konkrétní trestní věci. Jakmile jsou dány zákonné podmínky pro provedení určitého procesního úkonu, je soud povinen takový úkon provést a nemůže od něho upustit např. pro neúčelnost nebo proto, že si jeho provedení strany nepřejí. Tím však není dotčeno právo odvolatele podaným opravným prostředkem disponovat, což je opět projevem zásady dispoziční.

Zásada oficiality a rozsah jejího uplatnění se projevuje i v úpravě tzv. *beneficia cohaesionis* (dobrodiní ze souvislosti; v případě odvolání § 261 tr. řádu), která je ve svých důsledcích projevem zásady oficiality a zásadním způsobem ovlivňuje rozsah přezkoumávání v odvolacím řízení.³⁷ Je však potřeba poznamenat, že povinnost (*ex officio*)³⁸ orgánu rozhodujícího o opravném prostředku prolomit právní moc rozhodnutí u osoby, ohledně které opravný prostředek nebyl podán [popřípadě došlo k zamítnutí opravného prostředku, neboť byl podán opožděně, osobou neoprávněnou nebo osobou, která se opravného prostředku výslovně vzdala nebo znovu podala opravný prostředek, který předtím výslovně vzala zpět [§ 148 odst. 1 písm. b), § 253 odst. 1 tr. řádu], nebo opravný prostředek byl odmítnut, např. v řízení o odvolání (§ 253 odst. 3 tr. řádu), a rozhodnout i ve prospěch této osoby je podmíněna tím, že: a) proti všem osobám bylo rozhodnuto ve společném (jednom) řízení a stejným (jedním) rozhodnutím³⁹; b) proti rozhodnutí byl podán opravný prostředek, kterému bylo vyhověno přinejmenším ohledně jedné z osob, která sama podala opravný prostředek anebo byl ohledně ní podán; c) důvod, pro který bylo rozhodnuto ve prospěch této osoby, prospívá (je společný) i další osobě, jíž se rozhodnutí týká a ohledně které nebyl opravný prostředek podán⁴⁰; d) postavení osoby, u které bylo *beneficium cohaesionis* použito, se nesmí změnit k horšímu v žádném směru, a to ani v pozdějším řízení po zrušení napadeného usnesení orgánem rozhodujícím o opravném prostředku.

IV. ZÁSADA OFICIALITY A JEJÍ PROJEVY V ČESKÉM CIVILNÍM PROCESU

Zásada oficiality je v civilním procesu obvykle vysvětlována jako párová zásada k zásadě dispoziční. Zásada dispoziční a zásada oficiality se odlišují v tom, kdo má v řízení procesní iniciativu. Podle zásady dispoziční mají procesní iniciativu účastníci řízení, podle zásady oficiality má procesní iniciativu naopak soud.⁴¹ Vysvětlení projevu zásady oficiality tedy nelze v rámci civilního procesu bez charakteristiky právě zásady dispoziční, jako její párové zásady.

jako tzv. rozhodnutí překvapivého aneb opět k otázce přezkumu napadeného rozsudku odvolacím soudem. Státní zastupitelství, 2018, č. 6; KOUŘIL, I.: K postupu odvolacího soudu podle § 254 odst. 2 tr. ř. aneb k souvislostem zakládajícím širší přezkum napadeného rozsudku. Státní zastupitelství, 2016, č. 6.

³⁶ LANGER, P.: Uplatnění zákazu reformationis in peius v odvolacím řízení. Trestněprávní revue, 2006, č. 11; RŮŽEK, A. - CÍSAŘOVÁ, D.: Zásady rozhodování v opravném řízení. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 2, 1985, s. 88 – 93.

³⁷ RŮŽEK, A. - CÍSAŘOVÁ, D.: Zásady rozhodování v opravném řízení. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 2, 1985, s. 93 – 95.

³⁸ Srov. znění § 261 tr. řádu: „...rozhodne odvolací soud vždy též v jejich prospěch“.

³⁹ Proto se nevztahuje na případy, kdy věc spoluobviněného byla vyloučena ze společného řízení (§ 23 odst. 1 tr. řádu) nebo o zabránění věci nebylo rozhodnuto v napadeném rozhodnutí, ale samostatně ve veřejném zasedání (§ 230 odst. 2 tr. řádu).

⁴⁰ O tzv. společný důvod se nejedná, byť je stejné povahy, ale je třeba ho zkoumat u každé osoby samostatně a individuálně, například forma a míra zavinění, skutečnosti osobního významu, které mají význam pro stanovení druhu a výměry trestu.

⁴¹ ZAHRADNÍKOVÁ, R a kol.: Praktikum civilního procesu. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 35.

Zásada oficiality a zásada dispoziční jako odvětvové zásady civilního procesu jsou však toliko zásady, které mají svůj zákonný, nikoliv již ústavní rozměr. Podle nejnovější judikatury Ústavního soudu ČR,⁴² který rozhodoval o návrhu na zrušení ust. § 96 odst. 6 o.s.ř.,⁴³ bylo uzavřeno, že lze sice souhlasit se závěrem, že *zásada dispoziční je jednou ze zásad sporného řízení. Avšak zásadou zákonnou (nikoli ústavní), a to i ve sporném řízení nikoli důsledně následovanou. Například podle § 96 odst. 3 o. s. ř. soud nemusí zpětvzetí žaloby připustit, stejně jako nemusí připustit změnu žaloby (§ 95 odst. 2 o. s. ř.). Nesporné řízení je na rozdíl od řízení sporného ovládáno především zásadou oficiality, a nikoli zásadou dispoziční. A přitom i v nesporném řízení jsou projednávány vztahy upravené soukromým právem hmotným (např. rodinné, dědické apod.). Nutno však dodat, že tento k tomu nálezu byl vydán též široký dissent celkem pěti soudců Ústavního soudu ČR,⁴⁴ kteří naopak zdůrazňovali s ohledem na již existující prejudikaturu návaznost zejména zásady dispoziční na první zásadu soukromého práva – zásadu autonomie vůle, která má ústavní rozměr.*

Projev zásady oficiality a zásady dispoziční je dále nutné odlišit v rámci projevů podle druhu civilního procesu v části nalézacího řízení, tedy, zda se jedná o řízení sporné nebo řízení nesporné. Z hlediska zásady oficiality a zásady dispoziční v kontextu civilního sporného a nesporného procesu je důležité ust. § 13 z.ř.s.⁴⁵ podle kterého platí, že *řízení (nesporné)⁴⁶ se zahajuje i bez návrhu, není-li zákonem stanoveno, že lze řízení zahájit jen na návrh. Soud řízení zahájí bezodkladně poté, co se dozví o skutečnostech rozhodných pro vedení řízení podle tohoto zákona.* Podle ust. § 79 odst. 1 o.s.ř. naopak platí, že *řízení se zahajuje na návrh.* Stejně tak i řízení insolvenční je řízení zásadně návrhové, a to ve smyslu ust. § 97 insolvenčního zákona, podle kterého *insolvenční řízení lze zahájit jen na návrh; zahajuje se dnem, kdy insolvenční návrh dojde věcně příslušnému soudu.* Je tomu tak i z toho důvodu, že ve smyslu ust. § 7 insolvenčního zákona platí pro insolvenční řízení i incidenční spory přiměřené použití o.s.ř. týkající se sporného řízení a až pokud to není možné tak ustanovení zákona o zvláštních řízeních soudních (z.ř.s.).⁴⁷ Komentářová literatura k tomu připomíná, že právě ono právo *podat návrh na zahájení řízení (žalobu) a následně jej vzít zpět je svaté právo navrhovatele a projev zásady dispoziční.*⁴⁸

Z hlediska dělení civilního procesu v kontextu zmíněných zásad tedy platí, že řízení sporné i nesporné lze zahájit na návrh, avšak bez návrhu se zahajují pouze řízení nesporná. Bez návrhu se tak v rámci nesporných řízení zahajují *ex officio* například následující řízení:⁴⁹ o splnění podmínky v předběžném prohlášení,⁵⁰ o změně nebo zrušení předběžného prohlášení,⁵¹ o odvolání podpůrce,⁵² o schválení zastoupení členem domácnosti,⁵³ ve věcech vyslovení

⁴² Srov. Nález Ústavního soudu ČR se sp. zn. Pl. ÚS 40/18 ze dne 30. 6. 2020.

⁴³ *Byl-li návrh na zahájení řízení vzat zpět až po té, co rozhodnutí odvolacího soudu, případně též soudu prvního stupně, o věci bylo dovolacím soudem zrušeno, soud rozhodne, že zpětvzetí návrhu není účinné, jestliže důvodem pro zpětvzetí návrhu byla skutečnost, která nastala v době, kdy trvaly účinky zrušeného rozhodnutí.*

⁴⁴ Jiří Zemánek, Ludvík David, Jaromír Jirsa, Kateřina Šimáčková a Vojtěch Šimíček.

⁴⁵ Zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních.

⁴⁶ Pozn. autorů.

⁴⁷ Určitou výjimkou, kdy se insolvenční řízení zahajuje na návrh veřejnoprávní instituce je insolvenční návrh podávaný na finanční instituci ze strany České národní banky podle ust. § 368 a 380 insolvenčního zákona. Podrobněji např. HÁSOVÁ, J. – MORAVEC, O.: Insolvenční řízení. Praha: C. H. Beck, 2018, s. 65.

⁴⁸ JIRSA, J. a kol: Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha II. § 79-180 občanského soudního řádu. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2019, s. 101.

⁴⁹ Podrobněji všechna řízení např. JIRSA, J. a kol: Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III (zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních). Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2019.

⁵⁰ Ust. § 31 písm. a) ve spojení s ust. § 32 odst. 1 z.ř.s.

⁵¹ Ust. § 31 písm. b) ve spojení s ust. § 32 odst. 1 z.ř.s.

⁵² Ust. § 31 písm. d) ve spojení s ust. § 32 odst. 1 z.ř.s.

⁵³ Ust. § 31 písm. e) ve spojení s ust. § 32 odst. 1 z.ř.s.

přípustnosti převzetí nebo držení ve zdravotním ústavu⁵⁴ nebo o vyslovení nepřipustnosti držení v zařízení sociálních služeb.⁵⁵

Sporné řízení je tak ovládáno především zásadou dispoziční a zásadou projednací,⁵⁶ řízení nesporné zásadou oficiality a zásadou vyšetřovací.⁵⁷ Jinými slovy řečeno, ve sporném řízení nesou odpovědnost za zjištění skutkového stavu účastníci řízení, zatímco v řízení nesporném nese tuto odpovědnost soud. V rámci nesporného řízení jsou samozřejmě určité odchylky od obecného pravidla podle ust. § 20 odst. z.ř.s, podle kterého *soud je povinen zjistit všechny skutečnosti důležité pro rozhodnutí. Přitom není omezen na skutečnosti, které uvádějí účastníci.* Jedná se o situace, kdy i v nesporném řízení je jistá spoluodpovědnost účastníků řízení za zjištění skutkového stavu.⁵⁸ Lze uvést například pravidlo podle ust. § 916 OZ,⁵⁹ podle kterého platí, že neprokáže-li v řízení o vyživovací povinnosti rodiče k dítěti nebo o vyživovací povinnosti jiného předka k nezletilému dítěti, které nenabylo plné svéprávnosti, osoba výživou povinná soudu řádně své příjmy předložením všech listin a dalších podkladů pro zhodnocení majetkových poměrů a neumožní soudu zjistit ani další skutečnosti potřebné pro rozhodnutí zpřístupněním údajů chráněných podle jiného právního předpisu, platí, že průměrný měsíční příjem této osoby činí pětadvacetinásobek částky životního minima jednotlivce.

Projevy této zásady, jakož i s tím související rozdíly mezi civilním sporným a nesporným procesem, lze shledat v mnoha institutech, a to například v rámci vázanosti soudu žalobním petitem. V rámci sporného civilního procesu podle ust. § 153 odst. 2 o.s.ř.⁶⁰ platí tzv. vázanost konečným návrhem (petitem). Vázanost žalobním petitem se tak v duchu dispoziční zásady projevuje v civilním sporném procesu a nesporném procesu v rámci návrhových řízeních tak, že soud nemůže ex officio překročit, co účastník žádá.⁶¹ Jedná se o základní náležitost žaloby ve smyslu ust. § 79 o.s.ř., podle kterého musí návrh na zahájení řízení (žaloba) obsahovat mj. vyličení rozhodných skutečností, označení důkazů, jichž se navrhovatel domáhá, a musí z něj být patrné, čeho se navrhovatel domáhá, přičemž *je tomu tak zejména proto, že soud v občanském soudním řízení, které je ovládáno dispoziční zásadou, je vázán žalobou a nemůže tedy přiznat jiná práva a uložit jiné povinnosti, než jsou navrhovány, musí žalobní petit svým rozhodnutím zcela vyčerpat a nesmí jej překročit (výjimky z tohoto pravidla jsou uvedeny v ust. § 153 odst. 2 o. s. ř.).*⁶² Samozřejmě to však neznamená, že soud je vázán petitem účastníka řízení doslovně, protože *vázanost soudu návrhem (žalobou nebo návrhem na zahájení řízení) nelze chápat tak, že by soud byl povinen do výroku svého rozhodnutí o věci samé doslovně „převzít“ žalobcem formulovaný návrh znění výroku rozhodnutí,*⁶³ neboť požadavek zákonodárce vyjádřený v ustanovení § 79 odst. 1 o. s. ř., že *ze žaloby musí být patrné, čeho se žalobce domáhá, nedává základ pro přísně formalistické pojetí petitu žaloby, tak jak je v průběhu řízení zaujímaly obecné soudy.*⁶⁴ S ohledem na primát zásady dispoziční může být vada žalobního návrhu důvodem pro odmítnutí návrhu pro vady ve smyslu ust. § 43 o.s.ř.

⁵⁴ Ust. § 76 z.ř.s.

⁵⁵ Ust. § 84 z.ř.s.

⁵⁶ Podle zásady projednací musí strany civilního procesu přednést nutná skutková tvrzení k prokázání svého nároku a nabídnout k nim příslušné důkazy na podporu svého nároku či procesní obrany. ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015, s. 55.

⁵⁷ ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Praktikum civilního procesu. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020, s. 23.

⁵⁸ Podrobněji srov. např. SVOBODA, K.: Rodičovství, osvojení a výživné dětí po rekodifikaci soukromého práva. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014, s. 18 a násl.

⁵⁹ Zák. č. 89/2012 Sb., občanský zákoník.

⁶⁰ *Soud může překročit návrhy účastníků a přisoudit něco jiného nebo více, než čeho se domáhají, jen tehdy, jestliže z právního předpisu vyplývá určitý způsob vypořádání vztahu mezi účastníky.*

⁶¹ § 26 In. JIRSA, J. a kol.: Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III (zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních). Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2019.

⁶² Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 30 Cdo 1782/2006, ze dne 10. 4. 2007.

⁶³ Rozsudek Nejvyššího soudu ČR sp. zn. 26 Cdo 2313/2009, ze dne 15. 7. 2010.

⁶⁴ Nález Ústavního soudu ČR se sp. zn. II.ÚS 3137/09 ze dne 7. 4. 2010.

V řízení nesporném a beznávrhovém však soud zásadně vázán konečným návrhem (petitem) není, a to ve smyslu ust. § 26 z.ř.s, podle kterého soud *může překročit návrhy účastníků a přisoudit něco jiného nebo více, než čeho se domáhají, jestliže řízení bylo možno zahájit i bez návrhu*. Odlišné pravidlo ust. § 26 z.ř.s. oproti ust. § 153 odst. 2 o.s.ř. se tedy uplatní vždy, pokud je ze zákona možné dané nesporné řízení zahájit i bez návrhu, není tedy podstatné, zda bylo řízení zahájeno na návrh či nikoliv. Soud je tedy podle ust. § 26 z.ř.s. omezen pouze rámcem předmětu řízení, tedy rámcem *limitů projednávaných vztahů, které vyplývají z hmotného nebo procesního práva*.⁶⁵ S ohledem na ust. § 26 z.ř.s. není tak vada žalobního návrhu (petitu) důvodem pro případné odmítnutí návrhu pro vady ve smyslu ust. § 43 o.s.ř., je-li z návrhu samotného patrný předmět řízení.⁶⁶ Pravidlo ust. § 26 z.ř.s se uplatní i v odvolacím řízení.

V. ZÁVĚR

Pro civilní řízení je charakteristické, že se v něm uplatňují všechny párové principy, avšak každý z nich v jiném typu řízení (např. pro sporná řízení platí zásadně principy dispoziční a projednací, pro nesporná řízení platí zásadně principy oficiality a vyšetřovací). Naproti tomu trestní proces zpravidla preferuje pouze jeden z těchto párových principů, druhý z nich se uplatní nanejvýš jako výjimka nebo se neuplatní vůbec. Tak např. v trestním řízení jednoznačně dominuje princip oficiality, zatímco princip dispoziční je spíše okrajový a limitovaný.⁶⁷ Ztotožňujeme se stanoviskem J. Musila, že přibližování trestního procesu občanskoprávnímu procesu nelze paušálně pokládat za negativní jev, že oba druhy řízení mají mnoho rysů, kterými se mohou navzájem obohacovat a že legislativa a aplikační praxe však přitom musí respektovat nezbytná specifika obou druhů řízení⁶⁸ a analyzovat společenské dopady tohoto sblížení.⁶⁹ To vše předpokládá, poznamenává J. Musil, vést v rámci probíhající reformy trestního procesu v České republice důkladnou politickou a odbornou diskuzi, již se zatím nedostává.⁷⁰

KLÍČOVÉ SLOVÁ

trestní proces, civilní proces, právní zásady, zásada oficiality, zásada dispoziční

KEY WORDS

criminal process, civil process, legal principles, principle of officiality, principle of disposition

POUŽITÁ LITERATURA

1. ČENTĚŠ, J. a kol.: Trestné právo procesné. Šamorín: Heuréka, 2012.
2. DRAŠTÍK, A. - FENYK, J. a kol.: Trestní řád. Komentář. I. díl. Praha: Wolters Kluwer, 2017.
3. FOREJTOVÁ, M. a kol.: Ústavní soudnictví. Brno: Václav Klemm, 2014.
4. FRYŠTÁK, M.: Dokazování v přípravném řízení. Brno: MUNI, 2015.
5. GŘIVNA, T.: Soukromá žaloba v trestním řízení. Praha: Karolinum, 2005.

⁶⁵ SVOBODA, K. - TLÁŠKOVÁ, Š. - VLÁČIL, D. - LEVÝ, J. - HROMADA M. a kol.: Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 62.

⁶⁶ SVOBODA, K. - TLÁŠKOVÁ, Š. - VLÁČIL, D. - LEVÝ, J. - HROMADA M. a kol.: Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. Praha: C. H. Beck, 2020, s. 62.

⁶⁷ Např. v trestním řízení může státní zástupce vzít obžalobu zpět pouze do doby, než se prvoinstanční soud odebere k závěrečné poradě; po zahájení hlavního líčení může státní zástupce vzít zpět obžalobu jen tehdy, pokud obžalovaný netrvá na jeho pokračování (§ 182 tr. řádu).

⁶⁸ Zejména s ohledem na realizované (trestní či občanské) hmotné právo.

⁶⁹ Jde zejména o otázky prohlášení viny, dohody o vině a trestu a prohlášení skutečností za nesporné.

⁷⁰ MUSIL, J.: Styčné a rozdílné body mezi civilním a trestním procesem. In: Pocta Aleně Winterové k 80. narozeninám. Praha: Všehrd, 2018, s. 256 – 257.

6. GRIVNA, T.: Zásada rychlosti v trestním řízení, právo na projednání věci v přiměřené lhůtě a některé důsledky jejich porušení. In: FENYK, J. (ed.): Pocta Dagmar Císařové k 75. narozeninám. Praha: LexisNexis CZ, s. r. o., 2007.
7. HÁSOVÁ, J. – MORAVEC, O.: Insolvenční řízení. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 2018.
8. IVOR, J. - POLÁK, P. - ZÁHORA, J.: Trestné právo procesné I. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017.
9. JELÍNEK, J. a kol.: Trestní právo procesní. Praha: Leges, 2018.
10. JIRSA, J. a kol.: Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha II. § 79-180 občanského soudního řádu. 3. vydání. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2019.
11. JIRSA, J. a kol.: Občanské soudní řízení. Soudcovský komentář. Kniha III. (zákon č. 292/2013 Sb., o zvláštních řízeních soudních). 3. vydání. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2019.
12. KOUŘIL, I.: K postupu odvolacího soudu podle § 254 odst. 2 tr. ř. aneb k souvislostem zakládajícím širší přezkum napadeného rozsudku. Státní zastupitelství, 2016, č. 6.
13. KOUŘIL, I.: K rozhodnutí odvolacího soudu z hlediska jeho posouzení jako tzv. rozhodnutí překvapivého aneb opět k otázce přezkumu napadeného rozsudku odvolacím soudem. Státní zastupitelství, 2018, č. 6.
14. KOUŘIL, I.: Nenapadený výrok aneb může odvolací soud zrušit nepřezkoumávaný výrok rozsudku? (ke vztahu § 254 tr. ř. a § 258 tr. ř.). Státní zastupitelství, 2019, č. 5.
15. KURILOVSKÁ, L.: Základné zásady trestného konania. Účel a základní limitácia. Šamorín: Heuréka, 2013.
16. LANGER, P.: Uplatnění zákazu reformationis in peius v odvolacím řízení. Trestněprávní revue, 2006, č. 11.
17. MINÁRIK, Š. a kol.: Trestný poriadok. Stručný komentár. Bratislava: Iura Edition, 2010
18. MULÁK, J.: Základní zásady trestního řízení a právo na spravedlivý proces. Praha: Leges, 19. 2019
20. MUSIL, J.: Styčné a rozdílné body mezi civilním a trestním procesem. In: Pocta Aleně Winterové k 80. narozeninám. Praha: Všehrd, 2018.
21. PIPEK, J.: K některým profilujícím základním zásadám trestního řízení. Právní obzor, 2002, č. 4.
22. PIPEK, J.: Oficiální nebo dalekosáhle privatizované trestní řízení. Právník, 2000, č. 12
23. PÚRY, F. - SOTOLÁŘ, A.: Poznámky k rozhodování odvolacího soudu v trestním řízení po tzv. velké novele trestního řádu. Bulletin advokacie, 2003, č. 5.
24. ROMŽA, S.: Koncepcia prípravného konania. Brno: Tribun, 2010.
25. RŮŽEK, A. - CÍSAŘOVÁ, D.: Zásady rozhodování v opravném řízení. Acta Universitatis Carolinae – Iuridica 2, 1985.
26. SVOBODA, K. - TLÁŠKOVÁ, Š. – VLÁČIL, D. – LEVÝ, J. - HROMADA M. a kol.: Zákon o zvláštních řízeních soudních. Komentář. 2. vydání. Praha: C. H. Beck, 2020.
27. SVOBODA, K.: Rodičovství, osvojení a výživné dětí po rekodifikaci soukromého práva. Praha: Wolters Kluwer, a.s., 2014.
28. ŠÁMAL, P. - MUSIL, J. - KUČHTA, J. a kol. Trestní právo procesní. Praha: C. H. Beck, 2013.
29. ŠÁMAL, P. Průtahy a obstrukce v trestním řízení a jejich příčiny. Trestněprávní revue, 2020, č. 2.
30. ŠIMOVČEK, I. a kol.: Trestné právo procesné. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016.
31. WINTR, J.: Principy českého ústavního práva. 5. vydání. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020.
32. ZÁHORA, J. (ed.): Aktuálne problémy prípravného konania trestného. Praha: Leges, 2014.
33. ZÁHORA, J. (ed.): Přípravné konanie – možnosti a perspektívy. Praha: Leges, 2016.
34. ZAHRADNÍKOVÁ, R. a kol.: Civilní právo procesní. Plzeň: Aleš Čeněk, 2015.

35. ZAHRADNÍKOVÁ, R a kol.: Praktikum civilního procesu. Plzeň: Aleš Čeněk, 2020.
36. ŽILA, J.: Zásada vyhledávací v trestním řízení. Praha: Academia, 1983.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTOROV**JUDr. Jiří Mulák, Ph.D.**

Odborný asistent

Univerzita Karlova

Právnická fakulta, Katedra trestního práva

nám. Curieových 901/7, 116 40 Praha 1, Česká republika

E-mail: mulakj@prf.cuni.cz

JUDr. Vladislav Vnenk, Ph.D.

Odborný asistent

Západočeská univerzita v Plzni,

Fakulta právnická, Katedra ústavního a evropského práva,

Sady Pětatřicátníků 320/14, 301 00 Plzeň 3, Česká republika

E-mail: vnenk@vnenk.cz

POLEPŠOVACIA VÝCHOVA NA ÚZEMÍ DNEŠNÉHO SLOVENSKA OD POČIATKU 20. STOROČIA DO DRUHEJ SVETOVEJ VOJNY*

REFORMATORY TRAINING IN THE TERRITORY OF TODAY'S SLOVAKIA FROM THE BEGINNING OF THE 20TH CENTURY TO THE SECOND WORLD WAR

Dávid Pandý¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-05>

ABSTRAKT

Predložený článok sa využívaním metód analýzy a komparácie venuje výskumu polepšovacej (ochrannej) výchovy na území dnešného Slovenska v rámci pôvodne uhorskej právnej úpravy z počiatku 20. storočia a neskoršej unifikovanej československej právnej úpravy. Článok tiež skúma košické reálie výkonu ústavnej polepšovacej výchovy v skúmanom období so zameraním na transformáciu pôvodne uhorského ústavu na československú inštitúciu a približuje problémy s tým spojené.

ABSTRACT

Using the methods of analysis and comparison, the presented article deals with research of reformatory training in the territory of today's Slovakia in the framework of the originally Hungarian legal regulation from the beginning of the 20th century and the later unified Czechoslovak laws. The article also examines the realities of institutional reformatory training carried out in Košice in the researched period with a focus on the transformation of the originally Hungarian institution into a Czechoslovak institute and presents the problems associated with it.

I. ÚVOD

Stúpajúca kriminalita mládeže v Uhorsku koncom 19. a začiatkom 20. storočia a vznik nových kriminologických smerov v zahraničí viedli k spochybňovaniu efektivity a aktuálnosti právnej úpravy ukladania sankcií delikventným deťom a mladistvým v zmysle platných hmotnoprávných noriem uhorského trestného zákona V/1878 (ďalej len uhorský trestný zákon).² V ich zmysle boli vek detský (do 12 rokov) a vek mladistvý (12-16 rokov) vnímané ako dôvod trestnosť vylučujúci alebo znižujúci. V rovine sankcií to znamenalo, že voči deťom mladším ako 12 rokov nebolo vedenie trestného konania a uloženie sankcie prípustné, pričom situáciu detských delikventov trestný zákon ďalej nijakým spôsobom neriešil. Pokiaľ ide o mladistvých, ak bol tento schopný rozoznať protiprávnosť svojho konania, trestný zákon mu v zásade umožňoval uložiť sankcie rovnakého druhu ako dospelým, iba v miernejšej podobe.

* Táto práca bola podporená Agentúrou na podporu výskumu a vývoja na základe Zmluvy č. APVV-19-0419.

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

² Bližšie pozri: PANDY, D.: Ideové východiská determinujúce postavenie mladistvých v uhorskom trestnom práve v druhej polovici 19. a začiatkom 20. storočia. In: VIII. česko-slovenské právnehistorické setkání doktorandů a postdoktorandů: sborník z konference. Brno: Masarykova Univerzita, 2020, s. 249-262.

Napraviť neschopnosť uhorského hmotnoprávného trestného kódexu dostatočne reflektovať potrebu diferenciácie druhov sankcií vo vzťahu k deťom a mladistvým si za cieľ vytýčila tzv. prvá trestná novela (zák. čl. XXXVI/1908, ďalej len prvá trestná novela) a neskôr v procesnej rovine aj zák. čl. VII/1913 o súdoch mladistvých. Aj vďaka týmto normám tak bola uhorská právna úprava starostlivosti o mládež vo všeobecnosti považovaná za rozsiahlejšiu a intenzívnejšie realizovanú v porovnaní s ostatnými časťami monarchie.³ Uvedené pramene práva upravujúce nové a zreformované typy sankcií pre mladistvých pritom v dôsledku recepcie práva predstavovali právny základ postavenia mladistvých na území Slovenska aj v období medzivojnovnej Československej republiky. Míľnikom vývoja skúmanej problematiky do 2. svetovej vojny sa stal aj unifikujúci československý zákon č. 48/1931 Sb. o trestnom súdnictve nad mládežou. Cieľom tohto článku je vykonať analýzu tzv. polepšovacej výchovy ako jednej zo sankcií ukladanej mladistvým páchatelom v zmysle vyššie naznačených uhorských právnych predpisov, ako aj neskoršej unifikovanej československej právnej úpravy. V tejto súvislosti sa autor s použitím metódy komparácie pokúsi overiť hypotézu, že unifikovaná právna úprava bola na kvalitatívne vyššej úrovni ako výsledky uhorskej normotvorby. Cieľom článku je tiež priblížiť výkon polepšovacej výchovy v Komenského ústave v Košiciach a v tejto súvislosti overiť hypotézu, že preberanie štátnej moci v ňom po vzniku Československej republiky bolo spojené so značnými ťažkosťami.

II. UHORSKÁ PRÁVNÁ ÚPRAVA

Inštitút polepšovacej výchovy bol zavedený do právneho poriadku platného na území Slovenska už uhorským trestným zákonom, jeho normatívna úprava bola však značne úzka. Obmedzovala sa iba na to, že vo vzťahu k mladistvým (12-16), ktorí nedokázali rozoznať protiprávnosť svojho konania trestný zákon pripúšťal ich umiestnenie do polepšovacieho ústavu najviac však do dovŕšenia ich 20. roku života (§ 84, ods. 2), ako aj to, aby osoby mladšie ako 20 rokov v ňom výnimočne vykonali uložený trest odňatia slobody v rozsahu 6 mesiacov, ktorý by inak vykonali v samoväzbe (§ 42).

Bola to až vyššie naznačená prvá trestná novela, ktorá v principiálnej aj vo vlastnej normatívnej rovine podstatne transformovala charakter a využívanie skúmaného inštitútu. V prvom rade je potrebné poznamenať, že prvá trestná novela nanovo upravila predpoklady trestnej zodpovednosti mladistvých. V zmysle jej ustanovení došlo k navýšeniu hornej hranice veku mladistvosti z pôvodných 16 na 18 rokov, dolná hranica pritom ostala zachovaná na dvanástich rokoch. Predpokladom trestnej zodpovednosti sa tiež stáva *"rozumová a mravná vyspelosť mladistvého potrebná k jeho trestnej zodpovednosti."*

Ako sme naznačili v úvode, prvá trestná novela tiež zaviedla nový diapazón sankcií adresovaných skúmanej vekovej kategórii páchatelov (12-18).⁴ Možnosť uloženia tohto druhu sankcie sa pritom odvíjala od danosti alebo absencie uvádzanej rozumovej a mravnej vyspelosti mladistvého potrebnej k jeho trestnej zodpovednosti.

Ak táto absentovala, prvá trestná novela umožňovala mladistvému uložiť: a) domáci dozor, b) domáce alebo školské trestanie alebo c) polepšovaciú výchovu v prípade *"ak je v jeho doterajšom prostredí vystavený mravnej skaze alebo sa vydal cestou úpadku"*. V prípade ak mladistvý bol nositeľom uvádzanej rozumovej a mravnej vyspelosti, trestná novela pripúšťala uloženie: a) súdneho pokarhania, b) prepustenia na skúšku, c) polepšovacej výchovy a napokon d) trestu odňatia slobody. Polepšovacia výchova ako sankcia ukladaná súdom teda prichádzala

³ FICO, M.: Ľudský vek ako okolnosť vylučujúca trestnú zodpovednosť v procese unifikácie československého trestného práva. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 9, 2017, č. 1-2, s. 48.

⁴ Pre úplnosť dodávame, že systém sankcií dotváral aj zák. čl. VII/1913, komplexná analýza všetkých opatrení však presahuje účel tohto článku, preto sa jej bližšie nevenujeme.

do úvahy vo vzťahu ku všetkým mladistvým, bez ohľadu na úroveň ich rozumovej a mravnej vyspelosti.

Výkonu polepšovacej výchovy sa však mohli podriaďovať aj osoby mladšie ako 18 rokov, ktoré sa nedopustili trestného činu, ale v ich prostredí boli vystavení mravnej skaze alebo sa vydali cestou úpadku a to na žiadosť otca vykonávajúceho otcovskú moc, poručníka či prípadne iného úradu, inštitúcie, spolku, či osoby so súhlasom otca alebo poručníka.

Polepšovaciú výchovu je možné v kontexte skúmaných ustanovení vnímať ako "prednostné opatrenie" a to vo vzťahu k evidentnej subsidiarite trestu odňatia slobody, ktorý bolo možné mladistvému (disponujúcemu potrebnou rozumovou a mravnou vyspelosťou) uložiť len *"ak je potrebné prísnejšie opatrenie..."*.⁵ V tejto súvislosti pre úplnosť dodávame, že trestná novela rozlišovala aj dodatočnú polepšovaciú výchovu, ktorá sa mala vykonať po výkone trestu odňatia slobody ak *"od nej bolo možné očakávať podstatné mravné pretvorenie"*.⁶

V komparácii s uhorským trestným zákonom teda došlo jednak k rozšíreniu okruhu subjektov, ktorým mohla byť táto sankcia uložená a taktiež k zmene jej charakteru z pôvodne výnimočného, dopĺňujúceho na prioritne ukladané opatrenie. V zmysle prvej trestnej novely sa pritom *"pri výbere opatrenia berú do úvahy: osobitosti mladistvého, stupeň rozumovej a mravnej vyspelosti, životné pomery a všetky ostatné okolnosti. Ním zodpovedajúc súd spomedzi opatrení vymedzených v bodoch 1-4 § 17 zvolí v medziach zákona to, ktoré sa javí najviac želateľným z pohľadu zabezpečenia budúceho správania a mravného rozvoja mladistvého."* V uvádzanom ustanovení sa odzrkadľuje ideové pozadie prvej trestnej novely ovplyvnené pozitivistickými kriminologickými smermi, ktoré sa spočíva v tom, že pre súd boli pri výbere optimálneho opatrenia primárne rozhodujúce osobné pomery mladistvého a už nie charakter (závažnosť) spáchaného skutku.

Účelom polepšovacej výchovy nemalo byť trestanie a represia, ale toto opatrenie predstavovalo nástroj na výchovu páchatel'a k práci a na jeho pretvorenie.⁷ Podľa Bencsika predstavovala *"polepšovacia výchova najdôležitejší nástroj pre výchovu a správny rozvoj mravnej a rozumovej vyspelosti mladistvých."*⁸ Lőrincz uvádza, že nešlo o trest, ale *"preventívny zásah spôsobilý na nápravu životnej cesty mladistvého"*, pričom *"úlohou tohto zásahu bolo jednak mladistvého vymaniť z doterajšieho škodlivého prostredia, ako aj korigovať dovtedajšiu chybnú výchovu"*.⁹

Vyplýva to zo samotných zákonných ustanovení v zmysle ktorých *"Súd nariadi polepšovaciú výchovu, ak je mladistvý vo svojom doterajšom prostredí vystavený nebezpečenstvu skazy, započal jeho úpadok, alebo v záujme rozumového a mravného rozvoja sa ochranná výchova ukazuje potrebnou z iného dôvodu."*¹⁰

Angyal uvádza, že ochrannú výchovu pritom bolo možné uložiť takým mladistvým páchatel'om, pri ktorých v záujme ich budúceho správania sa a mravného rozvoja je možné očakávať úspech len pri dlhšiu dobu trvajúcej neustálej ústavnej starostlivosti.¹¹ V zmysle litery zákona pritom *"Polepšovaciú výchovu súd nariadi na neurčitú dobu, nesmie však trvať po prekročení 21. roku života mladistvého."*¹² Dĺžku ochrannej výchovy teda trestná novela súdu ani neumožňovala stanoviť, a to vychádzajúc z presvedčenia zákonodarcu o tom, že ju stanoviť

⁵ § 26, ods. 1 Trestnej novely.

⁶ § 28, zák. čl. XXXVI/1908.

⁷ PALGUTA, V.: Fiatalkorúak és a büntetőnovella. In: Jogtörténeti szemle, roč. 30, 2016, č. 1, s. 64.

⁸ BENCSIK, J.: Egyes rendelkezések ismertetése a fiatalkorúak bíróságáról (1913: VII. t.-c.). In: Bűnügyi szemle, roč. 4, 1915, č.3, s. 101.

⁹ LŐRINCZ, J.: A fiatalkorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle, roč. 21, 2002, č. 2, s. 58.

¹⁰ Zák. čl. XXXVI: 1908, § 24, ods. 1.

¹¹ ANGYAL, P.: Fiatalkorúak és büntetőnovella. Budapest: Athenaeum, 1912, s. 97.

¹² Zák. čl. XXXVI: 1908, § 24, ods. 2.

presne ani nemožno. Podľa Edvi Illésa cieľ ochrannej výchovy a teda *"pretvorenie charakteru, posilnenie ušľachtilých sklonov, zabrzdenie prízemných vášní, spevnenie schopnosti odolávať citovým podnetom"* je možné dosiahnuť u jednotlivých mladistvých v rozličnom časovom horizonte a preto jej trvanie vopred ohraničiť nemožno.¹³ Trestná novela však priamo vymedzovala objektívnu lehotu trvania polepšovacej výchovy a to najdlhšie do dovŕšenia 21. roku veku. Systematickým výkladom pritom môžeme odvodiť aj minimálnu (subjektívnu) lehotu pre jej trvanie a to z ustanovení o skúšobnom prepustení z polepšovacej výchovy (viď nižšie) v dĺžke jedného roka. Dĺžka trvania ochrannej výchovy teda v zásade závisela od veku páchatel'a v čase začiatku jej výkonu, nemohla však trvať menej ako jeden rok. To odôvodňovala jej výchovná podstata, ktorá v kratšom trvaní nemala zmysel. Toto opatrenie teda z uvedeného dôvodu nebolo indikované pri páchatel'och starších ako 20 rokov. Niektorí autori poukazujú na prípady, kedy z dôvodu pobytu v cudzine nebolo možné na mladistvých ochrannú výchovu vykonať a po ich návrate ostávalo do dovŕšenia 21. roku ich veku menej ako rok. Navrhovali preto, aby súdy páchatel'om vo veku 16-17 rokov ukladali ochrannú výchovu skôr výnimočne – jednak z vyššie naznačeného dôvodu, ako aj z obavy o jej efektívnosť v tejto vekovej kategórii.¹⁴

Trestná novela umožňovala, aby sa polepšovacia výchova vykonávala okrem štátnych polepšovni aj v iných štátnych zariadeniach slúžiacich na obdobný účel, najmä v detských azyloch (*gyermekmenhely*), alebo aj v iných zariadeniach vhodných na tento cieľ a to predovšetkým z kapacitných dôvodov.¹⁵ Na jej výkon bolo možné využiť aj zariadenia spolkov či súkromných osôb. Tieto súkromné zariadenia boli podriadené ich zriaďovateľovi, ale odborný dohľad nad nimi vykonával minister spravodlivosti.¹⁶ Výber zariadenia, do ktorého bude mladistvý umiestnený pritom neuskutočňoval súd, ale opäť minister spravodlivosti. Smerodajným mal byť princíp, že *"skazenejší odsúdení vyžadujúci prísnejší prístup vykonávali ochrannú výchovu v polepšovacích zariadeniach, miernejší prístup vyžadujúci trestanci zas v detských azyloch a súvisiacich doplnujúcich zariadeniach."*¹⁷

1. Výkon polepšovacej výchovy podľa uhorskej právnej úpravy

Spôsob realizácie a podrobné pravidlá výkonu polepšovacej výchovy ustanovovalo nariadenie ministra spravodlivosti 27.200/1909 I.M. Z uvádzanej právnej úpravy vyvodzujeme nasledovné fázy ústavnej polepšovacej výchovy: 1. prijatie, 2. pozorovanie, 3. výchova a 4. prepustenie.

Prvá fáza polepšovacej výchovy, ktorá začínala po dodaní mladistvého do ústavu bola tvorená úvodným pohovorom, založením dokumentácie o chovancovi a vstupným zdravotným vyšetrením. Úvodný pohovor realizoval s chovancom riaditeľ ústavu alebo jeho zástupca. Dôverný rozhovor sa zameriaval na chovancovu minulosť a rodinné pomery, viedol k oboznámeniu chovanca s pravidlami ústavu a jeho obsahom bolo tiež upozornenie chovanca na skutočnosť, že dĺžka jeho v pobyte v ústave závisí od jeho vlastného správania: *"... nech mu jasne a ľahko zrozumiteľne vysvetlí, že ak preukáže vytrvalú usilovnosť a bezvýhradné správanie, presne dodrží pravidlá ústavu, bude ho možné podmiennečne prepustiť skôr, kým v opačnom prípade ho bude možné zadržiavať v ústave do dovŕšenia 21. roku veku."*¹⁸ Chovanec

¹³ EDVI ILLÉS, K.: Büntetőnovella zsebkönyve. 4. vydanie. Budapest: Révai testvérek irod. intézet b.t. kiadása, 1910, s. 163.

¹⁴ ANGYAL, P.: Fiatakorúak és büntetőnovella. Budapešť: Athenaeum, 1912, s. 99.

¹⁵ Dôvodová správa Ministerstva spravodlivosti k Zák. čl. XXXVI:1908, Coropus Iuris Hungarici, 1908 évi törvények. Budapest: Franklin-Társulat, 1909, s. 864.

¹⁶ LŐRINCZ, J.: A fiatakorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle, roč. 21, 2002, č. 2, s. 62.

¹⁷ EDVI ILLÉS, K.: Büntetőnovella zsebkönyve. 4. vydanie. Budapest: Révai testvérek irod. intézet b.t. kiadása, 1910, s. 167.

¹⁸ § 33 nar. 27.200/1909 I.M.

mal následne absolvovať vstupnú lekársku prehliadku za účelom zistenia resp. vylúčenia nákazlivých chorôb alebo tehotenstva. Na základe obsahu spisu, osobného pohovoru a lekárskeho vyšetrenia dochádzalo k vystaveniu príslušnej dokumentácie o chovancovi vrátane vyhotovenia fotografie. Po podrobení sa hygiene obdržal chovanec ústavnú rovnošatu, pričom jeho nepoužiteľné šatstvo bolo zničené, použiteľné šatstvo po dezinfekcii uskladnené alebo zaslané rodinným príslušníkom a cennosti uložené do úschovy.

Pri prechode do fázy pozorovania dochádzalo k vytvoreniu tzv. *skúšobnej rodiny* zloženej z najviac dvadsiatich novoprijatých chovancov. Cieľom tejto fázy bolo zistiť povahu a mravné nedostatky chovanca a určiť pre neho smer vlastnej polepšovacej výchovy. Fáza pozorovania teda trvala do dosiahnutia cieľa podľa predchádzajúcej vety, najviac však 6 mesiacov. Počas pozorovania dochádzal chovanec z personálu do styku s tzv. vedúcim skúšobnej rodiny, riaditeľom ústavu a duchovným. Rozhodujúcu úlohu pritom podľa nášho názoru zohrával samotný riaditeľ ústavu, ktorého úlohou bolo "zistiť spôsob myslenia, zvyky, chuť k nejakému povolaniu, zabezpečiť jeho oboznámenie sa s ústavnými dielňami, aby dostal chuť k niektorej činnosti pestovanej v ústave."¹⁹ Už počas fázy pozorovania boli chovanci podrobení vzdelávaniu a výkonu domácich alebo iných prác.

Po fáze pozorovania nasledovala fáza vlastnej polepšovacej výchovy, ktorá bola v ústave organizovaná v tzv. *výchovných rodinách*. S rozsahom maximálne 30 osôb združovala výchovná rodina chovancov vykonávajúcich rovnaký druh práce, podobného veku a obdobného dovtedajšieho spôsobu života. Pravidlá ústavu však mohli ustanoviť aj ďalšie spôsoby triedenia chovancov najmä podľa ich správania s možnosťou "prestupu" z horšej skupiny s prísnejším režimom do lepšej skupiny s miernejším režimom alebo naopak, motivujúc tak chovancov k náprave. Fáza samotnej polepšovacej výchovy teda začínala vtedy, keď sa zistili tie vlastnosti chovanca, ktoré ho umožnili preradiť zo *skúšobnej rodiny* v pozorovacej fáze do tej-ktorej *výchovnej rodiny*, započajúc tak vlastnú polepšovaciu výchovu. Na čele každej rodiny stál "vedúci rodiny", ktorý mal tráviť čas s chovancami po celý deň. "*Úloha vedúceho rodiny je v rodine taká istá, ako úloha otca v rodine. On vedie vnútorný život rodiny podľa domového poriadku ústavu*".²⁰ Vo výchove mu pomáhali "vedúci práce". Čas trávený v ústave v rámci výkonu polepšovacej výchovy delíme na: čas školský, čas pracovný a čas ostatný. Denný harmonogram určoval riaditeľ ústavu tak, aby mladiství mali na spánok najmenej osem hodín, na stravu, hry a oddych najmenej štyri hodiny a zvyšný čas bol vyhradený výučbe a práci. Výučba sa zameriavala najmä na učivo ročníkov povinnej školskej dochádzky, okrem nej však boli chovanci vzdelávaní aj vo všeobecne prospešných praktických sférach ako zdravotníctvo, verejná správa či geografia. Okrem toho bolo možné vyučovať aj teoretickú prípravu vo vzťahu k priemyselnej alebo poľnohospodárskej práci vykonávanej v ústave. Výučbu vykonával vedúci rodiny, pričom vedomosti chovancov overoval na konci školského roka riaditeľ ústavu skúšaním. Pokiaľ ide o pracovnú činnosť, tá mala "*okrem rozvoja charakteru a zúšľachtovania mravnosti navyknúť chovancov na pravidelnú prácu a vytvoriť pevný základ pre ich budúcu obživu*"²¹ pričom "*chovancov (bolo) treba určenou prácou zamestnávať tak, aby v nej po prepustení pokračovali s možnosťou zárobku*".²² Pracovná činnosť teda nemala hospodársku, ale vzdelávaciu funkciu. Bola v zásade poľnohospodárskeho alebo priemyselného charakteru, pričom dievčatá mali byť vychovávané v prvom rade k domácim prácam. V snahe motivovať chovancov k práci a podnecovať ich k šetreniu patrila za pracovnú činnosť odmena. Počas dní pracovného pokoja výučba a práca neprebiehala a

¹⁹ § 39 nar. 27.200/1909 I.M.

²⁰ § 46 nar. 27.200/1909 I.M.

²¹ § 81 ods. 2 nar. 27.200/1909 I.M.

²² § 84 ods. 1 nar. 27.200/1909 I.M.

chovanci sa mali zúčastňovať na omši a zdokonaľovať sa v speve, hudbe či kresbe alebo mali vykonávať iné užitočné činnosti. Tieto dni slúžili aj na prijímanie návštev a na písanie listov.

Poslednou etapou polepšovacej výchovy bolo prepustenie. Prepustenie vnímame ako samostatnú etapu z dôvodu, že okrem tzv. konečného prepustenia právna úprava rozlišovala aj prepustenie skúšobné, trvajúce po dlhší čas, nakoľko bolo spojené s plynutím skúšobnej doby. Konečné prepustenie malo absolútny charakter a nastávalo ak chovanec dovŕšil 21. rok veku (či už počas pobytu v ústave alebo počas plynutia skúšobnej doby) alebo ak po jeho skúšobnom prepustení uplynula skúšobná doba bez výhrad. Skúšobné prepustenie malo samozrejme relatívny charakter, keďže správanie chovanca počas skúšobnej doby pred dovŕšením 21. roku veku mohlo byť podnetom pre jeho opätovné prijatie do ústavu. V zmysle prvej trestnej novely *"Ak mladistvý, ktorý vykonáva polepšovaciú výchovu bol v zariadení umiestnený po dobu aspoň jedného roka a javí sa byť úplne napraveným, v súčinnosti s dohliadajúcim orgánom ho môže minister spravodlivosti skúšobne prepustiť na skúšobnú dobu 2 rokov."*²³ Procesný postup vedúci ku skúšobnému prepusteniu začínal predovšetkým návrhom riaditeľa ústavu adresovaným tzv. dohliadajúcemu orgánu²⁴, ktorý následne návrh sprostredkoval ministrovi spravodlivosti. Žiadať skúšobné prepustenie bol však oprávnený aj samotný mladistvý alebo jeho zákonný zástupca. Takúto písomnú žiadosť alebo zápisničné zachytenie ústnej žiadosti bolo potrebné predložiť dohliadajúcemu orgánu aj vtedy, ak riaditeľ ústavu dôvody na skúšobné prepustenie nepovažoval za dané. Pred podaním svojho návrhu na skúšobné prepustenie riaditeľ vypočul personál, ktorý prichádzal do styku s adeptom na prepustenie a vykonal potrebné opatrenia pre zabezpečenie jeho životných podmienok po prepustení. V zmysle ministerského nariadenia totiž: *"Pokým nie je umiestnenie chovanca po skúšobnom prepustení zabezpečené, návrh na jeho prepustenie nie je možné podať."*²⁵ Princíp skúšobného prepustenia bol podľa dôvodovej správy ten istý ako pri podmienечnom prepustení z výkonu trestu. Aj v tomto prípade bolo totiž žiaduce, aby mladistvý po získanej výchove bol po určitý čas pod dohľadom. Trvanie skúšobnej doby vymedzovala prvá trestná novela pevne na dva roky, čo predstavovalo dvojnásobok trvania skúšobnej doby pri prepustení na skúšku. Dôvodom bola skutočnosť, že súd v zásade ukladal polepšovaciú výchovu v porovnaní s prepustením na skúšku vo vážnejších prípadoch, mravne viac ohrozeným páchatelom vyžadujúcim trvácejší dohľad.²⁶ Angyal v tejto súvislosti uvádza, že pokiaľ ide o priebeh skúšobnej doby, ten sa výrazne nelíšil od skúšobnej doby pri prepustení na skúšku, keďže aj v tomto prípade dohľadom poverená osoba dohliadala na správanie mladistvého a v prípade porušenia pravidiel bezodkladne podala dohliadajúcemu orgánu hlásenie.²⁷ Dohľad na mladistvým v skúšobnej dobe vykonával najmä patrón (probačný úradník). Dôsledkom oznámenia patróna o nevedení riadneho života mladistvým v skúšobnej dobe bolo podanie návrhu ministrovi spravodlivosti na nariadenie návratu mladistvého do ústavu. Orgánom rozhodujúcim o skúšobnom prepustení, ako aj o pokračovaní v polepšovacej výchove bol teda minister spravodlivosti ako predstaviteľ exekutívy a nie súd. Edvi Illés v tejto súvislosti uvádza, že hoci na vyslovenie viny alebo uloženie obmedzenia osobnej slobody síce môžu byť povolané iba nezávislé súdy, zverenie vyššie uvádzaných oprávnení týkajúcich sa skúšobného prepustenia exekutive nie je možné považovať za rozporné so základnými slobodami, pretože týmito právnymi aktami nedochádza

²³ Zák. čl. XXXVI: 1908, § 25, ods. 1.

²⁴ Zriadenie dohliadajúceho orgánu predvídala § 31 prvej trestnej novely pri každom polepšovacom ústave a väznici určenej na prijatie mladistvých.

²⁵ § 115, ods. 5. nar. 27.200/1909 I.M.

²⁶ Dôvodová správa Ministerstva spravodlivosti k Zák. čl. XXXVI/1908, *Corpus Iuris Hungarici*, 1908 évi törvénycikkek. Budapest: Franklin- Társulat, 1909, s. 865.

²⁷ ANGYAL, P.: *Fiatalkorúak és bűntörténetek*. Budapest: Athenaeum, 1912, s. 99.

k ďalšiemu obmedzeniu osobnej slobody ale len "k poskytnutiu a prípadnému odňatiu určitej výhody v záujme spoločnosti a páchatela."²⁸

Uhorská právna úprava polepšovacej výchovy bola podľa nášho názoru vypracovaná na vysokej kvalitatívnej úrovni. Polepšovacia výchova ako druh sankcie pritom tvorila logický prvok systému opatrení na nápravu mladistvých. Predpoklady jej využívania boli v právnej úprave logicky a zrozumiteľne zadefinované a podmienky a spôsob jej výkonu bol podrobne prepracovaný.

Po vzniku Československej republiky došlo k recepcii právneho poriadku zanikajúcej monarchie zákonom č. 11/1918 Sb. o zriadení samostatného štátu československého, presnejšie jeho paragrafom 2, v zmysle ktorého: " *Veškeré dosavadní zemské a říšské zákony a nařízení zůstávají prozatím v platnosti.*" Jednou z najväčších výziev novoustanoveného štátu bolo počas celého medzivojnového obdobia odstránenie právneho dualizmu unifikáciou právneho poriadku. Na poli trestného práva ku komplexnej unifikácii v medzivojnovom období nedošlo²⁹, unifikácia však bola úspešná čiastočne, a to práve v oblasti trestného práva mladistvých.

III. ZÁKON O TRESTNOM SÚDNICTVE NAD MLÁDEŽOU

Zákon č. 48/1931 Sb. o trestnom súdnictve nad mládežou (ďalej len ZoTSM) bol úspešným výsledkom čiastkovej unifikácie medzivojnového československého trestného práva. Vládny návrh zákona vznikol za priamej a priebežnej účasti významných teoretikov trestnoprávnej vedy, z pražskej fakulty prof. Augusta Miříčku a z Brna prof. Jaroslava Kallaba.³⁰ ZoTSM navýšil dolnú vekovú hranicu trestnej zodpovednosti na 14 rokov, v nadväznosti na čo rozlišoval medzi trestne nezodpovednými nedospelými (0-14) a mladistvými (14-18), pri ktorých bola predpokladom ich trestnej zodpovednosti aj schopnosť rozpoznať protiprávnosť činu a ovládať svoje konanie. Inštitút polepšovacej výchovy je v intenciách unifikovanej právnej úpravy označovaný ako ochranná výchova³¹ a spolu s ochranným dozorom predstavujú tzv. výchovné opatrenia³² vytvárajúc spolu s trestom odňatia slobody (tzv. zavretím) a peňažným trestom systém prostriedkov pre nápravu mladistvých.

ZoTSM rozlišoval tri stupne výchovných opatrení: ochranný dozor, ochrannú výchovu rodinnú a ochrannú výchovu ústavnú. "Ochranný dozor nariadi súd, ak uzná, že je síce nutné intenzívnejšie dohliadať na riadnu výchovu mladistvého, avšak nie je treba vziať ho z jeho doterajšieho prostredia, predovšetkým jeho vlastnej rodiny. Ak je nutné vymaniť neplnoletého z nepriaznivého vplyvu jeho okolia, nariadi súd ochrannú výchovu. Tá bude vykonávaná pod dohľadom súdu buď v inej rodine alebo, najmä tam, kde bude treba prísnejšej disciplíny, vo výchovni."³³ Československá právna úprava teda na rozdiel od uhorskej rozlišovala rodinnú a ústavnú ochrannú výchovu.

Ochrannú výchovu bolo možné v zmysle ZoTSM mladistvému uložiť primárne:

²⁸ EDVI ILLÉS, K.: Bűntetőnovella zsebkönyve. 4. vydanie. Budapest: Révai testvérek irod.intézet b.t.kiadása, 1910, s. 165.

²⁹ K unifikácii trestného práva hmotného bližšie pozri: FICO, M.: Základy trestnej zodpovednosti v procese unifikácie trestného práva medzivojnovéj Československej republiky. Košice: ŠafárikPress, 2020. 170 s. ISBN 978-80-8152-840-8.

³⁰ FENYK, J. - CÍSAŘOVÁ, D.: Meziválečné trestní právo a věda trestního práva v Československu. In: Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918-1938) a jejich místo ve Střední Evropě, svazek 2. Praha: Karolinum, 2010, s. 830.

³¹ V zmysle § 69 ZoTSM sa: "polepšovacia ústavná výchova, ktorú nariadil, alebo ktorej prípustnosť vyslovil súd (poručenský úrad) podľa zákona zo dňa 24. mája 1885 č. 89 a 90 ř.z., alebo podľa zákonných článkov XXXVI/1908 a VII/1913 sa mení na ochrannú výchovu podľa tohto zákona..."

³² Odôvodnenia vládneho návrhu zákona o trestnom súdnictve nad mládežou. In: MIŘIČKA, A. - SCHOLZ, O.: O trestním soudnictví nad mládeží. Praha: Československý kompas, 1932, s. 47.

³³ Odôvodnenia vládneho návrhu zákona o trestnom súdnictve nad mládežou. In: MIŘIČKA, A. - SCHOLZ, O.: O trestním soudnictví nad mládeží. Praha: Československý kompas, 1932, s. 48.

- poručenským súdom (úradom) v prípade oslobodenia mladistvého alebo ak súd získal vedomosť o potrebe jej uloženia mladistvému inak,³⁴
- trestným súdom definitívne: v prípade vyslovenia viny súčasne s upustením od potrestania alebo spolu s uložením podmieneného trestu alebo nepodmieneného trestu; tiež trestným súdom dočasne: až do rozhodnutia poručenského súdu, ak je k tomu naliehavá potreba pri oslobodení mladistvého alebo ak sa trestný súd dozvie, že je takéto opatrenie potrebné a nie je možné sa ihneď dovolať rozhodnutia poručenského súdu.³⁵

O ukladaní ochrannej výchovy hovoríme aj v rovine sekundárnej a to:

- pri podmienenom prepustení z trestu odňatia slobody (trest zavretia), kedy sa ochranná výchova alebo ochranný dozor ukladali obligatórne,
- pri riadnom prepustení z trestu zavretia, kedy sa ochranná výchova alebo ochranný dozor ukladali fakultatívne. V oboch prípadoch o tom rozhodovala tzv. dozorná rada príslušného ústavu na výkon trestu.

Ústavná ochranná výchova sa vykonávala vo verejných ústavoch a so súhlasom ministra sociálnej starostlivosti aj v súkromných ústavoch. Ústav, v ktorom sa vykonávala ochranná výchova sa označoval ako výchovňa³⁶, ktorú je potrebné rozlišovať od polepšovne ako ústavu na výkon trestu zavretia presahujúceho 6 mesiacov. Aj pri výchovniach sa zriaďovala tzv. dozorná rada, *"...ktorá sa skladala zo sudcu, ako jej predsedu a dvoch osôb činných v ochrannej starostlivosti o mládež ako prísediach."*³⁷ Významným okruhom pôsobnosti dozornej rady bolo rozhodovanie o prepustení chovancov. Ochranná výchova bola totiž rovnako ako v zmysle uhorskej právnej úpravy neurčitého trvania a *"...potrvá tak dlho, pokiaľ to jej účel, totiž polepšenie mladistvého vyžaduje"*. V nadväznosti na to platilo, že *"Keďže odkázanie do ústavnej ochrannej výchovy nedeje sa nikdy na určitú dobu, ale na dobu pokiaľ to vyžaduje jej účel, nikdy však nie viac ako do dokonania dvadsiateho prvého roku, je nutné o prepustení vždy osobitne rozhodnúť, a toto rozhodnutie prislúcha dozornej rade"*.³⁸

Pokiaľ ide o spôsob výkonu ochrannej výchovy, ZoTSM obsahuje blanketovú normu, ktorá predvída prijatie samostatného zákona o výkone ochrannej výchovy. Do jeho prijatia mal byť výkon ochrannej výchovy upravený vládnom nariadením podľa zásad stanovených v ZoTSM. Vo vládnom nariadení z 11. decembra 1931 č. 195 Sb. z. a n., ktorým sa vykonáva ZoTSM, však vo vzťahu k výkonu ochrannej výchovy nachádzame iba v čast' IX. upravujúcu "Remeselnú výuku vo výchovniach a v polepšovniach". Domnievame sa pritom, že avizovaný zákon do rozpadu medzivojnovkej republiky prijatý nebol. Naznačuje to aj Čič, ktorý uvádza³⁹, že *"V čase prijatia zákona č. 48/1931 Sb. zák. a nar. sa ešte počítalo s tým, že otázku ochranného dozoru a ochrannej výchovy upraví osobitne zákon o ochrannej výchove..."* Na rozdiel od výkonu ochrannej výchovy bol výkon trestu zavretia podrobne upravený a to vo výnose ministerstva spravodlivosti č. 41209/31. Avšak v prípade, ak sa malo zavretie (trest odňatia slobody) vykonať vo výchovni, v plnej miere platil domový poriadok ústavu.⁴⁰ Vzhľadom na vyššie uvedené sa preto domnievame, že konkrétne otázky výkonu ochrannej výchovy mohli byť tiež ponechané úprave domového poriadku ústavu (výchovne).

³⁴ KALLAB, J.: Stručný výklad zákona z 11. března 1931 č. 48 Sb. z. a n. O trestním soudnictví nad mládeží. Brno: Československý akademický spolek Právník, 1931, s. 15.

³⁵ KALLAB, J.: Stručný výklad zákona z 11. března 1931 č. 48 Sb. z. a n. O trestním soudnictví nad mládeží. Brno: Československý akademický spolek Právník, 1931, s. 24.

³⁶ § 12, ods. 2 ZoTSM.

³⁷ § 62, ods. 3 ZoTSM.

³⁸ KALLAB, J.: Stručný výklad zákona z 11. března 1931 č. 48 Sb. z. a n. O trestním soudnictví nad mládeží. Brno: Československý akademický spolek Právník, 1931, s. 26.

³⁹ ČIČ, M.: Ochranná výchova v československom trestnom práve. Bratislava: Obzor, 1971, s. 34.

⁴⁰ Výnos ministerstva spravodlivosti zo dňa 11. septembra 1931 č. 41209/31 o výkone trestu zavretia, § 69.

Vo výchovniach, ako je zrejmé z doterajšieho výkladu sa teda vykonávala predovšetkým ochranná výchova, za splnenia určitých podmienok však aj trest zavretia. *"Tresty zavretia do šiestich mesiacov, po ktorých má nasledovať ochranná výchova vo výchovni alebo ktoré sa majú vykonať na chovancoch výchovne, majú byť spravidla vykonávané vo výchovni, v ktorej sa vykonáva alebo má byť vykonaná ochranná výchova. Vo všetkých ostatných prípadoch je k výkonu trestu zavretia vo výchovni potrebný súhlas ministra spravodlivosti."*⁴¹ Nad rámec uvedeného Výnos ministerstva spravodlivosti č. 37.775/1931 ustanovoval, že tresty uložené osobám mužského pohlavia súdmi v obvode Vrchného súdu v Košiciach sa budú vykonávať vo väznici Krajského súdu v Košiciach, pričom toto oddelenie sa zároveň umiestňuje do Komenského ústavu v Košiciach a podriaďuje správe riaditeľstva tohto ústavu.⁴²

IV. KOMENSKÉHO ÚSTAV V KOŠICIACH

Dejiny Komenského ústavu v Košiciach sa začínajú písať v roku 1896, kedy sa uhorské ministerstvo spravodlivosti uznieslo na zriadení ústavu pre výchovu opustenej mládeže v severnom Uhorsku.⁴³ Prvý štátny polepšovací ústav bol pritom v Uhorsku zriadený už v roku 1884 v Aszóde (Peštianska župa), následne v roku 1886 v Kluži (Kolozsvár), v roku 1890 ústav pre dievčatá v Rákospalote (dnes mestská časť Budapešti), v roku 1895 v Stoličnom Belehrade a napokon v Košiciach, kde bol ústav svojmu účelu odovzdaný v roku 1903.⁴⁴ *"Kapacita piatich ústavov predstavovala spolu 980 miest, pričom problémy s umiestňovaním chovancov sa začali prejavovať až od 90-tych rokov. Čoraz viac narastajúce problémy s kapacitou navyšovalo to, že v dôsledku nedostatku vhodných inštitúcií polepšovacie ústavy prijímali okrem mladistvých odkázaných do ústavov súdmi, aj mladistvých vyžadujúcich po dlhší čas trvajúcu nútenú výchovu a to na žiadosť ich rodičov alebo poručníkov."*⁴⁵ Je tak možné domnievať sa, že podnetom k zriadeniu košického ústavu bola najmä snaha riešiť črtajúci sa kapacitný nedostatok vtedajších polepšovacích ústavov v Uhorsku.

Vznik Československej republiky a preberanie moci československou vládou nad územím dnešného Slovenska neprebíhalo jednoducho. Výskumom dostupných prameňov je možné dospieť k záveru, že uvedené platilo rovnako aj vo vzťahu ku preberaniu správy československým štátom nad košickým ústavom. V tejto súvislosti pozorujeme dva okruhy problémov a to: personálne a materiálne.

Preberanie správy nad košickým ústavom nastalo predovšetkým personálnymi zmenami vo vedení ústavu a to 15. februára 1919, kedy na pozíciu hospodárskeho správcu nastúpil Edmund Borek a technickým správcom sa stal Kašpar Baluška-Mészáros.⁴⁶ Dovtedy bolo v ústave ešte stále maďarské vedenie zosobnené riaditeľom Fürstom.⁴⁷ Právny základ transformácie ústavu do nových pomerov predstavovalo nariadenie vlády č. 136 z 22. februára 1919 o premene štátnej polepšovne v Košiciach, vydané Vavrom Šrobárom, ministrom Československej republiky s plnou mocou pre Slovensko. Jeho § 1 znel: *"Štátnu polepšovňu v Košiciach "Állami javító-nevelő intézet" premenúvam na Komenského ústav pre výchovu opustenej mládeže. Sídlo*

⁴¹ Výnos ministerstva spravodlivosti zo dňa 11. septembra 1931 č. 41209/31 o výkone trestu zavretia, § 3, ods. 1, 2.

⁴² Výnos ministerstva spravodlivosti zo dňa 1. septembra 1931 č. 37.775, č. 18. Věst, čl. II, bod 8.

⁴³ STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 18.

⁴⁴ LŐRINCZ, J.: A fiatalkorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle, roč. 21, 2002, č. 2, s. 58.

⁴⁵ LŐRINCZ, J.: A fiatalkorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle, roč. 21, 2002, č. 2, s. 58.

⁴⁶ STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 18.

⁴⁷ VÍTEZ, J.: První počátky ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 12.

ústavu je v Košiciach." Je možné zhodnotiť, že toto nariadenie malo všeobecný a dočasný charakter a vo svojich jedenástich paragrafoch za účelom zachovania kontinuity ústavu vymedzovalo iba základné otázky jeho ďalšieho fungovania. Za osobitne významné považujeme v tomto kontexte ustanovenie § 9 citovaného nariadenia, ktoré riešilo budúce personálne fungovanie ústavu. V jeho zmysle *"úradníci a zamestnanci doterajšej štátnej polepšovne v Košiciach majú právo žiadať o miesto v ústave novo organizovanom, a to po zverejnenom konkurze, a pri rovnakej kvalifikácii majú prednosť pred inými žiadateľmi."* V praxi sa však personálna transformácia ústavu vyvíjala problematicky. Stuna, neskorší riaditeľ ústavu uvádza⁴⁸, že *"vedenie ústavu s dovtedajším maďarským personálom bolo veľmi ťažké, javil sa vo valnej väčšine sklon ku komunizmu, tiež niektorí odopreli zložiť sľub vernosti, takže muselo sa prikrčiť dňa 15. mája 1919 k faktickému prevzatíu do čsl. správy"*. Dovtedy ústav ešte nebol úplne pod československou správou, skôr pod československým dozorom. *"Doba štvormesačného dozoru čsl. priniesla pre čsl. živel trpkú skúsenosť, lebo bol v ústave živelný odpor proti všetkému slovenskému, proti vládnej moci, demonštratívne sa nosili komunistické odznaky, čo všetko malo samozrejme zlý vplyv na mládež."*⁴⁹ Personálne problémy sa pritom prejavili najmä vo vzťahu k zabezpečovaniu pracovnej výučby v ústave. Víťez uvádza: *"Dňa 15. mája 1919 mi bolo ako veliteľovi pridelených niekoľko vojakov, chystalo sa prevzatie ústavu do rúk čsl. štátu. Pre vedenie dielni bol za správcu ustanovený odborný učiteľ Meszaros-Baluška. Tento vybral si niektorých zamestnancov z maďarského režimu a zvyšok prepustil. Aby boli prepustení nahradení a aby v každej dielni bol aspoň jeden spoľahlivý zamestnanec, požiadalo riaditeľstvo ústavu posádkové veliteľstvo, aby ústavu boli daní nejakí vojaci-remeselníci. Vojenské veliteľstvo vyšlo žiadosti v ústrety a tak z týchto pridelených vojakov-remeselníkov ešte niekoľko slúži v ústave do dnešnej doby."*⁵⁰ Nedostatok odborného personálu bolo teda vedenie nútené riešiť dopĺňaním z radov československých vojakov. Môžeme pritom dodať, že v širšom zmysle transformácia ústavu po personálnej stránke sa netýkala len zamestnancov, ale aj samotných chovancov, ktorí mali byť rozdelení na chovancov, ktorí zostanú v Československu a tých, ktorí poputujú do Maďarska. V zmysle § 11 uvádzaného nariadenia: *"S odoslaním chovancov príslušných do republiky Maďarskej má sa začať ihneď. Chovanci na Slovensko príslušní budú prevzatí do Komenského ústavu pre výchovu opustenej mládeže."* Do Maďarska takto po prevzatí správy nad ústavom bolo odoslaných asi 60 chovancov a v košickom ústave zostali chovanci v počte asi 40.⁵¹

Popri nedostatku personálu čelilo nové vedenie Komenského ústavu aj nedostatku materiálneho vybavenia. Situáciu skomplikovala invázia vojsť Maďarskej republiky rád do Košíc. Víťez uvádza: *"V poslednej chvíli sme ústav opustili. Pre nedostatok času a vagónov sa len veľmi málo z ústavného majetku dalo zachrániť."*⁵² Po ústupe maďarského vojska začala konsolidácia ústavu, realizovaná najmä pod vedením nového vedúceho ústavu, českého sudcu Dr. Augustina Bělohávk, ktorý do svojej funkcie nastúpil od 1. septembra 1919. Na československé počiatky ústavu spomínal nasledovne: *"Keď som v r. 1919 preberal 'Komenského ústav', nachádzal sa priamo v žalostnom stave. Bolo to krátko po invázii maďarských bolševikov. Všetko čo bolo cennejšie a dalo sa ľahko odniesť bolo maďarskými*

⁴⁸ STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 18.

⁴⁹ STUNA, S.: Komenského ústav v Košiciach. In: Jubilejný almanach mesta Košíc a Východ. Slovenska 1918-1928. Košice: Slovenská knihtlačiareň v Košiciach, 1928, s. 127.

⁵⁰ VÍTEZ, J.: První počátky ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 12.

⁵¹ STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 18.

⁵² VÍTEZ, J.: První počátky ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 12.

hordami odviečené. Nebolo žiadnych zásob ani na potravinách ani na odevných súčiastiach, dielne boli vyplienené, ba dokonca aj zariadenie pavilónov pre chovancov a kancelárií bolo z časti odviečené."⁵³ Uvádza, že ústav trpel značnými materiálnymi problémami, vrátane nedostatku učebných pomôcok, nástrojov v dielnach, odevov pre chovancov, ako aj peňazí potrebných k nevyhnutným investíciám a platom zamestnancov.

Vzniknutú situáciu v otázke materiálnej bol ústav nútený riešiť úvermi od peňažných ústavov, nakoľko československý štát ešte nemal vyriešenú otázku rozpočtu a vo vzťahu k dotáciám pre ústav bol zdržanlivý. Vo vzťahu k riešeniu personálnych kapacít Stuna uvádza, že: *"Zo začiatku mal vedúci ústavu ťažkú úlohu. Bolo treba ústav znovuvybudovať. Bolo treba zaučiť zamestnanectvo do rôznej špeciálnej a zodpovednej služby, konali sa preto pre zamestnanectvo kurzy pestúnske, vychovávateľské, remeselnícke i telovýchovné. Po stránke pedagogickej boli zavedené rôzne metódy podľa vzoru cudzozemských ústavov.*"⁵⁴ Vedenie ústavu čelilo v otázkach personálnych aj špecifickému problému spochybňovania platnosti menovacích dekrétov vydaných ministrom Šrobárom, ktorými boli zamestnanci menovaní do kategórií úradníckych a podúradníckych. V dôsledku toho boli títo zamestnanci ministerstvom preraďovaní z uvádzaných kategórií do kategórie "zriadeneckej". Bolehlávek v tejto súvislosti uvádza: *"Z týchto nerozlúštených otázok vznikali veľké ťažkosti a trenice medzi zamestnancami ústavu, ktoré sa zvyšovali ešte v dôsledku panujúcej núdze o byty a vôbec o vhodné ubytovanie pre zamestnancov. Jeden osočoval druhého buď preto, že bol vo vyššej kategórii alebo i z národnostných dôvodov a dokonca aj politická príslušnosť otravovala súžitie a poriadok v ústave.*"⁵⁵

Nariadenie vlády č. 136 z 22. februára 1919 o premene štátnej polepšovne v Košiciach bolo zrušené nariadením vlády č. 609 zo 14. novembra 1919, ktoré predstavovalo definitívnu právnu úpravu fungovania a postavenia košického ústavu. Jeho § 3 nanovo zadefinoval okruh činností ústavu a ústav rozdelil na 2 samostatné oddelenia: odd. justičné a odd. "sociálnej pečlivosti". Na oddelení justičnom sa vykonávala polepšovacia výchova alebo trest odňatia slobody uložené trestnými súdmi a oddelenie sociálnej pečlivosti slúžilo *k výchove iných neplnoletých: a) opustených, vo výchove zanedbaných, alebo mravne ohrozených, b) mladistvých osôb už trestaných alebo mravne porušených, pokiaľ bola potreba polepšovacej výchovy ohľadom nich vyslovená sirotskou alebo policajnou vrchnosťou alebo toho žiadajú ich rodičia, zákonný zástupca, spolok alebo iný podobný ústav, ktorý za súhlasu vlády Československej republiky stará sa o mládež.*"⁵⁶ Počet chovancov na oddelení sociálnej pečlivosti však mohol dosahovať maximálne 1/3 z kapacity celého ústavu. Stuna uvádza, že *"sú teda v K.Ú. vlastne dva ústavy, ale pod jednou administratívou. Obe oddelenia sú separovane ubytované, takže nebezpečie nepriaznivého vplyvu jedného na druhé je vylúčené.*"⁵⁷ Podľa Kočího: *"inakšie má ústavná ochranná výchova ráz totožný, nakoľko v oboch kategóriách niet vecného rozdielu. Tento rozdiel môže spočívať len v tom, že títo mladíci, ktorí boli ústavu odovzdaní trestnými súdmi mládeže, prejavili svoju mravnú úchylnosť o niečo pozdejšie než druhí a takým spôsobom, že to zadalo hneď podnet k súdnemu zakročeniu. Tiež u chovancov pečlivosti preventívnej stane*

⁵³ BĚLOHLÁVEK, A.: Komenského ústav před 10 lety. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 5.

⁵⁴ STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 20.

⁵⁵ BĚLOHLÁVEK, A.: Komenského ústav před 10 lety. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 8.

⁵⁶ § 3 Nariadenia vlády č. 609 zo 14. novembra 1919.

⁵⁷ STUNA, S.: Komenského ústav v Košiciach. In: Jubilejný almanach mesta Košíc a Východ. Slovenska 1918-1928. Košice: Slovenská knihtlačiareň v Košiciach, 1928, s. 129.

sa neraz takáto vec, ale rodičia včasným zakročením, najmä odčinením spôsobenej škody zásah trestného súdu predídu.⁵⁸

V zmysle vyššie citovaného vládneho nariadenia stál na čele ústavu vrchný riaditeľ, ktorý podliehal priamo ministrovi spravodlivosti, ktorý ho menoval do funkcie po dohode s ministrom sociálnej starostlivosti. Predpokladom menovania do funkcie vrchného riaditeľa bolo spĺňanie predpokladov pre výkon funkcie sudcu. Vrchnému riaditeľovi podliehal všetok personál ústavu. V ústave sa vykonávala školská a "pracovná" výučba. Z dostupných prameňov je zrejmé, že *"Chovanci povinní školskou ľudovou (do 14 rokov) chodia do takejto školy v ústave... Starší sú zamestnaní v remeslách a záhradníctve. Tí, ktorí nemajú schopnosti k práci odbornej sú pridrižovaní k pomocnej práci, najmä v záhrade a na statku, kde dorastajú v budúcnosti poľnohospodárskych robotníkov."*⁵⁹ Pokiaľ ide o remeselnú výučbu, ústavné dielne ponúkali možnosť uplatnenia v širokej ponuke remesiel (17 v roku 1928). Chovanci navyše odchádzali z ústavu s výučným alebo tovarišským listom, pričom ústav im na čas po prepustení zabezpečoval pracovné miesto. Komenského ústav bol zriadený na rozlohe asi 17 ha pôdy a mal pavilonovitý ráz. Disponoval rozsiahlym záhradníctvom rôzneho druhu vrátane kvetinárstva, zeleninárstva, škôlkárstva a ovocinárstva s množstvom skleníkov pre zimné pestovanie. Ústav navyše pre svoje potreby užíval hospodárstvo v Opátskom o výmere 220 ha ornej pôdy, lúk a lesa, ktoré predstavovalo jednak zdroj príjmov, ale aj ďalší priestor pre výchovu chovancov k poľnohospodárskym činnostiam.⁶⁰

Uvádzame dostupné štatistiky do roku 1928:⁶¹

Prijatých chovancov

obdobie	odd. justičné	odd. soc. pečlivosti	spolu
1919-1928	842	948	1790

Prepustených chovancov

obdobie	odd. justičné	odd. soc. pečlivosti	spolu
1920-1928	630	735	1365

Z prepustených chovancov

Obdobie	na doučenie remeslu	s výučným listom	s tovarišským listom
1920-1928	272	254	6

Zo všetkých chovancov na slobode osvedčilo sa:

obdobie	osvedčilo sa:	odd. justičné	odd. soc. pečlivosti
1920-1928	veľmi dobre	16%	32%
	dobre	51%	45%
	neosvedčilo sa	22%	17%
	neznáme	11%	6%

Z dostupných údajov môžeme dospieť k záveru, že úspešnosť polepšovacej výchovy sa v uvádzanom období v Komenského ústave pohybovala na úrovni približne 70%.

V. ZÁVER

Za cieľ tohto článku sme si v prvom rade stanovili vykonanie analýzy a komparácie inštitútu polepšovacej výchovy ako podľa pôvodnej uhorskej právnej úpravy, tak aj v rámci unifikujúcich ustanovení zákona č. 48/1931 Sb. o trestnom súdnictve nad mládežou. Zistili sme,

⁵⁸ KOČÍ, F.: Komenského ústav v Košiciach. In: Mesto Košice 1932. Banská Bystrica: Slovan, 1932, s. 61.

⁵⁹ KOČÍ, F.: Komenského ústav v Košiciach. In: Mesto Košice 1932. Banská Bystrica: Slovan, 1932, s. 63.

⁶⁰ STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919 - 1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 22.

⁶¹ Údaje sú prevzaté z publikácie: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 26-28.

že uvádzaná sankcia v podobe, v akej ju poznal uhorský trestný zákon, zák. čl. V/1878 bola zreformovaná zákonným článkom XXXVI/1908, ktorým došlo ku rozšíreniu podmienok pre jej použitie, ako aj k zmene jej charakteru z výnimočného na - v zásade prioritne ukladané opatrenie. Dospeli sme k záveru, že uhorská právna úprava bola zrozumiteľná, logická a podrobná. Za hlavný prínos československého ZoTSM považujeme najmä odstránenie dualistickej právnej úpravy, ktorá bola v unitárnom štáte krajne nepriaznivým javom. Pri porovnaní právnej úpravy polepšovacej, resp. ochrannej výchovy v medziach ZoTSM s pôvodnou uhorskou právnou úpravou na území Slovenska však nie sme presvedčení o kvalitatívne vyššej úrovni unifikovanej úpravy. Prvú hypotézu vytýčenú v tejto súvislosti v úvode tohto článku tak považujeme za nepotvrdenú. Ďalším cieľom tohto článku bol výskum podmienok výkonu polepšovacej, resp. ochrannej výchovy v Košiciach ako aj výskum okolností transformácie ústavu z uhorskej polepšovne na československú inštitúciu. Výskumom dostupných prameňov sme zistili dva okruhy problémov, ktorým čelilo nové vedenie košického ústavu a to problémy personálne a materiálne. Hypotéza predvídajúca problematiku preberania štátnej moci v košickom ústave po vzniku Československej republiky bola teda v plnej miere potvrdená. Výskumom sme tiež zistili, že košický ústav sa po prekonaní prvotných ťažkostí pretvoril na úspešnú inštitúciu disponujúcu potrebným materiálnym vybavením, pričom zabezpečoval okrem školskej výchovy aj výchovu pracovníkov, ktorá mohla vyústiť do získania výučného a tovarišského listu a napomôcť tak prepustenému chovancovi k uplatneniu na trhu práce a v ďalšom živote. Na záver konštatujeme, že ešte evidujeme priestor pre ďalší výskum súvisiacich otázok a to najmä vo vzťahu k obdobiu po prijatí unifikovanej právnej úpravy do rozpadu medzivojnovkej republiky (1931-1938). To otvára priestor pre budúce publikácie v skúmanej oblasti.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

trestné právo, mladiství, Uhorsko, Československo, polepšovacia výchova

KEY WORDS

criminal law, juveniles, Hungary, Czechoslovakia, reformatory training

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. ANGYAL, P.: *Fiatalkorúak és bűntetőnovella*. Budapešť: Athenaeum, 1912. 160 s.
2. BENCSIK, J.: *Egyes rendelkezések ismertetése a fiatalkorúak bíróságáról (1913:VII. t.-c.)*. In: *Bűnügyi szemle*, roč. 4, 1915, č.3, s. 98-103.
3. BĚLOHLÁVEK, A.: *Komenského ústav před 10 lety*. In: *Komenského ústav v Košiciach 1919-1929*. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 5-11.
4. ČIČ, M.: *Ochranná výchova v československom trestnom práve*. Bratislava: Obzor, 1971. 128 s.
5. EDVI ILLÉS, K.: *Büntetőnovella zsebkönyve*. 4. vydanie. Budapest: Révai testvérek irod. intézet b.t. kiadása, 1910. 347 s.
6. FICO, M.: *Ľudský vek ako okolnosť vylučujúca trestnú zodpovednosť v procese unifikácie československého trestného práva*. In: *Historia et theoria iuris*, roč. 9, 2017, č. 1-2, s. 46-55.
7. FICO, M.: *Základy trestnej zodpovednosti v procese unifikácie trestného práva medzivojnovkej Československej republiky*. Košice: ŠafárikPress, 2020. 170 s. ISBN 978-80-8152-840-8.
8. FENYK, J. - CÍSAŘOVÁ, D.: *Meziválečné trestní právo a věda trestního práva v Československu*. In: MALÝ, K. - SOUKUP, L.: *Československé právo a právní věda v*

- meziválečném období (1918-1938) a jejich místo ve Střední Evropě, svazek 2. Praha: Karolinum, 2010, s. 821-842.
9. KALLAB, J.: Stručný výklad zákona z 11. března 1931 č. 48 Sb. z. a n. O trestním soudnictví nad mládeží. Brno: Československý akademický spolok Právník, 1931. 39 s.
 10. KOČÍ, F.: Komenského ústav v Košiciach. In: Mesto Košice 1932. Banská Bystrica: Slovan, 1932, s. 59-65.
 11. LŐRINCZ, J.: A fiatakorúak büntetés-végrehajtása a XX. század első felében. In: Börtönügyi szemle, roč. 21, 2002, č. 2, s. 57-66.
 12. MÍŘICKÁ, A. - SCHOLZ, O.: O trestním soudnictví nad mládeží. Praha: Československý kompas, 1932. 309 s.
 13. PALGUTA, V.: Fiatakorúak és a büntetőnovella. In: Jogtörténeti szemle, roč. 30, 2016, č. 1, s. 60-65.
 14. STUNA, S.: Prehľad vývoja a pôsobenie ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 18-25.
 15. STUNA, S.: Komenského ústav v Košiciach. In: Jubilejný almanach mesta Košíc a Východ. Slovenska 1918-1928. Košice: Slovenská knihtlačiareň v Košiciach, 1928, s. 127-133.
 16. VÍTEŽ, J.: První počátky ústavu. In: Komenského ústav v Košiciach 1919-1929. Košice: Štátna knihtlačiareň v Košiciach, 1929, s. 12-13.

PRÁVNE PREDPISY

1. Zák. čl. V/1878 uhorský trestný zákon o zločinoch a prečinoch.
2. Zák. čl. XXXVI/1908 o doplnení a úprave trestných zákonov a trestného poriadku.
3. Zák. čl. VII/1913 o súdoch mladistvých.
4. Nariadenie uhorského kr. ministra spravodlivosti č. 27.200/1909 I.M. o úprave polepšovacej výchovy.
5. Dôvodová správa Ministerstva spravodlivosti k Zák. čl. XXXVI/1908, Coropus Iuris Hungarici, 1908 évi törvények. Budapest: Franklin- Társulat, 1909. 1314 s.
6. Nariadenie vlády Československej republiky č. 609 zo 14. novembra 1919.
7. Vládne nariadenie zo dňa 11. decembra 1931 č. 195 Sb. z. a n., ktorým sa vykonáva zákon o trestnom súdnictve nad mládežou.
8. Výnos ministerstva spravodlivosti Československej republiky zo dňa 1. septembra 1931 č. 37.775, č. 18. Věst, ktorým sa ustanovuje, v ktorých ústavoch a väzniciach sa vykonávajú tresty zavretia.
9. Výnos ministerstva spravodlivosti Československej republiky zo dňa 11. septembra 1931 č. 41209/31 o výkone trestu zavretia.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Dávid Pandý

Interný doktorand

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach

Právnická fakulta, Katedra dejín štátu a práva

Kováčska 30, 040 01 Košice, Slovenská republika

Telefón: +421 55 234 4130

E-mail: david.pandy@student.upjs.sk

“GIVING LIFE TO A WORK OF ART” – DRAMATIC WORKS AND THEATRE DIRECTORS FROM THE VIEWPOINT OF COPYRIGHT LAW

„OŽIVENIE UMENIA“- DRAMATICKÉ DIELA A DIVADELNÝ REŽISÉR Z POHLADU AUTORSKÉHO PRÁVA

Edit Sápí¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-06>

ABSTRACT

The paper focuses on the special copyright law features and issues of dramatic works in the Hungarian, German, and English copyright laws. The paper put emphasis on the role and situation of the theatre director. The director has a vital role in the staging process. However, this essential role, his copyright law situation is not fully recognized and settled by the legislator. After a brief general introduction about copyright protection of dramatic works, the role of the director is presented due to the specialities of dramatic works, so in line with the aleatoric nature of dramatic works, the theatrical specialities of adaptation and the theatre-specified application of integrity right. In the paper I outline some solutions for this incomplete situation of theatre director according to the Hungarian, English, and German legal theory and practice.

ABSTRAKT

Príspevok sa zameriava na osobitné prvky a záležitosti autorského práva týkajúce sa dramatických diel v maďarskom, nemeckom a anglickom autorskom práve. Príspevok zdôrazňuje rolu a pozíciu divadelného režiséra. Režisér má zásadnú rolu v rámci inscenačného procesu. Avšak táto jeho rola, jeho situácia v oblasti autorského práva, nie je zákonodarcom dostatočne reflektovaná. Po krátkom všeobecnom úvode o ochrane autorských práv k dramatickým dielam je predstavená rola režiséra z pohľadu osobitostí dramatických diel, a to s prihliadnutím na aleatorickú povahu dramatických diel, divadelné osobitosti adaptácie a s prihliadnutím na osobitosti aplikácie práva na integritu v rámci divadelných podmienok. V príspevku navrhujem určité riešenia vo vzťahu k takejto nekompletnej situácii ohľadom divadelného režiséra podľa maďarskej, anglickej a nemeckej právnej teórie a praxe.

I. INTRODUCTORY THOUGHTS

In the article I would like to outline some copyright law specialities in line with dramatical works, theatrical productions and especially with the special situation of theatre director.

Dramatic works shall be regarded as integral part of copyright law and culture as well since theatre plays entertained the audience long before the birth of copyright law. Copyright law was born as a result of a long development,² but this type of work has played a major role almost from its initial phase. It also shall be admitted that theatres have a positive impact on the

¹ dr. PhD., Univerzita v Miskolci, Právnická fakulta, Maďarsko / University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary.

² For an overall description about the historical development of copyright law see: ATKINSON, B.–FITZGERALD, B. *A Short History of Copyright-The Genie of Information*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014.; BOYTHA GYÖRGY, *Whose Right is Copyright? Festschrift für Eugen Ulmer zum 80. Geburtstag*, GRUR, Int., 1983, pp. 379-385.; SILKE VON LEWINSKI, *International Copyright Law and Policy*, Oxford University Press, 2008.

economy, cultural life and cultural tourism of a given country. The activities of theatres are important from the point of view of the business as well.³

As I mentioned it before the copyright law protection of dramatic works was the result of a long development, just as the born of copyright law itself. However, the protection of dramatic works was undoubted since the beginning of the copyright law declaration. It is enough to think that even the first version of the Berne Convention⁴ declared the copyright law protection of dramatic works. The Berne Convention⁵ is often called as the mother of all copyright conventions,⁶ or as the Magna Charta of international copyright conventions.⁷ The BC has had a huge impact on the international protection of authors and its importance is still indisputable.⁸ It was the first document which provided effective and cross-border protection to authors.

II. THE PROTECTION OF DRAMATIC WORKS IN THE NATIONAL COPYRIGHT LAW ACTS

Dramatic works, as a definition, can be interpreted in a wider and narrower sense. In the wider sense it includes all works created for stage, such as dramatic works, dramatico-musical works, choreographic works, and pantomimes.⁹ In the narrower sense dramatic works mean plays and musicals which are intended for a theatrical performance. It is quite interesting, that we can not find a unanimous definition for dramatic works in the copyright law legal literature.

For example, in the German legal literature, the expression of dramatic work is a concept which includes drama, comedy, musicals, pantomimes and choreographic works as well,¹⁰ which are often co-written.¹¹ The German copyright act (UrhG¹²) declares that artistic and literary works are protected by copyright law. The list of the artworks in the UrhG is a non-exclusive, but an exemplary list.

The British copyright law (CDPA¹³) protects dramatic works, with the requirement that they shall be recorded or fixed in a tangible form in order to get copyright protection.¹⁴ The CDPA regulates the subject matter of copyright law and lists the protected works in the Section 1. In this regulation dramatic works can be found.¹⁵ The British legal literature emphasises, that it is a surprisingly difficult task to define dramatic works, because it seems self-explanatory, but

³ For example, in Hungary, the Madách Theatre obtained the first non-replica performance right in the world for most of the musicals of Andrew Lloyd Webber. Furthermore, the dramas of Ferenc Molnár are played not only in Hungary but in other countries with great success as well.

⁴ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (henceforward abbreviated as: Berne Convention or BC).

⁵ Following the strong impact of technical progress on copyright law, the BC was supplemented and revised eight times since its adoption.

⁶ RAMCHARAN, ROBIN: *International Intellectual Property Law and Human Security*, Asser Press, Springer, TheHague, 2013. s 47.

⁷ KOUMANTOS GEORGES: *The Future of the Berne Convention*. Columbia- VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 11 : 225. 1986, 230.

⁸ BENTLY, LIONEL – SHERMAN, BRAD: *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, 2014. 40.; Reinbothe, Jörg – von Lewinski, Silke: *The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP*, Oxford University Press, 2015. 3.1.0.1; Koumantos: Op.cit. 225-237.

⁹ Unesco – WIPO, *Committee of governmental experts on dramatic, choreographic and musical works*, Report, Paris, 1987, p. 7.

¹⁰ CLAIRE DIETZ – JAN EHRHARDT, *Theaterrecht*, In, ARTUR – AXEL WANDTKE – CLAUDIA OHST, *Praxishandbuch Medienrecht, Band 2. – Schutz von Medienprodukten*, Walter de Gruyter GmbH, Berlin, 2014, p. 267.

¹¹ BEATE KEHRL, *Urheber- und Leistungsschutz, Verwertungsgesellschaften*, In, Hanns Kurz – Beate Kehrl – Christoph Nix, *Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht*, C.H. Beck, München, 2015, p. 584.

¹² Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), 1965 (henceforward abbreviated as: UrhG)

¹³ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (henceforward abbreviated as: CDPA).

¹⁴ MAHFUD MAHFUD - FAISAL A . RAN, *The Idea - Expression Dichotomy in Artistic Works: The Case Study in the United Kingdom*, Journal of Intellectual Property Rights Vol 25, May-July 2020, 92.

¹⁵ CDPA 1. § (1) a) 1 Copyright and copyright works. Copyright is a property right which subsists in accordance with this Part in the following descriptions of work (a)original literary, dramatic, musical or artistic works.

we have to separate the plot or libretto and the complete theatrical performance,¹⁶ which shall be capable for performance.¹⁷ The British judicial practice first emphasized the significance of capable for performance in the *Hugh Huges v Broadcasting Corporation of New Zealand*¹⁸ case.¹⁹

According to my point of view, the copyright law related definition of dramatic works can be described, as the following: dramatic work is a complex genre, which is a directed plot – with or without music – based on a literary artwork, usually involving the creative work of more than one person, and it is suitable for public performance.

It seems to be general, that most of the European copyright laws do not contain specified regulations to dramatic works, so the general rules shall be applied to them. This situation can cause problems and legal disputes between parties, because dramatic works have quite complex nature, therefore some interpretative

In the following lines I show some national examples for the copyright protection of dramatic works.

First of all, it shall be noted, that in Hungary there is the fourth copyright act²⁰ in effect, which states that dramatic works are protected by copyright law. According to the rules of the Hungarian Copyright Act (HCA) all literary, academic, scientific, and artistic works are protected by copyright, regardless of whether they are designated in the Act.²¹ The Hungarian Copyright Act adds that a work or creation is entitled to copyright protection based on its individualistic and original nature deriving from the intellectual activity of the author. Copyright protection does not depend on quantitative, qualitative, or aesthetic characteristics or any judgment of the quality of the work.²² Following this key phrase, the Act lists the most typical works that are subject to copyright.²³ It is important that, similarly to the German and Austrian²⁴ copyright law systems,²⁵ the Hungarian Copyright Act only uses an exemplary list, however, as I mentioned it above, the Act states that dramatic works are protected by copyright law. But in advance, it shall be noted that the Hungarian Copyright Act does not contain detailed provisions about dramatic works. It states that plays are subject to copyright,²⁶ but in other questions (e.g. usage, licensing, moral rights, rights of director) it doesn't give us special rules, so we shall take into consideration the general rules. It is not the best solution, because there are lots of special features of dramatic works, which have to be taken into account in relation to the nature of the protection.

¹⁶ WILLIAM CORNISH – DAVID LLEWLYN – APLIN TANYA, *Intellectual Property: patents, copyright trade marks and allied rights. Seventh Edition*, Sweet and Maxwell, London, 2010, p. 450.

¹⁷ PAUL TORREMANS, *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2016, p. 206. See also: *Hugh Huges Green (Appeal No. 18 of 1989) v Broadcasting Corporation of New Zealand (New Zealand)* [1989] UKPC 26 (18 July 1989).

¹⁸ *Hugh Huges Green (Appeal No. 18 of 1989) v Broadcasting Corporation of New Zealand (New Zealand)* [1989] UKPC 26 (18 July 1989).

¹⁹ LEE, Y.H. *United Kingdom Copyright Decisions 2017. International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol 49, 2018, 324.

²⁰ Act LXXVI of 1999 on Copyright (Henceforward abbreviated as HCA or Hungarian Copyright Act).

²¹ HCA, Section 1 (2).

²² HCA, Section 1 (3).

²³ HCA, Section 1 (2).

²⁴ Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) BGBl. Nr. 111/1936.

²⁵ HANNS KURZ - BEATE KEHRL - NIX CHRISTOPH, *Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht*, C. H. Beck, München, 2015, p. 584.

²⁶ HCA, Section 1 (2) d).

III. THE SPECIAL ROLE OF THEATRE DIRECTOR

Lots of people participate at the process of staging a dramatic work and they all have crucial role in relation to the success of the production. These characters are the author of the work, the performers, the costume and scenery designers and the director.

As we saw it in the definition, one of the most important, essential elements of dramatic work that it is *directed*. Therefore, the role and work of directors are vital and indispensable. The director is the key role of a theatrical play because the threads of this genre come together in his person. The reason of it can be found in the complex nature of dramatic works. In the following I would like to show those elements of dramatic works which shall be interpreted in a special way in the system of copyright law, because of the special role of director and the special nature of dramatic works as well. These aspects, which shall be interpreted in a special way in line with dramatic works are the followings: the aleatoric nature of dramatic works, the importance of adaptation and the connection between the work of director and the right to integrity.

1. The aleatoric nature of dramatic works

The WIPO Glossary emphasizes, that „*The way a dramatic or dramatico-musical work is performed and presented to the public, usually in a theater. Under certain national laws, stage productions are protected as a separate category of works, provided they correspond to the requirements of originality. In such a case, in general, the director of the stage presentation is recognized as the author thereof.*”²⁷ In the definition part of the Glossary the Organization deals with the features of aleatoric works and says that the most important in these works, that the author leaves space for the creative contributions of those who perform or otherwise present the work for the audience. This situation mostly occurs with dramatico-musical works. The Glossary adds that “*the majority of dramatic works correspond to the features of aleatoric works, in the sense that their authors do not determine all the elements of what is supposed to emerge as a stage production of such works.*”²⁸ Finally we can read the following: “*The contributions of the persons who complete such works may be protected – according to the nature of the contributions and to the legal characterization of the emerging result in the given national law – as specific adaptations or contributions to a composite work.*”²⁹

So, in line with the WIPO's opinion, aleatoric elements of dramatic works mean that the director (as a contributor) is entitled to make some changes which are arisen from his creativity. Of course, if these changes reach the level of adaptation, the authorisation of the author or the right owner is required not only to the public performance of the play but for the adaptation of the original work as well.³⁰

In my opinion the aleatoric attribute of dramatic works can be appear in two ways. One way is when a novel or a short story, which the author did not write to stage originally, became dramatized (e.g. Margaret Mitchell's *Gone with the wind*, which was presented as a musical in 2003). In this case the director can form some scenes, elements of the work for the purpose it could be performed at the stage. In such cases adaptation is quite necessary. In the other form when the author writes a play originally for the theatre's order. In these cases, the aleatoric nature and the necessity of adaptation occur rarely. It may occur that the author does not want to determine every element of a scene and leaves possibility and latitude to the director.

²⁷ FICSOR MIHÁLY, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO, and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, World Intellectual Property Organization, Geneva, 2003, p. 312.

²⁸ FICSOR: *op. cit.*, p. 265.

²⁹ FICSOR: *op. cit.*, p. 265.

³⁰ See in details: SÁPI EDIT, *Aleatoric nature of dramatic works*, In: KÉKESI TAMÁS (ed.), *MultiScience - XXXI. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference*, Miskolci Egyetemi Kiadó, Miskolc, 2017, pp. 1-8.

As a summary, we can state that dramatic works has aleatoric nature, because the author does not, and in most of the cases (s)he can not, define every elements of the work. This speciality results a kind of artistic freedom for the director, but this does not mean that the director automatically turns into the position of the author in the copyright sense.

The director can be considered an author only if (s)he exploits the aleatoric nature of the dramatic work in such way that explodes the free space, latitude got from the author. Aleatoric nature gives the director freedom to show the own creativity, to incorporate the thoughts into the work. But we need to take into consideration that the abovementioned freedom can not result the harm of the original author's rights, especially the right to adaptation and the right to integrity.

2. The right to adaptation

Dramatic works are regularly used by public performance and adaptation. Between the right to public performance³¹ and the right to adaptation³², the former is the less problematic in the light of copyright law regulations. Here, at that point we can find the connection between the activity of the director, the aleatoric nature of dramatic works and the right to adaptation. Interpretation of the copyright features of the *adaptation right* is much more difficult than any other economic rights.

The Berne Convention regulates the right to adaptation in the Article 12 when declares that "*Authors of literary or artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing adaptations, arrangements and other alterations of their works.*" in line with this provision the Convention provide the exclusive, monopoly right to authorize the preparation of derivative works.

According to the Section 29 of the HCA, "*Authors have the exclusive right to adapt their works and to authorize other persons to do so. Adaptation constitutes the translation, stage or musical adaptation, and motion picture adaptation of a work (...) as a result of which a work that is different from the original is created.*"

The legal basis of this situation, is that copyright protection extends to the reworking, adaptation, or translation of the work of another author, without any injury to the rights held by the author of the original work, if it has an individualistic and original nature.³³ A work can be regarded a derivative work, if it has the conditions of copyright protection, so it have individualistic and original nature,³⁴ which is deriving from the intellectual activity of the author.³⁵

The UrhG interprets adaptation (*Bearbeitung*) in line with its definition. According to the §3 of the UrhG translations and other adaptations of a work which are the adapter's own intellectual creations are protected as independent works without prejudice to the copyright in the adapted work.³⁶ A reworking occurs when the adapter introduces a change in the form

³¹ The Article 15 of the German Copyright Act provides rules about the exploitation in general. In addition, the Article 15 (3) sets out the definition public, which is important from the viewpoint of public performance (öffentliche Wiedergabe). According to the German copyright law, another form of public performance right is also known, which can be regarded as theatrical public performance and is called *bühnenmäßige Aufführungsrecht*. This one means the theatrical performance of musical works, dramas, or other works of art. In the British copyright act, the Article 16 (c) sets out the obligation to authorize the public performance of copyright works by the rightholder. In the HCA right to public performance means that authors have the exclusive right to perform their works publicly and to authorize other persons to do so. Performance constitutes making the works perceptible to those who are present.

³² HCA Section 29.

³³ HCA Section 4 (2) See also: TATTAY, LEVENTE: Intellectual Property [Hungary]. The Netherlands, Wolters Kluwer, 2019, 88-90.

³⁴ RAHMATIAN, ANDREAS, *Originality in UK Copyright Law: The Old "Skill and Labour" Doctrine Under Pressure*. International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 44, 2013, 5.

³⁵ About the Hungarian rules of adaptation and its relation to theatre, see: SÁPI EDIT, *Átdolgozás vagy nem átdolgozás: ez itt a kérdés. Az átdolgozás jogának érvényesülése a színpadon*, Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, 2018/4., pp. 7-29.

³⁶ UrhG §3 *Übersetzungen und andere Bearbeitungen eines Werkes, die persönliche geistige Schöpfungen des Bearbeiters*

or/and content of the original work. It is also an important condition, that this change shall be personal to the creator and shall be individual.³⁷ Revisions may be made by altering the original work, such as translating it or converting it into another genre (e.g. from a novel to a stage production), or possibly updating it from a linguistic point of view, except where it is purely technical in nature.³⁸ The §23 of the UrhG emphasises the exclusive nature of adaptation, when it states that adaptations or other transformations of the work may be published or exploited only with the consent of the author of the adapted or transformed work.³⁹ In line with the relationship of these two rules we can see, that §23 protects the rights of the original author, and §3 constitutes copyright law to the adapter.⁴⁰ Adaptation involves changing in the form of the underlying work, but it is not the only case of adaptation.⁴¹ In the sense of copyright, adaptation means that the workflow of the adapter covers such margin which allows to shape the original work in his own image (*Gestaltungsspielraum*).⁴² The adapter does not acquire the rights belonging to the original work because of the adaptation. This is the reason why the use of the original work requires the consent of the author. However, the reverse is also true, so the adapted derivative work cannot be used by the original owner without the consent of the adapter.⁴³ The UrhG fixes the rule of “*freie Benutzung*”⁴⁴, which incorporates the notion of “*freie Bearbeitung*”. According to this, if an independent work created in the free use of the work of another person it can be published or exploited without the consent of the author of the original work. The name of this rule mirrors the case of a kind of “free adaptation”.

The British Copyright Act (CDPA) deals with the right to adaptation in the Section 21. Under the relevant rule, the right to adaptation is limited only to the literary, theatrical and musical works.⁴⁵ In this sense, adaptation means on the one hand the translation and on the other hand it covers the dramatization of a non-dramatized work and vice versa.⁴⁶ Elsewhere, it is emphasized that it is not possible to regard any modification or alteration of a literary or dramatic work as an adaptation. For example, just the shortening of a literary work is not an adaptation.⁴⁷

In case of dramatic works, the interpretation of adaptation right can be much more complicated because of the special nature of dramatic works. Firstly, the notion of adaptation in the field of copyright law and in theatrical science and practice is different. In theatrical literature and practice, the adaptation for stage has a broader sense than the adaptation in the area of copyright law. We can see that the adaptation in the sense of copyright law, means, that a derivative work is born.

In the theatrical world, reworking or adaptation can be of particular importance in many ways. Adaptation can have positive impact on the development of culture and the arts. The difference between the content of the two type of adaptation (the copyright-sense and the theatrical-sense) can cause problems in relation to the theatrical participants and artists, when they are trying to judge their own artistic contribution through the eye of copyright law, since

sind, werden unbeschadet des Urheberrechts am bearbeiteten Werk wie selbständige Werke geschützt.

³⁷ ERICH SCHULZE, *Urheberrecht in der Musik*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, p. 117.

³⁸ KIRSTEN-INGER WÖHRN, 2. Kapitel – Das Werk, In: Artur-Axel Wandtke (ed.), *Urheberrecht*, De Gruyter, Berlin, 2016, p. 90.

³⁹ UrhG § 23 *Bearbeitungen oder andere Umgestaltungen des Werkes dürfen nur mit Einwilligung des Urhebers des bearbeiteten oder umgestalteten Werkes veröffentlicht oder verwertet werden.*

⁴⁰ SCHACK, HAIMO: *Urheber- und Urhebervertragsrecht*. 5. Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010.134-135.

⁴¹ WÖHRN, *op.cit.*, p. 89.

⁴² SCHACK, *op.cit.*, p. 135.

⁴³ SCHACK, *op.cit.*, p. 136.

⁴⁴ UrhG § 24 (1) *Ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, darf ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden.*

⁴⁵ CDPA Section 21 (1).

⁴⁶ CLAIRE HOWELL – BENJAMIN FARRAND, *Intellectual Property Law*, Pearson, Harlow, 2014, p. 46.

⁴⁷ TIM PRESS, *Intellectual Property Law Concentrate: Law Revision and Study Guide*, OUP Oxford, 2013, p. 25.

they are basically start from the theatrical approach rather than the narrower and more restrictive copyright approach. The discrepancies arising out of this difference do not helps the relationship between theatrical art and copyright law, which is otherwise vulnerable as well. If we would like to compare the definition of adaptation in the copyright law and in the theatrical sense, we can see, that the theatrical concept basically focuses on the ways in which a dramatic work is born. This includes translation, re-stylization, overhaul and updating.⁴⁸ However, this concept of theatrical adaptation cannot be wholly matched to the concept of adaptation in the copyright law. While in the copyright law adaptation means and requires that a derivative work is born, the theatrical adaptation does not require it. Accordingly, the concept of adaptation, which is known and applied in the theatrical world, has much broader sense than the copyright law concept of adaptation.

3. The aspects of moral rights – the sensibility of the integrity right

3.1. About the integrity in general

Moral rights of authors are vital part of the system of copyright law. According to the Hungarian – and to most of the European – copyright law system authors cannot assign or waive their moral rights or have these rights assigned to another person in any other manner.⁴⁹

The Hungarian Copyright Act deals with three moral rights: the right to publication the work,⁵⁰ the right to designation the name of the author⁵¹ and the right to integrity.⁵²

According to the German Copyright Act moral rights of author are also protected (*Urheberpersönlichkeitsrecht*) in the §§ 12–14. Similarly to the HCA, the UrhG lists the moral rights, so the right to publish the work (*Veröffentlichungsrecht*)⁵³, the right to designation of name (*Anerkennung der Urheberschaft*)⁵⁴ and the right to integrity (*Entstellung des Werkes*)⁵⁵. These central moral rights rules are complemented with the §§ 25, 39 and 42.⁵⁶

In the CDPA moral rights can be found in Chapter IV, where it lists the right to be identified as author or director and the right to object to derogatory treatment⁵⁷ of work.⁵⁸

An essential problem of moral rights is that they are highly protected due to the rules of copyright law in theory, but in practice, they are very vulnerable. This kind of vulnerability can be discovered and detected much easier in some cases and it raises serious interpretative questions in other cases. For example, the violation of the right to indication the name of the author can be identified easier than harming of the integrity of the work.

The right to integrity of the work, or with other terminology, the protection of the unity of the work raises the most interesting questions amongst moral rights. According to the HCA “*The moral rights of an author shall be considered violated by every kind of distortion and*

⁴⁸ See in detail: SZÉKELY GYÖRGY, *Magyar Színházművészeti Lexikon*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1994.

⁴⁹ HCA § 9 (2).

⁵⁰ HCA Section 10 (1) Authors decide whether their works can be published.

⁵¹ HCA Section 12 (1) Authors have the right to be designated as the author on their works or in publications pertaining to their works - depending on the size and nature of the publication. Authors must be designated when a part of a work is adopted, quoted, or presented. Authors are entitled to exercise their right to designate their name in an appropriate manner and depending on the nature of use.

⁵² HCA Section 13.

⁵³ UrhG. § 12.

⁵⁴ UrhG. § 13.

⁵⁵ UrhG. § 14/

⁵⁶ GROSHEIDE W. Moral rights. Research Handbook on the Future of EU Copyright / E. Derclay (ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. P. 262.

⁵⁷ IONA HARDING - EMILY SWEETLAND: Moral rights in the modern world: is it time for a change? Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 7, Issue 8, August 2012, 566.

⁵⁸ CDPA. Section 80; See also: DE WERRA, JACQUES: The moral right of integrity. In: Derclay, Estelle (ed.): Research Handbook on the Future of EU Copyright, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009. 267-285.

mutilation or alteration in any manner or any form of misuse of his/her work which prejudices the honour or reputation of the author”.

The protection of the integrity of the work (non-distortion) is one of the most important and elementary personal rights of authors but also it is the most complex and it is complicated because it shall be applied in a wide variety of disputes. The right to integrity expresses the close relationship between the work and the author, so the basic purpose of the legal regulation can be understood: the work of the author shall be presented to the public without any distortions, or such changes, which would harm the reputation and honour of the author. The reason for this rule is that the author is adjudged on the basis of his works by both society and the profession. This situation makes the right to integrity the most sacred right – besides the abovementioned name right, – because the works shall be published in the way the author created it.

The British legal terminology – where the terminology of right of respect can be used besides the right of integrity – reflects that this right includes the appreciation and respect of the author. The purpose of this rule is to prevent the disadvantageous influencing the author’s social and professional adjudication by outsider people.

The protection of the unity of the work must be identified with the concept of completeness and sacredness. This does not necessarily mean the physical unity of the work, but rather it is intended to ensure the spiritual unity, the integrity of the message of the work. The purpose of integrity protects the work as a whole, including its title as well, but it is also important that it shall not be limited to those works which are materially embodied in copies.⁵⁹ The actual enforcement of the very abstract general rule of integrity shall be applied in a different way in the variant forms of works. In connection with the rule of integrity the most important consideration is that this right request different interpretations in each types of works. In a dispute over the interpretation of integrity, when we shall answer the question whether the unity of the work was harmed or not, we can only give a correct answer by considering all aspects of the concrete case and all special aspects of the concrete genre.

The right to integrity is emphasized in many European countries as well. Jacques de Werra thinks that the German and French copyright law provide for the most protective regimes for moral rights and specifically for the right of integrity.⁶⁰

The German copyright law applies a special rule to protect the integrity of authors⁶¹ and performers⁶² and does not prohibit the modifications generally to the latter, but only protects them from such changes that have a negative impact on their reputation and honour.

In the CDPA we can also find the integrity rule. According to the Section 80 of the CDPA, the author of a copyright literary, dramatic, musical or artistic work, and the director of a copyright film, has the right not to have his work subjected to derogatory treatment.⁶³ The Act also adds that treatment of a work means any addition to, deletion from or alteration to or adaptation of the work, other than a translation of a literary or dramatic work, or an arrangement or transcription of a musical work involving no more than a change of key or register.⁶⁴ Due to the Act the treatment of a work is derogatory if it amounts to distortion or mutilation of the work or is otherwise prejudicial to the honour or reputation of the author or director.⁶⁵

⁵⁹ GYERTYÁNFY PÉTER (ed.). Nagykomentár a szerzői jogi törvényhez, Budapest: Wolters Kluwer, 2014.

⁶⁰ DE WERRA: Op.cit. p. 279.

⁶¹ UrhG. § 14.

⁶² UrhG. § 75.

⁶³ CDPA. Section 80 (1).

⁶⁴ CDPA. Section 80 (2).

⁶⁵ CDPA. Section 80 (3).

3.2. The harm of the integrity in theatrical productions

The right to integrity can often be harmed due to a theatrical adaptation, but there are not so many published legal cases about this topic. This situation can be traced back to some reasons, which can limit the real enforceability of the harm of the right to integrity. On the one hand it can be observed that such radical interventions into the spirit of the original work are often done for works which term of protection has already been expired. On the other hand, disputes between the theatre and the author are often closed with a perpetual agreement. For these reasons, it is often difficult to “catch” the harm of the integrity of the given work in the stage, even if it is felt that the original piece has barely stayed on the stage. As we mentioned it before, the unity, integrity of the work covers the physical unit and the unit of the content of the work. However, it cannot be stated with certainty that the disintegration of the physical unity of a work would result always an infringement of the integrity. The mere fact that the intermission of the play, for various technical reasons, is not put to the exact place where the author of the original work intended, does not mean that the integrity of the work is gets hurt. Consequently, we shall regard the play as a complete unit, and it would be unreasonable for such a rigid application of the rule would damage the integrity of the work. At the same time, it cannot be completely said that the disintegration of the physical unit would never constitute a breach of integrity.

During theatrical performances we can see at several times that the original features and original spirit of the work is fading on the stage or moreover it might appear unrecognizable. The most important question in relation to this topic is, which are the most common examples of the infringement of integrity right of dramatic works. It is quite hard task to list the cases of infringement of right to integrity because all aspects of the certain case shall be taking into consideration. If we would like to outline the most common examples of the infringement of unity of the work, the following cases can be examples: distortion and misrepresentation of the content or the message of the work, deleting important scenes while others are exaggerated, if these changes result injurious effect to the author. For example, if the theatre performs the work in a way, where the original script is radically changed, and the political storyline is highlighted at a disadvantage of the lovestory, this can constitute the infringement. It also can be infringing if the theatre changes the scenery design, the decoration of the performance without the consent of the scenery designer, and it is harmful for the reputation and honour of the designer, because (s)he is entitled to copyright due to the HCA.

The German copyright law applies a special rule to protect the integrity of authors⁶⁶ and performers⁶⁷ and does not prohibit the modifications generally to the latter, but only protects them from such changes that have a negative impact on their reputation and honour. The German legal literature on the theatrical dimension of the right to integrity emphasizes that the author is not only interested in receiving his remuneration, but also in communicating his work to the public in the way he wrote it. Because of this, authors or their heirs, often require a controlling right in the performance contract to oversee and protect the integrity of the work on the stage. Within its scope, the author can influence the choice of director, actor or set designer.⁶⁸

In the German jurisprudence we can find such stage productions where the original work is hardly met by the new stage version.⁶⁹

The stage version of Bertold Brecht's *Baal*, by a director named Frank Castorf, is a very famous legal dispute in Germany. Castorf was a member of the so-called Regietheater (the

⁶⁶ UrhG § 14.

⁶⁷ UrhG § 75.

⁶⁸ Schack, *op.cit.*, p. 559.

⁶⁹ For example the *Baal*-case, the *Götterdämmerung*-judgement and the *Csárdásfürstin*-case.

director's theatre) movement and was already famous for his peculiar productions before Baal. In 2015, the Munich Residenztheater was sued by the heirs of Brecht, because according to their point of view, Castorf interpreted the concept of theatrical directing too freely and Brecht's work was staged in such a way that, there was little left of the original work. His peculiar adaptation was most manifested in the fact that he has taken texts from the works of several other authors and incorporated them into Baal, and he relocated the plot to the time and place of the Vietnam War. The Suhrkamp-Verlag, representing Brecht's heirs, sued the theatre on the ground that the settlement had infringed copyright and the licence agreement between them.⁷⁰ According to the terms of the contract between Suhrkamp-Verlag and the theatre, a prior permission from the Suhrkamp-Verlag is required to modify the text of the play.⁷¹ Eventually, the theatre became a loser by the court order. The Baal could be performed once more in Munich and once more at the Theatertreffen in Berlin.⁷²

According to the judicial practice we can say that the infringement of integrity right can be found in such situations, where the original meaning of the work is distorted, or some scenes are overemphasized others are deleted, and the meaning of the production became strange or aggressive, and eventually it is detrimental to the original work and its author.

IV. INTERPRETATIONS AND SOLUTIONS ABOUT THE COPYRIGHT LAW PROTECTION OF THEATRE DIRECTORS

1. Scientific viewpoints about the copyright situation of theatre director

I think that theatre directors have so crucial role in line with the dramatic work, that they shall be entitled by a kind of legal protection. In the followings we will see that it is possible to argue both for and against the copyright protection of the director. The director plays a role in connection with the conflict of rights between the creators of most stage productions. The map of conflicts of rights is most often drawn either in such a way that the rights and interests of two directors' conflict with each other, or in such a way that the director conflicts with the author or the costume or set designer. These conflicts can be solved much more easily if the legislator would clearly take a stand in connection with the situation of director.

The Anglo-Saxon legal literature emphasizes that when we talk about the copyright protection of a director, we shall take into consideration, that the director is not the same kind author as a stage author, the author of the original play. The basic difference is that the latter begins the creative process with a blank paper, which is constantly filled with characters, situations, and many other original elements. In contrast, a director's creative work usually begins when another work has already been completed.⁷³ According to some viewpoints, theatre directors are the losers of copyright law, because while a playwright, a composer, a choreographer, and a costume and set designer can claim protection from their copyright according to the copyright laws, this right is not clearly guaranteed to the director.⁷⁴

There are some opinions, which expressly deny that directors shall be entitled by copyright protection. According to *Beth Freemal*, the works of directors shall not be protected by copyright law, because she thinks the directors' concept shall be regarded as an idea, which can not be protected.⁷⁵ I can not agree with this view, because I think is a simplified interpretation

⁷⁰ LG München I - 21 O 1686/15.

⁷¹ PODSZUN, RUPPRECHT: Frank Castorf's „Baal” – Director's Theater on Trial – Theater Directors in Conflict with Copyright Law in Germany, SSRN Electronic Journal, April 2016. p. 3.

⁷² LG München I - 21 O 1686/15.

⁷³ AMADA, RICHARD: Elvis karaoke Shakespeare and the search for a copyrightable stage direction, Arizona Law Review, 2001/3. p. 685.

⁷⁴ NEVIN, DOUGLAS M.: No business like show business: copyright law, the theater industry, and the dilemma of rewarding collaboration, Emory Law Journal, 2004/3. 1557.

⁷⁵ FREEMAL, BETH: Theatre, Stage Directions and Copyright Law, Chicago-Kent Law Review, 1996 April, 1019.

of the directors' work. The directors' concept does not remain in the level of a mere idea, because on the one hand it is fixed in writing and on the other hand, it is a formed thought, which is realizing in the concrete theatrical production.

Carlos A. Guerrero speaks specifically in favour of the copyright to be granted to directors. On the one hand, of course, he acknowledges and does not dispute that the theatrical director uses the underlying play as his primary source for his interpretation, but at the same time he stresses that the director's work is necessary for the written play to actually come to life according to its basic purpose.⁷⁶ Guerrero offers several alternatives on the basis of which legal protection could be established on the part of the director: joint works, works in employment, derivative works and collective works.⁷⁷

Margit Livingston interprets the theatrical director as a translator in a special sense who translates the written text into a stage production.⁷⁸ I think this interpretation is an acceptable and correct view. Her another viewpoint, which can also be accepted, is that the copyright protection of a director's performance can also be established through the analogy of derivative works.⁷⁹ She disagrees with Freeman about the director's concept and emphasizes that the concept is met with the requirement of fixation (this is what the Anglo-Saxon terminology calls a so-called "prompt book").⁸⁰ Livingston believes that the question is not whether directors should be entitled to legal protection, but to what extent they enjoy the protection granted by copyright law.⁸¹ In connection with this question, it is worth saying a few words about the so-called "*scènes à fair* doctrine". *Scènes à fair* doctrine means that elements and scenes used in a stage performance that draw from real-life experiences and thus become part of the general public perception cannot be protected by copyright. Similarly, standard elements known from literary or cultural history may not claim copyright protection. These elements can be protected if the way they are interpreted and shown on stage is individual and original. As an example, the mere idea that the children of two antagonistic families fall in love with each other will not be protected by copyright law, but the West Side Story or Romeo and Juliet which builds on this idea as a concrete musical stage work, already does.⁸² Dramatic works are typically good examples for the practical appearance of the *scènes à fair* doctrine, as playwrights often took over themes, topics⁸³ but it cannot be a problem, because "theatres do not play themes, but plays".⁸⁴

2. Solutions for the settlement of the directors' role

In many European copyright law, the legal status of theatrical director is still unresolved. However, we believe that its position shall and can be settled at the legal level. In connection with this, we have outlined the possible directions in order to clarify the copyright position of the stage director.

1) It is an absolutely exceptional case when the director sets the dramatic work on a stage within the framework of a replica "turn-key" license. Due to the special nature of the license, it

⁷⁶ GUERRERO, C. A.: „And if it wasn't for me [Rick], then where would you be Ms. Gypsy Rose Lee?” an argument for copyright protection for theatre directors through a reasonable definition of theatrical stage directions and an understanding of the theatre community. Akron Intellect Prop J. 2007/1. p. 115.

⁷⁷ GUERRERO: Op.cit. 138-139.

⁷⁸ LIVINGSTON, MARGIT: Inspiration of Imitation: Copyright Protection for Stage Directions. 50 Boston Collage Law Rev. 427, 2009, 438.

⁷⁹ LIVINGSTON: Op.cit. 442.

⁸⁰ LIVINGSTON: Op.cit. 445.

⁸¹ LIVINGSTON: Op.cit. 481.

⁸² SCHECHTER, ROGER E. – THOMAS, JOHN R.: Intellectual Property. The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, Thomson West, 2003. 53.

⁸³ FÁBRI PÉTER: A színész és a telefonkönyv. A színházi szöveg világa, Színház- és Filmművészeti Egyetem, Budapest, 2006. p. 135.

⁸⁴ FÁBRI: Op.cit. p. 135.

is not permitted to make any changes on the piece in this case, which means the director even has to expressly refrain from doing so. In fact, the director does not perform directing activities in this case. The replica licence can be considered as a “licensed copying”, which inherently excludes any individuality from the side of the director.

2) The other “extreme” situation is when the staging of the director is so individual, original that the original features of the genuine work begins to become obscured. Therefore, the new dramatic work cannot be considered as an adapted derivative work, but as a new independent work. In such cases, the director shall be considered the author of the dramatic work.

3) The director is an adapter and therefore he enjoys copyright protection if the staging of the dramatic work is following the legal requirements of the adaptation. In this case, we have to refer again to the fact that it would be worth considering the concept of theatrical adaptation, its elements and the concept of copyright adaptation, and furthermore, it would be necessary to approximate their practical interpretation to one another, and to possibly widen the framework of copyright interpretation.

4) The director – with the exception of replica pieces – necessarily displays his own personality and perspective during the staging of the dramatic work, which has to be evaluated from the point of view of the copyright law. In this circle, the protection structure of joint works seems to be the most appropriate which means the director is comparable to the editors of the collection of works. According to the HCA, compilations are protected by copyright if the collection, arrangement, or editing of their content is individual and original (collection of works). Collections of works are protected by copyright even if their parts or components are not or cannot be protected by copyright.⁸⁵ Editors are entitled to copyright in the entire collection of works. This, however, does not concern the independent rights of the authors of the individual works and the owners of related rights that have been included in the compilation.⁸⁶ This rule can also be applied to the works resulting from the stage arrangement because:

- the director collects, arranges, “edits” the dramatic work, the scenery, the play of the actors and the movements to an integrated, complete artwork;⁸⁷
- his own perspective and intellectual activity are manifested in this activity, which is individual and original;⁸⁸
- the dramatic work itself as a complete work is protected even if certain elements of it (e.g. some elements of the scenery, certain dialogues) cannot be protected by copyright;⁸⁹
- the director (as a quasi-editor) may have the copyright over the entire work, but his rights cannot undermine the rights of other authors (author, composer, costume designer, stage decorator).⁹⁰

5) As the last construction, the legal institution of joint works may also arise. According to Subsection 1 of Section 5 of the HCA, if the parts of a joint work produced by several authors cannot be used independently, the joint authors shall be entitled to copyright protection jointly and, if there is any doubt, in equal measure. In this case, however, it is important to have a joint decision relating to the joint creation of the work by the parties.⁹¹ This agreement between the author and the director can only be concluded if the dramatic work is put on stage by the director during the life of the author, and they jointly participate in the staging process of the work, i.e. the author is also involved in the staging.

⁸⁵ Subsection 1 of Section 7 of the HCA.

⁸⁶ Subsection 2 of Section 7 of the HCA.

⁸⁷ First sentence of the Subsection 1 of Section 7 of the HCA.

⁸⁸ First sentence of the Subsection 1 of Section 7 of the HCA.

⁸⁹ Second sentence of the Subsection 1 of Section 7 of the HCA.

⁹⁰ Subsection 2 of Section 7 of the HCA.

⁹¹ GYERTYÁNFY: Op. cit.

V. SUMMARY

The primary task of the director is to artistically plan, teach, and ultimately create the unity of the theatrical play.⁹² The role of the director - and that of the other actors as well - has changed over time. At the time of the Shakespeare-theatre, it was even more typical that a stage performance is created by one person, as the author wrote and directed the play.⁹³ The great playwrights were also actors and often directors. For example, Molière was also a leading actor, Ibsen was a dramaturg and Brecht was a singer and director.⁹⁴ From the second half of the 19th century, the process and tendency began for the director to take a role in the real control and collaboration of stage production. In today's theatrical environment, the director performs a number of creative functions.⁹⁵ Showing the diversity of his tasks by ensuring that the production is creatively cohesive from the first moment until the curtain goes down, and often even after that, until the piece is removed from the repertoire. He plays a big role in selecting the actors, reviewing the textbook, and in practice, the director even adds new scenes to each play. He is the one who directs the work of the costume and set designer, giving them instructions on how to make the designs.

It can be said, then, that in a stage work the director plays a central role, whose involvement is essential. Nevertheless, the copyright status of theatre directors is unclear. They are in a kind of "floating" status, between copyright and neighbouring rights status. This floating status and the fact that the legal position of such a central person is unclear is unfortunate. The fog surrounding the director's copyright position is also arisen by the fact that there is a contradiction between theatrical and legal practice and terminology.

Relevant domestic and foreign lawsuits show that the ambiguity of the copyright status of a theatre director is a living problem. It is not a negligible question to what extent the director's right extends, what he can do with a given work in reference to artistic freedom, and what the outcome of this amendment might be.

Most legal disputes – not only in Hungary but also abroad – derive from a conflict of rights between the director and the author. It seems right to call them and their relationship "*Montagues and Capulets in the drama of law*."⁹⁶

KEY WORDS

copyright law, dramatic works, theatrical copyright law, stage director, public performance, adaptation

KEÚČOVÉ SLOVÁ

autorské právo, dramatické dielo, divadelné autorské právo, režisér, verejné vystúpenie, adaptácia

BIBLIOGRAPHY

1. AMADA, RICHARD: Elvis karaoke Shakespeare and the search for a copyrightable stage direction, *Arizona Law Review*, 2001/3.
2. ATKINSON, BENEDICT – FITZGERALD, BRIAN: *A Short History of Copyright-The Genie of Information*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-02075-4>

⁹² SZÉKELY: Op.cit. p. 646-647.

⁹³ LIVINGSTON: Op.cit. p. 437.; RHINE, ANTHONY S.: A great confusion in theater management, *The Journal of Arts Management, Law and Society*, Spring, 2006.

⁹⁴ FÁBRI: Op.cit. p. 11.

⁹⁵ STEIN, DEANA S.: „Every move that she makes”: Copyright protection for stage directions and the fictional character standard, *Cardozo Law Review*, Vol 34. 2013. 1575.

⁹⁶ AMADA: Op.cit. 681.

3. BENTLY, LIONEL – SHERMAN, BRAD: Intellectual Property Law, Oxford University Press, 2014.
4. BOYTHA, GYÖRGY: Whose Right is Copyright? Festschrift für Eugen Ulmer zum 80. Geburtstag, GRUR, Int., 1983.
5. CORNISH, WILLIAM – LLEWLYN, DAVID – APLIN, TANYA: Intellectual Property: patents, copyright trade marks and allied rights. Seventh Edition, Sweet and Maxwell, London, 2010.
6. DE WERRA, JACQUES: The moral right of integrity. In: Derclay, Estelle (ed.): Research Handbook on the Future of EU Copyright, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2009.
7. DIETZ, CLAIRE – EHRHARDT, JAN: Theaterrecht. In: Wandtke, Artur-Axel – Ohst, Claudia Praxishandbuch Medienrecht, Band 2. – Schutz von Medienprodukten, Walter de Gruyter GmbH, Berlin, 2014.
8. FICSOR, MIHÁLY: Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO, and Glossary of Copyright and Related Rights Terms, World Intellectual Property Organization, Geneva, 2003.
9. FREEMAN, BETH: Theatre, Stage Directions and Copyright Law, Chicago-Kent Law Review, 1996 April.
10. GROSHEIDE W.: Moral rights. Research Handbook on the Future of EU Copyright / E. Derclay (ed.). Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2009. P. 262. <https://doi.org/10.4337/9781848446007>
11. GUERRERO, C. A.: „And if it wasn't for me [Rrick], then where would you be Ms. Gypsy Rose Lee?” an argument for copyright protection for theatre directors through a reasonable definition of theatrical stage directions and an understanding of the theatre community. Akron Intellect Prop J. 2007/1.
12. GYERTYÁNFY, PÉTER (ed.). Nagykomentár a szerzői jogi törvényhez, Budapest, Wolters Kluwer, 2014.
13. HOWELL, CLAIRE – FARRAND, BENJAMIN: Intellectual Property Law, Pearson, Harlow, 2014.
14. IONA HARDING - EMILY SWEETLAND Moral rights in the modern world: is it time for a change? Journal of Intellectual Property Law & Practice, Volume 7, Issue 8, August 2012, 565-572. <https://doi.org/10.1093/jiplp/jps077>
15. KEHRL, BEATE: Urheber- und Leistungsschutz, Verwertungsgesellschaften, In: Hanns Kurz – Kehrl, Beate – Nix, Christoph: Praxishandbuch Theater- und Kulturveranstaltungsrecht, C.H. Beck, München, 2015.
16. KOUMANTOS, GEORGES: The Future of the Berne Convention. Columbia-VLA Journal of Law & the Arts, Vol. 11:225. 1986.
17. LEE, YIN HARN: United Kingdom Copyright Decisions 2017. International Review of Intellectual Property and Competition Law, vol 49, 2018, 324-330. <https://doi.org/10.1007/s40319-018-0681-7>
18. LIVINGSTON, MARGIT: Inspiration of Imitation: Copyright Protection for Stage Directions. 50 Boston College Law Rev. 427, 2009.
19. NEVIN, DOUGLAS M.: No business like show business: copyright law, the theater industry, and the dilemma of rewarding collaboration, Emory Law Journal, 2004/3.
20. MAHFUD MAHFUD - FAISAL A. RAN, The Idea-Expression Dichotomy in Artistic Works: The Case Study in the United Kingdom, Journal of Intellectual Property Rights Vol 25, May-July 2020.
21. PODSZUN, RUPPRECHT: Frank Castorf's „Baal” – Director's Theater on Trial – Theater Directors in Conflict with Copyright Law in Germany, SSRN Electronic Journal, April 2016. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2771638>

22. PRESS, TIM: Intellectual Property Law Concentrate: Law Revision and Study Guide, OUP Oxford, 2013. <https://doi.org/10.1093/he/9780198803881.003.0007>
23. RAMCHARAN, ROBIN: International Intellectual Property Law and Human Security, Asser Press, Springer, The Hague, 2013. https://doi.org/10.1007/978-90-6704-900-9_2
24. REINBOTHE, JÖRG – VON LEWINSKI, SILKE: The WIPO Treaties on Copyright: A Commentary on the WCT, the WPPT, and the BTAP, Oxford University Press, 2015.
25. RHINE, ANTHONY S.: A great confusion in theater management, The Journal of Arts Management, Law and Society, Spring, 2006.
26. SÁPI, EDIT: Aleatoric nature of dramatic works, In, Kékesi Tamás (ed.), MultiScience - XXXI. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference, Miskolci Egyetemi Kiadó, Miskolc, 2017. <https://doi.org/10.26649/musci.2017.103>
27. SÁPI, EDIT: Átdolgozás vagy nem átdolgozás: ez itt a kérdés. Az átdolgozás jogának érvényesülése a színpadon, Iparjogvédelmi és Szerzői Jogi Szemle, 2018/4.
28. SCHECHTER, ROGER E. – THOMAS, JOHN R.: Intellectual Property. The Law of Copyrights, Patents and Trademarks, Thomson West, 2003.
29. SCHULZE, ERICH: Urheberrecht in der Musik, Walter de Gruyther, Berlin-New York, 1981.
30. STEIN, DEANA S.: „Every move that she makes”: Copyright protection for stage directions and the fictional character standard, Cardozo Law Review, Vol 34. 2013. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2028161>
31. SZÉKELY, GYÖRGY: Magyar Színházművészeti Lexikon, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1994.
32. RAHMATIAN, ANDREAS, Originality in UK Copyright Law: The Old “Skill and Labour” Doctrine Under Pressure. International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 44, 2013. <https://doi.org/10.1007/s40319-012-0003-4>
33. TATTAY, LEVENTE: Intellectual Property [Hungary]. The Netherlands, Wolters Kluwer, 2019
34. TORREMANS, PAUL: Holyoak and Torremans on Intellectual Property Law, Oxford University Press, United Kingdom, 2019. <https://doi.org/10.1093/he/9780198836452.001.0001>
35. Unesco – WIPO: Committee of governmental experts on dramatic, choreographic and musical works, Report, Paris, 1987.
36. VON LEWINSKI, SILKE: International Copyright Law and Policy, Oxford University Press, 2008.
37. WÖHRN, KIRSTEN-INGER: 2. Kapitel – Das Werk, In: Artur-Axel Wandtke (ed.), Urheberrecht, De Gruyter, Berlin, 2016.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

Dr. Edit Sági PhD

Assistant Lecturer

University of Miskolc, Faculty of Law

Institute of Civil Law

3515. Miskolc-Egyetemváros, Hungary

E-mail: jogsapi@uni-miskolc.hu

KOMPARÁCIA ZÁKONNÝCH PODMIENOK PRE DISTRIBÚCIU DOPLNKOVÉHO DÔCHODKOVÉHO SPORENIA V SR A DOPLNKOVÉHO PENZIJNÉHO SPORENIA V ČR

COMPARISON OF LEGAL CONDITIONS FOR THE DISTRIBUTION OF SUPPLEMENTARY PENSION SAVINGS IN THE SLOVAK REPUBLIC AND SUPPLEMENTARY PENSION SAVINGS IN THE CZECH REPUBLIC

Andrea Slezáková¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-07>

ABSTRAKT²

Činnosť doplnkovej dôchodkovej spoločnosti aj penzijnej spoločnosti sa predovšetkým zameriava na zhodnocovanie prostriedkov a zvyšovanie príjmu fyzickej osoby prostredníctvom vyplácaných dávok. Nedeľnou súčasťou aktivít doplnkovej dôchodkovej spoločnosti, ako aj penzijnej spoločnosti je zabezpečovanie odbytu ich finančných produktov, k čomu predmetné dohliadané subjekty využívajú rôzne interné, ako aj externé distribučné kanály. Príspevok je zameraný na druhú menovanú skupinu, konkrétne na porovnanie zákonných podmienok pre sprostredkovanie doplnkového dôchodkového sporenia v SR a doplnkového penzijného sporenia v ČR.

ABSTRACT

The activities of the supplementary pension asset management company and of the pension company are primarily focused on delivering value for money and increasing the income of a natural person through benefits which these subjects pay out. An integral part of the activities of the supplementary pension asset management company as well as of the pension companies is the provision of sales of their financial products, for which the supervised entities use various internal as well as external distribution channels. The paper focuses on the second named group, specifically on the comparison of legal conditions for the intermediation of supplementary pension savings in the Slovak Republic and supplementary pension savings in the Czech Republic.

I. ÚVOD

V Slovenskej aj Českej republike sa uskutočnili reformy systémov dôchodkového zabezpečenia. Zdedené systémy sociálneho zabezpečenia nezodpovedali potrebám prechodu k trhovej ekonomike.³ Masu sociálnych výhod financovaných zamestnávateľom v štátom riadenej ekonomike nebolo možné preniesť na súkromnú trhovú ekonomiku bez významného dopadu na jej ekonomickú výkonnosť.⁴ Bolo preto nepochybne nutné reformovať systémy

¹ JUDr., LL.M., PhD., Ekonomická univerzita v Bratislave, Obchodná fakulta, Slovenská republika
University of Economics, Faculty of Commerce, Slovak Republic.

² Príspevok bol spracovaný v rámci projektu APVV-16-0553 „Premeny a inovácie konceptu kapitálových spoločností v podmienkach globalizácie“.

³ TOMEŠ, I.: *Sociální politika, teorie a mezinárodní zkušenost*. Praha : Socioklub, 2001, s. 205.

⁴ TOMEŠ, I.: *Sociální politika, teorie a mezinárodní zkušenost*. Praha : Socioklub, 2001, s. 205.

sociálnych dávok tak, aby sa znížili náklady.⁵ Predmetné náklady boli kryté zo štátneho rozpočtu, čo znamenalo tlak na verejné výdaje a podmienkach trhovej ekonomiky aj na dane.⁶ A preto bolo potrebné pristúpiť k ich redukcii.

Uznesením vlády SR č. 257 z 2. apríla 2003 bola schválená Koncepcia reformy dôchodkového zabezpečenia v SR, ktorá je platná aj v súčasnom období.⁷ Predmetná koncepcia za hlavný problém slovenského dôchodkového systému uviedla rozsah priebežného financovania dôchodkov, ktorý vzhľadom na demografický i ekonomický vývoj označila za neudržateľný.⁸ Cieľom uvedenej reformy bola transformácia existujúceho systému do udržateľnej podoby troj – pilierového modelu, ktorý mal byť tvorený novým, dávkovo definovaným, priebežným pilierom (I. pilier), financovaným prostredníctvom príspevkov; ďalej systémom starobného dôchodkového sporenia (II. pilier) - kapitalizačný pilier, ktorý bol príspevkovo definovaný a mal byť financovaný prostredníctvom príspevkov na osobné dôchodkové účty účastníkov systému a napokon dobrovoľným súkromným pilierom (III. pilier), na báze doplnkového poistenia s využitím aj iných produktov finančného trhu.⁹

Dňa 1. januára 2004 nadobudol účinnosť zákon č. 461/2003 Z. z. o sociálnom poistení.¹⁰ Dňa 1. januára 2005 nadobudol účinnosť zákon č. 650/2004 Z. z. o doplnkovom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Dňa 1. januára 2005 nadobudol účinnosť zákon č. 43/2004 Z. z. o starobnom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov okrem ustanovení § 47 až 51, § 53 až 56, § 58, 62, 66, 109, § 113 až 115, § 120, 124, ktoré nadobudli účinnosť dňa 1. februára 2004 a ustanovení § 52, § 67, § 111, § 112, § 117 a § 123, ktoré nadobudli účinnosť dňa 15. apríla 2004.

Dôchodková reforma v SR spočívala predovšetkým

- v zavedení príspevkovo definovaného povinného systému starobného dôchodkového sporenia;
- v prebudovaní priebežného systému, ktorý vychádza z jeho modifikovanej filozofie;
- vo zvýšení významu dobrovoľných dôchodkových schém.¹¹

Systém dôchodkového zabezpečenia v ČR pozostáva z dvoch pilierov. Reguláciu prvého reprezentuje zákon č. 155/1995 Sb. o dôchodkovom poistení v znení neskorších predpisov. Predmetný pilier je priebežne financovaný, pre udržateľnosť tohto systému je dôležité, aby bolo povinné poistné odvádzané pravidelne.¹² Výška poistného na dôchodkové poistenie, ako aj výška dávok vyplácaných štátom sa môže kedykoľvek zmeniť, a to hlavne v súvislosti s demografickým vývojom.¹³

Dňa 1. januára 2013 nadobudol účinnosť zákon č. 426/2011 Sb. o dôchodkovom sporení, ktorý predstavoval tzv. druhý pilier. Predmetný normatívny právny akt bol zrušený k 1. januáru 2018 zákonom č. 376/2015 Sb. o ukončení dôchodkového sporenia.

Zákon č. 42/1994 Sb. o penzijnom pripoistení so štátnym príspevkom a o zmenách niektorých zákonov súvisiacich s jeho zavedením v znení neskorších predpisov predstavoval, resp. stále predstavuje pre jeho účastníkov tretí pilier, do ktorého však bolo možné vstúpiť len

⁵ Tamže.

⁶ Tamže.

⁷ POLONSKÝ, D., PLACHÁ, J.: *Sociálne poistenie v systéme sociálneho zabezpečenia na Slovensku od roku 1990 po súčasnosť*. Trnava : Univerzita sv. Cyrila a Metoda v Trnave, Fakulta sociálnych vied, 2017, s. 67.

⁸ GEJDOŠOVÁ, Z.: *Sociálne zabezpečenie v systéme verejnej správy na Slovensku*. Ružomberok : VERBUM, 2012, s. 29.

⁹ POLONSKÝ, D., PLACHÁ, J.: *Sociálne poistenie v systéme sociálneho zabezpečenia na Slovensku od roku 1990 po súčasnosť*. Trnava : Univerzita sv. Cyrila a Metoda v Trnave, Fakulta sociálnych vied, 2017, s. 67.

¹⁰ S výnimkou § 122 ods. 4 až 6, § 123 ods. 3 až 5, § 272 ods. 7, § 286 ods. 2, § 291 ods. 3 a ods. 4 a § 293, ktoré nadobúdajú účinnosť dňom vyhlásenia, § 120 ods. 4, ktoré nadobudli účinnosť dňom nadobudnutia platnosti zmluvy o pristúpení Slovenskej republiky k Európskej únii.

¹¹ RIEVAJOVÁ, E. a kol.: *Sociálne zabezpečenie*. 2. prepracované vydanie. Bratislava : Vydavateľstvo EKONÓM, 2017, s. 143.

¹² RYTÍŘOVÁ, L.: *Důchodový systém v České republice*. Olomouc : ANAG, 2013, s. 11-12.

¹³ SYROVÝ, P.: *Jak si spoří na důchod. Zorientujte se v důchodové reformě*. Praha : GRADA Publishing, 2012, s. 86-87.

do 31. decembra 2012. Dňa 1. januára 2013 nadobudol účinnosť zákon č. 427/2011 Sb. o doplnkovom penzijnom sporení. Penzijné pripoistenie bolo nahradené doplnkovým penzijným sporením, bola zavedená regulácia, ktorá zabezpečila väčšiu ochranu prostriedkov účastníkov a zároveň platí, že aj nové legislatívne prostredie zabezpečuje účastníkovi štátne príspevky, daňové výhody, a taktiež nasporené prostriedky spravuje penzijná spoločnosť.¹⁴

Spoločným menovateľom právnej úpravy doplnkového dôchodkového sporenia v SR a doplnkového penzijného sporenia v ČR je ich účel, ktorý spočíva v zabezpečení doplnkového príjmu pre fyzickú osobu s cieľom zvyšovania jej životnej úrovne v poproduktívnom veku.

Nesporne dôležitú úlohu pri realizácii povoleného predmetu podnikania doplnkovej dôchodkovej spoločnosti a penzijnej spoločnosti hrajú subjekty oprávnené na sprostredkovanie ich finančných služieb. Cieľom príspevku je porovnanie zákonných podmienok pre distribúciu doplnkového dôchodkového sporenia na Slovensku a doplnkového penzijného sporenia v Čechách, použitím metódy analýzy a komparácie.

II. DOPLNKOVÁ DÔCHODKOVÁ SPOLOČNOSŤ A PENZIJNÁ SPOLOČNOSŤ

Zákon č. 650/2004 Z. z. o doplnkovom dôchodkovom sporení a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o doplnkovom dôchodkovom sporení“) upravuje doplnkové dôchodkové sporenie, organizáciu, financovanie a vykonávanie doplnkového dôchodkového sporenia, dohľad nad vykonávaním doplnkového dôchodkového sporenia a transformáciu doplnkovej dôchodkovej poisťovne. Dohliadaným subjektom, ktorý uskutočňuje doplnkové dôchodkové sporenie je doplnková dôchodková spoločnosť. Ide o akciovú spoločnosť so sídlom na území Slovenskej republiky, ktorej predmetom činnosti je vytváranie a správa doplnkových dôchodkových fondov na účel vykonávania doplnkového dôchodkového sporenia, a to na základe povolenia na vznik a činnosť doplnkovej dôchodkovej spoločnosti udeleného Národnou bankou Slovenska.¹⁵ Doplnkové dôchodkové sporenie je zhromažďovanie príspevkov na doplnkové dôchodkové sporenie od účastníkov doplnkového dôchodkového sporenia a zamestnávateľov, nakladanie s majetkom v doplnkovom dôchodkovom fonde podľa zákona a vyplácanie dávok doplnkového dôchodkového sporenia.¹⁶

Doplnková dôchodková spoločnosť patrí medzi dohliadané subjekty finančného trhu. Dohľad nad ňou realizuje Národná banka Slovenska.

V Českej republike, penzijné spoločnosti a penzijné fondy slúžia k penzijnému sporeniu, alebo k ukladaniu, zhromažďovaniu a následnému umiestňovaniu úspor občanov do rôznych druhov investičných nástrojov za účelom ich dodatočného zhodnotenia a neskoršieho vyplácania starobných penzií.¹⁷

Penzijná spoločnosť predstavuje obchodnú spoločnosť, pre ktorú zákonodarca ustanovuje obligatórne právnu formu akciovej spoločnosť a ktorej predmetom podnikania je zhromažďovanie príspevkov účastníka, príspevkov zamestnávateľa a štátnych príspevkov za účelom ich umiestňovania do účastníckych fondov, hospodárenie s majetkom v účastníckych fondoch a vyplácanie dávok doplnkového penzijného sporenia.¹⁸

Zákon č. 427/2011 Sb. o doplnkovom penzijnom sporení v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o doplnkovom penzijnom sporení“) určuje, že hore uvedený špecifický predmet činnosti, je akciová spoločnosť oprávnená uskutočňovať výlučne v prípade, že

¹⁴ PŘIB, J., VOŘÍŠEK, V.: *Důchodové předpisy s komentářem* .7. aktualizované vydání . Olomouc : ANAG, 2012, s. 17.

¹⁵ SIDAK, M., DURČINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo*. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2014, s. 414.

¹⁶ BABČÁK, V. a kol.: *Finančné právo na Slovensku a v Európskej únii*. Bratislava : EUROKÓDEX, 2012, s. 502.

¹⁷ REJNUŠ, O.: *Finanční trhy*. 4. aktualizované a rozšířené vydání. Praha : Grada Publishing, 2014, s. 121.

¹⁸ Porovnaj § 29 ods. 1 zákona č. 427/2011 Sb. o doplnkovom penzijnom sporení v znení neskorších predpisov.

disponuje povolením na činnosť penzijnej spoločnosti udeľovaným Českou národnou bankou.¹⁹

Penzijná spoločnosť patrí medzi subjekty, nad ktorými vykonáva dohľad Česká národná banka.²⁰ Pri realizácii dohľadu vystupuje centrálna banka ako orgán verejnej moci, realizujúci kompetencie správneho orgánu, pričom štát na ňu delegoval výkon štátnej moci.²¹ Prísna regulácia vyplýva zo skutočnosti, že penzijné spoločnosti disponujú veľkým objemom peňažných prostriedkov a z tohto hľadiska sú významnými investormi na finančných trhoch.²²

Nedielnou súčasťou činnosti doplnkových dôchodkových spoločností, ako aj penzijných spoločností je zabezpečovanie odbytu ich finančných produktov, k čomu predmetné dohliadané subjekty využívajú rôzne interné, ako aj externé distribučné kanály. Pozornosť budeme venovať druhej menovanej skupine.

III. DISTRIBÚCIA DOPLNKOVÉHO DÔCHODKOVÉHO SPORENIA V SR

Od konca 20. storočia sme svedkami premien predaja finančných služieb. 90. roky minulého storočia sú späté so zmenou zamerania pozornosti, ktorá sa posunula z finančného produktu na klienta, predmetné vývojové trendy možno pripísať aj globalizácii a zvýšenej konkurencii.²³ Finanční agenti sú povinní s ohľadom na zistené a zaznamenané požiadavky, potreby klienta, jeho znalosti a skúsenosti vzťahujúce sa na finančnú službu vykonávať finančné sprostredkovanie.

Zákon č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o finančnom sprostredkovaní“) umožňuje doplnkovej dôchodkovej spoločnosti ako finančnej inštitúcii v zmysle predmetného právneho predpisu spomedzi kategórií finančných agentov spolupracovať so samostatným a viazaným finančným agentom.

1. Samostatný finančný agent

Samostatný finančný agent je oprávnený ponúkať vzájomne si konkurujúce finančné produkty, ergo má potenciál zaujať klienta širokou škálou finančných služieb, keďže má možnosť uzatvárania písomných zmlúv s viacerými finančnými inštitúciami pôsobiacimi v príslušnom sektore v tom istom čase.²⁴ Tento subjekt možno charakterizovať ako fyzickú osobu – podnikateľa alebo právnickú osobu disponujúcu povolením na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta.²⁵

Rozhodnutím Národnej banky Slovenska bude tento druh povolenia udelený žiadateľovi, ktorý preukázal splnenie všetkých zákonom o finančnom sprostredkovaní stanovených podmienok. Medzi tieto patria u fyzickej osoby žiadajúcej o udelenie príslušného povolenia, jej dôveryhodnosť, odborná spôsobilosť, dôveryhodnosť a odborná spôsobilosť jej zamestnancov, ktorí budú vykonávať finančné sprostredkovanie, technická a organizačná pripravenosť na vykonávanie finančného sprostredkovania.²⁶ U právnickej osobe

¹⁹ KURKA, R., PAŘÍKOVÁ, A.: *Subjekty finančního trhu. Vybrané aspekty likvidace a insolvence*. Praha : C. H. Beck, 2014, s. 30.

²⁰ Porovnaj § 44 ods. 1 písm. c) zákona č. 6/1993 Sb. o České Národní banke v znení neskorších predpisov.

²¹ RÝDL, T., BARÁK, J., SAŇA, L., VÝBORNÝ, P.: *Zákon o České národní bance. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer, 2014, s. 149.

²² KARFÍKOVÁ, M. a kol.: *Teorie finančního práva a finanční vědy*. Praha : Wolters Kluwer, 2018, s. 217.

²³ KLÖCKNER, B., W.: *Systemisch verkaufen und beraten in der Finanzbranche: Dauerhaft erfolgreich durch gelingende Kundenbindung*. Springer Gabler : Wiesbaden, 2014, s. 48.

²⁴ SLEZÁKOVÁ, A., ŠIMONOVÁ, J., JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer SR, 2020, s. 78 - 79.

²⁵ SLEZÁKOVÁ, A., TKÁČ, P., NOVOTNÁ, M.: *Samostatný finančný agent ako dohliadaný subjekt finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, s. 12.

²⁶ SIDAK, M., SLEZÁKOVÁ, A. a kol.: *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2014, s. 210.

k predmetným zákonným podmienkam pristupuje povinnosť preukázať, že skupina s úzkymi väzbami, ku ktorej patria aj osoby vykonávajúce kontrolu nad žiadateľom a kvalifikovaná účasť osôb na žiadateľovi nebránia účinnému vykonávaniu dohľadu Národnej banky Slovenska, ako aj to, že žiadateľ nebol právoplatne odsúdený pre trestný čin.²⁷ Dôveryhodnosť a odbornú spôsobilosť žiadateľ právnická osoba preukazuje u fyzických osôb, ktoré pôsobia v zákonodarcom taxatívne definovaných funkciách.

2. Viazaný finančný agent

Oprávnenie na vykonávanie finančného sprostredkovania v sektore doplnkového dôchodkového sporenia vzniká viazanému finančnému agentovi okamihom zápisu do registra finančných agentov, finančných poradcov, finančných sprostredkovateľov z iného členského štátu v sektore poistenia alebo zaistenia a finančných sprostredkovateľov z iného členského štátu v oblasti poskytovania úverov na bývanie (ďalej len „register“). Navrhovateľom na jeho zápis bude doplnková dôchodková spoločnosť. U tejto kategórie finančného agenta Národná banka Slovenska nevedie konanie vo veciach dohľadu, nie je mu udeľované povolenie na vykonávanie činnosti. Viazaný finančný agent nepatrí medzi dohliadané subjekty finančného trhu.²⁸ Uskutočňuje sa nad ním tzv. delegovaný dohľad zabezpečovaný finančnou inštitúciou, s ktorou má uzatvorenú písomnú zmluvu, vzťahuje sa však na neho regulácia týkajúca sa sankcionovania, obsiahnutá v zákone o finančnom sprostredkovaní.²⁹

IV. DISTRIBÚCIA DOPLNKOVÉHO PENZIJNÉHO SPORENIA V ČR

Zákon o doplnkovom penzijnom sporení rozlišuje medzi samostatným sprostredkovateľom a viazaným zástupcom, ktorí predstavujú podnikajúce fyzické osoby alebo právnické osoby.³⁰

1. Samostatný sprostredkovateľ

Samostatný sprostredkovateľ vykonáva sprostredkovanie doplnkového penzijného sporenia na základe oprávnenia na činnosť samostatného sprostredkovateľa udeľovaného Českou národnou bankou. Zákonodarcia určuje pre žiadateľa o udelenie oprávnenia na činnosť samostatného sprostredkovateľa nasledujúce podmienky:

- sídlo žiadateľa alebo pobočka žiadateľa sa nachádza na území Českej republiky,
- dôveryhodnosť žiadateľa, ak je žiadateľom právnická osoba, dôveryhodnosť preukazuje člen štatutárneho orgánu alebo iná osoba s obdobnou pôsobnosťou; podmienku dôveryhodnosti musí plniť aj ovládajúca osoba žiadateľa, ktorý je právnickou osobou,
- odborná spôsobilosť, ak je žiadateľom právnická osoba, odbornú spôsobilosť preukazuje člen štatutárneho orgánu alebo iná osoba s obdobnou pôsobnosťou, pokiaľ tieto osoby skutočne riadia distribúciu doplnkového penzijného sporenia alebo majú byť za túto činnosť zodpovedné,
- žiadateľ je poistený pre prípad povinnosti nahradiť účastníkovi alebo záujemcovi o doplnkové penzijné sporenie škodu spôsobenú porušením niektorej z jeho povinností stanovených zákonom o doplnkovom penzijnom sporení alebo inými právnymi predpismi v rozsahu, v akom sa vzťahujú na sprostredkovanie doplnkového penzijného sporenia, s limitom poistného plnenia najmenej 13500000 Kč na jednu poistnú udalosť a najmenej 20250000 Kč pre prípad súbehu viacerých poistných udalostí v jednom roku,

²⁷ Porovnaj § 18 ods. 2 zákona o finančnom sprostredkovaní.

²⁸ Porovnaj § 1 zákona č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

²⁹ SLEZÁKOVÁ, A., ŠIMONOVÁ, J., JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer SR, 2020, s. 83.

³⁰ Porovnaj § 74 ods. 1 zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

- údaje o osobe žiadateľa uvedené v žiadosti umožňujú identifikáciu žiadateľa v príslušnom základnom registri,
- žiadateľ nie je samostatným sprostredkovateľom alebo viazaným zástupcom podľa zákona o doplnkovom penzijnom sporení.³¹

2. Viazaný zástupca

Viazaný zástupca je subjekt oprávnený na sprostredkovanie doplnkového penzijného sporenia na základe zápisu do registra osôb oprávnených sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie. To znamená, že u danej kategórie je uplatňovaný registračný princíp. Predmetný princíp vyjadruje, že Česká národná banka nevykonáva vecný prieskum.³²

Zákonom o doplnkovom penzijnom sporení bol zriadený register osôb oprávnených sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie, ktorý vedie Česká národná banka výlučne v elektronickej podobe a do ktorého sú zapisovaní samostatní sprostredkovatelia a ako bolo uvedené aj viazaní zástupcovia.³³

V. VYBRANÉ PRÁVNE ASPEKTY ROZDIELOV V SLOVENSKEJ A ČESKEJ REGULÁCIE

Kľúčový rozdiel medzi slovenskou a českou právnou úpravou podmienok pre distribúciu doplnkového dôchodkového sporenia a doplnkového penzijného sporenia spočíva v procesnoprávnej regulácii. Zákon č. 747/2004 Z. z. o dohľade nad finančným trhom a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o dohľade nad finančným trhom“) v tretej časti zvanej konanie vo veciach dohľadu upravuje osobitný druh správnoprocesného konania bez subsidiárnej aplikácie zákona č. 71/1967 Zb. o správnom konaní (správny poriadok) v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok“). Ergo slovenský zákonodarca vylučuje použitie správneho poriadku v konaní, v ktorom Národná banka Slovenska rozhoduje o žiadosti o udelenie povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta. V porovnaní s uvedeným, česká regulácia výslovne predpokladá aplikáciu zákona č. 500/2004 Sb. správny poriadok v znení neskorších predpisov (ďalej len „správny poriadok ČR“).³⁴

V aplikačnej praxi je zaužívané členenie konaní vo veciach dohľadu na povoľovacie a sankčné.³⁵ V povoľovacom konaní sa uplatňuje dispozičná zásada. Predmetné konanie je iniciované žiadateľom. Žiadosť o udelenie povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta má listinnú podobu.³⁶ V súvislosti s pandémiou ochorenia COVID-19, bol prijatý zákon č. 67/2020 Z. z. o niektorých mimoriadnych opatreniach vo finančnej oblasti v súvislosti so šírením nebezpečnej nákazlivej ľudskej choroby COVID-19 (ďalej len „lex korona“). Nadobudnutím účinnosti predmetného normatívneho právneho aktu zákonodarca umožnil, aby počas obdobia pandémie žiadatelia mohli podávať Národnej banke Slovenska žiadosti o udelenie povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta elektronicky s kvalifikovaným elektronickým podpisom prostredníctvom ústredného portálu verejnej správy.³⁷ Ide o právo, nie povinnosť žiadateľa. Možnosť podania žiadosti o udelenie povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta v listinnej podobe ostáva naďalej zachovaná. Pre žiadateľa, teda v súčasnosti existujú dve alternatívy. Zo zákona

³¹ Porovnaj § 77a zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

³² HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D.: *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu. Komentář*. Praha : C.H. Beck, 2012, s. 332.

³³ Porovnaj § 79 a § 80 zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

³⁴ Porovnaj § 77b ods. 1 zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

³⁵ SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohľade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer SR, 2018, s. 274.

³⁶ Porovnaj § 16 ods. 2 zákona o dohľade nad finančným trhom.

³⁷ Porovnaj § 30 ods. 1 lex korona.

o doplnkovom penzijnom sporení vyplýva, že žiadosť o udelenie oprávnenia na činnosť samostatného sprostredkovateľa možno podať výlučne elektronicky.³⁸

Právna úprava aj u samostatného finančného agenta, aj u samostatného sprostredkovateľa predpokladá zápis do príslušného registra vedeného orgánom dohľadu. Ak Česká národná banka vyhovie žiadosti žiadateľa v plnom rozsahu, nevyhotovuje písomné rozhodnutie. V tomto prípade rovno zapíše orgán dohľadu samostatného sprostredkovateľa do registra osôb oprávnených sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie. Rozhodnutie Českej národnej banky nadobudne právoplatnosť okamihom zápisu samostatného sprostredkovateľa do registra osôb oprávnených sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie, pričom o zápise do predmetného registra Česká národná banka informuje elektronicky bezodkladne daný subjekt.³⁹

Aj slovenská právna úprava predpokladá zápis samostatného finančného agenta do registra vedeného Národnou bankou Slovenska. Predmetný zápis však v porovnaní s českou reguláciou nie je priamym vyústením konania vo veciach dohľadu. Kladné právoplatné rozhodnutie Národnej banky Slovenska tvorí prvý nevyhnutný predpoklad vykonávania finančného sprostredkovania, avšak zápis⁴⁰ je u podnikajúcej fyzickej osoby podmienený doručením kópie poistnej zmluvy spolu s dokladom o uhradení poistného. Právnická osoba je povinná Národnej banke Slovenska taktiež doručiť kópiu poistnej zmluvy spolu s dokladom o uhradení poistného a zároveň aj výpis z obchodného registra, z ktorého je zrejmé, že vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta v príslušnom povolenom sektore bolo zapísané ako predmet činnosti registrovým súdom.

Poistenie zodpovednosti za škodu pri vykonávaní sprostredkovateľskej činnosti je spoločné oboch právnym úpravám. Česká regulácia, splnenie tejto zákonnej podmienky viaže na udelenie oprávnenia na udelenie povolenia na činnosť samostatného sprostredkovateľa, t.j. musí byť preukázaná v konaní vedenom podľa správneho poriadku ČR. Naopak, Národná banka Slovenska skúma uzatvorenie poistenia zodpovednosti za škodu až po nadobudnutí právoplatnosti individuálneho správneho aktu, avšak ešte pred zápisom do registra. Faktický účinok oboch právných úprav je rovnaký. Samostatný finančný agent na Slovensku a samostatný sprostredkovateľ v Čechách sú pred začatím vykonávania sprostredkovania povinní byť poistení pre prípad zodpovednosti za škodu. V porovnaní so zápisom do registra osôb oprávnených sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie, zákonodarca na Slovensku podmieňuje u samostatného finančného agenta právnickej osoby zápis do registra aj predložením výpisu z obchodného registra, z ktorého vyplýva, že došlo k zápisu tohto povoleného predmetu činnosti.

Oprávnenie na činnosť samostatného sprostredkovateľa je udeľované na dobu určitú. Trvá do konca kalendárneho roku nasledujúceho po kalendárnom roku, v ktorom bol samostatný sprostredkovateľ zapísaný do registra osôb oprávnených sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie.⁴¹ Česká národná banka samostatnému sprostredkovateľovi predĺži oprávnenie na činnosť vždy o ďalších 12 mesiacov po zaplatení správneho poplatku.⁴² Ak teda uplynie doba trvania oprávnenia na činnosť samostatného sprostredkovateľa a ešte počas nej nedôjde k úhrade správneho poplatku, predmetné oprávnenie zanikne v dôsledku plynutia času a nezaplatenia poplatku.

Predmetný správny poplatok možno analogicky prirovnáť k ročnému príspevku, ktorý je samostatný finančný agent povinný uhrádzať ako dohliadaný subjekt finančného trhu.

³⁸ Porovnaj § 77b ods. 1 zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

³⁹ Porovnaj § 77b ods. 2 zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

⁴⁰ V súlade s § 14 ods. 7 zákona o finančnom sprostredkovaní je samostatný finančný agent oprávnený začať vykonávať finančné sprostredkovanie od okamihu zápisu do príslušného zoznamu v príslušnom podregistri.

⁴¹ Porovnaj § 77c ods. 1 zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

⁴² Porovnaj § 77c ods. 2 prvá veta zákona o doplnkovom penzijnom sporení.

Výšku ročného príspevku určuje Banková rada Národnej banky Slovenska podľa § 40 ods. 2 zákona o dohľade nad finančným trhom v spojení s § 6 ods. 2 písm. d) zákona Národnej rady Slovenskej republiky č. 566/1992 Zb. o Národnej banke Slovenska v znení neskorších predpisov. Zákonodarca v § 19 ods. 1 zákona o finančnom sprostredkovaní taxatívne zakotvuje dôvody zániku povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta. Neuhradenie ročného príspevku dohliadaného subjektu finančného trhu do predmetného okruhu nepatrí.

Rozdiely nachádzame aj v regulácii viazaného zástupcu a viazaného finančného agenta. Viazaný zástupca je povinný na účely vykonávania sprostredkovania doplnkového penzijného sporenia uzatvoriť písomnú zmluvu buď s penzijnou spoločnosťou alebo samostatným sprostredkovateľom. Pôjde teda o podnikateľské rozhodnutie príslušného subjektu, s ktorým z potenciálnych zmluvných partnerov uzatvorí zmluvu. Ide o významný rozdiel v porovnaní so slovenskou právnou úpravou, v zmysle ktorej je finančná inštitúcia (doplnková dôchodková spoločnosť) oprávnená vytvoriť sieť viazaných finančných agentov (fyzických a právnických osôb, u ktorých sa taktiež uplatňuje registračný princíp) a samostatný finančný agent je oprávnený na vykonávanie činnosti v sektore doplnkového dôchodkového sporenia buduje sieť podriadených finančných agentov. Viazaní finanční agenti sú *ex lege* oprávnení vykonávať finančné sprostredkovanie v tom istom čase iba pre jednu doplnkovú dôchodkovú spoločnosť, nesmú vykonávať činnosť pre samostatného finančného agenta. Slovenská právna úprava rozlišuje medzi subjektmi subordinovanými finančnej inštitúcii a samostatnému finančnému agentovi. Viazaní a podriadení finanční agenti predstavujú dve odlišné kategórie finančných agentov.

Česká právna úprava umožňuje kategórii viazaných zástupcov, aby sa rozhodla, či bude subordinovaná finančnej inštitúcii - penzijnej spoločnosti alebo samostatnému sprostredkovateľovi. Špecifickú skupinu podnikateľov (sprostredkovateľov) podriadených samostatnému sprostredkovateľovi zákonodarca nezaviedol. Podriadeným finančným agentom sa približujúcu kategóriu česká právna úprava sprostredkovania doplnkového penzijného sporenia nepozná.

VI. ZÁVER

Doplnková dôchodková spoločnosť, aj penzijná spoločnosť predstavujú dohliadané subjekty finančného trhu. Dohľad nad doplnkovou dôchodkovou spoločnosťou vykonáva Národná banka Slovenska. Dohľad nad penzijnou spoločnosťou realizuje Česká národná banka. U oboch ide o dohľad vykonávaný nezávislou centrálnou bankou príslušného štátu.

Ďalším spoločným znakom ich podnikania je zákonne ukotvená možnosť využívania externých distribútorov svojich finančných služieb.

Zákon o finančnom sprostredkovaní umožňuje doplnkovej dôchodkovej spoločnosti používať na sprostredkovanie účastníckych zmlúv a zamestnávateľských zmlúv samostatného a viazaného finančného agenta. Samostatný finančný agent podniká na základe povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta udeľovaného Národnou bankou Slovenska. U viazaného finančného agenta nie je vedené konanie vo veciach dohľadu, nie je povinný získať povolenie, začiatok oprávnenia je spätý s okamihom zápisu do registra. Samostatný finančný agent *ex lege* môže v tom istom čase vykonávať finančné sprostredkovanie pre viacero doplnkových dôchodkových spoločností. Naopak, viazaný finančný agent iba pre jednu.

V súlade so zákonom o doplnkovom penzijnom sporení je penzijná spoločnosť oprávnená za účelom sprostredkovania zmluvy o doplnkovom penzijnom sporení spolupracovať so samostatným sprostredkovateľom a viazaným zástupcom. Rovnako, ako slovenská, aj česká regulácia ustanovuje u samostatného sprostredkovateľa povinnosť získať povolenie na činnosť samostatného sprostredkovateľa udeľovaného Českou národnou bankou

a u viazaného zástupcu predpokladá registráciu. Kým činnosť viazaného zástupcu je spätá s jednou penzijnou spoločnosťou, alebo s jedným samostatným sprostredkovateľom, samostatný sprostredkovateľ môže byť činný pre viaceré.

Najmarkantnejší rozdiel medzi slovenskou a českou právnou úpravou distribúcie finančných produktov externými subjektmi spočíva v tom, že viazaný finančný agent vykonáva činnosť výlučne pre doplnkovú dôchodkovú spoločnosť, nesmie spolupracovať so samostatným finančným agentom. Zákon o doplnkovom penzijnom sporení umožňuje viazanému zástupcovi vybrať si pri uzatváraní zmluvy, na základe ktorej bude sprostredkovať doplnkové penzijné sporenie, medzi penzijnou spoločnosťou alebo samostatným sprostredkovateľom.

Český zákon o doplnkovom penzijnom sporení upravuje doplnkové penzijné sporenie, ako aj jeho sprostredkovanie. Naopak, podmienky pre uskutočňovanie finančného sprostredkovania v sektore doplnkového dôchodkového sporenia nachádzame v zákone o finančnom sprostredkovaní, doplnkové dôchodkové sporenie upravuje zákon o doplnkovom dôchodkovom sporení.

Rozdiel oproti českej úprave teda spočíva v tom, že slovenská regulácia je rozdelená do dvoch normatívnych právnych aktov.

Aj napriek hore uvedeným rozdielom konštatujeme, že v českej a slovenskej právnej regulácii sú dané aj spoločné prvky. Obe právne úpravy umožňujú doplnkovej dôchodkovej spoločnosti, penzijnej spoločnosti využívať externé distribučné siete tvorené dvoma rozličnými kategóriami subjektov. U prvej kategórie zákonodarca určuje povinnosť získať príslušné povolenie a u druhej registračný princíp. Stupňu náročnosti prístupu k vykonávaniu sprostredkovania finančných služieb potom zodpovedá rozsah oprávnenia kategórie.

KLÚČOVÉ SLOVÁ

samostatný finančný agent, viazaný finančný agent, samostatný sprostredkovateľ, viazaný zástupca.

KEY WORDS

independent financial agent, bound financial agent, independent intermediary, tied agent.

POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BABČÁK, V. a kol.: *Finančné právo na Slovensku a v Európskej únii*. Bratislava : EUROKÓDEX, 2012, 832 s., ISBN 978-80-89447-86-2.
2. DEBETS, S., PRAST, H., ROSSI, M., VAN SOEST, A.: *Pension communication, knowledge, and behaviour*. Journal of Pension Economics and Finance (2020). Dostupné na doi:10.1017/S1474747220000232
3. DUQUE, D., MORTON, D., PAGNONCELLI, B.: *How good are default investment policies in defined contribution pension plans?* Journal of Pension Economics and Finance (2020). Dostupné na doi:10.1017/S1474747220000153
4. FRASSI, B., GNECCO, G., PAMOLLI, F., WEN, X.: *Intragenerational redistribution in a funded pension system*. Journal of Pension Economics and Finance (2018). Dostupné na doi:10.1017/S147474721700049X.
5. GEJDOŠOVÁ, Z.: *Sociálne zabezpečenie v systéme verejnej správy na Slovensku*. Ružomberok : VERBUM, 2012, 218 s., ISBN 978-80-8084-894-1.
6. HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D.: *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu. Komentář*. Praha : C.H. Beck, 2012, 1 004 s., ISBN 978-80-7400433-9.

7. KARFÍKOVÁ, M. a kol.: *Teorie finančního práva a finanční vědy*. Praha : Wolters Kluwer, 2018, 356 s., ISBN 978-80-7552-935-0.
8. KLÖCKNER, B., W.: *Systemisch verkaufen und beraten in der Finanzbranche: Dauerhaft erfolgreich durch gelingende Kundenbindung*. Springer Gabler : Wiesbaden, 2014, 312 s., ISBN 978-3-658-05862-3. <https://doi.org/10.1007/978-3-658-05863-0>
9. KURKA, R., PAŘÍKOVÁ, A.: *Subjekty finančního trhu. Vybrané aspekty likvidace a insolvence*. Praha : C. H. Beck, 2014, 216 s., ISBN 978-80-7400-277-9.
10. POLONSKÝ, D., PLACHÁ, J.: *Sociálne poistenie v systéme sociálneho zabezpečenia na Slovensku od roku 1990 po súčasnosť*. Trnava: Univerzita sv. Cyrila a Metoda v Trnave, Fakulta sociálnych vied, 2017, 215 s., ISBN 978-80-8105-876-9.
11. PŘIB, J., VOŘÍŠEK, V.: *Důchodové předpisy s komentářem*. 7. aktualizované vydání. Olomouc : ANAG, 2012, 584 s., ISBN 978-80-7263-736-2.
12. REJNUŠ, O.: *Finanční trhy*. 4. aktualizované a rozšířené vydání. Praha : Grada Publishing, 2014, 760 s., ISBN 978-80-247-3671-6.
13. RIEVAJOVÁ, E. a kol.: *Sociálne zabezpečenie*. 2. prepracované vydanie. Bratislava : Vydavateľstvo EKONÓM, 2017, 313 s., ISBN 978-80-225-4396-5.
14. RÝDL, T., BARÁK, J., SAŇA, L., VÝBORNÝ, P.: *Zákon o České národní bance. Komentář*. Praha : Wolters Kluwer, 2014, 344 s., ISBN 978-80-7478-622-8.
15. RYTÍŘOVÁ, L.: *Důchodový systém v České republice*. Olomouc : ANAG, 2013, 115 s., ISBN 978-80-7263-821-5.
16. SIDAK, M., DURAČINSKÁ, M. a kol.: *Finančné právo*. 2. vydanie. Bratislava : C. H. Beck, 2014, 528 s., ISBN 978-80-89603-22-0.
17. SIDAK, M., SLEZÁKOVÁ, A. a kol.: *Regulácia a dohľad nad činnosťou subjektov finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2014, 240 s., ISBN 978-80-8168-125-7.
18. SLEZÁKOVÁ, A., MIKLOŠ, P. a kol.: *Zákon o dohlade nad finančným trhom. Komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer SR, 2018, 492 s., ISBN 978-80-8168-947-5.
19. SLEZÁKOVÁ, A., ŠIMONOVÁ, J., JEDINÁK, P. a kol.: *Zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve. Komentár*. Bratislava : Wolters Kluwer SR, 2020, 496 s., ISBN 978-80-571-0193-2.
20. SLEZÁKOVÁ, A., TKÁČ, P., NOVOTNÁ, M.: *Samostatný finančný agent ako dohliadaný subjekt finančného trhu*. Bratislava : Wolters Kluwer, 2016, 148 s., ISBN 978-80-8168-497-5.
21. SYROVÝ, P.: *Jak si spořit na důchod. Zorientujte se v důchodové reformě*. Praha : GRADA Publishing, 2012, 160 s., ISBN 978-80-247-4479-7.
22. ŠULC, J.: *Penzijní připojištění*. 2. aktualizované a rozšířené vydání. Praha : GRADA, 2004, 196 s., ISBN 80-247-0772-1.
23. TOMEŠ, I.: *Sociální politika, teorie a mezinárodní zkušenost*. Praha : Socioklub, 2001, 262 s., ISBN 80-86484-00-9.

KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

JUDr. Andrea Slezáková, LL.M., PhD.

Odborná asistentka

Ekonomická univerzita v Bratislave, Obchodná fakulta, Katedra obchodného práva

Dolnozemska cesta 1

852 35 Bratislava

Telefón: +421 2 6729 1191

E-mail: andrea.slezakova@euba.sk

COMPARATIVE EVALUATION OF THE DE LEGE LATA LEGISLATION ON ALTERNATIVE PUNISHMENTS IN THE SLOVAK REPUBLIC IN COMPARISON WITH GERMANY

KOMPARATÍVNE ZHODNOTENIE PRÁVNEJ ÚPRAVY DE LEGE LATA ALTERNATÍVNYCH TRESTOV V SLOVENSKEJ REPUBLIKE V POROVNANÍ S NEMECKOM

Veronika Tóthová¹, Ľuboslav Sisák²

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-08>

ABSTRACT

This paper concentrates on the comparison of the Slovak de lege lata legislation on alternative punishments with the legislation in Germany. From among alternative sentences the authors chose the sentence of house arrest and the sentence of community service. The authors focus on a brief historical development of the legal regulation of these alternative punishments, the reason for their introduction into the legal order of individual countries, how they have changed over time and what their current state is. In order to evaluate the legislation of alternative punishments in the chosen countries, the authors use the comparative method and formulate de lege ferenda proposals which can be found at the end of the article.

ABSTRAKT

Článok³ sa venuje komparácii slovenskej právnej úpravy de lege lata alternatívnych trestov v porovnaní s právnou úpravou v Nemecku. Autori si pre tento účel z alternatívnych trestov vybrali trest domáceho väzenia a trest povinnej práce. Príspevok sa zameriava na stručný historický vývoj právnej úpravy týchto alternatívnych trestov, dôvod ich zavedenia do právneho poriadku jednotlivých krajín, ako sa menili v čase a aký je ich súčasný stav. Za účelom zhodnotenia právnej úpravy alternatívnych trestov v jednotlivých krajinách autori využívajú komparatívnu metódu a formulujú návrhy de lege ferenda, ktoré sa nachádzajú v závere článku.

I. INTRODUCTION

In order to assess the state of *de lege lata* legal regulation of alternative punishments, it is necessary to focus on the analysis of the substantive conditions for the imposition of punishments enshrined in the relevant provisions of Act no. 300/2005 Coll. Criminal Code (hereinafter also "Criminal Code"). Alternative punishments are based on the concept of criminal policy referred to as restorative justice.⁴ Alternative sentences are sentences which, without being linked to imprisonment, guarantee the fulfilment of the purpose of the sentence in the same way as if an unconditional sentence of imprisonment had been served on a convicted

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

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

³ The presented article was created with the support and is the output of the research project APVV-16-0362 "Privatization of criminal law - substantive, procedural, criminological and organizational-technical aspects".

⁴ STRÉMY, T. – KLÁTIK, J. *Alternatívne tresty*. Bratislava: C. H. Beck, 2018, p. 24.

person. When imposing sentences, the judge has the option of imposing on the convicted person a sentence of imprisonment or a sentence that will be executed while the convicted person stays outside of prison. The purpose of alternative punishments is that they are not associated with the negative aspects of imprisonment, such as the disruption of emotional or family ties. The aim of expanding the possibilities of imposing these sentences is also to strengthen the principle that an unconditional sentence of imprisonment is the *ultima ratio*. This principle should only be applied if other means, i.e., sentences without imprisonment, have failed.⁵ Among the punishments listed in section 32 of the Criminal Code, alternative punishments in Slovak law may be considered to be the sentence of house arrest, the punishment of community service, the alternativity of which follows directly from the provisions of section 34 (7) of the Criminal Code.⁶ The aim of this article is to evaluate the state *de lege lata* of alternative sentences of house imprisonment and punishment of community service in the Slovak Republic and compare them with the legislation in Germany.

First of all, it is requested to point out that German criminal law is structured in a way that is atypical in comparison with the Slovak legislation. In addition to "general" criminal law (*allgemeines Strafrecht*; also called "adult" criminal law - *Erwachsenenstrafrecht*), there are relatively separate related branches, i.e., juvenile criminal law (*Jugendstrafrecht*)⁷ and the so-called secondary criminal law (*Nebenstrafrecht*).⁸ Criminal sanctions are largely regulated in the basic regulation of substantive criminal law - the Criminal Code⁹ (*Strafgesetzbuch*, hereinafter as the "StGB" or, depending on the context, the "statute"), in section 38 et seq. The legislator systematically places them in a wider group of institutes, which he calls the "Legal Consequences of an Act".¹⁰ As in Slovakia, also in German law the basic division of criminal sanctions is marked by double-tracking, also called bipartite system or dualism. There are thus two basic categories of sanctions - punishments (*Strafen*);¹¹ and remedial and security measures (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*; these are similar to Slovak protection measures.¹² The StGB recognizes two so-called principal punishments, namely imprisonment¹³ and a pecuniary punishment.¹⁴ They are "principal" because all criminal offenses under the special part of the StGB (sections 80 et seq.) are always punishable by at least one of them. With regard to the possibilities of imposing a sentence of imprisonment, a convicted person may be punished either solely by imprisonment or by imprisonment together with a fine.¹⁵ On the other hand, pecuniary punishments are always an option only as an alternative to imprisonment. German law does not recognize criminal offenses which the legislator would sanction solely with pecuniary punishment.¹⁶ In German criminal law, a fine, together with a sentence imposing an act of work (performance of community service), constitute sanctions which can be described

⁵ ROMŽA, S. et al. *Alternatívne spôsoby výkonu trestov*. Košice: Šafárik Press UPJŠ in Košice, 2018, p. 170.

⁶ Naturally, a pecuniary punishment can also be considered as an alternative punishment, if it is imposed in accordance with section 56 (2) of the Criminal Code, but for the purposes of the article we will not pay attention to this type of punishment.

⁷ Codified in *Jugendgerichtsgesetz*, BGBl. I 1974 p. 3427.

⁸ Secondary criminal law is fragmented in a set of regulations from various special areas of social life, in which the need for special criminal law regulation arose. Let us mention, for example, the Act on Narcotic Drugs (*Betäubungsmittelgesetz*), the Act on Road Transport (*Straßenverkehrsgesetz*), the Army Criminal Act (*Wehrstrafgesetz*), as well as a number of economic and financial regulations. For their calculation see e.g. WEIGEND, T. Einleitung, margin number 18. In: CIRENER, G. – RADTKE, H. – RISSING-VAN SAAN, R. et al. (hrsg). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. Vierter Band, 13 Auflage, Berlin: De Gruyter, 2020.

⁹ *Strafgesetzbuch*, BGBl. I 1998 p. 3322 as amended by later legislation.

¹⁰ Name of Part 3 of the StGB.

¹¹ Sections 38 to 60 of the StGB.

¹² Sections 61 to 78 of the StGB.

¹³ Sections 38 to 39 of the StGB.

¹⁴ Sections 40 to 43 of the StGB.

¹⁵ MEIER, B. D. *Strafrechtliche Sanktionen*. Springer Verlag, 2019, p. 90.

¹⁶ Ibid., p. 66.

as a pair of alternative punishments in the strict sense. We do not find the sentence of house arrest in the sanction system of German law, but the institute of electronic monitoring is known and has been used in Germany for a long time. This also leads to the reason for choosing this country in order to compare the legislation of alternative punishments, as they can be inspiring for us in some ways.

II. COMMUNITY SERVICE

1. Germany

Around the mid-1980s, reform initiatives in relation to the current criminal sanctions system have repeatedly appeared in the Federal Assembly (*Bundestag*). No special attention was paid to the alternative punishments. The first efforts to significantly reform alternative punishments came in the 14th parliamentary term (1998-2002) of the Federal Assembly. In 1998, the Federal Ministry of Justice set up a Commission for the Reform of Criminal Sanctions, with the task of drafting new legislation. Building on the conclusions of the work of this commission, a Bill on the Reform of the Law of Sanctions was submitted to the Bundestag in 2002.¹⁷ The leitmotif of the present bill was to reduce the number of short-term and alternative sentences of imprisonment.¹⁸ Of all the legislative efforts made so far, it came for the first time with a substantial strengthening of the sentence in the form of community service in the system of criminal sanctions. After highlighting several positive aspects of community service in the role of punishment,¹⁹ it was proposed to introduce community service as a primary substitute sanction for non-compliance with an imposed fine, instead of an alternative sentence of imprisonment. In any case, the offender's consent to the community service was insisted on; one daily rate of fine should correspond to 3 hours of work. Only after the failure of the community service was a substitute sentence of imprisonment to begin.²⁰ The proposed changes in the status of punishment in the form of community service in the system of criminal sanctions have mostly met with a negative response. In particular, they were criticized for breaking the coherence of the rules on sentencing,²¹ not strengthening special prevention and not complying with the constitutional principle of equality.²² Last but not least, practical problems were highlighted in the creation of a sufficient number of working positions,²³ as well as in the control

¹⁷ *Bundestagsdrucksache* (hereinafter as „BT-drucks.“) 14/9358.

¹⁸ BT-drucks. 14/9358, p. 1.

¹⁹ Community service has been described as a means of positive special prevention. It is intended to represent the perpetrator's active actions towards reconciliation with society and emphasizes his/her social responsibility. It enables the perpetrator to symbolically remedy the evil committed and contributes to the restoration of legal peace (*Rechtsfrieden*). Through community service, the perpetrator finally comes into contact with persons who, through the honest performance of their work, contribute to the progress of society. Thus, such persons can have a positive effect on the perpetrator and serve as patterns of behaviour. BT-drucks. 14/9358, p. 10.

²⁰ BT-drucks. 14/9358, p. 10.

²¹ HELGERTH, R. – KRAUß, F. Der Gesetzentwurf zur Reform des Sanktionenrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2001, Heft 7, p. 281; WOLTERS, G. Der Entwurf eines „Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 2002, Heft 1, p. 74 et seq.

²² It was proposed that community service should not be allowed if its fulfilment was unlikely in advance. This was perceived as problematic when the offender, due to, say, physical or mental illnesses, even with the best of intentions, could not perform community service and therefore the court could not impose this punishment on him/her. Doubts were expressed as to whether such an approach was in line with the principle of equality. *Ibid.*, p. 282. For similar intentions, but in relation to the drafts of the 15th election period, see STÖCKEL, H. Gedanken zur Reform des Sanktionenrechts. In: SCHÖCH, H. – DÖLLING, D. – HELGERTH, R. (eds). *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*. De Gruyter, Reprint 2011, p. 623 et seq.

²³ *Ibid.*; SCHNEIDER, U. Gemeinnützige Arbeit als »Zwischensanktion«. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2001, Heft 4, p. 282. For an opposite opinion see DÜNKEL, F. Reform des Sanktionenrechts – neuer Anlauf. *Neue Kriminalpolitik*. 2003, no. 4, p. 124.

of the performance of community service and their dismissal due to improper performance.²⁴ It is stated that, in terms of the proposed changes, community service would be a very demanding sanction for its execution in several respects, and it would therefore be questionable whether the costs of securing a sentence of imprisonment would be reduced if more space for community service was given instead.²⁵ The discussed proposal did not contain other changes in relation to alternative sanctions, but it never came into the form of legal regulation. In the forthcoming 15th term of the Federal Assembly (2002-2005), previous efforts were followed up by another proposal for the reform of the law of sanctions in 2004.²⁶ The sentence in the form of community service was to receive the rank of a principal punishment. The court would be given the opportunity to impose a sentence on the convicted person in the form of community service if it considered a sentence of imprisonment of less than 6 months and if other special conditions were met.²⁷ However, even this proposal did not reach a successful conclusion in the legislative process, mainly due to discontinuity in the governing coalition.²⁸ In the context of the proposals from the 15th term of the Federal Assembly (2002-2005), the *Stöckel* study,²⁹ which questions the appropriateness of the proposals submitted, based on rich statistics on various punishment factors in the form of community service, is particularly noteworthy. Since 2004, the Federal Assembly has been silent with regard to the reform of alternative criminal sanctions for a long time.³⁰ Only recently, in 2018, this issue was revived by another proposal to change the law.³¹ It is characterized above all by a sharp criticism of the substitute sentence of imprisonment (*Ersatzfreiheitsstrafe*).³² The core of the proposal is the complete abolition of the substitute sentence of imprisonment. In particular, the community service sentence has a weaker position in this proposal than in the 2004 proposal. The community service sentence should no longer take the form of a principal sentence but should be introduced instead of the to-be abolished substitute sentence of imprisonment.³³ In the current legislation, the punishment of community service is directly linked to a fine and a substitute sentence of imprisonment for the following reasons. The validity of a convicting judgment of a fine gives the convict a public obligation to pay the amount imposed in favour of the state treasury. If the convicted person does not voluntarily pay the amount imposed and if the fine is not enforced even by compulsory

²⁴ Controlling the performance of community service would require the deployment of a disproportionate number of staff; dismissal of public works due to improper performance would be possible only after lengthy, demanding and procedurally uneconomical proceedings. HELGERTH, R. – KRAUß, F. *Der Gesetzentwurf zur Reform des Sanktionenrechts*, p. 282.

²⁵ SCHNEIDER, U. *Gemeinnützige Arbeit als »Zwischensanktion«*, p. 285.

²⁶ BT-drucks. 15/2725.

²⁷ These were the following conditions: the offender could not have been sentenced to unconditional imprisonment in the past; or if the execution of the custodial sentence would significantly jeopardize the redress of the damage caused to the victim of the crime. BT-drucks. 15/2725, section 55a paragraphs 1 no. 1 and 2, pp. 8 and 9.

²⁸ Schröder's SPD together with s Bündnis 90/Die Grünen handed over the government to Merkel's CDU/CSU together with SPD.

²⁹ STÖCKEL, H. Gedanken zur Reform des Sanktionenrechts. In: SCHÖCH, H. – DÖLLING, D. – HELGERTH, R. (eds). *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*, p. 617 et seq.

³⁰ In 2010, four authors strongly advocated the introduction of community service as the main alternative punishment for an unenforceable fine. The main purpose is to marginalize (short) alternative custodial sentences. In addition, it was proposed to abolish a sentence of imprisonment of less than 6 months and to use, in particular, community service. For more detail see DÜNKEL, F. – FLÜGGE, C. – LÖSCH, M. – PÖRKSEN, A. Plädoyer für verantwortungsbewusste und rationale Reformen des strafrechtlichen Sanktionensystems und des Strafvollzugs - Thesen des Ziethener Kreises. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2010, Heft 6, p. 175 et seq.

³¹ BT-drucks. 19/1689.

³² In particular, the alternative sentence of imprisonment is criticized for being of very short duration in the vast majority of cases. Short sentences of imprisonment (in the German environment "short" is understood as "less than 6 months") undermine the efforts to resocialise the offender and are not enough to achieve the educational goal. In addition, as a result of its execution, there is a risk of the convicted person being "criminally infected" due to his/her stay in the penitentiary institution. BT-drucks. 19/1689, p. 5.

³³ BT-drucks. 19/1689, p. 3 et seq.

execution of the sentence,³⁴ the fine shall be converted into a subsidiary sentence of imprisonment, which is compulsorily imposed, if payment of the fine would be frustrated for any reason.³⁵ In this way, the repressive and preventive function of a fine is to be ensured in the sense that its imposition is associated with “punitive” effects even if the required amount is not paid, in the form of a subsidiary sentence of imprisonment.³⁶ The formula “1 daily rate corresponds to 1 day of imprisonment” is used to convert an unpaid fine into a subsidiary sentence of imprisonment.³⁷ The subsidiary sentence of imprisonment may not fall below the minimum of 1 day.³⁸ Due to the fact that the fine punishes mainly less and medium-serious crimes, non-compliance with it regularly leads to relatively short subsidiary sentences of imprisonment. However, the legislator wanted to avoid, as far as possible, the negative consequences of short-term imprisonment, and thus during the execution of a subsidiary sentence of imprisonment, it offers convicts a surrogate in the form of the performance of community service.³⁹ In practice, therefore, it is a “substitute for a subsidiary sentence of imprisonment”. Due to its nature, the institute is often associated with the slogan “sweating instead of sitting” (*Schwitzen statt Sitzen*).⁴⁰ The Introductory Act to the Criminal Code⁴¹ (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, hereinafter as the “EGStGB”) empowers the federal governments to adopt regulations under which the authorities responsible for serving a sentence may allow a convict to avert the performance of a subsidiary imprisonment sentence by a free (in the sense of “voluntary”) work, i.e., service. As soon as the convicted person has done this work, the subsidiary sentence of imprisonment shall be deemed to have been fulfilled. The work must be free of charge and must not be aimed at achieving economic profit.⁴² It is usually performed in social facilities or institutions for environmental protection.⁴³ Today, all federal states have used the above-mentioned legal authorization, and in each of them a separate regulation specifying the details of the replacement of a subsidiary sentence of imprisonment by community service applies. These regulations largely coincide in imposing an obligation on the authorities responsible for the execution of a sentence to inform the convicted person of the possibility of submitting a proposal within a certain time limit for the conversion of an alternative sentence of imprisonment into community service. However, regulations of the federal states differ in the conversion formulas for converting a sentence of imprisonment into community service, as well as in the number of hours of work required per day (specific figures range between 3 and 6 hours per day).⁴⁴

³⁴ The legal regulation of the compulsory execution of a fine is scattered in total of four pieces of legislation - the Criminal Procedure Code (*Strafprozessordnung*); the Criminal Enforcement Order (*Strafvollstreckungsordnung*); the Code of Enforcement for Judicial Claims (*Justizbeitreibungsordnung*) and the Code of Enforcement (*Einforderungs- und Beitreibungsordnung*).

³⁵ Section 43, first sentence of the StGB.

³⁶ RADTKE, H. § 43 Ersatzfreiheitsstrafe, margin number 2. In: V. HEINTSCHEL-HEINEGG, B. (hrsg). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*.

³⁷ Section 43, second sentence of the StGB.

³⁸ Section 43, third sentence of the StGB.

³⁹ § 293 *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, BGBl. I 1975 p. 469, as amended by later legislation. For the history of work as a punishment in the German environment together with a sociological study, see WILDE, F. *Armut und Strafe*. Wiesbaden: Springer, 2016.

⁴⁰ MEIER, B. D. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 81. This designation was first used by the federal state of Baden-Württemberg as the name for its project aimed at promoting community service as a surrogate for a subsidiary sentence of imprisonment. See the Baden-Württemberg web portal for more information: <https://justizportal.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Themen/Schitzen+statt+Sitzen>. “Sweating instead of sitting” subsequently gained popularity in professional and scientific texts, in which we often come across the term.

⁴¹ *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, BGBl. I 1975, p. 469, as amended by later legislation.

⁴² Section 293 paragraph 1 of the EGStGB.

⁴³ MEIER, B. D. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 81.

⁴⁴ RADTKE, H. § 43 Ersatzfreiheitsstrafe, margin number 4. In: V. HEINTSCHEL-HEINEGG, B. (hrsg). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*; PUTZKE, H. § 293 EGStGB, margin number 1 et seq. In: KNAUER, CH. (hrsg).

Community service is a voluntary decision of the convict. Enforcing them is inadmissible.⁴⁵ Therefore, if the convicted person does not perform these works of his/her own free will, he/she will return to the execution of the subsidiary sentence of imprisonment imposed on him/her in case of non-payment of the fine. However, this rule does not apply unconditionally. The Criminal Procedure Code gives the court the possibility to waive the execution of a subsidiary sentence of imprisonment if such execution would be unacceptably harsh for the convicted person.⁴⁶

2. Slovakia

The introduction and acceptance of the punishment of community service⁴⁷ as an alternative punishment was far from turbulent in the Slovak Republic. The community service punishment was introduced into the Criminal Code as part of the recodification work as an alternative to short-term imprisonment with effect from 1 January 2006. It was the result of the work of the Commission for Recodification of Criminal Law, which began in mid-1999. Expansion of the range of punishments by the punishment of community service⁴⁸ is an expression of depenalisation, as it allows courts to increasingly resort to punishment without imprisonment. During short-term imprisonment, re-education and resocialisation processes could not be successfully developed, while on the other hand the negative impact of isolating the offender from society in the environment of other offenders often had a negative impact on the convict himself/herself. The expansion of alternative sanctions aims to reinforce the principle that unconditional imprisonment is an “*ultima ratio*”, which should only be applied when other, less serious means of combating crime, including non-imprisonment sentences, have failed. By stationing the community service punishment in the system of penalties in section 32 of the Criminal Code in its third place, it only strengthened the position of this type of sanction as an alternative punishment. Since its introduction to the Slovak legal order, no significant changes to the regulation of community service punishment have occurred. The incompatibility of the imposition of the community service punishment and the sentence of imprisonment is explicitly regulated by sections 34 (7) (b) of the Criminal Code. The legal regulation of the community service punishment in the conditions of the Slovak Republic is contained in sections 54 - 55 of the Criminal Code.⁴⁹ The Criminal Code contains only the legal conditions for the imposition of this type of punishment, as the conditions for the execution of the sentence of community service are regulated by a special Act no. 528/2005 Coll. on the execution of the sentence of community service and on the amendment of Act no. 5/2004 Coll. on Employment Services and on Amendments to Certain Acts, as amended (hereinafter referred to as the “Act on the Execution of Community Service Punishments”). As in Germany, the essential condition for

Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2, 1. Auflage, C. H. Beck, 2018. For more details on the normative differences mentioned in the individual federal states, see QUENSEL, S. »Uneinbringliche« Geldstrafen in den USA und bei uns. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2018, Heft 1, p. 62 et seq.

⁴⁵ Pursuant to the constitutional prohibition of compulsory work under Art. 12 par. 2 and 3 of the Basic Law (*Grundgesetz*).

⁴⁶ § 459f *Strafprozeßordnung*, BGBl. I 1987 p. 1074, 1319, as amended by later legislation. What is meant by “unacceptable harshness” is clarified by case law. It stated the basic rule of interpretation that unacceptable harshness must lie only in circumstances outside the scope of the sentence purpose. *Bundesverfassungsgericht* (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 24. 8. 2006 - 2 BvR 1552/06. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 2006, Heft 50, p. 3626. More in NESTLER, N. § 459f, mc. 4 et seq. In: KNAUER, CH. (hrsg). *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/1*, 1. Auflage, C. H. Beck, 2019.

⁴⁷ In foreign legal regulations, the term community service is most often used for this type of sanction - also translated as public service, service for the municipality, order for public service, public benefit work. It must always be borne in mind that the nature of these sanctions is the same regardless of their designation.

⁴⁸ Explanatory memorandum to the adoption of Act no. 300/2005 Coll., available at www.nrsr.sk.

⁴⁹ For more detail, see the Act no. 300/2005 Coll. Criminal Code as amended by later legislation.

the imposition of this type of sanction is the offender's consent.⁵⁰ The community service punishment can be imposed only if the offender is convicted of an offense for which this statute allows the imposition of a sentence of imprisonment, the upper limit of which does not exceed five years. The negative definition of the conditions of the community service punishment is found in section 55 (2) of the Criminal Code, where it is stated that the court will not impose the community service punishment if the offender is incapacitated for work and disabled for a long time. If the above-mentioned positive conditions are met and the negative conditions for imposing a sentence of community service are excluded, the court may impose a sentence of community service in the range of 40-300 hours, while these time limits cannot be increased or decreased by the court. As mentioned above, the actual execution of the sentence of community service is stipulated by a special Act no. 528/2005 Coll. on the execution of the sentence of community service and on the amendment of Act no. 5/2004 Coll. on Employment Services and on Amendments to Certain Acts, as amended by later legislation. In section 2 of the cited Act, the convict is obliged to perform work for the benefit of the state, higher territorial unit, municipality or other legal entity that deals with schooling, culture, education, protection of human rights, development of science, development of physical culture, protection against fires, animal welfare, social assistance, social services, health care, environmental activities, religious activities, humanitarian activities, charitable activities or other non-profit-making activities of public benefit. The probation and mediation officer supervises and controls the execution of the sentence of community service.⁵¹ The fact can be pointed out that the convicted person agrees to the imposition of the sentence of community service before the court and only after the validity of the imposition of this type of punishment, in a specified period, proceeds to discuss the conditions of the execution of community service, when he/she is assigned specific work. Given the fact that since the introduction of the community service punishment among the types of sanctions in the Criminal Code, there have been no fundamental changes in the conditions of its imposition, we believe that at present it would be appropriate to reconsider the negatively defined conditions of its imposition. It has already been decided that the legal limits of the punishment of community service are set and cannot be extended, but we believe that not every disability makes the imposition of the punishment of community service completely impossible. The content of the sentence of community service is defined in section 55 (3) of the Criminal Code, which stipulates that a convicted person is obliged to serve a sentence of community service in person, in his/her free time and without the right to remuneration. Expressing the term personally means that no one can represent a convicted person in the execution of this type of punishment. In his/her spare time basically means that the responsibility to carry out the sentence of community service is transferred to the convict himself/herself, who must manage his/her time in such a way as to fulfil a legal condition and serve the sentence within one year of his/her order. The condition without the right to remuneration includes the gratuitousness of the work performed by the convicted person within the sentence, i.e., the convicted person cannot make any profit from the performed work, and also the performed work cannot serve as a source of income for the convicted person. The conditions are strictly set for the case if the convicted person does not comply with the legal conditions of the imposed sentence and thus alternatively:

- a) The convicted person did not lead a proper life at the time of serving the sentence,
- b) The convicted person did not perform the work to the specified extent through fault,

⁵⁰ With reference to article 18 of the the Constitution of the Slovak Republic, published as no. 460/1992 Coll.

⁵¹ FERENČIKOVÁ, S. – MICHALOV, Ľ. – TÓTHOVÁ, V. Juristické aspekty alternatívnych trestov. In: *Alternatívne spôsoby výkonu trestov*. Košice: Šafárik Press UPJŠ v Košiciach, 2018, p. 170.

- c) The convicted person has not complied with the restrictions or obligations imposed by the court, the court shall obligatorily convert the sentence of community service or the rest thereof into unconditional imprisonment by ordering one day of unconditional imprisonment for every two hours of unperformed work and deciding on the execution of this sentence.⁵²

III. HOUSE ARREST PUNISHMENT

1. Germany

The first major legislative efforts in Germany to introduce a house arrest sentence linked to electronic monitoring were preceded by discussions in the professional public during the 1980s. The idea of a house arrest with remote electronic supervision was criticized at the time, as it resembled the ubiquitous control of Orwell's "1984" work and raised doubts about compliance with the Constitution.⁵³ However, the situation changed in the late 1990s, when the federal state of Berlin came up with an idea to introduce electronically monitored house arrest at the federal level. Almost all other federal states (except Bavaria and Saxony) have expressed an interest in testing this form of sanction through pilot projects. However, for any further development, it was necessary to adopt legislation that would allow electronic punishment to be served at home. In subsequent work on bills, house arrest was once included in the regulation of the execution of sentences, other times it was to be introduced as a separate sentence. However, the change in the governing coalition at the turn of the millennium caused the hitherto existing political will to enforce the sentence of house arrest associated with electronic supervision to fall. Thus, the legislative efforts made in the 1990s were unsuccessful and to this day have not reached the same dimensions⁵⁴ they once had.⁵⁵ From the above it can be stated that the punishment of house arrest in the form as we know it in the Slovak Republic simply cannot be found in German criminal law, but the institute of electronic monitoring and the possibility of its use was introduced in Germany in 2010.⁵⁶ While the law uses the term "electronic surveillance of residence" (*elektronische Aufenthaltsüberwachung*, also abbrev. to "EAÜ"),⁵⁷ the term

⁵² For more detail, see section 55 (4) of the Criminal Code.

⁵³ KAISER, A. *Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung*. Wiesbaden: Springer, 2016, p. 19; DAHS, H. Im Banne der elektronischen Fußfessel. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1999, Heft 47, p. 3469.

⁵⁴ For one of the few more extensive articles from the recent past, see HOCHMAYR, G. Elektronisch überwachter Hausarrest. Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 13 et seq.

⁵⁵ KAISER, A. *Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung*, s. 19. For details on the criminological aspects of electronic supervision of house arrest, see BÖSLING, T. Elektronisch überwachter Hausarrest als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2002, Heft 2, p. 105 et seq. It should be noted, however, that despite the failure of legislative efforts, some federal states have nevertheless implemented the planned pilot projects. They were of the opinion that the law in force at that time already provided a legal basis for the execution of a sentence in a home environment with electronic control. These are the federal states of Hesse and Baden-Württemberg. For details on their house arrest experiments, see KAISER, A. *Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung*, p. 21 et seq.; on Hesse see in more detail BRÜCHERT, O. Modellversuch Elektronische Fußfessel: Strategien zur Einführung einer umstrittenen Maßnahme. *Neue Kriminalpolitik*. 2002, no. 1, pp. 32–35; ALBRECHT, H. J. – ARNOLD, H. SCHÄDLER, W. Der hessische Modellversuch zur Anwendung der „elektronischen Fußfessel“: Darstellung und Evaluation eines Experiments. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2000, Heft 11, pp. 466–469; ALBRECHT, H. J. Der elektronische Hausarrest. Das Potential für Freiheitsstrafenvermeidung, Rückfallverhütung und Rehabilitation. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2002, Heft 2, p. 84 et seq.; on Baden-Württemberg, see a quite up-to-date assessment WÖBNER, G. – MEUER, K. Implementierung und Folgen elektronischer Überwachung. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2019, Heft 3, pp. 202–216; as well as WÖBNER, G. – SCHWEDLER, A. Aufstieg und Fall der elektronischen Fußfessel in Baden-Württemberg: Analysen zum Modellversuch der elektronischen Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe. *Neue Kriminalpolitik*. 2014, no. 1, pp. 60–78.

⁵⁶ BGBl. I 2010, p. 2300. However, despite the absence of an explicit legal basis, it was used much earlier. This is related to the pilot projects mentioned in the previous footnote. See, for example, the case of the year 2001 – LG Frankfurt a.M., Beschluß vom 6. 12. 2000 - 5/27 Qs 64/00. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 2001, p. 697.

⁵⁷ Section 68b paragraph 1 no. 12 of the StGB.

“electronic foot bracelet” (*elektronische Fußfessel*) has become more widely used in the legal and lay public.

So far, the most extensive study aimed at gaining practical knowledge from the application of electronic monitoring (hereinafter also referred to as the “EM”) in protective surveillance dates from 2016.⁵⁸ The project focused on an experimental group of people who were actually ordered the EM. Given that electronic monitoring is currently admissible only within the framework of protective surveillance as one of the available orders⁵⁹ addressed to the convicted person,⁶⁰ we consider it necessary to at least briefly characterize protective surveillance in Germany and state the conditions of its imposition. Protective surveillance can only take place after the execution of a sanction restricting personal liberty – i.e., not only a sentence of imprisonment, but also a protective measure. It mainly fulfils the preventive and resocialising function. It represents a certain transitional period between the end of the execution of a sentence and the reintegration of the offender into society. During this period, the convict should be prevented from committing further criminal activity (prevention) and also helped to overcome his/her possible psychosocial disorders, so that he/she can reintegrate into society (resocialization), from which he/she was excluded due to a previous restriction of personal liberty.⁶¹ Section 68 of the StGB offers a legal basis for the ordering of protective surveillance.

Under section 68 (1) of the StGB, the court may order protective surveillance if the formal and material conditions specified in the statute are met. Formal conditions include the condition that the law explicitly allows for ordering protective surveillance for the convicted crime. In addition, the offender must be sentenced to at least 6 months’ imprisonment. Protective surveillance is thus focused on moderate and more serious crime - mainly sexual and violent crimes.⁶² The presumption that the convicted person will continue to commit the crime is a material condition for a protective surveillance order.⁶³ *Ex lege* conditions of the protective surveillance order are set out in section 68 (2) of the StGB,⁶⁴ which refers to exhaustively listed cases. By orders,⁶⁵ the court authoritatively supervises the life of the convicted person during protective surveillance. Their role is to contribute to the fulfilment of the preventive and resocialisation function of protective surveillance, while not serving as a means of satisfaction or as a secondary sanction. The law divides orders into two categories. The first⁶⁶ is an exhaustive enumeration of orders and non-compliance with them is classified as a criminal

⁵⁸ BRÄUCHLE, A. – KINZIG, J. *Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht*. Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Institut für Kriminologie, 2016. Available at [cit. 18.2.2021]: https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/BereichMinisterium/Kurzbericht_elektronische_Aufenthaltsueberwachung_im_Rahmen_der_Fuehrungsaufsicht.html. For the sake of completeness, there are other empirical studies on electronic monitoring that have been carried out in some federal states as part of pilot projects on electronic-supervised house arrest. These are Hesse, Baden-Württemberg and Bavaria. For a summary of the results of these projects, see e.g. WALSCH, M. – PNIEWSKI, B. – KOBER, M. – ARMBORST, A. (hrsg). *Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland*, pp. 629–632. See in more details the works in footnote no. 55 above.

⁵⁹ Orders (section 68b of the StGB) are similar to Slovak “restrictions and obligations” according to section 51 paragraphs 3 and 4 of the Criminal Code.

⁶⁰ Provided for in section 68 et seq. of the StGB as *Führungsaufsicht*. This institute functionally corresponds to the Slovak understanding of protective surveillance according to sections 76 to 80 of the Criminal Code.

⁶¹ MEIER, B. D. *Strafrechtliche Sanktionen*, p. 296.

⁶² *Ibid.*, p. 299.

⁶³ Section 68 paragraph 1 of the StGB.

⁶⁴ These are e.g. serving a sentence in full (section 68f of the StGB), conditional release from the exercise of a protective measure restricting personal liberty (sections 67b, 67c, 67d para. 2 of the StGB), release from the so-called security protection (free translation of the *Sicherungsverwahrung* pursuant to section 67d (3) of the StGB; this institute most closely resembles Slovak detention in terms of the intensity of the interference with personal liberty) and other institutes (section 67d para. 4 to 6 of the StGB).

⁶⁵ Section 68b paragraphs 1 and 2 of the StGB.

⁶⁶ Section 68b paragraph 1 StGB.

offense, if other requirements are met.⁶⁷ The second group of orders⁶⁸ is characterized by a demonstrative enumeration and their violation is not associated with criminal liability. Electronic monitoring falls into the first category of orders. The primary precondition for such order is that the court has imposed an order on the convicted person which in some way restricts his/her movement.⁶⁹ Electronic monitoring then ensures control over compliance with such an order. Pursuant to the legal text, the court may therefore order the convicted person to have the technical means necessary for electronic surveillance of his/her stay and movement and to keep them in working order at all times and not endanger their functionality.⁷⁰ However, the issuance of this order is subject to the fulfilment of relatively demanding conditions.⁷¹ The legislator deliberately did not specify the means by which electronic monitoring should be carried out. He wanted to avoid having to amend the legal text after every technological innovation that began to be used in monitoring.⁷² He even explicitly calls for the supervision of technological progress and the takeover of modern developments, if they contribute to the streamlining of electronic monitoring.⁷³ At present, electronic monitoring is provided by the so-called two-part system. The person concerned wears two devices on the body - one on the ankle and the other on the hips. The ankle bracelet transmits a position signal of the wearer based on GPS ("Global Positioning System") and a mobile transmitter. The addition of a GPS mobile transmitter is intended to ensure that the position can be determined even in places where the GPS signal does not reach - e.g. in undergrounds. The bracelet cannot be manipulated, nor can it be removed without destroying it. The device on the hips (so called the "Personal Tracking Unit" – PTU) is also worn by the wearer continuously, but he/she puts it to a separate station whenever he/she is at home. The federal-wide electronic monitoring control centre is located in the state of Hesse (the city of Bad Vilbel). Prior to the start of electronic monitoring, geographical data on the places where the person concerned has either been ordered to stay or prohibited from staying shall be entered into a database at this centre. During electronic monitoring, the bracelet sends regular signals to the centre. Exact data on the location of the bearer are not transmitted only from his/her home. The collection of data on the specific position of the bearer in his/her household is perceived as a disproportionate and in fact unnecessary interference with the private sphere. The interruption of the transmission of specific data on the position of the wearer at a time when he/she is at home technically allows the above-mentioned device on the hips - the PTU. Placing it in a designated station in the home actually cancels the transmission of the GPS position. The control centre thus only has information on the fact that the subject is at home. As soon as the wearer enters the forbidden zone, or leaves the zone ordered, starts to damage or manipulate the bracelet, or its battery runs out, an alarm is triggered in the control centre. At the same time, the bracelet on the foot begins to vibrate. The holder is contacted and notified that he/she is violating the court order and for what reasons. If the carrier cannot be contacted or, after being warned, continues to violate the order, police units will be called to him/her.⁷⁴ It is certainly worth noting that the number of EM cases first increased rapidly.

⁶⁷ Violation of the order during protective surveillance according to section 145a of the StGB.

⁶⁸ Section 68b paragraph 2 of the StGB.

⁶⁹ It regards order under section 68b paragraphs 1 nos. 1 a 2.

⁷⁰ Section 68b paragraph 1 no. 12 of the StGB.

⁷¹ Section 68b paragraph 1 no. 12 of the StGB, conditions set forth under numbers 1 to 4.

⁷² BT-drucks. 17/3403, p. 35.

⁷³ Ibid., p. 36.

⁷⁴ MEIER, B. D. *Strafrechtliche Sanktionen*, s. 303; KAISER, A. *Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung*, p. 95 et seq.; GROß, K. H. – RUDERICH, D. § 68b, margin number 24 et seq. In: V. HEINTSCHEL-HEINEGG, B. (hrsg). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*; WALSCH, M. – PNIEWSKI, B. – KOBER, M. – ARMBORST, A. (hrsg). *Evidenzorientierte Kriminalprävention in Deutschland*. Wiesbaden: Springer, 2018, p. 624 et seq.

Recently, however, the ordering of electronic monitoring has stabilized and in 2016, only 76 persons had an EM ordered throughout Germany.⁷⁵

2. Slovakia

Similar to the community service punishment, the house arrest punishment was introduced into the legal order of the Slovak Republic on 1 January 2006, when the Criminal Code entered into force. This type of house arrest is called the so-called “Front-end” type, which can undoubtedly be considered as an alternative punishment to imprisonment. The option of an alternative in relation to imprisonment can be deduced from section 34 (7) of the Criminal Code, according to which a sentence of house arrest and a sentence of imprisonment may not be imposed side by side. It can be stated that, from the moment of its introduction into the legal order of the Slovak Republic, the legal regulation of house arrest has undergone, in contrast to the punishment of community service, significant changes. The legal regulation of house arrest is found in section 53 of the Criminal Code and its execution is regulated in section 435 of Act no. 301/2005 Coll. Criminal Procedure Code (hereinafter referred to as the “Criminal Procedure Code”), which can be considered as the basic normative regulation of this type of alternative punishment. The original regulation in the Criminal Code allowed the court to impose a house arrest sentence of up to two years on the offender. Pursuant to section 34 (6) second sentence of the Criminal Code, according to which for a crime whose upper limit of the penalty of imprisonment set in a special part of the statute exceeds five years, the court must impose a sentence of imprisonment, thus limiting the imposition of house arrest to the category of crime - offense with a maximum penalty not exceeding five years.⁷⁶ From the beginning, the sentence of house arrest was presented as an effective tool for relieving overcrowded prisons, a means of better social inclusion of convicts and reducing recidivism. The fact that the execution of a sentence of house arrest is a cheaper alternative to the state budget itself in comparison with the unconditional execution of a sentence of imprisonment cannot be overlooked either.⁷⁷ The house arrest punishment has been imposed a total of 278 times since its introduction into the Slovak legal order, i.e., from 2006 to 2015. In 2006 6 times, in 2007 25 times, in 2008 28 times, in 2009 51 times, in 2010 59 times, in 2011 28 times, in 2012 25 times, in in 2013 21 times, in 2014 17 times, and in 2015 18 times. Over the years, the imposition of house arrest represents only 0.1% of the total number of convictions, which clearly cannot be considered a success in meeting the above-mentioned goal in relation to the introduction of house arrest.⁷⁸ Most experts considered the reluctance of judges to impose this type of sentence as the reasons for this situation, but the most serious reason was the method of controlling the execution of the house arrest itself, which was exclusively directed by probation and mediation officers who performed this control in person, outside working hours, and thus the adoption of legislation on an electronic monitoring system, which should generally facilitate the execution and control of house arrest itself, was considered a key issue. The efforts of the Ministry of Justice of the Slovak Republic resulted in the adoption of Act no. 78/2015 Coll. on the control of the execution of certain decisions by technical means, which was to solve this problem and create

⁷⁵ BRÄUCHLE, A. – KINZIG, J. *Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht*, pp. 3–5. However, there were huge differences between the practices of the individual federal states. E.g. Bavaria alone registered 45 people with EM. In contrast, Brandenburg, Bremen and Saxony-Anhalt did not register a single person with EM.

⁷⁶ See in more detail section 53 para. 1 of the Criminal Code and section 34 para. 6 of the Criminal Code.

⁷⁷ “The annual cost of a convicted person in prison is approximately EUR 15,000, while the cost of a convicted person under house arrest is approximately EUR 500 per year.”

⁷⁸ Statistical data available at www.justice.gov.sk.

real conditions for the introduction of electronic monitoring of persons.⁷⁹ The Electronic Monitoring Services of Accused and Convicted Persons Project (hereinafter referred to as the “EMSAC”) was put into operation on 1 January 2016. The main reason for implementing the EMSAC project was the commitment of the Ministry of Justice of the Slovak Republic defined by the Program Statement of the Slovak Republic 2012-2014 according to which the Ministry was to pay special attention to the possibilities of imposing alternative punishments and increased emphasis on crime prevention. However, in practice since 2016, i.e., from the effective date of the law until 2018, the sentence of house arrest was actually imposed a total of 57 times. In 2016 23 times,⁸⁰ in 2017 only 14 times and in 2018 only 20 times, which means that the percentage of house arrest in relation to the total number of convicts remains unchanged. The cited statistics also show that even the introduction of the possibility of using an electronic monitoring system was not a reason for courts to impose house arrest compared to previous years. Due to the economic and personal workload of Slovak prisons, several experts called for a change in the possibility of imposing a house arrest also in the categories of offenses committed due to negligence, with an upper limit exceeding five years.⁸¹ This situation was also to address the possibility of expanding the use of control by electronic means - the EMSAC program, which is an immanent part of house arrest. The idea of the Ministry of Justice of the Slovak Republic of expanding the legal regulation of the use of technical means, including support for the imposition of house arrest, progressed in such manner that at the 152nd session of the Government of the Slovak Republic it submitted a bill amending the Criminal Code.⁸² Following this, the substantive regulation of house arrest logically changed too. At present, the provision of section 53 (1) of the Criminal Code regulates the conditions for the imposition of house arrest punishment, according to which a court may impose a sentence of house arrest on the offender of a criminal offense for up to four years. With reference to the division of criminal offenses, on the basis of the criterion of seriousness for offenses and crimes, the Criminal Code precisely defines in the provision of section 53 (2), that the court may impose a sentence of house arrest for an offense with an upper limit of the penalty provided by this Act not exceeding 10 years, but at least at the lower limit of the punishment of imprisonment established by this Act.⁸³ It is therefore clear from that provision that house arrest punishment may be imposed also for crimes. Another condition that forms the essence of house arrest is a written promise by the offender, in which the offender declares that he/she will stay in the residence at the specified address at a specified time and will provide the necessary cooperation in the exercise of control. The last obligatory condition for the imposition of this type of sentence is the fulfilment of the conditions for the exercise of control by technical means, which are examined by the court before the decision on the imposition of a sentence of house arrest. With reference to the legal regulation, it is necessary for the court, when imposing this type of sentence, to define precisely the period for which the convicted person will stay in the residence⁸⁴ and to state the exact place of execution of this type of sentence. The entire course

⁷⁹ KLÁTIK, J. – HRUŠKA, R. – ŽUFFA, M. Elektronické náramky pre odsúdených páchatel'ov. In: Sekcia verejného práva. *Zborník z II. ročníka medzinárodnej vedeckej konferencie Banskobystrické zámocké dni práva*. Banská Bystrica: Belianum, 2017, p. 75.

⁸⁰ For the first time, a sentence of house arrest was imposed, together with the possibility of using electronic monitoring, for the attempted crime of injury to health together with the crime of rioting, by the District Court Martin on 13 January 2016.

⁸¹ KLÁTIK, J. Posilnenie ochrany obetí domáceho násillia elektronickým monitoringom osôb. In: *Kriminologické možnosti riešenia domáceho násillia*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017.

⁸² Explanatory memorandum available at [cit. 18.2.2021]: <https://rokovania.gov.sk/RVL/Material/23719/1>.

⁸³ This modification was done by amendment no. 214/2019 Coll., by which Act no. 300/2005 Coll. Criminal Code was modified and amended and by which certain laws have been modified and amended, in force as of 1 August 2019.

⁸⁴ Pursuant to section 122 para. 5 of the Criminal Code, according to which a dwelling is a house, flat and other premises used for housing, as well as premises and land belonging to them, which, however, must be closed as a part of the dwelling.

and control of the execution of a sentence of house arrest is performed by the probation and mediation officer, who also controls the fulfilment of restrictions and obligations that can be imposed on this type of sentence in accordance with section 51 (3) and (4) of the Criminal Code. If the convicted person fails to comply with the obligations imposed by the judgment and the restrictions arising from the sentence of house arrest, the court shall convert the sentence of house arrest or the rest of it into an unconditional sentence of imprisonment. The Criminal Code determines in section 53 (6) the method of conversion, where the court decides by a resolution in a public hearing, after questioning the convicted person. The court converts a sentence of house arrest into an unconditional sentence of imprisonment in a ratio of 1:1, which in practice means that one day of failed house arrest is equal to one day of imprisonment and the court must also decide on the manner of its execution.

Undoubtedly, in the conditions of the Slovak Republic, an alternative punishment in the form of a house arrest, especially since 2016, is closely connected with the use of the institute of electronic monitoring. The reason for strengthening this institute was the amendment to the Criminal Code effective from 1 January 2016, when section 65a of the Criminal Code enshrined the institute of converting the remainder of unconditional imprisonment into house arrest, which is considered another type of house arrest, also referred to as the “Back-end” type.⁸⁵ It can be considered as an alternative to conditional release from imprisonment. The essence of the “Back-end” type of house arrest is that the offender is sentenced to an unconditional sentence of imprisonment and, after serving a certain part of it, the rest of the unexecuted sentence is converted into a sentence of house arrest.⁸⁶ This option was used in 2016 - 2 convicts, in 2017 - 7 convicts and in 2018 a total of 10 convicts. These figures also indicate that the use of the institute in question has not been very popular. It can be stated that the possibilities of using the institute of electronic monitoring are connected with other alternatives of its use in criminal law.⁸⁷

⁸⁵ The conditions for imposing this type of punishment are regulated by Section 65a of the Criminal Code.

⁸⁶ TÓTHOVÁ, V. – FERENČIKOVÁ, S. Innovation in criminal policy of imposing alternative sanctions in Slovak republic. In: *Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie „CBU International Conference Proceedings“*. Praha 2019.

⁸⁷ In connection with the existing technical possibilities of controlling the conditional release from serving a sentence, there was a deviation from the previous concept of conditional release from 1 January 2019. Act no. 321/2018 Coll., amending and supplementing Act no. 550/2003 Coll. on Probation and Mediation Officers and on Amendments to Certain Acts, as amended, and Amending Certain Acts, the legislator amended section 66 para. 1 of Act no. 300/2005 Coll. Criminal Code with a new letter c), which also with the introductory sentence of section 66 para. 1 reads: “A court may release a convicted person on parole if the convicted person serving his or her sentence has proved improvement by performing his or her duties and behaviour and may be expected to lead a decent life in the future, and if he or she is a person convicted of a crime who has not been before committing a criminal offense in the execution of a custodial sentence after serving one half of the unconditional sentence of imprisonment imposed or by a reduced unconditional custodial sentence by the decision of the President of the Slovak Republic; the court shall at the same time order the inspection by technical means.” At the same time, the legislator supplemented the provision of section 415 of the Criminal Procedure Code with a new paragraph 2, which reads: “The court decides on the conditional release from imprisonment of a person convicted of a crime after serving half of it only on the proposal of the director of the penitentiary institution or the director of the penitentiary institution in which the sentence is served. “Prison History” as the assessed formal condition for conditional release, the exclusivity of the proposal of the director of the prison and the ordered technical inspection as a mandatory part of the conditional release created a new type of conditional release. With the aim of uniform application, the internal regulation of the prison, Order of the Minister of Justice of the Slovak Republic no. 15/2018 amending Order of the Minister of Justice of the Slovak Republic no. 16/2015 on the treatment of accused and convicted persons, as amended by Order of the Minister of Justice of the Slovak Republic no. 9/2016, which determined to the directors of the penitentiary institutes the basic criteria for assessing the concepts of “proving improvement of the convict” and “expectation of the convict's proper life after release”, the obligation to file a petition for conditional release if the specified criteria are met fulfilling the conditions for carrying out inspections by technical means. The said internal regulation created the basic (minimum) preconditions for the use of the institute of conditional release with ordered technical control in the conditions of the prison, as it determines for which convicts the director of the penitentiary institute must submit a proposal for conditional release. However, it also does not restrict the director of the institute from the possibility to file a motion with other convicts. In 2019, the directors of the institutes sent a total of 143 motions for parole with the ordered control by technical means to the competent court,

IV. CONCLUSION

In German criminal law *de lege lata*, there is one alternative punishment in the true sense of the word and one quasi-alternative punishment. The first category includes a fine, and the second includes a punishment in the form of community service. Efforts to reform (also) alternative punishments can be seen around the turn of the millennium. While the drafts to change the law did not intend to significantly affect the legal regulation of fines, the opposite is true of the punishment in the form of community service. A common feature of virtually all drafts is the “promotion” of a sentence in the form of community service to the position of a primary sanction for unpaid fines, substituting a subsidiary sentence of imprisonment. Also the scholarship expressed agreement with the suggested feature. In other respects, the individual drafts differ in the approach to punishment in the form of community service in terms of classification into the main or other types of punishment, in the possibilities of imposing them, the method of execution, control and the consequences of non-compliance. This group of proposals usually met with a negative response from the professional public. It can therefore be stated that in Germany there has long been a relatively strong demand for the strengthening of punishment in the form of community service in the system of criminal sanctions, but so far no politically, legally and economically acceptable draft has been put in place that could be translated into law. Based on the above, it can be stated that the regulation of the community service punishment, as enshrined in the Criminal Code of the Slovak Republic, goes much further than in Germany. In the sense indicated in the article, perhaps the academia should consider the question of the effectiveness of the imposition of this type of sanction, given the fact that the capacity to impose this type of punishment undoubtedly has greater potential.⁸⁸ As already indicated, the possibility of imposing a community service punishment would not have to be completely ruled out for disabled offenders, as not every disability makes it impossible to serve a sentence of community service. It is clear that this issue is directly related to economic and personnel security, which should be an immanent part of addressing the issue of the possibility of expanding the imposition of this type of sanction.

As regards the sentence of house arrest, it is clear that German criminal law does not provide for this sanction. Although one could have the impression that house arrest might become a part of the German system of sanctions based on the relatively strong demand for its introduction in the late 1990s, a change in the governing coalition coupled with a turnaround in political will thwarted the initiative. The possibilities of using electronic monitoring, and all follow-up pilot projects, were launched in the last century. However, the fact cannot be overlooked that the very possibilities of using electronic monitoring in Germany cannot be confused with the very legislative regulation of the house arrest punishment, as we know it in our country. As stated in the article, Germany has so far not accepted the house arrest punishment as a separate sentence and still considers the use of electronic monitoring only as an order in the framework of protective surveillance. However, its regulation is conditional on the fulfilment of demanding conditions. Technically, electronic monitoring is carried by a two-part system. GPS and PTU technologies as well as mobile data are used to transmit carrier position data. This data is

while a total of 72 convicts were conditionally released in 2019 and another 34 convicts proceedings are still pending. 37 proposals of the directors of the institute were rejected for non-fulfilment of technical conditions or on the basis of a court decision for other reasons. For more details, see the ZVJS (prisons) statistical yearbook for 2019, available at www.zvjs.sk.

⁸⁸ Since the introduction of community service punishment after the recodification of the Criminal Code in 2005, it had an increasing tendency in the number of impositions until 2015. This statement is supported by the fact that the punishment of community service was imposed a total of 42 times in 2006 and in 2015, a total of up to 3037 times. Since 2016, the imposition of the punishment of community service has been declining rapidly, when in 2016 it was imposed in a total of 1599 cases, in 2017 only in 1393, and in 2018 it was only 834 cases.

received and processed by the federal centre in Hessen. Several entities participate in the implementation of electronic monitoring, in particular the police, probation surveillance, the protective surveillance station and selected medical staff. In detail, however, the implementation of electronic monitoring differs in the federal states. As mentioned, the most extensive study on practical experience with electronic monitoring was carried out between 2012 and 2015. Although its results can identify places in need of improvement, doubts about maintaining electronic monitoring have not been expressed. Based on the above, it can be stated that we are significantly further than Germany in terms of the legislative regulation of the house arrest punishment in the Criminal Code. In the conditions of the Slovak Republic, house arrest was still considered an alternative to short-term imprisonment, with the legislation in force before 1 August 2019. Since the new legislation on house arrest came into force, statistical indicators still indicate that no method of effective imposition of house arrest has been found in the Slovak Republic so far, and the related effective use of electronic monitoring itself. The question therefore remains whether the situation will change after the new legislation on house arrest, and whether statistics will actually increase in the number of house arrests using electronic monitoring, or the institute of electronic monitoring will be used for other alternatives in the indicated sense, e.g. in the institute of conditional release from imprisonment.

KEY WORDS

alternative punishments, house arrest, community service, comparison

KLÚČOVÉ SLOVÁ

alternatívne tresty, trest domáceho väzenia, trest povinnej práce, komparácia

BIBLIOGRAPHY

1. ALBRECHT, H. J. – ARNOLD, H. SCHÄDLER, W. Der hessische Modellversuch zur Anwendung der „elektronischen Fußfessel“: Darstellung und Evaluation eines Experiments. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2000, Heft 11, s. 466–469. ISSN 0514-6496.
2. ALBRECHT, H. J. Der elektronische Hausarrest. Das Potential für Freiheitsstrafenvermeidung, Rückfallverhütung und Rehabilitation. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 2002, Heft 2, p. 84. ISSN 2366-1968.
3. BÖSLING, T. Elektronisch überwachter Hausarrest als Alternative zur kurzen Freiheitsstrafe? *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2002, Heft 2, p. 105. ISSN 2366-1968.
4. BRÄUCHLE, A. – KINZIG, J. *Die elektronische Aufenthaltsüberwachung im Rahmen der Führungsaufsicht*. Universität Tübingen, Juristische Fakultät, Institut für Kriminologie, 2016. Available at: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF/BereichMinisterium/Kurzbericht_elektronische_Aufenthaltsueberwachung_im_Rahmen_der_Fuehrungsaufsicht.html.
5. BRÜCHERT, O. Modellversuch Elektronische Fußfessel: Strategien zur Einführung einer umstrittenen Maßnahme. *Neue Kriminalpolitik*. 2002, no. 1, pp. 32–35. ISSN 0934-9200.
6. CIRENER, G. – RADTKE, H. – RISSING-VAN SAAN, R. et al. (hrsg). *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. Vierter Band, 13. Auflage, Berlin: De Gruyter, 2020. ISBN 978-3-11-030029-1.
7. DÜNKEL, F. – FLÜGGE, C. – LÖSCH, M. – PÖRKSEN, A. Plädoyer für verantwortungsbewusste und rationale Reformen des strafrechtlichen Sanktionensystems und des Strafvollzugs - Thesen des Ziethener Kreises, *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2010, Heft 6, p. 175. ISSN 0514-6496.

8. DÜNKEL, F. Reform des Sanktionenrechts – neuer Anlauf. *Neue Kriminalpolitik*. 2003, no. 4, p. 124. ISSN 0934-9200.
9. FERENČÍKOVÁ, S. – MICHALOV, L. – TÓTHOVÁ, V. Juristické aspekty alternatívnych trestov. In: *Alternatívne spôsoby výkonu trestov*. Košice: Šafárik Press UPJŠ v Košiciach, 2018, ISBN 978 – 80- 8152 – 653 – 4.
10. GREBING, G. Probleme der Tagessatz-Geldstrafe. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 1976, 26. Jahrg., Heft 4, p. 1112. ISSN 0084-5310.
11. HEINTSCHEL-HEINEGG, B. (hrsg). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 2, 4. Auflage, C. H. Beck. ISBN 978-3-406-74602-4.
12. HELGERTH, R. – KRAUß, F. Der Gesetzentwurf zur Reform des Sanktionenrechts. *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2001, Heft 7, p. 281. ISSN 0514-6496.
13. HOCHMAYR, G. Elektronisch überwachter Hausarrest. Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2013, p. 13. ISSN 0720-1753.
14. JESCHECK, H. H. – WEIGEN, T. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. Auflage, Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 856. ISBN 978-3428083480,
15. KAISER, A. *Auf Schritt und Tritt – die elektronische Aufenthaltsüberwachung*. Wiesbaden: Springer, 2016, s. 19; DAHS, H. Im Banne der elektronischen Fußfessel. *Neue Juristische Wochenschrift*. 1999, Heft 47, p. 3469. ISSN 0341-1915.
16. KINDHÄUSER, U. – NEUMANN, U. – PAEFFGEN, H. U. *Strafgesetzbuch*. 5. Auflage, Nomos Verlag, 2017. ISBN 978-3-8487-3106-0.
17. KLÁTIK, J. – HRUŠKA, R. – ŽUFFA, M. Elektronické náramky pre odsúdených páchateľov. In: *Sekcia verejného práva. Zborník z II. ročníka medzinárodnej vedeckej konferencie Banskobystrické zámocké dni práva*. Banská Bystrica: Belianum, 2017.
18. KLÁTIK, J. Posilnenie ochrany obetí domáceho násillia elektronickým monitoringom osôb. In: *Kriminologické možnosti riešenia domáceho násillia*. Bratislava: Wolters Kluwer, 2017. ISBN 978-80-8168-708-2.
19. KNAUER, CH. (hrsg). *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 3/2*, 1. Auflage, C. H. Beck, 2018. ISBN 978-3-406-64683-6.
20. KÖHNE, M. Abschaffung der Ersatzfreiheitsstrafe? *Juristische Rundschau*. 2004, Heft 11, pp. 453–456. ISSN 0022-6920.
21. MEIER, B. D. *Strafrechtliche Sanktionen*. Springer Verlag, 2019. ISBN 978-3-662-43639-4.
22. QUENSEL, S. »Uneinbringliche« Geldstrafen in den USA und bei uns. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2018, Heft 1, p. 62. ISSN 2366-1968.
23. ROMŽA, S. et al. *Alternatívne spôsoby výkonu trestov*. Košice: Šafárik Press UPJŠ v Košiciach, 2018. ISBN 978-80-8152-653-4.
24. SCHNEIDER, U. Gemeinnützige Arbeit als »Zwischensanktion«. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2001, Heft, 4, p. 282. ISSN 2366-1968. DOI: <https://doi.org/10.1515/mks-2001-0039>.
25. SCHÖCH, H. – DÖLLING, D. – HELGERTH, R. (eds). *Recht gestalten - dem Recht dienen. Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag am 29. Juli 2007*. De Gruyter, Reprint 2011, ISBN 978-3899492590.
26. STRÉMY, T. – KLÁTIK, J. *Alternatívne tresty*. Bratislava: C. H. Beck, 2018. ISBN 978-80- 89603 – 56 – 5.
27. TÓTHOVÁ, V. – FERENČÍKOVÁ, S. Innovation in criminal policy of imposing alternative sanctions in Slovak republic. In: *Zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie, CBU International Conference Proceedings*. Praha 2019. DOI: 10.12955/cbup.v7.1435.

28. WOLF, U. – V. DANWITZ, T. – SEITZ, H. – PREIS, U. – PRÖGLER, W. – BUTZKE, V. Der 59. Deutsche Juristentag in Hannover 1992. *JuristenZeitung*. 1993, 48. Jahrg., Nr. 2, p. 82. ISSN 0022-6882.
29. WOLTERS, G. Der Entwurf eines „Gesetzes zur Reform des Sanktionenrechts“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. 2002, Heft 1, p. 74. ISSN 0084-5310. DOI: <https://doi.org/10.1515/zstw.2002.114.1.63>.
30. WÖßNER, G. – MEUER, K. Implementierung und Folgen elektronischer Überwachung. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*. 2019, Heft 3, p. 202–216. ISSN 2366-1968. DOI: <https://doi.org/10.1515/mks-2019-2018>.
31. WÖßNER, G. – SCHWEDLER, A. Aufstieg und Fall der elektronischen Fußfessel in Baden-Württemberg: Analysen zum Modellversuch der elektronischen Aufsicht im Vollzug der Freiheitsstrafe. *Neue Kriminalpolitik*. 2014, no. 1, pp. 60–78. ISSN 0934-9200.
32. Constitutional Act no. 460/1992 Coll. Constitution of the Slovak Republic as amended by later legislation.
33. Act no. 300/2005 Coll. Criminal Code as amended by later legislation.
34. Act no. 301/2005 Coll. Criminal Procedure Code as amended by later legislation.
35. Statistical yearly of the Penitentiary and Justice Corps covering 2019, available at www.zvjs.sk.
36. Statistical data for the imposition of the house arrest available at www.justice.gov.sk.
37. BT-drucks. 14/9358.
38. BT-drucks. 15/2725.
39. BT-drucks. 17/3403.
40. BT-drucks. 19/1689.
41. *Bundesverfassungsgericht* (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 24. 8. 2006 - 2 BvR 1552/06. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 2006, Heft 50, p. 3626.
42. *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch*, BGBl. I 1975, p. 469, as amended by later legislation.
43. LG Frankfurt a.M., Beschluß vom 6. 12. 2000 - 5/27 Qs 64/00. In: *Neue Juristische Wochenschrift*. 2001, p. 697. ISSN 0341-1915.
44. *Strafgesetzbuch*, BGBl. I 1998, p. 3322 as amended by later legislation.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHORS

JUDr. Veronika Tóthová, PhD.

Assistant Professor

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, Department of Criminal Law

Kováčska 26, 040 75 Košice, Slovakia

E-mail: veronika.perdukova@upjs.sk

Mgr. Ľuboslav Sisák

PhD. Candidate

Pavol Jozef Šafárik University in Košice

Faculty of Law, The Institute of International Law and European Law

Kováčska 26, 040 75 Košice, Slovakia

e-mail: luboslav.sisak@student.upjs.sk

HARMONIZATION OR UNIFICATION? – INSTRUMENTS FOR A MORE EFFECTIVE PROTECTION OF THE FINANCIAL INTERESTS OF THE EUROPEAN UNION

HARMONIZÁCIA ALEBO UNIFIKÁCIA? – NÁSTROJE NA ZEFEKTÍVNENIE OCHRANY FINANČNÝCH ZÁUJMOV EURÓPSKEJ ÚNIE

*Bence Udvarhelyi*¹

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-09>

ABSTRACT

The objective of the article is to analyse the efforts of the European Union for the protection of its financial interests. The first part of the paper sets out the brief historical development of the criminal law protection of the financial interests of the European Union with particular emphasis on the strengthened and reinforced legal framework provided by the Treaty of Lisbon. The second part of the study focuses to the newly adopted Directive of the EU on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law. However, the paper does not intend to analyse the provisions of the Directive in details, it only aims to examine whether it can provide for an effective and unified protection to the financial interests of the European Union.

ABSTRAKT

Cieľom tohto článku je analyzovať snahy Európskej únie o ochrany jej finančných záujmov. Prvá časť článku predstavuje stručný historický vývoj trestnoprávnej ochrany finančných záujmov Európskej únie s osobitným dôrazom na posilnený právny rámec, ktorý poskytuje Lisabonská zmluva. Druhá časť štúdie sa zameriava na novoprijatú smernicu EÚ o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, prostredníctvom trestného práva. Článok však nemá za cieľ podrobne analyzovať ustanovenia smernice, iba sa zameriava na preskúmanie, či môže poskytnúť účinnú a jednotnú ochranu finančných záujmov Európskej únie.

I. THE FINANCIAL INTERESTS OF THE EUROPEAN AS A SUPRANATIONAL LEGAL INTEREST

The European Union has an own budget independent from the Member States of approximately 150 billion euro per year. This huge amount necessarily attracts the attention of criminals, who seek to obtain more or less money from the EU budget with illicit means. The budget of the European Union has therefore become the target of a wide variety of highly diverse criminal behaviour, which has forced the Union to ensure the protection of its financial interests.

Fraud and other irregularities (e.g. corruption, money laundering, misappropriation of funds) affecting the financial interests of the European Union cause significant loss for the EU budget, which also results in the reduction of the amount of resources that can be redistributed. Therefore, these crimes endanger the effective implementation of the different EU policies. The

¹ dr. PhD., Univerzita v Miskolci, Právnická fakulta, Maďarsko / University of Miskolc, Faculty of Law, Hungary.

magnitude of the problem is well illustrated by the fact that – according to some estimation – the overall damage caused by these criminal conducts can reach *10-20% of the EU budget*.² It can therefore be seen, that the European Union suffers a significant damage as a result of these crimes. Furthermore, since a part of the budget of the European Union is indirectly financed by the *taxpayers* of the Member States, these criminal offences harm them as well.³

However, the establishment of the supranational framework for the fight against criminal offences affecting the financial interests of the European can be justified not only with economic but with *political reasons* as well. In a long term, the increasing number of the crimes against the financial interests can negatively affect the *credibility, confidence and political acceptance of the EU*. Therefore, these criminal offences may seriously *slow down the process of European integration*.⁴

The European Union has also realized the risks of these crimes and tried to create a *coherent and effective framework to combat criminal offences against its financial interests*. In order to achieve this objective, the Union can use naturally a number of non-criminal instruments, in particular administrative and civil law measures. However, the seriousness of the criminal offences affecting the financial interests requires the application of *criminal sanctions* as well.⁵

The financial interests of the European Union can be regarded as a *supranational legal interest*. It means that this legal interest goes beyond the interests of the Member States and is directly linked to the European Union as a supranational entity.⁶ The specialty of the supranational legal interests is that they *cannot be protected solely by the national criminal law of the Member States*, since its scope often does not extend to the protection of the financial and other interests of other states or international organizations.⁷ Furthermore, another problem is caused by the fact that the *national criminal law provisions of the Member States are different*. Because of these differences, it can easily occur that the same act is regarded as a criminal offence in one Member State, as an administrative offence in another Member States and is not punishable at all in a third Member State.⁸ This results that perpetrators can choose for the commitment of

² See for example: FROMM, Ingo Erasmus: *Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteresse der EG. Die Frage der Einführung einer supranationalen Strafrechtskompetenz durch Artikel 280 IV EGV*. Springer Verlag, Berlin–Heidelberg–New York, 2004. p. 13; RASNER, Andreas: *Erforderlichkeit, Legitimität und Umsetzbarkeit des Corpus Juris Florenz*. Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2005. pp. 56-57; SIEBERT, Thomas: *The European Fight against Fraud – The Community's Competence to Enact Criminal Laws and its Power to Approximate National Criminal Law by Directives*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 16/1, 2008. p. 89; TIEGS, Heiko W. A.: *Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft. Eine Bestandsaufnahme des englischen und deutschen Strafrechts zum Schutz der EG-Finanzinteressen*. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006. pp. 57-58; WILLIAMS, Aled: *Fighting fraud in the EU: a note on icebergs and evidence*. ERA Forum, Vol. 14/2, 2013. pp. 229-234.

³ HOLÉ Katalin: *Gondolatok az Európai Ügyészségről*. In: Gellér, Balázs (ed.): Györgyi Kálmán ünnepi kötet. KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2004. p. 309.

⁴ See: FROMM: *Op. cit.* pp. 16-21; JACSO, Judit: *Gondolatok az Európai Unió költségvetésének büntetőjogi védelméről a Lisszaboni Szerződés tükrében*. In: Róth, Erika (ed.): *Tanulmányok Dr.Dr.h.c. Horváth Tibor professor emeritus 85. születésnapja tiszteletére*. Bibo Kiadó, Miskolc, 2012. p. 66; MURAWSKA, Agnieszka Aleksandra: *Administrative Anti-Fraud Measures within the European Union. Necessity and Means*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008. pp. 53-54.

⁵ JUSZCZAK, Adam – SASON, Elisa: *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (PFI Directive). Laying Down the Foundation for a Better Protection of the Union's Financial Interests?* Eucrium – The European Criminal Law Associations' Forum, 2/2017. p. 82; MADAI, Sándor: *Gondolatok az Európai Községek pénzügyi érdekeinek megsértéséről*. Rendészeti Szemle, 2010/2. p. 90.

⁶ KARSAI, Krisztina: *Mozaikkép a közösségi pénzügyi érdekek büntetőjogi védelméről*. Európai Jog, 2002/5. pp. 19-20; LIGETI, Katalin: *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*. Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2005. p. 22.

⁷ KAIAFA-GBANDI, Maria: *The Commission's Proposal for a Directive on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (COM (2012) 363 final) – An Assessment Based on the Manifesto for a European Criminal Policy*. European Criminal Law Review, Vol. 2/3, 2012. p. 321; SIEBER, Ulrich: *Einführung: Entwicklung, Ziele und Probleme des Europäischen Strafrechts*. In: Sieber, Ulrich – Satzger, Helmut – v. Heintschel-Heinegg, Bernd (ed.): *Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014. p. 89.

⁸ HECKER, Bernd: *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union*. Juristische Arbeitsblätter, 8-9/2007. p. 562.

the criminal offences the Member State where the chance of the criminal conviction is less likely and where the penalty is the most lenient.⁹ These factors forces the European Union to seek for the *establishment of a unified, supranational framework* in connection with the protection its financial interests.

In a recent Communication, the European Commission also stressed the importance of the unified EU action against these criminal offences. The Commission considers it as an immense problem that – despite the previous attempts of the EU to provide for minimum standards – there is still a *wide variation across the Union* in the definitions of criminal offences affecting the financial interests, in the sanctions which those offences attract, and in the time limitations for these crimes. These shortcomings mostly result from the *variety of legal traditions and legal systems of the Member States* which lead to *divergent judicial practices*. However, because of the different legal regulation of the Member States, the *level of deterrence varies across the Union*, which *hinders the equivalent criminal law protection* across the European Union and leads to differing outcomes in similar individual cases, depending on the applicable national criminal provisions. Therefore, the European Commission concluded that the financial interests of the European Union are not equivalently protected across the EU as regards criminal law and the deterrent effect of the Union's instrument is not sufficient.¹⁰

Therefore, in order to ensure the *effective, proportionate and dissuasive protection* of the Union's financial interests, one of the main objectives of the European Union is to create a *unified or at least harmonized regulation of the criminal offences affecting its financial interests*.

II. THE CRIMINAL LAW PROTECTION OF THE FINANCIAL INTERESTS OF THE EUROPEAN UNION

1. Historical development before the Treaty of Lisbon

Although the European Union promptly recognized the need for the unified action for the protection of its financial interests, the first criminal law measures were adapted as a result of a long development.

The *Founding Treaties of the European Communities* originally did not contain any criminal law provisions in connection with the protection of financial interests. The main reason of this is that the competences of the European Communities did not cover the field of criminal law in the first few decades of the history of the European integration, since criminal law was

⁹ LIGETI: *Op. cit.* p. 22.

¹⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – On the protection of the financial interests of the European Union by criminal law and by administrative investigations: An integrated policy to safeguard taxpayers' money [COM(2011) 293, 26.5.2011.]. Apart from the problems resulting from the differences between the criminal law systems of the Member States, the Communication of the European Commission also lists several other shortcomings in connection with procedural questions. Criminal investigations of fraud and other crimes against the financial interests of the Union are characterized by a patchy legal and procedural framework: police, prosecutors and judges in the Member States decide on the basis of their own national rules whether and, if so, how they intervene to protect the EU budget. Under the current framework, such criminal investigations are handled by individual Member States' prosecution services acting under their respective criminal law. However, the competent authorities of Member States do not always appear to have sufficient legal means at their disposal and appropriate structures in place to adequately prosecute cases affecting the EU. In a certain number of cases involving fraud against the EU budget, national criminal investigative authorities refrain from opening investigations. The protection of the EU budget often involves investigating cross-border cases and enforcing decisions abroad, however, the cooperation mechanisms between the Member States are not effective. Judicial authorities of the Member States are be reluctant to trigger mutual legal assistance measures, because of their complexity, the lengthy procedures and the uncertainty of the results. Even where mutual legal assistance between administrative and judicial authorities of Member States is requested, it is often not followed up with sufficient expediency. The results of EU administrative investigations frequently remain unused by national criminal courts because of restrictive procedural rules which include limits on the use of evidence collected in a foreign jurisdiction. The use of such evidence is often not considered sufficient to open criminal investigations.

considered as one of the *main symbols and the last rampart of the national sovereignty*.¹¹ Therefore, the actions of the European Union aiming at the combatting of the illicit actions against the EU budget have been limited to the *administrative law measures* for a long time. However, despite the explicit authorization by the primary law, the European Community relatively early recognized that administrative means are not sufficient for the effective protection of the financial interests against fraud and other illicit activities. Therefore, the *use of criminal law instruments* as a final mean, *ultima ratio* is also necessary.¹²

The importance of the criminal law protection of financial interests of the European Communities was significantly increased in the 1970s, when the *system of the Communities' budget of the was restructured, the own resources of the budget were introduced* and the *common agricultural policy was created*. Due to these factors new financial resources has been opened, which enabled significant abuses.¹³ Recognizing the danger, the European Commission drew up a *Draft Convention*¹⁴ in 1976, in order to ensure the uniform criminal law protection of the Communities' financial interests. However, the draft ultimately failed due to the resistance of the Member States, which considered that the protection of national interests is more important than the protection of Communities' interests, and regarded national law as appropriate for the protection of national and supranational interests. Therefore, the Member States did not feel the Community legislation to be justified at this time.¹⁵ Due to the lack of the criminal competence of the European Communities, criminal sanctioning of the unlawful acts against its financial interests therefore *remained within the competence of the Member States*, and the Community legislator used primarily *administrative means* to protect these supranational interests until the 1990s.¹⁶

The judgement of the European Court of Justice in the so-called *Greek Maize case* in 1989 can be considered as an important milestone in the history of the protection of the financial interests. According to the ruling, the Member States are required – by virtue of Article 5 of the EEC-Treaty¹⁷ – to *penalize any persons who infringe Community law in the same way as they penalize those who infringe national law*. The choice of penalties remains within the discretion of the Member States; however, they must ensure that infringements of Community law are

¹¹ See for example: ALBRECHT, Hans-Jörg: *A büntetőjog európaizálása és a belső biztonság Európában*. Belügyi Szemle, 2000/3. p. 27; FARKAS, Ákos: *Büntetőjogi együttműködés az Európai Unióban*. Osiris Kiadó, Budapest, 2001. p. 23; HILDEBRANDT, Mireille: *European criminal law and European identity*. Criminal Law and Philosophy, Vol. 1/1, 2007. pp. 66-67; JUNG, Heike: *'L'Etat et moi': Some Reflections on the Relationship between the Criminal Law and the State*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6/3, 1998. pp. 210-211.

¹² FARKAS, Ákos: *Egy lehetséges Európai Unió büntetőjog fejlődésének állomásai*. In: Farkas, Ákos (ed.): *Emlékkönyv Kratochwill Ferenc (1933-1993) tiszteletére*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003. p. 106; JACSÓ: *Op. cit.* (2012) pp. 69-70; MADAI: *Op. cit.* (2010) p. 90.

¹³ KARSAI: *Op. cit.* (2002) p. 14; MADAI: *Op. cit.* (2010) p. 91; JACSÓ, Judit: *Europäisierung des Steuerstrafrechts am Beispiel der gesetzlichen Regelungen in Deutschland, Österreich und Ungarn*. Bíbor Verlag, Miskolc, 2017. p. 82.

¹⁴ Draft for a Treaty I. amending the Treaties establishing the European Communities so as to permit the adoption of common rules on the protection under criminal law of the financial interests of the Communities and the prosecution of infringements of the provisions of those Treaties II. amending the Treaty establishing a Single Council and a Single Commission of the European Communities so as to permit the adoption of common rules on the liability and protection under criminal law of officials and other servants of the European Communities [OJ C 222, 22.9.1976, pp. 2-17.].

¹⁵ KARSAI, Krisztina: *Az európai büntetőjogi integráció alapkérdései*. KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2004. p. 46; KILLMANN, Bernd-Roland – SCHRÖDER, Jens: *Betrugs- und Finanzdelikte (inkl. Steuerstraftaten)*. In: Sieber, Ulrich – Satzger, Helmut – von Heintschel-Heinegg, Bernd (ed.): *Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014. p. 306.

¹⁶ FARKAS, Ákos: *Az OLAF szerepe az EU csalások elleni fellépésében*. In: Farkas, Ákos (ed.): *Az Európai Csalás elleni Hivatal (OLAF) az Európai Unió bünygyi együttműködési rendszerében*. KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2005. p. 11.

¹⁷ Article 5 of the EEC-Treaty – currently Article 4(3) TEU – regulates the so-called principle of sincere cooperation. Pursuant to this principle, the Union and the Member States shall, in full mutual respect, assist each other in carrying out tasks which flow from the Treaties; the Member States shall take any appropriate measure, general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of the Treaties or resulting from the acts of the institutions of the Union; and the Member States shall facilitate the achievement of the Union's tasks and refrain from any measure which could jeopardise the attainment of the Union's objectives.

penalized under *conditions*, both *procedural and substantive*, which are *analogous* to those applicable to *infringements of national law of a similar nature and importance* and which, make the penalty *effective, proportionate and dissuasive*. Moreover, the national authorities must proceed, with respect to infringements of Community law, with the *same diligence* as that which they bring to bear in implementing corresponding national laws.¹⁸

As it can be seen, the so-called *assimilation principle* formulated in the ruling of the ECJ obliges the Member States to *extend the scope* of the criminal offences protecting the national legal interests to the *supranational interests of a similar nature and importance*.¹⁹ Accordingly, if a Member State provides for criminal law sanctions for offences against its own budget under national law, it must also penalize acts committed against the same supranational legal interests, i.e. against the EU budget.²⁰ In this respect, the principle of assimilation has imposed an explicit *criminalization obligation* on Member States for the first time in the history of the European integration.

The *principle of assimilation* elaborated by the European Court of Justice was incorporated by the *Maastricht Treaty* signed in 1992, which established the so-called *three pillar structure of the European Union*. According to the provisions of the Treaty, the Member States shall take the same measures to counter fraud affecting the financial interests of the Community as they take to counter fraud affecting their own financial interests. Furthermore, the Member States shall coordinate their action aimed at protecting the financial interests of the Community against fraud and they shall organize, with the help of the Commission, close and regular cooperation between the competent departments of their administrations.²¹ As a result of the Treaty of Maastricht, the fight against fraud became the *part of the primary law of the European Union*.

The regulation of the Treaty of Maastricht was taken over and significantly expanded by the *Treaty of Amsterdam* in 1997. One of the significant modifications of the Treaty was that the Council has been invested with a *legislative power* to adopt the necessary measures in the fields of the prevention of and fight against fraud affecting the financial interests of the Community with a view to affording effective and equivalent protection in the Member States. The limits of the legislative competence of the Council were that the adopted measures could concern neither the application of national criminal law nor the national administration of justice.²² Because of this restriction, the majority of the opinions in the legal literature argued that the competence of the European Union under Article 280(4) of the EC-Treaty was *limited to non-criminal measures* and that the Treaty did not empower the Union to adopt supranational criminal law provisions within the framework of the first pillar.²³

¹⁸ Judgment of the Court of 21 September 1989 in Case 68/88 *Commission of the European Communities v Hellenic Republic*, ECR 2965, paras 22-25.

¹⁹ AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe*. C. H. Beck Juristischer Verlag, München, 2014. p. 567; SAFFERLING, Christoph: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht*. Springer Verlag, Heidelberg–Dordrecht–London–New York, 2011. p. 459.

²⁰ KARSÁI, Krisztina: *Az Európai Bíróság szerepe az európai büntetőjog alakításában*. In: Kondorosi, Ferenc – Ligeti, Katalin (ed.): *Az európai büntetőjog kézikönyve*. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008. p. 724.

²¹ Article 209a of the EEC-Treaty.

²² Article 280(4) of the EC-Treaty.

²³ See for example: CALLIESS, Christian: *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2010. p. 457; ROSENAU, Henning: *Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch?* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 1/2008. pp. 14-15; SATZGER, Helmut: *Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit*. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1/2008. p. 21; SICURELLA, Rosaria: *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*. In: Klip, André (ed.): *Substantive Criminal Law of the European Union*. Maklu Publishers, Antwerp–Apeldoorn–Portland, 2011. p. 236; SIEBER: *Op. cit.* p. 75; ZÖLLER, Mark A.: *Europäische Strafgesetzgebung*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2009. pp. 342-343.

However, within the framework of the *third pillar of the European Union*²⁴, the Treaty of Maastricht declared that the Member States regard – among others – the *fight against fraud on an international scale* as matters of common interest, for the purposes of achieving the objectives of the Union and without prejudice to the powers of the European Community.²⁵ In accordance with the provisions of the Treaty, the Council was empowered to adopt special *third pillar legal instruments* (joint positions, joint actions, conventions and later framework decisions) in this field.²⁶ This opened the way for the EU legislator to adopt *criminal law measures* – within the framework of the third pillar cooperation, in specific sources of law – in respect of the protection of the financial interests for the first time in the history of integration.

Based on the authorization of the Treaty, the Member States of the European Union signed a Convention on the protection of the European Communities' financial interests on the 26th June 1995.²⁷ The so-called *PIF Convention*, which laid down the cornerstones of the coherent and united EU action against criminal offences affecting the financial interests, set out the *definition of fraud affecting the European Communities' financial interests* and required Member States to *criminalize the described conducts* and to impose *effective, proportionate and dissuasive sanctions*.²⁸ Three Additional Protocols were later added to the PIF Convention, which prescribed the sanctioning of other criminal offences affecting the financial interests of the European Union (corruption and money laundering) and regulated the responsibility of legal persons.²⁹ The PIF Convention and its Additional Protocols were undoubtedly important steps in the fight against illegal offences detrimental to the Union's financial interests, since they were the first documents which explicitly provided for criminal sanctions for crimes affecting the EU budget. However, due to *prolonged ratification* and the *incomplete or inadequate transposition* of the PIF instruments by Member States³⁰, they could not be able to contribute sufficiently to the harmonization of criminal justice systems of the Member States and therefore they could little provide for a more effective protection of the financial interests of the EU.³¹

2. The protection of the financial interests of the EU in the Treaty of Lisbon

The *Treaty of Lisbon* entered into force in 2009 was an important milestone in the development of the European criminal integration as well as in the history of the protection of the financial interests of the European Union. The Treaty of Lisbon *abolished the pillar system*, as a result of which the former third pillar has disappeared and the judicial cooperation in

²⁴ Cooperation in the fields of Justice and Home Affairs.

²⁵ Point 5 of Article K.1 of the EU-Treaty.

²⁶ Article 3(2) of the EU-Treaty.

²⁷ Council Act of 26 July 1995 drawing up the Convention on the protection of the European Communities' financial interests [OJ C 316, 27.11.1995, pp. 48-57.] (hereinafter referred to as: PIF Convention)

²⁸ It also has to be mentioned that parallel with the PIF Convention, the European Union also adopted a Regulation which contains the administrative means of the protection of the financial interests. See: Council Regulation (EC, Euratom) No 2988/95 of 18 December 1995 on the protection of the European Communities financial interests [OJ L 312, 23.12.1995, pp. 1-4.].

²⁹ Council Act of 27 September 1996 drawing up a Protocol to the Convention on the protection of the European Communities' financial interests [OJ C 313, 23.10.1996, pp. 1-11.]; Council Act of 29 November 1996 drawing up, on the basis of Article K.3 of the Treaty on European Union, the Protocol on the interpretation, by way of preliminary rulings, by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests [OJ C 151, 20.5.1997, pp. 1-14.]; Council Act of 19 June 1997 drawing up the Second Protocol of the Convention on the protection of the European Communities' financial interests [OJ C 221, 19.7.1997, pp. 11-22.].

³⁰ See: Report from the Commission: Implementation by Member States of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols [COM(2004) 709, 25.10.2004.]; Second Report from the Commission: Implementation by Member States of the Convention on the Protection of the European Communities' financial interests and its protocols [COM(2008) 77, 14.2.2008.].

³¹ See: JACSÓ: *Op. cit.* (2012) p. 68; ROSENAU: *Op. cit.* p. 10.

criminal matters of the European Union has become an *independent, homogeneous, supranational policy*.³²

The Treaty of Lisbon empowered the European Union with *broad legislative competences in the field of criminal law and of the protection of the financial interests* and enabled the adoption of the *traditional secondary sources of law* (regulations and directives). This was a significant step forward, since – contrary to the previous third pillar legal acts, like the PIF Convention – the Union now has effective tools to *monitor the implementation* of regulations and directives and to *sanction Member States* which fail to comply to implement or infringe the adopted EU legal acts.³³

The criminal law competences of the European Union under the Treaty of Lisbon which can be used for the protection of the financial interests can be divided into four categories.³⁴

1. The *legal harmonization competence* of Article 83(1) TFEU enables the European Union to establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of *particularly serious crime with a cross-border dimension*. For the use of the Union's legal harmonization competence two cumulative criteria are required to be met: the *particular seriousness* and the *cross-border dimension* of the crime, which is defined by three alternative requirements: the nature of the crime, the impact of the offence, or the special need to combat the area of crime on a common basis.³⁵ The ten so-called '*eurocrimes*' are listed in the Treaty: 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. However, the Treaty does not contain an exhaustive enumeration, because on the basis of developments in crime *additional areas of crime* which fulfil the general requirements can be added to the list.³⁶
2. Article 83(2) TFEU provides the Union a mean to ensure the effective implementation of other Union policies through criminal law measures. Based on this *ancillary legal harmonization competence*, the EU can adopt criminal law measures if they are *essential to ensure the effective implementation of a Union policy*. For the application of this competence two requirements have to be fulfilled. On the one hand, there is a *need for previous harmonization measures* in the policy area which the Union legislator intends to criminalize, which means that the criminal harmonization presupposes that other harmonized (non-criminal) rules already exist in the area concerned.³⁷ On the other hand, the criminal sanctions have to be *essential for the effective implementation of the aforementioned harmonized Union policy*, which demands the Union legislator to prove that the current enforcement regime cannot achieve effective implementation of the policy concerned, that criminal law is more efficient than the existing less restrictive measures to achieve the pursued objective and that the disadvantages caused by criminal law are

³² SATZGER, Helmut: *Institutionelle Grundlagen*. In: Sieber, Ulrich – Satzger, Helmut – von Heintschel-Heinegg, Bernd (ed.): *Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014. p. 98.

³³ See: Articles 258-260 TFEU.

³⁴ See in details: UDVARHELYI, Bence: *Criminal law competences of the European Union before and after the Treaty of Lisbon*. European Integration Studies, Vol. 11/1, 2015. pp. 53-59; UDVARHELYI, Bence: *Az Európai Unió anyagi büntetőjoga a Lisszaboni Szerződés után*. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2019. pp. 117-133, 143-161.

³⁵ See in details: ASP, Petter: *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*. Jure Bokhandel, Stockholm, 2012. pp. 86-87; DORRA, Fabian: *Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union. Eine Gegenüberstellung der Kompetenzlage vor und nach dem Vertrag von Lissabon*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013. pp. 195-200; SIMON, Perrine: *The Criminalisation Power of the European Union after Lisbon and the Principle of Democratic Legitimacy*. New Journal of European Criminal Law, Vol. 3/3-4, 2012. pp. 247-248.

³⁶ See: DORRA: *Op. cit.* pp. 214-215; JACSÓ: *Op. cit.* (2017) pp. 66-67; SAFFERLING: *Op. cit.* p. 414.

³⁷ ASP: *Op. cit.* p. 133.

not disproportionate in relation to the objective of ensuring the effective implementation of a Union policy.³⁸

3. Article 325 TFEU focuses directly to the protection of the financial interests of the EU. It obliges the Union and the Member States to *counter fraud and any other illegal activities* affecting the financial interests through *deterrent and effective measures* and it allows the EU legislator to adopt all *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 institutions, bodies, offices and agencies. This provision enables the adoption of *directly applicable, supranational criminal law measures* in this field.³⁹
4. Article 86 TFEU provides the legal basis for the establishment of the *European Public Prosecutor's Office*. The European Public Prosecutor's Office is intended to be an *independent supranational prosecution authority* which will be responsible for investigating, prosecuting and bringing to judgment the perpetrators of, and accomplices in, offences against the Union's financial interests, and will exercise the functions of prosecutor in the competent courts of the Member States in relation to such offences as well. The scope of competence of the European Public Prosecutor's Office is therefore limited to the *criminal offences against the financial interests of the EU*, however, the European Council is entitled to extend the powers of the Prosecutor's Office to other *serious crimes having a cross-border dimension*.

After the Treaty of Lisbon, based on the aforementioned criminal law competences, an *intensive criminal legislation* began in the field of the criminal law protection of the financial interests of the European Union, as a result of which two important legal acts were adopted: the *Directive on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law*⁴⁰ and the *Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office*⁴¹. The PIF Directive contains the substantive criminal law provisions in connection with the fight against fraud, while the EPPO Regulation – which is not discussed in details within the framework of this paper – provides for the procedural side of the protection of the financial interests of the European Union.

III. DIRECTIVE ON THE FIGHT AGAINST FRAUD TO THE UNION'S FINANCIAL INTERESTS BY MEANS OF CRIMINAL LAW

The PIF Directive aims to establish *minimum rules* concerning the *definition of criminal offences and sanctions* with regard to *combatting fraud and other illegal activities affecting the Union's financial interests*, with a view to *strengthening protection* against criminal offences which affect those financial interests, in line with the *acquis* of the Union in this field.⁴² In order to achieve this objective, the Directive *defines the criminal offences* of fraud affecting the

³⁸ ÖBERG, Jacob: *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 19/4, 2011. pp. 290-293.

³⁹ See for example: AMBOS: *Op. cit.* pp. 447-448; HECKER, Bernd: *Europäisches Strafrecht*. Springer Verlag, Berlin–Heidelberg, 2012. p. 493; SAFFERLING: *Op. cit.*, p. 409; SATZGER, Helmut: *Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht – Völkerstrafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016. pp. 119-120; SICURELLA: *Op. cit.* pp. 236-237.

⁴⁰ 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, pp. 29-41] (hereinafter referred to as: PIF Directive).

⁴¹ Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office [OJ L 283, 31.10.2017, pp. 1-71] (hereinafter referred to as: EPPO Regulation)

⁴² Article 1 of the PIF Directive.

Union's financial interests⁴³ and other criminal offences affecting financial interests (active and passive corruption, money laundering and misappropriation).⁴⁴ The Directive obliges the Member States to *criminalize the described conducts* and punish them with *effective, proportionate and dissuasive criminal sanctions*. In the most serious cases, the Directive also prescribes the *minimum amount of the maximum penalty* the Member States are required to prescribe. It means that the aforementioned criminal offences have to be punishable by a maximum penalty of at least *four years of imprisonment* when they involve considerable damage or advantage, which involves more than EUR 100.000. However, the Member States may provide for *sanctions other than criminal sanctions*, where the criminal offence involves damage or an advantage of less than EUR 10.000.⁴⁵ Furthermore, the Directive regulates the *liability of legal persons*⁴⁶, the question of *jurisdiction*⁴⁷ and the *limitation period* for the aforementioned criminal offences.⁴⁸

As it can be seen, the PIF Directive aims the *harmonize the criminal law systems of the Member States* in connection with the criminal offences and sanctions relating the crimes affecting the Union's financial interests. This objective is also stressed by the Preamble of the PIF Directive, according to which Member States should provide for certain types and levels of sanctions when the criminal offences defined in the Directive are committed in order to *ensure equivalent protection of the Union's financial interests throughout the Union* by means of measures which should act as a deterrent.⁴⁹ However, if the provisions of the PIF Directive are analysed in details, it can be seen that the aim of the unified and equivalent protection of the financial interests of the European Union cannot completely be achieved.⁵⁰ This fact follows both from the legal basis and from the content of the Directive.

1. The legal basis of the PIF Directive

The *European Commission* originally initiated to adopt the PIF Directive based on the legal competence of *Article 325(4) TFEU*. According to the justification of the Commission, *Article 325 TFEU* confers upon the Union strong powers to adopt '*measures*' which '*act as a deterrent*' and '*afford effective*' and '*equivalent protection*', which comprises by nature, and historically a criminal law dimension. Criminal law is needed in order to have a preventive effect in this area, where the threat of criminal law sanctions and their effect on the reputation of the potential perpetrators, can be presumed to act as a strong disincentive to commit the illegal act in the first place. *Article 325 TFEU* therefore includes the *power to enact criminal law provisions* in the context of the protection of Union's financial interests against all angles of illegal attacks.⁵¹

⁴³ Under Article 2(1)(a) of the PIF Directive, the definition of the Union's financial interests' means all revenues, expenditure and assets covered by, acquired through, or due to the Union budget; or the budgets of the Union institutions, bodies, offices and agencies established pursuant to the Treaties or budgets directly or indirectly managed and monitored by them.

⁴⁴ Articles 3-4 of the PIF Directive.

⁴⁵ Article 7 of the PIF Directive.

⁴⁶ Article 6 and 9 of the PIF Directive.

⁴⁷ Article 11 of the PIF Directive.

⁴⁸ Article 12 of the PIF Directive.

⁴⁹ Preamble (15) of the PIF Directive.

⁵⁰ See: MADAI, Sándor: *Nem csalás, de ámtítás? Dogmatikai megjegyzések a PIF Irányelvhez*. Miskolci Jogi Szemle, 2019/2. különszám, 2. kötet, pp. 133-136.

⁵¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [COM(2012) 363, 11.7.2012.].

During the negotiation process of the PIF Directive, however, the legal basis was modified to *Article 83(2) TFEU* by the *Council*⁵² and the *European Parliament*⁵³. According to the *Opinion of the Legal Service of the Council*, the legal basis in *Article 325(4) TFEU* could not be interpreted widely as to cover also harmonisation of criminal offences and sanctions. According to the CLS, a legislative proposal that aims at '*defining criminal offences and sanctions*' in connection with fraud and other illegal activities affecting the Union's financial interests cannot eschew *Article 83(2) TFEU* as a legal basis in favour of a provision such as *Article 325(4) TFEU*. The legal basis in *Article 83(2) TFEU* aims to tackle all cases where the EU legislature needs to harmonise the definition of criminal offences and sanctions in order to make other – non-criminal law – EU harmonised measures more effective. Therefore, the approximation of criminal law through the definition of criminal offences and sanctions for the purposes of effective implementation of other non-criminal Union policies is to be made under *Article 83(2) TFEU*.⁵⁴

Apart from the theoretical debates⁵⁵ in connection with the adequate legal basis for the protection of the financial interests of the European Union, the modification of the legal basis of the PIF Directive had several practical consequences as well. It can be stated that the legal basis of *Article 83 TFEU* could provide for a *much lesser unified protection of the financial interests of the European Union* than a legal act adopted based on *Article 325*, since there are several important differences between the two legal provisions.

1. *Directive or regulation?* Firstly, the legal acts adopted under *Article 83 TFEU* can only be *directives*. Directive is a legal instrument which is binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods.⁵⁶ It means that a directive has to be implemented into the national legal systems of the Member States. It can clearly be seen, that the directive only provides a framework which the Member States can transplant differently based on their national concepts and traditions. Therefore, due to the implementation requirement, a directive cannot completely eliminate the differences of the legal regulation of the Member States. However, the Union legislative competence under *Article 325 TFEU* is not restricted to directives, but the Treaty provides the possibility to adopt all necessary measures in order to fight against criminal offences affecting the financial interests of the EU. As a result of this, the Union is entitled to adopt not only directives, but *regulations* as well, which have general application, are binding in its entirety and are directly applicable in all Member States.⁵⁷ Therefore *Article 325 TFEU* enables the EU legislator to adopt *directly applicable, supranational criminal law*

⁵² See: General approach of the Council (Justice and Home Affairs) on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [10729/13, 10.6.2013]; Position of the Council at first reading of 25 April 2017 with a view to the adoption of a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [6182/1/17, REV 1, 25.4.2017].

⁵³ See: European Parliament legislative resolution of 16 April 2014 on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [C7-0192/2012, 06.4.2012].

⁵⁴ Opinion of the Legal Service on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the fight against fraud to the Union's financial interests by means of criminal law [15309/12, 22.10.2012].

⁵⁵ See for example: DI FRANCESCO MAESA, Costanza: *Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?* European Papers, 3/2018. pp. 1457-1461; DORRA: *Op. cit.* pp. 278-289; JUSZCZAK-SASON: *Op. cit.* pp. 80-82; KRÜGER, Matthias: *Unmittelbare EU-Strafkompetenzen aus Sicht des deutschen Strafrechts. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 7/2012. pp. 311-317; STURIES, Jonas: *Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze? Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 6/2012. pp. 273-288; UDVARHELYI: *Op. cit.* (2019) pp. 149-158.

⁵⁶ *Article 288 TFEU*.

⁵⁷ *Article 288 TFEU*.

norms which can serve not only as the harmonization but also as the unification of the national criminal laws of the Member States.

2. *Minimum harmonization or unification?* Secondly, Article 83 TFEU only prescribes the adoption of *minimum rules* with regard to the definition of criminal offences and sanctions. It means that this legal provision only provides for *minimum harmonization*, whereby the Member States are free to adopt or maintain more stringent rules for criminal offences affecting the Union's financial interests.⁵⁸ The provision of Article 325 TFEU does not contain such restriction, due to which – as it was stated before – the EU legislation can not only harmonize but to *unify the legal system of the Member States*.
3. *Possibilities for opt-out or unified regulation in all Member States?* Thirdly, the specialities of the regulation of Article 83 TFEU enables several Member States not to participate in the adopted directive. On the one hand, *Article 83(3) TFEU* provides for a special '*emergency brake*' procedure, which enables the suspension of the ordinary legislative procedure if a Member State considers that the directive *affects fundamental aspects of its criminal justice system*. In this case the Member State concerned is entitled not to participate in the directive which it considered as problematic from the point of view of its fundamental criminal law principles. On the other hand, there are Member States which either *do not participate* in the adoption of the criminal law measures pursuant to Article 83 TFEU (Denmark) or have an *opting-in position* (the United Kingdom and Ireland).⁵⁹ Consequently, due to the emergency brake rule and the opt-out possibilities, if a legislative proposal is adopted on the basis of Article 83 TFEU, it is likely that it would not apply to every Member States. In relation of Article 325 TFEU these restrictions do not apply, as a consequence of which a legal act adopted under this legal basis can be legally binding to all Member States.

Therefore, it can be concluded that Article 325 TFEU could ensure a *more unified protection of the financial interests of the European Union*, while Article 83 TFEU contains special provision which aims to *protect the sovereignty and the different legal systems and traditions of the Member States*.

2. The provisions of the PIF Directive

Apart from its legal basis, the regulation of the PIF Directive also contains several elements, because of which the Directive cannot really contribute in the unified protection of the financial interests of the European Union. The reason of these provisions is mostly the *minimum harmonization method* of the PIF Directive.

As it was already mentioned, the PIF Directive defines the element of the criminal offences of fraud and other delicts affecting financial interests as well as the sanctions which can be imposed on the perpetrator of the aforementioned crimes. However, due to the fact that the Member States are entitled to maintain stricter rules, they are free to *criminalize other conducts*, *prescribe other elements of the crimes* which are not regulated in the Directive or *define higher level of sanctions*. This speciality of the Directive can result that differences still remain in the regulation of the criminal offences concerned in the Member States. Hereinafter, the paper cites some examples from these provisions of the PIF Directive.

2.1. Regulation of the criminal offences

The PIF Directive requires the Member States to take the necessary measures to ensure that the described conducts *constitute a criminal offence*, however, only if these are committed

⁵⁸ See: Preamble (16) of the PIF Directive.

⁵⁹ See: Protocol No. 21 on the position of the United Kingdom and Ireland in respect of the area of freedom, security and justice and Protocol No. 22 on the position of Denmark.

intentionally.⁶⁰ However, the Member States are free to decide to criminalize the offences when they are committed *recklessly* or by *serious negligence*. As a result of this, it can happen that only intentional fraud, corruption, money laundering or misappropriation is punishable in one part of the Member States, while these criminal offences or at least some of them are also criminalized in the other part of the States, if they are committed negligently or recklessly.

In connection with the criminal offence of fraud, the PIF Directive distinguishes between procurement-related and non-procurement related expenditure. However, relating to the *procurement-related expenditures*, the Directive criminalized the described conducts '*at least*' when they are committed in order to *make an unlawful gain for the perpetrator or another by causing a loss to the Union's financial interests*.⁶¹ In this case, it is not sufficient that the perpetrator aimed at obtaining an advantage, damage needs to be caused in addition with it.⁶² However, Member States can decide to prescribe stricter regulation and penalize these conducts in the absence of the aforementioned conditions as well. Therefore, the protection of the procurement-related expenditures may vary in the territory of the European Union.

Another example for the failure of the complete unification of the criminal offences is the highly debated⁶³ issue of the *VAT-fraud*. Based on the compromise reached by the EU institutions, in connection of these offences the PIF Directive applies only in cases of *serious offences against the common VAT system*, which means that the criminal offence has to be connected with the *territory of two or more Member States* of the Union and involve a *total damage of at least EUR 10.000.000*.⁶⁴ The VAT-fraud cases which do not meet the aforementioned criteria remain within the regulatory competence of the Member States, which can lead to the survival of the diverse national regulations. The limited scope of application in connection with VAT-fraud therefore significantly weakens the added value of the PIF Directive.⁶⁵

In connection with VAT-fraud, it is also important to highlight that the Court of Justice of the European Union also expressed that the fight against VAT-fraud falls within the scope of competence of the European Union. According to the CJEU, there is a direct link between, on the one hand, the collection of VAT revenue in compliance with the Community law applicable and, on the other, the availability to the Community budget of the corresponding VAT resources, since any lacuna in the collection of the first potentially causes a reduction in the second. It results that any reduction in VAT resources must be offset by means of a reduction in expenditure or an increase in GNI-based own resources, which is likely to affect the general equilibrium of the system of own resources intended to cover Community expenditure.⁶⁶ In the *Taricco* case, the CJEU also stated that criminal penalties are essential to combat certain serious cases of VAT evasion in an effective and dissuasive manner and that the definition of fraud in the PIF Directive covers revenue derived from applying a uniform rate to the harmonised VAT assessment bases determined according to EU rules.⁶⁷

⁶⁰ Articles 3-4 of the PIF Directive.

⁶¹ Article 3(2)(b) of the PIF Directive.

⁶² JUSZCZAK-SASON: *Op. cit.* p. 82.

⁶³ See in details for example: DI FRANCESCO MAESA: *Op. cit.* pp. 1461-1463; JACSÓ, Judit – UDVARHELYI, Bence: *Új irányelv az uniós csalások elleni büntetőjogi védelemről*. Magyar Jog, 2018/6. pp. 331-332; JUSZCZAK-SASON: *Op. cit.* pp. 82-83; KAIAFA-GBANDI, Maria: *The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 12/2018. pp. 576-578.

⁶⁴ Article 2(2) of the PIF Directive.

⁶⁵ See: DI FRANCESCO MAESA: *Op. cit.* p. 1462.

⁶⁶ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 15 November 2011 in Case C-539/09 *European Commission v Federal Republic of Germany*, ECR I-11235, paras 72 and 76. See also: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 26 February 2013 in Case C-617/10 *Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, published in the electronic Reports of Cases, para 26;

⁶⁷ Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2015 in Case C-105/14 *Criminal proceedings against Ivo Taricco and Others*, published in the electronic Reports of Cases, paras 38-41. See also: Judgment of the Court (Grand Chamber)

2.2. Incitement, aiding, abetting and attempt

According to the PIF Directive, the Member States are obliged to take the necessary measures to ensure that *inciting, aiding and abetting the commission* of as well as the *attempt to commit* any of the aforementioned criminal offences are *punishable as criminal offences*.⁶⁸

However, the Directive fails to give a definition of the incitement, aiding and abetting and attempt. In the absence of common autonomous EU definitions, the own and possibly different national criminal law regulations of the Member States have to be applied to these concepts. As result of the fundamentally different dogmatic approaches of the Member States relating to the stages of perpetration and the accessory perpetrators, the same act could be considered punishable in one State while it could remain unpunished in another State.⁶⁹

2.3. Regulation of the criminal sanctions

The *minimum harmonization regulation method* can clearly be observed in the provisions of the PIF Directive relating to the sanctions which also disable the unification and provide the possibility for derogation to the Member States.

As a general rule, the PIF Directive repeats the formula of the ruling of the European Court of Justice in the Greek Maize case, i.e. that the criminal offences have to be punishable by *effective, proportionate and dissuasive criminal sanctions*.⁷⁰ However, this provision does define neither the type, nor the level of the sanctions to be applied, therefore the Directive leave the Member States a *great discretionary power* to prescribe the applicable criminal sanctions.⁷¹

According the PIF Directive, Member States are required to take the necessary measures to ensure that the criminal offences are punishable by a *maximum penalty of at least four years of imprisonment* when they involve *considerable damage or advantage*, i.e. when the damage or advantage involves more than *EUR 100.000* or more than *EUR 10.000.000* in case of revenue arising from VAT own resources.⁷² However, this provision only obliges the Member States *not to prescribe less than four years of imprisonment*, but they are entitled to introduce or maintain stricter penalties (e.g. five, eight or ten years of imprisonment). It can therefore be seen that the minimum harmonization does not eliminate the currently existing diverging sanctioning systems, as a result of which it can easily happen that the same offence is punished by four years of imprisonment in one Member State and by eight years of imprisonment in another Member State.⁷³

Furthermore, the PIF Directive enables the Member States to provide for *sanctions other than criminal sanctions*, where a criminal offence involves a *damage* or an *advantage of less than EUR 10.000*.⁷⁴ This is naturally only a possibility for the Member States; therefore, it can happen that an offence with a damage of less than EUR 10.000 is a criminal offence in one Member States and an administrative offence in another Member State. It can be seen that this provision does not promote the unified protection of the financial interests of the European Union.⁷⁵

of 20 March 2018 in Case C-524/15 *Criminal proceedings against Luca Menci*, published in the electronic Reports of Cases, paras 19-20; Judgment of the Court (Grand Chamber) of 5 December 2017 in Case C-42/17 *Criminal proceedings against M.A.S. and M.B.* published in the electronic Reports of Cases, para 34.

⁶⁸ Article 5 of the PIF Directive

⁶⁹ See: KARSÁI, Krisztina: *External Effects of the European Public Prosecutor's Office Regime*. Miskolci Jogi Szemle, 2019/2. különszám, 1. kötet, p. 465.

⁷⁰ Article 7(1) of the PIF Directive

⁷¹ DI FRANCESCO MAESA: *Op. cit.* p. 1464.

⁷² Article 7(3) of the PIF Directive.

⁷³ DI FRANCESCO MAESA: *Op. cit.* p. 1465.

⁷⁴ Article 7(4) of the PIF Directive.

⁷⁵ See: MADAI: *Op. cit.* (2019) pp. 133-135.

2.4. The limitation period

The PIF Directive contains regulations in connection with the *limitation period* for the criminal offences affecting the Union's financial interests. According to the Directive, the Member States are required take the necessary measures to provide for a limitation period that enables the investigation, prosecution, trial and judicial decision of the criminal offences affecting the financial interests for a *sufficient period of time* after the commission of the offences, in order for those criminal offences to be tackled effectively. In case of *serious criminal offences*, which are punishable by a maximum sanction of at least four years of imprisonment, the *limitation period has to be at least five years* from the time when the offence was committed. However, the Member States can establish a *shorter limitation period*, which must not be shorter than *three years*, provided that the period may be interrupted or suspended in the event of specified acts.⁷⁶

As it can be seen from these provisions, the approximation of the limitation period for the criminal offences affecting the financial interests of the European Union is also partial and the regulation of the PIF Directive does not provide for a complete unification of the national laws of the Member States.⁷⁷ On the one hand, the Directive only *define the length of the limitation period in connection with the serious criminal offences* punishable with at least four years of imprisonment. For the less serious offences, the Directive only obliges the Member States to prescribe *sufficient period of time*, which means that the Member States have *absolute discretionary power* to decide on the length of the limitation period. On the other hand, even in connection with the most serious criminal offences, the PIF Directive only specify a *minimum limitation period* of five – or under certain circumstances three – years, which does not prevent the Member States to maintain stricter rules and to define longer limitation periods.

3. The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office

Although the paper does not aim to analyse the European Public Prosecutor's Office in details, it is important to draw the attention to one of the most important features of the EPPO Regulation, since it has direct connection with the PIF Directive and it can also be regarded as an obstacle of the unified protection of the financial interests of the European Union. This crucial point of the EPPO Regulation is the provision relating to the *material competence of the European Public Prosecutor's Office*.

According to the EPPO Regulation and in line with Article 86(2) TFEU, the European Public Prosecutor's Office shall be competent in respect of the *criminal offences affecting the financial interests of the Union* that are provided for in the PIF Directive as implemented by national law. It means that the competence of the EPPO covers the criminal offences defined in the PIF Directive, i.e. *fraud affecting the Union's financial interests*⁷⁸, *money laundering*, *active and passive corruption* and *misappropriation*, irrespective of whether the same criminal conduct could be classified as another type of offence under national law.⁷⁹ It can therefore be seen that the *EPPO Regulation refers back to the PIF Directive and to its implementation by the Member States*. The competence of the European Public Prosecutor's Office is therefore bound to the

⁷⁶ Article 12 of the PIF Directive.

⁷⁷ The differences in the national criminal law regulations of the Member States relating to the limitation period can have negative effect according to the Court of Justice of the European Union, when the expiration of the – not sufficiently long limitation period results the de facto impunity of the perpetrators of the criminal offences affecting the financial interests of the European Union. In this case, according to the relevant ruling of the CJEU, the Member State violates its obligations to effectively protect the financial interests of the European Union based on Article 325 TFEU. See: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2015 in Case C-105/14 *Criminal proceedings against Ivo Taricco and Others*, published in the electronic Reports of Cases.

⁷⁸ However, in accordance with the provisions of the PIF Directive, Article 22(1) of the EPPO Regulation states that the EPPO can only be competent as regards VAT-fraud when it is connected with the territory of two or more Member States and involves a total damage of at least EUR 10 million.

⁷⁹ Article 22(1) of the EPPO Regulation.

national implementation of the PIF Directive. This means that the European Public Prosecutor's Office also cannot provide for a unified criminal protection since the offences falling in its competence – as it could be seen – are also different based on the national implementation of the PIF Directive. Although the EU legislator intended to establish a supranational law enforcement body which can combat against criminal offences affecting the financial interests of the European Union unitedly in the whole territory of the EU, the *homogenous and unified substantive and procedural criminal rules are still missing*.⁸⁰

IV. CONCLUDING REMARKS

According to our point of view, the protection of the financial interests of the European Union can only be effective if the *substantive criminal laws as well as the criminal procedure rules* of the Member States are *totally harmonized and unified*. In the absence of the uniform definition of criminal offences and uniform level of sanctions, the risk of the non-homogenous protection of the financial interests of the European Union and the hazard of the forum shopping remains high.⁸¹ Homogenous substantive and procedural rules are therefore needed for the effective fight against fraud and other criminal offences against the financial interests of the European Union.

Although the PIF Directive can be regarded as a *significant improvement* in the field of the protection of the financial interests of the European Union, it is obvious that it cannot fully comply with the abovementioned requirement. Both the type of the legal act of the PIF Directive and its minimum harmonization regulation method make it unable to provide for a unified protection of the financial interests of the EU in the Member States. Even if the PIF Directive was fully and correctly implemented by the Member States, differences in the criminal law regulation of the Member States would possibly still remained.

Naturally, the unification of the criminal system of the Member States is currently not the reality, since the Member States still do not want to give up their national sovereignty in this field. However, in order to ensure the effective protection of its financial interests, the European Union has to find a *proper balance* between the two competing legal interests: the *protection of the national sovereignty and the criminal law systems of the Member States* and the *unified protection of the protection of the financial interests of the European Union*.

KEYWORDS

Protection of the financial interests of the European Union, Treaty of Lisbon, EU-fraud, PIF Directive, EPPO Regulation, European Public Prosecutor's Office

KEÚČOVÉ SLOVÁ

Ochrana finančných záujmov Európskej únie, Lisabonská zmluva, podvody, smernica PIF, nariadenie EPPO, Európska prokuratúra,

BIBLIOGRAPHY

1. ALBRECHT, Hans-Jörg: *A büntetőjog európaizálása és a belső biztonság Európában*. Belügyi Szemle, 2000/3.
2. AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht – Rechtshilfe*. C. H. Beck Juristischer Verlag, München, 2014. <http://dx.doi.org/10.17104/9783406746697>

⁸⁰ BÉKÉS, Ádám – GÉPÉSZ, Tamás: *Az Európai Ügyészség hatásköri szabályozása*. Iustum aequum salutare, 2019/2. pp. 43-46. See also: DI FRANCESCO MAESA: *Op. cit.* pp. 1466-1468; JUSZCZAK-SASON: *Op. cit.* pp. 85-86; VERVAELE, John A. E.: *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?* ERA Forum, Vol. 15/1, 2014. pp. 92-96.

⁸¹ DI FRANCESCO MAESA: *Op. cit.* p. 1463.

3. ASP, Petter: *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*. Jure Bokhandel, Stockholm, 2012.
4. BÉKÉS, Ádám – GÉPÉSZ, Tamás: *Az Európai Ügyészség hatásköri szabályozása*. Iustum aequum salutare, 2019/2.
5. CALLIESS, Christian: *Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon*. Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2010.
6. DI FRANCESCO MAESA, Costanza: *Directive (EU) 2017/1371 on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law: A Missed Goal?* European Papers, 3/2018.
7. DORRA, Fabian: *Strafrechtliche Legislativkompetenzen der Europäischen Union. Eine Gegenüberstellung der Kompetenzlage vor und nach dem Vertrag von Lissabon*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2013. <http://dx.doi.org/10.5771/9783845247519>
8. FARKAS, Ákos: *Büntetőjogi együttműködés az Európai Unióban*. Osiris Kiadó, Budapest, 2001.
9. FARKAS, Ákos: *Egy lehetséges Európai Unió büntetőjog fejlődésének állomásai*. In: Farkas, Ákos (ed.): *Emlékkönyv Kratochwill Ferenc (1933-1993) tiszteletére*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2003.
10. FARKAS, Ákos: *Az OLAF szerepe az EU csalások elleni fellépésében*. In: Farkas, Ákos (ed.): *Az Európai Csalás elleni Hivatal (OLAF) az Európai Unió bünygi együttműködési rendszerében*. KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2005.
11. FROMM, Ingo Erasmus: *Der strafrechtliche Schutz der Finanzinteresse der EG. Die Frage der Einführung einer supranationalen Strafrechtskompetenz durch Artikel 280 IV EGV*. Springer Verlag, Berlin–Heidelberg–New York, 2004.
12. HECKER, Bernd: *Sind die nationalen Grenzen des Strafrechts überwindbar? Die Harmonisierung des materiellen Strafrechts in der Europäischen Union*. Juristische Arbeitsblätter, 8-9/2007.
13. HECKER, Bernd: *Europäisches Strafrecht*. Springer Verlag, Berlin–Heidelberg, 2012. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-30953-3>
14. HILDEBRANDT, Mireille: *European criminal law and European identity*. Criminal Law and Philosophy, Vol. 1/1, 2007. <http://dx.doi.org/10.1007/s11572-006-9006-x>
15. HOLÉ Katalin: *Gondolatok az Európai Ügyészségről*. In: Geller, Balázs (ed.): *Györgyi Kálmán ünnepi kötet*. KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2004.
16. JACSÓ, Judit: *Gondolatok az Európai Unió költségvetésének büntetőjogi védelméről a Lisszaboni Szerződés tükrében*. In: Róth, Erika (ed.): *Tanulmányok Dr.Dr.h.c. Horváth Tibor professor emeritus 85. születésnapja tiszteletére*. Bíbor Kiadó, Miskolc, 2012.
17. JACSÓ, Judit: *Europäisierung des Steuerstrafrechts am Beispiel der gesetzlichen Regelungen in Deutschland, Österreich und Ungarn*. Bíbor Verlag, Miskolc, 2017.
18. JACSÓ, Judit – UDVARHELYI, Bence: *Új irányelv az uniós csalások elleni büntetőjogi védelemről*. Magyar Jog, 2018/6.
19. JUNG, Heike: *'L'Etat et moi': Some Reflections on the Relationship between the Criminal Law and the State*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 6/3, 1998. <https://doi.org/10.1163/15718179820518494>
20. JUSZCZAK, Adam – SASON, Elisa: *The Directive on the Fight against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (PFI Directive). Laying Down the Foundation for a Better Protection of the Union's Financial Interests?* Eucrim – The European Criminal Law Associations' Forum, 2/2017. <https://doi.org/10.30709/eucrim-2017-009>
21. KAIAFA-GBANDI, Maria: *The Commission's Proposal for a Directive on the Fight Against Fraud to the Union's Financial Interests by Means of Criminal Law (COM (2012) 363 final) – An Assessment Based on the Manifesto for a European Criminal Policy*.

- European Criminal Law Review, Vol. 2/3, 2012.
<https://doi.org/10.5235/219174412804816381>
22. KAIAFA-GBANDI, Maria: *The protection of the EU's financial interests by means of criminal law in the context of the Lisbon Treaty and the 2017 Directive (EU 2017/1371) on the fight against fraud to the Union's financial interests*. Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 12/2018. pp. 576-578.
23. KARSAI, Krisztina: *Mozaikkép a közösségi pénzügyi érdekek büntetőjogi védelméről*. Európai Jog, 2002/5.
24. KARSAI, Krisztina: *Az európai büntetőjogi integráció alapkérdései*. KJK-Kerszöv Kiadó, Budapest, 2004.
25. KARSAI, Krisztina: *Az Európai Bíróság szerepe az európai büntetőjog alakításában*. In: Kondorosi, Ferenc – Ligeti, Katalin (ed.): *Az európai büntetőjog kézikönyve*. Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, 2008.
26. KARSAI, Krisztina: *External Effects of the European Public Prosecutor's Office Regime*. Miskolci Jogi Szemle, 2019/2. különszám, 1. kötet <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3468824>
27. KILLMANN, Bernd-Roland – SCHRÖDER, Jens: *Betrugs- und Finanzdelikte (inkl. Steuerstraftaten)*. In: Sieber, Ulrich – Satzger, Helmut – von Heintschel-Heinegg, Bernd (ed.): *Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014.
28. KRÜGER, Matthias: *Unmittelbare EU-Strafkompetenzen aus Sicht des deutschen Strafrechts*. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht, 7/2012.
29. LIGETI, Katalin: *Strafrecht und strafrechtliche Zusammenarbeit in der Europäischen Union*. Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2005. <http://dx.doi.org/10.3790/978-3-428-51663-6>
30. MADAI, Sándor: *Gondolatok az Európai Közösségek pénzügyi érdekeinek megsértéséről*. Rendészeti Szemle, 2010/2.
31. MADAI, Sándor: *Nem csalás, de ámtás? Dogmatikai megjegyzések a PIF Irányelvhez*. Miskolci Jogi Szemle, 2019/2. különszám, 2. kötet
32. MURAWSKA, Agnieszka Aleksandra: *Administrative Anti-Fraud Measures within the European Union. Necessity and Means*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008. <https://doi.org/10.5771/9783845206615>
33. ÖBERG, Jacob: *Union Regulatory Criminal Law Competence after Lisbon Treaty*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 19/4, 2011. <https://doi.org/10.1163/157181711x587783>
34. RASNER, Andreas: *Erforderlichkeit, Legitimität und Umsetzbarkeit des Corpus Juris Florenz*. Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 2005. <http://dx.doi.org/10.3790/978-3-428-51648-3>
35. ROSENAU, Henning: *Zur Europäisierung im Strafrecht. Vom Schutz finanzieller Interessen der EG zu einem gemeineuropäischen Strafgesetzbuch?* Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 1/2008.
36. SAFFERLING, Christoph: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht*. Springer Verlag, Heidelberg–Dordrecht–London–New York, 2011. <http://dx.doi.org/10.1007/978-3-642-14914-6>
37. SATZGER, Helmut: *Das Strafrecht als Gegenstand europäischer Gesetzgebungstätigkeit*. Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 1/2008. <http://dx.doi.org/10.5771/2193-7869-2008-1-17>
38. SATZGER, Helmut: *Institutionelle Grundlagen*. In: Sieber, Ulrich – Satzger, Helmut – von Heintschel-Heinegg, Bernd (ed.): *Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014.

39. SATZGER, Helmut: *Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht – Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht – Völkerstrafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2016. <http://dx.doi.org/10.5771/9783845281933>
40. SICURELLA, Rosaria: *Some reflections on the need for a general theory of the competence of the European Union in criminal law*. In: Klip, André (ed.): *Substantive Criminal Law of the European Union*. Maklu Publishers, Antwerp–Apeldoorn–Portland, 2011.
41. SIEBER, Ulrich: *Einführung: Entwicklung, Ziele und Probleme des Europäischen Strafrechts*. In: Sieber, Ulrich – Satzger, Helmut – v. Heintschel-Heinegg, Bernd (ed.): *Europäisches Strafrecht*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2014.
42. SIEBERT, Thomas: *The European Fight against Fraud – The Community's Competence to Enact Criminal Laws and its Power to Approximate National Criminal Law by Directives*. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 16/1, 2008. <https://doi.org/10.1163/092895608x272598>
43. SIMON, Perrine: *The Criminalisation Power of the European Union after Lisbon and the Principle of Democratic Legitimacy*. *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 3/3-4, 2012. <http://dx.doi.org/10.1177/203228441200300303>
44. STURIES, Jonas: *Ermächtigt der Vertrag von Lissabon wirklich zum Erlass supranationaler Wirtschaftsstrafgesetze? Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, 6/2012.
45. TIEGS, Heiko W. A.: *Betrugsbekämpfung in der Europäischen Gemeinschaft. Eine Bestandsaufnahme des englischen und deutschen Strafrechts zum Schutz der EG-Finanzinteressen*. Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2006.
46. UDVARHELYI, Bence: *Criminal law competences of the European Union before and after the Treaty of Lisbon*. *European Integration Studies*, Vol. 11/1, 2015.
47. UDVARHELYI, Bence: *Az Európai Unió anyagi büntetőjoga a Lisszaboni Szerződés után*. Patrocínium Kiadó, Budapest, 2019.
48. VERVAELE, John A. E.: *The material scope of competence of the European Public Prosecutor's Office: Lex incerta and unpraevia?* *ERA Forum*, Vol. 15/1, 2014. <https://doi.org/10.1007/s12027-014-0338-z>
49. WILLIAMS, Aled: *Fighting fraud in the EU: a note on icebergs and evidence*. *ERA Forum*, Vol. 14/2, 2013. <https://doi.org/10.1007/s12027-013-0302-3>
50. ZÖLLER, Mark A.: *Europäische Strafgesetzgebung*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2009.

CONTACT DETAILS OF THE AUTHOR

Dr. Bence Udvarhelyi PhD

Assistant Lecturer

University of Miskolc, Faculty of Law

Institute of European and International Law

3515. Miskolc-Egyetemváros, Hungary

E-mail: jogbence@uni-miskolc.hu

RECENZIA / REVIEW

SLEZÁKOVÁ, A., ŠIMONOVÁ, J., JEDINÁK, P. a kol.:
ZÁKON O FINANČNOM SPROSTREDKOVANÍ
A FINANČNOM PORADENSTVE. KOMENTÁR.
(vydanie prvé)

Bratislava: Wolters Kluwer SR, 2020,
ISBN: 978-80-571-0193-2, s. 496.

<https://doi.org/10.33542/SIC2021-1-10>

Autorský kolektív v zložení JUDr. Andrea Slezáková, PhD., LL.M., doc. JUDr. Mgr. Jana Šimonová, PhD., JUDr. Peter Jedinák, LL.M., JUDr. Peter Mikloš, JUDr. Hana Magurová, PhD., LL.M., JUDr. Ing. Martin Winkler, PhD., JUDr. Peter Slezák, Mgr. Adam Nádaský a JUDr. Ing. Zuzana Turčanová vytvoril komentár k zákonu č. 186/2009 Z. z. o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve“).

Doposiaľ na slovenskom knižnom trhu absentoval komentár k predmetnému normatívnemu právnomu aktu a vzhľadom na početnosť subjektov vykonávajúcich finančné sprostredkovanie možno hodnotiť kladne, že sa do splnenia náročnej úlohy priblíženia predmetnej matérie „pustili“ autori pôsobiaci v praxi a v akademickom prostredí. Voľba zloženia autorského kolektívu vychádzala zo spolupráce pri tvorbe diela Slezáková, A. Mikloš, P. a kol.: Zákon o dohľade nad finančným trhom. Komentár, ktorý získal Prémium za vedeckú a odbornú literatúru za rok 2018 v kategórii spoločenských vied udelenú Literárnym fondom.

Pred nadobudnutím účinnosti zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve bola právna úprava činnosti finančných agentov a finančných poradcov obsiahnutá vo viacerých osobitných právnych predpisoch a niektoré oblasti neboli reglementované finančnoprávnymi normami vôbec. Cieľom integrácie právnej úpravy „pod strechu“ jedného právneho predpisu, bolo odstránenie rozdielností, ktoré existovali v osobitných zákonoch a taktiež pokrytie oblastí trhu, ktoré neboli vôbec regulované. Nadobudnutím účinnosti zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve bola do praxe uvedená myšlienka rovnakých podmienok pre vykonávanie činnosti finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, a to v sektoroch poistenia alebo zaistenia, kapitálového trhu, prijímania vkladov, poskytovania úverov, spotrebiteľských úverov a úverov na bývanie, doplnkového dôchodkového sporenia a starobného dôchodkového sporenia.

Komentár k prvej časti zákona o finančnom sprostredkovaní sa venuje genéze vzniku regulácie finančného sprostredkovania a finančného poradenstva, ako aj pozitívnemu a negatívnemu vymedzeniu predmetu právnej úpravy. Ako správne konštatuje JUDr. Peter Jedinák, LL.M., pri negatívnom vymedzení ide predovšetkým o tzv. priamu distribúciu, priamy predaj finančných služieb danej finančnej inštitúcie prostredníctvom jej vlastných zamestnancov a tiež poskytovanie poradenstva prostredníctvom vlastných zamestnancov vo vzťahu k vlastným finančným službám.

V druhej časti komentára sa zaoberá autorka JUDr. Hana Magurová, PhD., LL.M. reguláciou registra finančných agentov, finančných poradcov, finančných sprostredkovateľov z iného

členského štátu v sektore poistenia alebo zaistenia a finančných sprostredkovateľov z iného členského štátu v oblasti poskytovania úverov na bývanie

Tretia časť komentára sa zameriava na podmienky vykonávania finančného sprostredkovania a finančného poradenstva. JUDr. Andrea Slezáková, PhD., LL.M. venuje pozornosť udelenie povolenia na vykonávanie činnosti samostatného finančného agenta/finančného poradcu. Cezhraničné poskytovanie služieb analyzuje doc. JUDr. Mgr. Jana Šimonová, PhD., ktorá korektne uvádza, že povinnosťou členských štátov je v súlade s jednotným vnútorným trhom zabezpečiť, aby každý finančný sprostredkovateľ v sektore poistenia alebo zaistenia (tzn. finančný agent alebo finančný poradca) s trvalým pobytom alebo sídlom na území Slovenskej republiky, ktorý zamýšľa uplatniť svoju slobodu usadiť sa zriadením pobočky alebo stáleho zastúpenia na území iného členského štátu a splňa zákonom stanovené náležitosti, tak mohol zrealizovať.

Štvrtá časť, ktorú možno z hľadiska dôležitosti pre prax považovať za najpodstatnejšiu, sa zameriava na právnu úpravu pravidiel činnosti vo vzťahu ku klientom. Za mimoriadny prínos publikácie možno považovať komentár k ustanoveniu §37 zákona o finančnom sprostredkovaní a finančnom poradenstve, v ktorom autor Mgr. Adam Nádaský okrem iného uvádza, že konflikt záujmov predstavuje relatívne všeobecný koncept, ktorý presahuje do rôznych oblastí činností finančných agentov a finančných poradcov akými sú napríklad riadenie spoločnosti alebo zákaz poberania stimulov v prípade poskytovania investičnej služby nezávislého investičného poradenstva. Z pohľadu klienta je najdôležitejší konflikt záujmov, ktorý vzniká alebo môže vzniknúť pri poskytovaní investičných služieb. Pri problematike konfliktu záujmov sa kladie dôraz na jeho identifikáciu a následnú prevenciu alebo jeho riadenie. V ekonomikách, v ktorých je finančné sprostredkovanie postavené na províziách za predaj produktov (Slovensko je toho typickým príkladom) je konflikt záujmov svojím spôsobom inherentnou súčasťou poskytovania investičných služieb a teda aj finančného sprostredkovania v sektore kapitálového trhu. Finančný agent a finančný poradca je povinný prijať všetky primerané opatrenia s cieľom v prvom rade zistiť konflikt záujmov. V prípade, ak je identifikovaný konflikt záujmov je finančný agent a finančný poradca povinný prijať kroky potrebné na jeho prevenciu alebo riadenie. S konfliktom záujmov je spojená aj informačná povinnosť spočívajúca v povinnosti oznámiť klientovi existenciu konfliktu záujmov spolu s jeho povahou a zdrojom. Z časového hľadiska musia byť tieto skutočnosti oznámené klientovi pred poskytnutím investičnej služby. Ďalším dôležitým aspektom v rámci témy konfliktu záujmov je aj spôsob odmeňovania zamestnancov. Ide teda o nastavenie interného odmeňovacieho systému, nie o stimuly. Finančný agent musí zabezpečiť taký spôsob odmeňovania, ktorý nebude motivovať zamestnancov na poskytovanie finančného nástroja, ktorý nespĺňa klientove potreby.

Piata časť komentára je zameraná na dohľad vykonávaný Národnou bankou Slovenska a sankcionovanie dohliadaných subjektov finančného trhu. Predovšetkým je potrebné vyzdvihnúť veľký prínos informácií obsiahnutých v predmetnej časti pre aplikačnú prax, a to vzhľadom na skutočnosť, že skupina dohliadaných subjektov nie je identická so skupinou subjektov, ktoré je Národná banka Slovenska oprávnená sankcionovať. Posledná časť komentára je venovaná spoločným prechodným a záverečným ustanoveniam.

Za pridanú hodnotu komentára možno považovať praktický pohľad na vykonávanie činnosti finančných agentov a finančných poradcov, ako aj odkazy na judikatúru.

Dušan Holub¹

¹ JUDr, PhD., Ekonomická univerzita v Bratislave, Slovenská republika / University of Economics, Slovak Republic.