

ISSN 1339-3995 | ROČNÍK 4. 2016 | 1



UNIVERZITA  
P. J. ŠAFÁRIKA V KOŠICIACH  
Právnická fakulta

# STUDIA IURIDICA *Cassoviensia*



**Výkonný redaktor:**

JUDr. Radomír Jakab, PhD.

**Redakčný výbor:**

JUDr. Radomír Jakab, PhD.

JUDr. Anna Románová, PhD.

JUDr. Diana Treščáková, PhD.

**Redakčná rada:**

doc. JUDr. Gabriela Dobrovičová, CSc. - 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. Aleš Gerloch, CSc.

*Univerzita Karlova v Prahe, Právnická fakulta, Česká republika*

prof. JUDr. Zdeňka Gregorová, CSc.

*Masarykova univerzita v Brne, 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 Eubľane, Právnická fakulta, Slovinská republika*

prof. dr. hab. Stanislaw Sagan

*Univerzita v Rzeszówie, 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 4.2016, číslo 1 / Dátum vydania: 14.3.2016**

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

**ISSN 1339-3995**

**OBSAH / TABLE OF CONTENTS**

<b>Obsah / Table of Contents</b> .....	2
<b>Kinga Michałowska</b>	
Inštitúcie národnej a cezhraničnej hospodárskej mediácie/sprostredkovania ako alternatívna metóda pre riešenie sporov medzi podnikateľmi <i>Institution of a National and Cross-Border Economic Mediation as an Alternative Method for Settling Disputes between Entrepreneurs</i> .....	4
<b>Małgorzata Wróblewska</b>	
Škodlivá daňová súťaž v globalizovanom svete. Zaoberá sa tým Svetová obchodná organizácia? <i>Harmful tax competition in a globalized world. Does the World Trade Organization deal with this issue?</i> .....	13
<b>Monika Szaraniec</b>	
Úloha odporúčania a usmernenia Komisie pre finančný dohľad (KNF) v oblasti boja proti nezrovnalostiam na trhu v oblasti bankovníctva a poisťovníctva v Poľsku <i>The role of recommendations and guidelines of the Financial supervision commission (KNF) in combating the irregularities on the banking and insurance market in Poland</i> .....	24
<b>Karel Marek</b>	
K rádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky ve znění účinném k 1.10.2015 <i>About Arbitration court order of the Economic chamber of the Czech republic and Agricultural chamber of the Czech republics in force on October 1, 2015</i> .....	35
<b>Regína Hučková</b>	
Nové mechanizmy uplatňovania práv spotrebiteľov <i>New mechanisms of consumer rights enforcement</i> .....	46
<b>Jozef Tekeli</b>	
Verejné vysoké školy a finančná kontrola ex ante podľa nového zákona o finančnej kontrole a audite <i>Public universities and financial ex ante control under the new law on financial control and audit</i> .....	56
<b>Ladislav Poliak</b>	
Hlavný kontrolór obce - vybrané problémy <i>Head municipality supervisor - selected issues</i> .....	70
<b>Alena Krunková</b>	
Samospráva a priama demokracia - teoretické východiská <i>Selfgovernment and direct democracy - Theoretical bases</i> .....	81

**Karel Čada**

Nový český občanský zákoník a průmyslové vlastnictví

*New czech civil code and intellectual property* ..... 92**Vendula Divišová**

Adresný ticketing a karta fanouška jako nástroje bezpečnostní politiky proti diváckému násilí v Evropě

*Nominative tickets and fan identification card as tools of security policy against spectator violence in Europe* ..... 102**Blažena Antalová**

Predaj cudzej veci v rímskom práve

*The sale of property of another in Roman law* ..... 115**Petr Osina**

John Finnis o právu a spravdnosti

*John Finnis on Law and Justice* ..... 122

# THE INSTITUTION OF A NATIONAL AND CROSS-BORDER ECONOMIC MEDIATION AS AN ALTERNATIVE METHOD FOR SETTLING DISPUTES BETWEEN ENTREPRENEURS

## INŠTITÚCIE NÁRODNEJ A CEZHRANIČNEJ HOSPODÁRSKEJ MEDIÁCIE/SPROSTREDKOVANIA AKO ALTERNATÍVNA METÓDA PRE RIEŠENIE SPOROV MEDZI PODNIKATEĽMI

*Kinga Michałowska*

*Cracow University of Economics*

### ABSTRACT

*The subjects of the discussion are issues concerning economic mediation (also referred to as business mediation) as an alternative method of solving disputes amongst entities pursuing business activity; an alternative to judicial proceedings. Due to the mutual benefits coming from the mediation its conduct gives the parties the opportunity to determine their own expectations and to suggest and develop such solutions of the disputed issues that will be mutually acceptable. Mediation as an alternative form of solving disputes is applicable both in the terms of the fulfilment of the conditions of contracts between entrepreneurs and also in situations related to changes in organizational and legal forms. The analysis includes issues of economic mediation with domestic entities as well as the principles of carrying out mediation of a cross-border character including those related to the same agreement with cross-border mediation and concluded, within its framework, settlement of legal conflicting issues.*

### ABSTRAKT

*Predmetom diskusie sú otázky týkajúce sa ekonomickej mediácie/sprostredkovania (taktiež označovanej aj ako obchodné sprostredkovanie) ako alternatívnu metódu/spôsob riešenia sporov medzi subjektmi sledujúcimi obchodnú činnosť; alternatíva k súdnym konaniam. Vďaka vzájomným výhodám vyplývajúcim z mediácie/ zo sprostredkovania ktorej obsah dáva stranám možnosť určiť svoje vlastné očakávania a navrhnúť a vypracovať také riešenie sporných otázok, ktoré budú vzájomne/obojstranne akceptované. Mediácia/Sprostredkovanie ako alternatívna forma riešenia sporov je použiteľná ako z hľadiska plnenia zmluvných podmienok medzi podnikateľmi tak a v situáciách týkajúcich sa zmien v organizačnej a právnej forme. Analýza zahŕňa otázky ekonomickej mediácie/sprostredkovania s tuzemskými osobami, ako aj zásady uskutočňovania mediácie/sprostredkovania cezhraničného charakteru/s cezhraničným prvkom, vrátane tých, ktoré sa týkajú rovnakej dohody o cezhraničnej mediácii/sprostredkovaní, a dospieva k záveru, v jej rámci, vysporiadania konfliktných právnych otázok.*

## INTRODUCTION

The execution of contracts within relations among traders often encounter practical difficulties, which most common source is either failure to fulfil or misperformance of contractual obligations. Emerging disputes and claims put forward by the parties can be enforced both in court and by asserting claims in out-of court mode ADR (Alternative Dispute Resolution), which are becoming increasingly popular. They are used both to resolve disputes already existing and those disputes connected with the agreement between the parties that may arise in the future, e.g. in relation to the implementation of temporary contracts. Having regard of the fact that the numerous lawsuits brought to court and extended time of their settlement, the way of an amicable settlement is an interesting and a much faster way of solving the conflict.

Mostly it takes the form of arbitration or mediation. The basic difference between arbitral proceedings and mediation comes down to different legal qualifications and duties of the two types of proceeding functions. Arbitration, as opposed to the mediation, holds a judicial function. Its essence adds up to bringing the legal case to court of an arbitration agreement by entities in conflict or those that could it be in conflict in the future due to the contractual relationship that binds them.

This provision means that arbitration court, established by the entities, after considering the gathered evidence will determine and reach the verdict. The basis of its operation is the will of the parties (arbitration clause) and provisions of the Code of Civil Procedure (CCP). The arbitration award has the same legal effect as a state court's decision. Mediation<sup>1</sup>, on the other hand, constitutes a particular way of resolving disputes by the conflict entities, which voluntarily and independently under the guidance of a mediator aim to achieve a mutually satisfactory compromise. It is this very feature of mediation is, due to the lack of solutions imposed from the outside, an effective means, and an independently developed settlement and rules for its implementation provide a good chance for their respect.

## I. THE NATURE OF MEDIATION

Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters (Directive 2008), in Article 3, paragraph a, defines mediation as follows: "*Mediation*' means a structured process, however named or referred to, whereby two or more parties to a dispute attempt by themselves, on a voluntary basis, to reach an agreement on the settlement of their dispute with the assistance of a mediator. This process may be initiated by the parties or suggested or ordered by a court or prescribed by the law of a Member State. It includes mediation conducted by a judge who is not responsible for any judicial proceedings concerning the dispute in question. It excludes attempts made by the court or the judge seised to settle a dispute in the course of judicial proceedings concerning the dispute in question<sup>2</sup>. Typical distinguishing features of mediation include, first of all, the voluntary basis of the participation in a mediation. Even in the situations when we are dealing with so-called Mediation of legal referrals, the main condition to carry it out is prior to consent of the entities. Secondly, it gives a great deal of flexibility for the parties in finding satisfactory solutions to these contentious issues. The only limitation is the need to adapt the provisions of an agreement to applicable law, because the agreement must be likely to be realised, which is of particular importance in the context of cross-border economic mediation.

<sup>1</sup> Mediation is often referred to as "mediation proceedings" which, in view of the importance of language is a non-undoubtedly correct, however it may cause wrong assumption as to its judicial function.

<sup>2</sup> OJ: L 136/3 of 24 May 2008, available on the [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu). The provisions of the Directive have been introduced into Polish law by the Law of 16 September 2011. Amending the Act - Code of Civil Procedure and certain other acts (Journal of Laws of 2011, 223, 1381).



The third of the characteristic features is the participation in the mediation of an impartial mediator, whose task is to watch over the course of mediation, direct conversations which are being carried out within the framework, striving to identify the parties to compromise and prepare, in accordance with the law and the will of the parties, a feasible settlement. Regulations included in Directive 2008 and the Act of 17 November 1964, The Code of Civil Procedure (CCP)<sup>3</sup> in the field of mediation are converged to needs and methods of entry into the civil law institution of mediation<sup>4</sup>. Rating of the identified characteristics, in terms of regulation of the Article 10 of CCP, confirms that, in accordance with the general rules of civil procedures in cases where a settlement is acceptable should be pursued to attempt its execution.

Within the basic division the mediation can take the form of judicial or contractual mediation. In the current legal state the judicial mediation takes place when it is issued by the court at which proceedings are being pending, the decision to refer the parties for mediation. In the case of contractual mediation, the parties themselves decide to skip the judicial settlement of the dispute and opt for mediation mode. The type mediation can also affect the manner of its initiation. The initiation of the contractual mediation takes place upon the delivery of the request for mediation to the mediator, together with an evidence for the delivery to other party. The basis for conducting it is a mediation agreement in which the parties define the subject matter of the mediation, the mediator or the manner of choosing (Art. 1831§3 CCP). The subject of the mediation can be defined either as an indication of a dispute or legal relationship between the entities, of which the very dispute had arisen. They are most commonly based on the contractual relations, but there is no legal obstacle for the mediation to concern the legal relationships that do not have their source in the contract (e.g. unilateral acts). The legislation does not provide for any formal restrictions for the mediation agreement, and therefore each form is permitted is in this case. Whereas the basis for judicial mediation is the decision of the court, although due to the voluntary nature of the mediation, the parties must approve it in the form of the agreement for the mediation (art.1838 CCP). In contractual mediation, the parties themselves select a mediator, whereas in judicial mediation the court appoints a mediator, but the entities can choose other mediator than the one specified by the court.

In the current legal situation a natural person with full legal capacity, enjoying full civil rights may be a mediator. The legislation does not differentiate requirements for candidates for mediators conducting judicial and contractual mediations. However, given the large variations in the degree of complexity of each one being the subject of mediation situations, especially in economic matters it seems to be necessary to require a professionally prepared mediator whose knowledge, especially within the law, will allow to construct a workable settlement<sup>5</sup>.

The mediator (whether a court-appointed mediator or indicated in the agreement on a mediation) should immediately take mediation steps. The procedural angle states that it is the mediator who shall determine the date and place of the mediation meeting by informing the both parties. The very initiation of the mediation affects the limitation periods, since, in accordance to the provisions of the Civil Code (Art. 123 § 1 point 3) the initiation of mediation

<sup>3</sup> The Act of 17 November 1964, The Code of Civil Procedure, i.e. The Journal of Laws of 2014 item. 101.

<sup>4</sup> As pointed out by S. PIECKOWSKI, both comparable regulations in a comprehensive manner relate to: civil and commercial matters, with one, abovementioned, fundamental exception: The directive applies only to cross-border disputes, while regulation in the Code of Civil Procedure refers only to civil matters, where a settlement is acceptable. In accordance with the principle of subsidiarity and proportionality the Directive focuses on mediation in the context of the process as regulating issues "at the crossroads" between the mediation and the proceedings, clearly declaring that conventional mediation, its course, selection and accreditation of a mediator have been left with freedom of the entities and also the possibility to address these issues to the national regulations. The solutions included in Code of Civil Procedures regulate the sphere of conventional mediation and procedural mediation in the wider scope than it results from the Directive, S. Pieckowski, *Mediation in commercial matters. Legal status of*, Warszawa 2012, p.11-12.

<sup>5</sup> These specific requirements shall apply to the international mediations conducted by mediators of the UNESCO International Mediation Centre.

terminates the limitation period for claims. At the same time, this effect will occur only in a relation to contractual mediation, as in the case of judicial mediation the limitation period occurs earlier, as a result of taking court actions (filing a lawsuit).

The character of mediation is for the entities to work together towards reaching an agreement. The rule is that every information disclosed during the mediation is confidential. The obligation of confidentiality applies to both; the entities and the mediator. The importance of the principle of confidentiality is particularly significant for mediations that are the subject of controversy in the field of economic affairs, where the information disclosed during the negotiations, may have their economic consequences. During mediation, the mediator is impartial and its role is to conduct the conversation that is pursued by the parties, in such a way that the entities will identify the possibility of an agreement and reach a settlement.

Mediation aims to reach a settlement, the contents of which are determined by the parties with the help of the mediator. It is the parties' conviction of the legitimacy of the accepted solutions is a guarantee of their performance in the future, whereupon the secure mode of this embodiment is approved by a court settlement between the parties. The provisions indicate the fact that through signing the agreement the parties agree to apply to the court for its approval. This means giving the mediation agreement the same, as the legal court settlement, consequences and the settlement concluded before a mediator and marked by a court with enforcement title is carried out under the provisions on judicial enforcement.

The mediator draws up a report<sup>6</sup> of the course of the mediation and the copies are delivered to the entities and the court. The content of the agreement between the parties shall be entered in either the content of the report or in a separate document. The signature signed by sides under the text of the agreement constitutes simultaneously their consent for the mediator to apply to the court to approve the settlement.

For both types of mediation (contractual and judicial) the rules point to the same regulations for their approval. The reasons that cause the denial of approval are inter alia; contradiction in the settlement with the law, the contradiction in the settlement with the principles of social coexistence, and a declaration that the provisions of the agreement are intended to circumvent the law. The court will also refuse to approve the settlement when the settlement is confusing or contradictory.

The mediation proceedings are not covered by legal costs, which does not mean that they are not associated with it no expenditure. Mediator must be paid (unless it was agreed upon that the mediation will be without pay) and reimbursement of costs incurred in connection with the mediation should be provided. The abovementioned remuneration and reimbursement of expenses charge the entities of the mediation. Within the contractual mediation the mediator's remuneration it is subjected to freedom of contract, and in judicial mediation the remuneration is defined in the Regulation on the remuneration and recoverable tax expenses of the mediator in civil matters.

## II. ECONOMIC MEDIATION

Being one of the forms of mediation of a specific range of subject and object levels, economic mediation shows some relevant particular features. The first is the subjective scope. The participants of the mediation are business entrepreneurs in various organizational and legal forms. They can be either sole proprietorship or performing professional services, partners of partnerships and representatives authorized to represent the entities with legal personality. For the economic mediation is characteristic of it in addition to the primary objective of

---

<sup>6</sup> The place and the period of mediation, the identity of the parties and the mediator as well as the outcome of the mediation are indicated in the protocol.



mediation, which is to solve disputes in an acceptable manner to both parties, a further target frequently appears; the necessity to keep regular business contacts, which, despite of the dispute they want to maintain in the future. The literature emphasizes that due to the fact that the dispute that had occurred between entrepreneurs may have an effect on their reputation and market image change; an additional goal of mediation is to maintain the current positive image as an honest trade partner<sup>7</sup>.

The scope of the economic mediation is very wide and the only limitation is still inadmissible of an amicable settlement of the dispute, which in the context of the already mentioned general principle of amicable settlement of Art. 10 of CCP the dispute is an extremely rare situation. The exemption of the admissibility of mediation is indicated by Art. 1 paragraph 2 of the Directive 2008 in the scope of laws and obligations which, in accordance with the appropriate force-limiting law, the parties cannot freely dispose of, and in terms of revenue, customs or state responsibility for acts or omissions in the execution of public authority (*acta jure imperii*). Within economic matters mediation involves the most commonly disputes on the two basic categories of cases; the first involving misunderstandings of the way of the execution or termination of contracts, issues regarding timeliness to perform the contractual obligations including payment disputes arising from contracts claims and penalties as disputes related to copyright and the wider industrial ownership. The second one includes issues related to the transformation of the legal form of the entity and property rights related to it. For example, one can indicate disputes arising in the merger, acquisition or sale of the company, claims having their source in the proceedings against recovery or bankruptcy proceedings of a company. Additionally, there are cases relating to claims of business partners (shareholders) to a company, or the company as an entity to the board<sup>8</sup>.

Due to the fact that in most cases the cause of the dispute is a disagreement also the psychological aspect of mediation is not without significance. As noted by Ch. W. Moore, *‘psychological satisfaction can be achieved by creating a growing sense contentment that reached agreement concerning the material and implementation matters, making that the parties feel respectfully and clearly heard by the other parties and the mediator to give them a chance to get from the other participants a satisfactory dose of recognition and acceptance of the role adopted in the conflict’*<sup>9</sup>.

The aim of the economic mediation, like any other, is to achieve an agreement that will satisfy both sides. The conditions of the implementation are both; the will on both sides to reach an agreement (also called conciliation) as well as their active participation in all mediation procedures for each of its stages. The safety guarantee of the conducted mediation are on the one hand, the principle of freedom and on the other the principle of confidentiality. In accordance with Art. 1834 § 1 of CCP in contrast to the judicial proceedings mediation proceedings are not public. The mediator is obliged to keep the facts, which he had learned in connection with the mediation in secret, unless the parties exempt from this obligation (Art. 1834 § 2 of CCP). The principle of confidentiality takes a special significance for the economic mediation. It provides a chance to retain good image and market position of the parties’ mediation, because the information about the existing dispute between the entrepreneurs who are the cause of it should not get outside. Additionally any information, disclosed during the mediation, including of course those that are covered by a trade or another secret are confidential.

Economic mediation allows the use of a wide range of solutions and mutual benefits which would not always have been possible to achieve in court proceedings. As noted by M.R.

<sup>7</sup> M. R. WYSOCKI, , Mediation for the entrepreneurs, as an economic mediation; questions and answers, p.4-5, electronic version [www.mediator-wysocki.pl](http://www.mediator-wysocki.pl). (25 September, 2015)

<sup>8</sup> M. R. WYSOCKI, Mediation...p. 5

<sup>9</sup> Ch. W. MOORE, Mediations – Practical Strategies for Resolving a Conflict, Polish translation, Warszawa 2009, p.335

Wysocki the benefits that can be worked out amicably can be divided into two categories; the first including the modification of the repayment of a debt, e.g. by spreading the debt into instalments, changing the dates of the rental payments, total or partial cancellation of interest or discontinuation of their calculation. In the second one; additional security interests of the creditor provided in the agreement, e.g. the establishment of a pledge, mortgage or guarantee<sup>10</sup>.

It should also be noted that the initiation of the mediation provides an opportunity for entrepreneurs to avoid negative consequences in the form of an entry into the KRD Economic Information Bureau or KRS (National Court Register) Register of Insolvent Debtors. In many situations, it will also help to avoid termination of business activity, as it can protect the entrepreneur from the insolvency proceedings. Commitments taken in the context of mediation will keep the current position of a reliable market participant and reputation of the company. Additionally, resolving the dispute through mediation can significantly make it easier for entrepreneurs to operate and can continue to further cooperation between the companies, which usually is not possible after a long and expensive lawsuit<sup>11</sup>.

### III. ECONOMIC MEDIATION OF A CROSS-BORDER CHARACTER

The mediation proceedings can be carried out both on a national as well as on the basis of international cooperation of economic partners. The abovementioned Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council indicates the mediation of cross-border disputes, specifying in Art. 2 paragraph 1 the concept of cross-border disputes. For the purposes of the Directive a cross-border dispute shall be one in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than that of any other party on the date on which:

- the parties agree to use mediation after the dispute has arisen;
- mediation is ordered by a court;
- an obligation to use mediation arises under national law; or
- for the purposes of Article 5 an invitation is made to the parties.

Although the Directive uses domicile or habitual residence, it has its application to other than natural persons entities - legal persons and incomplete legal persons with regard to their place of residence due to its use in civil and commercial matters<sup>12</sup> as well as a broad understanding of a range of civil cases<sup>13</sup> a cross-border dispute shall also be one in which judicial proceedings or arbitration following mediation between the parties are initiated in a Member State other than that in which the parties were domiciled or habitually resident on the date referred to in paragraph 1 a), b) or c). As noted by P. Mostowik, cross-border requirements must be associated with the legal basis for action of the Commonwealth and not with the specifics of mediation in international affairs<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 7

<sup>11</sup> A bill to amend the Code of Civil Procedure and some other acts in relation to the promotion of amicable dispute resolutions [www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-postepowania-cywilnego-oraz-4.html](http://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-postepowania-cywilnego-oraz-4.html)

<sup>12</sup> Cross-border Mediation, [www.ms.gov.pl/mediacjetrans](http://www.ms.gov.pl/mediacjetrans) (14.10.2015)

<sup>13</sup> Recommendation Rec (2002)10 of the Committee of Ministers to member States on mediation in civil matters, indicates that it refers to matters involving civil rights and obligations including matters of a commercial, consumer and labour law nature, but excluding administrative or penal matters (point II) [www.wcd.coe.int](http://www.wcd.coe.int).

<sup>14</sup> P. MOSTOWIK, European master normalization of mediation in civil and commercial matters of 2008 and in force since 2005 solutions of the Polish law., *Kwartalnik ADR* 2009, No 1, p. 140 in support of the Directive presented by the committee of 22.10.2004., it was stressed that the Directive should not diversify, matters within which their territorial scope is involved. In conclusion, the Commission concluded that introduction of a specific condition concerning cross-border effects could distort the purpose of the proposed directive and it would be against the principles of the proper functioning of

The basis for mediation is the agreement on mediation, the legal nature raises many concerns. In the literature, there are voices that locate mediation among the substantive civil law contracts or indicate that it is a process contract. You can also find supporters that believe it is a mixed contract the material contract. As noted by J. Pazdan, you can also meet “its content and main effects appeal to the first concept. It can be classified into substantive law agreements that are to prepare and organize the mediation. (...) The agreement for mediation is the basis for a separate contractual relationship, which is the bond between the parties and the mediator. The fact that it triggers the procedural effects (...) should not exclude this qualification (...)”<sup>15</sup>.

Equally momentous, for the issue of cross-border mediation, is the choice of the law applicable to the contract of mediation. At this point constituting the legal basis for this choice should be considered. In principle these should be the regulations from the Act of 4 February 2011 ‘Private International Law’<sup>16</sup>, but due to Polish accession to the Rome Convention, this choice should be based upon the Regulation of the European Parliament and the Council Regulation of the European Parliament and the council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) determining the law applicable to contractual obligations<sup>17</sup>. The choice of the law for the contract mediation can occur in accordance with Art. 3 of the Regulation. If it does not occur, art. 4 of the Regulation points out that the agreement for mediation must apply to the law of the country with which it is most-closely connected (law of the country in which the mediation is or is to be carried out), and in a situation, where activities conducted in the context of proceedings that are to be taken in different countries, the law of the country in which the major part of mediation it intends to take or was taken is appropriate<sup>18</sup>.

The purpose of mediation is to reach an agreement that will be respected by a court. In accordance with Art. 6, paragraph 1 of the Directive the content of such an agreement shall be made enforceable unless, in the case in question, either the content of that agreement is contrary to the law of the Member State where the request is made or the law of that Member State does not provide for its enforceability. This provision clearly indicates that the content of the agreement must be in conformity with the law of the country that is competent to give declaration of enforceability and a competent Organ of the State rules or decides. In accordance with paragraph 2 the content of the agreement may be made enforceable by a court or other competent authority in a judgment or decision or in an authentic instrument in accordance with the law of the Member State where the request is made. The necessary condition is that the content of the agreement does not contradict to the law of the European-State or the national law of the Member State in which the request has been made<sup>19</sup>. As to the issue of determining the applicable law to the content of the agreement through mediation, which is to be rendered enforceable refer to the paragraph 19 of the preamble to the Directive, the essence of which refers to a situation where the content of the agreement is contrary to its law, including the operation of its private international law, or whether its law does not provide for the enforceability of the specific agreement, for example when the obligation specified in the agreement, by its very nature, cannot be implemented. When considering the feasibility of a settlement, a reference should be made, as specified in paragraphs 20<sup>20</sup> and 21 of the preamble

---

the internal market. The Directive should apply in all situations, regardless of the existence of cross-border elements at the time of the mediation or litigation”

<sup>15</sup> J. PAZDAN, Conflict of laws aspects of mediation, Quarterly ADR 2009, Nr 2, p. 137

<sup>16</sup> Act of Private International Law of 4 February 2011, O.J. 2011 No. 80, item 432; in force from 16 May, 2011.

<sup>17</sup> Acts. OL No. 177 of 4 July 2008., p. 6-16

<sup>18</sup> J. PAZDAN, Conflict of Laws p. 138

<sup>19</sup> W. BRÓŃSKI, European regulations on mediation in civil and commercial matters, Yearbook of Legal Sciences 2011., No. 1, s. 55-56

<sup>20</sup> In accordance with paragraph 20 of the preamble to the Directive; the content of an agreement resulting from mediation which has been made enforceable in a Member State should be recognised and declared enforceable in the other Member States in accordance with applicable Community or national law. This could, for example, be on the basis of Council

to Directive a solution included in Council Regulation EC No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition of enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, indicating clearly that the agreements between the parties have been enforceable in another Member State, shall also be enforceable in the Member State in which they are concluded. It remains in compliance with Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition of judgments and their enforcement in civil and commercial matters<sup>21</sup>.

## SUMMARY

The importance of economic mediation in resolving disputes between traders is undeniable. Not only because of the acceleration of settlement of the dispute and lightening the courts, but because of the feasible chance to respect the provisions of the settlement. Due to the same effectiveness, as in judicial proceedings, of the concluded settlement and its binding force, an indisputable advantage of mediation is the fact that the shape of a final settlement of the conflict, from the beginning to the end, is agreed on and accepted by the parties. The possibility of using the institution of mediation of a cross-border nature favours the development of trade relations between entrepreneurs, while giving a sense of security at the same time.

The current principle of confidentiality and the confidential nature of it favours maintaining the existing, and establishing new contractual relations. Emphasized in the Directive of 2008 and in revised subscriptions of the Code of Civil Procedure, the information aspect was designed to serve to develop public awareness of the benefits of this alternative method concerning dispute resolution, and it should be an incentive for the use of the very institution. The status, concluded of the terms of a settlement, in the area of the Community legal regulations within its recognition and enforcement emphasizes its security.

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

Mediácia/Sprostredkovanie, ekonomická mediácia/sprostredkovanie, alternatívne riešenie sporov, cezhraničná mediácia, vypořádanie

## KEY WORDS

Mediation, economic mediation, Alternative Dispute Resolution, cross-border mediation, settlement

## BIBLIOGRAPHY

1. Act - Code of Civil Procedure and certain other acts, Journal of Laws of 2011, No 223
2. BRÓŃSKI W., European regulations on mediation in civil and commercial matters, Yearbook of Legal Sciences 2011., No. 1
3. Cross-border Mediation, [www.ms.gov.pl/mediacjetrans](http://www.ms.gov.pl/mediacjetrans)
4. MOORE Ch. W., Mediations – Practical Strategies for Resolving a Conflict, Polish translation, Warszawa 2009
5. MOSTOWIK P., European master normalization of mediation in civil and commercial matters of 2008 and in force since 2005 solutions of the Polish law., Kwartalnik ADR 2009, No 1,
6. PAZDAN J., Conflict of laws aspects of mediation, Quarterly ADR 2009, Nr 2,

---

Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (4) OJ. L 12, 16.1.2001, p. 1

7. PIECKOWSKI S., Mediation in commercial matters. Legal status of 1 December 2012, Warsaw 2012,
8. WYSOCKI M. R., Mediation for the entrepreneurs, as an economic mediation; questions and answers, electronic version [www.mediator-wysocki.pl](http://www.mediator-wysocki.pl)

**CONTACT DETAILS OF AUTHOR**

**Dr Kinga Michałowska**

Department of Civil and Economic Law

Kraków University of Economics

e-mail: [kinga.michalowska@uek.krakow.pl](mailto:kinga.michalowska@uek.krakow.pl)

## HARMFUL TAX COMPETITION IN A GLOBALIZED WORLD. DOES THE WORLD TRADE ORGANIZATION DEAL WITH THIS ISSUE?

### ŠKODLIVÁ DAŇOVÁ SÚŤAŽ V GLOBALIZOVANOM SVETE. ZAOBERÁ SA TÝM SVETOVÁ OBCHODNÁ ORGANIZÁCIA?

*Małgorzata Wróblewska*  
*University of Gdansk*

#### ABSTRACT

*Multilateral measures against harmful tax competition have been taken at the Organization for Economic Co-Operation and Development (the OECD) and the European Union (the EU) activities. The aim of this article is to present whether the World Trade Organization (the WTO) regulations relate to the issue of harmful tax competition or not. The WTO is established to liberalize trade and remove barriers. It is worth emphasizing that the WTO is not a tax organization and consequently documents concluded under its auspices are not tax agreements per se. Nevertheless, some tax regulations do occur in these documents. The General Agreement on Tariffs and Trade (the GATT), the General Agreement on Trade Services (the GATS) and the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (the SCM Agreement), the WTO does include tax provisions. It is essential to identify which taxes (direct or indirect) these provisions affect and as a result to examine them from the perspective of harmful tax competition.*

#### ABSTRAKT

*Prijímanie multilaterálnych opatrení proti škodlivej daňovej súťaži je predmetom aktivít Organizácie pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD) a Európskej únie (EÚ). Cieľom tohto príspevku je prezentovať, či regulácia Svetovej obchodnej organizácie (WTO) sa týka aj škodlivej daňovej súťaže. WTO bola založená za účelom liberalizácie obchodu a odstránovania bariér. Je potrebné zdôrazniť, že WTO nie je daňovou organizáciou, a preto aj dokumnty uzavreté pod jej patronátom nie sú same o sebe daňovými dokumentmi. Napriek tomu je možné nájsť v týchto dokumentoch aj ustanovenia daňovej regulácie. Všeobecná dohoda o clách a obchode (GATT), Všeobecná dohoda o obchodných službách (GATS) a dohoda o subvenciách a vyrovnávacích opatreniach (SCM) obsahujú daňovú reguláciu. Je nevyhnutné identifikovať, ktoré dane (priame alebo nepriame) ovplyvňujú tieto ustanovenia, a na základe toho ich skúmať z perspektívy škodlivej daňovej súťaže.*

#### I. INTRODUCTION

The process of globalization has had a discerning influence on the evolution of the internal tax systems. Due to it, the EU tax issues as a regional character can easily become problems of a global meaning. This is amplified by the liberalization of trade flows and an increasing capital mobility. An example of this is the transfer of tax obligations to third parties and the existence of ring-fencing regimes. These phenomena not only occur in the case of business entities operating in the EU, but also affect citizens and businesses of other major economic

players who strive to manage the finances in a more effective manner by transferring the business activities or savings to countries which offer more favorable tax conditions. These conditions principally concern no or lower income tax rates and tax privileges. This state of affairs is commonly called harmful tax competition. In effect such a harmful tax competition takes on an international character, which means that any attempt to rein it in must be carried out on a global as well as the regional level. The former is represented by the Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD) documentation and the latter by the EU regulations. Since the Member States of the EU are also Member States of the World Trade Organization (WTO) it is essential to identify whether the WTO recognizes the issue of harmful tax competition. Therefore the aim of this article is to pinpoint if indeed the WTO deals with this issue and if so whether this occurs in accordance with the regulations of the EU and the OECD. In answering this question it is vital to define first the concept of competition (harmful tax competition) and second to discuss the documents and regulations of the EU, the OECD and the WTO concerning this matter and finally to make a conclusion.

## II. ESSENTIAL NOTIONS OF THE RESEARCH TOPIC

### 1.1. Competition

Nowadays the increase in competition amongst entrepreneurs and consequently amongst states is visible. The aim of this state of affairs is to create an adequate climate for investments. For this reason the crucial issue is to explain the notion of competition. The etymology of the word of competition (concurrence) is based in the Latin *concurrere* which means to run together<sup>1</sup>. This is closely related to the concept of markets and reflects the process of rivalry between the main protagonists. At present, the substantive meaning of this concept differs from the original meaning and now describes competition between rivals. Thus we can see that the phenomenon of competition has a long history and is visible in many spheres of life<sup>2</sup>. Moreover, the issue of competition is omnipresent in our life's today, functioning on different levels amongst entrepreneurs and between states. Competition does not exist in a vacuum but rather depends on the existence of an appropriate legal system. As an appropriate legal system is crucial to the smooth functioning of fair competition the relationship of these two concepts is of the at most importance appropriate to preserve competition and to operate favourably<sup>3</sup>. The main aim of the competition is to achieve the best conditions for the business activities and its existence therefore has a crucial influence on the form and development processes which characterize the free market economy.

The existence of competition has positive as well as negative effects. The positive effects include: lower costs and prices for goods and services as well as better quality, economic development and growth, more choices and variety, more innovation and stronger democracy<sup>4</sup>. Apart from the many positive aspects of competition, rivalry can also lead to disadvantageous outcomes, such as lower quality products resulting from inadequate safety standards and lowered business norms often without revealing this information to the final recipients. According to the OECD, economic competition is defined by the domestic economic level which reveal state's abilities to develop the strong international position for

<sup>1</sup> WEEKLY, E. *An Etymological Dictionary of Modern English*. Courier Corporation. Vol.1, 2013, p. 345.

<sup>2</sup> GRZEBYK, M., KRYŃSKI, Z. *Konkurencja i konkurencyjność przedsiębiorstw. Ujęcie teoretyczne*. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego nt. Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy. Uwarunkowania sprawnego działania w przedsiębiorstwie i regionie, Rzeszów 2011. Vol. 20, p.107.

<sup>3</sup> HAYEK, F. A. *The Road to Serfdom. Text and Documents – The Definitive Edition*, B. Caldwell [ed.] Routledge 2014, p. 87.

<sup>4</sup> STUCKE, M. E. *Is competition always good?* Journal of Antitrust Enforcement, Vol. 1, 2013, iss.1, pp.165-166. TEATHER, R. *The Benefits of Tax Competition*. The Institute of Economic Affairs, London 2005, pp. 25 - 36.



the national companies. The strong entrepreneurs have an impact on the position of the state. Consequently, a high level of development leads to a rise in budget income, utilizes factors of production to an optimum and ensures low level of unemployment and improved social care. The rivalry between states limits unfavourable social trends which lead to an uncontrolled increase in prices and reduction in consumers' purchasing power and an elimination of freedom of choice.

## 1.2. Tax competition

From the global perspective tax competition is a part of international competition *per se*. It is similar to the competition on the free market, where buyers make a decision to buy or not, comparing costs and product benefits. It is through these consumer choices and decisions that entrepreneurs produce more varied products to fulfil people's needs and expectations. With this in mind tax competition is very similar: by creating more favourable tax regulations politicians can encourage citizens and foreigners to invest their money within the borders of the state<sup>5</sup>.

There is no precise understanding of the concept of tax competition and it is poorly defined with only two types identified in the literature. The first can be characterized as "vertical tax competition" and the second as "horizontal tax competition". This differentiation has crucial consequences. The former illustrates competition between authorities on various levels (e.g. states, local governments) and relies on the same tax base imposed by these different authorities. The latter is a type of competition between individual states aimed at creating profitable tax conditions to attract foreign capital and wealthy individuals which is so important in the globalized world. It is worth emphasising that horizontal tax competition does not result in cuts to all fiscal burdens but concerns those taxes which are most damaging to the economy<sup>6</sup>. This is important because of the increased mobility of capital and labour. Tax competition occurs when individual states reduce tax rates and introduce tax privileges in order to motivate domestic entrepreneurs and to attract foreign investors. The tax competition only appears as a "horizontal" and come into view at the international level. Tax competition can be defined as the setting of tax rates or subsidy policies by independent governments in connection with the allocation of employees, enterprises and capital in the regions represented by these governments<sup>7</sup>. Creating tax incentives is more characteristic for small states and emerging markets rather than for large and economically developed states. Regardless of whether the states is small or not, poor or fully developed, incentives which are part of the internal tax system result from the sovereign power of the state. Therefore each state can tailor its fiscal policies individually to meet the needs and expectations of the market.

## 1.3. Harmful tax competition

There are two main opposing theories about the phenomenon of tax competition with respect to the economy. The first perceives it as a positive factor comparable to perfect competition between entrepreneurs, whereas the second views it as a negative issue resulting in a budget resources deficiency making an individual state's public sector inefficient. Additionally, tax competition limits a government's ability to redistribute income effectively

<sup>5</sup> In 1956 economist Ch. Tiebout presented a paper about arguments for tax competition between states. He revealed that people who choose the most preferential tax system supply taxes which are spend efficiently.. SHAXSON, N., O' HAGAN, E.M. *A Competitive Tax System is a Better Tax System*. Tax Justice Network 2013. Available at: [http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TJN\\_NEF\\_130418\\_Tax\\_competition.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TJN_NEF_130418_Tax_competition.pdf) [ 2015-05-15]

<sup>6</sup> EDWARDS, CH.R., MITCHELL, D. *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend it*. Cato Institute: Washington D.C. 2008, ISBN 978-1-933995-18-2, p. 8.

<sup>7</sup> This definition underline the notion of government which encompass local, state and provincial government within a country. WILSON, J.D. *Theories of Tax Competition*. National Tax Journal. Vol.52, 1999, no. 2, p.270.

creating a significant problem<sup>8</sup>. As a result these two opposing positions have encouraged the development of fair and unfair (harmful) tax competition issues. However, in a globalized world a precise distinction between these two factors is increasingly difficult as the definition of what is fair or not can change very quickly.

According to the OECD, there is no special reason why two countries should have the same elements and levels of tax rates. These results from the relevant fiscal authority which makes decisions on tax burdens and states formulate their regulations based on the domestic policies. States are free to do this and there is no reason to treat this as an example of unfair tax competition<sup>9</sup>. Furthermore, entrepreneurs are free to decide where to do business after taking into consideration tax planning. In addition there is no legal definition of harmful tax competition in literature. Neither OECD nor EU regulations include a legal term for this phenomenon, either, although the concept "unfair tax practices" does appear in these institutions' documents.

In the existing literature there is some controversy directed at the European state aid mechanism in the area of special tax facilities. Some authors state that prohibited tax measures which meet the conditions of Article 107 of the Treaty (TFUE) should be automatically treated as harmful tax competition. This approach is connected with the Iannelli case<sup>10</sup>, where the EU Court of Justice ruled that state aid contravening specific provisions of the TFUE, other than Articles 107 and 108, may be so inseparably linked to the object of the aid that it is impossible to evaluate them individually. In my opinion that this academic deduction goes too far and it is not correct to say that prohibited State Aid measures under Article 107 of the TFUE always create harmful tax competition. There are specific premises which should be fulfilled to conclude that prohibited State Aid has taken place. However, such premises are not sufficient to prove that harmful tax competition has occurred. It is crucial to point out that State Aid rules refer to domestic entrepreneurs and that tax incentives can be granted to both national and foreign investors<sup>11</sup>. Even though, their legal position are completely different stating that tax incentive measures are unlawful is not in accordance with the EU Code of Conduct<sup>12</sup> which deals with harmful tax competition.

### III. THE ROLE OF THE OECD AND THE EU IN HARMFUL TAX COMPETITION INITIATIVES

In a globalized world many different tax systems exist, so measures taken against a individual state would not solve the problem of harmful tax competition. International organizations have seen the convergence of their roles in tax matters. The issue of harmful tax competition is being discussed in the OECD and the EU. The OECD in particular is a forum where major steps have been taken in this sphere. Initiatives reached on the international level by all industrialized countries of the world have a much greater chance of success than activities taken on the EU level. The OECD started to deal with harmful tax competition in 1996 and in 1998 the OECD's Committee on Fiscal Affairs produced a report entitled "Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue" (the 1998 report)<sup>13</sup>.

<sup>8</sup> EDWARDS, CH.R., MITCHELL, D. *Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition...*, op.cit, p. 134.

<sup>9</sup> LAMPREAVE, P. *Fiscal Competitiveness versus Harmful Tax Competition in the European Union*. Bulletin for International Taxation. Vol. 65, 2011, no. 6, p. 4. Available at: <http://www.law.hku.hk/aiifl/wp-content/uploads/2012/05/Paper-Fiscal-Competitiveness-versus-Harmful-Tax-Competition-in-the-European-Union.pdf> [2015-06-15].

<sup>10</sup> Case 74/76 *Iannelli & Vopi v. Meroni*, ECR 1977, paragraph 14.

<sup>11</sup> HEY, J. *National Report Germany* [in:] *Tax Competition in Europe*, W. Schon [ed.]. Amsterdam: IBFD Publications, 2003, p.253- 258.

<sup>12</sup> Available at:

[http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/harmful\\_tax\\_practices/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm) [2015-07-17].

<sup>13</sup> *OECD, Harmful Tax Competition - An Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998, pp. 1-80.

Following the 1998 report the OECD created a special forum called "the Forum on Harmful Tax Practices". This was focused on international endeavours to eliminate detrimental practices by the middle of 2003 and to adopt a package of recommendations. The OECD report concentrated on direct taxation of geographically mobile activities, including financial and other service activities, and on the provisions of intangibles. A very important issue is that the OECD report for the first time identified a legal framework for analyzing in which jurisdiction harmful tax practices should be treated. There is a distinction between jurisdiction called tax havens<sup>14</sup> and potentially harmful preferential tax regimes in OECD countries and non-OECD economies (preferential tax regimes)<sup>15</sup>. My aim is not to take into consideration these differences and similarities<sup>16</sup>, but to pinpoint that the OECD report deals with harmful tax competition in the meaning of tax havens and preferential tax regimes and that it has been trying to eliminate both types of practices.

According to the 1998 report measures adopted to eradicate harmful tax competition can be divided into unilateral, bilateral and multilateral aspects. Unilateral measures are undertaken by states individually to protect their tax base against harmful tax competition. These measures include fiscal transparency and transfer pricing rules. It also includes regulations which relate to countries without a sufficient exchange of information. The OECD encourages states to undertake a variety of measures such as tax rulings or transfer pricing rules. Bilateral measures mean that countries have agreed in a two-sided agreement to, for instance, exchange information or anti-abuse rules. Measures taken on the unilateral or bilateral level are not efficient enough on a global level and therefore it is crucial to take initiatives involving a large number of countries. Multilateral measures are adopted by countries to cooperate jointly. The 1998 report is such an example. More than five years since the first report was published, the OECD produced a new one in 2000: *Towards Global Tax Co-Operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices* (the 2000 report)<sup>17</sup>. This 2000 report published forty seven jurisdictions so-called tax havens which refused tax co-operation. The 2000 report also identified preferential tax regimes. The OECD's next step in fighting harmful tax competition was to adopt the *Agreement on Exchange of Information in Tax Matters* (the Agreement)<sup>18</sup>, whose purpose was to promote international co-operation in tax matters through the exchange of information. The Agreement is not a binding instrument but includes two proposals of bilateral agreements adopted according to the OECD commitments. Since the publication of the 2000 report positive changes have been passed in individual countries.

---

<sup>14</sup> The concept of tax havens is described by using four features such as: no or only nominal taxes on relevant income; lack of effective exchange of information, lack of transparency between tax authorities; lack of transparency in the operation of the legislative, legal or administrative provisions; absence of an additional requirement such as substantial of undertaken activity. The first feature is crucial and may be sufficient to identify whether is tax haven or not in the OECD report meaning. Everything depends on particular situation. The importance of rest features should be consider on the background of the particular tax case. Ibidem, p. 44-56.

<sup>15</sup> The preferential tax regimes are identified by using four factors, which are very similar to tax haven factors. It includes: low or zero effective tax rate on the relevant income, "ring-fencing" on regimes which means that preferential tax regimes are in whole or in part are secluded from internal markets of the country providing the regime; lack of transparency and lack of effective exchange of information but the OECD report admits the existence of other grounds.

<sup>16</sup> The main difference between them is that tax havens could impose no or only nominal tax on mobile financial and service activities, whereas preferential tax regimes gather substantial revenue from such activities taxing them. BLUMBERG, M. *The OECD Report on Harmful Tax Competition: Is "Harmful Tax competition" Actually Harmful?* Available at: [http://www.globalphilanthropy.ca/images/uploads/Harmful\\_Tax\\_Competition\\_and\\_the\\_OECD.pdf](http://www.globalphilanthropy.ca/images/uploads/Harmful_Tax_Competition_and_the_OECD.pdf) [2015-06-30 2015].

<sup>17</sup> *Towards Global Tax Co-operation. Report to the Ministerial Council Meeting and recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices.* Available at: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf> [2015-07-15].

<sup>18</sup> *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters.* Available at: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2082215.pdf> [2015-07-15].

The OECD has been monitoring jurisdictions including tax havens which have used both bilateral and multilateral measures. Thus, the list of countries which have agreed to co-operate according to the OECD standards is periodically updated. Following an extensive analysis in 2004 the OECD issued *The OECD 's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report* (2004 report)<sup>19</sup>, and in 2006, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries*<sup>20</sup>, which were concerned with achieving a global level playing field in the areas of transparency and an effective exchange of information for tax purposes. In 2013 the OECD produced an *Action on Base Erosion and Profits Shifting* (BEPS)<sup>21</sup> to counter harmful practices more efficiently. Action 5 of BEPS requires an improvement in transparency including a compulsory spontaneous exchange on rulings related to preferential regimes. Multilateral measures have also been taken at the EU level. In 1997 the Council of Economics and Finance Ministers (ECOFIN) adopted the Code of Conduct for business taxation<sup>22</sup>. The Code is not a legally binding instrument but it clearly does have political force. According to the EU Code of Conduct, Member States that lower the effective tax burden from the normal tax burden in that state may be identified as using harmful tax practices. A low tax burden can result from a special tax rate, tax base or other premises. The provisions of the EU Code of Conduct are very similar to the OECD regulations and therefore my aim is not to treat them separately but to discuss harmful tax competition.

#### IV. THE ROLE OF THE WTO IN HARMFUL TAX COMPETITION INITIATIVES

The WTO is an international organization whose aim is to foster trade liberalization and its role is not to be underestimated. The WTO is a forum for governments to negotiate trade agreements and to settle trade disputes. It is worth emphasizing that the WTO is not a tax organization and consequently documents concluded under its auspices are not tax agreements *per se*. Nevertheless, some tax regulations do occur in these documents. The question arises as to whether they can be analyzed in the sense of harmful tax competition as defined by the OECD or the EU. This issue is crucial because there are 28 members of the EU and all of them are also the members of the WTO<sup>23</sup>. To answer whether the WTO in fact focuses on this issue the following agreements need to be presented. There are three pillars of the WTO: goods, services and intellectual property. This division is reflected in 3 multilateral agreements: the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the General Agreement on Trade in Services (GATS) and the Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). The first two concern tax regulations, solely. There is also the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM Agreement) which refers to taxes. None of these agreement however include a definition of harmful tax competition. Hitherto this issue has not been taken into consideration during Rounds negotiations but it is vital to conclude if there is any relationship between WTO and OECD tax regulations in this matter.

---

<sup>19</sup> *The OECD 's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report*. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/30901115.pdf> [2015-07-15].

<sup>20</sup> *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries*. Available at: <http://www.oecd.org/tax/harmful/37446434.pdf> [2015-07-15].

<sup>21</sup> Available at: <http://www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm>, [2015-07-15].

<sup>22</sup> *Resolution of the Council and the representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council of 1 December 1997 on a code of conduct for business taxation*. OJEC C2 January 6 1998, Vo. 41, pp.2-6.

<sup>23</sup> Only 6 states of the EU are not a member of the OECD. These are: Bulgaria, Croatia, Cyprus, Latvia, Lithuania, Malta and Romania.

## 1. The GATT and the GATS tax regulations

The GATT and the GATS tax regulations will be analyzed in the same point because their fiscal norms are very similar, though not identical. This results from the fact that the GATT applies to goods, whereas the GATS focuses on services and service suppliers. However, both Agreements include a non discrimination principle which will be considered in the harmful tax competition aspect. This principle covers the Most Favoured Nation Treatment (MFN) and the National Treatment (NT). The MFN is provided in Art. I of the GATT<sup>24</sup> and Art. II of the GATS<sup>25</sup>. The MFN is identified as a treaty obligation employed in international trade relations. This principle reflects the blanket standard, which means it does not give any particular privileges or concessions. It applies only to the external relations of the Member States and means that they shall give equal benefits immediately and unconditionally to like products, services and service supplies regardless of their provenance. To consider whether the GATT regulations refer to harmful tax competition it is necessary to identify what type of tax the Agreement concerns. From my point of view, the MFN under the GATT provisions relates only to indirect taxes<sup>26</sup>. This approach is justified with the objective scope of this Agreement and not its subjective.

In accordance with Article I paragraph 1 the MFN applies to "any kind of charges" and "any provisions" which relate to the import or export of goods. This could lead to the conclusion that the GATT includes not only indirect taxes. However, according to the Vienna Convention on the Law of Treaties, the meaning of Article I paragraph 1 should be interpreted in its literal meaning. Therefore the provision of "any kinds of duties", which is presented at the beginning and relates solely to goods suggests that the latter regulation "any kinds of charges" is similar. For this reason it is difficult to assume that the provisions of the MFN under the GATT apply to direct taxation. In addition, the GATT rules are related to the import and export of goods, where the provisions of income taxes do not apply. Consequently the harmful tax competition issue which is presented in the OECD and the EU regulations does not apply to Article I paragraph 1 of the GATT.

There is no doubt that the GATS relates to income taxes. The MFN principle under the GATS is not unconditional. According to Art. II paragraph 2 of this Agreement, any Member State may maintain measures inconsistent with MFN clause provided that such measures are listed in the Annex to Art. II Exemptions. As soon as the GATS comes into force every Member State specifies a list of exceptions. These exceptions are to be reviewed and in principle should not be kept for more than 10 years. The list of exceptions for each Member State is attached to the Agreement. More than 400 measures have been submitted, but only 17 member states have reported tax exemptions<sup>27</sup>. The Republic of Poland did not submit any, but some countries did<sup>28</sup>. Those specified by the United States are broad and concern direct taxes in all sectors for an undetermined period. Regardless of the character of tax exemptions, a Member State which implements them is permitted to treat any other Member State in a

---

<sup>24</sup> According to Art. I of the GATT, with respects to custom duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation or imposed on the international transfer of payments, and with respect to the method of levying such duties and charges, and with respect to all rules and formalities in connection with importation or exportation, and with respect to all matters referred to in paragraphs 2 and 4 of Article III, any advantages, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.

<sup>25</sup> According to Art. II paragraph 1 of the GATS, with respect to any measures covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favorable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

<sup>26</sup> This issue is disputable. HOFBAUER, I. *To What Extent Does the OECD Harmful Tax Competition Project Violate the Most Favoured Nation Obligations under WTO Law?* European Taxation, Vol. 44, 2004, no. 9, p. 401.

<sup>27</sup> FARRELL, J.E. *The Interface of International Trade Law and Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2013. p. 185.

<sup>28</sup> Except the United States countries reported narrow tax exemptions, Ibidem.

different way. For instance if country A grants a lower tax rate for service suppliers from country B, like service suppliers from country C are not entitled to take advantage of this favourable rate. The harmful tax competition under the OECD and the EU provisions rely on granting some tax benefits but only to an entitled person. The same situation can take place in accordance with Art. II paragraph 2 of the GATS and the WTO law. Therefore the harmful tax competition complies with the MFN principle<sup>29</sup>. The National Treatment (NT) principle constitutes one of the basic principles of the multilateral GATT/WTO system and reflects the avoidance of protectionism. It recognizes that imported manufactured goods, services and service suppliers should be treated no less favourably than that domestic ones. This does not signify that imported and domestic goods must be treated equally<sup>30</sup>. The NT principle in tax matters is included in Art. III paragraph 1,2 and 4 of the GATT<sup>31</sup> and Art. XVII of the GATS<sup>32</sup>. In contrast to the GATT, the GATS does not include a NT principle which relates to all Member States and all service sectors. Because of this fact the NT principle in the GATT is a general rule, whereas the NT principle in the GATS is a Specific Commitments<sup>33</sup>. If it the above statements are assumed to be truth, that the GATT does not relate to direct taxes and the NT principle concerning the harmful tax competition aspect is not taken into consideration. In turn the GATS applies to direct taxes. Therefore if whatever Member State A accords to foreign services and service suppliers of Member State B tax treatment no less favourable than accorded to its own service suppliers, it is in accordance with the OECD and the EU regulations. There are two options in which way Member State A shall treat foreign entities or activities. The first tax base shall be equal and the second shall be more favourable. Tax havens levy no taxes or lower taxes on local and foreign taxpayers and tax preferential regimes exempt or reduce taxes only on foreign entities or activities. Therefore, generally, tax havens and preferential tax regimes are in accordance with the NT principle<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> LU, L. *WTO - Compatibility of Harmful Tax Practice* [in:], The relevance of WTO Law for Tax Matters J. HERDIN-WINTER, I. HOFBAUER (ed.). Wien: Linde, 2006. p. 398.

<sup>30</sup> STINGH, CH. *Non-Discrimination in Tax Matters in the GATT- National Treatment* [in:] The relevance of WTO Law..., op.cit. p. 51.

<sup>31</sup> Under Art. III .1 of the GATT the contracting parties recognize that the internal taxes and other internal charge, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production , 2. The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charges to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1.

4.The products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall be accorded treatment no less favourable than that accorded to like products of national origin in respect of all laws, regulations and requirements affecting their internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use. The provisions of this paragraph shall not prevent the application of differential internal transportation charges which are based exclusively on the economic operation of the means of transport and not on the nationality of the product.

<sup>32</sup> Under Art. XVII.1 of the GATS in the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like service suppliers.

2. A Member may meet the requirement of paragraph 1 by according to services and service suppliers of any Member, either formally different treatment to that it accords to its own like services and service suppliers.

3. Formally identical or formally different treatment shall be considered to be less favourable if it modifies the conditions of competition in favour of services or service suppliers of the Member compared to like service suppliers of any other Member.

<sup>33</sup> THIEL, S. VAN. *General Report* [in:] WTO and Direct Taxation, M. Lang, J. Heredin, I. Hofbauer (ed.). Wien: The Linde, 2005. p. 35.

<sup>34</sup> LU, L. *WTO- Compatibility of Harmful Tax Practices* [in:], The relevance of WTO...op. cit, p. 399.

## 2. The SCM Agreement tax regulations

The SCM Agreement is one of the most important agreements relating to subsidies<sup>35</sup>. It refers to the trade of goods, not to services. From the harmful tax competition aspect it is vital to answer what kind of taxes it refers to. There is no doubt that the provisions of the SCM Agreement include direct taxation<sup>36</sup> and therefore its regulations may be analyzed from the perspective of the compatibility of harmful tax practices. The definition of subsidy is included in Art. I of the SCM Agreement<sup>37</sup>. Tax subsidies are expressly an example of tax relief and are prohibited if they relate to the export activities or the use of domestic goods over imported ones. The issue arises as to whether prohibited subsidies create harmful tax competition or not as the SCM Agreement does not differentiate the fair from unfair tax competition<sup>38</sup>. The United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations" dispute (FSC)<sup>39</sup> is the first WTO case where prohibited export subsidies were treated in the light of harmful tax competition. According to the 2000 report the American FSC legislation is identified as a potentially harmful preferential tax regime. This results from the three main points of argumentation. Firstly, there is no effective tax rates on the foreign trade income. Secondly that the legislation creates a ring - fencing regime often described as domestic tax haven. Thirdly these provisions are not subjected to international transfer pricing principles<sup>40</sup>.

## V. CONCLUSIONS

In the globalized world harmful tax competition is regulated at the global and regional level. This is reflected in the regulations of both the OECD and the EU, which are strikingly similar. The WTO is an international organization which is gaining more and more importance on the international stage but does not address the issue of harmful tax competition directly. Furthermore The GATT, the GATS and the SCM Agreement do not cover such concepts as tax haven or preferential tax regime. However, some provisions of these agreements do relate to direct taxation and therefore they can be analyzed from the perspective of harmful tax competition. Nevertheless the link between the WTO provisions and direct taxation is not straightforward and sometimes disputable, for example the MFN principle in the GATT. Subsequently the WTO regulations do not deal specifically with this issue. Simultaneously, tax issues are associated with the sovereign power of states and as this is a sensitive matter it is difficult to address. In my opinion, even though the WTO does not deal directly with this problem, it certainly does not mean that harmful tax competition is not an issue it ignores. The main aims of the WTO are to adopt regulations ensuring that trade

<sup>35</sup> The GATS and the Agreement on Agriculture also relate to subsidies.

<sup>36</sup> And also indirect taxation.

<sup>37</sup> According to Art. I .1 For the purpose of this Agreement , a subsidy shall be deemed to exist if: (a) 1 there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member (referred to in this Agreement as "government"), i.s. where:

(i) a government practices involves a direct transfer of funds (e.g. grants, loans and equity infusion), potential direct transfer of funds or liabilities (e.g. loan guarantees);

(ii) government revenue that its otherwise due is foregone or not collected (e. g. fiscal incentives such as tax credits);

(iii) a government provides goods or services other than general infrastructure, or purchases goods;

(iv) a government makes payments to a funding mechanism, or entrusts or directs a private body to carry out one or more of the type of functions illustrated in (i) to (iii) above which would normally be vested in the government and the practice, in no real sense, differs from practices normally followed by governments; or

(a) (2) there is any form of income or price support in the sense of Article XVI of GATT 1994 and

(b) a benefit is thereby conferred.

1.2.A subsidy as defined in paragraph 1 shall be subjected to the provisions of Part II or shall be subject to the provisions of Part III or V only if such a subsidy is specific in accordance with the provisions of Article II.

<sup>38</sup> FARRELL, J.E. *The Interface of International Trade...*op.cit, p.179.

<sup>39</sup> WT/DS108R/08/10/1999. Report of Appellate Body WT/DS108/AB/R, 24/02/2000.

<sup>40</sup> LU, L. *WTO- Compatibility of Harmful Tax Practices* [in:] The relevance of WTO...op.cit, p. 403.



flows smoothly, predictably and freely as well as to support fair competition<sup>41</sup>. As harmful tax practices distort trade of goods and services and also have a negative influence on competitors, it is not in accordance with the goals of the WTO. This is particularly evident in the FSC dispute where the OECD 2000 report stated that the American legislation (FSC) constitutes harmful tax competition and therefore the WTO Panel clearly identified that it creates prohibited export subsidies. In my view this dispute should be the subject of wider discussions at WTO level in order to adopt provisions defining harmful tax competition.

### KEY WORDS

harmful tax competition, the World Trade Organization (the WTO), the Organization for Economic Co-Operation and Development (the OECD), the European Union (the EU), indirect and direct taxation

### KLÚČOVÉ SLOVÁ

Škodlivá daňová súťaž, Svetová obchodná organizácia (WTO), Organizácia pre hospodársku spoluprácu a rozvoj (OECD), Európska únia, priame a nepriame zdaňovanie.

### BIBLIOGRAPHY

1. Agreement on Exchange of Information on Tax Matters. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2082215.pdf> [2015-07-15] Available at: <https://www.wto.org/> [2015-08-03].
2. BLUMBERG M., The OECD Report on Harmful Tax Competition: Is "Harmful Tax competition "Actually Harmful?. Available at: [http://www.globalphilanthropy.ca/images/uploads/Harmful\\_Tax\\_Competition\\_and\\_the\\_OECD.pdf](http://www.globalphilanthropy.ca/images/uploads/Harmful_Tax_Competition_and_the_OECD.pdf) [2015-06-30].
3. EDWARDS, CH.R., MITCHELL D. Global Tax Revolution: The Rise of Tax Competition and the Battle to Defend it, Washington D.C., Cato Institute 2008, 8 p. ISBN 978-1-933995-18-2.
4. FARRELL J.E., The Interface of International Trade Law and Taxation; Amsterdam IBFD 2013, p.185 ISBN: 9789087221836.
5. GRZEBYK M., KRYŃSKI, Z. Konkurencja i konkurencyjność przedsiębiorstw. Ujęcie teoretyczne. Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego nt. Nierówności społeczne a wzrost gospodarczy. Uwarunkowania sprawnego działania w przedsiębiorstwie i regionie, ISSN 1898-5084, Vol. 20, 2011, p.107.
6. HAYEK, F. A. The Road to Serfdom. Text and Documents – The Definitive Edition, B. Caldwell [ed.], Routledge 2014, p. 87, ISBN: 9781317541974.
7. HEY, J. National Report Germany [in:] Tax Competition in Europe, W. Schon [ed.] Amsterdam: IBFD Publications, 2003, pp.253-258 ISBN 9076078556.
8. HOFBAUER, I. To What Extent Does the OECD Harmful Tax Competition Project Violate the Most Favoured Nation Obligations under WTO Law? European Taxation, ISSN 0014-3138, Vol. 44, 2004, no. 9, p. 401.
9. [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/harmful\\_tax\\_practices/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm), [2015-07-17].
10. <http://www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm> [2015-07-15].
11. LAMPREAVE, P. Fiscal Competitiveness versus Harmful Tax Competition in the European Union. Bulletin for International Taxation, Vol.65, 2011, no. 6, p. 4. Available at:

<sup>41</sup> Available at: <https://www.wto.org/> [2015-08-03].

- <http://www.law.hku.hk/aiifl/wp-content/uploads/2012/05/Paper-Fiscal-Competitiveness-versus-Harmful-Tax-Competition-in-the-European-Union.pdf> [2015-06-15].
12. LU, L. WTO- Compatibility of Harmful Tax Practice [in:], *The relevance of WTO Law for Tax Matters* (ed.) J. HERDIN-WINTER, I. HOFBAUE. Wien: Linde 2006, p. 398 ISBN: 9783707310535.
  13. OECD, *Harmful Tax Competition - An Emerging Global Issue*. Paris: OECD, 1998, pp.1-80 ISBN 92-64-16090-6.
  14. Resolution of the Council and the representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council of 1 December 1997 on a code of conduct for business taxation. OJEC C2 January 6 1998, Vo. 41, pp.2-6.
  15. SHAXSON N., O' HAGAN E.M. A Competitive Tax System is a Better Tax System, *Tax Justice Network* 2013. Available at: [http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TJN\\_NEF\\_130418\\_Tax\\_competition.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/TJN_NEF_130418_Tax_competition.pdf) [2015-05-15].
  16. STINGH, CH. Non-Discrimination in Tax Matters in the GATT- National Treatment [in:] *The relevance of WTO Law for Tax Matters* (ed.) J. HERDIN-WINTER, I. HOFBAUER. Wien: Linde 2006, p. 51 ISBN: 9783707310535.
  17. STUCKE, M. E. Is competition always good?. *Journal of Antitrust Enforcement*, ISSN 2050-068, Vol. 1, 2013, iss.1, pp. 165-166.
  18. TEATHER, R. *The Benefits of Tax Competition*. The Institute of Economic Affairs, London 2005, pp. 25 - 36 ISBN 0255365691.
  19. The OECD 's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/30901115.pdf>, [2015-07-15].
  20. The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries. Available at: <http://www.oecd.org/tax/harmful/37446434.pdf>, [2015-07-15].
  21. THIEL, S. VAN. General Report [in:] *WTO and Direct Taxation* (ed.) M. Lang, J. Heredin, I. Hofbauer. Wien: Linde 2005, p. 35 ISBN: 3 707307107.
  22. *Towards Global Tax Co-operation*. Report to the Ministerial Council Meeting and recommendations by the Committee on Fiscal Affairs. Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/harmful/2090192.pdf> [2015-07-15].
  23. WEEKLY, E. *An Etymological Dictionary of Modern English*. Courier Corporation, Vol.1, 2013, p. 345 ISBN 9780486122878.
  24. WILSON, J.D. *Theories of Tax Competition*. *National Tax Journal*, ISSN 0028-028, Vol.52, 1999, no.2, p.270.

## CONTACT DETAILS OF AUTHOR

**Małgorzata Wróblewska**  
University of Gdansk  
Faculty of Law  
Financial Law Department  
Jana Bażyńskiego 6  
80-980 Gdansk  
Poland  
E: [mwroblewska1@tlen.pl](mailto:mwroblewska1@tlen.pl)

**THE ROLE OF RECOMMENDATIONS AND  
GUIDELINES OF THE FINANCIAL SUPERVISION  
COMMISSION (KNF) IN COMBATING THE  
IRREGULARITIES ON THE BANKING AND INSURANCE  
MARKET IN POLAND**

**ÚLOHA ODPORÚČANIA A USMERNENIA KOMISIE  
PRE FINANČNÝ DOHLAD (KNF) V OBLASTI BOJA PROTI  
NEZROVNALOSTIAM NA TRHU V OBLASTI  
BANKOVNÍCTVA A POISŤOVNÍCTVA V POĽSKU.**

*Monika Szaraniec*

*Kraków University of Economics*

**ABSTRACT**

*This article applies to the essence of recommendations and their role in influencing banking and insurance. The legal nature of the recommendations, as well as the difference between recommendations issued by the Financial Supervision Authority and those issued by local self-government are presented here. The article also indicates the differences of legal regulations of the recommendations issued by the Financial Supervision Authority recommendations in relation to banks and insurance companies. The author postulates unification of these regulations for the safety of trading in financial services, financial market of the consumer protection.*

**ABSTRAKT**

*Tento článok sa týka podstaty odporúčaní a ich úlohe v ovplyvňovaní bankovníctva a poisťovníctva. Právna povaha odporúčaní, rovnako ako rozdiely medzi odporúčaniami vydanými Úradom finančného dozoru a tými, ktoré vydáva miestna samospráva sú v tejto práci prezentované. Táto práca tiež poukazuje na rozdiely medzi právnymi predpismi - odporúčaniami vydanými Úradom finančného dozoru a odporúčaniami vzťahujúcimi sa na banky a poisťovne. Autorka predpokladá unifikáciu/zjednotenie týchto právnych predpisov pre bezpečnosť obchodu v oblasti finančných služieb, finančného trhu na ochranu spotrebiteľa.*

**INTRODUCTION**

The aim of this paper is an attempt to analyse and evaluate the legal nature of issuing recommendations of good practices (i.e. the guidelines) by the Financial Supervision Authority for the banking sector and economic insurance. The discussed supervisory instruments are of a growing importance in the financial market and the in real terms they affect the practice of banking and insurance activities. The occurrence of an increasing number of Acts of a soft law character, created by the Financial Supervision Authority, is beginning to rise. Polish Financial Supervision Authority issued 19 recommendations aimed

at banks<sup>1</sup>, and 5, which were addressed to insurance companies.<sup>2</sup> The indicated recommendations allow a quick response (communication) for Polish Financial Supervision Authority when it identifies the risk of the unlawful behaviour of banks or insurance companies without the necessity to institute individual cases. On the other hand, this also provides for the supervised entities (banks, insurance companies), access to knowledge concerning the approach of the supervisory authority. The study highlighted the differences between the recommendations and the guidelines issued by the FSA with the recommendations developed by the economic self-governments.

## I. THE LEGAL NATURE OF ISSUING RECOMMENDATIONS BY THE FINANCIAL SUPERVISION AUTHORITY

The problem of the legal nature of the recommendations issued by the FSA has already been the subject of studies in the doctrine.<sup>3</sup>

The recommendations are the standards of the recommended by the FSA proceedings the compliance of which cannot be ordered through the use of state coercion.<sup>4</sup> These are the standards of general and abstract nature, being a reaction to the perceived threats to the functioning of banks by supervisory authority. They should be considered as guidelines (rules) of recommended procedure. It should be agreed with the view that recalling these principles is not creating law, but the fulfilling the market supervisor, which must strive for the supervised entities to act in accordance with the applicable law.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Recommendation A concerning managing the risk accompanying transactions on the derivatives market concluded by banks, which is attached hereto, 2010; Recommendation B on the control of banks' capital investment risk, 2002; Recommendation C on the management of large exposure risk, 2002; Recommendation D on the management of IT and telecommunications risk at banks, 2013; Recommendation F on the basic criteria applied by the Commission for Banking Supervision in approving rules issued by mortgage banks for the determination of the mortgage lending value of property, 2014; Recommendation G on the management of interest rate risk at banks, 2002; Recommendation H on bank internal controls and audit, 2011; Recommendation I on the management of foreign exchange risk at banks and principles for the performance by banks of transactions involving exposure to foreign exchange risk, 2010; Recommendation J on the creation by banks of data bases concerning the property market, 2012; Recommendation K on the principles for the maintenance by mortgage banks of collateral accounts for mortgage bonds and projections of those accounts, 2014; Recommendation L on the role of external auditors in contributing to the process of bank supervision, 2001; Recommendation M on the management of operational risk at banks, 2013; Recommendation P on bank liquidity monitoring systems, 2015; Recommendation R concerning the rules for identification of impaired balance-sheet credit exposures, calculation of impairment losses on balance-sheet credit exposures and provisions for off-balance-sheet credit exposures, 2011; Recommendation S concerning good practices related to mortgage-secured credit exposures, 2013; Recommendation T on best practices in managing credit risk related to exposures to households, 2013; Recommendation U - on bancassurance, 2014; Recommendation W on internal models at banks, 2015. See more: <https://www.knf.gov.pl/regulacje/praktyka/rekomendacje/rekomendacje.html>

<sup>2</sup> Guidelines on the Management of Information Technology and ICT Environment Security for General Pension Companies 2014), Guidelines on Motor Vehicle Insurance Claims Settlement (2014), Guidelines on flood risk management in the insurance sector (2014), Guidelines on the Management of Information Technology and ICT Environment Security for Insurance and Reinsurance Undertakings (2014). See more: [http://www.knf.gov.pl/en/aktualnosci/PFSA\\_Guidelines\\_16122014.html](http://www.knf.gov.pl/en/aktualnosci/PFSA_Guidelines_16122014.html)

<sup>3</sup> T. CZECH, The Legal Nature of FSA Recommendations, *Przegląd Prawa Publicznego* 2009, no 11, p. 63-80; M.Olszak, Recommendations banking supervisory authority - the genesis, subject to regulations, the legal nature, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego* 2010, no 11, p. 2-11; J.A. Krzyżewski, Supervisory Recommendations - the legal nature and the scope of the binding force, *Prawo bankowe* 2000, no 7-8, p. 110-121; D. Lewandowski, The regulatory function of banking supervision. Prudential supervisory Recommendations A,B,C of 3 March 1997, *Prawo bankowe* 1997, no 3, p. 55-68.

<sup>4</sup> R. TUPIN, Supervisory Acts of the Financial Supervision Authority (w:) The principles of social and economic system in the process of applying to the Constitution (red.) C. Kosikowski, Warszawa 2005, s. 205.

<sup>5</sup> M. ORLICKI, Recommendation U, Distribution Guidelines, Draft Insurance and Reinsurance Activity Act, - a Chance to Change the Practice of Concluding and Implementing Group Insurance, *Prawo Asekuracyjne* 2015, no 1, p. 26.

For those reasons, as opposed to other acts that have arisen from the statutory authorization, Polish Financial Supervision Authority recommendations may not impose on their recipients any obligations and only recommend taking certain actions.<sup>6</sup>

In addition, it should be emphasized that the recommendations of Polish Financial Supervision Authority do not fall within the category of acts of generally applicable law, since they are not included in Art. 87 of the Constitution of the Republic of Poland<sup>7</sup>. For those reasons Polish Financial Supervision Authority recommendations cannot become a legal basis for an administrative decision due to their not-governing character (sanctions supervision by the Polish Financial Supervision Authority), and cannot be a subject of the control supervised by administrative courts.<sup>8</sup> Such a sanction imposed by Polish Financial Supervision Authority must have a legal basis within the legal regulations in force. In the event of issuing by the FSA an administrative decision based on the recommendation the possibility of an annulment is postulated due to lack of legal grounds for its release pursuant to art. 156 par. 1 point 2 of the Code of Administrative Procedure.<sup>9</sup> However, the provisions of generally applicable law interpreted in a manner consistent with the recommendations may be the basis for any decisions and judgments.<sup>10</sup>

Recommendations cannot therefore be considered as the source of universally binding standards. The literature indicates that they cannot be considered as a source of national law (acts of internal management), as pursuant to art. 93 of the Constitution of the Republic of Poland, there is no organizational subordination of insurance companies (including banks) towards Polish Financial Supervision Authority.<sup>11</sup>

No less compelling is the Constitutional Court's judgment of 28 June 2000 (Ref. No. K 25/99, OTK ZU 2000, No. 5, pos. 141), that formulated the requirements, the fulfilment of which gives the possibility of issuing internal legislation in view of entities functionally subordinated to state. Constitutional Tribunal explained that the body entitled to do so can only be the constitutional body, the acts themselves may concern only the constitutionally defined public duties. These considerations make it clear that Polish Financial Supervision Authority is not entitled to issue internal legislation addressed to insurance companies (banks) because it is not a constitutional body and does not completely to fulfil constitutional public duties.<sup>12</sup>

## **II. THE FINANCIAL SUPERVISION AUTHORITY SUPERVISORY RECOMMENDATIONS AND GOOD PRACTICE RECOMMENDATIONS DEVELOPED BY LOCAL GOVERNMENTS ADDRESSED TO BANKS AND INSURANCE COMPANIES**

Self-regulation of the market in the form of recommendations of best practices represent a kind of filling the loophole (inconsistencies of a legal provision). The legal nature of the recommendations should be identified as so-called self-governance namely a regulation introduced voluntarily by entities operating within the market. And there appears to be a

<sup>6</sup> R. KASZUBSKI, *The functioning of the sources public banking law*, Zakamycze 2006, p. 78.

<sup>7</sup> The system of sources of law in a given State is closed within the subjective and objective terms.

S.WRONKOWSKA, *Basic concepts of law and jurisprudence*, Poznań 2005, p. 26.

<sup>8</sup> A.SKOCZYLAS, Bank protection measures to the proceedings before the Commission for Banking Supervision (selected), *Prawo Bankowe* 2002, no 2, p. 58.

<sup>9</sup> T. NIEBORAK (w:) *Act on Capital Market Supervision. Comment*, red. T. Nieborak, T. Sójka, Warszawa 2011, p. 78, See also T. Czech, *The Nature.....*, s. 78.

<sup>10</sup> M. ORLICKI, *Recommendation U....*, s.26.

<sup>11</sup> In the literature, however, they are different opinions on this subject. See, e.g. T. Czech *The legal nature ....*, pp. 70-71 - the author discusses the views of doctrine in this regard.

<sup>12</sup> See more: R. TUPIN, *Commentary to the judgement of TK of 28 June 2000 (ref. Act K 5/99)*, *Przegląd Sądowy* 2001, z. 1, p. 87.

significant difference between Recommendations and Guidelines issued by the PFSA and recommendations of best practices developed by the economic self-government (i.e. by the Polish Bank Association and Polish Chamber of Insurance). In the former case we have the effect of independent activities acting as the supervisory authority.<sup>13</sup> However, for the latter we have the effect of self-regulation, which is the result of an effort and a compromise of entities undergoing such regulations. They may be considered as restrictions voluntarily imposed on each other by financial market participants.<sup>14</sup>

The adopted market practices should be regarded as an established custom in the financial market and, therefore, have legal effects of an act concluded by a market participant.<sup>15</sup> While voluntarily accepted by banks or insurance companies, they constitute the Code of Good Practices within the meaning of Art. 2 point 5 of the Act on Unfair Commercial Practices.<sup>16</sup> Whether in this case banks or insurance companies apply the practice different from the declared as compliant with the content of recommendations, such activities may be regarded as contrary to the law and cause certain actions government bodies responsible for protecting the interests of consumers.<sup>17</sup>

In the case where the bank's actions are contrary to the regulations of recommendations, the Office of Competition and Consumer Protection (UOKiK) may initiate administrative proceeding on the application of unfair market practices. On the other hand, when it is determined that the use of unfair market practice harms the collective interests of consumers, the OCCP President may, on the basis of the provisions of the Act of 16 February 2007 on competition and consumer protection<sup>18</sup> take action to eliminate this practice from the market. Appropriate action may be taken by the other organizations responsible for protecting the interests of persons insured: the Insurance Ombudsman, the Ombudsman and the county or municipal Consumer Ombudsmen.<sup>19</sup>

The activities may also be taken by consumers themselves, exercising the powers granted in Art 12 paragraph 1 of the Act on Unfair Commercial Practices, according to which the consumer can individually apply to the court with the following civil law claims:

- 1) such a practice be discontinued;
- 2) the effects of such a practice be removed;
- 3) a single or multiple statement of appropriate content and appropriate form be made;
- 4) the damage as per general terms and conditions be redressed and, in particular, to request that the contract be cancelled and the benefits mutually returned and the costs associated with the purchase of the product be reimbursed by the trader;
- 5) an adequate amount of money be adjudicated for a specific social cause related to supporting the Polish culture, national heritage or consumer protection.<sup>20</sup>

---

<sup>13</sup> Such a state of law applies in the banking law, and the insurance market legislator in the Act of 11 September 2015 on the insurance and reinsurance activities, in Art. 365 paragraph. 2 requires the supervisory authority to consult the draft of recommendations with stakeholders and institutions.

<sup>14</sup> M. KOPYŚCIAŃSKI, *Border of legal interference in functioning of alternative systems of the turnover with financial instruments (MTF)*, Wrocław 2013, p. 210.

<sup>15</sup> P. WAJDA, *Accepted market practices - the legal status*, *Monitor Prawa Bankowego* 2014, no 7-8, p. 138.

<sup>16</sup> The Act of 23 August 2007 on combating unfair commercial practices (*Journal of Laws* no 171, item 1206)

<sup>17</sup> In accordance with Art. 5 paragraph. 2 Section 4 of the Act of 23 August 2007 on combating unfair commercial practices. An unfair commercial practice shall be regarded inter alia as „*commercial practice misleading that involves the failure to comply with a code of good practice to which a trader voluntarily joined, if the entrepreneur informs within the framework of market practice that he/she is bound by the code of good practice*”.

<sup>18</sup> OJ. no 50, item 331.

<sup>19</sup> B. MROZOWSKA, *Bancassurance – regulation and self-regulation of the market*, *Prawo Asekuracyjne* no 3/2012, p. 38.

<sup>20</sup> See also, p. 39.

So far, the Polish Banks Association (ZBP) adopted three recommendations of good practices in the area of *bancassurance*<sup>21</sup>:

- The First Recommendation of the Polish Chamber of Insurance and PBA on protective insurance linked to banking products<sup>22</sup>,
- The second recommendation of good practice on the Polish *bancassurance* market in the Scope of Financial Insurance Combined with Bank Products Secured by Mortgage<sup>23</sup>,
- The third recommendation of good practice on the Polish *bancassurance* market in respect of insurance with an investment or savings component.<sup>24</sup>

These recommendations have taken the consultations with the Polish Chamber of Insurance (PIU), the Insurance Ombudsman, the Financial Supervision Authority, the Office of Competition and Consumer Protection, the Government Plenipotentiary for Equal Treatment, as well as banks and insurance companies into account.

The indicated recommendations apply to the irregularities observed in the phenomenon of *bancassurance*. In practice, banks act as the policyholder (party to a contract of insurance on someone else's behalf) by purchasing an insurance on behalf of their clients. Additionally, banks charge a payment from the insurance companies related to the agreements of group insurance. Therefore, they are also interested in obtaining the greatest group of clients using insurance coverage. It comes in this situation rights violations of bank customers via: their hampered access to the content of the insurance contract, restrictions on freedom of having the choice of an insurer of the bank's customer, the lack of possibility to direct claims by the insured or their heirs, as well as the problem of recourse claims directed to the borrowers by insurers after paying the insurance to the bank.

In 2012 the Financial Supervision Authority tried to establish, by directing a supervisory survey for banks, whether they adhere to high standards in the distribution of insurance and whether, and to what extent, they have adjusted to the previously discussed recommendations prepared by Polish Chamber of Insurance and adopted by the Polish Bank Association.<sup>25</sup>

It proved that within the phenomenon of *bancassurance* still a significant breaches and violations of the rights of bank customers appear, i.e. Banks merge the function of the policyholder and the broker charging the insurance company with a remuneration characteristic for a broker, banks continue to transmit their customers with the minimum information in connection with the accession to the insurance contract to a third party. On the other hand, up 76.3% of the surveyed banks declared that the insured client has the possibility

---

<sup>21</sup> See: [www.zbp.pl](http://www.zbp.pl) *Bancassurance* is providing insurance by banks (intermediation in the conclusion of insurance contracts or offering accession to the insurance contract, i.e. the agreement on behalf of customers) on the basis of agreements concluded between the bank and the insurance company directly linked to the service, banking and insurance services of investment or savings (bank customer under a separate agreement agrees to cover the costs of bank insurance protection against different types of risk covered by the insurance contract).

<sup>22</sup> The first edition of the Recommendation was adopted by the Committee on Consumer Credit at the PBA on 25 February 2009 and by the Board of the Polish Bank Association on 3 April 2009, the second edition of the Recommendation was adopted by the Committee for Consumer Credit at the PBA on 25 June 2012 and approved by the Board of the Polish Bank Association on 10 July 2012.;

<http://www.piu.org.pl/public/upload/ibrowser/Rekomendacje/I%20Rekomendacja%20Bancassurance.pdf>

This recommendation was developed in cooperation with the Polish Chamber of Insurance and adopted by the Management Board of the Polish Bank Association on 22 December 2010 and entered into force on 1 July 2011.

[http://piu.org.pl/public/upload/ibrowser/II\\_rekomendacja\\_ba.pdf](http://piu.org.pl/public/upload/ibrowser/II_rekomendacja_ba.pdf)

<sup>24</sup> This recommendation was developed in cooperation with the Polish Chamber of Insurance and approved by the Board of the Polish Bank Association on 10 July 2012.

<http://piu.org.pl/public/upload/ibrowser/Bancassurance/Rekomendacje/III%20Rekomendacja%20Bancassurance%20-final.pdf>

<sup>25</sup> [http://piu.org.pl/public/upload/ibrowser/W.Kwaśniak\\_V\\_Kongres\\_bancassurance\\_zalozenia\\_rekomendacja.pdf](http://piu.org.pl/public/upload/ibrowser/W.Kwaśniak_V_Kongres_bancassurance_zalozenia_rekomendacja.pdf)

The survey results presented by Mr Wojciech Kwaśniak, Deputy Chairman of the Financial Supervision Commission at the Fifth Congress of *Bancassurance*, which took place on 24-25 October 2013 in Jozefów near Warszawa. The Congress was organized by the Polish Chamber of Insurance in cooperation with the Association of Polish Banks.



of direct claims and 53% of the banks accept principle of freedom of choice of insurer without restrictions. The results of supervisory surveys directed to banks within the context of the actions taken so far by the Polish Bank Association and Polish Chamber of Insurance, indicate that self-regulation of the sector through recommending the PBA and PCI - despite the fact that they are necessary indeed and they fill the legal gap - is insufficient.<sup>26</sup>

### III. THE LEGAL BASIS OF ISSUING RECOMMENDATIONS IN THE BANKING LAW

The provision of Art 137 paragraph 5 of the Banking Act<sup>27</sup> indicates that the PFSA may make recommendations concerning good practices cautious and stable management of banks. They are a source of banking prudential norms that are not the legal standards. Furthermore Art. 102 section 2 of the Act on payment services<sup>28</sup> states that the PFSA may make recommendations concerning good practices prudent and stable management of the national payment institutions, having regard to protection of the interests of users or holders of electronic money. Moreover, art. 62 paragraph. 2 of the Act on Cooperative Savings and Credit Association<sup>29</sup> stipulates that the PFSA may issue, after consulting the National Association, recommendations on best practices of prudent and stable management of the savings banks. Follows from the foregoing that Polish Financial Supervision Authority has a legal basis to issue a recommendation on the banking market supervision, as required under the applicable standards for the legal basis for issuing recommendations.

In the banking law recommendations are only acts on good practices of cautious and stable banks management. Legislature does not *expressis verbis* indicate in their case that they are binding for banks.<sup>30</sup> They should be considered as guidelines proceedings an instrument to educate its recipients, and by this preventive effect on banking practices. Thus, the proceedings in a manner inconsistent with the pattern of behaviour, which was presented in the recommendation cannot be identified as a requirement to impose supervisory sanction by the PFSA. In contrast, orders and expectations formulated by the PFSA to establish the validity and authority of this recommendation should be interpreted as meaning that within the prescribed time and scope they remain, in the opinion of Polish Financial Supervision Authority, valid.<sup>31</sup>

*De lege ferenda* it seems that it is necessary to introduce to the Banking Act a provision which clearly would have resulted in possibility failure of the bank to comply with the content of recommendations. Indeed compliance with the recommendations should be fully based on the rule of *comply or explain* where banks could not apply to the Polish Financial Supervision Authority recommendation, but in a such a case at the request of Polish FSA a bank would be obliged to make a proper explanation. The explanation should indicate the circumstances and the reason of being not obliged, as well as the way in which the bank intends to remove the consequences of not applying to the recommendations. Therefore, banks should be given the option enshrined in law, to demonstrate in the process of supervisory review and evaluation that despite the failure specified in the recommendation solutions objective indicated in it was realized by adopting another alternative solution that is not in contravention of action recommended by Polish Financial Supervision Authority. It should be *de lege ferenda*

<sup>26</sup> M. SZARANIEC, Self-regulation of bancassurance services market as a result of irregularities in their functioning (in : "New types of services in business", ed. A. Walaszek-Pyziół, T. Długosz, Difin, Warszawa 2014, pp. 178-194.

<sup>27</sup> The Act of 29 August 1997 Banking Law (Dz. U. 2015-, i.e., Pos. 128 as amended.)

<sup>28</sup> The Act of 9 August 2011 on payment services (OJ 2011 No 199, item. 1175, as amended.)

<sup>29</sup> Act of 5 November 2009 on Credit Unions (OJ 2012-, i.e., pos. 855 as amended.)

<sup>30</sup> Otherwise the matter in art. 137 item 3 of the Banking Act, a provision which is directly binding for banks about the liquidity standards and other standards of acceptable risk in the banks' operations.

<sup>31</sup> M. OLSZAK, Banking prudential standards, Białystok 2011, p. 185.

introduced to the Banking Act a statutory duty to consult the draft recommendations with banks and institutions of self-government.

These proposals remain highly valid in terms of new developments in this regard in the insurance economy market.

#### **IV. THE LEGAL BASIS OF ISSUING RECOMMENDATIONS IN THE LAW BUSINESS INSURANCE**

Prior to January 1, 2016, PFSA did not have a clear legal basis to issue recommendations in relation to insurance companies. The literature indicates that recommendations of 2014 issued by the supervisory authority, and addressed to insurance companies, had no legal grounds.<sup>32</sup>

In Art. 365 of the Act on Insurance and Reinsurance<sup>33</sup>, which will come into force on 1 January 2016, the Financial Supervision Authority will be granted with the right to issue recommendations addressed to the insurance and reinsurance undertakings only to the extent necessary for the implementation of guidelines and recommendations of EIOPA (European Insurance and Occupational Pensions Authority) issued pursuant to Art. 16 of Regulation of the European Parliament and the EU Council No. 1094/2010 of days 24 November 2010 on a European Supervisory Authority, amending Decision No 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79 / EC. EIOPA may issue guidelines and recommendations addressed to competent supervisory authorities of the insurance market, which operate in the Member States.

The competent national authorities and national financial institutions are required to make every effort to comply with the guidelines (Art. 6, paragraph. 3 of the aforementioned regulation). Within two months after issuing the guideline the competent national authority shall confirm whether it complies or intends to comply with that guideline. If it does not comply, and does not intend to comply, EIOPA shall be informed, with clear reasons stated. It should be noted that the provisions of EU regulation - in accordance with Art. 288 of the TFEU - are directly applicable and require no implementation into national law.<sup>34</sup> The existence of EIOPA guidelines does not result in the necessity to equip the national supervisory authorities with the power to issue guidelines. Nevertheless EIOPA shall be informed guidelines have been indicated as a justification for strengthening the remit of the Financial Supervision Authority in relation insurance undertakings and justify for the explicit legitimacy to act in this way on the market - following the example to regulations of art. 137 Section 5 of the Banking Act.

Thus, for the Financial Supervision Authority to have, based on the law, possibility to place guidelines and recommendations the EIOPA to the Polish insurance market for the national insurance and reinsurance undertakings, it became necessary to grant the Financial Supervision Authority such an instrument of influence. It should be emphasized that the new law proposes to give PFSA the right to issue guidelines the extent necessary for the implementation of guidelines and recommendations of the EIOPA issued pursuant to Art. 16 of Regulation 1094/2010 to:

- ensure compliance of the insurance and reinsurance undertakings with the law,

<sup>32</sup> See more: E. KOWALEWSKI, M. ZIEMIAK, On the legality of the guidelines of the Financial Supervision Commission, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2014, no 3, p. 15-30.

<sup>33</sup> The Act of 11 September 2015 on the insurance and reinsurance activities, hereinafter referred to as Act on Insurance.

<sup>34</sup> D. MAŚNIAK, Supervisory Recommendations and Guidelines of the Financial Supervision Authority - dialogue supervised, or "soft law" with a hard result, *Prawo Asekuracyjne* no 2/ 2015, p.6.

- prevent the violation of the interests of policyholders, insured, beneficiaries or those entitled to insurance contracts,
- limit the risk inherent in the operations of the insurance or reinsurance undertaking,
- ensure the continuing ability of the insurance undertaking to perform its obligations.<sup>35</sup>

Thus, the draft envisages granting the Financial Supervision Authority the right to issue guidelines within a wide range wherever the supervisory authority determines violations of the law or the interests of policyholders, insured, beneficiaries and any threats of fulfilling the obligations. In the explanatory memorandum of the bill was raised that the introduction of such guidelines would allow a quicker response (communication) of the supervisory authority when it identifies a risk of unlawful conduct of insurance or reinsurance without the necessity to bring individual cases. It also means that the supervised entities will be insured with simultaneous access to knowledge about the position of the supervisory authority in the proper functioning of the insurance market.<sup>36</sup>

An important innovation in the field the discussed art. 365 is the possibility of the insurance or reinsurance undertakings to declare that they do not intend to comply with the recommendations.<sup>37</sup> This applies to a situation in which the undertakings do not apply to the recommendations of the supervisory authority issued within the implementation of the guidelines and recommendations of the EIPOA.

In this case, the insurance company is obligated to inform the FSA of this fact, and the FSA has an obligation to publicize (disclose) the information received.<sup>38</sup>

Such a legal solution confirms the previous opinions in the doctrine that the recommendations are the standards prescribed, recommended by the PFSA proceedings, compliance with which may not be ordered by the imposition of sanctions by the supervisory authority. These recommendations should be considered as guidelines for the proceedings which are an instrument for preventative effect on the insurance practice. No less in the adopted regulation can be discerned introducing penalties for non-complying with the insurance companies addressed to them by the PFSA recommendations. The penalty is a result, however, from the Act and it imposes on the Financial Supervision Authority the obligation to present the information on insurance companies, which had decided that they would not comply with the published recommendation of the supervisory authority.

Such a publicized information may represent a barrier for acquiring new customers by insurance companies, and for existing customers an inspiration to change the insurer in the future. In the case of issuing recommendations by the Financial Supervision Authority for the purposes referred to in Art. 363 paragraph. 1 point 2 Act on Insurance Activity the legislator also envisages the possibility to withdraw the possibility to comply with the issued guidelines. In this case, however, the legislature imposes on insurance an obligation to achieve the objectives of the procedure specified in content of the guidelines in other ways. Information, to the extent of not complying with the content of the recommendations and information on the ways to achieve the objectives set out in the recommendation, the insurance company is obliged to submit to the supervisory authority, which shall be both made public. It should be emphasized that the provision of this information is the responsibility of insurance companies.<sup>39</sup> Under these assumptions the recommendations issued by the Financial Supervision Authority and addressed to insurance companies in connection with the

<sup>35</sup> Art. 363 paragraph. 1 point 1 and 2 the Act on Insurance Activity.

<sup>36</sup> See the substantiation of the project:

<https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12269454/12276884/12276885/dokument150673.pdf>

<sup>37</sup> See: Art. 363 paragraph. 4 of the draft Act on Insurance and Reinsurance.

<sup>38</sup> Art. 365 paragraph. 4 of the Act on Insurance Activity.

<sup>39</sup> Art. 365 paragraph. 5 the Act on Insurance Activity.

objectives specified in the proposed Art. 365 paragraph. 1 point 2 the insurance company does not have an actual possibility to withdraw from the content of that recommendation. Indeed, the analysis of the content of the discussed provision that it must realize that content by other possible methods than those that indicated by the Financial Supervision Authority.

To sum up, it should be noted that a division in the proposed provision of the recommendations in Art. 365 Act on Insurance Activity the Financial Supervision Authority on those whose contents insurance is not necessarily to be realized<sup>40</sup> from those whose contents must be pursued is unclear, i.e. achieving these objectives, the implementation of which the supervisory authority has issued recommendations for (even if it means the means that had been indicated).<sup>41</sup>

The question then is what happens in a situation where the insurance undertaking does not comply with the content of the recommendations issued by the Financial Supervision Commission under Art. 365 paragraph. 1 point 2 of the Act on Insurance Activity that will be detected in the framework of the subsequent supervision. From the gist of the recommendations it is indicated that they do not belong to the group of acts legally binding and cannot the Financial Supervision Authority, by means of supervisory measures, require obliging to its content. Therefore it would be appropriate for the legislature to introduce a provision in a situation of not providing any information about the intention to not comply with the recommendation, authorizing the supervisory authority to publish such information on its own initiative, as a result of the inspection.

In fact a situation where the insurance company does not implement the obligation to provide information for the Financial Supervision Authority of not applying to the recommendations can be imagined.

In the Act a statutory obligation to consult the draft of recommendations with stakeholders and institutions, and evaluating the anticipated effects (costs and benefits) of social and economic development of the regulations prior to making the draft guidelines has been introduced.<sup>42</sup>

## SUMMARY

The codes of good practice developed by local governments are certainly good practice and as such should be created. They are the result of effort and compromise of entities undergoing such regulation. In some cases, however, a number of irregularities that appear in the financial market, e.g. In the case of *bancassurance* they are not sufficient.

Therefore, recommendations of the Supervisory Authority (the Financial Supervision Authority) seem to be a necessary legal instrument of a non-governing nature addressed to banks and insurance companies. Their general and abstract nature of the supervisory authority is the answer to the perceived threat to the functioning of banks or insurance companies in the dimension beyond a single entity, as well as to protecting financial services of the customer. It is important, however, that the control of the issuing of recommendations by the PFSA to be uniform for banks and insurance companies. Currently, insurance law provides a possibility to withdraw of an insurance undertaking from the implementing the content of recommendations, sanctions as public disclosure of information about the insurance company, which has declared that it does not comply with the issued recommendation a statutory obligation to achieve the objectives of the procedure specified in content of the guidelines by

---

<sup>40</sup> The recommendations based on Art. 365 paragraph. 1 point 1of the Act on Insurance Activity.

<sup>41</sup> The recommendations based on Art. 365 paragraph. 1 point 2 of the Act on Insurance Activity.

<sup>42</sup> Art. 365 paragraph. 1 and 2 of the Act on Insurance Activity.

other means and a statutory obligation to consult the draft of recommendations with stakeholders and institutions.

Given the above, one would postulate the possibility to propose a statutory guarantee of the principle of comply or explain in relation to the recommendations issued by the Financial Supervision Authority for the banks.

Surely this will contribute to the harmonization and consistency between the solutions in this regard on the financial market, improve its security and protect the financial services of the customer.

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

Bankové poistenie, odporúčania, finančný dohľad, trh v oblasti poisťovníctva, trh v oblasti bankovníctva.

## KEY WORDS

Bancassurance, recommendations, financial supervision, insurance market, banking market

## BIBLIOGRAPHY

1. T. CZECH, The Legal Nature of FSA Recommendations, PPP 2009, no 11.
2. R. KASZUBSKI, The functioning of the sources public banking law, Zakamycze 2006.
3. M. KOPYŚCIAŃSKI, Border of legal interference in functioning of alternative systems of the turnover with financial instruments (MTF), Wrocław 2013.
4. E. KOWALEWSKI, M. ZIEMIAK, On the legality of the guidelines of the Financial Supervision
5. Commission, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2014, no 3.
6. J.A. KRZYŻEWSKI, Supervisory Recommendations - the legal nature and the scope of the binding force, Prawo Bankowe 2000, no 7-8.
7. D. LEWANDOWSKI, The regulatory function of banking supervision. Prudential supervisory Recommendations A,B,C of 3 March 1997, Prawo Bankowe 1997, no 3,
8. D. MAŚNIAK, Supervisory Recommendations and Guidelines of the Financial Supervision Authority - dialogue supervised, or "soft law" with a hard result, Prawo Asekuracyjne 2015, no 2.
9. B. MROZOWSKA, *Bancassurance* – regulation and self-regulation of the market, Prawo Asekuracyjne 2012, no 3.
10. T. NIEBORAK (w:) Act on Capital Market Supervision. Comment, red. T. Nieborak, T. Sójka, Warszawa 2011.
11. M. OLSZAK, Recommendations banking supervisory authority - the genesis, subject to regulations, the legal nature, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2010, no 11.
12. M. OLSZAK, Banking prudential standards, Białystok 2011.
13. M. ORLICKI, Recommendation U, Distribution Guidelines, Draft Insurance and Reinsurance Activity Act, - a Chance to Change the Practice of Concluding and Implementing Group Insurance, Prawo Asekuracyjne 2015, no 1.
14. A. SKOCZYŁAS, Bank protection measures to the proceedings before the Commission for Banking Supervision (selected), Prawo Bankowe 2002, no 2.
15. M. SZARANIEC, Self-regulation of *bancassurance* services market as a result of irregularities in their functioning (in :) "New types of services in business", ed. A. Walaszek-Pyziół, T. Długosz, Difin, Warszawa 2014,
16. R. TUPIN, Commentary to the judgement of TK of 28 June 2000 (ref. Act K 5/99), Przegląd Sądowy 2001, z. 1

17. R. TUPIN, Supervisory Acts of the Financial Supervision Authority (w:) The principles of social and economic system in the process of applying to the Constitution ed. C. Kosikowski, Warszawa 2005.
18. S.WRONKOWSKA, Basic concepts of law and jurisprudence, Poznań 2005.
19. A. WAJDA, Accepted market practices - the legal status, Monitor Prawa Bankowego 2014, no 7-8.

**CONTACT DETAILS OF AUTHOR****Dr Monika Szaraniec**

Department of Civil and Economic Law  
Kraków University of Economics  
e-mail: monika.szaraniec@uek.krakow.pl

**K ŘÁDU ROZHODČÍHO SOUDU  
PŘI HOSPODÁŘSKÉ KOMOŘE ČESKÉ REPUBLIKY  
A AGRÁRNÍ KOMOŘE ČESKÉ REPUBLIKY VE ZNĚNÍ  
ÚČINNÉM K 1. 10. 2015**

**ABOUT ARBITRATION COURT ORDER  
OF THE ECONOMIC CHAMBER OF THE CZECH  
REPUBLIC AND AGRICULTURAL CHAMBER OF THE  
CZECH REPUBLIC AS IN FORCE ON OCTOBER 1, 2015**

*Karel Marek*

*Vysoká škola finanční a správní Praha*

**ABSTRAKT**

*Článek pojednává o obsahu Řádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Závěrem upozorňuje, že ustanovení o závazkových vztazích, jež se týkají uplatnění práva u soudu, soudního řízení nebo soudního rozhodnutí, se použije přiměřeně i pro uplatnění práva před rozhodčím soudem (rozhodcem), pro rozhodčí řízení nebo rozhodčí nález, jestliže se opírají o platnou rozhodčí smlouvu (rozhodčí doložku).*

**ABSTRACT**

*Article discusses the Rules of the Arbitration Court attached to the Economic Chamber of the Czech republic and Agricultural Chamber of the Czech republic. Notes that the provisions on obligational relations which concern the application of rights before court, court proceeding or court decisions, shall apply as appropriate to the application of rights before an Arbitration Court (arbitrator), to arbitration proceedings or to the award if they based on a valid arbitration agreement.*

Jak známo, **rozhodčí řízení** je mimosoudní způsob řešení sporů nezávislémi a nestrannými rozhodci, který bývá využíván jako **alternativa civilního procesu** při řešení majetkových sporů. Rozhodčí řízení je neveřejné, což je spolu s jeho rychlostí a často i nižšími náklady ve srovnání s běžným soudním řízením považováno za jeho největší výhody.

V České republice jsou v souladu s právní úpravou tři stálé rozhodčí soudy. Jsou to Burzovní rozhodčí soud při Burze cenných papírů Praha, a.s.; Rozhodčí soud při Českomoravské komoditní burze Kladno a Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky se sídlem v Praze. Posléze uvedený rozhodčí soud si na základě sjednané rozhodčí smlouvy volí řada subjektů z České republiky, ze Slovenské republiky, ale také z dalších států, zejména států z EU, ale i z jiných zemí z celého světa č. bývalých zemí SSSR. Zatímco rozhodčí soud při komoditní burze a při burze cenných papírů jsou soudy specializované, Rozhodčí soud při HK ČR a AK ČR je soud obecný. Naše pojednání je orientováno zásadně na řízení před Rozhodčím soudem při HK ČR a AK ČR.

**Rozhodčí soud při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR** požívá mimořádné autority. O tom svědčí, že v posledních letech rozhoduje kolem 2000 tuzemských

i mezinárodních sporů ročně. To je počet, který u jiných rozhodčích soudů v jiných zemích nebývá zdaleka dosahován.

Rozhodčí nálezy jsou přitom na základě tzv. Newyorské úmluvy vykonatelné ve více než 140 státech světa. O prestiži Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře ČR a Agrární komoře ČR svědčí mj. i skutečnost, že jako jeden ze čtyř ve světě a jeden ze dvou v Evropě rozhoduje spory o jména generických rodů domén: *.com*, *.org*, *.net*, apod.

Rozhodčí soud při HK ČR a AK ČR (dále jen RS) je jednou z prvních institucí v Evropě, která nabízí také rozhodčí řízení on-line. Jedná se o novou možnost vedení rozhodčího řízení, která může být efektivním nástrojem obzvláště při řešení jednodušších obchodních sporů. Celý proces probíhá elektronicky a celé řízení trvá zhruba pětadvacet dnů od elektronického podání žaloby včetně zaslání příloh, přes úhradu poplatků, jmenování rozhodce, rozhodnutí a vydání rozhodčího nálezu. Rozhodčí nález je pak možné si vyžádat i v klasické listinné formě u tajemnice Rozhodčího soudu. Takových rozhodčích řízení se zatím provádí kolem 20 ročně.

Již od roku 1949 patří RS k nejvýznamnějším mezinárodním „arbitrážním“ institucím a svým přístupem k moderním trendům rozhodování je v evropském i celosvětovém měřítku pozitivně vnímaným subjektem schopným transparentně a kvalitně řešit jemu příslušné spory.

Rozhodčí soud po založení působil při Československé obchodní komoře. Později v r. 1980 byl jeho název změněn na Rozhodčí soud při Československé obchodní a průmyslové komoře a s účinností od 1. 1. 1995 došlo ke změně názvu na Rozhodčí soud při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky. Přes uvedené změny jde stále o týž soud, který si vydobyl významné postavení zejména mezi evropskými rozhodčími soudy. Velké vážnosti se však těší i mimo kontinent.

Rozhodování Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR je charakteristické zásadami:

- jednoinstančnosti,
- rychlého rozhodování,
- malé formálnosti,
- výběrem rozhodců (rozhodce) stranami,
- rozumnými náklady,
- kvalitní administrativní podporou sekretariátem RS
- a vedením sporu a rozhodováním v souladu s určenými pravidly, zejména podle Řádu RS.

Rozhodčí soud, resp. jeho řád umožňuje klientům ovlivnit rychlost řízení, vybrat si místo, kde bude probíhat případné ústní jednání, jmenovat kvalitního rozhodce a domoci se tak svých práv s tím, že rozhodčí řízení u Rozhodčího soudu je ekonomicky dostupné právnickým i fyzickým osobám - českým i zahraničním.

V roce 2012 byl vydán **nový řád RS** (dále též jen Řád) v návaznosti na:

- novely právních předpisů, zejména pak zák. č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů;
- získané poznatky z dosavadního projednávání a rozhodování sporů (úprava Řádu, která se osvědčila a nebyla v rozporu s novou právní úpravou, pak byla zachována);
- v souladu se záměrem vytvořit místo dosavadního řádu pro mezinárodní spory a řádu pro vnitrostátní spory jen jeden Řád.<sup>1</sup>
- úpravu ochrany spotřebitelů.

<sup>1</sup> LIPTÁK, F.: Právne princípy v medzinárodnej obchodnej arbitráži, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 547 – 558.



Řád byl s účinností k 1. 10. 2015 novelizován dodatkem č. 1. Novela byla provedena především podle dosavadních poznatků z přípravy a projednávání sporů.

Zvláštní postavení má řešení spotřebitelských sporů. Jsou zde řešeny spory, které vznikají z neplnění smluvních závazků, kde na jedné straně stojí podnikatel a na druhé straně spotřebitel. Klasickým spotřebitelským sporem jsou například spory o uznání reklamace vad zboží koupeného v obchodě. **Řád plně reflektuje přijatou novelu zákona o rozhodčím řízení, která přinesla ve vztahu ke spotřebitelským sporům v důsledku unijní úpravy zásadní změny, zavádějící nové prvky ochrany spotřebitele.** Tyto změny se týkají jednak zpřísnění požadavků na náležitosti rozhodčích doložek uzavíraných ve spotřebitelských smlouvách, jednak rozšíření práv spotřebitelů v průběhu rozhodčího řízení a po jeho skončení.

Rozhodčí doložka<sup>2</sup> ve spotřebitelských vztazích musí být nově, pod sankcí absolutní neplatnosti, sjednána samostatně, tj. nikoliv jako součást podmínek, kterými se řídí smlouva hlavní a musí mít zákonem určený obsah. V případě Rozhodčího soudu je tato zvláštní zákonem uložená informační povinnost splněna odkazem na Řád, který požadované informace obsahuje.

Pokud jde o úpravu rozhodčího řízení ve spotřebitelských sporech, má Řád Rozhodčího soudu řadu ustanovení. Spory ze spotřebitelských smluv mohou rozhodovat, nebyla-li uzavřena smlouva o rozhodci, pouze rozhodci zapsaní v seznamu rozhodců pro spotřebitelské spory vedeném Ministerstvem spravedlnosti. Rozhodci jsou v těchto sporech povinni při rozhodování zohlednit kromě věcně použitelného hmotného práva i předpisy na ochranu spotřebitele. Řád Rozhodčího soudu v § 9 odst. 2 dokonce vyloučil rozhodování spotřebitelských sporů podle zásad spravedlnosti, k čemuž jsou rozhodci v jiných sporech oprávněni na základě pověření stran.

Spotřebitelů může vznášet námitku nedostatku pravomoci Rozhodčího soudu, případně námitku podjatosti rozhodců kdykoliv v průběhu řízení, zatímco v ostatních sporech jsou tyto námitky, až na výjimky, časově omezeny. Podle § 29 odst. 1 Řádu nelze spotřebitelské spory rozhodovat ve zjednodušeném řízení bez ústního jednání na základě písemností. Rozhodčí nález vydávaný ve spotřebitelských sporech musí být vždy odůvodněn a musí obsahovat poučení o právu podat návrh na jeho zrušení soudem.

Na rozdíl od ostatních sporů se nemohou strany ve spotřebitelských sporech dohodnout odchylně od Řádu na náhradě nákladů právního zastoupení, v terminologii Řádu o tzv. výlohách na zástupce.

<sup>2</sup> Doporučená znění rozhodčích doložek do smluv, která publikuje RS:

" Všechny spory vznikající z této smlouvy a v souvislosti s ní budou rozhodovány s konečnou platností u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky podle jeho řádu třemi rozhodci."

Alternativně je možno zpracovat toto ustanovení :

"Všechny spory vznikající z této smlouvy a v souvislosti s ní budou rozhodovány s konečnou platností u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky podle jeho řádu jedním rozhodcem jmenovaným předsedou Rozhodčího soudu."

Doporučené znění dodatku s rozhodčí doložkou k existujícím smlouvám:

Smluvní strany se dohodly na uzavření dodatku č. .... ke smlouvě č. .... ze dne ..... v tomto znění:

*zde uvést příslušné dohodnuté znění rozhodčí doložky (viz výše)*

V ..... dne.....

.....  
podpisy zástupců smluvních stran

Doporučená rozhodčí doložka pro řízení on-line:

„Všechny spory, které vzniknou z této smlouvy anebo v souvislosti s ní, budou rozhodovány s vyloučením pravomoci obecných soudů s konečnou platností v rozhodčím řízení u Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky v Praze podle jeho Řádu on-line jediným rozhodcem určeným předsedou Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky.

Strany pro toto řízení volí tyto e-mailové adresy pro vedení řízení on-line: ....."

Nad rámec úpravy rozhodčího řízení obsažené v Řádu Rozhodčího soudu stojí za zmínku v této souvislosti uvést dva nové zákonné důvody pro přezkum rozhodčích nálezů soudem, které stanoví novela zákona o rozhodčím řízení výlučně pro spory ze spotřebitelských smluv.

Podle prvního z nich bude soud moci zrušit rozhodčí nález, případně zastavit exekuci, pokud rozhodce rozhodoval v rozporu s předpisy na ochranu spotřebitele nebo ve zjevném rozporu s dobrými mravy nebo veřejným pořádkem. Tento důvod představuje zásadní průlom do doposud bezvýjimečně respektovaného principu zákazu hmotněprávního přezkumu rozhodčích nálezů, neboť umožňuje soudům, alespoň částečně, přezkoumávat rozhodčí nálezy i po věcné stránce.

Druhým z uvedených důvodů je případ, kdy rozhodčí smlouva pro spotřebitelské spory neobsahovala náležitosti podle § 3 odst. 5 zákona o rozhodčím řízení. Jde o speciální úpravu ve vztahu k obecným náležitostem platnosti rozhodčích smluv s tím, že v tomto případě je nedostatek náležitostí stižen absolutní neplatností rozhodčí doložky.

Společné problémy je pak možno v ČR i SR najít mj. i ve spotřebitelských sporech.<sup>3</sup> Rozhodčí řízení není přitom pro spotřebitelské spory takové, do kterého by nebylo třeba více ingerovat. Speciální úpravy na ochranu spotřebitelů jsou pak do určité míry proti smyslu rozhodčího řízení jako řízení probíhajícího jen s limitovanými zásahy státních institucí. Jde o to, najít takové právní řešení, které ochrání spotřebitele (aniž bychom spotřebitele považovali za osoby bez vlastního běžného uvažování) a nebude přitom narušovat zásady rozhodčího řízení.<sup>4</sup>

De lege ferenda se jeví, že by obecná úprava rozhodčího řízení a úprava spotřebitelských sporů měla být oddělená.

K obdobným závěrům dospívá i K. Chovancová, která zkoumá úpravu daných otázek v Rakousku, Německu a v Anglii. Konstatuje, že možným a praktickým řešením je přijetí zvláštní právní úpravy úsporné spotřebitelské arbitráže. Její součástí by mohlo být použití pravidel vybraných stálých rozhodčích soudů, podle kterých by se rozhodovaly jen spory se spotřebiteli. V České republice k oddělení těchto sporů nedošlo/ i když mají svoje specifika/. Aktuálně se pak otázkám uplatňování práv spotřebitelů ve Slovenské republice věnuje R. Hučková.<sup>5</sup>

Kromě zvláštní právní úpravy týkající se spotřebitelských sporů vychází Řád Rozhodčího soudu ze zásady, že spory jsou oprávněni rozhodovat pouze rozhodci zapsaní na seznamu rozhodců RS ke dni zahájení rozhodčího řízení.

Ve výjimečných případech může předsednictvo Rozhodčího soudu na žádost některé ze stran rozhodnout o zápisu rozhodce do listiny rozhodců tzv. ad hoc, nejde-li o jediného rozhodce nebo předsedu senátu. Není-li v rozhodčí doložce výslovně uveden počet rozhodců nebo je-li rozhodčí doložka v tomto ohledu neurčitá, rozhoduje spor podle Řádu senát složený ze tří rozhodců. Nedohodnou-li se rozhodci do 14 dnů ode dne oznámení o jejich jmenování na předsedovi senátu, určí předsedu senátu předseda RS. Zavádí se i **možnost tzv. zvláštního jmenování předsedy senátu**. Podstata spočívá v tom, že na žádost některé ze stran zašle Rozhodčí soud stranám seznam deseti rozhodců, ze kterých předseda Rozhodčího soudu hodlá

<sup>3</sup> KUBÍČEK, P.: Stále rozhodcovské súdy a príprava novej právnej úpravy rozhodcovského konania in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 541 – 546.

<sup>4</sup> HUČKOVÁ, R.: Koncepčné otázky novej právnej úpravy rozhodcovského konania v slovenských podmienkach, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 501 – 505.

<sup>5</sup> HUČKOVÁ, R.: Nové mechanizmy uplatňovania práv spotrebiteľov, AIC Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 03/2016, CHOVANCOVÁ, K.: Rozhodcovské doložky v spotrebiteľských zmluvách / Európske variácie, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 506 – 524.

jmenovat rozhodce. Každá ze stran má právo oznámit jména čtyř rozhodců, které odmítá, a předseda Rozhodčího soudu následně jmenuje předsedu senátu z rozhodců, kteří nebyli žádnou ze stran odmítnuti.

Řád ve svém základním ustanovení deklaruje, že RS působí jako nezávislý orgán pro rozhodování majetkových sporů nezávislymi a nestrannými rozhodci. Rozhodčí soud rozhoduje spory, jestliže jeho pravomoc vyplývá pro daný spor:

- z platné rozhodčí smlouvy uzavřené mezi stranami, nebo
- z mezinárodní smlouvy,
- a jde o věc, ve které lze rozhodčí smlouvu uzavřít (viz předpoklady určené zákonem).

Citovaný zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (v úplném znění), upravuje rozhodování majetkových sporů nezávislymi a nestrannými rozhodci a výkon rozhodčích nálezů.

Podle ustanovení § 2 odst. 1 tohoto zákona se strany mohou dohodnout, že o majetkových sporech mezi nimi, s výjimkou sporů vzniklých v souvislosti s výkonem rozhodnutí a incidenčních sporů, k jejichž projednávání by jinak byla dána pravomoc soudu, má rozhodovat jeden nebo více rozhodců nebo stálý rozhodčí soud (rozhodčí smlouva).

Podle ustanovení § 2 odst. 3 písm. b) citovaného zákona se rozhodčí smlouva může týkat i všech sporů, které by v budoucnu vznikly z určitého právního vztahu nebo z vymezeného okruhu právních vztahů (rozhodčí doložka). Jde o okruh velmi široký.

Rozhodčí smlouvu (rozhodčí doložku) však lze sjednat jen ve věcech, o nichž by účastníci mohli uzavřít smír.

Standardem pro rozhodování sporů cestou rozhodčího řízení však zůstává i nadále oblast vnitrostátních i mezinárodních obchodních vztahů.

Podle § 43 Řádu Rozhodčího soudu při Hospodářské komoře České republiky a Agrární komoře České republiky a podle § 28 zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů (v úplném znění) je rozhodčí nálezn konečný a závazný, dnem doručení stranám nabývá účinku pravomocného soudního rozhodnutí a je soudně vykonatelný.

Rozhodčí nález je exekucním titulem využitelným pro zahájení exekucního řízení podle platných právních předpisů v případě, že povinná strana rozhodnutí Rozhodčího soudu nerespektuje a nesplní.

Povinná strana pak chce někdy využít obrany nedostatku pravomoci (příslušnosti) RS. Nedostatek pravomoci RS však může vznést strana nejpozději při prvním úkonu v řízení, který se týká věci samé. To však neplatí v případě sporů ze spotřebitelských smluv (§ 3 odst. 3 až 6 zákona), nebo jde-li o námitku, že ve věci nelze rozhodčí smlouvu uzavřít.

O pravomoci rozhodčího soudu k projednávání a rozhodnutí sporu, ať už na základě námítky vznesené stranou nebo z vlastní iniciativy rozhodců v rámci zkoumání podmínek řízení, rozhoduje stejně jako doposud rozhodčí senát, resp. jediný rozhodce, který si může v případě potřeby vyžádat před svým rozhodnutím stanovisko předsednictva Rozhodčího soudu k této otázce.

V případě negativního rozhodnutí rozhodčího senátu, tedy pokud rozhodčí senát dospěje k závěru, že pravomoc rozhodčího soudu není dána, je možnost přezkumu tohoto rozhodnutí na žádost jedné ze stran. Přezkum provádí předsednictvo Rozhodčího soudu, které napadené rozhodnutí potvrdí nebo zruší.

**Řízení před Rozhodčím soudem je jednoinstanční.** Strany se však mohou v rozhodčí smlouvě dohodnout, že rozhodčí nález může být k žádosti některé z nich nebo obou přezkoumán jinými rozhodci. Stává se tak jen velmi výjimečně. Při podání návrhu na přezkoumání rozhodčího nález se pak postupuje obdobně jako při podání žalobního návrhu.

Jen v případech určených zákonem (v zásadě lze říci, že by šlo o procesní pochybení) může před obecným soudem proběhnout řízení o zrušení rozhodčího nálezu. Strana, která se dozví, že je účastníkem řízení před soudem o zrušení rozhodčího nálezu, oznámí tuto skutečnost bez zbytečného odkladu RS; současně zašle RS opisy všech podání v takovém řízení o zrušení rozhodčího nálezu, které má k dispozici. Širší prostor pro zrušení nálezu (viz výše) je ve spotřebitelských sporech.

Úpravu obsahuje Řád také (pro případ, kdy je výjimečně zrušeno rozhodnutí RS soudem) pro nové projednávání sporu po zrušení rozhodčího nálezu. Úprava stanoví, že pokud se strany písemně nedohodnou jinak, spor znovu projednávají rozhodci zúčastnění na původním projednávání sporu (s výjimkou rozhodce, který buď nebyl povolán nebo neměl způsobilost být rozhodcem ve sporu, byl-li nález zrušen z tohoto důvodu).

Takový postup lépe vyhovuje zásadám rychlosti a hospodárnosti rozhodčího řízení, neboť původní rozhodci jsou s případem seznámeni a strany nejsou zatíženy další poplatkovou povinností.

V opačném případě, tedy pokud se strany dohodnou, že spor budou rozhodovat jiní rozhodci, hradí strany rovným dílem nebo v poměru jimi dohodnutém nový poplatek za projednávání sporu ve výši stanovené sazebníkem nákladů.

Řád pak následně vymezuje úkony předsednictva RS (§ 2) a tajemníka (§ 4).

Určuje (v § 3), že spory rozhodují pouze rozhodci zapsaní na seznamu rozhodců ke dni zahájení řízení (na tomto seznamu je dnes přes 400 kvalifikovaných rozhodců z České republiky, Slovenské republiky a z širokého okruhu jiných států).

Při výkonu funkce jsou rozhodci nezávislí a nevystupují nikdy jako zástupce kterékoli strany. Přijetí funkce rozhodce musí být písemné (§ 5 odst. 2 zákona). Spor rozhoduje rozhodčí senát složený zásadně ze tří rozhodců, nebo pokud se o tom strany dohodly, jediný rozhodce. Ustavení rozhodčího senátu nebo jmenování jediného rozhodce se provádí podle Řádu (§ 23). Není-li stanoveno jinak, vztahují se ustanovení Řádu o rozhodcích a rozhodčím senátu i na jediného rozhodce.

Mj. i vzhledem k šetření nákladů stran má význam i ustanovení (§ 5) Řádu o místu konání ústních jednání. Pravidelným místem konání ústních jednání je sídlo RS, kterým je Praha. Se souhlasem tajemníka RS vydaným na základě dohody stran nebo na základě podnětu rozhodčího senátu v případě, že se strany na místě konání ústního jednání nedohodly, může rozhodčí senát rozhodnout o konání ústního jednání na jiném místě České republiky nebo v zahraničí. Souhlas tajemníka a rozhodnutí rozhodčího senátu se nevyžaduje, má-li se řízení konat ve stálém sudišti nebo v jednacím místu rozhodčího soudu, tj. v Brně (kde se projednává několik set sporů ročně), Ostravě, Zlínu a Plzni. Ujednání o konání ústního jednání v jiném místě než v sídle RS je často využíváno; lze předpokládat, že tomu tak bude i nadále. Šetří to čas i náklady.

Následující ustanovení Řádu upravuje postup v řízení (§ 6) a jazyk, ve kterém se řízení koná (§ 7). Rozhodci postupují v řízení zásadně takovým způsobem, který považují za vhodný, tak, aby při zachování rovného postavení stran a při poskytnutí stejné příležitosti k uplatnění práv všem stranám byl bez zbytečných formalit zjištěn skutkový stav věci potřebný pro rozhodnutí sporu. Řízení se koná v češtině popř. ve slovenštině, pokud se strany písemně nedohodly jinak. Je-li však dohoda uzavřena až po zahájení řízení, nejsou jí rozhodci vázáni.

Veškeré písemnosti musí být předloženy v takovém počtu, aby každá ze stran, každý člen rozhodčího senátu a sekretariát RS měli po jednom vyhotovení. Toto neplatí v případě, že strana dodala RS dokument ze své datové schránky do datové schránky RS (§ 18a zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů) anebo pro-

střednictvím veřejné datové sítě na elektronickou adresu RS s elektronickým podpisem založeným na kvalifikovaném certifikátu služeb (dále jen „uznávaný elektronický podpis“).

Podle ustanovení nazvaného Použití hmotného práva (§ 9) řeší RS spory podle hmotného práva, jímž se předmět sporu řídí, a v obchodních věcech též s přihlédnutím k obchodním zvyklostem. Ve sporech ze spotřebitelských smluv se rozhodci dále řídí právními předpisy na ochranu spotřebitele (§ 25 odst. 3 zákona).

S výjimkou sporů ze spotřebitelských smluv **může být spor rozhodnut podle zásad spravedlnosti**, avšak jen tehdy, jestliže k tomu strany rozhodce výslovně pověřily.

Velmi významnou otázkou je doručování (§ 10). Písemnosti ve sporu zasílá stranám RS na adresu, kterou strana uvedla, nebo dodáním do datové schránky, pokud strana takové dodávání umožnila (§ 18a odst. 1 zák. č. 300/2008 Sb.). Pokud strana žádnou adresu neuvedla a dodání do datové schránky není možné, zasílají se jí písemnosti na adresu, která je RS známa. Pokud si strana zvolila zástupce, zasílají se písemnosti tomuto zástupci.

S účinky doručení adresátovi mohou namísto adresáta přijímat písemnosti, a to i do datové schránky, osoby jím zmocněné k přijímání písemností, jakož i další osoby uvedené jako příjemci písemností v občanském soudním řádu.

Žaloby, žalobní odpovědi, předvolání, rozhodčí nálezy a usnesení se doručují do vlastních rukou s potvrzením o doručení, anebo dodáním do datové schránky adresáta. Zpráva zaslaná prostřednictvím veřejné datové sítě na elektronickou adresu adresáta (strany) musí být opatřena uznávaným elektronickým podpisem.

Kterákoli z písemností může být doručena rovněž osobně s potvrzením o doručení.

Všechna doručení RS jsou platná, a to i tehdy, jestliže adresát písemnost odepřel převzít nebo ji nevyzvedl přes oznámení provozovatele poštovních služeb. Písemnost, jejíž převzetí bylo adresátem odepřeno, je doručena dnem, kdy převzetí bylo odepřeno.

Písemnost určená k doručení do vlastních rukou, kterou adresát nevyzvedl do 10 dnů od oznámení provozovatele poštovních služeb, se považuje za doručenu poslední den této lhůty, i když se adresát o uložení nedozvěděl. Pokud se doručuje do zahraničí, stačí, bylo-li doručeno podle práva státu místa doručení.

Dokument, který byl dodán do datové schránky, je doručen okamžikem, kdy se do datové schránky přihlásí osoba, která má s ohledem na rozsah svého oprávnění přístup k dodanému dokumentu.

V případě Rozhodčího soudu však nelze uplatnit fikci doručení zásilky po uplynutí deseti dnů, neboť Rozhodčí soud není orgánem veřejné moci. Nově se upravuje doručování prostřednictvím veřejné datové sítě (e-mailem) s využitím elektronického podpisu.

Jestliže strana po zahájení rozhodčího řízení změnila adresu, aniž to oznámila RS, je platně doručováno, jsou-li písemnosti zasílány na poslední známou adresu.

Jestliže se určeným postupem nepodařilo doručit straně na její poslední známou adresu, může jí předseda RS ustanovit osobu pověřenou k přijímání písemností. Touto pověřenou osobou může být jen osoba zapsaná na seznamu rozhodců RS (lze mluvit o tzv. opatrovníkovi k přijímání písemností).

Řád dále upravuje otázky přerušení řízení (§ 11), navrácení v předešlý stav (§ 12), zajištění důkazů a předběžná opatření (§ 13), účast vedlejších účastníků (§ 14) a úkony předsednictva, předsedy a tajemníka (§ 15). Není-li stanoveno jinak, platí ustanovení Řádu o řízení před rozhodčím senátem přiměřeně i pro úkony předsednictva, předsedy nebo tajemníka RS.

Rozhodčí řízení je zahájeno dnem doručení žaloby RS, nevyplývá-li z mezinárodní smlouvy, kterou je Česká republika vázána, něco jiného (§ 16). Podmínkou pro projednání

žaloby je zaplacení poplatku za rozhodčí řízení a paušálu na správní náklady ve správné výši podle hodnoty předmětu sporu.

Je přitom určen minimální obsah žalobního návrhu (§ 17) a též je určeno, že žalobní návrh musí být podepsán oprávněnou osobou.

Žalobce je povinen uvést v žalobě hodnotu sporu (§ 18). To platí i v případech, kdy uplatněný nárok nebo jeho část má nepeněžitou povahu. Hodnota předmětu sporu se určuje:

- vymáhanou částkou, jde-li o žalobu o peněžitě plnění;
- hodnotou vymáhané věci, jde-li o žalobu o vydání věci;
- hodnotou předmětu právních vztahů v okamžiku podání žaloby, jde-li o žalobu na určení, zda tu právní vztah nebo právo je, či není, nebo o žalobu o nahrazení projevu vůle stran;
- v ostatních případech zejména na základě údajů, které má žalobce k dispozici.

Řád dále mj. upravuje i zpětvzetí žaloby (§ 21). Je zde respektována zásada dispozice s návrhem. Do skončení rozhodčího řízení může vzít žalobce žalobu zpět, a to zčásti nebo zcela. Je-li žaloba vzata zpět, rozhodčí senát zcela, popř. v rozsahu zpětvzetí žaloby, rozhodčí řízení zastaví. Jestliže ostatní účastníci se zpětvzetím žaloby z vážných důvodů nesouhlasí, rozhodčí senát rozhodne, že zpětvzetí žaloby není účinné. Senát pak pokračuje v řízení.

Strana žalovaná má právo v rámci přípravy na projednání sporu podat žalobní odpověď, předložit své důkazy k prokázání svých tvrzení a oznámit jméno a příjmení rozhodce, kterého si zvolila, nebo požádat, aby jmenování rozhodce provedl za něj předseda RS.

Bude-li rozhodovat rozhodčí senát, jsou rozhodci jmenováni stranami. Pokud strany nevyužijí této možnosti, jmenuje rozhodce předseda RS. Jediného rozhodce jmenuje též předseda RS, pokud se strany nedohodly jinak.

V případě zániku funkce rozhodce v průběhu řízení je ta ze stran, která měla právo tohoto rozhodce jmenovat, oprávněna jmenovat nového rozhodce, a to i v případě, že rozhodce byl původně jmenován předsedou rozhodčího soudu. Nově jmenovaný rozhodce vstupuje do řízení ve stavu k datu přijetí funkce rozhodce. Změna v osobě rozhodců v průběhu řízení není důvodem pro změnu předsedy rozhodčího senátu.

Řád pak obsahuje i obvyklou úpravu o vyloučení rozhodce pro podjatost, nahrazení rozhodce pro nečinnost a rozhodování o pravomoci (§ 24, § 25).

Jako důkazy lze přitom předkládat i odborné posudky, které si nechají strany zpracovat u odborníků v příslušném oboru. U těchto posudků si strany sjednávají cenu dohodou. Vychází se přitom ze zásad dobrých mravů, poctivého obchodního styku a přiměřeného zisku. Jde-li o znalce podle zák. č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících (v úplném znění), jde o odměnu smluvní podle § 17 odst. 4 tohoto zákona. Znalce si v těchto případech volí strana sporu.

V některých případech se zpracovávají znalecké posudky, které „zadává“ zásadně RS. U těchto posudků se pak řídí odměna znalce příslušnou prováděcí vyhláškou ministerstva spravedlnosti.

Upravena je i problematika přípravy projednání sporu rozhodčím senátem (§ 26). Rozhodčí senát prověří stav sporu k projednání a shledá-li to nutným, učiní doplňující opatření k přípravě projednání sporu, zejména si vyžádá písemná stanoviska, důkazy a další doplňující písemnosti a stanoví k tomu přiměřené lhůty. Rozhodčí senát může rozhodnout o sestavení sporných otázek, kterými se bude v rámci řízení zabývat.

Pokud jde o samotná procesní pravidla, doznala tato ustanovení Řádu spíše zpřesnění než zásadních změn. Zmínit lze povinnost rozhodčího senátu pořizovat protokol o hlasování v případech, kdy rozhodnutí senátu ve sporu není jednomyslné. Nově je rovněž povinné uvádět tuto skutečnost i v rozhodčím nálezku.

O čase a místě ústního jednání vyrozumí RS strany předvoláním, které jim bude zasláno s takovým předstihem, aby každá ze stran měla k dispozici lhůtu alespoň 10 dní na přípravu k jednání.

Spor se zásadně projednává v neveřejném jednání a s výjimkou sporů ze spotřebitelských smluv si mohou strany dohodnout, že rozhodčí senát rozhodne spor bez ústního jednání na základě písemností (§ 28, § 29).

**Řád též umožňuje urychlené řízení** (§ 30), a to s vydáním rozhodnutí do čtyř měsíců nebo do dvou měsíců. Pro urychlené řízení jsou stanoveny podmínky vč. zvýšené poplatkové povinnosti a zkracování některých podmiňujících lhůt určených Řádem obecně.

V Řádu je upravena i protižaloba (§ 31). Ustanovení o protižalobě se použijí přiměřeně i na uplatnění námítky započtení, vyplývá-li uplatněná námitka z jiného právního vztahu než je nárok uplatněný žalobou.

Pro rozhodčí řízení je pak významné a typické vedení stran k vyřešení sporu smírem. Rozhodčí senát je podle okolností případu oprávněn vyzvat v každém stadiu řízení strany k uzavření smíru a uvést návrhy, doporučení a podněty, které podle jeho názoru mohou přispět k jeho uskutečnění (§ 32).

O každém ústním jednání se vždy pořizuje zápis v jazyce řízení, který obsahuje určené náležitosti (§ 33).

Řád následně upravuje i dokazování, skončení řízení, vydání rozhodčího nálezu (§ 34 až 39). Řád řeší i hlasování o rozhodčím nálezu, vyhlášení rozhodčího nálezu a doplnění a opravu rozhodčího nálezu (§ 40 až 42).

Ve stanovených případech se zastavuje rozhodčí řízení bez vydání nálezu. Řízení se skončí vydáním usnesením o zastavení řízení.

Za významné lze považovat ustanovení Řádu Rozhodčího soudu, které výslovně stanoví, že rozhodčí řízení končí právní mocí rozhodčího nálezu nebo doručením usnesení o zastavení řízení.

Část čtvrtá Řádu (§ 45 až 57) je věnována pravidlům o nákladech rozhodčího řízení. Upravuje náklady rozhodčího řízení, ustanovení o platbách a poplatku za rozhodčí řízení, možnosti snížení poplatku za rozhodčí řízení a jeho částečné vrácení, ustanovení o urychleném řízení, poplatku při protižalobě, popř. námítce započtení, poplatku za přezkum a poplatku za zvláštní jmenování předsedy rozhodčího senátu. Je zde upraven i paušál na správní náklady RS, ustanovení o zvláštních nákladech, náhradě nákladů řízení, výjimkách a sazebníku nákladů řízení, který tvoří nedílnou součást Řádu.

**Součástí Řádu Rozhodčího soudu jsou i pravidla o nákladech rozhodčího řízení a sazebník nákladů.** Pravidla umožňují snižování poplatku za rozhodčí řízení v případech, kdy je spor rozhodován jediným rozhodcem, ve zjednodušených řízeních, v případech zpětvzetí žaloby nejméně 7 dní před datem konání ústního jednání apod., na druhé straně jsou stanoveny poplatky za přezkum rozhodnutí a za zvláštní jmenování předsedy rozhodčího senátu.

Výslovně je zakotvena zásada, že úspěšné straně se přiznává náhrada nákladů rozhodčího řízení (v případě částečného úspěchu podle poměru přiznané a zamítnuté části nároku) a pokud jde o náklady právního zastoupení, přiznávají se (kromě odůvodněných případů, ve kterých se nepřiznávají) náhrady podle zvláštního předpisu, kterým je advokátní tarif (vyhláška č. 177/1996 Sb.), pokud se strany písemně nedohodnou jinak.

Poplatky či paušály na správní náklady, které byly uhrazeny na základě Řádu, se stranám vrací pouze v případě, že je tak Řádem výslovně stanoveno; v ostatních případech se nevrací, a to bez ohledu na to, kdy a za jakých okolností bylo řízení ukončeno.

V závěru této části (§ 57 odst. 2) je provedeno vymezení tuzemských sporů. Tuzemským sporem se pro účely sazebníku rozumí spor, v němž se použije české hmotné právo, řízení se koná v češtině, na území České republiky, rozhodnutí se vydává v češtině a všichni účastníci, popř. organizační složky zahraničních právnických osob účastníci se sporu a zapsané v českém obchodním rejstříku, mají sídlo či bydliště na území České republiky.

Část pátá (§ 58) je orientována na tzv. smírčí řízení. Na základě návrhu kterékoliv ze stran a se souhlasem druhé strany provede RS dobrovolné smírčí řízení, a to bez ohledu, zda mezi stranami byla uzavřena rozhodčí smlouva. Návrh smíru, který smírčí výbor (jehož složení je určeno) stranám doporučí, mohou strany přijmout nebo odmítnout.

Šestá část upravuje (v § 59), že otázky neupravené v Řádu se řídí ustanovením zákona.

Přitom se ustanovení o závazkových vztazích, jež se týkají uplatnění práva u soudu, soudního řízení nebo soudního rozhodnutí, použije přiměřeně i pro uplatnění práva před rozhodčím soudem (rozhodcem), pro rozhodčí řízení nebo rozhodčí nález, jestliže se opírají o platnou rozhodčí smlouvu (rozhodčí doložku). Účinností nového občanského zákoníku nedošlo v tomto k žádné změně.

Alternativním řešením sporů (ADR) však není jen rozhodčí řízení. V současné době jsou otevřeny další možnosti. Na to poukazuje P. Raban. Jako příklad uvádí rozhodování sporů různě nazývanými „smírčími soudci“ v územních komunitách, rozhodování sporů v obchodních společnostech a dalších korporacích i příklad rozhodování sporů v autogenních útvarcích vzniklých při uspokojování téhož zájmu, např. mezi uživateli světové internetové sítě.<sup>6</sup>

Není přitom třeba - při kvalifikovaném postupu - mít z rozhodčího řízení obavy.<sup>7</sup>

Při přípravě na využívání rozhodčího řízení lze vycházet i z řady publikací, z nichž některé uvádíme v poznámkovém aparátu.<sup>8</sup>

## KLÍČOVÁ SLOVA

rozhodčí soud, rozhodčí řízení, soudní řízení.

## KEY WORDS

arbitration court, arbitration proceedings, court proceedings.

## POUŽITÁ LITERATURA

1. BĚLOHLÁVEK, A. J.; KOVÁŘOVÁ, D.; HAVLÍČEK, K.: Rozhodčí řízení v teorii a aplikační praxi, sborník Pražský právnický podzim, 2015, 313 s.
2. HUČKOVÁ, R.: Konceptné otázky novej právnej úpravy rozhodcovského konania v slovenských podmienkach, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 501 – 505.
3. HUČKOVÁ, R.: Rozhodcovské konanie, UPJŠ Košice 2013, 208 s.
4. HUČKOVÁ, R.: Nové mechanizmy uplatňovania práv spotrebiteľov, AIC UPJŠ Košice, 03/ 2016 .

<sup>6</sup> RABAN, P.: Aktuální problémy alternativního rozhodování sporů in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 559 – 570.

<sup>7</sup> K tomu viz MATZNER, J.: Rozhodčí doložka - dobrý sluha, špatný pán, Právní rádce 1/2015, s. 38 - 39.

<sup>8</sup> BĚLOHLÁVEK, A. J.; KOVÁŘOVÁ, D.; HAVLÍČEK, K.: Rozhodčí řízení v teorii a aplikační praxi, sborník Pražský právnický podzim, 2015, 313 s. HUČKOVÁ, R.: Rozhodcovské konanie, UPJŠ Košice 2013, 208 s. JANKŮ, M.: Rozhodčí řízení, Alternativní rozhodování sporů, Praha VŠFS 2015, 143 s.



5. CHOVANCOVÁ, K.: Rozhodcovské doložky v spotřebitelských zmluvách / Európske variácie, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 506 – 524.
6. JANKŮ, M.: Rozhodčí řízení, Alternativní rozhodování sporů, Praha VŠFS 2015, 143 s.
7. KUBÍČEK, P.: Stále rozhodcovské sudy a příprava novéj právnej úpravy rozhodcovského konania in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 541 – 546.
8. LIPTÁK, F.: Právne princípy v medzinárodnej obchodnej arbitráži, in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 547 – 558.
9. MATZNER, J.: Rozhodčí doložka - dobrý sluha, špatný pán, Právní rádce 1/2015, s. 38 - 39.
10. RABAN, P.: Aktuální problémy alternativního rozhodování sporů in SUCHOŽA, J., HUSÁR, J. (eds): Právo, obchod, ekonomika IV., sborník vědeckých prací, Košice: Univerzita P. J. Šafárika v Košicích, 2014, s. 559 – 570.

### KONTAKTNÍ ÚDAJE AUTORA

**prof. JUDr. Karel Marek, CSc.**

Vysoká škola finanční a správní Praha

Estonská 500, 101 00 Praha 10

E: k.marek@centrum.cz

# NOVÉ MECHANIZMY UPLATŇOVANIA PRÁV SPOTREBITEĽOV<sup>1</sup>

## NEW MECHANISMS OF CONSUMER RIGHTS ENFORCE- MENT

*Regina Hučková*

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

### ABSTRAKT

*V úvode roka 2014 sme spoločne s kolegyňou avizovali na stránkach tohto vedeckého periodika zásadné zmeny, ktoré boli pripravované vo sfére mimosúdneho riešenia spotrebiteľských sporov.<sup>2</sup> Jednotiacim motívom v tom čase pripravovaných a v súčasnosti už zrealizovaných zmien bola snaha chrániť spotrebiteľa. Otázka odôvodnenosti a potreby prehĺbovania ochrannárskych tendencií vo vzťahu k spotrebiteľovi nie je primárnym predmetom tohto článku. V článku sa autorka zameria na predstavenie dôležitých zmien, ktoré rok 2015 priniesol do najmä (no nielen) mimosúdnych metód riešenia (aj spotrebiteľských) sporov.*

### ABSTRACT

*At the beginning of 2014, we jointly announced with a colleague in the pages of this academic journal, substantial changes which have been prepared in the area of out-of-court resolution of consumer disputes. The motive both at that time and in the present has been the effort to protect the consumer. The issue of justification and the need for a deepening of consumer protection is not the primary focus of this article. The author focuses in the article on introducing important changes that 2015 brought in especially (but not only) extrajudicial methods of dispute resolution (including consumer disputes).*

### I. ÚVOD

Rok 2015 bol na istom odbornom internetovom fóre<sup>3</sup> označený ako „rok nového Občianskeho súdneho poriadku“. Jedným z dlhodobých legislatívnych zámerov bola nevyhnutná rekodifikácia procesných predpisov, a to najmä Občianskeho súdneho poriadku, ktorý bol prijatý ešte v roku 1963 a odvtedy prešiel početnými, no často nesystematickými zmenami. Výsledkom bol pomerne neprehľadný právny predpis, ktorý vytváral množstvo aplikačných problémov a samotný prispieval k súdnym prietahom.<sup>4</sup> Spolu s Občianskym súdnym poriadkom bol podrobnej legislatívnej pozornosti podrobený aj ďalší procesnoprávny predpis – zákon o rozhodcovskom konaní prijatý v roku 2002.

Výsledkom legislatívneho snaženia bolo prijatie zásadných zmien v úprave procesného kódexu a predpisu regulujúceho rozhodcovské konanie. Osud Občianskeho súdneho poriadku

<sup>1</sup> Príspevok je čiastkovým výstupom riešenia grantovej úlohy č. APVV-14-0598 „Elektronizácia v podnikaní s akcentom na právne a technické aspekty“.

<sup>2</sup> Pozri článok Hučková, R., Treščáková, D., Osoba rozhodcu vo svetle pripravovaných legislatívnych zmien. In: [http://sic.pravo.upjs.sk/files/3\\_huckova\\_trescakova\\_postavenie\\_rozhodcu.pdf](http://sic.pravo.upjs.sk/files/3_huckova_trescakova_postavenie_rozhodcu.pdf), citované: 27. decembra 2015.

<sup>3</sup> Pozri <http://www.najpravo.sk/clanky/2015-rok-noveho-obcianskeho-sudneho-poriadku.html>, citované: 22. decembra 2015

<sup>4</sup> 2015: Rok nového Občianskeho súdneho poriadku? In: <http://www.najpravo.sk/clanky/2015-rok-noveho-obcianskeho-sudneho-poriadku.html>, citované: 22. decembra 2015.

„bol spečatený“ prijatím troch nových predpisov, ktoré od júla 2016 nahradia tento procesný kódex. Dňa 1. júla 2016 nadobudnú účinnosť zákon č. 160/2015 Z.z. Civilný sporový poriadok, zákon č. 161/2015 Z.z. Civilný mimosporový poriadok a zákon č. 162/2015 Z.z. Správny súdny poriadok.

Zákon o rozhodcovskom konaní rovnako prešiel zásadnými zmenami, ktoré budú ďalej predmetom hlbšej analýzy. I jeden, i druhý právny predpis vo výraznej miere akcentujú nevyhnutnosť chrániť slabšiu stranu.

Pomerne čerstvou novinkou je prijatie ďalšieho predpisu regulujúceho mimosúdne riešenie sporov so spotrebiteľmi. Jedná sa o zákon č. 391/2015 Z.z. o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Nadobúda účinnosť od 1. januára 2016 a preberá do nášho právneho poriadku smernicu o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov<sup>5</sup>.

## II. SPOTREBITEĽ v novom procesnom kódexe

Spotrebiteľská agenda nadobúda v novom procesnom kódexe významnejší rozmer. Kým Občiansky súdny poriadok upravuje vo vzťahu ku spotrebiteľom niektoré parciálne otázky, Civilný sporový poriadok systematicky sústreďuje špecifiká vo vzťahu k spotrebiteľským sporom do samostatnej časti zákona.

Civilný sporový poriadok vo svojej tretej časti reguluje tzv. osobitné procesné postupy. Druhá hlava tretej časti obsahuje osobitné pravidlá pre spory s ochranou slabšej strany. Nová právna úprava reflektuje jeden zo základných princípov nového sporového konania, podľa ktorého prísne dopady kontradiktórneho koncentrovaného sporu na určité subjekty nebudú žiaduce.<sup>6</sup> Nová právna úprava zavádza osobitné procesné postupy odlišujúce sa od všeobecných procesných inštitútov sporového konania, ktoré majú do určitej miery vyrovnávať oslabené postavenie určitých subjektov práva. Zámerom zákonodarcu je zaručiť efektívne naplnenie účelu sporového konania, ktorým je spravodlivá a rýchla ochrana porušených alebo ohrozených subjektívnych práv.<sup>7</sup> Autori zákona v súlade s doterajšou judikatúrou, doktrínou a spoločensko-ekonomickou praxou za subjekt hodný osobitného prístupu stanovili spotrebiteľa. Vo vzťahu k spotrebiteľovi nový kódex zavádza mnoho procesných novinek. V úvode hlavy nechýba vymedzenie spotrebiteľského sporu, ktorým sa rozumie spor medzi dodávateľom a spotrebiteľom vyplývajúci zo spotrebiteľskej zmluvy alebo súvisiaci so spotrebiteľskou zmluvou.

Vo vzťahu k prejednávaniu spotrebiteľského sporu zavádza zákonodarca viaceré procesné postupy odlišné od klasického sporového konania. Ide najmä o odlišnosti v úvode konania týkajúce sa poučovacej povinnosti súdu vo vzťahu k spotrebiteľovi o možnosti zastúpenia a jeho procesných právach a povinnosti, pričom sa nebude jednať len o všeobecnú poučovaciu povinnosť, ale súd bude povinný poučiť spotrebiteľa aj o dôkazoch, ktoré bude potrebné predložiť, ďalej o možnosti podať návrh na neodkladné opatrenie alebo zabezpečovacie opatrenie a o iných možnostiach potrebných na účelné uplatnenie alebo bránenie jeho práv.

Osobitosti prejednávania spotrebiteľských sporov sú aj v ďalších fázach.

## III. SPOTREBITEĽ v rozhodcovskom konaní

V rámci rozhodcovského konania bol práve spotrebiteľ hybnou silou zásadných zmien. Rozhodcovské konanie nadobudlo od 1. januára 2015 výrazne odlišnú podobu. Pôvodne jed-

<sup>5</sup> Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2013/11/EU z 21. mája 2013 o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov, ktorou sa mení nariadenie (ES) č. 2006/2004 a smernica 2009/22/ES /Ú. v. EU L 165, 18.6.2013).

<sup>6</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 160/2015 Z.z. Civilný sporový poriadok

<sup>7</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 160/2015 Z.z.

notná právna úprava včlenená do zákona o rozhodcovskom konaní bola nahradená dvoma novými (dalo by sa povedať aj staronovými) právnymi predpismi. O staronový predpis sa jedná v prípade zákona č. 244/2002 Z.z. o rozhodcovskom konaní (ďalej aj „zákon o rozhodcovskom konaní“ alebo „ZRK“), ktorý bol prijatý v máji 2002 ako predpis nahradzujúci dovtedajšiu právnu úpravu implementovanú v zákone č. 218/1996 Z.z. o rozhodcovskom konaní. Nová právna úprava bola inšpirovaná Modelovým zákonom UNCITRAL o medzinárodnej obchodnej arbitráži, avšak pri jej príprave boli vzaté do úvahy i moderné úpravy komerčnej arbitráže vo vybraných členských štátoch Európskej únie. Zámerom novej právnej úpravy bolo zaradiť rozhodcovské konanie na také miesto, ktoré mu v skutočnosti patrí, aby mohlo plniť svoje prioritné poslanie, t.j. mimosúdne riešiť spory, a tým skutočne odbremeniť všeobecné súdy od sporov, ktoré sa v rozhodcovskom konaní, k spokojnosti sporových strán, dajú vyriešiť.<sup>8</sup>

Novou právnou úpravou sa podarilo odstrániť nedostatky predchádzajúcej právnej úpravy. Zákonom z roku 1996 boli vyčítané najmä úzko naformulovaná arbitrabilita sporov, nedostatočná voľnosť strán pri voľbe štruktúry arbitráže a chýbajúca úprava voľby hmotného práva. Tieto zásadné nedostatky spôsobujúce neefektivitu právnej úpravy a minimálne využívanie inštitútu rozhodcovského konania vyústili v roku 2002 do prijatia už spomínanej novej právnej úpravy. Nová úprava síce odstránila vyššie uvedené nedostatky, avšak postupom času bola konfrontovaná s novými problémami praxe. Najvypuklejším problémom sa stala agenda spotrebiteľských sporov a ich riešenia v rámci rozhodcovského konania. Nie je potrebné výraznejšie polemizovať o špecifickosti spotrebiteľských sporov. Je však diskutovateľné, či si spotrebiteľské spory vyžadujú osobitný prístup. Túto dilemu s účinnosťou od 1. januára 2015 rieši tuzemský zákonodarca akcentujúc osobitný prístup k spotrebiteľským sporom. Je treba v tejto súvislosti zdôrazniť, že zákon o rozhodcovskom konaní v pôvodnom znení (bez noviel prijatých v roku 2005 a v roku 2009) neobsahoval žiadne ustanovenie týkajúce sa spotrebiteľskej agendy. Možno to pripisovať dôslednosti pri inšpirácii Modelovým zákonom, no i faktickému stavu, keďže problematiku riešenia spotrebiteľských sporov mimosúdnou cestou možno datovať prijatím a „aklimatizáciou“ novej právnej úpravy. Novej právnej úpravy, ktorá síce na jednej strane odstránila „neduhy“ brániace širšiemu využívaniu rozhodcovského konania, no ktorá na strane druhej vytvorila možnosti pre podnikavých jednotlivcov. Autorka už viackrát<sup>9</sup> identifikovala slabšie miesto právnej regulácie rozhodcovského konania účinného do konca roka 2014. Tým miestom bola prílišná liberálnosť úpravy zakladania stálych rozhodcovských súdov.<sup>10</sup> Minulý čas je namieste, keďže zákonodarca novelou zákona o rozhodcovskom konaní, zákonom č. 336/2014 Z.z. pro futuro výrazne zasiahol do možnosti zriaďovania stálych rozhodcovských súdov.

Liberálnosť právnej úpravy zriaďovania stálych rozhodcovských súdov by však sama o sebe nemusela byť problematická. Väčší počet stálych rozhodcovských súdov znamená do určitej miery i vyššiu konkurenciu medzi týmito inštitúciami a s tým by súvisel nepochybne i tlak na kvalitu ponúkaných služieb. Avšak takto postavená rovnica v našich podmienkach nefungovala. Práve liberálnosť zriaďovania stálych rozhodcovských súdov bola naďalej neudržateľná.<sup>11</sup> Podľa úpravy do konca roka 2014 si mohla stály rozhodcovský súd založiť každá právnická osoba. Od 1. januára 2015 prešlo ustanovenie § 12 ods. 1 ZRK výraznou zme-

<sup>8</sup> Dôvodová správa k zákonu č. 244/2002 Z.z. o rozhodcovskom konaní (konsolidované znenie po novele č. 521/2005 Z.z. a novele č. 71/2009 Z.z.).

<sup>9</sup> Pozri: Hučková, R., *Rozhodcovské konanie*. Košice, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2013; Hučková, R., *Nie je rozhodcovské konanie ako rozhodcovské konanie – krátka úvaha o povahe spotrebiteľského rozhodcovského konania*. In: Čorba, J. (ed.), *Slovenské a české obchodné právo v roku 2015 – vybrané problémy*. Zborník príspevkov z konferencie. UPJŠ, Košice, 2015, s.195 a n.

<sup>10</sup> K obdobnému záveru dochádza aj Karel Marek in: Marek, K., *K řešení sporů a rozhodčímu řízení*. Dostupné: <http://www.bulletin-advokacie.cz/k-reseni-sporu-a-rozhodcimuzi-zeni>, citované: 27. decembra 2015

<sup>11</sup> Pozri dôvodovú správu k ostatnej novele zákona o rozhodcovskom konaní.

nou. Namiesto všeobecného subjektu, ktorým bola pred novelizáciou právnická osoba, dochádza v novej úprave k taxatívne výpočtu jednotlivých subjektov spôsobilých zriaďovať stály rozhodcovský súd. Po novom môžu stále rozhodcovské súdy zakladať len tieto subjekty:

- (i) záujmové združenie právnických osôb,
- (ii) národný športový zväz,
- (iii) Slovenský olympijský výbor,
- (iv) Slovenský paralympijský výbor,
- (v) komora zriadená zákonom,
- (vi) právnická osoba, ktorej to ukladá osobitný predpis.

Významnou je skutočnosť, že zákonodarca v prechodných ustanoveniach rieši už existujúce rozhodcovské inštitúcie, keďže zámerom bolo nepochybne nájsť i spôsob riešenia vysokého počtu rozhodcovských súdov. Nová úprava uložila existujúcim stálym rozhodcovským súdom do troch mesiacov od nadobudnutia účinnosti novely splniť podmienky ňou zakotvené. Existujúci zoznam stálych rozhodcovských súdov vedený Ministerstvom spravodlivosti SR sa zavedením tohto ustanovenia postupne prerieduje. Niektoré inštitúcie ukončujú svoju činnosť definitívne, ďalšie sa stávajú súčasťou väčšieho zoskupenia. Každopádne je otázne, či táto zmena povedie k pôvodnému zámeru zákonodarcu, a to k zatraktívneniu rozhodcovského konania, k eliminovaniu nadobudnutej negatívnej povesti tohto procesu urovnávania sporov a v konečnom dôsledku aj k odbremeneniu všeobecných súdov a k zlepšeniu vymožitelnosti práva.

Spotrebiteľské spory nemožno od 1. januára 2015 riešiť podľa zákona o rozhodcovskom konaní.<sup>12</sup> Zákonný zákaz je v tomto smere celkom jednoznačný, keďže pôvodne vymedzená arbitrabilita sa novelou zúžila práve o spotrebiteľské spory.<sup>13</sup> Spotrebiteľské spory sú teda vylúčené z klasického rozhodcovského konania. Rozhodcovská zmluva uzavretá so spotrebiteľom podľa zákona o rozhodcovskom konaní bude ex lege neplatná.

Mimosúdne riešenie spotrebiteľských sporov pred rozhodcom je vyčlenené do osobitnej úpravy – do zákona o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní (zákon č. 335/2014 Z.z.). Mimosúdne riešenie spotrebiteľských sporov je zo zákona rezervované pre osobitné rozhodcovské inštitúcie disponujúce špeciálnym oprávnením udeľovaným Ministerstvom spravodlivosti SR. Obdobné tendencie sa vyskytli už aj v minulosti.<sup>14</sup> Zásadný rozdiel v porovnaní s predchádzajúcimi neúspešnými iniciatívami spočíva v tom, že posledný zásah do koncepcie právnej úpravy rozhodcovského konania možno považovať za systematický. Bol vytvorený osobitný režim a osobitná úprava pre relatívne samostatné okruhy homogénnych vzťahov, ktoré vykazujú vo vzájomnom porovnávaní znaky nezlučiteľnosti.<sup>15</sup> Predchádzajúce úspešné i neúspešné modifikácie zákona o rozhodcovskom konaní nemožno z tohto pohľadu považovať za systematické.

Zákon o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní (ďalej aj „ZSRK“) je relatívne rozsiahly a štruktúrovaný. Okrem samotnej regulácie vlastného predmetu úpravy nevyhnutne mení a dopĺňa viaceré právnych predpisov. Na prvom mieste novelizuje príslušné ustanovenia Ob-

<sup>12</sup> Podrobne k reforme rozhodcovského konania s osobitným zreteľom na tzv. obchodnú arbitráž pozri: Števcěk, M.-Gábriš, T., Reforma rozhodcovského konania v Slovenskej republike s osobitným zreteľom na tzv. obchodnú arbitráž. In: Justičná revue, 67, 2015, č. 4, s. 448-462.

<sup>13</sup> Nová právna úprava zavádza i ďalšie zmeny vo vymedzení arbitrability. K tomu viď bližšie napr.: Slašťan, M., Spôsobilosť sporov na ich rozhodovanie v rozhodcovskom konaní: arbitrabilita sporov, výklad rozhodcovských doložiek a uplatňovanie nárokov z bezdôvodného obohatenia. Dostupné: <http://www.epravo.sk/top/clanky/spsobilost-sporov-na-ich-rozhodovanie-v-rozhodcovskom-konani-arbitrabilita-sporov-vyklad-rozhodcovskych-doloziek-a-uplatnovanie-narokov-z-bezdvodneho-obohatenia-2420.html>, citované: 27. decembra 2015.

<sup>14</sup> Podrobne pozri: Suchoža, J.-Palková, R., Právna úprava rozhodcovského konania v Slovenskej republike (niektoré úvahy jej zdokonalenia). In: Právni fórum, roč. 7, č. 3 (2010), s. 106-114.

<sup>15</sup> Števcěk, M.-Gábriš, T., Reforma rozhodcovského konania v Slovenskej republike s osobitným zreteľom na tzv. obchodnú arbitráž. In: Justičná revue, 67, 2015, č. 4, s. 449.

čianskeho súdneho poriadku týkajúce sa určenia príslušného sudu vo veciach rozhodcovského konania<sup>16</sup> a prekážky súdneho konania). Zmenou prešlo aj vymedzenie neprijateľnej zmluvnej podmienky v kontexte rozhodcovského konania v Občianskom zákonníku.<sup>17</sup> Rozsiahle zmeny zavádza ZSRK do Exekučného poriadku.<sup>18</sup> V súlade s novou právnou úpravou zákona o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní sa rozširuje vecná pôsobnosť Ministerstva spravodlivosti o kontrolu nad zriaďovateľmi stálych rozhodcovských súdov, stálymi rozhodcovskými súdmi a rozhodcami a taktiež vo vzťahu k disciplinárnej právomoci ministerstva nad rozhodcami oprávnenými rozhodovať spotrebiteľské spory.<sup>19</sup>

Spotrebiteľské rozhodcovské konanie má v porovnaní s klasickým rozhodcovským konaním viaceré špecifických črt a prívlastok „rozhodcovské“ je z nášho pohľadu diskutabilný.<sup>20</sup> Pre rozhodcovské konanie je charakteristická predovšetkým široká voľnosť zmluvných strán, a to najmä so zreteľom na možnosť determinovať svojou dohodou viaceré aspekty konania. Táto možnosť je v rámci spotrebiteľského rozhodcovského konania výrazne oklieštená. Osobitná úprava rozhodcovského konania v spotrebiteľských veciach je postavená na niekoľkých základných pilieroch, ktoré majú prispieť k zvýšeniu ochrany spotrebiteľov.

Sú to tieto základné atribúty:

- (i) vymedzenie spotrebiteľskej rozhodcovskej zmluvy,
- (ii) vymedzenie a sprísnenie podmienok, ktoré musí splňať stály rozhodcovský súd,
- (iii) vymedzenie podmienok, ktoré musí splňať rozhodca,
- (iv) zavedenie „licencovania“ rozhodcov a stálych rozhodcovských súdov,
- (v) kogentná regulácia procesu spotrebiteľskej arbitráže,
- (vi) mechanizmus súdnej ingerencie, ktorý má odstrániť prípadné pochybenia rozhodcu a
- (vii) vyrovnanie informačnej asymetrie spotrebiteľov zabezpečené prostredníctvom zákonom ustanovených formulárov.<sup>21</sup>

Komplex uvedených základných pilierov mimosúdneho riešenia spotrebiteľských sporov pred rozhodcom vytvára striktné a dohodou zmluvných strán nepreniknuteľné mantinely jednosmernej ochrany slabšej strany procesu urovnania sporov.

Spotrebiteľská rozhodcovská zmluva je v špeciálnom vzťahu ku „klasickej“ rozhodcovskej zmluve. Osobitosti spotrebiteľskej rozhodcovskej zmluvy spočívajú vo formálnych i obsahových aspektoch. Z formálneho hľadiska je spotrebiteľská rozhodcovská zmluva determinovaná snahou o maximalizáciu ochrany spotrebiteľa, a to najmä v tom zmysle, že okrem všeobecnej požiadavky písomnosti sa pridružujú aj požiadavka formálnej i obsahovej oddelenosti od hlavnej zmluvy a zákaz dojednaní netýkajúcich sa rozhodcovskej zmluvy.<sup>22</sup> Vzhľadom na tieto zákonné kritériá sú spotrebiteľské rozhodcovské zmluvy vo forme rozhodcovskej doložky vylúčené, keďže pod doložkou spravidla rozumieme čiastku inkorporovanú do väčšieho celku, v našom prípade napríklad do zmluvných podmienok podnikateľa. Podľa nových zákonných podmienok si podnikateľ nebude môcť upraviť možnosť riešiť spory so spotrebiteľmi formou na akú bol zvyknutý do konca roka 2014. Ustanovenie zakotvujúce pre-

<sup>16</sup> Ust. § 88 ods. 2: „Na konanie vo veciach týkajúcich sa rozhodcovského konania je príslušný súd, v ktorého obvode sa nachádza miesto rozhodcovského konania. Ak je účastníkom konania spotrebiteľ, je na konanie vo veciach týkajúcich sa rozhodcovského konania príslušný súd, v ktorého obvode má spotrebiteľ bydlisko. Ak sa miesto rozhodcovského konania nenachádza na území Slovenskej republiky, na konanie je príslušný súd, v ktorého obvode má bydlisko alebo sídlo alebo miesto podnikania odporca. Ak odporca nemá bydlisko alebo sídlo alebo miesto podnikania v Slovenskej republike, na konanie je príslušný súd, v ktorého obvode má navrhovateľ bydlisko alebo sídlo alebo miesto podnikania.“.

<sup>17</sup> § 53 ods. 4 písm. r) Občianskeho zákonníka.

<sup>18</sup> Článok V. ZSRK.

<sup>19</sup> § 13 ods. 5 zákona č. 575/2001 Z.z. o organizácii činnosti vlády a organizácii ústrednej štátnej správy.

<sup>20</sup> Podrobne sme sa touto otázkou zaoberali v článku Hučková, R., Nie je rozhodcovské konanie ako rozhodcovské konanie – krátka úvaha o povahe spotrebiteľského rozhodcovského konania. In: Čorba, J. (ed.), Slovenské a české obchodné právo v roku 2015 – vybrané problémy. Zborník príspevkov z konferencie. UPJŠ, Košice, 2015, s.195 a n.

<sup>21</sup> Dôvodová správa k zákonu o spotrebiteľskom rozhodcovskom konaní.

<sup>22</sup> § 3 ods. 2 ZSRK.

nesenie právomoci riešiť spory vyplývajúce z predmetnej zmluvy na konkretizovaný stály rozhodcovský súd sa tak nebude môcť „stratiť“ medzi ostatnými zmluvnými ustanoveniami.

Signifikantný rozdiel pri porovnaní s „obyčajnou“ rozhodcovskou zmluvou spočíva vo výpočte povinných obsahových náležitostí rozhodcovskej zmluvy uzatváranej so spotrebiteľom. Pri klasickej rozhodcovskej zmluve je zákonodarca pomerne stručný čo sa týka jej obsahového vymedzenia. Podľa ustanovenia § 3 ods. 1 ZRK rozhodcovská zmluva je dohoda medzi zmluvnými stranami o tom, že všetky alebo niektoré spory, ktoré medzi nimi vznikli alebo vzniknú v určenom zmluvnom alebo v inom právnom vzťahu, sa rozhodnú v rozhodcovskom konaní. Zákon o rozhodcovskom konaní neobsahuje žiadne ďalšie ustanovenia riešiace obsahové náležitosti tohto zmluvného aktu. Za jedinú obligatórnu obsahovú požiadavku možno požadovať explicitnú dohodu strán o okruhu sporov, ktoré budú riešené v rámci rozhodcovského konania. Ide o vymedzenie tzv. arbitrability.

V porovnaní so stručnosťou zákonodarca v ZRK vyznievajú obsahové požiadavky na spotrebiteľskú rozhodcovskú zmluvu prehnane. Spotrebiteľ musí mať vo „svojej“ rozhodcovskej zmluve k dispozícii minimálne nasledujúce informácie:

- (i) identifikačné údaje zmluvných strán (obchodné meno, sídlo a identifikačné číslo dodávateľa, meno, priezvisko a bydlisko spotrebiteľa),
- (ii) označenie spotrebiteľskej zmluvy, na spory z ktorej sa vzťahuje predmetná spotrebiteľská rozhodcovská zmluva,
- (iii) označenie stáleho rozhodcovského súdu s uvedením jeho názvu a sídla,
- (iv) webové sídlo stáleho rozhodcovského súdu, na ktorom je zverejnený rokovací poriadok, ako aj ďalšie údaje podľa zákona<sup>23</sup> a adresa pre elektronickú komunikáciu,
- (v) poučenie podľa vzoru obsiahnutého v prílohe č. 1 k ZSRK.<sup>24</sup>

Vyššie uvedeným výpočtom nekončí zasahovanie do obsahu spotrebiteľských rozhodcovských zmlúv. Podľa ZSRK neprichádza do úvahy, aby spotrebiteľská rozhodcovská zmluva obsahovala priamo aj určenie konkrétneho rozhodcu. V minulosti sa v praxi vyskytli viaceré prípady, keď rozhodcovská zmluva (vo forme doložky) obsahovala už aj priamo určenie osoby rozhodcu a tým bol spotrebiteľ nielenže „vmanévrovaný“ do rozhodcovského konania, ale stratil aj akúkoľvek možnosť aspoň čiastočne ovplyvniť voľbu osoby, ktorá rozhodovala spor.

Privilegovanosť postavenia spotrebiteľa v rozhodcovskom riešení sporu sa potvrdzuje i v ďalšej novinke upravenej v ustanovení § 3 ods. 6 ZSRK, podľa ktorého spotrebiteľská rozhodcovská zmluva neobmedzuje právo spotrebiteľa obrátiť sa na súd. Spotrebiteľ sa môže aj napriek uzavretej rozhodcovskej zmluve domáhať svojho práva podaním žaloby na súd. Dodávateľ (ani jeho právny nástupca) sa nemôže brániť proti takémuto postupu spotrebiteľa uplatnením námietky nedostatku právomoci súdu podľa § 106 Občianskeho súdneho poriadku. Táto možnosť spotrebiteľa zaniká, ak sa spotrebiteľské rozhodcovské konanie už začalo, pričom za moment začiatku konania považuje doručenie návrhu na začatie konania spotrebiteľovi. Z vyššie uvedeného vyplýva, že ak by si spotrebiteľ pri všetkých zákonných opatreniach na jeho ochranu nevšimol, resp. neuvedomil význam a dosah ním podpísanej rozhodcovskej zmluvy, kým nemá v rukách návrh na začatie konania, tak má ešte stále zákonnú možnosť vyhnúť sa rozhodcovskému konaniu. Z nášho pohľadu už ide o preexponovanú starostlivosť. Rozhodcovská zmluva, ktorej uzatvoreniu predchádza množstvo preventívnych opatrení počnúc sprísnenými formálnymi požiadavkami končiac osobitnou informačnou povinnosťou zo strany dodávateľa, by nemala byť uzatváraná ešte s ďalšou možnosťou odvrátenia rozhodcovského konania.

<sup>23</sup> Podľa § 18 ods. 3 ZRK.

<sup>24</sup> § 3 ods. 3 ZSRK.

Vyššie uvedené špecifiká týkajúce sa rozhodcovskej zmluvy sú len zlomkom z toho, čo nový právny predpis prináša. Ďalšie novinky sa týkajú osoby rozhodcov, zriaďovania stálych rozhodcovských súdov, procesu rozhodcovského konania a ďalších aspektov rozhodcovského konania so spotrebiteľom. V tomto článku sa nezameriame na všetky tieto otázky.<sup>25</sup>

#### IV.SPOTREBITEĽ a ďalšie možnosti riešenie jeho sporov

Záver roka 2015 bol turbulentný aj vo vzťahu k ďalším alternatívnym metódam riešenia sporov so spotrebiteľmi. Katalóg právnych predpisov upravujúcich metódy riešenia sporov iným než tradičných spôsobom dopĺňa zákon o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov (ďalej aj „ZARSS“), ktorý bol prijatý v novembri 2015 a účinnosť nadobúda od 1. januára 2016 (s výnimkou niekoľkých článkov zákona, ktoré nadobúdajú účinnosť od 1.februára 2016). Tento právny predpis predstavuje premietnutie smernice o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a implementáciu nariadenia o riešení spotrebiteľských sporov online<sup>26</sup> do nášho právneho poriadku. Zákon bol prijatý so zámerom zabezpečenia vysokej úrovne ochrany spotrebiteľov a zároveň prispieť k riadnemu fungovaniu vnútorného trhu tým, že sa zabezpečí, aby sa spotrebiteľia mohli v prípade sporu s predávajúcim obrátiť na subjekt alternatívneho riešenia sporov, ktorý bude vykonávať nezávislé, nestranné, transparentné, účinné, rýchle a spravodlivé postupy alternatívneho riešenia spotrebiteľských sporov.<sup>27</sup>

Etablované mimosúdne metódy urovnávania sporov sú zákonom o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov doplnené o ďalšiu alternatívnu metódu, a to **alternatívne riešenie sporu**. Zákon používa po vzore smernice o ARSS toto označenie pre proces urovnania sporu, i keď v zahraničnej literatúre<sup>28</sup> sa pojem alternatívne riešenie sporov používa pre označenie celého spektra mimosúdnych spôsobov riešenia sporov. Mediácia a rozhodcovské konanie sa pritom považujú za základné kamene alternatívneho mimosúdneho riešenia sporov. Na účely predmetného zákona sa za alternatívne riešenie spotrebiteľských sporov považuje osobitný postup subjektu ARS, ktorého cieľom je dosiahnutie zmierlivého vyriešenia sporu medzi stranami sporu.<sup>29</sup> Jedinou osobou legitimovanou podať návrh na riešenie sporu prostredníctvom tejto novej metódy je spotrebiteľ. Predávajúci nie je oprávnený iniciovať konanie podľa tohto zákona.

Zákon o ARSS zveruje právomoc v oblasti alternatívneho riešenia sporov tzv. subjektom alternatívneho riešenia sporov. Subjektmi ARS sú orgány ARS a oprávnené právnické osoby. Orgány ARS sú orgány verejnej moci, ktorým zákon ukladá povinnosť riešiť spory v závislosti od ich vecnej pôsobnosti. Tieto orgány sa stali subjektmi alternatívneho riešenia sporov ex lege, pričom boli zapísané do zoznamu subjektov vedeného Ministerstvom hospodárstva SR k 1.januáru 2016.<sup>30</sup>

Orgánmi ARS sú:

- (i) Úrad pre reguláciu sieťových odvetví<sup>31</sup>
- (ii) Úrad pre reguláciu elektronických komunikácií a poštových služieb<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Pre podrobnosti pozri: Maslák, M., Nová právna úprava spotrebiteľského rozhodcovského konania. In: Súkromné právo 3/2015; Hučková, R., Rozhodcovské konanie v novom šate. In: Súkromné právo 4/2015.

<sup>26</sup> Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady 542/2013 z 21.mája 2013 o riešení spotrebiteľských sporov online, ktorým sa mení nariadenie 2006/2004 a smernica 2009/22/ES.

<sup>27</sup> Dôvodová správa k ZARSS.

<sup>28</sup> Pozri napr.: Born, G.B., International Commercial Arbitration, London: Kluwer Law International, 2001; Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., On International Commercial Arbitration, London: Kluwer law International, 1999.

<sup>29</sup> § 2 ods. 2 ZARSS.

<sup>30</sup> Dôvodová správa k ZSASS.

<sup>31</sup> Pre spory vyplývajúce zo zmlúv o pripojení do distribučnej sústavy, zmlúv o pripojení do distribučnej siete, zmlúv o združenej dodávke elektriny, zmlúv o združenej dodávke plynu, zmlúv o dodávke a odbere tepla, zmlúv o dodávke pitnej vody a zmlúv o odvádzaní odpadovej vody uzatvorených so subjektom vykonávajúcim regulovanú činnosť podľa zákona č. 250/2012 Z.z. o regulácii v sieťových odvetviach v znení neskorších predpisov.



(iii) Slovenská obchodná inšpekcia.

Slovenská obchodná inšpekcia má postavenie tzv. reziduálneho subjektu ARS. To znamená, že ak nie je explicitne určená kompetencia iných orgánov, tak subjektom ARS bude Slovenská obchodná inšpekcia ako univerzálny subjekt ARS.<sup>33</sup> Jednu významnú výnimku predstavujú spory vyplývajúce z poskytovania finančných služieb, ktoré sú celkovo vylúčené z kompetencií orgánov ARS podľa predmetného zákona. Dôvodom je skutočnosť, že pokrytie sféry finančných služieb alternatívnym riešením sporov z dôvodu vecnej príslušnosti zabezpečuje Ministerstvo financií SR, ktoré je gestorom ochrany spotrebiteľa na finančnom trhu.<sup>34</sup> Vo sfére alternatívneho riešenia sporov vyplývajúcich z poskytovania finančných služieb sa predpokladá prijatie osobitnej úpravy a kreovanie osobitného orgánu pre riešenia takýchto sporov.<sup>35</sup>

Okrem vymedzených štátnych orgánov sa môžu subjektmi ARS stať aj tzv. oprávnené právnické osoby zapísané v zozname ministerstva, pričom o zápis do zoznamu sa môžu uchádzať právnická osoba založená alebo zriadená na ochranu spotrebiteľa, komora zriadená zákonom alebo záujmové združenie najmenej desiatich právnických osôb.<sup>36</sup>

Subjekty ARS realizujú urovnávanie sporov prostredníctvom fyzických osôb, ktoré spĺňajú zákonné predpoklady a sú touto činnosťou poverené. Zákonné predpoklady pre výkon ARS sú spôsobilosť na právne úkony v plnom rozsahu, bezúhonnosť, dôveryhodnosť, vysokoškolské vzdelanie a odborná prax v oblasti riešenia sporov. Dĺžka odbornej praxe v oblasti mimosúdneho riešenia sporov je špecifikovaná so zreteľom na druh vysokoškolského vzdelania.<sup>37</sup>

Iniciovanie urovnania sporu prostredníctvom osobitného procesu alternatívneho riešenia sporu patrí len spotrebiteľovi, ktorý však musí využiť zákonné prostriedky nápravy nespokojnosti s tovarom alebo službou. Spotrebiteľ má právo obrátiť sa na predávajúceho so žiadosťou o nápravu, ak nie je spokojný so spôsobom akým predávajúci vybavil jeho reklamáciu, príp. ak sa domnieva, že predávajúci porušil jeho práva. Návrh na začatie ARS je teda podmienený snahou o komunikáciu zo strany spotrebiteľa s podnikateľom.

Nebudeme sa na tomto mieste podrobne venovať celému procesu urovnania sporu, avšak zmienime sa o výsledku urovnania. Optimálnym výsledkom procesu urovnania sporu je dohoda o vyriešení sporu, ktorej návrh vypracúva subjekt ARS. Dohoda je pre strany po jej podpise a doručení záväzná, avšak strany majú možnosť obrátiť sa v tej istej veci na súd.<sup>38</sup> Ak nie je možné dosiahnuť výsledok alternatívneho riešenia sporu vo forme uzavretia dohody o vyriešení, je v určitých prípadoch možné ukončiť jeho vedenie vydaním odôvodneného stanoviska. Predpokladom pre vydanie odôvodneného stanoviska je skutočnosť, že subjekt z návrhu, priložených dôkazov, prípadne z vyjadrení strán sporu alebo tretej osoby nadobudne dôvodné podozrenie, že konaním alebo opomenutím predávajúceho boli porušené práva spotrebiteľa. Odôvodnené stanovisko nemá záväznú povahu, avšak sa môže stať významnou oporou pre spotrebiteľa, ktorý sa mieni svojich práv domáhať súdnou cestou.<sup>39</sup> Obligatórnou náležitosťou stanoviska je okrem iných<sup>40</sup> aj záver s označením ustanovenia zákona, ktorého sa

<sup>32</sup> Pre spory vyplývajúce zo zmlúv o poskytovaní verejných služieb, ktoré sa týkajú kvality a ceny služieb a zo zmlúv o poskytovaní poštových služieb, ktoré sa týkajú poštových služieb a poštového platobného styku podľa zákona č. 351/2011 Z.z. o elektronických komunikáciách v znení neskorších predpisov a zákona č. 324/2011 Z.z. o poštových službách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

<sup>33</sup> Dôvodová správa k ZARSS.

<sup>34</sup> Dôvodová správa k ZARSS.

<sup>35</sup> Pozri: Zlepšenie ochrany spotrebiteľov na finančnom trhu. Dostupné: <http://www.najpravo.sk/clanky/zlepsenie-ochrany-spotrebiteľov-na-financnom-trhu.html>, citované: 27. decembra 2015.

<sup>36</sup> Pre podrobnosti týkajúce sa zápisu a žiadosti o zápis do zoznamu oprávnených právnických osôb pozri § 4 a nasl. ZARSS § 8 ods. 2 ZARSS.

<sup>37</sup> § 17 ods. 6 ZARSS.

<sup>38</sup> Dôvodová správa k ZARSS.

<sup>39</sup> § 18 ods. 2 ZARSS.

stanovisko týka a z tohto hľadiska je pre spotrebiteľa užitočnou informáciou a spoľahlivým základom pre zhodnotenie jeho právnych nárokov. Alternatívne riešenie sporu môže byť zo strany subjektu ARS ukončené aj odložením návrhu.<sup>41</sup>

## V.ZÁVER

Donedávna boli v tuzemských podmienkach regulované dve základné metódy mimosúdneho riešenia sporov: mediácia a rozhodcovské konanie. Legislatívna činnosť vo sfére mimosúdnych metód riešenia sporov bola v roku 2015 mimoriadne intenzívna, pričom spoločným adresátom nových metód riešenia sporov je spotrebiteľ.

V závere roka 2014 bola prijatá zásadná zmena vo sfére rozhodcovského konania. Bol prijatý osobitný zákon pre riešenie spotrebiteľských sporov, a tým bol pre agendu spotrebiteľských sporov vytvorený v rámci rozhodcovského konania osobitný režim. Tento krok hodnotíme kladne, i keď sa nestotožňujeme s tým, že sa jedná o rozhodcovské konanie. Nový proces urovnávania sporov označený ako spotrebiteľské rozhodcovské konania má s klasickým rozhodcovským konaním spoločné len veľmi málo.

Záver uplynulého roka priniesol ďalší zaujímavý legislatívny počin – zákon o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov. Prijatie tohto právneho predpisu bolo vyvolané požiadavkou reflektovať vo vnútroštátnom poriadku smernicu o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a vytvoriť podmienky pre aplikáciu nariadenia o riešení spotrebiteľských sporov online<sup>42</sup>.

Smernica o alternatívnom riešení spotrebiteľských sporov a jej premietnutie v tuzemskom právnom poriadku sa podpísalo aj pod prijatie dôležitej zmeny zákona o mediácii (zákona č. 420/2004 Z.z.), ktorá v čase finalizácie tohto článku ešte nemala svoje číslo v Zbierke zákonov.<sup>43</sup> Spotrebiteľské spory sa tak budú môcť urovnávať už aj prostredníctvom mediácie.

So zreteľom na vyššie uvedené budú mať spotrebiteľia v ďalšom období na výber viacero možností mimosúdneho vyriešenia svojich sporov. Prijatou právnou úpravou sa črtá reálna možnosť odbremenenia všeobecných súdov od určitých kategórií sporov. Je otáznou, či ponúkané možnosti budú i adekvátne využívané, keďže doposiaľ alternatívne metódy nepoživali významnejšiu dôveru. Už v tomto momente je však isté, že aktivita spočívajúca len v prijatí zákonných pravidiel nebude postačovať. Je nevyhnutné, aby boli novinky aj adekvátne komunikované s ich adresátmi, pretože v opačnom prípade môžu ostať len ďalšou nevyužitou možnosťou.

## POUŽITÁ LITERATÚRA

1. HUČKOVÁ, R., Rozhodcovské konanie. Košice, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika, 2013
2. HUČKOVÁ, R., Rozhodcovské konanie v novom šate. In: Súkromné právo 4/2015
3. HUČKOVÁ, R., Nie je rozhodcovské konanie ako rozhodcovské konanie – krátka úvaha o povahe spotrebiteľského rozhodcovského konania. In: Čorba, J. (ed.), Slovenské a české obchodné právo v roku 2015 – vybrané problémy. UPJŠ, Košice, 2015
4. HUČKOVÁ, R., TREŠČÁKOVÁ, D., Osoba rozhodcu vo svetle pripravovaných legislatívnych zmien.

Dostupné: [http://sic.pravo.upjs.sk/files/3\\_huckova\\_trescakova\\_postavenie\\_rozhodcu.pdf](http://sic.pravo.upjs.sk/files/3_huckova_trescakova_postavenie_rozhodcu.pdf)

<sup>41</sup> Dôvody sú upravené v § 19 ZARSS.

<sup>42</sup> § 1 ods. 3 ZARSS.

<sup>43</sup> Pozri legislatívny proces:

<http://www.nrsr.sk/web/Default.aspx?sid=zakony/zakon&ZakZborID=13&CisObdobia=6&CPT=1693>, stránka navštívená dňa 27.decembra 2015.

5. MAREK, K., K řešení sporů a rozhodčímu řízení. Dostupné: <http://www.bulletin-advokacie.cz/k-reseni-sporu-a-rozhodcimuzizeni>
6. MASLÁK, M., Nová právní úprava spotřebitel'ského rozhodcovského konania. In: Súkromné právo, roč. 1, č.3 (2015)
7. SUCHOŽA, J., PALKOVÁ, R., Právna úprava rozhodcovského konania v Slovenskej republike (niektoré úvahy jej zdokonalenia). In: Právni fórum, roč. 7, č. 3 (2010), s. 106-114
8. ŠTEVČEK, M., GÁBRIŠ, T., Reforma rozhodcovského konania v Slovenskej republike s osobitným zreteľom na tzv. obchodnú arbitráž. In: Justičná revue, 67, 2015, č. 4, s. 448-462

### **KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA**

**JUDr. Regina Hučková, PhD.**

Katedra obchodného práva a hospodárskeho práva

Právnická fakulta UPJŠ v Košiciach

Kováčska 26, Košice

e-mail: [regina.huckova@upjs.sk](mailto:regina.huckova@upjs.sk)

# VEREJNÉ VYSOKÉ ŠKOLY A FINANČNÁ KONTROLA EX ANTE PODĽA NOVÉHO ZÁKONA O FINANČNEJ KONTROLE A AUDITE

## PUBLIC UNIVERSITIES AND FINANCIAL EX ANTE CONTROL UNDER THE NEW LAW ON FINANCIAL CONTROL AND AUDIT

*Jozef Tekeli*

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

### ABSTRAKT

*Dňa 1. januára 2016 nadobudol účinnosť nový zákon č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite, ktorý nahrádza dovtedajší zákon č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite v znení neskorších predpisov. Právna úprava od 1. januára 2016 zavádza nové druhy finančnej kontroly v podmienkach verejnoprávnych inštitúcií spadajúcich pod pôsobnosť tohto zákona. Odlišným spôsobom je formulovaný aj výkon kontroly, čo do povahy ex ante, ktorá sa po 1. januári 2016 transformuje z podoby predbežnej finančnej kontroly na tzv. základnú finančnú kontrolu. Príspevok sa zameriava na pravidlá výkonu základnej finančnej kontroly v podmienkach verejných vysokých škôl, v prípade ktorých aj doterajší spôsob výkonu predbežnej finančnej kontroly vykazoval nedostatky.*

### ABSTRACT

*On 1 January 2016 a new Act no. 357/2015 Coll. on financial control and auditing, which replaces the previous Act. 502/2001 Coll. on Financial Control and Internal Audit as amended. Legislation from January 1, 2016 introduces a new type of financial control in terms of public institutions falling within the scope of this Act. It is formulated in a different way and the exercise of control, which in the nature of ex ante, that is after 1 January 2016 transforms the form of ex-ante financial controls so. the inspection. This paper focuses on the basic rules governing financial control in terms of public universities, for which the current method of performance of interim financial control showed deficiencies.*

### I. ÚVOD

Pojem „kontrola“ vznikol už v antickom Ríme a pochádza z latinských slov „contra“ (proti) a „rotulus“ (zvitok). Kontrola predstavovala „protiistiny“, t. j. druhé exempláre záznamov, na ktorých sa overovala správnosť pôvodného zápisu na zvitku pergamenových blán. Takéto chápanie kontroly ako spisu vedeného v dvoch vyhotoveniach bolo príčinou, že sa kontrola dlho vymedzovala v spojitosti so skúmaním (overovaním) správnosti dokumentov, účtovných zápisov s dohľadom na správnosť vedenia pokladničných kníh, účtov a podobne. Postupne sa pojem kontrola i odvodený pojem „kontrolná činnosť“ rozšíril a naplnil novým obsahom.<sup>1</sup>

Najelementárnejšie vymedzenie kontroly vo verejnej správe dnes vychádza z ponímania kontroly v širšom zmysle a jej uplatňovania v rozličných oblastiach spoločenského života, pričom takto ponímaná kontrola je závislá od politickej a ekonomickej situácie a usporiadania

<sup>1</sup> LIČKO, T.: *Kontrola v spoločnosti*. Bratislava: IRIS, 2003. ISBN 80-89018-00-9, s. 14.

štátu. Základnou úlohou kontroly je, že upozorňuje na nedostatky, dáva impulz na ich odstránenie, a tým zdokonaľuje jednotlivca i celú spoločnosť.<sup>2</sup>

Kontrola je nevyhnutnou súčasťou každej organizovanej činnosti, a preto skúmanie tejto aktivity patrí do viacerých vedných disciplín (kybernetiky – ako spätná väzba, teórie riadenia – ako štádium riadiaceho cyklu, etc.).<sup>3</sup> Kontrola, jej postavenie a právomoc závisí od politických a ekonomických podmienok spoločnosti, štátoprávneho usporiadania a aj od funkcií jednotlivých štátnych a politických orgánov.

Pod kontrolou, ako pojmom správneho práva, sa rozumie činnosť, ktorou sa zisťuje a hodnotí, či a ako činnosť právnických a fyzických osôb podliehajúcich kontrole zodpovedá určitým požiadavkám, ktoré sú určené v právnych normách alebo aktoch vydaných na ich vykonanie.<sup>4</sup>

Kontrola vo verejnej správe predstavuje špecifický spôsob spravovania vecí verejných. Vo verejnej správe musí existovať ucelený systém spätnej väzby, ktorý predstavuje kontrolný systém verejnej správy. Zmyslom kontroly je kritické posúdenie stavu a odstránenie nedostatkov, ktoré vplývajú na výkon a poslanie organizácie verejnej správy.<sup>5</sup>

Kontrola vo verejnej správe je jednou zo základných záruk zákonnosti v jej činnosti. Pri výkone tejto činnosti vznikajú špecifické spoločenské vzťahy regulované normami verejného práva vrátane správneho práva – tzv. kontrolné právne vzťahy. Obsah právnych vzťahov pri vykonávaní kontroly tvoria oprávnenia a povinnosti orgánu vykonávajúceho kontrolu a im zodpovedajúce práva a povinnosti kontrolovaného subjektu. Jednotná legálna definícia pojmu kontrola vo verejnej správe v našom právnom poriadku neexistuje.

V systéme platnej právnej úpravy možno nájsť legálne definované len niektoré druhy kontroly, a to najmä finančnú kontrolu a kontrolu efektívnosti štátnej správy.

Finančnou kontrolou sa podľa § 2 písm. b) zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite účinného od 1. januára 2016 rozumie „*súhrn činností zabezpečujúcich overovanie hospodárnosti, efektívnosti, účinnosti a účelnosti finančných operácií alebo ich častí pred ich uskutočnením, v ich priebehu a až do ich konečného vysporiadania, zúčtovania, dosiahnutia a udržania výsledkov a cieľov finančných operácií alebo ich častí.*“

Uplatnením typologickej metódy v rámci vedeckovýskumnej činnosti rešpektujúc zvolený názov článku, však nie je predmetom tohto príspevku analýza finančnej kontroly v celom jej obsahovom vymedzení, ale zúžene, predmetom je len tá kategória finančnej kontroly, ktorá zahŕňa činnosti zabezpečujúce overovanie hospodárnosti, efektívnosti, účinnosti a účelnosti finančných operácií alebo ich častí pred ich uskutočnením, t. j. kontrola ex ante. Predmetom výskumu sa tak stáva určitá vybraná kategória, t. j. určený typ finančnej kontroly ako zvolený objekt výskumu.<sup>6</sup> Pri voľbe objektu výskumu zasahuje nevyhnutne racionálny prvok autora ako vedeckého pracovníka. Pre určenie objektu tohto článku je determinujúcou skutočnosť, že autor je z kariérneho hľadiska vysokoškolským učiteľom verejnej vysokej školy.

Podľa § 2 písm. f) zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite sa na účely tohto zákona rozumie „*orgánom verejnej správy subjekt verejnej správy podľa osobitného predpisu a právnická osoba, prostredníctvom ktorej sa poskytujú verejné financie.*“ Osobitným predpisom, na ktorý odkazuje blanketová norma zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite je zákon č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a

<sup>2</sup> TÓTHOVÁ, K. et al.: *Základy správneho práva hmotného*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského, 1992. ISBN 80-7160-059-8, s. 126.

<sup>3</sup> SOBIHARD, J.: *Verejná správa a kontrola*. In MACHAJOVÁ, J. et al.: *Všeobecné správne právo*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2009. ISBN 978-80-89447-05-3, s. 237.

<sup>4</sup> NIKODÝM, D.: *Kontrola v štátnej správe a v hospodárskej správe ČSFR*. Bratislava: SAV, 1969. s. 11.

<sup>5</sup> TEJ, J.: *Ekonomika a manažment verejnej správy*. Prešov: Prešovská univerzita, 2002. ISBN 80-8068-136-8, s. 206.

<sup>6</sup> BAKOŠOVÁ, E.: *Základy sociológie pre právnikov*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Univerzity Komenského, 1999. ISBN 80-7160-075-X, s. 105-106.

doplnení niektorých zákonov, podľa § 3 ods. 1 a ods. 2 ktorého „*Subjektmi verejnej správy sú právnické osoby zapísané v registri organizácií vedenom Štatistickým úradom Slovenskej republiky podľa osobitného predpisu a zaradené vo verejnej správe v súlade s jednotnou metodikou platnou pre Európsku úniu, a to*

*a) v ústrednej správe,*

*b) v územnej samospráve,*

*c) vo fondoch sociálneho poistenia a fondoch zdravotného poistenia.*

*V ústrednej správe sa vykazujú štátne rozpočtové organizácie a štátne príspevkové organizácie, štátne účelové fondy (ďalej len "štátny fond") a Slovenský pozemkový fond. V ústrednej správe sa vykazujú aj verejné vysoké školy a ďalšie subjekty, ktoré sú zapísané a zaradené v registri podľa odseku 1 v ústrednej správe. V územnej samospráve sa vykazujú obce a vyššie územné celky a nimi zriadené rozpočtové organizácie a príspevkové organizácie, ako aj ďalšie subjekty, ktoré sú zapísané a zaradené v registri podľa odseku 1 v územnej samospráve. Vo fondoch sociálneho poistenia a fondoch zdravotného poistenia sa vykazujú Sociálna poisťovňa a zdravotné poisťovne.“*

Z takéhoto systematického prepojenia relevantných citovaných dikcií právnych noriem vyplýva, že výkonu finančnej kontroly podľa zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite podliehajú i verejné vysoké školy ako právnické osoby podľa zákona č. 131/2001 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

Legálnu definíciu vysokej školy obsahuje zákon č. 131/2001 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov v § 1 ods. 1 „*Vysoké školy sú vrcholné vzdelávacie, vedecké a umelecké ustanovizne.*“ Legálnu definíciu vysokej školy abstrakciou sumarizuje i správna veda, a to v jej najvyššišťižnejšom prevedení: „*Vysoká škola je studium gererale orientované na meniace sa podmienky trhu práce.*“<sup>7</sup>

Z doposiaľ vymedzeného vyplýva, že predmetom článku je výkon finančnej kontroly ex ante v objekte, ktorým je verejná vysoká škola. Navyše na základe § 2 písm. h) zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite povinnou osobou, na ktorú sa vzťahuje režim tohto zákona je nielen samotný orgán verejnej správy (in concreto verejná vysoká škola), ale i jeho vnútorný organizačný útvar.

Vnútroorganizačnými zložkami verejnej vysokej školy sú pritom podľa § 21 ods. 1 zákona č. 131/2001 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov fakulty, iné pedagogické, výskumné, vývojové, umelecké, hospodársko-správne a informačné pracoviská a účelové zariadenia.

Takto teoreticko-právne vymedzené východiská výskumu podmieňujú aj ďalšie metódy (popri už vyššie dovolanej typologickej metóde) použité pri práci autora, ktorých voľba a aplikácia ovplyvňujú celú obsahovú časť príspevku a v konečnom dôsledku aj jeho závery.

Pre dielo je charakteristické využitie predovšetkým historickej, analytickej a kritickej metódy tvorby vedeckých prác.

Z hľadiska vývoja právnej úpravy sa finančná kontrola ex ante formovala ako neoddeliteľná súčasť finančnej kontroly v podmienkach verejnoprávnych korporácií. Z hľadiska vývojového má pre platnú právnu úpravu relevanciu vysporiadanie sa s nasledovnými právnymi režimami ex ante kontroly:

- úprava zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení účinnom do 29. februára 2015;

<sup>7</sup> GAŠPAR, M.: *Elitná univerzita*. Košice: UPJŠ. 2007. s. 12.

- úprava účinná od 1. marca 2012 do 31. októbra 2014 založená novelou zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov pod č. 69/2012 Z. z.;
- úprava účinná od 1. novembra 2014 do 31. decembra 2015 založená novelou zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov pod č. 292/2014 Z. z.;
- úprava účinná od 1. januára 2016 založená novým zákonom č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite.

Naznačené 4 právne režimy v horizonte necelých 4 rokov demonštrujú nestabilitu právnej úpravy finančnej kontroly ex ante (m. m. aj iných druhov finančnej kontroly) v slovenskej verejnej správe. Rovnako ovplyvňujú spôsobilosť povinných osôb ustáliť správny spôsob aplikácie zákonných ustanovení v procese implementácie právnych noriem do praxe. Historická metóda v takomto prípade je teda využívaná nielen pri skúmaní vzniku a vývoja právnej úpravy vybraných inštitútov kontrolných právnych vzťahov, ale bezprostredne napomáha zákonne konformnej právnej interpretácii účinných právnych noriem regulujúcich finančnú kontrolu ex ante. Historická metóda okrem interpretačného významu, zároveň napomáha štúdiu pôsobenia príslušnej právnej úpravy v aplikačnej praxi a podporuje poznávanie úrovne právnej úpravy finančnej kontroly v tom-ktorom časovom úseku jej legislatívneho vývoja.

Využitie právnej analýzy v článku predstavuje kľúčový metodologický postup autora, keďže predstavuje rozbor normatívnych právnych aktov regulujúcich jednotlivé aspekty inštitútu finančnej kontroly ex ante, a to v ich jednotlivostiach, ako aj v ich komplexnosti.

Kritická metóda je imanentnou súčasťou vedeckovýskumnej činnosti na predkladanom príspevku. Právna veda postupuje dopredu predovšetkým vďaka kritickej diskusii. Kritika, ktorú článok prináša, predstavuje predovšetkým hľadanie logických rozporov v právnej úprave a hľadanie absurdných dôsledkov, ktoré prepriate formalizovaná právna úprava finančnej kontroly ex ante prináša pre aplikačnú prax v podmienkach verejnoprávnych inštitúcií spadajúcich pod pôsobnosť zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite (mutatis mutandis predchádzajúceho zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov). Na tomto základe teda sú v článku formulované teórie s argumentačnou silou, ktoré majú byť jednak schopné vysporiadať sa s kritikou právnej úpravy finančnej kontroly ex ante účinnej do 31. decembra 2015, no jednak musia byť schopné vysporiadať sa s možnosťami kritiky novej právnej úpravy finančnej kontroly ex ante účinnej po 1. januári 2016.

## **II. FINANČNÁ KONTROLA EX ANTE AKO TZV. ZÁKLADNÁ FINANČNÁ KONTROLA**

### **1. Transformácia predbežnej finančnej kontroly na základnú finančnú kontrolu**

Cieľom finančnej kontroly v podmienkach verejnej vysokej školy je zabezpečiť najmä

- dodržiavanie hospodárnosti, efektívnosti, účinnosti a účelnosti pri hospodárení s verejnými financiami a realizácii finančnej operácie alebo jej časti,
- dodržiavanie rozpočtu verejnej vysokej školy,
- dodržiavanie zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite, všeobecne záväzných právnych predpisov vydaných na jeho vykonanie, osobitných predpisov, medzinárodných zmlúv, ktorými je Slovenská republika viazaná, a na základe ktorých sa Slovenskej republike poskytujú finančné prostriedky zo zahraničia, rozhodnutí vydaných na základe osobitných predpisov alebo vnútorných predpisov,
- dodržiavanie uzatvorených zmlúv verejnou vysokou školou,
- dodržiavanie podmienok na poskytnutie a použitie verejných financií,

- správnosť a preukázateľnosť vykonávania finančnej operácie alebo jej časti, spoľahlivosť výkazníctva,
- ochranu majetku v správe alebo vo vlastníctve verejnej vysokej školy,
- predchádzanie podvodom a nezrovnalostiam,
- včasné a spoľahlivé informovanie štatutárneho verejnej vysokej školy o úrovni hospodárenia s verejnými financiami a o vykonávaných finančných operáciách alebo ich častiach,
- overovanie plnenia opatrení prijatých na nápravu nedostatkov zistených administratívnou finančnou kontrolou alebo finančnou kontrolou na mieste a na odstránenie príčin ich vzniku,
- overovanie ďalších skutočností súvisiacich s finančnou operáciou alebo jej časťou a finančným riadením.

Finančná kontrola sa tak spolu s kontrolou súladu a kontrolou výkonnosti<sup>8</sup> radí medzi základné druhy kontrol v podmienkach slovenskej verejnej správy, resp. aj v širšom medzinárodnom kontexte, rešpektujúc medzinárodné kontrolné štandardy INTOSAI.

Finančná kontrola po 1. januári 2016 zavádza nové druhy finančnej kontroly:

- základnú finančnú kontrolu,
- administratívnu finančnú kontrolu,
- finančnú kontrolu na mieste;

čím sa nahrádza pôvodne v roku 2001 konštituované elementárne členenie kontroly na kontrolu predbežnú, priebežnú a následnú s cieľom dosiahnutia zjednodušenia výkonu finančnej kontroly.<sup>9</sup>

S účinnosťou nového zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite, t. j. od 1. januára 2016 sa teda transformovala tradične ponímaná predbežná finančná kontrola na tzv. základnú finančnú kontrolu pre všetky subjekty spadajúce pod režim zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite vrátane verejných vysokých škôl.

Podľa dôvodovej správy k návrhu zákona o finančnej kontrole a audite „*sa predbežná finančná kontrola vykonávaná ako vnútorná administratívna kontrola transformuje na základnú finančnú kontrolu, ktorá je obligatórna pre orgány verejnej správy na všetky finančné operácie alebo ich časti tak ako je tomu aj v súčasnosti. Vykonanie základnej finančnej kontroly je obligatórne aj v prípade, keď orgán verejnej správy vykonáva overovanie finančnej operácie alebo jej časti administratívnou finančnou kontrolou alebo finančnou kontrolou na mieste.*“

Z uvedeného vyplýva, že verejná vysoká škola je povinná overiť základnú finančnú kontrolou každú finančnú operáciu alebo jej časť, a to vo všetkých etapách jej realizácie. Finančnou operáciou, alebo jej časťou obligatórne overovanou základnou finančnou kontrolou sa pritom na základe § 2 písm. d) zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite rozumie „*príjem, poskytnutie alebo použitie verejných financií*“<sup>10</sup>, *právny úkon alebo iný úkon majetkovej povahy.*“ Častokrát je aplikačnou praxou opomínaná skutočnosť, že finančná operácia sa z časového hľadiska môže realizovať vo viacerých fázach (napríklad pred vstupom do záväzku, následne pred podpisom zmluvy, následne pred uskutočnením platby, ale tiež aj v priebehu ich postupného naplňovania). Základnú finančnú kontrolu je preto potrebné vykonávať postupne počas celej doby kontinuálne trvajúcej finančnej operácie až do naplnenia všetkých podmienok, za ktorých sú verejné financie poskytované alebo použité.

<sup>8</sup> <https://www.nku.gov.sk/vseobecne-o-kontrole-nku-sr>

<sup>9</sup> VEVERKOVÁ, I.: *Nový zákon o finančnej kontrole a audite vykonávanom verejnou správou*. In *Právo pre ROPO a obce v praxi*. 6/2015. Bratislava: Wolters Kluwer. ISSN 1337-7523. s. 1.

<sup>10</sup> Poznámka autora: realizovaných hotovostne aj bezhotovostne.



Finančná kontrola, vrátane kontroly ex ante ako základnej finančnej kontroly, je nástrojom finančného riadenia rektora verejnej vysokej školy, dekana fakulty, riaditeľa, prípadne inak označeného vedúceho vnútroorganizačnej zložky verejnej vysokej školy ako povinnej osoby podľa zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite. Týmto nástrojom môže štatutárny orgán zabezpečiť efektívne finančné riadenie pri zachovávaní princípov hospodárnosti, efektívnosti, účinnosti a účelnosti poskytovania alebo používania finančných prostriedkov, a tak efektívne riadiť a dosahovať všetky stanovené úlohy a ciele verejnej vysokej školy. Štatutárny orgán verejnej vysokej školy zároveň zodpovedá za výkon finančnej kontroly. V podmienkach verejnej vysokej školy je rektorovi priamo podriadený kvestor, ktorý zabezpečuje a zodpovedá za hospodársky a administratívny chod verejnej vysokej školy a koná v jej mene v rozsahu určenom rektorom. Za hospodárenie fakulty ako najvýznamnejšej vnútroorganizačnej zložky verejnej vysokej školy zodpovedá podľa 28 ods. 1 poslednej vety zákona č. 131/2001 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov dekan fakulty tiež priamo rektorovi a nie akademickému senátu fakulty.

V aplikačnej praxi verejných vysokých škôl má finančná kontrola ex ante charakter kontroly vykonávanej poverenými zamestnancami verejnej vysokej školy (v minimálnom počte dvoch zamestnancov), pričom platí, že jeden z nich musí byť vedúci zamestnanec. Štatutárny orgán totiž z praktického hľadiska nemôže sám zabezpečiť naplnenie systému finančného riadenia a kontroly, preto časť svojej zodpovednosti za finančné riadenie a kontrolu na odborných úsekoch činnosti realizuje jej delegovaním na zamestnancov verejnej vysokej školy. Toto delegovanie časti zodpovednosti na zamestnancov príslušných odborných úsekov sa vykoná jej zapracovaním do pracovných náplní zodpovedných zamestnancov a zapracovaním do vnútroorganizačnej normy (organizačného alebo pracovného poriadku), prípadne určením zodpovednosti za systém finančného riadenia a vykonávania finančnej kontroly vo vnútornom predpise, ktorý upraví spôsob vykonávania kontroly v podmienkach danej verejnej vysokej školy. Je možné zvoliť rôzne prístupy, ktoré závisia od veľkosti organizácie, organizačnej štruktúry, zložitosti zamerania činností a spôsobu riadenia organizácie. Cieľom je však vždy zabezpečiť rovnaký výsledok – účinný a efektívny systém internej ex ante kontroly.<sup>11</sup>

## 2. Forma základnej finančnej kontroly

Základnú finančnú kontrolu ako kontrolu minimálne tzv. 4 očí vykonáva štatutárny orgán alebo ním určený vedúci zamestnanec a zamestnanec zodpovedný za rozpočet, verejné obstarávanie, správu majetku alebo za iné odborné činnosti podľa povahy finančnej operácie alebo jej časti podľa rozhodnutia štatutárneho orgánu tou formou, že potvrdzuje na doklade súvisiacom s finančnou operáciou alebo jej časťou súlad finančnej operácie alebo jej časti s

- rozpočtom verejnej vysokej školy na príslušný rozpočtový rok;
- osobitnými predpismi alebo medzinárodnými zmluvami, ktorými je Slovenská republika viazaná, a na základe ktorých sa Slovenskej republike poskytujú finančné prostriedky zo zahraničia;
- zmluvami uzatvorenými verejnou vysokou školou;
- rozhodnutiami vydanými na základe osobitných predpisov, t. j. individuálnymi správnymi aktmi;
- vnútornými predpismi, t. j. internými inštrukciami ako aktmi riadenia<sup>12</sup>;
- inými podmienkami poskytnutia verejných financií.

<sup>11</sup> VEVERKOVÁ, I.: *Praktické skúsenosti s vykonávaním predbežnej finančnej kontroly*. In *Právo pre ROPO a obce v praxi*. ISSN 1337-7523, 2011, roč. IV, č. 2, s. 9.

<sup>12</sup> JAKAB, R.: *Proces tvorby interných normatívnych inštrukcií vo verejnej správe* In *Právny Obzor*, 2010, č. 6, ISSN 0032-6984. 20 s.

a to uvedením svojho mena a priezviska, podpisu, dátumu vykonania základnej finančnej kontroly a vyjadrenia, či je, alebo nie je možné finančnú operáciu alebo jej časť vykonať, v nej pokračovať alebo vymáhať poskytnuté plnenie, ak sa finančná operácia alebo jej časť už vykonala.<sup>13</sup>

V rámci komparácie je potrebné uviesť, že vojenské vysoké školy a policajné vysoké školy ako štátne rozpočtové organizácie sú povinné overovať základnou finančnou kontrolou finančnú operáciu aj z hľadiska jej súladu s ich rozpočtom na dva rozpočtové roky nasledujúce po príslušnom rozpočtovom roku, ak financovanie finančnej operácie alebo jej časti neskončí v príslušnom rozpočtovom roku a ide o realizáciu verejného obstarávania. V porovnaní s verejnými vysokými školami je teda kontrola súladu prísnejšia v podmienkach vojenských a policajných vysokých škôl.

V rámci autorského zhodnotenia možno abstraktno konštatovať, že zmeny základnej finančnej kontroly zavádzané zákonom č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite na úseku finančnej kontroly majú povahu

- legislatívno-technických spresnení a
- zmeny pojmoslovia (premenovania) už existujúcich inštitútov.

Zámerom úpravy nie je ukladanie nových povinností zamestnancom verejnej vysokej školy, ale zvýšenie zodpovednosti zamestnancov za vykonávané činnosti, ktoré sú v opise ich pracovných činnosti alebo pracovnej náplni. Vykonanie základnej finančnej kontroly sa potvrdzuje na doklade súvisiacom s finančnou operáciou alebo jej časťou uvedením mena a priezviska zamestnanca, ktorý vykonal základnú finančnú kontrolu. Ďalej zamestnanec uvedie svoj vlastnoručný podpis (môže byť použitý aj zaručený elektronický podpis), dátum vykonania základnej finančnej kontroly a vyjadrenie, či je alebo nie je možné finančnú operáciu alebo jej časť vykonať, v nej pokračovať alebo vymáhať poskytnuté plnenie, ak sa finančná operácia alebo jej časť už vykonala. V praxi to znamená, že za doklad súvisiaci s finančnou operáciou alebo jej časťou sa môže považovať aj krycí list alebo zoznam kontrolných otázok.

Z uvedeného výkladu vyplýva, že inštitút základnej finančnej kontroly po 1. januári 2016 kontinuálne nadväzuje na systém vykonávania predbežnej finančnej kontroly v podobe existujúcej do 31. decembra 2015. Zákon č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite tak nepriňaša zásadnú zmenu filozofie finančnej kontroly ex ante.

Dôvodom je skutočnosť, že koncepčná zmena výkonu finančnej kontroly ex ante nastala už v predchádzajúcom legislatívnom vývoji cestou postupných čiastkových novelizácií zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Mutatis mutandis sa súčasná forma výkonu finančnej kontroly ex ante v podmienkach verejných vysokých škôl legislatívne ustálila už kapitálnou novelou pod č. 69/2012 Z. z. Predmetná novela č. 69/2012 Z. z. s účinnosťou od 1. marca 2012 mala s definitívou predstavovať legislatívny koniec formálneho výkonu predbežnej finančnej kontroly, ktorý bol príznačný pre celé obdobie jej realizácie po nadobudnutí účinnosti samotného zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov 1. januára 2002.

Následná čiastková novela zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov pod č. 292/2014 Z. z. s účinnosťou od 1. novembra 2014 na úseku finančnej kontroly ex ante v podmienkach internej kontroly verejných vysokých škôl nezaviedla de facto žiadnu relevantnú zmenu. Vo svojej podstate popri precizovaní niektorých procesnoprávných ustanovení<sup>14</sup> iba v rámci interných finančnoprávných

<sup>13</sup> § 6 ods. 4 zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite.

<sup>14</sup> Poznámka autora: spočívajúce najmä v zosúladení aplikačnej praxe a výkladu zákona s cieľom odstrániť dovtedajšie interpretačné nejasnosti v aplikačnej praxi.

vzťahov (resp. širšie administratívnoprávnych vzťahov) verejnej vysokej školy klasifikovala predbežnú finančnú kontrolu ako vnútornú administratívnu kontrolu.<sup>15</sup> Novela pod č. 292/2014 Z. z. s účinnosťou od 1. novembra 2014 do 31. decembra 2015 neovplyvnila formu a rozsah internej finančnej kontroly ex ante v podmienkach verejnej vysokej školy.<sup>16</sup>

Z použitej historickej interpretácie vyplýva záver, že výkon finančnej kontroly ex ante v podmienkach slovenských verejných vysokých škôl nie je kardinálne ovplyvnený prijatím samotného nového zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite, ale už nadobudnutím účinnosti zákona č. 69/2012 Z. z., ktorým sa novelizoval zákon č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov, t. j. od 1. marca 2012.

Pri porovnaní zákonom predvídaného stavu s aplikačnou praxou je však nutné konštatovať, že napriek zásadným legislatívnym zmenám finančnej kontroly ex ante účinným od 1. marca 2012, precizovanými od 1. novembra 2014, verejné vysoké školy častokrát vykonávali typicky vžitú formálnu predbežnú finančnú kontrolu v znení: „*Finančnú operáciu overil predbežnou finančnou kontrolou....*“ alebo „*Predbežnú finančnú kontrolu vykonal ...*“ až do konca roka 2015, t. j. do zrušenia samotného zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Právne režimy finančnej kontroly ex ante účinné do 31. decembra 2015 sú teda základom pre správnu interpretáciu finančnej kontroly ex ante v podobe de lege lata po 1. januári 2016 a následne aj pre ich zákonne konformnú aplikáciu v podmienkach slovenských verejných vysokých škôl.

### III. ROZSAH ZÁKLADNEJ FINANČNEJ KONTROLY

#### 1. Finančná operácia ako predmet finančnej kontroly ex ante

Základná finančná kontrola je tzv. 100 % kontrolou, t. z. je obligatórnou na všetkých právnych skutočnostiach spadajúcich pod legálne vymedzený pojem finančnej operácie. Podľa § 7 ods. 1 zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite „*Základnou finančnou kontrolou je orgán verejnej správy povinný overovať vždy súlad každej finančnej operácie alebo jej časti so skutočnosťami uvedenými v § 6 ods. 4 na príslušných stupňoch riadenia.*“ Podľa § 2 písm. d) zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite sa pritom „*Finančnou operáciou alebo jej časťou rozumie príjem, poskytnutie alebo použitie verejných financií, právny úkon alebo iný úkon majetkovej povahy.*“

Je pozitívom, ak zákon č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite stanovuje, že finančnou operáciou je aj príjem verejných prostriedkov (napr. vyrovnanie nedoplatku zamestnanca vyplývajúceho zo zúčtovania preddavku poskytnutého na služobnú cestu, ak prevyšoval nárokovateľné cestovné náhrady), či už hotovostne alebo bezhotovostne. Použitím verejných prostriedkov sa rozumie predovšetkým úhrada výdavku, či už v hotovosti (napr. nákup drobného tovaru, cenín, prác, služieb, reprezentačný výdavok, poskytnutie preddavku na služobnú cestu) alebo bezhotovostne (napr. úhrada došlej faktúry prostredníctvom banky alebo interbankingom, vyplatenie mzdy zamestnancovi, úhrada odvodov). Pod použitím verejných prostriedkov je potrebné rozumieť aj poskytnutie verejných prostriedkov verejnej vysokej školy v

<sup>15</sup> VEVERKOVÁ, I.: *Predbežná a priebežná finančná kontrola po novele zákona o finančnej kontrole*. In *právo pre ROPO a obce v praxi*. 12/2014. Bratislava: Wolters Kluwer. ISSN 1337-7523. 6 s.

<sup>16</sup> Poznámka autora: Zmeny zavedené novelou č. 292/2014 Z. z. účinnou od 1. novembra 2014 sa dotkli predovšetkým výkonu vonkajšej finančnej kontroly, a to v súvislosti s procesom prijatia zákona č. 292/2014 Z. z. o príspevku poskytovanom z európskych štrukturálnych a investičných fondov a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Od roku 2014 začína nové programové obdobie, v rámci ktorého došlo k zmene viacerých pravidiel implementácie fondov Európskej únie. Z tohto dôvodu je potrebné upraviť aj vonkajšie kontrolné mechanizmy poskytovaných finančných prostriedkov z európskych štrukturálnych a investičných fondov u osoby, ktorej sa majú poskytnúť alebo ktorej sa poskytujú verejné prostriedky.

rámci jeho vecnej pôsobnosti právnickým a fyzickým osobám na použitie – z hľadiska verejnej vysokej školy tieto poskytnuté prostriedky opustili rozpočet verejnej vysokej školy a sú z jej hľadiska použitými prostriedkami. Zákon č. 357/2015 o finančnej kontrole a vnútornom audite už teda kvalitatívne vhodnejšie na rozdiel od predchádzajúceho zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov rozlišuje medzi použitím verejných prostriedkov a poskytnutím verejných prostriedkov, čím obsahovo zosúladiť povahu finančných operácií s požiadavkami zákona č. 523/2004 Z. z. o rozpočtových pravidlách verejnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Právny úkon je v zmysle § 34 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov prejav vôle smerujúci najmä k vzniku, zmene alebo zániku tých práv alebo povinností, ktoré právne predpisy s takýmto prejavom spájajú. Najvýznamnejšiu skupinu právnych úkonov predstavujú zmluvy ako dvojstranné, prípadne viacstranné právne úkony (napr. občianskoprávne, obchodnoprávne alebo pracovnoprávne). Uzatvorenie zmluvných vzťahov možno považovať za zložitejšiu finančnú operáciu, pri ktorej základná finančná kontrola zahŕňa celý súbor postupov a činností, ktoré je potrebné vykonať jednak v procese prípravy na jej realizáciu týkajúci sa overenia súladu finančného plnenia s rozpočtom, ako aj dodržiavania zákonných podmienok v etape jej realizácie. Uzatvorenie zmluvy je spravidla spojené s finančným plnením, t. j. ide o povinnosť overiť, či táto finančná operácia je v súlade s rozpočtom. Uzatvorenie zmluvy je rovnako právnym úkonom, a z toho vyplýva povinnosť overiť, či je zmluva uzatvorená v súlade so všeobecne záväznými právnymi predpismi. Samozrejme, okrem zmlúv sa možno v podmienkach verejných vysokých škôl stretnúť aj s jednostrannými právnymi úkonmi, ktoré taktiež spadajú pod obsah legálnej definície finančnej operácie. Ide napríklad o výpovede či odstúpenia od zmlúv, ktoré je verejná vysoká škola oprávnená realizovať za podmienok stanovených zmluvou alebo zákonom (napr. § 48 zákona č. 40/1964 Zb. Občianskeho zákonníka v znení neskorších predpisov, § 344 zákona č. 513/1991 Zb. Obchodného zákonníka v znení neskorších predpisov). Pri overovaní finančnej operácie, ktorou je právny úkon, sa teda základná finančná kontrola vykonáva v dvoch krokoch: najprv sa základnou finančnou kontrolou overí pripravovaná finančná operácia – právny úkon (zmluva, odstúpenie od zmluvy, etc.); a následne v prípade, že sa plnenie uvedeného právneho úkonu ďalej realizuje prácami a uhrádzajú sa faktúry prostredníctvom banky bezhotovostným prevodom, overuje sa základnou finančnou kontrolou každá jedna faktúra, pretože ide o použitie verejných prostriedkov bezhotovostne.

Iným úkonom majetkovej povahy je úkon, ktorý má dopad najmä na evidenciu o majetku verejnej vysokej školy (napr. najčastejšie inventarizácia, vyradovanie a likvidácia majetku verejnej vysokej školy, preradenie majetku).<sup>17</sup>

Každá finančná operácia musí byť overovaná finančnou kontrolou ex ante s prihliadnutím na jej hospodárnosť. Verejná vysoká škola i všetky jej vnútroorganizačné súčasti ako povinné osoby podľa zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite musia pri nakladaní s verejnými prostriedkami zachovávať princíp hospodárnosti. Princíp hospodárnosti je zachovaný pokiaľ sa tovary, práce alebo služby obstarávajú v správnom čase, vo vhodnom množstve a kvalite za najlepšiu cenu. Zamestnanec overujúci pri základnej finančnej kontrole hospodárnosť finančnej operácie musí posúdiť, či množstvo tovaru alebo rozsah služieb nie je vo vzťahu k účelu finančnej operácie v značnom nepomere. Zároveň tovary, práce alebo služby majú byť obstarané v takom čase, v ktorom je možné dosiahnuť zamýšľaný účel finančnej operácie, napríklad, ak je cieľom finančnej operácie vybaviť určitý počet študentov osobitnými zručnosťami a schopnosťami napr. v rámci klinického vzdelávania a na tento účel sú potrebné didaktické prostriedky alebo osobitné zariadenie a vybavenie výučbovej miestnosti, správny

<sup>17</sup> Porovnaj: HOSPODÁROVÁ, O.: *Zmeny vo výkone finančnej kontroly a v spracovaní rozpočtu*. In Manuál RVC ŠTRBA. Poprad 2012. s. 6.

čas obstarania takýchto pomôcok, je na začiatku priebehu výučby a nie tesne pred ukončením vzdelávacích aktivít danej skupiny, etc.

Samotný rozsah overovania finančnej operácie závisí od povahy finančnej operácie. Finančné operácie sa totiž v praxi líšia svojou povahou. Niektoré (nie všetky) finančné operácie podliehajú režimu verejného obstarávania, vykonávanie niektorých finančných operácií je upravené vo vnútorných riadiacich aktoch verejnej vysokej školy, iné finančné operácie súvisia s realizáciou práv a povinností zo zmluvných vzťahov verejnej vysokej školy alebo vyplývajú z individuálnych správnych aktov, najmä rozhodnutí. Za zmluvu možno považovať aj potvrdenú objednávku pokiaľ obsahuje obligatórne náležitosti, ktoré zákon č. 513/1991 Zb. Obchodný zákonník v znení neskorších predpisov pre určitý typ zmluvy vyžaduje. V takomto prípade sa teda finančnou kontrolou overí súlad finančnej operácie s objednávkou. Z toho vyplýva zásadný poznatok, že nie je nutné overovať pri všetkých finančných operáciách súlad so všetkými skutočnosťami uvedenými v písmenách § 6 ods. 4 zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite. Napríklad pokiaľ poskytovanie prostriedkov na určitý účel (napr. pracovná cesta) nie je upravené vnútorným predpisom verejnej vysokej školy, nie je dôvod základnou finančnou kontrolou overovať súlad finančnej operácie s vnútorným predpisom. Rovnako, pokiaľ ide o overovanie finančnej operácie ktorá nesúvisí s procesom verejného obstarávania podľa osobitného predpisu, nie je potrebné overovať súlad so zákonom č. 343/2015 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

Aplikačná prax sa však vyznačuje opačným nevhodným postupom, t. j. mechanickým „krúžkovaním“ súladu finančnej operácie so všetkými v § 6 ods. 4 zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite vypočítanými skutočnosťami. Takýto prístup aplikačnej praxe verejných vysokých škôl, ktorý sa však nijako zásadne neodlišuje od nesprávnej praxe ostatných povinných osôb spadajúcich pod pôsobnosť zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite, demonštruje nepochopenie zmyslu finančnej kontroly ex ante a neustály pretrvávajúci formalizmus pri jej vykonávaní.

Finančná kontrola ex ante po 1. januári konštituovaná ako základná kontrola si podľa názoru autora zachováva (rovnako ako dovtedajšia predbežná finančná kontrola) v podmienkach verejných vysokých škôl<sup>18</sup> naďalej prepäté formalistický charakter, ktorý je podmienený obrovským množstvom finančných operácií spadajúcich pod povinnosť ex ante overiť ich základnou finančnou kontrolou.

Na strane jednej možno oceniť úmysel zákonodarcu o maximalizáciu hospodárnosti a zákonnosti v činnosti povinných osôb, za účelom dosahovania ktorých subsumuje pod inštitút finančnej kontroly ex ante čo možno najširší možný okruh právnych skutočností. Na strane druhej, však príliš široký záber povinnosti vykonávať finančnú kontrolu ex ante, t. j. ako 100 % obligatórnu kontrolu na všetkých finančných operáciách prináša paradoxne zásadne opačný efekt – činnosť (kontrola) sa stáva formálnou a upúšťa sa od reálneho materiálneho posúdenia operácie. Konečným dôsledkom je nežiadúci aplikačný stav, keď sa bez náležitého posúdenia ako súladná konštatuje aj taká operácia, ktorá nezodpovedá zákonným a ekonomickým kritériám na ňu kladeným - t. z. najčastejšie bez zodpovedajúceho právneho posúdenia finančnej operácie, reálneho porovnania finančnej operácie s rozpočtom verejnej vysokej školy, či dôsledného ekonomického zhodnotenia hospodárnosti plánovanej finančnej operácie.

V rovine de lege ferenda by v naznačenom smere mohlo byť prínosom stanovenie primeraných limitov hodnoty jednotlivých druhov finančných operácií, pri dosiahnutí ktorých by bola finančná kontrola ex ante obligatórna ex lege. Finančné operácie pod medznú hodnotu by boli predmetom fakultatívneho výkonu finančnej kontroly ex ante, v závislosti od interného

<sup>18</sup> Poznámka autora: Mutatis mutandis aj u ostatných povinných osôb spadajúcich pod režim zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite.

aktu riadenia konkrétnej povinnej osoby. V rámci autorskej licencie možno vysloviť opodstatnený predpoklad, že pri takejto filtrácii „marginálnych“ finančných operácií, teda odbremenení povinnej osoby od výkonu základnej finančnej kontroly na menej podstatných právnych skutočnostiach, by bol vytvorený primeranejší priestor pre dôsledné materiálne, a nie naopak formálne, uskutočňovanie finančnej kontroly ex ante na takých finančných operáciách, ktoré majú pre hospodárenie a legalitu činnosti povinnej osoby zásadný význam.

## **2. Rozhodnutia verejnej vysokej školy ako predmet finančnej kontroly ex ante – výklad ad absurdum**

Nový zákon č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite nepriniesol právnou vedou<sup>19</sup> očakávanú bližšiu špecifikáciu vplyvu finančnej kontroly ex ante na prijímanie individuálnych správnych aktov ako výsledku individuálnej rozhodovacej činnosti orgánov verejnej správy, in concreto verejných vysokých škôl, resp. ich vnútroorganizačných súčastí.

So zavedením kvalitatívne nových zákonných požiadaviek na výkon finančnej kontroly ex ante a následným zintenzívnením vykonávania predbežnej finančnej kontroly subjektmi verejnej správy od účinnosti zákon č. 69/2012 Z. z., ktorým sa novelizoval zákon č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite, t. j. od 1. marca 2012 sa však ako negatívny dôsledok v aplikačnej praxi orgánov verejnej správy začali objavovať nesprávne interpretácie pojmu právny úkon, ktorý je v zmysle zákonných pravidiel, ako súčasť pojmu finančná operácia, obligatónym predmetom výkonu finančnej kontroly ex ante.

Pod pojem právny úkon začala aplikačná prax orgánov verejnej správy podporená navyše výkladom rezortného ministerstva zaradzovať aj rozhodnutia, t. j. individuálne právne akty, v nadväznosti na čo, orgány verejnej správy začali overovať svoje rozhodnutia ako výsledky individuálnej rozhodovacej činnosti finančnou kontrolou ex ante.

Vo vzťahu k uvedenému autor jednoznačne prezentuje nižšie odôvodnený názor, že sa jedná o nesprávnu interpretáciu zákona a nezohľadnenie rozdelenia tzv. právnych skutočností v právnej teórii. Z tohto prístupu vyplýva autorské konštatovanie, že individuálne správne akty orgánu verejnej správy sú vylúčené z overovania základnou finančnou kontrolou.

Právna teória ustáleno diverzifikuje právne skutočnosti na subjektívne (závislé od vôle) a objektívne (nezávislé na vôle), pričom k subjektívnym právnym skutočnostiam sa zaradzujú právne úkony, protiprávne úkony, konštitutívne súdne alebo iné úradné rozhodnutia a vytvorenie diela.<sup>20</sup>

Pokiaľ právne úkony, a to aj napriek existencii verejnoprávnych zmlúv (dohôd), patria medzi inštitúty najmä súkromného práva, úradné rozhodnutia majú spravidla verejnoprávny charakter. Rozhodnutím dochádza najmä ku založeniu, zmene alebo zrušeniu práv a povinností jeho adresátov vo verejnej správe (konštitutívne rozhodnutia) - napr. rozhodnutie o prijatí na vysokú školu; prípadne dochádza k autoritatívnemu deklarovaniu práva alebo povinnosti (deklaratórne rozhodnutie) – napr. časť rozhodnutia, ktorým sa konštatuje, že študent sa dopustil disciplinárneho deliktu. Pre rozlišovanie medzi právnymi úkonmi a úradnými rozhodnutiami sú zásadné aj predpoklady ich vzniku, resp. vydávania. Pri uzatváraní právnych úkonov sa stretávame so základným princípom, ktorým je zmluvná sloboda, v rámci ktorej je uzavretie, resp. neuzavretie zmluvy prejavom individuálnej autonómie jej účastníkov. Ústavným základom tohto princípu je čl. 2 ods. 3 Ústavy Slovenskej republiky č. 460/1992 Zb., v zmysle ktorého každý môže konať, čo nie je zákonom zakázané, a nikoho nemožno nútiť, aby konal čo

<sup>19</sup> TEKELI, J. – ŠTRKOLEC, M.: *Rozhodnutia obce - právna skutočnosť vylúčená z preskúmania predbežnou finančnou kontrolou*. In: *Účtovníctvo ROPO a obcí v praxi*. ISSN 1337-0197. Roč. VIII., č. 6/2013, 6 s.

<sup>20</sup> VOJČÍK, P.: *Občianske právo hmotné*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012. 637 s.

zákon neukladá. Naopak pre štátne orgány<sup>21</sup> podľa čl. 2 ods. 2 Ústavy Slovenskej republiky platí, že môžu konať iba na základe ústavy, v jej medziach a v rozsahu a spôsobom, ktorý ustanoví zákon. Táto ústavná požiadavka je prejavom zásady legality a nevyhnutnosti vylúčenia arbitrárnosti v rozhodovacej činnosti verejných vysokých škôl.

Z tohto členenia je teda nepochybné, že úradné rozhodnutia verejnej vysokej školy ako individuálne správne akty, ktoré sú výsledkom konania o právach, povinnostiach a právom chránených záujmoch adresátov verejnej správy, nemožno subsumovať pod pojem právny úkon a teda ako také ani nepodliehajú overeniu finančnou kontrolou ex ante.

Uvedený záver platí aj v situácii ak má úradné rozhodnutie priamy hospodársky dopad na rozpočet verejnej vysokej školy. Z hľadiska vzťahu finančnej kontroly ex ante a individuálneho správneho aktu je teda potrebné odlišiť napr.: rozhodnutie dekana o prijatí na externé štúdium na verejnej vysokej škole, ktoré ako individuálny správny akt nepodlieha výkonu základnej finančnej kontroly na strane jednej a príjem verejnej vysokej školy zo školeného, ktorý ako finančná operácia na strane druhej podlieha výkonu základnej finančnej kontroly. Príjem, použitie alebo poskytnutie financií nemožno zamieňať s úradným rozhodnutím, z ktorého takýto príjem, použitie alebo poskytnutie následne vyplýva.

Konštatovanie, že úradné rozhodnutia ako individuálne správne akty nemožno subsumovať pod pojem právny úkon a teda ako také ani nepodliehajú overeniu finančnou kontrolou ex ante je podporené aj samotnou elementárnou právnou logikou, keďže právo predpokladá vo vzťahu k individuálnym právnym aktom (rozhodnutiam) osobitné mechanizmy, ktoré majú zabezpečiť ich zákonnú konformitu. Týmito mechanizmami sú opravné konania v prípade uplatnenia riadnych, mimoriadnych opravných prostriedkov, prípadne i súdny prieskum ich zákonnosti (napr. rozhodnutie o nesprístupnení informácie verejnou vysokou školou podľa zákona č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám v znení neskorších predpisov preskúmateľné v správnom súdnictve). Tieto opravné, resp. preskúmacie konania sú garanciou legality individuálnych právnych aktov. Právnej logike by navyše odporovala aj tá skutočnosť, že zamestnanec vykonávajúci základnú finančnú kontrolu by svojím negatívnym vyjadrením podľa § 7 ods. 3 zákona č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite mohol de facto i de iure zabrániť vydaniu individuálneho právneho aktu štatutárnym orgánom, čo je v každom prípade vedie k absurdnej právnej interpretácii.

Z preskúmania finančnou kontrolou ex ante sú teda vylúčené všetky kategórie individuálnych správnych aktov, ktoré sú finálnou formou rozhodovacej činnosti verejnej vysokej školy o právach, povinnostiach a právom chránených záujmoch adresátov v oblasti pôsobnosti verejnej vysokej školy v správnom konaní.

#### IV. ZÁVER

Základná finančná kontrola sa vzťahuje na finančné operácie. Finančná kontrola ex ante je tak mechanizmom, ktorý v etape poskytovania, resp. použitia alebo prijímania verejných prostriedkov predstavuje najmä, hoci nie výlučne preventívny mechanizmus, ktorý má zabrániť neoprávnenému príjmu, použitiu alebo poskytnutiu verejných prostriedkov a ktorý napomáha k zabezpečeniu dodržiavania hospodárnosti, efektívnosti, účinnosti a účelnosti pri používaní verejných prostriedkov.

Inštitút základnej finančnej kontroly po 1. januári 2016 kontinuálne nadväzuje na systém vykonávania predbežnej finančnej kontroly v podobe existujúcej do 31. decembra 2015. Zá-

<sup>21</sup> Poznámka autora: v relácii k ústavodarcom použitému pojmu "štátne orgány" je samozrejme nutné uplatniť extenzívny výklad, ktorý preferuje aj ústavnoprávna doktrína a vyžaduje, aby sa tento ústavný príkaz vzťahoval na všetky orgány verejnej správy, teda aj verejné vysoké školy ak konajú o právach, povinnostiach a právom chránených záujmoch nepodriadených osôb. Porovnaj DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky, Komentár*. 2. Vydanie, HEURÉKA, Šamorín, 2007. s. 94 – 95.

kon č. 357/2015 Z. z. o finančnej kontrole a audite tak neprináša zásadnú zmenu filozofie finančnej kontroly ex ante. Dôvodom je skutočnosť, že koncepcná zmena výkonu finančnej kontroly ex ante nastala už v predchádzajúcom legislatívnom vývoji cestou postupných čiastkových novelizácií zákona č. 502/2001 Z. z. o finančnej kontrole a vnútornom audite a o zmene a doplnení niektorých zákonov. Mutatis mutandis sa súčasná forma výkonu finančnej kontroly ex ante v podmienkach verejných vysokých škôl legislatívne ustálila už kapitálnou novelou pod č. 69/2012 Z. z.

Pretrvávajúcim problémom verejných vysokých škôl pri výkone finančnej kontroly ex ante je formalizmus jej realizácie, ďalej skutočnosť, že sa nevykonáva vo vzťahu k všetkým typom finančných operácií, u ktorých to zákon vyžaduje alebo sa nevykonáva v podobe akú exaktne predpisuje tento zákon (nesprávna realizácia najmä v podobe nedostatočného výroku „základná finančná kontrola bola/ nebola vykonaná“). Finančná kontrola ex ante po 1. januári konštituovaná ako základná kontrola si tak podľa názoru autora zachováva (rovnako ako dovtedajšia predbežná finančná kontrola) v podmienkach verejných vysokých škôl naďalej pripať formalistický charakter, ktorý je podmienený predovšetkým obrovským množstvom finančných operácií spadajúcich pod povinnosť ex ante overiť ich základnou finančnou kontrolou. Príliš široký záber povinnosti vykonávať finančnú kontrolu ex ante, t. j. ako 100 % obligatórnu kontrolu na všetkých finančných operáciách prináša paradoxne zásadne opačný efekt – činnosť (kontrola) sa stáva formálnou a upúšťa sa od reálneho materiálneho posúdenia operácie.

V rovine de lege ferenda by v naznačenom smere mohlo byť prínosom stanovenie primeraných limitov hodnoty jednotlivých druhov finančných operácií, pri dosiahnutí ktorých by bola finančná kontrola ex ante obligatórna ex lege. Finančné operácie pod medznú hodnotu by boli predmetom fakultatívneho výkonu finančnej kontroly ex ante, v závislosti od interného aktu riadenia konkrétnej povinnej osoby. V rámci autorskej licencie možno vysloviť opodstatnený predpoklad, že pri takejto filtrácii „marginálnych“ finančných operácií, teda odbremenení povinnej osoby od výkonu základnej finančnej kontroly na menej podstatných právnych skutočnostiach, by bol vytvorený primeranejší priestor pre dôsledné materiálne, a nie naopak formálne, uskutočňovanie finančnej kontroly ex ante na takých finančných operáciách, ktoré majú pre hospodárenie a legalitu činnosti povinnej osoby zásadný význam.

Následné výskumné zameranie autora v oblasti finančnej kontroly v podmienkach verejných vysokých škôl by malo byť kontinuálne orientované na vedecko-právne zhodnotenie nového inštitútu tzv. finančnej kontroly na mieste v rámci verejnej vysokej školy.

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

finančná kontrola – základná kontrola – univerzita – finančná operácia – nedostatky

## KEY WORDS

financial control - basic control - university - financial operations - shortcomings

## POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BAKOŠOVÁ, E.: *Základy sociológie pre právnikov*. Bratislava: Vydavateľské oddelenie Univerzity Komenského, 1999. ISBN 80-7160-075-X, 122 s.
2. DRGONEC, J.: *Ústava Slovenskej republiky, Komentár*. 2. Vydanie, HEURÉKA, Šamorín, 2007. s. 94 – 95.
3. GAŠPAR, M.: *Elitná univerzita*. Košice: UPJŠ. 2007. 76 s.
4. HOSPODÁROVÁ, O.: Zmeny vo výkone finančnej kontroly a v spracovaní rozpočtu. In *Manuál RVC ŠTRBA*. Poprad 2012. 18 s.



5. <https://www.nku.gov.sk/vseobecne-o-kontrole-nku-sr>
6. JAKAB, R.: Proces tvorby interných normatívnych inštrukcií vo verejnej správe In Právny Obzor, 2010, č. 6, ISSN 0032-6984. 20 s.
7. LIČKO, T.: *Kontrola v spoločnosti*. Bratislava: IRIS, 2003. ISBN 80-89018-00-9, 159 s.
8. NIKODÝM, D.: *Kontrola v štátnej správe a v hospodárskej správe ČSFR*. Bratislava: SAV, 1969. 339 s.
9. SOBIHARD, J.: *Verejná správa a kontrola*. In MACHAJOVÁ, J. et al.: *Všeobecné správne právo*. Bratislava: Bratislavská vysoká škola práva, 2009. ISBN 978-80-89447-05-3, 512 s.
10. TEJ, J.: *Ekonomika a manažment verejnej správy*. Prešov: Prešovská univerzita, 2002. ISBN 80-8068-136-8, 228 s.
11. TEKELI, J. – ŠTRKOLEC, M.: Rozhodnutia obce - právna skutočnosť vylúčená z preskúmania predbežnou finančnou kontrolou. In: *Účtovníctvo ROPO a obcí v praxi*. ISSN 1337-0197. Roč. VIII, č. 6/2013, 6 s.
12. TÓTHOVÁ, K. et al.: *Základy správneho práva hmotného*. Bratislava: Právnická fakulta Univerzity Komenského, 1992. ISBN 80-7160-059-8, 172 s.
13. VEVERKOVÁ, I.: Praktické skúsenosti s vykonávaním predbežnej finančnej kontroly. In *Právo pre ROPO a obce v praxi*. ISSN 1337-7523, 2011, roč. IV, č. 2, 5 s.
14. VEVERKOVÁ, I.: Predbežná a priebežná finančná kontrola po novele zákona o finančnej kontrole. In *Právo pre ROPO a obce v praxi*. 12/2014. Bratislava: Wolters Kluwer. ISSN 1337-7523. 6 s.
15. VEVERKOVÁ, I.: Nový zákon o finančnej kontrole a audite vykonávanom verejnou správou. In *Právo pre ROPO a obce v praxi*. 6/2015. Bratislava: Wolters Kluwer. ISSN 1337-7523. 2 s.
16. VOJČÍK, P.: *Občianske právo hmotné*. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012. 637 s.

## KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

**Jozef Tekeli, JUDr. PhD.**

odborný asistent

Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Šrobárova 2, 041 80 Košice

Telefón: +421552344129

E-mail: [jozef.tekeli@upjs.sk](mailto:jozef.tekeli@upjs.sk)

# HLAVNÝ KONTROLÓR OBCE – VYBRANÉ PROBLÉMY

## HEAD MUNICIPALITY SUPERVISOR – SELECTED ISSUES

*Ladislav Poliak*

*Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Ekonomická fakulta*

### ABSTRAKT

*Predmetom článku je inštitút hlavného kontrolóra obce. Ten je v zákone o obecnom zriadení koncipovaný ako nestranný individuálny kontrolný orgán obce, ktorý preskúmava najmä zákonnosť konania obce a jej orgánov, ako aj efektívnosť hospodárenia obce a organizácií, ktoré založila, alebo ktoré spravuje. Článok obsahuje analýzu podmienok konštituovania hlavného kontrolóra obce, s dôrazom na otázku vzdelania a kvalifikácie. Ďalej sa zaoberá problematikou samotnej voľby hlavného kontrolóra a jeho zodpovednosťou.*

### ABSTRACT

*The objective of the paper is the institute of the head municipality supervisor. In the act on municipalities it is legally conceived as an impartial individual control authority of municipality, which reviews the legality of activities of municipality and its bodies also as the efficiency of financial management of the municipality and organizations, which the municipality founded or manages. The paper contains an analysis of conditions of establishing the main controller of municipality with emphasis on the question of education and qualification. Further it focuses on the problematic of election of the main controller itself, also on its responsibility.*

### I. ÚVOD

Inštitút hlavného kontrolóra má v podmienkach komunálnej správy v Slovenskej republike nezastupiteľnú úlohu. Zabezpečuje do určitej miery profesionálnu internú kontrolu výkonu správy, ktorá dopĺňa neformálnu, laickú kontrolu zo strany spravovaných subjektov – obyvateľov obce. Hlavný kontrolór obce je upravený v §18 a nasl. Zákona č.369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o obecnom zriadení“), ktorý ho vníma ako zamestnanca obce, ktorého volí a odvoláva obecné zastupiteľstvo a ktorý svoju funkciu vykonáva nezávisle a nestranne v súlade so základnými pravidlami kontrolnej činnosti. Prínosy tohto inštitútu možno zhrnúť do nasledovných bodov:

- a) Hlavný kontrolór je jedným z garantov legality na území obce – Túto garanciu legality možno vnímať v dvoch rozmeroch. Prvým rozmerom je zákonnosť krokov subjektov, podliehajúcich kontrolnej činnosti hlavného kontrolóra obce podľa §18d ods.2 zákona č.369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov,<sup>1</sup> druhý rozmer tvorí

<sup>1</sup> Predmetné ustanovenie zákona o obecnom zriadení hovorí, že pod kontrolnú činnosť hlavného kontrolóra obce spadajú a) obecný úrad, b) rozpočtové a príspevkové organizácie zriadené obcou, c) právnické osoby, v ktorých má obec majetkovú účasť a iné osoby, ktoré nakladajú s majetkom obce alebo ktorým bol majetok obce ponechaný na užívanie, a to v rozsahu dotýkajúcom sa tohto majetku, d) osoby, ktorým boli poskytnuté z rozpočtu obce účelové dotácie alebo návratné finančné výpomoci, či nenávratné finančné výpomoci podľa osobitného predpisu v rozsahu nakladania s týmito prostriedkami. Toto je subjektívne hľadisko predmetu kontroly. Z hľadiska vecného podliehajú kontrole hlavným kontrolórom v zmysle §18d ods.1 zákona o obecnom zriadení príjmy, výdavky, finančné operácie obce, vybavovanie sťažností a petícií, dodržiavanie všeobecne záväzných právnych predpisov, ako aj interných normatívnych aktov obce.

dodržiavanie všeobecne záväzných nariadení obce a interných predpisov, zo strany zamestnancov obce.

- b) Hlavný kontrolór je jedným z garantov efektivity vynakladania verejných prostriedkov na území obce – Kontrole podlieha hospodárenie s vlastnými prostriedkami obce, ako aj s prostriedkami, presmerovanými do rozpočtu obce z rozpočtov vyšších úrovní verejnej správy, rovnako ako aj z fondov EÚ.
- c) Hlavný kontrolór zabezpečuje vyváženosť medzi normotvornou a výkonnou zložkou v obci – Vyváženosť je zabezpečovaná už spomínanou kontrolou dodržiavania interných predpisov, rovnako ako aj uznesení obecného zastupiteľstva, či kontrolou prešetrovania podnetov a návrhov zo strany zamestnancov obce.
- d) Hlavný kontrolór napomáha ku realizácii komunálnej demokracie – V kompetencii hlavného kontrolóra obce je v zmysle §18d ods.1 zákona o obecnom zriadení aj kontrola vybavovania sťažností podľa osobitného predpisu,<sup>2</sup> ako aj kontrola vybavovania petícií podľa osobitného predpisu.<sup>3</sup>

Cieľom predkladaného príspevku je na základe analýzy literatúry a príslušných právnych predpisov zhodnotiť vybrané aspekty postavenia hlavného kontrolóra obce v Slovenskej republike. Pri písaní textu bola prioritne použitá metóda analýzy právneho textu, komparácie (vybraných judikátov a textov publikovaných statí) a syntézy pri vyvodzovaní záverov.

## II. HISTORICKÝ EXKURZ DO ÚPRAVY HLAVNÉHO KONTROLÓRA OBCE

Existencia hlavného kontrolóra obce nie je v globálnej perspektíve výnimočnou situáciou. Sú však krajiny, ako napríklad susedná Česká republika, ktoré zriaďujú kolegiálne kontrolné orgány.<sup>4</sup> Slovenská úprava inštitútu hlavného kontrolóra de lege lata nie je dokonalá. V praxi vznikajú rôzne problémy, spojené s občasnou relatívnou nedbalosťou zákonodarcu pri úprave tohto inštitútu. Na tomto mieste bude ponúknutý stručný prehľad vývoja úpravy hlavného kontrolóra obce od prijatia pôvodného textu zákona o obecnom zriadení až po súčasný právny stav.

Hlavný kontrolór bol v pôvodnom znení zákona o obecnom zriadení z roku 1990 upravený veľmi stručne jedným paragrafom, §18. Tento charakterizoval hlavného kontrolóra obce ako „pracovníka obce“ vykonávajúceho kontrolu úloh obce, ktoré vyplývajú z pôsobnosti obce, pričom táto kontrola bola zameriavaná obzvlášť na kontrolu pokladničných operácií a účtovníctva obce a nakladanie s obecným majetkom. Hlavného kontrolóra obce menovalo obecné zastupiteľstvo na základe návrhu starostu obce. Je dôležité pripomenúť, že menovanie nebolo časovo obmedzené. V §18 ods.2 bolo explicitne uvedené, že menovanie prebieha na dobu neurčitú. Hlavný kontrolór bol za svoju činnosť striktno zodpovedný obecnému zastupiteľstvu. Z hľadiska kompetenčného priznával zákon oprávnenie nahliadať do účtovných a pokladničných dokladov, ako aj do akýchkoľvek dokumentov, súvisiacich s pokladničnými operáciami, účtovníctvom obce, či nakladaním s majetkom obce.

Významnú úpravu priniesol zákon č.295/1992 Zb. o niektorých opatreniach v miestnej samospráve a v štátnej správe, ktorým bolo nahradené menovanie hlavného kontrolóra obce obecným zastupiteľstvom za jeho voľbu obecným zastupiteľstvom.

<sup>2</sup> Zákon č.9/2010 Z.z. o sťažnostiach v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o sťažnostiach“).

<sup>3</sup> Zákon č.85/1990 Zb. o petičnom práve v znení neskorších predpisov (ďalej len „petičný zákon“).

<sup>4</sup> Napríklad v prípade spomínanej Českej republiky je zaujímavosťou realizácia kontroly obce prostredníctvom dvoch, obligatórne zriaďovaných výborov – finančného a kontrolného. Pravidlá kreácie a kompetencie sú uvedené v §119 zákona č.128/2000 Sb. o obciach (obecní zřízení) v znení neskorších predpisov. Predsedom výboru je vždy člen zastupiteľstva obce (§117 ods.4), pričom členom kontrolného ani finančného výboru nesmie byť podľa §119 ods.1 starosta, zástupca starostu, tajomník obecného úradu, či osoby, zabezpečujúce rozpočtové a účtovné práce na obecnom úrade. Tieto výbory majú minimálne troch členov. Z hľadiska kompetenčného pokrývajú tieto dva výbory rovnakú oblasť ako hlavný kontrolór obce v SR.

Ďalšia úprava bola realizovaná prostredníctvom zákona č.252/1994 Z.z., ktorý už priniesol do úpravy inštitútu hlavného kontrolóra obce jasnejšie kontúry. Táto novela rozšírila kontrolnú právomoc na všetky príjmy a výdavky rozpočtu obce, ako aj zaviedla *inkompatibilitu s funkciou poslanca obce*. Určila zánik funkcie hlavného kontrolóra obce na prípad vzdania sa funkcie, alebo odvolania z funkcie.<sup>5</sup> Potvrdila však voľbu hlavného kontrolóra na neurčitú dobu.

Veľmi dôležitým krokom pre úpravu inštitútu hlavného kontrolóra obce bolo prijatie zákona č.453/2001 Z.z.. Tento zákon, ktorý bližšie upravil úlohy, nezlučiteľnosť a zánik funkcie hlavného kontrolóra obce, prvý krát zmieňuje obmedzenie obdobia výkonu funkcie na 6 rokov. Rovnako zavádza možnosť spolupráce obcí vo forme súbežného zamestnania hlavného kontrolóra.<sup>6</sup>

Zákon č.369/2004 Z.z. možno nadnesene označiť ako „veľkú novelu inštitútu hlavného kontrolóra obce“. Komparáciou textu uvedeného zákona so súčasným znením zákona o obecnom zriadení možno konštatovať, že úprava, ktorú zákonodarca docielil prijatím zákona č.369/2004 Z.z. pretrvala až dodnes. Nezmenené ostali ustanovenia §18 ods.2 o inkompatibilite funkcie hlavného kontrolóra obce s vymedzenými funkciami, §18a ods.1-9, §18b, §18c, §18d,<sup>7</sup> §18e, §18f ods.1 písm.a-h, §18f ods.2-4 a §18g ods.2-3. Uvedená novela okrem iného zavádza aj obmedzenia činností hlavného kontrolóra obce.

Prijatie zákona č.583/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách územnej samosprávy a o zmene a doplnení niektorých zákonov (ďalej len „zákon o rozpočtových pravidlách územnej samosprávy“) rozšírilo okrem iného aj okruh kompetencií a povinností hlavného kontrolóra obce. V §17 ods.9-10 je obsiahnutá povinnosť hlavného kontrolóra sledovať objem prijatých úverov, resp. návratných zdrojov financovania. V prípade porušenia podmienok, stanovených v §17 ods.6 tohto zákona<sup>8</sup> je v zmysle §17 ods.10 hlavný kontrolór obce povinný bezodkladne oznámiť danú skutočnosť priamo ministerstvu financií. Hlavný kontrolór obce zároveň preveruje dodržiavanie pravidiel uzatvárania zmlúv podľa §17a zákona o rozpočtových pravidlách územnej samosprávy, pričom ich porušenie je povinný bezodkladne oznámiť ministerstvu financií. Tento zákon posilňuje pozíciu hlavného kontrolóra obce v prípade ozdravného režimu obce podľa §19. Hlavný kontrolór musí v zmysle §19 ods.4 písomne odsúhlasiť použitie zdrojov, odchyľne od schváleného ozdravného rozpočtu obce. V zmysle §19 ods.5 hlavný kontrolór sleduje, hodnotí a predkladá správu o procese ozdravného režimu obce obecnému zastupiteľstvu. Na základe oznámenia hlavného kontrolóra obce môže ministerstvo financií rozhodnúť o zavedení nútenej správy obce v zmysle §19 ods.9. Dané oznámenie je podľa §19 ods.10 obligatórne prerokované v obecnom zastupiteľstve.<sup>9</sup> Počas nútenej správy sa v zmysle

<sup>5</sup> Odvolať hlavného kontrolóra z funkcie mohlo obecné zastupiteľstvo len ak (1) bol právoplatne odsúdený za úmyselný trestný čin, (2) vykonával inkompatibilnú činnosť, alebo funkciu, alebo (3) dlhodobo, alebo hrubo a opakovane zanedbával povinnosti, vyplývajúce mu zo zákona.

<sup>6</sup> Celkovo daná novela výrazným spôsobom mení a dopĺňa právnu úpravu medziobecnej spolupráce. Možno teda konštatovať, že inštitút spoločného hlavného kontrolóra viacerých obcí je súčasťou „balíka“ úprav predmetnej oblasti komunálnej správy.

<sup>7</sup> V §18d ods.3 došlo nadobudnutím účinnosti zákona č.102/2010 Z.z. ku zámene pojmov „starosta“ za „obec“

<sup>8</sup> Obec a vyšší územný celok môžu na plnenie svojich úloh prijať návratné zdroje financovania, len ak  
a) celková suma dlhu obce alebo vyššieho územného celku neprekročí 60 % skutočných bežných príjmov predchádzajúceho rozpočtového roka a  
b) suma ročných splátok návratných zdrojov financovania vrátane úhrady výnosov neprekročí 25 % skutočných bežných príjmov predchádzajúceho rozpočtového roka.

<sup>9</sup> Úprava je veľmi vágna. Vystáva tu otázka, či môže hlavný kontrolór, alebo starosta obce zaslať ministerstvu financií oznámenie aj bez predchádzajúceho súhlasu obecného zastupiteľstva. Pri analýze uvedeného problému je možné dospieť ku dvom riešeniam. (1) hlavný kontrolór je zodpovedný obecnému zastupiteľstvu, a tým je do určitej miery limitovaný a tak v prípade negatívneho stanoviska je nútený rešpektovať rozhodnutie tohto orgánu. (2) hlavný kontrolór je síce zodpovedný obecnému zastupiteľstvu, avšak povinnosť odoslať oznámenie ministerstvu financií o stave hospodárenia obce je upravená zákonom, ktorý má vyššiu záväznosť než uznesenie obecného zastupiteľstva, preto je jeho odoslanie, aj napriek predchádzajúcemu nesúhlasu obecného zastupiteľstva, legitímne a je teda hlavný kontrolór povinný tak urobiť.

§19 ods.15 obligatórne nevypláca odmena starostovi, poslancom obecného zastupiteľstva, hlavnému kontrolórovi obce, ani iným zamestnancom obce. Ide o súčasť balíka reštriktívnej finančnej politiky obce.

*Zákonom č.615/2004 Z.z.* bol zavedený zákaz použitia sistačného práva starostu v prípade uznesenia o voľbe a odvolaní hlavného kontrolóra obce. Rovnako je týmto zákonom stanovená možnosť obecného zastupiteľstva povoliť hlavnému kontrolórovi činnosti, vymedzené v §18 ods.1.

*Zákon č.102/2010 Z.z.* stanovil podmienku súhlasu absolútnej väčšiny poslancov obecného zastupiteľstva pre odvolanie hlavného kontrolóra obce.

Posledná úprava inštitútu hlavného kontrolóra obce vstúpila do platnosti nadobudnutím účinnosti *zákona č.361/2012 Z.z.*, ktorý novelizoval *Zákonník práce č.311/2001 Z.z.* v znení neskorších predpisov. V zmysle uvedeného sa za deň zániku pracovného pomeru hlavného kontrolóra považuje deň zániku výkonu jeho funkcie. Potreba tejto úpravy bola determinovaná súdnymi spormi hlavných kontrolórov a obcí ešte pred nadobudnutím účinnosti tejto právnej úpravy. V neprospech obcí hovorí napríklad rozsudok 17Co/215/2013 Krajského súdu v Trenčíne, v ktorom je konštatované, že zánikom funkcie hlavného kontrolóra sa jeho pracovný pomer v obci neskončil.

### III. VYBRANÉ PROBLÉMY Z APLIKAČNEJ PRAXE

V predchádzajúcej časti bolo poukázané na relatívne komplikovaný vývoj úpravy hlavného kontrolóra obce. V tejto časti textu budú riešené len vybrané problémy, a to:

- a) Podmienky voľby hlavného kontrolóra obce
- b) Spôsob voľby hlavného kontrolóra obce
- c) Zodpovednosť hlavného kontrolóra obce

#### 1. PODMIENKY VOĽBY HLAVNÉHO KONTROLÓRA OBCE

Podmienky pre voľbu hlavného kontrolóra obce sú vymedzené v §18a zákona o obecnom zriadení. V zmysle §18a ods.1 je kvalifikačným predpokladom pre výkon funkcie hlavného kontrolóra obce ukončené minimálne úplné stredné vzdelanie. V zmysle §16 ods.4 písm.c-d zákona č.245/2008 Z.z. o výchove a vzdelávaní (školský zákon) a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „školský zákon“) je pod úplným stredným vzdelaním potrebné rozumieť absolvovanie stredoškolského vzdelávacieho programu, ukončené maturitnou skúškou. Zákon ďalej explicitne neupravuje iné podmienky, ktoré musí spĺňať uchádzač o výkon funkcie hlavného kontrolóra obce.

Z dikcie §18a ods.8 však možno odvodiť *dve ďalšie podmienky*. Prvou je požiadavka úplnej spôsobilosti na právne úkony.<sup>10</sup> Vzhľadom na §8 Občianskeho zákonníka možno teda konštatovať, že hlavným kontrolórom obce sa môže stať osoba plnoletá. Plnoletosť je štandardne dosiahnutá osemnástym rokom života fyzickej osoby, prípadne uzatvorením manželstva ešte pred dosiahnutím uvedeného veku, najskôr však v šestnástom roku života<sup>11</sup>. Druhou požiadavkou, vyplávajúcou z §18a ods.8 zákona o obecnom zriadení je, aby uchádzač o výkon funkcie hlavného kontrolóra obce nebol ku dňu voľby právoplatne odsúdený za úmyselný trestný čin, alebo trestný čin, ak výkon trestu odňatia slobody nebol podmienne odlo-

<sup>10</sup> V zmysle §18a ods.8 písm.e výkon funkcie hlavného kontrolóra obce zaniká dňom nadobudnutia právoplatnosti rozsudku, ktorým bol pozbavený spôsobilosti na právne úkony, alebo ktorým bola jeho spôsobilosť na právne úkony obmedzená.

<sup>11</sup> V zmysle §11 zákona č.36/2005 Z.z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov môže fyzická osoba mladšia ako 18 rokov a zároveň staršia ako 16 rokov, so súhlasom súdu, uzatvoriť manželstvo, pričom podľa §8 ods.2 Občianskeho zákonníka takto získaná plnoletosť nezaniká spolu so zánikom manželstva, či spolu s vyhlásením takéhoto manželstva za neplatné.

žený. Táto požiadavka je logická, vzhľadom na nevyhnutnosť fyzickej prítomnosti hlavného kontrolóra v kontrolovanej obci, ktorá by nebola naplnená v prípade, že by bol uchádzačovi nariadený výkon trestu odňatia slobody.<sup>12</sup> Kvôli tejto skutočnosti zákonodarca ukladá uchádzačovi o výkon funkcie hlavného kontrolóra obce povinnosť priložiť ku písomnej prihláške podľa §18a ods.2 popri doklade o vzdelaní aj výpis z registra trestov nie starší ako 3 mesiace.

Z uvedených tvrdení vyplýva, že uchádzač o výkon funkcie hlavného kontrolóra obce musí spĺňať základnú zákonnú podmienku a dve odvodené. Teoreticky môže nastať situácia, kedy uchádzačom o výkon funkcie hlavného kontrolóra môže byť osoba mladšia než 18 rokov, ktorá zároveň spĺňa požiadavku na vzdelanie.<sup>13</sup>

Otázka vzdelania hlavného kontrolóra je v praxi veľmi diskutovaná. Obecné zastupiteľstvá vo svojich uzneseniach o vyhlásení voľby hlavného kontrolóra obce často krát sprísňujú kritérium vzdelania, resp. kvalifikácie uchádzača. Minimálnu vzdelanostnú požiadavku rozširujú na prevažne druhý stupeň vysokoškolského vzdelania.<sup>14</sup>

V rámci správneho súdnictva jestvujú dva judikáty s odlišným výsledkom, ktorých autorom je ten istý orgán, Najvyšší súd SR (ďalej len „najvyšší súd“). V oboch prípadoch išlo o voľbu hlavného kontrolóra mesta, kedy boli určené nasledovné kvalifikačné požiadavky:

- i. Vysokoškolské vzdelanie 2.stupňa – ekonomické, alebo právne zameranie
- ii. Prax v minimálnom trvaní 5 rokov v ekonomickej, alebo právnickej oblasti

Skutkový stav bol takmer identický a konania prebiehali takmer súbežne. V prvom prípade sa najvyšší súd stotožnil s rozsudkom prvostupňového súdu<sup>15</sup> a konštatoval že „zákon v tomto ustanovení<sup>16</sup> vymedzuje dolnú hranicu požadovaného vzdelania“.<sup>17</sup> V druhom prípade išlo rovnako o potvrdenie rozsudku krajského súdu<sup>18</sup>, avšak verdikt bol opačný. Najvyšší súd konštatoval, že „Ak zákon takto stanovil kvalifikačný predpoklad, znamená to, že každý kto ho spĺňa sa môže o funkciu uchádzať. Otázka výberu vhodného kandidáta je už vecou úvahy a výsledok závislý predovšetkým od odborných znalostí ale bezpochyby aj morálnych predpokladov toho ktorého kandidáta“.<sup>19</sup>

Posudzujúc tieto dva odlišné rozsudky toho istého orgánu, možno konštatovať narušenie zásady materiálnej rovnosti, princípu určitosti právneho textu a požiadavky právnej istoty. De lege ferenda je potrebné, aby zákonodarca upravil požiadavku vzdelania hlavného kontrolóra obce striktniejšie než je upravená v súčasnosti. Vzhľadom na skutočnosť, že súčasný právny stav je v tejto oblasti značne neurčitý, umožňuje celkom legálne porušovať zásadu rovnosti prístupu ku zamestnaniu, podľa §6 ods.2 zákona č.365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon) v znení neskorších predpisov (ďalej len „antidiskriminačný zákon“). Analogicky k ustanoveniu §19a ods.1 zákona č.302/2001 Z.z. o samospráve vyšších územných celkov (zákon o samosprávnych krajoch) v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o samosprávnych krajoch“) možno konštatovať, že v prípade požadovania ekonomickeho, či právneho vzdelania od uchádzačov na výkon funkcie hlavného kontrolóra obce, je

<sup>12</sup> Je potrebné tu vychádzať z ustanovenia §18a ods.8 písm.f, podľa ktorého výkon funkcie hlavného kontrolóra obce obligatórne zaniká ku dňu nadobudnutia právoplatnosti rozsudku, ktorým bol odsúdený za úmyselný trestný čin, alebo právoplatne odsúdený za trestný čin, ak výkon trestu odňatia slobody nebol podmiennečne odložený.

<sup>13</sup> Táto situácia sa môže prejavovať takmer výlučne v prípade niektorých absolventov osemročných gymnázií, medzi ktorými sa pri zavŕšení štúdia zriedkavo objavujú aj osoby mladšie než 18 rokov.

<sup>14</sup> Vysokoškolské vzdelanie je spravidla špecifikované najmä v oblasti práva a ekonomiky. Ku tejto požiadavke je pripájaná aj povinné absolvovanie niekoľkoročnej prax v oblasti práva a ekonomiky, či riadenia.

<sup>15</sup> Rozsudok krajského súdu Košice sp. zn. 7S/106/2009-38 zo dňa 13.1.2010.

<sup>16</sup> Rozumej §18a ods.1 zákona o obecnom zriadení.

<sup>17</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 5Sžo/91/2010 zo dňa 31.8.2010.

<sup>18</sup> Rozsudok krajského súdu Košice sp. zn. 7S/97/2009-18 zo dňa 3.3.2010.

<sup>19</sup> Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 3Sžo/153/2010 zo dňa 8.2.2011.

podľa platného právneho stavu možné hovoriť o diskriminácii prípadných uchádzačov vzdelaných v niektorom z technických odborov.

V zahraničí je vnútorná kontrola vykonávaná tzv. audítorom obce, prípadne „audítorskou komisiou“. Možno konštatovať, že sila internej kontroly je v zahraničí relatívne nízka, napriek skutočnosti, že audítor, resp. audítorská komisia, majú oprávnenie nariadiť, prípadne vynútiť si korekcie zistených nedostatkov.<sup>20</sup> Audítor obce nie je v zahraničí nevyhnutne zamestnancom obce. Z hľadiska organizačného sú audítori obcí, alebo audítorské komisie zastrešení finančným oddelením príslušnej obce.<sup>21</sup> Tieto orgány sú zavádzané obligatórne, pričom v zložených štátoch je požiadavka zriadenia špecifického kontrolného orgánu obce spravidla stanovená prostredníctvom zákonodarných orgánov jednotlivých zložiek štátneho útvaru. Napríklad v Rakúsku vyplýva z výstupov činnosti krajinských snemov povinnosť zriaďovať v obciach kontrolné komisie.<sup>22</sup> Rovnako to funguje aj v prípade Nemecka. Táto povinnosť sa napríklad v Bavorsku vzťahuje na obce s viac než 5000 obyvateľmi<sup>23</sup>. Tieto komisie sú kreované obecnými zastupiteľstvami. V rámci provincií je upravená problematika vnútornej kontroly aj v prípade Kanady. Tento príklad je zaujímavý v tom, že Kanada nevyžaduje od audítora obce špecifické vzdelanie, avšak podmienkou uchádzania sa o funkciu, ako aj jej výkonu, je dobrá znalosť výkonu účtovníckeho povolania, podľa osobitných zákonov<sup>24</sup>. Niektoré provincie vyžadujú od uchádzača preukázanie kvalifikácie pre pôsobenie na pozícii verejného účtovníka.<sup>25</sup>

Požiadavka ekonomického vzdelania a výborná znalosť účtovnej problematiky, je legitímna, berúc do úvahy úlohy, ktoré má hlavný kontrolór obce plniť. Vzhľadom k uvedenému je zjavné, že v záujme výkonu kvalitnej kontrolnej činnosti, súbežne so zabezpečením efektívneho nakladania zdrojov, by bolo vhodné, aby mal prípadný záujemca o výkon funkcie hlavného kontrolóra prax v oblasti účtovníctva, rozpočtovníctva, či kalkulácií, ideálne vo verejnom sektore. V oblasti vedenia účtovníctva je spravidla v súkromnom sektore vyžadované ekonomické vzdelanie. Problematická je však otázka kontroly dodržiavanie všeobecne záväzných právnych predpisov. Potreba efektivity vynakladania verejných zdrojov má však akiste argumentačne silnejší význam.

De lege ferenda by mal zákonodarca uvažovať o dôslednejšej úprave kvalifikačných požiadaviek na uchádzačov o výkon funkcie hlavného kontrolóra obce, pričom by do nich mal zahrnúť minimálnu prax, najlepšie v oblasti vedenia účtovníctva. Takouto úpravou by sa dosiahla relatívna rovnosť príležitostí, keďže zákon by nestanovoval potrebné vzdelanie, avšak len minimálnu prax v určitej oblasti, ktorej poznanie a výborná orientácia v nej je pre výkon hlavného kontrolóra obce nevyhnutný.

## 2. SPÔSOB VOĽBY HLAVNÉHO KONTROLÓRA OBCE

Spôsob voľby hlavného kontrolóra obce je, rovnako ako aj kvalifikačné predpoklady, stanovený v §18a ods.2-3 zákona o obecnom zriadení. Hlavného kontrolóra volí obecné zastupiteľstvo na základe písomnej prihlášky uchádzačov o funkciu hlavného kontrolóra obce. Voľba môže prebehnúť ako jednokolová či dvojkolová. Na zvolenie hlavného kontrolóra obce je postačujúca jednokolová voľba v prípade, že sa na výbere konkrétneho kandidáta zhodne ab-

<sup>20</sup> Bližšie o tom napríklad MIZRAHI, S. – NESS-WEISMANN, I.: Evaluating the Effectiveness of Auditing in Local Municipalities using Analytic Hierarchy Process (AHP): A General Model and the Israeli Example. In: International Journal of Auditing, Vol.11, Nr.3, 2007, ISSN 1090-6738, p.192.

<sup>21</sup> Tamtiež.

<sup>22</sup> PALÚŠ, I.: Miestna správa vo vybraných štátoch Európskej únie, Košice: UPJŠ, 2005. ISBN 80-89089-30-5, s.57.

<sup>23</sup> Článok 103 ods.2 Zákona o miestnej samospráve Slobodného štátu Bavorska (Bayerische Gemeindeordnung) v znení neskorších predpisov.

<sup>24</sup> The management Accountants Act, The Certified General Accountants Act, The Chartered Accountants Act.

<sup>25</sup> Podľa Public Accounting Act.

solútna väčšina všetkých poslancov obecného zastupiteľstva. V opačnom prípade postupujú do druhého kola dvaja kandidáti, ktorí majú najviac hlasov, v prípade rovnosti hlasov všetci kandidáti s najväčším počtom hlasov. V prípade rovnosti hlasov aj v druhom kole sa rozhoduje žrebom. Z uvedeného vyplývajú nasledovné otázky:

1. Akým spôsobom prebehne žrebovanie?
2. Kto žrebuje víťaza?
3. Je správne, aby o víťazovi rozhodovala náhoda?

*Ad 1) Otázka akým spôsobom prebehne žrebovanie*<sup>26</sup> hlavného kontrolóra obce je naozaj oprávnená. V úvode je potrebné podotknúť, že v aplikačnej praxi sú prípady, kedy nie je hlavný kontrolór obce zvolený ani v druhom kole voľby a musí sa pristúpiť ku žrebovacej alternatíve, vcelku ojedinelé. Zákon o obecnom zriadení neupravuje tento spôsob voľby v žiadnom zo svojich ustanovení. §18a ods.3 posledná veta však obsahuje splnomocňujúcu blanketu, ktorá umožňuje upraviť podrobnosti o spôsobe vykonania voľby hlavného kontrolóra obce uznesením obecného zastupiteľstva. Je teda možné predpokladať, že obecné zastupiteľstvá neopomínajú ani otázku voľby žrebom. Je však nutné podotknúť, že v záujme rovnosti šancí a v záujme dosiahnutia čo najspravodlivejšej voľby je potrebné, aby voľbu žrebom nevykonával nikto, kto sa zúčastnil predchádzajúcich hlasovaní o výbere z prihlásených kandidátov na voľbu hlavného kontrolóra. Bolo by ideálne, keby žrebovanie prebiehalo automatizovane prostredníctvom informačno-komunikačných technológií, s programom s náhodným algoritmom. Tento návrh je však ťažko realizovateľný najmä v podmienkach malých obcí a obcí vo všeobecnosti.<sup>27</sup> Vzhľadom na skutočnosť, že funkcia hlavného kontrolóra obce je vnímaná ako verejná funkcia<sup>28</sup>, resp. funkcia, vykazujúca znaky verejnej funkcie<sup>29</sup>, bolo by možné uvažovať o nahradení voľby žrebom voľbou obyvateľmi obce. Táto voľba (prioritne v malých obciach) by mohla prebehnúť napríklad na zhromaždení obyvateľov obce, aby sa ušetrili prostriedky, súvisiace s organizovaním nákladných volieb. Týmto aktom by sa bolo možné vyhnúť špekulatívnym žrebovaniam, prípadne označovaniu žrebov tak, aby bolo možné pomocou hmatu identifikovať totožnosť kandidáta a tým značne sťažiť, až zmariť šancu druhého/ostatných uchádzača/uchádzačov ku zvoleniu do funkcie.

*Ad 2) Odpoveď na otázku kto žrebuje víťaza* bola uvedená v predchádzajúcom bode. Zákon predpokladá, že podrobnosti o voľbe hlavného kontrolóra si stanoví obecné zastupiteľstvo v osobitnom uznesení. Malo by obsahovať aj ustanovenie o určení osoby, ktorá bude v prípade potreby použitia metódy voľby žrebom, žrebujúcou. Znovu je potrebné pripomenúť, že by bolo vhodné, aby žrebujúci nebol poslanec obecného zastupiteľstva, ktoré vykonávalo voľbu hlavného kontrolóra obce. Žrebujúcim by tým pádom, v záujme dodržania apolitickosti funkcie hlavného kontrolóra, mohol byť zamestnanec obce. Vhodným adeptom je prednosta

<sup>26</sup> Je potrebné pripomenúť, že voľba žrebom je v slovenskej realite realizovaná aj napríklad v prípade komunálnych a regionálnych volieb. V zmysle §44 ods.3 už neúčinného zákona č.346/1990 Zb. o voľbách do orgánov samosprávy obcí v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o voľbách do orgánov samosprávy obcí“) určovala miestna volebná komisia, a v zmysle §41 ods.3 taktiež neúčinného zákona č.303/2001 Z.z. o voľbách do orgánov samosprávnych krajov a o doplnení Občianskeho súdneho poriadku v znení neskorších predpisov (ďalej len „zákon o voľbách do orgánov samosprávnych krajov“), určovala obvodná volebná komisia poslancu príslušného zastupiteľstva žrebom, za podmienok upravených v uvedených ustanoveniach. Predmetne predpisy však neupravovali spôsob žrebovania, jeho technické podmienky, ani osobu, ktorá toto žrebovanie vykonala. Problematika nie je taktiež upravená ani v súčasne účinnom zákone č.180/2014 Z.z. o podmienkach výkonu volebného práva a o zmene a doplnení niektorých zákonov.

<sup>27</sup> Rozumej obce, ako opozitum miest, čiže obce, nevyhlásené za mesto.

<sup>28</sup> SOTOLÁŘ, J.: Osobitosti personálnych vzťahov v miestnej samospráve na Slovensku. In: Dni práva 2011 – Days of Law 2011. Personální aspekty územní samosprávy, Brno: Masaryková univerzita, 2012. ISBN 978-80-210-5910-8, str.138

<sup>29</sup> TEKELI, J.: Pracovní pomer hlavného kontrolóra obce včera, dnes a zajtra. In: Právo pre ROPO a obce v praxi, Bratislava: IURA Edition, 2012. ISSN 1337-7523, str.14



obecného úradu, ak je v obci taká funkcia zriadená, prípadne zapisovateľ rokovaní obecného zastupiteľstva.<sup>30</sup>

*Ad 3) Úlohu náhody vo voľbe hlavného kontrolóra obce je obtiažne zodpovedať. Funkcia hlavného kontrolóra obce je natoľko dôležitá a náročná, že je možné pochybovať o tom, či je vhodné prenechať výber kandidáta na obsadenie danej funkcie na náhodu. V prípade voľby žrebovom je možné polemizovať o práve neúspešného uchádzača domáhať sa svojich práv na príslušnom súde, prípadne domáhať sa primeranej náhrady nemajetkovej ujmy. Šalamúnskym rozhodnutím obecného zastupiteľstva by bolo ponúknutie kandidátovi, ktorý neuspel vo voľbe žrebovom, inej pozície než je hlavný kontrolór obce.*

De lege ferenda by mal zákonodarca špecifikovať otázku voľby hlavného kontrolóra, prípadne zaviesť ešte jedno ďalšie kolo voľby, aby bolo možné zmierniť vplyv náhody na voľbu hlavného kontrolóra obce v čo najvyššej miere.

### 3. ZODPOVEDNOSŤ HLAVNÉHO KONTROLÓRA OBCE

Zodpovednosť hlavného kontrolóra obce je duálna. Je nutné rozlišovať na:

1. Zodpovednosť v pracovnoprávnej rovine
2. Zodpovednosť v rovine obsahovej náplne činnosti<sup>31</sup>

*Ad 1) Pracovnoprávna zodpovednosť hlavného kontrolóra obce vyplýva z ustanovení zákona o obecnom zriadení. V zmysle §18a ods.6 vzniká hlavnému kontrolórovi po zvolení nárok na uzavretie pracovnej zmluvy s obcou, ktorú s ním v zmysle §18 ods.7 uzavrie starosta príslušnej obce. Starosta rovnako v zmysle §13 ods.4-5 rozhoduje o pracovnom poriadku zamestnancov obce<sup>32</sup>, prípadne ich môže písomne poveriť rozhodovaním o právach, právom chránených záujmoch alebo povinnostiach fyzických osôb a právnických osôb v oblasti verejnej správy. Vzhľadom k uvedenému je hlavný kontrolór obce zodpovedný v pracovnoprávnej rovine starostovi obce.*

*Ad 2) Do účinnosti novely č.369/2004 Z.z. obsahoval §18 zákona o obecnom zriadení ustanovenie „hlavný kontrolór za svoju činnosť zodpovedá obecnému zastupiteľstvu“. Z platného znenia zákona možno túto zodpovednosť odvodiť najmä z ustanovení §18f ods.1 písm.b), d), e) a h). Podľa §18e môže obec uznesením stanoviť ďalšie podrobnosti o pravidlách kontrolnej činnosti hlavného kontrolóra obce. Vzhľadom k uvedenému je potrebné konštatovať, že v rovine svojej činnosti je hlavný kontrolór zodpovedný obecnému zastupiteľstvu.*

Do akej miery je v praxi napĺňaná dikcia poslednej vety §18 ods.1 zákona o obecnom zriadení o nezávislom a nestrannom výkone kontrolnej činnosti hlavného kontrolóra obce? Pri hľadaní odpovede na uvedenú otázku je potrebné brať do úvahy tri základné faktory:

- i) Miera sídelnej identity hlavného kontrolóra obce
- ii) Miera previazanosti hlavného kontrolóra obce s volenými reprezentantmi obce
- iii) Miera previazanosti hlavného kontrolóra obce s výkonnými zamestnancami obce

Schopnosť hlavného kontrolóra obce realizovať kontrolnú činnosť nezávisle a nestranne súvisí so skutočnosťou, do akej miery je hlavný kontrolór ochotný realizovať svoju činnosť nezávisle a nestranne s ohľadom na jeho vzťah s daným územím a jej obyvateľmi, s ich volebnými zástupcami a s výkonnými zamestnancami.

<sup>30</sup> V prípade, že by obecné zastupiteľstvo požadovalo výkon žrebovania poslancom obecného zastupiteľstva, bolo by zaujímavé, keby v uznesení o voľbe hlavného kontrolóra obce stanovilo, že žrebovujúcim by bol, inšpirujúc sa §11 ods.7 posledná veta neúčinného zákona o voľbách do orgánov samosprávy obcí najstarší člen obecného zastupiteľstva.

<sup>31</sup> TEKELI, J.: Vybrané aspekty pracovného pomeru hlavného kontrolóra obce. In: Liberalizácia pracovného práva a nové trendy vo vývoji pracovných vzťahov, Košice: UPJŠ, 2010. ISBN 978-80-7097-840-5, str.290-291

<sup>32</sup> V zmysle §13 ods.4 písm.d zákona o obecnom zriadení

V praxi sa stáva, že hlavný kontrolór kryje porušovanie zákona najmä v prípade neracionálneho hospodárenia obce a organizácií, ktoré založila so zverenými prostriedkami. V opačnom prípade by bolo hospodárenie obce predmetom kontroly z centrálnej úrovne. V prípade zistenia nedostatkov a porušenia zákona by bolo potrebné takéto konanie sankcionovať a obec by v ďalších rozpočtových obdobiach podliehala zvýšenej miere vonkajšej kontroly. Ďalším problémom je skutočnosť, že v mnohých obciach figuruje hlavný kontrolór len ako formálne kreovaný orgán.

V praxi sa taktiež nezriedka objavujú situácie, kedy je hlavný kontrolór nútený zo strany starostu pod hrozbou pracovnoprávnej sankcie zamlčať, nenahlásiť konkrétne skutočnosti, resp. vybaviť ku spokojnosti starostu konkrétne podnety. V tomto prípade sa hlavný kontrolór obce často krátko dostáva do rozporu z hľadiska pracovnoprávnej a vecnej zodpovednosti.

#### IV. ZÁVER

Záverom možno konštatovať, že napriek aktuálnej úprave hlavného kontrolóra obce je potrebné de lege ferenda:

- i) Závazne upraviť výšku dosiahnutého vzdelania uchádzača o funkciu hlavného kontrolóra tak, aby bolo možné text a myšlienku daného ustanovenia vykladať jednotne.
- ii) Upraviť požiadavku praxe uchádzača o funkciu hlavného kontrolóra obce. Bolo by vhodné stanoviť aspoň rámcovo dĺžku a oblasť požadovanej praxe, prípadne splnomocniť ku stanoveniu tejto požiadavky samotné obce.
- iii) Upraviť spôsob voľby žrebom. Je potrebné najmä zodpovedať otázku, akou formou má prebiehať a či je vôbec vhodné, aby bola funkcia hlavného kontrolóra obce obsadzovaná žrebom.
- iv) Stanoviť sankcie voči hlavnému kontrolórovi obce za krytie nezákonných aktivít obce. Je potrebné, aby hlavný kontrolór bol nestranný, aby sa odosobnil od skutočnosti, že má voči obci určitý vzťah, sociálnu identitu.

#### KLÚČOVÉ SLOVÁ

Hlavný kontrolór obce, obecná samospráva, prax, voľba žrebom, vzdelanie, zodpovednosť.

#### KEY WORDS

Main controller of municipality, municipal self-government, practice, election by lot, education, responsibility.

#### POUŽITÁ LITERATÚRA

1. MIZRAHI, S. – NESS-WEISMANN, I.: Evaluating the Effectiveness of Auditing in Local Municipalities using Analytic Hierarchy Process (AHP): A General Model and the Israeli Example. In: *International Journal of Auditing*, Vol.11, Nr.3, p.187-210, 2007, ISSN 1090-6738
2. PALÚŠ, I.: *Miestna správa vo vybraných štátoch Európskej únie*. Košice : UPJŠ, 2005. ISBN 80-89089-30-5
3. Rozsudok krajského súdu Košice sp. zn. 7S/106/2009-38 zo dňa 13.1.2010
4. Rozsudok krajského súdu Košice sp. zn. 7S/97/2009-18 zo dňa 3.3.2010
5. Rozsudok krajského súdu Trenčín sp. zn. 17Co/215/2013 zo dňa 19.6.2013
6. Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 5Sžo/91/2010 zo dňa 31.8.2010
7. Rozsudok Najvyššieho súdu Slovenskej republiky 3Sžo/153/2010 zo dňa 8.2.2011

8. SOTOLÁŘ, J.: *Osobitosti personálnych vzťahov v miestnej samospráve na Slovensku*. In: Dni práva 2011 – Days of Law 2011. Personální aspekty územní samosprávy, Brno: Masaryková univerzita, 2012. ISBN 978-80-210-5910-8, str.124-142
9. TEKELI, J.: *Vybrané aspekty pracovného pomeru hlavného kontrolóra obce*. In: Liberalizácia pracovného práva a nové trendy vo vývoji pracovných vzťahov, Košice: UPJŠ, 2010. ISBN 978-80-7097-840-5, str.283-300
10. TEKELI, J.: *Pracovný pomer hlavného kontrolóra obce včera, dnes a zajtra*. In: Právo pre ROPO a obce v praxi, Bratislava: IURA Edition, 2012. ISSN 1337-7523, str.14-21
11. Zákon č.40/1964 Zb. Občiansky zákonník v znení neskorších predpisov
12. Zákon č.85/1990 Zb. o petičnom práve v znení neskorších predpisov
13. Zákon č.346/1990 Zb. o voľbách do orgánov samosprávy obcí v znení neskorších predpisov
14. Zákon č.369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov
15. Zákon č.295/1992 Zb. o niektorých opatreniach v miestnej samospráve a v štátnej správe v znení neskorších predpisov
16. Zákon č.252/1994 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov a zákon Slovenskej národnej rady č. 346/1990 Zb. o voľbách do orgánov samosprávy obcí v znení neskorších predpisov
17. Zákon č.128/2000 Sb. o obcích (obecní zřízení) v znení neskorších predpisov
18. Zákon č.302/2001 Z.z. o samospráve vyšších územných celkov (zákon o samosprávnych krajoch) v znení neskorších predpisov
19. Zákon č.303/2001 Z.z. o voľbách do orgánov samosprávnych krajov a o doplnení Občianskeho súdneho poriadku v znení neskorších predpisov
20. Zákon č.453/2001 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov a menia a dopĺňajú sa niektoré ďalšie zákony
21. Zákon č.365/2004 Z.z. o rovnakom zaobchádzaní v niektorých oblastiach a o ochrane pred diskrimináciou a o zmene a doplnení niektorých zákonov (antidiskriminačný zákon) v znení neskorších predpisov
22. Zákon č.369/2004 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov
23. Zákon č.583/2004 Z.z. o rozpočtových pravidlách územnej samosprávy a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
24. Zákon č.615/2004 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov a zákon č. 302/2001 Z. z. o samospráve vyšších územných celkov (zákon o samosprávnych krajoch) v znení neskorších predpisov
25. Zákon č.36/2005 Z.z. o rodine a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
26. Zákon č.245/2008 Z.z. o výchove a vzdelávaní (školský zákon) a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov
27. Zákon č.9/2010 Z.z. o sťažnostiach v znení neskorších predpisov
28. Zákon č.102/2010 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon Slovenskej národnej rady č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov a o zmene a doplnení niektorých zákonov
29. Zákon č.361/2012 Z.z. ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 311/2001 Z. z. Zákonník práce v znení neskorších predpisov a ktorým sa menia a dopĺňajú niektoré zákony

30. Zákon č.180/2014 Z.z. o podmienkach výkonu volebného práva a o zmene a doplnení niektorých zákonov
31. Zákon o miestnej samospráve Slobodného štátu Bavorska (Bayerische Gemeindeordnung) v znení neskorších predpisov

### **KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA**

**Ladislav Poliak, JUDr. Ing.**

Interný doktorand na Katedre verejnej ekonomiky a regionálneho rozvoja

Univerzita Mateja Bela v Banskej Bystrici, Ekonomická fakulta, Tajovského 10, 975 90 Banská Bystrica

E-mail: [ladislav.poliak@umb.sk](mailto:ladislav.poliak@umb.sk)

# SAMOSPRÁVA A PRIAMA DEMOKRACIA - TEORETICKÉ VÝCHODISKÁ

## SELFGOVERNMENT AND DIRECT DEMOCRACY – THEORETICAL BASES

*Alena Krunková*

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

### ABSTRAKT

*Samospráva predstavuje jednu z podstatných zložiek verejnej správy, priama demokracia je jednou z možných foriem výkonu verejnej moci. Príspevok sa zaoberá analýzou jednotlivých foriem priamej demokracie v územnej samospráve. Jeho cieľom je skúmanie ich vzájomného prepojenia v teoretickej rovine, keďže vhodne zvolené formy priamej demokracie môžu pozitívne ovplyvniť realizáciu a vývoj samosprávy. Prostredníctvom vymedzenia funkcií a na príklade konkrétnych krajín Európskej únie príspevok poukazuje na efektívne využitie prvkov priamej demokracie v konkrétnom uplatňovaní samosprávy.*

### ABSTRACT

*A selfgovernment is one of essential components of a public administration, a direct democracy is one of possible forms of an execution of a public power. The contribution deals with an analysis of various forms of the direct democracy in a local government. Its aim is to examine links between them on a theoretical level, since properly selected forms of the direct democracy can positively influence a development and an implementation of the selfgovernment. The contribution shows to an effective usage of elements of the direct democracy in a specific application of the self government through a definition of functions and through an example of specific countries of European Union.*

### I. ÚVOD

Priamu demokraciu môžeme s určitým vedeckým zovšeobecnením vnímať ako jednu z možností podieľania sa na výkone moci. Uvedená skutočnosť patrí k tým vzácnejším, ktoré v teoretických koncepciách vzbudzujú minimálne pochybnosti. V demokratických krajinách uplatňujúcich spomínaný aspekt sú prvky priamej demokracie stanovené zväčša pre priamy výkon moci verejnej. Najviac zaužívaným inštitútom je referendum, či plebiscit, pričom skutočná sila použitia a využívania priamej účasti na výkone moci závisí od adekvátnej právnej koncepcie zabezpečujúcej premietnutie výsledkov foriem priamej demokracie do právnej formy.

Prvky priamej demokracie majú svoje miesto aj pri výkone samosprávy. Podmienky samosprávy<sup>1</sup> sa totiž eo ipso približujú k náležitostiam podstatným pre reálne a možno aj úspešné uplatňovanie priamej demokracie. Na základe uvedeného sa pokúšame v príspevku skúmať a objasniť možnosti, ktoré priama demokracia pre samosprávu dáva, pričom uvádzame tematic-

---

<sup>1</sup> Máme na mysli popri iných aj napr. Pomerne malé teritórium, možnosť reálnej diskusie, či dostupnosť potrebných materiálov na rozhodovanie a zaujatie stanoviska a podobne.

ké východiská in abstracto, no použiteľné pre reálne využitie v praxi. Nosnou rovinou príspevku je teda teoretická časť, obohatená o niektoré komparatívne aspekty zvolených krajín.

## II. SAMOSPRÁVA A PRIAMA DEMOKRACIA

Územná samospráva je v medzinárodnom rozsahu akceptovaná ako základná jednotka výkonu verejnej správy. Ako taká reflektuje potrebu vymedzeného teritória (obce, či vyššieho územného celku) a v zmysle samo rozhodovania vie aj pružne a pohotovo reagovať na vzniknuté požiadavky vymedzeného teritória.<sup>2</sup> Tak, ako pojem demokracie, ani pojem „samosprávy“ nepatrí k ľahko definovaným pojmom. Vyjadruje typ spoločenského záujmu na samoreguláciu a záujmu o samo rozhodovanie. Nepochybne ide o súčasť verejnej správy, ktorá je vykonávaná samostatne a relatívne nezávisle, nad výkonom ktorej ale štát uskutočňuje právnym rámcom stanovený dohľad. Vnímajúc samosprávu aj v politologickom zmysle zvyrazňujeme skutočnosť, že samospráva predstavuje formu realizácie verejnej správy občanmi v širokom spektre rozmanitých záležitostí nielen politického, ale aj sociálneho, či finančného charakteru.<sup>3</sup> V právnom slova zmysle ide o vykonávanie úloh verejnej správy určeným (dohodnutým, stanoveným) spôsobom, na vlastnú zodpovednosť a samostatne vo vzťahu k štátu subjektmi, ktoré nie sú pri výkone svojich úloh podriadené priamemu štátnemu riadeniu a zasahovaniu.<sup>4</sup>

Základnou charakteristikou samosprávy v zmysle Európskej charty miestnej samosprávy je požiadavka výkonu samosprávy možnými alternatívnymi spôsobmi – zvolenými zástupcami miestneho (obecného) spoločenstva a priamo občanmi daného spoločenstva. Normatívny základ pre samosprávu musí vždy obsahovať ústava daného štátu.

Opodstatnenosť realizácie územnej samosprávy prostredníctvom foriem priamej demokracie odráža esenciu samosprávy ako takej a umožňuje tak nadobudnúť difúziu jej teoretickej i reálnej podoby. Pri samotnej realizácii samosprávy v akejkoľvek oblasti pôvodnej, či prenesenej kompetencie<sup>5</sup> totiž subjekty samosprávy reflektujú celý rad princípov a zásad, ktoré majú svoje zakotvenie, či uznanie na medzinárodnej úrovni.<sup>6</sup>

Právny poriadok Slovenskej republiky stanovuje pre výkon samosprávy ústavný rámec v čl. 67 ods.1 ústavy: „Územná samospráva sa uskutočňuje na zhromaždeniach obyvateľov obce, miestnym referendom, referendom na území vyššieho územného celku, orgánmi obce alebo orgánmi vyššieho územného celku.“ S istým zovšeobecnením môžeme povedať, že využívanie prvkov priamej demokracie v územnej samospráve Slovenskej republiky je v praktickej realizácii v značne obmedzenej miere,<sup>7</sup> preto aj ďalšie úvahy budú skôr prezento-

<sup>2</sup> Pozri napr. : VERNARSKÝ, M.: Finančná autonómia verejnej správy ako predpoklad samostatnosti v komunálnej normotvorbe, in: Teória a prax komunálnej normotvorby, zborník príspevkov z vedeckej konferencie, UPJŠ v Košiciach, Košice 2014, s. 76 a nasl.

<sup>3</sup> Pozri napr. : SEDLÁKOVÁ, S - VALOVSKÁ, Z. : Vzťah majetkovej pozície a finančnej nezávislosti regionálnych samospráv v Slovenskej republike, In: Societas et Iurisprudentia, Roč. 3, č. 1 (2015). s. 236-255.

<sup>4</sup> Pozri napr. : SOTOLÁŘ, J. : Samospráva obce - obecné zriadenie na Slovensku, SOTAC, Košice, 2011. al. PALÚŠ, I.-JESENKO, M.- KRUNKOVÁ, A. : Obec ako základ územnej samosprávy, UPJŠ v Košiciach, Fakulta verejnej správy, Košice, 2010, s. 12.

<sup>5</sup> Pozri napr. ŽOFČINOVÁ, V. – SNINČÁK, T. : Otvorené otázky v súvislosti s povinnosťami obcí pri uplatňovaní zákona o pomoci v hmotnej núdzi, in: Teória a prax komunálnej normotvorby, zborník príspevkov z vedeckej konferencie, UPJŠ v Košiciach, Košice 2014, s. 89 a nasl.

<sup>6</sup> K tomu pozri viac :MOLITORIS, P. : Princípy dobrého spravovania a miestne verejne financie, in: Teória a prax komunálnej normotvorby, zborník príspevkov z vedeckej konferencie, UPJŠ v Košiciach, Košice 2014, s. 83 a nasl. Tiež KNEŽOVÁ, J. - VERNARSKÝ, M. : Územný princíp a rezortný princíp výstavby organizácie štátnej správy v procese aktuálnej reformy miestnej štátnej správy na Slovensku, In: Právnik : teoretický časopis pro otázky štátu a práva, Roč. 153, č. 9 (2014), s. 758-771.

<sup>7</sup> Pomerne strohé ustanovenie ústavy špecifikujú rovnako stručne zákony č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov, č. 302/2001 Z.z. o samospráve vyšších územných celkov v znení neskorších predpisov, čiastočne aj zákony č. 377/1990 Zb. o hlavnom meste Slovenskej republiky Bratislave v znení neskorších predpisov, č. 401/1990 Zb.

vať teoretické súvislosti s poukázaním na legislatívne možnosti Slovenskej republiky i praktické skúsenosti niektorých krajín Európskej únie. Pre podporu možnosti priameho rozhodovania v samospráve sa prijateľným javí vnímať aj nasledovné skutočnosti.

Otázka využívania prvkov priamej demokracie rezonovala naprieč históriou v určitých opakujúcich sa intervaloch. Jej zástancovia sa k esenciálnym ideám pravidelne vracali a pokúšali sa ju modifikovať relevantne k aktuálnej sociálno politickej situácii. Tak napr. predstavitelia tzv. „Školy priamej demokracie“<sup>8</sup> presadzovali ako jediný plnohodnotný spôsob prijímania rozhodnutí vo verejných záležitostiach formu účasti všetkých plnoprávných občanov v rozhodovacom procese. Jedine takto prijímané rozhodnutia považovali sa „rýdzo“ demokratické a odzrkadľujúce vôľu, či požiadavky reálnej väčšiny. Z tohto hľadiska je vnímateľná aj vyššia legitimita rozhodnutí prijímaných práve formami priamej demokracie. Na druhej strane, je, myslím, oprávneným tvrdenie, že výkon samosprávy len priamou formou účasti obyvateľov obce je v súčasných pomeroch takmer nerealizovateľný. V týchto súvislostiach ale za akceptovateľnú alternatívu môžeme považovať suplementárne pôsobenie vhodne určených foriem priamej demokracie popri permanentnom výkone samosprávy prostredníctvom zvolených orgánov.

Samotný termín „samospráva“ akoby vo svojom pojmovom i obsahovom vymedzení rátal s realizáciou správy prostredníctvom „seba“, to jest všetkých, ktorých sa správa týka, resp. aspoň čo najširšieho spektra spravovaných subjektov. Načrtnuté úvahy priam predurčujú dôležitosť, ba až potrebu existencie možnosti priamej účasti na samospráve. S istým zovšeobecnením povedané – ak vnímame prvky priamej demokracie v samospráve obce ako určitú nevyhnutnosť, zdá sa byť podstatným neopomenutie tej skutočnosti, ktorá sa javí byť kľúčovou pri stanovovaní koncepcie spomínaných prvkov. Touto nevyhnutnosťou je stanovenie limitov moci.<sup>9</sup> Úroveň účasti obyvateľstva na verejnej moci je základnou normou, čo znamená, že ide o dobrovoľnú účasť obyvateľstva v podmienkach, ktoré poskytujú rôzne možnosti tejto účasti.<sup>10</sup> Vnímajúc základnú jednotku samosprávy – obyvateľ obce (vyššieho územného celku) môže rozhodovať, ako sa pri používaní prostriedkov demokracie zachová (zúčastní sa hlasovania, alebo nie), resp. aký prostriedok (formu demokracie) použije (podpíše petíciu, zúčastní sa verejného zhromaždenia obyvateľov obce...). Právny predpis musí stanovovať možnosti realizácie zvolených foriem ako aj dôsledky vznikajúce z takejto realizácie. Prekročiť limity právnej regulácie by nemalo byť zo strany obyvateľa obce možné.

Optimálne využitie jednotlivých foriem priamej demokracie je založené na princípe subsidiarity a predpokladá dôslednú špecifikáciu podmienok pre ich realizáciu, no zároveň selekciu takých podmienok, ktoré zabezpečia použiteľnosť stanovených foriem.

Úloha právnych predpisov musí byť dôsledná aj v druhej rovine. Limitom zastupiteľských orgánov (obecného zastupiteľstva, zastupiteľstva vyššieho územného celku) v relácii foriem priamej demokracie musí byť obdobne hranica stanovená právnym predpisom vo vzťahu k obmedzeniam, no i povinnostiam týchto orgánov. Zastupiteľský orgán (vo väčšine prípadoch obecné zastupiteľstvo) má byť nápomocný v realizácii foriem priamej demokracie, je vhodné, aby mu bola zverená aj možnosť iniciátora týchto prvkov. Právny predpis by ale nemal dovoliť (ani v minimálnej miere) akúkoľvek brzdu, či znemožnenie vykonania foriem priamej demokracie. S uvedeným totiž súvisí ďalší podstatný znak – motivácia moci. Úlohou foriem priamej demokracie je zistiť vôľu väčšiny zo všetkých, alebo aspoň z väčšiny zúčast-

---

o meste Košice v znení neskorších predpisov, k tomu pozri napr.: KRUNKOVÁ, A.: Verejná moc a priama demokracia, Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Košice 2010.

<sup>8</sup> BUTLER, D. and RANNEY, A. 1994. Referendums around the world. Washington D.C. : the AEI Press, 1994.

<sup>9</sup> TEKELI, J. : Možnosti obmedzenia práva na samosprávu, In: 20 rokov Ústavy Slovenskej republiky - I. Ústavné dni, I. zväzok : zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Košice 2012.

<sup>10</sup> KLÍMA, K.: O právu ústavném. Wolters Kluwer ČR, Praha, 2012.

nených. Právny stav umožňujúci nejednoznačné posúdenie limitov moci obecného zastupiteľstva vedúce k možnému zmareniu, či neumožneniu prvkov priamej demokracie môže spôsobiť nežiaduce následky. Apatiu, nechť, nezapájanie sa do riešenia obecných záležitostí vedúce časom k spôsobeniu faktickej nerealizovateľnosti prvkov priamej demokracie.

### 1. Priama demokracia na lokálnej úrovni – pojmové vymedzenie

Pri vytýčení teoretickej roviny prepojenia samosprávy a priamej demokracie považujeme za dôležité ešte špecifikovať niektoré vybrané charakteristické črty teoretickej koncepcie priamej demokracie na lokálnej úrovni. Sledujúc popri tom jediný cieľ – pokúsiť sa vystihnúť podstatu a nevyhnutný rámec, v ktorom sa priama demokracia na tejto úrovni musí nachádzať, ak má byť aj reálne použiteľná a využiteľná. Prítomnosť priamej realizácie moci v štáte je teda potrebné vnímať z pozície všetkých úrovní správy štátu paralelne s možnou realizáciou nepriamej demokracie, čo potvrdzujú napr. aj ustanovenia Európskej charty miestnej samosprávy (čl. 3 ods.2). Na jej základe sú postavené na rovnakú úroveň priamy a sprostredkovaný výkon správy stanoveného teritória.

Vzhľadom k medzinárodným dokumentom zaoberajúcich sa touto problematikou a v súvislosti s komparáciou európskych krajín môžeme za priamu demokraciu na lokálnej úrovni považovať:

- Právnym poriadkom stanovenú priamu (teda bez prípadného zastúpenia, resp. sprostredkovania) možnosť výkonu správy na území ohraničenom lokálnym teritóriom.
- Tento výkon správy sa uskutočňuje pomocou foriem priamej demokracie. V širšom slova zmysle je priama demokracia na lokálnej úrovni vnímaná aj v prípade podávania petícií, sťažností, či podnetov. V užšom slova zmysle ide len o tie formy priamej demokracie, na základe ktorých občan svojim príspevom verejnú moc reálne vykonáva (referendum, resp. opcia, zhromaždenie plnoprávných občanov – obyvateľov obce).
- Z hľadiska účasti na takomto výkone správy platí ohraničenie dané zväčša personálnym substrátom skúmaného teritória v spojitosti s dovŕšením určitého veku napr. k dosiahnutiu aktívneho volebného práva. V tejto súvislosti je dôležité poznamenať, že okruh subjektov oprávnených na jednej strane iniciovať a na druhej strane byť priamym aktérom výkonu správy musí byť jednoznačne bez akýchkoľvek náznakov pochybností určený.
- Pre samotnú realizáciu aktu priamej demokracie má byť stanovený taký mechanizmus, ktorý pri splnení všetkých zákonných podmienok zabezpečí rovnakú možnosť zapojenia sa všetkým oprávneným osobám, ktoré o to prejavujú záujem. Navyše úlohou miestnych zastupiteľských orgánov je podporovať priamy výkon správy ako obohacujúcu a suplementárnu možnosť realizácie verejnej moci.
- Výsledky dosiahnuté na základe priameho výkonu správy sú rovnocenné a majú schopnosť vyvolať rovnaké právne účinky, ako rozhodnutia prijaté miestnymi zastupiteľskými orgánmi.
- Do výsledkov vzniknutých z realizácie priameho výkonu správy nesmie zasahovať (meniť, resp. zrušiť ich) žiadny orgán štátu vrátane miestnych zastupiteľských orgánov. Vyskytli sa úvahy, v rámci ktorých právny poriadok pripúšťa zastupiteľským orgánom možnosť zrušiť výsledky vzniknuté z realizácie priameho výkonu správy po uplynutí určitého časového obdobia (na takomto základe je koncipované aj celoštátne referendum v Slovenskej republike). Domnievame sa, že z hľadiska legitimacy moci je takáto možnosť neprípustná a len ten subjekt, ktorý rozhodnutie prijal, je oprávnený ho aj zrušiť.

Len na základe praktického naplnenia uvedených znakov teoretickej koncepcie možno konštatovať, že priama demokracia na lokálnej úrovni existuje po právnej i faktickej stránke.



### III. FUNKCIE PRIAMEJ DEMOKRACIE VO VZŤAHU K SAMOSPRÁVE

Každá teoretická konštrukcia, ktorá je výsledkom vedeckého bádania a poznávania, by mala byť spôsobilá plniť určité funkcie, teda nájsť svoj priemet v praktickej rovine každodenného života jednotlivca i celej spoločnosti. Akékoľvek odlúčenie teórie od praxe s vysokou pravdepodobnosťou spôsobuje neželateľný faktický stav, ktorého dôsledky sa môžu prejaviť i pretrvávajúť v dlhodobejšom časovom horizonte. Hovoriť tak o funkciách je dôležité pri každom právnom inštitúte, pretože práve funkcie sú odpoveďou na otázku opodstatnenosti jeho existencie. Pričom je prirodzené a pochopiteľné, že tieto funkcie vyznejú inou rétorikou z úst prívržencov, ako odporcov skúmaného inštitútu. Nie je tomu ináč ani v prípade priamej demokracie. Tu je však potrebné neopomenúť diferenciáciu funkcií pri jej rozdielnych formách.

V prvom rade považujeme za dôležité podotknúť, že v rámci menšieho teritória je ešte stále priama demokracia miestami vnímaná ako jediná forma pre prijímanie rozhodnutí, funkcie späté s takýmto jej ponímaním sú teda špecifického charakteru. Podmienky pre túto, miestami označovanú aj ako „pravú demokraciu“ v Slovenskej republike spĺňa verejné zhromaždenie obyvateľov obce. Jej pôvodným úmyslom bolo zabezpečiť riešenie priamo – prostredníctvom všetkých k tomu oprávnených subjektov (občania, ľud). Je možné konštatovať, že takto vnímaná priama demokracia v prvom rade plnila kontrolnú funkciu, ktorú by sme v určitom slova zmysle mohli považovať aj za základnú. Kontrolná funkcia je totiž z hľadiska svojho obsahu v podstate vlastná všetkým formám priamej demokracie bez ohľadu na to, akým spôsobom sa uplatňujú. No aj táto funkcia dostáva iný rozmer v načrtnutom ponímaní tzv. „rýdzej“ priamej demokracie. Stotožňuje totiž kontrolujúci i kontrolovaný subjekt, úlohu obidvoch zohráva priamy aktér – vykonávateľ moci. Zároveň účastník priamej demokracie môže kontrolovať výkon rozhodnutí prijatých formou priamej demokracie. S vysokou pravdepodobnosťou teda môžeme tvrdiť, že pôjde o kontrolu blížiacu sa k maximálnej kontrolnej zapojenosti. V súvislosti s normotvorbou v samospráve by mohli túto kontrolnú funkciu využívať napr. verejné zhromaždenia obyvateľov obce pri prípadnom ratifikačnom procese v minimálnej miere aspoň pri tých výsledkoch normotvorby, ktoré závažným spôsobom ovplyvňujú fungovanie samosprávy.

Za špecifickú funkciu takto vnímanej priamej demokracie môžeme považovať aj napr. funkciu úplnej aktivácie občianskeho potenciálu. Tá má ambíciu prehlbovať zapojenosť širokého spektra subjektov, najmä všetkých tých, ktorí o to záujem majú a zároveň ho prejavia. Načrtnuté súvislosti dostávajú priamu demokraciu do výhodnej pozície, zvlášť posledne spomínaná funkcia sa javí byť sympatickou v zmysle kreácie verejných rozhodnutí. Netreba však opomenúť fakt, že úplná zapojenosť je fakticky nereálna, každá, aj dobre mienená aktivácia môže spôsobiť odradenie časti občianskeho potenciálu do budúca a podstatným pri tvorbe rozhodnutí je aj časový faktor, ktorý v prípade aktivácie nebýva zanedbateľný. Každopádne, nakoľko k využívaniu týchto foriem priamej demokracie dochádza len veľmi zriedkavo, je ťažké zhodnotiť reálne využitie uvedených funkcií de facto.

Iným spôsobom sú vnímané funkcie tých foriem priamej demokracie, ktoré pôsobia súbežne so zastupiteľskými orgánmi. Za základnú funkciu je v tomto zmysle potrebné považovať funkciu suplementárnu. Jej podstatou je špecifikácia foriem priamej demokracie ad hoc ako doplnkového mechanizmu k permanentne fungujúcim zastupiteľským orgánom. Určené podmienky takéhoto využívania foriem priamej demokracie sú koncipované v súlade s princípom subsidiarity. Ich podporné pôsobenie vyžaduje zrejme pôvodné konanie zastupiteľských orgánov, resp. ich nekonanie z dôvodu nemožnosti konania. V tejto súvislosti ale predpokladá právne stanovenú možnosť aj občanov, ako oprávnených subjektov, iniciovať realizáciu priamej demokracie. Hodnotiac význam tejto funkcie možno konštatovať, že ide o podstatnú funkciu, zabezpečujúcu esenciu princípu suverenity ľudu (...priamo alebo prostredníctvom

zvolených zástupcov...). Jej faktická využiteľnosť vyžaduje taxatívne stanovené podmienky pre realizáciu určených foriem priamej demokracie. Zo skúseností v Slovenskej republike dodávame, že *ex lege* stanovená koncepcia nestačí, aj pre prípady obligatórne predpokladané je nutná prítomnosť vôle subjektu oprávneného vyhlásiť formy priamej demokracie. S výnimkou tejto funkcie sú ostatné vlastné viac – menej formám priamej demokracie v obidvoch významoch, samozrejme s menšou, či väčšou úpravou adekvátne k nim.

Preto aj v tomto ponímaní priamej demokracie je ako jedna z hlavných často pertraktovaná kontrolná funkcia - jej naplnenie umožňuje prostredníctvom foriem priamej demokracie vykonávať kontrolu právnych aktov vydávaných zastupiteľským orgánom, resp. činnosti týchto orgánov. V prvom prípade by zrejme išlo o formy priamej demokracie ratifikačného charakteru, v tom druhom o formy, ktoré by umožňovali odvolanie kontrolovaného subjektu.

V neposlednom rade prejavom kontroly je aj možnosť ľudovej iniciatívy, keď sa občania – obyvatelia obce môžu stať iniciátormi procesu schvaľovania právnych aktov, resp. aj tvorcami právneho aktu na úrovni obce, či vyššieho územného celku. Občania požadujú priame rozhodovanie aj vtedy, keď o určitej veci zastupiteľský orgán nechce rozhodnúť, alebo keď rozhodol v neprospech (negatívne). V tomto zmysle plní priama demokracia funkciu akejsi „poistky“, ktorú si ponecháva nositeľ originálnej moci - občan voči nositeľovi odvodenej moci – zastupiteľskému orgánu.

Ak vnímame priamu demokraciu v podobe suplementárnej, nepochybne je potrebné hovoriť o legitimačnej funkcii. Koncová realizácia výsledkov foriem priamej demokracie potvrdzuje, resp. zvyšuje legitimitu rozhodnutí prijatých zastupiteľským orgánom. Najmä v prípadoch fakultatívnych foriem priamej demokracie dotýkajúcich sa háklivých spoločensko-právnych záležitostí, či záležitostí, ktoré sú vo verejnosti obľúbené sa za legitímnejšie považuje rozhodnutie prijaté formou miestneho referenda, resp. zhromaždenia obyvateľov obce. To, že je legitímnejšie však neznamená, že všetky, resp. väčšina takých rozhodnutí má byť prijatá priamymi formami, a že len také sú relevantné. Podstata tkvie v tom, že ak zastupiteľský orgán potrebuje partikulárne rozhodnutie, ktoré má byť prijaté s maximálnou legitimitou, malo by to byť rozhodnutie prijaté formami priamej demokracie.

Časť autorov<sup>11</sup> za jednu z podstatných funkcií uvádza možnosť maximalizovať potenciál pre občianske výhody všetkých obyvateľov. Argumentujú tým, že priama účasť na tvorbe verejných rozhodnutí je najlepšou cestou vo vývoji každého potenciálu. Tzv. občiansky potenciál, teda určitá sila ľudu, sa dokáže vyvíjať práve cez rozvoj ich priamej účasti, teda zapojením do rozhodovania, pričom dôležitým ukazovateľom „zdravej klímy v štáte“ je práve účasť na referende. Keď je účasť malá, referendum sa stáva len hrou v rukách politickej elity (čoho potvrdením je aj doterajšia prax v Slovenskej republike). Samotné hlasovanie v referende je nevyhnutne minimálnou formou účasti v tomto ponímaní. Taktiež zapájanie sa do verejných diskusií, predkladanie nových podnetov, objasňovanie diskutovanej problematiky, „politická osveta“, či prípadná finančná podpora v nemalej miere pomáhajú naplňovať požiadavku maximálneho využitia sily ľudu. Empirické výskumy dokazujú, že úspešné miestne referendá a možnosť hlasovať v nich povzbudzujú k ďalším formám účasti v podieľaní sa na moci. Práve plnenie tejto funkcie môže výraznou mierou ovplyvniť výkon samosprávy obzvlášť v procese normotvorby.

V súvislosti s predchádzajúcou funkciou priama demokracia zároveň vytvára priestor pre sebarealizáciu jednotlivca (občana). Priamy spôsob rozhodovania formou hlasovania o dôležitých otázkach miestnej komunity cez všetkých zainteresovaných občanom svojím spôsobom zmierňuje prirodzený odpor proti zastupiteľským orgánom. Občania sa stanú urči-

<sup>11</sup> Pozri napr.: BUTLER, D. and RANNEY, A. 1994. *Referendums around the world*. Washington D.C. : the AEI Press, 1994, CRONIN, T.E.: *Direct Democracy*, Cambridge, London 1985.

tým psychologicky pôsobiacim spôsobom zúčastnenými na realizácii samosprávy, a tak sa vlastne uspokojením ich túžby po moci kompenzuje ich túžba po slobode. Ľud popri možnosti zúčastňovať sa na spolurozhodovaní má zároveň aj možnosť artikulovať svoje požiadavky a predstavy.

Realizácia foriém priamej demokracie si na jednej strane vyžaduje prvotnú aktivitu oprávneného subjektu, na druhej strane o práve zúčastňovať sa na správe verejných vecí hovoríme ako o kolektívnom práve. To znamená, že oprávnený subjekt ho môže realizovať výlučne spolu s ostatnými občanmi, a teda nevyhnutne vyžaduje integráciu prevažne väčšej časti občanov, čo je vyjadrením ďalšej funkcie priamej demokracie. Ide však o vecne i časovo ohraničenú integráciu, ktorá na druhej strane, ak je pripravená náležitým spôsobom, dokáže dostatočne zaktivizovať verejnosť.

Skúmaním obsahu priamej demokracie časť autorov vyjadrila názor, že formy priamej demokracie sú dôležitým nástrojom na riešenie problémov spojených s konfliktnými situáciami a názorovými rozporami medzi zastupiteľskými orgánmi, ako aj rôznorodými skupinami spoločnosti. Dochádza nimi aj k netradičnému presadzovaniu nových myšlienok, prípadne k riešeniu otázok, ktoré sú zablokované nemožnosťou uzavrieť kompromis na pôde zastupiteľských orgánov. Aj keď napr. odporcovia referenda poukazujú v tejto súvislosti práve na jeho zápornú funkciu argumentujúc zložitnosťou a komplexnosťou problémov, ktoré má referendum riešiť. Konečná verzia otázky v referende popri tom mnohokrát nezodpovedá náročnosti danej problematiky a niekedy ani nevystihuje jej podstatu. Z hľadiska účelu, ktorý formy priamej demokracie v tejto súvislosti plnia, by sme túto funkciu mohli nazvať inovačnou.

Na základe názorov zástancov tohto inštitútu pôsobia formy priamej demokracie ako nástroj boja proti nadmernému vplyvu politických strán a proti neuspokojivému správaniu sa legislatívnych orgánov. Vo formách priamej demokracie je daná možnosť vyjadriť sa aj tým politickým a sociálnym skupinám obyvateľstva, ktoré nemajú svojich zástupcov v zastupiteľskom orgáne a zvyčajne sa iba čiastočne alebo vôbec nepodieľajú na politickom živote. Aj samotná činnosť zastupiteľských orgánov a pôsobenia politických strán môže spôsobiť skepsu, sklamanie a nedôveru v opodstatnenosť a racionálnosť prijímaných rozhodnutí práve zastupiteľskými orgánmi. Z toho vzniká potreba doplniť tieto zastupiteľské formy priamou účasťou ľudu prvkami priamej demokracie.

Na druhej strane odporcovia poukazujú na negatívne funkcie priamej demokracie, ktoré spoločnosti nevyhnutne prinášajú. Práve v nadväznosti na predchádzajúcu funkciu poukazujú na výskyt nežiaducich javov cez prílišné oslabovanie politických strán a legislatívnych orgánov. Tým, že je umožnené ľudu zrušiť, či zmeniť akt zastupiteľského zboru, resp. ľudovou iniciatívou bez účasti oficiálne zvolených „tvorcov práva“ podať návrh zákona, formy priamej demokracie majú vplyv na rozvracanie zastupiteľskej demokracie vo viacerých smeroch. Na jednej strane zavrhuje autoritu a znižujú prestíž zastupiteľských orgánov. Na strane druhej latentne pôsobia aj interne v samotnom obecnom zastupiteľstve. Tým, že je prípustná možnosť zveriť zložitejšie, ťažšie, či nepopulárne rozhodnutia občanom, dáva sa zvoleným zástupcom možnosť zbaviť sa zodpovednosti a uniknúť pred následkami toho, čo by mala byť vlastne ich prácou. Už len napr. samotná alternatíva, že referendum sa môže, resp. musí o určitej otázke konať, môže mať za následok nechť prijímať rozhodnutia v kontroverzných otázkach, čím by sa prípadne mohlo poukázať aj na ich vnútorné rozpory. Preto je zodpovednosť rozhodnutia prenesená na občanov. V tejto súvislosti zvyknú byť formy priamej demokracie označované ako „krízové inštrumenty“ vyzývajúce riešiť určitý problém alebo ospravedlniť určité rozhodnutie.

Ako ďalšia negatívna funkcia býva vnímané aj to, že formy priamej demokracie v prvom rade slúžia politickým stranám, či jednotlivým politikom, nie hlasujúcim. V predvolebnej kampani mnohokrát badať manipuláciu s vedomím voličov, dôležitú úlohu popri tom zohráva

sila materiálnych prostriedkov. Väčšina hlasujúcich sa vo svojom rozhodnutí pri priklonení sa na jednu či druhú stranu riadi práve emóciami. Výskumy dokazujú, že napr. v referende ako takom sa obyčajne rozhoduje tesnou väčšinou, teda samotný akt uskutočňovania referenda čiastočne polarizuje spoločnosť.

#### IV. MOŽNOSTI VYUŽITIA PRIAMEJ DEMOKRACIE V OBCI

Prvky priamej demokracie na lokálnej úrovni nachádzajú svoje uplatnenie v niektorých krajinách vcelku úspešne. Ba priam napomáhajú spoločnosti vo viacerých smeroch – jednak udržiavajú v aktivite zastupiteľské orgány (hrozba kontroly), jednak zvyšujú možnosti riešenia problematických situácií, navyše zapájajú do procesu rozhodovania širšie spektrum subjektov. Z tohto dôvodu sme sa v nasledujúcej časti venovali parciálnym otázkam priamej demokracie v iných krajinách Európskej únie, kde k využívaniu prvkov priamej demokracie dochádza.

##### 1. Formy priamej demokracie

Pomerne často využívanou je tzv. „ľudová iniciatíva“, ktorej podstata spočíva v tom, že pôvodca a nositeľ moci (pre účely samosprávy „obyvateľ obce“) nemusí čakať až mu určitá vec bude zvonku predložená k rozhodnutiu, ale môže vlastným zakročením - žiadosťou či návrhom určitého minimálneho počtu oprávnených osôb - toto rozhodovanie vyvolať. Ľudovú iniciatívu môžeme vnímať v širšom slova zmysle ako akýkoľvek prejav ľudu (občanov) – „iniciatíva“, ktorou sa zapája do riešenia verejných záležitostí. V súvislosti s tým je pod tento pojem možné subsumovať petície, sťažnosti, podnety, dotazy a podobne. V užšom slova zmysle ľudovou iniciatívou označujeme len účasť ľudu v procese prijímania právnych predpisov podliehajúce určitému počtu obyvateľstva, ktoré je schopné iniciovať legislatívny proces na rôznej úrovni výkonu správy. Návrhu predloženému stanoveným počtom obyvateľstva sa tak priznáva právo tzv. legislatívnej iniciatívy, resp. medzi subjekty oprávnené podávať návrhy právnych aktov na určitých úrovniach správy štáty začleňujú aj ľud – väčšinou občanov formou petície. Ľudová iniciatíva sa uplatňuje tak na celoštátnej, ako aj na lokálnej úrovni.<sup>12</sup> Na lokálnej úrovni využíva ľudovú iniciatívu najviac Švajčiarsko. Z uvedených krajín Slovenská republika túto formu priamej demokracie v právnom poriadku nezakotvuje na žiadnej úrovni správy štátu, no domnievame sa, že napr. v súvislosti s normotvorbou obcí by aspoň čiastočne mohla byť nápomocnou.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Zväčša býva ľudová iniciatíva na celoštátnej úrovni zamieňaná, či stotožňovaná s referendom. Podľa predmetu rozlišujeme ľudovú iniciatívu ústavnú – keď sa návrh dotýka úplnej alebo čiastkovej zmeny ústavy a ľudovú iniciatívu zákonnú – tu môže ísť o predloženie návrhu celkom novej právnej úpravy alebo novelizácie už existujúceho zákona. Z hľadiska formy môže byť ľudová iniciatíva uskutočnená predložením už vypracovaného návrhu právneho aktu (ústavy) alebo prejavom ľudovej iniciatívy bude len návrh (náčrt) na prijatie určitého zákona (ústavy), ktorého znenie už vypracuje príslušný orgán štátu. Ak boli splnené právnym poriadkom stanovené podmienky (forma návrhu, počet podpisov a pod.), legislatívny orgán je povinný návrh podaný ľudovou iniciatívou podľa obvyklých majoritných zásad prerokovať a hlasovať o ňom. Ústavy štátov väčšinou vymedzujú základné zásady ľudovej iniciatívy, podrobnosti vykonávania prenechávajú zákonnej úprave, v prípade federálnych krajín – federálnemu zákonodarstvu. Najširšie koncipovanú ľudovú iniciatívu má Ústava Švajčiarska z roku 1999 (čl. 138, 139, 141 ods. 1), ktorá zakotvuje ľudovú iniciatívu tak pre prípad čiastkovej alebo úplnej zmeny ústavy, ako aj pre prijímanie zákonov. Navyše požaduje súbežne s hlasovaním v parlamente o zmene ústavy ľudové hlasovanie v referende (čl. 139 ods. 2-6). Ľudovú iniciatívu v oblasti prijímania zákonov zakotvujú napr. aj ústavy krajín Rakúska z roku 1920 (čl. 41 ods. 2), Talianska z roku 1947 (čl.71ods.2), ale aj krajín východnej Európy, ako napr. Poľska z roku 1997 (čl. 118), Rumunska z roku 1991 (čl.73ods.1), Slovinska z roku 1991 (čl.88) a Litvy z roku 1992 (čl. 68 ods. 2).

<sup>13</sup> JAKAB, R. : Ústavné limity v normotvorbe obcí, In: 20 rokov Ústavy Slovenskej republiky - I. Ústavné dni, I. zväzok : zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Košice 2012.

V niektorých európskych krajinách (Švajčiarsko, Nemecko) sa priama demokracia zvykne využívať aj vo forme tzv. poradnej, resp. *konzultatívnej demokracie* (tiež označovaná ako ľudová konzultácia) v prípadoch, keď určité návrhy právnych predpisov boli dané na verejnú diskusiu, na ich verejné pripomienkovanie, avšak zapracovanie pripomienok je už vecou odborných útvarov územnej samosprávy a názory obyvateľov nie sú pre konečný text opatrenia záväzné. Celkové schválenie právnych predpisov je takisto v kompetencii zastupiteľského orgánu. Ide vlastne o prípravné štádium tvorby práva, ktoré má len poradný charakter. V Slovenskej republike by túto funkciu vedeli plniť verejné zhromaždenia obyvateľov obce.

Iným spôsobom využitia konzultatívnej demokracie je tzv. *participatívny rozpočet*, v rámci ktorého je predložený na rozhodnutie v referende alebo na zhromaždenie obyvateľov buď návrh rozpočtu (obce, kantónu..) alebo sú predložené na priame hlasovanie viaceré investičné zámery, pričom z rozpočtu sa bude financovať len jeden a z rozhodnutia v referende vyplynie, ktorý zámer si obyvatelia obce, či regiónu želajú z rozpočtu uskutočniť. Ako určitou „lastovičku“ v tomto smere môžeme vnímať iniciatívu mestského zastupiteľstva v Martine, ktoré spojilo konanie miestneho referenda s komunálnymi voľbami dňa 15.11.2014. Na rozhodnutie predložili obyvateľom mesta Martin tri investičné projekty, z ktorých mesto plánuje zrealizovať jeden. Aj keď právny poriadok Slovenskej republiky právnu záväznosť nestanovuje a platnosť miestneho referenda je otázná, chvályhodnou je skutočnosť, že sa k takémuto kroku mestské zastupiteľstvo odhodlalo.

## 2. Možné účinky priamej demokracie

Účinky priamej demokracie, hlavne tie pozitívne, vieme pozorovať v krajinách, ktoré prvky priamej demokracie v územnej samospráve aj aktívne využívajú. Vhodnou krajinou na európskom kontinente je nepochybne Švajčiarsko. Zo štúdie, ktorú prezentoval webový portál [www.priamademokracia.sk](http://www.priamademokracia.sk), týkajúcej sa práve Švajčiarska vyberáme nasledovné zistenia. Vo Švajčiarsku sa prvky priamej demokracie využívajú tak na federálnej, ako aj na kantónálnej a obecnej úrovni. Sú kantóny, ktoré priamu demokraciu využívajú vo zvýšenej miere (napr. Bazilej), iné len v nevyhnutnej miere, skôr občasne (najmenej kantón Ženeva).

Na základe výskumu vo viacerých kantónoch poukazujú výsledky jednoznačne v prospech tých, v ktorých sa priama demokracia v územnej samospráve realizovala. Tak napr. jedným z výskumov sa skúmali súvislosti medzi priamou demokraciou a efektivitou vlády na príklade nakladania s odpadom v 103 najväčších švajčiarskych mestách a mestečkách. V tých mestách, kde sa uplatňovala priama demokracia bolo nakladanie s odpadmi – za inak rovnakých podmienok – o 10 percent lacnejšie ako v mestečkách a mestách, kde o uvedených skutočnostiach rozhodovali zastupiteľské orgány. Dokonca mestá s priamou demokraciou a súkromným nakladaním s odpadom mali náklady za inak rovnakých podmienok o 30 percent nižšie než mestá so zastupiteľským systémom a verejným nakladaním s odpadom.

Iný výskum poukazoval na vzťah medzi verejnými výdavkami a priamou demokraciou. Niektoré švajčiarske kantóny používajú finančné referendum (Finanzreferendum), ktorým musia občania schváliť všetky rozhodnutia miestnej vlády o výdavkoch prevyšujúcich určitú sumu. V kantónoch, ktoré takéto referendum majú, boli verejné výdavky v rokoch 1980 až 1998 v priemere o 19 percent nižšie než v tých, ktoré o verejných výdavkoch rozhodovali prostredníctvom zastupiteľských orgánov.

Nemenej zaujímavým bol výskum porovnávajúci vzťah medzi priamou demokraciou a úrovňou politických vedomostí občanov vo Švajčiarsku a v Európskej únii. Vo Švajčiarsku zhromaždili informácie od 7 500 obyvateľov a dali ich do vzťahu s indexom úrovne priamej demokracie od 1 do 6 pre 26 kantónov. Najvyššiu úroveň priamej demokracie zistili v kantóne Bazilej s indexom 5,69; najnižšia úroveň bola v kantóne Ženeva, s indexom 1,75.

Doslova revolučne pôsobil výskum, ktorý hodnotil, či priama demokracia ovplyvňuje „subjektívny pocit spokojnosti“ občanov. Obyvatelia Bazileja (kantónu s najvyšším využívaním priamej demokracie) dosiahli na stupnici spokojnosti o 12,6 percentuálnych bodov viac ako občania Ženevy (kde sa najviac využíva rozhodovanie pomocou zastupiteľských orgánov).

#### IV. ZÁVER

Uzatvárať teoretické východiská, či koncepcie obzvlášť pri skúmaných inštitútoch veľmi neseďí. Hlavne ak vnímame ich dynamiku a možnosť jednotlivých štátov meniť podmienky, či koncepcie jednotlivých prvkov priamej demokracie v územnej samospráve. Skúsenosti s využívaním skúmaných inštitútov v Slovenskej republike nie sú lichotivé. Na druhej strane výsledky využívania foriem priamej demokracie v spomínaných krajinách vypovedajú o sile týchto foriem. Pamätajúc na skutočnosť, že *res publicae* si verejné riešenia vyžadujú, prikláňame sa k ich širšiemu využitiu práve v podmienkach územnej samosprávy, opierajúc sa o parciálne závery v príspevku prezentované. Zároveň ticho konštatujú, že v duchu rímskej zásady „*Ubi ius, ibi remedium*“ končia všetky teoretické zdôvodnenia pred bránami zákonodarcov, teda bez komplexnej úpravy foriem priamej demokracie v legislatíve k želaným zmenám nedôjde.

#### KLÚČOVÉ SLOVÁ

samospráva, priama demokracia, formy priamej demokracie

#### KEY WORDS

selfgovernment, direct democracy, forms of direct democracy

#### POUŽITÁ LITERATÚRA

1. BARÁNY, E.: *Moc a právo*, Veda, Bratislava, 1997.
2. BUTLER, D. and RANNEY, A. 1994. *Referendums around the world*. Washington D.C.: the AEI Press, 1994.
3. CRONIN, T.E.: *Direct Democracy*, Cambridge, London 1985
4. JAKAB, R.: Ústavné limity v normotvorbe obcí, In.: *20 rokov Ústavy Slovenskej republiky - I. Ústavné dni*, I. zväzok: zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Košice 2012.
5. KLÍMA, K.: *O právu ústavním*. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2012.
6. KNEŽOVÁ, J. - VERNARSKÝ, M.: Územný princíp a rezortný princíp výstavby organizácie štátnej správy v procese aktuálnej reformy miestnej štátnej správy na Slovensku, In: *Právnik: teoretický časopis pro otázky státu a práva*, Roč. 153, č. 9 (2014), s. 758-771.
7. KRUNKOVÁ, A.: *Verejná moc a priama demokracia*. Košice: Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, 2010.
8. MOLITORIS, P.: Princípy dobrého spravovania a miestne verejne financie, in: *Teória a prax komunálnej normotvorby*, zborník príspevkov z vedeckej konferencie, UPJŠ v Košiciach, Košice 2014.
9. PALÚŠ, I.- JESENKO, M.- KRUNKOVÁ, A.: *Obec ako základ územnej samosprávy*, UPJŠ v Košiciach, Fakulta verejnej správy, Košice, 2010.
10. SEDLÁKOVÁ, S - VALOVSKÁ, Z. : Vzťah majetkovej pozície a finančnej nezávislosti regionálnych samospráv v Slovenskej republike, In: *Societas et Iurisprudentia*, Roč. 3, č. 1 (2015). s. 236-255.

11. SOTOLÁŘ, J.: Samospráva obce - obecné zriadenie na Slovensku, SOTAC, Košice, 2011.
12. TEKELI, J.: Možnosti obmedzenia práva na samosprávu, In: 20 rokov Ústavy Slovenskej republiky - I. Ústavné dni, I. zväzok : zborník príspevkov z medzinárodnej vedeckej konferencie Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Košice 2012.
13. VERNARSKÝ M.: Finančná autonómia verejnej správy ako predpoklad samostatnosti v komunálnej normotvorbe, in: Teória a prax komunálnej normotvorby, zborník príspevkov z vedeckej konferencie, UPJŠ v Košiciach, Košice 2014.
14. ŽOFČINOVÁ, V. – SNINČÁK, T.: Otvorené otázky v súvislosti s povinnosťami obcí pri uplatňovaní zákona o pomoci v hmotnej núdzi, in: Teória a prax komunálnej normotvorby, zborník príspevkov z vedeckej konferencie, UPJŠ v Košiciach, Košice 2014.

### **KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA**

**doc. JUDr. Alena Krunková, PhD.**

vedúca Katedry ústavného práva a správneho práva,  
Právnická fakulta,  
UPJŠ v Košiciach,  
Kováčska 26, Košice  
T: 055 243 4171  
E: alena.krunkova@upjs.sk

# NOVÝ ČESKÝ OBČANSKÝ ZÁKONÍK A PRŮMYSLOVÉ VLASTNICTVÍ

## NEW CZECH CIVIL CODE AND INTELLECTUAL PROPERTY

*Karel Čada*

*Metropolitná univerzita v Prahe*

### ABSTRAKT

*Článek se zabývá změnami v souvislosti s Novým občanským zákoníkem v České republice a to v oblasti duševního vlastnictví. V počáteční části se článek věnuje novému konceptu chápání nehmotných věcí. V další části jsou vysvětleny změny, které přináší Nový občanský zákoník v oblasti licenčních smluv, zahrnující všechny oblasti duševního vlastnictví. Článek porovnává právní úpravu obchodního tajemství podle dřívějšího Obchodního zákoníku s novou právní úpravou. Zabývá se dopady změn, které se týkají veřejných rejstříků. Nová právní úprava vychází z intabulačního principu a nově upravuje vznik originárního vlastnického práva zápisem do veřejného rejstříku.*

### ABSTRACT

*The paper deal with issues of changes linked to New Czech legislation in the area of Intellectual Property Law. In the introduction part this article considers new concept of intangibles. The next topic of this paper is devoted to partial interpretation of new legislation for license agreements covering all areas of intellectual property rights. The presentation seeks to compare the legal regulation of the trade secret according to the Commercial Code with the legal regulation included in the New Civil Code. The article analyzes impact of changes linked to public index records. The New Civil Code results from intabulation principle a newly modifies the origination of originary ownership rights by entering record to the public index.*

### I. ÚVOD

Nový český občanský zákoník číslo 89/2012 Sb. (dále jen NOZ) přinesl do běžné praxe v oblasti průmyslových práv některé spíše dílčí změny, neboť většina právních vztahů je samostatně upravena speciálními právními předpisy, které vesměs zůstaly v platnosti i když v některých případech s určitými odchylkami.

#### 1. Úvodní ustanovení a obecné zásady

Změny, a to i dosti významné, může přinést judikatura, která zatím přirozeně schází a to především v souvislosti s úvodními ustanoveními NOZ, kde je obsažena řada podnětů, které je třeba brát při aplikaci NOZ v úvahu. Při aplikaci nové právní normy je třeba vycházet z výslovně uvedených zásad právní úpravy, které jsou uvedeny hned na počátku nového občanského zákoníku a dochází tak k modifikaci celkového právního prostředí. Důležitost těchto zásad, zejména pro interpretační praxi, bude významnou skutečností, která se bude projevovat postupně i v oblasti práv k průmyslovému vlastnictví. K jejich skutečnému uplatnění ale může dojít až po delší době.



Ustanovení § 1 odst. 2 nového občanského zákoníku uvádí, že nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona. Zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti, která nelze překonat odkazem na obecně dispozitivní povahu právní úpravy. K těmto omezením dále přistupují pouze kogentní ustanovení zákona, která jsou ale výjimečná.

Připomeňme v této souvislosti i ustanovení § 10 nového občanského zákoníku, kde se uvádí, že nelze-li právní případ rozhodnout na základě výslovného ustanovení, posoudí se podle ustanovení, které se týká právního případu co do obsahu a účelu posuzovanému případu nejbližšího. Není-li takové ustanovení, posoudí se právní případ podle principů spravedlnosti a zásad, na nichž spočívá tento zákon, tak, aby se dospělo se zřetelem k zvyklostem soukromého života a s přihlédnutím k stavu právní nauky i ustálené rozhodovací praxi k dobrému uspořádání práv a povinností. Dosavadní zkušenosti s rámcovou právní úpravou řady průmyslověprávních institutů jasně naznačují, že právě uvedené ustanovení bude často jediným vodítkem pro řešení řady sporných skutečností.

Ustanovení § 489 nového občanského zákoníku se vrací již k dříve známému pojetí věci v právním slova smyslu, když uvádí, že věcí je vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí. To znamená, že jsou sem řazeny jak hmotné tak i nehmotné předměty, které jsou dále definovány v ustanovení § 496. Hmotnou věcí je podle nového zákona ovladatelná část vnějšího světa, která má povahu samostatného předmětu. Nehmotné věci jsou práva, jejichž povaha to připouští, a jiné věci bez hmotné podstaty. To je pro nehmotné statky zásadní skutečností, která umožňuje jejich plné začlenění pod vlastnická práva. V ustanovení § 1011 NOZ se uvádí, že vše, co někomu patří, všechny jeho věci hmotné i nehmotné, jsou jeho vlastnictvím. Takže podle ustanovení § 996 poctivý držitel smí v mezích právního řádu věc držet a užívat ji, ba ji i zničit nebo s ní i jinak nakládat, a není z toho nikomu odpovědný. U některých nehmotných statků (ochranné známky, průmyslové vzory), byly ale již dříve zvláštními právními předpisy původní zásady prolomeny a nový občanský zákoník tedy jen podporuje již dřívější zvláštní právní úpravu.

Pro průmyslové vlastnictví je významná i další zásada nového občanského zákoníku, která v ustanovení § 574 uvádí, že na právní jednání je třeba spíše hledět jako na platné než jako na neplatné. Tato zásada, která dává přednost relativní neplatnosti právních jednání, je zásadou, která je v případě smluv o průmyslových právech často užívána a to zejména v souvislosti s principy, které se osvědčily v rámci smluvních vztahů s mezinárodním prvkem.

V obecných ustanoveních o smlouvách, tedy v ustanoveních § 1724 a následujících nového občanského zákoníku je zdůrazněna zásada autonomie vůle stran. Ustanovení § 1 odst. 2 nového občanského zákoníku uvádí, že nezakazuje-li to zákon výslovně, mohou si osoby ujednat práva a povinnosti odchylně od zákona. Zakázána jsou ujednání porušující dobré mravy, veřejný pořádek nebo právo týkající se postavení osob, včetně práva na ochranu osobnosti, která nelze překonat odkazem na obecně dispozitivní povahu právní úpravy. K těmto omezením dále přistupují pouze kogentní ustanovení zákona, která jsou ale výjimečná. Uvedená zásada umožňuje smluvním stranám při nakládání s předměty průmyslových práv výslovně reagovat na řadu specifických okolností a využívat v širší míře osvědčených prostředků z oblasti licenčních smluv k předmětům průmyslového vlastnictví

## 2. Licenční smlouvy

Právní úprava licenčních smluv doznala v rámci NOZ některých změn. Nová právní úprava sleduje především systematické hledisko. Slovy důvodové zprávy v případě ustanovení o licencích k předmětům průmyslového vlastnictví a ustanovení o licencích k předmětům chráněným autorským právem představovala speciální právní úpravu a obecná ustanovení o licen-

cích v předchozí právně úpravě chyběla. Nový občanský zákoník obě speciální právní úpravy spojuje do jediného institutu, přičemž současně respektuje zvláštnosti licence k předmětům chráněným autorským právem.

V úvodních ustanoveních tohoto oddílu NOZ nalézáme obecnou právní úpravu. Podle ustanovení § 2358 NOZ licenční smlouvou poskytuje poskytovatel nabyvateli oprávnění k výkonu práva duševního vlastnictví (licenci) v ujednaném omezeném nebo neomezeném rozsahu a nabyvatel se zavazuje, není-li ujednáno jinak, poskytnout poskytovateli odměnu. Možnost poskytnout licenci bezúplatně je jednou z praktických změn NOZ. Zůstává ale i nadále otevřená otázka co vlastně patří do oblasti duševního vlastnictví, nebo-li na která práva se uvedená ustanovení pojmenované licenční smlouvy vztahují. Nejčastěji zřejmě budou tyto obtíže připadat v úvahu v případě know-how či nezapsaného označení, ale teoreticky se jedná i o řadu dalších případů, kde zřejmě budou i nadále uzavírány inominátní smlouvy, smlouvě licenční podobné.

Písemná forma je vyžadována pouze v případě, že se poskytuje licence výhradní, a nebo má-li být licence zapsána do příslušného veřejného seznamu. Podle ustanovení § 2359 NOZ nabyvatel není povinen licenci využít, ledaže trvání práva závisí na jeho výkonu. Poskytovatel udržuje po dobu trvání licence právo, vyžaduje-li to jeho povaha.

NOZ se podrobněji věnuje druhům licence a upravuje podrobněji vztahy v rámci výhradní licenční smlouvy. Rozděluje licence nyní na výhradní a nevýhradní, takže výlučné a nevýlučné licence již nyní v právním řádu nemáme. Podle ustanovení § 2360 je-li ujednána výhradní licence, poskytovatel nemá právo poskytnout tutéž licenci třetí osobě po dobu, co výhradní licence trvá. Není-li výslovně ujednáno opak, zdrží se i poskytovatel výkonu práva, ke kterému udělil výhradní licenci. To tedy znamená, že pokud se poskytovatel rozhodl udělit výhradní licenci, musí si právo dalšího vlastního využití stejného předmětu zvláště ve výhradní licenci vyjednat.

Poskytne-li poskytovatel za trvání výhradní licence nabyvatele bez jeho souhlasu uděleného v písemné formě licenci třetí osobě, licence nevznikne. Byla-li však nevýhradní licence poskytnuta před poskytnutím výhradní licence, zůstává zachována.

Podle ustanovení § 2362 NOZ není-li výslovně ujednána výhradní licence, platí, že se jedná o nevýhradní licenci.

Otázky spojené s tak zvanou sublicencí řeší ustanovení § 2363 NOZ. Označuje ji za podlicenci a uvádí, že nabyvatel může oprávnění tvořící součást licence poskytnout třetí osobě zcela nebo zčásti, jen bylo-li to ujednáno v licenční smlouvě.

NOZ výslovně řeší v ustanovení § 2364 možnost postoupení licence nabyvatelem na třetí osobu a to zcela nebo z části ale jen se souhlasem poskytovatele, který vyžaduje písemnou formu. Nabyvatel je povinen bez zbytečného odkladu sdělit poskytovateli, že licenci postoupil, jakož i osobu postupníka.

Zvláště je v ustanovení § 2365 NOZ řešena otázka převodu licence v případě převedení závodu. Uvádí se zde, že byl-li převeden závod nebo jeho část, která tvoří jeho samostatnou složku, souhlas poskytovatele k převedení licence se vyžaduje, jen bylo-li to zvláště ujednáno. Toto ustanovení doplňuje § 2178 NOZ, kde se zakazuje převést prodejem závodu na kupujícího právo vyplývající z průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví, u něhož to vylučuje smlouva, kterou bylo právo prodávajícímu poskytnuto, nebo vylučuje-li to povaha takového práva.

Podrobněji je upravena odměna za licenci. V ustanovení § 2366 NOZ se uvádí, že není-li ujednána výše odměny nebo způsob jejího určení, je smlouva přesto platná, pokud

- z jednání stran o uzavření smlouvy vyplývá jejich vůle uzavřít úplatnou smlouvu i bez určení výše odměny. V takovém případě nabyvatel poskytovateli zaplatí odměnu ve vý-

ši, která je obvyklá v době uzavření smlouvy za obdobných smluvních podmínek a pro takové právo, nebo

- Strany ve smlouvě ujednají, že se licence poskytuje bezúplatně.

Uvedené ustanovení ale v praxi naráží na řadu překážek, a proto se doporučuje ve všech případech sjednat jasně a určitě odměnu za licenci. Je třeba poznamenat, že právě určení výše odměny, která je obvyklá v době uzavření smlouvy za obdobných podmínek pro dané právo, je pěkný obrat, jehož naplnění je z mnoha důvodů velmi obtížné. Licenčních smluv je relativně málo, strany považují výši odměny minimálně za důvěrný údaj a neexistují žádné oficiální zdroje informací o výši odměn, které jsou v licenčních smlouvách sjednávány, takže v rámci této činnosti znalci zpravidla vycházejí ze svých osobních zkušeností, zahraničních pramenů, zdrojů publikujících akademiků či soudních rozhodnutí.

Je-li výše odměny ujednána v závislosti na výnosech z využití licence, umožní nabyvatel poskytovateli kontrolu příslušných účetních záznamů nebo jiné dokumentace ke zjištění skutečné výše odměny. Poskytne-li takto nabyvatel poskytovateli informace označené nabyvatelem jako důvěrné, nesmí je poskytovatel prozradit třetí osobě ani je použít pro své potřeby v rozporu s účelem, ke kterému mu byly poskytnuty.

NOZ dále uvádí obvyklá ustanovení o licenci. Nabyvatel utají před třetími osobami podklady a sdělení, jichž se mu od poskytovatele dostalo, ledaže ze smlouvy nebo povahy podkladů a sdělení vyplývá, že poskytovatel nemá na jejich utajení zájem. Za třetí osobu se nepovažuje zaměstnanec ani ten, kdo se na podnikání podnikatele účastní, byl-li podnikatelem zavázán k mlčenlivosti. Po zániku licence nabyvatel poskytnuté podklady vrátí a sdělení utají do doby, kdy se stanou obecně známými.

Je-li smlouva uzavřena na dobu neurčitou, nabývá výpověď účinnosti uplynutím jednoho roku od konce kalendářního měsíce, v němž výpověď došla druhé straně.

Smlouvou autor poskytuje nabyvateli oprávnění k výkonu práva autorské dílo užit v původní nebo zpracované či jinak změněné podobě, a to určitým způsobem nebo všemi způsoby užití, v rozsahu omezeném nebo neomezeném.

Na tato ustanovení navazuje pododdíl 2, který se týká licencí k předmětům chráněným autorským právem a zachovává zvláštní právní úpravu těchto licencí, jak byla dříve součástí autorského zákona.

Za zvláštní pozornost stojí ustanovení § 2374 NOZ, kde se uvádí, že není-li odměna za poskytnutí licence ujednána v závislosti na výnosech z využití licence a je-li tak nízká, že je ve zřejmém nepoměru k zisku z využití licence a k významu předmětu licence pro dosažení takového zisku, má autor právo na přiměřenou dodatečnou odměnu. Tohoto práva se nemůže vzdát.

Výši dodatečné odměny určí soud a přihlédne zejména k výši původní odměny, dosaženému zisku z využití licence, významu díla pro takový zisk a k obvyklé výši odměny ve srovnatelných případech, pokud je stanovena v závislosti na výnosech. Tím ale není vyloučena mimosoudní dohoda stran o výši dodatečné odměny.

Předmětem licence i nadále zůstává předmět průmyslového vlastnictví a nemůže jím být pouhá přihláška takového předmětu. Jiná situace je ale u evropské patentové přihlášky<sup>1</sup>, která je výslovně v Hlavě IV Úmluvy o udělování evropských patentů označena za předmět vlastnictví a v článku 73 této Úmluvy se uvádí, že evropská patentová přihláška může být celá nebo zčásti předmětem licencí pro území určených smluvních států nebo jejich částí, takže lze takovou licenční smlouvu zapsat i do příslušného rejstříku.

<sup>1</sup> Evropská patentová přihláška se řídí ustanoveními Úmluvy o udělování evropských patentů z 5. října 1973, revidována aktem revidujícím článek 63 EPÚ ze 17. prosince 1991 a Revizním aktem EPÚ z 29. listopadu 2000.

Přestože dle judikatury je kupříkladu i žádost o registraci ochranné známky považována za majetek ve smyslu článku I Dodatkového protokolu k Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod (srov. Rozsudek Velkého senátu ESLP z 11. 1. 2007 ve věci Anheuser-Busch, Inc., v. Portugalsko, č. 73049/01, uveřejněného v Jurisprudenci, č. 2007/2) nelze ji považovat za předmět typové licenční smlouvy podle NOZ<sup>2</sup>.

Závěrem je třeba uvést, že většina ustanovení NOZ o licenčních smlouvách má i nyní dispozitivní povahu, takže podmínky licenční smlouvy závisejí na vůli stran. To znamená, že podstatnou roli sehrává profesionální úroveň odborníků, kterým vypracování licenčních smluv bezpochyby patří.

### 3. Obchodní tajemství

V ustanovení § 504 nového občanského zákoníku se uvádí, že obchodní tajemství tvoří konkurenčně významné, určitelné, ocenitelné a v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné skutečnosti, které souvisejí se závodem a jejichž vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení. Jedná se o jediný paragraf, který nahrazuje dosavadní ustanovení § 17 až 20 obchodního zákoníku. Moderní česká judikatura velmi důsledně dbala na to, aby v případě posuzování právních vztahů s odvoláním na obchodní tajemství, byly nejprve řádně prověřeny pojmové znaky obchodního tajemství. Z tohoto pohledu je nové určení pojmových znaků obchodního tajemství velmi významné a interpretace všech zde uvedených znaků bude mít zásadní vliv na chápání tohoto pojmu v budoucnu.

Ostatně hned úvod ustanovení § 504 nového občanského zákoníku jednu zásadní změnu přináší. Nelze zde nalézt taxativní výčet skutečností, u nichž přichází v úvahu uplatnění ochrany prostřednictvím obchodního tajemství. To je z praktického pohledu jistě vítaná změna, takže již nebude třeba řešit některé případy extenzivním výkladem. Jde o to, aby ochrany obchodním tajemstvím mohly požívat i jiné skutečnosti, než obchodního, výrobního nebo technického charakteru.

Pokusme se o podrobnější porovnání nových znaků tohoto pojmu s předchozí situací, tedy především ustanovením § 17 dřívějšího obchodního zákoníku. Pro obchodní tajemství musí být i nadále kumulativně zachovány všechny dále komentované pojmové znaky a zánikem, i byť jediného z nich, zaniká obchodní tajemství jako takové.

#### Skutečnosti konkurenčně významné

Tento pojmový znak je pro obchodní tajemství znakem novým. Je ale také skutečností, že řada komentářů hospodářské povahy, pokud se obchodním tajemstvím zabývala, upozorňovala na stále rostoucí význam obchodního tajemství pro konkurenceschopnost. Konkurenční pozice, tedy významné postavení v soutěži směřující k těmto hospodářským cílům se stává novým pojmovým znakem obchodního tajemství. Zdůrazňuje se tak aspekt zdokonalování a optimalizace výroby, podněcování její rozmanitosti a tlak na podnikatele, aby vytvářel pokrokové metody výroby, zlepšoval odbytové metody a obecně překonával dosavadní úroveň výroby a nabídky zboží a služeb. Zdůrazňuje se i aspekt aktuální schopnosti zapojit se do soutěže, tedy úsilí, které směřuje k momentálnímu hospodářskému úspěchu.

<sup>2</sup> Podrobněji: JAKL.L.(ed.). Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. Metropolitan University Prague Press, 2012. str. 86. ISBN 978-80-86855-87-5.

### **Skutečnosti určitelné**

Jedná se z pohledu výslovného požadavku taktéž o nový pojmový znak obchodního tajemství, který ale v rámci praktické aplikace byl rozumně zohledňován i za stávající právní úpravy. Jedná se o kvalitativně nové kritérium, které zvýší tlak na to, aby za obchodní tajemství byly považovány skutečnosti s určitým stupněm konkrétního vyjádření. Naopak tento pojmový znak by měl z množiny skutečností, které budou patřit pod obchodní tajemství, vyloučit takové, které jsou příliš obecné povahy.

Uvedený pojmový znak přibližuje obchodní tajemství k pojmu know-how, které v rámci tak zvaných blokových výjimek Evropské unie týkající se know-how charakterizují pro účely tohoto nařízení know-how jako soubor technických informací, které jsou tajné, podstatné a vhodnou formou identifikovatelné.

### **Skutečnosti ocnitelné**

Tento pojmový znak je sice také vyjádřen odlišně od jednoho ze znaků stávající definice obchodního tajemství, ale zásadní věcný rozdíl od požadavku na to, aby obchodní tajemství mělo skutečnou nebo alespoň potenciální materiální či nemateriální hodnotu, zde zřejmě bude shledáván jen obtížně. Tento znak bude naplněn tehdy, jestliže je vyzaření těchto skutečností způsobíle jakkoli se dotknout hospodářských výsledků podnikatele provozujícího podnik, ať již současného nebo budoucího. V rozhodném okamžiku není podstatné, zda se v budoucnu porušení obchodního tajemství v hospodářském výsledku skutečně projeví či nikoli.<sup>3</sup>

### **Skutečnosti v příslušných obchodních kruzích běžně nedostupné**

Jedná se o pojmový znak obchodního tajemství, který uvádí i stávající ustanovení § 17 obchodního zákoníku. Při konkrétní aplikaci souvisejících právních vztahů je nejčastějším zdrojem sporů. Uvedený pojmový znak nestanoví pro obchodní tajemství podmínku novosti nebo nezřejmosti, jak je běžná pro průmyslověprávní instituty nebo jak byla například dříve lokálně chápána pro zlepšovací návrhy. Nejde o skutečnosti, které nejsou vůbec nebo všem konkurentům známy. Případná známost omezenému okruhu osob ještě neznamená, že jde o skutečnosti nebo informace obecně běžně dostupné v příslušných obchodních kruzích. Již za první republiky byla často publikována německá judikatura, která dospěla k závěru, že jde o skutečnosti běžně nedostupné i tehdy, je-li známo určitému, třeba velmi širokému, okruhu osob, jež je dalším okruhům osob tají.

### **Skutečnosti, které souvisejí se závodem**

Tento pojmový znak obchodního tajemství shodně se stávající právní úpravou vyžaduje souvislost se závodem. Z toho plyne, že obchodní tajemství, které nemá přímý vztah k závodu, by nemohlo být předmětem ochrany obchodního tajemství. Taková příkrá interpretace by ale mohla být v některých případech přinejmenším sporná. Není zcela zřejmé, co má být obsahem tohoto „vztahu“ k závodu a podle jakých hledisek je možné tento vztah posuzovat.

### **Vlastník zajišťuje ve svém zájmu odpovídajícím způsobem jejich utajení**

Přes mírně odlišné vyjádření se zdá, že se jedná o pojmový znak obchodního tajemství, který již obsahuje stávající platná právní úprava. I nová právní úprava v rámci tohoto pojmového znaku naznačuje dva do jisté míry vlastně samostatné aspekty. Jedná se o projev vůle vlastníka a skutečný stav zajištění odpovídajícího stupně utajení.

<sup>3</sup> ŠTENGLOVÁ Ivana a kol. Obchodní tajemství. Linde, Praha 2005, strana 18. ISBN 80-7201-559-1.

Vlastník i podle nového občanského zákoníku má projevit vůli směřující odpovídajícím způsobem k utajení takových skutečností. Naskytá se otázka, o jaký stupeň projevu vůle k utajení má jít a na kolik má být odpovídající opatření individuálně propojeno s konkrétně hodnoceným předmětem případného obchodního tajemství. Dosavadní judikatura ve většině případů tento pojmový znak hodnotila z pohledu „odpovídajícího způsobu“ utajení tak, že podle konkrétních okolností případu rozumným postupem docházela k názoru o splnění tohoto pojmového znaku pro zajištění ochrany obchodního tajemství. Z pouhého znění ustanovení § 504 nového občanského zákoníku neplyne nic, co by mohlo vzbuzovat obavy, že se dosavadní praxe bude měnit.

#### 4. Obchodní firma

Podle ustanovení článku 1 odst. 2 Pařížské úmluvy<sup>4</sup> je předmětem ochrany průmyslového vlastnictví i obchodní jméno, jehož právní úprava doznala v rámci NOZ některých změn<sup>5</sup>. Proto je stručný komentář nejdůležitějších z nich zařazen i do tohoto článku.

Obchodní firmou je jméno, pod kterým je podnikatel zapsán do obchodního rejstříku. Podnikatel nesmí mít víc obchodních firem. Důvodová zpráva uvádí, že se nejedná o výlučné právo osobní povahy, ale spíše jde o právo majetkové. To nachází odezvu v tom, že lze obchodní firmu převést i samostatně, tedy smlouvou o převodu obchodní firmy.

Ustanovení § 423 odst. 2 NOZ uvádí, že ochrana práv k obchodní firmě náleží tomu, kdo ji po právu použil poprvé. Právo priority přibližuje obchodní firmu ostatním průmyslověprávním institutům a vznik tohoto práva je spojen s jeho užitím a nikoli podle předchozí právní úpravy s formálním zápisem.

V případě fyzických osob není podmínkou, aby jako dosud jejich firma byla totožná s jejich jménem a příjmením. Tato skutečnost je vyjádřena v ustanovení § 425 NOZ, kde se uvádí, že člověk se zapíše do obchodního rejstříku pod obchodní firmou tvořenou zpravidla jeho jménem.

#### 5. Smlouva o dílo s nehmotným výsledkem

V ustanoveních § 2631 až 2635 NOZ jsou výslovně upraveny některé aspekty smluv o dílo s nehmotným výsledkem<sup>6</sup>. Mimo jiné se zde uvádí, že není-li předmětem díla hmotná věc, odevzdá zhotovitel výsledek své činnosti objednateli. Dílo s nehmotným výsledkem se považuje za předané, je-li dokončeno a zhotovitel umožní objednateli jeho užití. Tím se do jisté míry odstraňují určité rozpaky související s tím, že dřívější právní úprava v rámci typové smlouvy o dílo vyžadovala hmotně zachycený výsledek činnosti, který již nová typová smlouva nevyžaduje. To ale neznamená, že v těchto otázkách bude vždy jasno. Umožnit objednateli jeho užití v případě inovací bude ve většině případů vyžadovat podstatně přesnější smluvní vymezení, jinak se názory stran smlouvy budou často i výrazně lišit.

Výsledek činnosti, který je předmětem práva průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví, může zhotovitel poskytnout i jiným osobám než objednateli, bylo-li tak ujednáno. Neobsahuje-li smlouva výslovný zákaz tohoto poskytnutí, je k němu zhotovitel oprávněn, není-li

<sup>4</sup> Pařížská úmluva na ochranu průmyslového vlastnictví ze dne 20. března 1883, revidovaná v Bruselu dne 14. prosince 1900, ve Washingtonu dne 2. června 1911, v Haagu dne 6. listopadu 1925, v Londýně dne 2. června 1934, v Lisabonu dne 31. října 1958 a ve Stockholmu dne 14. července 1967 a změněná dne 2. října 1979

<sup>5</sup> Podrobněji: JAKL.L.(ed.). Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. Metropolitan University Prague Press, 2012. str. 26. ISBN 978-80-86855-87-5.

<sup>6</sup> Podrobněji: JAKL.L.(ed.). Nový občanský zákoník a duševní vlastnictví. Metropolitan University Prague Press, 2012. str. 49 a násl. ISBN 978-80-86855-87-5.

to vzhledem k povaze díla v rozporu se zájmy objednatele. Uvedené ustanovení omezuje možnosti tvůrců nové techniky čerpat prémie za technická řešení, která jsou světově nová a vykazují vynálezeckou činnost. Zdůrazňuje se význam ujednání stran o možném následném nakládání s dílem ve prospěch třetích osob. Nevyřešené jsou možnosti užívání díla samotným zhotovitelem, které může být z hlediska konkurence v rozporu se zájmy objednatele, a proto se doporučuje i tyto otázky výslovně ve smlouvě vyřešit.

Také následující ustanovení § 2634 NOZ, přesto, že je převzato z dřívější právní úpravy, vzbuzuje řadu praktických otázek. Uvádí se zde, že je-li předmětem díla výsledek činnosti, který je chráněn právem průmyslového nebo jiného duševního vlastnictví, má se za to, že jej zhotovitel poskytl objednateli k účelu vyplývajícimu ze smlouvy. Uvedené vztahy jsou zpravidla aktuální bezprostředně po vytvoření díla. Průmyslověprávní ochrana, zejména patentová ochrana, ale často zahrnuje řízení, které přesahuje období několika let. Vzniká otázka, zda-li uvedené ustanovení je možné interpretovat natolik široce, že sem spadají i řešení, kde ještě o průmyslověprávní ochraně nebylo rozhodnuto. Takový výklad je rizikový i z toho pohledu, že rozsah ochrany požadovaný přihlašovatelem v patentové přihlášce se často během řízení o patentové přihlášce významně mění a dokonce v případě řady patentových přihlášek k udělení patentové ochrany ani nakonec nedojde.

Podobně není zpravidla dostatečně vyjasněno, co představuje pojem "účel, vyplývající ze smlouvy", neboť často není vůbec výslovně ve smlouvě vyjádřen. Jedná se o to, aby byl přesně, jasně a určitě vyjádřen účel smlouvy, zejména co do způsobu nakládání a užití předmětu díla, neboť tato skutečnost je zásadní pro určení rozsahu oprávnění objednatele nakládat s předmětem díla.

## 6. Rejstříky průmyslových práv a jejich právní význam

Zásadní změnou, kterou NOZ přináší, je význam rejstříkových zápisů pro existenci jednotlivých průmyslových práv. Přesto, že NOZ obecně dělí veřejné registry na rejstříky, které se mají týkat osob a veřejné seznamy, které se mají týkat práv, zřejmě i nadále v oblasti průmyslových práv zůstane praxe u "rejstříků", což je možné opřít i o výslovné ustanovení zákona číslo 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s přijetím rekodifikace soukromého práva, a který výslovně zmiňuje rejstříky jednotlivých průmyslových práv. Je ale zřejmé, že veřejně přístupné rejstříky průmyslových práv jsou veřejnými seznamy podle NOZ, pro které nyní platí zásada materiální publicity údajů zapisovaných do veřejného seznamu podle ustanovení § 984 NOZ. To má za následek, že pokud bylo nabyto věcné právo v dobré víře a za úplaty, bude mu svědčit zapsaný stav, i kdyby neodpovídal skutečnosti.

Důležitější je ustanovení § 1105, kde se uvádí, že v případě translativního převodu se vlastnictví nabývá až zápisem do veřejného seznamu. Uvádí se zde, že pokud se převede vlastnické právo k movité věci zapsané do veřejného seznamu, nabývá se věc do vlastnictví zápisem do tohoto seznamu, pokud jiný právní předpis nestanoví jinak. Předpisy z oblasti průmyslových práv jinak nestanoví a tudíž datum zápisu do rejstříku je rozhodným údajem pro nabytí originárního vlastnictví průmyslového práva a také vlastnictví v případě translativní smlouvy. Takže v současné době již vlastnictví k předmětům průmyslového vlastnictví nepřechází uzavřením smlouvy, ale až zápisem do rejstříku, který vede Úřad průmyslového vlastnictví. Nová právní úprava povede Úřad průmyslového vlastnictví v těchto záležitostech k obezřetnosti a lze předpokládat, že řízení o zápisu do rejstříku, zejména v komplikovaných případech se může prodloužit<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Podrobněji: JAKL.L. a kolektiv. Nový občanský zákoník a práva k duševnímu vlastnictví. Metropolitan University Prague Press, 2014. str. 24. ISBN 978-80-87956-01-4.

Zvýšení významu zápisu do rejstříku má odezvu v dalších ustanoveních NOZ. Podle ustanovení § 985 NOZ pokud není stav zapsaný v rejstříku v souladu se skutečným stavem, má dotčená osoba právo domáhat se odstranění nesouladu a požádat o to, aby tato skutečnost, tedy že se domáhá opravy, byla zapsána do rejstříku. Ustanovení § 986 NOZ tak zavádí nový právní institut - poznámku spornosti - kterou Úřad průmyslového vlastnictví vyznačí na žádost toho, kdo tvrdí, že je ve svém právu dotčen zápisem provedeným do seznamu bez právního důvodu ve prospěch jiného. Půjde zejména o sporné zápisy převodu průmyslových práv, zřízení zástavního práva či zápisu licence. Uvedené ustanovení uvádí i lhůty, v nichž má být žádost o vyznačení poznámky spornosti podána. Stanoví pro žádost jednoměsíční subjektivní lhůtu, která běží ode dne, kdy se žadatel o zápisu dověděl a tříletou objektivní lhůtu. Jen při splnění těchto lhůt bude právo žadatele působit proti každému, komu popíraný zápis svědčí, i tomu, kdo na jeho základě dosáhl dalšího zápisu. Po uplynutí lhůty působí poznámka spornosti jen proti tomu, kdo dosáhl zápisu, aniž byl v dobré víře.

Žadatel o vyznačení poznámky spornosti do rejstříku musí ve lhůtě dvou měsíců od podání žádosti doložit, že podal žalobu. Není-li tato podmínka splněna Úřad z moci úřední poznámku spornosti z rejstříku vymaže<sup>8</sup>. O výmazu poznámky spornosti bude žadatel informován písemným osvědčením.

V ustanovení § 69 zákona číslo 527/1990 Sb., se v této souvislosti podle ustanovení zákona číslo 303/2013 Sb., vkládá nový odstavec, který uvádí, že poznámka spornosti podle občanského zákoníku se může týkat jen záznamu, jímž se vyznačuje nakládání s patentem jako předmětem vlastnictví. Podobná ustanovení se doplňují i do zákona o užitných vzorech jako ustanovení § 20 odst. 3 zákona číslo 478/1992 Sb. a o průmyslových vzorech v zákoně číslo 207/2000 Sb.

## 7. Změny některých právních předpisů v souvislosti s NOZ

V souvislosti s NOZ došlo k řadě změn ve velkém množství právních předpisů, včetně dílčích změn v předpisech průmyslověprávních či na ně navazujících. Tyto změny jsou souborně zachyceny v zákoně číslo 303/2013 Sb., kterým se mění některé zákony v souvislosti s rekodifikací soukromého práva. Některé z nich je třeba uvést i na tomto místě.

Nově se upravují spoluvlastnické vztahy k ochranné známce, kde se jako ustanovení § 18 a) zákona číslo 441/2003 Sb. doplňují následující ustanovení.

Přísluší-li práva k téže ochranné známce několika osobám (dále jen spoluvlastníci), řídí se vztahy mezi nimi předpisy o spoluvlastnictví. Pokud není mezi spoluvlastníky stanoveno jinak, má právo užívat ochrannou známku každý z jejich spoluvlastníků. K platnému uzavření licenční smlouvy je zapotřebí souhlasu všech spoluvlastníků. Každý ze spoluvlastníků je oprávněn uplatňovat nároky z porušování práv z ochranné známky samostatně. K převodu ochranné známky je zapotřebí souhlasu všech spoluvlastníků. Spoluvlastník je oprávněn bez souhlasu ostatních převést svůj podíl jen na některého ze spoluvlastníků. Na třetí osobu může převést svůj podíl jen v případě, že žádný ze spoluvlastníků nepřijme ve lhůtě 1 měsíce písemnou nabídku převodu. Tak se dostává již zavedená praxe v oblasti patentů a užitných vzorů i do oblasti ochranných známek.

Zákon číslo 151/1997 Sb. o oceňování majetku je také mírně upraven. Hned v ustanovení § 2 je doplněním poslední věty, která zní „Obvyklá cena vyjadřuje hodnotu věcí a určí se porovnáním“ podstatně zdůrazněna základní zásada oceňování především hmotných věcí. Další změna se týká přímo ustanovení § 17, který se vztahuje k oceňování majetkových práv, včetně průmyslových práv. Změna přidává na konec odstavce 1 tohoto ustanovení velmi kontro-

<sup>8</sup> Podrobněji: ŠPRUGLOVA, A., ŠVÉDOVÁ, O., HLAVSOVÁ, J. K poznámce spornosti z pohledu rejstříků průmyslových práv. Průmyslové vlastnictví č.3/2014. Úřad průmyslového vlastnictví. Praha 2014. str. 86 a následující. ISSN 0862-8726



verzní dovětek směřující k tomu, že při oceňování práv této povahy je možno zohlednit míru zastarání. Kontroverzní je proto, že je skutečností, že některá práva této povahy skutečně zastarávají například patenty a užité vzory, ale naopak některá jiná práva (například ochranné známky) dlouhodobým správným užíváním výrazně na hodnotě nabývají. Na to ale již právní předpis nepamatoval.

Zákon číslo 90/2012 Sb., o obchodních korporacích podrobně upravuje oceňování nepeněžitých vkladů do obchodních korporací. Pokud je vyžadován znalecký posudek, má obsahovat alespoň popis nepeněžitého vkladu, použité metody ocenění nebo metodu ocenění, a odůvodnění, jak znalec k ocenění došel. Tato díkce umožňuje ocenění pouze jedinou metodou či způsobem a současně naznačuje, že v odůvodněných případech se očekává použití více metod ocenění. Související otázky byly dříve předmětem řady odborných úvah a nyní pro průmyslové vlastnictví přichází v úvahu ustanovení § 469 zákona číslo 90/2012 Sb., kde se uvádí, že pro uvedené účely se reálná hodnota může být určena obecně uznávaným nezávislým odborníkem za využití obecně uznávaných standardů a zásad oceňování ne déle než 6 měsíců před vnesením vkladu.

### **KLÍČOVÁ SLOVA**

Nový český občanský zákoník, duševní vlastnictví, nehmotné věci, licence, obchodní tajemství, veřejný rejstřík.

### **KEYWORDS**

New Czech Civil Code, Intellectual Property Rights, Intengibles, License, Trade Secret, Public Index.

### **POUŽITÁ LITERATÚRA**

1. JAKL. L. a kolektiv. Nový občanský zákoník a práva k duševnímu vlastnictví. Metropolitan University Prague Press, 2014. str. 24. ISBN 978-80-87956-01-4.
2. ŠPRUGLOVA. A., ŠVÉDOVÁ. O., HLAVSOVÁ. J. K poznámce spornosti z pohledu rejstříků průmyslových práv. Průmyslové vlastnictví č.3/2014. Úřad průmyslového vlastnictví. Praha 2014. str. 86 a následující. ISSN 0862-8726.
3. ŠTENGLOVÁ Ivana a kol. Obchodní tajemství. Linde, Praha 2005, strana 18. ISBN 80-7201-559-1.

### **KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA**

Karel Čada,  
Lojovická 59, 142 00 Praha 4  
E: [karel.cada@seznam.cz](mailto:karel.cada@seznam.cz)  
Tel: 725 523 025

# ADRESNÝ TICKETING A KARTA FANOUŠKA JAKO NÁSTROJE BEZPEČNOSTNÍ POLITIKY PROTI DIVÁCKÉMU NÁSILÍ V EVROPĚ

## NOMINATIVE TICKETS AND FAN IDENTIFICATION CARD AS TOOLS OF SECURITY POLICY AGAINST SPECTATOR VIOLENCE IN EUROPE

*Vendula Divišová*

*Masarykova Univerzita v Brně, Fakulta sociálních studií*

### ABSTRAKT

*Článek se zaměřuje na adresný ticketing a kartu fanouška jako nástroje bezpečnostní politiky v oblasti diváckého násilí v Evropě. Ty jsou v některých zemích stále hojně debatovány a mnohdy prezentovány téměř jako všelék v boji proti fotbalovým chuligánům. A to i navzdory četným kritikám a skutečnosti, že některé země poté, co opatření zavedly, od nich zase upustily. Text poskytuje přehled argumentů hovořících ve prospěch přijetí těchto opatření a stejně tak argumentů, které opatření kritizují. Na základě těchto dat pak analyzuje efektivitu těchto nástrojů v boji proti (potenciálním) „potížistům“ na fotbalových stadionech a v jejich okolí. Opatření jsou nakonec zhodnocena v kontextu situační prevence zločinu.*

### ABSTRACT

*The article deals with nominative tickets and fan identification card as tools of security policy against spectator violence in Europe. These are still hotly debated in some of the countries and frequently presented as some sort of panacea in the area of football hooliganism. This occurs despite numerous criticism and the fact that some other countries after having experienced the measures have already abandoned them. The paper thus summarizes the arguments supporting adoption of these measures as well as the statements arguing against them. Based on these data it analyses the effectiveness of these instruments in their fight against (potential) troublemakers in the football stadia and its surroundings. Finally, the measures are evaluated in the context of the situational crime prevention.*

### I. ÚVOD

Evropa si nedávno připomínala tzv. Heyselovu tragédii u příležitosti jejího třicetiletého výročí. Neadekvátní politika prodeje vstupenek a ruku v ruce s tím segregace fanoušků obou soupeřících týmů do značné míry napomohly propuknutí násilných výtržností a chaosu vedoucích ke smrti desítek lidí a zraněním stovek dalších. Na to reagovala *Evropská úmluva k diváckému násilí a nevhodnému chování při sportovních utkáních, zvláště při fotbalových zápasech* přijatá jen o pár měsíců později Radou Evropy. Ta mezi stěžejními opatřeními, která měla do budoucna podobným tragédiím předcházet, uvádí právě efektivní segregaci fanoušků soupeřících týmů na stadionu, k čemuž má přispívat zejména přísná kontrola prodeje vstupe-

nek. Zároveň signatáře nabádá k přijetí nutných kroků za účelem, aby se na stadion nedostali „známí nebo potenciální potížisté“<sup>1</sup>.

Tyto úvahy se v následujících letech zhmotnily především v tzv. vstupenkách na jméno (v ČR nazýváno jako *adresný ticketing*) a tzv. kartách fanouška. Některé země opatření přijaly a později se rozhodly od něj ustoupit. Jiné jej v obdobích, kdy je divácké násilí prezentováno jako naléhavý problém vyžadující rázná protiopatření, nicméně stále vnímají téměř jako určitý všelék. Opakovaně jsou tato opatření navrhována i v České republice (zejména od roku 2010) a adresný ticketing byl od roku 2014 zakotven do slovenské legislativy upravující pořádání veřejných sportovních utkání. Je proto na místě podívat se na dosavadní zkušenosti a vývoj v této oblasti v jiných částech Evropy.

Článek si klade za cíl zodpovědět dvě výzkumné otázky, a to: (1) jaké argumenty doprovázejí přijetí adresného ticketingu a tzv. karty fanouška a (2) jaké argumenty vedly naopak k rozhodnutí od opatření ustoupit anebo jsou hlavním nástrojem kritiků. Odpovědi na obě otázky povedou k závěrečnému zhodnocení vhodnosti a efektivity opatření.

## II. DĚICTVÍ HEYSELOVY TRAGÉDIE: IMPERATIV SEGREGACE

Hlavním důvodem toho, že začaly být vstupenky na jméno jako nástroj předcházení násilných incidentů zejména na fotbalových stadionech diskutovány a zaváděny, byla potřeba všechny návštěvníky stadionu identifikovat. A to zejména proto, aby tak mohlo být dosaženo co nejefektivnějšího oddělení soupeřících fanoušků, lépe odhalit případné „potížisty“ a zabránit přístupu na stadion osobám s uloženým trestem zákazu vstupu. Adresný ticketing měl navíc bojovat proti černému trhu s lístky. Překupování a padělání lístků totiž mohlo toto kontrolované oddělení fanoušků narušit. Koupě vstupenky na jméno vyžaduje, že si každý zakoupí lístek jen po předložení identifikačního průkazu. A ideálně i to, že je identita znovu kontrolována při vstupu na stadion. Pokud tomu tak není, nelze splnění výše jmenovaných cílů garantovat. Potřebnou identifikaci pak může při nákupu vstupenky, ale zejména při samotném vstupu, zajistit právě tzv. karta fanouška (resp. identifikační karta fanouška). Tou se má každý prokazovat při vstupu na stadion. Fotografie na kartě hned umožňuje totožnost fanouška ověřit. Údaje na kartě jsou navíc snímatelné pomocí čtečky nebo čipu uvnitř karty. Odpadá tak nutnost se pokaždé legitimovat občanským průkazem a údaje z něj kontrolovat, což by značně zpomalilo proces vpouštění fanoušků na stadion.

Podobné karty zvažovali mezi prvními v Británii v kontextu Heyselovy a Bradfordovy tragédie. Tzv. Poplewellova závěrečná zpráva z roku 1986 mající za cíl navrhnout opatření, jak zvýšit bezpečnost na stadionech, dospěla k závěru, že nějakému typu identifikačních karet fanouška by měla být věnována pozornost i nadále<sup>2</sup>. Předmětem debat byly tzv. členské karty (*membership card scheme*), které by každého diváka identifikovaly na základě zadaných osobních údajů a příslušnosti k fotbalovému klubu. Hillsborougská tragédie, která se odehrála jen o pár let později, nicméně vedla k opuštění podpory tomuto opatření, což ilustruje závěrečná hodnotící zpráva (známá jako Taylorova zpráva) z roku 1990<sup>3</sup>. Z tzv. *Football Spectators Act*, který se do té doby velmi výrazně právě na projektu členských karet zakládal, bylo

<sup>1</sup> RADA EVROPY: *European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in particular at Football Matches* [online], 1985 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/120.htm>.

<sup>2</sup> HOME OFFICE: *Committee of Inquiry into Crowd Safety and Control at Sports Grounds. Final Report* [online], 1986, s. 46 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://bradfordcityfire.co.uk/wp-content/uploads/2013/02/poplewell-final-report-1986.pdf>.

<sup>3</sup> Taylor vyjádřil „závažné pochyby, zda plán dosáhne svého cíle dostat chuligány ze stadionu“ a „ještě silnější pochyby, zda dosáhne svého dalšího cíle skoncovat s fotbalovým chuligánstvím mimo stadion“. HOME OFFICE: *The Hillsborough Stadium Disaster. 15 April 1989. Inquiry by The Rt Hon Lord Justice Taylor* [online], 1989, s. 73 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.southyorks.police.uk/sites/default/files/hillsborough%20stadium%20disaster%20final%20report.pdf>.

opatření zcela vyjmuto. Tragédie na stadionu Hillsborough totiž ukázala, že vina nemusí ležet jen na fanoušcích samotných, ale i faktorech, jako jsou stav a infrastruktura stadionů a otázka vpouštění fanoušků na stadion a jejich přijetí pořadatelem.

Britové se nakonec rozhodli jít cestou jiných a cílenějších opatření, která byla vyhodnocena jako způsobilější bojovat s fotbalovými chuligány. Je zajímavé, že navzdory britskému renomé v boji proti diváckému násilí je restriktivní ticketing napříč Evropou stále navrhován a podporován jako vysoce efektivní řešení. Nevýjimaje Českou republiku, kde se toto opatření v posledních letech opakovaně stává předmětem debat, kdykoliv se na českých stadionech vyskytnou násilnější incidenty. To symbolicky shrnuje vyjádření šéfa Fotbalové asociace ČR Miroslava Pelty (v souvislosti s prosazováním nizozemského modelu opírajícího se právě o vstupenky na jméno), že „čekat dál na smrtelnou tragédii na stadionech by bylo krajně nezodpovědné“<sup>4</sup>. V České republice nicméně dosud adresný ticketing nebyl zaveden plošně ani zakotven do legislativy. Konkrétní kluby mohou u vybraných rizikových zápasů sami k tomuto kroku přistoupit. Výjimkou bylo aplikování opatření na všechny domácí zápasy Baníku Ostrava během sezony 2014-2015. Tím totiž po násilných incidentech Fotbalová Asociace ČR podmiňovala udělení prvoligové licence tomuto klubu. Fanoušci Baníku mají možnost, nikoliv povinnost, pořídit si také kartu fanouška (Karta Baník Team). Jen s touto kartou je možné zakoupit si lístek i na internetu.<sup>5</sup>

Na Slovensku upravuje adresný ticketing *Zákon ze 4. prosince 2012 o organizování veřejných sportovních utkání a o změně a doplnění některých zákonů*. Ten zavádí u zápasů s tzv. zvláštním režimem<sup>6</sup> povinnost pro pořadatele zajistit, aby vstupenky pro příznivce hostujícího týmu byly vystaveny na jméno, a aby se tito příznivci na stadion dostali až po ověření, že jejich totožnost odpovídá údajům na vstupence<sup>7</sup>. To vychází z předpokladu, že k protiprávnímu jednání dochází nejčastěji právě v sektoru hostů a zákonodárci argumentují, že podobná úprava existuje také v jiných evropských zemích.<sup>8</sup> U ostatních zápasů má pořadatel takovou povinnost pouze v případě, že o tom rozhodne sportovní svaz anebo se tak pořadatel rozhodne sám.<sup>9</sup>

Zavádění opatření v evropských zemích nicméně provází značné kontroverze a protesty fanoušků. Některé ze zemí časem od opatření upustily úplně. Cílem následujících odstavců je proto posoudit, s jakými argumenty je opatření prosazováno a jaké argumenty naopak hovoří proti jeho efektivitě. Pozornost bude věnována konkrétním zkušenostem zemí, které tyto nástroje v rámci své bezpečnostní politiky v oblasti diváckého násilí zavedly, a to zejména Anglii, Belgii, Itálii, Nizozemsku, Polsku, ale také Chorvatsku.

<sup>4</sup> SPORT.CZ: „Zkusme adresný ticketing, čekat dál na smrtelnou tragédii na stadionech už nelze, vyzývá Pelta“ [online], 23-3-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.sport.cz/fotbal/synot-liga/clanek/560240-zkusme-adresny-ticketing-cekat-dal-na-smrtnou-tragedii-na-stadionech-uz-nelze-vyzyva-pelta.html>.

<sup>5</sup> TÝDEN.CZ: „Novinky na Bazalech: zrušení kotlů, nižší kapacita a lístky na jméno“ [online], 13-5-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.tyden.cz/rubriky/sport/fotbal/gambrinus-liga/novinky-na-bazalech-zruseni-kotlu-nizsi-kapacita-a-listky-na-jmeno\\_306803.html](http://www.tyden.cz/rubriky/sport/fotbal/gambrinus-liga/novinky-na-bazalech-zruseni-kotlu-nizsi-kapacita-a-listky-na-jmeno_306803.html).

FC BANÍK OSTRAVA: „Karta Baník Team“ [online], 2016 [cit. 2016-2-21]. Dostupné z: <http://fcb.cz/zobraz.asp?t=vstupenky-karta-fcb>.

<sup>6</sup> Zápas se zvláštním režimem jsou nejen rizikové zápasy, ale také všechny zápasy nejvyšší fotbalové a hokejové ligy, poslední čtyři kola pohárových soutěží v obou zmiňovaných sportech, zápasy s účastí nejméně 4 000 diváků a utkání na sportovištích s kapacitou alespoň 2 000 diváků, přičemž se předpokládá alespoň 90% naplnění kapacity.

<sup>7</sup> NÁRODNÍ RADA SLOVENSKÉ REPUBLIKY: *Zákon zo 4. decembra 2013 o organizovaní verejných športových podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov*, Zbierka zákonov č. 1/2014 [online], 2014, s. 4-5 [cit. 2016-2-21]. Dostupné z: [www.zbierka.sk/sk/predpisy/1-2014-z-z-p-35565.pdf](http://www.zbierka.sk/sk/predpisy/1-2014-z-z-p-35565.pdf)

<sup>8</sup> VLÁDA SLOVENSKÉ REPUBLIKY: *Dôvodová správa k zákonu c. 1/2014 Z. z. (o organizovaní verejných športových podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov)*, [online], 2013 [cit. 2016-2-21]. Dostupné z: [https://www.swimmsvk.sk/sites/default/files/download/p7\\_dovodova\\_sprava\\_k\\_zakonu\\_c\\_1\\_2014.pdf](https://www.swimmsvk.sk/sites/default/files/download/p7_dovodova_sprava_k_zakonu_c_1_2014.pdf).

<sup>9</sup> NÁRODNÍ RADA SLOVENSKÉ REPUBLIKY, ref. 7.

### III. IDENTIFIKOVAT, KONTROLOVAT A ODDĚLIT: FOTBAL JAKO RODINNÁ ZÁLEŽITOST

Hlavní důvody zavádění adresného ticketingu a registrace fanoušků za využití tzv. karty fanouška už byly částečně nastíněny výše. Stěžejním cílem je identifikovat diváky. Například v Polsku zákon upravující bezpečnost na stadionech (přijatý s výhledem na hostování EURA 2012) explicitně nařizoval identifikovat diváky sportovních utkání a prvoligovým stadionům zavést systém elektronické identifikace fanoušků, který ztělesňovala právě karta fanouška (*karta kibica*)<sup>10</sup>. Identifikace pak slouží vícero účelům. A to efektivnímu oddělení soupeřících fanoušků na stadionu i mimo něj, tak aby nemohlo dojít k jejich promísení a vzájemným střetům. Využívá se pak buď toho, že se každý registruje jako fanoušek konkrétního klubu (to předpokládaly plánované členské karty v Anglii) anebo místa bydliště jako třeba momentálně v Itálii. Fanoušci žijící v regionu hostujícího týmu totiž koupí lístek na takový zápas výhradně na kartu fanouška. V tomto kontextu je opatření směřováno zejména na prevenci.

Dalším účelem je usnadnit usvědčení osoby, která se už na stadionu dopustila výtržností nebo jiného protiprávního chování. Například kyperská vláda dala jasně najevo, že hlavním cílem zavedení identifikační karty fanouška je skoncovat s anonymitou diváků za účelem odhalení pachatelů. K tomu můžou dále napomocet očíslovaná sedadla<sup>11</sup> - tak aby bylo možné ke každému přiřadit konkrétní osobu na základě koupeného lístku, bezpečnostní kamery (CCTV) a případně i biometrické technologie na rozpoznávání tváří. V neposlední řadě je identifikace diváků nutná za účelem vynucování opatření zákazu vstupu na stadion. Jeho slabinou je totiž to, že pokud není doprovázeno povinností hlásit se zároveň na policejní stanici (ač i ta může být porušována), je problematické zajistit, aby se nepovolané osoby na stadion stejně nedostaly.

Obecně lze tento cíl identifikace pojímat také jako kontrolu. Karta fanouška v Belgii byla autoritami ospravedlňována například jako „lepší kontrola osob, které představují hrozbu pro bezpečí na stadionu“<sup>12</sup>. Mít kontrolu nad tím, kdo jsou držitelé lístků, může být užitečné a někdy nezbytné ještě v jednom ohledu. Bezpečnostní složky tak udržují přehled, kolik fanoušků hostujícího týmu se na zápas chystá. Zajímá je nejen počet, ale zejména to, zda jsou mezi nimi riziková či potenciálně riziková fanoušci. Právě tyto informace můžou rozhodovat o stupni rizikovitosti, který je zápasu přidělen. Od toho se pak odvíjí i to, zda a jak bude probíhat oddělování fanoušků i před zápasem a po jeho skončení a mimo stadion samotný.<sup>13</sup> Informace o přesném rozmístění fanoušků na stadionu pak také pomáhá rozhodnout, kam přesně umístit *spottery*.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> RADA EVROPY: *Consultative visit to Poland on the implementation of the Convention* (Stewarding in the context of sports events security). 15-17 November 2010 [online], 2011, s. 38 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV\\_2011\\_05\\_EN\\_FINAL\\_report\\_consultative\\_visit\\_Poland.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV_2011_05_EN_FINAL_report_consultative_visit_Poland.pdf).

<sup>11</sup> To dále předpokládá, že na stadionech nebudou sektory na stání.

<sup>12</sup> MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR: *Circulaire OOP 34 portant les spécifications relatives à l'exécution de l'arrêté royal du 3 novembre 2001 modifiant l'arrêté royal du 3 juin 1999 réglant les modalités de la gestion des billets à l'occasion de matches de football* [online], 2001 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-13-novembre-2001\\_n2001001163.html](http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-13-novembre-2001_n2001001163.html).

<sup>13</sup> Nedostatečná informovanost ohledně distribuce lístků mezi fanoušky hostů de facto vedla k tomu, že bezpečnostní složky nepředvídalý násilné střety ve Španělsku v listopadu 2014 mezi *ultras* Atlético Madrid a Deportivem La Coruña. Část lístků šla totiž oficiálnímu fanklubu Deportiva, od něhož je pak získali *ultras*. Bezpečnostní složky se o příjezdu desítek rizikových fanoušků *ultras* Riazor Blues nedozvěděli, a zápas tak nebyl prohlášen za „vysoce rizikový“. V takovém případě se policejní síly aktivizují ne dříve než dvě hodiny před zápasem. *Ultras* obou týmů se však střetli přibližně tři hodiny před zápasem. Jeden člen Riazor Blues následkem utrpených zranění zemřel. SÁMANO, J.: „La policía y el fútbol, en fuera de juego“ [online], *El País*, 30-11-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://deportes.elpais.com/deportes/2014/11/30/actualidad/1417379205\\_274996.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2014/11/30/actualidad/1417379205_274996.html).

<sup>14</sup> Viz např. RADA EVROPY: *Follow-Up Report by Poland on the recommendations of the Standing Committee following the Consultative Visit on 15 - 17 November 2010* [online], 2012, s. 13 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV\\_2011\\_05\\_EN\\_FINAL\\_report\\_consultative\\_visit\\_Poland.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV_2011_05_EN_FINAL_report_consultative_visit_Poland.pdf).

Dalším podpůrným argumentem je možnost zabránit falšování a překupování vstupenek, což opět souvisí se schopností efektivně fanoušky soupeřících táborů oddělit. Při podvody se vstupenkami totiž není možné zabránit tomu, že někdo třeba přeprodá svůj lístek do sektoru domácích příznivci hostujícího týmu. Důležitost této problematiky rovněž potvrdily zkušenosti z Heyselovy tragédie.

Často se setkáme také s tvrzením, že identifikace jednoduše přispěje k zajištění nebo alespoň zvýšení bezpečnosti na stadionu. A to v kontextu potřeby zajistit platícím divákům komfort a bezpečí ve smyslu určité bezrizikovosti (*safety*). To bývá ztělesněno v přání dostat na stadion „slušné“ fanoušky. Zejména ty, které divácké násilí na stadionech od jejich návštěvy odrazuje, jako jsou ženy, děti a rodiny. Ilustruje to například tvrzení Pelty, že jejich „zájmem je, aby se fanoušci na stadionu cítili dobře, bezpečně a nebáli se jít na fotbal s celou rodinou“<sup>15</sup>. Někdy je tento typ argumentace přímo stavěn proti argumentu kontroly. Třeba tehdejší italský ministr vnitra Maroni prohlásil, že „karta není [...] nástrojem kontroly fanoušků. Je to způsob, jak upřednostnit dobré fanoušky a vynechat ty s jinými myšlenkami, které nemají nic společného s hodnotami sportu“.<sup>16</sup> Zvýšení bezpečnosti lze chápat nejen v tom smyslu, že problémoví fanoušci se na stadion nedostanou. Může být rovněž založeno na předpokladu, že násilnostem zabrání už samotná skutečnost, že si budou „vědomi, že jsou nějakým způsobem sledováni“, a to povede k přehodnocení jejich chování.<sup>17</sup>

V souvislosti s argumenty volajícími po zavedení striktní identifikace fanoušků je dobré se podívat, v jakém kontextu docházelo v jednotlivých zemích k přijetí či debatování opatření. V Británii vedla k debatám o přijetí projektu členských karet morální panika provázející období nárůstu projevů subkultury fotbalových chuligánů na stadionech od 60 let. V Itálii byly vstupenky na jméno a na základě předložení identifikačního průkazu zavedeny v roce 2005 pod vlivem série násilných incidentů<sup>18</sup>. Italský fotbal nicméně tyto incidenty sužovaly nadále a *ultras* svou nenávist čím dál tím výrazněji obraceli proti policii a státním autoritám. To kulminovalo smrtí policisty Filippa Racitih na zápase Katánie s Palermem v roce 2007. Tentýž víkend byl ve Florencii pobodán fanoušek Livorna.<sup>19</sup> Právě v tomto kontextu byly zavedeny tzv. karty fanouška (*Tessera del Tifoso*). Od sezony 2010/2011 pak povinně pro všechny prvoligové kluby. Dále na Kypru to byly násilnosti během finálového zápasu fotbalového poháru v květnu 2015, které vedly k obnovení rozhodnutí identifikační karty fanouška zavést.<sup>20</sup>

Opatření je celkem evidentně přijímáno jako nástroj, který má problém násilí na stadionech řešit rychle a efektivně, anebo alespoň takový dojem vyvolat. A to zejména po obdobích, kdy je divácké násilí považováno za problém vyžadující rozhodné a rychlé řešení v souvislosti s násilnějšími incidenty.

<sup>15</sup> SPORT.CZ, ref. 4.

<sup>16</sup> DPA. „Hooligans still haunt Italian football despite fan card“ [online], 2010 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.goalzz.com/?n=75804>.

<sup>17</sup> DEPARTMENT OF INFORMATION SYSTEMS: *The Identity Project an assessment of the UK Identity Cards Bill and its implications* [online], The London School of Economics and Political Science, 2005, s. 111 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://eprints.lse.ac.uk/29117/>.

<sup>18</sup> Fanoušci byli při koupi vstupenky povinni poskytnout na základě identifikačního průkazu (ne nutně občanského průkazu) svoje jméno, příjmení a datum narození. V den zápasu už přitom nebylo možné lístky zakoupit. Obecně však nedocházelo ke striktnímu dodržování tohoto opatření, ani oddělení fanoušků na stadionu.

RADA EVROPY: *Project on Compliance with Commitments Italy's compliance with the Convention* [online], 2008, s. 29, 91 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV\\_2008\\_05\\_EN\\_report\\_visit\\_Italy\\_final.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV_2008_05_EN_report_visit_Italy_final.pdf).

<sup>19</sup> GUSCHWAN, M. C.: „La Tessera della Rivolta: Italy's failed fan identification card“, *Soccer & Society*, 2013, Vol. 14, No. 2, s. 219-221. ISSN: 1743-9590.

<sup>20</sup> Cílem je pak zároveň do tří let podpořit opatření systémem na rozpoznávání tváří, tak aby bylo možné ověřit, že kartu používá skutečně její oprávněný držitel. IN-CYPRUS: „Fan card needed to attend football matches“ [online], 22-5-2015 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://in-cyprus.com/fan-card-needed-to-attend-football-match/>.

#### IV. MOŽNOSTI A LIMITY RESTRIKTIVNÍHO TICKETINGU

Adresný ticketing a karta fanouška se nesetkaly s pochopením v žádné z evropských zemí, kde byla tato opatření přijata. Naopak vyvolala rozsáhlé protesty fanoušků, které dokázaly překlenovat i meziklubové rivality. I ty měly vliv na rozhodnutí autorit opatření zmírnit, nebo od nich ustoupit úplně. Nemělo by být příliš překvapivé, že argumentů hovořících proti vhodnosti zavedení těchto nástrojů můžeme v diskursu různých aktérů identifikovat mnohem více. Ty se do značné míry navzájem prolínají.

Poměrně komplexní kritiku přinesla už Taylorova zpráva, která dospěla k závěru, že zavedení členských karet nemusí nutně dosáhnout hlavního cíle: zamezit chuligánům ve vstupu na stadion. Dokument v první řadě konstatuje, že opatření by mohlo být neproporční vzhledem k problému, který chce řešit. A to proto, že už v době vydání zprávy došlo k poklesu násilí uvnitř stadionů. Taylor v závěru zprávy upozorňuje, že neexistuje „jediné opatření, které porazí fotbalové chuligánství“ a že tomuto účelu poslouží „méně komplexní a ambiciózní strategie“, jako je kamerový dohled, zákazy vstupu a obecně stíhání zodpovědných osob. Tak budou cíleni jen chuligáni, a nikoli všichni diváci.<sup>21</sup> Dnes je tomuto názoru nakloněna i Rada Evropy s tím, že „restriktivní ticketing není alternativou k efektivním opatřením na zamezení vstupu“ a že ani tato opatření sama o sobě nemůžou „vytvořit ten typ bezpečné [safe and secure] a přátelské atmosféry, která by pravděpodobně vedla širší vrstvy společnosti k návštěvě zápasů“.<sup>22</sup>

To úzce souvisí s kritikou, že opatření budou obtěžovat „slušné“ diváky. To je častá kritika opatření i v České republice. Problém spočívá v tom, že kvůli menšině „problémových“ fanoušků, budou muset všichni diváci podstoupit stejný proces identifikace při koupi lístků.<sup>23 24</sup> To vede k další nevýhodě spatřované v tom, že část takových fanoušků se může rozhodnout raději na stadion nepříjít. To se týká zejména „svátečních“ diváků. Nejenom, že je opatření můžou odradit, ale v některých případech by vůbec neměli možnost se na stadion dostat, pokud by si lístek nekoupili v předprodeji, nebo nevyřídili kartu fanouška, která navíc bývá jednorázově zpoplatněna. Opatření v některých zemích vlastně bránila spontánnímu rozhodnutí vydat se na zápas. Odrazení „slušných“ fanoušků bylo stěžejním argumentem, proč v Belgii nakonec od karty fanouška odstoupili a stejně tak i v Polsku. Belgický ministr vnitra prohlásil, že opatření bylo mezi fanoušky „extrémně nepopulární, v očividném protikladu s mým cílem udělat z fotbalu příjemnou a rodinnou událost“. Dal zároveň najevo, že v první řadě má být cílena a pokutována právě menšina fanoušků problémových v rovině represivních opatření. U nich však uplatnit „co nejnižší práh tolerance“.<sup>25</sup>

Opatření má nepopíratelný vliv na snížení návštěvnosti, a tak vede i k nižším příjmům klubů. V některých zemích a klubech přitom zisk z prodeje lístků a permanentních vstupenek stále tvoří nezanedbatelnou část příjmů. K odlivu „občasných“ fanoušků se navíc můžou přidávat organizované skupiny fanoušků (typicky *ultras*) jako nástroj protestu. Ti jsou přitom

<sup>21</sup> HOME OFFICE, ref. 3, s. 65, 75.

<sup>22</sup> RADA EVROPY: *Standing Committee Consultative visit to Croatia, 29-30 November 2013* [online], 2014 [cit. 2015-9-15], s. 20. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV%282014%29%208%20EN\\_draft\\_report\\_consultative\\_visit\\_Croatia.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV%282014%29%208%20EN_draft_report_consultative_visit_Croatia.pdf).

<sup>23</sup> Kyperský zmocněnec pro ochranu osobních údajů, Yiannos Danielides z toho důvodu dokonce navrhl omezit kartu fanouška v zemi na osoby mezi 15 a 30 lety, s tím, že právě v jejich řadách se nachází největší množství problémových fanoušků. Tvrdil přitom, že toto opatření nebude diskriminující. PSYLLIDES, G.: „Fan card violates rights of majority, says data commissioner“ [online], *Cyprus Mail*, 23-10-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://cyprus-mail.com/2014/10/23/fan-card-violates-rights-of-majority-says-data-commissioner/>.

<sup>24</sup> Viz např. SPAAIJ, R.: „Risk, security and technology: governing football supporters in the twenty-first century“, *Sport in Society*, 2013, Vol. 16, No. 2, s 5. ISSN: 1743-0445.

<sup>25</sup> MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR: *Circulaire OOP 34 portant les spécifications relatives à l'exécution de l'arrêté royal du 20 juillet 2005 réglant les modalités de la gestion des billets à l'occasion des matches de football* [online], 2006 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-21-fevrier-2006\\_n2006000172.html](http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-21-fevrier-2006_n2006000172.html).

často hlavním zdrojem atmosféry na stadionu. Po zavedení karty fanouška se prokazatelně snížila návštěvnost zápasů například v Itálii (už tak nízká kvůli problémům v italském fotbalu v čele s korupčními skandály).<sup>26</sup> Tato kritika logicky zpochybňuje ospravedlnování opatření tvrzením, že na stadion budou více chodit „slušní“ fanoušci a rodiny s dětmi. Dílčím problémem pak bylo také to, že opatření mnohdy neumožňovala, aby si skupina lidí, kteří na zápas přišli společně, koupili lístky do stejného sektoru. A to v případě, kdy byli registrováni u rozdílných klubů, nebo neměli trvalé bydliště ve stejném regionu.

Momentálně se i Rada Evropy přiklonila k názoru, že založení politiky prodeje vstupenek na základě karty fanouška může být kontraproduktivní a od návštěvy stadionu odrazovat. Tyto obavy jsou vyjádřeny ve zprávě, která měla Chorvatsku poskytnout potřebná doporučení ohledně jeho bezpečnostní politiky proti diváckému násilí. Zpráva dokonce konstatuje, že registrace fanoušků a karty fanouška můžou být naopak vnímány jako důkaz toho, že navštívit fotbalové utkání bezpečné není.<sup>27</sup>

Dále ostrou kritiku vyvolávalo komerční využití některých karet fanouška, zejména v Itálii. Karta byla totiž nejdříve prezentována na základě výhod, které nabízí svým držitelům. Kromě koupě lístků na zápas mohla být použita rovněž jako kreditní karta nebo k zisku různých odměn.<sup>28</sup> Podle Guschwana tak fanoušky pojímala zároveň „jako možné zločince a spotřebitele“ a „symbolicky kombinovala státní represi a komoditní kulturu: dvě nejnenáviděnější vlastnosti moderního fotbalu [příslušníky] ultras“.<sup>29</sup> Právě nevolitelné nastavení karty zároveň jako kreditní bylo nakonec italskou Státní radou posouzeno jako protizákonné.<sup>30</sup> Italský úřad pro ochranu osobních údajů pak nařídil, že držitelé těchto karet musí mít možnost „svobodně se rozhodnout, zda povolí použití těchto dat [získaných na základě karty fanouška] také za účelem marketingu a reklamy“.<sup>31</sup> Zajímavé je, že karta změnila svůj název z karty fanouška (*tessera del tifoso*) na věrnostní kartu (*fidelity card*), což paradoxně ještě více evokuje její komerční využití. Také v Nizozemsku byla v 90. letech karta prezentována jako „servisní“ a mající za cíl zlepšit služby, které klub svým „zákazníkům“ poskytuje.<sup>32</sup> Ač toto pojetí karty fanouška může být pro část pravidelných návštěvníků zápasů atraktivní, u části fanoušků kritizujících ostře modernizaci a komercializaci fotbalu vyvolává o to větší odpor.

Nevyhnutelně je pak opatření napadáno z pozice ochrany osobních údajů a možného „sledování“ fanoušků. A to zvláště u identifikačních karet, které v sobě mají zabudovaný čip (typicky technologie RFID). Tak tomu bylo právě u karty fanouška v Itálii. Ten však dle italského úřadu zabývajícího se ochranou osobních údajů bylo možné snímat na vzdálenost maximálně 10 cm od čteček umístěných poblíž turniketů. Nařídil nicméně, že držitelé karet fanouška musí být informováni o tom, jakým způsobem probíhá zpracování dat na základě technologie RFID.<sup>33</sup> Odborníci upozorňovali na to, že karta by vlastně umožňovala sdílet citlivé údaje o fanoušcích mezi vícero subjekty: policií, kluby a bankami.<sup>34</sup>

Nakonec se kontraproduktivním v boji proti radikálním fanouškům ukázalo i to, že opatření vedla k bezprecedentnímu sjednocení fanoušků, zejména *ultras*, v boji proti novým nástro-

<sup>26</sup> DI DOMIZIO, M. - CARUSO, R.: „Hooliganism and Demand for Football in Italy: Attendance and Counterviolence Policy Evaluation“, *German Economic Review*, 2015, Vol. 16, Issue 2, pp. 125. ISSN: 1468-0475.

<sup>27</sup> RADA EVROPY, ref. 22, s. 20.

<sup>28</sup> GUSCHWAN, ref. 19, s. 223.

<sup>29</sup> *Ibid.*, s. 224.

<sup>30</sup> CARUSO, R. - DI DOMIZIO, M.: *Hooliganism and demand for football in Italy. Evidence for the period 1962-2011* [online], Quaderno n. 62/novembre 2012, Istituto di Politica Economica, Università Cattolica del Sacro Cuore, s. 15 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://istituti.unicatt.it/politica\\_economica\\_ISPE0062.pdf](http://istituti.unicatt.it/politica_economica_ISPE0062.pdf).

<sup>31</sup> GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: *Tessera del tifoso: più garanzie per i supporter* [online], 2011 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1780541>.

<sup>32</sup> SPAAIJ, ref. 24, s. 4-5.

<sup>33</sup> GARANTE, ref. 31.

<sup>34</sup> GUSCHWAN, ref. 19, s. 223.



jům. Nejvíce to bylo patrné opět v Itálii.<sup>35</sup> Stejný dopad vyvolal restriktivní ticketing v Chorvatsku, kde bylo shledáno, že síla odporu „odrazuje tisíce potenciálních slušných fanoušků od návštěv i ostře sledovaných zápasů“.<sup>36</sup> Je tedy otázka, zda je možné dosáhnout efektivity opatření bez spolupráce s organizovanými skupinami fanoušků. Například na Kypru je nedůvěra a polarizace mezi fanoušky, policií a kluby považována jako do značné míry znemožňující „udržitelná řešení“ v politice proti diváckému násilí.<sup>37</sup> Karta fanouška (*Fancard*) byla zvažována i ve Švýcarsku a podle oficiálních dokumentů byl motivem k nepřistoupení k opatření (hodnoceného přitom jako způsobitelného cíle identifikace dosáhnout) kromě vysokých nákladů právě fakt, že odhadované šance na přijetí opatření fanoušky byly chabé.<sup>38</sup>

Tato opatření s sebou tedy téměř nevyhnutelně přináší množství potenciálních nevýhod a rizik. Zásadní je tak otázka, zda i jim navzdory může opatření sloužit svému prvořadému cíli: zvýšení bezpečnosti a omezení projevů diváckého násilí. Taylorova zpráva dochází k závěru, že nikoli. Konstatuje, že ke snížení násilností na stadionech už přispěl kamerový dohled. Výtržnosti se nicméně přesunuly mimo stadion samotný, protože mnoho chuligánů k nim nutně samotný fotbal nepotřebuje. Taylor byl skeptický, že by opatření mělo nějaký dopad právě na dění mimo stadiony samotné a vyjádřil navíc obavy, že opatření v krátkodobém horizontu „může vlastně zvýšit potíže mimo stadiony“.<sup>39</sup> Stejně tak v Belgii nakonec konstatovali, že ticketing postavený na identifikační kartě fanouška „nevedl ke kýženým výsledkům v oblasti bezpečnosti“.<sup>40</sup> Také tam vedla opatření proti fotbalovým chuligánům, včetně ticketingu, k přesunu výtržností do okolí stadionů.<sup>41</sup> V zemi proto následně zavedli tzv. bezpečnostní perimetry kolem stadionu, na které se bezpečnostní opatření vztahují. Problém spočívá především v tom, že případné incidenty mimo samotný stadion a perimetr se mnohem obtížněji kontrolují.<sup>42</sup> Situační prevence tady jasně ukazuje svoje limity, kdy zabezpečení určitého prostoru, může zároveň činit méně bezpečným jiná prostředí. Přesun problému jinam pak nemusí být efektivním řešením a úspěchem.

„Přelití násilí“ do jiných prostředí je však jen jednou z možných reakcí fanoušků na zavedení opatření. Rozhodně nelze vyloučit, že si tito najdou způsob, jak omezující pravidla obcházet. Taylorova zpráva v souvislosti s navrhovanými členskými kartami konstatuje, že vzhledem k tomu, že cílem plánu je porazit chuligány, „je třeba předpokládat, že se chuligáni budou snažit porazit tento plán“ a opatření tedy musí být „odolné vůči [jejich] vynalézavosti a odhodlání“. Varuje zároveň, že tuto podmínku musí opatření splňovat „ne většinu času, ale po celou dobu“ a že „pokud by to nemělo být splněné zcela, možné bezpečnostní dopady by byly opravdu vážné“.<sup>43</sup> To bylo viditelné zejména v Nizozemsku. Tam byly povinné členské „klubové karty“ testovány v pěti klubech už v roce 1989. Hned první den se však mnoha fanouškům povedlo opatření obejít, a došlo tak k jeho odložení. Podobné opatření bylo znovu zave-

<sup>35</sup> Srovnej např. GUSCHWAN, ref. 19, s. 215, 216.

<sup>36</sup> RADA EVROPY, ref. 22, s. 20.

<sup>37</sup> RADA EVROPY: *Consultative visit to Cyprus on the implementation of the Convention. 11-14 April 2013* [online], 2013 [cit. 2015-9-15], s. 28. Dostupné z:

[http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/TRV%20%282013%2915Final\\_%20EN\\_Draft\\_report\\_Consultative%20visit\\_Cyprus\\_April\\_2013.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/TRV%20%282013%2915Final_%20EN_Draft_report_Consultative%20visit_Cyprus_April_2013.pdf).

<sup>38</sup> CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS DES DÉPARTEMENTS CANTONAUX DE JUSTICE ET POLICE: *Concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives du 15 novembre 2007; modification du 2 février 2012* [online], 2012 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z:

[http://www.kkjpd.ch/?action=get\\_file&resource\\_id=2eb](http://www.kkjpd.ch/?action=get_file&resource_id=2eb).

<sup>39</sup> HOME OFFICE, ref. 3, s. 72-73.

<sup>40</sup> MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, ref. 25.

<sup>41</sup> SPF INTÉRIEUR: *Étude du supportérisme et des manifestations de violence dans et autour des stades de football en Belgique* [online], 2006, s. 13 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z:

[https://besafe.ibz.be/NL/Academici/onderzoek\\_recherche/Documents/Rapport%20final%20Hool.pdf](https://besafe.ibz.be/NL/Academici/onderzoek_recherche/Documents/Rapport%20final%20Hool.pdf).

<sup>42</sup> Ibid., s. 7-8.

<sup>43</sup> HOME OFFICE, ref. 3, s. 70-71.

deno jako povinné pro prvoligové fotbalové kluby od sezony 1996-97. Někteří fanoušci znovu dokázali opatření obejít, a to i ti s uloženým zákazem vstupu. Využívali přitom pomoci svých známých, ale i neformálních dohod s místní policií nebo funkcionáři klubu výměnou za slib zdržet se nevhodného chování.<sup>44</sup> Spaaij tvrdí, že odhodlaní chuligáni „jsou vynalézaví v obcházení bezpečnostních opatření“ a důsledkem toho je teď jejich chování „více plánované a přímočaré“.<sup>45</sup> K porušování docházelo i v Belgii, kde si například někteří fanoušci byli schopni obstarat více karet, třeba na identitu dalších členů rodiny. To umožňovala i skutečnost, že při vstupu na stadion, už se identita držitele lístku znovu neověřovala.<sup>46</sup> To vedlo k pochybám, zda je takto nastavený ticketing vůbec adresný.

Rada Evropy na základě zkušeností jednotlivých zemí došla k závěru, že politika ticketingu může hrát klíčovou roli v oblasti identifikace, potrestání a vyloučení pachatelů a v „rozptýlení rizikových skupin“. To však podle jejích závěrů neplatí bezpodmínečně ve všech kontextech. Upozorňuje, že platnost tohoto tvrzení závisí na tom, zda stadiony nabízejí bezpečí (ve smyslu jak infrastruktury, tak veřejného pořádku) a dále na „nastavení ticketingu, které nabízí pobídky v kontextu poměrně vysoké poptávky po lístcích“. To shledává chybějícím právě v Chorvatsku<sup>47</sup>. Prosazován je tak - v souladu rovněž se závěry Taylorovy zprávy - integrovaný přístup, kdy jsou zároveň adresovány a pojímány jako na sobě závislé bezpečí diváků na stadionech, veřejný pořádek a servis návštěvníkům.<sup>48</sup> Tento závěr by mohl být relevantní i pro Českou republiku nebo Slovensko.

Právě Anglie se vydala směrem zajištění bezpečnosti diváků na stadionech ve smyslu modernizace stadionů a zvyšování komfortu namísto restriktivního ticketingu<sup>49</sup>. Při debatách kolem členských karet byl nakonec jedním z klíčových argumentů, že by těmito opatřeními mohlo dojít ke zpomalení průchodu turnikety. Anebo by technologie mohla selhat úplně. To by mohlo bezprostředně před zahájením zápasu vést k tlačenicím a výtržnostem<sup>50</sup>. V konečném důsledku by tak opatření mohla rizikovou situaci paradoxně vyvolat.

Nakonec je třeba zdůraznit ještě jeden aspekt. Opuštění karty fanouška na plošné úrovni nemusí nutně vést ke zmírnění opatření na úrovni jednotlivých klubů. Například v Belgii dali při rušení karty velmi explicitně najevo, že teď „zodpovědnost [...] spadá zcela na pořadatele“.<sup>51</sup> Může tak být v zájmu klubů ponechat opatření do určité míry v platnosti, tak aby se vyhnuly případným finančním i jiným sankcím. Navíc zde byla uvalena odpovědnost za chování konečného držitele vstupenky na jejího původního kupce.<sup>52</sup>

<sup>44</sup> SPAAIJ, ref. 24, s. 4, 17.

<sup>45</sup> Ibid., s. 18.

<sup>46</sup> LAUWENS, J-F. - JOSEPHY, V. - PIRAUX, S.: „Football Haro sur la carte de supporter“ [online], *Le Soir*, 29-1-2002 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://archives.lesoir.be/football-haro-sur-la-carte-de-supporter-securite-un-nom\\_t-20020129-Z0LFFX.html](http://archives.lesoir.be/football-haro-sur-la-carte-de-supporter-securite-un-nom_t-20020129-Z0LFFX.html).  
SPF INTÉRIEUR, ref. 41, s. 96.

<sup>47</sup> RADA EVROPY, ref. 22, s. 20.

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> Celkový proces modernizace anglických stadionů a fotbalu obecně je však ostře kritizován v kontextu „zburžoaznění“ a „komercializace“ fotbalu. Předmětem kritiky jsou zejména ceny lístků, kontrovaná atmosféra v ochozech a celkově řízení klubů a jejich vlastnické struktury.

HOME OFFICE, ref. 3, s. 65.

<sup>51</sup> MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, ref. 25.

<sup>52</sup> To dobře ilustruje skutečnost, že i když v Belgii došlo v průběhu povinného využívání karet fanouška k uvolnění pravidel prodeje vstupenek, mnohé kluby přesto ponechaly v platnosti ta původní přísnější. MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, ref. 25.

## V. ZÁVĚR A DISKUSE: ADRESNÝ TICKETING A KARTA FANOUŠKA V KONTEXTU SITUAČNÍ PREVENCE

Debaty o adresném ticketingu a kartě fanouška jsou poměrně komplexní a odehrávají se ve více argumentačních rovinách. Dosavadní zkušenosti nicméně jasně dokazují, že tyto nástroje nemohou sloužit jako efektivní řešení diváckého násilí. To není opatřeními eliminováno, ale přinejlepším přesunuto do jiných kontextů, časově i prostorově vzdálenějších od samotného utkání. Jak už konstatovala Taylorova zpráva, systém členských karet by neměl být přijímán, dokud není zaručena jeho 100% efektivita. Té se zatím dosáhnout nepovedlo a fanoušci vždy přišli na způsob, jak nastavená pravidla obcházet. Ať už jejich porušováním nebo neformální dohodou s autoritami. Ukazuje se, že je třeba nepodceňovat protestní potenciál organizovaných skupin fanoušků. Podobnými opatřeními se navíc konfliktní linie mezi fanoušky a bezpečnostními složkami dále posiluje. Poměrně důležitým faktorem v rozhodnutích od opatření ustoupit, anebo ho ani nezavádět, byl výrazný úbytek diváků přičítaný právě těmto nástrojům. Tento aspekt může být více než relevantní právě u zemí, jako je Česká republika nebo Slovensko, kde je obecně poptávka po fotbalových zápasech nižší. Restriktivní ticketing může naopak fungovat jen za určitých okolností. Významní aktéři v boji s diváckým násilím, jako je Anglie nebo Rada Evropy, explicitně jako tuto podmínku prezentují zlepšení infrastruktury stadionů a zajištění bezpečí a komfortu diváků za současné vysoké poptávky fanoušků po zápasech.

O opatření může být vhodné uvažovat i v termínech tzv. situační prevence.<sup>53</sup> Ta se výrazně promítla do opatření proti fotbalovým chuligánům, jako je zejména striktní segregace fanoušků, využívání kamerových systémů, zavedení turniketů a prohlídek při vstupu na stadion. V tomto kontextu pak vstupenky na jméno a karta fanouška napomáhají právě efektivnímu oddělení fanoušků, ale také jejich identifikaci (při vstupu na zápas, ale i během něho) a kontrole. To vše má vést k jejich přehodnocení nežádoucího chování s ohledem na možné zisky a rizika. Existují nicméně závažné důvody domnívat se, že situační prevence ve vztahu k fotbalovému násilí sama o sobě nespĺňuje svůj cíl deviantnímu a delikventnímu chování předcházet. Např. Hayward tvrdí, že situační prevence u tzv. „expresivních“ zločinů, včetně fotbalového chuligánství, nefunguje. A to právě proto, že situační prevence opírající se o teorii racionální volby nedokáže pracovat s čistě emocionální a iracionální motivací pachatele, jako je prostá snaha zažít určité vzrušení. Autor ilustruje neadekvátnost tohoto přístupu neschopností bezpečnostních složek předvídat nové vzory kriminálního chování a reagovat na ně.<sup>54</sup> To platí i v případě diváckého násilí, které nemizí, ale spíše nabývá pozměněných forem a přesouvá se do jiných prostředí.

V tomto kontextu je důležité vnímat také zavádění opatření, jako je právě karta fanouška, a to v souvislosti s protesty fanoušků proti modernizaci a komercializaci fotbalu. Nejnenáviděnějším projevem těchto proměn fotbalového světa jsou korupční skandály. Tento typ motivace se bezesporu do značné míry odehrává právě v expresivní rovině, kterou dle Haywarda situační prevence nedokáže reflektovat. Existují případy, kdy ignorování této motivace protes-

<sup>53</sup> Situační prevence je „užitím opatření namířených na velmi specifické formy zločinu, které zahrnují řízení, přízpůsobení a manipulaci bezprostředního okolí, ve kterém se zločin vyskytuje... tak aby byly omezeny příležitosti pro tyto zločiny“. Hough, et al. 1980, cit. dle HAYWARD, K.: „Situational Crime Prevention and its Discontents: Rational Choice Theory versus the ‘Culture of Now’“, *Social Policy & Administration*, 2007, Vol. 41, No. 3. ISSN: 1467-9515. Tento přístup začal být využíván v kontextu změny dominantního modelu kontroly kriminality v 70. letech. Hlavní změnou byl odklon pozornosti od pachatele, který je nově vnímán jako nenapravitelný. Zvýšená pozornost je naopak věnována veřejnosti a obětem (i potenciálním) zločinu. Cílem je omezit strach z kriminality, a nikoli kriminalitu jako takovou. Existuje tendence riziku proaktivně předcházet, identifikovat ho a kontrolovat. Častá příčina kriminality je spatřována právě v nedostatku kontrol. V duchu teorie racionální volby je tedy cílem případnému narušení zákonnosti klást maximální možné překážky. A to za předpokladu, že potenciální pachatelé přemýšlí o svém chování v termínech zisků a nákladů (respektive rizik). Tyto znaky lze snadno vypátrat i v politice proti diváckému násilí. GARLAND, D.: 2001. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press. ISBN: 0-19-829937-0.

<sup>54</sup> HAYWARD, ref. 53.

tů a násilných incidentů fanoušků vedla ke spirále odvetných opatření autorit a následných reakcí fanoušků, které pak mohou přijatá opatření zase legitimizovat, případně ospravedlnit přijetí dalších. Zářný příklad představuje Kypr. Tam vedly korupční skandály i k bombovým útokům na rozhodčí a jejich blízké. Ty pak dle autorit přijetí karty fanouška ospravedlňovaly.<sup>55</sup>

Na závěr textu může být přínosné inspirovat se výsledky analýzy, kterou si o efektivitě místních opatření proti diváckému násilí nechalo vypracovat nizozemské Ministerstvo vnitra. Také ta tvrdí, že efekt omezování prodeje vstupenek je spíše nízký, a že fanoušci upřednostňují přístup nazývaný jako „vysoká důvěra - vysoký trest“ (*high trust high penalty*). Tedy více svobody doprovázené však tvrdými tresty v případě jejího zneužití a porušení nastavených pravidel. Tresty musí nicméně respektovat zásadu proporcionality, tak aby nakonec nebyly kontraproduktivní.<sup>56</sup> Jak je patrné z předchozí kapitoly, stejný přístup v duchu nulové tolerance přijala Belgie v okamžiku, kdy od identifikačních karet ustoupila.

## KLÍČOVÁ SLOVA

Vstupenky na jméno; karta fanouška; restriktivní ticketing; divácké násilí; bezpečnostní politika; situační prevence zločinu.

## KEY WORDS

Nominative tickets; fan identification card; restrictive ticketing; spectator violence; security policy; situational crime prevention.

## POUŽITÁ LITERATURA

1. CARUSO, R. - DI DOMIZIO M.: *Hooliganism and demand for football in Italy. Evidence for the period 1962-2011* [online], Quaderno n. 62/novembre 2012, Istituto di Politica Economica, Università Cattolica del Sacro Cuore [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://istituti.unicatt.it/politica\\_economica\\_ISPE0062.pdf](http://istituti.unicatt.it/politica_economica_ISPE0062.pdf).
2. CONFÉRENCE DES DIRECTRICES ET DIRECTEURS DES DÉPARTEMENTS CANTONAUX DE JUSTICE ET POLICE: *Concordat instituant des mesures contre la violence lors de manifestations sportives du 15 novembre 2007; modification du 2 février 2012* [online], 2012 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.kkjpd.ch/?action=get\\_file&resource\\_id=2eb](http://www.kkjpd.ch/?action=get_file&resource_id=2eb).
3. DEPARTMENT OF INFORMATION SYSTEMS: *The Identity Project an assessment of the UK Identity Cards Bill and its implications* [online], The London School of Economics and Political Science, 2005 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://eprints.lse.ac.uk/29117/>.
4. DI DOMIZIO, M. - CARUSO, R.: „Hooliganism and Demand for Football in Italy: Attendance and Counterviolence Policy Evaluation“, *German Economic Review*, 2015, Vol. 16, Issue 2. ISSN: 1468-0475.
5. DPA.: „Hooligans still haunt Italian football despite fan card“ [online], 2010 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.goalzz.com/?n=75804>.

<sup>55</sup> Ke dvěma z pěti útoků se v březnu 2015 přihlásila skupina pod jménem „Armed Gate Niners Urban Guerillas“, který odkazuje ke vstupu na stadionu využívaného týmem Nicosie, ačkoliv napojení skupiny na tento tým není prokázáno. Skupina v prohlášení kritizuje právě korupci ve sportovním světě, hovoří o začátku „ozbrojeného boje proti zkaženému současnému kyperskému fotbalu“. HADJICOSTIS, M.: „Cyprus group claims responsibility for 2 referee bombings“ [online], *AP News*, 5-3-2015 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://bigstory.ap.org/article/99e6b7ae1a0349ecafbcd834f96f2f0/cyprus-group-claims-responsibility-2-referee-bombings>.

<sup>56</sup> FERWERDA, H et al.: *Reaching the goal? A research on the effects of measures taken against professional football-related violence and nuisance* [online]. Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2014, s. 5 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <https://english.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2329-effectiviteit-maatregelen-voetbalgerelateerde-overlast-en-geweld.aspx>.

6. FC BANÍK OSTRAVA: „Karta Baník Team“ [online], 2016 [cit. 2016-2-21]. Dostupné z: <http://fcb.cz/zobraz.asp?t=vstupenky-karta-fcb>.
7. FERWERDA, H. et al.: *Reaching the goal? A research on the effects of measures taken against professional football-related violence and nuisance* [online]. Ministerie van Veiligheid en Justitie, 2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <https://english.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2329-effectiviteit-maatregelen-voetbalgerelateerde-overlast-en-geweld.aspx>.
8. GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI: *Tessera del tifoso: più garanzie per i supporter* [online], 2011 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1780541>.
9. GARLAND, D.: 2001. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press. ISBN: 0-19-829937-0.
10. GUSCHWAN, M. C.: „La Tessera della Rivolta: Italy’s failed fan identification card“, *Soccer & Society*, 2013, Vol. 14, No. 2, s. 215-229. ISSN: 1743-9590.
11. HADJICOSTIS, M.: „Cyprus group claims responsibility for 2 referee bombings“ [online], *AP News*, 5-3-2015 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://bigstory.ap.org/article/99e6b7ae1a0349ecafbcdb834f96f2f0/cyprus-group-claims-responsibility-2-referee-bombings>.
12. HAYWARD, K.: „Situational Crime Prevention and its Discontents: Rational Choice Theory versus the ‘Culture of Now’“, *Social Policy & Administration*, 2007, Vol. 41, No. 3, pp. 232-250 ISSN: 1467-9515.
13. HOME OFFICE: *Committee of Inquiry into Crowd Safety and Control at Sports Grounds. Final Report* [online], 1986 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://bradfordcityfire.co.uk/wp-content/uploads/2013/02/popplewell-final-report-1986.pdf>.
14. HOME OFFICE: *The Hillsborough Stadium Disaster. 15 April 1989. Inquiry by The Rt Hon Lord Justice Taylor* [online], 1989 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.southyorks.police.uk/sites/default/files/hillsborough%20stadium%20disaster%20final%20report.pdf>.
15. IN-CYPRUS: „Fan card needed to attend football matches“ [online], 22-5-2015 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://in-cyprus.com/fan-card-needed-to-attend-football-match/>.
16. LAUWENS, J.-F. - JOSEPHY, V. - PIRAUX, S.: „Football Haro sur la carte de supporter“ [online], *Le Soir*, 29-1-2002 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://archives.lesoir.be/football-haro-sur-la-carte-de-supporter-securite-un-nom\\_t-20020129-Z0LFFX.html](http://archives.lesoir.be/football-haro-sur-la-carte-de-supporter-securite-un-nom_t-20020129-Z0LFFX.html).
17. MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR: *Circulaire OOP 34 portant les spécifications relatives à l'exécution de l'arrêté royal du 3 novembre 2001 modifiant l'arrêté royal du 3 juin 1999 réglant les modalités de la gestion des billets à l'occasion de matches de football* [online], 2001 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-13-novembre-2001\\_n2001001163.html](http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-13-novembre-2001_n2001001163.html).
18. MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR: *Circulaire OOP 34 portant les spécifications relatives à l'exécution de l'arrêté royal du 20 juillet 2005 réglant les modalités de la gestion des billets à l'occasion des matches de football* [online], 2006 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-21-fevrier-2006\\_n2006000172.html](http://www.etaamb.be/fr/circulaire-du-21-fevrier-2006_n2006000172.html).
19. NÁRODNÍ RADA SLOVENSKE REPUBLIKY: *Zákon zo 4. decembra 2013 o organizovaní verejných športových po dujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov*, Zbierka zákonov č. 1/2014 [online], 2014 [cit. 2016-2-21]. Dostupné z: [www.zbierka.sk/sk/predpisy/1-2014-z-z-p-35565.pdf](http://www.zbierka.sk/sk/predpisy/1-2014-z-z-p-35565.pdf).
20. PSYLLIDES, G.: „Fan card violates rights of majority, says data commissioner“ [online], *Cyprus Mail*, 23-10-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://cyprus-mail.com/2014/10/23/fan-card-violates-rights-of-majority-says-data-commissioner/>.
21. RADA EVROPY: *European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sports Events and in particular at Football Matches* [online], 1985 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/120.htm>.

22. RADA EVROPY: *Project on Compliance with Commitments Italy's compliance with the Convention* [online], 2008 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV\\_2008\\_05\\_EN\\_report\\_visit\\_Italy\\_final.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV_2008_05_EN_report_visit_Italy_final.pdf).
23. RADA EVROPY: *Follow-Up Report by Poland on the recommendations of the Standing Committee following the Consultative Visit on 15 - 17 November 2010* [online], 2012 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV\\_2011\\_05\\_EN\\_FINAL\\_report\\_consultative\\_visit\\_Poland.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV_2011_05_EN_FINAL_report_consultative_visit_Poland.pdf).
24. RADA EVROPY: *Consultative visit to Cyprus on the implementation of the Convention. 11-14 April 2013* [online], 2013 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV%20%282013%2915Final\\_%20EN\\_Draft\\_report\\_Consultative%20visit\\_Cyprus\\_April\\_2013.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV%20%282013%2915Final_%20EN_Draft_report_Consultative%20visit_Cyprus_April_2013.pdf).
25. RADA EVROPY: *Standing Committee Consultative visit to Croatia, 29-30 November 2013* [online], 2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV%282014%29%208%20EN\\_draft\\_report\\_consultative\\_visit\\_Croatia.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/sport/Commitments/violence/T-RV%282014%29%208%20EN_draft_report_consultative_visit_Croatia.pdf).
26. SÁMANO, J.: „La policía y el fútbol, en fuera de juego“ [online], *El País*, 30-11-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://deportes.elpais.com/deportes/2014/11/30/actualidad/1417379205\\_274996.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2014/11/30/actualidad/1417379205_274996.html).
27. SPAAIJ, R.: „Risk, security and technology: governing football supporters in the twenty-first century“, *Sport in Society*, 2013, Vol. 16, No. 2. ISSN: 1743-0445.
28. SPF INTÉRIEUR: *Étude du supportérisme et des manifestations de violence dans et autour des stades de football en Belgique* [online], 2006, [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [https://besafe.ibz.be/NL/Academici/onderzoek\\_recherche/Documents/Rapport%20final%20Hool.pdf](https://besafe.ibz.be/NL/Academici/onderzoek_recherche/Documents/Rapport%20final%20Hool.pdf).
29. SPORT.CZ: „Zkusme adresný ticketing, čekat dál na smrtelnou tragédii na stadiónech už nelze, vyzývá Pelta“ [online], 23-3-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: <http://www.sport.cz/fotbal/synotliga/clanek/560240-zkusme-adresny-ticketing-cekat-dal-na-smrtelnou-tragedii-na-stadionech-uz-nelze-vyzyva-pelta.html>.
30. TÝDEN.CZ: „Novinky na Bazalech: zrušení kotlů, nižší kapacita a lístky na jméno“ [online], 13-5-2014 [cit. 2015-9-15]. Dostupné z: [http://www.tyden.cz/rubriky/sport/fotbal/gambrinusliga/novinky-na-bazalech-zruseni-kotlu-nizsi-kapacita-a-listky-na-jmeno\\_306803.html](http://www.tyden.cz/rubriky/sport/fotbal/gambrinusliga/novinky-na-bazalech-zruseni-kotlu-nizsi-kapacita-a-listky-na-jmeno_306803.html).
31. VLÁDA SLOVENSKEJ REPUBLIKY: *Dôvodová správa k zákonu c. 1/2014 Z. z. (o organizovaní verejných športových podujatí a o zmene a doplnení niektorých zákonov)*, [online], 2013. Dostupné z: [https://www.swimmsvk.sk/sites/default/files/download/p7\\_dovodova\\_sprava\\_k\\_zakonu\\_c.\\_1\\_2014.pdf](https://www.swimmsvk.sk/sites/default/files/download/p7_dovodova_sprava_k_zakonu_c._1_2014.pdf).

## KONTAKTNÍ ÚDAJE AUTORKY

**Mgr. Vendula Divišová**

Interní doktorandka

Fakulta sociálních studií, Masarykova Univerzita, Joštova 10, 602 00 Brno, Česká republika

Telefon: +420 728 25 25 46

E-mail: [venduladivisova@email.cz](mailto:venduladivisova@email.cz)

# PREDAJ CUDZEJ VECI V RÍMSKOM PRÁVE.

## THE SALE OF PROPERTY OF ANOTHER IN ROMAN LAW

*Blažena Antalová*

*Univerzita Pavla Jozefa Šafárika v Košiciach, Právnická fakulta*

### ABSTRAKT

*Príspevok sa zaoberá predajom cudzej veci v rímskom práve, pričom akcentuje zodpovednosť predávajúceho za predaj takéhoto predmetu. V prvej časti vo všeobecnosti načrtáva základné problémy súvisiace s predajom cudzej veci, v druhej časti uvádza konkrétny zaujímavý prípad, ak predmet kúpy (cudzia vec) zanikol skôr ako bol kupujúcemu odňatý právom silnejšieho - skutočným vlastníkom veci alebo inou oprávnenou osobou.*

### ABSTRACT

*The contribution is concerned with the sale of another property in Roman law, whereby accentuate the responsibility of seller for sale of this object. In the first section, in generally, it design basic problems which are connected with the sale of another property. In the second section it declare individual interesting case – if the object of sale (extraneous thing) cease to exist earlier than it was expropriate by club-law – by the authentic proprietor of the thing or another competent person.*

### I. ÚVOD

Kúpnu zmluvu (*emptio-venditio*) chápalo pôvodne rímske právo ako kúpu za hotové<sup>1</sup>, ne-skôr<sup>2</sup>, v *ius gentium* sa jej charakter zmenil – stala sa konsenzuálnou zmluvou<sup>3</sup>, ktorej vznik si nevyžadoval reálne odovzdanie veci, ani písomnú či ústnu formu, ale len consensus kontrahentov, t. j. dohodu predávajúceho (*venditor*) a kupujúceho (*emptor*) o podstatných prvkoch zmluvy (*essentialia negotii*), konkrétne dohodu zmluvných strán o predmete a o cene<sup>4</sup>.

Zároveň je potrebné upozorniť, že aj keď kúpna zmluva bola kontraktom neformálnym, súčasne bola zmluvou kauzálnou, dvojstrannou rovnou, ktorej kauzou bolo vzájomné protiplnenie obidvoch zmluvných strán – pre predávajúceho bola zmluvná povinnosť previesť na kupujúceho predmet kúpy do držby a pokojného užívania, pre kupujúceho povinnosť previesť na predávajúceho v peniazoch dohodnutú kúpnu cenu.

V prípade nesplnenia podmienok zmluvy (napr. ak predávajúci predal nespôsobilú vec, alebo ak kupujúci nezaplatil kúpnu cenu), samozrejme nasledovala ich zodpovednosť za nedodržiavanie zmluvy.

Cieľom príspevku nebolo zaoberať sa všetkými problémami nedodržania zmluvy, ale len načrtnúť povinnosť a zodpovednosť predávajúceho v prípade, ak ním predaný predmet mal nejaké právne vady, čo bolo hlavne v prípade predaja cudzej veci.<sup>5</sup> Príspevok vychádzal

<sup>1</sup> t. j. odovzdaním z ruky do ruky, čo v konečnom dôsledku znamenalo aj ukončenie vzájomného vzťahu medzi predávajúcim a kupujúcim.

<sup>2</sup> Ani po preštudovaní pôvodných prameňov sa nedá presne zistiť doba, kedy sa tak stalo.

<sup>3</sup> Spolu s nájmom (*locatio conductio*), príkaznou zmluvou (*mandatum*), spoločenskou zmluvou (*societas*).

<sup>4</sup> Ak sa ale dohodli aj na iných, vedľajších prvkoch (*accidentalia negotii*), aj tieto sa v uzavretej zmluve považovali za podstatné.

<sup>5</sup> Samozrejme predávajúci zodpovedal aj za faktické - skryté vady, tieto ale nie sú predmetom skúmania príspevku.

z pôvodných rímskoprávných prameňov, predovšetkým z úpravy, ktorú môžeme nájsť v justiniánskych Digestach.<sup>6</sup>

## II. ZODPOVEDNOSŤ PREDÁVAJÚCEHO ZA PREDAJ CUDZEJ VECI

Pre vznik kúpnej zmluvy v rímskom práve, ako už v úvode bolo načrtnuté, sa vyžadovala minimálne dohoda *emptora a venditora* o *essentiálnych* prvkoch zmluvy, t. j. dohoda o predmete a o jeho cene.

Pokiaľ šlo o vymedzenie predmetu – mohli ním byť len veci *in commercii*, konkrétne veci hmotné aj nehmotné; veci, ktoré v čase uzavretia zmluvy ešte neexistovali, ale v budúcnosti vzniknúť mohli – čiže akékoľvek veci *in commercii* ak mali nejakú majetkovú cenu (*res corporales*).

Problematickou sa ale mohla stať otázka, či predmetom zmluvy mohla byť aj cudzia vec.

Podľa pôvodných rímskoprávných prameňov to bolo možné, ale v takýchto prípadoch sa muselo kupujúcemu zabezpečiť v prípadnom súdnom spore o držbu a pokojné užívanie silnejšie postavenie, ako to zdôraznil Neratius v D19, 1, 11, 13:

„*Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit;*“

„Ďalej Neratius hovorí, že odovzdaním veci sa musí kupujúcemu zabezpečiť, že bude mať v súdnom spore o držbu silnejšie postavenie“.

Iný právnik - Julián následne v tom istom paragrafe súhlasil s Neratiovým rozhodnutím, ale ho upresnil v tom zmysle, že ak by postavenie kupujúceho nebolo silnejšie proti ostatným, podľa neho by vôbec nedošlo k odovzdaniu veci, preto pre zabezpečenie práva kupujúceho, tento mohol využiť žalobu z kúpy.<sup>7</sup>

Názory Neratia a Juliána v tomto prípade môžeme stručne popísať asi takto: predávajúci síce mohol predať cudziu vec, ale v prípadnom spore, ak si skutočný vlastník alebo iná oprávnená osoba uplatnila svoje právo a kupujúcemu vec bola súdnym rozhodnutím odňatá, predávajúci niesol zodpovednosť za odňatie veci, preto musel samozrejme kupujúcemu zodpovedať žalobou z kúpy (*actio empti*).

Rímski klasici detailizovali tento problém v 18. a 19. knihe justiniánskych Digest<sup>8</sup>. Klasik Ulpián uviedol:

„*Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: Nam emptio est, et venditio: sed res emptori auferri potest;*“<sup>9</sup>

„Niet žiadnych pochybností o tom, že človek môže predať majetok tretej osoby: že sa jedná o platný predaj a kúpu, dokonca aj keď vec môže byť kupujúcemu odňatá.“

Z dnešného hľadiska konštatovanie Ulpiána by sa mohlo zdať problematické v tom zmysle, že sa javí ako nezlučiteľné so známou rímskoprávnou zásadou: „*Nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*“.<sup>10</sup> (Nikto nemôže na druhého previesť viac práva, ako sám má)<sup>11</sup>.

Táto zásada však nebola vždy celkom uplatniteľná. Dôvod, prečo predmetom platnej kúpnej zmluvy mohla byť aj cudzia vec (predávajúci nebol jej vlastníkom), vyplýval z charakteru

<sup>6</sup> Digesta Iustiniani, recognovit T. Mommsen, Berlín, 1922; Corpus iuris civilis. Digesta. Tomus I. Preklad: BLAHO, P., VÁŇKOVÁ, J., Bratislava, 2008.

<sup>7</sup> Ulp. D 19, 1, 11, 13.

<sup>8</sup> Čiastkové problémy ale možno nájsť aj v iných knihách Digest.

<sup>9</sup> Ulp. D 18, 1, 28.

<sup>10</sup> Paul D 50, 17, 54.

<sup>11</sup> V neskoršom období sa v záujme ochrany dobromyseľného nadobúdateľa od tejto zásady upustilo /podobne ako v súčasnosti/.



zmluvy, pri ktorej predávajúci v rímskom práve nemal povinnosť previesť na kupujúceho vlastnícke právo, ale len ho uviesť do držby a pokojného užívania.

Ak by malo byť v zmysle práva prevedené aj vlastnícke právo, musel by ku kúpnej zmluve pristúpiť aj ďalší právny úkon, a to rozdielny, vzhľadom na charakter jej predmetu.

Ak predmetom zmluvy boli *res Mancipi* (otroci, pozemkové poľné služobnosti, domáce ťažné zvieratá, italská pôda), k prevodu vlastníckeho práva na kupujúceho sa vyžadoval aj ďalší, a to formálny právny úkon, či už *mancipatio* alebo *in iure cessio*<sup>12</sup>.

Ak jej predmetom boli *res nec Mancipi*, k ich nadobudnutiu do vlastníckeho práva stačilo len neformálne odovzdanie (*traditio*<sup>13</sup>).

Pre konečné rozhodnutie pre platnosť zmluvy bolo potrebné ešte upozorniť aj na ďalšie dva podstatné problémy, a to z hľadiska vedomosti zmluvných strán o predmete kúpy – napr. či predávajúci predal cudziu vec z poverenia vlastníka (kúpna zmluva bola platná), alebo či ju predal bez takéhoto zmocnenia.

Riešenie druhého problému nebolo celkom jednoznačné-pre jeho ozrejenie pre platnosť zmluvy a zmluvnú zodpovednosť bolo potrebné zistiť, či obidve zmluvné strany vedeli, že predmetom kúpy bola cudzia vec (vtedy kúpna zmluva bola neplatná). Ak len kupujúci vedel, že predmetom kúpy bola vec cudzia (napr. odsudzená), zmluva bola neplatná; ale ak len predávajúci vedel, že predmetom kúpy bola cudzia vec, kúpna zmluva zostala platnou.<sup>14</sup>

Vedomý predaj cudzej veci (bez súhlasu vlastníka resp. inej oprávnenej osoby) sa považoval za *dolus* a mohol sa uplatniť klauzulou *bona fides* v žalobe z kúpy.

Názor na vedomý predaj cudzej veci zdôraznil aj Julián v justiniánskych Digestach, čo popísal právnik Africanus:

„*Si sciens alienam rem ignorantem mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factum: quamvis enim alioquim verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantem vendidit: id est, maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit*“.<sup>15</sup>

„Ak mi vedome predáš cudziu vec bez toho, aby som to vedel, je Julián tej mienky, že aj pred evikciou môžem vec úspešne žalovať *actioe empti* na môj interes, aby sa vec preniesla do môjho majetku. Hoci je totiž inak správne, že predávajúci zodpovedá len za to, že kupujúci má nerušenú držbu, nie aj za to, že mu obstará vlastnícke právo, musí predsa zodpovedať za to, že neexistuje *dolus malus*, a preto zodpovedá ten, kto vedome cudziu vec, nie svoju vlastnú vec predá nezalému: toto býva najmä vtedy, keď niekto predá, kto má úmysel manumitovať (otroka) alebo založiť (vec)“.

V tejto kauze je zdôraznené, že aj keď predávajúci nemal povinnosť previesť na kupujúceho vlastnícke právo, ale predsa by mal zodpovedať za to, že neexistoval *dolus malus*, čo sa mohlo stať v prípade, ak vedome predal cudziu vec osobe, ktorá o tejto skutočnosti (že šlo o cudziu vec) nevedela. Preto u predávajúceho možno vidieť úmysel manipulovať s predmetom kúpy, v dôsledku čoho si mohol poškodený kupujúci vymáhať svoje právo prostredníctvom žaloby z kúpy (*actio empti*).

<sup>12</sup> *Mancipatio a in iure cessio* – formálne právne úkony *ius civile*, ktorými sa mohlo previesť vlastnícke právo k mancipačným veciam.

<sup>13</sup> *Traditio* – neformálny právny úkon *ius gentium*, slúžiaci k prevodu vlastníckeho práva nemancipačných vecí.

<sup>14</sup> BLAHO, P.; HARAMIA, I.; ŽIDLICKÁ, M.: Základy rímskeho práva, MANZ Bratislava, 1997, s. 347.

<sup>15</sup> Afr. D 19, 1, 30, 1.

Riešenie predaja cudzej veci významne ovplyvnil aj ďalší faktor-kedy a za akých okolností bol predávajúci zodpovedný za takýto predaj-konkrétne kedy zodpovedal za právne vady, či v každom prípade, alebo len v niektorých situáciách.

Na to, aby sme poznali správnu odpoveď, musíme v prvom rade vychádzať z ozrejmenia pojmu „zodpovednosť za právne vady (*evictio*).“

*Evictio* (*evincere*, zvíťaziť) bolo odňatie držby kupujúcemu na základe vecnej žaloby vlastníka, alebo inej vecne oprávnenej osoby<sup>16</sup>, čo znamenalo, že nejaká tretia osoba (spravidla vlastník), dosiahla súdnym rozhodnutím odňatie veci kupujúcemu a to právom silnejšieho (napr. skutočným vlastníkom veci).

Vo väčšine prípadov sa kupujúci stal aj vlastníkom (cudzej) veci (vydržaním), ale v niektorých situáciách to nemuselo byť, lebo niekedy mu mohol byť predmet kúpy (cudzia vec) odňatý súdnym rozhodnutím skôr, ako sa stal jej vlastníkom.

Predmet kúpy mu mohol byť odňatý buď na základe žaloby skutočného vlastníka veci alebo na základe žaloby inej oprávnenej osoby.

V prvom prípade evikcia mohla nastať, ak kupujúceho zažaloval skutočný vlastník vtedy, ak predávajúci predal vec bez jeho súhlasu, (napr. ak vec predal nájomník, záložný veriteľ...) <sup>17</sup>

Kupujúceho mohol žalovať ale aj nevlastník v prípadoch, ak by vlastník predal vec, zaťaženie nejakým vecným právom bez toho, aby na túto skutočnosť upozornil kupujúceho (napr. ak by predal založenú vec, resp. vec zaťaženie služobnosťou)...<sup>18</sup>

V praxi a v skutočnom živote sa toto konštatovanie prejavilo tým, že predávajúci bol síce zodpovedný za evikciu, ale len v prípadoch, ak skutočný vlastník alebo iný oprávnený subjekt dosiahol na základe žaloby súdnym rozhodnutím odňatie veci kupujúcemu.

Ak sa ale tak nestalo a skutočný vlastník sa nedomáhal vrátenia veci a kupujúci bol dobromyseľný (a preto mohol vec vydržať do civilného, kviritského vlastníctva), kupujúci nemal žiaden dôvod žalovať predávajúceho (lebo vydržaním sa stal vlastníkom).

Na základe uvedeného sa dá konštatovať, že predávajúci, aj keď scudzil cudziu vec, nebol vždy zodpovedný za jej predaj. Ak predmet kúpy bol odňatý kupujúcemu súdnym rozhodnutím, jeho zodpovednosť bola zrejmä, ak ale nedošlo k odňatiu predmetu kúpy, zodpovednosť predávajúceho neprichádzala do úvahy (nebol dôvod<sup>19</sup> na žalobu).

Uvedené sa dá stručne zosumarizovať asi takto: Predávajúci bol zodpovedný za právne vady, ak:

- kupujúcemu bola odňatá držba kúpeného predmetu na základe súdneho rozhodnutia, čím vlastne stratil aj užívacie právo (uti) a právo vec požívať (frui)
- stalo sa tak pre nedostatok práva (vlastníckeho) predávajúceho v dobe predaja
- kupujúci mal ale včas na spor s treťou osobou (*litis denuntiatio*)<sup>20</sup> upozorniť predávajúceho (z dôvodu, aby ho tento v prípadnom spore podporoval)<sup>21</sup>

<sup>16</sup> BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Panorama, Praha 1981, s. 146

<sup>17</sup> V tomto prípade mohol civilný vlastník využiť žalobu civilného práva – *rei vindicatio*, prétorický vlastník žalobu prétorického práva – *Actio Publiciana in rem*.

<sup>18</sup> V tejto situácii prichádzali do úvahy viaceré žaloby-napr. *actio Serviana* záložného dlžníka.; *vindicatio servitutis*, či *actio confessoria* oprávneného k služobnosti.

<sup>19</sup> Vzhľadom na tom že kupujúci mohol vec vydržať do vlastníckeho práva, nemal samozrejme žiaden dôvod podať žalobu na predávajúceho.

<sup>20</sup> Ohlásenie sporu.

<sup>21</sup> Napr. tým, že prevezme na seba spor miesto žalovaného kupujúceho (ako napr. *cognitor* alebo *procurator*...).

Z tohto rozhodnutia by sa mohlo zdať, že postavenie kupujúceho (a jeho nadobudnutie vlastníckeho práva k predmetu kúpy) ovplyvňovala len skutočnosť, či skutočný vlastník alebo iná oprávnená osoba si uplatnila alebo neuplatnila nárok na predmet vlastníckeho práva.

Takéto rozhodnutie je síce pravdivé, ale z hľadiska definitívneho riešenia nie celkom definitívne. Treba mať aj na zreteli, či kupujúci mohol mať určitú záruku v prípade kúpy cudzej veci. Túto si mohol zabezpečiť už pri uzavretí zluvy, a to prostredníctvom stipulácie, čo podotkol Gaius:

„*Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*“.<sup>22</sup>

„Ak sa predal pozemok, treba podľa obyčaje okolia, v ktorom sa úkon uzavrel, dať zábezpeku pre prípad evikcie“.

Z daného vyplýva, že rímske právo sa nemohlo vyhnúť riešeniu problémov v prípade kúpy cudzej veci, aby kupujúci neutrpel ujmu. Z tohto hľadiska stanovilo a upresnilo zodpovednosť predávajúceho zvláštnym inštitútom - *stipulatio* - znejúcim na pokutu vo výške dvojnásobku hodnoty veci<sup>23</sup>, neskôr bol záväzok vynutiteľný priamo žalobou z kúpy - *actione empti*.

### III. KONKRÉTNY PRÍPAD ZODPOVEDNOSTI ZA PRÁVNE VADY

Justiniánske Digesta uvádzajú viacero prípadov, v ktorých mohlo dôjsť k zodpovednosti za právne vady pri predaji cudzej veci. Niektoré z nich sú značne jednoduché, iné si vyžadujú detailnejšie skúmanie ako predpoklad pre konečné rozhodnutie.

Príspevok sa bližšie zameria a pokúsi sa analyzovať zložitejšiu kauzu - ak predmet kúpy zanikol skôr, ako bol kupujúcemu odňatý súdnym rozhodnutím - popísanú Ulpianom:

„*Si servus venditus decesserit antequam evincatur, stipulatio non committitur, quia nemo eum evincat, sed factum humanae sortis: de dolo tamen poterit agi, si dolus intercesserit*“<sup>24</sup>

„Ak zomrel predaný otrok skôr ako bol odňatý (evikciou), stipulácia sa neruší, pretože nikto ho nedržal (otroka), ale zomrel udalosťou ľudského osudu: zo zlého úmyslu totiž možno žalovať, len ak zlý úmysel do konania pristúpil“.

Tento prípad je zaujímavý, lebo sa od ostatných odlišuje tým, že predmet kúpnej zmluvy zanikol skôr, ako bol evikciou odňatý. Otrok zomrel prirodzene, bez zásahu iných osôb skôr, ako stihol byť na základe súdneho rozhodnutia kupujúcemu odobratý.

Stručne sa dá táto situácia ozrejmiť asi takto: Kupujúci kúpil s obvyklou zárukou od predávajúceho otroka, ale nejaká tretia osoba si ho na ňom začala vymáhať s tvrdením, že predmetný otrok je jej vlastníctvom. Špecifickým a obzvlášť zaujímavým sa prípad stal tým, že otrok zomrel skôr, ako medzi stranami došlo k začatiu sporu (*litiscontestatio*).

Meritórne rozhodnutie kauzy si vyžadovalo objasnenie viacerých, viac či menej dôležitých okolností, a to vo viacerých rovinách.

V prvom rade bolo potrebné zodpovedať na otázku, akú obvyklú záruku mal poskytnúť predávajúci kupujúcemu; či bol povinný pre jej garanciu zabezpečiť ručiteľ a okrajovo, či preňho táto garancia bola výhodou, alebo predstavovala určité riziko.

Odpoveď na načrtnuté problémy je v určitých smeroch jednoznačná, v iných komplikovanejšia.

<sup>22</sup> Gai. D 21, 2, 6.

<sup>23</sup> Ulp. D 21, 2, 37, 1 – predávajúci bol povinný zaplatiť kupujúcemu pre prípad evikcie (odňatia veci súdnym rozhodnutím) dvojnásobnú hodnotu kúpnej ceny (spočiatku nie v každom prípade, ale len pri predaji cennejších vecí). K tomu pozri aj Juliánovo rozhodnutie v D 21, 2, 8; Neratiov a Julianov názor vyjadrený v D 19, 1, 13; Cassiovo rozhodnutie v D 19, 1, 14 ako aj v Juliánovu domnienku, obsiahnutú v D 19, 1, 15.

<sup>24</sup> Ulp. D 21, 2, 21 pr.

Predávajúci mal povinnosť zabezpečiť kupujúcemu nerušené užívanie otroka (*stipulatio habere licere*) a zároveň mu dať garanciu, pre prípad, ak by mu bol predmet kúpy odňatý na základe evikcie skutočným vlastníkom veci. Garancia v tomto prípade mala byť vo výške dvojnásobnej hodnoty veci - otroka (*stipulatio duplae*).

Zároveň aj kupujúci si mohol určiť osobu, ktorá by diskutabilný predmet od predávajúceho vymáhala. V tomto prípade mal ale povinnosť túto skutočnosť oznámiť predávajúcemu<sup>25</sup>, a to kedykoľvek, či už pred začatím sporu (*litiscontestatio*) alebo až po ňom, ale určite skôr, ako bol spor ukončený (*pendente iudicatio*). Ak by túto povinnosť zanedbal, po evikcii otroka už nemohol od predávajúceho požadovať vôbec nič, lebo o svoje pôvodné právo prišiel vlastnou vinou - nevyužil stanovenú lehotu.

Uvedené a už ozrejmene problémy ešte nevyriešili celkový problém skúmanej problematiky. Na jej konečné riešenie sa vyžadovalo aj objasnenie ďalších okolností, napr. konkrétne, v ktorom okamihu otrok zomrel – či už pred litiskontestáciou alebo až po nej.

Ako je všeobecne známe, litiskontestácia ako začatie sporu bola rozhodujúcim faktorom pre stanovenie žalobného nároku. V tomto konkrétnom prípade, ak by k nej došlo a skutočný vlastník (*dominus servi*) by si otroka vysúdil, musel predávajúci zaplatiť kupujúcemu dvojnásobnú hodnotu otroka.

Ak ale ešte k litiskontestácii nedošlo, spor mal byť zastavený, lebo otrok zomrel, preto samozrejme skutočný vlastník sa nemohol domáhať jeho vydania (lebo predmet už neexistoval).

Otázkou ale zostalo, či aj v takomto prípade, ak kupujúci prišiel o predmet kúpy (o otroka, ktorý zomrel) mu proti predávajúcemu zostal nejaký nárok na plnenie zo *stipulatio duplae*. Odpoveď bola zjavná -nemal, lebo nedošlo k evikcii.

V podstate sa môže zdať, že uvedená kauza je už v konečnom dôsledku definitívne vyriešená, ale predsa len ju ešte mohla skomplikovať aj ďalšia okolnosť - ak by sa pri predaji otroka predávajúci dopustil podvodu.<sup>26</sup>

Samozrejme, v prípade podvodu mohol mať kupujúci žalobu, ale v zmysle rímskej zásady „*Qualis est actio*“, si musel zvážiť, akú žalobu vôbec použije. Na prvý pohľad by sa mohlo zdať, že kupujúci mal využiť v prvom rade žalobu z podvodu (*actio doli*), ale v tomto konkrétnom prípade mala by táto žaloba byť len druhoradou, prichádzajúcou do úvahy vtedy, ak by nemohla byť použitá *actio empti doli nomine*.

Justiniánske Digesta okrem uvedených prípadov upravujú ale aj celý rad ďalších problémov, súvisiacich s predajom cudzej veci. Pre ilustráciu uvedieme:

- napr. k predaju cudzieho otroka Neratius písal o zodpovednosti predávajúceho za to, že predaný cudzí otrok nebol zlodej ani vydaný na nejatý trest<sup>27</sup>
- k predaju cudzieho otroka zaujal stanovisko aj Julián a s jeho názorom súhlasil Ulpián, ktorý v kauze vedomého predaja cudzieho otroka skonštatoval, že šlo o podvod, preto podľa neho by mal byť predávajúci rozhodne zodpovedný žalobou z kúpy<sup>28</sup>

#### IV. ZÁVER

Skúmanie zodpovednosti predávajúceho za právne vady pri kúpnej zmluve je určite zaujímavé nielen z hľadiska rímskeho práva, ale aj podľa súčasnej právnej úpravy.

<sup>25</sup> Oznámenie budúceho súdneho sporu (*laudatio auctoris*).

<sup>26</sup> Napr., ak by vedel, že otrok je smrteľne chorý, alebo by vedel, že nie je jeho vlastníkom (ale pred kupujúcim to zatajil).

<sup>27</sup> Ulp. D 19, 1, 11, 8.

<sup>28</sup> Ulp. D, 19, 1, 11, 15.

Táto problematika je ako v teoretickej tak aj právnej rovine tak široká, že by si určite zaslužila spracovanie nielen v rámci krátkeho príspevku, ale možno aj v rámci dizertačnej, či habilitačnej práce.

Cieľom príspevku nemalo byť vyriešenie všetkých problémov, ale len načrtnutie niektorých nuáns, ku ktorým v súvislosti s predajom cudzej veci a následnou evikciou mohlo v rímskom práve dôjsť. Nezaoberal sa názormi slovenských ani zahraničných právnych romanistov na skúmanú problematiku, ale len načrtol a pokúsil sa analyzovať mienku rímskych klasikov na predaj cudzej veci, vyjadrenú v pôvodných rímskoprávných prameňoch, hlavne v justiniánskych Digestach.

## KLÚČOVÉ SLOVÁ

kúpopredaj, cudzia vec, žaloba, zodpovednosť

## KEY WORDS

contract of sale, foreign thing, action, accountability

## POUŽITÁ LITERATÚRA

1. *Corpus iuris civilis*. Digesta. Tomus I. Preklad: BLAHO, P., VAŇKOVÁ, J., Eurokodex, Bratislava 2008
2. Digesta Iustiniani, recognovit T. Mommsen, Berlin (1922)
3. *Gai Institutiones*. Preklad: KINCL, J.: Gaius – učebnice práva ve štyroch knihách, Praha UK, 1981
4. *Iustiniani Institutiones*. Preklad: BLAHO, P.: *Corpus iuris civilis*. Justiniánske inštitúcie, Iura Edition, Trnava, 2000
5. BARTOŠEK, M.: Encyklopedie římského práva, Panorama Praha, 1981
6. BLAHO, P., HARAMIA, I., ŽIDLICKÁ, M. : Základy římského práva, MANZ Bratislava, 1997

## KONTAKTNÉ ÚDAJE AUTORA

**doc. JUDr. Blažena Antalová, CSc.**

docentka na Katedre dejín štátu a práva

UPIŠ v Košiciach, Právnická fakulta, Kováčska 26, 040 75 Košice

tel.: +421 55 234 4132

e-mail: blazena.antalova@upjs.sk

## JOHN FINNIS ON LAW AND JUSTICE

### JOHN FINNIS O PRÁVU A SPRAVEDLNOSTI

*Petr Osina*

*Palacky University in Olomouc, Law Faculty*

#### ABSTRACT

*The article deals with the analysis of one particular aspect of natural law theory of John Finnis – his definition of law and justice. First part analyzes the focal meaning of the term law, which includes five basic features of legal system, rule of law principle and the role of practical reasonableness in law. Rule of law principle is connected with common good, which is prerequisite for the flourishing of all the members of a society. Practical reasonableness is one of the basic goods. Second part deals with Finnis's notion of justice and its types. He divides justice into three kinds – general justice, distributive justice, and commutative justice. According to him every justice issue requires a consideration of all three kinds of justice.*

#### ABSTRAKT

*Článek se zabývá rozbořem jednoho z dílčích aspektů přirozenoprávní teorie Johna Finnisse – jeho vymezením práva a spravedlnosti. První část analyzuje ohniskový význam pojmu právo, který zahrnuje pět základních aspektů právního systému, princip vlády práva a roli praktické rozumnosti v právu. Princip vlády práva spojuje s obecným dobrem, které je předpokladem rozvoje všech členů společnosti. Praktická rozumnost je pak jednou ze základních hodnot. Druhá část se věnuje Finnisovu pojetí spravedlnosti a jejím druhům. Spravedlnost rozděluje do tří forem – obecnou spravedlnost, rozdělovací spravedlnost a vyrovnávací spravedlnost. Podle jeho názoru se musí v každé situaci, kdy je zvažována spravedlnost, brát do úvahy všechny výše uvedené formy.*

#### I. INTRODUCTION

A proper exposition of John Finnis's position on law and justice necessarily has two principal themes. One theme concerns his idea of what law and justice are. This identification theme will be the subject of this article. The other principal theme in Finnis's works is the determination of the extent of our duty to obey unjust law.

The identification theme will require an examination of what law and justice are for Finnis. We will show what the role of practical reasonableness in the law is for Finnis, namely, law in conformity with the basic goods and requirements of practical reasonableness, and after this explanation of law and practical reasonableness we will provide a review of Finnis's notion of justice.

The first part will begin by showing the differences between the focal and secondary meanings of concepts and words as focal and secondary meaning applies to law. This distinction will be followed by a consideration of Finnis's definition of an unjust law. Finnis believes that we can understand this concept by referring to the following notions: the five features of any legal system, the rule of law and its limits, and the role of practical reasonableness in the law. The identification of an unjust law is the recognition that a particular law has a defective relationship to practical reasonableness.

The second part of the identification theme will concern Finnis's notion of justice. Finnis's notion of justice consists of three components: general justice, distributive justice and commutative justice. It will be shown that his theory of justice and law are connected through the presence of the common good as ultimate end. The underlying principle behind any unjust law for Finnis is that a basic good must not be directly attacked by a law or in the alternative the common good must be favored, fostered, or respected by a law. Deviations from this negative or positive test result in injustice in the law.

## II. THE FOCAL MEANING OF LAW

Finnis turns to Aristotle for a technique that he finds useful in articulating the differences between the focal and the secondary meanings of law. Aristotle regularly employed in many contexts a notion that Finnis terms "the identification of focal meaning."<sup>1</sup> Finding the focal meaning of a term refers to the situation in which a term is used in a basic and univocal way; this situation requires us to search for the element that will then be common to the spread of usages when it is used analogously and to determine this to be the prime analogue that contains the fullness of meaning found in the best uses of a given term; one can then identify related or secondary meanings. Finnis uses what Aristotle says about friendship to exemplify his point.

In the eighth book of the *Nicomachean Ethics* Aristotle discusses three forms of friendship.<sup>2</sup> One kind is based on utility and allows one to secure the necessities for life, e.g., business associates working together to make a living. Another kind of friendship is centered on pleasure, e.g., the friends with whom one goes out for recreation. The third kind of friendship is the most authentic. This kind of friendship is one where one has the best interests of the other in mind, regardless of utility or pleasure. The last kind of friendship is the type that Aristotle found to be primary (or in Finnis's term, focal).

Indeed, if one begins to think of good law on this model, one will stress the point that it promotes no interest (money, power, or honor) other than best interests of all involved. This procedure makes possible a fuller understanding of Finnis's substantive position on law both, just and unjust, although the point is not that good law is like the best friendship, but that the procedure gets one to a proper understanding of the focal sense of the term.

Locating the focal meaning of friendship in the third kind does not mean that the other two kinds of friendship are not friendship, but that they are friendships in the secondary sense. They are forms of friendship that fall short of the focal sense in some way. The structure does not disqualify them from being friendship in a secondary sense.

The technique of identifying focal and secondary meanings can be applied to the law. Finnis believes that when faced with a range of cases it is best to point out differences and similarities, for we can get a sense of the range of a word by noting the multiplicity of significations: "Terms can differentiate the mature from the undeveloped, the sophisticated from the primitive, the flourishing from the corrupt, a fine specimen from the deviant, the straightforward from the simply speaking."<sup>3</sup>

In a later work Finnis says: "The immature, the decayed, the parasitic, and the morally corrupted instances of constitutions, or friendships, or legal systems, are not allowed to force a thinning down of the account of the good kinds of constitution, friendship, law etc., but appear in the account, nonetheless, as what they are: as not fully constitutions, law, and so on, not central cases of those kinds of human reality and human purposefulness, and not within

<sup>1</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 9.

<sup>2</sup> ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, Book 8 – available at [http://www.constitution.org/ari/ethic\\_08.htm](http://www.constitution.org/ari/ethic_08.htm).

<sup>3</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 10.

the focal meaning of those concepts.”<sup>4</sup> In other words, for Finnis, one comes to a broader notion of the law by examining the different cases of law even though many of the non-central cases may be thought of as watered down versions of the law.

It should be noted that the focal case sense should be described in a way that is as complicated or uncomplicated as is necessary for a proper description. In this way, the principal meaning can be clearly identified and then extended to other cases by moving from a term's focal meaning to its secondary meanings. The principal meaning “is settled not by statistical normality but by the true forms and requirements of human flourishing and practical reasonableness, that is the topics and conclusions of a critical openly discussed natural law theory”.<sup>5</sup>

In other words, the central or focal case is always up for discussion based on the rest of a natural meaning by reference to the basic goods and the requirements of practical reasonableness. Neither the focal case nor the secondary case is fixed for all places and all times. But we can get a better sense of focal meaning by looking to Finnis's definition of law, his explanation of the five features in the legal system, his explanation of the rule of law, and notion of the limits to the rule of law. Through these notions a clearer picture of the focal sense of law can be acquired in that the focal sense of the law is an amalgam of many different elements, all of which together seem to be what Finnis calls generally law as practical reasonableness.

### III. THE DEFINITION OF LAW

Finnis spells out his definition of law in two places. In one place he says: “The central case of law is the law and the legal system of a complete community purporting to have authority to provide comprehensive and supreme direction for human behavior in that community and to grant legal validity to all other normative arrangements affecting the members of that community.”<sup>6</sup>

In another place, Finnis says with more specificity: “throughout the book Law has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made, in accordance with regulative legal rules by a determinate and effective authority (itself identified and, standardly, constituted as an institution by legal rules) for a complete community and buttressed by sanctions in accordance with the rule guided stipulations of adjudicative institutions, this ensemble of rules and institutions being directed to reasonably resolving any of the communities co-ordination problems (and to ratifying, tolerating, regulating or overriding coordination solutions from any other institutions or sources of norms) for the common good of that community, according to a manner and form itself adapted to that common good by features of specificity, minimization of arbitrariness, and maintenance of a quality of reciprocity between the subjects of the law both amongst themselves and in their relations with the lawful authorities.”<sup>7</sup>

These passages show that Finnis's definition of law has within itself the notion that any particular law can be assessed by the degree to which it serves the purpose of law in general. Finnis believes that we can arrive at clearer concept of law by respecting the legal order and the rule of law. To the degree that a law or legal order instantiate the definitions above, it will be closer to law in the focal sense of the term.

The definition contains a number of major elements including “regulative legal rules”, “maintenance of reciprocity” and the “common good”. These elements all help to define what the focal sense of the law should be. On this topic Neil MacCormick says: “The focal or central meaning of our concept of law is of an authoritative common ordering of a community,

<sup>4</sup> FINNIS, J. *Natural Law: The Classical Tradition. The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Ed. Jules Coleman and Scott Shapiro. Oxford: Clarendon, 2002, p. 17.

<sup>5</sup> FINNIS, J. *Natural Law*. Volume 2. New York: Dartmouth Publishing and New York University, 1991, p. xii.

<sup>6</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 261.

<sup>7</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 276.



aimed at facilitating the realization of the common good.”<sup>8</sup> This focal sense of the law could also be called loosely law as practical reasonableness.

Ultimately the meaning of a law is reached by considering the major elements in Finnis’s definition of law above. The first element is the idea of “regulative legal rules”. This can be understood by looking at what Finnis says about the five features of a legal system. The second major element relates to the “maintenance of reciprocity”. This element concerns Finnis’s discussion of the rule of law and its limitations. The third element relates to the common good which is to a large extent an exploration of law as practical reasonableness, although law as practical reasonableness is also implicated in the prior two elements.

#### IV. THE FIVE FEATURES OF LAW

Finnis believes that there are five features of any legal system: (1) law brings predictability and clarity, (2) it regulates what it brings into existence, that is, its rules define and regulate institutions, (3) it provides rules by which to terminate institutions, e.g., winding up a partnership or dissolving a corporation, (4) legal thinking brings a way of treating past acts as giving sufficient reason for acting in the present, and (5) all practical questions or coordination problems in the law are provided for in the prior four features.<sup>9</sup> Thus considered, law has two broad poles. It is a coercive power, but it is also self-regulative. It has to have a way of determining what is good and bad within itself.

These five features of law bring us beyond the idea of law as only a command that responds to recalcitrance (understanding law as the application of punitive sanctions to those who disobey the law). Finnis says: “It will be evident from the list that the ways in which the law shapes, supports, and furthers patterns of coordination would be desirable even in a society free from recalcitrance.”<sup>10</sup> In other words, these five features of the legal system are what make up the law, not command. For Finnis, when these five features are present as far as the law is concerned, “the social arrangement would have a completely adequate rationale in a world of saints”.<sup>11</sup> Finnis is saying that presence of the five features of the legal system operate as well with the best people as well as the worst.

#### V. THE RULE OF LAW

A treatment of law based only on the five features of the legal system is incomplete because the rule of law also has a positive role to play. More specifically, what we need is to establish the relationship between these formal features and the common good. For Finnis, the connection between the common good and the five features of the legal system is through the rule of law, which is “a virtue of human interaction and community”.<sup>12</sup>

To help understand the notion of the rule of law, for Finnis, it is essential to stress the idea of the common good because the rule of law is always in service to the common good, and the common good is always in the service of people.<sup>13</sup> This means that the rule of law as well as the common good is only a means to the end of the flourishing of all the members of a society. Finnis describes the rule of law and the common good as “the whole ensemble of conditions that tend to foster the realization of each individual’s good”.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> MACCORMICK N. Review: Natural Law Reconsidered. *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 1, No. 1, 1981, p. 106.

<sup>9</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 266.

<sup>10</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 267.

<sup>11</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 268.

<sup>12</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 272.

<sup>13</sup> FINNIS, J. The Priority of Persons. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Ed. Jeremy Horder. Oxford: Clarendon, 1999, p. 151.

<sup>14</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 47.

It should be noted that there are proponents of Finnis who hold a different view of the common good. Mark Murphy holds that the common good is a collective good and should be pursued as a goal itself instead of as a way of promoting individual flourishing.<sup>15</sup>

What is important to see is the instrumental character of Finnis's view of law, the rule of law, and the common good. He writes: "Thus the political community – properly understood as one of the forms of collaboration needed for the sake of the goods identified in the first principles of natural law – is a community which is instrumental, not itself basic."<sup>16</sup> Finnis is saying that the fundamental point of the rule of law and law in general is to promote the common good and the purpose of the common good is to promote the basic welfare of each individual. Law as well as the rule of law are not ends in themselves, but rather the means by which people pursue their flourishing.

Another way to say this is that the rule of law works with the common good "to secure to the subjects of authority the dignity of self-direction and freedom from certain forms of manipulation. The rule of law is thus among the requirements of justice and fairness."<sup>17</sup> As we have seen, Finnis holds that justice is achieved by promoting the eighth requirement of practical reasonableness and this requirement includes promoting the common good. As Finnis puts it: "Very many perhaps even most of our concrete moral responsibilities, obligations, and duties have their basis in the eighth requirement."<sup>18</sup> The rule of law and the common good are instruments to promote the wellbeing of individuals and the government.

A legal system will exemplify the rule of law to the extent that its rules are (1) prospective, (2) not impossible to comply with, (3) promulgated, (4) clear, (5) coherent, (6) stable, (7) made for limited situations, and (8) made by those in authority who make and administer rules properly. This last consideration reminds us that a legal system exists in the "ordering the affairs of people to shape their projects through institutions".<sup>19</sup>

The idea of the rule of law is that it enhances the quality of interaction between the ruler and the people. People have to know what laws they are obeying. People have to have notice of laws. Laws cannot be overbroad in their applications. In short the rule of law implies stability and permanence in a legal system. But the rule of law is not the only aspect to a legal system. The demands of the common good are always in the background when the rule of law is at play.

The purpose of the rule of law is to promote the wellbeing of a community and thereby allow individuals to develop themselves in a stable environment. As Finnis says: "Individuals can only be selves – i.e. have the "dignity" of being "responsible agents" – if they are not made to live their lives for the convenience of others but are allowed and assisted to create a subsisting identity across a lifetime."<sup>20</sup> The rule of law means that "a certain quality of interaction exists between the ruler and the ruled".<sup>21</sup> The elements of the rule of law exist so that everyone knows where they stand in relation to the law's demands and the purpose of the rule of law is to allow people to become themselves in a stable and secure environment.

For Finnis, the rule of law has an important role in making sure that legal system is in service to the people. But the rule of law also has its limitations, for instance, when it does not promote the common good or is not in service to the people. This means that sometimes the basic values (that is, the fundamental goods of his system of ethics) have to be secured by

---

<sup>15</sup> MURPHY, M. *The Philosophy of Law: The Fundamentals*. Malden: Blackwell, 2007, p. 62.

<sup>16</sup> FINNIS, J. Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government?" *Natural Law Liberalism and Morality*. Ed. Robert George. Oxford: Oxford University, 1996, p. 5.

<sup>17</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 273.

<sup>18</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 125.

<sup>19</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 270.

<sup>20</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 272.

<sup>21</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 270.

departing from the constitution. In other words, the rule of law usually expressed through the supreme document of the land, can be set for Finnis, but these occasions call for responsibility and the “most measured practical reasonableness”.<sup>22</sup>

The practical reason for sometimes not following the rule of law is that a constitution is not a suicide pact (the rule of law cannot ask people to do things that will undermine the country). In situations where survival of a society itself is at issue, major documents like constitution where the rule of law is reflected may be set aside for the sake of the common good. For example, one might think of a law that is placed in a constitution (in a country with a small population) that permits only one child per family. On Finnis’s view, even though this is written into the constitution by proper procedure there is something dramatically wrong with the law, that is, it is not in the best interest of the people, that is, the common good. For Finnis, we can recognize moral principles outside of law to matters that are judged by the constitution.<sup>23</sup> In other words, for Finnis, the legitimacy of any law is always a legal and a moral question.

As Finnis puts it, we have “to stress again and again in an age of conceptual dogmatism concepts of law and society are legitimately many, and their employment is subordinated to matters of principle rooted in the basic principles and requirements of practical reasonableness (which themselves generate many concepts and can be expressed in many reasonable forms)”.<sup>24</sup>

In a work composed after *Natural Law and Natural Rights* Finnis makes an even stronger claim about the rule of law. He says: “The principles of the rule of law are, at least in their main lines, moral requirements, strong even though not unconditional, unqualifiable or infeasible.”<sup>25</sup> This shows that, for Finnis, at least in his later works, the rule of law may have more of a moral than legal grounding despite the fact that the rule of law and its components look more legal than moral in nature. In addition, the quote shows that the rule of law has a strong authoritative effect thus continuing the tension in Finnis’s works between the basic goods and the state’s legitimacy. The rule of law may be set aside, but for Finnis, these cases are far and few between.

The foregoing discussion about the formal features of the legal system, the rule of law, and the limits to rule of law are crucial for determining questions about the justice or injustice of a given law. Laws that do not reflect the five features and the rule of law will be at risk of being unjust because they are legally defective. In addition, as the discussion of limits to the rule of law show the basic goods and the requirements of practical reasonableness will be needed in any discussion of what makes a good and a bad law.

All explorations of the law are explorations of “practical reasonableness”.<sup>26</sup> Morality and the law are very much interconnected – in fact, almost inextricably intertwined. Finnis rejects in part the basic positivist position that law is a mere matter of social fact, that is, what the legislatures and courts say the law is. Law for Finnis is a matter of what the courts and the legislatures say and do, that is, what they decide and legislate, but good law is more than this. Good law goes beyond what the government decides and legislates. For Finnis, law is an instantiation of the basic goods and the requirements of practical reasonableness not only for individuals but also for governmental bodies. Just as an individual has a duty to participate in the basic goods and requirements of practical reasonableness so does a governmental body or judge. Without such a participation in the basic goods and the requirements of practical reasonableness governments like individuals will run the risk of making unjust laws or bad deci-

<sup>22</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 275.

<sup>23</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 275.

<sup>24</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 273.

<sup>25</sup> FINNIS, J. Law and What I Should Truly Decide. *American Journal of Jurisprudence* 48, 2003, p. 112.

<sup>26</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 135.

sions.

Finnis writes: “The life of the law its primary reality, is not in the logic of conceptual; adherence or of understanding what other people have thought or said or stipulated of commanded or enacted nor in the experience of cause and effect and patterns of recurrence. Those are parts of its matrix of necessary preconditions. The primary reality of the law is rather in its claim as itself a moral requirement, on my deliberating about what to decide that is what to judge about the options available to me and what to choose and do once I have made my judgment.”<sup>27</sup>

Law, in other words, is a morally compelling claim on my actions; although it is conditional and defeasible should certain kinds of moral consideration override it. Finnis holds this when he states that law is “so decisive that it could be overridden only by some competing moral obligation bearing on me here and now with such weight that anyone with the community’s common good in mind would acknowledge the justice of my treating the latter as overriding the law and its legal – moral obligation”.<sup>28</sup> Another way of putting this is by saying that our obligations with regard to the basic goods of morality can override our obligations to obey certain legal enactments.

The kind of moral override that one considers here is laws which permit people to do things that are not in conformity with the basic goods and requirements of practical reasonableness. One need only consider a law which would permit the disposal of an extremely hazardous waste in someone’s back yard, thereby subjecting their neighbor to potential sickness and death. This kind of law would give to the neighbor the right to trespass on the property next door to remove the toxic material. In this case the basic moral good of life would justify a trespass on the property and thereby override the law against trespass. When the moral basic goods are violated legality may be challenged.

This tension between morality and legality can be better understood by looking more closely at the notion of relation of law and practical reasonableness. The basic idea will be that the five features of the legal system, the rule of law, and the limits to the rule of law are not the entire requirements for good law. They bring us to a certain kind of understanding of legality of law but fall short of deeper understanding of the morality of the law. Once the full meaning of law and its proper relationship to practical reasonableness is understood it will be possible for one to appreciate the full meaning of unjust law for Finnis.

## VI. THE ROLE OF PRACTICAL REASONABLENESS IN THE LAW

It is important to point out that Finnis’s understanding of the role of practical reasonableness in the law is very dense and hence it needs to be analyzed carefully, for it is a major building block in his theory of jurisprudence. In addition, it is important to realize that there are a few important points that need to be made to help one understand the role of practical reasonableness in the law for Finnis. These points concern the meaning of the terms “basic good of practical reasonableness”, “the requirements of practical reasonableness” and the “concept of law”.

Practical reasonableness is a basic good for Finnis. It is the basic good that guides one’s projects and what one does in “carrying them out”.<sup>29</sup> In other words, explaining how all the other basic goods and principles are brought to bear on our projects “is the problem of practical reasonableness”.<sup>30</sup> One aspect of the basic good of practical reasonableness is called the requirements of practical reasonableness. There are ten requirements of practical reasonable-

<sup>27</sup> FINNIS, J. Law and What I Should Truly Decide. *American Journal of Jurisprudence* 48, 2003, p. 112.

<sup>28</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 280.

<sup>29</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 190.

<sup>30</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 190.

ness and there is one in particular, number eight, which concerns itself with justice and the common good.<sup>31</sup> It is largely this eighth requirement of practical reasonableness which helps us to understand the role of practical reasonableness in the law.

This is not to say that the other basic goods and requirements of practical reasonableness are not relevant in the role that practical reasonableness plays in the law. On the contrary, Finnis says that they do have a role: “Deeper and more demanding than any constitutional or other legal limits on government are the moral principles and norms which natural law theory considers to be principles and norms of reason, and which are limits, side constraints recognized in the conscientious deliberations of every decent person.”<sup>32</sup> Again the role of the basic good of practical reasonableness is to bring to bear all the basic goods and all the other requirements of practical reasonableness in our commitments. A given person may emphasize one basic good or requirement of practical reasonableness over another, but the requirements of practical reasonableness mean that one must consider all of the basic goods and all of the requirements in order to make commitments properly, and this requirement is true of law as of every other aspect of life. The point of practical reasonableness is to order ourselves and to order the relationship we have with those around us.<sup>33</sup>

Again Finnis seems to emphasize the need that concept of law must be grounded in the basic goods and requirements of practical reasonableness when he says: “As we have to stress again and again in an age of conceptual dogmatism, concepts of law and society are legitimately many, and their employment is subordinated to matters of principle rooted in the basic principles and requirements of practical reasonableness (which generate many concepts and can be expressed many different forms).”<sup>34</sup> What these quotes show is that the role of practical reasonableness is to provide a standard that is over the law by which we are able to make sure that the requirements of practical reasonableness are respected, and this is a particularly the case with the eighth requirement of practical reasonableness, that is, that the law promote the common good.

The eighth requirement of practical reasonableness directs that the common good be promoted. This notion of the promotion of the common good is not only a requirement of practical reasonableness; it is also part of the standard definition of law that Finnis himself advances, and a part of the concept of law that has always been prominent in natural law theory. The basic of the role of practical reasonableness in regard to a concept of law is that this notion requires us when we are making law or when we are applying law or when we are constructing a concept of law to remember that the law must remain consistent with its own purpose and definition, which is among other things to promote the common good.

Another way to understand the role of practical reasonableness in the area of the concept of law is to say that the concept of law is an expression of practical reasonableness in the political community, for it is a task of practical reasonableness when the political community seeks the common good. The standard of practical reasonableness forces us to recognize that law needs to be an instrument in service to people, and in this capacity, a concept of law requires that citizens respect and honor law by their obedience, although this presumption that they give their obedience is not an absolute sort of allegiance because obedience itself is not the end of the good life, but merely a means to get to the good life.<sup>35</sup> The problem arises when giving obedience to a particular law seems to be at odds with other requirements of morality.

---

<sup>31</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 125.

<sup>32</sup> FINNIS, J. Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government? *Natural Law Liberalism and Morality*. Ed. Robert George. Oxford: Oxford University, 1996, p. 2.

<sup>33</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 88.

<sup>34</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 273.

<sup>35</sup> FINNIS, J. The ethics of war and peace in the catholic natural law tradition In John Aloysius Coleman (ed.), *Christian Political Ethics*. Princeton University Press, 2007, p. 193.

Of course it is easy to see that under Finnis's view, when we have a law that does not promote the common good or attacks the common good in some way, then we may have an unjust law.

Another way to say this is that law that actually injures the common good in some way or that directly attacks a basic good could more easily be thought to be "bad law" or "unjust law". Also, our interest in considering the question of "bad law" or "unjust law" not only comes from questions about the way a given law may be unjust by failing to promote the common good, injure the common good or attack the common good; it will also be a matter of interest to see if from the standpoint of practical reasonableness we have a duty to obey a bad or unjust law. This will present us with the issue of investigating various degrees of practical reasonableness.<sup>36</sup> One way in which we can understand the different forms of practical reasonableness is by understanding that the "concept of law" has a very precise meaning for Finnis. His "concept of law" is very much tied to practical reasonableness because his concept of law is closely connected to "moral concern".<sup>37</sup>

Finnis recognizes a certain ambiguity in his concept of law when he says that his intent was to "develop a concept which would explain the various phenomena referred to (in an unfocused way) by ordinary talk about law – explain them by showing how they answer (fully or partially) to the standing requirements of practical reasonableness relevant to the broad area of human concern and interaction".<sup>38</sup> In other words, when we attempt to understand the concept of law for Finnis, we have to try not to think just about law in ordinary ways which can be ambiguous. These ordinary ways would include what a lawyer does in his day to day function or what a judge or legislator do in their day to day functions. The way we think of the concept of law for Finnis is through his definition of law and the rule of law as expressions of practical reasonableness.

What this means is that the concept of law will explain the elements of what the central case of the law is and within those descriptive elements there will be an evaluative component which always forces us to ask if this is the way our concept of law ought to be from the viewpoint of practical reasonableness. This is what Finnis means when he says: "In relation to law, the most important things for the theorist to know and describe are the things which, in the judgment of the theorist make it important from a practical viewpoint to have law – the things which it is, therefore, important in practice to 'see to' when ordering human affairs. And when these 'important things' are (in some or even many societies) in fact missing, or debased, or exploited or otherwise deficient, then the most important things for the theorist to describe are those aspects of the situation that manifest this absence, debasement, exploitation or deficiency."<sup>39</sup>

Finnis acknowledges that legal reasoning, like all technical reasoning, is concerned with achieving a particular end. In the case of legal reasoning the end is the resolution of disputes. "As far as it can the law is to provide sources of reasoning – statutes and statute based rules, common law rules, and customs – capable of ranking (commensurating) alternative dispute resolutions as right or wrong, and thus better or worse."<sup>40</sup> But this is not the kind of thinking about law that Finnis wants us to consider especially when we consider the role of practical reasonableness in the law.

Considering law in regard to the requirements of practical reasonableness includes using as the standard of assessment not only the technical requirements for statutes or judicial decisions but also the requirement of measuring any proposed or existing law in terms of the basic

---

<sup>36</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 361.

<sup>37</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 14.

<sup>38</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 279.

<sup>39</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 16.

<sup>40</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Legal Reasoning*. *Cleveland State Law Review* 38, 1990, p. 7.

goods and the other requirements of practical reasonableness. For Finnis, when law is considered in terms of its moral value, it means that law is subject “to any criteria of right judgment in matters of practice (conduct action), any standards for assessing options for human conduct as good or bad, right or wrong, desirable or undesirable, decent or unworthy”.<sup>41</sup>

Here Finnis wants us to consider all the basic goods and all the requirements of practical reasonableness. Hence law is not to be understood in merely the ordinary and technical ways we might think about it. Law needs to be reviewed with regard to the requirement that all the basic goods and requirements of practical reasonableness, but particularly the requirement that actions be assessed by reference to the common good. Under Finnis’s view, it is the function of the basic goods and the various requirements of practical reasonableness to consider how a proposed or existing law can promote the common good, how it might fail to do so, and even how it might injure or attack the common good or some basic good such as life.

One important role of practical reasonableness in the law then is to show us a criterion by which to assess which laws are good laws and which laws are defective in some way, perhaps because they are not in the service of people in that they fail to bring about or as Finnis says foster, favor or respect the common good.<sup>42</sup> This raises the question as to whether the test is the positive promotion of the common good or merely not offending against the common good.

It is clear that we have a duty not to attack any basic good. This duty is the seventh requirement of practical reasonableness. Thus it is clear that our laws must not attack the common good so we must not offend the common good. But a good argument can be made from Finnis that the words “foster”, “favor” and “respect” point to a more positive test.<sup>43</sup> The sense of this very complex, but the basic idea is that we should foster a shared community where all the members can prosper.

In this process of addressing the common good it is critical to remember that all the requirements of practical reasonableness and all the basic goods implicate one another so when we say that the role of practical reasonableness in the law is to respect, favor or foster the common good what we are also saying is that the role of practical reasonableness in the concept of law is to promote all the basic goods and requirements of practical reasonableness.<sup>44</sup>

## VII. FINNIS’S NOTION OF JUSTICE

Finnis’s notion of justice cannot be understood unless one appreciates his division of justice. He divides justice into three kinds – general justice, distributive justice and commutative justice. His idea of general justice is confusing because he uses the notion in two senses. The first and clearer sense is that general justice refers to justice as a virtue in the individual. The second and less clear sense is that general justice means justice “generally speaking”.<sup>45</sup> He wants us to understand that general justice in the second sense is understood by looking at justice in a broad sense. In this way, the second sense of general justice has within its definition distributive justice, commutative justice, and all the basic goods and requirements of practical reasonableness.

For Finnis, general justice is an “ensemble” of the other requirements of practical reasonableness although he is not very specific about what ensemble means.<sup>46</sup> His concept of justice

---

<sup>41</sup> FINNIS, J. *Natural Law: The Classical Tradition*. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Ed. Jules Coleman and Scott Shapiro. Oxford: Clarendon, 2002, p. 1.

<sup>42</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 125.

<sup>43</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 125.

<sup>44</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 126.

<sup>45</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 164.

<sup>46</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 161.

is derivative from what he says about the requirements of practical reasonableness, namely, the demands of the common good. The demands of the common good require that all distributive justice and commutative justice be realized in our moral actions.<sup>47</sup>

### VIII. GENERAL JUSTICE AND ITS ELEMENTS

Finnis says that general justice is concerned with three elements, other directedness, duties owed to others, and equality.<sup>48</sup> The first element consists of a kind of communal thinking where the focus is away from individual self-interest. The second element considers all the basic goods and requirements of practical reasonableness in our relation to others. The third element highlights the importance of geometrical equality as opposed to arithmetical equality. For example, geometrical equality occurs when two people want food and one person is larger than another. Each person under proportionate justice gets an appropriate portion of food, but those portions are not equal in size but proportionate to the size of the individuals.

The three elements of general justice give “the concept of justice sufficient precision to be useful in an analysis of practical reasonableness and sufficient breadth for it to be worthy of its classical and popular prominence in that analysis”.<sup>49</sup> Finnis’s concept of general justice emphasizes the broad range of his theory. In other words, Finnis does not restrict his notion of justice to institutions, nor to the principle to treat similar cases alike and different cases differently, nor to the ideal conditions in a society in which everyone complies with the institutions of justice.

Finnis also ties his definition of general justice to the requirements of practical reasonableness, particularly the eighth requirement – the requirement to promote the common good. “The requirements of justice, then, are the concrete implications of the basic requirement of practical reasonableness that one is to favor and foster the common good of one’s communities.”<sup>50</sup> In other words, general justice is about our relation to the common good as well as to all the other basic goods and requirements of practical reasonableness and what these rules instruct us to do in our relations to others. We advance, in large part, the good of our neighbor and the common good by appreciating the demands of distributive and commutative justice as aspects of the requirements of practical reasonableness.<sup>51</sup>

### IX. DISTRIBUTIVE JUSTICE AND ITS ELEMENTS

Distributive justice refers to how the benefits and burdens in society are distributed across that society fairly. Distributive justice is composed of six elements. The first element is the need of the people as a whole in a community. The second element is the need of people as a whole with reference to need as it relates to the basic human goods in the entire human community. The third element of distributive justice is the criteria of capacity. As Finnis says, flute players should “be flute players” and not persons they were not designed to be.<sup>52</sup>

The fourth element is the issue of deserts and contributions. These relate to notions of self-sacrifice and community gratitude in each person’s use of their talents and abilities in the community. The fifth element of distributive justice is the awareness of foreseen and avoidable risks. Finnis believes this is a “familiar problem to lawyers but rather overlooked by philosophers”.<sup>53</sup> Finally, in matters of distributive justice “we are not seeking to assess states of

<sup>47</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 166.

<sup>48</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 161.

<sup>49</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 163.

<sup>50</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 164.

<sup>51</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 164.

<sup>52</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 175.

<sup>53</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 175.



affairs by reference to consequences. Rather, we are trying to assess what practical reasonableness requires of particular people".<sup>54</sup> The last element of distributive justice is important because it reminds us of two other aspects of distributive justice.

First, distributive justice reminds us that we must not demand exact precision in our distribution schemes. The lack of exact precision entails we are never going to get an ideal solution to any distribution issue because the entire problem of distributive justice arises on account of limited resources. When it comes to achieving distributive justice, not everyone is going to get what they want because there is not enough to go around when resources are scarce. Second, for Finnis, it is critical to understand that the "objective of justice is not equality but the common good, the flourishing of all members of the community, and there is no reason to believe that this flourishing of all is enhanced by treating everyone identically when distributing roles, opportunities, and resources".<sup>55</sup> But this does not mean that equality is not a large consideration in matters of distributive justice.

Finnis insists that equality has an influential role to play in the concept of justice. This belief is evidenced not only by its presence in his definition of general justice, but also through its presence in the fourth requirement of practical reasonableness, that is, we are to give no arbitrary preference to any person.<sup>56</sup> Thus, the meaning of distributive justice, for Finnis, is largely tied to the concept of equality, especially the idea of proportionate equality.

## X. COMMUTATIVE JUSTICE AND ITS ELEMENTS

Commutative justice exists to remedy inequalities or wrongs between individuals in a society. Commutative justice is related to the law of torts, contracts and crimes between individuals. It is that area of justice which determines "what dealings are proper between parties".<sup>57</sup> It is less concerned with duties we have to a society as a whole and more concerned with what duties we owe to one another as individuals.

Commutative justice consists of five elements.<sup>58</sup> The first is that there must be ascertained individuals, that is, there must be a zone of identified individuals to whom an act of justice refers. The second element is the duty one has to such an ascertained individuals. The third element is the potential duties owed to many ascertained individuals. For instance, in the case of a chain automobile accident, a negligent driver owes duties to other individuals beyond those duties owed to the person in the first car he first strikes. The negligent driver has a duty to be careful to all other drivers on the road. The fourth element of commutative justice is the collective duties an individual owes to the governing authorities in a society. Good examples of these duties are the duties of loyalty to a state, that is, the duty not to commit treason and the duty to pay taxes.

Finally, the last element of commutative justice relates to the duties owed by those who have authority over their subjects. For example, even though a law of taxation may be just, it maybe that the way it is administered to individuals by a judge is unfair. For instance, citizen A may get a certain benefit by an administrative ruling and citizen B may not get the same benefit under another ruling dealing with the same issue with identical facts. A judge's misapplication of the law in B's case would be an instance of an authority violating the commutative duties he owes to the citizen in that he has failed in his duty to apply the law similarly to similarly situated individuals.

The essence of Finnis's view of commutative justice is that persons have certain duties and

<sup>54</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 175.

<sup>55</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 174.

<sup>56</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 106.

<sup>57</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 178.

<sup>58</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 183.

responsibilities to their fellow citizens. They also have duties and responsibilities to their governments. In addition, leaders have certain responsibilities and duties toward their citizens. Commutative justice differs from distributive justice in that distributive justice looks to each individual's responsibility to the society as a whole whereas commutative justice looks more to the responsibilities that citizens have to one another. Commutative justice also differs from general justice in that it is less concerned with virtue and more concerned with correcting wrongs that occur between individuals.

Finnis points out that many human acts involve both distributive and commutative problems, like the act of a judge rendering a judgment. The good judge helps a society correct a wrong and also fixes the wrong between the two parties. The biased judge violates distributive justice by not meeting the needs of the community, and also violates commutative justice by applying the law to a particular case in a way that hurts an individual party. For instance, when a judge fails to give an individual a proper sentence for a large larceny, he not only violates his duty to protect the society as a whole, he also fails to correct the harm done to the victim.

## XI. CONCLUSION

Finnis says that his analysis of justice is more in the spirit of Aquinas's view of justice and as such Finnis's view is directed against a certain contemporary view of justice.<sup>59</sup> Finnis believes that the problems with this contemporary view of justice are shown by contrasting the contemporary notion with Aquinas's view. On Aquinas's view of justice, according to Finnis, both distributive and commutative justices are equally important.<sup>60</sup>

In contrast to Aquinas's view of justice the contemporary view of justice only emphasizes commutative justice or the duties that we owe to one another. Finnis believes that the private justice between individuals, that is, commutative justice, always needs to work with the demands of distributive justice. Finnis says: "On Aquinas's view, legal justice is the fundamental form of all justice, the basis of all obligations, distributive and commutative, for it is the underlying duty to respect and advance the common good. On the contemporary view of justice, justice is little more than the citizen's allegiance to the State and its laws."<sup>61</sup> What Finnis is saying is that on the contemporary view of justice the idea of the individual promoting the common good is replaced by the idea that the advancement of a person's own rights is the best way to insure justice.

On the contemporary view of justice, according to Finnis, one conforms to the laws of the state only to advance one's own interest, and not to advance anyone else's interests, let alone the interests of the common good. What Finnis is saying is that there is little place for the distributive function of justice under the new view. In the absence of the need to promote the common good, all we need to have is a system of justice that protects people from one another, and hence the emphasis on commutative justice under the contemporary view.

On Finnis's view, justice is held to exist not only between individuals, but also among the relationship between a person and the state. Another way to think of this is to say that on Finnis's view an individual has larger sense of distributive justice, that is, distributive justice requires more of the individual. The individual not only has to think about how he fits into the whole, but also about how every other individual other than himself fits into the whole. Finnis takes exception to view which holds that an individual has no distributive obligations to advance the common good.

---

<sup>59</sup> The view put forward principally in Robert Nozick's *Anarchy State And Utopia* (Oxford, 1974).

<sup>60</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 186.

<sup>61</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 186.

Finnis believes that the contemporary view of justice contributes to some mistaken ideas, such as the notion that once a person has acquired property rightly it is unjust for any person or any institution to take the property away from that person absent very compelling reasons. Finnis believes in the importance of private property, but suggests that when the common good requires it, one needs to reconsider the duties that a person as a property owner has. The demands of practical reasonableness will require at times that a distribution of property may be in the best interests of the common good. For example, in the case of a natural flood disaster sending a relief check to flood victims is the right thing to promote the common good regardless of what the state may or may not dictate through its laws about providing relief to victims in such situations. The duty to discharge the call of practical reasonableness is independent from any property right because property rights have a “subsidiary function”.<sup>62</sup>

In summary, justice is multifaceted for Finnis. It entails identifying the general, distributive and commutative aspects to justice. Each of these different aspects of justice has its own elements but, for Finnis, every justice issue requires a consideration of all three kinds of justice. One must also consider the ensemble of the basic goods and the requirements of practical reasonableness. For our purposes what this means is that in the context of unjust laws and our duty to obey them justice will be achieved either in whole or in part by the application of the requirements of each kind of justice to particular case.

#### KEY WORDS

Unjust law, rule of law, practical reasonableness, general justice, distributive justice, commutative justice

#### KLÍČOVÁ SLOVA

Nespravedlivé právo, vláda práva, praktická rozumnost, obecná spravedlnost, rozdělovací spravedlnost, vyrovnávací spravedlnost

#### BIBLIOGRAPHY

1. ARISTOTLE, *Nicomachean Ethics*, Book 8 – available at [http://www.constitution.org/ari/ethic\\_08.htm](http://www.constitution.org/ari/ethic_08.htm)
2. FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980
3. FINNIS, J. Natural Law and Legal Reasoning. *Cleveland State Law Review* 38, 1990
4. FINNIS, J. Natural Law: The Classical Tradition. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. Ed. Jules Coleman and Scott Shapiro. Oxford: Clarendon, 2002
5. FINNIS, J. The ethics of war and peace in the catholic natural law tradition In: John Aloysius Coleman (ed.), *Christian Political Ethics*. Princeton University Press, 2007
6. FINNIS, J. Is Natural Law Theory Compatible with Limited Government? *Natural Law Liberalism and Morality*. Ed. Robert George. Oxford: Oxford University, 1996
7. FINNIS, J. Law and What I Should Truly Decide. *American Journal of Jurisprudence* 48, 2003
8. FINNIS, J. The Priority of Persons. *Oxford Essays in Jurisprudence*. Ed. Jeremy Horder. Oxford: Clarendon, 1999
9. FINNIS, J. *Natural Law*. Volume 2. New York: Dartmouth Publishing and New York University, 1991

<sup>62</sup> FINNIS, J. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 1980, p. 188.

10. MACCORMICK N. Review: Natural Law Reconsidered. *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 1, No. 1, 1981
11. MURPHY, M. *The Philosophy of Law: The Fundamentals*. Malden: Blackwell, 2007

**CONTACT DETAILS OF AUTHOR****JUDr. Petr Osina, Ph.D.**

Senior Lecturer

Palacky University, Law Faculty

Department of Legal Theory and Legal History

tr. 17. listopadu 8

Olomouc 771 11

Czech Republic

Phone number: +420 585 637 611

Email: petr.osina@upol.cz