

Research and Tools of Non-governmental Sector and Academia in the Area of the Judiciary and Good Governance

Výskum a nástroje mimovládneho sektora a akadémie v oblasti súdnictva a dobrej správy vecí verejných

Guarantees of the Session / Garanti sekcie:

JUDr. Vladislav Mičátek, PhD.

doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc.

Reviewers of Papers / Recenzenti:

JUDr. Vladislav Mičátek, PhD.

doc. JUDr. Jozef Vozár, CSc.

CONTENT / OBSAH

VEREJNÉ MAJETKOVÉ PRIZNANIA AKO NÁSTROJ KONTROLY PREDSTAVITEĽOV ÚZEMNEJ SAMOSPRÁVY Vincent Bujňák	45
THE RULE OF LAW AND THE CONSISTENCY OF JUDGMENTS Geert Corstens	57
POSTAVENIE MIMOVLÁDNYCH ORGANIZÁCIÍ PRI VÝSKUME A PRESADZOVANÍ ANALYTICKÝCH ZISTENÍ V OBLASTI SÚDNICTVA Zuzana Čaputová	63
KASAČNÍ STÍŽNOST A SPRÁVNÍ SOUDNICTVÍ V ČESKÉ REPUBLICE Petr Průcha	68
FROM TRANSPARENCY TO ACCOUNTABILITY: UTILIZING "BIG DATA" FOR INCREASED EFFECTIVENESS OF JUDICIAL SYSTEM Samuel Spáč	45
SOFT LAW: AN INNOVATIVE NON GOVERNMENTAL TOOL Stéphane Bauzon	57
ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN POST-SOCIALIST COUNTRIES – ADEQUATE INSTITUTIONAL STRUCTURE AS A PREREQUISITE FOR SUCCESSFUL ARBITRATION IN AN OPEN MARKET ECONOMY Pille Talpsepp	62
RESEARCH ACTIVITIES IN THE INTEREST OF PROMOTING GOOD GOVERNANCE WITH THE USAGE OF CONFLICT SOLUTION TECHNIQUES Erika Varadi-Csema	69

VEREJNÉ MAJETKOVÉ PRIZNANIA AKO NÁSTROJ KONTROLY PREDSTAVITEĽOV ÚZEMNEJ SAMOSPRÁVY

Vincent Bujňák

Univerzita Komenského v Bratislave, Právnická fakulta

Abstract: The Constitutional act on the protection of public interest is operating in the Slovak legal system for more than ten years. The objective of special duties and restrictions, which it imposes on public officials, is to avoid or at least limit the emergence of situation when the public officials may abuse their function. The annual declarations of offices, employment positions, activities and economic standings (asset declarations) of public officials serve as a tool for preventing corruption and uncovering unlawful use of public funds. Whether they will fulfill the objective pursued by the constitutional act depends to a great extent on their accessibility to public scrutiny, which could be carried out mainly by watchdog non-governmental organizations. The article focuses on the accessibility of the asset declarations of mayors and deputies of local councils, because the constitutional act does not require their disclosure. By using multiple kinds of interpretations, the author analyses if the legal order imposes an obligation on territorial self-administration to make asset declarations available upon request, while he also made his legal opinion subject to judicial review.

Abstrakt: Už viac než desať rokov pôsobí v slovenskom právnom poriadku ústavný zákon o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov. Účelom osobitných povinností a obmedzení, ktoré ukladá verejným funkcionárom, je zabrániť alebo aspoň obmedziť vznik situácie, kedy môžu zneužiť svoju funkciu. Nástrojom na prevenciu korupčného správania a odhaľovania protiprávneho nakladania s verejnými prostriedkami sú verejnými funkcionármi každoročne podávané oznámenia funkcií, zamestnaní, činností a majetkových pomerov (majetkové priznania). To, či budú plniť účel sledovaný ústavným zákonom však v nemalej miere závisí od ich prístupnosti spoločenskej kontrole, ktorú by mohli vykonávať najmä mimovládne organizácie venujúce sa tzv. watchdogovým aktivitám. Príspevok sa zameriava na prístupnosť majetkových priznaní starostov, primátorov a poslancov mestských zastupiteľstiev, pretože ústavný zákon ich zverejňovanie neprikazuje. Autor prostredníctvom viacerých druhov výkladu analyzuje, či právny poriadok ukladá územnej samospráve povinnosť sprístupniť majetkové priznania na základe žiadosti, pričom svoj právny názor nechal podrobiť aj súdnemu prieskumu.

Key words: asset declarations, public officials, conflict of interest

Kľúčové slová: majetkové priznania, verejní funkcionári, konflikt záujmov

1 ÚVOD

Územná samospráva, podobne ako aj celá oblasť správy vecí verejných, trpí dlhodobo podozreniami z konfliktov záujmov či absenciou mechanizmov na prevenciu korupčného správania. Až do 1. októbra 2004 sa pri riešení týchto problémov vo vzťahu k územnej samospráve v právnom systéme Slovenskej republiky mohla uplatniť iba trestnoprávna zodpovednosť a administratívno-právna zodpovednosť. Od tohto dátumu však začal byť účinný ústavný zákon č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov (ďalej len „Ústavný zákon“), zakladajúci osobitnú ústavnoprávnu zodpovednosť verejných funkcionárov zahrnutých pod jeho osobnú pôsobnosť, a to za nesplnenie alebo porušenie ním ustanovených povinností a obmedzení.¹

Spomedzi predstaviteľov územnej samosprávy sú pod osobnou pôsobnosťou Ústavného zákona (i) starostovia obcí a mestských častí v Bratislave a Košiciach, (ii) primátori miest, (iii)

¹ Uznesenie Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. IV. ÚS 460/2010-10 z 20. decembra 2010.

poslanci zastupiteľstiev mestských častí v Bratislave a Košiciach a poslanci mestských zastupiteľstiev, ako aj (iv) predsedovia samosprávnych krajov a poslanci zastupiteľstiev samosprávnych krajov. Oproti predchádzajúcej právnej úprave² ide o značnú zmenu, pretože pred 1. októbrom 2004 sa osobitná ústavnoprávna zodpovednosť voči predstaviteľom územnej samosprávy uplatniť nemohla.

Hoci samotná existencia Ústavného zákona v súčasnej podobe je v odbornej literatúre podrobená napríklad aj tvrdej kritike,³ Ústavný súd Slovenskej republiky (ďalej len „ústavný súd“) takúto kritiku vo svojej rozhodovacej praxi doposiaľ nevyslovil.⁴ Práve naopak, vo vzťahu k ústave prisúdil Ústavnému zákonu povahu *lex specialis* s tým, že má rovnakú právnu silu ako ústava sama.⁵ Skrze ustanovení Ústavného zákona pripúšťa vykonanie testu ústavnosti⁶ a *expressis verbis* uvádza: „Podľa názoru ústavného súdu je mechanizmus uplatňovania uvedeného druhu verejnoprávnej zodpovednosti ustanovený v právnom predpise najvyššej právnej sily (ústavný zákon) z tohto hľadiska nespochybniteľný a vzhľadom na verejný záujem sledovaný ústavným zákonom č. 357/2004 Z. z. aj dostatočne legitímny a kompatibilný s ústavou.“⁷ Azda najvážnejšou výhradou ústavného súdu smerom k Ústavnému zákonu je legislatívna nekvalita, no aj túto výhradu vyslovil iba nepriamo v súvislosti s prísnosťou mechanizmu jeho sankcií.⁸ Možno tak konštatovať, že ústavný súd nevníma postavenie Ústavného zákona v ústavnom systéme Slovenskej republiky ani zďaleka tak negatívne, ako citovaná odborná literatúra.

Súčasná ústavná úprava konfliktu záujmov ukladá viaceré povinnosti a obmedzenia osobám, ktoré definuje pojem verejný funkcionári. Je vhodné poukázať na to, že tento pojem je síce blízky širšiemu pojmu „verejný činiteľ“ definovaného Trestným zákonom, avšak platí, že niektorí verejní funkcionári pod neho nespádajú. Verejnými činiteľmi v zmysle § 128 ods. 1 Trestného zákona nie sú členovia štatutárnych orgánov obchodných spoločností so stopercentnou majetkovou účasťou štátu,

ako ani riaditelia štátnych podnikov a členovia dozorných rád štátnych podnikov ustanovených do funkcie štátom.

² Ústavný zákon č. 119/1995 Z. z. o zamedzení rozporu záujmov pri výkone funkcií ústavných činiteľov a vyšších štátnych funkcionárov, ktorý bol článkom 13 Ústavného zákona zrušený.

³ Napríklad podľa M. Breichovej Lapčákovej dochádza pri Ústavnom zákone k prekryvaniu formálneho a normatívneho materiálneho prelomovania ústavy. B. Balog ho hodnotí ako vážne narušenie ústavného systému. BREICHOVÁ LAPČÁKOVÁ, M. Ústava a ústavné zákony, s. 124. BALOG, B. Ústavné zákony v právnom poriadku Slovenskej republiky, s. 1581.

⁴ K nesúhlasu s tézou, že ak Národná rada Slovenskej republiky môže prijať novú ústavu, má zároveň právomoc prijať akýkoľvek ústavný zákon, ktorý považuje za potrebný, pozri napríklad L'ALÍK, T. Ústavný súd a parlament v konštitučnej demokracii, s. 90 – 97.

⁵ „Na druhej strane tieto obmedzenia vyplývajú pre sťažovateľku z ústavného zákona, ktorý je právny predpisom rovnakej právnej sily ako ústava sama [porov. čl. 125 ods. 1 písm. a) ústavy], v dôsledku čoho je potrebné tento predpis interpretovať ako zúženie rozsahu ochrany, ktorú poskytuje základné právo inak zaručené v čl. 35 ods. 1 ústavy, vo vzťahu k určitým, v ústavnom zákone č. 357/2004 Z. z. presne vymedzeným verejným funkcionárom v zmysle zásady, že špeciálna norma predchádza všeobecnej (*lex specialis derogat generali*).“ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. II. ÚS 576/2012 z 13. decembra 2012.

⁶ „V uvedených súvislostiach ústavný súd na margo tvrdeného poukazuje na skutočnosť, že iba samotné konštatovanie o štandardnosti dotknutých zmluvných dojednaní ešte bez ďalšieho nie je dôkazom o ich ústavnosti v prípade, ak tieto zmluvné dojednania neboli podrobené testu ústavnosti, a to napr. aj skrze ustanovení ústavného zákona o ochrane verejného záujmu.“ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. III. ÚS 436/2014-19 z 24. júla 2014 a I. ÚS 421/2014-22 z 13. augusta 2014.

⁷ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. IV. ÚS 115/2008-16 z 10. apríla 2008 a nález ústavného súdu sp. zn. III. ÚS 114/2008-22 z 27. mája 2008.

⁸ „Nad rámec uvedenej argumentácie ústavný súd dodáva, že nie je jeho úlohou posudzovať legislatívnu kvalitu ústavného zákona o ochrane verejného záujmu. (...) Z toho hľadiska nemožno pripísať na farchu rozhodujúceho orgánu, ak tento ústavný zákon ako špeciálnu právnu normu doslovne aplikoval, a aj keď jeho rozhodnutie môže vyznieť ako neprímerane prísne, ústavný súd nemôže v rámci konania podľa § 73a zákona o ústavnom súde do tohto rozhodnutia zasiahnuť.“ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. IV. ÚS 69/2012-33 z 2. februára 2012.

Jednou z povinností verejných funkcionárov je podávanie oznámenia funkcií, zamestnaní, činností a majetkových pomerov (ďalej len „majetkové priznanie“) do 30 dní odo dňa ujatia sa výkonu verejnej funkcie, a počas jej výkonu vždy do 31. marca (za predchádzajúci kalendárny rok).

Majetkovými pomermi uvádzanými v majetkových priznaniach sa rozumie (A) vlastníctvo nehnuteľnosti vrátane vlastníctva bytu a nebytového priestoru, (B) vlastníctvo hnuťelnej veci, ktorej zvyčajná cena presahuje 35-násobok minimálnej mzdy, (C) vlastníctvo majetkového práva alebo inej majetkovej hodnoty, ktorých menovitá hodnota presahuje 35-násobok minimálnej mzdy, a (D) existencia záväzku, ktorého predmetom je peňažné plnenie v menovitej hodnote presahujúcej 35-násobok minimálnej mzdy. Rovnako sú verejní funkcionári povinní v majetkových priznaniach uvádzať okrem iného aj (E) svoje príjmy dosiahnuté z výkonu funkcie verejného funkcionára, ako aj (F) príjmy dosiahnuté z výkonu iných funkcií, zamestnaní alebo činností, v ktorých vykonávaní pokračujú aj po ujatí sa výkonu funkcie. Povinnosť podávať majetkové priznania sa vzťahuje na približne 6 709 verejných funkcionárov.⁹

Funkcie podľa čl. 2 ods. 1 Ústavného zákona	6709
Celoštátni verejní funkcionári [čl. 2 ods. 1 písm. a) až n), t) až zk)]	485
Predsedovia a poslanci zastupiteľstiev samosprávnych krajov [čl. 2 ods. 1 písm. q) a r)]	416
Rektori verejných vysokých škôl [čl. 2 ods. 1 písm. s)]	20
Starostovia mestských častí mesta Bratislava [čl. 2 ods. 1 písm. o)]	17
Starostovia mestských častí mesta Košice [čl. 2 ods. 1 písm. o)]	22
Starostovia obcí [čl. 2 ods. 1 písm. o)]	2 749
Primátori miest [čl. 2 ods. 1 písm. o)]	138
Poslanci zastupiteľstiev mestských častí mesta Bratislava [čl. 2 ods. 1 písm. p)]	272
Poslanci zastupiteľstiev mestských častí mesta Košice [čl. 2 ods. 1 písm. p)]	180
Poslanci mestských zastupiteľstiev [čl. 2 ods. 1 písm. p)]	2 324

Tabuľka 1: Počet verejných funkcií podliehajúcich Ústavnému zákonu

Ústavná úprava ďalej obsahuje v súvislosti s majetkovými priznaniami verejných funkcionárov dva režimy,¹⁰ na základe ktorých by malo byť možné, aby sa verejnosť oboznámila s informáciami o ich majetkových pomeroch.¹¹ Prvým režimom je zverejňovanie majetkových priznaní z úradnej povinnosti na webových sídlach Národnej rady Slovenskej republiky (v prípade celoštátnych verejných funkcionárov), samosprávnych krajov (v prípade ich predsedov a poslancov zastupiteľstiev) a verejných vysokých škôl (pri ich rektoroch). Ako ale vyplýva z dát v Tabuľke 1, pod tento režim patrí v súčasnosti len približne 13,73 % všetkých verejných funkcionárov. Druhým

⁹ Podkladom pre toto číslo boli žiadosti o sprístupnenie informácií podané Kancelárii Národnej rady Slovenskej republiky, Ministerstvu vnútra Slovenskej republiky, Štatistickému úradu Slovenskej republiky, zákon č. 131/2002 Z. z. o vysokých školách a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a vlastné výpočty autora zostavené z údajov Štatistického úradu Slovenskej republiky zverejnených v časti „Výsledky volieb podľa obcí, miest a mestských častí“ (2014) na webovom sídle <http://volby.statistics.sk/oso/oso2014/oso2014/sk/data.html>.

¹⁰ Upravené v čl. 7 ods. 7 Ústavného zákona.

¹¹ Naproti tomu, ústavný zákon č. 119/1995 Z. z. o zamedzení rozporu záujmov pri výkone funkcií ústavných činiteľov a vyšších štátnych funkcionárov zverejňovanie majetkových priznaní nepredpokladal.

režimom je poskytovanie informácií z majetkových priznaní spôsobom a v rozsahu ustanovenom zákonom č. 211/2000 Z. z. o slobodnom prístupe k informáciám a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov (ďalej len „Infozákon“). A práve uplatňovaniu druhého režimu v aplikatívnej praxi obcí, miest a mestských častí Bratislavy a Košíc sa týka tento príspevok. Viaceré územné samosprávy totiž zaujali výklad, že kvôli § 9 ods. 3 Infozákona je možné poskytnúť žiadateľom iba jedinú informáciu týkajúcu sa majetkových pomerov verejných funkcionárov, ktorou sú príjmy dosiahnuté z výkonu funkcie verejného funkcionára.¹² Poskytnutiu zvyšných informácií z majetkových priznaní podľa tohto výkladu bráni ochrana osobnosti a osobných údajov verejných funkcionárov. V príspevku preto analyzujeme, či je tento výklad správny, pričom náš názor sme nechali prejsť testom súdneho prieskumu.

2 POTREBA ZVEREJŇOVANIA MAJETKOVÝCH PRIZNANÍ

Používajúc slová Najvyššieho správneho súdu Českej republiky si dovoľujeme konštatovať, že každá moc, i demokratická, korumpuje, a čím menej je kontrolovaná, tým väčšie je nebezpečenstvo jej zneužitia. Kontrola verejnej moci aj prostredníctvom inštitútov Infozákona má množstvo výhod, ktoré vo svojom súhrne významne bránia zneužívaniu verejnej moci a posilňujú demokratickú legitimitu politického systému.¹³ Existencia kontrolných mechanizmov voči nadmernému presadzovaniu záujmov jednotlivca alebo jednej skupiny je základným predpokladom fungovania demokratickej spoločnosti.¹⁴ V podmienkach Slovenskej republiky považujeme uvedené za dôležité z minimálne dvoch dôvodov.

Tým prvým je skutočnosť, že verejní funkcionári majú pomerne značné príležitosti pre zneužitie funkcie vo svoj prospech. Toto tvrdenie opierame o dáta z prieskumu Eurobarometer 2013, kde až 68 % oslovených občanov Slovenskej republiky považovalo za prijateľné poskytnúť nešpecifikovanú výhodu za niečo, čo chceli od verejnej správy. Dar bol prijateľný pre polovicu oslovených a dokonca 29 % oslovených by poskytlo priamo peniaze.¹⁵ Druhým dôvodom sú opakované prípady zneužívania funkcie zo strany rôznych verejných funkcionárov, pričom predstavitelia územnej samosprávy nie sú v tejto súvislosti výnimkou.¹⁶ Zneužívanie funkcie pre osobný prospech verejného funkcionára neváhajú konštatovať ani súdy v odôvodneniach svojich rozhodnutí.¹⁷

¹² Napríklad mimovládna organizácia Transparency International Slovensko poukázala na túto prax v tzv. správach z auditu v mestách Prievidza, Trnava a Žiar nad Hronom. Mesto Prievidza sa vyjadrilo, že „na (potenciálnu) žiadosť konkrétneho žiadateľa o informácie podľa zákona č. 211/2000 Z. z. o slobode informácií by majetkové (...) priznanie volených funkcionárov neposkytlo.“ Obdobná prax bola zistená v meste Žiar nad Hronom. Mesto Trnava poukazovalo na už uvedený § 9 ods. 3 Infozákona: „Volení funkcionári mesta svoje majetkové (...) priznania nezverejňujú. (...) K zverejňovaniu môže prísť v rozsahu ustanovenom zákonom č. 211/2000 Z. z.. Vyššie uvedené zákony umožňujú zverejňovanie majetkových (...) priznaní výhradne na dobrovoľnej báze jednotlivých politikov.“ Tzv. správy z auditu sú dostupné na týchto odkazoch:

A. <http://www.transparency.sk/wp-content/uploads/2010/10/Prievidza-auditova-sprava-final0111.pdf>

B. http://www.transparency.sk/wp-content/uploads/2010/11/ziar_nad_hronom_auditova_sprava.pdf

C. <http://www.transparency.sk/wp-content/uploads/2015/08/Auditova-sprava-mesta-Trnava.pdf>

¹³ Parafrázované podľa rozsudku Najvyššieho správneho súdu Českej republiky sp. zn. 8 As 55/2012 – 62 z 22. októbra 2014, bod 67.

¹⁴ STAROŇOVÁ, K., MALÍKOVÁ, L. Pohľad politológie na fenomén korupcie, s. 289.

¹⁵ Special Eurobarometer 397 (Corruption).

Dostupné na http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf.

¹⁶ Napríklad rozhodnutie Obecného zastupiteľstva Veterná Poruba prijaté podľa čl. 9 ods. 6 Ústavného zákona zo dňa 15. novembra 2010, ktorým uložilo starostovi obce pokutu vo výške dvanástich mesačných plátov, a to okrem iného aj za „predaj služobného motorového vozidla bez súhlasu obecného zastupiteľstva ako nepotrebného majetku obce za nereálne nízku cenu 100 eur, pričom tieto finančné prostriedky boli do pokladne obce doručené až po 14 mesiacoch od uskutočnenia predaja.“

Dostupné na http://www.veternaporuba.sk/zapisnica%2016_10.pdf.

¹⁷ Napríklad rozsudok Okresného súdu Revúca sp. zn. 6C/42/2012 z 20. marca 2013: „Súd teda uzatvára, že predaj žalovaných nehnuteľností bol učebnicovým príkladom, ako sa predaj obecného majetku realizovať nemá a ako pri jeho predaji boli uprednostňované osoby mestu Tornaľa blízke,

Účelom majetkových priznaní podávaných verejnými funkcionármi podľa ústavného zákona je predovšetkým zistiť majetkové pomery danej osoby pri ujatí sa verejnej funkcie, ich rast (prípadne aj pokles) počas jej výkonu a jeden rok po skončení výkonu verejnej funkcie. Z údajov obsiahnutých v majetkovom priznaní by tak malo byť možné zistiť pôvod majetkových prírastkov verejného funkcionára. Tento účel však môže byť reálne naplnený iba vtedy, keď je obsah majetkových priznaní podrobený širokej kontrole. Ak by sa však presadil výklad, že žiadateľom možno poskytnúť iba jedinú informáciu týkajúcu sa majetkových pomerov verejných funkcionárov (výšku príjmov dosiahnutých z výkonu funkcie verejného funkcionára), zvyšné kľúčové údaje pre vytvorenie si obrazu o majetkových prírastkoch verejných funkcionárov by boli známe len samotným verejným funkcionárom. Inými slovami, kontrolu by vykonával iba kontrolovaný sám. Naopak, pokiaľ má žiadateľ právny nárok na poskytnutie úplných informácií o majetkových pomeroch verejných funkcionárov, kontrola ich obsahu môže byť uskutočnená širokým okruhom subjektov. Opäť použijeme slová Najvyššieho správneho súdu Českej republiky: „Na kontrole verejnej moci sa môže podieľať každý, a to presne v tej miere, v akej sa rozhodne byť aktívnym. Nikto nie je vylúčený, každý má možnosť pýtať sa a dozvedieť sa. To už samo o sebe posilňuje vzťah verejnej moci a občana, bráni rozdeleniu na „my“ a „oni“ a posilňuje vedomie verejnosti, že verejná moc nie je účelom o sebe či prostriedkom mocných k udržaniu svojich výsad, odcudzená od občianskej spoločnosti, ale nástrojom občanov tvoriacich politické spoločenstvo, k presadzovaniu spoločne zdieľaných záujmov a cieľov.“¹⁸ Zároveň je potrebné upozorniť na to, že aj medzinárodné štúdie poukázali na koreláciu medzi nižšie vnímanou korupciou a majetkovými priznaniami poslancov parlamentu prístupnými verejnosti. K tejto korelácií pristupujú ešte ďalšie podmienky: (i) definovanie zdrojov príjmov v majetkových priznaniach, a (ii) demokratický štátny režim.¹⁹

3 VÝKLAD POVINNOSTI POSKYTNÚŤ INFORMÁCIE Z MAJETKOVÝCH PRIZNANÍ

Výklad práva je činnosť reflektujúca základný fakt, že obsah a význam slova a viet nie je vždy zrejmý *prima facie*, bez ďalšieho úsilia. Naopak, ak chceme vedieť, čo nejaká normatívna veta znamená, potrebujeme určiť jej obsah a význam. Ide tu nielen o rozdiel medzi všeobecne záväznými právnymi predpismi a individuálnymi právnymi aktmi vydanými na ich základe, ale najmä o rozdiel medzi ambíciou jazykového vyjadrenia nejakej normy a schopnosťou takéhoto jazykového vyjadrenia stať sa predmetom všeobecnej zhody o jeho obsahu. Výklad práva potrebujeme preto, lebo jazyk je nedokonalým nástrojom uchopenia okolitého sveta a že o tom, čo tie–ktoré slová znamenajú, môže často panovať spor.²⁰ Takýto spor je prítomný aj pri výklade povinnosti poskytnúť informácie z majetkových priznaní predstaviteľov územnej samosprávy prostredníctvom Infozákona, keď niektoré územné samosprávy zaujali výklad, ktorý je podľa nášho názoru v rozpore s gramatickým, ústavne konformným a teleologickým výkladom čl. 7 ods. 7 Ústavného zákona.

3.1 Výklad presadzovaný niektorými územnými samosprávami

Verejní funkcionári svoje majetkové priznania v zmysle čl. 7 ods. 5 nepodávajú tomu istému orgánu. Kým celoštátni verejní funkcionári ho adresujú Výboru Národnej rady Slovenskej republiky pre nezlučiteľnosť funkcií a rektori verejných vysokých škôl príslušným akademickým senátom verejných vysokých škôl, predstavitelia územnej samosprávy tak činia smerom ku komisii zriadenej príslušnými zastupiteľstvami. V podmienkach obcí, miest a mestských častí Bratislavy a Košíc je táto komisia jedinou, ktorá sa zriaďuje obligatórne.

V zmysle čl. 7 ods. 7 Ústavného zákona je táto komisia (označovaná napríklad ako „Komisia na ochranu verejného záujmu“) povinná poskytnúť informácie o majetkových priznaniach verejných funkcionárov každej osobe, a to spôsobom a v rozsahu ustanovenom Infozákonom. Spôsob poskytovania informácií na základe žiadosti je upravený v § 14 a nasl. Infozákona. Žiadateľ tak adresuje svoju žiadosť obci, mestu alebo mestskej časti v Bratislave a Košiciach. V prvom stupni by o nej mal rozhodovať obecný, resp. mestský úrad. Hoci zákon o obecnom zriadení nedáva obecnému alebo mestskému úradu oprávnenie vydávať rozhodnutia o právach a právom

ťažiace z informácií nie verejne prístupných a z blízkyh (priateľských a príbuzenských) vzťahov s predstaviteľmi mesta.“

¹⁸ Rozsudok Najvyššieho správneho súdu Českej republiky sp. zn. 8 As 55/2012 – 62 z 22. októbra 2014, bod 68.

¹⁹ DJANKOV, S., LA PORTA, R. LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A. Disclosure by Politicians, s. 179 – 209.

²⁰ PROCHÁZKA, R., KÁČER, M. Teória práva, s. 233.

chránených záujmoch osôb (správnym orgánom je starosta alebo primátor, ktorý vydáva aj rozhodnutia v správnom konaní), v praxi sa akceptuje, že Infozákon ustanovil pre obecné a mestské úrady osobitnú právomoc vydávať rozhodnutia o nesprístupnení informácií. Postup, keď v prvom stupni rozhodujú obecné, resp. mestské úrady a o odvolaní rozhodujú starostovia alebo primátori, je široko prijímaný aj súdnou praxou.²¹ A keďže komisia je orgánom zriadeným obecným (resp. mestským či miestnym)²² zastupiteľstvom, v súlade s § 16 ods. 1 zákona č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov by o žiadosti o sprístupnenie informácií z majetkových priznaní mal v prvom stupni rozhodovať obecný (resp. mestský či miestny) úrad.

Problematický výklad Infozákona niektorými územnými samosprávami sa týka rozsahu, v akom je podľa ich názoru možné poskytnúť informácie o majetkových priznaniach verejných funkcionárov. Opiera sa o § 9 ods. 3 písm. g) Infozákona, ktorý sa týka ochrany osobnosti a osobných údajov. Podľa tohto ustanovenia povinná osoba (teda aj obec, mesto a mestská časť v Bratislave a Košiciach) sprístupní na účely informovania verejnosti osobné údaje fyzickej osoby, ktoré sú spracúvané v informačnom systéme za podmienok ustanovených osobitným zákonom o fyzickej osobe, ktorá je verejným funkcionárom, v rozsahu (i) titul, (ii) meno a priezvisko, (iii) funkcia a deň ustanovenia alebo vymenovania do funkcie, (iv) pracovné zaradenie a deň začiatku výkonu pracovnej činnosti, (v) miesto výkonu funkcie alebo pracovnej činnosti a orgán, v ktorom túto funkciu alebo činnosť vykonáva, a (vi) mzda, plat alebo platové pomery a ďalšie finančné náležitosti priznané za výkon funkcie alebo za výkon pracovnej činnosti, ak sú uhrádzané zo štátneho rozpočtu alebo z iného verejného rozpočtu.²³

Tento výklad bráni tomu, aby boli žiadateľovi poskytnuté informácie o (A) vlastníctve nehnuteľnosti vrátane vlastníctva bytu a nebytového priestoru, (B) vlastníctve hnuteľnej veci, ktorej zvyčajná cena presahuje 35-násobok minimálnej mzdy, (C) vlastníctve majetkového práva alebo inej majetkovej hodnoty, ktorých menovitá hodnota presahuje 35-násobok minimálnej mzdy, (D) existencii záväzku, ktorého predmetom je peňažné plnenie v menovitej hodnote presahujúcej 35-násobok minimálnej mzdy, a o (F) príjmoch dosiahnutých z výkonu iných funkcií, zamestnaní alebo činností, v ktorých vykonávaní verejný funkcionár pokračuje aj po ujatí sa výkonu funkcie.

Ustanovenie § 9 ods. 3 bolo do Infozákona doplnené zákonom č. 628/2005 Z. z. s účinnosťou od 2. januára 2006, a už 20. decembra 2007 bol ústavnému súdu doručený návrh na vyslovenie jeho nesúladu s viacerými článkami ústavy (zaručujúcimi napríklad základné právo na ochranu pred neoprávneným zasahovaním do súkromného a rodinného života, základné právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním údajov či základné právo na ochranu osobných údajov). Ústavný súd návrhu nevyhovel, pričom ustanovenie § 9 ods. 3 prešlo v jeho náleze aj testom proporcionality. Na dôvažok k tomu však v odôvodnení uviedol niekoľko zásadných vyjadrení.

Ústavný súd vyslovil súhlas s tým, že údaj o výške príjmov sa významným spôsobom premieta do súkromnej sféry jednotlivca, vypovedá o jeho sociálnom postavení a jeho zverejnenie môže mať významné (a to aj negatívne) dôsledky na jeho osobné, pracovné či iné spoločenské vzťahy. V prípade dotknutých osôb však ide len o jeden aspekt, ktorý je z hľadiska vlastného posúdenia veci potrebné vziať do úvahy. Ďalším aspektom je verejný záujem na verejnej kontrole a transparentnosti nakladania s verejnými prostriedkami z hľadiska jeho zákonnosti a účelnosti, ako aj preventívne pôsobenie takejto kontroly. Z tohto aspektu je podľa ústavného súdu nevyhnutné zdôrazniť, že základné právo na informácie slúži vo svojej podstate aj ako prekážka pre zneužívanie moci zo strany osôb podieľajúcich sa na jej výkone. Účinná kontrola verejnej moci tak nie je

²¹ WILFLING, P. Zákon o slobodnom prístupe k informáciám. Komentár, problémy z praxe, rozhodnutia súdov, s. 181.

²² V zmysle § 24 ods. 3 zákona č. 369/1990 Zb. o obecnom zriadení v znení neskorších predpisov plní mestský úrad úlohy obecného úradu v mestách. Obdobná je právna úprava miestnych úradov v mestách Bratislava a Košice (§ 19 zákona č. 377/1990 Zb. o hlavnom meste Slovenskej republiky Bratislave v znení neskorších predpisov a § 17 zákona č. 401/1990 Zb. o meste Košice v znení neskorších predpisov).

²³ Pod pojem „mzda, plat, platové pomery a ďalšie finančné náležitosti“ možno napríklad v prípade starostu obce zahrnúť aj cestovné náhrady a tzv. paušálne výdavky (spotreba pohonných látok v motorovom vozidle zverenom starostovi na výkon svojej funkcie, výdavky z reprezentačného fondu starostu a pod.). SOLDÁN, A. Slobodný prístup k informáciám v samospráve. Povinnosti miest a obcí, s. 29 a 30.

skutočná bez možnosti prijímať informácie vzťahujúce sa na jednotlivé osoby, ktoré túto moc vykonávajú.²⁴

Dôvodová správa k § 9 ods. 3 Infozákona uvádza: „Predkladaný návrh mení pôvodnú právnu úpravu v smere zúženia rozsahu osobných údajov, ktorým sa poskytuje ochrana, u taxatívne vymedzeného okruhu osôb, ktoré sú platené z verejných zdrojov. Doterajšia právna úprava poskytuje týmto osobám rovnaký rozsah ochrany všetkých ich osobných údajov v porovnaní s ktorýmkoľvek inými subjektmi ochrany podľa toho zákona. Avšak v oblastiach, ktoré sa týkajú verejnej alebo úradnej činnosti alebo funkčného alebo pracovného zaradenia ako i odmeňovania týchto osôb, je právo verejnosti na informácie v uvedených prípadoch nadradené právu na ochranu týchto údajov o dotknutej osobe.“ Pri výklade presadzovanom niektorými územnými samosprávami je preto paradoxné, že nemožnosť poskytnúť kľúčové údaje z majetkových priznaní verejných funkcionárov opierajú práve o ustanovenie prijímané s cieľom právo verejnosti na informácie rozšíriť.

3.2 Použitie gramatického výkladu a úplné znenie ústavného zákona

Základným referentom gramatického výkladu je jazykové znenie pravidla. Pri gramatickom výklade berie jeho autor do úvahy najmä pravidlá syntaxe, etymológie, štylistiky – jednoducho bežné gramatické pravidlá. Táto metóda výkladu je základom pre použitie všetkých ďalších metód a len na jej základe vieme napríklad určiť, či nejaký výklad je výkladom *contra legem* (v rozpore so zákonom), alebo nie.²⁵

Ako uvádzame vyššie, podľa čl. 7 ods. 7 prvej vety Ústavného zákona je orgán, ktorému sa podávajú majetkové priznania, povinný poskytnúť informácie o nich každej osobe spôsobom a v rozsahu ustanovenom Infozákonom. Ústavný zákon v čl. 7 ods. 7 tretej vete ďalej určuje, že osobné údaje verejného funkcionára sa poskytujú alebo zverejňujú v rozsahu titul, meno, priezvisko a verejná funkcia, ktorú vykonáva. Máme za to, že pri výklade týchto ustanovení je nevyhnutné vnímať aj znenie čl. 7 ods. 1 písm. e), čl. 7 ods. 8, čl. 7 ods. 9 a čl. 12 ods. 1 Ústavného zákona.

Podľa čl. 7 ods. 1 písm. e) platí, že verejný funkcionár je povinný do 30 dní odo dňa, keď sa ujal výkonu verejnej funkcie, a počas jej výkonu vždy do 31. marca podať písomné oznámenie za predchádzajúci kalendárny rok, v ktorom uvedie svoje majetkové pomery a majetkové pomery manžela a neplnoletých detí, ktorí s ním žijú v domácnosti, vrátane osobných údajov v rozsahu titul, meno, priezvisko a adresa trvalého pobytu.

Elektronický lexikón slovenského jazyka uvádza, že slovo „vrátane“ predstavuje predložku, pričom pri použití s podstatným menom v genitíve vyjadruje „prirátanie“, resp. „pričlenenie k istému počtu“. V čl. 7 ods. 1 písm. e) tak odvodený ústavodarca dôsledne rozlišuje dve kategórie údajov pre účely ústavnej úpravy: (i) údaje o majetkových pomeroch, a (ii) osobné údaje. V čl. 7 ods. 4 následne odvodený ústavodarca kategóriu majetkových pomeroch definuje.

Pokiaľ pri odvodení ústavodarca považoval údaje o majetkových pomeroch pre účely Ústavného zákona za rovnakú kategóriu ako osobné údaje, spojenie „údaje o majetkových pomeroch“ by nepoužil ani v čl. 7 ods. 8: „*Ustanovenie odseku 7 (zverejňovanie a poskytovanie informácií o majetkových priznaniach – poznámka autora) sa nevzťahuje na údaje o majetkových pomeroch a na osobné údaje manžela a neplnoletých detí, ktorí žijú s verejným funkcionárom v domácnosti.*“ Práve naopak, odvodený ústavodarca opätovne rozdeľuje údaje o majetkových pomeroch a osobné údaje na dve samostatné kategórie, čím je vylúčené, že rozlišovanie údajov na (i) údaje o majetkových pomeroch a (ii) osobné údaje v čl. 7 ods. 1 písm. e) predstavuje jeho nepozornosť.

Dve kategórie údajov podľa ústavnej úpravy majú aj odlišný spôsob sprístupňovania. Kým sprístupňovanie osobných údajov je vymedzené pozitívnym spôsobom (sprístupní sa iba titul, meno, priezvisko a verejná funkcia, ktorú verejný funkcionár vykonáva – čl. 7 ods. 7 tretia veta), sprístupňovanie údajov o majetkových pomeroch je vymedzené negatívnym spôsobom, t. j. v čl. 7 ods. 9 sa ustanovuje iba to, čo sa nesprístupní: „Podľa odseku 7 sa nezverejňujú také údaje o majetkových pomeroch verejného funkcionára, ktoré by umožnili identifikáciu hnutelných vecí, ktoré verejný funkcionár vlastní, alebo identifikáciu ďalších strán v právnych vzťahoch podľa odseku 4 písm. c) a d).“ A contrario dostaneme tie údaje o majetkových pomeroch, ktoré sa sprístupňujú, pričom na základe čl. 7 ods. 9 Ústavného zákona rovnako platí, že údaje o príjmoch dosiahnutých v uplynulom kalendárnom roku z výkonu iných funkcií, zamestnaní alebo činností, v ktorých

²⁴ Nález ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 1/09 z 19. januára 2011.

²⁵ PROCHÁZKA, R., KÁČER, M. Teória práva, s. 236.

vykonávaní verejný funkcionár pokračuje aj po ujatí sa výkonu funkcie verejného funkcionára nepatria medzi údaje, ktoré sa nezverejňujú.

Ako teda dokazujú ustanovenia čl. 7 ods. 1 písm. e), čl. 7 ods. 8 a čl. 7 ods. 9, odvodený ústavodarca pri sprístupňovaní informácií z majetkových priznaní rozlišuje dve kategórie údajov. Prvou je kategória (i) údajov o majetkových pomeroch. Verejnosti sa sprístupnia všetky údaje o majetkových pomeroch verejného funkcionára s výnimkou obmedzení vzťahujúcich sa na hnutelné veci, majetkové práva, iné majetkové hodnoty a záväzky (čl. 7 ods. 9). Druhou kategóriou sú (ii) osobné údaje, ktoré sa sprístupnia iba v rozsahu titul, meno, priezvisko a verejná funkcia. Toto všetko následne podporuje aj čl. 12 ods. 1 Ústavného zákona, v zmysle ktorého sa na ochranu osobných údajov verejného funkcionára a iných osôb, ktoré sa spracúvajú, poskytujú alebo zverejňujú podľa Ústavného zákona, vzťahujú ustanovenia zákona. Opätovne zdôrazňujeme, že odvodený ústavodarca rozdeľuje informácie na majetkové pomery a osobné údaje, a zákonnú ochranu priznáva len druhej kategórii – osobným údajom. Preto máme za to, že § 9 ods. 3 Infozákona nie je pre kategóriu údajov o majetkových pomeroch použiteľný. Ustanovenie § 9 ods. 3 Infozákona nie je možné pre účely Ústavného zákona použiť, nakoľko ten predstavuje vo vzťahu k údajom o majetkových pomeroch a osobných údajoch verejných funkcionárov lex specialis.

3.3 Použitie ústavne konformného výkladu

Informácie z majetkových priznaní verejných funkcionárov sa nepochybne dotýkajú ich súkromného života, a teda aj základných práv podľa čl. 19 ods. 2 a 3, ako aj čl. 22 ods. 1 ústavy. Ústavnému súdu pritom už v minulosti bol predložený návrh na preskúmanie ústavného súladu zákonnej právnej úpravy zakotvujúcej povinnosť určitého okruhu fyzických osôb s trvalým alebo povoleným pobytom v Slovenskej republike podávať majetkové priznanie. Ústavný súd v tomto konaní pozastavil účinnosť príslušného ustanovenia vtedajšieho zákona č. 511/1992 Zb. o správe daní a poplatkov a o zmenách v sústave územných finančných orgánov. Meritórne rozhodnutie ale nebolo vydané, pretože vláda Slovenskej republiky predložila Národnej rade Slovenskej republiky ako odpoveď na vzniknutý stav návrh zákona, po ktorého schválení preskúmané ustanovenia stratili platnosť.²⁶ Ústavný súd následne konanie zastavil.²⁷

V prvom rade si dovoľujeme vysloviť názor, že úprava majetkových priznaní podľa Ústavného zákona by nemohla byť posudzovaná rovnakým spôsobom, t. j. ako súladná (resp. nesúladná) s vyššie uvedenými článkami ústavy. Náš názor opierame o závery ústavného súdu. Ten vo vzťahu k Ústavnému zákonu uviedol, že je „*právnym predpisom rovnakej právnej sily ako ústava sama, v dôsledku čoho je potrebné ho interpretovať ako zúženie rozsahu ochrany, ktorú poskytuje základné právo inak zaručené v čl. 35 ods. 1 ústavy* (právo na slobodnú voľbu povolania a prípravu naň, právo podnikat' a uskutočňovať inú zárobkovú činnosť – poznámka autora) *vo vzťahu k určitým v ústavnom zákone č. 357/2004 Z. z. presne vymedzeným verejným funkcionárom v zmysle zásady, že špeciálna norma predchádza všeobecnej (lex specialis derogat generali)*“.²⁸ A keďže základné práva a slobody sú navzájom rovnocenné, pričom koncepcia materiálneho právneho štátu vylučuje vytvorenie „hierarchie“ základných práv a slobôd, v ktorej by sa jednému základnému právu alebo slobode priznal väčší význam, než aký má iné základné právo alebo sloboda,²⁹ nevidíme dôvod preto, aby sa takýto výklad neuplatnil pri verejných funkcionároch aj vo vzťahu k čl. 19 ods. 2 a 3 ústavy. Za nemenej dôležitý považujeme tiež názor ústavného súdu, že „*všeobecné výkladové pravidlo uvedené v čl. 152 ods. 4 ústavy je možné uplatniť iba u všeobecne záväzných právnych predpisov s právnou silou nižšou ako ústava sama*“.³⁰

Navyše, pokiaľ by sme aj pripustili, že pri výklade čl. 7 ods. 7 Ústavného zákona je nutné sa vysporiadať povedzme s čl. 19 ods. 2 ústavy (zakotvujúcim právo na ochranu pred neoprávneným zasahovaním do súkromného a rodinného života), u verejných funkcionárov je toto právo v porovnaní s inými fyzickými osobami aj tak zúžené. Napríklad ústavný súd v náleze sp. zn. II. ÚS 44/00 zo dňa 5. januára 2001 uviedol: „*Sloboda prejavu a právo na informácie sa zaručujú podľa čl. 26 ústavy, pričom ústavou upravené (a pritom jediné) obmedzenia ich výkonu sú upravené v čl. 26 ods. 4. Medzi tieto obmedzenia patrí aj „ochrana práv a slobôd iných“.* Pri uplatňovaní týchto základných práv ide o vytvorenie primeranej rovnováhy medzi právom na informácie na strane

²⁶ DRGONEC, J. Ústava Slovenskej republiky. Komentár, s. 399.

²⁷ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. PL. ÚS 4/02-53 z 20. mája 2002.

²⁸ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. II. ÚS 576/2012 z 13. decembra 2012.

²⁹ Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. PL. ÚS 22/06 z 1. októbra 2008.

³⁰ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. I. ÚS 30/1999 z 28. júna 1999.

jednej a právom na súkromie toho (tých), o ktorom sa informácie získavajú, pričom sa uznáva, že u osôb verejného záujmu dochádza k zúženiu priestoru ich súkromnej sféry, v dôsledku čoho sa primerane znižuje aj úroveň ochrany ich osobnostných práv. Parlamentné zhromaždenie Rady Európy vo svojej rezolúcii 1165 z 26. júna 1998 venovanej právu na súkromie uvádza, že verejne činné osoby (public figures) (...) musia rešpektovať, že osobitné postavenie, ktoré zastávajú v spoločnosti (a v mnohých prípadoch na základe svojho vlastného rozhodnutia), automaticky vyvoláva tlak na ich súkromie. Každá osoba vystupujúca na verejnosti musí (a v dôsledku toho) strpieť zvýšenú kontrolu verejnosti nad takouto svojou činnosťou.“

Rozhodovacia prax ústavného súdu umožňuje, resp. priamo prikazuje orgánom verejnej moci výklad v súlade s ústavnými právami a princípmi. V prípade, že by doslovný výklad ustanovenia bol v rozpore so základnými právami a ústavnými princípmi, orgány verejnej moci by mali zvoliť taký výklad ustanovenia, ktorý ústavné práva a princípy neporušuje.

Máme tak za to, že základné právo na ochranu pred neoprávneným zasahovaním do súkromného a rodinného života, základné právo na ochranu pred neoprávneným zhromažďovaním, zverejňovaním alebo iným zneužívaním údajov alebo ústavne zaručená ochrana osobných údajov nemôžu byť prekážkou pri poskytovaní kľúčových informácií z majetkových priznaní predstaviteľov územnej samosprávy.

3.4 Použitie teleologického výkladu (účel ústavného zákona)

Právne normy majú zásadne presne a pevne popísaný dosah pôsobnosti. Osoba, aplikujúca právo, túto oblasť konkretizuje pomocou výkladu na základe znenia alebo teleologicky na základe normatívneho účelu. Existujú však zároveň také zákonné ustanovenia, ktoré na základe svojho znenia zahŕňajú skutkové situácie, ktoré zákonodarca s ohľadom na účel zákona vôbec nechcel obsiahnuť. Doslovná, gramatická metóda výkladu právneho textu by v tomto prípade viedla k tomu, že zákonodarcom sledovaný cieľ by sa obrátil vo svoj protiklad. Aby bolo možné dospieť k reálnemu životu a spravodlivej pozícii záujmov blízkeho rozhodnutiu, musí osoba, aplikujúca právo, pristúpiť v danom prípade k zúženiu aplikovanej právnej normy. Táto myšlienková operácia, nesúca označenie „redukcia“ (alebo „reštrikcia“), sa uskutočňuje tým, že napriek svojou povahou jednoznačnému zneniu bude aplikácia vychádzať z účelu právnej normy a zákonné ustanovenie „teleologicky“ (to znamená na základe „ratio legis“) zúži alebo redukuje. Týmto spôsobom môže dosiahnuť účel právnej normy.³¹

Ústavný súd sa v súvislosti s teleologickým výkladom vyjadril, že pri výklade a aplikácii ustanovení právnych predpisov je nepochybne potrebné vychádzať prvotne z ich doslovného znenia. Súd však nie je doslovným znením zákonného ustanovenia viazaný absolútne. Môže, ba dokonca sa od doslovného znenia právneho textu musí odchýliť v prípade, keď to zo závažných dôvodov vyžaduje účel zákona, systematická súvislosť alebo požiadavka ústavne súladného výkladu zákonov a ostatných všeobecne záväzných právnych predpisov (čl. 152 ods. 4 ústavy). Samozrejme, že sa v takýchto prípadoch musí zároveň vyvarovať svojvôle (arbitrárnosti) a svoju interpretáciu právnej normy musí založiť na racionálnej argumentácii.³²

Ústavný zákon č. 357/2004 Z. z. predstavuje všeobecne záväzný právny predpis, ktorého úlohou je najmä umožnenie verejnej kontroly majetkových prírastkov verejných funkcionárov pred nástupom do verejnej funkcie, počas jej výkonu a rok po jej skončení. Má takto protikorupčný a preventívny charakter. Pri ustanovení čl. 7 ods. 7, s ktorého výkladom je problém, dôvodová správa konštatuje: „*Odseky 7 až 9 navrhujú ustanoviť povinnosť zverejňovať písomné oznámenia verejných funkcionárov a prístupenie údajov z písomných oznámení na základe zákona o slobodnom prístupe k informáciám. Navrhované riešenie je v súlade s Ústavou i platnými medzinárodnými záväzkami, vzhľadom na to, že výkon verejných funkcií je vec verejná, z ktorej je možné vyvodit' aj oprávnenie verejnosti disponovať o osobách, vykonávajúcich tieto funkcie aj informáciami, ktoré majú vo vzťahu k iným fyzickým osobám súkromný charakter.“*

Pokiaľ by údaje o príjmoch a majetkových pomeroch verejných funkcionárov odvodený ústavodarca nezamýšľal verejnosti sprístupniť, verejnosť by nedisponovala žiadnymi relevantnými informáciami o majetkových prírastkoch starostov, primátorov, poslancov mestských zastupiteľstiev a poslancov miestnych zastupiteľstiev v Bratislave a Košiciach. Tým by bola znemožnená prakticky akákoľvek účinná verejná kontrola. Tú pritom ústavná úprava výslovne predpokladá v čl. 9 ods. 2 písm. b) Ústavného zákona, keď umožňuje začatie konania vo veci ochrany verejného záujmu a

³¹ VEČEŘA a kol.: Teória práva, s. 199 – 200.

³² Nález Ústavného súdu Slovenskej republiky sp. zn. III. ÚS 341/07 z 1. júla 2008.

zamedzenia rozporu záujmov na základe riadne odôvodneného podnetu. Nemožno sa preto stotožniť s takým výkladom čl. 7 ods. 7, po ktorom by boli kľúčové informácie z majetkových priznaní verejných funkcionárov známe len im samým, pretože v opačnom prípade by existovali dve úplne odlišné kategórie verejných funkcionárov podliehajúcich Ústavnému zákonu: (i) verejní funkcionári, ktorých majetkové priznania sú verejnosti prístupné, a (ii) starostovia, primátori, poslanci mestských zastupiteľstiev a poslanci miestnych zastupiteľstiev v Bratislave a Košiciach, ktorí by síce formálne verejnými funkcionármi boli, avšak kľúčové údaje z ich majetkových priznaní by prístupné neboli. Vo vzťahu k nim by tak odpadol účel Ústavného zákona, čo nepochybne nikdy nebolo cieľom odvodeného ústavodarcu, keď ich v roku 2004 zaradil pod osobnú pôsobnosť ústavnej úpravy.

3.5 Súdny prieskum výkladu niektorých územných samospráv

Ako už uviedol ústavný súd, výklad práva podaný v právnej vede nemá záväzný význam na uplatnenie práva ani mu nemožno priznať povahu dôkazu.³³ Obdobne aj v súčasnosti podľa nášho názoru platí latinské príslovie *teoria sine praxis sicut rota sine axis* (teória bez praxe je ako voz bez kolies). Sme presvedčení o tom, že neexistuje lepší spôsob pre dokázanie, že prezentovaný výklad niektorých územných samospráv nie je správny, ako otestovanie nami uvedených výkladov v súdnom konaní. Podľa našich vedomostí sa všeobecné súdy v Slovenskej republike doposiaľ nemali možnosť k výkladu čl. 7 ods. 7 Ústavného zákona vyjadriť v rámci správneho súdnictva, a o to cennejší by preto mohol byť prvý výsledok rozhodovacej praxe.

V súlade s Infozákonom sme sa preto obrátili na mesto Stará Ľubovňa, aby sme zistili, či nám informácie z majetkových priznaní primátora a poslancov mestského zastupiteľstva budú poskytnuté. Konanie na prvom stupni (mestský úrad) a na druhom stupni (primátor) ukázalo, že aj táto územná samospráva považuje § 9 ods. 3 Infozákona za ustanovenie znemožňujúce poskytnutie informácií o (A) vlastníctve nehnuteľnosti vrátane vlastníctva bytu a nebytového priestoru, (B) vlastníctve hnuťelnej veci, ktorej zvyčajná cena presahuje 35-násobok minimálnej mzdy, (C) vlastníctve majetkového práva alebo inej majetkovej hodnoty, ktorých menovitá hodnota presahuje 35-násobok minimálnej mzdy, (D) existencii záväzku, ktorého predmetom je peňažné plnenie v menovitej hodnote presahujúcej 35-násobok minimálnej mzdy, a o (F) príjmoch dosiahnutých z výkonu iných funkcií, zamestnaní alebo činností, v ktorých vykonávaní verejný funkcionár pokračuje aj po ujatí sa výkonu funkcie.

Obrátili sme sa preto so žalobou podľa druhej hlavy piatej časti Občianskeho súdneho poriadku na Krajský súd v Prešove.³⁴ V správnej žalobe sme uviedli okrem iného výklad prezentovaný v podkapitolách 3. 2 až 3.4. Dňa 29. apríla 2015 vydal súd rozsudok sp. zn. 5S/40/2014-45, ktorým druhostupňové rozhodnutie primátora mesta Stará Ľubovňa zrušil ako nezákonné, pričom v odôvodnení rozsudku sa s nami prezentovaným výkladom stotožnil. Súd uznal, že z hľadiska obsahu oznámení rozlišuje č. 7 ústavného zákona medzi majetkovými pomermi a osobnými údajmi, čo nesporne vyplýva z čl. 7 ods. 4 a 7. Pozitívnym spôsobom vymedzuje, ktoré osobné údaje verejného funkcionára sa zverejňujú a naopak negatívnym spôsobom upravuje, ktoré informácie týkajúce sa majetkových pomerov verejného funkcionára sa nezverejňujú. Ak územná samospráva dospeje k záveru, že okrem informácií uvedených v § 9 ods. 3 Infozákona sa v prípade verejných funkcionárov ďalšie informácie nezverejňujú, takýto výklad je v rozpore s čl. 7 a samotným účelom a cieľom ústavného zákona vyjadrenom v čl. 1. Ústavný zákon v danom prípade vo vzťahu k zverejňovaniu informácií o oznámeniach verejných funkcionárov podľa čl. 7 citovaného je zákonom „lex specialis“.

Odôvodnenie obsahuje aj konštatovanie z dôvodovej správy k Ústavnému zákonu, že verejní funkcionári rozhodujú v rámci svojich právomocí o významných otázkach verejného záujmu a od kvality a objektivity ich rozhodovania v nemalej miere závisí úroveň uspokojovania verejných, skupinových i individuálnych potrieb občanov, pričom nezriedka sú verejní funkcionári pri rozhodovaní vystavení rôznym tlakom, ktoré sledujú presadenie skupinových alebo individuálnych záujmov na úkor verejného záujmu.

Súd tiež súhlasil s názorom, že aj keď v čl. 7 ods. 7 ústavný zákon odkazuje pri spôsobe a rozsahu zverejňovania informácií oznámení na zákon o slobodnom prístupe k informáciám, nie je možné vykladať toto ustanovenie výslovne gramatickým výkladom tak, ako to vykladá primátor mesta, ale je potrebné použiť aj výklad teleologický, t. j. je potrebné v prvom rade prihliadať na

³³ Uznesenie ústavného súdu sp. zn. II. ÚS 31/99 zo 17. marca 1999.

³⁴ Vecná príslušnosť súdu bola daná v zmysle § 246 ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku, miestna príslušnosť podľa § 246a ods. 1 Občianskeho súdneho poriadku.

sledovaný účel a ciele ústavného zákona. Odôvodnenie tiež obsahuje stotožnenie sa s názorom ústavného súdu, že u verejných funkcionárov je právo na súkromie v porovnaní s inými súkromnými osobami zúžené. Krajský súd v Prešove v závere odôvodnenia uvádza, že nesprávnym právnym posúdením a na základe ústavne nekonformného výkladu práva došlo k zásahu do nášho základného práva na informácie garantované čl. 26 ods. 1 ústavy.

4 ZÁVER

Starostovia, primátori, poslanci mestských zastupiteľstiev a poslanci miestnych zastupiteľstiev v Bratislave a Košiciach sú ako predstavitelia územnej samosprávy zároveň verejnými funkcionármi podliehajúcimi Ústavnému zákonu. Z približne 6 709 verejných funkcionárov, ktorí sú podľa ústavnej úpravy povinní podávať majetkové priznania, tvoria až 86,27 %. Práve preto je dôležité, aby boli informácie z ich majetkových priznaní prístupné každému, kto o to prejaví záujem. Majetkové priznania predstaviteľov územnej samosprávy sa však nemôžu stať verejne prístupnými vtedy, ak bude presadzovaný výklad, že na základe § 9 ods. 3 Infozákona je možné poskytnúť iba výšku ich príjmov dosiahnutých z výkonu funkcie verejného funkcionára. Pri tomto výklade totiž ostanú kľúčové informácie pre zistenie majetkových prírastkov známe iba samotným verejným funkcionárom.

Prostredníctvom gramatického, ústavne konformného a teleologického výkladu čl. 7 ods. 7 Ústavného zákona sme dospeli k názoru, že v režime poskytovania informácií z majetkových priznaní podľa prvej vety čl. 7 ods. 7 majú žiadatelia právny nárok na sprístupnenie rovnakého okruhu informácií z majetkových priznaní, ako tomu je pri ich zverejňovaní v súlade s druhou vetou čl. 7 ods. 7 Výborom Národnej rady Slovenskej republiky pre nezlučiteľnosť funkcií. Nami presadzovaný výklad bol otestovaný v konaní pred krajským súdom, ktorý sa s ním stotožnil. Hoci jeho rozhodnutie má „len“ presvedčovaciu silu, iný súd sa pri možnom budúcom riešení otázky poskytovania informácií z majetkových priznaní predstaviteľov územnej samosprávy bude musieť s jeho argumentmi vysporiadať. V opačnom prípade by riskoval nepreskúmateľnosť rozhodnutia, či nesprávne právne posúdenie vo veci. Pokiaľ by sa nami presadzovaný výklad presadil v praxi, vytvoril by väčší priestor pre spoločenskú kontrolu predstaviteľov územnej samosprávy a predstavoval by nástroj na prevenciu korupčného správania či odhaľovania protiprávneho nakladania s verejnými prostriedkami.

Použitá literatúra:

- BALOG, B. Ústavné zákony v právnom poriadku Slovenskej republiky. Justičná revue, 2007, č. 12, s. 1575-1584. ISSN 1335-6461.
- BREICHOVÁ LAPČÁKOVÁ, M. Ústava a ústavné zákony. Bratislava: Kalligram, 2013. 272 s. ISBN 978-80-81017-27-8
- DJANKOV, S., LA PORTA, R. LOPEZ-DE-SILANES, F., SHLEIFER, A. Disclosure by Politicians. In: American Economic Journal: Applied Economics. 2010, č. 2, s. 179-209. ISSN 19457782.
- DRGONEC, J. Ústava Slovenskej republiky. Komentár. 3. vydanie. Šamorín : Heuréka, 2012, 1 620 s. ISBN 80-89122-73-8.
- ĽALÍK, T. Ústavný súd a parlament v konštitučnej demokracii. Bratislava: Wolters Kluwer, 2015. 224 s. ISBN 978-80-8168-224-7.
- PROCHÁZKA, R., KÁČER, M. Teória práva. Bratislava: CH Beck, 2013. 294 s. ISBN 978-80-89603-14-5.
- SOLDÁN, A. Slobodný prístup k informáciám v samospráve. Povinnosti miest a obcí. Bratislava: Wolters Kluwer, 2015. 152 s. 978-80-8168-269-8.
- STAROŇOVÁ, K., MALÍKOVÁ, L. Pohľad politológie na fenomén korupcie. In: Časopis Sociológia - Slovak Sociological Review, 2007, s. 289. ISSN 0049 – 1225.
- VEČEŘA a kol.: Teória práva. 4. vydanie. Bratislava: Eurokódex, 2011, 352 s. ISBN 978-80-89447-40-4.
- WILFLING, P. Zákon o slobodnom prístupe k informáciám. Komentár, problémy z praxe, rozhodnutia súdov. Pezinok : VIA IURIS – Centrum pre práva občana, 2012, 296 s. ISBN 978-80-970686-4-6.

Kontaktné údaje:

Mgr. Vincent Bujňák

vincent.bujnak@flaw.uniba.sk

Katedra ústavného práva

Právnická fakulta Univerzity Komenského v Bratislave

Šafárikovo námestie č. 6

810 00 Bratislava

Slovenská republika

THE RULE OF LAW AND THE CONSISTENCY OF JUDGMENTS

Geert Corstens

Former President of the Supreme Court of the Netherlands

Abstract: The rule of law is an important basic principle. The rule of law contains four components: No-one is above the law, balance between the three branches of government, respect for human rights and access to independent and impartial tribunals. The rule of law is based upon the idea of liberty for the citizens. Without the rule of law there will be no liberty for the citizens. The author asks attention for factors that undermine the rule of law. He draws the attention as well to the requirement of clarity of the law. If the law is not clear, the rule of law cannot contribute to liberty for citizens. Therefore consistency of jurisprudence is important.

Key words: liberty, rule of law, supremacy of law, balance of powers, human rights, independent and impartial judges, consistency of jurisprudence

1 THE RULE OF LAW

1.1 Everyone is bound by the law

The rule of law is an important basic principle. Article 1 of your constitution begins with a clarion call: 'The Slovak Republic is a sovereign, democratic state governed by the rule of law'. No-one is above the law. As the late Lord Bingham, former senior law lord in the British House of Lords, once remarked '... if you maltreat a penguin in the London Zoo, you do not escape prosecution because you are the archbishop of Canterbury'¹. Lord Bingham's example is perhaps a little bizarre, but it conveys the essence: no-one is above the law. If everyone is bound by the law, then everyone is equal before the law. And the corollary to that is the principle of non-discrimination. We are not allowed to draw unjustified distinctions between people. The state must not give less protection to one person than another, for example because he or she belongs to a minority group. This presents a serious challenge to countries that are home to substantial minority groups.

1.2 Balance between the branches of government

The second component of the rule of law is the balance between the three branches of government: the legislature, the executive and the judiciary. The aim is to prevent too much power being concentrated in one organ. The three branches are meant to keep each other in check, so that citizens are not prevented from exercising their freedoms.

Under the rule of law, no-one has the last word. But there is a division of tasks between the members of the trias politica, the three branches of government. The legislature is there to set out the broad structure of the state and, possibly, of society.

The executive is charged with implementing legislation and can be called to account if it fails to do so. Chaos would result if the government implemented one law but not another. We are all bound by the law. The tax authorities, for example, treat everyone in the way the law prescribes. They aren't permitted to tax one person differently from another.

And finally, the courts are there to resolve disputes between individuals, companies, institutions and public authorities and to impose penalties if they break the law. I'll come back to this in more detail later on.

1.3 Respect for human rights

The third component of the rule of law is respect for human rights. Every person has a right to life, to protection against arbitrary detention, to equal treatment, to vote and stand in elections, and to be free from invasions of his or her privacy. In addition, they are entitled to freedom of expression, religion and belief, assembly and association, and the peaceful enjoyment of their possessions. All these rights are enshrined in your constitution or in international treaties. They are

¹ T. Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane, London, 2010, p. 4.

the essential elements of freedom. Your constitution states: 'All human beings are free and equal in dignity and rights'.²

According to Professor Alexander Brörtl, your constitution implies that 'International treaties on human rights and fundamental freedoms, those whose execution does not require a statute, and those that directly establish rights or obligations of natural or legal persons and that have been ratified and promulgated as prescribed by law take precedence over national laws'.³ These fundamental freedoms are reinforced by their inclusion in the constitution and international treaties, neither of which can be quickly or easily amended. This puts them 'beyond the reach of temporary political majorities', as former associate justice of the US Supreme Court William Brennan once observed.

1.4 Access to an independent and impartial tribunal

The last component of the rule of law I would mention is access to an independent and impartial tribunal. Those in authority within each of the three branches of government are responsible for explaining, over and over again, one of history's hardest lessons: that an independent judiciary is an absolute pre-condition for a democracy governed by the rule of law.

Of course, it must also be possible to gain access to a country's independent and impartial courts. And therein lies a problem. In many cases you need an expensive lawyer and have to pay court fees. Article 46 of your constitution refers to the right to judicial protection. As Professor Brörtl writes, 'The aim of the constitutional right to this protection, as guaranteed in Article 46 of the Constitution, is to enable everybody to have practical access to the courts'.⁴

It is vital to the freedom of us all that the judiciary is not a pawn in the hands of the executive. The first thing you think of in hearing the word 'judiciary' is its independence. It doesn't act as a manager for government but must be able to make decisions freely, without following instructions from any party whatsoever. It must be impartial, never giving preferential treatment to one of the parties. People, companies and institutions must be able to trust in that impartiality. The state too, when it has recourse to the courts. Any judge who fails to be impartial undermines his or her own position.

The four components – being bound by the law, respect for human rights, a balance of powers and access to an independent tribunal – guarantee freedom for us all. Freedom in the sense of minimum interference by the state in our private lives, but also the opportunity for each of us to flourish, make use of our talents, regardless of social or political background, and to lead a decent life. The rule of law is an achievement whose value can scarcely be overestimated. It is not built in a day, it needs time to develop. Democracy under the rule of law is not self-evident. It is not a binary concept, one or zero, a case of 'all or nothing'. Instead, the rule of law exists in various degrees of quality. Every effort must be made to ensure that its quality does not deteriorate. In times of austerity measures, this is a more difficult but no less important task. The rule of law cannot be bought, but it does cost money.

The strength of a democratic state governed by the rule of law lies in the fact that the three branches of government keep each other in line. It is important to remain open to criticism that is legitimate and appropriately expressed.

1.5 Undermining the rule of law

Are there then no threats to the rule of law? I would mention three. First, in many countries there is tension between the executive and the judiciary. That is normal. Members of the executive don't like being taken to task. To ensure that tension doesn't become excessive, it is important for members of the executive and the judiciary not to allow themselves to be carried away by emotion in their response to each other, but to remain reasonable and moderate. Moderation is an essential virtue in public life. This doesn't mean that if you encounter wrongdoing, you look away. On the contrary, integrity and honesty are required, certainly where judges are concerned. That may sometimes entail hard judgments. And judges must not be swayed by public opinion when deciding how to rule on a case. If a judge believes that the evidence before the court requires an acquittal, then acquittal must follow, even if the general public is baying for a conviction. The opposite also

² Alexander Brörtl, in: Constantijn Kortmann, Joseph Fleuren and Wim Voermans, *Constitutional Law of 10 EU Member States. The 2004 Enlargement*, Kluwer, Deventer 2006, p. IX-37.

³ Alexander Brörtl, op. cit., p. IX-10.

⁴ Alexander Brörtl, op. cit., p. IX-38.

applies. It is not the duty of the judge to please the public. See the title of the well-known book by the French prosecutor Éric de Montgolfier: *Le devoir de déplaire*⁵.

I am not saying that judges cannot be criticised. Indeed we must be open to criticism: it keeps us sharp. But in public debate that criticism should be expressed with due respect for the position of members of the judiciary. Untimely or unthinking criticism damages the institution and can distort the balance between the three branches of government.

The second threat is corruption. In many parts of the world, the rule of law is threatened by corruption and clientelism. Corruption in the sense that government services are 'bought' through gifts of money or other advantages. This is fundamentally incompatible with equality before the law: we cannot allow equality to be undermined, or allow people to evade their obligations under the law through bribery. Anyone who has the resources to bribe government officials has an unfair advantage over those who don't. This subverts the legal order. We cannot allow the application of general rules to be impeded by the greasing of a few palms. This is relevant not only to the relationship of members of the public and the business community with the executive, but also to their relationship with the judiciary. Corruption is a highly dangerous offence that undermines the rule of law. Unfortunately, however, corrupt practices are very common in many parts of the world. But there is hope: genuine attempts are being made to eliminate them in a number of countries. Every step taken in the right direction is a success for the rule of law.

A third threat arises from a lack of awareness of the rule of law's significance for the freedom of all. It is not the plaything of lawyers. To preserve our freedom, it is essential for everyone to have equal opportunities, for the executive and the judiciary to operate independently from each other, for fundamental rights to be respected and for everyone to have unimpeded access to an independent and impartial tribunal. It is the responsibility of the legal profession and the judiciary to remedy the lack of understanding of the immense importance of the rule of law by constantly emphasising it. Ensuring everyone has equal opportunities is indeed a major challenge, certainly in countries where minority groups face significant problems. What is needed in such cases is an open and honest debate between majority groups and minority groups.

2 CONSISTENCY OF JUDGMENTS

Judges apply the law. An essential element of the law is clarity. People must know what is expected of them. How can they obey the law and be guided by the law if it is difficult to determine what the law requires? The European Court of Human Rights uses the term 'predictability'⁶. If there is no predictability, there is no legal certainty. In other words, the legislature must try to make its laws as clear as possible. But courts must also be consistent in their rulings. This is a very complicated issue. On the one hand, judges must make decisions independently and impartially. On the other, a country's legal system carries little authority if in similar cases the decision first goes one way and then another. If one court tells you that possessing virtual child pornography is not an offence, while another says that it is, how can you know which is right? Situations like this can undermine adherence to the law and to equality before the law.

Of course, it isn't possible to have all cases tried by a single court. Almost everywhere in the world, people must first have recourse to a regional court, followed by appeal to a higher court, which usually only serves part of the country, and ending with the highest court, whose role is to ensure legal uniformity. It may of course take a long time before the highest court can give its view on the point of law at issue. Measures to expedite proceedings can remedy this situation. In the Netherlands we are working hard to achieve this. At Supreme Court level, we have succeeded in reducing the length of proceedings to one year. Further digitisation of procedures at the three levels (first instance, appeal and cassation) is expected to lead to an even greater reduction. In this way, lower courts will be informed earlier of answers to questions of law submitted to the Supreme Court and can take them into account in their rulings.

A second mechanism recently introduced is the preliminary ruling procedure. You will be familiar with this system in European law. Where there is uncertainty on the interpretation of EU law, national courts may submit a request for such a ruling from the European Court of Justice under article 267 of the TFEU. The ECJ then gives a ruling which offers guidance to the court in question, but also to other courts. A similar, internal mechanism has been established in France and the Netherlands. A lower court that is wrestling with the interpretation of a new provision of law can

⁵ Éric de Montgolfier, *Le devoir de déplaire*, Michel Lafon, Paris 2006.

⁶ ECtHR 26 April 1979, *Sunday Times v. UK*, app. no. 6538/74.

apply directly to the Court of Cassation (in France), or the Supreme Court (in the Netherlands) with a request for a ruling on the point of law at issue. The answer will follow in a few months. Formally speaking, the lower court is not bound by the higher court's ruling, but will of course take it into account. If it doesn't, one of the parties will immediately challenge its decision. In the Netherlands this system was introduced to obtain a swift decision from the highest court on the interpretation of the law where there are a large number of cases involving the same issue. Courts nowadays make use of it a dozen times a year. The legal profession and the judiciary are happy with the system: various questions concerning, for example, civil attachment proceedings, have been speedily answered.

In both cases (in ordinary proceedings to obtain the opinion of the highest court or in the preliminary ruling procedure to obtain such a ruling) the courts deciding questions of fact are not formally bound to follow the ruling in other cases involving the same issue. But in practice they do so, if only because one of the parties will otherwise appeal to a higher court.

It is also important that the highest court is consistent in its rulings. As president of the Supreme Court I was involved in a project in another country, where the highest court operated with three-judge panels that took little account of each other. Consequently, the panels frequently responded differently when asked to rule on the same point of law. As a result, the court had little authority. What is more, such a state of affairs facilitates corruption of judges. In a country where the highest court's judgments are consistent, it would be conspicuous if one of its chambers or panels suddenly went against existing case law.

The independence of the judiciary does not mean that judges take no account of their colleagues' decisions. The system must be organised in such a way that judges working in the relevant area (e.g. criminal or private law) are involved in some way when the highest court is answering major questions of law. One way is to assign such questions to 'grand chambers' or to involve all the members of a particular division of the Supreme Court in the deliberations. This is how we do it in the Netherlands. In addition, if the question involves other areas of law as well, judges from the other divisions of the Supreme Court are also invited to contribute.

One method of ensuring consistency between the highest court and appeal courts is to set up consultations between them. In France the Court of Cassation gathers together all the decisions of appeal courts it has set aside and then discusses them with those courts. We in the Netherlands adopt a slightly different approach: in meetings with appeal court judges the Supreme Court raises certain issues. Conversely, the appeal courts sometimes draw the Supreme Court's attention to its decisions that are difficult to follow in the daily practice of the appeal courts and other lower courts. And on occasion they may ask the Supreme Court to give a speedy ruling on a matter which is dividing them. Of course, in all this respect for the jurisdiction of the appeal courts and the Supreme Court is essential: there is no question of orders being given. Each court remains free to decide as it sees fit.

Some decisions have nothing to do with questions of law. In the first place, there are purely factual issues: did the defendant commit the robbery or start the fire, or was it someone else? But there are also areas where the court has considerable discretion, for example the amount of damages awarded in many common cases, ranging from compensation for pain and suffering caused by road traffic injuries to the amount of maintenance paid after divorce, or the length and mode of sentence in criminal cases. For the latter, fairly rigid sentencing guidelines have been adopted in the United States. The courts are bound by these guidelines and have little leeway to deviate from them, even where there is reason to do so. In my country we have found less formal solutions. Judges working in different courts come together and try to establish the sentences that should be imposed in standard cases, for example for rape or burglary. The results of their discussions are laid down in what are called orientation points. Judges deciding on the appropriate sentence for a rapist, for example, know what the sentence is in standard cases. This enhances the consistency of case law and therefore its authority. I would point out again that the individual judge and the individual chamber of the court are free to reach their own opinion. But at least they know what usually happens in comparable cases.

Consistent judgments contribute to legal certainty, to predictability. Society must not be constantly confronted with incomprehensible variations, with radically different penalties for similar offences, without any explanation. Guidelines for standard cases have also been drawn up for maintenance payments after divorce and compensation for dismissal. Departure from the 'orientation points' and from settled case law is of course always possible. But the judge concerned should always explain why he or she has come to a different decision.

A last element of consistency I would like to draw your attention to, is the exchange of opinions between the judiciary and the academia. We have already more than hundred years a tradition that outstanding law professors in law reviews comment upon judgments of in particular the Supreme Court. They write so called "notes", annotations, that are preceded by the judgment itself. One of the aspects these law professors will pay attention to is the consistency of the commented judgment with former judgments of the Supreme Court and with judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union. The justices of the Supreme Court will take notice of these annotations. And if necessary they will afterwards adapt their case-law. These annotations and other comments will also be debated amongst the justices and their law clerks. I organised about each month a gathering of justices and law clerks during which a law clerk introduced the comments made by law professors. During my presidency we also invited several times three outstanding law professors or sometimes judges of lower courts in order to let them speak about –according to their opinion- the best and the worst judgment of the Supreme Court rendered the last year. This contributed firstly to the openness of the court for criticisms. But it also made us aware of standpoints of learned experts with regard to our work. We were praised and criticised. So, exchange with academic world is enhanced by these initiatives.

3 CONCLUSION

I have tried to shed some light on the role and meaning of the rule of law in a modern democratic state. It is of immense significance for the freedom of each and every one of us. The law is a dam protecting us from attempts to undermine that freedom, made by government or by others. And the rule of law gives practical expression to that idea. I have argued elsewhere that without the rule of law there is no civilisation. Again, civilisation is an abstract idea that assumes practical form in our daily lives. Judges play a role in this respect, but they are not the only ones. They need to project authority, an authority they acquire through being genuinely independent and impartial. And they must clearly exhibit these two qualities. Sometimes they have to convict when everyone is calling for acquittal, or acquit when the public is calling for a conviction. But judges must also show consistency and not confront the public with completely contradictory rulings. Society needs predictability and legal certainty. In this context I would like to conclude by drawing your attention to the relationship between the rule of law and economic prosperity. Justice Breyer's remarks on this subject are well worth considering. He believes that companies will not want to invest in countries where the rule of law is not respected, where government is corrupt, where if you become involved in a dispute you are unable to gain access to an independent and impartial tribunal, where there is no predictability whatsoever. Breyer in turn quoted Alan Greenspan's observation that 'the rule of law and property rights appear to me to be the most prominent institutional pillars of economic growth and prosperity'.⁷

But of course, most important of all is that the rule of law preserves our freedom. And isn't that what we all want? The law is not the plaything of lawyers, but a precious and irreplaceable asset. For all of us.

Bibliography:

- BRÖSTL, A. in: KORTMANN, C., FLEUREN, J. and VOERMANS W.: Constitutional Law of 10 EU Member States. The 2004 Enlargement. Deventer: Kluwer, 2006. 1004 pages. ISBN 9789041124333.
- GREENSPAN, A. : The Age of Turbulence: Adventures in a New World. New York: Penguin Books, 2007. 532 pages. ISBN 1429546522.
- MONTGOLFIER, ÉT.: Le devoir de déplaire, Paris: Michel Lafon, 2006. 343 pages. ISBN 2749905559.
- ECtHR 26 April 1979, *Sunday Times v. UK*, app. no. 6538/74.

⁷ Alan Greenspan, *The Age of Turbulence: Adventures in a New World*, Penguin Books, New York 2007, p. 255.

Contact information:

Dr. Geert Corstens

Former president Supreme Court of the Netherlands

Former president Network of Presidents of Supreme Judicial Courts in the European Union

gcorstens@chello.nl

Ministry of the Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands

Bezuidenhoutseweg 67

2594 AC The Hague

The Netherlands

POSTAVENIE MIMOVLÁDNYCH ORGANIZÁCIÍ PRI VÝSKUME A PRESADZOVANÍ ANALYTICKÝCH ZISTENÍ V OBLASTI SÚDNICTVA

Zuzana Čaputová

VIA IURIS

Abstract: The purpose of this paper is to evaluate the position of non-governmental organizations in the framework of the research and enforcement of analytical findings in the field of the judiciary. Equally it presents tools NGOs have at their disposal. Present paper refers to concrete examples of three analysis implemented by the organization VIA IURIS in the field of disciplinary accountability of judges, judicial professional ethics and tender procedures for the positions of judges. Further we draw attention to selection criteria of analysed issues and requirements indispensable for analytical activity, problems we faced and resume of findings and of concrete recommendations. We summarize methods of our subsequent work with analytical conclusions. The latter constitutes the base for expert conferences which we organize with the participation of representatives of all three state powers. In the framework of the conferences participants formulate common recommendations for application practice and for changes in the legislation and eventually appeals are addressed to the representatives of particular powers. Analytical findings thus constitute base for systemic changes in the judiciary.

Abstrakt: Príspevok je zameraný na zhodnotenie postavenia mimovládnych organizácií pri výskume a presadzovaní analytických zistení v oblasti súdnictva a poukazuje na nástroje, ktoré majú mimovládne organizácie k dispozícii. Obsahuje konkrétne príklady troch analýz realizovaných mimovládnu organizáciou VIA IURIS v oblasti disciplinárnej zodpovednosti sudcov, sudcovskej profesijnej etiky a výberových konaní na funkciu sudcu. Poukážme v ňom na kritériá výberu analyzovaných tém, východiská analýz, nevyhnutné predpoklady analytickej práce a problémy s ktorými sme sa stretli, predmet analýz a zhrnutie zistení a konkrétnych odporúčaní. V príspevku zhrnieme tiež metódy našej následnej práce s analytickými závermi. Tieto sú podkladom odborných konferencií, ktoré organizujeme za účasti reprezentantov súdnej, výkonnej a zákonodarnej moci. Na konferenciách sú spoločne formulované odporúčania pre aplikačnú prax a zmenu legislatívy, prípadne výzvy reprezentantom jednotlivých mocí. Príspevok poukazuje na konkrétne iniciatívy VIA IURIS, ktorými presadzovala jednotlivé odporúčania zmien. Analytické zistenia sú tak konkrétnym a praktickým podkladom pre systémové zmeny v súdnictve.

Key words: non-governmental organizations, disciplinary accountability, professional ethics, tender procedures, methods of work with conclusions

Kľúčové slová: mimovládne organizácie, disciplinárna zodpovednosť, profesijná etika, výberové konania, metódy práce so závermi, presadzovanie zmien

1 ÚVOD

VIA IURIS je mimovládna organizácia, ktorá sa 23 rokov venuje rozširovaniu prístupu k spravodlivosti. Okrem právnej pomoci v konkrétnych prípadoch, ktorú VIA IURIS zabezpečuje, sa dlhodobo venuje aj verejnej kontrole verejnej moci a zodpovednosti verejných činiteľov, najmä sudcov. Je jedinou organizáciou právnikov a advokátov, ktorá sa venuje súdnictvu analyticky a legislatívne. Dôvod, pre ktorý sa VIA IURIS pred 5 rokmi začala venovať súdnictvu bol zrejmy – jednak vlastné skúsenosti z advokátskej praxe a teda kontakt s viacerými vonkajšími problémami súdnictva ako sú prietahy v konaní, nekonzistentnosť rozhodovania a pod. Zároveň o pozadí výkonu súdnej moci začali prenikať informácie, ktoré boli závažné. Problém uzavretého systému, ktorému chýba akákoľvek spätná väzba, ktorý si sudcovskú nezávislosť mýli so sudcovskou nedotknuteľnosťou. Systém, ktorý sa s kritickými hlasmi z vnútra stavu vysporiadava disciplinárnymi návrhmi, ktoré mali známky šikany. Súdnictvo sa začalo prepadať aj vo vnímaní dôveryhodnosti

v očiach verejnosti a to až na spodné priečky v rámci EU. Akútnosť situácie v disciplinárnom súdnictve a zároveň absencia akýchkoľvek dát a analytických zistení o fungovaní tohto druhu zodpovednosti sudcov boli dôvodom, pre ktorý sme sa rozhodli urobiť analýzu disciplinárneho súdництва na Slovensku. Zároveň má disciplinárne súdnictvo rozhodujúci vplyv na kvalitu celého systému súdництва. Akékoľvek excesy z očakávaného konania a správania sa sudcov, a teda akékoľvek konflikt s ich zodpovednosťou, sa rieši predovšetkým v disciplinárnych konaniach.

2 DISCIPLINÁRNE SÚDNICTVO

Predpokladom uvedenej analýzy bola zmena právnej úpravy, ktorá umožnila prístup k súdnym rozhodnutiam a to aj v disciplinárnej oblasti, čo dovtedy nebolo samozrejmou. Predmetom analýzy¹ boli disciplinárne rozhodnutia vydané na Slovensku v rokoch 2002 až 2011.

V kvantitatívnej časti analýzy sme sa venovali vyhodnoteniu vybraných ukazovateľov – spomeniem niektoré: Za uvedené obdobie bolo napríklad začatých 201 konaní, čo je takmer porovnateľný počet za obdobný časový úsek ako v Českej republike, pričom počet sudcov v ČR je viac ako dvojnásobný. Najčastejším navrhovateľom bol minister spravodlivosti, po ňom nasledovali v početnosti podaní predsedovia okresných a krajských súdov. Výrazne vyšší počet disciplinárnych konaní bol na Slovensku v porovnaní s Českou republikou vedený voči sudcom Najvyššieho súdu SR (8 konaní v SR v porovnaní so 4 konania voči sudcom NS ČR a NSS ČR). Takmer v každom treťom prípade došlo k zastaveniu konania a v každom štvrtom k oslobodeniu spod disciplinárneho návrhu. K uznaniu viny a uloženiu disciplinárneho opatrenia došlo na Slovensku v necelých 30 %, pre porovnanie v ČR bola kárna sankcia uložená v 60 % kárných žalôb. Najčastejším dôvodom zastavenia disciplinárneho konania bolo späťvzatie návrhu a druhým najčastejším dôvodom premlčanie. Z celkového počtu vydaných rozhodnutí bolo 58% z nich zrušené alebo zmenené odvolacími senátmi. Najčastejšie ukladanou disciplinárnou sankciou sú zrážky zo mzdy, najprisnejšie disciplinárne opatrenie, t.j. odvolanie z funkcie sudcu, nebolo v uvedenom období na Slovensku uložené ani raz. Pre porovnanie v Českej republike v rokoch 2003 – 2010 (teda za o rok kratšie obdobie) bolo odvolaných 9 sudcov. Priemerná dĺžka trvania disciplinárneho konania je 13,5 mesiaca. Zákon predpokladá, že disciplinárny súd má rozhodnúť spravidla do 3 mesiacov.

Z uvedeného stručného porovnania s Českou republikou vyplýva, že disciplinárne konania sú na Slovensku intenzívne využívané (približne rovnaký počet konaní pri menej ako dvojnásobne menšom počte sudcov), osobitne vysoký počet konaní bol vedený voči sudcom Najvyššieho súdu. Avšak z hľadiska ukladania sankcií, zmierňovania sankcií odvolacími senátmi, prísnosti uložených sankcií sú disciplinárne senáty na Slovensku podstatne zhovievavejšie a zmäčkujúce.

Z kvalitatívneho hľadiska bolo základným poznaním po štúdiu disciplinárnych rozhodnutí ich nekonzistentnosť, v niektorých prípadoch až protirečivosť. V mnohých prípadoch je tiež zrejмый nepomer medzi závažnosťou skutku a uloženým disciplinárnym opatrením. Uvedené môže byť výlučne aplikačným problémom, zároveň by mohla prospieť bližšia špecifikácia skutkových podstat a tiež bližšie previazanie skutkových podstat s disciplinárnymi opatreniami. Ďalším problémom hmotnoprávnej úpravy v prípade niektorých disciplinárnych previnení považujeme dvojkolajnosť, t.j. prekrývajúce sa skutkové podstaty. Niektoré skutkové podstaty sú špecifické, porovnateľné s inými sankčnými normami, iné sú všeobecné, plnia „zbernú“ funkciu, sú pod ne subsumované rôzne skutky a sú využívané najčastejšie. V oblasti sankčného práva však všeobecne definované skutkové podstaty považujeme za rizikové, zneužívateľné a popierajúce princíp právnej istoty. Ako problematické vnímame aj späťvzatie návrhu na začatie disciplinárneho konania, čo bol najčastejší dôvod zastavenia konania. Opakovane sa stalo, že navrhovateľ pôvodne navrhoval najprisnejšie sankcie (napr. odvolanie z funkcie sudcu, preloženie na súd nižšieho stupňa), neskôr však návrh vzal v celom rozsahu späť. V niektorých prípadoch sa tak stalo v dôsledku zmeny v osobe navrhovateľa (zmena predsedu súdu, zmena ministra). V niektorých prípadoch sa však javí, že navrhovateľ používal disciplinárny návrh ako nástroj hrozby alebo dokonca išlo o šikanózne uplatňovanie práva zo strany navrhovateľa.

Z analýzy teda vyplynul jeden závažný záver, a to, že právna úprava je natoľko nejasná, nedostatočná až vágna, že má potenciál zneužívateľnosti, napríklad v podobe disciplinárnych podaní, pod hrozbou najprisnejšej sankcie, napr. aj voči sudcom, ktorí sú nositeľmi kritického alebo alternatívneho názoru, voči názorom predstaviteľov justície. Zároveň, v prípadoch, kde bola preukázaná vina za závažné disciplinárne delikty, bolo možné sa stretnúť s prekvapivo miernymi

¹ Vybrané aspekty disciplinárneho súdництва, VIA IURIS, 2012: www.viaiuris.sk/stranka_data/subory/viaiuris-disciplinarne-sudnictvo.pdf

sankciami. Disciplinárne súdnictvo je hlavným nástrojom vyvodzovania zodpovednosti u sudcov, je najdôležitejšou spätnou väzbou voči nedovolenému správaniu sa sudcov. Ak tento kľúčový nástroj môže fungovať ako skrivené zrkadlo, nespravodlivo, a má potenciál vytvárať atmosféru tlaku či nebudaj strachu, ohrozuje tak sudcovskú nezávislosť. Preto je dôležité sfunkčniť disciplinárne súdnictvo a odstrániť nedostatky právnej úpravy.

Uvedené a ďalšie analytické zistenia boli podkladom odbornej konferencie, ktorú VIA IURIS pravidelne organizuje. Za účasti slovenských a českých sudcov, advokátov, zástupcom ministerstva spravodlivosti a NR SR, boli na podklade analýzy v závere konferencie odporúčané konkrétne návrhy na zmenu legislatívy a aplikačnej praxe. Uvedené návrhy sa týkali najmä zmeny procesnej a hmotnoprávnej úpravy. VIA IURIS ich následne v spolupráci s ďalšími odborníkmi spracovala do podoby legislatívnych návrhov s dôvodovou správou. Momentálne sa snažíme uvedené zmeny presadiť do zákonov.

3 SUDCOVSKÁ PROFESIJNÁ ETIKA

Ďalší príkladom našej analytickej práce, ktorá súvisí s disciplinárnou zodpovednosťou sudcov je sudcovská profesijná etika. Podobne ako pri disciplinárnych konaniach aj v prípade profesijnej etiky zaujali našu pozornosť konkrétne príklady z praxe, ktoré poukazovali na viaceré neujasnené inštitúty. Vo vtedy prebiehajúcich disciplinárnych konaniach boli sudcovia napr. stíhaní aj za prekročenie medzí slobody prejavu sudcu, ktoré však nie sú jasne vymedzené. Paradoxné bolo, že v roku 2009, keď sme sa tejto téme začali venovať, všeobecne medzi sudcami prevládala názor, že sudcovia nemajú schválený etický kódex. Napokon sme zistili, že kódex existuje, je z roku 2001, nikdy nebol menený a je mimoriadne stručný (má rozsah 1 A4 strany). Zároveň však naň odkazuje zákon o sudcoch a prísediach, pričom porušenie etického kódexu je považované za disciplinárny delikt.

Dôvodom nášho záujmu o tému sudcovskej etiky sú aj ďalšie skutočnosti - na Slovensku dlhodobo čelíme najnižšej dôvere verejnosti v súdnictvo v celej EÚ, ďalší pokles dôvery vyplýva z najnovšieho prieskumu, ktorý si VIA IURIS nechala v septembri tohto roku vyhotoviť (miera nedôvery je 74%)². Zároveň Slovensko ešte v nedávnej minulosti čelilo prejavom niektorých predstaviteľov justície, ktoré sú považované minimálne za sporné, alebo za hranicami spoločensky štandardného, tolerovaného správania, či za hranicou dôstojnosti. Ďalším faktorom boli už spomínané šikanózne disciplinárne konania voči sudcom, ktoré sa odvolávali aj na porušenie chabo definovaných etických štandardov. Na strane druhej je téma profesijnej etiky sudcov stále pre väčšinu sudcov témou okrajovou. Súdna rada už druhý rok pripravuje návrh nového etického kódexu. Jeho význam teda zrejme stúpol, zatiaľ však bez reálneho dopadu v podobe nového kvalitného kódexu.

Nepochopenie významu etického kódexu väčšinou sudcov považujem za nedorozumenie. Po oboznámení sa s touto témou vnímam profesijnú etiku ako výsostne praktický nástroj, ktorého rola je najmä v preventívnej, menej v sankčnej rovine. Zároveň v krajine, ktorej disciplinárne súdnictvo je natoľko rozkolísané, nekonzistentné, je absencia jasne vymedzenej hranice dovoleného správania nebezpečná. Preto je v záujme sudcov samotných jednoznačné a predvídateľné vymedzenie hraníc, za ktorými môžu čeliť disciplinárnemu postihu, napr. aj v normách profesijnej etiky. Informácie sústredené v publikácii VIA IURIS o jednotlivých inštitútoch profesijnej etiky sudcov z viacerých krajín sveta, medzinárodných odporúčaní a judikatúry súdov môžu slúžiť ako podklad novovznikajúceho etického kódexu sudcov. K tejto téme sme zároveň uskutočnili dve sudcovské konferencie. Prvá v roku 2011 bola o význame profesijnej etiky, prednášali na nej sudcovia z Kanady, Francúzska, Nemecka, Rakúska, Česka a samozrejme Slovenska. Ďalšia konferencia v roku 2013 sa už týkala úpravy jednotlivých inštitútov profesijnej etiky v kontexte slovenskej právnej úpravy. VIA IURIS sleduje prípravu nového etického kódexu v Súdnej rade, voči prvotnému návrhu sme pripravili rozsiahlu spätnú väzbu, keďže obsahoval viaceré nejasné a rizikové ustanovenia. Prípravu kódexu ďalej sledujeme.

² Výsledky prieskumu verejnej mienky dôveryhodnosť súdnictva, september 2015: www.viaiuris.sk/aktualne/568-dovera-voci-sudom-opat-kl.html

4 VÝBEROVÉ KONANIA NA SUDCOV A SÚDNYCH FUNKCIONÁROV

Ďalším príkladom témy, ktorej sa VIA IURIS analyticky venovala je monitoring a analýza výberových konaní na sudcov a súdnych funkcionárov³. Táto analýza bola reakciou na zavedenie novej právnej úpravy výberových procesov, vďaka ktorým boli verejnosti prístupné viaceré nevyhnutné informácie o uchádzačoch výberových konaní. Kvalita a najmä objektivita výberových konaní je na Slovensku dlhodobo spochybnovaná, vyskytli sa podozrenia z preferovania rodinných príslušníkov. Pritom dobrý výber nových ľudí do súdnictva je kľúčový pre skvalitnenie výkonu súdnej moci a tiež pre zvýšenie dôveryhodnosti v súdnictvo. Podľa prieskumu, ktorý si VIA IURIS dala urobiť v roku 2013 bol ako hlavný dôvod nedôvery v súdnictvo považovaný „osoba sudcu“, teda nedôvera voči sudcom samotným (až na ďalších miestach uvádzali respondenti dĺžku súdnych konaní, kvalitu právnej úpravy a pod.).

Monitoring výberu sudcov a súdnych funkcionárov prebiehal takmer dva roky (v rokoch 2011 až 2013), monitorovaných bolo 115 výberových konaní a 794 uchádzačov. Z monitoringu vyplynulo nasledovný profil úspešného uchádzača výberového konania: žena (63%), vo veku 30-35 rokov (83%), má absolvovanú justičnú skúšku – je teda z prostredia z vnútra justície (73%), jazykové znalosti angličtina (83%).

Ohľadom spomenutého parametra preferovania rodinných príslušníkov pri výbere na funkciu sudcu sme zistili, že z celkového počtu uchádzačov má 14% rodinných príslušníkov v justičnom prostredí. Avšak z vymenovaných uchádzačov, teda tých ktorí úspešne prešli celým výberovým procesom, má pribuzných v justícii 30%. Títo uchádzači sú teda vo výsledku úspešnejší.

Analýza právnej úpravy a aplikačnej praxe výberových konaní bola porovnávaná s právnou úpravou v siedmych európskych krajinách a s medzinárodnými odporúčaniami. Medzi závery analýzy patria okrem iného aj konštatovania, že je potrebné zachovať nastavenú mieru transparentnosti výberových konaní, ich otvorenosť pre účasť aj iných právnických profesií. Zároveň je potrebné stanoviť zoznam najdôležitejších kritérií na výber sudcov, zoznam kritérií inšpirovaný príkladmi zo zahraničia sme v analýze zostavili. Ako problematické sa ukázalo aj neodôvodňovanie rozhodnutí o výbere, riešením by mohlo byť zavedenie jednotného hodnotiaceho hárka. Ďalším návrhom je zmena v zložení výberových komisií, čo najmä aplikačný problém. V súčasnosti sú zložené takmer výlučne zo sudcov, teda systém je uzatvorený a justícia vyberá samú seba. Časť členov komisie by mala pochádzať z iného ako justičného prostredia, pri zachovaní minimálne polovice zástupcov sudcov.

Závery analýzy boli opäť podkladom odbornej konferencie za účasti slovenských a českých sudcov, na ktorej boli formulované konkrétne odporúčania pre zmenu legislatívny a aplikačnej praxe, ktoré boli následne adresované ministerstvu spravodlivosti a Súdnej rade. Momentálne pracujeme na presadzovaní zmien do právnej úpravy. V čiastkovej novele sa nám doposiaľ podarilo presadiť vyhotovovanie zvukových záznamov z ústnej časti pohovoru, ktorý slúži ako podklad pre následné rozhodovania Súdnej rady a menovanie sudcov prezidentom SR.

Všetky analýzy sú dostupné na stránkach VIA IURIS, o ich vydaní informujeme sudcov, ale aj zástupcov ministerstiev a poslancov. Rovnako ako aj zborníky z konferencií, so všetkými prednáškami a formulovanými závermi, sú bezplatne dostupné na internete.

5 ZÁVER

Ako zrejme vyplýva z vyššie uvedených príkladov našej analytickej práce, jej nevyhnutným predpokladom je otvorenosť, transparentnosť moci a samozrejme prístup k dátam. Nevyhnutnosťou je spolupráca s odbornou verejnosťou a to predovšetkým reprezentantmi prostredia, ktoré analyzujeme, v uvedených príkladoch teda so sudcami. Budeme veľmi radi, ak k širšej spolupráci budeme nachádzať odozvu aj u zástupcov akademickej obce. Kladieme dôraz na to, aby sa naše analytické poznanie pretavilo do konkrétnych systémových zmien v legislatíve alebo aplikačnej praxi. Na základe analýz, prekonzultovaných a doplnených závermi z našich konferencií pripravujeme legislatívne návrhy. S nimi v rámci legislatívneho procesu oslovujeme verejnosť na podporu hromadných pripomienok. Získanie podpory verejnosti (minimálne 500 osôb) nám zabezpečí postavenie zástupcu verejnosti, s ktorým musí výkonná moc rokovať o predložených návrhoch v rozporovom konaní. Väčšina návrhov sa nám v rámci rozporového konania darí

³ Výber sudcov na Slovensku, Monitoring a analýza vybraných výberových konaní, VIA IURIS, 2014: www.viaiuris.sk/stranka_data/subory/analyzy/babiakova-web-upravena12022014.pdf

presadiť. O našich návrhoch informujeme aj poslancov NR SR, ktorí sú členmi príslušných parlamentných výborov.

Pozícia odbornej mimovládnej organizácie je preto špecifická, môže byť dôležitým zástupcom záujmov verejnosti, pomôcť odbornej verejnosti analytickými zisteniami a prísne nadstraníckym postupom presadiť dôležité zmeny a prispieť tak ku skvalitneniu výkonu verejnej moci, vrátane moci súdnej.

Chceme prispieť k tomu, aby súdnictvo bolo nezávislé, efektívne a spravodlivé. Tieto ciele sú predovšetkým o kvalite ľudí, ktorí súdnictvo reprezentujú, teda o sudcoch, o ich odborných, ale aj ľudských kvalitách. Súdna moc, nie je však iba vecou sudcov. Jej štandard ovplyvňuje celá spoločnosť, teda aj my, zástupcovia iných právnických profesií a samozrejme iné zložky verejnej moci. Preto je potrebné aby justícia bola predmetom verejnej debaty, skúmania a predmetom spätnej väzby. Aby sme sa nevrátili do čias jej izolácie a nedotknuteľnosti, ktorej dôsledky tu máme dodnes.

Použitá literatúra:

BABIAKOVÁ, K.: Výberu sudcov na Slovensku, Monitoring a analýza vybraných výberových konaní. 1. vyd. Pezinok: VIA IURIS, 2014. 110 s. ISBN 978-80-970686-9-1

ČAPUTOVÁ, Z.: Profesionálna etika sudcov v kódexoch, judikatúre a stanoviskách etických poradných komisií. 1. vyd. Pezinok: VIA IURIS, 2012, 116 s. ISBN 978-80-970686-6-0

ČAPUTOVÁ, Z.: Profesionálna etika sudcov v kódexoch, judikatúre a stanoviskách etických poradných komisií. 1. vyd. Pezinok: VIA IURIS, 2012, 116 s. ISBN 978-80-970686-6-0

KOVAČECHOVÁ E., ČAPUTOVÁ Z., Vybrané aspekty disciplinárneho súdnictva. 1. vyd. Pezinok: VIA IURIS, 2011, 59 s. ISBN 978-80-970686-5-3

Kontaktné údaje:

Mgr. Zuzana Čaputová
caputova@caputova.sk
VIA IURIS
Radničné nám. 3
902 01 Pezinok
Slovenská republika

KASAČNÍ STÍŽNOST A SPRÁVNÍ SOUDNICTVÍ V ČESKÉ REPUBLICĚ¹

Petr Průcha

Masarykova universita Brno, Právnická fakulta; Nejvyšší správní soud ČR

Abstract: The paper is focused on a cassation complaint in the current Czech administrative judiciary. It deals with the nature of cassation appeal, the reasons for filing a cassation complaint, acceptability and admissibility of cassation complaints, and also pays attention to current issues of regulation cassation complaint, taking into account the findings of the judicial decision-making.

Abstrakt: Příspěvek je zaměřen na problematiku kasační stížnosti v aktuální české úpravě správního soudnictví. Zabývá se povahou kasační stížnosti, důvody podání kasační stížnosti, přijatelností a přípustností kasační stížnosti, a současně věnuje pozornost aktuálním otázkám úpravy kasační stížnosti, s přihlédnutím k poznatkům z rozhodovací soudní praxe.

Key words: The nature of cassation appeal, the reasons for filing a cassation complaint, acceptability and admissibility of cassation complaints, current issues adaptations cassation complaint.

Klíčové slová: Povaha kasační stížnosti, důvody podání kasační stížnosti, přijatelnost a přípustnost kasační stížnosti, aktuální otázky úpravy kasační stížnosti.

ÚVODNÍ POZNÁMKA

Nynější odborná konference, již se účastníme je celkově zaměřena na, resp. nese společný název „**Právní a společenské nástroje pro efektivnější a důvěryhodnější soudnictví**“, a já jsem si pro účast v odborné sekci s podtitulem „**Výzkum a nástroje mimovládního sektoru a akademie v oblasti soudnictví a dobré správy věcí veřejných**“ zvolil a připravil odborný příspěvek, který usiluje o pohled a zamyšlení nad tím, zda jedním z takových nástrojů může být i **kasační stížnost** v režimu právní úpravy správního soudnictví v České republice.

KASAČNÍ STÍŽNOST A SPRÁVNÍ SOUDNICTVÍ

Stávající právní úprava správního soudnictví v České republice představuje v aktuálních podmínkách zcela integrální, a také integrovanou, součást mechanismu veřejné moci, se specifickým zaměřením na soudní kontrolu veřejné správy. Z pohledu vlastního výkonu správního soudnictví přitom platí, že těžiště tzv. „řádného“ správního soudnictví spočívá před specializovanými senáty krajských soudů, a v zájmu sjednocení rozhodování je dále založena možnost podání *kasační stížnosti* k Nejvyššímu správnímu soudu, přičemž Nejvyššímu správnímu soudu potom přísluší v některých věcech také rozhodovat přímo, tedy samostatně.

Tento režim správního soudnictví v České republice, jak je ostatně známo i na Slovensku, které právě v letošním roce taktéž dospělo k vlastní svébytné právní úpravě správního soudnictví, je upraven zákonem č. 150/2002 Sb., soudní řád správní, ve znění pozdějších předpisů (dále též „soudní řád správní“, či „s.ř.s.“), a v praxi uplatňován 1.1.2003, přičemž za více než 12 let své existence byl do současnosti již dvacetosmkrát novelizován. Některé jeho novelizace se přitom dotkly i úpravy institutu kasační stížnosti s cílem její optimalizace, nicméně přesto některé otázky této úpravy i nadále vyvolávají, či si zasluhují diskusi.

Z odeznlých změn je v tomto směru třeba poukázat v první řadě na novelizaci provedenou zákonem č. 350/2005 Sb., která zejména přinesla zavedení institutu tzv. *nepřijatelnosti kasační stížnosti ve věcech azylu*. S účinností od 13.10.2005 je tak výslovně stanoveno a dodnes platí, že jestliže kasační stížnost ve věcech azylu svým významem podstatně nepřesahuje vlastní zájmy

¹ Tento příspěvek byl vypracován v rámci projektu Grantové agentury České republiky č. GA13-30730S „*Prostředky ochrany subjektivních práv ve veřejné správě, jejich systém a efektivnost*“.

stěžovatele, Nejvyšší správní soud ji odmítne pro nepřijatelnost. Rozhodování bylo svěřeno pětičlenným senátům a k přijetí příslušného usnesení se předepisoval souhlas všech členů senátu, a takové usnesení podle dikce právní úpravy nemuselo být odůvodněno.

Netrvalo dlouho, a judikatura k tomu stanovila, že: „*Přesahem vlastních zájmů stěžovatele je jen natolik zásadní a intenzivní situace, v níž je - kromě ochrany veřejného subjektivního práva jednotlivce – pro Nejvyšší správní soud též nezbytné vyslovit právní názor k určitému typu případů či právních otázek. Přesah vlastních zájmů stěžovatele je dán jen v případě rozpoznatelného dopadu řešené právní otázky nad rámec konkrétního případu. Primárním úkolem Nejvyššího správního soudu v řízení o kasačních stížnostech ve věcech azylu je proto nejen ochrana individuálních veřejných subjektivních práv, nýbrž také výklad právního řádu a sjednocování rozhodovací činnosti krajských soudů.*“ (Podle usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 4. 2006, čj. 1 Azs 13/2006-39, www.nssoud.cz). Tady, a to spíše pro zajímavost, je třeba v daných souvislostech také poukázat na to, že soudní praxe dikci zákona stanovující, že usnesení o odmítnutí kasační stížnosti pro nepřijatelnost nemusí být odůvodněno, nepřijala, a naopak takováto usnesení odůvodňována jsou a to často poměrně velmi podrobně.

V daných souvislostech nelze nepoznamenat, že požadavek na rozhodování v případě nepřijatelnosti kasační stížnosti v pětičlenných senátech byl opuštěn jednou z dalších významnějších novelizací, a to jmenovitě novelizací provedenou zákonem č. 303/2011 Sb., jejíž nabytí účinnosti bylo stanoveno na 1.1.2012. Tato novelizace je přitom ze všech dosavadních novelizací soudního řádu správního rozsáhlejší, a v praxi se o ní stále častěji hovoří jako o tzv. velké novele soudního řádu správního. Ostatně také již ve stadiu své přípravy byla tato novelizace vnímána jako novelizace nejkompaktnější a svou povahou zásadní či klíčová, jejímž posláním bylo předmětnou úpravu výrazněji kvalitativněji posunout vpřed.

Tato novelizace soudního řádu správního mimo to přinesla ve vztahu k úpravě institutu kasační stížnosti některé další změny. Tak zejména od nabytí účinnosti této novelizace platí, že kasační stížnosti, o nichž přísluší rozhodovat Nejvyššímu správnímu soudu, se podávají přímo u něho a Nejvyšší správní soud může, zruší-li rozhodnutí krajského soudu, a pokud již v řízení před krajským soudem byly pro takový postup důvody, současně se zrušením rozhodnutí krajského soudu sám podle povahy věci rozhodnout i o zrušení rozhodnutí správního orgánu nebo o vyslovení jeho nicotnosti, a stejně tak i o zrušení opatření obecné povahy nebo jeho části, a také o ochraně ve věcech místního či krajského referenda. Tyto změny měly v první řadě přinést odlehčení zátěže krajských soudů (k nimž se do 31.12.2011 kasační stížnosti podávaly a které obstarávaly příslušnou agendu před předložením věci se spisy Nejvyššímu správnímu soudu), a dále zracionalizování rozhodování ve věci, s možností ve vybraných případech „najednou“ rušit i napadená správní rozhodnutí.

Na druhé straně z otázek právní úpravy režimu kasačních stížností, které dosud novelizovány nebyly, a které se přinejmenším k zamyšlení nabízí, jsou podle mého soudu zejména následující otázky:

- *Je správné, že kasační stížnost může podávat i žalovaný správní orgán ?*
- *Nejsou důvody, na něž je vázáno podání kasační stížnosti pojaty příliš široce ?*
- *Neměl by odkladný účinek, který ze zákona kasační stížnosti nepřisluší, takto v některých případech přece jen přicházet v úvahu ?*

Přirozeně nevylučuji, že podle některých odborných názorů by se k diskusi z české úpravy institutu kasační stížnosti nabízely i otázky další, či jiné, já jsem si zvolil tyto, které se mi jeví jako významnější, a dále bych se, v mezích daného limitovaného prostoru, právě k nim chtěl vyjádřit.

Ještě předtím, než se zaměřím na, byť stručnou či koncentrovanou reakci na takto naformulované či zvolené otázky, si vzhledem k účastníkům této konference, kteří nemusí být blíže obeznámeni s režimem právní úpravy kasační stížnosti v České republice, a k přiblížení souvislostí dané problematiky, dovolím alespoň rámcovou charakteristiku tohoto režimu.

Řízení ve věcech správního soudnictví je koncipováno jako řízení jednoinstanční, bez možnosti podání tzv. řádného opravného prostředku. Přesto platná právní úprava počítá s možností podání **kasační stížnosti**, jako svou povahou mimořádného opravného prostředku. K **řízení o kasační stížnosti** je příslušný Nejvyšší správní soud. Kasační stížnost je opravným prostředkem proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu ve správním soudnictví, jímž se účastník řízení, z něhož toto rozhodnutí vzešlo, nebo osoba zúčastněná na řízení, domáhá zrušení

soudního rozhodnutí.² Kasační stížnost je přípustná proti každému takovému rozhodnutí, není-li výslovně zákonem o správním soudnictví stanoveno jinak.

Kasační stížnost lze podat pouze ze zákonem daných důvodů³, jimiž podle aktuálně platného právního stavu jsou :

- nezákonnost spočívající v nesprávném posouzení právní otázky soudem v předcházejícím řízení,
- vady řízení spočívající v tom, že skutková podstata, z níž správní orgán v napadeném rozhodnutí vycházel, nemá oporu ve spisech nebo je s nimi v rozporu, nebo že při jejím zjišťování byl porušen zákon v ustanoveních o řízení před správním orgánem takovým způsobem, že to mohlo ovlivnit zákonnost, a pro tuto důvodně vytykanou vadu soud, který ve věci rozhodoval, napadené rozhodnutí správního orgánu měl zrušit; za takovou vadu řízení se považuje i nepřezkoumatelnost rozhodnutí správního orgánu pro nesrozumitelnost,
- zmatečnost řízení před soudem spočívající v tom, že chyběly podmínky řízení, ve věci rozhodoval vyloučený soudce nebo byl soud nesprávně obsazen, popřípadě bylo rozhodnuto v neprospěch účastníka v důsledku trestného činu soudce,
- nepřezkoumatelnost spočívající v nesrozumitelnosti nebo nedostatku důvodů rozhodnutí, popřípadě v jiné vadě řízení před soudem, mohla-li mít taková vada za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé,
- nezákonnost rozhodnutí o odmítnutí návrhu nebo o zastavení řízení.

Zákonná úprava přitom současně vymezuje případy a situace, v nichž je kasační stížnost proti rozhodnutí krajského soudu ve správním soudnictví *nepřípustná*. Pokud jde o věcné rozlišení oblastí správního soudnictví, pod tímto zorným úhlem je třeba uvést, že kasační stížnost je nepřípustná toliko ve věcech volebních.

V případech z ostatních věcně odlišovaných oblastí správního soudnictví je potom nepřípustnost kasační stížnosti spojována již toliko s dílčími otázkami či aspekty napadaných rozhodnutí.

Tak je kasační stížnost nepřípustná zejména tehdy, směřuje-li jen proti výroku o nákladech řízení nebo proti důvodům rozhodnutí soudu. Dále je kasační stížnost nepřípustná proti rozhodnutí, jímž soud rozhodl znovu poté, kdy jeho původní rozhodnutí bylo zrušeno Nejvyšším správním soudem (to neplatí, je-li jako důvod kasační stížnosti namítáno, že se soud neřídil závazným právním názorem Nejvyššího správního soudu), nebo proti rozhodnutí, jímž se pouze upravuje vedení řízení, anebo proti rozhodnutí, které je podle své povahy dočasné. Kasační stížnost dále není také přípustná tehdy, opírá-li se jen o jiné důvody, než shora vypočtené, nebo o důvody, které stěžovatel neuplatnil v řízení před soudem, jehož rozhodnutí má být přezkoumáno, ač tak učinit mohl.

Zákonná úprava dále vedle nepřípustnosti zná také *nepřijatelnost* kasační stížnosti. Ta však přichází podle aktuálně platného stavu úvahu jen ve věcech ve věcech mezinárodní ochrany, a jen tehdy, jestli-že kasační stížnost svým významem podstatně nepřesahuje vlastní zájmy stěžovatele. Takovou kasační stížnost Nejvyšší správní soud usnesením odmítne. K přijetí usnesení o nepřijatelnosti kasační stížnosti je třeba souhlasu všech členů senátu.

Lhůta pro podání kasační stížnosti je dvou týdnů. Kasační stížnost musí být podána do dvou týdnů po doručení rozhodnutí, a bylo-li vydáno opravné usnesení, běží tato lhůta znovu od

² Kasační stížnost z pozice účastníka předcházejícího soudního řízení je vedle žalobce i žalovaný správní orgán. Tím je zpravidla orgán odvolací (všude tam, kde odvolání přicházelo v úvahu), a není jím již správní orgán I. stupně. Tzn., že správní orgán I. stupně kasační stížnost podat nemůže, a to ani v případě, že společně s napadeným rozhodnutím odvolacího orgánu bylo soudem zrušeno rozhodnutí správního orgánu I. stupně. K tomu srov. *usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2013, čj. 4 As 77/2013-25*: Správní orgán I. stupně není účastníkem řízení o žalobě proti rozhodnutí odvolacího správního orgánu a nemůže být ani osobou zúčastněnou na tomto řízení. Proto není ve smyslu § 102 s. ř. s. oprávněn k podání kasační stížnosti.

³ *Tvrzené důvody kasační stížnosti soud posuzuje podle jejich obsahu a nikoliv podle formálního označení. Tyto důvody musí být svým obsahem podřaditelné pod některý z důvodů, které soudní řád správní v ustanovení § 103 odst. 1 jako důvody kasační stížnosti vymezuje. Pokud takové obsahové podřazení není možné, jedná se o důvody jiné, v § 103 odst. 1 s. ř. s. neuvedené (§ 104 odst. 4 s. ř. s.).* Podle usnesení Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 3. 2004, sp.zn. 1 As 7/2004, www.nssoud.cz.

doručení tohoto usnesení. Zmeškání lhůty k podání kasační stížnosti nelze prominout. Kasační stížnost se podává u Nejvyššího správního soudu, lhůta je zachována, byla-li kasační stížnost podána u soudu, který napadené rozhodnutí vydal.

Pokud jde o účastníky řízení o kasační stížnosti, těmi jsou stěžovatel a dále všichni, kdo byli účastníky původního řízení. Stěžovatel musí být zastoupen advokátem. Tento požadavek neplatí, má-li stěžovatel, jeho zaměstnanec nebo člen, který za něj jedná nebo jej zastupuje, vysokoškolské právnické vzdělání, které je podle zvláštních zákonů vyžadováno pro výkon advokacie.

Kasační stížnost nemá odkladný účinek, pokud však stěžovatel o jeho přiznání požádá, Nejvyšší správní soud jej může přiznat.

O kasační stížnosti rozhoduje Nejvyšší správní soud zpravidla bez jednání. Považuje-li to za vhodné nebo provádí-li dokazování, nařídí k projednání kasační stížnosti jednání. Nejvyšší správní soud je přitom vázán rozsahem kasační stížnosti, což však neplatí tehdy, pokud je na napadeném výroku závislý výrok, který napaden nebyl, nebo pokud je rozhodnutí správního orgánu nicotné.

Při rozhodování o kasační stížnosti je Nejvyšší správní soud vázán důvody, které jsou v kasační stížnosti uvedeny. To však neplatí tehdy, bylo-li řízení před soudem zmatečné nebo bylo zatíženo vadou, která mohla mít za následek nezákonné rozhodnutí o věci samé, anebo je-li napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, jakož i v případech, kdy je rozhodnutí správního orgánu nicotné. Nejvyšší správní soud přitom nepřihlíží ke skutečnostem, které stěžovatel uplatnil poté, kdy bylo vydáno napadené rozhodnutí krajského soudu.

Pokud Nejvyšší správní soud dospěje k závěru, že kasační stížnost je důvodná, rozsudkem zruší rozhodnutí krajského soudu a věc mu vrátí k dalšímu řízení. Jestliže není kasační stížnost důvodná, Nejvyšší správní soud ji rozsudkem zamítne. V případech, kdy Nejvyšší správní soud zruší rozhodnutí krajského soudu a vrátí mu věc k dalšímu řízení, je krajský soud vázán právním názorem vysloveným Nejvyšším správním soudem ve zrušovacím rozhodnutí.⁴ Nejvyšší správní soud přitom současně může zrušit i napadená rozhodnutí správních orgánů (odvolací, a příp. I prvostupňová).

ad) Je správné, že kasační stížnost může podávat i žalovaný správní orgán ?

Tato otázka nabývá na významu zejména ve spojení se skutečností, že kasační stížnost je opravným prostředkem proti pravomocnému rozhodnutí krajského soudu (jeho specializovaného senátu) o žalobě ve správním soudnictví, tedy je svou povahou tzv. mimořádným opravným prostředkem, a kasační stížnost může podat účastník řízení před krajským soudem, z něhož toto rozhodnutí vzešlo; nebo osoba zúčastněná na řízení, tedy i žalovaný správní orgán, např. krajský úřad (nikoliv však již správní orgán I. stupně).

Žalobu proti rozhodnutí správního orgánu lze přitom podat až po vyčerpání řádných opravných prostředků, připouští-li je zvláštní zákon, tzn. zpravidla se tak podává proti rozhodnutí odvolacího správního orgánu. Podat ji ale může jen účastník správního řízení

Vzhledem k podstatě a poslání správního soudnictví je nepochybně v těchto souvislostech třeba poznamenat, že správní soudnictví v evropském kontextu tradičně vychází ze své orientace na ochranu subjektivních veřejných práv dotčených účastníků správního řízení

Správní orgány by v průběhu soudního přezkumu měly spíše uspokojovat navrhovatele, než bránit svá rozhodnutí, ostatně tak nemohou činit ani ve správním řízení, ani v ústavním soudnictví. Navíc zcela stranou zůstávají správní orgány I. stupně (byť často je faktickým předmětem soudního přezkumu obsah jejich rozhodnutí a ne vždy se musí tyto orgány ztotožnit s názorem orgánu odvolacího).

Osobně jsem tedy toho odborného názoru, že žalovaný správní orgán by právo podávat kasační stížnost (jako svou povahou nárokový opravný prostředek vázaný na tytéž důvody, jako u

⁴ *Vázanost krajského soudu právním názorem Nejvyššího správního soudu vysloveným ve zrušujícím rozhodnutí (§ 110 odst. 3 s. ř. s.) zakládá krajskému soudu povinnost respektovat v dalším řízení tento názor jak v rozsahu, ve kterém Nejvyšší správní soud shledal důvody kasační stížnosti opodstatněnými (tj. neztotožnil se s rozhodnutím, případně s dílčím právním názorem krajského soudu), tak v rozsahu, ve kterém stěžovateli nedal za pravdu (tj. akceptoval právní názor krajským soudem v rozsudku vyslovený).* Podle rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 1. 2009, sp.zn. 4 Ads 19/2008, www.nssoud.cz

účastníka předchozího správního řízení) mít neměl. Jeho posláním je prosazovat a chránit zákonem garantované veřejné zájmy, a k tomu by spíše měly směřovat jiné prostředky (typicky nenárokové podněty), než prostředky šité na míru ochraně veřejných subjektivních práv účastníků, či jinak dotčených osob, ve správním řízení či jiných postupech výkonu veřejné správy.

ad) *Nejsou důvody, na něž je vázáno podání kasační stížnosti pojaty příliš široce ?*

Řízení o kasační stížnosti je svou povahou soudním přezkumným řízením zaměřeným na to, zda krajský soud v souladu se zákony, a současně i věcně správně, přezkoumal rozhodnutí žalovaného správního orgánu. Jde tedy o soudní přezkoumání předchozího soudního přezkoumání rozhodnutí žalovaného správního orgánu. Proto i výše rekapitulované zákonné důvody, na které platná právní úprava váže přípustnost kasační stížnosti, převážně míří na příp. pochybení soudu, byť současně poukazuje na možnost pochybení soudu při neodhalení pochybení žalovaného správního orgánu.

Za situace, kdy je řízení o kasační stížnosti ve své podstatě v pořadí čtvrtou úrovní posuzování předmětné správní věci (rozhodnutí správního orgánu I. stupně, rozhodnutí žalovaného /odvolacího/ správního orgánu, rozhodnutí krajského soudu o podané žalobě, a konečně rozhodování Nejvyššího správního soudu o kasační stížnosti) se nutně vtírá otázka, zda více „stupňů posouzení předmětu rozhodnutí správního orgánu“ a ve spojení s tím více stupňů jeho přezkumu“ je způsobilé zaručit vyšší míru spravedlnosti. Nehledě k tomu, že tím není ještě rejstřík možností obrany z pohledu účastníka správního řízení vyčerpán, neb ten může zpravidla ještě podat ústavní stížnost, popř. se následně obrátit i na ESLP.

Soustředíme-li se toliko na vnitrostátní půdorys možností soudního přezkoumání správního rozhodnutí, dovolím si vyjádřit názor, který je po mém soudu navíc plně konzistentní s požadavkem čl. 6 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod, že jako nárokové by mohlo postačovat jednoúrovňové soudní přezkoumání správních rozhodnutí správními soudy. Z toho ostatně do jisté míry vychází i stávající právní úprava správního soudnictví, která vnímá a koncipuje *kasační stížnost* jako „mimořádný opravný prostředek“, nicméně interpretační šíří zákonem vymezených důvodů přípustnosti kasační stížnosti je kasační stížnost prakticky stavěna do pozice nárokového opravného prostředku. Tak se potom nutně, či zákonitě, vtírá otázka, zda vědomí, že věc může být příp. ještě přezkoumána další instancí, neoslabuje pocit odpovědnosti za bezchybné přezkoumání napadeného rozhodnutí na prvé z nabízejících se soudních úrovní, a to do jisté míry obdobně, jako v případě možnosti odvolacího řízení, které může i správní orgán I. stupně vnímat jako jistou pojistku, pro případ, že se mu věc nepodaří posoudit a rozhodnout „napoprvé“ zcela správně.

Za tohoto stavu věci se potom nabízí úvaha o redukci nárokových důvodů (příp. o úplné nenárokovosti) kasační stížnosti a její svázání s ještě úžeji pojatými limity její přípustnosti, popř. i její přijatelnosti.

Krom jiného se tak především jeví jako vhodné inspirovat se např. úpravou „dovolání“ v občanském soudním řádu kde platí :

„Dovolání lze podat pouze z důvodu, že rozhodnutí odvolacího soudu spočívá na nesprávném právním posouzení věci. Dovolání je přípustné, jestliže napadené rozhodnutí závisí na vyřešení otázky hmotného nebo procesního práva, při jejímž řešení se odvolací soud odchýlil od ustálené rozhodovací praxe dovolacího soudu nebo která v rozhodování dovolacího soudu dosud nebyla vyřešena nebo je dovolacím soudem rozhodována rozdílně anebo má-li být dovolacím soudem vyřešena právní otázka posouzena jinak.“

aAd) *Neměl by odkladný účinek, který ze zákona kasační stížnosti nepřisluší, takto v některých případech přece jen přicházet v úvahu ?*

Jak ukazují poznatky z praxe, nejzřetelněji se daná problematika, resp. důsledky s ní spojené, projevuje(i) ve spojení s přezkoumáváním rozhodnutí správního orgánu, a to v situaci, kdy žalovaný správní orgán, jehož rozhodnutí bylo v řízení o žalobě zrušeno rozhodnutím krajského soudu, podá kasační stížnost a před Nejvyšším správním soudem o ní probíhá řízení, v němž může být rozhodnutí krajského soudu zrušeno a věc vrácena k dalšímu řízení, přičemž mezitím daný správní orgán vydá nové správní rozhodnutí. Situace se tak pro dotčené subjekty stává nejasnou zejména v tom, jak po zrušení kasační stížností napadeného rozsudku naložit s původním rozhodnutím žalovaného správního orgánu, a jak nahlížet na jeho nové správní rozhodnutí. Vše souvisí s tím, že kasační stížnost (stejně tak ani žaloba) nemá(ají) obecně ze zákona odkladný

účinek a v rámci stávající platné právní úpravy se nabízející se *aplikační řešení* nejeví dostatečně vyhovující.

Pod zorným úhlem těchto poznatků a důsledků s nimi spojených se zřejmě z možných a také v úvahu přicházejících řešení nabízí k diskusi jako nejtransparentnější tři následující:⁵

- *podání kasační stížnosti proti rozsudku krajského soudu, který zrušil k podané žalobě rozhodnutí žalovaného správního orgánu a věc vrátil k novému projednání a rozhodnutí, zakotvit jako důvod pro ex officio přerušení řízení před žalovaným správním orgánem, až do rozhodnutí o kasační stížnosti,*

- *vyjít z řešení, které bylo uvažováno v návrhu daňového řádu z podzimu 2008, a stanovit pravidlo, že dojde-li v řízení o kasační stížnosti ve správním soudnictví ke zrušení pravomocného rozhodnutí krajského soudu, na jehož základě bylo vydáno žalovaným správním orgánem nové správní rozhodnutí, pozbývá toto rozhodnutí účinnosti nabytím účinků rozhodnutí Nejvyššího správního soudu o kasační stížnosti,*

- *přiznat kasační stížnosti, ale stejně tak i žalobě, ze zákona odkladný účinek, který by byl vázán na podání kasační stížnosti či žaloby. Navázáním odkladného účinku na podání kasační stížnosti či žaloby by byla zachována „mimořádnost“ těchto opravných prostředků.*

Pochopitelně každé z těchto řešení má své jisté výhody, a také nevýhody, a legislativní přiklonění k některému z nich, či jejich modifikaci, by muselo být předmětem zevrubných projednání a také nalezení příslušného konsenzu.

ZÁVĚREM

K úpravě institutu kasační stížnosti, jakož režimu správního soudnictví v České republice jako celku, lze souhrnně stručně konstatovat, že převážně, a to i díky dosud proběhnutým novelizacím soudního řádu správního převážně vyhovuje, nicméně stejně tak nepochybně existuje řada **otázek**, které čekají na budoucí, **perspektivní diskusi**.

Právě odeznný příspěvek byl pojat jako určitý vklad do této potenciální diskuse, a jeho autor bude zamýšlený účel příspěvku považovat za naplněný, pokud svým obsahem povede alespoň k některým zamyšlením.

A po létech bude jistě zajímavé, jestli obdobné otázky nebudou spojovány a artikulovány také ve spojení s právě letos přijatou slovenskou právní úpravou správního soudnictví, která je v uvedených otázkách, až na určité výjimky, do jisté míry koncipována obdobně.

Na úvodem položenou otázku, zda jedním z nástrojů, jimiž je sledováno **efektivnější a důvěryhodnější soudnictví** nemůže být i **kasační stížnost** v režimu právní úpravy správního soudnictví v České republice, se kloním k odpovědi, že příp. legislativní úpravy tohoto institutu ve smyslu výše naznačeného by k vyšší efektivnosti a důvěryhodnosti správního soudnictví přispět také mohly.

Kontaktní údaje autora:

prof. JUDr. Petr Průcha, CSc.

Petr.Prucha@law.muni.cz

Právnická fakulta, Masarykova univerzita v Brně

Veveří 70, 611 80 Brno

Nejvyšší správní soud České republiky

Moravské náměstí 6, 657 40 Brno

Česká republika

⁵ Blíže viz Baxa, J., Průcha, P., Šimka, K.: K problematice odkladného účinku kasační stížnosti podané žalovaným, Správní právo č. 8/2010, str. 498 - 510

FROM TRANSPARENCY TO ACCOUNTABILITY: UTILIZING "BIG DATA" FOR INCREASED EFFECTIVENESS OF JUDICIAL SYSTEM

Samuel Spáč

Transparency International Slovakia
Comenius University, Faculty of Arts

Abstract: Slovak judiciary currently functions in the regime of unprecedented transparency. Krastev (2013) warns transparency may contribute to the decreasing level of trust towards institutions and weakening of democracy unless the data are analyzed in their complexity. This paper presents three case-studies utilizing data about the Slovak judiciary: a) qualitative analysis of judicial decisions regarding cases of corruption in 2012 - 2014; b) quantitative analysis of performance of individual courts and judges from district courts in 2011 - 2013; c) statistical analysis of selection procedures to the positions of judges in 2011 - 2014. The results show the ability to identify problematic aspects of the issues inquired: predictability, but absence of real punishments in corruption cases; identification of courts and judges who negatively contribute to the overall performance of the system; increased chances to succeed in selection procedures for candidates with family members in the judiciary. In order to increase credibility of the judicial system it is essential to use available data for better understanding of the functioning of the system and improved targeting of public policies.

Key words: transparency, accountability, big data, corruption, judicial performance, judicial selection, public policies

1 INTRODUCTION

In the last couple of years the reputation of the Slovak judiciary has considerably decreased. Based on a variety of studies one can label it as ineffective¹, corrupted², untrustworthy³ or in "disarray and turmoil"⁴. Some of this undesired situation can be certainly explained by a range of that had attracted public attention, such as disciplinary procedures against judges who publicly criticized practices present in the judiciary, "discrimination lawsuits" of numerous judges against the state, or a considerable amount of judicial decisions regarding defamation of the former President of the Supreme Court and the Judicial Council Štefan Harabin. Such an attention clearly has not done a favor to the Slovak judicial system, however the public perception is not the only problem and Slovak judiciary performs badly even when only objective indicators are taken into account. In 2012 Slovak judiciary was found among three least capable judiciaries in the EU with Clearance rate of non-criminal cases at the 1st instance was as low as 91%, and the problems of the judicial system can be observed with regard to Disposition time as well, as Slovakia can be found among five slowest judiciaries in the EU⁵.

The unsatisfactory performance, together with public discontent led in 2011 to a series of reforms aimed at the increase of the level of transparency in Slovak judiciary, as transparency is frequently considered a tool that should enhance and ensure higher accountability and efficiency. Just to clarify, accountability for the purpose of this paper is not understood in usual negative sense, but rather as a more inclusive concept where one actor is accountable to another one for either past or future actions that can be a basis for sanctions as well as rewards⁶. Since then a vast majority of

¹ SCHWAB K., SALA-I-MARTIN, X. The Global Competitiveness Report 2013-2014.

² TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Global Corruption Barometer 2013.

³ TASR. Súdny majú katastrofálnu bilanciu. Nedôveruje im skoro 70% Slovákov.

⁴ BOJARSKI, L.; STEMKER KÖSTER, W. The Slovak judiciary: its current state and challenges.

⁵ CEPEJ. Report on European judicial systems - Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice

⁶ SCHEDLER, A. Conceptualizing accountability.

judicial decisions is supposed to be published at the website of the Ministry of Justice and should be available to anyone; public can find information about selection procedures in the resort including resumes, motivation letters and declarations of family members in the judiciary by all candidates for judgeships or candidates for courts' presidents; judges are obliged to publish their asset declarations online on the website of the Judicial Council; or on the website of the Ministry one can find annual statistical reports for each judge serving in the judiciary in any given year. To the contrary, Krastev⁷ argues that transparency leads on one hand to such volumes of information that keep the public uninformed when he claims that: "[i]nundating people with information is a time-tested way to keep people uninformed"; while on the other hand it comes with cherry-picking of cases by media and political opponents that consequently contributes to the decrease in trust towards democratic institutions.

This article aims to challenge the idea proposed by Krastev and argue that transparency, if properly utilized, can be a vehicle of a positive change. This paper will therefore present three separate case studies that demonstrate "big data" can improve our understanding of how institutions, for this purpose specifically judicial institutions, function, and can in turn enhance accountability and more informed public policy decisions by increasing the ability to target problems with considerably higher precision. The first case study will utilize published judicial decisions and analyze decisions related to corruption in years 2012-2014; the second will propose a methodology of how to measure performance of judges and with a closer look at Slovak district court judges will show that a) individual judges matter for the performance and should be held accountable for their work, and b) it is possible to identify judges and courts who contribute to overall performance either positively or negatively with statistical significance; and the last case study will analyze judicial selection to district courts between 2011 and 2014 arguing that candidates with family members in judiciary are statistically more likely to be successful in these procedures and are more likely to win. All of the case studies will be presented in the following way: at first I will introduce used data and methods used for data collection as well as the analysis; after that I will present most important findings; and finally I will provide a discussion of these findings and how could they serve for the purpose of public policy decisions regarding the functioning of judicial system.

2 ANALYZING CORRUPTION IN PUBLISHED JUDICIAL DECISIONS

Corruption in Slovakia has been for a long time considered one of the most crucial problems of the country. According to Global Competitiveness Report⁸ it is the second most problematic factor for doing business; only inefficient government bureaucracy was considered as a more troublesome issue. Similarly, in Corruption Perception Index 2014⁹ only five EU countries ranked worse, suggesting corruption is a recognized problem in Slovakia and fight against it may play a crucial role for the trustworthiness of the government among its own citizens. Even politicians has a long time ago acknowledged that corruption should be addressed with extraordinary attention. In 2003 the Special Court was created and one of its main tasks was to serve as a specific tribunal for corruption cases. Even after its existence was compromised by the decision of the Constitutional court¹⁰, the new Specialized criminal court was established as a successor of the former institution. Despite the fact corruption has been recognized as a major problem in the country, the knowledge about the actual fight against it, and about actual functioning of the court together with the office of Specialized attorney, is rather scarce. For that reason this case study attempted to concentrate on several questions that should clarify how successful the Specialized court is in this difficult task: first of all, who is tried and for what?; what kinds of corruption are heard in front of the court?; do punishments fit the crimes?; how are punishments assessed?; and finally, what does all that mean for corruption in Slovakia.

2.1 Data and Methods

For the analysis we looked at 239 decisions of Specialized Criminal Court in corruption cases published between January 2012 and July 2014. Decisions were searched contemporaneously at the website of the Ministry of Justice and at the open-data portal Open Courts

⁷ KRASTEVA, I. The transparency delusion.

⁸ SCHWAB K., SALA-I-MARTIN, X. The Global Competitiveness Report 2013-2014.

⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Corruption Perception Index 2014.

¹⁰ Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic No. Pl. ÚS 17/08-238 from May 20, 2009.

(www.otvorenesudy.sk), administered by Transparency International Slovakia. In addition, to create as precise sample as possible we also requested information about heard corruption cases from the Specialized Criminal Court and the Supreme Courts. Once the sample was selected the data were collected using various approaches, mainly qualitative legal analysis and content analysis¹¹.

2.2 Findings

The analysis showed that majority of those tried at the Specialized Court are ordinary citizens, even though corruption is usually perceived as a consequence of power. Global anti-corruption organization Transparency International defines corruption as "the abuse of power for private gain"¹² while it can be categorized on the basis of the amount of money involved - on the continuum between 'grand' and 'petty', and on the basis of sector where it occurs - the main distinction being a difference between political and non-political corruption. The reason for that, as can be seen in Figure 2, is the fact that bribery is prosecuted much more often than taking bribes.

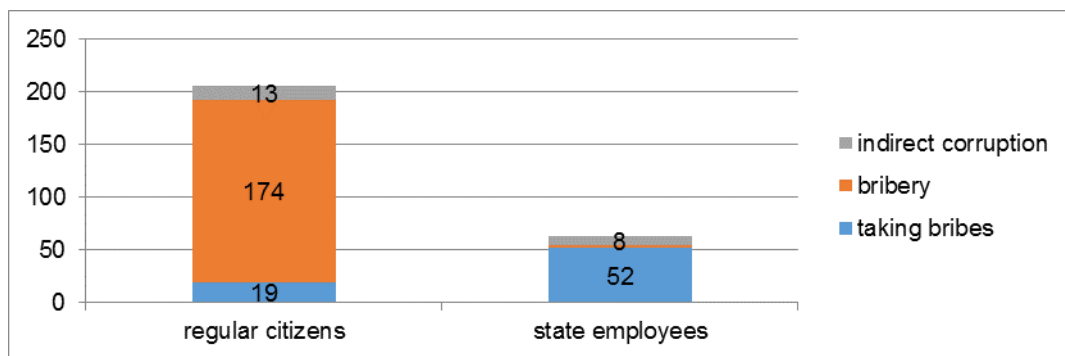


Figure 2: Number of people tried at the Specialized Criminal Court for corruption

Source: Transparency International Slovakia

Massive disproportionality of ordinary citizens as compared to state employees may suggest that action which predominantly get heard at the court are rather related to citizens' interactions than to interactions with state. However, Figure 3 shows that of those 220 decisions that were subsumable to specific categories of interactions in the society a large share is related to relationships between citizens and the state. The largest category in this respect is what we labeled as 'dealing with officials' which refers to such interactions as procedures for vehicle license plates, evidence for vehicles brought from abroad and alike. In addition, paying bribes for non-action by officials in cases where for instance, traffic regulations were breached, or in the procedure for issuing of the driver's license are considered as different categories. The second largest group contains citizens' interactions with medical facilities where they often attempted to get medical professionals to issue sickness absences on the basis of fictitious diagnoses or secure a favorable medical opinion for the grant of some kind of pension. On the other hand, political corruption related to elections, EU funds or procurement is marginalized in the sample and only 5% of all the decisions can be attributed to this category.

¹¹ The analysis was prepared in 2014 in cooperation with Katarína Hukelová, research assistant in Transparency International Slovakia

¹² TRANSPARENCY INTERNATIONAL. How do you define Corruption?

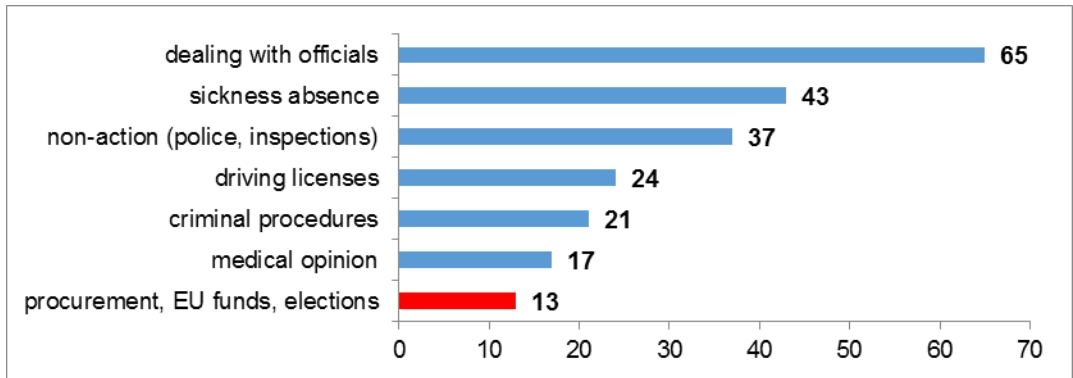


Figure 3: Number of decisions related to specific categories of interactions in which prosecuted corruption was found

Source: Transparency International Slovakia

As a consequence of a very small number of political corruption cases heard at the Specialized Criminal Court, only a small share of individual bribes can be considered as a 'grand' corruption. Almost half of the corruption instances the court was deciding about involved bribes lower than 20 eur. Contrarily, only as much as 5% involved bribes higher than 3000 eur. It is important to note here that the 5% share of bribes over 3000 eur and 5% share of corruption cases in political corruption is to some extent coincidental. Especially corruption related to elections actually involved bribes lower than 20 eur.

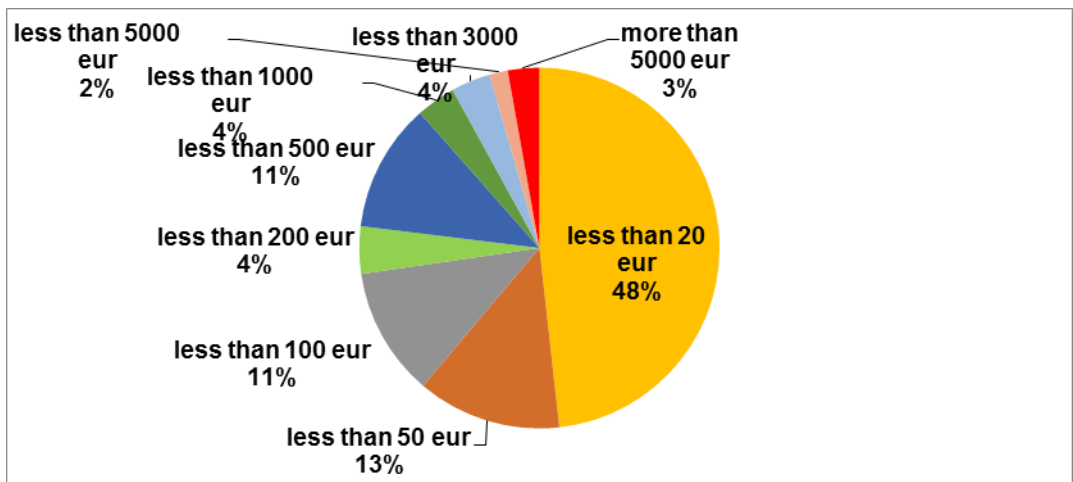


Figure 4: Share of bribes categorized by the amount of money involved

Source: Transparency International Slovakia

Another striking fact in the sample was that as much as three quarters of decisions are in fact decided by prosecutors as 48% of the decisions were plea bargains, and another 28% were penalty orders. This can be seen in Figure 5. Further out of plea bargains and penalty orders only as little as 2% resulted in imprisonment of those tried. To the contrary, of those who did not plead guilty one third was acquitted. Of the rest, hence from the 17% of defendants who went to the court and did not plead guilty 16% were actually imprisoned. This suggests that unless the defendant pleads guilty, the chances of acquittal are not negligible, but on the other hand the chances for imprisonment rise as well. To support this claim we can turn to evidence from the sample: a food inspector who asked for a bribe in 2011 and received at least 10 kilograms of jasmine rice, 2 packages of cashew nuts and several juice bottles was imprisoned for 5 years; whereas those who were involved in a large scale corruption related to public procurement at the Ministry of Defense,

with as noteworthy bribes as 42.500 eur were punished only with financial sanctions while avoiding years of imprisonment.

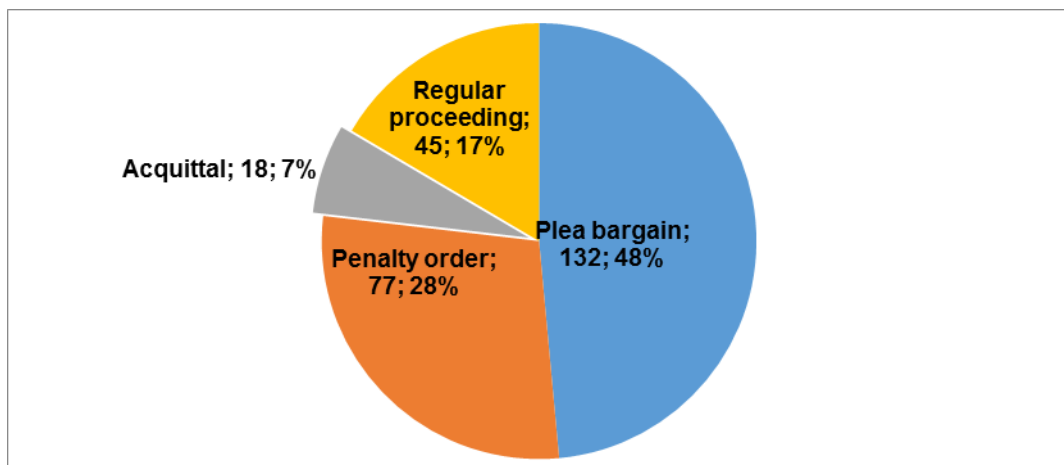


Figure 5: Share of Specialized court's decision based on the form of the decision
Source: Transparency International Slovakia

2.3 Conclusions

Based on the analysis it can be argued that prosecution of corruption in Slovakia mainly targets ordinary citizens while political and grand corruption remain considerably unnoticed. Either way, what can be seen in the sample is that petty corruption is very common in the country and numerous citizens are seeking advantages when dealing with officials or medical professionals. Results suggest that corruption practices are deeply rooted in the society which certainly is wearisome. Further, the analysis shows that repressive bodies are not too successful in the fight against grand corruption as only very few cases are heard by the court specifically designed for these purposes. Also, the study demonstrates that a majority of cases gets decided at the level of prosecution and that these cases are more likely to end with not as harsh decisions as may be necessary for the law to fulfill its prevention function that would increase costs of this harmful behavior. Last but not least, Specialized criminal court plays a much smaller role in the prosecution of corruption as might be expected, which creates an incentive for a much greater openness and transparency of the prosecution as it seems to be a much more crucial actor with regard to corruption than the judiciary.

3 MEASURING PERFORMANCE OF DISTRICT COURT JUDGES

Central to this analysis are individual judges, which is not frequent in the study of courts or judicial systems. Poor performance of judicial systems, including the Slovak one, are usually explained by insufficiency of material as well as personal resources, high number of incoming cases, complicated and often changing legal orders, while the role of judges seems to be underplayed. This case study aims to question this practice and propose a measure of performance of Slovak district court judges using descriptive statistics from annual statistical reports. These reports include a variety of data that provide as an opportunity not only to see how cases go through judges' hands, but also to compare them to one another and on the basis of comparisons measure their individual performance. In the past, and in certainly different context than the Slovak one, judges seemed to understand public's desire to be informed about their work and perceived it as a legitimate tool¹³, however the reactions to outside criticism were generally not too positive¹⁴. Majority of performance evaluations found in the literature was based on surveys either among legal professionals or general public. This case study utilizes available descriptive statistics, and

¹³ STERLING J., STOTT E.K. and WELLER S.. What judges think of performance evaluation: a report on Colorado survey.

¹⁴ FLANDERS S., Evaluating Judges: How should the bar do it?

somewhat similar approaches can be found - looking at used citations of judges outside their circuit¹⁵, or their success rate at the appellate level¹⁶.

3.1 Data and Methods

For the analysis data for 939 district court judges from years 2011-2013 were used. Performance of judges was measured on two dimensions - quality and efficiency roughly overlapping with two out of five core values of judicial systems as proposed by Shetreet¹⁷ - namely with procedural fairness and efficiency¹⁸. 'Quality' is understood as a feature of judicial behavior that reflects decision-making on the basis of evidence, in accordance with procedural rules, while these being contained in a reasoned decision while the proper laws are applied. 'Efficient' judge is understood as a judge who is able to resolve incoming cases, decrease the number of docketed cases and prioritize in such a way that ensures all litigants are treated roughly equally. Certainly, there are many critiques that can be raised against such conceptualizations, but these are based on the assumption that the judicial system functions to a large extent properly and injustice happens rather occasionally and cannot be seen as a systemic feature of the actual functioning of the judiciary. The two dimensions are measured by eight indicators that can be found in Table 1.

Indicator Name	Note
Q1. Affirmed decisions	Calculated as a share of affirmed decisions from the total number of decisions of the appellate court.
Q2. Appellation frequency	Calculated as a share total number of decisions from the total number of decisions issued by a judge. The main problem with the indicator is that time periods of the two groups are not corresponding as the value of the former depends on appellate courts, not from a judge herself.
Q3. Reversed or annulled decisions	Calculated as a share of reversed or annulled decisions from the total number of decisions issued by a judges. Time periods are not corresponding.
E1. Clearance rate	Calculated as a number of decided cases divided by of all incoming cases in the time period.
E2. Total number of unresolved cases	The higher the number is the less able a judge is to focus on new cases.
E3. Total number of restant cases	The higher the number is the less able a judge is to focus on new cases.
E4. Restant of unresolved cases	Calculated as a share of restant cases from all unresolved cases. Restant cases are those that have not been resolved in at least 12 months, except childcare cases that are considered as restant after 6 months.
E5. Case turnover ratio	Calculated as number of decisions issued by a judge in the last year compared to all unresolved cases at the end of the year. The indicator shows judge's ability to resolve unresolved cases were there no incoming cases.

Table 1: List of all indicators

All of the indicators are coded on the scale from 0 to 10. For each indicator and each judge the score was calculated using z-scores where the observed value of each judge was compared to the rest of judges, and if a judge's z-score was between -0,2 and 0,2 the score was re-coded to 5, if it was between 0,2 and 0,6 the score was re-coded to 6, and so on to the z-scores higher than 1,8 when it was re-coded to 10, and vice versa, meaning that if the z-score was lower than -1,8 it was re-coded as 0. The idea behind that was two-fold. First of all, it allows us to easily compare judges to one another, and also using standardized scores should punish or reward those who are significantly distant from average, while those with performance on an indicator around the average

¹⁵ CHOI, S., GULATI, M. A Tournament of Judges?

¹⁶ CROSS F.B., LINDQUIST S. Judging the Judges.

¹⁷ SHETREET, S. Judicial independence and accountability: core values in liberal democracies

¹⁸ Those remaining are: accessibility, public confidence and judicial independence.

shall remain in the center of the distribution. Predicted normal distribution however was not found in the data, nevertheless, tests for skewness and kurtosis did not detect any major problems with normality on any of the indicators.

3.2 Findings

The analysis used Cumulative link mixed model analysis¹⁹ as the data on the dependent variable - score on different indicators - were categorical and ordered, while all the independent variables used in the analysis were categorical. Scores on indicators, together with specific identities of judges, courts where they serve, agendas in which they decide accompanied by control variables for gender and (non)presence of family members in the judiciary allowed us to ask new and intriguing questions: first of all, do judges even matter or can the variance on the dependent variable be explained solely by different factors?; and second of all, can we identify judges and courts that have overall positive or negative contribution to the performance of the judiciary?

Model	AIC	LR	Pr(<Chisq)
M0	30.431		
M1 court	30.111	322,02	<0,001 ***
M2 court + judge	29.681	432,14	<0,001 ***
M3 court + judge + indicator	29.623	60,73	<0,001 ***
M4 court + judge + indicator + male + family + agenda	29.402	232,52	<0,001 ***
Single term deletions			
M4a M4 - (gender)	29.402	2,30	0,130
M4b M4 - (family)	29.406	6,31	0,012 **
M4c M4 - (agenda)	29.614	220,03	<0,001 ***

Note: p<0.01 *** p<0.05 ** p<0.1 *

Table 2. Likelihood ratio tests of cumulative link models

In order to determine whether judges play a role in observed variance we compared different models, starting from the most parsimonious one to more complex in order to determine whether including additional variables improves the model. The results are presented in Table 2 and show that individual judges do matter for the performance and neither court nor agenda can account for all the variance. In addition, all of the variables except for gender improve the model and increase its explanatory power. Based on that we can reject the null hypothesis that posits that judges individually do not contribute to variance observed on the dependent variable - hence a score on each indicator.

		Random effects	
		Variance	St.Dev.
judge	(Intercept)	0,450	0,671
court	(Intercept)	0,249	0,499
indicator	(Intercept)	0,040	0,200
		Coefficients	
	Estimate	Std.Error	Pr(< z)
gender_male	-0,111	0,073	0,130
family_yes	0,223	0,089	0,012 **
agenda_child	-0,604	0,115	<0,001 ***
agenda_civil	-1,339	0,088	<0,001 ***
agenda_comercial	-0,969	0,121	<0,001 ***
agenda_none	-0,593	0,253	0,019 **

Note: p<0.01 *** p<0.05 ** p<0.1 *

Table 3. Cumulative Link Mixed Model fitted with Laplace approximation

¹⁹ Model for the analysis was suggested and prepared by Martin Kanovský, Assistant Professor at the Faculty of Social and Economic Science at Comenius University in Bratislava

Furthermore, as can be seen in Table 3, family variable has a positive effect on the score on the dependent variable. Such a statistically significant result does not offer any intuitive substantive explanation. On the one hand, if future research confirms such a relationship, it may compromise nepotism claims as such a practice is generally perceived as dangerous and harmful for judicial systems. Also, every agenda seems to affect the score on indicators negatively as compared with criminal agenda. This is perhaps not too surprising, criminal agenda is in general perceived as the most important one as it immediately affects human rights, therefore states supposedly build capacities that are sufficient in ensuring judiciaries work in this agenda as properly as possible. In addition, better performance of judges in criminal agenda may be connected to the fact that considerable powers in criminal process belong to the prosecution and that institutes such as plea bargain may considerably affect efficiency of judges.

Based on the model it is possible to estimate the effect of individual courts and judges given by conditional modes with 95% confidence intervals based on the conditional variance. Distributions of these effects can be found in Figures 6 and 7. The former shows the effect of individual courts, while the latter shows individual effects of judges. Out of 54 district courts, we had reliable data for 51 of them; of these six seem to contribute to the overall performance of judiciary positively and eight has negative effect. Additionally, there are 25 judges with positive effect and 15 judges with overall negative contribution.

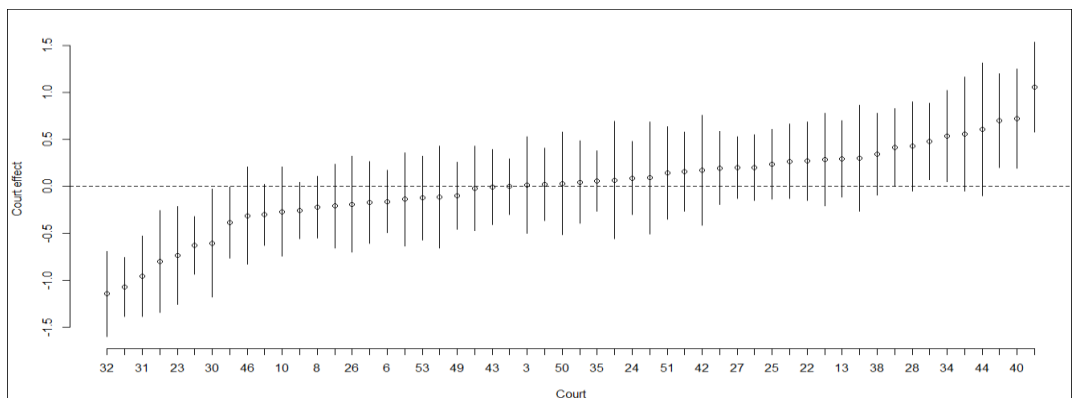


Figure 6: Court effects given by conditional modes with 95% confidence interval based on the conditional variance

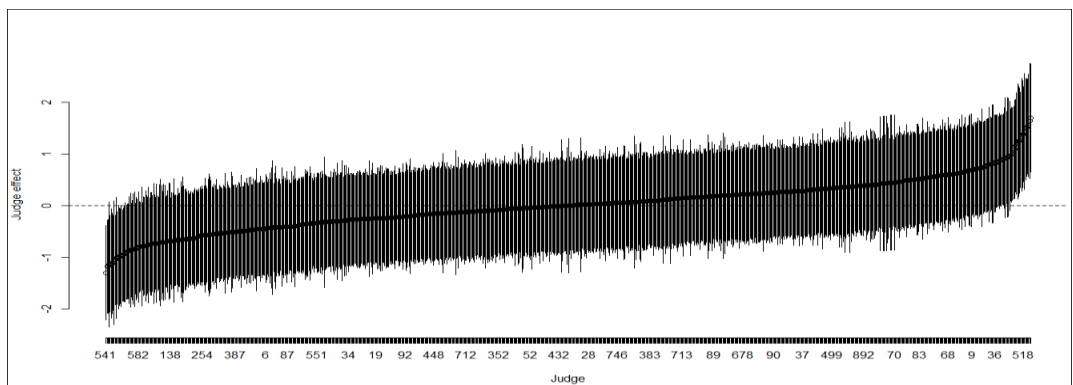


Figure 7: Judge effects given by conditional modes with 95% confidence interval based on the conditional variance

3.3 Conclusions

The results presented here are rather preliminary and need to be re-evaluated. There are several problems in the analysis: first of all, there is a suspicion of endogeneity problem as indicators on each dimension to some extent use the same original data, and therefore may

slightly compromise the analysis; further, it may be helpful to separate quality and efficiency dimensions and study them separately as there is not a substantive reason why they should be related to each other as they measure different aspects of judicial work. Either way, the study suggests that individual judges do matter the observed performance and that some of the variance - some of the differences between judges - cannot be attributed to different courts where judges work, or different agendas, but their personal contribution needs to be taken into account. Finally, the analysis proposes a tool for the measurement of performance as well as for comparison between judges and courts. Utilizing available data proves to be a useful instrument for better and deeper understanding and functioning of the judicial system as well as for better targeting of decisions regarding courts, judges, and the judicial system in the public policy arena which can in turn improve unsatisfactory performance of the judiciary as a whole.

4 FAMILY MATTERS: STUDY OF JUDICIAL SELECTION PROCEDURES

Entering the Slovak judiciary has for a long time been connected with suspicions of nepotism practices. The problem also indicates the map of family interconnections created by Transparency International Slovakia²⁰ showing a dense network with numerous family relationships between courts, regions and different levels of judiciary hierarchy. According to these data from annual judges' asset declarations approximately one in five judges has a family member in the judiciary. However, data like this suggest a problem, yet cannot answer the question whether family members are treated any differently in the recruitment process or once they are working in the hierarchy. Increased transparency of selection procedures, on the other hand, allows us to ask such a question.

Volcansek²¹ postulates the process of judicial recruitment operates like a funnel, as more and more people are excluded from the procedure until only one (or possibly a few) is appointed. According to her, the process consists of three stages: certification, which is related to political opportunity of an open position one may apply for; selection, which includes some interactions among participants, sponsors and the selecting body; and an appointment which refers to a procedure through which a winning candidate assumes the office. These stages gradually reduce the number of potential candidates as failing to pass at any of these phases prevents an aspirant from being appointed. Because of increased transparency of the selection procedures in Slovak judiciary we can identify pool of candidates at different stages of the process: first of all, we have information about those who applied to specific selection procedure; those who actually attended; those who successfully passed through all stages of the process; and those who won and got appointed. Based on that we can formulate a research question: What factors increase candidates' chances to pass through different levels of the selection procedures?

4.1 Data and Methods

For the analysis data from 70 selection procedures to the position of district court judges between December 2011 and May 2014 were collected, including altogether 84 winners. Number of winners may differ from one procedure to another, as one selection procedure can be open for several judgeships. We collected data from reports from these procedures including information about candidates' success at different stages of the procedure, and information about gender, family members in the judiciary, whether a candidate works in the judiciary, whether she has a judicial exam, and a foreign language certificate. All of the variables included in the research were binary, and the selected method for the analysis was conditional logit analysis inspired by Hanretty's work on selection of judges in the United Kingdom²².

4.2 Findings

The analysis showed significant factors on all three dependent variables that are presented in Table 4. First of all, those who are working in the judiciary are more likely to attend the procedure if they applied; but more importantly, those with family members in the judiciary are more likely to successfully pass through all the stages as well as to win the whole procedure at 95% level of confidence. Surprisingly, foreign language certificate seems to decrease candidates' chances for

²⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL SLOVAKIA. *Kto je s kým rodina na našich súdoch* (2012).

²¹ VOLCANSEK, M.L. *Appointing Judges the European Way*.

²² HANRETTY, C. *Political preferment in English judicial appointments, 1880-2005*

winning the procedure. However, as the Standard error seems to be rather large, it suggests there are only few cases in the sample which decreases the relevance of the finding.

	Attend	Success	Winner
Female	-0,07 (0,08)	-0,04 (0,15)	-0,04 (0,30)
Family	-0,11 (0,11)	0,40 ** (0,18)	0,88 ** (0,35)
Judicial Exam	-0,07 (0,11)	0,19 (0,20)	-0,33 (0,40)
Judiciary	0,43 *** (0,11)	0,28 (0,21)	0,31 (0,43)
Language certificate	0,22 (0,13)	-0,26 (0,25)	-1,39 ** (0,71)
Dispersion	0,466	0,695	0,632
Likelihood-ratio	39,6	14,6	9,6
Deviance	906,5	469,8	139,1
N	1.542	806	235

Note: p<0.01 *** p<0.05 ** p<0.1 *

Table 4: Conditional logit model, Standard errors are presented in brackets

These effects can be observed in simple descriptive statistics that show how shares of some of the groups of candidates change through different stages of the process. While out of those who apply only 14% have family members in the judiciary, in the process their share increase as much as almost one in three winners of selection procedures has family connections in the judiciary, hence their share almost doubles. Similarly, candidates who work in the judiciary represent 53% of the pool of candidates at the entrance of the selection procedures, but through the process their share increases to three quarters.

4.3 Conclusions

Based on the analysis we can reject null hypothesis that structural factors do not play a role in the selection procedures. Also, and most crucially, to have a family member in the judiciary increases one's chances to become a judge, and we can say that at 95% level of confidence. There are several explanations possible from nepotism, through Bourdieu's idea of 'habitus'²³, to luck or genetics. In order to increase trustworthiness of the selection process and consequently of the judiciary in Slovakia it is necessary to control for the 'habitus' explanation by securing presence of non-judicial members of the selection committee that can secure that judicial behavior will not be reproduced just by a simple fact that some candidates share similar values and practices to those who select them. Reproducing same patterns of behavior cannot ensure that existing practices in one of the least trusted, and most ineffective judiciaries in the EU will not be perpetuated. In addition, as those working in the judiciary are more likely to attend procedures and their share throughout the process gradually increases, it is necessary to control this entrance to the judiciary - hence open the selection of higher court officials to public control in order to tackle nepotism claims.

5 DISCUSSION

In this paper I tried to address the concerns about negative consequences of transparency for the functioning of democratic institutions by arguing that transparency can in fact serve as a vehicle of a positive change and can increase accountability of courts, judges, and in general of the judicial system. To support this argument I presented three case studies focused on different aspects of the functioning of judicial system: first I showed that publishing judicial decisions can contribute to our understanding of the functioning of repressive bodies in the fight against corruption and can descriptively as well as normatively evaluate how successful a state is in such a battle; further, by proposing a measure of quality and efficiency of district court judges I demonstrated that individual judges do matter for the overall performance of judiciaries, and such a measure can help

²³ BOURDIEAU, P. The Logic of Practice.

policy-makers to better target problematic issues and allocate resources with more precisions; finally, the analysis of selection procedures showed that candidates with family members in the judiciary are more likely to succeed and win in these procedures, which raises concerns about fairness in the selection. Certainly, there is a long way from transparency to accountability, but the paper attempted to demonstrate from the perspective of civil society and academia that opening state institutions, even such particular as courts, can strengthen calls for accountability and in synergy with state apparatus can eventually improve functioning of institutions.

Bibliography:

- BOJARSKI, L. and STEMKER KÖSTER, W.: *The Slovak judiciary: its current state and challenges*. Bratislava: Open Society Foundation, 2012.
- BOURDIEAU, P.: *The Logic of Practice*. Cambridge, UK: Polity Press, 1992.
- CEPEJ. "Report on European judicial systems - Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice." 2014.
- CROSS, F.B. and LINDQUIST S.: *Judging the Judges*. In: *Duke Law Journal* 58, 2009, p. 1383-1437.
- FLANDERS, S.: *Evaluating judges: how should the bar do it?* In: *Judicature* 61(7), 1978, p. 304-310.
- HANRETTY, C.: *Political preferment in English judicial appointments, 1880-2005*. Paper presented at ECPR Joint Sessions in Salamanca 2014, in the Panel "Causes and Consequences of Judicial Selection and Turnover at the Supreme/High Court Level". 2014.
- CHOI, Stephen and GULATI, M.: *A Tournament of Judges?* In: *California Law Review*, Vol. 92, No. 1, 2004, p. 299-322.
- KRASTEV, I.: *The transparency delusion*. In: *Eurozine*. Published on: Feb 2, 2013. Available at: <http://www.eurozine.com/articles/2013-02-01-krastev-en.html> (accessed Oct 19, 2015).
- Ruling of the Constitutional Court of the Slovak Republic No. Pl. ÚS 17/08-238 from May 20, 2009*. Available at: http://www.concourt.sk/SearchRozhodnutiav01/rozhod.do?urlpage=dokument&id_spisu=306345 (accessed Oct 22, 2015).
- SHETREET, S.: *Judicial independence and accountability: core values in liberal democracies*. In: *Judiciaries in Comparative Perspective*, edited by H.P. Lee. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 3-24.
- SCHEDLER, A.: *Conceptualizing Accountability*. In: *The self-restraining state: power and accountability in new democracies*, edited by Andreas Schedler, Larry Diamond and Marc F. Plattner. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28.
- SCHWAB, K. and SALA-I-MARTIN, X.: *The Global Competitiveness Report 2013-2014*. World Economic Forum, 2013.
- STERLING, J., STOTT, E.K. and WELLER, S.: *What judges think of performance evaluation: a report on Colorado survey*. In: *Judicature* 64(9), 1981, p. 414-424.
- TASR. *Súdy majú katastrálnu bilanciu. Nedôveruje im skoro 70% Slovákov* [Courts have terrible balance. Almost 70% of Slovaks do not trust them]. Published on: June 20, 2012. Available at: <http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/247416-sudy-maju-katastralnou-bilanciu-nedoveruje-im-skoro-70-slovakov/> (accessed May 5, 2015).
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption perception index*. 2014.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Global Corruption Barometer*. 2013.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *How do you define corruption?* Available at: <https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define> (accessed Oct 23, 2015).
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL SLOVAKIA. *Kto je s kým rodina na našich súdoch* (2012) [Who is whose family on our courts (2012)]. 2013. Available at: sudy.transparency.sk (accessed Oct 23, 2015).
- VOLCANSEK, M.L. *Appointing judges the European Way*. In: *Fordham Urb. L.J.*, 2007, p. 363-385.

Contact information:

Samuel Spáč, M.A.

spac@transparency.sk, samuel.spac@gmail.com

Transparency International Slovakia / Comenius University, Faculty of Arts, Department of Political Science

Bajkalská 25, 827 18 Bratislava / Šafárikovo nám. 6, 814 99 Bratislava
Slovak Republic

SOFT LAW: AN INNOVATIVE NON GOVERNMENTAL TOOL

Stéphane Bauzon

University of Rome Tor Vergata

Abstract: Law is hard but it is the law. Otherwise, the law will be a mere opinion that would not be able to ensure us that our mutual obligations will be maintained. Nevertheless, hard law has been challenged in the last thirty years. Hard law has been discussed in international affairs due to the lack of a supranational government enabled to implement international laws. More recently, hard law was criticized in private law for being too slow to give fair and quick answers to current societal issues. Soft law is not just a *pre*, a *para* or a *post* hard law; it is an innovative non governmental tool which is more and more used in the field of bioethics and business ethics. As an applied legal ethics of deliberation, soft law consents to have a better auto-regulation of all social stakeholders without waiting for late and rigid governmental normative decisions to the legal questions of our time.

Key words: Soft Law – International Law – Private Law – Bioethics – Business Ethics

1.

The law is a polysemic concept that generally indicates an obligation to do or not do an act. The purpose of the legal requirement concerns the just distribution of goods and burdens in a political community. As a political action, law refers to the law of a country. Law is the law enforcement. The law requires citizens to behave in a certain way. A law requires, for example, the minimum age to contract or to incur liability. The law tells us how to behave in our relationships with others. In case of breach of the commandments of the law, the penalty reminds us about the law. Thus, the contract signed by a minor is punishable by revocation of the act. The legal system is therefore a rigid frame. The rigidity of the law concerns us directly in order to be assured of the effects of our actions. Renting a house requires rent payments. A default of payment of sums due, the law is used to obtain them. The rigidity of the law is a token of the certainty of having his right respected. Security conferred by law stems from its rigidity. The law is hard but it is the law, '*dura lex sed lex*'. Proven natural compassion for the sick and unemployed tenant does not justify its non-payment of rent. The law is hard to be truly law. The legal truth is not as absolute morality. It is not the domain of the law but of morality to ensure that we treat our neighbours as we would be treated. The law is a commandment that ensures the execution of taken obligations. The truth of the law is a matter of authority. The power of a State to enact a law is a sign of its sovereignty. Morality can possibly be strengthened by law. The prohibition on public order to rent a house into a facility dedicated to the pleasures (such as a casino or a brothel, for example) can be likened to the fight against moral vices as defined Christian morality. However, this point is marginal for the jurist. The legal question is whether an act is or is not recognized as legal in one country. The permission or prohibition of acquiring a homosexual marriage can certainly be studied from the moral angle. However, it is clear that this moral is legally subsidiary. The truth of the law is whether or not an act can be done and executed. The moral dimension of the law is not a material issue for the lawyer. The law is also hard on morality. The law tends to exclude from its field. During the discussion of the law, morality can be a political argument. Child labour is legally condemned or accepted in countries for socio-historical reasons, nevertheless once the law is adopted, nothing can stop its implementation. The moral doubts about a law do not disappear of course, but they are excluded from the field of law enforcement. They may return if a policy review of the law occurs only. To do otherwise, by a continuous recourse to objection of conscience would weaken the law and it would no longer guarantee that legal obligations will be implemented. The law is a bulwark against social discord. The hardness of the law avoids the constant legal wrangling. The law is not a command with a variable geometry unless it anticipated itself. For example, a law may authorize a Catholic doctor to exercise an objection of conscience to refuse to perform an abortion. The certainty of the law remains intact here. However, the law cannot let taxpayers refuse to pay a share of tax intended for abortions in the name of moral conviction. Common sense calls for this hardness, otherwise moral relativism (with its cohort of moral refusals: pacifist vs. financing the army, vegetarian vs.

subsidies to farm animals, religious fundamentalist vs. secular public school etc.) would undermine the foundation of the law which is to ensure the effects of legal obligations. The law would then become a mere opinion to be considered among all kind of opinions. Social peace conferred by the law would be quickly jeopardized by these claims, which are more or less morally justified. The hardness of the law is a matter of justice: not of a vague general justice as is the moral, but of a precise particular justice which consents social peace to be rigidly defined as a framework of what is legal or not to do in a country. Political authority cannot have its be continuously discussed, otherwise the country risks to fall into anarchy or civil war. The hardness of the law is justified to ensure peaceful human relations. An unjust law remains a righteous law insofar as it is the guarantor of social peace. The unjust moral condemnation made to Socrates for corrupting the youth of Athens became a legal obligation that the famous philosopher accepted on behalf of his love for Athens: refusing to obey to the law would have endangered his beloved city. The law is hard on order to avoid social breakdown. The hardness of the law therefore guarantees the political action of the government. Many legal theorists had given a theoretical explanation for the hardness of the law. Despite their different approaches, their conclusions are always in favour of the hardness of the law. Hardness of the law can be analysed as the proper legal decision (Carl Schmitt), as the sanction of legal formalism (Hans Kelsen), as the result of social deliberation (Jurgen Habermas), as a necessity for a fair distribution of goods (John Rawls), as a pledge of social relationship (Sergio Cotta), as indisputable words to understand the social things (Michel Troper) ... the list is long! And after quoting some famous authors of XX century, it would be possible to add the countless thinkers who preceded them over the centuries. This would not bring much to our question as they tell us all: a law that is not hard is not a law in the legal sense. Well, almost all legal theorists share this assertion. Indeed, in legal theory and in the practices of law, many look for a soft law, a fuzzy law, a flexible law ... After these introductory lines, it is easy to grasp the part of heresy that the concept of soft law bears in front of the dogmatic of hard law.

2.

The hardness of the law must not, however, be exaggerated. The legal thinking lacks the certainty of mathematical reasoning. The method of deductive syllogism (example: 1: it is forbidden to kill - 2: Primus killed- 3: Primus has violated the law that condemns killing) is used in the judge's decision after a long trial in which he had set before any legal evidence linked with many questions (for our example: Did Primus voluntarily or involuntarily kill, or was he in a case of self-defence, or there was someone else, etc.) which determine the conclusions. The use of legal syllogism is certainly the most common methodology to expose legal reasoning. Nevertheless, during the process of the legal characterization, all lawyers (included judges) use the law as an instrument to determine the opportunity of its application to facts according to their requests. The so numerous laws (sometimes even contradictory) are mere instruments that the jurist uses to qualify the facts discussed in court. The selected law nevertheless retains its hardness after being successfully qualified. Going beyond the hardness of the law may be observed also by the use of legal brocards by the courts. These general principles of law are not new. The use of legal brocards (stemmed from the custom and natural rights) has always been influential in certain fields of law, particularly commercial law or international law. The concept of 'soft law' appeared in the context of public international law in the 1970s. International conventions, although presumed above the national legal order, suffers from a constitutive defect that is the absence a supra-state power being responsible for their effective implementation. National sovereignty (which bases the hardness of the law as was mentioned earlier) of a country then confronts the one of another country. Customary international law tradition (such as respect for the adage *Pacta sunt servanda*, for example) has proven somewhat weak for good international conventions' implementation. Besides, national courts have still some reluctance to use international law that lends, due to its great generality, to various interpretations. Moreover, efforts to implement the High Court of International Justice stumble to their lack of effective means to enforce their decisions. Deprived of a political project (as is the case however for the European Union Court of Justice), these international courts are dependent upon local political powers, which most often are reluctant to implement them. Moreover, countries clearly refuse to adhere to these conventions (like the United States of America for the International Criminal Court created in 1998). Faced with these difficulties, the use of non-binding guidelines advising States in the proper practice of their international relations have been developed in the last thirty years. Soft law does deny the role of governmental action, but it modifies it. The role of States cannot be ousted in the public international law, only them have the sovereign power to do

it. However, government action is more 'soft', it seeks by gentlemen's agreement to provide a programmatic framework to international relations. International conventions do not have the binding force of the hard right; they are loose commitments. All the effectiveness of the legal scope of soft law and the need to define the content of soft law remain in a continuous negotiation framework. The intention of finding the agreement is no longer a given acquired, it is constantly changing based on the factual elements related to the agreement. The framework for understanding the agreement is broad and without binding power. The penalty for breaking soft law does not disappear, but it remains fuzzy as far as the conditions of its application are concerned. Discussion remains the only way to give a full implementation to soft law. Being excluded from the discussion is ultimately the true sanction of soft law. Soft law is for public international law what is diplomatic for global peace, both of them seek through negotiations a way to find a frame, a path, a road map for the action of all stakeholders. Eventually soft law can support the decision of binding intergovernmental agreement. Soft law is then a pre-hard law.

3.

The reign of hard law fades away in the field of private law. Obviously, hard law never disappears for the rule of hard law is always present in the relationship among citizens. Governmental action is determinant to decide the general hard law of private contract, nevertheless auto-regulated specific arrangements can be made in order to achieve a better effectiveness. For instance, in the case of a contract agreed between a pharmaceutical company and patients for clinical trials, it is obvious that hard law continues to give the framework of such a contract; *ad.es.* the legal prohibition of non-therapeutic trials or to get a money, the legal obligation to collect an informed consent etc. In this case, Soft law comes as guidelines; an incorporation of the norms of hard law in order to draw up a flexible and adapted code of conduct for clinical trials. Indeed, hard law is silent on many issues (such as psychological care for patients) but with ethical implications that lead soft law to be developed. As a code of conduct, soft law keeps a binding part (the compliant aspect) to the extent that it includes the provisions of hard law, but it also has an ethical significance that engages all stakeholders (stakeholders). Soft law has become an indispensable element in the conduct of clinical trials; public authorities (like the European Medicine Agency - EMA) or private pharmaceutical companies and private associations of physicians have drafted such guidelines. The scope is always to promote the self-regulation of ethical behaviour of medical doctors. More generally speaking, the soft law is now present in bioethics to balance the best interest of patients with the power of doctors. To give another example, guidelines are in place to explain to the relatives of a deceased person the opportunities to collect organs for transplants, to accompany the dying in order to prevent aggressive therapy, to create forum of spaces discussions etc. At the international level, soft law is also the preferred instrument to give a chart of values to physicians (Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, the Oviedo Convention). Governmental action is remote for it only offers elements to framework of physicians' ethical behaviour. The choice of palliative drugs, for example, can take place only in the legal framework of one country. Then, the possibility to prescribe cannabis for therapeutic reason is subject to the national law. However, to continue with this example, choosing a palliative drug always requires a risk assessment based on the specific clinical case. The assumption of drug can partly eliminate the pain but it can also shorten life expectancy. The ethical possibility of doing an euthanasia with palliative medicine must be discussed case by case; and hard law is helpless for that sort of issue. The choice is difficult, even tragic, but at the same time patients can ask euthanasia; they fear to suffer too much, a fear that palliative medicine precisely takes away! To solve such tragic choices, guidelines are a flexible way to set standards recognized by the medical profession (and they remain far away from governmental action).

4.

The soft law also takes a new rise in the context of corporate social responsibility (CSR) and business ethics. Making money is of course the core of the capitalist economy. Certainly, making profit is the first businessmen duty to have towards shareholders who have invested their capital in a business company. The impact of economic activities on society, however, is so important that in the late years the thesis that the corporation does have a social responsibility has taken up. First, a company has a responsibility to its employees. Of course, labour laws protect employees from the excesses of unbridled capitalism. Since the end of World War II, important legislation has been put in place to regulate the action of companies often prompt to dismiss and deny the strike of their

workers. However, the hard labour law shows some limitations due to its rigidity and it does not always allow an efficient economic action in a globalized world. Lately, new soft legal instruments have appeared in to offer to ensure better wellness to employees at their work place (such as SA 8000) or to ensure better cooperation with trade unions and business managers (CSR Label). In both perspectives, the well being of workers is to be conciliated with the search for company profits. The guideline SA 8000 was created in the early 1980s for this purpose. Mainly, it consists to promote social dialog with employees to increase their participation in the company's life. SA 8000 is a document that certifies that a certain number of decisions have been taken to allow employees to live well at their workplace (ad.es. having rooms to rest, a collegial organization of free time, kitchens, nurseries, etc.). To some extent, the SA8000 is a code of conduct whose aim to give workers better respect for their personal lives. SA 8000 is nowadays a important standard of good practices to employees. It gives international recognition to companies that meet its criteria for social responsibility towards employees. One could notice that it is a kind of resumption of industrial paternalism as used to do the families Wendel in France or Ford in the US who already (at the beginning of the last century) understood the importance of having employees satisfied (and even happy) with their working conditions. The societal challenge was (and remains) to increase employee productivity through the virtuous effect of their social contentment working for a company. This goes beyond what the labour law offers to foster social and economic cohesion for the benefit of workers of the company. It is part of a flexible regulatory framework recognized as an international standard of good practice in people management (such as SA 8000), it is an opening to a flexible standard recognized by stakeholders. Just as the companies' codes of ethics that emphasize the values of a society (such as honesty, respect, equal opportunities etc.), the commitment here is a contract of adhesion to a set of flexible standards. In case of breach of the obligations undertaken, the punishment is not a hard law sanction but a private one: on the case of the SA 8000, the company is liable to lose its international award and no longer be part of those who have received the distinction. Nevertheless, it is missing from this type of soft law (like SA 8000), a dynamic and collegial component. To fill this gap, in France (since 2004) the Social Responsibility Label (RS Label) includes the criteria of SA 8000 but in their drafting and approval of a candidate company stakeholders are more engaged; we find in this soft law an ad hoc committee composed with employees, managers, trade unions' members, representatives of the Ministry of Labour and health and consumer associations. In addition, during the execution of the obligations taken, the RS Label Committee may act as conciliator to find solutions to conflicts. The RS Label is present upstream and downstream of the whole process of setting soft rules of good practise. Furthermore, the search for the well being of employees is explicitly linked to the commercial activity of enterprises: the key idea being that the well being of employees at work is a customer satisfaction factor. The company's business success to its clients is then proportional to the motivation of all employees. This example therefore combines in a unique partnership all stakeholders of the company to allow the customer experience of the latter to be the most positive possible. The virtuous circle resulting thus operates in a flexible and dynamic normative framework deeply connected with the pursuit of profit that the company must keep having clients be satisfied (or even delighted). Other types of soft law may also be cited as part of CSR, whether for charities (as does, for example the Gates Foundation) for the protection of the environment, for insertion into the territory for ethical investment, etc.

5.

The many guidelines that promote responsible behaviour have in common to go beyond hard law thanks to self-regulation. As a good practice, the bad players can be excluded from the promoter group of these guidelines but this set off game remains private. Soft law thus is cu off from the traditional definition of law which is based on the public authority. Possibly, as in the case of RS Label or for clinical trials, a government sponsorship can be given but there is nothing coercive in itself. Soft Law is more effective than hard law due to its flexible nature. Though, to give it a real full flexibility that allows the soft law to impact on behaviour, it must be dynamic and collegial. Indeed, the risk of the development of guidelines is to provide a micro-bureaucracy which increases further the work of professionals. Unfortunately, that may even suggest that professionals will find a ready-made answer to their questions about, for example, ethical investment or fair compensation or suspension of artificial feeding. In the health field, the guidelines have a real societal significance only when ethical committees take them in hand; these committees are responsible for applying and foremost to discuss collectively (with doctors, patients and nurses) its specific conditions of

application. It is therefore necessary to avoid the trap of bureaucracy and it is not to see the guidelines as fillable forms providing answers automatically; it is to keep on mind that there is always an ethical challenge (in the sense of responsible social behaviour) to be taken seriously in daily practice. Soft law started to me a kind of copy of hard law in its form (as in the case of SA 8000 for example) to indicate the behaviour to have. The first generation of the guidelines are still dependent on traditional legalistic scheme, it perpetuates its static, heavy and one-sided form. On the contrary, the guidelines of the second generation go further by taking a dynamic, light and collegial form. The RS Label Committee or the decisions of Hospital Ethics Committees are examples of this trend. Soft law deviates authority and government sanction, it complements the silence of the law and jurisprudence. Soft law relies willingness membership legal subjects who decide to self-regulate; soft law committee ultimately acts as a conciliator, an arbitrator, a judge. The collegiate nature of these Committees guarantees its impartiality. The Committee develops the rules of second generation Soft Law and sanctions them in a dynamic, fluid and collegial manner. The effectiveness of second generation soft law is a strong contender to hard law since it consents to take better into account the complexity of our techno-global world than a governmental hard law could ever do.

Bibliography:

- Adorno R, *"The Invaluable Role of Soft Law in the Development of Universal Norms in Bioethics"*, paper at a Workshop jointly organized by the German Ministry of Foreign Affairs and the German UNESCO Commission, Berlin, 15 February 2007. Available at: <http://www.unesco.de/1507.html>
- Bauzon S, *Le métier de juriste*. PUL, Québec, 2003.
- Cotta S, *Ontologie du phénomène juridique*, Dalloz, Paris, 2015.
- Carbonnier J, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, , 1983. (reprint)
- De Kort J, *"Hard law versus soft law: The Open Method of Coordination"*, 2012, available at <http://leidenlawblog.nl/articles/hard-law-versus-soft-law-the-open-method-of-coordination>
- Delmas-Marty, *Le flou du droit*, Paris, PUF, 1986.
- INRC, *Label RS; pour une relation client socialement responsable*, Paris, Inrc, 2014
- Habermas J, *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy (Studies in Contemporary German Social Thought)*, MIT, Massachusetts, 1996. (reprint)
- Kelsen H, *General Theory of Norms*, OUP, Oxford, 1991. (reprint)
- Leipzig D, *SA8000: The First Decade*, Greenleaf, 2009
- Mostacci M, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, CEDAM 2008.
- Rawls J, *Theory of Justice*, OUP, Oxford, 2005. (reprint)
- Schmitt C, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, University Of Chicago Press, Chicago, 2006. (reprint)
- Troper M, *La Théorie du droit, le droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001.

Contact information:

Prof. Stéphane Bauzon, PhD.
bauzon@uniroma2.it
University of Rome Tor Vergata
Department 'studi letterari, filosofici e di storia dell'arte'
Chair of Jurisprudence
Via Columbia, 1
00133 Roma
Italy

ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION IN POST-SOCIALIST COUNTRIES – ADEQUATE INSTITUTIONAL STRUCTURE AS A PREREQUISITE FOR SUCCESSFUL ARBITRATION IN AN OPEN MARKET ECONOMY

Pille Talpsepp

Academic researcher at the University of Tartu, Estonia

Abstract: Eastern Europe and the former Soviet Union started a transition to market economy in the end of 20th century. Arbitration can fully function in an open market economies where the principles of economic freedom, such as the rule of law, limited government, regulatory efficiency and open market, are followed and fulfilled. A market economy requires not only liberal regulation and private ownership but also adequate institutions. The article focuses on the four essential functions (harmonizing, supervising, educating and publishing) that an arbitration association as a legal and social instrument could subsume to assure efficient and trustworthy arbitration. Post-socialist countries face an important challenge in ensuring the success of arbitration - the old system of contract execution under planned allocation has ceased to exist, but a new system of contract implementation under market rules and culture has not yet fully matured. The association could systematize the work of arbitrators, bring together the global community in the field and endeavor to inculcate an interest in alternative dispute resolution.

Abstrakt: Východná Európa a bývalý Sovietsky zväz začali prechod na trhové hospodárstvo na konci 20. storočia. Arbitráž môže plne fungovať iba v otvorenom trhovom hospodárstve, kde princípy ekonomickej slobody, ako je právny štát, obmedzenie vládnej moci, účinná regulácia a princíp otvoreného trhu sú dodržiavané a plnené. Trhová ekonomika si vyžaduje nielen liberálne regulácie a súkromné vlastníctvo, ale aj zodpovedajúce inštitúcie. Tento článok sa zameriava na štyri základné funkcie (harmonizačnú, dohľadnú, vzdelávaciu a vydavateľskú), ktoré by mali zahŕňať arbitrážne asociácie ako právny a sociálny nástroj pre zaistenie efektívnej a dôveryhodnej arbitráže. Postsocialistické krajiny čelia dôležitej výzve na zabezpečenie úspechu arbitrážneho konania - starý systém realizácie zákazky v rámci plánovaného hospodárstva prestal existovať, ale nový systém vykonávania zmluvy podľa pravidiel trhu a kultúry nie je ešte úplne vyzretý. Špecializované združenia môžu systematizovať prácu rozhodcov, spojiť globálne spoločenstvo v tejto oblasti a snažiť sa vštepiť mu záujem o alternatívne spôsoby riešenia sporov.

Key words: arbitration, alternative dispute resolution, association

The article is aimed at legal arbitration professionals and scholars, with an interest in developing the alternative dispute resolution system in post-socialist countries.

Similarly to a good diagnostician, who needs to acquire a large set of labels for diseases, each of which binds an idea of the illness and its symptoms, possible antecedents and causes, possible developments and consequences, and possible interventions to cure or mitigate the illness¹, a good arbitrator needs to acquire a large set of labels for disputes, each of which binds an idea of the object of the dispute with wide range of the factual circumstances which constitute the basis of the dispute (cause of dispute/action), limiting conditions (reservations), possible dispute resolution methods, procedures and techniques in combination with possible developments and consequences and possible interventions to solve the dispute. With an aim of using the knowledge for successful arbitration, an arbitrator needs a supporting, stabile and reliable alternative dispute resolution infrastructure on national level. Arbitration in post-socialist countries has not developed

¹ Kahnemann, D. Thinking fast and slow. USA: 2011, p. 3.

gradually without interruptions², during World War II and in the period of communist rule that followed, the role of arbitration became far less prominent in post-socialist countries. The reliable, transparent and stable supporting system has not been established because it was not needed under the centrally planned state economy. Since the re-establishment of the free market economy in the end of 20th century³, the number of commercial disputes has increased and the demand for arbitration increased.⁴ A market economy in an alternative dispute resolution system would mean that a decision for choosing the arbitration institution and an arbitrator, is based on supply and demand and the price of arbitration service is determined in a free price system. A market economy requires not only liberal regulation and private ownership but also adequate institutions.⁵ Whereas in advanced market economies and internationally recognized arbitration venues, such as Switzerland⁶, the established arbitration associations are responsible for the promotion of alternative dispute resolution (hereinafter also ADR) system⁷, in the majority of post-socialist countries the institutions are either not established or not functioning in internationally recognizable level.⁸ Without adequate institutions that would be responsible for harmonizing the legislation with internationally recognized principles, educating the arbitrators, supervising the system and individuals and publishing the necessary materials, arbitration is vulnerable to misuse and mistrust.

1 HARMONIZING AND MODERNIZING THE LAW OF ARBITRATION

The national arbitration regulations of the post-socialist states are most commonly based on UNCITRAL Model Law⁹, which presumes developed alternative dispute resolution system. In countries where the ADR supporting infrastructure has not developed gradually and strongly,¹⁰ the proposed regulation has proven to possess danger through the possible bias and misuse.¹¹ Estonia

² David W. Rivkin, Charles Platto. *Litigation and Arbitration In Central & Eastern Europe*. Kluwer Law International, 1998.

³ See Grzegorz W. Kolodko, *Ten Years of Postsocialist Transition: Lessons for Policy Reform*. *Journal for Institutional Innovation, Development and Transition* Vol. 4, 2000, p. 1-5 about transition to a market economy.

⁴ See Lane, David. *Post-socialist states and the world economy: the impact of global economic crisis*. *Historical Social Research*, Vol. 35, No. 2. about the changing position of the European state socialist societies in the world system.

⁵ John Williamson has outlined the proposed set of policies, stressing the importance of the organizations involved for economic policy reform. See Williamson, John. 1990. *What Washington Means by Policy Reform*. Washington, D.C, Institute for International Economics, p. 60-61.

⁶ The history and current legislation on arbitration in Switzerland is well described in: Bärtsch, P., Schramm, D. *Arbitration Law of Switzerland: Practice & Procedure*, USA, New York, Juris Publishing, Inc., 2014, p. 105.

⁷ Articles of Association of the Swiss Arbitration Association, article 2. Available at internet: <http://www.arbitration-ch.org/pages/en/asa/index.html> (28.08.2015).

⁸ As Switzerland, similarly to Estonia and Slovakia, belongs to Continental European legal system, being based on the German civil law, the legislation and national law are easier to compare than from countries with common law systems, such as England and USA or from countries being based on Scandinavian Civil Law, such as Sweden. Switzerland is the closest most successful International arbitration venue to Estonia and Slovakia.

⁹ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006. Available at internet: http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration.html (28.08.2015).

¹⁰ Estonia started the transition to a market economy in 1991 and made efforts to rebuild and restructure its economic and other systems. Estonia was seeking and achieving membership in the European Union and NATO. In 2015 Estonia has a balanced budget, almost non-existent public debt, flat-rate income tax, free trade regime, competitive commercial banking sector, innovative e-Services and even mobile-based services - all hallmarks of Estonia's market economy. Despite the success in many spheres, alternative dispute resolution has not developed in accordance with market economy. Arbitration as a mean for solving disputes is being misused in many post-socialist countries.

¹¹ Gyárfás, Juraj, Kasemová, Martina, Magál Martin. *The European, Middle Eastern and African Arbitration Review 2015: In Slovakia more than 120 arbitral institutions are established. Many of these institutions applied practices far removed from the professional and ethical standards of*

is an Eastern Europe country, post-Soviet state that has survived an economic shock therapy. Estonia has been converted from a centrally planned economy to a market economy in a short space of time. Alternative dispute resolution system can effectively function in a market economy where the investment decisions and the allocation of producer services are mainly made by negotiation through markets. Nevertheless, market economy in Estonia has still the influence of a planned economy, where investment and production decisions are embodied in a plan of production. Some elements of alternative dispute resolution system are an example. Therefore the countries which have adopted the Model Law example¹² and which ADR system is not fully functioning have two generalized options:

1. To include specific and precise conditions in the national arbitration legislation with an attempt to ensure minimizing the possible abuse and bias¹³ or
2. Follow the model law example, let the legislation be soft and general and strongly develop ADR infrastructure by establishing adequate institutions responsible for educating the arbitrators, publishing materials connected to arbitration, harmonizing the internationally recognized principles with national regulation and supervising the arbitrators and arbitration process in national level.¹⁴

Even though it is important that the existing national legislation on arbitration would be consolidated and updated and in line with internationally recognized principles of arbitration, it is essential to emphasize the history of arbitration¹⁵ and that arbitration is not regulated only through national arbitration law. Arbitration is regulated with international conventions, institutional rules of

international arbitration, in particular by administering disputes involving consumer contracts in a way that was clearly contrary to consumer protection rules enshrined in Slovak and EU law. Such widespread practice has, in turn, led to a general backlash against the concept of arbitration by some Slovak courts and to instances of an extremely narrow interpretation of arbitrability, not differentiating between arbitrability in consumer and business-to-business disputes.

¹² When world trade began to expand dramatically in the 1960s, national governments began to realize the need for a global set of standards and rules to harmonize and modernize the assortment of national and regional regulations, which until then largely governed international trade. They turned to the United Nations, which in 1966 recognized the need for it to play a more active role in removing legal obstacles to the flow of international trade and established the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). See more at: Facts about UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law. A legal body with universal membership specializing in law reform worldwide, p.2. Available at internet webpage: <http://www.uncitral.org/pdf/english/uncitral-leaflet-e.pdf> (20.07.2015).

¹³ The author of the article shares the opinion that toughening the arbitration regulation is the easy and contemporary way which will not solve the troubles but rather tries to look over and forcefully fight with them. It is not complicated to fulfill the legislation with certain requirements, making an arbitrators position a truly exceptional and highly qualified one nor it is hard to write to legislation specific requirements for minimizing the number of arbitration courts established. For being able to compete and getting closer to the level of highly developed ADR systems, post-socialist states should consider abandoning the principles and traditions of planned-economy and move towards progress not through overregulation but through stable development.

¹⁴ Establishing a functioning, stable, reliable and transparent ADR infrastructure may be time and money consuming and rather lengthy process but the benefit in longer perspective is estimated to be grand. Arbitration is fully functioning in market economies such as London, Switzerland, Stockholm, USA, Hong-Kong. Post-socialist countries have chosen the path of market economy, therefore following the rules of market economy and establishing adequate institutions to support ADR would facilitate following the international example and choosing arbitration friendly regulation and strong ADR supporting system.

¹⁵ Madsen Finn: Arbitration as an alternative dispute resolution method has long history. The earliest cultures which are known to us possessed well-developed systems for resolving commercial disputes, in which what we might call arbitration played a prominent role. The Sumerian ruler, Ur-Engur, founder of the third dynasty in Ur, instituted an extensive legal code around 2100 B.C. The law also covered commerce and contained rules, inter alia, governing contracts and loans, as well as purchases and sales. With respect to dispute resolution, it was prescribed that every dispute must first be referred to public arbitration. See more in Madsen, Finn. Commercial Arbitration in Sweden. Second Edition. Oxford University Press, 2006, p. 5 – 10.

arbitration courts, ethical conducts of arbitration associations, party's autonomy and case law. Therefore, the supporting system is essential for arbitration to be fully functional and successful.

2 COURT INTERVENTION IN ARBITRATION AND SUPERVISORY FUNCTION OF ARBITRATION ASSOCIATION

Commercial arbitration is closely connected to commercial law and business environment. The scale and scope of bribery in business is staggering and the consequences influence the arbitration practice, procedure, impartiality of arbiters and quality of arbitral awards. According to the Transparency International Corruption Perception Index in 2014¹⁶, among 174 countries analyzed, Estonia ranked 26th, Czech Republic 53rd, Slovakia 54th and Switzerland 5th. Many post-socialist countries are acquainted with the problems of corruption and bribery in arbitration - fraudulent practices giving low-quality arbitral awards and individuals misusing the enforcement principles of an arbitral awards. The problems of impartiality and independence and efficiency of the process that party-appointment may create¹⁷ can be dealt with by ethical rules, functioning arbitrator challenging system,¹⁸ publishing arbitrator challenges¹⁹ and by the supervision of established arbitral associations, supporting infrastructure. Excessive national court intervention may restrict the development of an alternative dispute resolution in post-socialist countries and should not be the preferred way for fighting corruption and bias in arbitration.²⁰ The extent, to which court should supervise the arbitral process, if at all, must depend on the essential nature of arbitration. Bernard propounded three theories on that issue in 1937.²¹ Participating in arbitration may expose certain risks. An arbitrator who accepts inappropriate benefits for serving would risk challenging the award and arbitrator, the validity of an award and the publication of decision of impartiality and corruption. The countries with developing ADR system should analyze the possible solutions for an unethical behavior or failing to meet statutory requirement by the arbitrator/mediator. Many arbitration associations²² have developed a commission which is responsible for the guidance of arbitrators, gives advice about the status of immunity for mediators and arbitrators and supervises the arbitrator's ethical behavior.

¹⁶ Transparency International webpage available at: <http://www.transparency.org/cpi2014/results> (15.07.2015)

¹⁷ See more by Recent Anti-Corruption Initiatives and their Impact on Arbitration, Using Red Flags to Prevent Arbitration from Becoming a Safe Harbour for Contracts that Disguise Corruption, Dealing with Corruption in Arbitration: A Review of ICC Experience, Extracts from ICC Arbitral Awards Relating to Bribery and Corruption. Social science research network, <http://hq.ssrn.com/UserHome.cfm?&redirectFrom=true>. (10.05.2015).

¹⁸ Functioning arbitrator challenging system. If any person is dissatisfied with the conduct of an arbitrator and wishes to lodge a complaint, the complaint should be made and addressed to the arbitration institution which shall decide if it is necessary to seek the comments of the arbitrator against whom the complaint is made.

¹⁹ Having access to the decisions on arbitrators' independence can be of fundamental importance for the parties and for the arbitrators themselves. LCIA has published, through a Special Edition of Arbitration International, a Digest of its decisions on arbitrators' challenges. Participating in arbitration may expose certain risks. An arbitrator who accepts inappropriate benefits for serving would risk challenging the award and arbitrator, the validity of an award and the publication of decision of impartiality and corruption.¹⁹

²⁰ The Model Law envisages courts involvement in very limited circumstances. These instances include appointment (article 11, 13, 14), jurisdiction of the arbitral tribunal (article 16), setting aside of arbitral award (article 34), interim measures of protection and recognition and enforcement of arbitral awards (article 35 and 36). Beyond the instance no court shall intervene in matters governed by the Model Law. See more at UNCITRAL Model Law 1985 with amendment as adopted in 2006. United Nations Publication, 2006.

²¹ Lew, Julian D. M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*. New York: Oceana Publications, Inc., 1978, pp. 51-52.

²² American Arbitration Association, the Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. Internet

webpage:https://www.adr.org/aaa/ShowProperty?nodeId=%2FUCM%2FADRSTG_003867&revision=latestreleased (05.05.2015).

3 EDUCATION OF ARBITRATORS AS A PREREQUISITE FOR HIGH QUALITY ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION SYSTEM

There are minimal requirements stated in the Estonian and Slovak law for being appointed as an arbitrator,²³ nevertheless learning arbitration consists of learning the law and legislation, institutional rules, language and content of the specific matter under dispute and techniques, psychology for resolving the issue. A deeper understanding of psychology, judgement and choices is essential for becoming a professional decision maker and an effective arbitrator.²⁴ Similarly to a judiciary system, where the quality of judicial system depends on the decisions that the judges make,²⁵ the quality of alternative dispute system depends on the quality of award making process and the quality of an arbitral award. In countries, where the alternative dispute system is not fully developed, the educating system of the arbitrators should be systematic, thorough and continuous. While in Switzerland many institutions are responsible for arbitrators training, there is no institution responsible for educatory functions of arbitrators in Estonia and in Slovakia.²⁶ When the educatory function of specialized institution to educate arbitrators is not fully conducted, the arbitrators may lead the arbitration process unprofessionally and award low quality arbitral awards.²⁷ Without an organization responsible for arbitrators training, it is complicated to ensure continuous development and skills of arbitrators. Developing a certification in International Commercial Arbitration which would concentrate respectively on Estonia and Slovakia, would be one mean to ensure the higher quality of knowledge and higher quality of award making process. Thoroughly analyzed and accordingly developed certification, which would pay attention also to cognitive psychological illusions could give an internationally acceptable professional qualification in arbitration and help to avoid the possible bias. Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications (OJ L 255, 30.09.2005)²⁸ gives a general overview of the right to pursue a profession, in a self-employed or employed capacity, in a Member State other than the one in which they have obtained their professional qualifications. In addition, article 47(1) of the treaty lays down that directives shall be issued for the mutual recognition of diplomas, certificates and other evidence of formal qualifications. Developed professional qualification certification in arbitration could help to produce high quality arbitral awards and increase the acceptance of Estonia and Slovakia as arbitration venues.

²³ Estonian Code of Civil Procedure § 722 (1) states that natural persons with active legal capacity may be appointed as arbitrators. Specified regulation comes from Bar Association Act and Notaries Act. Slovak Arbitration Law, 244/2002, z 3. Aprila 2002, o rozhodcovskom konani, § 6.

²⁴ While the mistakes rising from the lack of technical or procedural knowledge can be eliminated efficiently, the cognitive psychological factors are much harder to control and avoid. Mistakes rising on the subconscious level are often underestimated. The importance of psychological aspects in arbitration process has been cited and refereed by various leading experts in arbitration. Researches are conducted and the results are published. The influence of cognitive psychological illusions affecting decision making process is proved. Therefore it is essential that the basic educational package of knowledge that an arbitrator should possess includes the general knowledge of cognitive psychology illusions and an example of methods to avoid them.

²⁵ Guthrie, C., Rachlinski, J., J. Wistrich, A. J. Inside the Judicial Mind. Cornell Law Review, Vol. 86, No. 4, May 2001. Social Science Research Network, Internetis kättesaadav aadressil: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=257634 (04.05.2015).

²⁶ Arbitrators training should ensure the general recognition that arbitrators are not agents of the parties appointing them but rather trustees who have to decide the dispute in fairness according to the applicable substantial and procedural rules reflecting the common intention of the parties to resort to arbitration.

²⁷ Arbitrators are vulnerable to the influence of cognitive illusions – proper training could reduce the effects of cognitive illusions and raise the quality of arbitral awards.

²⁸ Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the recognition of professional qualifications. Internet webpage: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0036&rid=6> (11.05.2015).

4 HIGHER LEVEL OF CONSISTENCY AND PREDICTABILITY IN ARBITRATION THROUGH PUBLISHING ARBITRAL AWARDS

The lower the country's rank in the international transparency index²⁹, the higher should be the country's interest in publishing arbitral awards, challenges of arbitrators and arbitration related materials with an aim of increasing the trust of international business, legal and academic community. The rules on confidentiality of the arbitral process differ significantly amongst jurisdictions and arbitral institutions.³⁰ The rules are often unclear and not exhaustive on their scope and extent.³¹ There is no real basis in stating that most of the parties choose arbitration because of its confidential nature. Whenever such interest is essential for the parties, they can expressly state the confidentiality requirement in the arbitration agreement.³² If parties do expressly state the confidentiality requirement, the interest of the parties should prevail.³³

Although arbitration is binding only for the parties who are signatories, quality awards can have persuasive value for future parties and arbitrators. The access to a highly competent and specific case law may lead to many advantages for arbitration practitioners and, in general, for arbitration.³⁴ Arbitration in post-socialist countries is often perceived as a closed club with limited amount of arbitrators dominating the field. The perception could decrease if disclosure shows a great diversity of active, widely used arbitrators. Publishing the arbitral awards in full or reduced form could give a bases for a comprehensive case law and precedent based approach – legal scholars could give an effort to analyze and develop the field of arbitration and ADR in general.³⁵

CONCLUSION

The article was aimed at making proposals how to make arbitration in post-socialist countries more attractive both to domestic and to international users. The adequate institution that would act as an harmonizer, supervisor, educator and publisher could systematize the work of arbitrators, bring together the global community in the field and endeavor to inculcate an interest in an alternative dispute resolution. Arbitration, as a service industry and at the same time an art, could become a strong alternative to litigation in Estonia and Slovakia and therefore collaborate in the

²⁹ Transparency index analyzes whether the conduct of governments around the world conforms to standards of fairness, publicity, predictability, and observance of the law. Organizations creating and compiling these indexes often deem the administrations that fail to meet those standards as non-transparent, meaning corrupt. See more: Transparency International webpage available at: <http://www.transparency.org/cpi2014/results> (15.07.2015)

³⁰ Whereas in Estonia nor in Slovakia the arbitral awards are published – there is no association responsible for the reduction and publication of the awards, in Switzerland the attitude towards publishing the awards is favorable. Even though the actual practice of publishing awards differs considerably and most of the awards remain unpublished, there exists a considerable data on major aspects of arbitration in Switzerland. The published materials include a list of publications regarding the international arbitration practice in Switzerland, arbitral awards issued under the Swiss Rules of International Arbitration and decisions of the Swiss Federal Supreme Court.

³¹ Sabater, A. Towards Transparency in Arbitration (A Cautious Approach), Publicist - an online Publication of Berkeley Journal of International Law. Internet webpage: <http://bjil.typepad.com/publicist/2010/05/towards-transparency-in-arbitration-a-cautious-approach.html>

³² For example in intellectual property agreements or when business information and trade secrets are involved. Corporations are often obliged to report to shareholders, and to disclose their annual accounts which might include information that cuts across confidentiality. Indeed, the duty of confidentiality disappears once there is an obligation to reveal information.

³³ Confidentiality vs. Transparency In Commercial Arbitration: A False Contradiction To Overcome, December 28, 2012. Internet webpage: <http://blogs.law.nyu.edu/transnational/2012/12/confidentiality-vs-transparency-in-commercial-arbitration-a-false/> (11.05.2015).

³⁴ More visible proceedings and transparent awards would guarantee a higher level of consistency and predictability, which would enhance the legitimacy of the process, with the parties having a greater understanding of it.

³⁵ Arbitral awards and decisions do not have formal precedential value but increased publication may alter that as a matter of practice.

development of alternative dispute resolution internationally. For Estonian and Slovak arbitration principles, laws and methods to be in line with internationally recognized arbitration principles, the laws and elements of the system should be harmonized regularly. The quality of arbitration system depends on the quality of award making process and the quality of an arbitral award. Even though most of the arbitrators are experienced, well-trained and highly motivated decision makers, they are vulnerable to cognitive illusions. The regular and continuous education of arbitrators is a necessity to assure the quality of an arbitral award and arbitration system. The methods of education and basic qualification should be conducted carefully. The arbitration institution should control and guide the higher level of transparency but ensure the parties interests on exceptional cases and individual approach. National court intervention in arbitration procedure should be minimized but supervision over arbiters, arbitral awards and the arbitration system, maintained.

Abbreviations:

- UNCITRAL Model Law – Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006 by the United Nations Commission on International Trade Law
- ADR – Alternative Dispute Resolution

Contact details:

Pille Talpsepp
e-mail: pille@vojcik.eu

RESEARCH ACTIVITIES IN THE INTEREST OF PROMOTING GOOD GOVERNANCE WITH THE USAGE OF CONFLICT SOLUTION TECHNIQUES

Erika Varadi-Csema

University of Miskolc, Faculty of Law

Abstract: The aim of the paper is to present how the scientific research of the academia can support the fulfilment of the new thesis and principles on the field of law. The idea of the “good governance” has been released already in the work of Professor Zoltán Magyary at the beginning of the 20th century. One of the most important actual projects in Hungary called “Program Magyary” is focusing on the renewal of the functioning of public administration. It wants to restore the reform and innovation in the service of achieving the “good governance”. One of the conditions of the realization of this concept is that the institutions of public administration can be able to solve their conflicts connected with their operation. The presentation informs about the types of conflicts, the forms of the democracy-techniques, the different tools of conflict-solution and about several new good practices which were created with the knowledge of the academia and with its support.

Key words: good governance, conflict-solution, good practices, partnership, public administration, reform

1 INTRODUCTION

The recent years means an important change in the Hungarian public administration. The changes focused on the theory of “Good Governance”. One of the mainsprings of these processes was the academia.

In 1989/1990 very important social, political and economic changes took place in Hungary, which affected the whole society. This new political system and the new social structure made the re-evaluation of the role of the governance and the reorganization of the public administration necessary.

However it took a longer time to complete this task, because of the divergent thinking of the governments of the last 25 years about the role and the task of the state and the form of the cooperation with the citizens.

2 CHANGES IN THE PUBLIC ADMINISTRATION – APPEARANCE OF THE THEORY OF „GOOD GOVERNANCE”

For June 2011 the Magyary Zoltán Public Administration Development Programme was completed. (Magyary Programme 11.0) The costs exceeded the 20 million euro. It was a very important improvement in the process of reorganization of the public administration system. According to the definition of the Programme “public administration is the performance of administrative duties, whether the object of the task is the performance of a public task (as the source of the duty originates from the State), or the subject of the duty is a public entity (any state operation cannot fall beyond public administration).”¹

One of the most important elements of the Magyary Programme is the focus on the theory of „Good Governance”. “A state may be regarded good-governed if it serves the needs of individuals, communities and businesses in the interest and within the boundaries of the common good, in the best possible way.

The concept of common good means that

1. the State creates a lawful and equitable balance between a number of interests and needs, allowing the enforcement of claims in this way and provides protection;

¹ Magyary Zoltán Közigazgatás-Fejlesztési Program (Mp 12.0) „A Haza Üdvére és a Köz Szolgálatában”. KIM 2012. augusztus 31. s. 5.

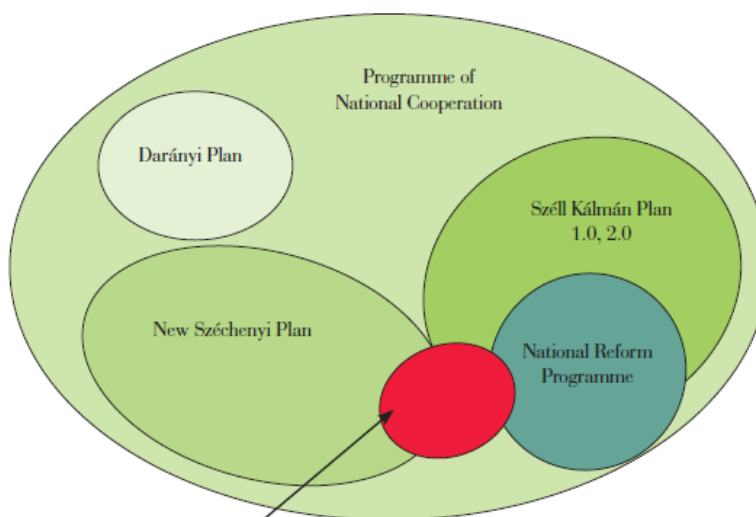
2. the State proceeds with due responsibility in the interest of the protection and preservation of the nation's natural and cultural heritage;

3. the the only self-interest of the State is that it should, under any circumstances and effectively, be able to enforce the above two elements of the common good; in other words, the State should create an effective rule of law, therefore should provide the functioning of its institutions, and should provide the honouring and accountability of individual and collective rights."²

The other most important statement of the Program is that the institutions of public administration are in partner(ship) and is not in hierarchical relation with the citizens and with the other institutions of society.

The academical sphere had an important role in the preparation and in the fulfilment of Magyary Programme. In the interest of the realization of the Programme's aims the public administration has to work efficiently and according to the national interests. A well-functioning partner relation requires the withdrawal of the so-called democracy-techniques and their usage especially on the field of conflict-solution.

The „Good State Development Programme” wishes to achieve its goals as a part of the complex „Programme of National Cooperation” together with the Moór Gyula Programme on the field of the justice and with the Local Government Reform.



Magyary Programme + Moór Gyula Programme + Local Government Reform = Good State Development Programme

Position of the Magyary Programme

Graph 1: the system of reforms in order to renew Hungarian public administration³

The members of the academic life recognized the problems requiring a correction in the fulfilment of the Magyary Programme, e.g. the followings⁴:

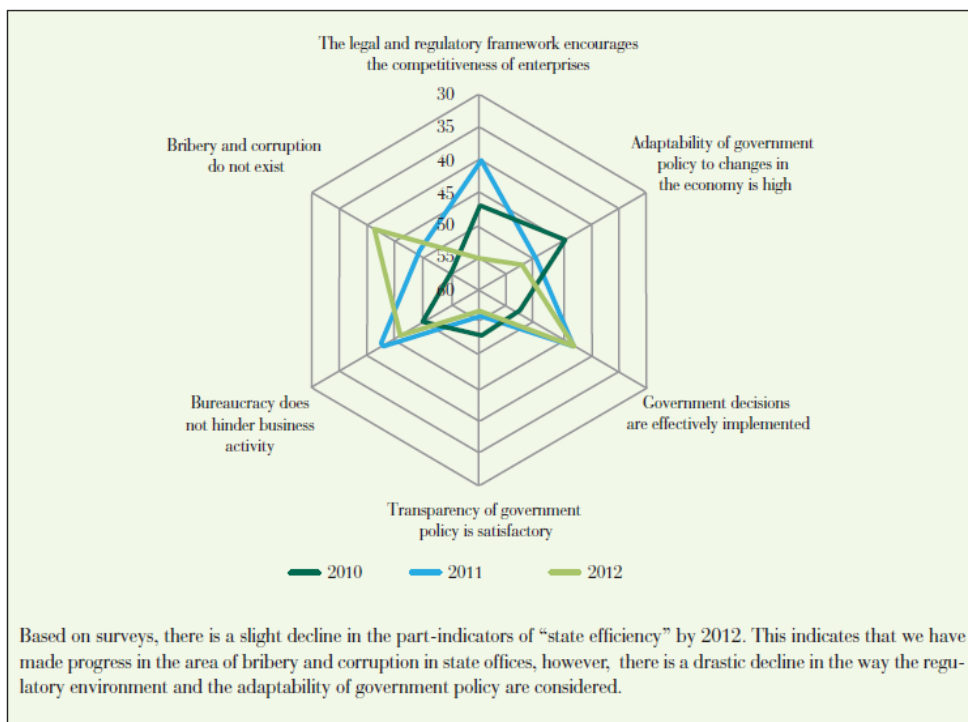
- Procedures are not swift enough
(the solution is for example the e-government or the operation of so called "government windows");
- Lack of feedback regarding efficiency
(causes: the intensity and enlargement of the system of state duties (see e.g. new system of public employment) require and exhaust a significant proportion of the

² MAGYARY ZOLTÁN KÖZIGAZGATÁS-FEJLESZTÉSI PROGRAM (Mp 12.0) „A Haza Üdvére és a Köz Szolgálatában”. KIM 2012. augusztus 31. s. 6.

³ Magyary Zoltán Public Administration Development Programme (Mp 12.0) For The Salvation Of The Nation And In The Service Of The Public Ministry of Public Administration and Justice. 31. Augustus 2012. s.9.

⁴ Magyary Zoltán Közigazgatás-Fejlesztési Program (Mp 12.0) „A Haza Üdvére és a Köz Szolgálatában”. KIM 2012. augusztus 31. 9-10. o.

- resources relieved in consequence of improved efficiency in public administration and there is little left for quality developments);
- Slow introduction of advanced tools
(causes: staff's workload)
- Non-observance of deadlines due to excess workload
(causes: reorganization efforts are taking place simultaneously with the shaping of a new strategy);
- Task- and staff-based planning is not a general feature
(the main conditions in general for task- and staff-based planning are still missing)
- Slow drawing of development funds
(causes e.g.: the disputes concerning competencies or the complexity of the inherited procedures)
- Reconciliation of interests is too hasty and therefore often formal
(causes: the high speed of the reform and the legislative process, there was a deficit in the course of the actual and interpretative social consultations → the national consultations were too quickly and more formal)
- Slowly filling public service career
(causes e.g. continuance of the settlement of salary, the most significant element of the public service career)
- Deficient measuring and statistical system
(causes: the statistical measuring systems of public administration are not sophisticated)



Graph 1: part-indicators of state-efficiency; 2012⁵

These revealed causes became the weaknesses, which hinder the achievement of the aims. Although the Magyar Program declares, that „the manifestation of the Good State that is most capable of provoking emotion and human responses of one kind or another is not the office building,

⁵ Magyar Zoltán Public Administration Development Programme (Mp 12.0) For The Salvation Of The Nation And In The Service Of The Public Ministry of Public Administration and Justice. 31. Augustus 2012. s. 11.

the piece of paper to which the decision is committed or the monitor screen but the government official, the professional member of the defence and law enforcement forces, his or her professional and human attitude, gestures and behaviour. (Naturally, in this context, we talk about public administration which do not include political communication and the communication of politicians.)⁶

3 ONE OF THE OBSTACLES OF THE REALISATION OF GOOD GOVERNANCES: CONFLICTS IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

The effective and citizen-focused public administration is the condition and element of the Good Governance. The effective function of the public administration is severely threatened by those functional errors which originate from the mistreated conflicts in the institution.

In the end of 19th Century a highly esteemed Hungarian jurist, Grünwald Béla⁷, wrote about the public administration the following: "it reaches into every relation of human life and its subject of function is these relations. ... the only subjects of the public administration are the most important relations of human life."

An essential part of the concrete forms of intervention – like guidance, supervision or monitoring – is a kind of a hierarchic connection, a subservient relation between the affected person or environment and the authority. This alone generates countless conflicts.

One group of the generated conflicts is the external conflict, like between:

- the organization and other institutions (doesn't matter if they are subservient, superior or on the same hierarchic rank);
- the organization and a specific individual or group of individuals;

While inner conflict can outbreak:

- between the organization (its headquarters) and a department or between two departments.
- between individuals disregarding their departmental belonging or between an individual and group of individuals.

Regarding the function and situation of public administrative organizations we can say that they bear with special characteristic, which – compared to other organizations - will further increase fissure with other institutions and especially with the citizens.

A public administrative organization "as part of the executive power – as created by the law and order -, is an organization accomplishing public administrative tasks which are stated by law and works confined by its competence and scope of authority and endowed with public authority

Of course voluntary compliance would be ideal state which means that citizens and public institutions would willingly follow the decisions made by administrative bodies. The ease and willingness to do so is strongly influenced by the degree of similarity between community's and society's values and the values of operating public administration. The same set of values provides stronger loyalty to the establishment and more integrant behaviour with the decisions. However the concept of good governance doesn't only require as strong as possible similarity between the values and needs of the society and public administration. It is also similarly important to have a value rather than interest-based connection between those who work in public administration and their workplace. It has serious consequences to the existence of conflicts in the organization and ultimately the climate of organization⁸.

It is because the workers' subjective feelings have bigger impact than other facts in the opinion about the atmosphere of the workplace. The well-being of workers helps in dealing with negative situations and stress just like as the person's inner conflict.

To the creation of the theory of "Good governance" the increase of the integration competences of employees and the creation of the workplace culture connection with the conflict solution techniques are important: these affect the workplace atmosphere and the subjective well-being of the government officials.

⁶ Magyary Zoltán Közigazgatás-Fejlesztési Program (Mp 12.0) „A Haza Üdvére és a Köz Szolgálatában”. KIM 2012. augusztus 31. s. 57.

⁷ GRÜNWALD, B. A közigazgatás feladatai. I. Franklin-Társulat, Budapest, 1889. 2-3.o. Idézi: TORMA, A. A közigazgatás feladatai. Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio juridica et politica. (2002). XX/2. s. 444.

⁸ Lásd erről részletesebben: SZÓKE-MILINTE, E. Konfliktuskezelés és pedagógusmesterség. OPKM, Budapest, 2006.

To create the concept of good governance it is important to increase the integrity of employees as well as to generate a workplace culture with appropriate stress- and conflict management.

The role of this became extremely important with the imitation of Magyary Program. It is a specialty of democratic states to grant wide possibility for expression of opinion and assertion of interests for its citizens. To endure critics and be able to handle observations and complaints it is necessary to improve other skills of employees. Because the concept of good governance is based on the idea that public administration thinks of citizens and other actors of society as partners. A well-functioning, effective connection is impossible without using and implementing “democracy-techniques” to daily behaviour – especially if conflict management takes place.

According to the theory of Magyari-Programme the public administration and the citizens are in partner relation. So the application of the so-called democracy-methods in the daily practice of public administrative institution came into the focus of the research activities.

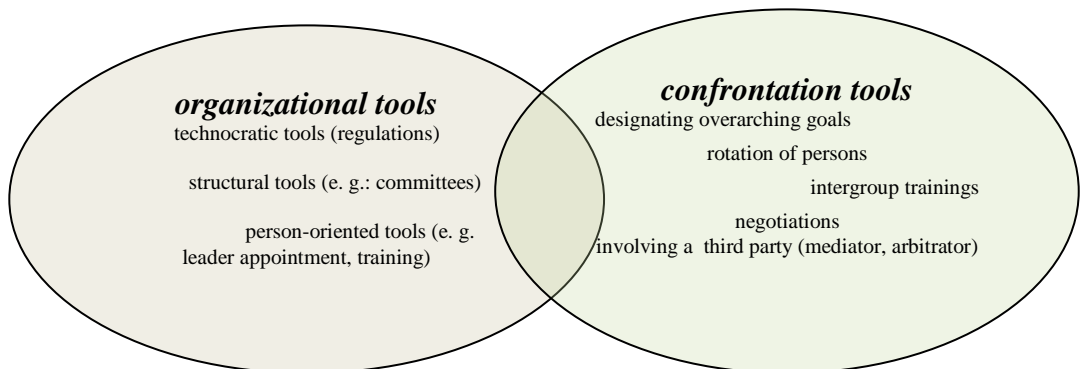
4 THE ACADEMIC SPHERE IN THE SERVICE OF THE CONFLICT RESOLUTION

During the process of finding answers to challenges the authorities responsible for the overseeing, the operation and the transformation of public administration closely lean on the knowledge and experience of scientific experts and on the results of national and international researches.

The role of academia is very important in this process. The researchers are monitoring the conflict possibilities in connection with the daily practice of the institutions and the conflict-solution competences of the government officials. They analyse the scientific background and good practices on national and international level, and according to the results they are creating the Programme the next steps.

It is now clear that a workplace climate filled with tensions, distress and anger and a workplace culture of *evading* or *suppressing* conflicts have serious negative psychological long-term consequences and also can lead to the *escalation* of the main problem. Real long-term solution can be achieved by *conflict-solution* which is based on the active participation of involved parties and results in approaching opinions.

But these researches declared too, that the concrete form of conflict-solution depends not only on the nature of conflict⁹, but also on the workplace-culture and on the person of members of the conflict-situation (e.g.: inter-personal or inter-organisation etc.).



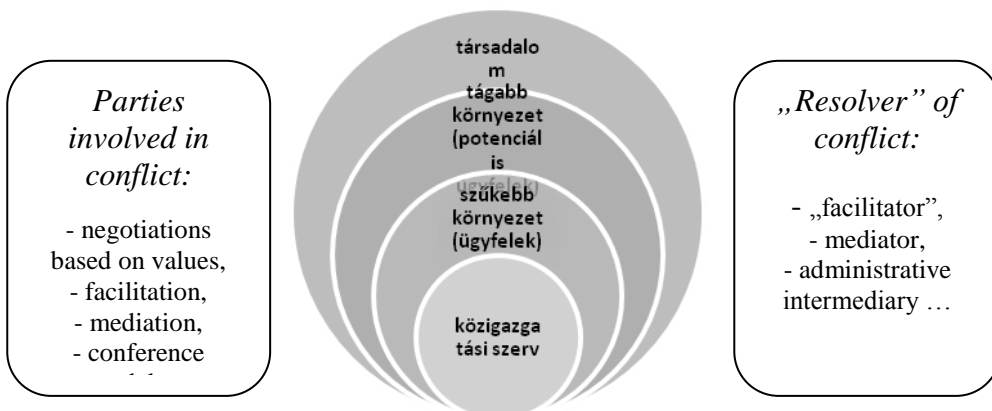
Graph 1: tool-system of conflict-solution

Multiple solutions can serve as solution of prevention to conflicts created during the operation of public administration. While designating overarching goals like togetherness or common interests and intergroup trainings particularly try to prevent the development of conflicts and therefore are preventive in nature, negotiation, arbitration of facilitation and involvement of a mediator aims to resolve an already developed, mostly more powerful conflict and is therefore treatment.

Not all employees however have the skills – and sense - to recognize the conflict, choose the best technique and treat it¹⁰, so it is important to improve these with the implementation of academic

⁹ For example see KLEIN, S. *Vezetés- és szervezetpszichológia*. Edge 2000 Kft, Budapest, 2009.

experiences because the required skills can be developed, improved and broadened. This establishes the possibility for the person to avert obstacles in solving the conflict.



Graph 1: system of conflicts

5 DIFFICULTIES AND GOOD PRACTICES

To reach the aim to create partnership between the public administration and the citizens, the researchers focused on the conflict-solution competencies of government officials, because they need to have special ability and sense to recognise, analyse and solve the conflicts and the stress-situations. Of course not every government official has this talent, but the ability can - and according to the opinion of academia must - develop and enforce.

We have some example for the "good practice" in connection with the usage of conflict-solution methods in the daily practice - like in one institution of public administration system in the Miskolc-district. A well-prepared leader who is credible both professionally and personally reformed the organization's inner protocol and helps as a neutral party in the professional or personal conflicts between the employees or in resolving a conflict between an employee and a client.

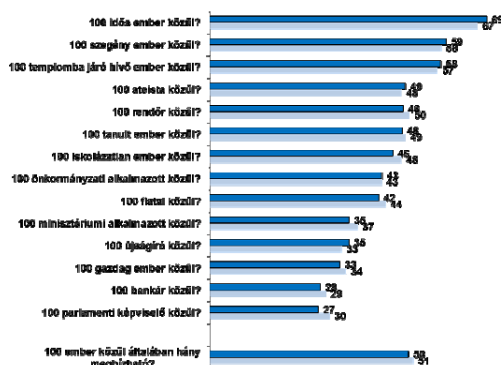
A similarly successful case happened in a small settlement located in BAZ County. There was a huge multipolar conflict between the local government, the administration of the settlement, locals and civil organizations from elsewhere and a conference was summoned in hopes of resolving it. It wouldn't have been possible to solve this difficult conflict without the help of neutral facilitators which would have led to the cancellation of the planned investment.

Academic experts had important role not just in the processing of experiences of pilot-projects and good practice¹¹ but also in revealing the structural imperfections, operational weaknesses of public administration, the employees' personal competencies and society's opinion about official bodies. That's how it has become known that the trust index of population towards official bodies is very low. The asked persons found 42 of 100 local government employees trustworthy in 2009. This number was only increased by 1 in 2013.

¹⁰ DEUTSCH, M.-COLEMAN, P.T. The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 2000. pp. 58-62. alapján

¹¹ For examples of good and bad practices see: SZABÓ, E. Közösségfejlesztés eszközeivel a társadalmi kohézió erősítéséért. Az Észak-magyarországi településeken működő civil szervezetek modellértékű programjainak bemutatása. Ifjúságért Alapítvány, Miskolc, 2011.

100 emberből általában átlagosan hány megbízható? (2009-2013)



Sem a sorrend, sem az egyes kategóriák bizalom-értékelése nem változott 2009-2013 között

Figure 2: Population trust index 2009-2013¹²

With the lack of population's trust the partnership relation between population and public administration and ultimately the idea of good governance can't be achieved.

A way to regain trust is to create trust and credibility. *Trust* is based on the respect showed towards the institutions of public administration and the employees. *Credibility* comes from proper professional knowledge, personal attitude and correct, ethical manner of clerks and institutions.

This trust and credibility must be maintained during conflicts as well. In 2014 due to the suggestion of academics, public administration employees' competence improvement was initiated as part of the Magyar Program for 770 Million Forints (ÁROP 2.2.2.¹³). More than 5000 government officials were involved in the project which aimed to improve their cooperational, communicational, organizational, and leadership competences. The participants also can improve the techniques of stress- and conflict management.

6 CONCLUSION

The establishment of modern and client-focused public administration is the biggest Hungarian undertaking of the recent years. The Magyar Program which aims to renew the whole public administration wishes to take reforms and innovation in the service of achieving good governance. Neither the concept and goal of good governance, nor the program aiming to achieve it or the modern institutional system wouldn't have been possible to achieve if the scientific sphere hadn't been involved.

The conditions of creating efficient public administration can be determined either on a personal or on an organizational level. On personal level this means value-based behaviour becoming common behavioural form, while on organizational level it is to provide better operation in the interest of public based on democratic and civil service values. Because these cannot be imagined without the wide usage of conflict management methods based on democracy-techniques, conflict management is undoubtedly part of the value-adding procedure.

¹² KELLER, T.-TÓTH, I. GY. Értékszerkezet - polarizálódó politikai térben. Gazdasági Kultúra v2.0 kutatást bemutató nyilvános beszélgetés. Társi, 2013. Lásd erről részletesebben: KELLER, T. Értékek egy polarizálódó politikai térben. A Társi értékvizsgálata 2009-ben és 2013-ban. A fontosabb eredmények összefoglalása. Társi, Budapest, 2013. s. 9-11.

Compared to other European states in trust toward others Hungary is in the lower-mid category and among the worst ones in trust to institutions. (It is more dramatic if we take it into consideration that Hungary is on the next to last place in willingness to provide active help to others.)

¹³ For more detailed information see: Magyar Program. Kompetenciafejlesztési program indult a közigazgatásban dolgozóknak (letöltés ideje: 2014. január 22.)

On-line: <http://magaryprogram.kormany.hu/kompetenciafejlesztesi-program-indult-a-kozigazgatásban-dolgozóknak>

Bibliography:

CZÉKMANN, ZS.-SZABÓ, B. Az információs társadalom: az e-kapcsolatrendszer jogi alapjai. In: GÉP (64) 2013/1.

DEUTSCH, M.-COLEMAN, P.T. The Handbook of Conflict Resolution: Theory and Practice. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 2000.

KELLER, T. Értékek egy polarizálódó politikai térben. A Társi értékvizsgálata 2009-ben és 2013-ban. A fontosabb eredmények összefoglalása. Társi, Budapest, 2013.

KLEIN, S. Vezetés- és szervezetpszichológia. Edge 2000 Kft, Budapest, 2009. Magyary Zoltán közigazgatás-fejlesztési program (Mp 12.0) „A Haza Üdvére és a Köz Szolgálatában”. KIM 2012. augusztus 31

TORMA, A. A közigazgatás feladatai. Publicationes Universitatis Miskolciensis. Sectio juridica et politica. (2002). XX/2.

SZABÓ, E. Közösségfejlesztés eszközeivel a társadalmi kohézió erősítéséért. Az Észak-magyarországi településeken működő civil szervezetek modellértékű programjainak bemutatása. Ifjúságért Alapítvány, Miskolc, 2011.

SZŐKE-MILINTE, E. Konfliktuskezelés és pedagógusmesterség. OPKM, Budapest, 2006.

Magyary Program. Kompetencia-fejlesztési program indult a közigazgatásban dolgozóknak (letöltés ideje: 2014. január 22.) On-line: <http://magyaryprogram.kormany.hu/kompetenciafejlesztesi-program-indult-a-kozigazgasban-dolgozoknak>

Contact information:

Dr. Erika Varadi-Csema, PhD.

jogvarad@uni-miskolc.hu

University of Miskolc

Miskolc-Egyetemváros

3515

Hungary